

arrest

IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.255.894

(zaaknummer rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, NL17.14249)

arrest van 6 oktober 2020

in de zaak van

de naamloze vennootschap

Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V.,

gevestigd te Utrecht,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: tussenkomende partij,

hierna: Zilveren Kruis,

advocaat: mr. T.R.M. van Helmond,

tegen

de stichting

Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze,

gevestigd te Zeist,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: de Stichting,

advocaat: mr. K. Mous,

1. Het verdere verloop van het geding in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

1.1 Het hof verwijst naar het tussenarrest van 11 februari 2020. Ingevolge dit tussenarrest heeft op 24 juni 2020 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Hierbij is akte verleend van de stukken (de producties 6 en 7) die van de zijde van de Stichting bij bericht 12 juni 2020 zijn ingebracht. Het van de comparitie opgemaakte proces-verbaal bevindt zich in afschrift bij de stukken.

1.2 Na afloop van deze comparitie heeft het hof arrest bepaald op het door Zilveren Kruis (met VGZ en Menzis gecombineerde) overgelegde procesdossier.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

2.1 De Stichting is op 25 mei 2014 opgericht en heeft volgens de statuten de volgende doelen:

- a. belangenbehartiging van zorgverleners, zoals medisch specialisten, klinieken, GGZ-instellingen, psychiaters, psychologen, psycho-therapeuten, paramedici en alle andere BIG geregistreerde zorgaanbieders. Onder belangenbehartiging wordt mede verstaan het continueren van de vrije artskeuze voor patiënten;
- b. het aangaan van gerechtelijke procedures namens deelnemers inzake het realiseren van de handhaving van de vrije artskeuze en/of het verhalen van schade ontstaan door het opheffen van de vrije artskeuze;
- c. het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

2.2 Zilveren Kruis is een zorgverzekeraar als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder b, van de Zorgverzekeringswet (Zvw). In de polisvoorwaarden van Zilveren Kruis, meer specifiek de naturapolis (Basis Zeker), staat vermeld dat Zilveren Kruis maximaal 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief vergoedt. Hetzelfde geldt voor haar 'budgetpolis' (Basis Budget).

2.3 Verzekeringsplichtigen kunnen kiezen tussen twee hoofdvormen van zorgverzekeringen, te weten een naturaverzekering of een restitutieverzekering. Bij een restitutieverzekering verstrekt de zorgverzekeraar aan de verzekerde een vergoeding voor de kosten van de zorg. Bij een naturaverzekering ontvangt de verzekerde in beginsel zorg van een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten (hierna: de gecontracteerde zorgaanbieder). Indien een naturaverzekerde zorg afneemt van een zorgaanbieder die geen contract heeft met de zorgverzekeraar (hierna: de niet-gecontracteerde zorgaanbieder) krijgt de verzekerde het hiervoor in de polisvoorwaarden omschreven gedeelte van zijn kosten vergoed. Die vergoeding is, als weergegeven, bij Zilveren Kruis bepaald op 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief (zijnde het gemiddelde bedrag van alle tarieven die een zorgverzekeraar voor een bepaalde zorgsoort met gecontracteerde zorgaanbieders is overeengekomen).

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 De Stichting heeft in eerste aanleg, samengevat, een verklaring voor recht gevorderd dat:

A. de zorgverzekeraars (naast Zilveren Kruis ook VGZ/Menzis en CZ, zie de arresten op dezelfde dag gewezen ten aanzien van deze andere zorgverzekeraars onder zaaknummers 200.259.906 resp. 200.259.907) bij de berekening van de vergoeding ex artikel 13 Zvw voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen (waaronder tevens de 'budgetpolissen' dienen te worden verstaan) een marktconform tarief tot uitgangspunt dienen te nemen, hetgeen *primair* betekent het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief ter hoogte van maximaal het Wmg-tarief, tenzij, indien geen Wmg-tarief is vastgesteld, het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief niet binnen de bandbreedte ligt van de door de zorgverzekeraars gecontracteerde tarieven en de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat het feitelijk door niet-gecontracteerde aanbieders gehanteerde tarief redelijkerwijs niet passend is te achten in de Nederlandse marktomstandigheden en *subsidiair* het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief, tenzij dit tarief niet valt binnen de bandbreedte van de door de zorgverzekeraars gecontracteerde tarieven en de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat deze bandbreedte marktconform is, wat concreet betekent dat het aantoonbaar

