

12

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
zp Arnhem
3 oktober 2013, nr. C/05/249809/KG ZA
2013-490, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989
(mr. Boonekamp)
Noot mr. P.W. den Hollander en mr. H.A. ten
Oever

CrisisCare. Zorgverzekeraar. Declaraties. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders. Vergoeding Wmg-tarieven. Naturapolis. Hinderpaalcriterium. Feitelijke belemmering. Disproportioneel. Compensatie administratieve lasten.

[Zvw art. 13]

CrisisCare, verslavingszorg WTZI-instelling, vordert in kort geding van zorgverzekeraars VGZ cs vergoeding van 80% i.p.v. 60% van ingediende declaraties. VGZ heeft CrisisCare niet gecontracteerd. Zorgverzekeraars vrijheid om vergoeding te bepalen, is beperkt door art. 13 Zvw. Vergoeding mag niet zo laag zijn dat die in feite hinderpaal vormt om zorg te betrekken van niet-gecontracteerde aanbieder. Binnenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders moeten feitelijk in staat zijn zorg te verlenen aan naturaverzekerden. De in de naturapolissen opgenomen vergoedingen moeten hierop zijn afgestemd. VGZ cs handelen jegens CrisisCare in casu onrechtmatig door beperking vergoeding tot 60% van de Wmg-tarieven. Feitelijke hinderpaal om de zorg te betrekken/leveren. Aanmerkelijk in bedrijfsbelangen geschaad. Disproportioneel. VGZ c.s. gebruiken gegeven bevoegdheid o.g.v. art. 13 Zvw voor ander doel (volumebeheersing) i.p.v. compensatie administratieve lasten. De rechtbank veroordeelt VGZ cs tot vergoeding van 80% Wmg-tarieven aan verzekerden met naturapolis die zorg bij CrisisCare betrekken.

Crisiscare BV te Amsterdam,
eiseres,
advocaat: mr. K. Mous te Nijmegen,
tegen

1. de naamloze vennootschap *VGZ Zorgverzekeraar NV* te Nijmegen, kantoorhoudende te Arnhem,
2. de naamloze vennootschap *NV Univé Zorg* te Zwolle, kantoorhoudende te Alkmaar,
gedaagden,
advocaten: mrs. J.M.E. Citteur en H.M. den Herder te 's-Gravenhage.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. VGZ en Univé zijn zorgverzekeraars als bedoeld in artikel 1, aanhef en onderdeel b van de Zorgverzekeringswet (Zvw).

2.2. CrisisCare exploiteert sinds 2009 een instelling voor tweedelijns ambulante verslavingszorg en bijkomende problematiek op basis van een toelating die zij ingevolge de Wet toelating Zorginstellingen van de overheid heeft verkregen. CrisisCare heeft vestigingen in Amsterdam en Tilburg.

2.3. De verslavingszorg die CrisisCare verleent, behoort tot het zogenaamde basispakket. Een ieder met een (verplichte) basisverzekering als bedoeld in de Zorgverzekeringswet heeft recht op verstrekking of vergoeding van verslavingszorg als door CrisisCare verleend. CrisisCare brengt haar behandelingen rechtstreeks in rekening bij de zorgverzekeraars van haar cliënten. Cliënten van CrisisCare cederen daartoe hun vordering op hun zorgverzekeraar aan CrisisCare en geven een verklaring af op basis waarvan de zorgverzekeraar bevrijdend kan betalen aan Fa-med B.V., welke vennootschap in opdracht van CrisisCare de facturering verzorgt. CrisisCare stuurt de declaratie naar Fa-med B.V. die vervolgens de declaratie aan de desbetreffende zorgverzekeraar zendt.

2.4. Met een aantal zorgverzekeraars heeft CrisisCare een overeenkomst gesloten waarin afspraken zijn vastgelegd over onder andere de kwaliteit en de prijs van de door CrisisCare te verlenen verslavingszorg. Ten aanzien van deze zorgverzekeraars heeft CrisisCare te gelden als gecontracteerde zorgaanbieder.

2.5. CrisisCare heeft vanaf begin 2012 met VGZ c.s. onderhandeld over een contract voor het leveren van tweedelijns ambulante GGZ aan personen die bij VGZ c.s. zijn verzekerd. Tot het sluiten van een overeenkomst heeft dit niet geleid. Dit betekent dat CrisisCare voor personen die bij VGZ c.s. zijn verzekerd heeft te gelden als een niet-gecontracteerde zorgaanbieder als bedoeld in artikel 13 Zvw.

2.6. Artikel 13 Zvw luidt voor zover van belang 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.

(...)

4. De wijze waarop de vergoeding wordt berekend is voor alle verzekerden, bedoeld in het eerste lid, die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, gelijk.

2.7. Verzekerden kunnen in Nederland kiezen tussen een naturapolis en een restitutiepolic. Bij een naturapolis hebben verzekerden recht op zorg in natura door zorgaanbieders met wie de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten en die rechtstreeks door de zorgverzekeraar worden betaald. Gaat een naturaverzekerde naar een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar geen overeenkomst heeft gesloten, dan moet de verzekerde volgens de polisvoorwaarden over het algemeen een deel van de rekening zelf betalen. Dit in tegenstelling tot verzekerden met een restitutiepolic. Zij hebben recht op vergoeding van zorg. Verzekerden met een restitutiepolic kunnen zelf een zorgaanbieder kiezen en de zorgverlening door die zorgaanbieder wordt binnen de grenzen van de verzekerde prestatie in beginsel volledig vergoed. Het maakt daarbij niet uit of zij naar een gecontracteerde dan wel een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaan. In beide gevallen ontvangt de verzekerde dezelfde vergoeding.

2.8. Het overgrote deel van de personen die bij VGZ c.s. zijn verzekerd, ongeveer 80%, heeft een naturapolis.

2.9. Ongeveer 14% van de huidige cliënten van CrisisCare is verzekerd bij VGZ c.s., waarvan ongeveer 10% bij VGZ en 4% bij Univé. In 2012 heeft CrisisCare een bedrag van in totaal € 159.812,31 bij VGZ c.s. gedeclareerd. In de periode januari 2013 tot en met juni 2013 heeft CrisisCare enkel met betrekking tot de reeds geopende DBC's (Diagnose Behandeling Combinatie) een bedrag van € 434.843,08 bij VGZ c.s. gedeclareerd, zijnde 18% van het totale door CrisisCare gedurende deze periode bij de zorgverzekeraars in rekening gebrachte bedrag.

2.10. In artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de VGZ Zorgverzekering 2011 is met betrekking tot de hoogte van de vergoeding voor zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder onder meer het volgende bepaald: Gaat u naar een zorgaanbieder met wie wij geen overeenkomst hebben gesloten? Als u voor zorg naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, kan het zijn dat u een deel van de rekening zelf moet betalen. De kosten van zorg worden namelijk vergoed tot maximaal 80% van de gemiddelde tarieven voor 2011, zoals deze voor de betreffende vormen van zorg zijn overeengekomen met de betreffende zorgaanbieders. Als er voor de betreffende zorg geen inkooptarieven zijn vastgesteld en er gelden Wmg-tarieven, is het gemiddeld gecontracteerde tarief gelijk aan het geldende Wmg-tarief. In dat geval worden de kosten vergoed tot maximaal 80% van de Wmg-tarieven.

2.11. Artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de Univé Zorg Geregeld polis 2011 is gelijkkluidend.

2.12. In artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de VGZ Zorgverzekering 2012 is met betrekking tot de hoogte van de vergoeding voor zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder onder meer het volgende bepaald: Gaat u naar een zorgaanbieder met wie wij geen overeenkomst hebben gesloten? Als u voor zorg naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, kan het zijn dat u een deel van de rekening zelf moet betalen. De kosten van zorg worden namelijk vergoed tot maximaal 80% van de gemiddelde tarieven voor 2012, zoals deze voor de betreffende vormen van zorg zijn overeengekomen met de betreffende zorgaanbieders. Als er voor de betreffende zorg geen inkooptarieven zijn vastgesteld

en er gelden Wmg-tarieven, is het gemiddeld gecontracteerde tarief gelijk aan het geldende Wmg-tarief. In dat geval worden de kosten vergoed tot maximaal 80% van de Wmg-tarieven.

Uitzondering:

Specialistische GGZ zoals omschreven in artikel 23. Gaat u voor deze zorg naar een GGZ-instelling waarmee wij geen overeenkomst hebben gesloten? U ontvangt dan maximaal 60% van de geldende Wmg-tarieven.

2.13. Artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de Univé Zorg Geregeld polis 2012 is gelijkkluidend.

2.14. De voor 2012 overeengekomen gecontracteerde tarieven zijn neergelegd in de "Lijst maximale vergoedingen niet-gecontracteerde zorgaanbieders VGZ 2012", dan wel in de "Lijst maximale vergoedingen niet-gecontracteerde zorgaanbieders Univé 2012". In beide lijsten is met betrekking tot "GGZ-instelling" als maximale vergoeding opgenomen: "60% van de geldende Wmg-tarieven 2012".

2.15. Ten aanzien van het jaar 2013 is in artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de VGZ Zorgverzekering 2013 met betrekking tot de hoogte van de vergoeding voor zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder onder meer het volgende bepaald:

Gaat u naar een zorgaanbieder waarmee wij voor de betreffende zorg geen overeenkomst hebben gesloten? Als u ervoor kiest voor deze zorg naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan, kan het zijn dat u een deel van de nota zelf moet betalen. De kosten van zorg vergoeden wij tot maximaal 80% van de gemiddelde tarieven voor 2013, zoals deze voor de betreffende vormen van zorg zijn overeengekomen met de betreffende zorgaanbieders. Als er voor de betreffende zorg geen tarieven met zorgaanbieders zijn afgesproken en er gelden Wmg-tarieven, worden de kosten vergoed tot maximaal 80% van de Wmg-tarieven. Uitzondering:

Specialistische GGZ zoals omschreven in artikel 23. Gaat u voor deze zorg naar een vrijgevestigde psychiater, klinisch psycholoog, psychotherapeut of GGZ-instelling waarmee wij voor de betreffende zorg geen overeenkomst hebben gesloten? U ontvangt dan maximaal 60% van de geldende Wmg-tarieven.

2.16. Artikel 1.4 van de verzekeringsvoorwaarden behorende bij de Univé Zorg Geregeld polis 2013 is gelijkkluidend.

2.17. In zowel de “Lijst maximale vergoedingen niet-gecontracteerde zorgaanbieders VGZ 2013”, als in de “Lijst maximale vergoedingen niet-gecontracteerde zorgaanbieders Univé 2013” is met betrekking tot “Specialistische GGZ, vrijgevestigde psychiater, klinisch psycholoog, psychotherapeut of GGZ-instelling” als maximale vergoeding opgenomen: “60% van de geldende Wmg-tarieven 2013”.

2.18. Bij brief van 15 juli 2013 heeft de advocaat van CrisisCare onder meer het volgende aan VGZ bericht:

U hanteert op dit moment een vergoedingspercentage dat lager is dan 75% van de vergoeding die niet-gecontracteerde aanbieders ontvangen. Het door u gehanteerde percentage is (veel) te laag en dekt niet eens de kosten. (...) Door een dergelijk laag percentage te hanteren, schiet u feitelijk toerekenbaar tekort in de verplichtingen die u – mede op basis van door uw verzekerden aan mijn cliënte gecedeerde aanspraken – heeft jegens mijn cliënte, althans handelt u in ieder geval onrechtmatig jegens mijn cliënte. Mijn cliënte, die kwalitatief hoogwaardige zorg verleent en aan alle eisen voldoet, wordt het feitelijk onmogelijk gemaakt om zorg te verlenen aan uw verzekerden.

Gelet daarop verzoek ik u om binnen *tien werkdagen* na heden, derhalve *uiterlijk op 25 juli a.s.*, te bevestigen dat u in geval van naturapolissen (tenminste) een vergoedingspercentage van 75% zal hanteren.

Indien en voor zover ik uiterlijk 25 juli a.s. niet een dergelijke bevestiging van u heb ontvangen, is mijn cliënte – zeer tegen haar zin – genooddacht om, zonder verdere aankondiging, rechtsmaatregelen te nemen in de vorm van een kort geding. Zij hoopt van harte dat het niet zover zal hoeven te komen.

Reeds betaalde vergoedingen 2012 en 2013

Het percentage van 60% wordt door u reeds gehanteerd vanaf 1 januari 2012. De sindsdien door u betaalde vergoedingen waren derhalve stevast 15% te laag. Cliënte maakt hierbij aanspraak op de in het verleden te weinig ontvangen gelden. Ik verzoek u mij te bevestigen dat het in het verleden betaalde bedrag wordt aangevuld tot 75%.

2.19. Een gelijkkluidende brief heeft de advocaat van CrisisCare op 12 augustus 2013 aan Univé gezonden.

2.20. VGZ c.s. hebben niet aan het verzoek/de sommatie van de advocaat van CrisisCare voldaan.

3. *Het geschil*

3.1. CrisisCare vordert bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis dat:

1. VGZ wordt geboden om binnen twee werkdagen na dagtekening van dit vonnis ter zake van de behandeling door CrisisCare van personen die verzekerd zijn bij VGZ, aan CrisisCare/Fa-med B.V. 80% (in geval van naturapolissen) te vergoeden van alle declaraties van CrisisCare/Fa-med B.V. die gebaseerd zijn op de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat VGZ in gebreke is of zal blijven om aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen,

2. VGZ wordt geboden om binnen twee werkdagen na dagtekening van dit vonnis aan CrisisCare/Fa-med B.V. alle declaraties te betalen die tot dusverre gedeeltelijk onbetaald zijn gelaten omdat VGZ ter zake van deze declaraties slechts 60% in plaats van 80% heeft betaald van de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld en waarvan de betalingstermijn inmiddels is verstreken, in die zin dat VGZ aan CrisisCare/Fa-med B.V. het verschil betaalt tussen het bedrag dat zij op deze declaraties al heeft betaald en het bedrag dat gelijk is aan 80%, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat VGZ in gebreke is of zal blijven om aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen,

