



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Zorginkoopovereenkomst: De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief

Oever, H.A. ten

Citation

Oever, H. A. ten. (2023, October 26). *Zorginkoopovereenkomst: De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3655405>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3655405>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

1.1 INTRODUCTIE

1.1.1 De zorginkoopovereenkomst

Iedere inwoner van Nederland is verplicht een zorgverzekering af te sluiten. Zorgverzekeraars kunnen ten behoeve van het aanbieden en uitvoeren van zorgverzekeringen overeenkomsten sluiten met zorgaanbieders, waaronder ziekenhuizen, zelfstandige behandelcentra, instellingen voor geestelijke gezondheidszorg, apotheken, huisartsen, fysiotherapeuten en logopedisten. In een zorginkoopovereenkomst komen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder overeen welke zorg de zorgaanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar aan verzekerden van de zorgverzekeraar zal verlenen, onder welke voorwaarden en voor welke prijs.¹ De zorginkoopovereenkomst heeft meestal een looptijd van een of meerdere jaren. Zorgverzekeraars en zorgaanbieders zijn privaatrechtelijke (rechts)personen. De zorginkoopovereenkomsten die zij sluiten zijn overeenkomsten naar burgerlijk recht.

Deze zorginkoopovereenkomsten en de aan zorgverzekeraars toebedachte rol bij het aangaan van deze overeenkomsten zijn van groot belang voor de werking van het Nederlandse zorgverzekeringstelsel. Bij het in 2006 ingevoerde zorgverzekeringstelsel had de regering voor ogen dat zorgverzekeraars zouden optreden als 'doelmatige, klantgerichte regisseurs van de zorg'² en dat het vergroten van contractsvrijheid in de verhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders zou bijdragen aan de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de gezondheidszorg.³ De Nederlandse overheid acht zichzelf 'systeem-' of 'stelselverantwoordelijk'⁴ voor deze publieke belangen,⁵ mede gelet op haar mensenrechtelijke verplichtingen,

-
- 1 Zie over het gebruik van de term 'zorginkoopovereenkomst' 1.5.1 en voor een omschrijving van de zorginkoopovereenkomst, de kernverplichtingen en overige verplichtingen 5.3.
 - 2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 9, 25.
 - 3 Zie nader 1.2.3-1.2.4.
 - 4 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 3, 5; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2 (Nota *Vraag aan bod*), p. 19, 20, 22; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 4; *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 3-5; *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nrs. 27-28 (Nota *Verandering verzekerd*), p. 9-10, 34, 38-39; Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987, p. 32-33; *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 3-5.
 - 5 Zie 1.3.3 over het begrip publieke belangen.

zoals die volgen uit de Grondwet⁶ en internationale regelingen.⁷ Ingevolge *General Comment* nr. 14 van het IVESCR-Comité omvat het recht op gezondheidszorg de aspecten beschikbaarheid ('*availability*'), gelijke, financiële, fysieke en geografische toegankelijkheid ('*accessibility*'), kwaliteit ('*quality*') en geschiktheid ('*acceptability*').⁸ Teneinde de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de gezondheidszorg te waarborgen reguleert de overheid het zorgstelsel en houdt zij toezicht.⁹

Zorgverzekeraars sluiten ten behoeve van ruim driekwart van hun verzekerden zorginkoopovereenkomsten.¹⁰ In 2022 waren 20 zorgverzekeraars actief op de zorgverzekeringsmarkt, verdeeld over 10 concerns.¹¹ Ruim 25.000 zorgaanbieders verlenen zorg die tot de bij en krachtens de Zvw verzekerde prestaties behoort.¹² Door zorginkoopovereenkomsten te sluiten kunnen zorgverzekeraars hun verplichtingen jegens verzekerden nakomen. Ook kunnen zij door het sluiten van zorginkoopovereenkomsten sturen welke zorgaanbieder welke zorg verleent en kwaliteits- en doelmatigheidseisen stellen aan de zorgaanbieder en de te verlenen zorg. Met afspraken over de tarieven en eventuele volume- en/of omzetplafonds kunnen zij hun kosten beperken en voorspelbaarder maken. Voorts biedt een zorginkoopovereenkomst de zorgverzekeraar administratieve voordelen, omdat hij niet van elke verzekerde een aparte nota ontvangt. Aan zorgaanbieders biedt de zorginkoopovereenkomst toegang tot de markt van verzekerde patiënten wiens verzekeringsaanspraak beperkt is tot (vergoeding van kosten voor) gecontracteerde zorg. Het debiteurenrisico

6 Art. 22 lid 1 Gw: 'De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.'

7 O.a. art. 12 Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR); art. 11 Europees Sociaal Handvest; de Preamble van het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie; art. 25 lid 1 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948); art. 35 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Zie over het recht op gezondheidszorg nader o.a. Toebes 2021; Tobin 2018; Toebes 2016; Toebes, Hartlev, Hendriks & Hermann 2012; Den Exter 2008; Toebes 1999. Zie toegespitst op het Nederlandse zorgstelsel: Barkhuysen, Berkhouwer & Schepel 2021, alsmede andere bijdragen in Bots e.a., *Recht & Gezondheid* 2021; Hendriks & Krijnen 2009; Hendriks 2007; Toebes 2006.

8 General Comment nr. 14 (2000), *The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, IVESCR-Comité, UN Doc. E/C.12/2000/4, par. 12.

9 O.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 1-3, 5, 7-8.

10 Al jaren heeft ruim 75% van de verzekerden een naturapolis. Daarnaast had de afgelopen jaren tussen de 10 en 20% van de verzekerden een combinatiepolis en tussen de 5 en 15% een restitutiepolis. Vektis 2022, p. 18, figuur 4.4. Ook ten behoeve van restitutieverzekerden sluiten zorgverzekeraars zorginkoopovereenkomsten. Zie over de verschillende polissen 1.5.5 en 2.2.2.2 en over de bijbehorende verplichtingen van de zorgverzekeraar 2.2.3.

11 Vektis 2022, p. 10.

12 In 2016 waren er alleen al zo'n 25.000 eerstelijns zorgaanbieders actief, waaronder huisartsenpraktijken, fysiotherapiepraktijken, aanbieders van vrijgevestigde basis-GGZ, apotheken, logopediepraktijken en oefentherapiepraktijken (NZa, *Marktscan Eerstelijnszorg* 2016, p. 31). Er waren in 2016 79 ziekenhuizen en 229 zelfstandige behandelcentra. NZa, *Marktscan Medisch-specialistische zorg* 2016, p. 5, 14 en 17.

dat de zorgaanbieder draagt is voorts aanzienlijk kleiner wanneer hij bij zorgverzekeraars kan declareren in plaats van bij de patiënt. Ten slotte biedt het bulksgewijs kunnen aanleveren van nota's ook de zorgaanbieder administratieve voordelen.¹³

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is de contractsvrijheid – en daarmee de ruimte voor toepassing van het contractenrecht – in de zorginkoopverhouding stapsgewijs vergroot onder de invloed van markt-denken. Een en ander is geschied binnen een gaandeweg gewijzigd – maar nog steeds omvangrijk – regelgevend kader. De wisselwerking tussen het sectorspecifieke regelgevende kader, de met het zorgstelsel en de zorginkoop verbonden publieke belangen en de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen roept verscheidene vragen op.¹⁴ De juridische aandacht voor de rechtsfiguur van de zorginkoopovereenkomst is tot nog toe echter beperkt. In de afgelopen decennia is in handboeken, preadviezen en meer op de praktijk gerichte literatuur wel aandacht geweest voor onder meer het overeenkomstenstelsel (met name ten tijde van de introductie van het zorgverzekeringsstelsel in 2006), het zorgstelsel als geheel, de praktijk van zorginkoop, de toepassing van privacyregelgeving op de rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, de zorgverzekering, mededingingsaspecten van zorginkoop en het aanmerkelijke marktmachttoezicht van de NZa, maar een onderzoek in de vorm van een proefschrift en gericht op de contractenrechtelijke aspecten van zorginkoop, ontbreekt. De rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij (het aangaan van) zorginkoopovereenkomsten in het licht van de invloed van regelgeving en publieke belangen op die overeenkomst vormen het onderwerp van dit onderzoek.

1.1.2 Plan van behandeling

In de volgende paragraaf wordt de ontwikkeling van de regelgeving voor de organisatie en de financiering van de curatieve zorg in Nederland geschetst, mede in het licht van de achtergrond daarvan. Daarmee wordt beoogd nader inzicht te bieden in het ontstaan van de zorginkoopverhouding, de ontwikkeling van regelgeving van en rondom deze verhouding en de rol die de zorginkoopovereenkomst volgens de wetgever dient te spelen in het zorgstelsel. 1.2.4 biedt een overzicht van de huidige regelgeving rondom de zorginkoopovereenkomst. In 1.3 wordt uiteengezet welke vragen het regelgevende kader oproept met betrekking tot de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij zorginkoop-

13 Zie ook en nader Ekelmans 2020, p. 135-136; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 757. Zie over redenen al dan niet te contracteren binnen de wijkverpleging en resp. GGZ: *Kamerstukken II* 2018/19, 23235, nr. 184, *Kamerstukken II* 2019/20, 24484, nr. 484 en de als bijlagen bij deze kamerstukken gevoegde onderzoeken.

14 Zie 1.3.

overeenkomsten. De vraagstelling, afbakening van het onderzoek, opbouw van het boek, relevantie van het onderzoek, verantwoording en methode worden besproken in 1.4. In 1.5 geef ik een (nadere) invulling aan de term 'zorginkoopovereenkomst' en een aantal andere begrippen. Daarmee wordt tevens het onderzoek verder afgebakend.

1.2 ACHTERGROND: NAAR EEN STELSEL VAN GEREGLUEERDE MARKTWERKING

1.2.1 De medewerkersovereenkomst en het ontstaan van het ziekenfondssystem

De rechtsverhouding tussen zorgaanbieders en de voorlopers van de huidige zorgverzekeraars is in Nederland altijd privaatrechtelijk geweest. Voorlopers van het door de overheid gereguleerde ziekenfonds, zoals winst beogende 'kassen' en door artsen en apothekers opgerichte 'bussen', ontstonden in de loop van de 19^e eeuw.¹⁵ Gaandeweg ontwikkelden dergelijke private organisaties zich tot steeds professionelere bedrijfsfondsen, onderlinge arbeidersfondsen en doktersfondsen. De artsen en apothekers die als 'medewerkers' tot het fonds waren 'toegelaten' spraken vooraf met het ziekenfonds de beloning af die zij zouden ontvangen voor de door hen aan de leden van het fonds te verstrekken zorg.¹⁶

Tussen ziekenfondsen, artsen en apothekers waren veel conflicten. Deze betroffen onder andere de samenstelling van het bestuur van de ziekenfondsen, de voor lidmaatschap van het fonds te stellen welstandsgrens, de criteria voor toetreding van artsen en apothekers als 'medewerker' tot het fonds en de hoogte van hun honorarium. Deze onderwerpen speelden ook een rol in het politieke debat over een in te voeren Ziektewet en de daarmee samenhangende regeling voor een ziektekostenverzekering. Zo stelde minister Talma in 1910 in zijn ontwerp voor de Ziektewet aan de uitkering van ziekgeld de voorwaarde dat de verzekerde ingeschreven zou zijn bij een toegelaten ziekenfonds. Het wetsontwerp bevatte criteria waaraan het ziekenfonds moest voldoen om toegelaten te worden. Als reactie hierop bepaalde de Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (NMG) in 1912 bij bindend besluit dat haar leden niet zouden deelnemen aan een dergelijk toegelaten ziekenfonds als de statuten van het fonds niet aan de door de NMG gestelde voorwaarden voldeden. Deze hielden onder andere in dat de ziekenfondsen alleen personen beneden een bepaalde loon- of welstandsgrens als verzekerden zouden accepteren en dat alle te goeder naam en faam bekende artsen het recht zouden hebben als deelnemer

15 Al begin 15^e eeuw werd door gilden in een vorm van verzekering voor ziektekosten voorzien, aldus Berger 1931, p. 5 e.v.

16 Lugtenberg, Van der Most & Van Thiel 1988, p. 18; *Kamerstukken II* 1961/62, 6808, nr. 3, p. 6 e.v.

(medewerker) tot het fonds toe te treden. De NMG voerde ter onderbouwing van haar eisen aan dat op die manier het recht op vrije artskeuze van de verzekerden gewaarborgd zou zijn. Kort daarna besloot de NMG dat in elk van haar afdelingen een eigen ziekenfonds zou worden opgericht dat aan deze voorwaarden voldeed, de zogenaamde Maatschappijziekenfondsen.¹⁷ Het beleid van de NMG en de daaropvolgende praktijk heeft de basis gevormd voor de later ingevoerde wettelijke regeling van een ziektekostenverzekering en de daarin opgenomen contracteerplicht.¹⁸

Voor de Tweede Wereldoorlog was meer dan tweederde van de Nederlandse bevolking bij een ziekenfonds verzekerd. In de armere gebieden kwamen de ziekenfondsen echter niet tot ontwikkeling. De voorwaarden voor deelname aan een ziekenfonds en de verstrekkingen van bestaande ziekenfondsen verschilden sterk.¹⁹ Een wettelijke regeling ontbrak echter nog steeds – meerdere pogingen ten spijt. Uiteindelijk was het de opdracht van de Duitse bezetter die in 1941 leidde tot invoering van het Ziekenfondsenbesluit²⁰ en bijbehorende uitvoeringsbesluiten. Het Ziekenfondsenbesluit werd pas in 1965 vervangen door de hierna nader te bespreken Ziekenfondswet (Zfw),²¹ welke aansloot bij en voortbouwde op de regeling in het Ziekenfondsenbesluit en de sindsdien verder ontwikkelde praktijk.²²

De regering wees er in de memorie van toelichting bij de Zfw op dat zij het tot haar verantwoordelijkheid rekent om de vorming van ‘solidariteitskringen’ als ziekenfondsen mogelijk te maken en te stimuleren. Ook merkte zij op dat de regeling past bij het sociaal-politieke denken sinds het begin van de 20^e eeuw. Naast solidariteit speelden ook de vrijheden van de patiënt en de medewerker een grote rol bij de vormgeving van de verzekering. Deze betroffen voor de patiënt de vrije artskeuze, vrije ziekenhuiskeuze en vrije ziekenfondskeuze en voor de arts aspecten van zijn professionele autonomie: de vrijheid patiënten al dan niet te aanvaarden, de behandelwijze te bepalen en geheimhouding te betrachten.²³ Solidariteit, het recht op zelfbeschikking van de patiënt en de professionele autonomie van de arts staan ook vandaag nog centraal in het gezondheidsrecht.²⁴

De ziekenfondsverzekering was verplicht voor verzekerden ingevolge de Ziektewet, indien hun inkomen lager was dan de loongrens. De kring van verplicht verzekerden werd in de loop der jaren uitgebreid. Hiernaast voorzag de Zfw in een vrijwillige verzekering en een bejaardenverzeke-

17 Hamilton 2008a, p. 15; *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 6-7, 30-31; Van der Hoeven & Van der Hoeven 1993, p. 36 e.v.

18 Companje 2008, p. 286; Hamilton 2008a, p. 15; De Groot 2004, p. 189.

19 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 8.

20 Besluit van de secretaris-generaal van het Departement Sociale Zaken betreffende het ziekenfondswezen van 1 augustus 1941, *Stb.* S 804 (Ziekenfondsenbesluit).

21 *Stb.* 1964, 392.

22 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 1, 8-9.

23 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 3.

24 Sijmons 2006, p. 33-41.

ring.²⁵ Omdat de zorg steeds duurder werd, werd een ziektekostenverzekering ook voor niet verplicht ziekenfondsverzekerden noodzakelijk. Naast het ziekenfondssysteem boden vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw ook particuliere verzekeraars ziektekostenverzekeringen aan en werden voor ambtenaren publiekrechtelijke verzekeringen ingesteld.²⁶

De rechtsverhouding tussen de ‘verzekerde’ en het fonds werd als publiekrechtelijk en als privaatrechtelijk aangemerkt, waarbij het privaatrechtelijke element vooral werd gezien in de keuze van de verzekerde voor een bepaald ziekenfonds.²⁷

De ziekenfondsverzekering was – voortbouwend op de voorheen ontstane praktijk en het Ziekenfondsenbesluit – een naturaverzekering. De verzekerde maakte ingevolge de Zfw – net als onder het Ziekenfondsenbesluit – aanspraak op bij en krachtens de wet omschreven verstrekkingen ter voorziening van zijn geneeskundige verzorging. Hij kon zich daarvoor wenden tot de personen en instellingen in zijn woonplaats of directe omgeving waarmee zijn ziekenfonds een overeenkomst had gesloten.²⁸

Art. 44 Zfw verplichtte ziekenfondsen expliciet om ter voldoening aan de verstrekkingenplicht contracten te sluiten met zorgaanbieders. De Zfw verbood ziekenfondsen zelf diensten en zaken te leveren, gelden te verschaffen voor de bedrijfsvoering van een instelling of deel te nemen in het bestuur van een instelling.²⁹ Ter (nadere) rechtvaardiging van deze vorm van contractdwang benadrukte de regering het belang van de vrije artsenkeuze. Ook zou een ziekenfonds zich volgens de regering moeten beperken tot de maatschappelijke taak om een wettelijk geregelde verzekering uit

25 Art. 3, 20 en 27 Zfw van Stb. 1964, 392.

26 Zie Lugtenberg, Van der Most & Van Thiel 1988, p. 15-16, 22 e.v.; De Groot 2011, p. 143; Hamilton 2008a, p. 12. In 1968 werd ook de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ingevoerd, die voorzag in een publiekrechtelijke verzekering voor langdurige en moeilijk verzekerbare zorg.

27 Publiekrechtelijk o.a.: *Kamerstukken II* 1962-63, 6808, nr. 3, p. 4 en nr. 8, p. 4-5. Privaatrechtelijk o.a.: HR 13 maart 1959, ECLI:NL:HR:BM5785, RZA 1988/35, waarin de Hoge Raad – ten tijde van het Ziekenfondsenbesluit – oordeelde dat de rechtsverhouding verzekerde-ziekenfonds een privaatrechtelijke overeenkomst was in de zin van het geldende art. 246 Wetboek van Koophandel, hoewel er wel bepaalde dwingende voorschriften zijn gesteld die door het fonds bij het afsluiten van verzekeringen met ingevolge de Ziektewet verplicht verzekerden in acht moeten worden genomen. Vgl. ook HR 9 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:BM5786, RZA 1988/36. Publiek- en privaatrechtelijk: Maeijer 1968, p. 16; Leenen 1982, p. 661 en 663; Van der Kolk 1976, p. 594-596; Van der Velden 1970, p. 907-908; De Groot 2002a, p. 156.

28 Art. 8 en 9 Zfw (van Stb. 1964, 392). Krachtens art. 11 Zfw kon op grond van een ministerieel besluit restitutie van gemaakte kosten worden toegestaan.

29 Art. 42 en aanvankelijk art. 44 lid 2 Zfw (van Stb. 1964, 392). De redactie van de bepalingen is in 1986 gewijzigd. Sindsdien mogen ziekenfondsen wel medische hulpmiddelen in gebruik geven. Per 1 januari 1999 verleende de Ziekenfondsradaad een ontheffing voor het verstrekken van farmaceutische hulp door ziekenfondsen. Meulemans & Sijmons 2005, p. 62. Zie over ‘verticale integratie’ ook Rijken 2009.

te voeren en zich niet op het terrein van het ‘economisch leven’ moeten begeven, bijvoorbeeld door het exploiteren van een opticienbedrijf.³⁰

Niet alleen bepaalde de wet dat ziekenfondsen door het sluiten van contracten aan hun verstrekkingenplicht moesten voldoen; de wet beperkte – net als eerder het Ziekenfondsenbesluit – ook de vrijheid van ziekenfonds en medewerker om te bepalen met wie zij een medewerkersovereenkomst zouden sluiten. Art. 47 Zfw bevatte een contracteerplicht, inhoudende dat een ziekenfonds verplicht was met iedere beroepsbeoefenaar en instelling binnen zijn werkgebied, of waarvan de bevolking in het werkgebied van het ziekenfonds regelmatig gebruik maakte, op diens verzoek een overeenkomst aan te gaan, behoudens ernstige bezwaren aan de zijde van het ziekenfonds.³¹ Omgekeerd was op grond van art. 48 Zfw ook iedere persoon of instelling die met een ziekenfonds een medewerkersovereenkomst was aangegaan verplicht met een ander ziekenfonds dat daarom verzocht een zelfde contract te sluiten, tenzij de persoon of instelling daar ernstige bezwaren tegen had: de zogenaamde omgekeerde contracteerplicht. Deze contracteerplichten vormden het complement van het recht van de verzekerde op verstrekkingen van gecontracteerde medewerkers en houden mede verband met het recht van de verzekerde op vrije artskeuze.³² Tevens liet de regering de regeling bewust aansluiten bij het stelsel zoals dat historisch gezien tot ontwikkeling was gekomen.³³

De Ziekenfondsraad, per 1 juli 1999 het College voor Zorgverzekeringen (CVZ)³⁴, was bevoegd te oordelen over geschillen in het kader van de totstandkoming van medewerkersovereenkomsten, de zogeheten toelatingsgeschillen.³⁵ Dit gebeurde in daarvoor opgerichte commissies. Belanghebbenden konden administratief beroep instellen tegen de uitspraak.³⁶ Tot begin jaren tachtig van de vorige eeuw ontstonden er echter niet tot nau-

30 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 5.

31 Aanvankelijk was de contracteerplicht niet van toepassing ten aanzien van de leveranciers van kunst- en hulpmiddelen en ziekenvervoerders. Het aanbod van deze verstrekkingen was ‘te groot en te heterogeen’: *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 31. Deze uitzonderingen van de contracteerplicht zijn met de invoering van de Wet tarieven gezondheidszorg (*Stb.* 1980, 646) geschrapt. In plaats daarvan voorzag art. 47 lid 3 in de mogelijkheid categorieën instellingen bij amvb te ontheffen van de contracteerplicht. Hiernaast voorzag de Zfw Sinds 1982 (*Stb.* 1982, 702) in een erkenningsregeling voor instellingen. Aan een categoriale toelating kon ingevolge art. 8a Zfw bij amvb een ontheffing van de contracteerplicht worden gekoppeld. Van deze mogelijkheid maakte de regering gebruik bij besluit van 1 februari 1985, *Stb.* 1985, 84. Op grond van dit besluit gold ten aanzien van leveranciers van hulpmiddelen geen contracteerplicht meer.

32 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 31; Meulemans & Sijmons 2005, p. 62-63; De Groot 2004, p. 189.

33 *Kamerstukken II 1961/62*, 6808, nr. 3, p. 30-31.

34 Vanaf 1 juni 1999. *Stb.* 1999, 185 en 240. Per 1 april 2014 is het CVZ opgevolgd door Zorginstituut Nederland (ZiN). Zie *Stb.* 2013, 578 en *Stb.* 2014, 93.

35 Art. 79 Zfw (van *Stb.* 1964, 392).

36 Aanvankelijk kon beroep worden ingesteld bij de Kroon en sinds inwerkingtreding in 1988 van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen (*Stb.* 1987, 317) bij de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State. Zie art. 77 Zfw.

welijks geschillen over de toelating van medewerkers tot ziekenfondsen. In de jaren tachtig nam het aantal geschillen tussen ziekenfondsen en beroepsbeoefenaren snel toe. Conflicten betroffen aanvankelijk vooral de persoon van de hulpverlener en de wijze waarop deze zijn beroep uitoefende. Later werden ook de in het contract op te nemen voorwaarden en de prijs – voor zover deze buiten de verderop in deze paragraaf nader te bespreken Wet tarieven gezondheidszorg viel – onderwerp van geschil. Over de toelating van instellingen tot ziekenfondsen werd niet geprocedeerd.³⁷

Ook aan de inhoud van de medewerkersovereenkomst werden in de Zfw nadere eisen gesteld. Art. 45 Zfw omschreef aspecten die in ieder geval in de overeenkomst geregeld moesten worden, waaronder het tijdstip van aanvang en de duur van de overeenkomst, de aard en omvang van de wederzijdse rechten en verplichtingen, een opzeggingstermijn van tenminste een half jaar en voorschriften van administratieve aard. In het algemeen rechtvaardigde de regering de (verdere) regulering van de medewerkersovereenkomst met de stelling dat een goede verstandhouding tussen ziekenfondsen en medewerkers een 'eerste vereiste' is voor een ziekenfondsstelsel 'dat wordt gekenmerkt door uitgebreide verstrekkingen in natura.' Ziekenfondsen en medewerkers zouden de tussen hen geldende regels in contracten moeten vastleggen en deze moeten nakomen. De Zfw zou een kader moeten bieden voor deze contracten.³⁸

Net als het Ziekenfondsenbesluit eiste ook de Zfw goedkeuring door de Ziekenfondsraad van de medewerkersovereenkomst.³⁹ De Ziekenfondsraad toetste de overeenkomsten op aspecten van rechtmatigheid en doelmatigheid. Hieronder vielen onder andere de overeenstemming van de overeenkomst met de wet, de belangen van verzekerden, de gezondheidszorg in het algemeen en 'het financiële belang'.⁴⁰ In de praktijk werd niet over de inhoud van iedere afzonderlijke medewerkersovereenkomst onderhandeld, maar verenigden zowel ziekenfondsen als medewerkers zich in overkoepelende organisaties die namens hen onderhandelden over de verhouding tussen de individuele medewerker en het ziekenfonds. In aansluiting op deze praktijk droeg de Zfw ziekenfondsen en zorgaanbieders representerende organisaties op overleg te plegen over de inhoud van de afzonderlijk te sluiten medewerkersovereenkomsten. Als het overleg tot overeenstemming leidde, werd de uitkomst daarvan in de vorm van een modelovereenkomst aan de goedkeuring onderworpen van de Ziekenfondsraad⁴¹ (later het CVZ). Overeenkomsten tussen de individuele medewerker en het ziekenfonds die in overeenstemming waren met de toepasselijke uitkomst van overleg werden dan ook geacht te zijn goedgekeurd.⁴² In 1977 oordeelde

37 Meulemans 2005, par. 9; Lugtenberg, Van der Most & Van Thiel 1988, p. 77-79.

38 *Kamerstukken II* 1961/62, 6808, nr. 3, p. 30.

39 Art. 46 Zfw (van *Stb.* 1964, 392).

40 Lugtenberg, Van der Most & Van Thiel 1988, p. 83.

41 Art. 46 lid 1 jo. lid 3 en lid 4 Zfw (van *Stb.* 1964, 392).

42 Art. 44 lid 6 Zfw (van *Stb.* 1964, 392).

de Hoge Raad dat de goedkeuring een wettelijke voorwaarde is voor de verbindende kracht van de overeenkomst, zonder welke deze rechtskracht mist.⁴³ Desondanks kwamen modelovereenkomsten in de praktijk tot begin van de jaren tachtig veelal niet tot stand.⁴⁴ Ook voldeden de individueel gesloten medewerkersovereenkomsten veelal niet aan de wettelijke eisen.⁴⁵ Ze behelsden vaak niet meer dan een regeling van de tarieven, waarbij werd verwezen naar de in de uitkomst van overleg overeengekomen of van overheidswege goedgekeurde tariefregeling.⁴⁶

Over de hoogte en vaststelling van de te betalen tarieven bepaalde de Ziekenfondswet – net als het Ziekenfondsenbesluit – niets. Tariefregulering deed wel stapsgewijs zijn intrede. Na de Tweede Wereldoorlog stelde de minister van Economische Zaken op basis van de Prijsoptijdrijvings- en Hamsterwet 1939 maximum-verpleegtarieven vast.⁴⁷ Vanaf 1954 adviseerde het door ziekenfondsen en ziekenhuizen opgerichte overlegorgaan Landelijk Orgaan van Overleg inzake Ziekenhuistarieven over de ziekenhuistarieven. In 1962 kwam de Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven (hierna: het COZ) hiervoor in de plaats.⁴⁸ Deze private organisatie had op grond van haar statuten onder andere de bevoegdheid richtlijnen op te stellen voor de berekening van verpleegtarieven en, bij gebreke van overeenstemming tussen ziekenfondsen en ziekenhuizen, tarieven vast te stellen.⁴⁹ In 1965 werd de Wet Ziekenhuistarieven (WTZ)⁵⁰ ingevoerd. De wet voorzag in preventief toezicht van de Ziekenfondsraad en de minister op nieuwe en te verhogen tarieven, waarbij het COZ haar adviesrol behield. De WTZ zag in beginsel op ziekenhuistarieven, maar de rol van het COZ werd al snel uitgebreid tot andere zorgterreinen.⁵¹

Om te bevorderen dat modelovereenkomsten en daarop gebaseerde medewerkerovereenkomsten tot stand kwamen die aan de wettelijke eisen voldeden werd in 1982 de wettelijke regeling van het overeenkomstenstelsel uitgebreid en aangepast.⁵² De Ziekenfondsraad kreeg de bevoegdheid een modelovereenkomst vast te stellen als representerende organisaties van ziekenfondsen, beroepsbeoefenaren en instellingen niet zelf in een modelovereenkomst voorzagen die door de Ziekenfondsraad werd goedgekeurd.⁵³

43 HR 13 mei 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC3029, RZA 1987/105 (*Brilmij*). Zie later art. 44 lid 5 Zfw.

44 *Kamerstukken II* 1980/81, 16817, nr. 3, p. 9.

45 Zie over de overeenkomst ziekenfonds-huisarts: De Graaff 1977, p. 164.

46 Hamilton 1990, p. 256-257.

47 Deze bevoegdheid verviel in 1962. *Kamerstukken II* 1961/62, 6808, nr. 3, p. 30.

48 Bij de oprichting van deze stichting waren ook particuliere ziektekostenverzekeraars betrokken. De Groot 1998, p. 9.

49 De Groot 1998, p. 10.

50 Wet van 29 april 1965, *Stb.* 190.

51 De Groot 1998, p. 15-16. Zie nader over de WTZ De Groot p. 10-16.

52 *Stb.* 1982, 702; *Kamerstukken II* 1980/81, 16817, nr. 3, p. 2; Hamilton 1990, p. 256-257. Zie nader over de ratio van het systeem van modelovereenkomsten De Groot 2004, p. 195-196.

53 Art. 44a Zfw (*Stb.* 1982, 702).

De individuele overeenkomsten moesten voldoen aan de door de Ziekenfondsraad goedgekeurde 'uitkomst van overleg' of bij gebrek daaraan aan de door de Ziekenfondsraad vastgestelde modelovereenkomst.⁵⁴ Hiernaast konden ziekenfonds en medewerker aanvullende afspraken opnemen in hun overeenkomst, voor zover deze niet in strijd waren met de uitkomst van overleg of modelovereenkomst en met de wettelijk voorgeschreven minimuminhoud van de overeenkomst.⁵⁵ De medewerkerscontracten dienden sindsdien schriftelijk te worden gesloten.⁵⁶ De bevoegdheid van de Ziekenfondsraad om zelf overeenkomsten vast te stellen trad pas op 1 januari 1983 in werking om de betrokken partijen eerst nogmaals zelf in de gelegenheid te stellen modelovereenkomsten op te stellen.⁵⁷ Ten aanzien van door huisartsen, tandartsen, apothekers en tandartsspecialisten te verlenen zorg werd door ziekenfondsen en medewerkers representerende organisaties van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.⁵⁸

De wettelijk voorgeschreven minimuminhoud van de overeenkomst werd bij de wetwijziging van 1982 en in de jaren nadien nader uitgewerkt en aangevuld. De modelovereenkomst moest bepalingen inhouden inzake controle op de naleving van de overeenkomst, situaties waarin de individuele overeenkomsten mochten afwijken van de modelovereenkomst⁵⁹ en algemene voorwaarden ten aanzien van de kwaliteit van de te verlenen verstrekkingen.⁶⁰ In 1991 is daarnaast afzonderlijk in de Zfw bepaald dat de individuele medewerkersovereenkomst bepalingen dient te bevatten over de kwaliteit en doelmatigheid van de hulpverlening.⁶¹

1.2.2 Centrale aanbodsturing

In de decennia na de Tweede Wereldoorlog stegen zowel de omvang als de kosten van de gezondheidszorg aanzienlijk. De stijging was onder meer te wijten aan de vergrote toegankelijkheid en de toename van het gebruik van de gezondheidszorg als gevolg van de ontwikkeling van het verzekeringsstelsel, tezamen met vooruitgang van medische kennis en technologie, bevolkingstoename en een langere levensverwachting.⁶² Om de doelmatigheid van de gezondheidszorg te bevorderen en de kostenontwikkeling

54 Art. 44 lid 4, 6 en 7 jo. 44a-46 Zfw (*Stb.* 1982, 702).

55 Art. 44 lid 7 Zfw (*Stb.* 1982, 702) bepaalde dat aan overeenkomsten of bepalingen in strijd met de leden 1 t/m 6 van dat artikel geen rechten konden worden ontleend.

56 Art. 44 lid 3 Zfw (*Stb.* 1982, 702). Art. 44 t/m 46 Zfw zijn nadien gewijzigd bij in ieder geval *Stb.* 1991, 584 en *Stb.* 2005, 27. Zie nader over deze bepalingen Meulemans & Sijmons 2005, p. 62; De Groot 2004, p. 195-196.

57 *Kamerstukken II* 1980/81, 16817, nr. 3, p. 9-10.

58 Hamilton 1990, p. 257.

59 *Stb.* 1982, 702.

60 *Stb.* 1999, 16.

61 Art. 44 lid 3 (*Stb.* 1991, 584).

62 Sijmons 2006, p. 114-127; De Groot 2011, p. 143.

te beheersen achtte de regering verdere regulering van de organisatie en financiering van de gezondheidszorg noodzakelijk. Zij ging daarom in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw over tot centrale planning en regulering van het zorgaanbod en verdergaande regulering van de voor dat aanbod te betalen prijs. Een evenwichtig stelsel van tarieven zou eveneens de doelmatigheid en kostenbeheersing moeten bevorderen.⁶³

De Wet ziekenhuisvoorzieningen van 1971 (WZV)⁶⁴ voorzag in de regulering van de bouw van zorginstellingen en de planning van de ziekenhuiscapaciteit en de topklinische zorg.⁶⁵ Bij Wet van 2 december 1982⁶⁶ werd vervolgens een erkenningsregeling voor instellingen in de Zfw opgenomen. Alleen door de Ziekenfondsraad toegelaten of erkende instellingen mochten nog verstrekkingen verlenen die ingevolge de Zfw vergoed werden.⁶⁷ Art. 8a Zfw maakte het wel mogelijk dat een categorie instellingen bij amvb erkend werd. Voor deze instellingen kon ook worden bepaald dat de voor ziekenfondsen geldende contracteerplicht niet van toepassing was.⁶⁸ Bij besluit van 1 februari 1985⁶⁹ werden diverse categorieën instellingen erkend, niet zijnde ziekenhuizen, waaronder instellingen voor genees- en heelkundige hulp, huisartsenzorg, kunst en hulpmiddelen en paramedische-, verloskundige- en tandheelkundige hulp.

Door de voor ziekenfondsen geldende contracteerplicht waren de meeste toegelaten instellingen vervolgens verzekerd van medewerkersovereenkomsten met ziekenfondsen. Op deze manier werd van overheidswege niet alleen bepaald dat instellingen recht hadden op een medewerkerscontract met een ziekenfonds, maar werd ook nader bepaald welke instellingen onder welke voorwaarden daar recht op hadden.⁷⁰ Hiernaast reguleerde de overheid het zorgaanbod al op indirecte wijze door middel van de regeling van de opleidingscapaciteit voor medische beroepen, de beroepenwetgeving en het vestigingsbeleid voor beroepsbeoefenaren zoals huisartsen.⁷¹

Voor individuele beroepsbeoefenaren gold aanvankelijk dat zij verzekerd waren van een medewerkerscontract met een ziekenfonds, indien zij zich eenmaal als individuele beroepsbeoefenaar gevestigd hadden. Wel werd bij de invoering van de Wet tarieven gezondheidszorg in art. 47 lid 3

63 Zie nader over de doelstellingen van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG): De Groot 1998, p. 26-33. Zie over de doelstellingen van de Wet ziekenhuisvoorzieningen en eerdere regulering van de ziekenhuisbouw: Sijmons 2006, p. 116 e.v.; Hubben & Van Zenderen 2002. Zie voor een analyse van de gezondheidszorg en plannen voor herstructurering daarvan ook *Kamerstukken II 1973/74*, 13012, nr. 2 (*Structuurnota Gezondheidszorg*).

64 *Stb.* 1971, 268.

65 De regulering van topklinische zorg is later overgeheveld naar de Wet bijzondere medische verrichtingen (Wbmv), *Stb.* 1997, 515. Zie over de Wbmv kort in 1.2.4.

66 *Stb.* 1982, 702.

67 Art. 8a en 8c Zfw (*Stb.* 1982, 702).

68 Art. 8a lid 2 jo. 47 lid 2 Zfw (*Stb.* 1982, 702).

69 *Stb.* 1985, 84.

70 Blondeau, Hermans & Hendriks 2011, p. 12.

71 Sijmons 2006, p. 145; *Kamerstukken II 1989/90*, 21357, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II 2004/05*, 30186, nr. 3, p. 9.

Zfw de mogelijkheid geschapen dat aan ziekenfondsen ontheffing kon worden verleend van de plicht om met iedere beroepsbeoefenaar van een bepaalde categorie een overeenkomst aan te gaan als een nader te bepalen contractuele dekkinggraad was bereikt.⁷² In 1982 werden ziekenfondsen ontheven van de contracteerplicht met fysiotherapeuten als zij ten minste één fysiotherapeut per 3000 inwoners gecontracteerd hadden.⁷³ Vanaf 1984 bestond ook ten aanzien van tandartsen een ontheffing van de contracteerplichting als een ziekenfonds ten minste één tandarts per 3250 inwoners gecontracteerd had.⁷⁴

De regulering van de tarieven werd in 1982 uitgebreid met de invoering van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG).⁷⁵ De WTG bevatte een overlegmodel dat vergelijkbaar was met dat in de Zfw. Representatieve organisaties van ziekenfondsen en zorgaanbieders konden onderhandelen over het tarief en de uitkomst van hun overleg ter goedkeuring voorleggen aan het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG). Het COTG kon ook zelf tarieven vaststellen. Het tarief maakte vervolgens deel uit van de medewerkersovereenkomst.⁷⁶

Het samenstel van de Zfw, WTG en WZV vormde zo een ‘gesloten systeem’ van aanbodsturing, waarmee de overheid het macrobudget voor de zorg kon begrenzen.⁷⁷ Hubben en Van Zenderen omschreven dit systeem samengevat als volgt: ‘de WZV wijst’, ‘de WTG prijst’ en de Zfw ‘betaalt’.⁷⁸

1.2.3 Naar vraagsturing en gereguleerde marktwerking

Een nieuwe fase⁷⁹ in het denken over de regulering van de gezondheidszorg brak aan omstreeks 1987, met de publicatie van het rapport *Bereidheid tot verandering* van de Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg (Commissie Dekker).⁸⁰ De centrale aanbodsturing door middel van vergaande regulering zou verzekeraars en zorgaanbieders niet tot doelmatig gedrag stimuleren. De regulering leidde er onder andere toe dat het systeem niet goed kon inspelen op nieuwe gezondheidsproblemen

72 *Stb.* 1980, 646. De ontheffingsmogelijkheid kon ook worden toegepast op categorieën instellingen.

73 Besluit Ontheffing Overeenkomsten Ziekenfondsen *Stcrt.* 1982, 26.

74 Besluit van de Staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 23 januari 1984, *Stcrt.* 1984, 21. Zie hierover nader o.a. Hamilton 1990, par. 2.1; MDW-werkgroep 1997, p. 27, 47.

75 *Stb.* 1980, 646.

76 Art. 45 lid 1 sub b Zfw werd dienovereenkomstig aangepast. Hamilton 1990, par. 1.2; De Groot 1998, p. 171 e.v.

77 *Kamerstukken I* 2004/05, 28994, 29379, 27659, nr. D, p. 57; *Kamerstukken II* 2004/04, 27659, nr. 16, p. 6-7; Meulemans & Sijmons 2005, p. 65, 78; De Groot 2004, p. 185.

78 Hubben & Van Zenderen 2002, p. 16-17. Vgl. ook Sijmons 2006, p. 38.

79 Zie over de ‘drie fasen in de ontwikkeling van zorgstelsels’ kort: De Groot 2011, p. 144 en de daar genoemde bronnen.

80 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987.

en stimuleerde niet tot substitutie of zorgvernieuwing.⁸¹ Ondertussen was er sprake van een steeds krappere aanbod, uitmondend in wachtlijsten, dat niet meer beantwoordde aan de vraag van de zorgconsument en was sprake van immer stijgende kosten. Ook kende de gezondheidszorg een verbrokkelde financieringsstructuur door de verscheidene naast elkaar bestaande verzekeringsvormen.⁸² De oplossing werd in het rapport van de Commissie Dekker, in bestuurlijke nota's, onderzoeksrapporten en bij de diverse wetwijzigingen gezocht in een wijziging van de sturing in de zorg door de introductie van marktwerking en het tot stand brengen van een eenvormig verzekeringsstelsel voor alle inwoners.⁸³

De gedachte was dat als burgers, zorgaanbieders en zorgverzekeraars meer vrijheden en verantwoordelijkheden zouden krijgen, hen dat zou aanmoedigen doelmatig om te gaan met de gezondheidszorg.⁸⁴ In plaats van centrale aanbodsturing door de overheid zou in toenemende mate de zorgvraag van de consument – middels de voor hem inkopende verzekeraar – het zorgaanbod moeten bepalen; er zou sprake moeten zijn van 'vraagsturing'.⁸⁵ Zorgverzekeraars zouden met elkaar moeten concurreren om de gunst van de consument, die jaarlijks van verzekeraar mag wisselen. Verzekeraars zouden zich door doelmatige inkoop van elkaar moeten onderscheiden, hetgeen de concurrentie tussen zorgaanbieders zou moeten versterken. De zorgverzekeraar dient in het nieuwe stelsel een centrale rol te vervullen, die door de regering, in het licht van de doelstelling van de Zvw, als volgt wordt omschreven in de memorie van toelichting bij de Zvw.

'In de visie van de regering gaat het bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet echter niet louter om een schadeverzekering. Het doel van de Zorgverzekeringswet is immers niet alleen maar er voor te zorgen dat iedere ingezetene een ziektekostenverzekering heeft die de kosten dekt wanneer hij medische zorg heeft genoten. Doel is ook om voor de gehele bevolking tegen acceptabele voorwaarden de feitelijke toegang tot de noodzakelijke zorg te bewerkstelligen.

-
- 81 Hiermee wordt bedoeld op het op de gewenste plaats en door de gewenste aanbieder verlenen van zorg, die voorheen op een minder gewenste plaats werd verleend. Blondeau, Hermans & Hendriks 2011, p. 9. Te denken valt aan de verschuiving van tweede- naar eerstelijnszorg en van ziekenhuisopname naar poliklinische behandeling; Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987, p. 9-10, 39.
- 82 Zie Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987 en – met het accent meer op het belang van vraagsturing – later ook de nota *Vraag aan bod*, *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2, p. 3-4.
- 83 O.a. Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987; *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nr. 28 (Nota *Verandering verzekerd*), p. 5; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2 (*Vraag aan bod*), p. 4; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2, 8-9. Zie over (de omarming van) het marktdenken in de zorg onder andere: Sijmons 2011, p. 20 e.v.; de Groot 2005, par. 3; De Groot 2004, par. 2, noot 12 en de door hen genoemde bronnen.
- 84 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2-4; Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987, p. 9; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2 (*Vraag aan bod*), p. 19, 34, 36.
- 85 Zie nader en kritisch over de overgang naar vraagsturing Van der Most 2003.

Beoogd is daarom een type verzekeraar die de door de regering gewenste rol in het model van gereguleerde concurrentie vervult, dat wil zeggen dat hij optreedt als doelmatige, klantgerichte regisseur van de zorg.⁸⁶

Deze regierol kon de zorgverzekeraar in het oude stelsel niet goed vervullen. Een ziekenfonds kon een overeenkomst met een zorgaanbieder alleen weigeren indien sprake was van ernstige bezwaren.⁸⁷ Door de contracteerplicht was de financiering van het bestaande zorgaanbod voor het merendeel van de zorg gegarandeerd, zonder dat zorgverzekeraars veel invloed uit konden oefenen op de kwaliteit en doelmatigheid van de zorgverlening.⁸⁸ De verhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbidders zou hierdoor niet evenwichtig zijn.⁸⁹ Daarnaast beperkte de regulering van tarieven en aanbod de concurrentiemogelijkheden van zorgaanbidders.⁹⁰ De regering ging ervan uit dat de afbouw van aanbodregulering zorgverzekeraars in staat zou stellen en zou stimuleren de rol van doelmatige klantgerichte regisseurs van de zorg op zich te nemen. De veronderstelling was dat met een afbouw van regelgeving niet alleen onderhandelingsruimte zou ontstaan in de rechtsverhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder ten aanzien van prijs, inhoud en organisatie van zorg, maar dat daarmee tevens de positie van de zorgverzekeraar versterkt zou worden.⁹¹ Zorgverzekeraars zouden ‘hogere eisen [...] gaan stellen aan hun contracten met zorgaanbidders, zowel kwalitatief als financieel,’ aldus de memorie van toelichting bij de Zvw.⁹² Aanbidders zouden rekening moeten houden met de wensen van verzekeraars, omdat zij niet langer verzekerd zijn van een overeenkomst met de zorgverzekeraars, maar die overeenkomst(en) voor hun voortbestaan wel nodig hebben.⁹³

Beoogd is evenwel niet de regelgeving geheel af te bouwen en de organisatie en financiering van de gezondheidszorg geheel aan de markt te laten. Directe regulering van het zorgaanbod moest geleidelijk aan worden afgebouwd en worden vervangen door regulering van de markten ‘waarop verzekerden/zorgvragers, zorgverzekeraars en zorgaanbidders elkaar ontmoeten.’ De overheid zou in het stelsel van gereguleerde marktwerking steeds meer optreden als ‘kadersteller en toezichthouder.’⁹⁴ Als eind- of systeemverantwoordelijke voor de behartiging van de publieke belangen

86 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 25. Zie ook p. 4-5, 9.

87 Art. 47 Zfw.

88 Hamilton 1990, par. 2.2.

89 *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124b (MvA), p. 10.

90 Zie hierover ook Ziekenfondsraad 1995.

91 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124b (MvA), p. 10; *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 3.

92 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 5. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1990/91, 21357, nr. 8, p. 17.

93 *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 3; *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nrs. 27-28 (Nota *Verandering verzekerd*), p. 24.

94 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 8.

van toegankelijke, betaalbare en kwalitatief goede zorg zou de overheid in dit nieuwe systeem nog wel de (sociale) randvoorwaarden voor het functioneren van de markt bepalen en waar nodig regulerend en toezichthoudend optreden.⁹⁵

Anders dan in bijvoorbeeld de nutssectoren het geval was, werd het stimuleren van marktwerking in de curatieve zorg niet voorgeschreven door regelgeving van de Europese Unie. De verhouding tot het Europees recht was wel een belangrijk aandachtspunt bij het ontwerpen van het nieuwe stelsel voor organisatie en financiering van curatieve zorg.⁹⁶ Hoewel de Europese Unie de bevoegdheid van de lidstaten dient te eerbiedigen om zelfstandig de inrichting van het zorg- en zorgverzekeringsstelsel te bepalen,⁹⁷ moeten de lidstaten zich bij de organisatie en financiering van de nationale gezondheidszorg wel houden aan de algemene primaire en secundaire Europeesrechtelijke regels, waaronder de bepalingen inzake het vrij verkeer, de richtlijn Solvabiliteit II,⁹⁸ de mededingings- en staatssteunregels en de aanbestedingsregels.⁹⁹

-
- 95 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 3, 5; Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987, p. 32-33; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2 (Nota *Vraag aan bod*), p. 19, 20, 22; *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nrs. 27-28 (Nota *Verandering verzekerd*), p. 5-10, 75; *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 3-5. Zie ook De Groot 2004, p. 144, 185, 186; Blondeau, Hermans & Hendriks 2011, p. 8-9; Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht* (MM SBR) 2018, p. 65-67.
- 96 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 21-24; Brief van EU-commissaris voor de interne markt Bolkestein aan minister van VWS Hoogervorst, Brussel, 25 november 2003 kenmerk CAB/PvB/D(03)0848, waarover *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 23-24; Europese Commissie 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162; ICER 2001; Drijber & De Groot 2002; Van de Gronden 2004, p. 18-32; Van Veen & Hamilton 2005; De Groot 2011, p. 145-146.
- 97 Art. 168 lid 7 VWEU HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet et Pistre*), r.o. 6. De Unie heeft wel een aanvullende, coördinerende en ondersteunende rol bij onder meer de verbetering en bescherming van de volksgezondheid en het bevorderen van onderzoek. Art. 2 lid 5 jo. 6 sub a jo. 168 lid 1-3 en 5 VWEU. Zie voor uitzonderingen art. 168 lid 4 VWEU. Zie o.a. de Richtlijn patiëntenrechten, 2011/24/EU, *PbEU* 2011, L 88/45, geïmplementeerd per 1 januari 2018 door middel van de wet Wijziging van de Zorgverzekeringswet, de Wet marktordening gezondheidszorg en de Wet financiering sociale verzekeringen in verband met grensoverschrijdende zorg, *Stb.* 2017, 99.
- 98 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (*PbEU* 2009, L 335).
- 99 Zie over het aanbestedingsrecht nader 1.3.4.3 en hoofdstuk 3. Zie over het mededingingsrecht 1.4.1 en 2.3, 4.2.3 en 7.9. Zie verder nader over de betekenis van het Europese recht voor de vormgeving van het Nederlandse zorgstelsel o.a.: Van de Gronden 2004; Sauter 2011; Van de Gronden & Sluijs 2009; Wiggers 2013; Hendriks, *GJ* 2020/108; Reuder 2020; Van de Gronden 2021.

1.2.4 Uitwerking: marktwerking in een publiekrechtelijk kader

Om zorgverzekeraars hun regierol te laten vervullen, te bevorderen dat zorgverzekeraars zich van elkaar onderscheiden bij de zorginkoop en concurrentie tussen zorgaanbieders te stimuleren, diende volgens de regering de contractsvrijheid in de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder te worden vergroot.¹⁰⁰ Zoals uit het navolgende zal blijken, betekent de omarming van marktwerking als sturingsmechanisme niet dat sprake is van een afname van regelgeving die de zorginkoopovereenkomst raakt. Er is in het afgelopen decennium nieuwe regelgeving bijgekomen en bestaande regelgeving is verder gedetailleerd, om marktwerking te faciliteren en het toezicht van de NZa nader in te vullen.¹⁰¹ Ik bespreek in deze paragraaf kort het huidige regelgevende kader rondom zorginkoop en de voornaamste wetswijzigingen in aanloop daar naartoe.

Private uitvoering zorgverzekering: Zvw

Het eenvormige verzekeringsstelsel zoals opgenomen in de per 1 januari 2006 ingevoerde Zvw is zowel een doel op zichzelf als een middel ter bevordering van marktwerking in het stelsel.¹⁰² Met de Zvw is één homogene markt voor zorgverzekeringen ontstaan.¹⁰³ De zorgverzekering wordt uitgevoerd door private schadeverzekeraars,¹⁰⁴ die met elkaar zouden moeten concurreren. Art. 122 Zvw merkt zorgverzekeraars aan als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet (Mw), voor zover ze niet als ondernemingen zijn aan te merken in de zin van art. 81 EG-Verdrag (thans art. 101 VWEU).¹⁰⁵ De zorgverzekering is een verplichte privaatrechtelijke verzekering.¹⁰⁶ Met de verzekeringsplicht, acceptatieplicht en risicoverevening is beoogd alle burgers toegang tot de bij en krachtens de Zvw geregelde zorg te geven. Zorgverzekeraars kunnen zich ten opzichte van verzekerden van elkaar onderscheiden met de hoogte van de nominale premie, het vrijwil-

100 *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 2-4.

101 Zie ook, gericht op het gehele verzekeringsstelsel: De Groot 2015; Rijken 2017.

102 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, nr. 7, p. 3-4.

103 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2-3, 9.

104 Art. 1 sub a en b Zvw.

105 De Europese Commissie merkte zorgverzekeraars aan als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht in de staatssteunbeschikking over het Nederlandse risicovereveningssysteem van 3 mei 2005: EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, r.o. 3.1. Zie nader over de vraag of zorgverzekeraars en zorgaanbieders als ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht moeten worden aangemerkt o.a.: ACM, Richtsnoeren voor de zorgsector 2010, randnr. 61-66; Houdijk 2009, p. 538-563 en 577-579; Van de Gronden en Sluijs 2009, p. 148-156. Zie voorts, naar aanleiding van HvJ 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, ECLI:EU:C:2020:450 (*Commissie/Dôvera*) o.a. Hendriks, *GJ* 2020/108 en Reuder 2020.

106 Zie over het onderscheid tussen de verplichte privaatrechtelijke verzekering, de verplichte publiekrechtelijke verzekering en de vrijwillige privaatrechtelijke verzekering Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 684.

lige eigen risico en collectiviteitskortingen, de invulling van de verzekerde prestaties en de inkoop van zorg. Bij en krachtens de Zvw is nog wel de zorg omschreven die tot het verzekerde pakket behoort, maar niet door welke zorgaanbieder deze moet worden verleend.

Hoofdstuk 4 van de Zvw bevat algemene bepalingen voor zorgverzekeraars, over de aanmelding bij de NZa, de statuten van zorgverzekeraars en hun werkgebied. Op grond van art. 28 lid 2 Zvw moeten de statuten van de zorgverzekeraar waarborgen bieden voor een redelijke mate van invloed van de verzekerden op het beleid. Sinds 1 januari 2021 is dit vereiste nader geconcretiseerd, teneinde de invloed van verzekerden op het beleid van zorgverzekeraars te versterken ten behoeve van meer evenwicht in het zorgstelsel.¹⁰⁷ Art. 28a lid 2 sub a Zvw verplicht zorgverzekeraars sindsdien om te voorzien in een inspraakregeling voor de in die regeling aangewezen onderdelen van het zorginkoopbeleid en art. 28c lid 1 Zvw verplicht zorgverzekeraars om een permanente vertegenwoordiging van verzekerden in de gelegenheid te stellen om advies uit te brengen over de vaststelling, wijziging of intrekking van het jaarlijkse zorginkoopbeleid.¹⁰⁸ Hoofdstuk 5 en 6 van de Zvw voorzien onder meer in oprichting van het Zorginstituut Nederland (ZiN), dat onder andere tot taak heeft een eenduidige uitleg van de aard, inhoud en omvang van de in de Zvw geregelde te verzekeren prestaties te bevorderen (art. 64 Zvw), kwaliteitsstandaarden en meetinstrumenten voor de zorg te registreren (art. 11a-11j Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz)). Ook het financieel beheer van het Zorgverzekeringsfonds (art. 40 Zvw) en de uitkering van vereveningsbijdragen aan zorgverzekeraars (art. 32 Zvw) behoren tot de taken van het ZiN. In hoofdstuk 5 Zvw is verder de inkomensafhankelijke bijdrage geregeld. Hoofdstuk 7 van de Zvw en de Regeling zorgverzekering bevatten bepalingen over gegevensverstrekking van onder andere zorgaanbieders aan zorgverzekeraars en over de wijze waarop zorgverzekeraars controles op de rechtmatigheid en doelmatigheid van declaraties en fraudeonderzoek mogen verrichten.¹⁰⁹

De Wet beperking contracteerplicht¹¹⁰ schafte al in 1992 de in de Zfw opgenomen contracteerplicht en omgekeerde contracteerplicht voor ziekenfondsen en vrije beroepsbeoefenaren af. Ziekenfondsen moesten wel nog steeds overeenkomsten sluiten met beroepsbeoefenaren om aan hun verstrekkingenplicht jegens verzekerden te voldoen,¹¹¹ maar ze hoefden niet meer met iedere individuele beroepsbeoefenaar een overeenkomst te sluiten. In de praktijk bleek het aanbod echter veelal nog nog te krap

107 *Kamerstukken II* 2017/18, 34971, nr. 3, p. 1.

108 De wijziging van art. 28 lid 2 en invoering van art. 28a t/m 28c Zvw zijn ingevoerd bij de Wet tot wijziging van de Zorgverzekeringswet in verband met versterking van de invloed van verzekerden op de zorgverzekeraar, *Stb.* 2020, 95 (*Kamerstukken* 34971).

109 Zie nader 8.2; Ekelmans 2020.

110 Wet van 20 november 1991, *Stb.* 1991, 584.

111 Art. 9 en 44 lid 1 Zfw.

om selectief te contracteren.¹¹² De Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (WHOZ)¹¹³ schafte per 1 februari 2005 het stelsel van uitkomsten van overleg en modelovereenkomsten in de Zfw af en creëerde de mogelijkheid om bij amvb de contracteerplicht van ziekenfondsen ten aanzien van categorieën instellingen of vormen van zorg af te schaffen.¹¹⁴

Zorgverzekeraars zijn op grond van de Zvw niet langer verplicht tot het sluiten van overeenkomsten ter voldoening van hun prestaties jegens verzekerden. Zij hebben op grond van art. 11 lid 1 Zvw de keuze tussen verstrekking van zorg (zorg in natura) en restitutie van gemaakte kosten met desgevraagd zorgbemiddeling.¹¹⁵ Wel beperkt art. 13 lid 1 Zvw de (contract)vrijheid van de zorgverzekeraar die er ten behoeve van het aanbieden van naturapolissen voor kiest overeenkomsten met zorgaanbieders te sluiten, doordat de zorgverzekeraar op grond van deze bepaling ook een deel van de kosten aan de verzekerde moet vergoeden voor zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.¹¹⁶ Op grond van art. 12 lid 1 Zvw kan de regering ter bescherming van het algemeen belang bij amvb zorg of diensten aanwijzen die zorgverzekeraars alleen mogen verstrekken of vergoeden als daar een overeenkomst aan ten grondslag ligt. Het tweede en het derde lid van art. 12 Zvw bieden de mogelijkheid bij amvb voor categorieën zorg een contracteerplicht en omgekeerde contracteerplicht op te leggen aan respectievelijk zorgverzekeraars en instellingen.¹¹⁷ Deze mogelijkheden heeft de regering tot nog toe niet benut.

Wtzi en Wtza

In januari 2006 werd de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi) ingevoerd.¹¹⁸ De Wtzi verving de WZV. De wet bood mogelijkheden om de aanbodregulering verder af te bouwen en voorzag onder meer in een toelatingsregeling die de voormalige erkenningsregeling uit de Zfw verving.¹¹⁹ De Wtzi

112 Meulemans & Sijmons 2005, par. 2. Zie nader over de opheffing van de contracteerplicht o.a. Hamilton 1990 en 2002; De Groot, *GJ* 2005/89; Ziekenfondsraad 1995.

113 *Stb.* 2005, 27.

114 Zie nader De Groot 2004, p. 184, 190; Meulemans & Sijmons 2005, par. 3; *Kamerstukken* 2002/03-2004/05, 28994; *Kamerstukken I* 2004/05, 28994 enz. D; *Kamerstukken II* 2004/04, 27659, nr. 16, p. 6-12.

115 Art. 11 lid 1 Zvw. De verzekerde die verpleging en verzorging zonder verblijf behoeft, dient daarnaast op grond van art. 13a Zvw onder voorwaarden in aanmerking te komen voor een persoonsgebonden budget. Zie nader over de verplichtingen van de zorgverzekeraar op grond van art. 11 lid 1 Zvw en over de termen ‘natura’ en ‘restitutie’ 1.5.5, 2.2.2.2 en 2.2.3.

116 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *NJ* 2015/83, m.nt. J. Legemaate (*CZ/Momentum*); HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, *NJ* 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*); HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789, *RvdW* 2023/1, *GJ* 2023/10, m.nt. J.G. Sijmons (*VGZ & Menzis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*). Zie kort nader 2.2.2.3.

117 Zie voor het begrip ‘instelling’ art. 1 sub m Zvw. Zie over art. 12 Zvw kort nader 4.2.1.1.

118 Zie nader over aanbodregulering en de Wtzi o.a. Sijmons 2006 en Linders 2009.

119 Zo is per 1 januari 2008 het bouwregime voor ziekenhuizen komen te vervallen op grond waarvan voor de bouw van een instelling een vergunning vereist was van het College bouw zorginstellingen. Zie het besluit van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 461.

reguleerde net als de WZV het aanbieden van zorg waarop aanspraak bestond ingevolge – thans – de Zvw. Van belang was of een instelling zorg wilde verlenen die bij en krachtens de Zvw voor vergoeding in aanmerking kwam, niet of de betreffende instelling daarvoor een contract met een zorgverzekeraar wilde sluiten. Net als op grond van de erkenningsregeling in de Zfw het geval was, moesten instellingen die tot een bij amvb aangewezen categorie behoorden een toelating hebben van de minister van VWS voor de verlening van zorg waarop ingevolge de Zvw aanspraak bestaat.¹²⁰ In het Uitvoeringsbesluit Wtzi waren als toelatingsplichtige instellingen onder andere instellingen voor medisch-specialistische zorg, huisartsenzorg, het verstrekken van hulpmiddelen en het verlenen van farmaceutische zorg aangewezen.¹²¹ Per 1 januari 2022 is de Wtzi grotendeels vervangen door de Wet toetreding zorgaanbieders.¹²² De wet voorziet onder andere in een meldplicht voor alle zorgaanbieders die zorg zoals bedoeld in de Wkkgz willen gaan verlenen of laten verlenen (art. 2 Wtza) en een vergunningsplicht voor aanbieders van medisch-specialistische zorg en aanbieders die Zvw zorg (doen) verlenen met meer dan tien zorgverleners (art. 4-7 Wtza).¹²³ De vergunningsregeling is in de plaats gekomen van de toelatingsregeling in de Wtzi. De verlening van een vergunning op grond van de Wtza is, anders dan onder de Wtzi, ook afhankelijk van het voldoen aan wettelijke eisen ten aanzien van de kwaliteit van zorg en rechtmatig declareren.¹²⁴

WTG en WTG ExPres

Met betrekking tot de tarieven voorzag de Wet beperking contracteerplicht in een wijziging van de WTG, waardoor voor bij amvb aan te wijzen categorieën van prestaties maximumtarieven konden worden vastgesteld, in plaats van voordien geldende ‘punttarieven’.¹²⁵ Ziekenfondsen en zorgverzekeraars konden lagere tarieven afspreken dan de maximumtarieven die door het COTG waren goedgekeurd of vastgesteld.¹²⁶ Met de

120 Art. 5 lid 1 Wtzi. Zie ook *Kamerstukken II 2004/05*, 30245, nr. 3, p. 1: ‘Het toelaten van instellingen in het nieuwe zorgstelsel is het verlenen van een recht om verzekerde zorg te mogen leveren.’

121 Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen, *Stb.* 2005, 575. Laatstelijk gewijzigd bij besluit van 17 maart 2021, *Stb.* 2021, 157.

122 Wet van 10 juni 2020, houdende regels in verband met de uitbreiding van het toezicht op nieuwe zorgaanbieders (Wet toetreding zorgaanbieders), *Stb.* 2020, 180, inwerkingtreding *Stb.* 2021, 344 (*Kamerstukken 34767*). Tegelijk met de Wtza trad de Aanpassingswet Wtza in werking (*Stb.* 2020, 181, inwerkingtreding *Stb.* 2021, 344, *Kamerstukken 34768*).

123 De vergunningsplicht geldt eveneens voor aanbieders met meer dan tien zorgverleners die zorg in de zin van de Wet langdurige zorg willen verlenen.

124 Zie art. 5 lid 2 Wtza. Zie nader over de Wtza o.a. Amersfoort, in: *T&C Gezondheidsrecht*, Wtza, aanhef, inleidende opmerkingen (online, bijgewerkt 01-01-2022).

125 Art. 17a WTG.

126 *Kamerstukken II 1989/90*, 21357, nr. 3, p. 3; De Groot 1998, p. 24-25.

WTG ExPres¹²⁷ werden met ingang van 1 februari 2005 aanpassingen in de WTG doorgevoerd die een nieuw bekostigingsstelsel voor de medisch-specialistische zorg mogelijk maakte, de zogenaamde prestatiebekostiging, die in de plaats zou moeten komen van de functiegerichte budgettering van ziekenhuizen en de zogenaamde lumpsumfinanciering van medisch specialisten.¹²⁸ Ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra (ZBC's) zouden met ziekenfondsen – later zorgverzekeraars – moeten onderhandelen over de prijs voor een diagnose-behandelcombinatie (DBC).¹²⁹ De aanvankelijk 30.000 DBC's zijn in 2012 vervangen door ongeveer 4.300 zorgproducten (de DOT-systematiek: DBC's op weg naar transparantie).¹³⁰ Voor een deel daarvan bepaalt de NZa nog steeds de (maximum)tarieven.¹³¹

Wmg

De WTG is per 1 oktober 2006 vervangen door de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).¹³² Met deze wet is beoogd marktwerking in het Nederlandse zorgstelsel op gang te brengen en te houden, waar nodig te reguleren en informatieverschaffing aan consumenten te bevorderen.¹³³ Anders dan voorheen ligt het streven in het op gereguleerde marktwerking gebaseerde beleid niet alleen op het ordenen van de markten op het gebied van de gezondheidszorg, maar ook op de ontwikkeling daarvan.

De Wmg voorziet in oprichting van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).¹³⁴ De wetgever acht de bevoegdheden van de NZa noodzakelijk ten behoeve van een 'doelmatig en doeltreffend stelsel van de zorg en de beheersing van de kostenontwikkeling van de zorg.'¹³⁵ De NZa is onder andere belast met markttoezicht en marktontwikkeling op de zorgverzekerings-, zorgverlenings- en zorginkoopmarkt, tarief- en prestatieregulering, toezicht op de rechtmatige uitoefening door zorgverzekeraars van de Zvw en het adviseren van de minister van VWS over ontwikkelingen in de zorg en het te voeren beleid.¹³⁶ Bij lagere regelgeving en beleidsregels heeft de NZa aangegeven hoe ze invulling geeft aan haar toezichthoudende taak,

127 Wet van 9 december 2004, tot wijziging van de WTG in verband met experimenten, prestatiebekostiging en enige andere maatregelen, *Stb.* 2005, 24, inwerkingtreding 1 februari 2005.

128 Zie nader over de WTG ExPres o.a. Debets & Schroten 2005; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 787-789.

129 Zie over het begrip DBC nader 7.4.

130 Zie daarover De Groot 2004, p. 186-187; Gelpke & Koelewijn 2011, p. 392 e.v.

131 Zie kort nader 7.7.1.1.

132 *Stb.* 2006, 415, nadien gewijzigd; Zie nader over de Wmg o.a. Leenen/Gevers e.a. 2020, hoofdstuk 11.

133 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 4, 28, 67-68. Vgl. ook de considerans bij de wet.

134 Art. 3 Wmg. Het College van toezicht op de zorgverzekeringen en het College tarieven gezondheidszorg zijn in de NZa opgegaan.

135 Considerans bij de Wmg.

136 Art. 16 Wmg, 25 Zvw. Zie nader o.a. Wiggers 2013, p. 27 en par. 4.3; Meijer 2006, p. 183; Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 11.2.4.

onder andere voor wat betreft de controles door zorgverzekeraars van door zorgaanbieders ingediende declaraties en de uitvoering door zorgverzekeraars van de in voornoemd art. 11 Zvw opgenomen ‘zorgplicht’.¹³⁷ Nieuw in de Wmg ten opzichte van de WTG zijn bevoegdheden op grond waarvan de NZa indien nodig kan ingrijpen in de contactuele rechtsverhouding tussen verzekeraar en zorgaanbieder. Op grond van art. 45 Wmg heeft de NZa de bevoegdheid, ‘met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten, de bevordering van de concurrentie, of de tijdige signalering van risico’s voor de continuïteit’ van bij amvb aangewezen zorg, regels te stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten. In 2016 trad de eerste regeling op grond van art. 45 Wmg in werking die betrekking heeft op zorginkoopovereenkomsten: de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw.¹³⁸ Daarnaast kan de NZa op grond van art. 48 en 49 Wmg in een concrete situatie door middel van het nemen van maatregelen ingrijpen in de (pre-)contractuele rechtsverhouding tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder als een van hen over aanmerkelijke marktmacht beschikt. De NZa kan de betreffende zorgverzekeraar of zorgaanbieder bijvoorbeeld verplichten om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van de wederpartij tot het sluiten van een zorginkoopovereenkomst.¹³⁹ Art. 3 lid 4 bepaalt dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang vooropstelt.¹⁴⁰

Hoewel het uitgangspunt van de Wmg is dat de tarief- en prestatieregulering, waar de markt dat toestaat, wordt afgebouwd,¹⁴¹ reguleert de NZa nog steeds diverse tarieven en prestaties en heeft ze ook diverse regels voor het declaratieproces gegeven.¹⁴²

Macrobeheersing van de zorguitgaven, akkoorden

Belangrijk is daarnaast dat de regering in de toelichting op de rijksbegroting nog steeds het Uitgavenplafond Zorg (voorheen Budgettair Kader Zorg (BKZ)) vaststelt per (deel)sector voor zorg die onder de Zvw valt en dus deels collectief gefinancierd wordt. De overheid tracht de macrokosten voor gezondheidszorg te beheersen. De NZa kan de berekening van tarieven voor zorgprestaties afhankelijk maken van het voor een bepaald jaar vastgestelde Uitgavenplafond. Ook kan de NZa, op aanwijzing van de minister,

137 Nadere regel Controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006), waarover nader 8.2.6; Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (TH/NR-025). Zie over de zorgplicht 2.2.3.

138 TH/NR-005. Deze regeling is per 1 januari 2022 vervangen door de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, *Stcrt.* 2021, 50760, kenmerk TH/NR-021. Zie over deze regeling 4.2.2.

139 Art. 48 lid 1 sub e Wmg. Zie nader 2.4.

140 Zie nader kort 2.4.2.1.

141 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, in het bijzonder p. 67.

142 Zie nader 7.4, 7.7-7.8.

sinds de wijziging van de Wmg met de Wet aanvulling instrumenten bekostiging Wmg per 1 januari 2012, met toepassing van het ‘macro-beheersingsinstrument’ overschrijdingen van het Uitgavenplafond Zorg verhalen op zorgaanbieders, ook als de tarieven vrij waren voor de zorg die zij leverden.¹⁴³ Daarnaast worden sinds 2010 (meer)jaarlijks onderhandelaarsakkoorden (ook wel hoofdlijnenakkoorden, bestuurlijke akkoorden of convenanten) gesloten tussen de minister, brancheorganisaties voor zorgaanbieders en de brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland, waarin zij afspraken maken over de voor de sector beschikbare financiële groeiruimte, de inzet van het macrobeheersingsinstrument en organisatorische en zorginhoudelijke onderwerpen. Deze akkoorden zijn van invloed op onderhandelingen tussen afzonderlijke zorgverzekeraars en zorgaanbieders.¹⁴⁴ In bestuurlijke akkoorden komen dikwijls ook bepalingen voor die het contracteerbeleid van de zorgverzekeraar, de zorginkoopprocedure en/of de opstelling van zorgverzekeraars jegens zorgaanbieders en vice versa betreffen. Zo bepaalde het Bestuurlijk Akkoord GGZ 2014-2017 dat bij de contractering ‘een gelijk speelveld tussen zorgaanbieders’ uitgangspunt is en dat gelijkwaardige aanbieders gelijke toegang dienen te hebben tot de verdeling van middelen.¹⁴⁵ In het Bestuurlijk Akkoord GGZ 2019-2022 committeren partijen zich eraan het aandeel ongecontracteerde zorg te laten dalen.¹⁴⁶

Een volgende stap in het sturen op basis van akkoorden is gezet met het op 16 september 2022 door diverse brancheorganisaties voor zorgaanbieders, Patiëntenfederatie Nederland, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Zorgverzekeraars Nederland en het ministerie van VWS ondertekende Integraal Zorgakkoord 2022 (IZA).¹⁴⁷ In het akkoord hebben partijen afspraken gemaakt over diverse thema’s, waaronder passende zorg, regionale samenwerking, versterking van de eerstelijnszorg en preventie, om de (met name curatieve) zorg toegankelijk, van goede kwaliteit en betaalbaar te houden. Ook aan de contractering is in het IZA een hoofdstuk gewijd. In dit hoofdstuk is onder meer vermeld dat concurrentiële inkoop van zorg en individuele contractering het uitgangspunt van het zorgstelsel blijft, maar zorgverzekeraars en zorgaanbieders spreken ook af bij ‘impact-

143 Art. 50 lid 2 Wmg. Zie nader 7.7.2 en Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 11.2.1, 11.7.5, 11.7.6. Zie met betrekking tot ziekenhuiszorg Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht (MM SBR)* 2018/3.5.2.4.

144 Zie 4.2.4.2.

145 Waarover Rb. Noord-Nederland (ktr.) 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245, *GJ* 2018/53, m.nt. M.F. van der Mersch (*Forté GGZ/De Friesland*).

146 Bestuurlijk Akkoord GGZ 2019-2022, p. 15. Zie over akkoorden o.a. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 827; Sijmons 2018; Rijken 2017, par. 5; Sijmons 2015, p. 18-19; Halbersma, Van Manen & Sauter 2012, p. 17-18; *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 4 (Advies RvS en Nader rapport), p. 4.

147 De Landelijke Huisartsenvereniging besloot op 24 januari 2023 het IZA te ondertekenen.

volle transformaties¹⁴⁸ gelijkgericht te handelen.¹⁴⁹ Daarnaast gaat het ministerie van VWS in samenspraak met zorgaanbieders en zorgverzekeraars en in overleg met de ACM en NZa verkennen welke mogelijkheden er zijn voor kleinere aanbieders om gezamenlijk op te trekken in het contracteerproces en hoe dit contracteerproces kan worden vereenvoudigd.¹⁵⁰ Tevens zijn in het akkoord budgettaire kaders afgesproken voor diverse sectoren die nog nader moeten worden gekwantificeerd en op realiseerbaarheid worden getoetst.¹⁵¹

Kwaliteit van zorg

Naast voornoemde meer op regulering van de zorgmarkten en de zorgverzekering gerichte regelgeving is er regulering van en toezicht op de kwaliteit van zorg. Zo bevat de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz)¹⁵² voor instellingen en solistisch werkende zorgverleners de verplichting 'goede zorg' te verlenen.¹⁵³ Ook uit de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW) vloeien plichten voort voor zorgaanbieders jegens hun patiënten, waaronder de verplichting op grond van art. 7:453 BW om de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen. Daarnaast kent de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) een regeling voor beschermde beroepstitels en voor de bevoegdheid tot het verrichten van zogenaamde 'voorbehouden handelingen'.¹⁵⁴ Op grond van de Wet bijzondere medische verrichtingen (Wbmv) kan de minister onder andere het uitvoeren van bepaalde verrichtingen verbieden, of bepalen dat voor de uitvoering van een verrichting of aanschaf van apparatuur een vergunning is vereist. Specifieke kwaliteitsaspecten zijn geregeld in onder andere de Geneesmiddelenwet, de Wet op de medische hulpmiddelen in samenhang met de Verordening Medische hulpmiddelen (EU) 2017/745 en de Wet inzake bloedvoorziening.¹⁵⁵

148 Zie voor het onderscheid tussen impactvolle en overige transformaties Integraal Zorgakkoord 2022, p. 100.

149 Integraal Zorgakkoord 2022, p. 100-102.

150 Integraal Zorgakkoord 2022, p. 99.

151 Integraal Zorgakkoord 2022, p. 12 en hoofdstuk K.

152 De Wkkgz is ingevoerd per 1 januari 2016 en trad in de plaats van de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Ook zijn met inwerking-treding van de Wkkgz bepalingen uit andere wetten gewijzigd, waaronder art. 40 Wet BIG.

153 Art. 2 Wkkgz. Zie ook art. 3-11 Wkkgz en de tuchtnorm in art. 47 lid 1 Wet BIG.

154 Hoofdstuk III en IV Wet BIG.

155 Zie nader over kwaliteitsregulering o.a. Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht* (MM SBR) 2018; Leenen/Gevers e.a. 2020; Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Monografieën BW nr. B87)* 2021/18; Dorscheidt & De Die 2008.

1.3 VERKENNING EN UITGANGSPUNTEN: TOEPASSING VAN HET CONTRACTENRECHT IN HET ZORGSTELSEL

1.3.1 Van een top-down benadering naar een contractenrechtelijk perspectief

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de blik van de wetgever zich bij de onderbouwing van regulering van het zorgstelsel vooral richt op de al dan niet aanwezige noodzaak te reguleren en de mogelijkheid tot introductie van marktwerking, alsmede op de inhoud van de regelgeving en de publiekrechtelijke handhaving daarvan. De benadering is top-down, waarbij zich 'beneden' het contractenrecht en 'de markt' bevinden en van bovenaf prikkels worden toegediend tot verwezenlijking van of borging van publieke belangen in de vorm van regelgeving en toezicht. Een contractenrechtelijk perspectief is nauwelijks terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van de Zvw. Waar de regering ingaat op de (contractuele) rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders en de contractenrechtelijke positie van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder, staat meestal het perspectief van de markt centraal en het effect van (de) regulering van de zorginkoopverhouding en het beïnvloeden van het gedrag van contractspartijen op de markt. Marktwerking dient als middel ter waarborging van publieke belangen. Geschreven wordt in termen als 'liberalisering van de zorginkoopmarkt',¹⁵⁶ een 'gelijk speelveld', 'systeem van checks & balances in de betrekkingen tussen verzekerden, zorgverzekeraars en zorgaanbieders',¹⁵⁷ 'verruiming van de contracteermogelijkheden voor verzekeraars en aanbieders',¹⁵⁸ 'de potentiële rol [van de zorgverzekeraar] als contractspartij van de zorgaanbieder',¹⁵⁹ het stimuleren van 'de verantwoordelijkheid en het initiatief van de veldpartijen' dat 'zal leiden tot klantgericht en innovatief gedrag',¹⁶⁰ 'de betrokken actoren [krijgen] meer keuzemogelijkheden, beleids- en beslisruimte en meer concurrentieprikkels'¹⁶¹ en over het 'contracteermiddel' of 'contracteersysteem' dat gezien wordt als 'aantrekkelijke optie' voor zorgverzekeraars.¹⁶² In de parlementaire geschiedenis van het voorstel voor de Wet beperking contracteerplicht zetten de ministers en staatssecretaris enkel uiteen dat met het afschaffen van de contracteerplicht het uitgangspunt van contractsvrijheid geldt voor ziekenfondsen en zorgaanbieders bij het aangaan van overeenkomsten en dat geschillen daarover volgens de algemene regels van verbintenissenrecht

156 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 4.*

157 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 3.*

158 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 5.*

159 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 3.*

160 *Kamerstukken II 2004/05, 29763, nr. 7, p. 4.*

161 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 8.*

162 *Kamerstukken II 2004/05, 29763, nr. 7, p. 32.*

beoordeeld dienen te worden.¹⁶³ Bij de behandeling van dit wetsvoorstel is in dat verband aandacht besteed aan het verlies aan rechtsbescherming voor zorgaanbieders door het wegvallen van de mogelijkheid tot administratief beroep bij een weigering van een ziekenfonds om een overeenkomst te sluiten en aan de vrees van kamerfracties en belangenorganisaties voor willekeurig handelen door zorgverzekeraars bij de zorginkoop.¹⁶⁴ Verder wordt de zorginkoopovereenkomst in de memorie van toelichting bij de Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg als overeenkomst van opdracht geduid.¹⁶⁵

De keuze voor marktwerking impliceert, zo valt ook uit de aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wet beperking contracteerplicht af te leiden, een keuze voor toepassing van het verbintenisrecht, waaronder het contractenrecht. Marktwerking impliceert niet dat absolute contractsvrijheid geldt. Het contractenrecht geeft juist mede vorm aan wat de markt inhoudt en hoe zij werkt.¹⁶⁶ Bij de vaststelling van wat het contractenrecht inhoudt, geldt dat het contractenrecht niet een van de sectorspecifieke regelgeving en publieke belangen afgescheiden terrein is. Sectorspecifieke regelgeving, publieke belangen en – in verband daarmee – de hoedanigheid van contractspartijen kunnen van invloed zijn op de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen.¹⁶⁷

De vergroting van de contractsvrijheid en daarmee toename van de toepassing van contractenrecht in de zorginkoopverhouding enerzijds en de toename en verfijning van markt- en toezichtregelgeving anderzijds doet vragen rijzen over de wisselwerking tussen het sectorspecifieke regelgevende kader, de met het zorgstelsel en de zorginkoop verbonden publieke belangen en de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen. Het gaat om vragen met betrekking tot de doorwerking van regelgeving in de contractenrechtelijke verhouding, de relevantie van de betrokkenheid van publieke belangen voor de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen, de vaststelling van de hoedanigheid van de zorgverzekeraar en de invloed van die hoedanigheid op de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen. Ik introduceer deze vragen in de navolgende paragrafen nader.

163 *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124b (MvA), p. 11; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124d, p. 23-24 (NMvA).

164 *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3, p. 9-10; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124b (MvA), p. 10-11; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124d (NMvA), p. 23-24.

165 *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, nr. 3, p. 5.

166 Tjong Tjin Tai 2010a, par. 6. Zie ook par. 5: 'Het recht maakt zelf een bepaalde keuze: in de vraag wanneer ontbinding is toegestaan en wanneer schadevergoeding moet worden toegekend liggen opvattingen besloten over de wijze waarop een markt moet functioneren. Het BW volgt dan niet zozeer 'de' markt maar bevat integendeel een blauwdruk voor hoe *deze* markt eruit moet zien, het bevat *een* mogelijke opvatting van de markt (*conception* versus *concept*).'

167 Zie over de doorwerking van sectorspecifieke regelgeving in algemene zin o.a. Van Gerven & Lierman 2010; Du Perron 2010; Cherednychenko 2012; Houben 2013; Scheltema 2013; Van Boom 2020.

1.3.2 Doorwerking van regelgeving

In algemene zin rijst de vraag of regelgeving doorwerkt in de contractuele verhouding tussen partijen en zo ja, op welke wijze? In hoeverre beperkt de regelgeving de contractsvrijheid van partijen? Als voorbeeld kan worden gewezen op art. 35 Wmg dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders verbiedt tarieven en prestaties in rekening te brengen in strijd met het bij en krachtens de wet geregelde. Is een overeenkomst waarin met de wet strijdige tarieven en prestaties overeengekomen zijn nietig? En beïnvloedt art. 35 Wmg de toepassing van remedies als zorgaanbieders declareren in strijd met dit verbod? Ook kan gedacht worden aan onder meer de volgende doorwerkingsvragen. In hoeverre is het AMM-toezicht van invloed op de inhoud van de overeenkomst en de toetsing van het contractuele evenwicht? Wat is de betekenis van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw voor de rechten en verplichtingen van partijen in de precontractuele fase? Op welke wijze bepaalt regelgeving mede de wijze waarop de driehoeksverhouding tussen zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde patiënt civielrechtelijk moet worden geduid? En: bepalen declaratieregels het ontstaansmoment van vorderingen van zorgaanbieders op zorgverzekeraars tot betaling voor verleende zorg?

1.3.3 Publieke belangen

Afgezien van de doorwerking van specifieke regelingen en bepalingen daarin, rijst de vraag in hoeverre en op welke wijze de betrokken publieke belangen een rol spelen bij de vaststelling van de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij (het aangaan van) zorginkoopovereenkomsten. Voor het begrip ‘publieke belangen’ sluit ik aan bij de omschrijving die de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) daaraan heeft gegeven: ‘maatschappelijke belangen waarvan de overheid zich de behartiging aantrekt op grond van de overtuiging dat deze belangen anders onvoldoende worden behartigd.’¹⁶⁸ Maatschappelijke belangen omschrijft de WRR als de ‘belangen waarvan de behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is.’¹⁶⁹ De overheid dient voor deze

168 WRR 2000, p. 20. Vgl. ook SER 2010, p. 35 waar naast een op voormelde omschrijving lijkende definitie ook staat: ‘de uiteindelijke doelen van overheidsbeleid’. De WRR maakt onderscheid tussen de ‘wat-’ en de ‘hoe-vraag’: ‘Voor welke belangen moet de overheid een eindverantwoordelijkheid dragen?’ en ‘Wie draagt de operationele verantwoordelijkheid voor de belangen waarvoor de overheid een eindverantwoordelijkheid op zich heeft genomen?’ (WRR 2000, p. 19). Zie over regels die de kwalificatie en behartiging van een publiek belang normeren ook SER 2010, p. 46-50 en WRR 2000, p. 118-120 en 122-138. Zie nader over het begrip ‘publiek belang’ WRR 2000, p. 20-21, 46, (55-56); de reactie van het kabinet daarop: *Kamerstukken II 2000/01, 27771*, nr. 1; Hamilton 2002; SER 2010, p. 35, 36-37; Houdijk 2009, p. 4-5.

169 WRR 2000, p. 20.

belangen een eindverantwoordelijkheid te dragen, maar hoeft ze niet te behartigen door zelf de betrokken diensten aan te bieden.¹⁷⁰ Volgens de definitie van de WRR is het de overheid zelf die bepaalt welke belangen zij als publieke belangen aanmerkt. Plomp merkt evenwel terecht op dat de overheid niet geheel vrij is in de definitie van publieke belangen, omdat het al dan niet op een bepaalde wijze behartigen van bepaalde belangen op enig moment in strijd kan zijn met de Grondwet, of met Europees of internationaal recht.¹⁷¹ De overheid omschrijft de door haar in het zorgstelsel te behartigen publieke belangen al enkele decennia als de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg.¹⁷²

Publieke belangen zouden in het kader van de redelijkheid en billijkheid kunnen meewegen als maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. In het kader van de redelijkheid en billijkheid kan eveneens gewicht worden toegekend aan de belangen van verzekerden als persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.¹⁷³ Ook bij de toetsing aan een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in de zin van art. 6:162 BW kunnen deze belangen een rol spelen. Mogelijk bepalen het regelgevende kader en de betrokken publieke belangen daarnaast mede de aard van de overeenkomst. Kennen rechters in hun oordelen over geschillen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders betekenis toe aan publieke belangen?

1.3.4 De hoedanigheid van de zorgverzekeraar

1.3.4.1 Algemeen

Gezien de rol die de zorgverzekeraar verondersteld wordt te spelen bij de behartiging van publieke belangen en de regierol die hem in dat verband is toegedicht in de parlementaire geschiedenis dringt zich ten slotte de vraag op of zorgverzekeraars over een bepaalde positie of over bepaalde kenmerken beschikken die nopen tot het stellen van bijzondere zorgvuldigheidseisen aan hun verklaringen en gedragingen jegens zorgaanbieders bij de totstandkoming, vaststelling van de inhoud en uitvoering van zorginkoopovereenkomsten. Ik bespreek hierna in 1.3.4.2 of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via art. 3:14 BW op zorgverzekeraars van toepassing zijn, noem vervolgens in 1.3.4.3 de mogelijke kwalificatie van zorgverzekeraars als aanbestedende diensten en verken ten slotte in 1.3.4.4

170 WRR 2000, p. 21 en het vervolg van het rapport. Zie nader ook Jak 2014, p. 32-33.

171 Plomp 2012, p. 15.

172 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 2; *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 2, 7; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2, 3; *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, nr. 3, p. 2, 4; *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 2 (Nota *Vraag aanbod*), p. 4, 34, 36, 62; *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nrs. 27-28 (Nota *Verandering verzekerd*), p. 6, 8, 9, 39. Zie ook Rob 2012.

173 Art. 3:12, 6:2 en 6:248 BW.

of de hoedanigheid van de zorgverzekeraar meebrengt dat op grond van open normen in het verbintenissenrecht bijzondere zorgvuldigheidseisen aan de zorgverzekeraar moeten worden gesteld.

Overheden zijn bij privaatrechtelijk handelen gebonden aan publiekrechtelijke normen, waarvan in het kader van dit onderzoek met name relevant zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het aanbestedingsrecht zoals opgenomen in de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).¹⁷⁴ Voor de toepassing van beide regimes geldt een ander overheidsbegrip.

1.3.4.2 Geen bestuursorganen

Bestuursorganen zijn bij privaatrechtelijk handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op grond van art. 3:14 BW.¹⁷⁵ Het artikel bepaalt dat een bevoegdheid die 'iemand' krachtens privaatrecht uitoefent niet in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht mag worden uitgeoefend. Uit het arrest *RZG/ConforMed*¹⁷⁶ volgt dat in beginsel alleen bestuursorganen op grond van art. 3:14 BW gehouden zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Leverancier ConforMed stelde in die procedure dat ziekenfonds RZG bij haar inkoopprocedure voor wasbare onderleggers het gelijkheidsbeginsel had geschonden. Het hof achtte RZG gebonden aan het gelijkheidsbeginsel, zijnde een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, omdat ziekenfondsen ten doel hadden te voorzien in behoeften van algemeen belang en in hoofdzaak door de overheid gefinancierd werden. Volgens de Hoge Raad brachten die omstandigheden echter niet mee dat RZG gebonden was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het ziekenfonds voldeed bij de inkoop van hulpmiddelen ook niet aan het in art. 1:1 Aw bepaalde.¹⁷⁷

In de literatuur is kritiek geuit op het arrest. Zo bepleiten Van Ommeren en ook Scheltema & Scheltema een ruimer toepassingsbereik van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij knopen aan bij respectievelijk

174 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb.* 2011/542. Gewijzigd met ingang van 1 juli 2016 door de Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016/241.

175 Zie ook art. 3:1 lid 2 Awb dat een aantal bepalingen inzake de totstandkoming van besluiten van overeenkomstige toepassing verklaart op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voor zover de aard van die handeling zich daartegen niet verzet.

176 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004/35 en *JAAN* 2007/5104, beide, m.nt. M.A.C.M. van den Berg, *RZA* 2003/155, m.nt. G.R.J. de Groot, *NTBR* 2003/7, m.nt. W.H. van Boom, *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, *JB* 2003/121, m.nt. H. Peters, *BR* 2003/190, m.nt. H. de Nijholt (*RZG/Conformed*).

177 R.o. 3.4.1-3.4.3. Zie ook de conclusie van A-G Langemeijer voor dit arrest ECLI:NL:PHR:2003:AF2830, par. 3.9. De Hoge Raad acht RZG overigens wel gebonden aan het gelijkheidsbeginsel als *aanbestedingsrechtelijk beginsel* en wel op grond van de redelijkheid en billijkheid (r.o. 3.4.4). Zie nader Van Ommeren, *AB* 2003/365, par. 2.

het aanbestedingsrechtelijke begrip 'publiekrechtelijke instelling' en rechtspersonen die niet met openbaar gezag bekleed zijn maar wel een publieke taak uitoefenen.¹⁷⁸ De Hoge Raad heeft mijns inziens in 2003 evenwel een andere keuze gemaakt in *RZG/Conformed*.¹⁷⁹

Bestuursorganen zijn ex art. 1.1 Awb 'a) organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld' en 'b) andere personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed.' Een persoon of college is met enig openbaar gezag bekleed als het de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft de rechtspositie van andere rechtssubjecten te bepalen. Voorts wordt in de parlementaire geschiedenis genoemd dat aan de betreffende persoon of het college een overheidstaak is opgedragen.¹⁸⁰ In de rechtspraak werd wisselend met dit vereiste omgegaan. Juist in de recente 'publieke-taakjurisprudentie' wordt aan de uitoefening van een publieke taak als zodanig expliciet geen afzonderlijke betekenis meer toegekend.¹⁸¹ Dikwijls impliceert het toekennen van een publiekrechtelijke bevoegdheid wel dat een overheidstaak is opgedragen. Openbaar gezag moet in beginsel bij of krachtens wettelijk voorschrift worden toegekend. Van een publiekrechtelijke bevoegdheid om de rechtspositie van andere rechtssubjecten te bepalen is in ieder geval sprake als het een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van een rechtshandeling betreft.¹⁸² Een uitzondering op het vereiste dat het openbaar gezag bij wettelijk voorschrift moet worden toegekend vormt de 'publieke-taakjurisprudentie,' op grond waarvan een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon toch als bestuursorgaan kan worden aan-

178 Van Ommeren, *AB* 2003/365, par. 3; M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 83. Vgl. ook De Groot die in 2000, nog voor het arrest *RZG/Conformed*, in een annotatie schreef dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via art. 3:14 BW van toepassing zijn op ziekenfondsen omdat zij krachtens de wet bij uitsluiting bevoegd zijn overeenkomsten te sluiten inzake verlening van verstrekkingen aan verzekerden: De Groot, *RZA* 2000/80, par. 9. Volgens Nijland 2013, p. 101 zou art. 3:14 BW als schakelbepaling voor de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de overheidsonderneming kunnen gelden.

179 Zie ook Zijlstra 2008, p. 56-58 en 86-88; Jak 2014, 93. Volgens Van Ommeren, *AB* 2022/11, par. 8 is mogelijk dat de Hoge Raad de kring van rechtssubjecten waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn zal uitbreiden. Zie in die zin ook Schlössels 2021, p. 27 en Huisman & Jak 2022, par. 2.3. De *MvA II* betreft art. 3:14 BW vooral op het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid, maar besluit met de opmerking dat de bepaling 'op alle geschreven en ongeschreven publiekrecht ziet, waardoor een privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid of van een particulier kan worden beperkt.' Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1054-1055.

180 Parl. Gesch. Awb I, p. 133. Zie nader over het element van de opgedragen overheidstaak Jak 2014, p. 60-62.

181 O.a. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), r.o. 5.1-5.2; ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, *AB* 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), r.o. 1.2; ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, *AB* 2015/308, m.nt. W. Van den Ouden (*Stichting Impuls*), r.o. 5.1. Zie over het begrip 'publieke taak' in het bestuursrecht o.a. Peters 2017.

182 Zie nader over het begrip rechtshandeling o.a. Jak 2014, p. 63-68.

gemerkt indien het gaat om een orgaan dat geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekt, waarbij 'de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer' a-organen en waarbij de 'verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer' a-organen.¹⁸³ Een b-orgaan wordt alleen als bestuursorgaan aangemerkt indien en voor zover het een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent. De facto zijn dus alleen a-organen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden, omdat b-organen bij de uitoefening van privaatrechtelijk handelen niet zijn aan te merken als overheid.¹⁸⁴

Zorgverzekeraars zijn geen a-organen. Het zijn privaatrechtelijke rechtspersonen in de vorm van een naamloze vennootschap, onderlinge waarborgmaatschappij of Europese vennootschap.¹⁸⁵ Zorgverzekeraars treden niet op als b-organen bij het aangaan en uitvoeren van zorginkoopovereenkomsten. De Hoge Raad oordeelde in *RZG/Conformed* met betrekking tot ziekenfonds RZG dat ziekenfondsen bij beslissingen over het wel of niet aangaan van een overeenkomst met een zorgaanbieder en met welke inhoud, geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen en daarbij dan ook geen besluiten nemen in de zin van de Awb.¹⁸⁶ Voor zorgverzekeraars is dat niet anders. Mochten zorgverzekeraars op grond van art. 12 Zvw bij amvb verplicht worden met iedere zorgaanbieder die daarom verzoekt te contracteren (lid 2) of bepaalde vormen van zorg of diensten alleen mogen vergoeden als ze een overeenkomst hebben gesloten (lid 1) dan is evenmin sprake van uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dat volgt uit een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak uit 2007. Ziekenfonds Agis weigerde een overeenkomst te sluiten met Medisch Centrum Boerhave. De Afdeling overwoog dat ook het feit dat ziekenfondsen op grond van de Zfw verplicht waren medewerkerovereenkomsten te sluiten met categorieën zorgaanbidders en dat de inhoud van de overeenkomsten in de Zfw gereguleerd was, niet maakte dat sprake was van het verrichten van een publiekrechtelijke bevoegdheid.¹⁸⁷ Ook met betrekking tot de

183 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), r.o. 5.1; ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (*Stichting Platform 31*), r.o. 5.3. Zie nader over de publiektaakjurisprudentie o.a. Peters 2015, p. 172; concl. A-G Widdershoven, 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, voor ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *BA* 2014/143, par. 3.

184 Vgl. Van Boom, *NTBR* 2003/7, p. 413. Zie nader over art. 3:14 BW o.a. Jak 2014, p. 87 e.v.; Jansen 2021, p. 45-78; Schlössels 2021, p. 26 e.v.

185 Art. 2:1 en 2:3 BW; art. 3:20 Wet op het financieel toezicht.

186 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004/35, m.nt. M.A.C.M. van den Berg (*RZG/Conformed*), r.o. 3.4.2.

187 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7617, *RZA* 2007/153, r.o. 2.7.

vaststelling van de juistheid van declaraties van de zorgaanbieder en het opleggen van sancties bij vermeende onjuistheden, bijvoorbeeld door uitbetaalde declaraties als onverschuldigd betaald terug te vorderen, is aan zorgverzekeraars geen publiekrechtelijke bevoegdheid toegekend (zie nader 8.2.4). Jegens verzekerden nemen zorgverzekeraars bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet evenmin besluiten.¹⁸⁸ Zorgverzekeraars voldoen bij het contracteren van zorg mijns inziens ook niet aan de hiervoor aangehaalde criteria uit de ‘publieke-taakjurisprudentie’, onder andere niet omdat ze geen geldelijke uitkeringen aan derden verstrekken, zoals bedoeld in die jurisprudentie. Genoemde jurisprudentie ziet over het algemeen op stichtingen die subsidies verstrekken of andere geldelijke uitkeringen of voorzieningen aan belanghebbenden die niet in een contractuele verhouding tot de stichting staan en een contract is doorgaans ook niet het resultaat van het vermeende besluit.

1.3.4.3 *Aanbestedende diensten?*

Art. 1.1 Aw 2012 merkt niet alleen de staat, provincies, gemeenten en waterschappen aan als aanbestedende diensten, maar ook ‘publiekrechtelijke instellingen.’ Onzeker is of zorgverzekeraars aan de definitie van ‘publiekrechtelijke instelling’ voldoen. Ik onderzoek de kwalificatie van zorgverzekeraars als aanbestedende diensten in hoofdstuk 3.

1.3.4.4 *Differentiatie bij de toepassing van contractenrecht*

Voor de beantwoording van de vraag of zorgverzekeraars over een bepaalde positie of over bepaalde kenmerken beschikken die nopen tot het stellen van bijzondere zorgvuldigheidseisen aan hun verklaringen en gedragingen jegens zorgaanbieders bij de totstandkoming, vaststelling van de inhoud en uitvoering van zorginkoopovereenkomsten is ten slotte van belang dat het verbintenissenrecht op verschillende manieren rekening houdt met de hoedanigheid van contractspartijen. Het verbintenissenrecht kent wetsbepalingen die strekken ter bescherming van de zwakkere partij, bijvoorbeeld in de algemene voorwaardenregeling en in bepalingen voor bijzondere overeenkomsten als de arbeidsovereenkomst, huurovereenkomst en geneeskundige behandelingsovereenkomst. Specifiek voor de

188 Zo zijn beslissingen van zorgverzekeraars inzake aan verzekerden te vergoeden kosten voor zorg – anders dan onder de Zfw (art. 74-78 Zfw) – onder de Zvw beslissingen die zich situeren in de contractuele sfeer. Zie bijv. Rb. Arnhem (vzr.) 2 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA0940, RZA 2007/68, r.o. 5 in welke zaak een verzekerde een procedure voor de bestuursrechter begon tegen zijn zorgverzekeraar over vergoeding van een geneesmiddel. De rechtbank achtte zich niet bevoegd over het geschil te oordelen.

zorginkoopovereenkomst bestaan dergelijke bepalingen niet.¹⁸⁹ Daarnaast wordt bij de toepassing van verschillende contractenrechtelijke leerstukken, waaronder uitleg en de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, gedifferentieerd naar de hoedanigheid van contractspartijen.¹⁹⁰

De hoedanigheid van partijen wordt door Tjittes omschreven als ‘de maatschappelijke positie en/of individuele eigenschappen van partijen.’ Individuele eigenschappen die de hoedanigheid van contractspartijen mede bepalen zijn volgens hem ‘het al dan niet deskundig zijn, het al dan niet hebben van deskundige bijstand (een meer externe eigenschap) of het al dan niet innemen van een (economische) machtspositie.’ Hij onderscheidt in zijn proefschrift als maatschappelijke posities particulieren, ondernemers en overheden.¹⁹¹ Anderen sluiten aan bij deze indeling in maatschappelijke posities en opsomming van relevante eigenschappen, of nemen (ook) de – overigens ook door Tjittes genoemde – positie van de consument en/of kleine onderneming in aanmerking.¹⁹² Met overheden wordt meestal – al dan niet voorzien van clausuleringen als ‘met name’ of ‘in ieder geval’ – gedoeld op bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb of publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van art. 2:1 lid 1 en soms ook lid 2 BW.¹⁹³ Deze overheden worden gezien als professionele en deskundige deelnemers aan het rechtsverkeer.¹⁹⁴ Ook worden zij geacht ‘in de regel’ over een machtspositie te beschikken.¹⁹⁵ Hun bijzondere positie is voorts gelegen in het feit dat zij te allen tijde het algemeen belang dienen te behartigen en dat zij veelal over bijzondere (publiekrechtelijke) bevoegdheden beschikken.¹⁹⁶

189 Van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw (TH/NR-021) kan wel een beschermende werking uitgaan. Zie over deze regeling nader 4.2.2. Zie over de kwalificatie van de zorginkoopovereenkomst als in Boek 7 geregelde overeenkomst 5.5.

190 Zie o.a. Tjittes 1994; Hardy 2009; Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3) 2022/16; Tjittes 2022/1. Zie in de rechtspraak bijv. HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*); HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*); HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, NJ 2013/572 mnt. C.E.C. Jansen (*KLM/CCC*); HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522, m.nt. H.J. Snijders.

191 Tjittes 1994, p. 1-2.

192 Bijv. Hardy 2009; Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3) 2022/16; Tjittes 2022, p. 23-29.

193 Bijv. Van der Veen, in: *GS Verbintenissenrecht* II.1.3 (bijgewerkt tot 01-09-2018); *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/36; Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3) 2022/16; Snijders, Mon.BW A26a, 2011/2b-2d; Huijgen 1991, p. 8. Tjittes 1994, p. 2, rekent tot de overheden ook ‘privaatrechtelijke rechtspersonen die met overheidsgezag zijn bekleed’.

194 Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3) 2022/16; Tjittes, p. 36.

195 Tjittes 1994, p. 36; Huisman & Jak 2022, par. 3.1.

196 Tjittes 1994, p. 35-36; Van der Veen, in: *GS Verbintenissenrecht* II.1.1 (bijgewerkt tot 01-09-2018). Beiden onder verwijzing naar overvloedige literatuur. Zie ook Huisman & Jak 2022, par. 3.1.

Verder is er, vooral in het kader van aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde besluiten, wel op gewezen dat overheden de mogelijkheid hebben om contractuele schade te spreiden.¹⁹⁷ Als rechtvaardiging voor de verplichting van overheidslichamen om mededingingsruimte te bieden wanneer zij - langs privaatrechtelijke weg - een gegadigde voor een bepaald recht kiezen, is genoemd dat de totale maatschappelijke waarde die een dergelijk recht vertegenwoordigt de samenleving als geheel toekomt.¹⁹⁸

Naast overheden in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb zijn er diverse rechtspersonen die een bepaalde rol vervullen bij de behartiging van publieke belangen en, al dan niet in verband daarmee, over een bepaalde (machts) positie beschikken. Deze hoedanigheid kan aanleiding zijn tot het stellen van strengere zorgvuldigheidseisen aan deze rechtspersonen dan aan andere. Deze zorgvuldigheidseisen kunnen lijken op of in de richting gaan van eisen die aan klassieke overheden op grond van het publiekrecht worden gesteld. Indien dat gebeurt is sprake van congruentie tussen publiekrecht en privaatrecht.¹⁹⁹ Gedacht kan onder andere worden aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op een woningcorporatie²⁰⁰ en de uit de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid voortvloeiende bijzondere zorgplicht van de bank jegens zijn cliënt.²⁰¹ In *Windpark Zeeland/Delta* oordeelde de Hoge Raad dat de rechtsdwaling van netbeheerder Delta bij het uitbrengen van een offerte voor aansluiting van Windpark op het elektriciteitsnet krachtens verkeersopvattingen voor rekening van Delta komt, onder meer omdat Delta een monopoliepositie inneemt en het feit dat zij haar taken en bevoegdheden moet uitoefenen met inachtneming van de regels van de Elektriciteitswet welke mede strekken ter bescherming van afnemers als Windpark.²⁰²

197 Tjittes 1994, p. 36, onder verwijzing naar Scheltema, *NJ* 1987/254 (zie onder 3) en Brunner, *NJ* 1993/112 (zie onder 1). Zie verder o.a. Van den Berg 1990, p. 923; Bloembergen, *NJ* 1998/526, par. 5-6. Zie kritisch over het spreidingsargument als grond voor toerekening o.a. Di Bella 2013 en concl. A-G Hartlief, ECLI:PHR:2017:1095, voor HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231, *JAR* 2018/36 (81 lid 1 RO), onder 3.11 e.v.

198 Jansen, *NJ* 2022/149, par. 6; Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022, par. 2.3.

199 Jak 2014, p. 94; Snijders 2021, par. 3.6; Huisman & Jak 2022, p. 188-189. Zie over differentiatie bij de toepassing van contractenrecht die tot eenzelfde resultaat zou kunnen leiden als toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daarnaast o.a. Vranken 1988, p. 27-41; Van Boom, *NTBR* 2003/7, p. 413-414.

200 HR 10 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4496, *NJ* 1983/687, m.nt. E.A. Alkema (*Woningbouwvereniging Binderen/Kaya*). Zie over de contractsvrijheid van woningcorporaties en hun uit de wet voortvloeiende bijzondere verantwoordelijkheid ook bijv. Rb. Overijssel 19 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2516, *WR* 2019/127, m.nt. Z.H. Duijnsteenvan Imhoff & M.K. Tiemensma (*Yildirim/Woningstichting SWZ*), r.o. 4.3 en 4.6.

201 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4719, *NJ* 2005/103, m.nt. Du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*), r.o. 3.6.3; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma (*Van Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.1-4.3.2; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, *NJ* 2021/352 (*ING/Yin Yang c.s.*), r.o. 3.2 en zie r.o. 3.6 van het arrest van het hof in die zaak.

202 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, m.nt. J.S. Kortmann (*Windpark Zeeland/Delta*), r.o. 3.8.2.

Deze voorbeelden hebben betrekking op private rechtspersonen die mede ter behartiging van een maatschappelijk of publiek belang optreden.²⁰³ Het gaat derhalve om wat Jak aanduidt als ‘semipublieke instellingen’: privaatrechtelijke instellingen die institutioneel verbonden zijn met de overheid en/of maatschappelijke en/of publieke belangen behartigen.²⁰⁴

Diverse publiekrechtelijke normen en wetten, zoals de Awb, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Aw 2012²⁰⁵ zijn niet alleen op klassieke overheden, maar ook op genoemde semipublieke instellingen van toepassing. In de betreffende publiekrechtelijke regelgeving, jurisprudentie en literatuur zijn materiële criteria en institutionele criteria ontwikkeld aan de hand waarvan beoordeeld moet worden of deze publiekrechtelijke normen en wetten op een bepaalde semipublieke instelling van toepassing zijn.²⁰⁶

De institutionele verbondenheid van semipublieke instellingen met overheidsinstellingen als de staat, gemeenten of provincies uit zich doorgaans in het bestaan van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke institutionele beïnvloedingsmogelijkheden waarover de overheid ten aanzien van een private rechtspersoon beschikt. Het betreft bijvoorbeeld aan Boek 2 BW ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen aan het bestuur, en statutaire goedkeuringsbevoegdheden, of aan het publiekrecht ontleende bevoegdheden, zoals wettelijke aanwijzingsbevoegdheden, wettelijke benoemingsrechten en wettelijke goedkeuringsbevoegdheden. Daarnaast kan institutionele invloed voortvloeien uit een financiële relatie met de overheid in de vorm van een deelneming, lening, garantie, subsidie, financiering uit de rijksbegroting, uit premies of wettelijke tarieven.²⁰⁷

Voor differentiatie bij de toepassing van contractenrecht op semipublieke instellingen gelden niet zulke uitgekristalliseerde criteria, waarschijnlijk omdat het daarbij ook niet om de toepassing van bepaalde regelgeving gaat, maar om de invulling van open normen. In de hiervoor genoemde voorbeelden van woningcorporatie, bank en netbeheerder is de rechtvaardiging voor de invulling van de open normen toegesneden op de betreffende typen rechtspersonen. In de literatuur worden als aangrijpingspunten voor het stellen van strengere zorgvuldigheidseisen aan

203 Jak 2014, p. 94-97.

204 Jak 2014, p. 30-33.

205 Zie bijv. ook de Wet open overheid en hoofdstuk 6 van de Comptabiliteitswet 2016.

206 Materiële criteria hebben betrekking op de inhoud van de handelingen die de betrokken semipublieke instelling verricht. Institutionele criteria worden ook wel formele criteria genoemd. Zie voor het begrip formeel criterium en een schematische samenvatting van criteria die diverse wetten geven voor het daarin gehanteerde overheidsbegrip Jak 2014, p. 375-378. Zie over definiëring van het overheidsbegrip in verschillende wetten ook Zijlstra 2008, p. 43.

207 Jak 2014, p. 30-33. Zie over beïnvloedingsmogelijkheden ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 90-106.

(bepaalde typen) semipublieke instellingen onder meer de uitoefening van een publieke taak of vervulling van een bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid en – al dan niet in verband daarmee – de machtspositie genoemd.²⁰⁸ Omdat de criteria ‘publieke taak’ en ‘macht’ weinig houvast bieden,²⁰⁹ stellen Huisman & Jak een zestal nadere ijkpunten voor aan de hand waarvan beargumenteerd inzichtelijk kan worden gemaakt wat de aard van een handeling van een privaatrechtelijke rechtspersoon is. Vervolgens kan dan worden bepaald of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de achterliggende waarden daarvan op de handeling moeten worden toegepast.²¹⁰ Ik onderschrijf de opvatting dat het feit dat een rechtspersoon aan bepaalde voor toepassing van publiekrechtelijke regelgeving geldende institutionele kenmerken voldoet en/of een rol speelt bij de behartiging van publieke belangen mede als aanknopingspunt kan dienen voor differentiatie bij de toepassing van contractenrecht, in die zin dat zij de hoedanigheid van de rechtspersoon mede karakteriseren en kunnen nopen tot het stellen van bepaalde zorgvuldigheidseisen aan de betreffende rechtspersoon.

Toegepast op de zorgverzekeraar leidt het voorgaande tot twee vragen. Kennen rechters betekenis toe aan de hoedanigheid van de zorgverzekeraar bij de invulling van zijn contractuele rechten en verplichtingen en zo ja, op welke wijze? Beschikken zorgverzekeraars over bepaalde kenmerken of eigenschappen die behoren te leiden tot de toepassing van bepaalde zorgvuldigheidseisen?

1.4 OPZET VAN HET ONDERZOEK

1.4.1 Vraagstelling en afbakening

Vraagstelling

In dit boek worden de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij zorginkoopovereenkomsten die zien op zorg die onder de Zvw valt onderzocht. Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de manier waarop de zorginkoopovereenkomst in het geldende gemengde publiek-privaatrechtelijke kader kan worden ingepast en hoe dat kader op de overeenkomst moet worden toegepast. Daarbij worden de volgende vragen beantwoord.

208 O.a. Engelhard 2018, par. 2.2-2.3; Huisman & Jak 2022, par. 3.1; Duijnste-van Imhoff & Tiemensma, *WR* 2019/127, p. 673-674. Zie over normering van privaatrechtelijke instellingen die een publieke taak behartigen ook Van Ommeren & Huisman 2013, p. 72-73.

209 Zie voor deze kritiek nader Jak 2014, p. 393 en 395 met verdere verwijzingen.

210 Huisman & Jak 2022, p. 187.

- 1 *Op welke manier en in welke mate werkt regelgeving door en zou regelgeving moeten doorwerken in de contractuele verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder?*
- 2 *Beïnvloeden de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar de rechten en verplichtingen van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder bij zorginkoopovereenkomsten en zouden zij daarop van invloed moeten zijn?*

In kaart zal worden gebracht welke rechten en verplichtingen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder doorgaans overeenkomen en wat uit de wettekst blijkt en in rechterlijke uitspraken is beslist ten aanzien van de doorwerking van regelgeving in en de invloed van de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar op de zorginkoopverhouding. Vervolgens zal worden onderzocht hoe regelgeving zou moeten doorwerken en wat de invloed van de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar zou moeten zijn op basis van een analyse van het doel en de strekking van de betreffende regelgeving, het systeem van de wet en de werking van privaatrechtelijke mechanismen via welke regelgeving kan doorwerken.

Afbakening

Niet alle contractenrechtelijke leerstukken komen aan bod. Gezien de onderwerpen van geschillen die ten grondslag liggen aan de beschikbare jurisprudentie en de inhoud van de regelgeving behandel ik:

- de rechten en verplichtingen van partijen in de precontractuele fase;²¹¹
- de rechtsgevolgen van de overeenkomst, uitgesplitst naar:
 - de vaststelling van de hoofdverbintenissen van partijen;²¹²
 - de rechten en verplichtingen van partijen in het geval van niet-nakoming van de overeenkomst.²¹³

Bij de vaststelling van de rechten en verplichtingen van partijen in de precontractuele fase richt ik mij met name op de toepasselijkheid van en invloed van verschillende regelgeving en de invloed van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar op de invulling van de precontractuele redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid. Onder andere de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht²¹⁴ en de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw²¹⁵ wordt onderzocht. De wilsgebreken worden niet behandeld, omdat een beroep daarop van gering praktisch belang lijkt te zijn voor de zorginkoopverhouding gezien de wei-

211 Hoofdstuk 3 en 4.

212 Hoofdstuk 5-7.

213 Hoofdstuk 8.

214 Hoofdstuk 3.

215 In 4.2.2.

nige jurisprudentie hierover. Mogelijk is niet vaak sprake van bijvoorbeeld dwaling bij het aangaan van een zorginkoopovereenkomst. Ook is mogelijk dat zorgaanbieders of zorgverzekeraars die ontevreden zijn met de inhoud van een gesloten overeenkomst de voorkeur geven aan het in stand laten ervan boven de vernietiging ervan, indien zij voor hun bedrijfsvoering afhankelijk zijn van de betreffende en opvolgende overeenkomsten met de wederpartij. Zie over de vraag wie partij is bij de zorginkoopovereenkomst hierna in 1.5.2, 5.2.2 en hoofdstuk 6. Op vragen over vertegenwoordigingsbevoegdheid in de zorginkoopverhouding wordt, buiten 6.3.1 en 6.3.3 over de voorovereenkomst, niet ingegaan. De algemene contractenrechtelijke jurisprudentie is op dergelijke vragen van toepassing.²¹⁶

De vaststelling en duiding van de hoofdverbintenissen van partijen vergt beantwoording van een aantal deelvragen. In de eerste plaats de vraag wat een zorginkoopovereenkomst eigenlijk is. Is een algemene omschrijving van de zorginkoopovereenkomst te geven? Wat zijn de kernverplichtingen van partijen? Een nadere civielrechtelijke duiding kan verder inzicht bieden in de kenmerken van de overeenkomst en de rechten en verplichtingen van partijen daarbij. Is de zorginkoopovereenkomst bijvoorbeeld een duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd? Dient de overeenkomst gekwalificeerd te worden als een in Boek 7 BW²¹⁷ geregelde overeenkomst?²¹⁸ Voorts is een bijzonderheid van de zorginkoopovereenkomst dat die onderdeel uitmaakt van een samenstel met andere rechtsverhoudingen: de driehoek zorgverzekering – geneeskundige behandelingsovereenkomst – zorginkoopovereenkomst. Bezien dient te worden wat de betekenis is van de verbondenheid met de naastgelegen verhoudingen voor de zorginkoopovereenkomst. Is wel sprake van een afzonderlijke zorginkoopovereenkomst? Houdt de zorginkoopovereenkomst een derdenbeding in ten behoeve van verzekerden? En welke vordering dient de zorgverzekeraar eigenlijk te betalen uit hoofde van zijn verplichting de zorgaanbieder voor verleende zorg te betalen? In hoeverre is voor de beantwoording van deze vragen het regelgevende kader van belang?²¹⁹ Mede in het licht van het voorgaande dient tevens bezien te worden hoe een zorginkoopovereenkomst moet worden uitgelegd en of en zo ja hoe regelgeving (verder) doorwerkt in de inhoud en omvang van de kernverplichtingen van partijen.²²⁰

216 Zie bijv. HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1456, NJ 2022/322, waarin de Hoge Raad het arrest van het hof Den Haag van 1 juni 2021 vernietigde (ECLI:NL:GHDHA:2021:943, GJ 2021/6).

217 In theorie komt ook kwalificatie als een van de resterende in Boek 7A BW geregelde overeenkomsten in aanmerking, maar de in de praktijk ligt dat niet voor de hand.

218 Hoofdstuk 5.

219 Hoofdstuk 6.

220 Hoofdstuk 7.

In het onderzoek naar de rechten en verplichtingen van partijen in het geval van niet-nakoming van de overeenkomst ligt de nadruk op de vaststelling door de zorgverzekeraar van een tekortkoming aan de zijde van de zorgaanbieder bestaande in het indienen van onrechtmatige declaraties en de rechtsgevolgen van die tekortkoming. Daarbij ga ik in op de invloed van regelgeving voor de uitvoering van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek.

Afbakening: regelgeving

Met regelgeving wordt in hoofdzaak bedoeld op regelgeving buiten het algemeen vermogensrecht (Boeken 3 en 6 BW). Ik beperk mij daarbij tot die regelgeving waarvan het meest in de lijn der verwachting ligt dat die rechtstreeks van invloed kan zijn op de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij een zorginkoopovereenkomst. Zo ga ik (onder andere) in op de mogelijke doorwerking van bepalingen omtrent de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties in de Zvw, tarief-, prestatie- en declaratieregels bij en krachtens de Wmg, aanbodregulering in de Wtza en Wbmv, regelgeving voor de kwaliteit van zorg, de regeling voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 BW, de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw en regelgeving voor de uitvoering door de zorgverzekeraar van controle op de naleving van de overeenkomst door de zorgaanbieder. Ook ga ik in op de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht. Ik ga echter niet in op bijvoorbeeld bestuursrechtelijke procedures tegen de NZa over de vaststelling van tarieven en prestaties, omdat die zien op de regelgeving als zodanig. Op het vlak van het mededingingsrecht beperk ik mij tot de toepassing van de AMM-bevoegdheden van de NZa en de toepassing door de ACM en de civiele rechter van het verbod van misbruik van machtspositie in de zin van art. 24 Mw in situaties die de machtsverhoudingen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders betreffen. Op het kartelverbod²²¹ en het concentratietoezicht²²² wordt niet nader ingegaan. Beide leerstukken zijn wel van invloed op de mate waarin afzonderlijke zorgverzekeraars of zorgaanbieders hun krachten kunnen verenigen teneinde hun onderhandelingsmacht bij het aangaan van zorginkoopovereenkomsten te vergroten. Het kartelverbod – en in zekere zin ook het concentratietoezicht – stelt tevens grenzen aan de mogelijkheden voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars om samen te werken op het vlak van kwaliteit, innovatie en bevordering van efficiëntie

221 Art. 6 Mw.

222 Art. 26-28, 34 lid 2, 41 Mw, art. 49a-49d Wmg.

van zorg.²²³ Hierbij raken het kartelverbod en het concentratietoezicht de contractuele rechten en verplichtingen bij zorginkoopovereenkomsten niet rechtstreeks. In principe zou een zorginkoopovereenkomst nietig kunnen zijn vanwege strijd met het kartelverbod van art. 6 lid 2 Mw, maar uit de beschikkingenpraktijk en rechtspraak sinds 1 januari 2006 zijn mij daarvan geen voorbeelden bekend.²²⁴

Ik beperk mij voorts tot die kwaliteits- en aanbodregulering die op alle zorg of alle beroepsbeoefenaren en/of alle instellingen van toepassing is. Ik ga zodoende niet afzonderlijk in op bijvoorbeeld de Wet ambulancezorgvoorzieningen, de Wet hulpmiddelenzorg en de Geneesmiddelenwet.²²⁵

Naast genoemde wetgeving wordt aandacht besteed aan zelfregulering in de vorm van de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap²²⁶ en het Protocol materiële controle van Zorgverzekeraars Nederland (ZN).²²⁷ Voor de doorwerking van zelfregulering in algemene zin verwijs ik evenwel naar de literatuur ter zake.²²⁸

Een analyse van de doorwerking van regelgeving in de zorginkoopovereenkomst vereist kennis over de inhoud en achtergrond van die regelgeving. Waar nodig wordt de inhoud en achtergrond van de in het onderzoek betrokken regelgeving nader onderzocht en besproken.

Hoewel ook buitenlandse zorgverzekeraars in Nederland zorgverzekeringen zouden kunnen aanbieden en ook buitenlandse zorgaanbieders wel gecontracteerd worden, wordt het merendeel van de gecontracteerde zorg door in Nederland gevestigde zorgaanbieders verleend en is op zorginkoopovereenkomsten bij mijn weten steeds Nederlands recht van

223 De ACM moedigt samenwerking ter bevordering van de kwaliteit van zorg in beginsel wel aan. Zie nader bijv. ACM, *Leidraad gezamenlijke inkoop geneesmiddelen voor de medisch-specialistische zorg*, oktober 2020; ACM, *Beleidsregel over afspraken in het kader van de beweging 'De juiste zorg op de juiste plek'*, december 2019, ACM/UIT/524798; ACM, *Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn*, september 2015; NMa, *Richtsnoeren voor de zorgsector*, 2010; NMa, *Richtsnoeren zorggroepen*, augustus 2010; NMa, *Visiedocument Individueel en collectief onderhandelen tussen vrijgevestigde extramurale zorgaanbieders en zorgverzekeraars*, 2009. Samenwerking en (vermeende) onderlinge afstemming tussen zorgaanbieders ten behoeve van hun optreden jegens zorgverzekeraars was aan de orde in o.a. ACM 2019; Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352 (LHV/ACM); NMa besluit 12 april 2010, 6824/60 (*Zorgverzekeraars/KNMP en apothekers*).

224 In Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542 (*Medical c.s./Achmea*), JAAN 2015/901, m.nt. M.J. Mutsaers, r.o. 4.12-4.13 slaagt het beroep van Medical c.s. op art. 6 Mw bijvoorbeeld niet.

225 In 5.5.4 wordt wel kort ingegaan op de kwalificatie van de zorginkoopovereenkomst met betrekking tot ambulancevervoer.

226 Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, raadpleegbaar op www.zn.nl.

227 Protocol materiële controle, onderdeel van de Gedragscode Verwerking Persoongegevens Zorgverzekeraars, versie 1 augustus 2021, www.zn.nl (hierna: Protocol materiële controle ZN).

228 Zie o.a. Castermans 2021, par. IV; Veldt 2020; Menting & Vranken 2014; Scheltema 2014; Giesen 2007.

toepassing. Ik beperk mij daarom tot de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij zorginkoopovereenkomsten naar Nederlands recht.²²⁹

1.4.2 Opbouw van dit boek

In hoofdstuk 2 belicht ik enkele onderdelen van de in 1.2.4 beschreven regelgeving binnen het zorgstelsel nader. Het betreft die onderdelen die van invloed kunnen zijn op de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij een zorginkoopovereenkomst en voor meerdere hoofdstukken relevant zijn en/of een algemeen karakter hebben, namelijk: de zorgverzekeringsovereenkomst, de wettelijke regeling van het verzekerde risico en de verzekerde prestaties, de inhoud en omvang van de in art. 11 lid 1 en sub a en b Zvw bedoelde zorgplicht, het verbod op misbruik van een economische machtspositie, de handhavingsmogelijkheden van de NZa op grond van art. 47-49 Wmg indien sprake is van aanmerkelijke marktmacht en de bevoegdheid van de NZa op grond van art. 45 Wmg om regels te geven voor de totstandkoming en de inhoud van zorginkoopovereenkomsten. Andere onderdelen van het zorgstelsel bespreek ik in de navolgende hoofdstukken voor zover relevant.

De navolgende hoofdstukken volgen de ‘levensloop’ van de overeenkomst. In hoofdstuk 3 wordt onderzocht of zorgverzekeraars aan te merken zijn als publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aw 2012. In de praktijk gaat men er thans van uit dat zorgverzekeraars niet aanbestedingsplichtig zijn. In hoofdstuk 4 staan de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij de totstandkoming van de overeenkomst centraal, uitgaande van deze veronderstelling. Onderzocht wordt wat de invloed van onder meer de Zvw, het AMM-toezicht, de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw en de beginselen van aanbestedingsrecht is op de rechten en verplichtingen van partijen. Ook wordt onderzocht of in de jurisprudentie betekenis wordt toegekend en zou moeten worden toegekend aan de hoedanigheid van de zorgverzekeraar en de betrokkenheid van publieke belangen bij de invulling van open normen.

De hoofdstukken 5, 6 en 7 vormen een drieluik dat betrekking heeft op de rechtsgevolgen van de zorginkoopovereenkomst. De zorginkoopovereenkomst wordt in hoofdstuk 5 nader geduid vanuit algemeen contractenrechtelijk perspectief. In dit hoofdstuk wordt op basis van een aantal zorginkoopovereenkomsten (‘de bestudeerde contractstukken’)²³⁰ een omschrijving van de zorginkoopovereenkomst gegeven en een inventarisatie gemaakt van kernverplichtingen en overige verplichtingen die daarin plegen voor te komen. Ook worden enkele algemene civielrechtelijke karakteristieken van de zorginkoopovereenkomst gegeven en wordt

229 Het onderzoek is niet rechtsvergelijkend van aard. Zie nader 1.4.4.

230 Zie 1.5.8 en 5.2.

onderzocht of, en zo ja, wanneer de zorginkoopovereenkomst dient te worden gekwalificeerd als een in Boek 7 BW geregelde overeenkomst. In hoofdstuk 6 staat de verhouding van de zorginkoopovereenkomst tot de zorgverzekering en de geneeskundige behandelingsovereenkomst centraal. Onderzocht wordt onder meer of en zo ja wanneer de zorginkoopovereenkomst een derdenbeding bevat, of de zorginkoopovereenkomst onderdeel uitmaakt van een meerpartijenovereenkomst of van samenhangende rechtsverhoudingen en in welke verhouding de betalingsverplichting van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder haar oorsprong vindt. De doorwerking van regelgeving met betrekking tot de verzekerde prestaties (Zvw), tarieven, prestaties en declaratiewijze (Wmg) en kwaliteit van zorg in de inhoud van de overeenkomst wordt nader onderzocht in hoofdstuk 7. Daartoe wordt ook onderzocht welke maatstaven gelden voor de uitleg van zorginkoopovereenkomsten en op welke wijze wetsbepalingen kunnen doorwerken in, of indirect van invloed kunnen zijn op de contractenrechtelijke rechten en plichten van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder bij zorginkoopovereenkomsten.

Onderwerp van hoofdstuk 8 vormen de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbidders in het geval van een tekortkoming in de nakoming van zorginkoopovereenkomsten en bij de vaststelling van eventuele tekortkomingen door middel van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek. Het hoofdstuk begint met een verkenning van de juridische en praktische relevantie van mogelijke soorten tekortkomingen in de nakoming van verschillende hoofdverbintenissen van partijen bij de zorginkoopovereenkomst. In de rest van het hoofdstuk ligt de focus op tekortkomingen aan de zijde van de zorgaanbieder bestaande in het (leveren en) declareren van zorg die niet behoort tot de bij en krachtens de Zvw verzekerde prestaties en het declareren van zorg in strijd met de bij en krachtens de Wmg gegeven tarief- en prestatieregels, oftewel zogenoemde 'onrechtmatige declaraties' en de rechtsgevolgen daarvan.

Hoofdstuk 9 biedt een slotbeschouwing waarin de belangrijkste bevindingen van het onderzoek worden besproken, de toepassing van het gemengde publiek-privatrechtelijke kader op de zorginkoopovereenkomst wordt geëvalueerd en enkele aanbevelingen worden gedaan.

1.4.3 Relevantie

Met dit onderzoek beoog ik inzicht te bieden in de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbidders bij zorginkoopovereenkomsten, in het bijzonder in de manier waarop en de mate waarin regelgeving, de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbidders bij zorginkoopovereenkomsten al dan niet beïnvloeden en mijns inziens zouden moeten beïnvloeden. Het onderzoek richt zich zodoende op de manier waarop de zorginkoopovereenkomst in het geldende gemengde

publiek-privaatrechtelijke kader kan worden ingepast en hoe dat kader op de overeenkomst moet worden toegepast. Met dit onderzoek wordt niet beoogd te onderzoeken of zorgverzekeraars en zorgaanbieders door middel van zorginkoop op de beoogde wijze bijdragen aan de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg, of het zorgstelsel goed functioneert of dat aanpassingen noodzakelijk zijn. Het beantwoorden van dergelijke vragen vergt input van onder meer economische en sociaalwetenschappelijke disciplines en uiteindelijk een politieke afweging. De bevindingen van het onderzoek kunnen wel relevant zijn voor de wetgever bij de ontwikkeling van nieuwe regelgeving en toekomstige wijzigingen in het zorgstelsel. Ook kunnen zij relevant zijn voor de rechtspraak. Tevens kan het onderzoek bijdragen aan de rechtsvorming en gedachtevorming over de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de positie van semi-publieke instellingen in het contractenrecht in bredere zin.

1.4.4 Methode en verantwoording

Dit boek vormt een verslag van in hoofdzaak juridisch-dogmatisch onderzoek. Aan de hand van de geraadpleegde bronnen is 'met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen'²³¹ getracht tot beantwoording van uit de vraagstelling voortvloeiende rechtsvragen te komen. Die rechtsvragen hebben met name betrekking op de doorwerking van regelgeving in de contractuele zorginkoopverhouding en op de invloed van de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar op de rechten en verplichtingen van partijen in die verhouding.²³²

Ik heb geen rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd, afgezien van een vergelijking met de positie van Duitse ziekenfondsen voor de toepassing van het Europese aanbestedingsrecht naar aanleiding van het arrest *Oymanns/AOK*²³³ van het Europese Hof van Justitie. De aanpak van dit onderzoek leent zich daar niet goed voor, in ieder geval niet in de volle breedte en binnen redelijke tijd, omdat het gericht is op de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders in het Nederlandse recht, gelet op de hoedanigheid van de Nederlandse zorgverzekeraar in het Nederlandse zorgstelsel en de doorwerking van Nederlandse sectorspecifieke regelgeving in Nederlands contractenrecht. Voor rechtsvergelijking

231 Vranken 2014, p. 1728. Zie ook Westerman en Wissink 2008, par. 6, die rechtswetenschappelijk onderzoek omschrijven als 'het inventariseren en lezen van de relevante wetgeving en jurisprudentie, historisch onderzoek naar de ontwikkeling daarvan, nadenken over de gehanteerde argumenten en zelf argumenteren'.

232 Vgl. Westerman & Wissink 2008, par. 6 die opmerken dat het er bij rechtswetenschappelijk onderzoek 'steeds om gaat het rechtssysteem te (re)construeren opdat nieuwe ontwikkelingen een plaats krijgen' en dat 'de theoretische achtergrond (...) wordt (...) ontleend aan de vigerende beginselen en begrippen van het rechtssysteem zelf.'

233 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*).

zouden zowel de inrichting van het buitenlandse zorgstelsel, de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het buitenlandse rechtsstelsel en het buitenlandse contractenrecht in aanmerking moeten worden genomen. Rechtsvergelijking op enkele deelonderwerpen ligt gelet op de opzet van dit onderzoek niet voor de hand. Het onderzoek heeft wel betrekking op de wisselwerking tussen twee rechtsterreinen: (sector-specifiek) publiekrecht en privaatrecht.²³⁴

De gebruikte bronnen zijn wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur. Ook is gebruik gemaakt van marktscans en monitors van de NZa, beleidsstukken en – veelal in opdracht van een ministerie opgestelde – onderzoeksrapporten. Deze laatste bronnen boden met name informatie over de feitelijke gang van zaken rondom de zorginkoop en eventuele knelpunten die zich daarbij voordoen.

Teneinde de zorginkoopovereenkomst als type overeenkomst nader contractenrechtelijk te duiden, alsmede tot een omschrijving van de zorginkoopovereenkomst te komen en de veelvoorkomende bedingen in kaart te brengen is eveneens gebruik gemaakt van kwalitatief onderzoek van contractstukken. In 2014 en 2018 is een aantal online gepubliceerde algemene inkoopvoorwaarden en geüniformeerde bepalingen met elkaar vergeleken (hierna: de bestudeerde contractstukken). Voor een opsomming van de bestudeerde contractstukken en verdere verantwoording van dit onderdeel van het onderzoek verwijst ik naar 5.2.

Het onderzoek is afgesloten op 1 september 2022. Verwijzingen naar regelgeving en rechtspraak van de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie zijn bijgewerkt tot en met in ieder geval 1 januari 2023. Met ontwikkelingen nadien kon slechts in beperkte mate rekening worden gehouden. Ten behoeve van het onderzoek is de gepubliceerde feitenrechtspraak van de civiele rechter over zorginkoopovereenkomsten via rechtspraak.nl verzameld en waar van toepassing verwerkt uit de periode van na inwerkingtreding van de Zvw op 1 januari 2006 tot 1 maart 2021.²³⁵ Naar oudere rechtspraak over geschillen in de zorginkoopverhouding, destijds meestal medewerkersverhouding genoemd, is niet systematisch gezocht op rechtspraak.nl. Voor zover ook in het huidige zorgstelsel nog relevant, is wel naar oudere rechtspraak verwezen.²³⁶ Ook zijn geraadpleegd alle

234 Waarbij het publiekrecht kan worden omschreven als ‘het recht dat is geformuleerd om de verhouding te regelen tussen overheid en burger en tussen overheden onderling’ en het privaatrecht als ‘het recht dat is geformuleerd om de verhouding te regelen tussen burgers onderling.’ Snijders 2021, par. 2.1.

235 Op www.rechtspraak.nl is gezocht met de zoekterm: ‘~zorgverzekeraar ~zorgaanbieder ~zorgovereenkomst ~NZa.’ Uit de resultaten zijn de uitspraken van de civiele rechter geselecteerd, waarna verder gefilterd is op uitspraken die betrekking hebben op geschillen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Gepubliceerde uitspraken in hoger beroep (en cassatie) van 1 maart 2021 tot in ieder geval 1 januari 2023 in zaken waarin de rechtbank voor 1 maart 2021 uitspraak heeft gedaan zijn wel verwerkt.

236 Zie voor oudere rechtspraak o.a. RZA, RZA Klassiek en Hermans & Van Donk 2007 en Hermans & Van Donk 2004.

AMM-besluiten van de NZa en alle besluiten van de NMa/ACM over misbruik van machtspositie in de zorginkoopverhouding uit de periode van de inwerkingtreding van de Wmg op 1 oktober 2006 tot 1 december 2022 die gepubliceerd zijn op acm.nl of het documentenplatform²³⁷ van de NZa, alsmede de uitspraken van de bestuursrechter in beroepszaken over deze besluiten. Andere jurisprudentie, bijvoorbeeld algemene civielrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke, is gebruikt voor zover relevant.

Geschillen over zorgcontactering tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders kunnen sinds 2 juni 2016 ook beslecht worden door mediation, bindend advies of arbitrage door de bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) ondergebrachte Onafhankelijke Geschilleninstantie voor geschillenoplossing en -beslechting zorgcontractering (hierna: de Geschilleninstantie).²³⁸ Bij de Geschilleninstantie zijn tot nu toe maar enkele geschillen ingediend.²³⁹ De arbitrale uitspraken en bindende adviezen zijn niet gepubliceerd en niet in het onderzoek betrokken. Naar enkele van de uitspraken van de voorheen bestaande Commissie voor de Rechtspraak is wel verwezen.

Voorts is in de loop van het onderzoek op informele wijze van gedachten gewisseld over het onderzoeksonderwerp met enkele experts, waaronder medewerkers van zorgaanbieders, zorgverzekeraars, de NZa, de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen, wetenschappelijk onderzoekers en advocaten.

Paragraaf 7.8 is deels ontleend aan en bouwt voort op een eerder door mij gepubliceerde annotatie.²⁴⁰ Ten behoeve van de beantwoording van vragen over nietigheid vanwege strijd met openbare orde in de zin van art. 3:40 BW heb ik geput uit eerdere met Veldt gepubliceerde artikelen.²⁴¹

1.5 TERMINOLOGIE EN VERDERE AFBAKENING

1.5.1 Zorginkoopovereenkomst

In dit boek duid ik de overeenkomst tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder aan als ‘zorginkoopovereenkomst.’ Zorginkoopovereenkomst is geen wettelijke term. In wetgeving, literatuur, parlementaire geschiedenis en rechtspraak wordt de zorginkoopovereenkomst meestal niet nader

²³⁷ [Puc.overheid.nl/nza/](http://puc.overheid.nl/nza/).

²³⁸ Convenant ter instelling van een Onafhankelijke Geschilleninstantie voor Geschillenoplossing en -beslechting Zorgcontractering, raadpleegbaar op nai-nl.org; *Kamerstukken II* 2015/16, 29689, nr. 717 (brief minister VWS); Mingels 2018.

²³⁹ Tot en met september 2017 zijn 7 geschillen ingediend die betrekking hebben op Zvw zorg. Begeleidingscommissie Geschilleninstantie Zorgcontractering 2019, p. 2.

²⁴⁰ Ten Oever, *TvGR* 2017/1.

²⁴¹ Ten Oever & Veldt 2016a; Ten Oever & Veldt 2016b.

benoemd,²⁴² of wordt daarvoor de term ‘zorgovereenkomst’ of ‘zorgverleningsovereenkomst’ gebruikt.²⁴³ Ik heb voor de term ‘zorginkoopovereenkomst’ gekozen, omdat uit deze term meer dan uit ‘zorgovereenkomst’ en ‘zorgverleningsovereenkomst’ het verschil met de geneeskundige behandelingsovereenkomst blijkt. Als nadeel van de term ‘zorginkoopovereenkomst’ zou men kunnen noemen dat de term niet neutraal is. Wanneer de zorgverzekeraar aan zorginkoop doet, doet de zorgaanbieder immers aan zorgverkoop. ‘Zorginkoopovereenkomst’ sluit wel aan bij de benaming ‘zorginkoopmarkt’ die men aan de markt waarop zorginkoopovereenkomsten worden gesloten pleegt te geven.²⁴⁴ Die benaming is wellicht mede ingegeven door de regierol die aan de zorgverzekeraar wordt toebedacht. Het is ook de zorgverzekeraar die op grond van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw jaarlijks zijn ‘zorginkoopbeleid’ bekend moet maken.

Met ‘inkoop’ in de term ‘zorginkoopovereenkomst’ refereer ik niet aan de koopovereenkomst in de zin van art. 7:1 BW, maar aan de economische activiteit van het inkopen van diensten en goederen. Of de zorginkoopovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een of meerdere van de in Boek 7 BW benoemde overeenkomsten, onderzoek ik in hoofdstuk 5.

Ook andere partijen dan zorgverzekeraars kopen zorg in, bijvoorbeeld uitvoerders van de Wet langdurige zorg, gemeenten (zie 1.5.3) en houders van een persoonsgebonden budget. Een preciezere, noodzakelijkerwijs langere, benaming zou mijns inziens echter afbreuk doen aan de leesbaarheid.

De termen ‘zorginkoopovereenkomst’ en ‘zorginkoopcontract’ worden in dit boek uitwisselbaar gebruikt.

1.5.2 Zorgverzekeraar, zorgaanbieder, patiënt, verzekerde

Onder zorgverzekeraar(s) en zorgaanbieder(s) versta ik in dit boek die rechtspersonen of individuele hulpverleners in de zin van afdeling 7.7.5 BW die partij zijn bij de zorginkoopovereenkomst. Aangezien dit onderzoek beperkt is tot zorginkoopovereenkomsten met betrekking tot zorg die onder de Zvw valt,²⁴⁵ dient de zorgverzekeraar op grond van art. 1 sub a en b Zvw een verzekeringsonderneming als bedoeld in de richtlijn Solvabiliteit II²⁴⁶ te zijn. Het komt dikwijls voor dat meerdere zorgverzekeraars die

242 Bijv. art. 12 Zvw; Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 10.8. Zie wel Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:828, GJ 2020/72: ‘zorginkoop-overeenkomsten’.

243 Bijv. Ekelmans 2020, p. 148; Mingels 2018, die in par. 2 overigens ook de term ‘zorginkoopcontract’ gebruikt; HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901, NJ 2018/316, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Famed/Kreikamp q.q.*), r.o. 3.4.3; Den Herder 2013, p. 238.

244 Bijv. *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 9. Op de zorginkoopmarkt worden ook tussen andere partijen overeenkomsten gesloten, bijvoorbeeld tussen ziekenhuis en medisch-specialist en tussen zorgaanbieders onderling.

245 Zie 1.5.3.

246 Richtlijn 2009/138/EG.

tot een concern behoren, partij zijn bij één zorginkoopovereenkomst.²⁴⁷ Heeft een zorgverzekering betrekking op zowel zorg die onder de Zvw valt als aanvullende zorg, dan treedt over het algemeen ook de rechtspersoon die aanvullende verzekeringen aanbiedt als contractspartij op.²⁴⁸

Zorgaanbieder kan iedere aanbieder van zorg of overige diensten zijn die onder de Zvw vallen. Op de bijzonderheden van zorginkoopovereenkomsten met betrekking tot ambulancevervoer en zittend ziekenvervoer wordt in dit boek niet ingegaan, afgezien van enkele opmerkingen over de kwalificatie van deze overeenkomsten.²⁴⁹

Met verzekerde doel ik op de verzekerde in de zin van art. 1 sub f Zvw: degene wiens risico van behoefte aan zorg of overige diensten, als bedoeld in art. 10 Zvw, door een zorgverzekering met de zorgverzekeraar wordt gedekt. De verzekerde patiënt is de verzekerde die zich vanwege een behoefte aan zorg tot een zorgaanbieder heeft gewend. Ik ga ervan uit dat de patiënt ook degene is die als opdrachtgever partij is bij een eventuele geneeskundige behandelingsovereenkomst met de zorgaanbieder.

Ik ga er in dit boek, in het bijzonder in hoofdstuk 6, van uit dat de rechtspersoon of individuele hulpverlener die partij is bij de zorginkoopovereenkomst ook partij is bij de eventuele geneeskundige behandelingsovereenkomsten met bij de zorgverzekeraar verzekerde patiënten.²⁵⁰

1.5.3 Zorginkoop ter uitvoering van de Zvw

Het onderzoek is beperkt tot zorginkoopovereenkomsten gesloten door zorgverzekeraars en zorgaanbieders in het kader van de uitvoering door zorgverzekeraars van de Zvw. De Zvw is één van de vier wetten (Zvw, Wet langdurige zorg (Wlz), Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) en de Jeugdwet) waarin de toegang tot en financiering van

247 Zie kort nader 5.3.2.

248 Zie over de aanvullende zorgverzekering 1.5.4.

249 Zie 5.5.4.3.

250 Zie over wie als hulpverlener partij is bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst nader Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Monografieën BW nr. B87) 2021/4.3*; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/402. Overigens bepaalt art. 7:462 BW dat indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk is, als ware het zelf bij de overeenkomst partij. Op grond van art. 7:464 lid 1 BW zijn de bepalingen van afdeling 7.7.5 en onder andere art. 7:404 BW van overeenkomstige toepassing indien in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf anders dan krachtens een behandelingsovereenkomst handelingen op het gebied van de geneeskunst worden verricht, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Zie nader Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Monografieën BW nr. B87) 2021/22*; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/457.

zorg voor inwoners van Nederland geregeld is en in het kader waarvan uitvoerders van deze wetten overeenkomsten sluiten met zorgaanbieders. De zorginkoopovereenkomst in het kader van de Zvw staat in dit onderzoek centraal, omdat de zorgverzekeraar van de vier uitvoerders het meest 'privaat' is. De marktwerkingsgedachte speelt in het kader van de Zvw ook de grootste rol. Dat maakt dat de wisselwerking tussen regulering, contract en publieke belangen in de zorginkoopverhouding met betrekking tot zorg die onder de Zvw valt de meeste vragen lijkt op te roepen. Mede daarom en omwille van beperking van het onderzoek is ook geen vergelijking gemaakt met de rechten en verplichtingen van uitvoerders van de drie andere wetten ten opzichte van zorgaanbieders en vice versa.

Ter toelichting bespreek ik de vier wetten hier kort. Ook geef ik kort aan wat de hoedanigheid van de uitvoerders van de wetten is en of de Wmg en het aanbestedingsrecht op de uitvoerders van toepassing zijn. Op verschillen in de rechtsverhouding tussen de verzekerde en de uitvoerder en de financiering van de uitvoerders van deze wetten ga ik niet in.

- De *Zvw* heeft betrekking op de verzekering van de behoefte aan curatieve, ofwel op genezing gerichte, zorg en zorg die verband houdt met een hoog risico op een behoefte aan deze zorg. Het betreft onder andere medisch-specialistische zorg, huisartsenzorg, geriatrische revalidatie, farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg, verpleging, verblijf in verband met geneeskundige zorg en vervoer in verband met voornoemde zorg.²⁵¹ Sinds 2015 behoren ook verpleging en verzorging zonder dat sprake is van verblijf, waaronder wijkverpleging, en de extramurale behandeling van mensen met een zintuiglijke beperking tot de bij en krachtens de *Zvw* te verzekeren prestaties.²⁵²
- De *Wet langdurige zorg* (Wlz) regelt de toegang tot de (mogelijk) langdurige zorg voor mensen met een somatische of psychogeriatrische aandoening of beperking dan wel een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke handicap, ook wel de 'care' genoemd.
- De *Wet maatschappelijke ondersteuning 2015* (Wmo 2015) voorziet in een regeling voor de ondersteuning bij het uitvoeren van de noodzakelijke algemene dagelijkse levensverrichtingen, het voeren van een gestructureerd huishouden en deelname aan het maatschappelijk verkeer door onder andere woningaanpassing, beschermd wonen, vervoer, dagbesteding, huishoudelijke hulp en opvang.
- De *Jeugdwet* heeft betrekking op jeugdhulp, waaronder pleegzorg en GGZ voor de jeugd.

251 Art. 10 en 11 lid 3 *Zvw*, het Besluit zorgverzekering.

252 Art. 2.5a en 2.10 Besluit zorgverzekering.

De Zvw wordt uitgevoerd door meerdere zorgverzekeraars. Dat zijn, zoals al genoemd in 1.2.4 en 1.5.2 private schadeverzekeraars, die met elkaar zouden moeten concurreren.²⁵³ De Wlz wordt uitgevoerd door Wlz-uitvoerders, die zich daarvoor hebben aangemeld.²⁵⁴ Wlz-uitvoerders zijn eveneens krachtens privaatrecht opgerichte rechtspersonen, die geen zorgverzekeraar zijn, maar wel behoren tot een groep waarvan ook een zorgverzekeraar deel uitmaakt.²⁵⁵ Anders dan de zorgverzekeraar mag de Wlz-uitvoerder geen winstoogmerk hebben en geen winst uitkeren.²⁵⁶ Uitgangspunt van de Wlz is dat de Wlz in iedere regio door één door de minister aangewezen Wlz-uitvoerder wordt uitgevoerd, het zorgkantoor, en de overige Wlz-uitvoerders de uitvoering van de Wlz, waaronder zorginkoop, aan dit zorgkantoor uitbesteden.²⁵⁷ Bij de uitvoering van de Wlz is voorts een extra partij betrokken: het Centrum indicatiestelling zorg (CIZ) dat op aanvraag van de verzekerde in een indicatiebesluit vaststelt op welke zorg de verzekerde gezien zijn behoefte recht heeft.²⁵⁸ De uitvoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet is opgedragen aan gemeenten.²⁵⁹ Wlz-uitvoerders en gemeenten zijn geen ondernemingen in de zin van de Mw, zorgverzekeraars wel.²⁶⁰ Gemeenten zijn aanbestedingsplichtig. Over de kwalificatie van zorgverzekeraars als aanbestedende diensten handelt hoofdstuk 3 van dit boek. Het lijkt mij aannemelijk dat als zorgverzekeraars aanbestedende diensten zijn, zoals ik beargumenteer, dat ook Wlz-uitvoerders aanbestedende diensten zijn.²⁶¹ De Wmg is van toepassing op zorgverzekeraars en Wlz-uitvoerders, maar niet op gemeenten.²⁶²

253 Art. 1 sub b Zvw.

254 Art. 4.1.1 lid 2 en lid 4 en art. 4.2.1 Wlz.

255 Art. 1.1.1 en 4.1.1 lid 1 Wlz. Zie ook Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 772.

256 Art. 4.1.2 lid 1 sub a Wlz.

257 Art. 4.2.4 lid 2: voor de verstrekking van het persoonsgebonden budget en de administratie- en controletaken voor alle verzekerden in die regio wijst de minister één Wlz-uitvoerder per regio aan. Het centraliseren van zorginkoop per regio is niet wettelijk geregeld, maar wel beoogd. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 38-40 en 169.

258 Art. 3.2.3 Wlz.

259 Hoofdstuk 2 Jeugdwet; hoofdstuk 2 Wmo 2015.

260 Art. 122 Zvw. Wiggers 2013, p. 8; NMa Richtsnoeren voor de zorgsector 2010, p. 20-21. Zie voor vindplaatsen over de kwalificatie van zorgverzekeraars als ondernemingen in de zin van het VWEU 1.2.4.

261 In de memorie van toelichting bij de Wlz wordt eenmaal opgemerkt dat Wlz-uitvoerders wel aanbestedingsplichtig zijn, maar niet waarom. *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 29. De NZa sluit zich hierbij aan. NZa, Beleidsregel TH/BR-022. Normenkader Wlz-uitvoerder, p. 19 en TH/BR-26, p. 20. Zie over de voorgangers van Wlz-uitvoerders, zorgkantoren, ten tijde van de AWBZ, Essers & Lombert 2017, p. 102-103.

262 Art. 1 sub f Wmg. Zorgverzekeraars, Wlz-uitvoerders en particuliere ziektekostenverzekeraars zijn alle ziektekostenverzekeraars in de zin van de Wmg.

1.5.4 Zvw zorg en aanvullende zorg

In dit onderzoek richt ik mij op zorginkoopcontracten die betrekking hebben op bij en krachtens de Zvw prestaties, ook wel zorg die tot de 'basisverzekering' behoort. Het komt echter dikwijls voor dat zowel basis als aanvullende zorg onderwerp van een zorginkoopovereenkomst vormen. Soms betreft de aanvullende zorg andere behandelingen dan de basiszorg, maar vaak ook dezelfde. Voor met name paramedische zorg zoals fysiotherapie, diëtetiek en ergotherapie is het namelijk zo dat maar een aantal behandelingen of een aantal behandelingen tot de bij en krachtens de Zvw verzekerde prestaties behoren. Voor eventuele meerdere²⁶³ behandelingen of behandelingen kunnen verzekerden desgewenst een aanvullende verzekering afsluiten.

Voor zover een zorginkoopcontract ziet op zorg die valt onder een aanvullende zorgverzekering, dient bezien te worden in hoeverre hetgeen in dit boek is geschreven daarop van toepassing is. Daarbij is van belang dat de aanvullende ziektekostenverzekering een reguliere particuliere verzekering is waarvoor de publieke randvoorwaarden in de Zvw, zoals de acceptatieplicht, verzekeringsplicht, het verbod van risicoselectie en een wettelijk voorgeschreven pakketsamenstelling, niet gelden. Het staat iedere verzekeraar vrij om naast zorgverzekeringen ook aanvullende ziektekostenverzekeringen aan te bieden. Voor zover een verzekeraar aanvullende ziektekostenverzekeringen aanbiedt wordt hij echter niet als zorgverzekeraar in de zin van art. 1 sub b Zvw aangemerkt en maakt hij dus ook geen aanspraak op de vereveningsbijdrage.²⁶⁴ De reden hiervoor is dat de regering de verzekering van aanvullende prestaties 'niet tot haar verantwoordelijkheid' rekent. De daaronder begrepen zorg voldoet niet aan de criteria voor samenstelling van het verplicht verzekerde pakket. Het is niet de bedoeling van de wetgever dat de aanvullende prestaties binnen het regime van de Zvw bekostigd worden.²⁶⁵ De maatschappelijke rol van de zorgverzekeraar of aanvullende ziektekostenverzekeraar die met zorgaanbieders over aanvullende zorg contracteert is zodoende een andere dan die van de zorgverzekeraar die over bij en krachtens de Zvw verzekerde prestaties contracteert. De Wmg is wel van toepassing op 'particuliere ziektekostenverzekeraars' en op een deel van de aanvullende zorg.²⁶⁶ Ook in wetten voor de kwaliteit van zorg wordt geen onderscheid gemaakt tussen zorg die onder de Zvw en die onder aanvullende ziektekostenverzekeringen valt.

263 Voor fysiotherapie geldt dat juist pas de 21^e en volgende behandeling onder de krachtens de Zvw verzekerde prestaties valt. Art. 2.6 lid 2 Besluit zorgverzekering.

264 Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 44.*

265 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 44-45, 78.*

266 Art. 1 sub b en sub f Wmg.

1.5.5 Zorginkoop ten behoeve van natura- en restitutieverzekerden

In principe geldt hetgeen in dit boek is vermeld ongeacht of de zorginkoopovereenkomst betrekking heeft op zorgverlening aan verzekerden met een aanspraak op zorg in natura (art. 11 lid 1 sub a Zvw) of op verzekerden met een aanspraak op restitutie (art. 11 lid 1 sub b Zvw). Zorginkoopovereenkomsten zien over het algemeen op zorgverlening aan verzekerden met beide typen aanspraken,²⁶⁷ hoewel zorgverzekeraars ten behoeve van verzekerden met een restitutie-aanspraak geen zorginkoopovereenkomsten hoeven te sluiten. Ondanks het feit dat de natura- en restitutie-aanspraak van elkaar verschillen, maken zorgverzekeraars en zorgaanbieders in zorginkoopovereenkomsten bij mijn weten ook geen onderscheid naar gelang de aanspraak van de verzekerden waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Zorgverzekeraars kunnen de aanspraak tot vergoeding van kosten van zorg beperken tot zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders, of verzekerden de vrije keuze laten. Zorginkoopovereenkomsten kunnen op verzekerden met beide typen restitutie-aanspraken zien. Zie nader over de verschillende typen verzekeringsaanspraken en de door de NZa en in dit boek gehanteerde terminologie 2.2.2.2 en 2.2.3.

1.5.6 Zorginkoopovereenkomst vs betaalovereenkomst

De zorginkoopovereenkomst dient te worden onderscheiden van wat men wel een 'betaalovereenkomst' noemt. Op grond van een betaalovereenkomst kunnen zorgaanbieders kosten voor zorg verleend aan de verzekerden van de zorgverzekeraar rechtstreeks bij de zorgverzekeraar declareren.²⁶⁸ Jegens verzekerden met een aanspraak op (vergoeding van) gecontracteerde zorg geldt de zorgaanbieder echter als niet-gecontracteerde

267 De Groot 2011, p. 166-167; Van der Most 2010, p. 434; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 757, 758; NZa, *Thematisch onderzoek zorgplicht*, februari 2010, p. 18; *Kamerstukken II* 2017/18, 34971, nr. 3, p. 8, 13. In de door mij de bestudeerde contractstukken (zie 1.5.8 en 5.2) wordt de verzekerde aangeduid als de verzekerde persoon die recht heeft op verstrekking of vergoeding van zorg. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naar het type aanspraak dat de verzekerde heeft.

268 Vgl. Van Boom, *AA* 2018/3, p. 230, voetnoot 2, die ervan uitgaat dat het doel van de betaalovereenkomst is de verzekerde tegenover de zorgaanbieder te bevrijden en de zorgverzekeraar tegenover de verzekerde. Dat laatste zal steeds de bedoeling zijn, dat eerste kan alleen ten behoeve van de restitutieverzekerde. Zie over de betaalovereenkomst ook 6.6.4.

zorgaanbieder.²⁶⁹ Verzekerden met een aanspraak op (vergoeding van) gecontracteerde zorg hebben op grond van art. 13 lid 1 Zvw recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding, die in de praktijk niet de volledige door de zorgaanbieder in rekening gebrachte kosten dekt.²⁷⁰ De zorgaanbieder maakt op grond van de betaalovereenkomst jegens de zorgverzekeraar alleen aanspraak op deze lagere vergoeding voor zorg verleend aan verzekerden met een aanspraak op gecontracteerde zorg. Voor zorgverlening aan restitutieverzekerden wiens aanspraak niet beperkt is tot gecontracteerde zorgaanbieders kan hij wel de totale kosten declareren bij de zorgverzekeraar, voor zover niet hoger dan binnen de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend.²⁷¹ Het voordeel van een betaalovereenkomst voor de zorgaanbieder is dat deze niet voor elke verzekerde met een restitutieverzekering afzonderlijk hoeft te factureren, met bijbehorend debiteurenrisico. Voor naturaverzekerden wordt in ieder geval voor de op grond van art. 13 lid 1 Zvw door de zorgverzekeraar te betalen vergoeding het debiteurenrisico ondervangen. Zorgverzekeraars ontvangen niet van iedere verzekerde afzonderlijk een nota en de verzekerde hoeft (een deel van) zijn zorgkosten niet eerst zelf voor te schieten. Een betaalovereenkomst bevat in de regel geen zorginhoudelijke afspraken, maar zorgverzekeraars plegen wel bepaalde eisen te stellen aan zorgaanbieders die een betaalovereenkomst met de zorgverzekeraar willen sluiten.²⁷²

1.5.7 Geen arbeidsovereenkomst

Dit onderzoek ziet niet op overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders die aan te merken zijn als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 lid 1 BW. Over het algemeen zal een zorginkoopovereenkomst ook geen arbeidsovereenkomst zijn. Uitgesloten is een kwalificatie als arbeidsovereenkomst echter niet. De Zvw verbiedt niet dat een zorgverzekeraar vanuit de eigen rechtspersoon zorg verleent en daarvoor zorgverleners in dienst heeft. Een voorstel tot opname in de Wmg van een verbod op verticale integratie, waaronder het verlenen van zorg in eigen beheer, is in december 2014 door de Eerste Kamer verworpen.²⁷³ Naast de mogelijkheid

269 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6219, *GJ* 2017/130, r.o. 3.5; Rb. Midden Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, *GJ* 2015/96 (*Allekeur/Achmea*), r.o. 2.5 en 2.6; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2929, *NJF* 2018/402 (*Betaalovereenkomst thuiszorg*), r.o. 2.3; zilverenkruis.nl/zorgaanbieders, onder 'declareren' en dan 'declareren als u geen contract heeft' (geraadpleegd op 11 april 2023).

270 Zie nader over art. 13 lid 1 Zvw 2.2.2.3.

271 Art. 2.2 lid 2 Besluit zorgverzekering. Ook kan de eigen bijdrage op de vergoeding in mindering worden gebracht. Zie over de eigen bijdrage 6.7.1.

272 Van der Most 2007, p. 26, 29, 30, 32.

273 *Kamerstukken II* 2011/12, 33362, nr. 2. Zie over het voorgestelde verbod op verticale integratie in dit wetsvoorstel o.a. Plomp 2013; Rijken 2009.

dat een zorgverzekeraar bewust zorgaanbieders in dienst neemt, zou een zorginkoopovereenkomst met een individuele zorgaanbieder, bijvoorbeeld een zzp'er zonder vaste praktijkruimte, zoals een wijkverpleeg(st)er of kraamverzorgster, onder (uitzonderlijke) omstandigheden onbedoeld als arbeidsovereenkomst aangemerkt kunnen worden.²⁷⁴ Ik ga in dit onderzoek niet van die situatie uit.

1.5.8 Bestudeerde contractstukken

Waar ik refereer aan de bestudeerde contractstukken doel ik op de door mij geanalyseerde online gepubliceerde algemene inkoopvoorwaarden en geüniformeerde bepalingen die op zorginkoopovereenkomsten van toepassing kunnen worden verklaard of daarvan onderdeel uit kunnen maken. Voor een opsomming en nadere omschrijving verwijs ik naar 5.2.

274 In de NZa, *Monitor contractering wijkverpleging 2019*, p. 54 is vermeld dat drie zorgverzekeraars geen overeenkomsten wilden sluiten met zzp-aanbieders van wijkverpleging. Ook bepalen bijv. de Algemene voorwaarden zorginkoop 2020 van Menzis in art. 21 lid 2: 'Tussen partijen is geen sprake van een (fictieve) dienstbetrekking als bedoeld in de Wet op de loonbelasting.' In een verdiepend onderzoek gaven zorgverzekeraars niet als reden voor het niet willen contracteren van zzp'ers voor de verlening van wijkverpleging dat daarbij het risico bestaat dat de overeenkomst gekwalificeerd dient te worden als arbeidsovereenkomst. Arteria Consulting 2019, p. 14-15. In het verleden is wel op het risico van kwalificatie als arbeidsovereenkomst gewezen: brief van de ministers van VWS, SZW en de staatssecretarissen van VWS en Financiën d.d. 10 oktober 2014, 'Zelfstandigen zonder personeel in de zorg' *Kamerstukken II 2014/15*, 32642, nr. 5, p. 6.