correspondeert met de reële prijzen die in de markt voor het betreffende zorgproduct worden gehanteerd, in welk geval het bedrag binnen genoemde bandbreedte als uitgangspunt dient te worden genomen dat het feitelijk gehanteerde tarief het dichtst benadert en *meer subsidiair* dat de zorgverzekeraars uitsluitend het door hen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mogen nemen indien zij aannemelijk hebben gemaakt dat dit tarief marktconform is, wat concreet betekent dat het aantoonbaar correspondeert met de reële prijzen die in de markt voor het betreffende zorgproduct worden gehanteerd;

B. de zorgverzekeraars bij naturapolissen *primaire* niet, ter uitoefening van hun bevoegdheden ex artikel 13 Zvw, een generiek en zorgtype- en zorgkostenonafhankelijk kortingspercentage op het marktconforme tarief in mindering mogen brengen, maar uitsluitend, en met hantering in alle gevallen van een bovengrens van 25%, een korting respectievelijk een (variabel) kortingspercentage waarvan de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat het correspondeert met de reële en daadwerkelijke extra (administratie)kosten die gepaard gaan met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg in kwestie, en dat zodanig is dat geen feitelijke hinderpaal bestaat voor het invoeren van die niet-gecontracteerde zorg en *subsidiair* dat de zorgverzekeraars bij naturapolissen te allen tijde verplicht zijn om ten minste 75 % te vergoeden van het marktconforme tarief;

met veroordeling van de zorgverzekeraars hoofdelijk in de kosten van het geding en in de nakosten.

3.2 Zilveren Kruis heeft in eerste aanleg na tussenkomst in de hoofdzaak tussen de Stichting en VGZ/Menzis (waarbij CZ zich heeft gevoegd aan de zijde van VGZ/Menzis), kort samengevat, een verklaring voor recht gevorderd dat het gemiddeld gecontracteerde tarief zoals gedefinieerd in de polisvoorwaarden van Zilveren Kruis als uitgangspunt mag worden genomen teneinde de vergoeding voor naturaverzekerden die niet-gecontracteerde zorg afnemen te bepalen, met veroordeling van de Stichting in de kosten van het geding en in de nakosten.

3.3 De rechtbank heeft bij vonnis van 1 februari 2019 zowel de vorderingen van de Stichting als die van Zilveren Kruis afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank, kort weergegeven, allereerst overwogen dat de Stichting, die op grond van artikel 3:305a BW procedeert, ontvankelijk is in haar vorderingen omdat zij heeft voldaan aan de in dat artikel opgenomen vereisten voor ontvankelijkheid. Ook heeft de Stichting (over de boeg van de zorgaanbieders) een zelfstandig belang bij beantwoording van de vraag over de uitleg van artikel 13 Zvw. Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat het hinderpaalcriterium (nog steeds) in artikel 13 Zvw besloten ligt. Of het hinderpaalcriterium al dan niet in strijd is met het bepaalde in artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II kan verder volgens de rechtbank in het midden blijven. Aan een richtlijn kunnen geen rechten worden ontleend in horizontale geschillen tussen civiele partijen onderling, terwijl richtlijnconforme interpretatie niet kan dienen als grondslag voor een uitleg contra legem van het nationale recht. Nu het hinderpaalcriterium onderdeel uitmaakt van artikel 13 Zvw en dus nationaal recht is, treft het verweer van de zorgverzekeraars (welk verweer is gevoerd door VGZ/Menzis en CZ) dat artikel 13 Zvw op grond van het bepaalde in de richtlijn Solvabiliteit II zo moet worden uitgelegd dat in die bepaling geen hinderpaalcriterium besloten ligt - dus contra legem - geen doel. Vervolgens oordeelde de rechtbank over de kernvraag van de procedure - de vraag hoe de vergoeding in geval van een naturapolis bij niet-gecontracteerde zorg berekend dient te worden, meer in het bijzonder welk tarief als uitgangstarief dient te worden gehanteerd bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van de niet-gecontracteerde zorg en op basis van welke criteria en met inachtneming van welke grenzen op dit uitgangstarief welke korting in mindering mag worden gebracht - dat het uitgangstarief het gewogen gemiddeld

gecontracteerde tarief is en dat het de verzekeraars niet is toegestaan om hierop een generiek kortingspercentage toe te passen (wat de verzekeraars nu doen, waarbij Zilveren Kruis als gezegd een generiek kortingspercentage van 25% in haar naturapolissen hanteert). Anders dan een generiek kortingspercentage dat voor alle vormen van niet-gecontracteerde zorg geldt, zullen de zorgverzekeraars dit per zorgtype nader moeten bepalen, waarbij rekening moet worden gehouden met de feitelijke (inkoop)kosten per zorgvorm. De rechtbank komt tot de conclusie dat zij, gelet op de insteek van de procedure, niet meer heeft kunnen doen dan een algemeen kader geven voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw. De rechtbank heeft de kosten van de procedure gecompenseerd, in die zin dat iedere partij (de Stichting, Zilveren Kruis, VGZ/Menzis en CZ) de eigen kosten draagt.

4. De beoordeling van het principaal hoger beroep en de vordering

4.1 Zilveren Kruis is onder aanvoering van elf grieven, die zich deels voor gezamenlijke behandeling lenen, tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep gekomen. Zilveren Kruis vordert dat het hof, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis gedeeltelijk zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vorderingen van de Stichting opnieuw volledig zal afwijzen en haar eigen vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van de Stichting in de kosten van beide instanties en in de nakosten.

4.2 In de kern genomen stelt Zilveren Kruis zich op het standpunt dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, (i) het is toegestaan te werken met een *ongewogen* gemiddeld gecontracteerd tarief en (ii) dat daarop een generiek kortingspercentage (van 25%) in mindering mag worden gebracht (dat conform artikel 13 Zvw geen feitelijke hinderpaal oplevert voor de verzekerde om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden).

(i) het uitgangstarief

4.3 Partijen twisten in de eerste plaats over het te hanteren uitgangstarief bij het bepalen van vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Volgens de Stichting moet het marktconforme tarief als uitgangspunt worden genomen. Dat tarief wordt door de NZA, met verwijzing naar artikel 2.2 lid 2 onder b Besluit zorgverzekering gedefinieerd als: ‘de kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden redelijkerwijs passend zijn te achten’. Mocht het hof hiervan (net als de rechtbank) niet uitgaan en zal het oordelen dat de vergoeding gerelateerd moet zijn aan de gecontracteerde tarieven, dan zal van Zilveren Kruis verlangd mogen worden dat zij aannemelijk maakt dat die gecontracteerde tarieven marktconform zijn, althans corresponderen met de reële kosten van de daaraan gekoppelde zorgproducten. Zou hier immers een groot gat tussen bestaan, dan kan alleen al daarom, bij de ‘eerste afslag’, een fors bedrag voor rekening van de patiënt komen, nog voordat er daadwerkelijk een extra kortingspercentage (de ‘tweede afslag’) is toegepast. In ieder geval moet het bij de ‘eerste afslag’ gaan om een gewogen en niet om een *ongewogen* gemiddelde zoals Zilveren Kruis voorstaat, omdat in het laatste geval tarieven die niet of nauwelijks worden gedeclareerd even zwaar worden meegenomen als veelgebruikte tarieven, waardoor geen goed beeld ontstaat wat werkelijk gemiddeld gecontracteerd is. Zilveren Kruis daarentegen stelt zich op het standpunt dat de door haar bepleite ‘ongewogen’ methode actueler en accurater is omdat zij steeds voorafgaand aan het jaar de tarieven opstelt terwijl het gelet op de declaratiesystematiek een tijd duurt voordat zij daadwerkelijk de nota’s voor verzekerde zorg ontvangt.