3. Univé wordt geboden om binnen twee werkdagen na dagtekening van dit vonnis ter zake van de behandeling door CrisisCare van personen die verzekerd zijn bij Univé, aan CrisisCare/Fa-med B.V. tenminste 80% (in geval van naturapolissen) te vergoeden van alle declaraties van CrisisCare/Fa-med B.V. die gebaseerd zijn op de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat Univé in gebreke is of zal blijven om aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen,

4. Univé wordt geboden om binnen twee werkdagen na dagtekening van dit vonnis aan CrisisCare/Fa-med B.V. alle declaraties te betalen die tot dusverre gedeeltelijk onbetaald zijn gelaten omdat Univé ter zake van deze declaraties slechts 60% in plaats van 80% heeft betaald van de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld en waarvan de betalingster-

mijn inmiddels is verstreken, in die zin dat Univé aan CrisisCare/Fa-med B.V. het verschil betaalt tussen het bedrag dat zij op deze declaraties al heeft betaald en het bedrag dat gelijk is aan 80%, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat Univé in gebreke is of zal blijven om aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen,

5. VGZ en Univé hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskostenveroordeeling vanaf 14 dagen na dagtekening van dit vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening en te vermeerderen met de nakosten.

3.2. CrisisCare legt samengevat het volgende aan haar vorderingen ten grondslag. VGZ c.s. handelen in strijd met artikel 13 Zvw door in 2012 en 2013 de vergoeding te verlagen van 80% naar 60% van de Wmg-tarieven voor zorg verleend door CrisisCare aan verzekerden van VGZ c.s. met een naturapolis. VGZ c.s. doen afbreuk aan het recht op vergoeding van verzekerden, dat door artikel 13 Zvw is gegarandeerd. Omdat de verzekerden hun aanspraken op VGZ c.s. aan CrisisCare hebben gecedeerd, schieten VGZ c.s. op basis van de gecedeerde aanspraken toerekenbaar tekort jegens CrisisCare. Daarnaast handelen VGZ c.s. onrechtmatig jegens CrisisCare doordat zij de verzekeringsovereenkomsten met hun verzekerden in strijd met de wet en de maatschappelijke zorgvuldigheid uitvoeren, waardoor de belangen van zorgaanbieders als CrisisCare worden getroffen. Ten slotte leidt de handelwijze van VGZ c.s. jegens CrisisCare tot misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet, alsmede misbruik van "aanmerkelijke marktmacht" in de zin van artikel 48 van de Wet marktordening gezondheidszorg. VGZ c.s. beschikken namelijk over inkoopmacht op de (inkoop)markt voor specialistische GGZ en maken daarvan misbruik door (te) lage tarieven aan CrisisCare aan te bieden. Door misbruik te maken van hun economische machtspositie, althans aanmerkelijke marktmacht, handelen VGZ c.s. onrechtmatig jegens CrisisCare die diens gevolgschade lijdt, althans zal lijden.

3.3. VGZ c.s. voeren verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang vloeit in voldoende mate uit de stellingen van CrisisCare voort. Het is aannemelijk dat CrisisCare in de problemen komt indien de behandelkosten slechts tot 60% worden vergoed, hetzij omdat van de door haar gemaakte behandelkosten slechts 60% wordt betaald, hetzij omdat cliënten met een naturapolis zich niet meer tot CrisisCare zullen wenden, indien zij een substantieel deel van de behandelkosten zelf moeten betalen.

4.2. Het gaat in deze zaak om het volgende. Op grond van artikel 13 Zvw heeft een verzekerde met een zogenoemde naturapolis recht op een door de verzekeraar te bepalen vergoeding van behandelkosten indien hij de zorg betreft van een niet door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder. Voor specialistische GGZ hebben VGZ c.s. in de naturapolissen bepaald dat in het hiervoor bedoelde geval slechts 60% van de geldende Wmg-tarieven worden vergoed. Voor andere vormen van zorg is dat 80% van de gemiddelde tarieven voor het desbetreffende jaar. CrisisCare biedt specialistische GGZ aan, maar heeft geen contract met VGZ c.s. Onderhandelingen tussen CrisisCare en VGZ c.s. over een contract hebben niet tot overeenstemming geleid. Voorheen werd ook voor specialistische GGZ, betrokken van een niet-gecontracteerde aanbieder, 80% vergoed. De reden voor de verlaging is volgens VGZ c.s. dat de specialistische GGZ-kosten een explosieve groei te zien geven. Die groei trachten VGZ c.s. te beteugelen door in overeenkomsten met gecontracteerde zorgaanbieders maximale budgetten op te nemen. Om groei in het volume van zorgverlening (en dus van de gedeclareerde en te vergoeden kosten) bij niet-gecontracteerde aanbieders tegen te gaan is volgens VGZ c.s. een lager vergoedingspercentage dan 80 nodig en wel 60. Deze beteugelingsmaatregelen vloeien voort uit afspraken die de zorgverzekeraars en de minister van VWS hebben gemaakt om onder andere volumebeheersende maatregelen te nemen. CrisisCare stelt zich op het standpunt dat de verlaging van de vergoeding tot 60% van de geldende Wmg-tarieven in de naturapolissen jegens haar onrechtmatig is. Het zwaartepunt van de stellingen van CrisisCare is daarbij dat die verlaging tot 60% in de gegeven omstandigheden in strijd is met artikel 13 Zvw, hetgeen VGZ c.s. betwisten.

4.3. Volgens CrisisCare is het mede blijkens de wetsgeschiedenis de bedoeling van de wetgever geweest de vrijheid van de zorgverzekeraars om de vergoeding vast te stellen te beperken en wel zo dat die niet zo laag mag zijn dat die in feite een hinderpaal vormt om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde aanbieder. Dat standpunt vindt bevestiging in de wetsgeschiedenis. Daaruit blijkt dat de hinderpaalgedachte is geïnspireerd door het volgens de wetgever op dat moment bestaande Europese recht ten aanzien van het vrije verkeer van zorgaanbod. De door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding mocht niet zo laag zijn dat die in feite een hinderpaal zou vormen om zorg te betrekken van een buitenlandse ((en dus) niet-gecontracteerde) zorgaanbieder. Uit de wetsgeschiedenis moet ook worden afgeleid dat de wetgever die hinderpaalgedachte heeft willen veralgemeniseren in die zin dat die ook geldt voor het betrekken van zorg van een niet-gecontracteerde binnenlandse zorgaanbieder (TK 2003-2004 29 763 nr. 3, p. 30-31, p. 109-110; nr. 7, p. 98-99). Hoewel de wetsgeschiedenis van (artikel 13 van) de Zorgverzekeringswet wel enige ruimte tot twijfel laat op dit punt, laat het standpunt van de wetgever in het kader van wetsvoorstel 33 362 (Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten) dat onder andere strekt tot wijziging van artikel 13 Zvw geen andere conclusie toe. In de memorie van toelichting (TK 2011-2012 33 362, nr. 3, p. 36) staat onder andere:

“In de memorie van toelichting op de Zvw is aangegeven, dat de vergoeding niet zo laag mag zijn, dat die voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal op zou leveren om naar een niet gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Dit vloeide voor buitenlandse zorgaanbieders voort uit het arrest Müller/Faure-Van Riet (HvJ 13 mei 2003, C-385/99; ...). 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.”

4.4. De voorgestelde wijziging van artikel 13 Zvw strekt ertoe die hinderpaalgedachte uit het huidige artikel 13 Zvw te ecarteren omdat de Europeesrechtelijke redenen die daarvoor destijds bestonden thans niet meer zouden gelden. Het voorstel beoogt kennelijk de zorgverzekeraars de mogelijkheid te geven door vergoedingen te beperken of

zelfs geheel op nihil te stellen naturaverzekerden ertoe te bewegen zoveel mogelijk naar gecontracteerde zorgaanbieders te gaan (TK 2011-2012 33 362, nr. 3, p. 35-37). Het lijdt aldus geen twijfel dat de vrijheid van de zorgverzekeraars om de vergoeding te bepalen door het huidige artikel 13 Zvw is beperkt. Dat dit niet met zoveel woorden in de tekst van artikel 13 van de wet is opgenomen, doet er niet aan af dat die zo moet worden begrepen. Onvoldoende gewicht komt daarom ook toe aan het argument dat onder de Ziekenfondswet de beperking van de vrijheid van Ziekenfondsen in nadere regelgeving was uitgewerkt. Met het veralgemeniseren van de hinderpaalgedachte heeft artikel 13 Zvw betekenis en gelding gekregen voor het nationale recht die los is komen te staan van de Europeesrechtelijke oorsprong. Of een zodanige beperking van de vergoeding dat die een hinderpaal vormt, naar (huidig) Europees recht wel toelaatbaar zou zijn, kan daarom voor de beoordeling van dit geschil in het midden blijven. Nu de beperking voortvloeit uit artikel 13 Zvw is die daarom niet in strijd met Richtlijn 92/49/EEG en 2009/1381/EG.

4.5. Verder moet worden geconstateerd dat artikel 13 Zvw, zoals dat moet worden begrepen, mede strekt tot bescherming van belangen als die waarin CrisisCare stelt te zijn geschaad. Dit volgt reeds uit de Europeesrechtelijke oorsprong. Het vrije verkeer van zorgaanbod strekt er mede toe dat buitenlandse zorgaanbieders ook zorg kunnen verlenen aan hen die in andere lidstaten zijn gevestigd en/of verzekerd, ondanks het ontbreken van een contract met de zorgverzekeraar. En de veralgemenisering van de hinderpaalgedachte strekte ertoe binnenlandse zorgaanbieders bij de buitenlandse niet achter te stellen. Dat kan niet anders worden begrepen dan dat binnenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders feitelijk in staat moeten zijn zorg te verlenen aan naturaverzekerden en dat de in de naturapolissen opgenomen vergoedingen mede daarop moeten zijn afgestemd. Indien dat niet mogelijk is, leidt de zorgaanbieder schade doordat hij de desbetreffende omzet niet kan maken. Daaruit volgt dat artikel 13 Zvw mede de strekking heeft hem tegen dergelijke schade te beschermen.

4.6. Uit de wetsgeschiedenis moet voorts worden afgeleid dat de, binnen de hiervoor genoemde beperking, bestaande vrijheid van de zorgverzekeraars om de vergoeding voor van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder betrokken zorg op

minder dan 100% van de gemaakte kosten te stellen, haar grond vindt in de gedachte dat de zorgverzekeraar zijn zorginkoop heeft afgestemd op de naturapolis en dat restitutie onder een naturapolis leidt tot administratieve lasten voor de zorgverzekeraar die dan gecompenseerd kunnen worden door een lagere vergoeding te betalen (zie: TK 2003-2004 29 763, nr. 3, p. 32,109; nr. 7, p. 99).

4.7. Met inachtneming van het voorgaande moet worden geoordeeld dat VGZ c.s. in de gegeven omstandigheden onrechtmatig handelen jegens CrisisCare door de vergoeding aan natura-verzekerden voor specialistische GGZ te beperken tot 60% van de Wmg-tarieven. Aannemelijk is dat een zo ver gaande beperking voor verzekerden feitelijk een hinderpaal vormt om zorg van CrisisCare te betrekken en voor CrisisCare om die zorg te blijven leveren. VGZ c.s. hebben dat betwist waartoe zij in de eerste plaats erop hebben gewezen dat CrisisCare feitelijk zorg is blijven verlenen aan VGZ-naturaverzekerden en kennelijk de niet vergoede 40% niet bij cliënten in rekening heeft gebracht. Dat argument moet worden verworpen. Dat CrisisCare dat voorshands zo heeft gedaan om haar cliëntèle niet kwijt te raken, wil natuurlijk niet zeggen dat zij daarmee door kan blijven gaan. Aannemelijk is dat dat bedrijfseconomisch niet vol te houden is. Als CrisisCare de 40% geheel of ten dele in rekening gaat brengen aan cliënten is aannemelijk dat die geen zorg meer van CrisisCare zullen betrekken. De kosten van behandeling door CrisisCare zijn zodanig dat betaling van een aanmerkelijk gedeelte uit eigen zak voor veel cliënten niet op te brengen zal zijn. Het is voldoende aannemelijk dat CrisisCare aanmerkelijk in haar bedrijfsbelangen wordt geschaad doordat slechts 60% van het Wmg-tarief wordt vergoed.

4.8. Door vergoedingen van slechts 60% voor specialistische GGZ in naturapolissen op te nemen, handelen VGZ c.s. in strijd met het huidige artikel 13 Zvw. Bovendien gebruiken zij de in artikel 13 Zvw gegeven bevoegdheid om de vergoeding (binnen de hun toegemeten vrijheid) vast te stellen voor een ander doel dan waarvoor die klaarblijkelijk is gegeven. VGZ c.s. stellen zelf dat de verlaging van de vergoeding van 80% naar 60% is ingegeven door de wens om tot volume-beheersing van kosten voor specialistische GGZ te komen. Dat is kennelijk wel wat de wetgever met de voorgestelde wijziging van artikel 13 Zvw tenminste mede beoogt, maar niet in overeenstemming

met hetgeen de wetgever van het huidige artikel 13 Zvw voor ogen stond, te weten compensatie van administratieve lasten. Op zichzelf is de wens tot kostenbeheersing en de maatschappelijke noodzaak daartoe begrijpelijk. Bij de wetgever bestaat kennelijk het voornemen dat mede te bewerkstelligen door terugdringing van het restitutiemodel. Het huidige artikel 13 Zvw is echter maatgevend voor de beoordeling. Op een eventuele wijziging van artikel 13 Zvw kan niet worden vooruitgelopen. Zeker niet in aanmerking genomen dat het afschaffen van de hinderpaalgedachte voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding vooralsnog op weinig instemming in de Tweede Kamer kan rekenen en er een amendement is ingediend dat juist voorziet in het uitdrukkelijk vastleggen van die gedachte in de tekst van artikel 13 Zvw (TK 2011-2012, nr. 5, p. 15-22; nr. 6). Dat alles moet aan politieke besluitvorming worden overgelaten.

4.9. Binnen het kader van de huidige Zorgverzekeringswet heeft het ook iets betrekkelijk willekeurig jegens de aanbieder van specialistische GGZ de vergoeding in geval van een naturapolis op 60% te stellen, zonder dat duidelijk is dat de administratieve lasten daartoe noodzakelijk, wat gesteld noch gebleken is. De gecontracteerde zorgaanbieder krijgt een percentage van tegen de 100% vergoed en de cliënt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder met een restitutiepols krijgt 100% vergoed. Op zichzelf is juist dat het (thans) de keuze van de verzekerde is of hij een natura of een restitutieverzekering afsluit en dat de keuze van een naturapolis impliceert dat hij zich in beginsel tot een gecontracteerde zorgaanbieder moet wenden. Dat is iets waar de zorgaanbieder als zodanig buiten staat, maar waarmee hij als gegeven wordt geconfronteerd. Een beperking van de vergoeding tot 60% voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders onder een naturapolis met de te verwachten en onvermijdelijke bedrijfseconomische gevolgen voor de zorgaanbieder is vanuit dit perspectief jegens die zorgaanbieders disproportioneel.

4.10. Onder al deze omstandigheden handelen VGZ c.s. onrechtmatig jegens CrisisCare door hun verzekerden slechts 60% van de Wmg-tarieven te vergoeden. Welke vergoeding wel in overeenstemming zou zijn met de bij de toepassing van artikel 13 Zvw aan te leggen maatstaven, kan in dit kort geding niet worden vastgesteld. De partijen hebben daarvoor ook geen aanknopings-

punten gesteld. Wel is duidelijk dat een vergoeding van 80% lange tijd als een algemeen gangbare en geaccepteerde vergoeding heeft gegolden die kennelijk aan de maatstaf voldeed dat die geen hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw vormde. Daarvan zal worden uitgegaan. Het is daarmee duidelijk dat CrisisCare schade lijdt als gevolg van het onrechtmatig handelen van VGZ c.s. Om verdere schade te voorkomen zullen VGZ c.s. daarom worden veroordeeld 80% van de Wmg-tarieven voor specialistische GGZ te vergoeden aan verzekerden met een naturopolis die de zorg van CrisisCare betrekken. Een beperking in de tijd hoeft daaraan niet te worden verbonden. De veroordeling in kort geding is naar haar aard een voorlopige maatregel. Indien de omstandigheden zodanig veranderen dat de maatregel niet langer op haar plaats is of dat een andere maatregel nodig is, kan de meest gerede partij zich zo nodig tot de voorzieningenrechter wenden. Verder is er aanleiding om VGZ c.s. te veroordelen ten titel van schadevergoeding de door CrisisCare gevorderde aanvullende bedragen over het verleden, waarvan VGZ c.s. de verschuldigdheid overigens niet gemotiveerd hebben betwist, aan CrisisCare te betalen. De maatstaven voor de toewijsbaarheid van een geldvordering in kort geding staan daaraan niet in de weg. Het bestaan en de omvang van de vordering zijn in ruime mate aannemelijk evenals het spoedeisend belang. Dat daartegenover een te groot restitutieerisico bestaat, is onvoldoende aannemelijk. Op grond van de stellingen van CrisisCare en de door haar overgelegde stukken moet worden aangenomen dat VGZ c.s. zowel aan CrisisCare zelf als aan Fa-med B.V. bevrijdend kunnen betalen. Een cessie ter incasso, zoals die kennelijk heeft plaatsgevonden, ontnemt CrisisCare niet de bevoegdheid zelf de vordering in te stellen.

4.11. De vorderingen zijn daarmee op deze gronden toewijsbaar, met dien verstande dat de termijn waarbinnen VGZ c.s. aan de geboden dienen te voldoen zal worden gesteld op vijf werkdagen na betekening van dit vonnis. Alle overige stellingen en weren van de partijen kunnen verder onbesproken blijven.

4.12. Nu van VGZ c.s. mag worden verwacht dat zij rechterlijke uitspraken naleven en zij ter zitting bij monde van hun advocaten ook hebben toegezegd vrijwillig aan een eventueel veroordelend

vonnis te zullen voldoen, is er (reeds hierom) geen grond om aan de toe te wijzen vorderingen een dwangsom te verbinden.

4.13. VGZ c.s. zullen hoofdelijk als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van CrisisCare worden begroot op:

– dagvaardingen € 169,53

– vast recht € 589,=

– salaris advocaat € 816,=

Totaal € 1.574,53

4.14. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt VGZ om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis ter zake van de behandeling door CrisisCare van personen die verzekerd zijn bij VGZ, aan CrisisCare/Fa-med B.V. 80% (in geval van naturopolissen) te vergoeden van alle declaraties van CrisisCare/Fa-med B.V. die gebaseerd zijn op de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld,

5.2. gebiedt VGZ om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis aan CrisisCare/Fa-med B.V. alle declaraties te betalen die tot dusverre gedeeltelijk onbetaald zijn gelaten omdat VGZ ter zake van deze declaraties slechts 60% in plaats van 80% heeft betaald van de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld en waarvan de betalingstermijn inmiddels is verstreken, in die zin dat VGZ aan CrisisCare/Fa-med B.V. het verschil betaalt tussen het bedrag dat zij op deze declaraties al heeft betaald en het bedrag dat gelijk is aan 80%,

5.3. gebiedt Univé om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis ter zake van de behandeling door CrisisCare van personen die verzekerd zijn bij Univé, aan CrisisCare/Fa-med B.V. 80% (in geval van naturopolissen) te vergoeden van alle declaraties van CrisisCare/Fa-med B.V. die gebaseerd zijn op de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld,

5.4. gebiedt Univé om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis aan CrisisCare/Fa-med B.V. alle declaraties te betalen die tot dusverre gedeeltelijk onbetaald zijn gelaten omdat Univé ter zake van deze declaraties slechts 60% in plaats van 80% heeft betaald van de Wmg-tarieven die in de betreffende tariefbeschikking van de NZa zijn vermeld en waarvan de betalingstermijn inmiddels is verstreken, in die zin dat Univé aan CrisisCare/Fa-med B.V. het verschil betaalt tussen het bedrag dat zij op deze declaraties al heeft betaald en het bedrag dat gelijk is aan 80%,

5.5. veroordeelt VGZ en Univé hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van CrisisCare tot op heden begroot op € 1.574,53, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.6. veroordeelt VGZ en Univé in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,= aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat VGZ en/of Univé niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,= aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Voor de derde keer in korte tijd komt een zorgaanbieder met succes op tegen verlaging van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, die de zorgverzekeraar krachtens zijn polisvoorwaarden toekent aan verzekerden. De voorzieningenrechter oordeelt dat zorgverzekeraars VGZ en Univé in strijd handelen met art. 13 lid 1 Zvw door deze vergoeding te verlagen van 80 naar 60 procent van de op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) vastgestelde tarieven. Dit artikel bepaalt dat een verzekerde, die op grond van zijn polis aanspraak maakt op (vergoeding van) niet-gecontracteerde zorg, recht heeft op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding. De voorzieningenrechter ziet hierin een onrechtma-

tige daad van de zorgverzekeraars jegens CrisisCare en wijst de gebodsvorderingen van CrisisCare toe om voortaan wederom 80 procent te vergoeden en het in het verleden te weinig betaalde alsnog aan CrisisCare te betalen. De aangevoerde contractuele en mededingingsrechtelijke grondslagen blijven buiten beschouwing. 2. Waarom komt zorgaanbieder CrisisCare op tegen verlaging van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, waarop *verzekerden* aanspraak maken jegens hun zorgverzekeraar? De hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg is voor zorgaanbieders van belang. Zij kunnen het deel van hun kosten dat niet vergoed wordt door zorgverzekeraars wel in rekening brengen bij hun patiënten, maar niet iedere patiënt zal dat deel kunnen en willen betalen. Of zorgverzekeraars aan hun verzekerden betalen of – zoals in de onderhavige zaak – rechtstreeks aan de zorgaanbieder, omdat verzekerden hun vorderingen op hun zorgverzekeraar aan de zorgaanbieder hebben gecedeerd, maakt dan weinig verschil. Consequentie is dat de zorgaanbieder met een deel van de kosten blijft zitten en verzekerden naar een door hun zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder zullen gaan. Zo stelt CrisisCare in deze zaak dat zij door de verlaging van de vergoeding van 80 naar 60 procent door VGZ en Univé in bedrijfseconomische moeilijkheden komt. De voorzieningenrechter acht dit voldoende aannemelijk (althans dat CrisisCare “aanmerkelijk” in haar “bedrijfsbelangen” wordt geschaad, r.o. 4.7).

3. De voorzieningenrechter doet de zaak dus buitencontractueel af. Dat was in eerdere zaken, waarin zorgaanbieders Addictioncare en Momentum opkwamen tegen de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg door zorgverzekeraar CZ, ook het geval. Deze eerdere zaken werden afgedaan in de derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW. Art. 13 Zvw of althans het uit de wetsgeschiedenis hiervan af te leiden en hierna te bespreken “hinderpaalcriterium” speelde in deze zaken weliswaar een rol, maar als onderdeel van toetsing van het vergoedingspercentage voor niet-gecontracteerde zorg aan een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (Vzr. Rb. Breda 23 november 2011, «GJ» 2012/13, r.o. 4.10 en Vzr. Rb. Breda 1 februari 2012, «GJ» 2012/53, r.o. 3.4). Het Hof Den Bosch zag in de laatste zaak in appel in de samenhangende rechtsverhouding van zorgverzekeraar, verzeker-

de en zorgaanbieder reden om wanprestatie van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde, bestaande in schending van art. 13 Zvw, als een onrechtmatige daad jegens de zorgaanbieder aan te merken (Hof Den Bosch 19 juni 2012, «GJ» 2012/133, m.nt. J.J. Rijken, r.o. 4.8.3 en 4.10; vgl. Hof Den Bosch 9 juli 2013, «GJ» 2013/107, m.nt. J.J. Rijken, r.o. 4.4.3).

4. De Gelderse voorzieningenrechter doet de zaak af in de tweede onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW. Hij toetst de onrechtmatigheid van de verlaging van het vergoedingspercentage rechtstreeks aan art. 13 Zvw, zonder tussenkomst van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (evenzo Vsr. Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2013, «GJ» 2013/70, m.nt. T.A.M. van den Ende; vgl. de noot van K.D. Meersma en B.A. van Schelven, *TvGR* 2013-4, p. 381-382). Daarmee komt de vraag in beeld of art. 13 Zvw strekt tot bescherming tegen de schade van CrisisCare, hetgeen blijkbaar ook door de zorgverzekeraars aan de orde is gesteld. Het oordeel van de voorzieningenrechter over de relativiteit van art. 13 Zvw maakt onderdeel uit van een doorlopende redenering over de uitleg van deze bepaling en de toets van het door de zorgverzekeraars gehanteerde vergoedingspercentage van 60 procent aan dit artikel.

5. Art. 13 Zvw moet worden begrepen in het licht van de door de wetgever aan zorgverzekeraars toebedachte "regierol" van zorgverzekeraars in het zorgstelsel. Zij geven invulling aan die rol door ten behoeve van hun verzekerden op doelmatige wijze kwalitatief goede zorg te contracteren bij door hen geselecteerde zorgaanbieders. Verzekerden zouden door de keuze voor een zorgverzekeraar en polis – natura, restitutie of een combinatie daarvan – invloed kunnen uitoefenen op het zorgaanbod (zie o.a. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 2 (Nota Vraag aan bod), p. 22, 23; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 994, nr. 3, p. 7-19; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 17, 18, 28-30). Art. 13 Zvw begrenst de vrijheid die de zorgverzekeraars hebben bij de uitoefening van hun regierol, doordat verzekerden met een naturopolis op grond van lid 1 ook recht hebben op een vergoeding als zij zorg betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (zie *Kamerstukken I* 2004/05, 29 763, nr. E, p. 17). Hoe hoog of laag de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg mag zijn, is mede bepalend voor de (contract)vrijheid van zorgverze-

keraars bij de inrichting van hun modelovereenkomsten, voor de vrijheid van verzekerden om – ook als hun polis voorkeursaanbieders aanwijst – te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder en voor de feitelijke mogelijkheden van bestaande en nieuwe niet-gecontracteerde zorgaanbieders om hun diensten op de zorgverleningsmarkt aan te bieden.

6. Hoewel de tekst van art. 13 Zvw in wezen niet meer bepaalt dan dat verzekerden recht hebben op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding, hebben zorgverzekeraars bij het vaststellen van de hoogte van deze vergoeding geen carte blanche. Evenals in eerdere zaken (zie bijv. Hof Den Bosch 9 juli 2013, «GJ» 2013/107, m.nt. J.J. Rijken) oordeelt de Gelderse voorzieningenrechter in deze zaak namelijk, zoals ook door CrisisCare is aangevoerd, dat uit de wetsgeschiedenis bij art. 13 Zvw spreekt dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg niet zo laag mag zijn dat de hoogte van de vergoeding in feite een "hinderpaal" vormt voor verzekerden om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (r.o. 4.3). Zoals blijkt uit de door de voorzieningenrechter aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 30-31 en 109-110 en nr. 7, p. 98-99) leidde de wetgever dit hinderpaalcriterium af uit het arrest Müller-Fauré/Van Riet inzake het vrij verkeer van diensten (HvJ EG 13 mei 2003, *NJ* 2003, 673, m.nt. M.R. Mok). Volgens de voorzieningenrechter bevestigt het in wetsvoorstel 33 362 opgenomen voorstel om het hinderpaalcriterium als ondergrens voor de hoogte van vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg af te schaffen dat het nu geldend recht is, ondanks dat het niet "met zoveel woorden" in de tekst van art. 13 Zvw is opgenomen (r.o. 4.3 en 4.4, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2011/12, 33 362, nr. p. 36).

7. De wetgever heeft, aldus de voorzieningenrechter, bovendien het hinderpaalcriterium een breder toepassingsbereik willen geven dan dat van de Europese vrij verkeersregels. De vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg mag niet alleen geen hinderpaal zijn om deze zorg te betrekken van buitenlandse zorgaanbieders, maar ook niet om dergelijke zorg te betrekken van binnenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders (r.o. 4.3, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 30-31, p. 109-110 en nr. 7, p. 98-99). Met dit "veralgemeniseren"

van het hinderpaalcriterium heeft, zo overweegt de voorzieningenrechter, “artikel 13 Zvw betekenis en gelding gekregen voor het nationale recht die los is komen te staan van de Europeesrechtelijke oorsprong” (r.o. 4.4). Daarmee laveert hij om Europeesrechtelijke vragen heen, zoals de in de literatuur opgeworpen vraag of uit het arrest Müller-Fauré/Van Riet überhaupt wel een hinderpaalcriterium valt af te leiden, zoals de wetgever heeft gedaan (zie J.J. Rijken, ‘De voorgenen wijziging van artikel 13 Zvw – een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering’, *TvGR* 2012-6, p. 476).

8. Wij vragen ons echter af of het overeenkomt met de bedoeling van de wetgever om de uitleg van art. 13 Zvw voor binnenlandse situaties te ontkoppelen van het geldende Europees recht. Zowel het huidige als het voorgestelde art. 13 Zvw maken geen onderscheid tussen in Nederland en elders in Europa ontvangen zorg. De memorie van toelichting bij de Zvw relateert art. 13 Zvw aan het Europees recht (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 30-31, 109-110). Ook de in wetsvoorstel 33 362 voorgestelde wijziging van art. 13 Zvw berust op de gedachte dat het wenselijk is de tekst van het artikel “beter af te stemmen op ontwikkelingen in het Europese recht” nu de Richtlijn patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg (2011/24/EU) de ruimte zou laten zorgverzekeraars toe te staan de vergoeding ook op nihil te stellen. Dat zou passen bij “de kern van de gedachte achter de naturazorgverzekering” (*Kamerstukken II*, 2011/12, 333 62, nr. 3, p. 35-37).

9. Als de voorzieningenrechter daarvan uit zou zijn gegaan, had hij echter moeten vaststellen hoe hoog de vergoeding op grond van de vrij verkeersregels en bijbehorende jurisprudentie ten minste zou moeten zijn voor 25 oktober 2013. Ook is dan de vraag of de Richtlijn patiëntenrechten – die uiterlijk op die datum geïmplementeerd had moeten zijn – vanaf dat moment tot een ander minimum leidt (vgl. de door Meersma en Van Schelven voorgestelde aanpak, *TvGR* 2013-4, p. 382). Over beide vragen wordt echter in de literatuur, door de regering en in de Tweede Kamer verschillend gedacht (zie o.a. J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, ‘De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt’, in: *Gezondheidszorg en Europees recht* (preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 116-

122; J.W. van de Gronden, ‘Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenen wijziging van art. 13 Europeesrechtelijk houdbaar?’, *TvGR* 2013-1, p. 4-17; K. van der Touw, ‘De Patiëntenrichtlijn: dreigt de wetgever bij de implementatie de plank mis te slaan?’, in: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes (red.), *De zorgverzekering*, Zutphen: Paris 2013, p. 63-98; Rijken 2012, p. 475-481; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 362, nr. 7, p. 76-77, 88 (NaV) en nr. 10, p. 27-35 (NaNV)). Een complicatie vormt bovendien nog de vraag of het voor zorgaanbieders, of verzekerden, mogelijk is om een beroep te doen op de nog niet geïmplementeerde Richtlijn patiëntenrechten in een (horizontaal) geschil met een private zorgverzekeraar.

10. De vraag is of deze complexiteit een reden moet zijn om niet in het Europees recht te duiden. Het Hof Den Bosch maakte wel een begin met beantwoording van de vraag naar de verhouding van het hinderpaalcriterium tot de richtlijn patiëntenrechten. Het achtte het “voorhands onvoldoende aannemelijk” dat het hinderpaalcriterium bij richtlijnconforme interpretatie van art. 13 Zvw buiten toepassing zou moeten blijven (Hof Den Bosch 9 juli 2013, «GJ» 2013/107, m.nt. J.J. Rijken, r.o. 4.4.2.6, 4.4.2.7). Tegen het arrest van het hof is overigens cassatieberoep ingesteld.

11. Nadat de voorzieningenrechter de gelding van het hinderpaalcriterium heeft vastgesteld en ontkoppeld van het Europees recht, gaat hij in op de relativiteitsvraag. Het ligt voor de hand dat art. 13 lid 1 Zvw strekt tot bescherming van het belang van verzekerden, aan wie zij het recht op vergoeding van niet-gecontracteerde zorg toekent. Voor zover zorgverzekeraars de hoogte van deze vergoeding mogen vaststellen, kan gesteld worden dat de bepaling ook het belang van zorgverzekeraars beoogt te beschermen.

12. Maar strekt art. 13 lid 1 Zvw ook tot bescherming van zorgaanbieders als CrisisCare, zodat zij deze bepaling jegens VGZ en Univé kan inroepen? In de literatuur is door Meersma en Van Schelven betoogd dat het belang van de zorgaanbieder “zozeer samenhangt” met het beschermde belang van de verzekerde dat het ook als een door art. 13 Zvw beschermd belang moet worden aangemerkt (*TvGR* 2013-4, p. 382). Zij zoeken aansluiting bij het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie (HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 504, m.nt. M.R.

Mok, r.o. 3.5.2), dat zich overigens in een heel andere context situeert: die van het omgevingsrecht.

13. De voorzieningenrechter kiest een andere weg om tot dezelfde uitkomst te komen. Zijn relativiteitsoordeel valt uiteen in drie stappen. Opvallend genoeg grijpt de voorzieningenrechter hierbij juist wel terug op de Europeesrechtelijke oorsprong van deze bepaling. Daaruit volgt althans “reeds” zijn relativiteitsoordeel (r.o. 4.5). De voorzieningenrechter overweegt namelijk allereerst dat het tot dan toe niet door hem genoemde “vrij verkeer van zorgaanbod” vereist dat buitenlandse zorgaanbieders ook in Nederland zorg moeten kunnen aanbieden, ook als zij geen zorginkoopovereenkomst hebben gesloten met een Nederlandse zorgverzekeraar. Vervolgens stelt hij dat de wetgever met “de veralgemenisering van deze hinderpaalgedachte” binnenlandse zorgaanbieders niet bij de buitenlandse ten achter wilde stellen. Om hierna te oordelen dat het daarom “niet anders [kan] worden begrepen dan dat binnenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders feitelijk in staat moeten zijn zorg te verlenen aan naturaverzekerden en dat de in de naturapolissen opgenomen vergoedingen mede daarop moeten zijn afgestemd.” Hieruit volgt dat art. 13 Zvw “mede” strekt tot bescherming van de belangen “als die waarin CrisisCare stelt te zijn geschaad” (r.o. 4.5, eerste zin), zodat deze bepaling meer specifiek strekt ter bescherming van de (binnenlandse) zorgaanbieder tegen schade “doordat hij de desbetreffende omzet niet kan maken” omdat de tarieven te laag zijn vastgesteld (r.o. 4.5, laatste zin).

14. In een eerdere zaak van farmaceuten die opkwamen tegen het door zorgverzekeraar Menzis gevoerde preferentiebeleid bij de vergoeding van geneesmiddelen oordeelde dezelfde voorzieningenrechter als in de onderhavige zaak, na uitvoerige bespreking van de wetsgeschiedenis van de Zorgverzekeringswet, al dat de Zvw in algemene zin “vooral [ziet] op de belangen van de verzekerden en de zorgverzekeraars, en in mindere mate op die van de zorgaanbieders” (Vzr. Rb. Arnhem 17 december 2010, «GJ» 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca en GlaxoSmithKline/Uvit c.s.), r.o. 4.9). In zoverre is zijn onderhavige relativiteitsoordeel niet geheel verrassend, al bereikt hij dat langs andere

weg en is zijn relativiteitsoordeel dit keer uitdrukkelijk toegespitst op art. 13 Zvw “zoals dat moet worden begrepen” (r.o. 4.5).

15. De consequentie van dit relativiteitsoordeel is dat de zorgaanbieder als private partij een publiekrechtelijke Zvw-norm – of in elk geval art. 13 – in kan roepen ter bescherming van een commercieel getint belang als het gevrijwaard blijven van omzetschade (later spreekt de voorzieningenrechter overigens van “bedrijfsbelangen”; r.o. 4.7). Dat is niet geheel vreemd in een zorgstelsel geënt op gereguleerde marktwerking. Vooralsnog moet echter worden aangenomen – en dat achten wij ook goed verdedigbaar – dat dit alleen geldt voor de driehoek zorgverzekeraar-verzekerde-zorgaanbieder en niet voor iedere private partij die betrokken is bij de zorg. De voorzieningenrechter oordeelde in de eerder genoemde zaak namelijk ook dat de Zvw “in ieder geval” niet strekt ter bescherming van “de commerciële belangen van producenten van geneesmiddelen, zoals de farmaceuten in deze procedure, die rechtstreeks of via de groothandel geneesmiddelen leveren aan apotheekhoudenden, die deze vervolgens afleveren aan patiënten” (Astrazeneca en GlaxoSmithKline/Uvit c.s.), r.o. 4.9).

16. Na zijn relativiteitsoordeel overweegt de voorzieningenrechter onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis ook nog dat de vrijheid van zorgverzekeraars die binnen de grenzen van het hinderpaalcriterium resteert, gerechtvaardigd wordt door het feit “dat de zorgverzekeraar zijn zorginkoop heeft afgestemd op de naturapolis en dat restitutie onder een naturapolis leidt tot administratieve lasten voor de zorgverzekeraar die dan gecompenseerd kunnen worden door een lagere vergoeding te betalen” (r.o. 4.6). Door de gekozen formulering lijkt hij hier, naast het hinderpaalcriterium, een tweede ondergrens voor de hoogte van de vergoeding te trekken. Dat zou betekenen dat als de kosten voor administratieve lasten gelijk zijn aan bijvoorbeeld tien procent van de Wmg-tarieven, de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg ten minste 90 procent zou moeten zijn, ook al is er pas bij een vergoeding van 70 procent sprake van een hinderpaal.

17. De voorzieningenrechter lijkt inderdaad in die richting te denken. Dit blijkt uit zijn opmerking dat een vergoeding van 60 procent “iets betrekkelijk willekeurigs” heeft “zonder dat dui-

delijk is dat de administratieve lasten daartoe noodzakelijk, wat gesteld nog gebleken is" (r.o. 4.9). Het blijkt ook uit zijn opmerking dat VGZ en Univé de bevoegdheid de vergoeding vast te stellen kennelijk gebruiken met een ander doel waarvoor die is gegeven (r.o. 4.8).

18. Toepassing van het uitgelegde en aangevulde art. 13 Zvw leidt tot de conclusie dat het beperken van de vergoeding voor specialistische GGZ tot 60 procent van de Wmg-tarieven een hinderpaal vormt voor verzekerden om zorg van CrisisCare te betrekken en voor CrisisCare om die zorg te blijven leveren (r.o. 4.7 en 4.8). Zo handelen VGZ en Univé in strijd met art. 13 Zvw en derhalve onrechtmatig jegens CrisisCare. De zorgverzekeraars voeren nog aan dat de vergoeding van 60 procent geen hinderpaal oplevert, nu CrisisCare kennelijk in staat is geweest de zorg te blijven leveren. De voorzieningenrechter acht dit echter "bedrijfseconomisch niet vol te houden" (r.o. 4.7).

19. Het oordeel dat het vergoedingspercentage van 60 procent de toets aan het hinderpaalcriterium niet kan doorstaan, is niet heel uitvoerig gemotiveerd. Hetzelfde geldt voor de motivering van het percentage dat VGZ en Univé dan wel moet vergoeden. De vergoeding van 80 procent gold lange tijd als algemeen gangbaar en geaccepteerd en voldoet kennelijk aan het hinderpaalcriterium. Partijen hebben verder ook geen aanknopingspunten geboden. Het is niet vreemd het daar in kort geding bij te laten, maar op de lange termijn is het gangbaarheidsargument niet houdbaar. Als over enige tijd 70 procent door de meeste verzekeraars wordt gehanteerd, gaat de rechter er dan van uit dat ook dat percentage geen hinderpaal vormt?

20. Nadere criteria of gezichtspunten voor de vaststelling van de vergoeding zouden de rechtszekerheid ten goede komen en nieuwe procedures over nieuwe percentages wellicht onnodig maken. Een vast wettelijk percentage of maximumbedrag dat iedere verzekerde geacht wordt zelf te kunnen betalen biedt wellicht te weinig flexibiliteit. Zo'n percentage zou weer gedifferentieerd kunnen worden naar type zorg of zelfs naar inkomen, maar dat ligt allicht politiek gevoelig (vgl. Meersma en Van Schelven 2013-3, p. 383).

21. Art. 13 Zvw raakt de kern van de verhouding tussen zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde. Uit de onderhavige zaak en eerdere

rechtspraak blijkt echter dat het recht inzake de op grond van art. 13 Zvw te betalen vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg en de verhouding van de zorgaanbieder tot de zorgverzekeraar nog altijd niet duidelijk is. Dat zal het ook niet worden, zolang de wetgever niet een knoop doorhakt over de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Daar ziet het gezien de politieke verdeeldheid over wetsvoorstel 33 362 op korte termijn niet naar uit. Voorlopig is het dus aan de rechter de belangen van zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde met elkaar te verzoenen in een stelsel van gereguleerde samenwerking. 75 tot 80 procent lijkt vooralsnog de standaard, maar de zorgverzekeraars hebben tegen het onderhavige vonnis van de Gelderse voorzieningenrechter hoger beroep ingesteld, terwijl als gezegd ook cassatieberoep is ingesteld tegen het arrest van het Hof Den Bosch van 7 juli 2013.

mr. P.W. den Hollander en mr. H.A. ten Oever
promovendi Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden