

Nederlandse Zorgautoriteit
Directie Toezicht en handhaving
T.a.v. mevrouw Lyndsey Thomsin, jurist directie toezicht
Postbus 3017
3502 GA UTRECHT

Tevens per e-mail aan: lthomsin@nza.nl

Datum 12 februari 2024
Van mr. R. Tak en mr. K. Mous, advocaten
Inzake Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze – handhavingsverzoek NZa
Dossiernummer 5051055
Telefoonnummer (06) 11 60 56 35
E-mailadres tak@dirkzwager.nl en mous@dirkzwager.nl

Geachte mevrouw Thomsin,

Zoals u bekend is, staan wij de stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze (hierna: '**Stichting VA**') bij. De Stichting VA heeft ons gevraagd een formeel handhavingsverzoek in te dienen. Namens de Stichting VA verzoeken wij de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) handhavend op te treden inzake de toepassing van artikel 13 van de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) door zorgverzekeraars.

Zoals wij hierna zullen toelichten handelen zorgverzekeraars in strijd met hetgeen in artikel 13 van de Zvw is geregeld. De NZa houdt op grond van artikel 16, onder b, van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg) toezicht op uitvoering door zorgverzekeraars van hetgeen bij of krachtens de Zvw is geregeld. Bovendien is de NZa op grond van de artikelen 77 en 80 van de Wmg bevoegd ter zake handhavend op te treden.

Daarnaast verzoeken wij de NZa handhavend op te treden tegen zorgverzekeraars in verband met overtreding van het bepaalde in de Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten. De NZa is op grond van de artikelen 40, vierde lid, gelezen in samenhang met artikel 38, zevende lid, van de Wmg en de artikelen 76, 82 en 85 van de Wmg bevoegd ter zake handhavend op te treden.

Hieronder zullen wij het verzoek van de Stichting VA toelichten.

I. DE STICHTING VA

Stichting VA komt op voor de belangen van iedereen die zich sterk maakt voor de vrije artskenkeuze. In de onderhavige procedure gaat het daarbij specifiek om de belangen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders en de patiënten die zich tot deze zorgaanbieders wenden. Ruim 5.000 (deels) niet-gecontracteerde zorgaanbieders steunen de Stichting VA financieel om de onderhavige procedure mogelijk te maken.

In de statuten van de Stichting VA staat in artikel 2 vermeld dat zij de volgende doelen heeft:

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

Ook de feitelijke werkzaamheden van de Stichting VA zijn gericht op het behoud van het recht op de vrije artskenkeuze. De Stichting VA licht haar leden voor over relevante wetsvoorstellen en gerechtelijke procedures op dit vlak. Daarnaast neemt de Stichting VA actief deel aan het politieke en maatschappelijke debat over het recht op de vrije artskenkeuze. Ook voert de Stichting VA namens zorgaanbieders procedures over dit thema. De Stichting VA is in 2017 een procedure gestart tegen een tweetal zorgverzekeraars (VGZ en Menzis) betreffende de toepassing van artikel 13 Zvw. Twee andere zorgverzekeraars, CZ en Zilveren Kruis, hebben zich in die procedure gevoegd. Deze procedure resulteerde in een drietal arresten van de Hoge Raad d.d. 9 december 2022.¹ Uit het bovenstaande volgt dat de Stichting VA als belanghebbende kwalificeert in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Daarmee is dit handhavingsverzoek tevens een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Awb. Voor deze aanvraag gelden wettelijke beslistermijnen. Wij verzoeken u, gezien de urgentie van de zaak, binnen de genoemde beslistermijn een besluit te nemen. Mocht de termijn worden opgeschort, bijvoorbeeld omdat de NZa informatie opvraagt bij derden, dan verzoeken wij u ons over die opschorting te berichten.

¹ Hoge Raad 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789, ECLI:NL:HR:2022:1790 en ECLI:NL:HR:2022:1791.

De Stichting VA is van oordeel dat diverse zorgverzekeraars, waaronder in ieder geval de vier grootste zorgverzekeraars (VGZ, Zilveren Kruis, CZ en Menzis), in strijd handelen met dit arrest en dus met artikel 13 Zvw. De Stichting VA meent bovendien dat de zorgverzekeraars in strijd handelen met hun plicht tot informatieverstrekking aan verzekerden over de hoogte van de vergoeding in geval van niet-gecontracteerde zorg.

II. EERDER HANDHAVINGSVERZOEK

De Stichting VA heeft de NZa op 18 oktober 2022 verzocht om zorgverzekeraars te verplichten om – in lijn met het hinderpaalcriterium – hun polisvoorwaarden met terugwerkende kracht aan te passen alsmede op hun websites de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg aan te passen c.q. te verhogen. Aanleiding voor dit verzoek was de publicatie van stukken van het ministerie van VWS waaruit bleek dat zorgverzekeraars erkennen dat zij het hinderpaalcriterium verkeerd toepassen.

Per brief d.d. 3 april 2023 heeft de NZa het verzoek om handhavend op te treden afgewezen. Volgens de NZa kan zij geen *algemeen oordeel* geven over de vraag of de door de zorgverzekeraars gehanteerde vergoedingen wel of niet aan het hinderpaalcriterium voldoen. De NZa stelt zich op het standpunt dat slechts aan de hand van individuele casuïstiek beoordeeld kan worden of het vergoedingsbeleid van de zorgverzekeraar in strijd is met het hinderpaalcriterium.

Op 26 juni 2023 heeft, naar aanleiding van dat besluit, een gesprek plaatsgevonden met de NZa waarin aanvullende informatie is verstrekt. De Stichting VA heeft toegelicht (a) dát en waaróm het huidige beleid van zorgverzekeraars in strijd is met het hinderpaalcriterium en (b) dat de NZa in het eerdere besluit ten onrechte stelde dit slechts aan de hand van individuele casuïstiek te kunnen beoordelen.

Naar aanleiding van die informatie heeft u bij e-mail d.d. 24 juli jl. namens de NZa laten weten de aanvullende informatie te willen onderzoeken en een toezichtonderzoek te gaan starten naar de toepassing van het hinderpaalcriterium door de zorgverzekeraars en de vraag hoe zorgverzekeraars de verzekerde informeert over de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg. U heeft de Stichting uitgenodigd om, desgewenst geanonimiseerd, aanvullende informatie te verstrekken.

Het verzamelen van nadere informatie heeft (veel) nieuwe informatie opgeleverd. Zo heeft de Stichting VA onder andere vastgesteld dat ook de polisvoorwaarden van zorgverzekeraars betreffende 2024 in strijd zijn met artikel 13 Zvw. Dit heeft haar ertoe gebracht om niet alleen, conform de vraag van de NZa, nieuwe informatie in te brengen ten behoeve van het

(ambtshalve) onderzoek door de NZa maar om ook een nieuw formeel handhavingsverzoek in te dienen. Voor de goede orde: aan dit nieuwe handhavingsverzoek liggen dus nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag (lees: nieuwe polisvoorwaarden staan in dit verzoek centraal).

Hierna zal de Stichting VA de overtredingen nader onderbouwen. Hiertoe zal zij allereerst het juridische kader uiteenzetten. Vervolgens zal zij toelichten waaruit de overtredingen bestaan. Tot slot zal de Stichting VA uiteenzetten welk belang gemoeid is met handhavend optreden door de NZa.

III. JURIDISCH KADER

Wettelijke regeling artikel 13 Zvw

Artikel 13 Zvw luidt als volgt:

- “1. Indien een verzekerde krachtens zijn zorgverzekering een bepaalde vorm van zorg of een andere dienst dient te betrekken van een aanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een overeenkomst over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs heeft gesloten of van een aanbieder die bij zijn zorgverzekeraar in dienst is, en hij deze zorg of andere dienst desalniettemin betreft van een andere aanbieder, heeft hij recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten.*
- 2. De zorgverzekeraar neemt de wijze waarop hij de vergoeding berekent in de modelovereenkomst op.*
- 3. (...)*
- 4. De wijze waarop de vergoeding wordt berekend is voor alle verzekerden (...) die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, gelijk.”*

Uit de wettekst blijkt dat een naturaverzekerde voor zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, jegens zijn zorgverzekeraar recht heeft op “een” vergoeding. De wettekst geeft niet aan hoe hoog deze vergoeding moet zijn.

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de zorgverzekeraar een korting mag toepassen op het tarief dat de zorgaanbieder in rekening brengt ter compensatie van extra (administratieve) lasten, maar deze korting niet zodanig (hoog) mag zijn dat daarmee een hinderpaal ontstaat voor verzekerden om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden.² In de Memorie van Toelichting op de Zorgverzekeringswet is te lezen:

² Kamerstukken II 2004/05, 29763, 26, pagina's 14 en 32.

“Gecontracteerde zorg

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 gecontracteerde zorgaanbieders. Deze bepaling dient dan overigens de nodige flexibiliteit te kennen. Dat vindt zijn oorsprong in ontwikkelingen binnen het Europese recht. In het arrest Muller/Faure heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat verzekerden die in beginsel hun zorg moeten inroepen bij gecontracteerde zorgaanbieders toch de mogelijkheid hebben om in een andere EU-staat extramurale zorg in te roepen bij een niet-gecontracteerde of een niet in loondienst zijnde zorgaanbieder. Dit wetsvoorstel voorziet erin dit EU-aspect te veralgemeniseren. Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij zij hun zorg bij gecontracteerde zorgaanbieders moeten inroepen, hebben de mogelijkheid toch te kiezen voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het doet er daarbij niet toe of die zorgaanbieder zijn diensten binnen Nederland aanbiedt of daarbuiten. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een verzekerde een specifieke medische behandeling beslist wil laten verrichten door een bepaalde arts die geen overeenkomst heeft gesloten met zijn zorgverzekeraar. Omdat de verzekerden daarmee een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorg 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 in de zaak Muller/Faure niet zodanig groot zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van zorg bij een niet in loondienst zijnde of niet gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder. (...)³

(...)

“Het is mogelijk dat een bepaalde vorm van zorg op grond van de zorgverzekering door een gecontracteerde zorgaanbieder moet worden verschaft, maar dat de verzekerde op het moment dat de behoefte aan die zorg zich voordoet, de zorg toch van een niet door zijn zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder af wil nemen. (...) Artikel 13 verschaft de verzekerde in zo’n geval het recht de zorg, tegen een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding, toch van zo’n andere zorgaanbieder te betrekken. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen Nederlandse zorgaanbieders en in het buitenland gevestigde zorgaanbieders. (...) De vergoeding zal veelal niet volledig zijn.

De hier bedoelde verzekerde veroorzaakt voor zijn zorgverzekeraar immers extra kosten. Deze is er bij het in dienst nemen of contracteren van zorgaanbieders namelijk van uitgegaan dat al zijn naturaverzekerden voor de desbetreffende vormen van zorg of overige diensten verstrekking in plaats van vergoeding wensen, en heeft de omvang van zijn contracten daarop afgestemd.”⁴

³ Kamerstukken II 2003/2004, 29 763, nr. 3, pagina’s 30-31.

⁴ Kamerstukken II 2003/2004, 29 764, nr. 3, pagina’s 109-110.

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt verder dat de vrijheid van zorgverzekeraars om te bepalen welk vergoedingspercentage bij niet-gecontracteerde zorg wordt vergoed, zijn grenzen kent:

“De leden van de PvdA fractie vragen of en zo ja waarom de zorgverzekeraar zelf de hoogte van de korting mag bepalen. Aangezien de zorgverzekeraar in die situatie kosten heeft gemaakt voor zijn verzekerde (...) behoeft de vergoeding niet volledig te zijn. (...) De vergoeding mag overigens niet zodanig laag zijn, dat een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder.”⁵

En verder:

*“De leden van de fractie van GroenLinks vragen zich af op welke wijze amendement 28 894 nr. 19 een plek heeft gekregen in het wetsvoorstel. {...}
Kortom: men zou kunnen zeggen dat het amendement Schippers/Lambrechts in artikel 13 van de Zorgverzekeringswet is verwerkt. Omdat artikel 13 slechts geldt voor mensen die in eerste instantie voor een zorgverzekering hebben gekozen krachtens welke zij naar gecontracteerde zorgaanbieders zouden moeten, mag de verzekeraar zelf de hoogte van de vergoeding bepalen, met dien verstande dat die vergoeding niet dusdanig laag mag zijn dat dit een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van de zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.”⁶*

Ook uit de Parlementaire Geschiedenis bij het wetsvoorstel dat tot doel had artikel 13 Zvw te wijzigen - het wetsvoorstel is niet door de Eerste Kamer gekomen - blijkt dat de vrijheid van zorgverzekeraars om te bepalen welk vergoedingspercentage bij niet-gecontracteerde zorg wordt bepaald, zijn grenzen kent:

“In artikel 13 Zvw is op dit moment geregeld dat verzekerden die ingevolge hun zorgpolis de verzekerde zorg die zij nodig hebben dienen te betrekken van een door hun zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder of - en dan straks alleen als er een ontheffing als bedoeld in artikel 49, tweede lid of derde lid, Wmg is - van hun zorgverzekeraar, desalniettemin tegen een vergoeding zorg van een andere aanbieder mogen betrekken. Ingevolge de tekst van het wetsartikel is de verzekeraar vrij om in zijn modelovereenkomst - en daarmee automatisch ook in de individuele zorgpolis - de hoogte van de vergoeding te bepalen, al zal hij wel de berekeningswijze bekend moeten maken (het huidige art. 13, tweede en derde lid, Zvw) en dient die berekeningswijze zo te zijn, dat verzekerden die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg nodig hebben, een gelijke vergoeding krijgen (het huidige art. 13, vierde lid, Zvw). In de memorie van toelichting op de Zvw is echter aangegeven, dat de vergoeding niet zo laag mag zijn, dat deze voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal op zou leveren om naar een niet door zijn verzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Dit vloeide voor buitenlandse

⁵ Kamerstukken II 2003/2004, 29 763, nr. 7, pagina 99.

⁶ Kamerstukken II 2004/2005, 29 763, nr. 26.

zorgaanbieders voort uit het arrest Müller-Fauré/Van Riet (HvJ 13 mei 2003, C-385/99; verder «Müller-Fauré» genoemd). Aangezien de wetgever Nederlandse zorgaanbieders niet wilde achterstellen bij buitenlandse, is vervolgens in de memorie van toelichting op de Zvw aangegeven dat deze ondergrens voor de vergoeding ook voor zorg van in Nederland opererende zorgaanbieders diende te gelden.”⁷

Samengevat blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de door de zorgverzekeraar toegepaste korting niet zodanig hoog mag zijn dat deze een feitelijke hinderpaal vormt voor de verzekerde om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (het zgn. hinderpaalcriterium).

Jurisprudentie artikel 13 Zvw

Hoge Raad 11 juli 2014: eerste Hinderpaal-arrest (Momentum/CZ)

Over het hinderpaalcriterium is veel geprocedeerd. Het (eerste) Hinderpaal-arrest is geweest door de Hoge Raad op 11 juli 2014.⁸ Het gerechtshof Den Bosch oordeelde in het arrest d.d. 9 juli 2013 (dat aan het Hoge Raad-arrest ten grondslag lag) als volgt:

“Hoogte van de vergoeding

4.4.4.1. Met het voorgaande is nog niet de vraag beantwoord of een vergoeding voor tweedelijns GGZ van 50% van het wettelijk tarief, zoals CZ thans hanteert, daadwerkelijk een feitelijke hinderpaal oplevert.

In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot (onder meer) wijziging van artikel 13 Zvw van 10 september 2012 heeft de Minister opgemerkt dat “op dit moment” 80% van het marktconforme tarief als een “breed gedragen praktijknorm” geldt, dat in een enkel geval ook 60% wordt gehanteerd en dat ook de hoogte van de zorgkosten van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een hinderpaal (in die zin dat een bepaald vergoedingspercentage bij hoge zorgkosten eerder een hinderpaal op zal leveren dan bij lagere zorgkosten). Tot vorig jaar vergoedde ook CZ nog 75% en dat percentage vergoedt zij nog steeds voor niet-gecontracteerde tweedelijns zorg anders dan GGZ. Bij gebreke van andere, objectieve gegevens gaat het hof er voorshands van uit dat een dergelijke “breed gedragen praktijknorm” een niveau van vergoeding oplevert dat geen feitelijke hinderpaal oplevert. Partijen verschillen erover van mening of (75-)80% nog steeds als een breed gedragen praktijknorm heeft te gelden.”⁹

De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in stand en oordeelde:

“3.7.1 Onderdeel 3 komt op tegen het oordeel dat het hof, bij gebreke van meer of andere gegevens, in het kader van dit kort geding ervan moet uitgaan dat een vergoeding van 75-80% van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm kan worden beschouwd voor een

⁷ Kamerstukken II 2011/2012, 33 362, nr. 1, 2 en 3.

⁸ Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646.

⁹ Hof ‘s-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971.

vergoeding die geen feitelijke hinderpaal oplevert, en dat van een vergoeding van 50% voorshands moet worden aangenomen dat deze voor verzekerden een feitelijke hinderpaal oplevert om zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (rov. 4.4.4.3).

3.7.2 Anders dan het onderdeel (onder a) veronderstelt, heeft het hof niet geoordeeld dat reeds de enkele afwijking van een breed gedragen praktijknorm een feitelijke hinderpaal oplevert. In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag. De door CZ aangevoerde omstandigheden (onder b) dat andere (grote) verzekeraars eveneens hun vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg hebben verlaagd en (onder c) dat verzekerden van CZ niet worden belemmerd in hun keuzevrijheid omdat er een afdoende aanbod van zorgaanbieders is met wie CZ wel heeft gecontracteerd, doen niet eraan af dat verzekerden in het huidige stelsel het recht hebben om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van hun keuze te wenden en dat de vrijheid van verzekeraars om de hoogte van de korting op de vergoeding voor de kosten van deze zorg vast te stellen haar grens vindt in de eis dat dit niet de gang naar die niet-gecontracteerde zorgaanbieders mag belemmeren (het hinderpaal-criterium). Het onderdeel bestrijdt niet dat een vergoeding van 50% als zodanig een belemmering vormt voor verzekerden om niet-gecontracteerde zorg te betrekken, en evenmin dat het hof geen andere gegevens dan de genoemde praktijknorm had, waarop het een wel acceptabele vergoeding had kunnen baseren. Tegen die achtergrond, in het bijzonder in het licht van het partijdebat dat in deze kortgedingprocedure is gevoerd, is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt derhalve.”

Uit de uitspraak blijkt duidelijk dat het hof de in de wetsgeschiedenis (peildatum 2012) genoemde ‘breed gedragen praktijknorm’ (80% van het marktconforme tarief) uitsluitend (en voorshands) als uitgangspunt heeft genomen vanwege het in die (kortgeding)procedure ontbreken van andere, objectieve gegevens.

Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 26 augustus 2014 (CrisisCare / VGZ cs.)

Kort na het eerste hinderpaal-arrest oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 26 augustus 2014 dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal, gekeken moet worden naar het vergoedingspercentage in de polis en dat daarbij niet relevant is of de zorgaanbieder het niet-vergoede deel voor zijn rekening neemt. Het hof oordeelde:

“Zoals CrisisCare ook aanvoert, is voor de vraag of er voor een verzekerde sprake is van een feitelijke hinderpaal om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden, het vergoedingspercentage volgens de polis bepalend. Het antwoord op die vraag is niet afhankelijk te stellen van een eventuele – al dan niet voor het behoud van zijn patiënten noodzakelijke – bereidheid van een zorgaanbieder (een deel van) het verschilbedrag niet in rekening te brengen bij zijn patiënten. Dit vloeit allereerst voort uit het in artikel 13 Zvw bepaalde. Daarin is in verband met de vrijheid van de verzekeraar tot korting van de vergoeding immers ‘het recht’ van de verzekerde ‘op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten’ opgenomen, met vermelding dat de verzekeraar de wijze waarop hij de vergoeding berekent in de modelovereenkomst opneemt, terwijl daarin voorts is bepaald dat de wijze waarop de vergoeding wordt berekend gelijk is voor alle

verzekerden waarom het hier gaat, die in eenzelfde situatie eenzelfde vorm van zorg of dienst behoeven. Deze bepaling heeft geen redelijke zin indien de vergoeding van de verzekerde uiteindelijk afhankelijk zou worden gesteld van de eventuele bereidheid van zijn zorgaanbieder de verlaging van de vergoeding voor zijn rekening te nemen.

Bovendien zou een ander oordeel haaks staan op het feit dat VGZ c.s., zoals in deze procedure als gevolg van de intrekking van grief 4 vaststaat, hun gedrag ter zake mede moeten laten bepalen door het belang van CrisisCare dat haar patiënten voor de door haar geboden zorg een vergoeding van hun zorgverzekeraar ontvangen die voldoet aan het hinderpaal-criterium en dus niet te laag is (zie in die zin ook het hiervoor onder 4.5 aangehaalde arrest van de Hoge Raad onder 3.6.2). Het is volstrekt aannemelijk dat CrisisCare aanmerkelijk in haar bedrijfsvoering wordt geschaad bij een vergoeding van slechts 60% van het Wmg-tarief. Ook in zoverre is naar het oordeel van het hof duidelijk dat het door VGZ c.s. vergoede percentage een feitelijke hinderpaal vormt. VGZ c.s. bestrijden overigens ook niet dat een vergoeding van 60% als zodanig een belemmering vormt voor verzekerden om niet-gecontracteerde zorg te betrekken.

Grief 6 faalt derhalve.”¹⁰

Hoge Raad 7 juni 2019: tweede Hinderpaal-arrest (Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.)

Op 7 juni 2019 wees de Hoge Raad arrest in de zaak Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s. De Hoge Raad stelde voorop (in rov. 3.1.2) dat artikel 13 Zvw in algemene zin spreekt over “een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding”, en dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw blijkt dat de zorgverzekeraar een “grote mate van vrijheid” heeft om de “hoogte van de vergoeding” te bepalen en daarmee in concurrentie te treden met andere zorgverzekeraars, mits hij daarbij:

- (i) niet in strijd handelt met het (in art. 13 Zvw besloten liggende) hinderpaalcriterium, en:
- (ii) voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, dezelfde berekeningswijze hanteert (art. 13 lid 4 Zvw).

De wijze waarop een zorgverzekeraar de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg berekent, is minder relevant. Kern is dat die vergoeding geen strijd mag opleveren met het hinderpaalcriterium en voor alle verzekerden hetzelfde is.

Volgens de Hoge Raad bieden de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw geen steun voor de opvatting dat een zorgverzekeraar de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg “slechts mag verminderen met de (gemiddelde) extra (administratie)kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg” (rov. 3.1.3). De ratio van deze overweging is dat anders ook voor naturaverzekerden bij gebruik van niet-gecontracteerde zorg “in feite” recht

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682, rov. 4.11.

zou bestaan op een *“nagenoeg volledige vergoeding”*. Dit zou volgens de Hoge Raad 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”*.

De Hoge Raad oordeelde in het *Conductore-arrest* verder (in rov. 3.3.2) dat het stelsel van de Zvw op het uitgangspunt berust dat het *“niet-volledig vergoeden van niet-gecontracteerde zorg dient als prikkel¹¹ voor iedere zorggebruiker om hetzij te kiezen voor een restitutiepolis, hetzij (indien gekozen is voor een naturapolis) gebruik te maken van wel gecontracteerde zorg”*. Om te waarborgen dat die prikkel (in de meeste gevallen) bestaat, moet volgens de Hoge Raad, bij de vraag of het hinderpaalcriterium zich verzet tegen een bepaalde korting, uitgegaan worden van de *“gemiddelde (modale) zorggebruiker”*.

Ten aanzien van het hinderpaalcriterium overwoog de Hoge Raad voorts (in r.o. 3.1.4) dat het zich *“in algemene zin”* niet *“verzet tegen een generieke korting”*. De Hoge Raad voegt daaraan toe: *“Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa”*. Een zorgverzekeraar mag in beginsel dus een generiek kortingspercentage toepassen, maar hij mag een eventuele korting ook op andere wijze berekenen, zo lang die korting niet in strijd is met het hinderpaalcriterium.

Overeind staat verder nog steeds (blijkens rov. 3.4.1), zoals het Hof Arnhem-Leeuwarden reeds eerder heeft geoordeeld, dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van strijd met het hinderpaalcriterium *uitsluitend* moet worden gekeken naar het vergoedingspercentage in de polisvoorwaarden (de ‘modelovereenkomst’ als bedoeld in artikel 13 lid 2 Zvw), en *niet* naar de vraag of verzekerden het niet vergoede deel van de zorgkosten wel of niet feitelijk zelf hebben moeten betalen.¹²

De kern van de uitspraak van de Hoge Raad is drieërlei:

1. Bij de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal gaat het om het resultaat onder de streep; het verschil tussen de vergoeding door de zorgverzekeraar en het door de niet-gecontracteerde aanbieder in rekening gebrachte tarief.
2. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg wordt de zorgverzekeraar beperkt door het hinderpaalcriterium. De zorgverzekeraar mag zelf

¹¹ A-G Timmerman, die voor het overige contrair concludeerde, had iets vergelijkbaars betoogd: zie onderdeel 4.10 van zijn conclusie voor het arrest *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.* (ECLI:NL:PHR:2019:266).

¹² Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682, rov. 4.11.

bepalen hoe hij zijn uitgangstarief en korting berekent en de korting hoeft niet gerelateerd te zijn aan de extra (administratie)kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg, zo lang het resultaat van de berekening maar geen feitelijke hinderpaal oplevert.

3. Bij de beoordeling van de vraag of het door de zorgverzekeraar gehanteerde vergoedingsbeleid in strijd is met het hinderpaalcriterium, moet worden uitgegaan van *“de gemiddelde (‘modale’) zorggebruiker”*.¹³ Vervolgens moet aan de hand van *“concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa”* worden beoordeeld of het vergoedingsbeleid van een zorgverzekeraar een hinderpaal oplevert. Het hinderpaalcriterium verzet zich, *voorafgaand aan vaststelling van eventuele concrete feiten en omstandigheden*, niet tegen een generieke korting in algemene zin.¹⁴ Dit betekent dat het hanteren van een generiek kortingspercentage (na vaststelling van concrete feiten en omstandigheden) wél (ook in algemene zin) in strijd kan zijn met het hinderpaalcriterium. Belangrijk is voorts dat het begrip *“concrete feiten en omstandigheden”* niet verward moet worden met ‘individuele omstandigheden van het geval’.

Ná het Conductore-arrest: arresten hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 6 oktober 2020 (Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze/Zilveren Kruis, CZ, VGZ, Menzis)

Onder verwijzing naar het *Conductore-arrest* betoogden de verzekeraars in de zaak die resulteerde in (drie) arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 6 oktober 2020, dat een generieke korting toegestaan zou zijn. Het hof verwierp dit betoog en overwoog:

“Met grief 10 voert VGZ/Menzis aan dat de rechtbank ten onrechte uit het hinderpaalcriterium heeft afgeleid dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage voor de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg mogen hanteren.

Daartoe bepleit VGZ/Menzis in de eerste plaats dat het hinderpaalcriterium niet langer in artikel 13 Zvw besloten ligt (waaraan het hof zoals uit rov 4.8 en 4.9 volgt is voorbijgegaan) en in de tweede plaats dat dit oordeel van de rechtbank afstuit op rov. 3.1.4 van het arrest Conductore. {...}

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. De door VGZ/Menzis aangehaalde rechtsoverweging van het Conductore- arrest dient volgens het hof dan ook in die zin gelezen te worden. Voor een verdere motivering hiervan verwijst het hof naar zijn (op

¹³ In gelijke zin: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7109, rov. 4.2.

¹⁴ Stichting VA wijst in dit kader (ook) op de gebondenheid van de Hoge Raad in de kwestie *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.* aan de feitelijke grondslag zoals gevonden in de uitspraak a quo en de (overige) processtukken (art. 419 lid 2 Rv).

dezelfde datum als dit arrest gewezen) arresten met de zaaknummers 200.259.907 (CZ) en 200.255.894 (Zilveren Kruis).”

In het arrest dat tegen zorgverzekeraar CZ werd gewezen valt in dit verband te lezen:

“4.17. Het hof verwerpt dit betoog. Het antwoord op de vraag of het door de zorgverzekeraar (in dit geval CZ) gehanteerde generieke kortingspercentage in strijd is met het hinderpaalcriterium, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. 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). 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 CZ) 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%-35% zoals door CZ wordt gehanteerd bij een dure vorm van zorg wel en bij een goedkope vorm ervan geen hinderpaal opleveren voor een verzekerde om naar de zorgaanbieder van zijn keuze te gaan. Anders dan CZ 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.”¹⁵

[onderstrepingen toegevoegd]

Het gebruik van een generiek kortingspercentage (voor alle vormen van zorg ongeacht de kosten en duur daarvan) is volgens het hof “niet fijnmazig” genoeg. Het hof bevestigde dat (i) voor de kosten van niet-gecontracteerde zorg het uitgangspunt is het *gewogen* gemiddeld gecontracteerd tarief (dat wil zeggen: het daadwerkelijk gedeclareerde gemiddelde tarief), dat (ii) bij de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal uitgegaan moet worden van de *gemiddelde modale zorggebruiker*, en dat (iii) moet worden gekeken naar het type zorgvorm en

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030, rov. 4.17.

de kosten die daarmee gemoeid zijn. Volgens het hof, en anders dan door de diverse zorgverzekeraars is betoogd, speelt (iv) ten slotte het al dan niet hebben van een hardheidsclausule of het kwijtschelden van het niet-vergoede gedeelte niet mee in de vraag of sprake is van een hinderpaal.

Hof Den Bosch 19 oktober 2021 ECLI:NL:GHSHE:2021:3159 (Metabletica / CZ)

Ook het gerechtshof Den Bosch heeft deze lijn gevolgd in zijn arrest van 19 oktober 2021.¹⁶

“5.31. Zoals het hof hierboven al heeft vermeld, mogen de vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg niet zodanig laag zijn dat deze feitelijk een hinderpaal voor de verzekerde opleveren om niet-gecontracteerde zorg af te nemen. Het gaat hier om een verplichting die de zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerde. In vaste rechtspraak is echter aanvaard dat in de bijzondere verhouding waarin zorgverzekeraar, verzekerde en zorgaanbieder tot elkaar staan, ook de niet-gecontracteerde zorgaanbieder die voor zijn bedrijfsvoering afhankelijk is van de vergoedingen die zijn cliënten van zorgverzekeraars ontvangen, hieraan een aanspraak jegens de zorgverzekeraar kan ontlenen (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, rov. 3.6.1-3.6.3).

5.32. Indien CZ over het peiljaar vergoedingen heeft betaald voor door Metabletica verleende zorg, die naar wettelijke maatstaven te laag zijn geweest, is dit onrechtmatig geweest jegens Metabletica. De onrechtmatigheid die is gelegen in het verstrekken van de uitbetaalde, te lage vergoedingen zou doorwerken in een zorgovereenkomst tussen partijen, indien CZ het omzetplafond vaststelt op basis van dergelijke te lage vergoedingen.

Dit verdraagt zich niet met de zorgvuldigheid die CZ jegens Metabletica in acht moet nemen in de bijzondere verhouding waarin zij als zorgverzekeraar tot Metabletica als zorgaanbieder staat. In dit opzicht is haar contractsvrijheid begrensd. Deze bijzondere omstandigheid rechtvaardigt het oordeel dat CZ voor het bepalen van het omzetplafond de in het peiljaar uitbetaalde vergoedingen behoort te corrigeren, voor zover deze te laag en dus onrechtmatig jegens Metabletica waren. In zoverre behoort CZ dus jegens Metabletica af te wijken van haar beleid met betrekking tot het berekenen van het omzetplafond.

5.33. Wat betreft de vraag of CZ over het peiljaar vergoedingen heeft betaald voor door Metabletica verleende zorg, die naar wettelijke maatstaven te laag zijn geweest, overweegt het hof het volgende. Een generieke korting op de gemiddeld gecontracteerde tarieven is op zichzelf niet ontoelaatbaar. Een dergelijke korting levert immers niet per definitie feitelijk een hinderpaal op. Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in een specifiek geval verzet tegen het toepassen van de generieke korting, moet worden beoordeeld aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZA.

Daarbij moet worden uitgegaan van de gemiddelde (‘modale’) zorggebruiker (HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853).

5.34. In het door Metabletica genoemde arrest van 6 oktober 2020 heeft het hof Arnhem-Leeuwarden aangenomen dat zorgvorm en -type en de daaraan gerelateerde zorgkosten bepalen of het toepassen

¹⁶ Hof Den Bosch 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3159, rov. 5.30 t/m 5.36.

van een generieke korting in een bepaald geval een hinderpaal vormt voor het afnemen van niet-gecontracteerde zorg. Met name bij duurdere vormen van zorg brengt een generieke korting mee dat een relatief groot bedrag aan zorgkosten niet wordt vergoed en dat dit een belemmering kan zijn om de zorg af te nemen. Het is daarbij niet van belang of de niet-gecontracteerde zorgaanbieder het niet-vergoede deel van de zorgkosten voor eigen rekening neemt en evenmin of de zorgverzekeraar achteraf beoordeelt of hij uit coulance een hogere vergoeding wil betalen.

5.35. Het hof sluit zich aan bij dit oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden. Uit de informatie die Metabetica heeft verstrekt over de hoge kosten van de behandelingen die zij heeft verleend en de hoogte van de bedragen die niet zijn vergoed, leidt het hof verder af dat in elk geval bij een niet te verwaarlozen deel van de behandelingen sprake is geweest van niet-vergoede bedragen die door hun hoogte feitelijk een hinderpaal voor de gemiddelde verzekerde opleveren voor het afnemen van zorg door Metabetica. CZ heeft op dit punt niets aangevoerd dat een andere conclusie rechtvaardigt.

5.36. Uit het voorgaande volgt dat voorshands ervan moet worden uitgegaan dat het onrechtmatig was dat CZ in de onderhandelingen met Metabetica over een zorgovereenkomst voor 2020 een omzetplafond hanteerde dat in elk geval deels was gebaseerd op te lage vergoedingen in de hiervóór bedoelde zin. Een voorlopige voorziening die CZ ertoe verplicht om de onderhandelingen voort te zetten, kort gezegd op basis van gecorrigeerde vergoedingen, is een passende maatregel om de onrechtmatigheid ongedaan te maken.”

Om deze onrechtmatigheid op te heffen, heeft het gerechtshof CZ geboden een nieuw omzetplafond aan te bieden. Naast het oordeel over de in acht te nemen zorgvuldigheid bij de contractering en de te lage vergoedingen, is het arrest van het hof Den Bosch ook om andere redenen van belang. Dit hof doet namelijk óók een uitspraak over de zogenaamde cessieverboden die door CZ werd gehanteerd. Ook in dat verband speelt artikel 13 Zvw een rol, aldus het hof. Het hof oordeelde hierover als volgt:

“5.44. Het bemoeilijken van het rechtstreeks betalen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders wordt wel beschouwd als een van de instrumenten om het contracteren van zorgaanbieders te stimuleren. Daarbij wordt onder ogen gezien dat dit de administratieve last van zorgaanbieders en verzekerden verhoogt en een debiteurenrisico voor zorgaanbieders in het leven roept (Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS, Herziening Zorgstelsel, Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 29 689, nr. 941, p. 25-26).

5.45. Het debiteurenrisico raakt echter niet alleen de zorgaanbieder. Het is bekend, en ook CZ ontkent niet, dat het betalen van vergoedingen aan verzekerden niet alleen de belangen van de zorgaanbieder kan schaden, maar ook de belangen van met name kwetsbare verzekerden die vanwege financiële problemen de ontvangen vergoeding niet of niet volledig doorbetalen aan hun zorgaanbieder. Voor deze verzekerden kan dit tot gevolg hebben dat zij te maken krijgen met incassomaatregelen van de zorgaanbieder en de daaraan verbonden kosten en dat de zorgaanbieder het voortzetten van de behandeling of nieuwe behandelingen weigert. De verzekerde kan in dat geval niet meer de zorg afnemen van de zorgaanbieder van zijn keuze.

5.46. De Zorgverzekeringswet laat volgens de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid voor de verzekerden open om ook bij naturapolissen te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het beperken van de vergoeding die de verzekeraar daarvoor uitkeert, mag voor de verzekerde geen belemmering vormen voor de toegankelijkheid van de zorg. De vergoeding mag daarom niet zo laag zijn dat dit feitelijk een hinderpaal vormt voor het invoeren van de zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Voor deze afweging is, naast enerzijds de wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien, mede van belang geweest de wens om de vrije artskeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate te waarborgen (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, rov. 3.5.3-3.5.6).

5.47. De vrije artskeuze wordt niet alleen uitgehold als de vergoeding voor de niet-gecontracteerde zorg te laag is, maar ook als beperkingen aan het uitbetalen van de vergoeding voor de verzekerde feitelijk een hinderpaal vormen voor het invoeren van de zorg van de niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze. In aanmerking genomen dat de wetgever met het hinderpaal-criterium de vrije artskeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate heeft willen waarborgen, is het hof van oordeel dat de ook beperkingen aan het uitbetalen van de vergoeding niet zodanig mogen zijn, dat deze feitelijk een hinderpaal voor de verzekerde vormen om zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder af te nemen. In de verhouding waarin de zorgverzekeraar, de verzekerde en de zorgaanbieder tot elkaar staan, leveren dergelijke beperkingen een onrechtmatige daad op van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder die voor zijn bedrijfsvoering afhankelijk is van de vergoedingen die zijn cliënten van de zorgverzekeraar ontvangen (zie 5.31)."

[onderstreping toegevoegd]

In deze zaak leidde dit onrechtmatigheidsoordeel tot een gebod aan CZ om de betreffende GGZ-aanbieder een betaalovereenkomst aan te bieden zo lang nog geen zorgovereenkomst tot stand was gekomen:

"5.50. In aanmerking genomen dat het voorshands aannemelijk is dat Metabletica cliënten heeft uit een kwetsbare doelgroep met schuldenproblematiek, en een aantal cliënten de vergoedingen voor verleende zorg niet of niet volledig aan Metabletica doorbetaalt, acht het hof een voorlopige voorziening aangewezen om te voorkomen dat het niet-rechtstreeks betalen van vergoedingen feitelijk een hinderpaal oplevert voor de verzekerden van CZ om zorg van Metabletica af te nemen, voor zo lang tussen partijen geen zorgovereenkomst tot stand komt. Een algemeen gebod om een betaalovereenkomst met Metabletica af te sluiten gaat om de hiervóór genoemde redenen te ver. Een minder vergaand gebod volstaat.

Dit gebod houdt in dat CZ met Metabletica een betaalovereenkomst voor 2021 moet sluiten, maar alleen voor de groep van cliënten van Metabletica voor wie het niet-rechtstreeks betalen van de vergoedingen aan Metabletica feitelijk een hinderpaal vormt om zorg van Metabletica af te nemen en voor zover CZ niet op andere wijze rechtstreekse betaling van de vergoedingen aan Metabletica

mogelijk maakt. Het gaat bij deze groep niet om de ‘gemiddelde’ zorggebruiker, maar om de ‘gemiddelde kwetsbare’ zorggebruiker.”

Hoge Raad 9 december 2022 ECLI:NL:HR:2022:1789, ECLI:NL:HR:2022:1790 en ECLI:NL:HR:2022:1791)

De Hoge Raad diende in 2022 te oordelen over de houdbaarheid van de (drie) arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit 2020. Het Arnhemse hof had, zoals hiervóór beschreven is, onder andere geoordeeld dat een vergoedingsbeleid waarbij gebruik wordt gemaakt van een 'vlaktaks' van veelal 75%, zonder onderscheid aan de hand van de kosten van de zorg niet in overeenstemming is met de wet. Zorgverzekeraars VGZ, Menzis, CZ en Zilveren Kruis waren met een grote hoeveelheid klachten per verzekeraar tot bijna dertig in totaal) tegen dit oordeel opgekomen in cassatie. De Hoge Raad oordeelde – conform het betoog van de Stichting VA en conform het eerdere oordeel van het gerechtshof – dat de zorgverzekeraars het - eenvoudig gezegd - verkeerd doen.

Allereerst komt het voor de bepaling of sprake is van een feitelijke hinderpaal niet aan op het verschil tussen de gemiddeld gecontracteerde tarieven en het kortingspercentage. Het komt wél aan op een netto-vergelijking tussen wat de zorgverzekeraar onder de streep betaalt en wat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder bij de verzekerde patiënt in rekening brengt (in de woorden van de Hoge Raad: “*de kosten van de door de verzekerde ingeroepen zorg*”¹⁷).

Verder oordeelt de Hoge Raad dat het hinderpaalcriterium in de weg staat aan het gebruik van een generiek kortingspercentage waarop “*geen uitzonderingen worden gemaakt voor duurdere vormen van zorg*”¹⁸. Zo’n percentage was volgens het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden namelijk “*niet fijnmazig genoeg*”; de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. Ook maakt de Hoge Raad duidelijk dat niet per individueel geval moet worden gekeken of sprake is van een feitelijke hinderpaal, maar dat – op een hoger abstractieniveau – moet worden gezien wat voor de “*gemiddelde (‘modale’) zorggebruiker*”¹⁹ een feitelijke hinderpaal oplevert. Waar per zorgvorm het kantelpunt ligt zal in de (rechts)praktijk moeten worden uitgemaakt.

De Hoge Raad oordeelt voorts over het gebruik door sommige zorgverzekeraars van hardheidsclausules. Zo’n clausule mag volgens de Hoge Raad uitsluitend een rol spelen bij de hinderpaalvraag als de zorgverzekeraar op het moment dat de verzekerde zijn zorgkeuze maakt

¹⁷ R.o. 3.6.5

¹⁸ R.o. 3.5.3

¹⁹ R.o. 3.5.2

“ondubbelzinnig heeft toegezegd”²⁰ een hoger bedrag te betalen dan waarop de polisvoorwaarden aanspraak geven. De Hoge Raad overweegt:

“Opmerking verdient dat de omstandigheid dat de zorgverzekeraar een hardheidsclausule heeft opgenomen in zijn polisvoorwaarden, op zichzelf niet volstaat. Het gaat erom of de zorgverzekeraar de hardheidsclausule ook daadwerkelijk toepast en daartoe op het peilmoment op grond van die clausule aan de verzekerde ondubbelzinnig heeft toegezegd een bepaald bedrag aan hem te vergoeden dat hoger is dan het bedrag waarop op grond van de polisvoorwaarden reeds aanspraak bestaat.”

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat eventuele coulanceregelingen van zorgaanbieders kunnen worden betrokken bij het antwoord op de vraag of voor de verzekerde sprake is van een feitelijke hinderpaal.

Van de meer dan dertig klachten van de diverse zorgverzekeraars slaagde aldus slechts het middel dat zag op het oordeel van het gerechtshof dat hardheidsclausule en coulanceregelingen geen betekenis hadden voor de hinderpaaltoets. Deze klacht slaagde echter slechts in zeer geclausuleerde vorm. De Hoge Raad oordeelde dat dergelijke regelingen in bepaalde gevallen wél een rol kunnen spelen bij de vraag of de *verzekerde* een hinderpaal ervaart. Essentiële voorwaarde daarvoor is – en dit is cruciaal – dat de verzekerde, op het moment dat hij zorg inroept bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, *ondubbelzinnig*²¹ weet wat een hardheidsclausule of coulanceregeling in zijn geval betekent voor de door hem te maken kosten. De Hoge Raad overwoog:

“Opmerking verdient dat de omstandigheid dat de zorgverzekeraar een hardheidsclausule heeft opgenomen in zijn polisvoorwaarden, op zichzelf niet volstaat. Het gaat erom of de zorgverzekeraar de hardheidsclausule ook daadwerkelijk toepast en daartoe op het peilmoment op grond van die clausule aan de verzekerde ondubbelzinnig heeft toegezegd een bepaald bedrag aan hem te vergoeden dat hoger is dan het bedrag waarop op grond van de polisvoorwaarden reeds aanspraak bestaat.”

Let wel: de Hoge Raad oordeelde niet over de vraag of het bestaan van een coulanceregeling (ook) tegengeworpen zou kunnen worden aan *de zorgaanbieder*. Weliswaar blijkt uit het arrest van de Hoge Raad dat een coulanceregeling betekent dat voor *de verzekerde* geen hinderpaal meer bestaat, maar daaruit volgt niet dat ‘dus’ geen sprake meer is of kan zijn van *onrechtmatig* handelen jegens *de zorgaanbieder*. De Stichting VA meent dat een vergoedingsbeleid dat de zorgaanbieder in feite dwingt coulance toe te passen (omdat de verzekerde anders zou wegblijven) ofwel leidt tot het wegblijven van patiënten (omdat de kosten hoe dan ook niet voor

²⁰ R.o. 3.6.2

²¹ R.o. 3.6.2

rekening van de patiënt gebracht kunnen worden) onrechtmatig is jegens de zorgaanbieder (ondanks het feit dat voor de verzekerde in deze situatie geen hinderpaal meer bestaat).

Van belang is tot slot de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (hierna: Beleidsregel zorgplicht). Op grond van artikel 8.4 ontvangt de verzekerde, in geval van een zorgverzekering met een gecontracteerd zorgaanbod als bedoeld in artikel 13, eerste lid, Zvw, *“een door de zorgverzekeraar te bepalen (al dan niet gedeeltelijke) vergoeding van de kosten van de zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Deze vergoeding mag niet dusdanig zijn dat die een feitelijke hinderpaal opwerpt voor de verzekerde om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder”*.

Wettelijke regeling Wmg

Uit artikel 16, onder b, van de Wmg, volgt dat de NZa belast is met het toezicht op de rechtmatige uitvoering door zorgverzekeraars van hetgeen bij of krachtens de Zvw is geregeld. Uit hoofde van deze toezichtstaak kan de NZa op grond van artikel 77 van de Wmg een aanwijzing geven aan een zorgverzekeraar. Indien een zorgverzekeraar niet binnen de gegeven termijn aan de aanwijzing voldoet kan de NZa op grond van artikel 80 van de Wmg een last onder dwangsom of bestuursdwang opleggen.

Op grond van artikel 40, vierde lid, van de Wmg, gelezen in samenhang met artikel 38, zevende lid, van de Wmg kan de NZa regels stellen over de informatievoorziening door zorgverzekeraars. Indien een zorgverzekeraars die regels niet naleven dan kan de NZa daarvoor op grond van artikel 76 van de Wmg een aanwijzing geven, op grond van artikel 82 een last onder dwangsom of bestuursdwang opleggen of op grond van artikel 85 een bestuurlijke boete opleggen.

De NZa heeft regels vastgesteld over de informatievoorziening door zorgverzekeraars. Die regels zijn vastgelegd in de Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten (hierna: Regeling informatieverstrekking). In dit geval is van belang dat artikel 10 bepaalt dat de zorgverzekeraar, indien deze (deels) met gecontracteerde zorgaanbieders werkt, via de *“openbare communicatiekanalen”* informatie dient te geven die relevant is voor de consument voor het maken van een keuze. Uit de toelichting volgt dat zorgverzekeraars op grond van deze bepaling onder meer dienen te vermelden of *“de keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder tot een vergoedingsbeperking leidt en hoe groot die beperking is”*.

IV. FEITELIJKE WERKWIJZE SINDS 2023

Hierna zal kort beschreven worden of en zo ja op welke wijze zorgverzekeraars hun handelen hebben aangepast aan de hand van (met name) laatstgenoemde arresten. Daarbij zal, gelet op het feit dat 2023 op het moment van indiening van dit verzoek al achter de rug is, de nadruk gelegd worden op de situatie per 2024. De situatie in 2023 wordt slechts in algemene zin beschreven.

Polisvoorwaarden 2023

De Stichting VA stelt vast dat zorgverzekeraars per 2023 (het eerste volledige kalenderjaar nadat de Hoge Raad arrest heeft gewezen) *en masse* niet hebben gekozen voor een fijnmaziger systeem van vergoeding van niet-gecontracteerde zorg. Zorgverzekeraars hebben hun generieke kortingspercentages gehandhaafd *zonder* uitzonderingen te maken voor duurdere vormen van zorg. Verreweg de meeste zorgverzekeraars hanteerden ook geen hardheidsclausule. De zorgverzekeraars die wél een hardheidsclausule hanteerden, beperkten de toepassing tot de zogenaamde budgetpolissen waarbij middels een beroep op de hardheidsclausule een vergoeding kon worden verkregen die *maximaal* gelijk is aan het vergoedingspercentage dat binnen de reguliere naturapolis van diezelfde verzekeraar werd gehanteerd (veelal 75%).

Zo hanteerde Zorgverzekeraar CZ in haar polisvoorwaarden 2023²² een hardheidsclausule waarop enkel een beroep gedaan kan worden als het vergoedingspercentage op basis van de polis *lager* is dan 75% (hetgeen vaak het geval is bij zogenaamde budgetpolissen):

“Voor de Zorgverzekering Natura Select, Zorgverzekering Natura Basis, Zorgverzekering Natura Direct en Zorgverzekering Natura JUST geldt de hardheidsclausule. U kunt zich hierop beroepen als de lagere vergoeding (70% van het afgesproken tarief bij de Zorgverzekering Natura Select en de Zorgverzekering Natura Basis, 65% van het afgesproken tarief bij de Zorgverzekering Natura Direct of 60% van het afgesproken tarief bij de Zorgverzekering Natura JUST) uw keuze belemmert voor het vinden van een zorgverlener die past bij uw situatie.”

Toepassing van de hardheidsclausule leidt er vervolgens slechts toe dat alsnog maximaal 75% (van wat CZ noemt “*het gemiddeld afgesproken tarief*”) van de nota wordt vergoed:

²²<https://appl.cz.nl/VoorwaardenVergoedingen/VoorwaardenVergoedingen.asp?Soort=OVZALG&OccSL=80&DatumGeldig=20230101>

“U moet ons dan schriftelijk laten weten waarom deze lagere vergoeding uw keuze belemmert en ons vragen om alsnog 75% van het afgesproken tarief te vergoeden. Binnen 4 weken laten wij u weten of wij aan uw verzoek kunnen voldoen.”

Een dergelijke toepassing van de hardheidsclausule is niet in lijn met het hinderpaalcriterium zoals dat is uitgelegd in het arrest van de Hoge Raad. Dit arrest biedt geen ruimte voor hardheidsclausules die per definitie *gemaximeerd* zijn op een percentage van 75%. Het arrest van de Hoge Raad impliceert dat ook boven de 75% sprake kan zijn van een hinderpaal (bij de ‘duurdere vormen van zorg’). Sterker nog: de zaak *draaide* om het hanteren van een vergoedingspercentage van 75% en resulteerde in de vaststelling dat zo’n vergoedingspercentage niet fijnmazig genoeg is. Centraal stond dus dat de door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de Hoge Raad beoogde fijnmazigheid ontbreekt als het gaat om alles tussen de 75% en 100% (en dat is *exact* de ruimte waarop de diverse uitspraken betrekking hadden en waarvan geoordeeld is dat het fijnmaziger moet).

Polisvoorwaarden 2024

De situatie per 1 januari 2024 verschilt niet wezenlijk van de situatie in 2023. Het grootste verschil met 2023 is dat de toepassing van de hardheidsclausule bij zorgverzekeraar CZ niet meer beperkt is tot de budgetpolis.

Hieronder wordt kort weergegeven welke voorwaarden de vier grootste zorgverzekeraars (Zilveren Kruis, VGZ, Menzis en CZ) in 2024 hanteren.

CZ

Zorgbewustpolis

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg maximaal 70% van de rekening tot maximaal 70% van het gemiddeld gecontracteerd tarief.
- Bevat een hardheidsclausule:

“Uw basisverzekering heeft een hardheidsclausule. U kunt zich hierop beroepen als de lagere vergoeding uw keuze belemmert voor het vinden van een zorgverlener die past bij uw situatie. U moet ons dan schriftelijk laten weten waarom deze lagere vergoeding uw keuze belemmert en ons vragen om alsnog een hoger, redelijk percentage van het afgesproken tarief te vergoeden. Binnen 4 weken laten wij u dan weten of wij aan uw verzoek kunnen voldoen.”

Zorg-op-maatpolis

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg maximaal 75% van de rekening tot maximaal 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief.
- Bevat een hardheidsclausule:

“Uw basisverzekering heeft een hardheidsclausule. U kunt zich hierop beroepen als de lagere

vergoeding uw keuze belemmert voor het vinden van een zorgverlener die past bij uw situatie. U moet ons dan schriftelijk laten weten waarom deze lagere vergoeding uw keuze belemmert en ons vragen om alsnog een hoger, redelijk percentage van het afgesproken tarief te vergoeden. Binnen 4 weken laten wij u dan weten of wij aan uw verzoek kunnen voldoen.”

Menzis

Menzis basis

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg 70% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 70% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij GGZ.
- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg 75% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij:
 - Stoppen met roken
 - Ergotherapie
 - Fysiotherapie
 - GLI
 - GSZP
 - Logopedie
 - Preventieve voetzorg
 - Zorg en ondersteuning bij kinderen met overgewicht en obesitas
 - Diëtetiek
 - Dieetpreparaten
 - Hulpmiddelen
 - Medisch Specialistische Zorg in een ziekenhuis
 - Medisch Specialistische Zorg in een zelfstandig behandelcentrum (ZBC)
 - Plastische Chirurgie
 - IVF
 - Erfelijkheidsonderzoek
 - Eerstelijns diagnostiek (ELD)
 - Dialyse thuis
 - Revalidatie
 - Transplantatie
 - Verblijf
 - Wijkverpleging
 - Geneesmiddelen
 - Second opinion
 - Trombosedienst

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg 80% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 80% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij:
 - Zintuigelijk gehandicaptenzorg
- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg 90% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 90% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij:
 - Audiologische hulp
 - Eerstelijnsverblijf
 - Kraamzorg
 - Verloskundige zorg
- Vergoedt 100% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 100% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Huisartsenzorg (m.u.v. GLI, zorg en ondersteuning bij kinderen met overgewicht en obesitas, ELD, GZSP en preventieve voetzorg)
 - Mondzorg
 - Oncologische hulp kinderen
- Bevat een hardheidsclausule:

“Kiest u liever voor een zorgaanbieder zonder zorgovereenkomst maar belemmert de lagere vergoeding uw keuze? Dan kunt u ons aangeven waarom deze lagere vergoeding uw keuze belemmert en vragen alsnog een hoger percentage te vergoeden. Wij nemen uw verzoek in behandeling en vertellen u binnen 4 weken of wij u een hogere vergoeding kunnen bieden. Op het te vergoeden bedrag worden eventueel verschuldigde eigen bijdragen en daarna verplicht en vrijwillig eigen risico in mindering gebracht.”

Menzis basis voordelig

- Vergoedt 65% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 65% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Stoppen met roken
 - Ergotherapie
 - Fysiotherapie
 - GLI
 - GZSP
 - Logopedie
 - Preventieve voetzorg
 - Zorg en ondersteuning bij kinderen met overgewicht en obesitas
 - Diëtetiek
 - Kraamzorg
 - Verloskundige zorg
 - Wijkverpleging

- Vergoedt 70% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 70% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Dieetpreparaten
 - Geneesmiddelen
 - Hulpmiddelen
 - GGZ
- Vergoedt 75% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Medisch Specialistische Zorg in een ziekenhuis
 - Medisch Specialistische Zorg in een zelfstandig behandelcentrum (ZBC)
 - Plastische chirurgie
 - IVF
 - Erfelijkheidsonderzoek
 - Eerstelijns diagnostiek (ELD)
 - Dialyse thuis
 - Revalidatie
 - Transplantatie
 - Verblijf
 - Zintuiglijke gehandicaptenzorg
 - Second opinion
 - Trombosedienst
- Vergoedt 80% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 80% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Audiologische hulp
 - Eerstelijns verblijf
- Vergoedt 100% van de nota van de zorgaanbieder, tot een maximum van 100% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, bij
 - Huisartsenzorg (m.u.v. GLI, zorg en ondersteuning bij kinderen met overgewicht en obesitas, ELD, GZSP en preventieve voetzorg)
 - Mondzorg
 - Oncologische hulp bij kinderen
- Bevat een hardheidsclausule:

“Kiest u liever voor een zorgaanbieder zonder zorgovereenkomst maar belemmert de lagere vergoeding uw keuze? Dan kunt u ons aangeven waarom deze lagere vergoeding uw keuze belemmert en vragen alsnog een hoger percentage te vergoeden. Wij nemen uw verzoek in behandeling en vertellen u binnen 4 weken of wij u een hogere vergoeding kunnen bieden. Op het te vergoeden bedrag worden eventueel verschuldigde eigen bijdragen en daarna verplicht en vrijwillig eigen risico in mindering gebracht.”

VGZ

VGZ Basis Keuze

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg maximaal 70% van het gemiddeld gecontracteerd tarief of maximaal 70% van het Wmg-tarief indien er voor de betreffende zorg geen tarieven met zorgaanbieders zijn afgesproken.
- Bevat een hardheidsclausule:
“In de Zorgverzekeringswet staat dat iedereen recht heeft op een vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Kiest u voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder? Dan krijgt u een vergoeding van maximaal 70% van het gemiddeld voor die zorg gecontracteerde tarief. De hoogte van deze vergoeding mogen wij als zorgverzekeraar zelf bepalen. Maar hierbij mag de bijdrage die u zelf moet betalen niet verhinderen dat u naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat (hinderpaalcriterium). Vindt u dat de hoogte van deze bijdrage u verhindert om zorg te krijgen? Dan kunt u een beroep doen op de hardheidsclausule. U kunt hiervoor terecht bij onze afdeling Klachtenmanagement. Geef aan waarom u in uw situatie een beroep doet op de hardheidsclausule. Of uw beroep wordt toegekend is afhankelijk van onder andere de hoogte van de kosten en de soort zorg.”

VGZ Ruime Keuze

- Vergoedt bij niet-gecontracteerde zorg maximaal 80% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, of tot maximaal 80% van het Wmg-tarief indien er voor de betreffende zorg geen tarieven met zorgaanbieders zijn afgesproken.
- Geen hardheidsclausule.

Zilveren Kruis

Basis Zeker

- Vergoedt maximaal 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief.
- Geen hardheidsclausule.

Basis Budget

- Vergoedt maximaal 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief.
- Geen hardheidsclausule.

NB: Voor een aantal behandelingen geldt de toepassing van de lagere vergoeding bij niet-gecontracteerde ziekenhuizen niet. Het gaat om:

- Spoedeisende zorg;
- Verloskunde;
- Behandelingen die vallen onder ‘overige zorgproducten’ zoals kaakchirurgie, laboratoriumonderzoek of röntgenfoto’s;

- Behandeling waarvoor u door uw behandeld specialist naar een andere zorginstelling bent verwezen (tertiaire verwijzing);
- Zorg conform de Wet bijzondere medische verrichtingen;
- Vervolgbehandelingen op de behandeling uit a t/m f, indien deze deel uitmaken van dezelfde zorgvraag.

Voor deze zorg kan een verzekerde van Zilveren Kruis terecht bij alle ziekenhuizen in Nederland. De vergoeding van deze zorg wordt begrensd door het (maximum)tarief dat op dat moment is vastgesteld op basis van de Wmg. Is er geen maximum op basis van de Wmg vastgesteld, dan vergoedt Zilveren Kruis de kosten tot maximaal het in Nederland geldende marktconforme bedrag.

Overige zorgverzekeraars

De Stichting VA stelt vast dat de andere zorgverzekeraars soortgelijke voorwaarden hanteren: van een fijnmazigere vergoedingssystematiek is in *geen enkel geval* sprake; een hardheidsclausule komt slechts *beperkt* voor en is bovendien *nooit* gespecificeerd.

Beroep op hinderpaal/hardheidsclausule in individuele gevallen

De Stichting VA heeft vanaf 2023 namens diverse patiënten melding gemaakt van het bestaan van een hinderpaal en heeft namens deze patiënten een beroep gedaan op een hardheidsclausule. De resultaten die dit heeft opgeleverd, zijn ontluisterend. In de praktijk wordt een beroep op het hinderpaalcriterium *nooit* gehonoreerd. Verzekerden die stellen dat zij een hinderpaal ervaren worden ongemotiveerd afgewimpeld. Wanneer een beroep gedaan wordt op een hardheidsclausule wordt zo'n beroep – met verschillende motiveringen – afgewezen. De betreffende dossiers worden, met toestemming van de betreffende patiënten maar wel geanonimiseerd, als **bijlage i** ingebracht.

Hierna zullen wij de betreffende casuïstiek kort – voorbeeldsgewijs – beschrijven.

In alle gevallen werd een beroep op het hinderpaalcriterium verworpen, met wisselende motiveringen. Zie bijvoorbeeld Zilveren Kruis:

“In de polisvoorwaarden van Zilveren Kruis is opgenomen dat als een verzekerde kiest voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder de verzekerde het risico loopt de zorg niet geheel vergoed te krijgen. Deze waarschuwing staat duidelijk in de polisvoorwaarden. Ook staat vermeld in de polisvoorwaarden dat als de zorg wordt afgenomen door een door Zilveren Kruis gecontracteerde zorgaanbieder de zorg geheel wordt vergoed. Er is geen hardheidsclausule opgenomen in de polisvoorwaarden. Daarmee komt het afnemen van niet-gecontracteerde zorg voor rekening en risico van de verzekerde. (...) Een

zorgverzekeraar is ook niet verplicht om een hardheidsclausule op te nemen in de polisvoorwaarden of om een verzoek tot toepassing van een hardheidsclausule te honoreren. En daarnaast hangt een beoordeling of sprake is van een hinderpaal ook helemaal af van de concrete omstandigheden van het geval. Uw brief bevat in dat opzicht te weinig aanknopingspunten om een afweging te kunnen maken.”²³

De Friesland, Interpolis en FBTO hanteren allen exact dezelfde formulering in hun correspondentie met hun verzekerden.²⁴ De verzekeraars beschrijven niet welke informatie de verzekerde moet aanleveren om wél “voldoende aanknopingspunten” te bieden.

Menzis kiest bij haar afwijzingen voor de volgende formulering:

“Om te bepalen of u voor een hogere vergoeding in aanmerking komt, hebben we gekeken naar hoeveel restitutiektorting er is toegepast op de nota, of de zorgaanbieder coullance heeft toegepast op deze nota en of u al eerder dit jaar restitutiektorting voor niet-gecontracteerde zorg heeft betaald. We zijn van mening dat de vergoeding zoals is vastgesteld geen belemmering vormt om te kiezen voor een zorgaanbieder zonder contract. (...) Op basis van de voorspelde kosten die u in uw brief vermeldt is het bedrag dat zij uiteindelijk zelf moet betalen is €2.525. We zien dit niet als een hinderpaal en daarom verlagen we de bijdrage niet.”²⁵

De bedragen waarmee verzekerden geconfronteerd werden zijn aanzienlijk. Zo meldden verzekerden zich bij Interpolis en De Friesland met behandelkosten van € 4.415,70 respectievelijk € 4.500,-²⁶, resulterend in een eigen bijdrage van maar liefst € 1.930,50 en € 1.825,- (uitgaande van de polisvoorwaarden) maar dit vormt volgens de verzekeraars kennelijk geen hinderpaal.

Opvallend is dat bij sommige afwijzingen de behandelkosten sterk uiteenlopen, maar de afwijzingen tóch inhoudelijk hetzelfde zijn.²⁷ Zo variëren bij de verzekerden van Zilveren Kruis de totale behandelkosten van € 1.500 tot € 3.000,-, resulterend in eigen bijdragen variërend van € 865,- tot € 1.730,-.²⁸ Een vergelijkbare variatie is zichtbaar bij FBTO, waar verzekerden zich meldden met totale behandelkosten variërend van € 2.595,80 tot zelfs € 9.300,-, resulterend in

²³ Zie nader reactie Zilveren Kruis cliëntdossiers 7, 8, 9 en 14.

²⁴ Zie nader reactie zorgverzekeraars in cliëntdossiers 4, 10, 16 en 24.

²⁵ Zie nader reactie Menzis in dossier 26. In dossier 17 is sprake van een identieke motivering (in dat geval ging het om een eigen bijdrage van € 1.500,-).

²⁶ Zie brief aan verzekeraar voor in cliëntdossier 16 en brief aan verzekeraar in cliëntdossier 4. Zie tevens de schematische weergave van de zorgkosten zoals opgesteld door Stichting VA, die hierna nog aan bod komt.

²⁷ Zie nader de reacties van Zilveren Kruis in de cliëntdossiers 7, 8, 9, 14 en de reactie van FBTO in cliëntdossier 24.

²⁸ Zie brief aan verzekeraar in cliëntdossier 8; brief aan verzekeraar in cliëntdossier 9. Zie tevens de schematische weergave van de zorgkosten zoals opgesteld door Stichting VA die hierna nog aan bod komt.

eigen bijdragen die varieerden van € 1.293,- tot zelfs € 4.955,-.²⁹ De verzekerden krijgen steevast nul op hun rekest. Er blijkt, gelet op het feit dat telkens exact dezelfde afwijzing en formulering wordt gebezigd, geen sprake van een situatie waarin individuele gevallen daadwerkelijk individueel beoordeeld worden.

Andere zorgverzekeraars, zoals ONVZ, CZ en VGZ, vragen alvorens een beslissing te nemen om aanvullende gegevens.

Zie bijvoorbeeld ONVZ:

“Om een volledig beeld te vormen van de situatie (...) zouden wij graag aanvullende informatie ontvangen. (...) Graag vernemen wij het volgende:

- *Wat is de reden dat [verzekerde] deze zorgverlener heeft gekozen en nog steeds onder behandeling lijkt te zijn?*
- *Is [verzekerde] nog steeds onder behandeling?*

Bij een beroep op de hardheidsclausule ontvangen wij ook graag de volgende stukken:

- *De meest recente belastingaangifte, ook van de toeslagpartner*
- *De beschikking van de zorgtoeslag indien deze is toegekend*
- *Een uitgebreide toelichting waarom er een beroep op de hardheidsclausule wordt gedaan en waarom de eigen bijdrage een hinderpaal vormt voor verzekerde.”³⁰*

En CZ:

“Om tot een zorgvuldige beslissing over te gaan hebben wij aanvullende vragen. Onderstaand leest u wat er ontbreekt. (...)

- *Wat is de reden dat [verzekerde] heeft gekozen voor deze niet-gecontracteerde zorgverlener?*
- *Heeft [verzekerde] geprobeerd bij een gecontracteerde zorgverlener in zorg te gaan?*
- *Zijn er wachtlijsten voor deze zorg? Zo ja, hoe lang is deze wachttijd?*
- *U schrijft dat de totale kosten in 2023 [x] gaat zijn. Hetzelfde geldt voor 2024. Zijn deze bedragen van de volledige behandeling?*
- *Wat wordt verwacht wat de eigen bijdrage van [verzekerde] gaat zijn?”³¹*

²⁹ Zie brief aan verzekeraar in cliëntdossier 11 en brief aan verzekeraar in cliëntdossier 24. Zie tevens de schematische weergave van de zorgkosten zoals opgesteld door Stichting VA, die hierna nog aan bod komt.

³⁰ Zie reacties ONVZ in cliëntdossiers 3 en 6 en.

³¹ Zie reactie CZ in cliëntdossier 15.

En VGZ:

“Zorgaanbieder [...] heeft geen contract met VGZ. Om deze reden hebben wij de door de [verzekerde] ingediende nota’s conform de verzekeringsvoorwaarden vergoed op basis van 70% van het gemiddeld gecontracteerd tarief van geestelijke gezondheidszorg. (...) Wij hebben contact gezocht met [verzekerde] en aan [hem] aangeboden om te zoeken naar een gecontracteerde zorgverlener bij hem in de omgeving, zodat de behandelingen volledig worden vergoed. [Verzekerde] heeft dit aanbod niet geaccepteerd en wenst de behandelingen bij de zorgaanbieder [...], ondanks een gedeeltelijke vergoeding, voort te zetten. (...) Wij zijn niet in de gelegenheid gesteld om samen met [verzekerde] naar een passende oplossing te zoeken. Op basis van de bij ons bekende informatie is niet gebleken dat de hoogte van de vergoeding een feitelijke hinderpaal oplevert voor [verzekerde] om de behandelingen bij [zorgaanbieder] voort te zetten. Om deze reden zal de vergoeding niet worden aangevuld op basis van de hardheidsclausule.”³²

In onderstaande visuele weergave worden de kosten, vergoedingspercentages en eigen bijdrage per individueel dossier weergegeven.

client nummer	factuur bedrag	extra eigen bijdrage boven op de € 385	in %	wettelijke eigen bijdrage € 385	totale eigen bijdrage	in %	waarvan verwachte kosten 2024
1	€ 1.800,00	€ 873,00	49%	€ 385,00	€ 1.258,00	70%	?
3	€ 2.000,00	€ 700,00	35%	€ 385,00	€ 1.085,00	54%	?
4	€ 4.500,00	€ 1.440,00	32%	€ 385,00	€ 1.825,00	41%	?
5	€ 4.600,00	€ 1.840,00	40%	€ 385,00	€ 2.225,00	48%	?
6	€ 3.000,00	€ 1.050,00	35%	€ 385,00	€ 1.435,00	48%	€ -
7	€ 4.805,00	€ 2.354,00	49%	€ 770,00	€ 3.124,00	65%	€ 2.400
8	€ 1.500,00	€ 480,00	32%	€ 385,00	€ 865,00	58%	€ -
9	€ 3.000,00	€ 960,00	32%	€ 770,00	€ 1.730,00	58%	€ 1.400
10	€ 1.500,00	€ 570,00	38%	€ 385,00	€ 955,00	64%	€ -
11	€ 2.596,00	€ 908,00	35%	€ 385,00	€ 1.293,00	50%	?
13	€ 4.000,00	€ 2.615,00	65%	€ 385,00	€ 3.000,00	75%	?
14	€ 1.500,00	€ 480,00	32%	€ 385,00	€ 865,00	58%	?
15	€ 2.000,00	€ 800,00	40%	€ 770,00	€ 1.570,00	79%	€ 1.000
16	€ 4.415,70	€ 1.545,50	35%	€ 385,00	€ 1.930,50	44%	?

³² Zie reactie VGZ in cliëntdossier 10.

17	€	8.267,57	€	2.000,00	24%	€	385,00	€	2.385,00	29%	?
18	€	9.371,57	€	2.000,88	21%	€	770,00	€	2.770,88	30%	
21	€	6.000,00	€	1.800,00	30%	€	770,00	€	2.570,00	43%	€ 6.000
22	€	3.300,00	€	825,00	25%	€	770,00	€	1.595,00	48%	€ 2.900
24	€	9.300,00	€	4.185,00	45%	€	770,00	€	4.955,00	53%	€ 7.500
25	€	10.913,00	€	2.728,25	25%	€	770,00	€	3.498,25	32%	€ 8.480
26	€	8.400,00	€	3.108,00	37%	€	770,00	€	3.878,00	46%	€ 6.000
totaal	€	99.768,84	€	34.312,63	34%	€	11.935,00	€	46.247,63	46%	
		gem kosten pp		gemiddelde eigen bijdrage							
22	€	4.534,95	€	1.559,66	34%	€	542,50	€	2.102,16	46%	

NB: in de nummering zijn enkele nummers weggefallen omdat de betreffende dossiers niet, ook niet in geanonimiseerde vorm, verstrekt konden worden.

De omvang van de totale zorgkosten varieert van € 1.500,- tot € 10.913,-. De gemiddelde kosten per persoon komen hierdoor neer op € 4.534,95 en de omvang van de eigen bijdrage varieert van € 480,- tot € 4.185,- resulterend in een gemiddelde eigen bijdrage van € 1.559,63. In werkelijkheid zijn deze kosten nog hoger door de wettelijke eigen bijdrage van € 385,-, die in sommige gevallen twee keer voldaan dient te worden omdat het zorgtraject zich over twee kalenderjaren uitstrekt. Aldus varieert de totale eigen bijdrage van € 865,- tot € 4.955,- en komt de gemiddelde totale eigen bijdrage uit op een bedrag van € 2.102,16.

Het soort zorg, de omvang van de kosten, de eigen bijdrage en de vergoedingspercentages lopen enorm uiteen, maar tóch wordt *in geen enkel geval* erkend dat sprake is van een feitelijke hinderpaal. Duurdere vormen van zorg lijken aldus niet te worden uitgezonderd van een generiek kortingspercentage en de hardheidsclausules blijken in de praktijk niet meer te zijn dan een lege huls.

V. STRIJD MET ARTIKEL 13 Zvw

Geen fijnmazig vergoedingsbeleid

De arresten van de Hoge Raad bevestigen dat het beleid van zorgverzekeraars om te werken met generieke kortingspercentages, zonder duidelijke uitzonderingen voor duurdere vormen van zorg, en met vrijblijvende en onzekere hardheidsclausules, niet houdbaar is. Er moet immers

een uitzondering gemaakt worden voor duurdere vormen van zorg. Vastgesteld kan worden dat geen enkele zorgverzekeraar zo'n uitzondering heeft gemaakt: noch in 2023 en noch in 2024.

Voor patiënten heeft dit grote gevolgen. Zij worden immers geconfronteerd met generieke kortingspercentages (die bij duurdere behandelingen kunnen leiden tot een 'eigen bijdrage' van duizenden euro's), maar worden tegelijkertijd *niet* geïnformeerd over mogelijke uitzonderingen bij duurdere vormen van zorg (waar zorgverzekeraars volgens de jurisprudentie wel toe *verplicht* zijn). Zij moeten nu ofwel forse bedragen zelf ophoesten ofwel noodgedwongen een andere aanbieder kiezen (waarmee zij beperkt worden in hun vrije keuze), terwijl dit bij de juiste informatievoorziening wellicht helemaal niet nodig had hoeven zijn.

Deze vergoedingspercentages worden óók gebruikt bij dure vormen van zorg. Ter illustratie op de orde van grootte wijst de Stichting VA erop dat in de GGZ tarieven voorkomen (op basis van tariefbeschikkingen van de NZa) die ruim boven de € 50.000,- uitkomen. Dit volgt het beste uit de oude tariefbeschikkingen (geldend tot 2021), waarin tarieven voorkomen tot € 76.583,58.³³ Dit is dan nog exclusief verblijf. Inclusief verblijf gaat het om kosten tot ruim boven de € 100.000,-. Dergelijke tarieven zijn nu nog steeds aan de orde, al geven de huidige ZPM-tarieven minder eenvoudig een beeld van de totale kosten in een periode van grofweg een jaar. Ook in de medisch specialistische zorg komen hoge tarieven voor. Een willekeurig overzicht van (bijvoorbeeld CZ) laat zien dat ook in de medisch specialistische zorg sprake is van tarieven die (zowel wanneer uitgegaan wordt van NZa-tarieven als wanneer uitgegaan wordt van gemiddeld gecontracteerde tarieven) oplopen tot ruim boven de € 100.000,-.³⁴ Veel tarieven betreffen tarieven van enkele duizenden tot tienduizenden euro's.

De positie van de gemiddelde ('modale') zorggebruiker

De Stichting VA realiseert zich dat het geen sinecure is om op basis van de positie 'gemiddeld (modale) zorggebruiker' vast te stellen wanneer de grens tussen prikkelen en hinderen wordt bereikt. Feit is evenwel dat zorgverzekeraars hierin primair een taak hebben: zij dienen immers een vergoedingsbeleid te hanteren dat voldoet aan artikel 13 Zvw. In dat verband dienen zij vast te stellen of het beleid dat zij hanteren in bepaalde gevallen een hinderpaal oplevert. Ook wanneer een hardheidsclausule wordt gehanteerd zal de zorgverzekeraar moeten weten hoe vastgesteld wordt wanneer in een concreet geval sprake is van een hinderpaal. Wanneer dit niet onderzocht is, is de hardheidsclausule per definitie een wassen neus.

³³ Bijlage 1 bij TB/REG-21620-01

³⁴ <https://www.cz.nl/-/media/actueel/voorwaarden/gemiddeld-ongewogen-gecontracteerde-tarieven-msz.pdf?revid=b9f0383e-556e-4714-9910-5a7ef31503f0>

De Stichting VA stelt vast dat de generieke vergoedingspercentages van zorgverzekeraars zodanig laag zijn dat deze zeker bij veel relatief kostbare vormen van zorg (waarvan relatief snel sprake is) voor de “*gemiddelde (modale) zorggebruiker*” een feitelijke hinderpaal opleveren.

In dat verband is allereerst van belang dat de Hoge Raad expliciet de “*gemiddelde (modale) zorggebruiker*” als maatman heeft genomen. Voor de beoordeling van de vraag of een zorgverzekeraar in strijd handelt met het hinderpaalcriterium is dus van belang of het door de zorgverzekeraar niet-vergoede deel van de rekening zodanig is dat dit voor de gemiddeld modale zorggebruiker een hinderpaal oplevert om zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder te wenden.

Om die vraag te beantwoorden heeft de Stichting VA allereerst geanalyseerd welke financiële ruimte er voor de gemiddeld (modale) zorggebruiker is om überhaupt een eigen bijdrage te betalen.

NB: daarmee is niet gezegd dat de Stichting VA meent dat de beschikbare ruimte *maatgevend* is. De beschikbare ruimte vormt wel een (belangrijk) gezichtspunt bij de vaststelling van de grens tussen prikkelen en hinderen: als er geen ruimte is, zal immers *per definitie* sprake zijn van een hinderpaal. Dat wil echter *niet* zeggen dat *géén* sprake is van een hinderpaal wanneer er (in theorie) wel een *mogelijkheid* bestaat tot bekostiging. Wanneer in redelijkheid niet van de gemiddeld (modale) zorggebruiker verwacht kan worden van die mogelijkheid gebruik te maken, kan immers evenzeer gesproken worden van een hinderpaal. De Stichting VA licht dat nog toe.

Om de beschikbare ruimte in kaart te brengen, heeft de Stichting VA het besteedbaar inkomen van de “*gemiddelde (modale) zorggebruiker*” in kaart gebracht. Vervolgens heeft zij aan de hand van het uitgavenpatroon van de “*gemiddelde (modale) zorggebruiker*” berekend wat er onder aan de streep overblijft om het door de verzekeraar niet-vergoede deel van de zorgkosten te betalen. Hierna zal de Stichting VA hiervan verslag doen.

Ter beantwoording van de hiervoor genoemde centrale vraag heeft de Stichting VA de gemiddeld besteedbare inkomens van Nederlandse huishoudens in kaart gebracht. Uit gegevens

van het Centraal Bureau voor de Statistiek ('CBS') volgt dat het gestandaardiseerd besteedbaar inkomen³⁵ van een huishouden in 2023 gemiddeld € 3.504,- bedroeg.³⁶

Toelichting: Het besteedbaar inkomen bestaat uit het bruto-inkomen verminderd met a) betaalde inkomensoverdrachten (bijvoorbeeld alimentatie), b) premies inkomensverzekeringen (bijvoorbeeld sociale verzekeringen) particuliere verzekeringen (bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid) c) premies ziektekostenverzekeringen en d) belastingen op inkomen en vermogen. Het gestandaardiseerd besteedbaar inkomen is het besteedbaar inkomen gecorrigeerd voor verschillen in grootte en samenstelling van het huishouden. Deze correctie vindt plaats met behulp van zogenoemde equivalentiefactoren. In de equivalentiefactor komen de schaalvoordelen tot uitdrukking die het gevolg zijn van het voeren van een gemeenschappelijke huishouding. Met behulp van de equivalentiefactoren worden alle inkomens herleid tot het inkomen van een eenpersoonshuishouden. Op deze wijze zijn de welvaartsniveaus van huishoudens onderling vergelijkbaar gemaakt.

De groep huishoudens *tot en met* een gemiddeld inkomen (ad € 3.504,-) bedraagt dus, uitgaande van de cijfers in 2019, meer dan 45% van het totaal aantal huishoudens. De Stichting VA meent dat deze groep vanwege haar omvang een goede afspiegeling vormt van de "*gemiddelde (modale) zorggebruiker*" in Nederland.

Voor de vraag wat er voor deze "*gemiddelde (modale) zorggebruiker*" onder aan de streep overblijft om het door de zorgverzekeraar niet-vergoede deel van de zorgkosten te betalen, dient vervolgens in kaart te worden gebracht wat het uitgavenpatroon van deze "*gemiddelde (modale) zorggebruiker*" is. Om die berekening te maken heeft de Stichting VA ervoor gekozen om het uitgavenpatroon van een huishouden met een modaal inkomen³⁷ als uitgangspunt te nemen. Dit modale inkomen bedroeg in 2023 volgens het CPB ongeveer € 3.458 per maand.³⁸ en zit dus aan de bovenkant van het gemiddelde. Van belang is daarbij om op te merken dat dit modale inkomen *binnen* de hiervoor afgebakende grote middengroep valt van huishoudens die tot aan het gemiddeld inkomen te besteden heeft. Wanneer uitgegaan wordt van een modaal inkomen wordt als maatman gekozen voor de zorggebruiker die binnen de groep van personen

³⁵ Het besteedbaar inkomen bestaat uit het bruto-inkomen verminderd met a) betaalde inkomensoverdrachten (bijvoorbeeld alimentatie), b) premies inkomensverzekeringen (bijvoorbeeld sociale verzekeringen) particuliere verzekeringen (bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid) c) premies ziektekostenverzekeringen en d) belastingen op inkomen en vermogen. Het gestandaardiseerd besteedbaar inkomen is het besteedbaar inkomen gecorrigeerd voor verschillen in grootte en samenstelling van het huishouden. Deze correctie vindt plaats met behulp van zogenoemde equivalentiefactoren. In de equivalentiefactor komen de schaalvoordelen tot uitdrukking die het gevolg zijn van het voeren van een gemeenschappelijke huishouding. Met behulp van de equivalentiefactoren worden alle inkomens herleid tot het inkomen van een eenpersoonshuishouden. Op deze wijze zijn de welvaartsniveaus van huishoudens onderling vergelijkbaar gemaakt.

³⁶ <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/83932NED#shortTableDescription>

³⁷ Het modale inkomen is het meest voorkomende inkomen.

³⁸ <https://www.cpb.nl/augustusraming-2023>

tot en met het gemiddelde inkomen behoort tot de best verdienende personen. Met de keuze om een huishouden met een modaal inkomen als uitgangspunt te nemen, sluit de Stichting VA optimaal aan bij het begrip “*gemiddelde (modale) zorggebruiker*”.

Voor het uitgavenpatroon van huishoudens met een modaal inkomen biedt het budgethandboek van het Nibud uitkomst. Daarin heeft het Nibud, o.a. aan de hand van diverse voorbeeldbegrotingen, inzichtelijk gemaakt wat huishoudens gemiddeld kwijt zijn aan de vaste lasten. Van belang is om daarbij aandacht te besteden aan de zogenaamde ‘reserveringsuitgaven’ die het Nibud als volgt omschrijft:³⁹

“Reserveringsuitgaven komen niet iedere maand terug. Ze zijn wel belangrijk. Kleding, schoenen, meubilair, elektrische apparaten, vakanties en het onderhoud van uw huis en tuin vallen hieronder. Leg iedere maand wat geld opzij zodat u voor deze uitgaven altijd wat achter de hand heeft.”

Dat er onder aan de streep zeer beperkt tot geen ruimte is voor een maandelijks eigen bijdrage (bovenop het eigen risico en eigen bijdragen op basis van de Rzv, Wmo, of Wlz) blijkt uit het Nibud Budgethandboek 2023 (belangrijkste pagina’s bijgevoegd, **bijlage ii**)⁴⁰. Hieruit blijkt namelijk dat bij een modaal inkomen slechts ruimte bestaat om € 40,- per maand te reserveren om niet-vergoede ziektekosten te betalen. Let wel: dit bedrag wordt per definitie al opgesoupeerd vanwege het eigen risico, hetgeen laat zien dat er vrijwel niets overblijft voor een (aanvullende) eigen bijdrage. De diverse begrotingen die uitgaan van een *modaal inkomen* laat zien dat er onder aan de streep in vrijwel alle begrotingen niets tot vrijwel niets (hooguit enkele tientjes per maand) overblijft na aftrek van alle reguliere kosten. Het behoeft geen uitleg dat de zeer beperkte reserveringsruimte die er is, waarbinnen slechts ruimte bestaat voor € 40,- aan bekostiging van onvergoede zorgkosten per maand, *in ieder geval* geen ruimte biedt voor vergoeding van kosten bij de duurdere vormen van zorg als hiervóór genoemd. Het gaat daarbij immers in voorkomende gevallen om maandelijks bedragen van honderden euro’s en in enkele gevallen om meer dan duizend euro. Bij nóg duurdere vormen van zorg, waarvan hiervóór enkele voorbeelden genoemd zijn, is sprake van eigen bijdragen die nog veel hoger liggen. Deze bedragen staan niet in verhouding tot de bedragen die mensen met een modaal inkomen op maandbasis, maar zelfs ook op jaarbasis beschikbaar *kunnen* hebben.

³⁹ <https://www.nibud.nl/consumenten/begroten-en-budgetteren/>.

⁴⁰ Op de website van het Nibud is ter toelichting te lezen: “*Het Nibud Budgethandboek is het standaard naslagwerk voor professionals die consumenten adviseren over hun financiën. Jaarlijks actualiseren de experts van het Nibud het boek op basis van de nieuwe wet- en regelgeving. Het Boek bevat informatie over inkomsten, uitgaven, bestedingspatronen en regelingen voor verschillende typen huishoudens. Het gaat dieper in op budgetthema’s als kosten van kinderen, echtscheiding, zorg en schulden.*”

Daarmee staat volgens de Stichting VA vast dat het huidige vergoedingsbeleid van zorgverzekeraars tot gevolg heeft dat niet-gecontracteerde zorg voor alle huishoudens met een inkomen tot en met het niveau van een modaal inkomen überhaupt niet toegankelijk is aangezien bij duurdere zorgvormen (waarover hierna meer) sprake is van honderden tot duizenden euro's aan 'eigen bijdrage' terwijl *jaarlijks* nauwelijks budget beschikbaar is voor dergelijke kosten, uitgaande van de beschikbare inkomenscijfers. Nogmaals: dit gaat dan nog uit van het *modale* inkomen, terwijl vastgesteld is dat een groot deel van de Nederlanders een aanzienlijk lager inkomen heeft. Op basis van de huidige polisvoorwaarden van zorgverzekeraars heeft ongeveer de helft van de Nederlandse huishoudens met een naturapolis geen vrije artskeuze als bedoeld in artikel 13 Zvw. Dit geldt óók voor de modaal verdienende zorggebruiker (die binnen de groep van mensen tot en met een gemiddeld inkomen nog relatief veel verdient).

De Stichting VA benadrukt zich met voorgaande analyse gericht te hebben op gelden die redelijkerwijs *beschikbaar* zijn voor het betalen van onvergoed blijvende zorgkosten. Dat zegt, zoals opgemerkt, strikt genoeg nog niet dat zorggebruikers ook *bereid* zijn die gelden hiervoor aan te wenden. De Stichting VA meent dat de grens voor de gemiddelde (modale) zorggebruiker in werkelijkheid veel lager ligt dan wat uit voornoemde cijfers volgt. De hierna te bespreken gegevens uit het Nivel-onderzoek uit 2012 bevestigen dit.

Nivel onderzoek

Het Nivel heeft in 2012⁴¹ onderzocht wat het effect is van eigen bijdragen in de tweedelijns GGZ op het zorggebruik van cliënt. Dit onderzoek is voor de onderhavige kwestie bijzonder relevant, omdat daaruit blijkt bij welke eigen bijdrage (en dus ook bij welke maximum korting) cliënten zorg gaan mijden, ondanks dat zij deze zorg wél nodig hebben. In dat geval is er dus evident sprake van een hinderpaal. De Stichting VA zal hierna nader ingaan op de bevindingen uit het Nivel-onderzoek en de betekenis van deze bevindingen voor de onderhavige kwestie.

Per 1 januari 2012 moesten volwassenen voor zorg in de tweedelijns GGZ een eigen bijdrage betalen van € 200,- per kalenderjaar. Om na te gaan hoe patiënten hierop zouden reageren, vroeg GGZ-Nederland patiënten van tweedelijns GGZ-instellingen eind 2011 een online enquête in te vullen. Daarin konden ze aangeven of ze evenveel, minder of geen gebruik meer zouden maken van tweedelijns GGZ bij een eigen bijdrage van € 100,-, € 200,- of € 420,-. De enquête is in totaal door 5.757 personen ingevuld. Het Nivel analyseerde de data van de enquête en publiceerde de bevindingen in het rapport 'Verwacht zorggebruik als gevolg van de eigen bijdrage in de tweedelijns GGZ'.

⁴¹ <https://www.nivel.nl/sites/default/files/bestanden/Rapport-Eigen-bijdrage-GGZ.pdf>

Uit de analyse van het Nivel blijkt dat ongeveer 80% van de respondenten aangeeft dat de zorg die ontvangen wordt (zeer) noodzakelijk is voor het omgaan met problemen. Hoewel veruit de meeste respondenten de door hen genoten zorg dus (zeer) noodzakelijk vinden, geven veel respondenten aan géén of minder zorg te zullen gaan gebruiken als een eigen bijdrage zou worden ingevoerd. De mate van ervaren ernst van de klachten en de ervaren noodzaak van de zorg spelen over het algemeen nauwelijks een rol in de overweging om het zorggebruik te veranderen. Vooral de hoogte van de eigen bijdrage is bepalend.

De onderzoekers vroegen respondenten of zij hun zorggebruik zouden veranderen als er een eigen bijdrage van € 100,- zou worden ingevoerd. Daarop antwoordde 20% van de respondenten dat zij géén zorg meer zouden gebruiken bij een eigen bijdrage van € 100,-. Nog eens 26% van de respondenten gaf aan minder gebruik te maken van de tweedelijns GGZ. Een eigen bijdrage van € 100,- levert dus voor bijna de helft van alle patiënten een hinderpaal op, nu zij zich door de hoogte van deze eigen bijdrage genoodzaakt zien géén of minder zorg te gebruiken dan zij eigenlijk nodig hebben. Een kleine meerderheid van de respondenten (54%) geeft aan bij een eigen bijdrage van € 100,- per jaar alsnog evenveel gebruik te zullen maken van zorg. Dit relatief hoge percentage duidt erop dat patiënten bereid zijn bij te betalen voor de zorg die zij nodig hebben, mits de eigen bijdrage behapbaar blijft en dus géén hinderpaal oplevert.

Bij een eigen bijdrage van € 200,- per jaar liggen de hiervoor genoemde percentages al aanzienlijk anders. In dat geval geeft 40% van de respondenten aan géén gebruik meer te zullen maken van GGZ-zorg en geeft nog eens 30% van de ondervraagden aan minder gebruik te zullen maken van deze zorg. Bij een eigen bijdrage van € 200,- per jaar ziet het overgrote deel van de respondenten (70%) zich genoodzaakt zijn of haar zorggebruik aan te passen terwijl de genoten zorg wél nodig is. Voor deze zeer grote groep patiënten vormt een eigen bijdrage van € 200,- per jaar dus evident een hinderpaal voor het gebruik van zorg.

Een eigen bijdrage van € 420,- per jaar valt voor nagenoeg geen enkele patiënt op te hoesten. Wanneer patiënten zich geconfronteerd zouden zien met een dermate hoge eigen bijdrage, geeft 72% aan géén gebruik meer te maken van zorg en 15% denkt minder gebruik te maken van de zorg. In dat geval ervaart maar liefst 87% van alle respondenten dus een hinderpaal voor het gebruik van zorg.

De conclusies van het Nivel ten aanzien van de relatie tussen een eigen bijdrage en het *zorggebruik* gelden ten minste evenzeer voor de relatie tussen een eigen bijdrage als gevolg van de door zorgverzekeraars toegepaste korting en de *keuze tussen zorgaanbieders*. Als patiënten zich gedwongen voelen om bij een bepaalde eigen bijdrage géén of minder zorg te gebruiken

(omdat die eigen bijdrage voor alle zorgaanbieders geldt en dus niet kan worden voorkomen), dan geldt *zeker* dat patiënten zich gedwongen zullen voelen om voor een andere zorgaanbieder te kiezen wanneer zij met een eigen bijdrage worden geconfronteerd als zij kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder. De grens tussen ‘prikkelen’ en ‘hinderen’ zal in dat geval nog eerder worden bereikt. Het aanpassen van het *zorggebruik* is immers een veel ingrijpendere stap dan het veranderen van *zorgaanbieder*, waardoor patiënten zich in het eerste geval minder snel ‘gehinderd’ zullen voelen dan in het tweede geval.

Uit het Nivel-onderzoek volgt dat een eigen bijdrage van € 200,- per jaar al een hinderpaal oplevert voor de ‘gemiddelde modale zorggebruiker’, nu bij een dergelijke eigen bijdrage een ruime meerderheid van de respondenten (70%) aangeeft noodgedwongen het zorggebruik aan te passen. Volgens de Stichting VA ligt de grens tussen prikkelen en hinderen dus op (ongeveer) € 200,- per jaar of een nog lager bedrag, gelet het feit dat (zoals hiervoor is toegelicht) de grens tussen prikkelen en hinderen bij een keuze tussen verschillende zorgaanbieders eerder zal worden bereikt dan bij keuze tussen het wel of niet gebruiken van *zorg*.

Conclusies met betrekking tot de hinderpaalgrens

De grens tussen prikkelen en hinderen wordt volgens de Stichting VA, uitgaande van het Nivel-onderzoek, bereikt bij maximale korting van € 200,- op jaarbasis. Let wel: opnieuw geldt dat de huidige inflatiecijfers nog niet in deze berekeningen betrokken zijn en te verwachten valt dat de grens thans eerder lager dan hoger zal liggen, mede gelet op de beschikbare bedragen voor reserveringsuitgaven.

Volgens de Stichting VA moet aangenomen worden dat een korting van meer dan € 200,-, in ieder geval een hinderpaal oplevert voor verzekerden om voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te kiezen. Aangenomen kan worden dat de gemiddelde modale zorggebruiker dan zeker een feitelijke hinderpaal ervaart om zich tot de niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden. Uitgaande van een eigen bijdrage van € 200,- bestaat in geval van een vergoedingspercentage van 70% reeds een hinderpaal bij vergoedingen boven de € 666,67 (alles boven dit bedrag dient dus als ‘duurdere zorgvorm’ aangeduid te worden). Bij een vergoedingspercentage van 75% wordt het betreffende bedrag aan zorgkosten waarbij de grens bereikt wordt beperkt hoger.

Voor de goede orde: de Stichting VA beoogt met dit handhavingsverzoek *niet* de vergoeding die niet-gecontracteerde aanbieders en/of verzekerden van zorgverzekeraars dienen te ontvangen maximaal op te rekken. Wél wil de Stichting VA dat een realistische bovengrens gesteld wordt aan de korting die zorgverzekeraars mogen toepassen. Haar analyse heeft ten doel vast te stellen dát (en niet per se wannéér c.q. vanaf welk bedrag aan zorgkosten) de grens tussen

prikkelen en hinderen op basis generieke vergoedingspercentages van (veelal) 70-75% in bepaalde gevallen (namelijk bij duurdere vormen van zorg) wordt overschreden. In haar analyse is daarvan reeds sprake bij zorgkosten boven de € 666,67 terwijl vaststaat dat de kosten voor veel behandelingen aanzienlijk hoger liggen. Zelfs indien de korting het dubbele zou mogen bedragen van het door de Stichting VA becijferde bedrag staat vast dat de grens tussen prikkelen en hinderen in veel gevallen wordt overschreden. Dit zou de NZa voldoende reden moeten geven om in te grijpen.

De Stichting VA wijst er op het hinderpaalcriterium ten doel heeft de toegang naar ongecontracteerde aanbieders niet te *belemmeren*⁴² (feitelijke hinderpaal). Anders dan door zorgverzekeraars wel wordt bepleit, betekent dit niet dat pas van een feitelijke hinderpaal sprake is als een verzekerde (bij wijze van spreken) zijn hele vermogen heeft ingezet om bepaalde zorg te kunnen afnemen en vervolgens feitelijk geen ruimte meer heeft om zelf kosten voor eigen rekening te nemen. Anders gezegd: een belemmering bestaat niet pas wanneer er daadwerkelijk geen (enkel) budget beschikbaar is om kosten voor eigen rekening te nemen. Een belemmering bestaat op het moment dat de kosten die voor eigen rekening komen zodanig hoog zijn dat redelijkerwijs aangenomen kan worden dat dit een belemmering vormt om gebruik te maken van de diensten van de betreffende zorgaanbieder. Daarin zit ook een psychologisch aspect dat het onmogelijk maakt (hoeveel feitelijke gegevens ook verzameld worden over inkomen, spaartegoeden, schuldenpositie, burgerlijke staat, kinderen, etc.) om *exact* vast te stellen waar de grens tussen prikkelen en hinderen ligt. Om die reden heeft de Stichting VA, die zich geconfronteerd ziet met zorgverzekeraar die *niet* kiezen voor fijnmazigheid en óók niet kiezen voor een hardheidsclausules die de vereiste fijnmazigheid realiseren) de grens gelegd op een niveau waarvan in haar optiek niet ter discussie zou moeten/kunnen staan dat op dát niveau in ieder geval een hinderpaal ontstaat. Het Nivel-onderzoek uit 2012 is wat de Stichting VA het best bruikbaar omdat dit onderzoek niet focust op de beschikbaarheid van gelden, maar juist ook aandacht heeft voor het meer psychologische aspect, namelijk de (redelijkerwijs te veronderstellen) bereidheid om bepaalde (hoge) kosten voor eigen rekening te nemen. De beschouwing van de Stichting VA betreffende de beschikbare gelden (op basis van inkomen) hebben aanvullend een functie doordat zij inzicht geven *waarom* verzekerden bij een bepaalde hoogte van de eigen bijdrage zorg gaan mijden (namelijk omdat het inkomen überhaupt geen ruimte biedt voor het voor rekening nemen van kosten die hoger zijn van € 200,-). De Stichting VA erkent dat op haar analyse kritiek mogelijk is en dat altijd andere en/of meerdere gezichtspunten denkbaar zijn, maar dat is inherent aan het begrip 'feitelijke hinderpaal'.

⁴² Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, o.a. r.o. 3.7.2

De gedachte van bepaalde zorgverzekeraars is, zo heeft de Stichting VA de afgelopen periode geleerd, dat alle mogelijk bijeen te schrapen gelden beschikbaar moeten worden gesteld aan zorg voordat kan worden gezegd dat sprake is van een hinderpaal. Dit is volgens de Stichting VA dus niet juist. Het miskent namelijk dat een feitelijke hinderpaal niet pas is bereikt als feitelijk geen geld beschikbaar is, maar als redelijkerwijs niet meer van de gemiddeld modale verzekerde (als maatman) kan worden verwacht dat hij extra geld besteedt om zijn recht op vrije artskeuze uit te kunnen oefenen. Het is dus niet juist dat al het beschikbaar te maken geld (van de gemiddeld modale verzekerde) bij de hinderpaalvraag moet worden betrokken. De centrale vraag is *wat redelijkerwijs van een gemiddeld (modale) zorggebruiker kan worden verwacht*. De Stichting VA legt de grens bij de bedragen die volgen uit het Nivel-onderzoek en die bovendien aansluiten bij de gepresenteerde cijfers omtrent de beschikbare ruimte op basis van een modaal inkomen (die eerder impliceert dat de grens v er beneden de door Nivel genoemde bedragen ligt). De niet-bereidheid waarover in het Nivel-onderzoek wordt gesproken levert een feitelijke hinderpaal op, nu in dat onderzoek vaststaat dat de zorg in kwestie nodig is, maar vanaf een bepaalde eigen bijdrage *feitelijk zal worden gemeden*.

Tot slot merkt de Stichting VA op dat zij heeft moeten vaststellen dat enkele zorgverzekeraars aangeven dat de verzekerde onvoldoende onderbouwd heeft dat sprake is van een hinderpaal, maar geen enkele indicatie geven hoe en op basis waarvan de verzekerde het bestaan van een hinderpaal volgens de zorgverzekeraar w el aan kan tonen. De Stichting VA wijst erop dat de Hoge Raad de 'gemiddeld (modale) zorggebruiker' als maatman heeft genoemd, wat aanleiding geeft tot een onderbouwing op basis van algemene gegevens als hierv oor beschreven. Er zitten volgens de Stichting VA wel grenzen aan hetgeen op dit vlak van een verzekerde verwacht mag worden; in ieder geval kan niet verwacht worden dat een verzekerde die een beroep wil doen op een hardheidsclausule een (wetenschappelijk verantwoorde) studie doet waarin werkelijk *alle* (mogelijke) vermogensbestanddelen van de 'gemiddeld (modale) zorggebruiker' in kaart gebracht worden om vervolgens op basis daarvan een 'onderbouwing' te geven. Volgens de Stichting VA is een onderbouwing op basis van algemene gegevens als hierv oor genoemd (die desgevraagd ook in verkorte vorm gedeeld zijn met de zorgverzekeraars) ruimschoots voldoende om de zorgverzekeraar tot m eer te verplichten dan wat nu in de praktijk gebeurt (nl. eenvoudigweg *stellen* dat de onderbouwing nog onvoldoende is). In feite is het volgens de Stichting VA zelfs de vraag of een onderbouwing als hiervoor beschreven van een verzekerde verwacht mag worden.

Een vergoedingspercentage van 75% is g een praktijknorm

Voor de goede orde benadrukt de Stichting VA in dit verband dat de NZa) in het verleden, in de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-025) geoordeeld heeft dat

pas bij vergoedingspercentages beneden de 75% *uitleg* nodig is. Dit heeft de NZa destijds gedaan vanuit de gedachte dat 75% een soort praktijknorm is.

De Stichting VA hecht eraan te benadrukken dat:

- a. de NZa voor zover de stichting VA bekend nimmer uitleg gevraagd heeft aan zorgverzekeraars die vergoedingspercentages hebben gehanteerd die lager zijn dan 75%, hetgeen zou betekenen dat niet correct uitvoering gegeven is aan hetgeen bepaald is in voornoemd toezichtkader. Mocht de NZa wél uitleg hebben gevraagd en vervolgens sprake is geweest van een onderbouwing, dan heeft de Stichting VA er belang bij inzicht te hebben in alle documenten die betrekking hebben op het vragen van uitleg. De Stichting VA zal daartoe een separaat Woo-verzoek indienen.
- b. de veronderstelling dat een vergoedingspercentage van 75% een praktijknorm is en daarom toegestaan zou zijn, inmiddels onjuist is gebleken. Hierover het volgende.

Omgekeerd chronologisch startpunt voor het misverstand rondom dit vergoedingspercentage is het arrest van het hof Den Bosch van 9 juli 2013.⁴³ Dit is namelijk de ‘locus classicus’ voor latere (lagere) rechters, de NZa en alle anderen die aan het percentage van 75% normatieve betekenis hebben toegekend. Het gerechtshof Den Bosch overwoog (in rov. 4.4.1) het volgende:

“In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot (onder meer) wijziging van artikel 13 Zvw van 10 september 2012 heeft de Minister opgemerkt dat “op dit moment” 80% van het marktconforme tarief als een “breed gedragen praktijknorm” geldt, dat in een enkel geval ook 60% wordt gehanteerd en dat ook de hoogte van de zorgkosten van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een hinderpaal (in die zin dat een bepaald vergoedingspercentage bij hoge zorgkosten eerder een hinderpaal op zal leveren dan bij lagere zorgkosten). Tot vorig jaar vergoedde ook CZ nog 75% en dat percentage vergoedt zij nog steeds voor niet-gecontracteerde tweedelijns zorg anders dan GGZ. Bij gebreke van andere, objectieve gegevens gaat het hof er voorshands van uit dat een dergelijke “breed gedragen praktijknorm” een niveau van vergoeding oplevert dat geen feitelijke hinderpaal oplevert. Partijen verschillen erover van mening of (75-)80% nog steeds als een breed gedragen praktijknorm heeft te gelden.”

Het gerechtshof Den Bosch verwijst naar de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 13 Zvw. Voor zover relevant staat hierin het volgende te lezen:

⁴³ Hof Den Bosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971.

“Op dit moment geldt 80% van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm voor hoe laag de vergoeding mag zijn wil deze geen hinderpaal zijn. In een enkel geval wordt ook 60% gehanteerd.”⁴⁴

Kernvraag is dus waar de bewuste percentages vandaan komen, lees: wat hun bestaansrecht is. De in de toelichting gebruikte formulering in de lijdende vorm (‘wordt gehanteerd’) zet de lezer al op het goede spoor, maar definitief uitsluitel wordt gegeven in een brief van 10 juni 2011 van de toenmalige minister van VWS:

“In het geval een verzekerde naar een niet-gecontracteerde aanbieder gaat, krijgt hij in het geval hij een naturapolis heeft de in de polis opgenomen restitutievergoeding (veelal circa 75-80% van het wettelijke tarief) vergoed.”⁴⁵

Kort en goed: de ‘breed gedragen praktijknorm’ was niet meer of minder dan het feitelijk door de zorgverzekeraars in hun polissen opgenomen vergoedingspercentage.

Dat de feitelijke grondslag van het vergoedingspercentage van 75 % inderdaad uitsluitend wordt gevormd door de polissen van de zorgverzekeraars, wordt goed geïllustreerd door de Markscan en beleidsbrief Geestelijke gezondheidszorg; weergave van de markt 2008-2012 van de NZa. Par. 6.2.3 van die Markscan, met de titel Restitutie van niet-gecontracteerde zorg, begint met de volgende vaststelling:

“Zorgverzekeraars melden in hun polissen en op hun websites wat de vergoeding is indien verzekerden naar een GGZ-aanbieder gaan die niet door hen gecontracteerd is. [...] De gegevens in deze paragraaf zijn afkomstig uit openbare informatie van de zorgverzekeraars.

Wat volgt zijn statistieken over de feitelijk vergoede percentages bij niet-gecontracteerde eerstelijns GGZ en niet-gecontracteerde tweedelijns ambulante en klinische GGZ.⁴⁶ De gemiddelde percentages komen overeen met de gemiddelden die worden genoemd in de eerder geciteerde brief van de minister van VWS uit 2011 en de eerder genoemde Memorie van Toelichting op het toenmalige wetsvoorstel uit 2012.

⁴⁴ Kamerstukken II 2011-2012, 33362, nr. 3, p. 36.

⁴⁵ Kamerstukken I 2010-2011, 25424, nr. A. Naar deze brief wordt ook verwezen in een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 19 juni 2012 (ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9803), rov. 4.9.8: “In de brief van de minister van VWS van 10 juni 2011 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de voornemens curatieve GGZ is vermeld op pag. 3: In het geval een verzekerde naar een niet-gecontracteerde aanbieder gaat, krijgt hij in het geval hij een naturapolis heeft de in de polis opgenomen restitutievergoeding (veelal circa 75-80% van het wettelijk tarief) vergoed.”

⁴⁶ ‘Markscan en beleidsbrief GGZ 2012’ van de NZa (februari 2013), pp. 75-77 (te raadplegen via de link: <https://www.zorgkennis.net/downloads/kennisbank/ZK-kennisbank-Markscan-en-beleidsbrief-GGZ-2012-1428.pdf>).

In de zaak tussen Stichting VA en de vier grootste zorgverzekeraars die draaide om artikel 13 Zvw, hebben de diverse zorgverzekeraars ter zitting van de rechtbank Gelderland bevestigd dat het door hen gehanteerde kortingspercentage *niet* tot stand gekomen is op basis van feitelijk onderzoek naar de vraag welk kortingspercentage nog acceptabel is gelet op de begrenzing door het hinderpaalcriterium (**bijlage iii**, vanaf pagina 8):

“VZ [voorzitter]: Op enig moment is er een keuze gemaakt om gebruik te maken van een algemeen kortingspercentage. Waar komt dit idee vandaan?”

Mr. Strens-Meulemeester [rechter]: Hoe is het percentage in de loop van de tijd tot stand gekomen? Het lijkt nu alsof 25% de praktijknorm is.

Mr. Hooft Graafland [advocaat Zilveren Kruis]: Voor de uitspraak van de Hoge Raad in 2014? Ik durf het niet te zeggen. Zorgverzekeraars hebben geprobeerd om te spelen met de percentages.

Mr. Teuben [advocaat CZ]: Er bestonden al langer percentages van 75 of 85%. In het verleden (2011) was het hoger. Hoe het is gegaan in die twaalf jaar weet ik niet precies. Maar de wijze van contracteren is een nieuw systeem en heeft gevolgen gehad met betrekking tot prijsverschillen bij wel en niet contracteren.

Mr. Hooft Graafland [advocaat Zilveren Kruis]: In 2012 is voor wat de prijsontwikkeling betreft gebruik gemaakt van de zogenaamde Dot-systematiek. Toen is te hoog ingezet en was sprake van te hoge prijzen.

Mr. Mous [advocaat Stichting VA]: Het laatste punt heeft niets te maken met het kortingspercentage, maar met het uitgangstarief waarop ook kortingspercentages worden toegepast/berekend. Het tarief van niet gecontracteerde zorgaanbieders is afhankelijk van wat er op de markt wordt afgesproken. Er heeft in de afgelopen jaren een correctie naar beneden plaatsgevonden, maar dat heeft niets met het percentage te maken. Het kortingspercentage is terug te voeren op de polisvoorwaarden van de zorgverzekeraar. Het is geen breed gedragen praktijknorm.”

[toelichting tussen haakjes toegevoegd]

Het zou volgens de Stichting VA ook volkomen onlogisch zijn als ervan uitgegaan zou worden dat zorgverzekeraars bij het hanteren van een vergoedingspercentage van 75% aandacht zouden hebben besteed aan de vraag of dit generieke kortingspercentage in strijd is met het hinderpaalcriterium, aangezien de zorgverzekeraars het hele *bestaan* van het hinderpaalcriterium in het verleden steeds hebben ontkend.

In de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-025), gedateerd op 14 november 2017, schreef de NZa over het vergoedingspercentage een toelichting bij artikel 8.4):

“8.4 Als de verzekerde kiest voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder heeft hij op grond van artikel 13, eerste lid, Zvw recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen (al dan niet gedeeltelijke) vergoeding. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 11 juli 2014 bepaald dat de vergoedingsbeperking niet dusdanig mag zijn dat deze een feitelijke hinderpaal opwerpt voor de verzekerde om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

(...)

Op basis van die jurisprudentie is de NZa van oordeel dat vergoedingspercentages voor niet gecontracteerde zorg van minder dan 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief of het door de NZa vastgestelde (maximum- of vaste) tarief voor de betreffende prestatie naar verwachting een feitelijke hinderpaal zullen opleveren, tenzij de zorgverzekeraar kan motiveren en zo nodig onderbouwen waarom het lagere percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren. (...)

De zorgverzekeraar neemt de wijze waarop hij de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg berekent in de modelpolis op. De zorgverzekeraar dient bij de berekening van de vergoeding rekening te houden met verplichte eigen bijdragen. Verder moet de zorgverzekeraar de vergoeding in geval een verzekerde naar een niet-gecontracteerde zorgverlener gaat, voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelf vorm van zorg of dienst behoeven, op gelijke wijze berekenen. De wijze van berekenen mag derhalve niet afhankelijk worden gemaakt van specifieke kenmerken van verzekerden.”

Hoewel deze Beleidsregel dateert van 2017 en de inhoud daarvan gelet op de huidige stand van de jurisprudentie achterhaald is, maakt de Beleidsregel duidelijk dat de NZa toen *in ieder geval* van oordeel was dat een kortingspercentage van 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief het maximaal toelaatbare kortingspercentage is (hetgeen - voor de goede orde - niet betekent dat een korting van minder dan 25% volgens de NZa géén hinderpaal zou opleveren). Een vergoedingspercentage van 75% geldt volgens de NZa dus als *ondergrens*. De Beleidsregel maakt verder duidelijk dat de uitlatingen van de NZa over het vergoedingspercentage *uitsluitend* zijn gebaseerd op jurisprudentie die *volledig* voortborduurde op het voorgaande; enig empirisch (kosten)onderzoek ligt aan de uitlatingen van de NZa niet ten grondslag. Dit laatste is later nog eens bevestigd door de NZa, die op 22 augustus 2019 in reactie op vragen van de Stichting VA het volgende schreef (**bijlage iv**):

“Per brief van 2 juli 2019 heeft u namens uw cliënt, de Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze de NZa de volgende vragen gesteld:

- 1. Hoe is de NZa in de afgelopen jaren tot de in haar uitingen/beleidsregels genoemde vergoedingspercentages bij niet-gecontracteerde zorg gekomen?*
- 2. Heeft de NZa ooit onderzoek(en) gedaan naar de vraag bij welk vergoedingspercentage verzekerden een feitelijke hinderpaal respectievelijk geen hinderpaal ervaren? Zo ja, wilt u beschrijven waaruit dat onderzoek heeft bestaan en wilt u mij een kopie verstrekken van dit onderzoek? Zo nee, waarom niet?*

Bij deze stuur ik u een reactie per mail op uw vragen.

De NZa heeft tot taak toe te zien op de rechtmatige uitvoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw) door zorgverzekeraars. Hieronder valt dat de NZa kan toetsen of een modelovereenkomst voldoet aan hetgeen is bepaald bij of krachtens de Zvw. Ten aanzien van artikel 13, Zvw, heeft de NZa zich tot halverwege 2014 op het standpunt gesteld dat het aan de zorgverzekeraar is om de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te bepalen. Omdat de tekst van artikel 13, Zvw, spreekt van een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding, toetste de NZa enkel of deze vergoeding niet nihil was. Na de uitspraak van de Hoge Raad in 2014, heeft de NZa dit oordeel eigen gemaakt en opgenomen in haar standpuntenlijst en haar beleid. Dit standpunt houdt in: “Op basis van die jurisprudentie is de NZa van oordeel dat vergoedingspercentages voor niet gecontracteerde zorg van minder dan 75% van het marktconforme tarief naar verwachting een feitelijke hinderpaal zullen opleveren, tenzij de zorgverzekeraar kan motiveren en zo nodig onderbouwen waarom het lagere percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren.” De genoemde 75% is gebaseerd op de algemeen aanvaarde norm van 75-80% die het Hof in de zaak CZ-Momentum benoemt. Daarbij zien wij dat als een ondergrens, waaronder in beginsel sprake kan zijn van een hinderpaal. Daaraan heeft de NZa verder toegevoegd dat daarbij, in de visie van de NZa, een rol kan spelen of de verzekeraar in de modelovereenkomst een hardheidsclausule heeft opgenomen. Een dergelijke hardheidsclausule moet de verzekerde dan in een concreet geval de mogelijkheid geven om bij de zorgverzekeraar aanspraak te maken op een hogere vergoeding ingeval het in de modelovereenkomst opgenomen vergoedingspercentage vanwege de omstandigheden van het geval een feitelijke hinderpaal vormt voor de toegang tot niet gecontracteerde zorg. Uiteindelijk laat een eventueel oordeel dat een in een modelovereenkomst opgenomen percentage op voorhand niet in strijd kan worden geacht met artikel 13 Zvw, onverlet dat hierover in een concreet geval anders moet worden geoordeeld. Deze toets dient plaats te vinden door de zorgverzekeraar en de hardheidsclausule dient te worden ingeroepen door de verzekerde. Tenslotte heeft de NZa bepaald in haar regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten (TH/NR-010), dat als zorgverzekeraars op hun websites tarievenlijsten plaatsen, zij de vergoedingen noemen waarover de vergoedingsbeperking voor niet-gecontracteerde zorg berekend wordt.

De vraag of er sprake is van een feitelijke hinderpaal vergt, zoals de NZa heeft gesteld in haar beleid (hiervoor aangehaald), een toetsing in het concrete geval aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden. In dat licht heeft de NZa geen onderzoek gedaan naar de vraag welk vergoedingspercentage voor een verzekerde een feitelijke hinderpaal oplevert. De NZa toetst de rechtmatige uitvoering van de Zvw door zorgverzekeraars en of de zorgverzekeraars hun modelovereenkomsten hebben opgesteld in lijn met het beleid van de NZa. Ook toetst de NZa of hetgeen zorgverzekeraars in hun modelovereenkomst bepalen, ook als zodanig uitvoeren. Zo heeft de NZa in 2018 bij een aantal zorgverzekeraars getoetst of zij de vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg berekenen en vergoeden conform de wijze waarop zij dat in hun voorwaarden en op hun website hebben gesteld. (Zie: <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2018/08/16/zorgverzekeraars-vergoeden-wat-in-de-polisvoorwaarden-is-opgenomen-wat-patient-zelf-betaalt-moet-duidelijker>).

[onderstrepingen toegevoegd]

Uit deze reactie volgt dat de NZa nooit onderzoek heeft gedaan naar de vraag of en wanneer een concreet (generiek) vergoedingspercentage een feitelijke hinderpaal oplevert. Aan eerdere uitlatingen van de NZa over het hinderpaalcriterium komt daarom niet of nauwelijks waarde toe, nu deze geen normatief karakter hebben en bovendien niet gebaseerd zijn op (deugdelijk) (kostprijs)onderzoek. De eerdere uitlatingen van de NZa zijn louter gebaseerd op jurisprudentie, waarin teruggegrepen is op het vergoedingspercentage dat jaar-na-jaar door zorgverzekeraars verlaagd werd totdat het percentage een niveau beneden 75% bedroeg en de maat vol was voor enkele zorgaanbieders die in kort geding een ‘stand still’ op het (toen laagst bereikte) niveau bewerkstelligden (het waarschijnlijk hoogst haalbare in kort geding waarin immers niet of nauwelijks ruimte zal zijn voor een feitelijk onderzoek naar de vraag wanneer sprake is van een hinderpaal en het vooral gaat om het treffen van een ordemaatregel). Inmiddels lijkt de ‘race to the bottom’ weer opnieuw plaats te vinden.

Gelet op het voorgaande verdient opmerking dat de Stichting VA zich realiseert dat de Hoge Raad in het *Conductore*-arrest in het kader van de relevante ‘feiten en omstandigheden’ de NZa-beleidsregels heeft genoemd. Door deze beleidsregels te benoemen heeft de Hoge Raad echter niet geoordeeld dat wat in die beleidsregels staat ‘dus’ de norm is. De Hoge Raad heeft enkel vastgesteld (bij de beoordeling van een motiveringsklacht) dát de NZa “*een eigen oordeel heeft gevormd over een aanvaardbaar vergoedingspercentage*” (rov. 3.2.3). De vraag naar de *juistheid* of *begrijpelijkheid* van dat oordeel stond in cassatie niet ter discussie, anders dan in de onderhavige procedure. Een analyse van de NZa-beleidsregels leert, mede gelet op hetgeen de NZa daar inmiddels zelf over heeft gezegd, dat aan die beleidsregels niet of nauwelijks betekenis toekomt bij de beantwoording van de vraag wat uit het oogpunt van het hinderpaalcriterium een aanvaardbaar vergoedingspercentage is. Niet voor niets worden de NZa-beleidsregels in de recentere decemberarresten van de Hoge Raad niet meer genoemd. Bovendien, en dat is cruciaal, blijkt uit zowel het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden als de

decemberarresten van de Hoge Raad dat er geen goede reden is om een vergoedingspercentage van 75 % (in beginsel) wel acceptabel te achten. De aanvaardbaarheid van zo'n percentage hangt sterk af van de feitelijke zorgkosten die aan de orde zijn.

De conclusie is derhalve dat het gebruik van een generieke korting geen enkele normatieve waarde heeft, maar uitsluitend is gebaseerd op (inductie op basis van) het *feitelijke* gedrag van één marktpartij: de zorgverzekeraar. Volgens de Stichting VA komt het daarom aan op de vraag of er feiten en omstandigheden zijn die maken dat het gebruik van dit kortingspercentage strijdig is met het hinderpaalcriterium. In de eerder beschreven rechtspraak is dit in feite bevestigd: het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft nadrukkelijk geoordeeld dat het bij de beantwoording van de vraag of een generiek kortingspercentage een hinderpaal oplevert vooral aankomt op de hoogte van de kosten van de zorg. Om die reden heeft de Stichting VA zich in haar analyse gericht op de relatie tussen een vergoedingspercentage en de hoogte van de kosten van de zorg, zonder daarbij enige betekenis toe te kennen aan de in het verleden (ten onrechte) als 'praktijknorm' aangeduide grens van 75%. Zij gaat ervan uit dat ook de NZa geen normatieve waarde meer zal toekennen aan dit concrete vergoedingspercentage.

Hardheidsclausules

Van fijnmazig vergoedingsbeleid is evident geen sprake: nog steeds hanteren zorgverzekeraars vergoedingspercentages die onafhankelijk zijn van de kosten van de zorg. De Stichting VA stelt vast dat er zorgverzekeraars zijn die een hardheidsclausule hebben opgenomen in hun polisvoorwaarden. Deze clausule zou de vereiste fijnmazigheid in theorie kunnen bewerkstelligen. De Stichting VA stelt evenwel vast dat zorgverzekeraars de toepassing van de hardheidsclausule (substantieel) beperken. VGZ is daarvan een voorbeeld. VGZ beperkt de toepassing tot haar budgetpolis (VGZ Basis Keuze). Dit betekent dat in andere gevallen überhaupt geen hardheidsclausule bestaat. Ook diverse andere zorgverzekeraars hanteren überhaupt geen hardheidsclausule; zij kennen dus enkel een vergoedingsbeleid op basis van een generiek kortingspercentage waarvan reeds vastgesteld is dat het te weinig fijnmazig is.

Wat voorts opvalt, is dat van alle zorgverzekeraar die wel een hardheidsclausule hanteren *geen enkele* zorgverzekeraar voor de verzekerde duidelijk maakt (in de polisvoorwaarden of op de website) hoe een hardheidsclausule in de praktijk wordt toegepast. Voor verzekerden is op geen enkele manier inzichtelijk welke maatstaven de zorgverzekeraar bij zo'n beroep op de hardheidsclausule hanteert. In het verlengde daarvan is voor de verzekerde ook niet duidelijk welke gegevens hij precies moet aanleveren bij een beroep op de hardheidsclausule. Een beroep op de hardheidsclausule is zo per definitie al weinig kansrijk voor de verzekerde. De gepresenteerde dossiers laten zien dat verzekerden die aangeven een hinderpaal te ervaren en daarom een beroep doen op een hardheidsclausule geconfronteerd worden met een

verzekeraar die eenvoudigweg ongemotiveerd *stelt* dat *volgens haar* geen sprake is van een hinderpaal. Voor de verzekerde is niet helder wat hij moet aanvoeren om aan te tonen dat sprake is van een hinderpaal. Zelfs in de afwijfsbrief wordt de verzekerde daaromtrent niet geïnformeerd.

Een en ander is volgens de Stichting VA in strijd met het bepaalde in artikel 13 lid 2 Zvw, waarin voor de zorgverzekeraar de verplichting staat opgenomen om in de polisvoorwaarden op te nemen hoe hij de vergoeding van ongecontracteerde zorg berekent. Wanneer een zorgverzekeraar de vereiste fijnmazigheid middels een hardheidsclausule wenst te realiseren, zal de verzekeraar – mede indachtig artikel 13 lid 2 Zvw – de hardheidsclausule nader moeten *concretiseren*.

Let wel: doordat de hinderpaaltoets moet plaatsvinden aan de hand van de gemiddeld (modale) zorggebruiker *kán* zulks ook prima in geabstraheerde vorm worden toegelicht. Toetsing aan de concrete feiten en omstandigheden moet immers inhouden dat getoetst wordt aan de hand van de ‘gemiddeld (modale) zorggebruiker’ als maatman. De ‘concrete feiten en omstandigheden’ hebben aldus een abstract karakter. Iets anders *kán* ook niet omdat de vergoeding voor alle verzekerden gelijk moet zijn (artikel 13 lid 4 Zvw).

Let wel: de woorden “*een zelfde situatie*” in dit artikel betreft blijkens de tekst en de wetsgeschiedenis de vraag of sprake is van wel of niet dezelfde zorg in dezelfde objectieve situatie’. De wettekst (“*een zelfde situatie*”) en de wetsgeschiedenis (die als voorbeeld noemt: noodhulp of andere hulp)⁴⁷ zijn hierover duidelijk. Hier wordt evident *niet* bedoeld op de inkomenspositie van de verzekerde (ware dit anders geweest dan had de Hoge Raad niet de ‘gemiddeld (modale) zorggebruiker als maatman genomen).

In gelijke zin: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, dat oordeelde dat “*{...} niet {...} per individueel geval bepaald zal moeten worden of sprake is van een hinderpaal*”. Volgens het gerechtshof moet de vraag of een generiek kortingspercentage een feitelijke hinderpaal voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg oplevert “*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)*”.

Als een zorgverzekeraar een hardheidsclausule hanteert die gebaseerd is op concrete feiten en omstandigheden die (zoals het geval zou *behoren* te zijn) een abstract karakter hebben (zorgvorm en zorgkosten) dan *kán* en moet de verzekeraar de (wijze van) toepassing ervan dus inzichtelijk maken. Alle zorgverzekeraars verzuimen de toepassing van de hardheidsclausule

⁴⁷ Kamerstukken II, 2003-04, 29763, nr. 3, p. 110.

evenwel inzichtelijk te maken, waarmee zij verzekerde én zorgaanbieder (die een eigen belang heeft bij correcte toepassing van het hinderpaalcriterium) op geen enkele wijze inzicht bieden in de mate van vergoeding waarop aanspraak bestaat.

Zorgverzekeraars die een hardheidsclausule hanteren die uitgaat van de *persoonlijke (individuele)* omstandigheden van een individuele verzekerde zoals (bijvoorbeeld) de inkomenspositie, de burgerlijke staat of de schuldenpositie, dan moet geconcludeerd worden dat deze zorgverzekeraars niet voldoen aan artikel 13 Zvw: zij hebben evident geen systeem geïntroduceerd dat voldoende ‘fijnmazig’ is: in geval van duurdere vormen van zorg wordt geen beperktere korting toegepast en er is ook geen hardheidsclausule die de vereiste fijnmazigheid (effectief en transparant) realiseert *op een wijze die in overeenstemming is met artikel 13 Zvw*.

Het is tegen deze achtergrond in ieder geval onjuist dat, zoals hiervóór bleek, door diverse zorgverzekeraars gevraagd wordt naar de meest recente belastingaangifte en de beschikking van de zorgtoeslag. De draagkracht van de individuele patiënt speelt bij de hinderpaaltoets immers geen enkele rol.

NZa kan wél handhaven op algemene toepassing hinderpaalcriterium door zorgverzekeraars

In reactie op het eerder door de Stichting VA ingediende handhavingsverzoek heeft de NZa aangegeven dat zij *“onder meer toezicht [houdt] op de rechtmatige uitvoering van de Zvw door zorgverzekeraars.”* Dit omvat volgens de NZa *“mede de wijze waarop zorgverzekeraars uitvoering geven aan de op hen rustende plichten in artikel 13 Zvw”*. Van feitelijk handhaven is echter, tot op heden, geen sprake. De NZa heeft – ook in 2024 weer - polisvoorwaarden geaccepteerd waarin vergoedingspercentages gehanteerd worden die lager zijn dan 75%. Dit terwijl de NZa in de Beleidsregel zorgplicht *schreef*:

“Op basis van die jurisprudentie is de NZa van oordeel dat vergoedingspercentages voor niet gecontracteerde zorg van minder dan 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief of het door de NZa vastgestelde (maximum- of vaste) tarief voor de betreffende prestatie naar verwachting een feitelijke hinderpaal zullen opleveren, tenzij de zorgverzekeraar kan motiveren en zo nodig onderbouwen waarom het lagere percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren. (...)”

Anders dan de NZa in haar brief d.d. 3 april 2023 suggereert, hangt het antwoord op de vraag of een vergoedingsbeperking in strijd is met het hinderpaalcriterium niet enkel af van een beoordeling van de *“individuele casuïstiek”*. Ook de algemene wijze waarop zorgverzekeraars hun vergoedingsbeleid vormgeven kan al in strijd zijn met artikel 13 Zvw c.q. het hinderpaalcriterium. De NZa kán en mág op basis daarvan handhavend optreden (artikel 16 Wmg).

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest (dat met uitzondering van de overwegingen omtrent de toepassing van de hardheidsclausule en de coulanceregeling volledig in stand is gelaten door de Hoge Raad) uitdrukkelijk *“een algemeen kader [gegeven] voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw”*.⁴⁸

Zoals in dit handhavingsverzoek is toegelicht, handelen zorgverzekeraars (nog altijd) in strijd met dit in de jurisprudentie geformuleerde kader voor de toepassing van artikel 13 Zvw. Niet voor niets hebben het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de Hoge Raad geoordeeld dat het vergoedingsbeleid fijnmaziger moet. De NZa kan en moet vaststellen dat van die fijnmazigheid geen sprake is, waardoor in strijd gehandeld wordt met het hinderpaalcriterium. Dit geldt zeker in gevallen waarin geen hardheidsclausule wordt gehanteerd of een hardheidsclausule wordt gehanteerd die nooit tot een aanspraak kán leiden van méér dan 75%. De NZa moet in die gevallen vaststellen dat de vereiste fijnmazigheid ontbreekt.

Op zorgverzekeraars rust aldus niet alleen een verplichting om *in individuele casuïstiek* artikel 13 c.q. het hinderpaalcriterium juist toe te passen. Blijkens het hiervoor genoemde arrest rusten op zorgverzekeraars ook op een *hoger abstractieniveau* verplichtingen om op rechtmatige wijze uitvoering te geven aan artikel 13 Zvw. Het idee dat niet in algemene zin iets gevonden kan worden van de polisvoorwaarden is dus onjuist.

Dat de Hoge Raad de kwestie juist nadrukkelijk naar een hoger abstractieniveau heeft getild – waardoor *juist* een beoordeling op algemeen niveau kan plaatsvinden – blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad de *“gemiddeld (modale) zorggebruiker”* tot uitgangspunt neemt. Vast staat bovendien dat de wijze waarop de vergoeding berekend wordt voor alle verzekerden die dezelfde zorg afnemen gelijk moet zijn (artikel 13 lid 5 Zvw). Wij wijzen in dit verband ook op hetgeen de NZa zelf schrijft in de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-025):

“De zorgverzekeraar neemt de wijze waarop hij de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg berekent in de modelpolis op. De zorgverzekeraar dient bij de berekening van de vergoeding rekening te houden met verplichte eigen bijdragen. Verder moet de zorgverzekeraar de vergoeding in geval een verzekerde naar een niet-gecontracteerde zorgverlener gaat, voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelf vorm van zorg of dienst behoeven, op gelijke wijze berekenen. De wijze van berekenen mag derhalve niet afhankelijk worden gemaakt van specifieke kenmerken van verzekerden.”

[onderstreeping toegevoegd]

⁴⁸ Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028, r.o. 6.

Dit houdt in dat een zorgverzekeraar in staat moet zijn om uit te leggen in welke gevallen (bijvoorbeeld bij welke zorgkosten) een vergoeding geboden wordt die hóger is dan wat uit de polisvoorwaarden volgt en hoe hoog de werkelijke vergoeding dan is. Zoals eerder toegelicht, is een zorgverzekeraar daar ook wettelijk toe verplicht op grond van het bepaalde in artikel 13 lid 2 Zvw, waarin voor de zorgverzekeraar de verplichting staat opgenomen om in de polisvoorwaarden op te nemen hoe hij de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg berekent.

Ook het feit dat zorgverzekeraars in hun polisvoorwaarden *niets* opnemen over 1) de concrete toepassing van een hardheidsclausule en 2) de gegevens die de verzekerde moet aanleveren bij een beroep op de hardheidsclausule staat op zijn minst op gespannen voet met artikel 13 lid 2 Zvw.

Er is geen enkele reden om zorgverzekeraars (nog langer) toe te staan niet transparant te maken in welke gevallen (bijvoorbeeld bij welke zorgkosten) zij toch een hogere vergoeding toepassen, hoe hoog die vergoeding dan precies is en hoe een zorgverzekeraar een beroep op de hardheidsclausule in de praktijk toepast.

Wij wijzen er daarbij op dat de NZa blijkens recente berichten⁴⁹ zorgverzekeraars oproept om hun verantwoordelijkheid (sterker) op te pakken en (meer) duidelijkheid aan verzekerden te verschaffen over de vergoeding voor geleverde zorg. In haar samenvattend rapport⁵⁰ over de uitvoering van de Zvw door zorgverzekeraars in 2022 concludeerde de NZa dat zorgverzekeraars (veel) duidelijker moeten zijn over de gevolgen van het kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Overtreding Regeling informatieverstrekking

Uit het bovenstaande volgt ook dat zorgverzekeraars in strijd handelen met artikel 10, eerste lid, van de Regeling informatieverstrekking. Op grond van die bepaling zijn zorgverzekeraars gehouden om als '*basisinformatie*' inlichtingen te geven over de vergoedingsbeperking bij de keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder en moeten zij daarbij ook aangeven hoe groot die beperking dan is. Uitgangspunt is dat alle informatie dient te worden verstrekt die relevant is voor het maken van een keuze. Diverse zorgverzekeraars hanteren, zoals toegelicht, een generiek kortingspercentage dat zodanig laag is dat bij duurdere vormen van zorg een hinderpaal ontstaat en hanteren vervolgens een hardheidsclausule om de vereiste fijnmazigheid

⁴⁹ <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2023/04/13/nza-bruikbare-informatie-voor-verzekerden-tijdens-overstapeseizoen-is-essentieel>

⁵⁰ <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2023/06/15/nza-verwacht-meer-sturing-van-zorgverzekeraars-op-toegankelijkheid>

te bieden. Informatie over wat de hardheidsclausule inhoudt, hoe getoetst wordt en in welke situatie een beroep op die clausule slaagt of kan slagen wordt door *geen enkele zorgverzekeraar* verstrekt. Volgens de Stichting VA wordt aldus niet de informatie verstrekt die de verzekerde nodig heeft voor het maken van een keuze.

VI. CONCLUSIE

Op grond van artikel 16, onder b, van de Wmg is de NZa belast met het toezicht op de rechtmatige uitvoering van hetgeen bij of krachtens de Zvw is gesteld door zorgverzekeraars. In dit handhavingsverzoek is toegelicht dát en waaróm zorgverzekeraars op dit moment (nog altijd) niet handelen in lijn met het kader dat in de jurisprudentie is ontwikkeld voor een rechtmatige toepassing van artikel 13 Zvw c.q. het hinderpaalcriterium. Zo hanteren zorgverzekeraars nog altijd geen uitzonderingen voor duurdere vormen van zorg, terwijl de jurisprudentie zorgverzekeraars hiertoe wél verplicht. De vergoedingspercentages die zij nu hanteren leveren bij duurdere vormen van zorg een hinderpaal op. Hardheidsclausules komen nauwelijks voor en de hardheidsclausules die wel bestaan voldoen niet. Zorgverzekeraars die werken met een hardheidsclausule concretiseren op geen enkele manier hoe deze hardheidsclausule in de praktijk wordt toegepast en welke gegevens een verzekerde moet aanleveren. De hardheidsclausule biedt de verzekerde ook in de praktijk geen enkel houvast.

In de jurisprudentie is een *algemeen* kader ontwikkeld voor de uitvoering van artikel 13 Zvw c.q. het hinderpaalcriterium dat het niveau van de individuele casuïstiek overstijgt. De NZa kan en moet aan de hand hiervan handhavend optreden. Zeker in de situatie dat zorgverzekeraars zelf erkennen niet in lijn te handelen met het hinderpaalcriterium en gerechtelijke instanties bovendien hebben laten blijken behoefte te hebben aan concrete toetsingskaders (waarbij de Hoge Raad een rol zag weggelegd voor de NZa) ligt het voor de hand dat de NZa een actievere rol gaat spelen dan in eerdere jaren het geval was.

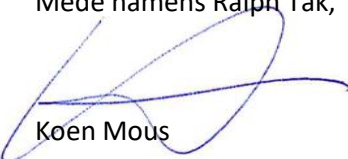
Gelet op het bovenstaande verzoekt de Stichting VA de NZa om op grond van artikel 77 van de Wmg handhavend op te treden jegens (in ieder geval) VGZ, Menzis, Zilveren Kruis en CZ, maar wat de Stichting VA betreft ook ten aanzien van alle andere zorgverzekeraars wegens handelen in strijd met artikel 13 Zvw. Zij geeft de NZa ook in overweging om (voor de toekomst) concrete(re) beleidsregels vast te stellen betreffende de toepassing van artikel 13 Zvw.

De Stichting VA verzoekt de NZa om VGZ een passende sanctie op te leggen voor de omschreven overtredingen met als doel verder handelen in strijd met artikel 13 Zvw te voorkomen. Volgens de Stichting VA zal de sanctie erin moeten resulteren dat zorgverzekeraars hun polisvoorwaarden in lijn brengen met artikel 13 Zvw.

Daarnaast verzoeken wij u namens Stichting VA om handhavend op te treden voor de overtreding van artikel 10, eerste lid, van de Regeling informatieverstrekking zoals deze hiervóór is omschreven.

Uw reactie op dit handhavingsverzoek zien wij met belangstelling tegemoet. Wij verzoeken u, gezien het grote belang van de kwestie en het feit dat sprake is van voortdurende schending van artikel 13 Zvw, de zaak – voor zover haalbaar en mogelijk – zo voortvarend mogelijk op te pakken.

Hoogachtend,
Dirkzwager N.V.
Mede namens Ralph Tak,



Koen Mous

Bijlagen: 4

-
- i Dossiers individuele verzekerden (geanonimiseerd)
 - ii Passages Budgethandboek Nibud 2023
 - iii Proces-verbaal van de zitting van Stichting VA
 - iv E-mail NZa aan Stichting VA d.d. 22 augustus 2019