4.4 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat Zilveren Kruis het gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mag nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Uit de door de rechtbank in rov. 5.27 en 5.28 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis leidt ook het hof af dat de wetgever een nadrukkelijk verband legt met de kosten van gecontracteerde zorg, wat aansluit bij het natura karakter van de polis. (bijv. *‘Gevolg daarvan is echter wel, dat hij (de verzekerde, toevoeging hof) er rekening mee moet houden dat slechts een deel van de rekening wordt vergoed. Hoe hoog dat deel is, wordt door de zorgverzekeraar bepaald en in de zorgpolis weergegeven. (...) Indien voor de desbetreffende vorm van zorg geen Wtg-<<punttarief>> geldt, kan daarbij bijvoorbeeld worden uitgegaan van de gemiddelde prijs die de zorgverzekeraar voor de desbetreffende vorm van zorg aan wél door hem gecontracteerde aanbieders vergoedt, of van de prijs die hij vergoedt aan de wel door hem gecontracteerde zorgaanbieder die het dichtst bij de verzekerde is gevestigd[e]. Geldt een Wtg-punttarief, dan is dat tarief bepalend.*

Het is derhalve aan iedere individuele verzekeraar om te bepalen welke bedragen hij aan een verzekerde die ondanks zijn zorgpolis naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, vergoedt’, Nota naar aanleiding van het verslag betreffende de Zvw, Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr.7, p. 98).

De zorgverzekeraars (zoals in dit geval Zilveren Kruis) hoeven van de wetgever dus niet meer te vergoeden dan het bedrag van de kosten voor gecontracteerde zorg, waarbij het hen bovendien wordt toegestaan om zich te compenseren voor extra kosten vanwege het invoeren van niet-gecontracteerde zorg. Ook naar het oordeel van het hof mogen zorgverzekeraars bij het bepalen van de vergoeding daarom minimaal de kosten van gecontracteerde zorg tot uitgangspunt te nemen. Het staat hen vrij om een hoger uitgangstarief te hanteren, bijvoorbeeld om zich in de markt te onderscheiden, maar daartoe zijn zij niet verplicht. Daaruit volgt ook dat zorgverzekeraars (zoals hier Zilveren Kruis), anders dan de Stichting heeft betoogd, niet gehouden zijn om het feitelijk gehanteerde tarief als uitgangspunt te hanteren.

Ook voor de vervolgvraag, of het dan om een gewogen of een ongewogen gemiddeld tarief zou moeten gaan, sluit het hof zich bij het antwoord daarop aan bij het oordeel van de rechtbank (in rov. 5.31). Het hof is ook van oordeel dat een gewogen (in plaats van een ongewogen) gemiddelde van het daadwerkelijk gedeclareerde tarief voor een bepaalde zorgvorm, een realistisch beeld geeft van de kosten van de voor die zorgvorm gecontracteerde zorg. Daarbij zijn de uitschieters naar boven en naar beneden immers uitgevlakt. De wetgever heeft dit ook uitdrukkelijk als mogelijk uitgangstarief genoemd (naast het tarief van de dichtstbijzijnde zorgaanbieder). Als het ongewogen gemiddeld gecontracteerde tarief tot uitgangspunt zou worden genomen, zoals Zilveren Kruis voorstaat, zou de vergoeding losgezongen kunnen raken van de daadwerkelijke kosten voor gecontracteerde zorg, hetgeen uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Dit betekent dat de grieven 2, 3 en 4 falen evenals grief 9 voor zover die grief betrekking heeft op het volgens Zilveren Kruis mogen hanteren van een ongewogen gemiddeld gecontracteerd tarief.

(ii) generiek kortingspercentage (25%)

4.5 Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het Zilveren Kruis is toegestaan om een generiek kortingspercentage (van 25%) - het hof begrijpt: onafhankelijk van het type zorg en onafhankelijk van de daarbij behorende zorgkosten - op het uitgangstarief toe te passen.

4.6 Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Daartoe geldt het volgende.

4.7 Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw mag een verzekerde met een naturaverzekering zich ook voor zorg wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. In zo'n geval heeft hij 'recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten'. In de memorie van toelichting bij de Zorgverzekeringswet is bepaald dat zorgverzekeraars een korting mogen hanteren indien verzekerden ervoor kiezen om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan, maar dat die korting niet zodanig hoog mag zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder:

'De Zorgverzekeringswet biedt zorgverzekeraars de gelegenheid om in de zorgverzekeringsovereenkomst met hun verzekerden te bepalen dat die voor het verkrijgen van de zorg in beginsel uitsluitend gebruik mogen maken van de gecontracteerde zorgaanbieders. (...) Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij hun zorgverzekering bij gecontracteerde zorgaanbieders moeten inroepen, hebben de mogelijkheid toch te kiezen voor het inroepen van zorgverzekering bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. (...) Omdat de verzekerden daarmee een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorgverzekering in beginsel al had ingekocht, zullen zij niet het volledige bedrag dat de zorgaanbieder in rekening brengt, gerestitueerd krijgen. De precieze vormgeving van die korting wordt overgelaten aan de zorgverzekeraar. De omvang ervan mag op grond van de overwegingen van het Europese Hof van Justitie (...) niet zodanig groot zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van zorg bij een (...) niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder' (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 763, nr. 3, p. 30-31).

4.8 Dat de hoogte van de vergoeding niet mag leiden tot een feitelijke hinderpaal is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *CZ/ Momentum* (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646). De Hoge Raad heeft in dit arrest niet geoordeeld dat een generiek kortingspercentage is toegestaan (anders dan Zilveren Kruis stelt in onder meer randnummers 47 en 48 van haar memorie van grieven), maar wel dat in dit specifieke geval het oordeel van het hof dat een vergoeding van 75-80% geen feitelijke hinderpaal oplevert niet onbegrijpelijk is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (*Conductore B.V./ Zilveren Kruis Achmea c.s.*) een nadere uitleg gegeven over het hinderpaalcriterium in relatie tot de vergoeding door verzekeraars van niet-gecontracteerde zorg (artikel 13 Zvw).

Daarbij overweegt de Hoge Raad allereerst dat artikel 13 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis geen steun bieden voor de opvatting dat een zorgverzekeraar de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg slechts mag verminderen met de (gemiddelde) extra (administratie)kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg in kwestie. Deze opvatting zou volgens de Hoge Raad ook afbreuk doen aan het door de wetgever gewenste stelsel van naturapolissen met een onderscheid tussen wel en niet-gecontracteerde zorg, en aan de daarmee verband houdende regierol van de zorgverzekeraars bij de inkoop van zorg teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen. Aanvaarding van die opvatting zou immers meebrengen dat ook bij gebruik van niet-gecontracteerde zorg in feite recht bestaat op een nagenoeg volledige vergoeding (rov. 3.1.3), aldus de Hoge Raad.

Volgens het hof kan uit de memorie van toelichting op de Zvw (Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr. 3) worden afgeleid dat naast de extra administratiekosten bij het afwickelen van declaraties van de individuele keuzes een generiek kortingspercentage ook wordt

gerechtvaardigd door de (verloren) bijdrage aan de efficiënte zorgverlening en het prijsvoordeel dat bij zorginkoop, anders dan bij een ‘losse verkoop’, teniet gaat. Vervolgens overweegt de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 2019 dat, na eerst vooropgesteld te hebben dat voornoemd artikel 13 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis evenmin steun bieden voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generiek kortingspercentage:

“ Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting slechts kan worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa.” (rov. 3.1.4).

4.9 Volgens Zilveren Kruis is een generieke korting (van 25%) toegestaan. Zij wijst hiervoor naar de door haar genoemde parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en standpunt van de NZA. De vraag of sprake is van een hinderpaal is volgens haar *feitelijk* van aard: er ontstaat pas een feitelijke hinderpaal als verzekerden daadwerkelijk hun portemonnee moeten trekken en moeten bijbetalen voor zorg terwijl die bijbetaling zo hoog is dat het hen daadwerkelijk verhindert (onmogelijk maakt) om voor de niet-gecontracteerde zorgaanbieders van hun voorkeur te kiezen. Daarom is een in de polis opgenomen coulanceregeling óók relevant. Als een zorgaanbieder het niet vergoede deel immers niet doorbelast aan verzekerden, kan van een feitelijke hinderpaal geen sprake zijn. Ook uit voormeld arrest Conductore B.V./ Zilveren Kruis Achmea c.s., in het bijzonder rov. 3.1.4, volgt dat de Hoge Raad bij de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal het oog heeft (gehad) op een beoordeling per individueel geval, gelet op de bewoordingen als ‘bepaalde gevallen’ en ‘concrete feiten en omstandigheden’, aldus Zilveren Kruis.

4.10 Als gezegd verwerpt het hof dit betoog. Het antwoord op de vraag of het door de zorgverzekeraar (in dit geval Zilveren Kruis) gehanteerde generieke kortingspercentage in strijd is met het hinderpaalcriterium, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, laat staan dat een algemeen percentage (wat Zilveren Kruis wenst, namelijk 25%) kan worden gegeven. Evenmin kan het hof een toelaatbare onder- en bovengrens geven. Of sprake is van een feitelijke hinderpaal zal vooral afhangen van de hoogte van de kosten van de zorg. Een korting van 20-25% op een (eenmalige) rekening van € 800,- bij een kleine en goedkope ingreep zal in het algemeen geen hinderpaal hoeven op te leveren, maar op een rekening van € 50.000,- bij een complexe en dure operatie kan dit wel het geval zijn. Dit betekent echter niet dat per individueel geval bepaald zal moeten worden of sprake is van een hinderpaal. Bij de vraag of een generiek kortingspercentage een feitelijke hinderpaal voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg oplevert, moet immers worden uitgegaan van de gemiddelde (‘modale’) zorggebruiker, zoals de Hoge Raad ook in het Conductore/ Zilveren Kruis Achmea- arrest heeft bepaald (rov. 3.3.2). Anders dan Zilveren Kruis betoogt, speelt het al dan niet hebben van een coulanceregeling niet mee in de vraag of sprake is van een hinderpaal. Het ijkmoment voor het antwoord op die vraag is het moment van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd. Bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium kan dus geen betekenis worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt. Bovendien belast dit de verzekerde met een initiatief waarvan de onzekere uitkomst is overgelaten aan de verzekeraar (aldus dit hof in het arrest van 3 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7109, *Forte GGZ/ De Friesland*). Omdat een generiek kortingspercentage bij in ieder geval de duurdere en/of duurste vormen van zorg een hinderpaal kan opleveren, is het gebruik ervan niet fijnmazig genoeg. Zorgverzekeraars (in dit geval Zilveren Kruis) zouden een vergoedingssystematiek kunnen ontwikkelen per

soort en per omvang van de ondergane zorg die enerzijds de vrije artskeuze beschermt en anderzijds recht doet aan de regierol die de wetgever aan de zorgverzekeraars heeft gegeven om onder andere kostenbeheersing te bevorderen.

Het arrest van de Hoge Raad inzake Conductore/ Zilveren Kruis Achmea c.s., in het bijzonder rov. 3.1.4 (*'concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa'*) dient volgens het hof dan ook in die zin gelezen te worden. Of een generiek kortingspercentage in een bepaald geval in de weg staat aan het hinderpaalcriterium hangt af van de vraag om welke vorm van zorg het gaat en de kosten die daarmee gemoeid zijn. Als gezegd kan een kortingspercentage van 25 % zoals door Zilveren Kruis wordt gehanteerd bij een dure vorm van zorg wel en bij een goedkope vorm ervan geen hinderpaal opleveren voor de gemiddeld modale zorggebruiker om naar de zorgaanbieder van zijn keuze te gaan.

Anders dan Zilveren Kruis betoogt zien de 'concrete feiten en omstandigheden' dus niet op individuele gevallen (het 'per verzekerde in kwestie'- criterium) maar op de aan orde zijnde zorgvorm/type en de daaraan gerelateerde zorgkosten.

Dit betekent dat grief 5 faalt.

4.11 Het betoog van Zilveren Kruis in haar grieven 6, 7 en 8 over respectievelijk de uitholling van haar regisseursrol, de enorme financiële consequenties en de praktisch omwerkbare situaties die een 'zorgvorm/type en zorgomvang-benadering' in plaats van een generiek kortingspercentage voor *alle* vormen/types van zorg meebrengen, weegt minder zwaar dan het belang van het inrichten van een vergoedingsbeleid waarbij een kortingspercentage niet tot een hinderpaal voor de verzekerde bij de keuze van zijn zorgaanbieder leidt. In de wijze waarop Zilveren Kruis dit beleid inricht (en de daarbij behorende methodiek), is zij uiteraard vrij. Het is ook aan Zilveren Kruis of zij ervoor kiest met algemene kortingspercentages te werken per soort zorg (medisch specialistische zorg, GGZ zorg, wijkzorg etc) of per medisch specialisme (chirurgie, dermatologie, gynaecologie etc) dan wel kiest voor een vast bedrag/vast percentage per categorie zorgkosten. Het hof heeft er oog voor dat het beleid voor de zorgverzekeraar in de praktijk hanteerbaar moet zijn en (mede) gericht zal zijn op kostenbeheersing.

Deze grieven falen dus, evenals grief 9 voor zover die grief ziet op het hanteren van een zorgvorm/type en zorgkosten-onafhankelijk kortingspercentage van 25%.

4.12 Gelet op wat hiervoor is overwogen falen ook de grieven 1, 10 en 11. Het principaal beroep is tevergeefs voorgesteld.

4.13 Aan het door Zilveren Kruis gedane bewijsaanbod in randnummer 156 gaat het hof voorbij omdat daarin geen feiten en omstandigheden zijn gesteld die, indien bewezen, tot een andere uitkomst kunnen leiden.

4.14 Zilveren Kruis zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

5. De beoordeling van het incidenteel hoger beroep en de vordering

5.1 De Stichting heeft, met het oog op het wijzen van het arrest Conductore/ Zilveren Kruis Achmea c.s., haar eis aangepast. Daarbij heeft zij het betoog van de andere verzekeraars (CZ en VGZ/Menzis die dit arrest wel in hun memorie van grieven hebben besproken) als leidraad genomen, te weten dat uit dit arrest voortvloeit dat de door de zorgverzekeraars gebezigde vlaktaks van 25% door de Hoge Raad zou zijn gesanctioneerd.

5.2 Grief 1 heeft betrekking op het uitgangstarief (de 'eerste afslag'). Volgens de Stichting moet als uitgangstarief worden genomen het marktconforme tarief in de zin van artikel 2.2 tweede lid onder b van het Bzv (Besluit ziektekostenverzekering) waarmee zij de werkelijke kosten bedoelt, zoals zij ter zitting heeft toegelicht.

De grief faalt. Als een niet-gecontracteerde zorgaanbieder de werkelijke kosten vergoed zou krijgen, dan zou dit niet stroken met de systematiek van de Zvw (zie ook rov. 3.3.2 van het arrest Conductore/ Zilveren Kruis Achmea waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het uitgangspunt van het stelsel van de Zvw is dat het niet volledig vergoeden van niet-gecontracteerde zorg als prikkel dient voor iedere zorggebruiker om gebruik te maken van gecontracteerde zorg), de bestendige jurisprudentie hierover (bijvoorbeeld HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 CZ/Momentum en de lagere rechtspraak waaronder het arrest van dit hof van 28 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710) en de door de wetgever aan zorgverzekeraars toebedeelde regierol om de kosten te beheersen. Het door de Stichting gewenste uitgangspunt van het feitelijk gehanteerde tarief voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders zou leiden tot een ongerechtvaardigd onderscheid tussen zorgaanbieders. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders zouden dan bevoordeeld worden boven gecontracteerde zorgaanbieders voor wie het gemiddeld gecontracteerde tarief geldt. Bovendien zou het voor zorgaanbieders aantrekkelijker worden om geen contract met zorgverzekeraars te sluiten. Zoals in het principaal hoger beroep is overwogen, mogen zorgverzekeraars van het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief uitgaan.

5.3 De Stichting voert in grief 2 aan dat dit tarief betrekkelijk willekeurig tot stand komt en niet altijd realistisch is. Zij vordert dan ook - in grief 4 - dat de zorgverzekeraar (in dit geval Zilveren Kruis) bewijs dient te leveren van de juistheid van de door haar gepresenteerde tarieven.

Het betoog faalt omdat er geen rechtsplicht bestaat voor een dergelijke algemene informatieplicht/bewijsplicht. Artikel 13 Zvw biedt hiervoor althans geen grondslag. Een andere grondslag is gesteld noch gebleken. Dit laat onverlet dat die plicht er wel kan zijn in een individuele zaak, als daartoe een concreet verzoek wordt gedaan. Ook grief 2 faalt dus.

5.4 Gelet op deze uitkomst is ook grief 3 tevergeefs voorgesteld.

5.5 Grief 4 heeft betrekking op de gewijzigde eis. De vorderingen zoals die door de Stichting onder A. en D. zijn geformuleerd kunnen niet worden toegewezen omdat, als hierboven geoordeeld, geen rechtsplicht bestaat voor een dergelijke algemene informatieplicht/bewijsplicht.

De vordering onder B kan evenmin worden toegewezen omdat, zoals hierboven overwogen, het hinderpaalcriterium zich *niet in algemene zin* verzet tegen een generiek kortingspercentage, maar dat het hanteren van een dergelijke korting wel een feitelijke hinderpaal voor de verzekerde kan opleveren bij bepaalde vormen van ondergane zorg (de duurdere/duurste). Dit brengt mee dat ook de vordering onder C - met haar 'negatieve' vooropstelling dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage mogen hanteren - niet kan worden toegewezen.

De vordering onder E (het eerste deel van de zin: 'Voor recht verklaart dat het meewegen van hardheidsclausules en coulanceregelingen bij de beoordeling van de hinderpaaltoets ex artikel 13 Zvw in strijd is met artikel 13 lid 4 Zorgverzekeringswet') kan tenslotte niet worden toegewezen omdat artikel 13 lid 4 Zvw bepaalt dat de wijze van berekenen niet afhankelijk mag worden gemaakt van specifieke kenmerken van verzekerden ('de wijze

waarop de vergoeding wordt berekend is voor alle verzekerden, bedoeld in het eerste lid, die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, gelijk’). Het gaat hier om een verboden onderscheid op bijvoorbeeld leeftijd, geslacht of gezondheid. De vraag of het meewegen van hardheidsclausules/coulanceregelingen een rol mag spelen bij het hinderpaalcriterium betreft een andere kwestie en heeft niets van doen met artikel 13 lid 4 Zvw.

In het tweede deel van de zin vraagt de Stichting, zo begrijpt het hof, een verklaring voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen.

Anders dan Zilveren Kruis betoogt, speelt het al dan niet hebben van een hardheidsclausule/coulanceregeling niet mee in de vraag of sprake is van een hinderpaal of dat zij juist een hinderpaal kunnen opheffen. Het ijkmoment voor het antwoord op die vraag is, als geoordeeld, het moment van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd. Bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium kan, zoals hiervoor (4.10) ook al is gezegd, dus geen betekenis worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt. Bovendien belast dit de verzekerde met een initiatief waarvan de onzekere uitkomst is overgelaten aan de verzekeraar (aldus dit hof in het arrest van 3 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7109, Forte GGZ/ De Friesland).

Dit betekent dat de gevraagde verklaring voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen, zal worden toegewezen.

5.6 Het hof gaat aan het door de Stichting in randnummer 12.1 gedane bewijsaanbod voorbij omdat de daarin vermelde feiten en omstandigheden die zij ten bewijze heeft aangeboden, indien bewezen, niet tot een andere uitkomst van deze procedure kunnen leiden.

5.7 De Stichting zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

6. Eindconclusie in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

Gelet op de wijze waarop de onderhavige procedure is ingestoken, kan het hof net als de rechtbank niet meer dan een algemeen kader geven voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw. Het is niet aan het hof om één algemeen kortingspercentage te bepalen. Bovendien ligt in deze procedure - in tegenstelling tot eerder gevoerde procedures waarin het hinderpaalcriterium aan de orde was - geen geschil over de vergoeding van een concrete vorm van niet-gecontracteerde zorg voor.

Het hof kan alleen achteraf in een individuele zaak beoordelen of een zorgverzekeraar in de gegeven omstandigheden in redelijkheid het desbetreffende kortingspercentage heeft kunnen hanteren.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en in het incidenteel hoger beroep:

principaal hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland van 1 februari 2019;

veroordeelt Zilveren Kruis in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Stichting vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 2.148,- (2 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

incidenteel hoger beroep:

verklaart voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen;

verwerpt het beroep voor het overige;

veroordeelt de Stichting in de kosten van het incidenteel hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Zilveren Kruis vastgesteld op € 537,- (1/2 punt x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep:

verklaart het arrest ten aanzien van de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.A. van Rossum, M.F.J.N. van Osch en S.C.P. Giesen en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 6 oktober 2020.



Uitgegeven voor grosse
op 6-10-2020
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden