



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).

2.1 INLEIDING

In 1.2 is reeds een overzicht gegeven van de regelgeving in het zorgstelsel¹ en de ontwikkeling daarvan, voor zover relevant voor de zorginkoopovereenkomst. In dit hoofdstuk bespreek ik nader enkele aspecten van de regulering van het zorgstelsel die voor meerdere van de navolgende hoofdstukken van belang zijn. Een deel van de hier niet nader besproken regelgeving komt aan bod in de navolgende hoofdstukken, voor zover van belang vanuit het perspectief van de rechten en verplichtingen van partijen bij de zorginkoopovereenkomst.²

In 2.2 komen enkele in de Zvw geregelde onderwerpen aan de orde, namelijk de zorgverzekeringsovereenkomst (2.2.1) en de wettelijke regeling van het verzekerde risico en de verzekerde prestaties (2.2.2.). In 2.2.2.2 ga ik nader in op de begrippen natura en restitutie. Ik zet uiteen hoe de NZa deze begrippen hanteert en hoe ik dat in dit boek doe. In 2.2.3 wordt de in art. 11 lid 1 Zvw genoemde ‘zorgplicht’ van de zorgverzekeraar tot het leveren van zorg in natura danwel restitutie en desgevraagd zorgbemiddeling nader geduid, omdat de zorgverzekeraar de in art. 11 lid 1 Zvw omschreven verplichtingen onder andere kan vervullen door zorginkoopovereenkomsten aan te gaan en af te dwingen.

In 2.3 wordt kort het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie, zoals opgenomen in art. 24 lid 1 Mw en art. 102 VWEU besproken en de beschikkingenpraktijk van de ACM op het terrein van zorginkoopovereenkomsten.

In 2.4 ga ik nader in op de regeling van de handhavingsmogelijkheden van de NZa op grond van art. 47-49 Wmg indien een of meer zorgverzekeraars of zorgaanbieders beschikken over aanmerkelijke marktmacht (AMM) en de mogelijke gevolgen daarvan voor zorginkoopovereenkomsten. Aan bod komen achtereenvolgens de wettelijke regeling, de wijze waarop de NZa in haar beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg³ aangeeft invulling te zullen geven aan haar bevoegdheid en de beschikkingenpraktijk tot nu toe. Enkele beschikkingen zullen nader worden besproken en/of

1 Zie voor de geldende regelgeving 1.2.4.

2 Zie over de regelgeving in het zorgstelsel ook Leenen/Gevers e.a. 2020; Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht (MM SBR)* 2018; en met een focus op privacy en controle op de naleving van de Zvw en Wmg Ekelmans 2020.

3 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030.

aangehaald in hoofdstuk 4 en 7. In 2.4.4 evalueer ik de huidige toepassing van het instrumentarium mede in het licht van het – in maart 2023 ingetrokken – wetsvoorstel Aanpassingen tarief- en prestatieregulering en markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg.⁴

In 2.5 bespreek ik de bevoegdheid van de NZa op grond van art. 45 Wmg om regels te stellen met betrekking tot de totstandkoming van zorginkoopovereenkomsten en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten. De enige aan de zorginkoopovereenkomst rakende regeling die tot nog toe op art. 45 Wmg is gebaseerd is de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, die besproken wordt in hoofdstuk 4.

Het hoofdstuk wordt in 2.6 afgesloten met een samenvatting.

2.2 ZORGVERZEKERING, VERZEKERDE PAKKET EN ZORGPLICHT

2.2.1 De zorgverzekeringsovereenkomst

Art. 1 sub d Zvw definieert een zorgverzekering als:

‘een tussen een zorgverzekeraar en een verzekeringnemer ten behoeve van een verzekeringsplichtige gesloten schadeverzekering, die voldoet aan hetgeen daarover bij of krachtens deze wet is geregeld, en waarvan de verzekerde prestaties het bij of krachtens deze wet regelde niet te boven gaan.’⁵

De zorgverzekering is een persoonsverzekering in de zin van art. 7:925 lid 2 BW en een schadeverzekering in de zin van art. 7:944 BW. Voor zover daarvan in de Zvw niet wordt afgeweken, zijn de bepalingen van Boek 3, van Titels 1 en 5 van Boek 6 en van Afdeling 1 en 2 van Titel 17 van Boek 7 BW op de zorgverzekering van toepassing.⁶ Op diverse plekken wordt in de Zvw een, van de regeling in het BW afwijkende, op het sociale karakter van de zorgverzekering toegesneden regeling gegeven. Rinkes & Van der Touw omschrijven de zorgverzekering daarom mijns inziens terecht als een hybride rechtsfiguur.⁷ Ik noem de voornaamste kenmerken van de zorgverzekering, die tevens afwijkingen vormen van het in het BW regelde.

4 Wetsvoorstel tot wijziging van de Wmg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 2. Het wetsvoorstel is ingetrokken door de minister van VWS bij brief van 28 maart 2023 (*Kamerstukken II* 2022/23, 34445, nr. 19).

5 Art. 1 sub d Zvw.

6 Rinkes & Van der Touw 2013, p. 1129 omschrijven de bepalingen in de Zvw die op de zorgverzekeringsverhouding zien als een *lex specialis* ten opzichte van Titel 7.17 BW.

7 Rinkes & Van der Touw 2013, p. 1135. Zie over afwijkingen in de Zvw van Titel 7.17 o.a. Hendrikse 2013, p. 11-25; Leerink 2013, p. 107-122; Snel-de Kroon/Jacobs 2023. De Groot 2015 constateert dat het zorgstelsel (Zvw en Wmg) is verschoven van privaat naar publiek door een toename en verfijning van publiekrechtelijke regelgeving de afgelopen jaren.

Nagenoeg iedere inwoner in Nederland is verplicht zich krachtens een zorgverzekering in de zin van de Zvw te verzekeren.⁸ Verzekeringplichtig zijn in beginsel degenen die ingevolge de Wlz en de daarop gebaseerde regelgeving van rechtswege verzekerd zijn.⁹ Het CAK kan een bestuurlijke boete en een last opleggen aan de verzekeringsplichtige die geen zorgverzekering heeft gesloten en, als hij zich niet alsnog verzekert, namens hem een zorgverzekering sluiten.¹⁰ Ook voorziet de Zvw in een regeling voor wanbetalende verzekerden, waarbij de premie bestuursrechtelijk door het CAK geïnd kan worden.¹¹

Tegenover de verzekeringsplicht van de verzekeringsplichtige staat de acceptatieplicht van de zorgverzekeraar: een zorgverzekeraar is verplicht om met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige die in zijn werkgebied woont desgevraagd een zorgverzekering te sluiten.¹² Zowel de verzekerde als de zorgverzekeraar zijn dus verplicht te contracteren.¹³ Bij de acceptatie en uitvoering van de zorgverzekering mogen zorgverzekeraars geen onderscheid maken tussen (potentiële) verzekerden op basis van medisch risico of andere persoonskenmerken. Risicoselectie en premiedifferentiatie is niet toegestaan.¹⁴ Ter compensatie van de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie vindt risicoverevening plaats. Zorgverzekeraars ontvangen jaarlijks een vereveningsbijdrage uit het Zorgverzekeringsfonds.¹⁵

Zorgverzekeraars dienen de verscheidene polisvarianten die zij aanbieden in modelovereenkomsten op te nemen. In iedere provincie die tot zijn werkgebied behoort mag de verzekeraar een andere set varianten aanbieden. De modelovereenkomsten die de verzekeraar in een bepaalde provincie aanbiedt, moet hij aan iedere verzekeringsplichtige inwoner van die provincie die overweegt een zorgverzekering te sluiten, ter beschikking stellen. De verzekeringnemer kan kiezen welke van de in de woonprovincie van de verzekeringsplichtige aangeboden modelovereenkomsten hij aanvaardt.¹⁶ Deze modelovereenkomst wordt vastgelegd in de zorgpolis.¹⁷

8 Art. 2 Zvw.

9 Art. 2 lid 1 Zvw in samenhang met art. 2.1.1 Wlz en het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999, laatst gewijzigd bij *Stb.* 2022, 483.

10 Art. 9a-9d Zvw.

11 Art. 18a-18g Zvw.

12 Art. 3 lid 1 en lid 4 Zvw.

13 Frenk 2010, p. 145 ziet de acceptatieplicht als een plicht tot het doen van een openbaar aanbod. Zie anders, over de verzekeringsovereenkomst in algemene zin: Houben 2005, p. 232.

14 Art. 3 en 17 Zvw; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 84.

15 Art. 32 Zvw. Zie nader 3.2.2.2.

16 Art. 3 Zvw; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 25-27, 87-88. Het werkgebied van een zorgverzekeraar strekt zich in beginsel uit tot heel Nederland. Een zorgverzekeraar waarbij minder dan 850.000 verzekerden zich hebben aangesloten kan zijn werkgebied beperken tot een of meer gehele provincies (art. 29 Zvw).

17 De zorgpolis is 'de akte waarin de tussen een verzekeringnemer en een zorgverzekeraar gesloten zorgverzekering is vastgelegd' (art. 1 sub i Zvw). Zie art. 18 Zvw over de mogelijkheid collectieve verzekeringen aan te bieden aan werknemers.

Een zorgverzekeraar dient de modelovereenkomsten die hij wil aanbieden voor te leggen aan de NZa.¹⁸ In art. 10-14 Zvw, het Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering is de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties nader geregeld, waarover meer in de navolgende paragrafen. Uit art. 1 sub d Zvw volgt dat indien de aangeboden verzekering niet voldoet aan de daaraan in de Zvw gestelde eisen, bijvoorbeeld omdat de verzekerde prestaties meer of juist minder omvatten dan het bij of krachtens de Zvw geregelde, de betreffende verzekering niet als zorgverzekering kwalificeert. De persoon die een dergelijke verzekering heeft gesloten, voldoet niet aan zijn verzekeringsplicht.¹⁹ Hij of zij dient dan alsnog met een zorgverzekeraar een zorgverzekering te sluiten en kan zo dubbele premies verschuldigd zijn. De verzekeraar die ten onrechte een verzekering als zorgverzekering aanbiedt of uitvoert is daarom risicoaansprakelijk voor de schade die een verzekeringsplichtige of degene die hem heeft verzekerd daardoor lijdt.²⁰ De verzekeraar heeft ten behoeve van een 'oneigenlijke zorgverzekering' geen recht op de vereveningsbijdrage.²¹

2.2.2 Het verzekerde risico en de te verzekeren prestaties: hoofdlijnen

2.2.2.1 *Het verzekerde risico en de inhoud en omvang van het verzekerde pakket*

Het verzekerde risico

Het krachtens de Zvw te verzekeren risico is in art. 10 Zvw omschreven als de behoefte aan a) geneeskundige zorg, waaronder de integrale eerste lijnszorg zoals die door huisartsen en verloskundigen pleegt te geschieden; b) mondzorg; c) farmaceutische zorg; d) hulpmiddelenzorg; e) verpleging; f) verzorging, waaronder de kraamzorg; g) verblijf in verband met geneeskundige zorg; h) vervoer in verband met het ontvangen van zorg of diensten als bedoeld in de onderdelen a tot en met g, dan wel in verband met een recht op zorg op grond van de Wlz. Bij en krachtens art. 11-14 Zvw is nader bepaald op welke prestaties de zorgverzekeraar de verzekerde aanspraak dient te geven om de behoefte aan zorg te vervullen.

Op grond van lid 3 en 4 van art. 11 Zvw is de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties nader geregeld bij het Besluit zorgverzekering, dat op onderdelen nader is uitgewerkt in de Regeling zorgverzekering. De in

18 Art. 25 lid 2 en 3 Zvw.

19 In sommige gevallen stemmen zorgverzekeraars uit coulance toch in met (vergoeding van) meer zorg dan waarop bij en krachtens de Zvw aanspraak bestaat. Zie nader hierover Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 10.6.9; De Groot 2011, p. 200-203. Ook kan een zorgverzekeraar er onder zeer uitzonderlijke omstandigheden op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid toe gehouden zijn zorg te verstrekken of vergoeden die niet tot het wettelijk verzekerde pakket behoort. HR 19 december 2014 ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344, m.nt. Legemaate (*Bosenthan*).

20 Art. 27 Zvw.

21 Art. 32 Zvw; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 76-78.

het Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering omschreven prestaties vormen gezamenlijk het verzekerde pakket.²²

Nadere omschrijving van verzekerde zorg

De zorg die geleverd respectievelijk vergoed moet worden is naar inhoud en omvang omschreven in art. 2.4 tot en met 2.15 Besluit zorgverzekering.²³ De mate waarin de wetgever de verzekerde prestaties in deze bepalingen nader heeft geregeld varieert naar gelang het type zorg. Andere zorg dan farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg en vervoer wordt in art. 2.4 tot en met 2.15 Besluit zorgverzekering over het algemeen functiegericht omschreven. Verwezen wordt naar zorg zoals bepaalde beroepsbeoefenaren die ‘plegen te bieden’.²⁴ Zo bepaalt art. 2.4 Besluit zorgverzekering dat ‘geneeskundige zorg’ onder meer zorg omvat ‘zoals huisartsen, medisch-specialisten, klinisch-psychologen en verloskundigen die plegen te bieden’. De verzekerde zorg wordt op deze wijze nader geconcretiseerd, maar laat zorgverzekeraars en zorgaanbieders – binnen de grenzen van de Wet BIG – wel ruimte voor taakherschikking: ‘het structureel herverdelen van taken, met bijbehorende bevoegdheden en verantwoordelijkheden, tussen beroepen in de individuele gezondheidszorg’.²⁵ Zonder dat aanpassing van het Besluit zorgverzekering vereist is, kunnen bijvoorbeeld bepaalde handelingen die normaliter door een medisch specialist – in de tweede lijn – worden verricht in de eerste lijn door een huisarts of bijvoorbeeld fysiotherapeut worden verricht. Ook kunnen nieuwe beroepen ontstaan, zoals de klinisch technoloog en physician assistant, en kunnen de beoefenaren daarvan bepaalde taken op zich nemen die voorheen door andere beroepsbeoefenaren werden verricht.²⁶

Voor een deel van de zorg geldt een nadere regeling, waarbij wordt aangegeven of en onder welke voorwaarden de zorg tot het verzekerde pakket behoort. De Groot onderscheidt vier wijzen van nadere regeling van de verzekerde zorg:

- bepaalde zorg kan uitdrukkelijk worden ingesloten;
- bepaalde zorg kan uitdrukkelijk worden uitgesloten;
- voor de zorg kan een bepaalde indicatie worden geëist; en
- de verzekerde zorg kan tot in detail geregeld worden.²⁷

22 Zie over de criteria aan de hand waarvan in de afgelopen decennia is beoordeeld welke zorg tot het verzekerde pakket behoort Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 10.5.3; Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht* (MM SBR) 2018, p. 278-285.

23 Art. 2.1 lid 1 en 2.2 lid 1 Besluit zorgverzekering.

24 Zie nader over dit criterium en de verhouding tot het criterium ‘stand van de wetenschap en praktijk’ HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:95, *RvdW* 2023/162, *GJ* 2023/29, m.nt. T.A.M. van den Ende & J. Eijpe (*Van Brink q.q./DSW c.s.*), r.o. 3.1.2-3.1.8.

25 Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 514.

26 Leenen/Gevers e.a. 2020, par. 6.3.18; Blondeau, Hermans & Hendriks 2011, p. 5; De Groot 2004, p. 193; De Groot 2011, p. 182-183;

27 De Groot 2006, p. 333.

Zo wordt op grond van het Besluit zorgverzekering zorg rondom donor-transplantatie tot geneeskundige zorg gerekend,²⁸ worden vruchtbaarheidsgerelateerde zorg aan vrouwen die bij aanvang van de zorg 43 jaar of ouder zijn en griepvaccinaties uitgesloten van het verzekerde pakket,²⁹ zijn voor fysiotherapie en plastische chirurgie indicatie-eisen gegeven³⁰ en is bij ministeriële regeling geregeld welke geneesmiddelen en hulpmiddelen wel en welke niet tot het verzekerde pakket behoren.³¹

Ten aanzien van bepaalde bij ministeriële regeling geregistreerde generieke geneesmiddelen³² geeft art. 2.8 lid 1 sub a en lid 3 Besluit zorgverzekering zorgverzekeraars de bevoegdheid aan te wijzen op verstrekking of vergoeding van welke van deze geneesmiddelen verzekerden aanspraak maken. Op verstrekking of vergoeding van anderen dan de aangewezen geregistreerde geneesmiddelen heeft de verzekerde alleen recht indien behandeling met het aangewezen middel voor de verzekerde medisch gezien niet verantwoord is.³³ De betreffende zorgaanbieder dient de medische noodzaak tot verstrekking van een niet-preferent geneesmiddel voor een bepaalde patiënt in dat geval aan te geven. Op geneesmiddelen die niet door de zorgverzekeraar zijn aangewezen is art. 13 lid 1 Zvw niet van toepassing.³⁴ Zorgverzekeraars hoeven voor deze middelen in het geheel niets te vergoeden omdat deze geneesmiddelen niet tot het verzekerde pakket behoren. Zorgverzekeraars zouden alle bij ministeriële regeling geregistreerde geneesmiddelen kunnen aanwijzen, maar in de praktijk selecteren zij meestal een of meerdere geneesmiddelen die voor vergoeding in aanmerking komen. Zij voeren dan een zogeheten 'preferentiebeleid.' Dat houdt in dat zorgverzekeraars in zorginkoopovereenkomsten met voorschrijvers van geneesmiddelen en afleveraars, zoals apotheken, opnemen dat de voorschrijver resp. afleveraar het preferente middel moeten voorschrijven resp. afleveren en dat zij geen of een lagere vergoeding ontvangen voor het voorschrijven danwel afleveren van andere geneesmiddelen, behoudens medische noodzaak. De mogelijkheid een preferentiebeleid te voeren bestaat sinds 19 december 2003, toen een wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering³⁵ in werking trad. Beoogd is dat zorgverzekeraars bij fabrikanten een lagere eindprijs voor geneesmiddelen bedingen dan apothekers voorheen deden. Een preferentiebeleid is dus medebepalend voor de omzet die fabrikanten behalen met bepaalde middelen. Het voeren

28 Art. 2.5 Besluit zorgverzekering.

29 Art. 2.4 lid 1 sub a onder 1 en 5.

30 Art. 2.6 Besluit zorgverzekering jo. bijlage 1 bij het besluit en art. 2.4 lid 1 sub b Zvw.

31 Art. 2.8 en 2.9 Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering.

32 Dat zijn 'geneesmiddelen waarvan het octrooi is verlopen en die met dezelfde werkzame stof door verschillende fabrikanten onder diverse merknamen op de markt worden gebracht', Cbb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731, RZA 2012/53, GJ 2012/136, m.nt. N. van den Burg, r.o. 2.2, 5^e liggende streepje.

33 Art. 2.8 lid 4 Besluit zorgverzekering.

34 Zie over art. 13 lid 1 Zvw in 2.2.2.3.

35 Art. 9a Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering, *Stb.* 2003, 523.

van een preferentiebeleid kan eveneens van invloed zijn op de inkomsten van apothekers en administratieve lasten en uitvoeringskosten met zich meebrengen. Omdat doorgaans niet elke zorgverzekeraar hetzelfde middel als preferent aanwijst, moeten apothekers meerdere middelen op voorraad hebben.³⁶

De stand van de wetenschap en praktijk

Voor alle zorg³⁷ geldt ingevolge art. 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering dat de inhoud en omvang van zorg die verstrekt of vergoed wordt, mede wordt bepaald 'door de stand van wetenschap en praktijk en bij het ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten.' De nota van toelichting bij het Besluit zorgverzekering verwijst voor de betekenis van deze maatstaf naar het voorheen geldende gebruikelijkheidscriterium en beoogt daar een 'geactualiseerde vertaling' van te geven: die zorg behoort tot het pakket die 'de betrokken beroepsgroep tot het aanvaarde arsenaal van medische onderzoeks- en behandelingsmogelijkheden rekent. Daarbij zijn zowel de stand van de medische wetenschap als de mate van acceptatie in de medische praktijk belangrijke graadmeters.'³⁸ Beide graadmeters moeten in internationale context worden gezien. De Hoge Raad neemt de invulling die de Nota van toelichting bij het Besluit zorgverzekering geeft aan het criterium stand van de wetenschap en praktijk tot uitgangspunt.³⁹ Het criterium geldt voor zover de overheid de toelating tot het verzekerde pakket niet op andere wijze heeft geregeld, zoals bij geneesmiddelen of hulpmiddelen.

De 'stand van de wetenschap en praktijk' is een algemeen, objectief en dynamisch criterium. De beslissing welke zorg op een bepaald moment tot de stand van de wetenschap en praktijk behoort is niet aan zorgverzekeraars, de NZa, de minister van VWS of het Zorginstituut opgedragen. Aan het Zorginstituut is in art. 64 lid 1 Zvw wel opgedragen de eenduidige uitleg van de aard, inhoud en omvang van de verzekerde prestaties te

36 Zie nader over het preferentiebeleid Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht* (MM SBR) 2018/7.4.2.5; De Groot 2011, p. 172-173; Van der Mersch & Velink 2006, p. 186-195; de nota van toelichting bij *Stb.* 2003, 523; *Kamerstukken II* 2005/06, 30300-XVI, nr. 170, p. 2.

37 De bepaling is niet herhaald in art. 2.2 over de vergoeding van kosten van zorg, maar nergens blijkt dat het de bedoeling is dat het criterium van de stand van de wetenschap en praktijk niet voor restitutieaanspraken zou gelden. De Groot wijst er terecht op dat uit de redactie van art. 11 lid 1 Zvw volgt dat de wetgever beoogd heeft ten aanzien van dezelfde zorg recht op verstrekking danwel vergoeding te bieden. De Groot 2006, p. 327, voetnoot 8. Het verdient aanbeveling de redactie van art. 2.1 en 2.2 Besluit zorgverzekering gelijk te trekken of beide bepalingen in elkaar te schuiven.

38 Nota van toelichting bij *Stb.* 2005, 389, p. 35-36.

39 Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, *GJ* 2018/100, m.nt. Van der Mersch (PTED), r.o. 4.2.4. Zie nader over het begrip van de 'stand van de wetenschap en praktijk', de betekenis ervan en verhouding tot andere begrippen De Groot 2006, p. 326-350; HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:95, *RvdW* 2023/162, *GJ* 2023/29, m.nt. T.A.M. van den Ende & J. Eijpe (*Van Brink q.q./DSW c.s.*), r.o. 3.1.2-3.1.8.

bevorderen.⁴⁰ Het Zorginstituut kan met het oog daarop richtlijnen geven aan zorgverzekeraars, publiceert standpunten over het al dan niet tot de stand van de wetenschap en praktijk behoren van bepaalde zorg⁴¹ en kan in geschillen adviezen geven.⁴² De richtlijnen en standpunten van het Zorginstituut zijn niet bindend, maar zorgverzekeraars en ook rechters die van een standpunt of richtlijn afwijken dienen dat deugdelijk te motiveren.⁴³

Zorgverzekeraars zouden alle dezelfde zorg tot de stand van wetenschap en praktijk moeten rekenen, vanuit de gedachte dat iedereen op grond van de Zvw recht heeft op een verzekering voor eenzelfde wetenschappelijk gereguleerd pakket aan zorg, maar juist wanneer discussie bestaat over de status van bepaalde zorg is dat niet altijd het geval. Verzekerden procedeerden bijvoorbeeld tegen zorgverzekeraars over het al dan niet tot de stand van wetenschap en praktijk behoren van de behandeling van (restverschijnselen van) de ziekte van Lyme met langdurige antibiotica-behandelingen en van herniaoperaties met de PTED-techniek (Percutane Transforaminale Endoscopische Discetomie).⁴⁴

Zie over de mogelijkheid voor zorgverzekeraars en zorgaanbieders om de aanspraken van verzekerden op tot de stand van wetenschap en praktijk behorende zorg te beperken door het maken van doelmatigheidsafspraken 7.6.

Indicatie, toestemming, verwijzing

Van belang is niet alleen op (vergoeding van) welke zorg een verzekerde op grond van zijn polis aanspraak heeft, maar ook wanneer en onder welke voorwaarden. Art. 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering bepaalt dat de verzekerde slechts aanspraak maakt op zorg ‘voor zover hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen.’⁴⁵ Uit het woord ‘redelijkerwijs’

40 Art. 64 lid 1 Zvw.

41 Zie over de werkwijze van het Zorginstituut bij het duiden van de verzekerde prestaties: Zorginstituut Nederland 2015.

42 Art. 114 lid 3 Zvw.

43 Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, *GJ* 2018/100, m.nt. Van der Mersch (*PTED*), r.o. 4.2.6. Zie nader over de betrokkenheid van genoemde partijen bij de duiding van de stand van de wetenschap en praktijk: De Groot 2016, p. 22-24. Zie nader over de toepassing van het criterium ‘stand van de wetenschap en praktijk’ door de civiele rechter en de Geschillencommissie Zorgverzekeringen Den Exter 2018a, de reactie daarop van Zeegers 2018 en het nawoord van Den Exter 2018b.

44 O.a. Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7524, *NJF* 2012/143; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8016; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11105, *JGR* 2018/14, m.nt. C. van Balen; Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1412, *GJ* 2014/76, m.nt. G.R.J. de Groot; Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, *GJ* 2018/100, m.nt. Van der Mersch (*PTED*).

45 Het lid is niet herhaald in art. 2.3 over de vergoeding van kosten van zorg, maar nergens blijkt dat het de bedoeling is dat het indicatievereiste niet voor restitutieaanspraken zou gelden. Het verdient aanbeveling de redactie van art. 2.1 en 2.2 Besluit zorgverzekering gelijk te trekken of beide bepalingen in elkaar te schuiven.

moet volgens de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat de ge-objectiveerde behoefte van de verzekerde van belang is bij de vraag of hij naar inhoud en omvang op bepaalde zorg is aangewezen.⁴⁶ Ingevolge art. 14 lid 1 Zvw dient de vraag of een verzekerde behoefte heeft aan bepaalde zorg beoordeeld te worden op basis van 'zorginhoudelijke criteria'.⁴⁷

Met De Groot ben ik van mening dat het criterium van het 'naar inhoud en omvang redelijkerwijs aangewezen' moeten zijn op bepaalde zorg ruimte laat voor doelmatigheidsafwegingen. Zo zou toestemming geweigerd kunnen worden als de verzekerde op zich redelijkerwijs op de zorg is aangewezen, maar er een behandeling beschikbaar is die vergelijkbare resultaten biedt, vergelijkbare belastbaarheid voor de patiënt met zich meebrengt (gelijkwaardig is), ook met de door de verzekerde geprefereerde behandeling uitwisselbaar is⁴⁸ en minder kostbaar is.⁴⁹

Zorgverzekeraars kunnen voorafgaand aan de zorgverlening controleren of aan het indicatievereiste is voldaan indien ze in hun polisvoorwaarden het vragen van toestemming of een machtiging voorafgaand aan de behandeling eisen. Uit art. 14 lid 5 Zvw blijkt dat zorgverzekeraars een dergelijke toestemmings- of machtigingseis kunnen stellen.⁵⁰

Art. 14 lid 2 Zvw verplicht zorgverzekeraars in hun modelovereenkomsten op te nemen dat geneeskundige zorg zoals medisch-specialisten die plegen te bieden, met uitzondering van acute zorg, slechts toegankelijk is na verwijzing door in de modelovereenkomst aangewezen categorieën zorgaanbieders, waaronder in ieder geval de huisarts. De bepaling ziet zo op de verhouding tussen eerste- en tweedelijnszorgaanbieders waaronder ook de typisch Nederlandse poortwachtersfunctie van de huisarts.⁵¹

2.2.2.2 Art. 11 en 12 Zvw: natura, restitutie en gecontracteerde zorg

Art. 11 lid 1 Zvw bepaalt door middel van welke prestaties de zorgverzekeraar mag voorzien in dekking voor de in art. 10 Zvw genoemde behoefte aan zorg:

'De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:

46 De Groot 2006, p. 335 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, nr. 74, p. 28, waarnaar ook De Groot verwijst.

47 Zie nader o.a. Ekelmans 2020, par. 2.4.

48 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, NJ 2016/474, m.nt. J. Legemaate en H.B. Krans (VGZ c.s./Nutricia c.s.), r.o. 3.4.4. In de betreffende zaak was van belang dat de verzekerde kon kiezen uit meerdere smaken drinkvoeding. Zij waren niet allen met elkaar uitwisselbaar. Zie nader, op het niveau van het zorginkoopbeleid in plaats van de uitvoering van de zorgverzekering jegens afzonderlijke verzekerden, 7.6.

49 De Groot 2011, p. 184.

50 Zie nader De Groot 2011, p. 198-200; Leenen/Gevers e.a., par. 10.6.6 en 10.6.8.

51 Zie ook De Groot 2011, p. 184-185.

- a) de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of
- b) vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.'

De zorgverzekeraar kan dus kiezen uit twee verschillende manieren van presteren,⁵² hierna ook wel *natura* (sub a) of *restitutie* (sub b) genoemd. De zorgverzekeraar kan aanspraken op zorg in *natura* en *restitutie* binnen één polis combineren en per zorgsoort of behandeling aangeven waarop de verzekerde aanspraak maakt.⁵³ Ten behoeve van het voorzien in zorg in *natura* kan de zorgverzekeraar zorginkoopovereenkomsten sluiten met zorgaanbieders, of zorgverleners in dienst nemen. Zoals in 1.5.7 al vermeld, richt ik me in dit boek alleen op de eerste – meest voorkomende – mogelijkheid.

Zorgverzekeraars en zorgaanbieders sluiten zowel ten behoeve van het voorzien in *natura*-aanspraken als ten behoeve van het voorzien in *restitutie*-aanspraken zorginkoopovereenkomsten.⁵⁴ Bij een aanspraak op zorg in *natura* ligt het voor de hand dat deze aanspraak beperkt is tot zorgaanbieders die bij de zorgverzekeraar in dienst zijn of waarmee de zorgverzekeraar een zorginkoopcontract heeft gesloten. Ook het recht op vergoeding van kosten in de zin van art. 11 lid 1 sub b Zvw kunnen zorgverzekeraars volgens de memorie van toelichting beperken tot vergoeding van kosten voor zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders⁵⁵ en dat gebeurt in de praktijk ook.⁵⁶ De term *restitutiepolis* wordt echter veelal geassocieerd met een vrije keuze uit zorgaanbieders, waarbij verondersteld wordt dat de zorgverzekeraar voor zorg van niet-gecontracteerde zorgaanbieders een even hoge vergoeding als voor zorg van gecontracteerde zorgaanbieders zal betalen. Het was verzekerden door de verschillende mogelijkheden niet altijd duidelijk welke aanspraken met name de met '*restitutie*' aangeduide polissen precies inhielden. In het bijzonder was onduidelijk welke kosten ze eerst zelf dienden te betalen en hoeveel vrijheid de polis bood zelf een zorgaanbieder te kiezen. Volgens de NZa konden verzekerden daardoor niet goed de keuze maken voor de polis die aansloot bij hun wensen.⁵⁷ De NZa heeft daarom sinds 2017 in de Regeling informatieverstrekking ziekte-

52 De verzekerde die verpleging en verzorging zonder verblijf heeft, dient daarnaast op grond van art. 13a Zvw onder voorwaarden in aanmerking te komen voor een persoonsgebonden budget.

53 Art. 11 lid 2 Zvw; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 105.

54 De Groot 2011, p. 166-167; Van der Most 2010, p. 434; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 757, 758; NZa 2010, p. 18. In de door mij bestudeerde contractstukken (zie 1.4.4 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.

55 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 29-30, 105.

56 Zie o.a. De Groot 2011, p. 166; Van der Most 2007, p. 26-28; Hendriks en Krijnen 2009, p. 1269-1270.

57 KPMG Plexus, Evaluatie Zvw 2014, p. 5, par. 3.6.3 en 3.6.4. NZa, Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten – TH/NR-010, p. 14, 23-24.

kostenverzekeraars aan consumenten⁵⁸ geregeld dat zorgverzekeraars elke polis als naturapolis, restitutiepolis of combinatiepolis dienen te typeren. De term 'naturapolis' en 'natura' mogen zij alleen gebruiken voor polissen die prestaties zoals omschreven in art. 11 lid 1 sub a Zvw omvatten. De term 'restitutiepolis' en 'restitutie' mag alleen betrekking hebben op een polis die aanspraken bevat zoals omschreven in art. 11 lid 1 sub b Zvw, waarbij de vergoeding van zorg verleend door niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet beperkt mag zijn. Polissen die combinaties bevatten van natura- en restitutie-aanspraken of die alleen recht bieden op vergoeding van kosten van zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders dient de zorgverzekeraar aan te duiden als 'combinatiepolis.' De verzekeraar dient in een combinatiepolis aan te geven welke aanspraken de verzekerde heeft bij welke zorg.⁵⁹ Ik hou de terminologie van de NZa aan waar ik in dit boek refereer aan de naturapolis, restitutiepolis en combinatiepolis. Veelal verwijs ik niet naar de polis als geheel, maar naar de daarin opgenomen aanspraken. Als ik refereer aan de verzekeringsaanspraak op restitutie of vergoeding van kosten doel ik, tenzij anders aangegeven, ook op de restitutie-aanspraak die beperkt is tot zorg van gecontracteerde zorgaanbieders. Waar nodig geef ik aan of ik doel op restitutie met vrije keuze uit zorgaanbieders of restitutie met beperking tot gecontracteerde zorgaanbieders.

De inhoud en omvang van de prestaties 'zorg in natura' en 'restitutie' en 'desgevraagd zorgbemiddeling' duid ik nader in 2.2.3.

Voor zowel aanspraken op zorg in natura als op restitutie geldt dat bij amvb bepaald kan worden dat een deel van de kosten voor bepaalde zorg als 'eigen bijdrage' voor rekening van de verzekerde blijft.⁶⁰ Daarnaast komt ieder jaar een bepaald bedrag voor eigen risico van de verzekerde.⁶¹ Van het eigen risico zijn kosten voor huisartsenzorg en verloskundige zorg uitgezonderd.⁶²

Art. 12 lid 1 Zvw biedt de regering de mogelijkheid ter bescherming van het algemeen belang bij amvb zorg of diensten aan te wijzen die zorgverzekeraars alleen mogen verstrekken of vergoeden als daar een overeenkomst met een zorgaanbieder aan ten grondslag ligt, of als de zorgaanbieder bij de zorgverzekeraar in dienst is. Het tweede en het derde lid bieden de mogelijkheid tot het opleggen van een contracteerplicht aan de zorgverzekeraar en een omgekeerde contracteerplicht aan de zorgaanbieder. De bepaling is

58 TH/NR-010, nadien TH/NR-017 en per 1 januari 2022 TH/NR-022. Zie art. 5.

59 Art. 5 van de Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten (TH/NR-22). Een uitzondering op de regel dat een restitutiepolis geen beperking mag kennen op de vergoeding van zorg bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders kan wel voortvloeien uit art. 2.2 Besluit zorgverzekering (de eigen bijdrage en kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten).

60 Art. 11 lid 3 Zvw.

61 Zie art. 1 sub g Zvw voor het begrip 'verplicht eigen risico' en art. 19 e.v. Zvw voor de regeling van het eigen risico in de Zvw. Zie over het eigen risico en de eigen bijdrage in de verhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder 6.7.

62 Art. 2.17 lid 1 Besluit zorgverzekering.

tot nog toe niet toegepast. In 4.2.1.1 ga ik kort nader in op de mogelijke betekenis van deze bepaling voor zorginkoopovereenkomsten.

2.2.2.3 Art. 13 lid 1 Zvw: vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg

Art. 13 lid 1 Zvw bepaalt:

‘Indien een verzekerde krachtens zijn zorgverzekering een bepaalde vorm van zorg of een andere dienst dient te betrekken van een aanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een overeenkomst over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs heeft gesloten of van een aanbieder die bij zijn zorgverzekeraar in dienst is, en hij deze zorg of andere dienst desalniettemin betreft van een andere aanbieder, heeft hij recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten.’

Over de toepassing en interpretatie van deze bepaling is veel geprocedeerd, met name tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars.⁶³ De hoogte van de vergoeding voor kosten van zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder bepaalt voor verzekerden (mede) of zij willen en kunnen kiezen voor behandeling door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (vrije artskeuze). Voor zorgverzekeraars vormt het feit dat ze een vergoeding voor niet gecontracteerde zorg aan verzekerden moeten betalen een belemmering van de vrijheid van de zorgverzekeraar om zorgaanbieders te selecteren en verzekerden naar de geselecteerde zorgaanbieders te sturen. Voor nieuwe en bestaande zorgaanbieders kan de hoogte van de vergoeding van belang zijn voor de mogelijkheid om hun diensten op de zorgverleningsmarkt aan te bieden en voor de keuze om wel of niet zorginkoopovereenkomsten met zorgverzekeraars te sluiten. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders moeten hun kosten in principe bij verzekerden in rekening brengen. Zij dragen dan een groter debiteurenrisico dan wanneer zij bij zorgverzekeraars kunnen declareren. Soms kunnen zij wel een betaalovereenkomst met zorgverzekeraars sluiten, op grond waarvan ze de in art. 13 lid 1 Zvw bedoelde vergoedingen bij de zorgverzekeraar kunnen declareren. Het komt ook voor dat zorgaanbieders de vorderingen van verzekerden op hun zorgverzekeraar aan hen laten cederen,⁶⁴ zodat ze die vorderingen zelf bij de zorgaanbieder kunnen innen. Dikwijls brengen

63 De voorloper van deze bepaling was opgenomen in art. 2 van de zogenaamde ‘restitutie-amvb’, oftewel het Vergoedingsbesluit Ziekenfondswet (*Stb.* 2005, 213), dat gebaseerd was op art. 11 Zfw, zoals die bepaling luidde na invoering van de WHOZ (*Stb.* 2005, 27). Zie over de voorgeschiedenis van art. 13 lid 1 Zvw nader o.a. *Kamerstukken I en II*, 28994, nr. 19, 21, 23, J, K; concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:266, voor HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, NJ 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), onder 3.10 e.v.

64 Zie nader over de betaalovereenkomst en de cessieconstructie 1.5.6 en 6.6.

zorgaanbieders in dat geval verder niets in rekening bij de verzekerde (de zogenaamde ‘coulanceregeling’).⁶⁵ Een aantal zorgverzekeraars heeft ter voorkoming van deze praktijk in hun polisvoorwaarden een cessieverbod opgenomen. Deze verboden worden meestal toegestaan in de rechtspraak.⁶⁶

Art. 13 lid 1 Zvw spreekt in algemene zin van ‘een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding.’ De Hoge Raad overwoog in *Conductore/Achmea* dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw blijkt:

‘dat de zorgverzekeraar een grote mate van vrijheid heeft om de hoogte van de vergoeding te bepalen en daarmee in concurrentie te treden met andere zorgverzekeraars, mits hij daarbij (i) niet in strijd handelt met het (in art. 13 lid 1 besloten liggende) hinderpaalcriterium, en (ii) voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, dezelfde berekeningswijze hanteert (art. 13 lid 4 Zvw).’⁶⁷

Het onder (i) bedoelde hinderpaalcriterium houdt in dat de vergoeding die de zorgverzekeraar op grond van art. 13 lid 1 Zvw moet betalen, niet dusdanig laag mag zijn dat deze een ‘hinderpaal’ opwerpt voor de verzekerde om zich tot de niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden.⁶⁸ Voor de onder (ii) gegeven regel verwees de Hoge Raad naar een passage uit de memorie van toelichting bij de Zvw waarin staat dat de berekeningswijze van de vergoeding niet afhankelijk mag worden gemaakt van kenmerken van verzekerden.⁶⁹ Onjuist is volgens de Hoge Raad de opvatting dat een zorgverzekeraar de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg slechts mag verminderen met de (gemiddelde) extra (administratie)kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg in kwestie.

65 Zie over deze werkwijze Ancery 2020, p. 63; Meersma, *TvGR* 2015/265, p. 680. Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak bijv. HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, *NJ* 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), r.o. 2.1(vi); concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2022:404, voor HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1792, onder 2.7 en onder 5.8, voetnoot 40.

66 Bijv. Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, *TvGR* 2015/265; Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1368, *TvGR* 2015/318 (cassatieberoep werd verworpen met toepassing van art. 81 RO: HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2451, *RvdW* 2016/1106); Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5327; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 5 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3527; Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229 (*Zorgrecht c.s./Zilveren Kruis c.s.*), *GJ* 2018/120, m.nt. B.M. Leferink; Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:69, *GJ* 2019/34; Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8351, *NJF* 2019/43; Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:17, *GJ* 2020/33.

67 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, *NJ* 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), r.o. 3.1.2.

68 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *NJ* 2015/83, m.nt. Legemaate (*CZ/Momentum*), r.o. 3.5.7; 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*), r.o. 3.2.2.

69 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, nr. 3, p. 109.

Deze opvatting zou afbreuk doen aan het door de wetgever gewenste stelsel van naturapolissen met een onderscheid tussen wel en niet-gecontracteerde zorg, en aan de daarmee verband houdende regierol van de zorgverzekeraars bij de inkoop van zorg teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen.⁷⁰ Ook oordeelde de Hoge Raad in *Conductore/Achmea c.s.* dat de tekst van art. 13 lid 1 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw in algemene zin niet in de weg staan aan de toepassing door zorgverzekeraars van een generieke korting of 'vlaktaks', door de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg op een bepaald percentage van het marktconforme of gemiddelde gecontracteerde tarief te bepalen. 'Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa', zo oordeelde de Hoge Raad.⁷¹ Bij de berekening van zo'n generieke korting moet worden uitgegaan van de gemiddelde ('modale') zorggebruiker en niet van de minst draagkrachtige zorggebruiker.⁷² De Hoge Raad gaf in *Conductore/Achmea c.s.* – anders dan A-G Timmerman – verder geen nadere invulling aan de voorwaarden waaraan de in art. 13 lid 1 Zvw bedoelde vergoeding moet voldoen om geen hinderpaal op te leveren.

In *VGZ & Menzis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*⁷³ heeft de Hoge Raad wel verdere invulling aan voornoemde voorwaarden gegeven. Als eerste komt in die uitspraak aan de orde welk tarief zorgverzekeraars als uitgangspunt mogen nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden dat zorgverzekeraars niet gehouden zijn om het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief als uitgangspunt te nemen bij het bepalen van de vergoeding. Wel mogen zij het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt nemen. De Hoge Raad bevestigt tevens het oordeel van het hof dat een gewogen (in plaats van een ongewogen) gemiddelde van het daadwerkelijk door gecontracteerde zorgaanbieders gedeclareerde tarief voor een

70 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, NJ 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), r.o. 3.1.3.

71 R.o. 3.1.4.

72 R.o. 3.3.2.

73 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 tevens de samenhangende zaken HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1790, RvdW 2023/5 (CZ/st. *Handhaving Vrije Artsenkeuze*) en ECLI:NL:HR:2022:1791, RvdW 2023/4 (*Zilveren Kruis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*); HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1792, RvdW 2023/6 (*Momentum/Zilveren Kruis c.s.*).

bepaalde zorgvorm, een realistisch beeld geeft van de kosten van de voor die zorgvorm gecontracteerde zorg.⁷⁴

Daarnaast herhaalt de Hoge Raad zijn in *Conductore/Achmea c.s.* gegeven regel dat het zorgverzekeraars is toegestaan om, bij wijze van uitgangspunt, een generiek kortingspercentage toe te passen op het uitgangstarief. Als rechtvaardiging voor dit generieke kortingspercentage noemt de Hoge Raad, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, de omstandigheid dat de verzekerde extra kosten voor de zorgverzekeraar veroorzaakt door voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te kiezen en dat de wetgever met de mogelijkheid van een korting op de vergoeding heeft willen voorzien in een prikkel voor de verzekerde om van gecontracteerde zorg gebruik te maken, zodat zorgverzekeraars de regierol bij de inkoop van zorg kunnen vervullen die de wetgever hen heeft willen geven teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen. Bij de beoordeling of in een voorkomend geval een dergelijke generieke korting voor de gemiddelde ('modale') zorggebruiker een feitelijke hinderpaal oplevert, zijn de concrete feiten en omstandigheden van belang, waaronder met name de hoogte van de kosten van de desbetreffende vorm van zorg. De Hoge Raad wees er hierbij op dat een bepaald kortingspercentage bij een dure vorm van zorg in een groter kortingsbedrag resulteert dan wanneer datzelfde percentage bij minder dure vormen van zorg in mindering wordt gebracht.⁷⁵

Het peilmoment voor de beoordeling of sprake is van een feitelijke hinderpaal is volgens de Hoge Raad het moment dat de verzekerde voor de keuze staat of hij gebruik wil maken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Anders dan het hof oordeelde, hoeft dit niet het moment te zijn waarop de verzekerde kennisneemt van de polisvoorwaarden.⁷⁶

Ten slotte oordeelde de Hoge Raad dat bij de beoordeling of in een bepaald geval sprake is van een feitelijke hinderpaal betekenis moet toekomen aan het hanteren van een hardheidsclausule door de zorgverzekeraar en dat betekenis kan toekomen aan het toepassen van een coulanceregeling door de zorgaanbieder.⁷⁷ Voor de hardheidsclausule geldt dat niet volstaat dat de zorgverzekeraar een hardheidsclausule heeft opgenomen in zijn polisvoorwaarden. Het gaat erom of de zorgverzekeraar de hardheidsclausule ook daadwerkelijk toepast en op het peilmoment aan

74 R.o. 3.4.2. Zie in feitelijke instantie hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031, r.o. 4.12 en in de samenhangende zaken waarnaar het hof in die rechtsoverweging verwijst: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030, *TvGR* 2020/152, m.nt. G.J. de Groot, r.o. 4.11 en ECLI:NL:GHARL:2020:8028, r.o. 4.4. Het CBb oordeelde dat een vergoeding van 75% van het 'marktconforme tarief' of NZa-tarief niet per definitie een feitelijke hinderpaal oplevert. CBb 8 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:483, *GJ* 2019/171, m.nt. G.J. de Groot, r.o. 13.

75 R.o. 3.5.2.

76 R.o. 3.6.3.

77 Uit r.o. 3.6.4 en 3.6.5 blijkt niet of de Hoge Raad bewust onderscheid heeft gemaakt tussen het in aanmerking *moeten* nemen van de hardheidsclausule en in aanmerking *kunnen* nemen van een coulanceregeling.

de verzekerde ook ondubbelzinnig heeft toegezegd een bepaald bedrag aan hem te vergoeden dat hoger is dan het bedrag waarop de verzekerde op grond van de polisvoorwaarden reeds aanspraak maakt.⁷⁸ Over de coulan- ceregeling oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder op grond van zo'n regeling (een deel van) de kosten voor de door de verzekerde ingeroepen zorg voor zijn rekening neemt, betrokken kan worden bij de beoordeling of sprake is van een feitelijke hinderpaal, indien dat feit op het peilmoment voor de verzekerde kenbaar is.⁷⁹ Voor beide instrumenten geldt dat voor de beoordeling of sprake is van een feitelijke hinderpaal niet de omstandigheden van de individuele verzekerde beslissend zijn, maar of de vergoeding door de zorgverzekeraar, uitgaande van het percentage genoemd in de polisvoorwaarden vermeerderd met het bedrag dat de zorgverzekeraar op grond van de hardheidsclausule danwel de zorgaanbieder op grond van de coulan- ceregeling voor zijn rekening neemt, een feitelijke hinderpaal oplevert voor de gemiddelde ('modale') zorggebruiker.⁸⁰

Een voorstel tot wijziging van art. 13 lid 1 Zvw zodat zorgverzekeraars wel geheel vrij zijn de hoogte van vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te bepalen is eind 2014 verworpen door de Eerste Kamer.⁸¹ Nieuwe voorstellen tot wijziging van art. 13 lid 1 Zvw zijn er ten tijde van dit schrijven niet. In het IZA hebben de ondertekenaars wel afgesproken om twee maatregelen uit te werken die zorgaanbieders zouden moeten stimuleren met zorgverzekeraars te contracteren en zorgverzekeraars zouden moeten stimuleren om te 'sturen op de contractering'. De eerste maatregel is de verplichting voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders om patiënten vooraf schriftelijk een offerte te sturen met daarin de behandeling en de bijbehorende kosten die door de patiënt moeten worden voldaan. De NZa onderzoekt in overleg met de betrokken zorgpartijen en VWS of dit mogelijk is. De tweede maatregel houdt in dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg zodanig wordt verlaagd dat deze een stimulans is

78 R.o. 3.6.4.

79 R.o. 3.6.5.

80 R.o. 3.6.4, 3.6.5.

81 Zie voor de tekst van het voorstel *Kamerstukken II* 2013/14, 33362, A. Zie nader over art. 13 lid 1 Zvw en de (lagere) rechtspraak tot nu toe o.a. concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:266 voor HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, NJ 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*); concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2022:76 voor 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*), onder 3.16 e.v.; Van Schelven & Janssen 2017; De Groot 2019; Hooft Graafland 2021. Zie over het recht op vrije artskenkeuze Wallage 2022. Zie over art. 13 lid 1 Zvw voorts CBb 1 december 2015, ECLI:NL:CBb:2015:370, *AB* 2016/106, m.nt. W.I. Koelewijn & B. Wallage, *GJ* 2016/39, m.nt. J.J. Rijken (*VPH/NZa*), waarin het CBb oordeelde dat het in strijd is met onder meer art. 13 lid 1 Zvw dat de NZa in de tariefbeschikking huisartsenzorg bij een aantal prestaties had bepaald dat de zorgaanbieder die prestatie alleen in rekening mag brengen indien voor die prestatie een overeenkomst is gesloten tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder.

voor verzekerden met een naturapolis om gebruik te maken van gecontracteerde zorg en voor zorgaanbieders om contracten aan te gaan met zorgverzekeraars voor de verlening van zorg. Enkele zorgvormen worden van deze maatregel uitgezonderd. In het IZA is niet vermeld via welk (regelgevend) instrument de maatregel wordt uitgevoerd. Wel is vermeld dat de verlaging van de vergoeding met inachtneming van het hinderpaalcriterium moet geschieden. Tot wetswijziging zal deze maatregel dus niet leiden, verwacht ik.⁸²

2.2.2.4 Art. 13 lid 5 Zvw: beëindiging van de zorginkoopovereenkomst

Ik noem hier ook kort het vijfde lid van art. 13 Zvw dat betrekking heeft op de continuïteit van de zorgverlening aan de verzekerde indien een overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs wordt beëindigd. Art. 13 lid 5 Zvw bepaalt dat de verzekerde die op het moment van beëindiging van de overeenkomst zorg ontvangt van deze zorgaanbieder, recht houdt op zorgverlening door de zorgaanbieder voor rekening van deze zorgverzekeraar. In 8.7 onderzoek ik hoe deze bepaling moet worden uitgelegd en of een zorgaanbieder jegens een zorgverzekeraar aanspraak zou kunnen maken op naleving van art. 13 lid 5 Zvw.

2.2.3 De ‘zorgplicht’ van de zorgverzekeraar nader geduid

2.2.3.1 Zorg in natura: verkenning

Zorgverzekeraars sluiten zorginkoopovereenkomsten ter uitvoering van de in art. 11 lid 1 Zvw genoemde zorgplicht tot het bieden van recht op zorg in natura of op vergoeding van kosten samen met, desgevraagd, zorgbemiddeling. De inhoud en omvang van deze verplichtingen kunnen mede van belang zijn voor de inhoud en uitleg van zorginkoopovereenkomsten. Ik onderzoek de inhoud en omvang van deze verplichtingen in deze paragraaf daarom nader, te beginnen met de verplichting tot het bieden van recht op zorg in natura.⁸³

Het etiket ‘naturaverzekering’ of ‘natura-aanspraak’ biedt mijns inziens weinig aanknopingspunten voor concretisering van de verplichting van de zorgverzekeraar op grond van art. 11 lid 1 sub a Zvw. Het begrip ‘naturaverzekering’ heeft geen vaste inhoud. In titel 7.17 BW over de verzekering komt men de term ook niet tegen. De schadeverzekeraar verbindt zich tot het doen van uitkeringen (art. 7:925 BW) waaronder blijkens art. 7:926 lid 1 BW ook prestaties anders dan in geld begrepen dienen te

82 Integraal Zorgakkoord 2022, p. 102-103, onder 4, f t/m i.

83 Zie 6.3.2 over de vraag of art. 11 lid 1 sub a Zvw de zorgverzekeraar ertoe verplicht de verzekerde een afdwingbaar recht op zorg te verschaffen.

worden. Art. 7:925 lid 1 BW ziet blijkens de memorie van toelichting op de situatie waarin de verzekeraar het verlenen van diensten op zich neemt. De memorie van toelichting is vrij kort op dit punt. Als voorbeelden worden genoemd het vernieuwen van gebroken ruiten, het verlenen van rechtsbijstand of lijkebezorging.⁸⁴ In de praktijk gaat het dan bijvoorbeeld om de situatie dat de verzekeraar zelf de uitvaart verzorgt en de kosten daarvan voor zijn rekening neemt, maar ook om de situatie dat de rechtsbijstandsverzekeraar juristen ‘inschakelt’ in eigen naam of in naam van de verzekerde die ten laste van de verzekeraar werkzaamheden ten behoeve van de verzekerde verrichten.⁸⁵ In dat laatste geval omvat de uitkering het laten verrichten van diensten voor rekening van de verzekeraar en mogelijk dus alleen het organiseren van dienstverlening door een of meer anderen.⁸⁶ Een uitkering in natura impliceert dus niet per definitie dat de verzekeraar zich verbindt tot het zelf verlenen van de betreffende dienst of het instaan voor de dienstverlening door een ander, zoals Van der Most ten onrechte lijkt te veronderstellen, al merkt ook hij op dat het begrip ‘natura’ verzekeringsrechtelijk geen vastomlijnde betekenis heeft.⁸⁷ In de memorie van toelichting bij art. 11 Zvw staat dat als een vorm van zorg in natura verzekerd is, de zorgverzekeraar die zorg aan de verzekerde die daarop is aangewezen dient ‘te laten leveren.’ Daartoe zal hij zorgaanbieders contracteren of hulpverleners in dienst nemen.⁸⁸ Door de woorden ‘laten leveren’ te gebruiken, of zoals onder de Zfw ‘verstrekken,’ zou kunnen blijken dat de zorgverzekeraar zelf geen zorg verleent, maar wel voor verkrijging van de zorgverlening door een ander, de zorgaanbieder, zorg dient te dragen.⁸⁹ Dan resteert nog steeds de vraag wat dat zorg dragen voor het zorg leveren of verstrekken door een ander inhoudt.

2.2.3.2 *Eigen visie*

Gelet op het doel en de strekking van de Zvw en de mijns inziens mede daaruit voortvloeiende aard van de zorgverzekering zou ik de verbintenis van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde in het naturamodel nader willen omschrijven als de verplichting jegens de verzekerde tot het daadwerkelijk beschikbaar stellen van en het verschaffen van gelijke, financiële

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 6.

⁸⁵ *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/23. Zie over de verschillende manieren waarop invulling gegeven kan worden aan de rechtsbijstandverzekering Holthinrichs, in: Hendrikse, Van Huizen & Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (R&P nr. VR2)* 2023/32.3 en 32.9. Zie over de natura-uitvaartverzekering Coenraad/Vlasveld, in: Hendrikse, Van Huizen & Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (R&P nr. VR2)* 2023/31.1-31.3.

⁸⁶ Vgl. Tjong Tjin Tai 2010b, met name p. 253.

⁸⁷ Van der Most 2007, p. 10, 17.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 105.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 1962/63, 6808, nr. 8, p. 17; Wijshoff-Vogelzang 1985, p. 24 die schreef dat ‘verstrekken’ ziet op het mogelijk maken dat de verzekerde de hulp kan krijgen.

en geografische toegang tot geschikte zorg van goede kwaliteit.⁹⁰ De toepassing van art. 11 lid 1 Zvw door zorgverzekeraars draagt zo bij aan de verwezenlijking van het recht op gezondheidszorg dat de verzekerde jegens de overheid heeft.⁹¹ Ook dat ziet op de beschikbaarheid, toegankelijkheid, geschiktheid en kwaliteit van de gezondheidszorg.⁹² Art. 11 lid 1 sub a Zvw schept mijns inziens een resultaatsverbintenis van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde.⁹³ Op het vlak van kwaliteit verplicht art. 11 lid 1 sub a Zvw mijns inziens alleen tot het voorzien van in abstracto goede zorg, ofwel tot het juist selecteren van zorgaanbieders, omdat niet het zorg verlenen maar het beschikbaar stellen van zorg en toegang verlenen daartoe de kern van de prestatie van de zorgverzekeraar vormen.

-
- 90 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 123: 'Men kan de aanspraak op zorg of overige diensten in geval van een eigen bijdrage ook zien als aanspraak op of toegang tot die zorg of dienst tegen gereduceerd bedrag, waarbij de bijdrage verschuldigd is aan de zorgaanbieder'; Van der Most 2007, p. 33: 'Natura kan men zich voorstellen als een verzekeringsvorm waarbij de verzekerde door premiebetaling via de verzekeraar toegang krijgt tot een pakket van diensten met een bijbehorend netwerk van geselecteerde aanbieders.'; art. 8 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw – TH/BR-025. Volgens Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 706, is de zorgverzekeraar in het naturamodel verplicht de verzekerde te voorzien van zorg, waarbinnen de aspecten van het daadwerkelijk verlenen van zorg, volledigheid, tijdigheid en de geografische afstand waarbinnen de zorg beschikbaar is kunnen worden onderscheiden.
- 91 Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27855, nr. 1-2 (Nota Vraag aan bod), p. 41: 'De verzekering biedt de verzekerde een door de overheid geboden recht op zorg. (...) Het komt de duidelijkheid in de verantwoordelijkheidsverdeling binnen het zorgstelsel ten goede, als aan de algemene verzekering curatieve zorg een zorgplicht voor de zorgverzekeraar wordt gekoppeld. Zorgplicht is de plicht van de zorgverzekeraar om voldoende zorg van voldoende kwaliteit in te kopen, zodat deze tijdig aan de vraag naar zorg van zijn verzekerden kan voldoen. (...) De beschikbaarheid van zorg is in het nieuwe zorgstelsel nog meer een verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraars. Een expliciete wettelijke zorgplicht voor de zorgverzekeraars markeert die gewijzigde verantwoordelijkheid.' Uit dit citaat blijkt ook dat de term 'zorgplicht' een achtergrond heeft in de genoemde verantwoordelijkheid van de overheid. De Groot 2011, p. 159-160 stelt voor het woord 'zorgplicht' te schrappen uit art. 11 lid 1 Zvw, omdat het woord overbodig is. Daar ben ik het niet geheel mee eens. Hoewel art. 11 lid 1 Zvw zonder het woord 'zorgplicht' dezelfde betekenis zou kunnen hebben, duidt het mede in het licht van vorenstaand citaat wel op de mensenrechtelijke context en daarbij beoogde rol en verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar.
- 92 Par. 12 General Comment nr. 14 (2000) van het IVESCR-Comité, UN Doc. E/C.12/2000/4, *The Right to the Highest Attainable Standard of Health*. Zie voor enkele andere bronnen 1.1.1.
- 93 Zo ook: Van der Most 2007, p. 13; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 706; art. 6.1 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw TH/BR-025 en de toelichting bij de bepaling op p. 12. In par. 1.1.1, 1.3 en 2.2.1 van de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap worden niet alle door mij genoemde elementen van de verplichting jegens de verzekerde genoemd en worden zij deels als inspanningsverplichting geformuleerd. De zorgverzekeraar dient zich volgens par. 1.1.1 en 2.2.1 van de Gedragscode in te spannen voor, respectievelijk dient bij te dragen aan, de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg op grond van de Zvw. Zie over het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen Tjong Tjin Tai 2007, par. 4.3, 4.7; Den Tonkelaar, Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen 1982; Parl. Gesch. Boek 6, p. 264.

Ik zal nu nader op de verschillende aspecten van het leveren van zorg ingaan en mijn interpretatie van art. 11 lid 1 sub b Zvw daarmee nader onderbouwen. Ik verwijs daarbij mede naar jurisprudentie over de ‘zorgplicht’ uit de Zfw-periode. Deze jurisprudentie kan volgens de regering integraal worden toegepast in het kader van de Zvw.⁹⁴

2.2.3.3 *Uitwerking: beschikbaarheid, toegankelijkheid en geschiktheid*

De verplichting zorg daadwerkelijk beschikbaar te stellen impliceert om te beginnen dat de zorgverzekeraar voldoende zorg moet contracteren.⁹⁵ Zo pleegde een zorgverzekeraar naar het oordeel van de de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) wanprestatie jegens een verzekerde omdat hij geen bilaterale heupoperaties⁹⁶ had gecontracteerd, terwijl die wel tot de stand van de wetenschap en praktijk en tot de verzekerde prestaties behoorden.⁹⁷

Een verzekerde had een bilaterale heupoperatie in België ondergaan waarvoor de zorgverzekeraar 80% van het Nederlandse marktconforme tarief voor twee enkele heupoperaties en één reeks verpleegdagen vergoedde. Daarmee kon de zorgverzekeraar volgens de SKGZ niet volstaan, mede omdat deze geen bilaterale heupoperaties had gecontracteerd en niet voldoende aannemelijk had gemaakt dat de betreffende operatie tijdig in Nederland of het buitenland bij een gecontracteerde zorgaanbieder beschikbaar was. De zorgverzekeraar moest op grond van het bindend advies van de SKGZ de volledige kosten van de in België ondergane operatie vergoeden. Indien de verzekerde wel in Nederland door een gecontracteerde aanbieder behandeld was, had hij immers niet meer kosten gehad dan zijn eigen risico.

Alleen voldoende zorg contracteren ten behoeve van de verzekerde is echter niet voldoende voor nakoming van de verbintenis van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde. Vervulling van het recht op zorg van de verzekerde in de zin van art. 11 lid 1 sub a Zvw vereist dat de verzekerde de zorg waarop hij naar inhoud en omvang is aangewezen daadwerkelijk geleverd krijgt.⁹⁸

94 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 31-32; *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 45.

95 O.a. *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 16; Van der Kolk 1976, p. 599; Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, par. 1.1.1; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 706; art. 8.3 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, TH/BR-025 en de toelichting bij de bepaling op p. 16.

96 Bij een dergelijke operatie worden beide heupen tegelijk vervangen.

97 GcZ bindend advies 29 mei 2013, SKGZ2012.02282. Overigens was het bindend advies van de Geschillencommissie niet alleen gegrond op art. 11 Zvw, maar ook op art. 20 van Vo. Nr. 883/2004 en 26 lid 6 van Vo. Nr. 987/2009.

98 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 28; toelichting Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, p. 15. Vgl. ten aanzien van zorg die onder de AWBZ viel Rb. Utrecht (k.g.) 29 oktober 1999, ECLI:NL:RBUTR:1999:AA3704, *USZ* 1999/326, m.nt. A. van Eijs, r.o. 4.5.

Zo veroordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem VGZ ervoor zorg te dragen dat de behandeling van de eisende verzekerde met het geneesmiddel Infliximab op een door de rechter bepaalde tijd kon plaatsvinden.⁹⁹ Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in het *Dotter*-arrest dat een ziekenfonds ook dient toe te zien op nakoming door zorgaanbieders van medewerkerovereenkomsten jegens zijn verzekerden en zonodig in rechte dient op te treden tegen de zorgaanbieder die zijn verplichtingen niet nakomt.¹⁰⁰ Dit geldt mijns inziens ook voor zorgverzekeraars.¹⁰¹

Het *Dotter*-arrest ziet op de (tijdige) beschikbaarheid van zorg.¹⁰² Voor wat betreft de tijdigheid geldt dat als in de zorgverzekering niets anders is overeengekomen en niets anders uit de wet volgt, de verzekerde terstond nakoming kan verlangen,¹⁰³ hetgeen, conform de redelijkheid en billijkheid, wil zeggen dat de zorgverzekeraar zo veel tijd moet worden gelaten als hij redelijkerwijs nodig heeft voor het organiseren van de zorg.¹⁰⁴ Voor een aantal typen zorg zijn door zorgverzekeraars en zorgaanbieders gezamenlijk streefnormen afgesproken, ook wel de 'Treeknormen' genoemd, naar het landgoed waar deze normen voor het eerst zijn vastgesteld.¹⁰⁵ De regering stelt dat die normen volgens de opstellers medisch verantwoord en maatschappelijk aanvaardbaar zijn.¹⁰⁶ Ze kunnen nadere invulling geven aan wat een redelijke termijn voor nakoming is.¹⁰⁷ In zorgverzekeringspolissen en op websites van zorgverzekeraars wordt daar ook wel naar verwezen. Deze normen zijn sinds januari 2018 opgenomen in art. 9 en 10 van de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw.¹⁰⁸

99 Rb. Arnhem (vzr.) 26 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BL7616, JGR 2010/27, m.nt. Lisman, r.o. 5.13 en 6.2. VGZ riep daartoe het Academisch Ziekenhuis Maastricht op in vrijwaring. De rechtbank (uitspraak niet gepubliceerd) wees de vordering in het vrijwaringsincident toe, het hof wees die vordering af. Hof Arnhem (k.g.) 4 januari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BO9731, RZA 2011/43, m.nt. A.M.C. Daniels-van Saase.

100 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 2 juli 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AB8049, RZA 1990/127 (*Dotter*), r.o. 4.1.5.

101 Zo ook toelichting Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, p. 15.

102 De NZa ziet tijdigheid en bereikbaarheid als aspecten van toegankelijkheid (NZa, Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw TH/BR-025, p. 2, onder 'Toegankelijkheid van zorg'). Dat komt mij niet onlogisch voor, maar ik plaats beide in het kader van beschikbaarheid omdat dat aansluit bij het recht op gezondheidszorg zoals omschreven in General Comment nr. 14 (2000), UN Doc. E/C.12/2000/4, *The Right to the Highest Attainable Standard of Health*.

103 Art. 6:38 BW.

104 Parl. Gesch. Boek 6, TM en MvA II, p. 170-171; Asser/Sieburgh 6-I 2020/240; De Groot 2011, p. 161.

105 Zie voor een oudere versie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2002/03, 25170, nr. 31.

106 *Kamerstukken II* 2002/03, 25170, nr. 31, p. 1.

107 Aldus ook Ekelemans 2020, p. 43.

108 TH/BR-025.

Een beroep van de zorgverzekeraar op overmacht bij het niet of niet tijdig kunnen leveren van zorg zal niet snel slagen.¹⁰⁹ Naar het oordeel van de Geschillencommissie Zorg neemt bijvoorbeeld het feitelijk niet beschikbaar zijn van een geneesmiddel de aansprakelijkheid van een zorgverzekeraar niet weg.

Een verzekerde die het geneesmiddel Pregnyl gebruikte, sprak zijn zorgverzekeraar aan voor de eigen bijdrage die hij moest betalen voor het gebruik van een ander geneesmiddel dat hij voorgeschreven kreeg omdat Pregnyl niet voldoende beschikbaar was. Pregnyl wordt gemaakt van urine van zwangere vrouwen en aan deze grondstof bestond een tekort. Het tekort kwam volgens de Commissie voor rekening van de zorgverzekeraar.¹¹⁰

Een beroep op overmacht heeft wel kans van slagen als de zorgverzekeraar te weinig of te laat zorg ter beschikking heeft gesteld aan verzekerden als gevolg van overheidsbeleid.

Zo slaagde een beroep op overmacht van vijf ziekenfondsen, ‘al aannemende dat op hen een resultaatsverplichting rust[te]’, aldus de president van de rechtbank Den Haag, toen zij – samen met de Staat en het AZG – door vijf verzekerden werden aangesproken tot verstrekking van longtransplantaties die wegens te weinig capaciteit niet tijdig verricht konden worden. De patiënten stonden al 2,5 jaar op de wachtlijst van het AZG. De president van de rechtbank achtte van belang dat alleen aan het AZG een vergunning voor het verrichten van de transplantaties verleend was en het aantal donorlongen beperkt was.¹¹¹

109 Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 712; Rb Utrecht (pres.) 29 oktober 1999, ECLI:NL:RBUTR:1999:AA3704, *USZ* 1999/326, m.nt. A. van Eijs, r.o. 4.5-4.8 (over thuiszorg onder de AWBZ); Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw TH/BR-025, toelichting op art. 6.2, p. 12. Art. 6.2 bepaalt dat een zorgverzekeraar die zich ondanks maximale inspanning beroept op overmacht omdat hij zijn zorgplicht niet kan nakomen, de aanwezigheid van overmacht moet aantonen. Deze bepaling heeft volgens de toelichting bij de beleidsregel (p. 13) geen civielrechtelijke betekenis.

110 GcZ bindend advies 26 september 2012, SKGZ2012.00761, *GJ* 2013/55, m.nt. G.R.J.de Groot, r.o. 9.2.

111 Rb. ‘s-Gravenhage (pres.) 1 juni 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB1909, *RZA* 2001/73, r.o. 3.10. Vgl. ook Rb. Zwolle (pres.) 14 februari 2000, ECLI:NL:RBZWO:2000:AA4766, *USZ* 2000/69, m.nt. A. van Eijs (over zorg onder de AWBZ). Vgl. echter ook Hof Den Haag (k.g.) 23 december 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AA4081, *RZA* 2000/23, m.nt. J.M. van der Most, waarin het hof overweegt dat de AWBZ de zorgverzekeraars aanwijst als degenen die kunnen worden aangesproken bij het uitblijven van zorg, niet de Staat. Zie over overmacht door zorgverzekeraars verder o.a. Hubben & Van Zenderen 2002, p. 18; De Groot 2002b, p. 49 e.v. Beiden gaan in op het belang van de mate van overheidsregulering voor het slagen van een beroep op overmacht bij onvoldoende capaciteit. Zie recent (kort): Van der Mersch & Rijken 2022, par. 8; Sijmons 2022, par. 5; Hendriks e.a. 2023, par. 3.3 en 4.4.

De NZa verplicht bepaalde categorieën zorgaanbieders wachttijden op hun website te plaatsen, eventueel onderverdeeld per zorgverzekeraar mochten tussen zorgverzekeraars verschillen zijn.¹¹² Ook biedt de NZa handvatten aan zorgverzekeraars voor de uitvoering van de zorgplicht, die vooral zien op monitoring en signalering.¹¹³

De bereikbaarheid van zorg ofwel geografische toegankelijkheid was onderwerp van kamervragen over het sluiten van de nachtservice van apotheken in Alphen aan den Rijn en Lelystad. De minister gaf in haar antwoord niet aan of zorgverzekeraars in die concrete situatie hun zorgplicht jegens verzekerden hadden geschonden.¹¹⁴ Bij mijn weten is over deze kwestie niet geprocedeerd. In de memorie van toelichting bij de Zvw staat dat de zorgverzekeraar die kiest voor prestaties in de vorm van gecontracteerde zorg, die zorg op een redelijke afstand van de woonplaats moet aanbieden. Wat een redelijke afstand is, is volgens de toelichting afhankelijk van de zorgsoort die het betreft.¹¹⁵ In art. 9 en 10 van de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw van de NZa is voor enkele zorgvormen aangegeven binnen welke reistijd een zorgaanbieder bereikbaar moet zijn.¹¹⁶ Dat de zorg op een redelijke afstand van de woonplaats beschikbaar moet zijn, past bij het belang dat het IVESCR-Comité in *General Comment* nr. 14 hecht aan fysieke en economische toegankelijkheid van de zorg.¹¹⁷

Op de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar voor gelijke en financiële toegankelijkheid en geschiktheid van zorg zal hier niet worden ingegaan. De acceptatieplicht en het toeslagenstelsel moeten genoemde aspecten van toegankelijkheid borgen. De NZa ziet er voorts op toe dat zorgverzekeraars niet (indirect) selecteren op gezondheidsrisico's.¹¹⁸ De geschiktheid van de zorg ziet onder andere op eisen die daaraan uit ethische overwegingen gesteld worden, gezien het geslacht, de leeftijd of culturele achtergrond van de personen die de voorzieningen willen gebruiken.

112 Zie bijv. de Regeling aanleveren wachttijden medisch-specialistische zorg – NR/REG-2127 en de Transparantieregeling zorgaanbieders GGZ – NR/REG-2024.

113 NZa, Handvatten bij de uitvoering van de zorgplicht, 20 oktober 2020.

114 *Kamerstukken II* 2013/14, aanhangsel aan de handelingen 1194 en 1223. Zie nader over de geografische toegankelijkheid Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 707-708; *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 46.

115 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 31-32. Bij evaluatie van de Zvw in 2009 is geconcludeerd dat onvoldoende duidelijk is aan welke eisen op het vlak van onder meer tijdigheid en bereikbaarheid zorgverzekeraars moeten voldoen, zodat ook onvoldoende duidelijk is waar verzekerden hun verzekeraar op kunnen aanspreken. Zie Van de Ven e.a. 2009, p. 102-106.

116 TH-BR/025.

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

118 Zie bijv. de jaarlijkse monitors zorgverzekering van de NZa, alsmede het rapport *Risico-selectie en risicosolidariteit zorgverzekeringsmarkt*, NZa, september 2016.

2.2.3.4 Kwaliteit en culpa in eligendo

Over de omvang van de verantwoordelijkheid en daarmee aansprakelijkheid van de zorgverzekeraar voor de kwaliteit van de zorgverlening, los van de tijdigheid, beschikbaarheid en bereikbaarheid, lijkt niet iedereen het eens of is men niet altijd even expliciet of specifiek.¹¹⁹ Rechtspraak op dit terrein heb ik nauwelijks gevonden. Te onderscheiden zijn de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar voor de keuze van een bepaalde zorgaanbieder, waarbij vooral het algehele kwaliteitsbeeld van de betreffende zorgaanbieder van belang is, en de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg die een concrete verzekerde daadwerkelijk geleverd krijgt. De verbintenis van de zorgverzekeraar op grond van art. 11 lid 1 sub a Zvw ziet mijns inziens alleen op het eerste aspect. De zorgverzekeraar moet goede zorgaanbieders contracteren, anders kan sprake zijn van *culpa in eligendo* (letterlijk vertaald: fout bij het kiezen).¹²⁰ De regering lijkt dit in de memorie van toelichting ook te onderschrijven. Zorgaanbieders dragen volgens de memorie van toelichting primair de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg. Zij moeten voldoen aan onder meer de Wet BIG en de Wkkgz.¹²¹ Over de polis waarin de aanspraken van de verzekerde beperkt zijn tot (vergoeding van kosten van) gecontracteerde zorg, licht de regering als volgt toe:

‘In het geval de polis voorziet in gecontracteerde zorg heeft de zorgverzekeraar door de zorginkoop een directe rol bij de kwaliteit van die zorg. Ieder mag ervan uitgaan dat als een zorgverzekeraar het leveren van zorg regelt voor zijn verzekerden, hij zich ervan vergewist dat hij inkoopt wat conform de dekking van

119 Volgens het voormalige NZa Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars, TH-BR/018, p. 11, is bijvoorbeeld sprake van wanprestatie '[o]p het moment dat een zorgverzekeraar de zorg niet, niet tijdig of *niet behoorlijk* levert' [*cursivering HtO*]. Op p. 30 e.v. spitst de NZa de zorgplicht voor de kwaliteit toe op de selectie van zorgaanbieders middels zorginkoop en het stellen van kwaliteitseisen in zorginkoopcontracten. De verplichting zorg aan te bieden van 'goede kwaliteit' wordt toegelicht met de opmerking dat de zorgverzekeraar er zich van moet vergewissen dat de zorg die hij inkoopt *in principe* van goede kwaliteit is [*cursivering HtO*]. Volgens art. 8.5 van de thans geldende beleidsregel TH-BR/025 moet de zorgverzekeraar gecontracteerde zorg aanbieden die 'kwalitatief goed is' en op grond van art. 8.6 moet de zorgverzekeraar consequenties verbinden bij het al dan niet contracteren aan het oordeel van de IGJ dat een zorgaanbieder onvoldoende kwaliteit van zorg levert. In de toelichting op deze artikelen (p. 17-18 van de beleidsregel) is wel vermeld dat de zorg aan art. 2 Wkkgz moet voldoen, maar niet dat de zorgverzekeraar aansprakelijk is jegens de verzekerde als dat in een individueel geval niet zo is. Zie voor andere bronnen hierna.

120 Vgl. art. 2.2.4 Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, waar over aansprakelijkheid niets staat. De zorgverzekeraar weegt de kwaliteit van de geboden zorg mee bij het contracteren en maakt daarover ook afspraken met zorgaanbieders, aldus de gedragscode. Zie ten tijde van de Zfw Van der Kolk 1976, p. 601; Lugtenberg, Van der Most & Van Thiel 1988, p. 54; De Groot 2004b, p. 1007. Vgl. ook Legemaate 2004, p. 864, 865-866.

121 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 42-43.

de polis moet worden geleverd, en dat wat geleverd zal worden, *in principe* als «goed» kan worden gekwalificeerd. Dat betekent dat het inkopen van zorg meer inhoudt dan het afspreken van alleen een prijs. Het kwaliteitsaspect speelt duidelijk ook een belangrijke rol. Bij kwaliteit gaat het ook om veiligheid, bereikbaarheid, tijdigheid, en de noodzaak van voortdurende innovatie van de zorg. Die aspecten van kwaliteit zijn *te waarborgen door een systeem van voortdurende bewaking van kwaliteitsverbetering* en sluit zodoende aan op de werking van de al geldende kwaliteitswetgeving.' [*cursivering HtO*]¹²²

De kwaliteitseisen waar de zorgverzekeraar op moet selecteren zijn niet in de Zvw omschreven. Uit het wettelijk systeem volgt echter dat het in ieder geval gaat om wettelijke kwaliteits- vergunnings-, registratie- en opleidingseisen die voor zorgaanbieders gelden op grond van onder andere de Wkkgz, Wtza en Wet BIG.¹²³ De door de regering beoogde rol van de zorgverzekeraar voor de kwaliteit van zorg lijkt zich gezien het slot van het hiervoor weergegeven citaat uit de memorie van toelichting ook uit te strekken tot kwaliteitsverbetering. Welke eisen op dit punt aan de zorgverzekeraar kunnen worden gesteld, is onduidelijk.¹²⁴ Ontwikkelingen in de wetenschap en praktijk zouden zorgverzekeraars gezien het bepaalde in art. 2.2 Besluit zorgverzekering in ieder geval moeten volgen. Op grond van de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw dient de zorgverzekeraar verzekeren tevens te ondersteunen bij het maken van een keuze voor een goede zorgaanbieder. Vereist is daarom dat de zorgverzekeraar informatie inwint over de kwaliteit van de zorgaanbieder.¹²⁵ De Groot stelde in 2002 voor dat de wetgever in art. 11 Zvw of het Besluit zorgverzekering tot uitdrukking zou brengen welke wettelijke normen de zorgverzekeraar tenminste moet toepassen bij de selectie of aan welke eisen de zorgverzekeraar bij de zorginkoop moet voldoen opdat hij voldoet aan art. 11 lid 1 Zvw.¹²⁶ Het voordeel daarvan lijkt me dat de rol van de zorgverzekeraar op het vlak van kwaliteit van zorg en de samenhang tussen de Zvw en kwaliteitsregelgeving dan in de Zvw wordt geëxpliciteerd.

122 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 43. De regering spreekt hier niet van zorg in natura, maar maakt onderscheid tussen wel en niet gecontracteerde zorg. Zie ook Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, toelichting op art. 8.5, p. 17.

123 Vgl. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 758, 759; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 42-43; Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, TH-BR/025, toelichting op art. 8.5 (p. 17).

124 De regering licht in de kamerstukken niet uitvoerig toe wat zij met kwaliteitsverbetering bedoelt. Zie bijv. *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 45. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 43.

125 Art. 8.7 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, TH-BR/025 en de toelichting bij deze bepaling. Zie nader ook Legemaate 2004, p. 862-864.

126 De Groot 2002a, p. 168.

Voor die aspecten die het minimum te boven gaan blijft wel gelden dat art. 11 lid 1 Zvw een open norm is, waarbij voor de invulling van belang is dat zorgverzekeraars boven het minimum een zekere ruimte hebben om betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit tegen elkaar af te wegen.¹²⁷ In het geval van onzorgvuldig handelen door de zorgaanbieder zal het voor een verzekerde niet altijd eenvoudig zijn *culpa in eligendo* van de zorgverzekeraar aan te tonen.¹²⁸

Indien de kwaliteit van in concreto geleverde zorg tekortschiet en de zorgverzekeraar niet *culpa in eligendo* te verwijten valt, is de zorgverzekeraar op grond van art. 11 lid 1 sub a Zvw mijns inziens niet voor eventuele schade aansprakelijk jegens de verzekerde.¹²⁹ De verbintenis van de zorgverzekeraar in het naturamodel op grond van art. 11 lid 1 sub a Zvw ziet op het leveren en dus op het regisseren en organiseren van beschikbaarheid en toegankelijkheid van zorg die geschikt is en van goede kwaliteit en behelst geen verplichting tot verrichting van, noch garantie voor een foutloze medische behandeling. Naar de huidige maatschappelijke opvattingen ontvangt men van de zorgverzekeraar geen zorg als ware het een zorgverlener.¹³⁰ De verhouding zorgaanbieder – patiënt staat op zichzelf.¹³¹ Eerste aanspreekpunt bij medische calamiteiten is in beginsel de zorgaanbieder. De regeling voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de vernieuwde kwaliteits- en klachtenregeling in de Wkkgz ondersteunen dit uitgangspunt.¹³² Bij mijn weten spreken patiënten doorgaans niet hun zorgverzekeraar aan in rechte als zij schade lijden als gevolg van een medische fout. Het lijkt me ook niet wenselijk als zorgverzekeraars moeten instaan voor de kwaliteit van alle in concreto geleverde zorg, ook als geen sprake is van *culpa in*

127 Zie ook de toelichting bij de Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, TH-BR/025, p. 15.

128 Vgl. GcZ bindend advies 20 april 2021, SKGZ.202001678, r.o. 6.9 en 6.10, over zittend ziekenvervoer, waarin de Geschillencommissie in aanmerking nam dat niet gesteld of gebleken was dat de vervoerder stelselmatig te laat, te vroeg of helemaal niet kwam en overwoog dat de zorgverzekeraar zich een oordeel over de kwaliteit van de vervoerder moet vormen met name op grond van signalen die hij van verzekerden ontvangt en daarbij niet hoeft af te gaan op de mededeling van een enkele verzekerde.

129 Zie anders: Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 750, al wordt wel opgemerkt dat voor medische fouten meestal niet de zorgverzekeraar, maar de zorgaanbieder aansprakelijk wordt gesteld; De Groot 2002c, p. 117-118; De Groot 2004b, p. 1007-1008. Onder omstandigheden kan de verzekerde wel de betaling van de eigen bijdrage of het eigen risico opschorten jegens de zorgverzekeraar in het geval van wanprestatie van de zorgaanbieder vanwege de samenhang tussen de betrokken rechtsverhoudingen. Zie nader in 6.5.1.

130 Vgl. Rinkes & Van der Touw 2013, p. 1130: 'De zorgverzekeraar 'regisseert' binnen het model van gereguleerde concurrentie doelmatige en klantgerichte zorg'; NZa, Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (oud), TH-BR/018, p. 10: 'Het kenmerk van een prestatie in natura is dat de zorgverzekeraar de zorg organiseert'. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 5, 9, 25; De Groot 2002a, p. 163; Hubben & Sijmons 2009b, p. 382; Wijshoff-Vogelzang 1984, p. 24.

131 De Groot 2002a, p. 164.

132 Zie met name art. 18-23 Wkkgz.

eligendo, omdat dat tot premiestijging zou kunnen leiden.¹³³ Thans sluiten zorgaanbieders beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen af.

Van der Most erkent wel het onderscheid tussen ‘verstrekken’ of ‘leveren’ en ‘verlenen’,¹³⁴ maar acht vervolgens de zorgverzekeraar toch aansprakelijk voor incidentele medische fouten, omdat op hem de verplichting van daadwerkelijke, tijdige en behoorlijke zorglevering rust. Hij A) rekent daartoe kennelijk ook de verantwoordelijkheid voor de in concreto verleende zorg,¹³⁵ of B) concludeert ten onrechte dat het handelen van de zorgaanbieder (steeds) op grond van art. 6:76 BW aan de zorgverzekeraar moet worden toegerekend.¹³⁶ Buitencontractueel zou de zorgverzekeraar dan ook op grond van art. 6:171 BW risicoaansprakelijk kunnen zijn voor fouten van gecontracteerde zorgaanbieders.¹³⁷ Redenering A is mijns inziens onjuist en dat leidt tevens tot onjuistheid van B). Het handelen van de zorgaanbieder moet alleen dan als dat van een hulppersoon aan de zorgverzekeraar worden toegerekend, voor zover hij de zorgverzekeraar bij de uitvoering van diens verbintenis jegens de verzekerde helpt. Een onverantwoord lange wachtlijst bij een zorgaanbieder kan mijns inziens bijvoorbeeld in beginsel aan een zorgverzekeraar worden toegerekend op grond van art. 6:76 BW indien het ontstaan of in stand houden van de wachtlijst is aan te merken als een fout van het ziekenhuis. De wachtlijst raakt namelijk aan de tijdigheid en beschikbaarheid van de zorg, welke de zorgverzekeraar moet waarborgen. Schade door niet-tijdige zorgverlening kan daarom mogelijk ook op grond van schuld aan de zijde van de zorgverzekeraar of op grond van de verkeersopvattingen aan de zorgverzekeraar worden toegerekend (art. 6:75 BW).¹³⁸ Een incidentele medische fout van een zorgaanbieder kan niet aan de zorgverzekeraar worden toegerekend op grond van 6:76 BW, want dit betreft de kwaliteit van de in concreto geleverde zorg. Met andere woorden: de toerekenbaarheid van het gedrag van hulppersonen rekt in

133 Dat laat onverlet dat een zorgverzekeraar wel eventuele hersteloperaties of -behandelingen zal moeten verstrekken of vergoeden als ze tot het verzekerde pakket behoren. De zorgverzekeraar kan de kosten daarvan dan mogelijk verhalen op de zorgaanbieder.

134 Van der Most 2009, p. 377; Van der Most 2007, p. 9.

135 Van der Most 2007, p. 39-40.

136 Hij lijkt wel te onderkennen dat zijn interpretatie van de zorgplicht van de zorgverzekeraar niet met de praktijk overeenstemt waar hij opmerkt dat het onderscheid tussen natura en restitutie in de praktijk vertroebeld is en zorgverzekeraars in de communicatie naar verzekerden niet duidelijk maken of zij instaan voor de zorg zelf, of alleen voor de beschikbaarheid en rechtstreekse betaling ervan (Van der Most 2007, p. 10, 67). Zijn begrip van de naturaverzekering, ook uitgaande van een niet vertroebelde praktijk, klopt mijns inziens echter niet. Vgl. ook De Groot 2004b, p. 1006-1008 over aansprakelijkheid van de naturaverzekeraar voor tekortkomingen van de zorgaanbieder.

137 Hierop wijzen ook Hubben & Sijmons 2009b, p. 382.

138 De toerekeningsgronden van 6:75 BW ‘kunnen elkaar corrigeren en aanvullen.’ Tjong Tjin Tai 2010b, p. 250. Zie over de toerekeningsgronden ook o.a. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/14. Ik merk wel op dat de zorgverzekeraar in het geval van een wachtlijst bij de ene zorgaanbieder in beginsel toch aan zijn zorgplicht kan voldoen als bij een andere gecontracteerde zorgaanbieder wel binnen redelijke termijn zorg beschikbaar is.

principe niet de inhoud en omvang van de verbintenis van de schuldenaar op.¹³⁹ Aan de zorgverzekeraar kan op grond van 6:76 BW alleen ‘hulp’ bij het *leveren* van zorg, dus bij het daadwerkelijk beschikbaar en toegankelijk maken van geschikte en in abstracto kwalitatief goede zorg worden toegekend. Ik ben het dan ook met De Jong en Tjong Tjin Tai eens dat zowel bij het bepalen van de omvang van de verbintenis als de toerekenbaarheid van het gedrag van hulppersonen ‘de eenheid van de onderneming’ van in dit geval de zorgverzekeraar mede van belang dient te zijn.¹⁴⁰ Tot de ondernemingsactiviteiten van een zorgverzekeraar die voorziet in verzekeringsaanspraken door zorginkoopactiviteiten, behoort niet het zelf zorg verlenen. Gaat men uit van aansprakelijkheid van de zorgverzekeraar buiten *culpa in eligendo* bij wanprestatie van de zorgaanbieder op grond van art. 11 lid 1 Zvw¹⁴¹ dan ziet men zorg *verlenen* middels daarvoor gecontracteerde zorgaanbieders wel als behorende tot het bedrijf van de zorgverzekeraar of de verplichting van de zorgverzekeraar als een garantie voor het altijd van goede kwaliteit zijn van door gecontracteerde zorgaanbieders geleverde zorg. Zoals reeds aangegeven is dat volgens mij niet de heersende maatschappelijke opvatting¹⁴² en ook niet in lijn met de bedoeling van de wetgever.

Mogelijk is wel dat door de kwalitatief gebrekkige zorgverlening niet of niet geheel aan de zorgbehoefte van de verzekerde voldaan is en dat sprake is van schade in de vorm van letsel dat behandeld moet worden. Die behandeling zal dan dikwijls onder de bij en krachtens art. 10 en 11 Zvw verzekerde prestaties vallen.¹⁴³

2.2.3.5 Restitutieaanspraak en bemiddelingsplicht

De verbintenis van de zorgverzekeraar die een restitutie-aanspraak aanbiedt aan verzekerden behelst op grond van art. 11 lid 1 sub b Zvw in ieder geval een resultaatsverplichting tot het vergoeden van de kosten voor ontvangen zorg. De vergoeding van kosten in de zin van art. 11 lid 1 sub b Zvw is in het Besluit zorgverzekering beperkt tot kosten die in de Neder-

139 De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/15.1-15.2; Tjong Tjin Tai 2010b, p. 251-252. Vgl. HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0657, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*), m.nt. K.F. Haak, r.o. 3.4; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0828, NJ 2005/89 (*Nationale Nederlanden/t Witte Paerdje*), m.nt. M.M. Mendel, r.o. 4.

140 De Jong 2008, par. 5; Tjong Tjin Tai 2010b, p. 252-254.

141 Van der Most 2007, p. 39-40 en mogelijk ook Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 711 en Rijken 2015, p. 83. Van der Velden 1970, p. 906 betoogt dat de patiënt jegens het ziekenfonds in beginsel ‘eveneens’ recht heeft op de dienstverlening waarop hij jegens de medewerker recht heeft.

142 Zo ook, maar een aantal jaren geleden, De Groot 2002a; Hubben & Sijmons 2009b, p. 381, 382.

143 Zie bijv., over een gebrekkig hulpmiddel, waardoor de zorgverzekeraar tekortschoot in de nakoming van zijn verplichting om te voorzien in de behoefte aan hulpmiddelenzorg van de verzekerde: GcZ bindend advies 6 oktober 2021, SKGZ.202002000.

landse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten.¹⁴⁴ Uit die vergoedingsplicht vloeien geen verantwoordelijkheden voort voor de organisatie van de zorg. De zorgverzekeraar heeft op grond van art. 11 lid 1 sub b Zvw wel de verplichting op verzoek van de verzekerde activiteiten te verrichten gericht op het verkrijgen van de zorg of diensten waar de verzekerde behoefte aan heeft, oftewel zorgbemiddeling.¹⁴⁵

Wat precies van de zorgverzekeraar verwacht mag worden bij de zorgbemiddeling, is niet geheel duidelijk. Volgens de memorie van toelichting mag de verzekerde die zich tot zijn zorgverzekeraar wendt met een verzoek om zorgbemiddeling verwachten:

‘dat de zorgverzekeraar voortvarend actie onderneemt. De zorgverzekeraar zal daarmee in zijn interne organisatie rekening moeten houden. Ook hier geldt uiteraard dat daarbij tussen partijen de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht genomen moeten worden.’¹⁴⁶

Over het algemeen wordt aangenomen dat de verplichting van de zorgverzekeraar tot zorgbemiddeling minder verstrekkend is dan de verplichting zorg in natura te leveren. Op de zorgverzekeraar zou een inspanningsverbintenis rusten.¹⁴⁷ In het Handboek gezondheidsrecht wordt genoemd dat de zorgverzekeraar bijvoorbeeld telefonische helpdesks zou moeten inrichten.¹⁴⁸ Uit het woord ‘desgevraagd’ blijkt inderdaad dat de zorgverzekeraar benaderbaar moet zijn. Dat sluit ook aan bij het hiervoor gegeven citaat uit de parlementaire geschiedenis dat de zorgverzekeraar rekening moet houden met zijn bemiddelingsplicht bij zijn interne organisatie. In reactie op een concreet verzoek moet de zorgverzekeraar in actie komen.¹⁴⁹ Dit zijn enige aanknopingspunten bij het ‘hoe’ van de bemiddelingsactiviteiten, maar volgt uit de bemiddelingsplicht ook dat de zorgverzekeraar die een restitutie-aanspraak aanbiedt jegens die verzekerde een verantwoordelijkheid draagt voor de organisatie, ofwel de tijdigheid, beschikbaarheid, geschiktheid en kwaliteit in abstracto van de zorg? De zorgverzekeraar hoeft er mijns inziens niet voor in te staan dat hij succesvol bemiddelt. Hij moet zich daartoe inspannen. De zorgaanbieder waarnaar de zorgverzekeraar verwijst moet wel in abstracto zorg van goede kwaliteit leveren.¹⁵⁰

144 Art. 2.2 lid 2 sub b Besluit zorgverzekering.

145 Deze term wordt in de memorie van toelichting gebruikt: *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 102.

146 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 34.

147 Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 713; Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw – TH/BR-025, toelichting, p. 8; Van der Most 2007, p. 14.

148 Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 713.

149 Leenen/Gevers e.a., p. 713; art. 7.4 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw – TH/BR-025.

150 Vgl. art. 7.4 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw – TH/BR-025 en de toelichting op deze bepaling op p. 14-15; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 43; *Kamerstukken II*, 2004/05, 29763, E, p. 46.

Dat vloeit voort uit de verantwoordelijkheid die op de zorgverzekeraar rust als hij bij de bemiddeling een bepaalde zorgaanbieder voordraagt. Voor de beschikbaarheid van de zorg hoeft hij mijns inziens niet in te staan, maar hij zal zich er wel toe moeten inspannen te verwijzen naar een beschikbare zorgaanbieder die tijdig zorg kan verlenen en voor de verzekerde bereikbaar is. Zowel een aanspraak op zorg in natura als een aanspraak op restitutie en desgevraagd bemiddeling dient er dus toe te leiden dat 'de verzekerde de zorg krijgt waaraan hij behoefte heeft, en dat de zorgverzekeraar de kosten daarvan voor zijn rekening neemt'.¹⁵¹

De bemiddelingsplicht is niet afzonderlijk geregeld voor de natura-verzekering. Volgens de regering is dat niet nodig, omdat het recht op zorgbemiddeling reeds in het naturakarakter van de verzekering besloten zou liggen.¹⁵²

2.2.3.6 Restitutieaanspraak met beperking tot gecontracteerde zorgaanbieders

Indien de zorgverzekeraar de aanspraak van verzekerden op vergoeding beperkt tot vergoeding van zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders, schept dat mijns inziens aanvullende verplichtingen. Verzekerden mogen verwachten dat de gecontracteerde zorg in abstracto van goede kwaliteit is en dat de zorg beschikbaar, toegankelijk en geschikt is.¹⁵³ Ook dit vloeit voort uit de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar voor het door hem samengestelde gecontracteerde zorgaanbod. Is het aanbod niet afdoende, zijn de wachttijden te lang of is de kwaliteit van de zorgaanbieder in het algemeen of voor dat type zorg gemiddeld genomen onder de maat, dan is sprake van *culpa in eligendo* van de zorgverzekeraar. De verplichtingen voor de organisatie van zorg die rusten op de restitutieverzekeraar die zijn vergoedingsplicht beperkt tot kosten voor gecontracteerde zorgaanbieders vloeien dan niet voort uit de vergoedingsplicht, maar uit de beperking tot gecontracteerde zorgaanbieders die de restitutieverzekeraar aan die vergoedingsplicht verbindt. Ook bij de restitutieverzekering met gecontracteerde zorg is de zorgverzekeraar volgens de regering indien nodig verplicht nakoming te vorderen van de zorginkoopovereenkomsten die hij heeft gesloten.¹⁵⁴

In feite is zo het verschil tussen een aanspraak op (vergoeding) van gecontracteerde zorg versus vrije keuze voor een zorgaanbieder belangrijker dan het verschil tussen natura en restitutie.¹⁵⁵ Dat blijkt ook uit de

151 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 34. Zie ook Hendriks & Krijnen 2009, p. 1268, die op deze passage wijzen.

152 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, nr. 7, p. 92.

153 Zie in deze zin ook Art. 5.3 en 8 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw – TH/BR-025; *Kamerstukken II* 29763, nr. 3, p. 31, 34; Hendriks & Krijnen 2009, par. 4; Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, deel 2 Gedragsregels, regel 2.2.4.

154 *Kamerstukken I* 2004/05, 29763, E, p. 45.

155 Zo ook Van der Most 2007, p. 9. Vgl. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 714; De Groot 2011, p. 166-167 die op de gelijkenis wijst en vervolgens vooral de zwaardere verplichtingen van het aanbieden van de natura-aanspraak benadrukt.

memorie van toelichting bij de Zvw waar de regering beide verschillen toelicht¹⁵⁶ en art. 8 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, waarin de NZa eisen stelt op het vlak van bereikbaarheid, tijdigheid, beschikbaarheid en kwaliteit indien de zorgverzekeraar de aanspraken van verzekerden beperkt tot een door hem gecontracteerd zorgaanbod.

2.3 VERBOD VAN MISBRUIK VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE

2.3.1 Introductie; belang voor het onderzoek

Art. 24 lid 1 Mw en art. 102 VWEU verbieden ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Bij het aangaan van zorginkoopovereenkomsten en bepalen van de inhoud daarvan mogen zorgverzekeraars en zorgaanbieders jegens elkaar niet in strijd met dit verbod handelen.¹⁵⁷ Misbruik maken van een economische machtspositie is onrechtmatig.¹⁵⁸ Zoals nader in hoofdstuk 4 besproken wordt, wordt in civiele procedures over zorginkoop dikwijls een beroep gedaan op schending van het misbruikverbod en op de schending van de door ondernemers met een economische machtspositie te betrachten zorgvuldigheid. De civiele rechter heeft tot nog toe in een zorginkoopzaak echter niet geoordeeld dat een zorgverzekeraar of zorgaanbieder jegens zijn contractspartij misbruik maakte van zijn economische machtspositie. Het blijkt voor partijen lastig aan te tonen en voor rechters, met name kortgedingrechters, lastig vast te stellen of een partij daadwerkelijk over een economische machtspositie beschikt.¹⁵⁹ Wel nam de civiele rechter een aantal keren de machtspositie van de zorgverzekeraar in aanmerking in zijn oordeel, maar daarbij is niet altijd duidelijk of de rechter op een economische machtspositie in de zin van de Mw doelt.¹⁶⁰

De ACM handhaaft art. 24 Mw, de Europese Commissie art. 102 VWEU. De Europese Commissie heeft sinds 2006 niet handhavend opgetreden jegens een Nederlandse zorgaanbieder vanwege misbruik van een economische machtspositie jegens een Nederlandse zorgverzekeraar of andersom.

156 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 29.

157 Zij mogen het verbod uiteraard ook niet schenden jegens hun concurrenten, maar daar ga ik in dit boek niet op in. Zie nader over de vraag of zorgverzekeraars en zorgaanbieders als ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht moeten worden aangemerkt o.a.: NMa *Richt snoeren 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.

158 Zie nader over het vorderen van schadevergoeding vanwege schending van het mededingingsrecht bijv. Van de Gronden 2022, p. 305 e.v.

159 Bijv. Rb. Dordrecht (vzr.) 28 september 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AY9276, *GJ* 2006/140 (*Zorgwinkel Nederland/Trias*).

160 Zie 4.3.2.

De ACM kan indien sprake is van misbruik van een economische machtspositie vaststellen dat sprake is van een overtreding, een bestuurlijke boete opleggen en een last onder dwangsom opleggen. De ACM kan dus niet rechtstreeks ingrijpen door de rechten en verplichtingen van partijen te bepalen, maar kan partijen zo wel ertoe aanzetten zich anders te gaan gedragen, hetgeen mede van invloed kan zijn op de contractuele verhouding. Het handhavingstoezicht door de ACM van art. 24 Mw is in de praktijk vrij gering, omdat de bevoegdheid van de ACM op grond van art. 24 Mw grotendeels overlapt met de sectorspecifieke AMM-bevoegdheid van de NZa op grond van art. 47-49 Wmg, waarover hierna in 2.4. Bij samenloop van de AMM-bevoegdheden van de NZa met de bevoegdheden van de ACM bij misbruik van economische machtspositie gaat de NZa in beginsel voor.¹⁶¹ De NZa dient zich op grond van art. 18 lid 4 Wmg te richten naar de uitleg van de begrippen die de ACM hanteert bij toepassing van het mededingingsrecht.

De ACM heeft sinds 2006 in enkele zaken besluiten genomen die betrekking hebben op misbruik van een economische machtspositie van zorgaanbieder(s) jegens zorgverzekeraar(s) of andersom. In geen van die besluiten besloot de ACM tot handhavend optreden. Eén van de besluiten ziet op gedrag in de periode voor 2006¹⁶² en enkele zien op klachten die de ACM niet in behandeling heeft genomen of niet nader heeft onderzocht omdat de NZa en/of IGJ de klacht behandelde.¹⁶³ In het besluit dat ziet op de periode voor 2006 en twee andere besluiten is de ACM van oordeel dat de gedragingen waarover wordt geklaagd geen schending van de mededingingsregels vormen. Het betreffen klachten over de weigering te onderhandelen over een standaardovereenkomst,¹⁶⁴ de inhoud van zo'n overeenkomst¹⁶⁵ en de weigering van een zorgverzekeraar jegens een huisarts om met hem een overeenkomst aan te gaan voor het verlenen van reizigersadvies (zorg die onder de aanvullende verzekering viel).¹⁶⁶ Waar van belang wordt naar de betreffende beschikkingen verwezen in hoofdstuk 4 en 7.

161 Art. 18 lid 3 Wmg. Het Samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de NZa laat wel ruimte voor ingrijpen door de ACM indien sprake is van misbruik van een economische machtspositie als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Zie art. 18 Samenwerkingsprotocol tussen de Autoriteit Consument en Markt en de Nederlandse Zorgautoriteit, *Stcr.* 2015, 583.

162 NMa 14 juli 2006 (beslissing op bezwaar), 5166-55 (*NVM/Menzis*). De rechtbank Rotterdam achtte het besluit van de NMa om niet handhavend op te treden niet met de vereiste zorgvuldigheid (3:2 Awb) voorbereid. Rb. Rotterdam 21 augustus 2007, *ECLI:NL:RBROT:2007:BB2619*. Het CBb liet het besluit van de NMa wel in stand in hoger beroep: CBb 24 november 2009, *ECLI:NL:CBB:2009:BK5722* (*NVM/NMa*), *RZA* 2010/16.

163 NMa besluit 5 juni 2012, 7411/9 (*DCW/Menzis*); NMa besluiten van 26 september 2012, 7489/16 en 7471/26 (hoofdbehandelaarschap GGZ).

164 NMa 14 juli 2006 (beslissing op bezwaar), 5166-55 (*NVM/Menzis*).

165 ACM 21 april 2015, 15.0204.53 (*NVLF/Achmea*).

166 NMa besluit (beslissing op bezwaar) 6 april 2012, 7171/29 (*Slockers/Achmea Zorggroep*).

Gezien het – in ieder geval gezien de kwantiteit van de relevante beschikkingen en rechterlijke uitspraken – beperkte praktisch belang van het misbruikverbod voor de zorginkoopverhouding, wordt het in deze paragraaf op hoofdlijnen besproken.¹⁶⁷ Een enkele keer wordt daarbij vooruit verwezen naar paragraaf 2.4 over het AMM-toezicht.

2.3.2 Economische machtspositie en misbruik

Het verbod van art. 24 Mw geldt alleen voor ondernemingen die over een dominante positie beschikken. Art. 1 sub i Mw definieert een economische machtspositie in aansluiting op het Europese Hof van Justitie in *United Brands* als een ‘positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.’ Voor het vaststellen van een economische machtspositie zijn verschillende factoren van belang.¹⁶⁸ Een belangrijke factor is doorgaans het marktaandeel van de betreffende onderneming. Om vast te stellen of een onderneming over een economische machtspositie beschikt en daarvan misbruik maakt, dienen de relevante productmarkt en geografische markt te worden afgebakend. Vervolgens dient vastgesteld te worden of de betreffende onderneming op die markt over een machtspositie beschikt en of het gedrag van de onderneming misbruik oplevert.¹⁶⁹

Het begrip misbruik kent geen vaste definitie en is in de jurisprudentie en literatuur verder ontwikkeld. De in art. 102 VWEU opgenomen niet-limitatieve¹⁷⁰ lijst geeft een indruk van wat zoal onder misbruik verstaan moet worden:

167 Zie over toepassing van het mededingingsrecht in de gezondheidszorg nader o.a. Meijer 2006; Algera & Sluijs 2007; Houdijk 2009; Van de Gronden en Sluijs 2009, p. 103-192; Sauter 2011a; Maasdam 2011; Nistor 2011; Wiggers 2013; Rijken 2015; Loozen 2017.

168 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), r.o. 65-66; HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffman La Roche*), r.o. 38-39. Voor schending van het Europese verbod op misbruik van machtspositie in art. 102 VWEU geldt ook het vereiste dat door het misbruik de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed.

169 Zie nader over bepaling van de machtspositie, de relevante factoren en de vraag of sprake is van misbruik 2.4.2.3 en o.a. Van de Gronden 2022, p. 27 e.v. en 131 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 122 e.v.; Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 EG-Verdrag (thans art. 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.* 2009 C 45/7 (hierna: Commissie, Richtsnoeren art. 82 EG-Verdrag, *Pb* 2009, C45/7); Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *Pb.* 1997, C 372/5.

170 HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (*Continental Can/Commissie*), r.o. 26; HvJ EG 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 (*Britisch Airways*), r.o. 57.

- ‘a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.’

In de literatuur worden vormen van misbruik doorgaans ingedeeld in uitbuitingsmisbruik en uitsluitingsmisbruik.¹⁷¹ Ook de ACM maakt dit onderscheid, evenals de NZa bij haar AMM-toezicht.¹⁷² Bij uitbuiting buit de dominante onderneming haar positie uit ten nadele van haar afnemers, door bijvoorbeeld buitensporig hoge prijzen te rekenen of ondermaatse kwaliteit te leveren. In geval van uitsluiting beperken of verhinderen de gedragingen van een marktpartij toetreding van concurrenten tot een bepaalde markt of verhinderen zij versterking van de positie van concurrenten op de markt. Het kan gaan om bijvoorbeeld leverings- en/of toegangsweigering, koppelverkoop, exclusiviteitsbedingen, het bieden van roof- of wurgprijzen en geven van getrouwheidskortingen. Door uitsluiting kan de positie van een marktpartij verbeteren waardoor deze vervolgens in staat is zich te bedienen van uitbuiting.

Met name bij vermeend misbruik bestaande in uitsluiting wordt relevant geacht of de consument er uiteindelijk nadeel van ondervindt en ook welke risico's onterechte interventie met zich meebrengt.¹⁷³ Zo veronderstelde de ACM bij beoordeling van vermeende gevallen van inkoopmacht van zorgverzekeraars jegens zorgaanbieders dat de inkoopmacht van de zorgverzekeraar op de zorginkoopmarkt wordt gemitigeerd door concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt. Concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt

171 Bijv. Vedder & Appeldoorn 2019, p. 129-130 en nader par. 4.5.4 en 4.5.5; Van de Gronden 2022, par. 2.3.2-2.3.3.

172 NMa richtsnoeren voor de zorgsector, p. 7; Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR-0030, p. 23, 37. Zie over het AMM-toezicht van de NZa nader in 2.4.

173 Commissie Richtsnoeren art. 82 EG-Verdrag, *Pb* 2009, C45/7, nr. 19; NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010, randnr. 95. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat het mededingingsrecht niet uitsluitend is bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen. HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 38 en HvJ-EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline*), r.o. 63. Zie ook Van de Gronden 2022, p. 142.

zou zorgverzekeraars ertoe moeten aanzetten hun eventuele inkoopmacht om te zetten in betere zorgverzekeringen voor consumenten.¹⁷⁴

Voor de vaststelling dat sprake is van misbruik is niet vereist dat aangetoond wordt dat de mededinging daadwerkelijk beperkt is. Voldoende is dat aannemelijk wordt gemaakt dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben.¹⁷⁵

Een onderneming die over een economische machtspositie beschikt heeft een bijzondere verantwoordelijkheid om zich zo te gedragen dat zij geen afbreuk doet aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt, zo oordeelde het Europese Hof van Justitie in onder andere het arrest *Michelin/Commissie*.¹⁷⁶ Dat wil niet zeggen dat een onderneming die over een economische machtspositie beschikt niet zou mogen concurreren op verdiensten,¹⁷⁷ maar wel dat zo'n onderneming daarbij een bijzondere zorgvuldigheid moet betrachten om te voorkomen dat de mededinging wordt beperkt en vervalst.¹⁷⁸ Het is lastig onderscheid te maken tussen competitief handelen dat gebaseerd is op de verdiensten van de dominante onderneming en competitief handelen dat de mededinging verstoort en schaadt. De intentie van de dominante onderneming is hiervoor niet relevant.¹⁷⁹ Het is aan de dominante onderneming om aan te tonen dat ze zich gedraagt als een onderneming zou doen die onderhevig aan een voldoende mate van concurrentiedruk.¹⁸⁰

Onder omstandigheden kan een onderneming zich op een rechtvaardiging beroepen voor gedrag dat normaal gesproken misbruik oplevert. De Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij

174 Vgl. NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010, nr. 95, 102, 104; Zie ook NMa besluit (beslissing op bezwaar) 6 april 2012, 7171/29 (*Slockers/Achmea Zorggroep*), nrs. 9 en 38; NMa besluit 31 mei 2006 5142/133 (*KNGF*), r.o. 25; Loozen 2016, p. 422.

175 Schillemans & Van Bockel, in: *T&C mededingingsrecht*, art. 24 Mw, aant. 2a (online, bijgewerkt 1 augustus 2022) onder verwijzing naar CBb 7 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN9947 (*CR Delta*), 6.4.4 en GvEA EG 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 (*Michelin II*), r.o. 239.

176 HvJ EG 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (*Michelin/Commissie*), r.o. 57. Zie ook HvJ EG 16 maart 2000, C-395/96, ECLI:EU:C:2000:132 (*Compagnie maritime belge transports/Commissie*), r.o. 37; HvJ EU 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, (*France Télécom/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*), r.o. 135; Commissie Richtsnoeren art. 82 EG-Verdrag, Pb 2009, C45/7, nr. 1 en 9.

177 HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*), r.o. 133; Commissie Richtsnoeren art. 82 EG-Verdrag, Pb 2009, C45/7, nr. 1 en 6.

178 HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), r.o. 21-26; NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010, nr. 93; Ligteringen 2016, p. 34. Volgens De la Mano, Nazzini & Zenger 2014, nr. 4.287, is dit geen regel die verplichtingen oplegt aan ondernemingen die over een economische machtspositie beschikken, maar 'simply a shorthand for saying that conduct that would be perfectly lawful if carried out by a non-dominant firm may be prohibited if carried out by a dominant undertaking.'

179 HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffman La Roche*), r.o. 91.

180 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 131-132.

de toepassing van art. 82 EG-Verdrag (thans art. 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie noemen het geval dat sprake is van een objectieve noodzaak, gelegen in bijvoorbeeld de gezondheid of veiligheid en het geval dat het gedrag leidt tot efficiëntieverbeteringen waarbij de voordelen voor consumenten groter zijn dan de nadelen.¹⁸¹

Art. 25 Mw bevat een exceptie voor het verbod op misbruik van machtspositie. Op grond van art. 25 Mw kan een onderneming waaraan bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (DEAB) is opgedragen ontheffing vragen van de toepassing van art. 24 Mw indien het verbod dat beheer verhindert. Deze exceptie kan alleen door de ACM worden toegepast en niet als verweer worden ingeroepen in een civiele of bestuursrechtelijke procedure.¹⁸² Art. 25 Mw is tot nog toe niet toegepast in de zorg.

2.4 HANDHAVING BIJ AANMERKELIJKE MARKTMACHT DOOR DE NZA

2.4.1 De AMM-bevoegdheid; algemeen

2.4.1.1 Art. 47 en 48 Wmg

Art. 48 Wmg schept voor de NZa de bevoegdheid in te grijpen in de zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt of zorginkoopmarkt door een verplichting op te leggen aan een of meer zorgaanbieders of een of meer ziektekostenverzekeraars¹⁸³ indien zij alleen of gezamenlijk beschikken over aanmerkelijke marktmacht (AMM) op een door de NZa volgens de beginselen van algemeen mededingingsrecht afgebakende markt.

Art. 47 Wmg definieert AMM als:

‘de positie van een of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan te kunnen belemmeren door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van:

181 Commissie Richtsnoeren art. 82 EG-Verdrag, *Pb* 2009, C45/7, nr. 28-30; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 132-133; Van de Gronden 2022, p. 151-153; Vedder & Appeldoorn noemen als voorbeeld de HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), r.o. 163-203, waarin het Hof onderzocht of de leveringsweigering door United Brands objectief gezien gerechtvaardigd was met het oog op bescherming van de commerciële belangen van United Brands. Van de Gronden wijst op o.a. de zaak HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), r.o. 41-42, waarin het hof de door de Commissie gegeven benadering van efficiëntieverbeteringen navolgt.

182 Houdijk 2009, p. 571.

183 Zie voor de begrippen zorgaanbieder en ziektekostenverzekeraar art. 1 sub c en f Wmg. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars die zorginkoopovereenkomsten sluiten, zoals onderwerp van dit onderzoek (zie 1.5.2), vallen hieronder.

- a. zijn concurrenten;
- b. ziektekostenverzekeraars, indien het een zorgaanbieder betreft;
- c. zorgaanbieders, indien het een zorgaanbieder betreft;
- d. zorgaanbieders, indien het een ziektekostenverzekeraar betreft, of
- e. consumenten.'

Als sprake is van AMM is geen sprake van een gelijk speelveld op de markt en bestaat het risico dat de partij die over AMM beschikt (de ontwikkeling van) concurrentie belemmert.¹⁸⁴ Toetreding van nieuwe spelers of groei van zwakkere bestaande spelers kan dan lastiger zijn.¹⁸⁵ De bevoegdheid van art. 48 Wmg is een discretionaire bevoegdheid: de NZa *kan* een of meer in het artikel genoemde verplichtingen opleggen als een of meer ziektekostenverzekeraars of zorgaanbieders over AMM beschikken. Ingevolge art. 57 lid 1 sub a Wmg geeft de NZa in de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg en de toelichting daarop aan op welke wijze ze de AMM-bevoegdheid aan zal wenden. Zo hanteert zij een aantal prioriteitscriteria.¹⁸⁶ De beleidsregel is 'richtinggevend en niet uitputtend bedoeld.'¹⁸⁷

De NZa moet bij het opleggen van een verplichting de eisen van proportionaliteit in acht nemen (art. 48 lid 3 Wmg). Een AMM-verplichting mag voor ten hoogste drie jaar worden opgelegd. Binnen die periode kan de NZa besluiten de verplichting te wijzigen of te verlengen, telkens voor een periode van ten hoogste drie jaar. Als de NZa van oordeel is dat de verplichting niet langer noodzakelijk is, kan de NZa de beslissing waarbij een AMM-verplichting is opgelegd ook intrekken.¹⁸⁸ Bij de beslissing een AMM-verplichting in te trekken moet volgens de memorie van toelichting bij het wetsartikel vooral acht worden geslagen op de marktsituatie.¹⁸⁹

Voor het opleggen van een verplichting moet de NZa de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb volgen.¹⁹⁰ Dat hoeft niet als de NZa een spoedmaatregel als bedoeld in art. 49 Wmg treft, waarbij de verplichting voor ten hoogste zes maanden kan worden opgelegd.¹⁹¹ Belanghebbenden kunnen tegen een besluit tot het al dan niet opleggen van een AMM-verplichting desgewenst direct in beroep bij het CBb.¹⁹²

Ik bespreek in het navolgende nader de AMM-verplichtingen, de vereisten voor het opleggen van een AMM-verplichting en de invulling van de bevoegdheid door de NZa in haar beleidsregel, de toelichting daarop en de beschikkingenpraktijk.

184 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 19.

185 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 20.

186 Zie 2.4.2.6.

187 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, randnr. 6.

188 Art. 48 lid 5 Wmg.

189 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 65.

190 Art. 48 lid 2 Wmg.

191 Zie nader de toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR 0030, p. 40-41; *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, nr. 31, p. 2.

192 Art. 7:1 lid 1 onder d Awb; art. 105 Wmg.

2.4.1.2 De verplichtingen

De verplichtingen die de NZa op kan leggen zijn limitatief opgesomd in art. 48 lid 1 sub a tot en met m Wmg. Het betreft de verplichtingen:¹⁹³

- a) om door de zorgautoriteit te bepalen categorieën van informatie aan door de zorgautoriteit te bepalen categorieën van belanghebbenden op een door de zorgautoriteit te bepalen wijze bekend te maken, bijvoorbeeld over de zorginkoopprocedure (transparantie);
- b) om bij de levering van door de zorgautoriteit te bepalen diensten, de afnemers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen (non-discriminatie);
- c) om een door de zorgautoriteit te bepalen dienst los te leveren van andere diensten, zo kan worden tegengaan dat een partij marktmacht overhevelt naar een aangrenzende markt door koppelverkoop of bundeling van producten (ontbundeling);
- d) voor een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar om de boekhouding van bepaalde diensten te scheiden van overige activiteiten¹⁹⁴ (gescheiden boekhouding);
- e) onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst op of ten behoeve van de zorginkoopmarkt (contracteerplicht);
- f) voor een ziektekostenverzekeraar om in zijn overeenkomsten met zorgaanbieders niet een onredelijk hoge capaciteit overeen te komen in relatie tot de capaciteit die de verzekeraar naar verwachting voor zijn verzekerden nodig heeft (geen overcapaciteit bedingen zorgverzekeraar);
- g) om voor het medegebruik van door de zorgautoriteit aan te wijzen categorieën van zorg, diensten of faciliteiten een openbaar aanbod te doen en in stand te houden (openbaar aanbod voor medegebruik);
- h) om het onder g bedoelde openbare aanbod overeenkomstig door de zorgautoriteit gegeven aanwijzingen te wijzigen (wijzigen openbaar aanbod);
- i) om tarieven vast te stellen volgens een door de NZa te bepalen berekeningsmethode, bijvoorbeeld volgens het principe van kostenoriëntatie (tariefbepaling);

193 Voorbeelden en toelichting zijn afkomstig van *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 65-67 en NZa, toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR 0030, p. 24 e.v.

194 Deze verplichting zal de NZa niet snel afzonderlijk opleggen, maar wel bijvoorbeeld samen met de verplichting onder c (ontbundeling) of j) kostentoerekening. De verplichting dient dan om kruissubsidie tegen te gaan tussen producten of deelmarkten die wel en niet onderhevig zijn aan concurrentie. NZa, toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR 0030, p. 32.

- j) om een kostentoerekeningssysteem te hanteren dat voldoet aan door de NZa bepaalde toerekeningsprincipes ten behoeve van de verplichting tot tariefbepaling onder i) (kostentoerekening);
- k) om door middel van een accountantsverklaring of anderszins, eenmalig of periodiek aan te tonen dat aan de onder i en j bedoelde verplichting is voldaan (accountantscontrole);
- l) voor een zorgaanbieder om in zijn overeenkomsten met andere zorgaanbieders niet een onredelijk hoge capaciteit overeen te komen in relatie tot de capaciteit die de eerstbedoelde zorgaanbieder naar verwachting voor zijn consumenten nodig heeft (geen overcapaciteit bedingen door zorgaanbieder).

De verplichting onder art. 48 lid 1 sub m Wmg biedt de mogelijkheid bij ministeriële regeling andere verplichtingen aan te wijzen en art. 48 lid 4 Wmg geeft de NZa de bevoegdheid aan de verplichtingen voorschriften en beperkingen te verbinden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichtingen. Sommige verplichtingen kunnen op alle zorgmarkten zien, andere zien op een bepaalde markt of rechtsverhouding. Zo zien de hiervoor aangehaalde verplichtingen sub e (contracteerplicht) en sub f (geen onredelijke hoge capaciteit) alleen op de rechtsverhouding tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder¹⁹⁵ en ziet sub l alleen op overeenkomsten tussen zorgaanbieders onderling. Voor de precontractuele fase en totstandkoming van zorginkoopovereenkomsten zijn vooral de verplichtingen genoemd onder a (transparantie), b (non-discriminatie), e (contracteerplicht), g (openbaar aanbod voor medegebruik) en h (wijzigen openbaar aanbod) relevant. De verplichting onder a) ziet in de verhouding zorgverzekeraar-zorgaanbieder mede op informatie die zorgverzekeraars reeds op grond van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw¹⁹⁶ bekend moeten maken, waardoor deze verplichting wat aan belang heeft ingeboet. De verplichtingen onder c (ontbundeling), d (gescheiden boekhouding), e) contracteerplicht, f (geen onredelijk hoge capaciteit bedingen door zorgverzekeraar), i (tariefbepaling), j (kostentoerekening), k (accountantscontrole) kunnen ook of met name aan de inhoud van zorginkoopovereenkomsten raken.

195 Aanvankelijk golden deze bevoegdheden alleen voor de zorginkoopmarkt en alleen voor die delen waarop de tarieven niet meer gereguleerd waren (*Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 2, art. 40). Dat paste bij het idee dat de bevoegdheden van de NZa die van de NMa zouden moeten aanvullen. Na amendement van het lid Heemskerk (*Kamerstukken II* 2005/06, 30186, nr. 23) is het werkingsterrein van de AMM-bevoegdheden uitgebreid naar alle drie de zorgmarkten en mogen ze ook toegepast worden als de tarieven niet geheel vrij zijn. Zie ook Meijer 2006, p. 185.

196 Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, *Stcrt.* 2021, 50760, kenmerk TH/NR-021. Zie over deze regeling 4.2.2.

De verplichtingen hebben volgens de memorie van toelichting bij de Wmg niet het karakter van een sanctie voor een economische overtreding omdat van een ongeoorloofde belemmering van de mededinging nog geen sprake hoeft te zijn.¹⁹⁷ Misbruik van marktmacht is geen vereiste, maar een verplichting kan wel in reactie op misbruik opgelegd worden. De visie dat de verplichting niet het karakter van een sanctie heeft, past bij het idee dat de NZa ook markten moet ontwikkelen. Leidt een verplichting tot gedragswijziging dan kan dat evenwel natuurlijk best als sanctie voelen voor de betrokken zorgaanbieder(s) of ziektekostenverzekeraar(s).¹⁹⁸ Ook kan het opleggen van een AMM-verplichting tot reputatieschade leiden.¹⁹⁹ Bestuursdwang, een last onder dwangsom of boete kan pas worden opgelegd als verplichtingen niet wordt nageleefd of de betreffende zorgverzekeraar(s) of zorgaanbieder(s) een aanwijzing niet opvolg(t)(en).²⁰⁰

2.4.1.3 Contractuele gevolgen van AMM-verplichtingen

De NZa kan door middel van haar AMM-instrument niet direct ingrijpen in de contractuele verhoudingen maar het opvolgen van de verplichting zal dikwijls wel direct gevolgen hebben voor de (pre)contractuele verhouding(en). De NZa kan bijvoorbeeld bij het opleggen van een contracteerplicht op grond van art. 48 lid 1 sub e Wmg niet in plaats van de zorgverzekeraar(s) of zorgaanbieder(s) een redelijk aanbod aanvaarden of verklaren dat een overeenkomst tot stand is gekomen als sprake is van een redelijk verzoek. Ook kan de NZa bij het opleggen van een verplichting een openbaar aanbod tot medegebruik te doen of te wijzigen (sub g en h) niet namens of in plaats van de zorgverzekeraar(s) of zorgaanbieder(s) waarop de verplichting rust dat openbare aanbod doen of wijzigen. Volgt de betreffende partij de verplichting op dan resulteert dat wel in een overeenkomst die anders niet of niet met die inhoud zou zijn gesloten.²⁰¹ Als de partij geen uitvoering geeft aan de verplichting kan de NZa handhavend optreden door middel van het opleggen van een aanwijzing,²⁰² een last onder bestuursdwang dan wel een last onder dwangsom.²⁰³

197 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 67. Zie ook de toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR 0030, p. 22.

198 Zie ook Wiggers 2013, p. 126. Volgens Van den Berg is pas sprake van een sanctie als de niet-naleving van de opgelegde verplichting wordt gesanctioneerd. Van den Berg 2010, p. 213.

199 Zie ook Wiggers 2013, p. 126.

200 Art. 76, 80, 82, 85 Wmg.

201 Vgl. Hage 2017, p. 139.

202 Art. 76 lid 1 Wmg.

203 Art. 82 Wmg.

2.4.1.4 Verhouding tot algemeen en ander sectorspecifiek mededingingsrecht

De AMM-bevoegdheid van de NZa staat naast het algemene mededingingsrechtelijke verbod op misbruik van machtspositie.²⁰⁴ Tussen de bevoegdheden van de ACM en de NZa bestaat overlap. Voor de uitleg van het begrip aanmerkelijke marktmacht moet worden aangesloten bij het mededingingsrechtelijke begrip ‘misbruik van een economische machtspositie’ en de wijze waarop dat begrip in beschikkingen van de Europese Commissie en jurisprudentie is ontwikkeld en verder wordt ontwikkeld.²⁰⁵ Er zijn ook verschillen. Anders dan de ACM mag de NZa haar AMM-bevoegdheden ook gebruiken als er nog geen sprake is van misbruik. De ACM kan niet de art. 48 Wmg opgesomde verplichtingen opleggen, maar kan overtredingen alleen vastleggen, opdragen die te beëindigen en daaraan al dan niet een boete of last onder dwangsom verbinden.²⁰⁶

Bij samenloop van de AMM-bevoegdheden van de NZa met de bevoegdheden van de ACM bij misbruik van economische machtspositie gaat de NZa in beginsel voor.²⁰⁷ Zij dient de ACM wel te consulteren en gelegenheid te bieden een zienswijze te geven voor toepassing van het AMM-instrument.²⁰⁸

Ook hoofdstuk 3a van de Postwet en hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet bevatten regelingen voor aanmerkelijke marktmacht, in respectievelijk de post- en telecommunicatiesector. De ACM is bevoegd tot het opleggen van AMM-verplichtingen in die sectoren. Beide regelingen vertonen overeenkomsten met de AMM-regeling in de Wmg. De toepassing van die AMM-bevoegdheden door de ACM kan daarom volgens Sauter voor de NZa als voorbeeldfunctie fungeren.²⁰⁹ In *Van Dalen/Menzis* beriep Van Dalen zich op criteria die de Europese Commissie hanteert bij de bepaling of een (deel)markt in de telecommunicatiesector in aanmerking komt voor ex ante regulering. Het CBb oordeelde dat de Wmg en wetsgeschie-

204 Art. 24 Mw en 102 VWEU, waarover kort 2.3.

205 Art. 18 lid 4 Wmg.

206 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 20-21; Zie ook Sauter 2007, p. 4; Wiggers 2013, p. 124. Voorts is het mededingingsrecht alleen van toepassing op ondernemingen, terwijl de bevoegdheden van art. 48 en 49 Wmg gelden ten aanzien van alle zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars in de zin van de Wmg; Sauter 2007, p. 9; NMa, *Richt snoeren voor de zorgsector*, 2010, p. 20-21; *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 103-104.

207 Art. 18 lid 3 Wmg. Het Samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de NZa laat wel ruimte open voor ingrijpen door de ACM indien sprake is van misbruik van een economische machtspositie als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Zie art. 18 van het Samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de NZa, *Stcrt.* 2015, 583.

208 Art. 18 lid 7 Samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de NZa. Wiggers toetst in zijn dissertatie de in art. 48 en 49 Wmg gegeven bevoegdheden aan art. 3 lid 2 van Verordening 1/2003 (Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EG* 2003, L 1/1). Hij acht een kleine kans aanwezig dat de bevoegdheden niet in overeenstemming zijn met art. 3 lid 2 en 3 van de Verordening. Wiggers 2013, p. 127-139.

209 Sauter 2007, p. 10-11.

denis daarvan geen aanknopingspunt bieden voor het analoog toepassen van deze criteria.²¹⁰ Ook overigens lijkt voor analoge toepassing dikwijls geen plaats, aangezien het toezicht in de zorg haar oorsprong niet vindt in een sectorspecifiek Europeesrechtelijk kader.²¹¹ In haar beschikking over het besluit *Marktanalyse sGGZ in Zeeland* paste de NZa wel een in een telecomzaak geformuleerde bewijsregel toe voor de onderbouwing van het vereiste dat er een mogelijkheid en prikkel is om tot mededingingsbeperkend gedrag over te gaan.²¹²

2.4.2 Uitoefening van de AMM-bevoegdheid: art. 3 lid 4 Wmg en beleid

2.4.2.1 Het consumentenbelang voorop

De NZa richt zich bij de toepassing van het AMM-instrument niet op de machtsverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als zodanig, maar beziet die verhouding vanuit een extern perspectief, namelijk de manier waarop hun marktgedrag en al dan niet contractueel handelen bijdraagt aan het algemeen consumentenbelang. Dit volgt uit art. 3 lid 4 Wmg dat bepaalt dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang vooropstelt. Naar de aanvankelijke formulering van de bepaling dient de NZa ‘rekening te houden met’ de belangen van de consument.²¹³ Na amendement van het CDA-kamerlid Omtzigt zijn de bewoordingen gewijzigd in ‘vooropstellen.’²¹⁴ De consument is in art. 1 sub i Wmg omschreven als de verzekeringsplichtige, verzekerde of patiënt. De Raad van State – ook kritisch over de oorspronkelijke tekst – en de minister wezen er bij de behandeling van het wetsvoorstel en amendement op dat de NZa alle relevante belangen op evenwichtige wijze moet afwegen.²¹⁵ Volgens de minister dient de NZa er wel nadrukkelijk bij stil te staan in hoeverre een beslissing een bijdrage kan of zal leveren aan de consumentenbelangen.²¹⁶

De NZa geeft in haar visiedocument ‘(In) het belang van de consument’ aan dat zij de belangen van de consument ‘nadrukkelijk centraal’ stelt bij haar optreden als maker en bewaker van de markt. Zij treedt op wanneer

210 CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731, RZA 2012/53, GJ 2012/136, m.nt. N. van den Burg, r.o. 6.3.3.

211 Zie nader Sauter 2007, nr. 1, p. 10-11. Hij wijst ook op verschillen tussen de zorg- en de telecommunicatiemarkt en op het feit dat de NZa in principe voorgeaat op de ACM in plaats van andersom.

212 CBB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, GJ 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*), r.o. 6.3.1. Zie nader over dit, in het kader van de proportionaliteitstoets gestelde criterium, hierna in par. 2.4.2.

213 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 2.

214 *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, 32 (Amendement Omtzigt).

215 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 4, p. 10-11; *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, nr. 38, p. 10.

216 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 52.

het algemeen consumentenbelang in de knel dreigt te komen. Over de verhouding van de door de overheid te borgen publieke belangen toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg tot het voor de NZa centraal staande algemeen consumentenbelang schrijft de NZa in haar visiedocument dat zij de focus op het consumentenbelang legt en dat zij zich inzet om aan de consument toegankelijke, kwalitatief goede en betaalbare zorg te garanderen. Het algemeen belang en de publieke belangen liggen volgens de NZa in elkaars verlengde. Ze zal vanuit het consumentenbelang afwegingen moeten maken tussen bijvoorbeeld kwaliteit en betaalbaarheid als die belangen in een bepaalde situatie tegenstrijdig zijn. Bij strijdigheid van het belang van de consument met dat van zorgverzekeraars of zorgaanbieders 'bewaakt de NZa expliciet het belang van de consument.'²¹⁷ Alvorens de NZa tot optreden overgaat, stelt zij altijd vast

- '1) of een knelpunt het algemeen consumentenbelang schaadt;
- 2) of marktpartijen of andere partijen (consumentenorganisaties of overheden) in staat zijn en ook daadwerkelijk in actie komen om dit knelpunt op te lossen;
- 3) of maatregelen van de NZa noodzakelijk zijn, en welke vorm deze dan zouden moeten aannemen.'²¹⁸

2.4.2.2 Beleidsregel en toelichting: algemeen

In de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg en de toelichting daarop zet de NZa uiteen wanneer zij een AMM-verplichting zal opleggen. Voor het opleggen van een AMM-verplichting is volgens de beleidsregel vereist dat:

- de NZa vermoedt (art. 49 Wmg) of heeft vastgesteld (art. 48 Wmg) dat (een) ziektekostenverzekeraar(s) of zorgaanbieder(s) op een daartoe afgebakende relevante markt AMM heeft;
- die leidt tot (potentiële) mededingingsproblemen;
- welke door een of meer verplichtingen op proportionele wijze kunnen worden opgelost.

De voorwaarden gelden cumulatief. Voor toetsing hanteert de NZa geen vaste volgorde. Dat betekent dat de NZa ook zonder de relevante markt af te bakenen en de marktmacht daarop te bepalen kan besluiten niet op te treden als zij vaststelt dat er geen (potentiële) mededingingsproblemen zijn of dat eventuele potentiële problemen niet op proportionele wijze kunnen worden opgelost.²¹⁹

217 NZa. *Visiedocument (In) het belang van de consument*, 2007, p. 14.

218 NZa 2007, p. 24. Zie nader over het algemeen consumentenbelang Sauter 2009.

219 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, nr. 7 en 16; NZa, Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, 2014, p. 15-16, 22.

Voor de vaststelling van AMM hoeft het mededingingsprobleem zich niet te hebben voorgedaan. Art. 48 en 49 Wmg behelzen immers ex ante bevoegdheden.²²⁰ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft geoordeeld dat de NZa de bevoegdheid heeft tot het opleggen van een verplichting bij aanwezigheid van AMM op de relevante markt 'in combinatie met de mogelijkheid en prikkel om over te gaan tot een mededingingsbeperkende gedraging.'²²¹ Het moet gaan om 'een potentieel mededingingsprobleem, dat niet hypothetisch is'. De lat voor dit vereiste ligt dus niet hoog, aldus het CBb. De prikkel mag worden geconstateerd op grond van algemene overwegingen over rationeel gedrag van op maximalisering van winst gerichte ondernemingen. In de zaak *Marktanalyse sggz in Zeeland* past het CBb dit criterium ook toe op aanbieder van gespecialiseerde GGZ Emergis, die weliswaar geen op winst gerichte onderneming is, maar waarvoor 'wel een prikkel bestaat om zoveel mogelijk omzet te genereren door zoveel mogelijk zorgvolume te leveren.'²²²

Ik belicht de elementen AMM, mededingingsproblemen en proportionaliteit hierna nader en ga daarna ook kort in op het prioriteitsbeleid van de NZa.

2.4.2.3 Machtspositie, marktafbakening en AMM

Ten behoeve van het onderzoek of sprake is van AMM dient de NZa de relevante productmarkt en geografische markt af te bakenen en vervolgens vast te stellen of de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen. De marktafbakening houdt in dat bepaald dient te worden welke producten of diensten binnen welk geografisch gebied concurreren met het product of de dienst van de betrokken onderneming. De NZa volgt daarbij de beschikkingen van de Europese Commissie en ACM.²²³ In de definitie van AMM in art. 47 Wmg is ook aangesloten bij de wijze waarop een economische machtspositie is gedefinieerd in het mededingingsrechtelijke arrest *United Brands*²²⁴ van het Europese Hof van Justitie.

Een belangrijke factor bij de vaststelling van eventuele AMM is het marktaandeel van de onderneming. De memorie van toelichting bij de Wmg geeft als uitgangspunt dat een onderneming met een marktaandeel

220 Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 21.

221 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, *GJ* 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*), r.o. 3.2.3.

222 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, *GJ* 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*), r.o. 6.3.1, onder verwijzing naar de uitspraak in een telecomzaak van 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177, *NJB* 2020/837 (*Vodafone c.s./ACM*).

223 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, nr. 9-19 en de toelichting daarop, p. 12; Wiggers 2013, p. 124-125. Zie ook art. 18 lid 4 Wmg.

224 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), nr. 65.

van 55% of meer over AMM beschikt.²²⁵ Bij een marktaandeel van 40 tot 55% is het aannemelijk dat een onderneming AMM heeft. In dat geval moeten wel ook bijkomende factoren onderzocht worden die indicatief zijn voor de marktstructuur. Is het marktaandeel tussen de 25 en 40% dan kan door een combinatie van bijkomende factoren ook van AMM sprake zijn. Bij een marktaandeel van onder de 25% is AMM onwaarschijnlijk.²²⁶ Bijkomende factoren die de NZa – gezien de memorie van toelichting, Europese jurisprudentie en beschikkingenpraktijk van de ACM en de Europese Commissie – van belang acht bij beoordeling of van een individuele AMM sprake is zijn:

- het relatieve marktaandeel van de betreffende speler ten opzichte van de andere spelers op de markt;
- de omvang en het financiële vermogen van de ziektekostenverzekeraar/zorgaanbieder (waarbij onder andere schaalvoordelen, technische voordelen zoals beschikken over vergunningen en licenties, financiële voordelen, ‘breedte en portfoliovoordelen’ zoals het voeren van een bekend merk of groot assortiment in aanmerking genomen moeten worden);
- de aanwezigheid van toetredings- en uitbreidingsdrempels;
- overstapkosten voor afnemers/consumenten;
- de compenserende inkoopmacht van afnemers/consumenten.

Het betreft geen limitatieve opsomming en het belang en gewicht van de factoren kan per geval verschillen.²²⁷

Van gezamenlijke AMM is sprake wanneer *‘twee of meer partijen feitelijk optreden als een blok, omdat de structuur van de markt dusdanig is dat het economisch rationeel is voor partijen om zich op deze wijze te gedragen.’* Het gaat om situaties waarin geen sprake is van een kartel als bedoeld in art. 6 Mw, want dan is de ACM de bevoegde autoriteit.²²⁸ Naast de factoren die relevant zijn voor een individuele AMM noemt de NZa als (niet-limitatieve) marktkennmerken die kunnen wijzen op een gezamenlijke AMM: een hoge concentratiegraad, een transparante markt, homogene producten, symmetrie tussen de grote partijen (marktaandeel en kostenstructuur), hoge toetredingsdrem-

225 *Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 19.* Het zou dan volgens de memorie van toelichting aan de onderneming zijn met tegenbewijs te komen. In de praktijk hanteert de NZa die bewijsregel niet. Zie bijv. NZa besluit 18 november 2009 (art. 49 Wmg), *JGR* 2010/11, m.nt. M.D.B. Schutjens, *GJ* 2010/27, m.nt. C.T. Dekker, randnr. 51, 62 e.v.; NZa besluit 22 februari 2011 (art. 48 Wmg), kenmerk 11D0005151, *GJ* 2011/61, *M&M* 2011/4, p. 145-149 m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs. randnr. 102, 106; NZa besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (*Apotheken/Menzis*), p. 5, waarin de NZa zelf onderzoekt of er compenserende factoren zijn. De bewijsregel zou volgens Dekker, *GJ* 2010/27 ook niet overeenstemmen met algemeen mededingingsrecht.

226 *Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 19-20.*

227 *Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 19-20; NZa beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, nr. 17-18; toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, p. 18-20; Wiggers 2013, p. 124-125.*

228 *Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, nr. 19.*

pels, een verzadigde markt, meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijkste marktpartijen, een (duurzaam) handhavingsmechanisme.²²⁹

2.4.2.4 (Potentiële) mededingingsproblemen

De verschillende mededingingsproblemen en ‘algemene uitgangspunten’ voor de handhaving daarbij beschrijft de NZa niet in de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht zelf, maar in de toelichting daarop.²³⁰ Bij de boordeling van AMM-zaken onderscheidt de NZa inkoopmacht van verkoopmacht en gedragingen die uitsluiting tot gevolg hebben van gedragingen die uitbuiting tot gevolg hebben.²³¹ De NZa lijkt in eerste instantie prioriteit te geven aan het voorkomen van uitsluiting door middel van haar AMM-instrument, maar zij acht ook uitbuiting problematisch als dat gevolgen heeft voor de consument. Uitbuiting kan op de lange termijn voorkomen worden door de betreffende markt zo te ontwikkelen dat daadwerkelijke mededinging mogelijk is, aldus de NZa.²³²

Zowel een partij met inkoopmacht als een partij met verkoopmacht kan overgaan tot uitsluiting of uitbuiting. De NZa merkt potentiële mededingingseffecten van verkoopmacht in beginsel als negatief aan.²³³ Het gaat dan in concreto om verkoopmacht van zorgaanbieders op de zorginkoopmarkt of zorgverleningsmarkt en verkoopmacht van zorgverzekeraars op de zorgverzekeringsmarkt. Het CBb heeft in haar uitspraak over het besluit *Marktanalyse sGGZ in Zeeland* overwogen dat wanneer een partij over een zeer groot marktaandeel beschikt, zoals zorgaanbieder Emergis in die zaak, slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zal zijn van compenserende afnemersmacht.²³⁴ Volgens de NZa hoeft inkoopmacht van ziektekostenverzekeraars ‘in beginsel niet problematisch’ te zijn, aangezien onder het systeem van de Wmg juist beoogd is dat ziektekostenverzekeraars ‘een prijsdrukkende en kwaliteitsverhogende druk’ uitoefenen op zorgleveranciers.²³⁵ Vereist is dan volgens de NZa wel dat de ziektekostenverzekeraar

229 NZa, beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, nr. 20-22; toelichting op de beleidsregel, bijlage bij AL/BR-0030, p. 20-22. De NZa verwijst hierbij naar Europese jurisprudentie, literatuur en de beschikkingenpraktijk van – toen nog – de NMa en OPTA. Zie over gezamenlijke AMM van zorggroepen van zorgaanbieders ook Van den Berg 2010.

230 NZa, beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, p. 22 e.v., toelichting par. 3.4.

231 Zie over uitsluiting en uitbuiting kort nader 2.3; toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, p. 23.

232 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, 2014, p. 23, 37.

233 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, 2014, p. 23.

234 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, GJ 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*), r.o. 5.4.

235 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, 2014, zie ook toelichting 2008 en 2010, par. 3.4.

met inkoopmacht behaalde voordelen doorgeeft aan consumenten. Daarvoor is het van belang dat de zorgverzekeringsmarkt daadwerkelijk concurrerend is, anders zou de zorgverzekeraar kunnen proberen met zijn inkoopmacht zijn eigen positie op de zorgverzekeringsmarkt te versterken hetgeen kan resulteren in misbruik van verkoopmacht op de zorgverzekeringsmarkt. Zo zou de zorgverzekeraar met inkoopmacht concurrente zorgverzekeraars kunnen uitsluiten door exclusieve afspraken te maken op de zorginkoopmarkt.²³⁶

In de toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg uit 2014 schrijft de NZa dat ze de in die toelichting gegeven 'algemene uitgangspunten' voor de handhaving van bepaalde mededingingsproblemen later wil uitwerken op basis van een 'nog te ontwikkelen beschikkingenpraktijk'.²³⁷ De beschikkingen tot nog toe passen binnen de lijnen die de NZa in de toelichting uiteenzet.²³⁸ In haar beschikkingen en in een aantal documenten veronderstelde de NZa een aantal keren dat zorgverzekeraars behaalde inkoopvoordelen doorgeven aan consumenten omdat de zorgverzekeringsmarkt effectief concurrerend is. Zij baseerde die veronderstelling op haar eigen of in haar opdracht uitgevoerde marktscans en rapporten waaruit blijkt dat sprake is van een zekere overstapdruk van verzekerden omdat tussen de 3,6 tot 8% van hen jaarlijks wisselt van verzekeraar.²³⁹ De NZa leek zo bij de vraag of inkoopvoordelen worden doorgegeven aan de consument – en dus of zorginkoop tot een verbetering leidt voor de consument – vooral oog te hebben voor de premieontwikkeling²⁴⁰ en daarmee voor de betaalbaarheid van de zorg, hoewel ze in haar toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg wijst op het belang van een goede verhouding tussen prijs en kwaliteit.²⁴¹ Over mogelijke gevolgen voor de kwaliteit werd wel geklaagd door zorgaanbie-

236 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, 2014, p. 22-23, 37.

237 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, p. 22.

238 Zie nader 2.4.3.

239 Zie hierover NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, april 2017, p. 17; NZa, *Visiedocument Inkoopmacht en collectief onderhandelen* 2010, p. 11, 12, 14. Zie bijv. NZa besluit 31 juli 2012, kenmerk 10411 (DCW/Menzis), p. 3-4; CBb 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/NZa*), r.o. 2; NZa beslissing op bezwaar 1 februari 2015, kenmerk 95893-162936 (*Pro Juventus/Achmea*), p. 7. Het percentage overstappers is afhankelijk van het betreffende jaar en de groep verzekerden waar de NZa vanuit gaat. Uitschieter is een overstapperpercentage van 17% van verzekerden tussen 45 en 64 jaar in de overstapperperiode 2005/06. Daaraan refereert de NZa het besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (*Apotheken/Menzis*), p. 5. Van verzekerden van 65 en ouder stapte in dat jaar 8% over. Zie voor percentages verzekerden die van zorgverzekeraar wisselden, per jaar, vektis.nl.

240 Dat blijkt ook uit het hierna besproken document *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* waarin de NZa expliciet schrijft dat ze haar 'oorspronkelijke analyse' uit gaat breiden van consumentenvoordeel vooral uitgedrukt in betaalbaarheid (lage premies en nauwelijks stijging daarvan) naar toegankelijkheid en kwaliteit. NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 19.

241 Zie p. 7.

ders, maar in bijvoorbeeld de zaak *Leemhuis en Van der Marel/NZa* stelde de NZa dat de huisartsenzorg wel aan de minimumeisen voldeed²⁴² en in *Actiz/Achmea* stelde de NZa dat ze geen aanleiding zag tot ingrijpen omdat van de IGZ (thans IGJ) geen signalen ontvangen waren.²⁴³ Anders dan met betrekking tot de prijs/betaalbaarheid leek bij de beoordeling van eventuele inkoopmacht voor de NZa dus niet zo zeer van belang of die leidde tot kwaliteitsvoordelen maar vooral of door uitoefening van inkoopmacht de kwaliteit niet onder een bepaald minimum zakte. Consequenties voor de toegankelijkheid van zorg achtte de NZa in haar beslissing op het verzoek van Pro Juventus tot toepassing van haar AMM-bevoegdheid in het geheel niet van belang voor oplegging van een AMM-verplichting aan zorgverzekeraar Achmea. Pro Juventus bracht in die zaak mede in stelling dat het gedrag van Achmea, die over een AMM-positie zou beschikken, de toegankelijkheid van zorg in gevaar bracht. Achmea zou volgens Pro Juventus te weinig zorg contracteren in de regio, onder andere gezien het productieplafond dat zij met Pro Juventus overeen wilde komen. De NZa achtte Pro Juventus ten aanzien van die klachten echter geen belanghebbende. Zij gaf wel aan de klachten mee te nemen bij haar toezicht op de naleving van de zorgplicht door Achmea, maar niet in het kader van het AMM-verzoek.²⁴⁴

In het document *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* uit 2017 nuanceerde de NZa haar visie op mededingingsproblemen. Een van de aanleidingen hiervoor vormde de aanbeveling in de evaluatie van de Wmg om het beleidsuitgangspunt omtrent de schadelijkheid van inkoopmacht en verkoopmacht te heroverwegen en beter te motiveren.²⁴⁵ Het adviesbureau vindt de aanname dat in een concurrerende zorgverzekeringsmarkt inkoopmacht van zorgverzekeraars de consument ten goede komt onvoldoende onderbouwd, mede gezien veranderingen op het terrein van risicodragendheid van zorgverzekeraars en de mogelijkheid selectief te contracteren. Ook wijst AEF op de onvrede onder zorgaanbieders over vermeende inkoopmacht van zorgverzekeraars en op het feit dat zorgaanbieders *soft law* instrumenten zoals Good Contracting Practices als ontoereikend zien om tegenwicht te bieden.²⁴⁶ De NZa neemt in voornoemd document uit 2017 een kritischer rol in ten aanzien van inkoopmacht van zorgverzekeraars en gaat in dat verband nader in op de relatie tussen AMM en de zorgplicht van de zorgverzekeraar. De NZa constateert dat het risico bestaat dat als zorgverzekeraars scherp inkopen de ondergrens van hun zorgplicht kan worden bereikt of overschreden. Scherpe inkoop op prijs kan verschra-

242 CBB 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/NZa*), r.o. 2.

243 NZa besluit 25 juli 2007, kenmerk EFLA/mbrd/A/07/365 (*Actiz/Achmea*), p. 4.

244 NZa besluit 1 februari 2015, kenmerk 95893-162936 (*Pro Juventus/Achmea*). Zie nader ook 4.2.1.3 en 4.2.3.1.

245 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, p. 4; AEF 2014, p. 19.

246 AEF 2014, p. 19, 181. Zie over Good Contracting Practices en de latere Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw 4.2.2.

ling van toegankelijkheid en kwaliteit van zorg tot gevolg hebben.²⁴⁷ Uit de premieontwikkeling valt wellicht af te leiden dat voordelen behaald met inkoopmacht in termen van betaalbaarheid worden doorgegeven aan de consument, maar signalen die de NZa over kwaliteit en toegankelijkheid ontvangt doen 'ook de betaalbaarheidseffecten in een ander daglicht stellen,'²⁴⁸ aldus de NZa. De NZa schrijft dan ook haar 'oorspronkelijke analyse' uit te breiden van consumentenvoordeel vooral uitgedrukt in betaalbaarheid (lage premies en nauwelijks stijging daarvan) naar toegankelijkheid en kwaliteit. De zorgplicht fungeert daarbij als minimum en als grens aan inkoopmacht.²⁴⁹ De NZa gaat niet langer uit van de veronderstelling dat zorgverzekeraars voordelen die ze met zorginkoop en inkoopmacht behalen daadwerkelijk doorgeven aan de consument en wil in situaties van inkoopmacht toetsen of er risico bestaat of sprake is van verschraling van zorg door verminderde toegankelijkheid en kwaliteit.²⁵⁰ Ze geeft aan dat haar verdere uitwerking van haar visie op inkoopmacht inhoudt dat de NZa:

'(i) de zorgplicht als wezenlijk onderdeel in haar bestaande visie inbrengt, en
(ii) daarbij de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit ten opzichte van elkaar afweegt in antwoord op de vraag of inkoopmacht voordelen oplevert voor de consument.

(iii) en daarbij de vraag moet worden beantwoord of bijvoorbeeld de toegankelijkheid of kwaliteit lijdt onder inkoopmacht en vanaf wanneer dat onrechtmatig is.'²⁵¹

In de praktijk is het wegen of meten van effecten voor kwaliteit en toegankelijkheid vooralsnog lastig. De NZa erkent dat niet voor alle soorten zorg toegankelijkheidsnormen bestaan, zoals de Treeknormen, en dat overschrijding daarvan niet in alle gevallen duidt op schending van de zorgplicht. Soms kiezen verzekeren ervoor te wachten op de beschikbaarheid van een zorgaanbieder, terwijl een andere zorgaanbieder (die ook gecontracteerd is) wel beschikbaar is.²⁵² De NZa besluit dan ook:

'Vanwege het gebrek aan concreet bruikbare veldnormen, die kwaliteit inzichtelijk en toetsbaar maken, kan de NZa niet verder gaan dan het hanteren van de op dit moment beschikbare minimumnormen. De IGZ houdt toezicht op de kwaliteit van de zorg en de NZa volgt het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van het handelen van zorgaanbieders.'²⁵³

247 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 17-18.

248 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 17.

249 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 19.

250 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 5 en par. 5.

251 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 20.

252 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 20, 21.

253 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 21. Zie over de leidende rol van de IGJ ten aanzien van het toezicht op de kwaliteit ook NZa, toelichting op de beleidsregel AMM in de zorg bijlage bij AR/BR 0030, par. 2.2.3.

Zo lijkt de NZa op het vlak van kwaliteit nog steeds niet mee te (kunnen) wegen of met inkoopmacht behaalde voordelen leiden tot *kwaliteitsverbetering* voor consumenten. De NZa wijst dan ook op de noodzaak van ontwikkeling van kenbare en vergelijkbare kwaliteitsnormen.²⁵⁴

Prijs of betaalbaarheid is gemakkelijker meetbaar, maar ook niet onder alle omstandigheden. Wil de NZa een contracteerplicht in de zin van art. 48 lid 1 sub e Wmg verplichting opleggen dan is van belang wat een redelijk tarief is waarmee de wederpartij akkoord moet gaan. Wat een redelijke marktprijs is, is lastig te bepalen als er maar een of enkele aanbieders zijn, zo erkent de NZa.²⁵⁵ Sauter suggereerde in 2009 publieke belangen te wegen door bijvoorbeeld gebruik te maken van *Quality adjusted lifeyears* (QALY's).²⁵⁶ Uit het document *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* blijkt niet dat de NZa dit al doet of wat haar visie daar überhaupt op is. De NZa erkent in dit document in feite dat haar toezichtsmogelijkheden tekortschieten gezien haar beperkte mogelijkheden de effecten van marktgedrag te meten op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Wel verricht de NZa onderzoek in het kader van haar toezicht op de naleving van de zorgplicht, bijvoorbeeld naar naleving van de Treeknormen voor tijdigheid van zorg in onder andere de GGZ.²⁵⁷

De NZa wijst in het document *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* ook nogmaals op de risico's van verkoopmacht voor vervulling van de zorgplicht van zorgverzekeraars, bijvoorbeeld het geval dat een zorgaanbieder levering van zorg stopzet of opschort als pressiemiddel jegens de zorgverzekeraar.²⁵⁸ Tevens wijst de NZa op de in 4.2.3.1 nader te bepreken zaak waarin de NZa naar aanleiding van klachten van Menzis een AMM-verplichting oplegde aan apotheek Van Dalen²⁵⁹ en op een conflict tussen de grootste aanbieder van transgenderzorg en zorgverzekeraars.

Een van de weinige aanbieders van transgenderzorg in Nederland is het VUmc. Ten tijde van het verschijnen van het visiedocument van de NZa was dit tevens de grootste aanbieder. Volgens de NZa bedroeg haar marktaandeel 85% en beschikte het VUmc over AMM. Van half december 2013 tot eind mei 2014 weigerde het VUmc nieuwe patiënten omdat zorgverzekeraars te weinig zouden betalen voor deze zorg. Zorgverzekeraars konden daardoor niet meer aan hun

254 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, 20.

255 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 22.

256 Sauter 2009, p. 27.

257 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 18. Zie bijv. NZa, *Actieplan NZa wachttijden in de zorg*, 11 mei 2017; NZa, *Eindrapportage landelijke afspraken wachttijden in de GGZ*, 17 juli 2018; NZa, *Controles op de wachttijdenaanpak van zorgverzekeraars – Samenvattend rapport 2020*, 18 mei 2021.

258 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 15.

259 NZa besluit 22 februari 2011 (art. 48 Wmg), kenmerk 11D0005151, *GJ* 2011/61, *M&M* 2011/4, p. 145-149, m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs; *CBb* 7 juni 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BW7731*, *GJ* 2012/136, m.nt. N. van der Burg, *JGR* 2012/26, m.nt. J.A. Lisman, *M&M* 2012-6, p. 213-217, m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs (*Van Dalen/NZa*).

plicht voldoen de tot het verzekerde pakket behorende transgenderzorg te leveren. Volgens de NZa reageerden zorgverzekeraars niet adequaat en snel genoeg op de patiëntenstop.²⁶⁰

De NZa gaf aan te inventariseren bij welke soorten zorg risico op verkoopmacht bestaat vanwege bijvoorbeeld schaarste van aanbod. Zo wordt – zo noemt de NZa – bijvoorbeeld kinderoncologie en protonentherapie maar door een of een klein aantal zorgaanbieders geleverd.²⁶¹

Een overweging ten overvloede in een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over de afwijzing door de NZa van het verzoek van stichting Breinpoli (hierna: Breinpoli) tot het opleggen van een AMM-verplichting aan Zilveren Kruis, past bij het hiervoor geschetste beeld dat het in de praktijk lastig is voor de NZa om aspecten van kwaliteit en toegankelijkheid te betrekken bij haar AMM-toezicht. Het College wees de NZa op het feit dat zij een generieke toezichtstaak heeft op grond van art. 16 onder a en b Wmg (markttoezicht en toezicht op de rechtmatige uitoefening van de Zvw). Het College vervolgt dat de NZa bij de invulling van haar toezichtstaak het consumentenbelang voorop moet stellen en wijst de NZa op de inhoud van dit consumentenbelang:

‘Dit consumentenbelang reikt verder dan alleen de beheersing van de zorgverzekeringspremies en zo laag mogelijke prijzen voor zorgprestaties, maar omvat ook, voor zover voor deze zaak van belang, een voldoende divers en toegankelijk aanbod van zorg voor de consument. Dit betekent dat verweerster zich ook rekenschap moet geven van het feit dat, als zorgverzekeraars inderdaad zoals appellante stelt een contracteerbeleid hanteren dat nieuwe zorgaanbieders belemmert de markt te betreden, zij mogelijk moet optreden als deze uitvoeringspraktijk ertoe zou kunnen leiden dat het consumentenbelang in het gedrang komt. Dat kan het geval zijn indien een dergelijk contracteerbeleid ertoe leidt dat verzekerden geen tijdige, bereikbare en kwalitatief goede zorg krijgen door tekortkomingen in het aanbod.’²⁶²

Wellicht vond het CBb het onbevredigend dat de NZa op grond van haar, op zichzelf toegestane, prioriteringsbeleid geen onderzoek startte naar de positie van Zilveren Kruis, of reageerde zij op de door Breinpoli geuite kritiek op de drempels die Zilveren Kruis zou opwerpen voor nieuwe toetreders op de markt voor (ambulante) gespecialiseerde GGZ.

260 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 3; *Kamerstukken II* 2014/15, 32299, nr. 26 en 27 (brieven van de minister van VWS) en bijlagen bij nr. 26 en 27 (brieven van de NZa aan de minister van VWS).

261 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 15.

262 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112, *NJB* 2022/768 (*Breinpoli/NZa*), r.o. 5.3. Het besluit van de NZa waarop de uitspraak betrekking heeft is niet gepubliceerd.

2.4.2.5 Proportionaliteit

De NZa moet bij het opleggen van verplichtingen de eisen van proportionaliteit in acht nemen.²⁶³ 'Dat wil zeggen dat 'de opgelegde verplichtingen naar aard en inhoud [moeten] passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin' en niet langer opgelegd mogen worden dan nodig is.²⁶⁴ Dit proportionaliteitsvereiste sluit aan bij het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel en motiveeringsbeginsel.²⁶⁵

De NZa toetst het opleggen van een bepaalde verplichting aan drie criteria. De op te leggen verplichting moet:

- geschikt zijn, dat wil zeggen dat 'met het opleggen van de verplichting de doelstellingen van de Wmg worden verwezenlijkt en in concreto het mededingingsprobleem wordt voorkomen.'
- noodzakelijk zijn: het probleem moet van dien aard en omvang zijn dat het oplossing behoeft, terwijl er geen minder belastend ander instrument mogelijk is danwel oplegging van een lichtere eveneens geschikte verplichting.
- resulteren in een positief effect, dat wil zeggen dat bij afweging van betrokken belangen 'de voordelen van de verplichting (het bereiken van de doelstellingen van de Wmg) [groter] dienen te zijn dan de nadelen voor de individuele AMM-partij en de markt als geheel.'²⁶⁶

Het CBb overweegt in *Van Dalen/Menzis* dat 'deze factoren [beoordeeld] dienen te worden [...] in het licht van het doel om de (...) mededingingsproblemen (...) te bestrijden.'²⁶⁷ In het kader van de noodzakelijkheid onderzoekt de NZa de ernst van het probleem. Daarbij let de NZa op de gevolgen voor de belangen van toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit, waarbij de NZa onder andere oog heeft voor de economische omvang van de betreffende markt, het aantal betrokken consumenten, de kans op recidive, de kans op uitstraling naar andere marktpartijen, de kans op onomkeerbare gevolgen en de mogelijkheid dat het probleem vanzelf oplost in de markt.²⁶⁸ Zo achtte de NZa in het AMM-besluit ten aanzien van Apotheek Van Dalen het voorkomen van de 'gevreemde uitstraling' naar andere apotheken in

²⁶³ Art. 48 lid 3 Wmg.

²⁶⁴ NZa, beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, nr. 24, in navolging van *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 22.

²⁶⁵ NZa, toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg 2014, AL/BR-0030, p. 27. Zie ook CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, *GJ* 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*), r.o. 3.2.3.

²⁶⁶ NZa, beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, nr. 25-27.

²⁶⁷ CBb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731, *GJ* 2012/136, m.nt. N. van der Burg, *JGR* 2012/26, m.nt. J.A. Lisman, *M&M* 2012-6, p. 213-217, m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs (*Van Dalen/NZa*), r.o. 6.9. Zie ook Wiggers 2013, p. 126.

²⁶⁸ NZa, toelichting beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, 2014, p. 29, 31.

het land relevant.²⁶⁹ Af te wegen nadelen voor een marktpartij kunnen bijvoorbeeld administratieve lasten en financiële gevolgen zijn, maar ook de impact op de onderhandelings- en contractsvrijheid.²⁷⁰ Relevante voordelen betreffen voordelen gerelateerd aan de doelstellingen van de Wmg en kunnen bestaan in verwezenlijking van publieke belangen alsmede het waarborgen van de werking van het zorgsysteem, bijvoorbeeld doordat een verplichting bijdraagt aan de mogelijkheid voor zorgverzekeraars hun rol als kritische zorginkopers uit te oefenen. Als de voordelen en nadelen in een concrete situatie vergelijkbaar zijn qua grootte dan wegen de publieke belangen zwaarder dan de nadelen voor een individuele marktpartij omdat de NZa het consumentenbelang voorop moet stellen bij de uitoefening van haar taak.²⁷¹

De meeste van de genoemde factoren hebben betrekking op de markt als geheel en de positie van consument en niet zozeer op de verhouding tussen twee zorgverzekeraars en/of zorgaanbieders. Het vertrekpunt van de beoordeling is zo anders dan in civielrechtelijke verhoudingen, waar het vertrekpunt de verhouding tussen twee partijen is.

2.4.2.6 Prioriteit

Een AMM-verplichting wordt pas opgelegd na onderzoek naar de marktsituatie. De NZa kan ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende een onderzoek instellen. De NZa beschikt niet over een oneindige hoeveelheid geld en mankracht en moet dus kiezen welke situaties ze nader kan en wil onderzoeken. Dat doet ze aan de hand van prioriteitscriteria. Van belang is:

- of de NZa een ‘redelijk vermoeden’ heeft dat er sprake is van een individuele of gezamenlijke AMM positie;
- het algemeen consumentenbelang;
- de ernst van de situatie;
- de mogelijkheid van doelmatig en doeltreffend optreden;
- de beschikbaarheid van menskracht en middelen.

Voorts kan zij in haar jaarlijkse werkplan aandachtsgebieden, markten of thema’s aangeven waarop ze zich wil richten. Beleid van de NZa is dat zij niet al deze criteria hoeft af te lopen om tot het oordeel te komen dat een bepaald onderzoek vanwege gebrek aan prioriteit niet zal worden uitgevoerd.²⁷²

269 NZa besluit 18 november 2009 (art. 49 Wmg), JGR 2010/11, m.nt. M.D.B. Schutjens, GJ 2010/27, m.nt. C.T. Dekker, randnr. 124.

270 In de toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, p 32 e.v. geeft de NZa per verplichting aan hoe ze de zwaarte daarvan ziet en de administratieve lasten die het met zich meebrengt.

271 Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, p. 34.

272 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, nr. 28-29.

De NZa ziet vanuit het consumentenbelang daadwerkelijke mededinging niet als een doel op zich. ‘Het is een middel om de consumentenbelangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid effectief te bevorderen. Bij de inzet van het AMM-instrument is de afweging belangrijk of dit leidt tot verbeteringen voor de consumenten op de betreffende markt’,²⁷³ aldus de NZa in de toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg. Voor de NZa staat niet de mededingingssituatie op de zorginkoopmarkt als zodanig centraal, maar het effect daarvan op de consument in zijn hoedanigheid van verzekerde en/of patiënt.

Het CbB oordeelde dat het prioriteeringsbeleid van de NZa niet onredelijk of onrechtmatig is.²⁷⁴

2.4.3 Beschikkingenpraktijk

De NZa heeft sinds de inwerkingtreding van de Wmg in 2006 en introductie van het AMM-instrument in het zorgstelsel in negen gevallen een besluit over toepassing van art. 48 en/of 49 Wmg genomen die zagen op klachten over aanmerkelijke marktmacht en mededingingsproblemen in de zorginkoopverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.²⁷⁵ Bezien naar het aantal besluiten is de betekenis van het AMM-instrument voor de zorginkoopverhouding dus betrekkelijk gering. Adviesbureau Andersson Elffers Felix (hierna: AEF) schat dat in de periode 2009-2014 naar schatting wel rond de 800 signalen, adviezen en aanvragen zijn binnengekomen bij de NZa.²⁷⁶ In 25 van deze gevallen (tot 2014) begon de NZa een AMM-procedure. Die resulteerde kennelijk niet steeds in een besluit, of het betreffende besluit had niet betrekking op AMM in de zorginkoopverhouding. De zaken waarin de NZa geen procedure begon zijn ‘over het algemeen telefonisch of per email afgedaan, afgedaan met *soft-law* instrumenten zoals rondetafelgesprekken, of zijn doorverwezen naar ACM of IGZ,’ aldus AEF.²⁷⁷ In haar visiedocument *Zicht op toezicht* noemt de NZa als lichtere

273 Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030, p. 35-36.

274 CbB 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/NZa*), r.o. 6-7; CbB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112, NJB 2022/768 (*Breinpoli/NZa*), r.o. 4.2.

275 Zie nader verderop in deze paragraaf. Van der Heul & Cornelissen 2016, p. 175 en Loozen 2016, p. 421 vermelden daarnaast het besluit van 7 december 2009 (*Apotheek het Kompas/Multizorg*). Op de website van de NZa kan ik dit besluit niet terugvinden. Na navraag bij de NZa is het evenmin gepubliceerd.

276 AEF 2014, p. 75. Een exact getal is bij AEF niet bekend omdat de NZa signalen dikwijls gezamenlijk afdoet en signalen door de jaren heen op verschillende wijze heeft gecategoriseerd.

277 AEF 2014, p. 75.

vormen van optreden het ‘normoverdragend gesprek’ en de brief.²⁷⁸ Ook middels regulering kan de NZa reageren op marktmachtproblemen. Te denken valt aan de bevoegdheid gegeven in art. 45 Wmg als het probleem meer dan twee marktpartijen betreft en structureler van aard is (waarover 2.5). Ook kan de NZa de minister adviseren over regulering.²⁷⁹ Als een belanghebbende bij de NZa klaagt over AMM in de vorm van een formele aanvraag in de zin van art. 4:2 Awb is de NZa in beginsel verplicht daarop een besluit te nemen.²⁸⁰

Van de negen zaken die betrekking hebben op de zorginkoopverhouding legde de NZa in twee zaken een AMM-verplichting op. De zaak die betrekking had op Apotheek Van Dalen is de enige zaak van de negen die begon met klachten van een zorgverzekeraar over marktmacht van een zorgaanbieder. Van Dalen weigerde een zorginkoopovereenkomst te sluiten met Menzis als het preferentiebeleid dat Menzis wilde voeren daar deel van zou uitmaken.²⁸¹ In de andere zaak waarin de NZa een besluit oplegde was zij ambtshalve een onderzoek begonnen naar de machtspositie van aanbieder van gespecialiseerde GGZ Emergis.²⁸² In beide zaken kenden de NZa en – in navolging daarvan – het CBB²⁸³ betekenis toe aan het belang dat de zorgverzekeraar zijn sturende rol in het zorgstelsel kan vervullen. Beide zaken worden nader besproken in 4.2.3.1 en 7.9.2.

In de overige zaken, waarin de NZa tot afwijzing van het verzoek tot opleggen van een AMM-verplichting besloot, klaagden één of meer zorgaanbieders over een zorgverzekeraar. In één zaak verklaarde de NZa de partijen die verzochten om handhaving, te weten De Zorgmakelaar Farmacie BV (DZF) en verzekeringsplichtigen, niet ontvankelijk in hun verzoek, omdat zij volgens de NZa niet als belanghebbenden in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb aangemerkt konden worden.²⁸⁴ In de overige zes zaken nam de NZa een afwijzend besluit omdat de zorgverzekeraar volgens de NZa

278 NZa, *Visiedocument Zicht op toezicht*, maart 2009, p. 16, 45. Zie ook Friele 2009, p. 15, 40 waar melding wordt gemaakt van het feit dat NZa-medewerkers in interviews hebben aangegeven dat de NZa problemen soms op bestuursniveau trachtte op te lossen via ‘wenkbrauwgesprekken’ met de betreffende marktpartijen.

279 NZa, *Visiedocument Zicht op toezicht*, maart 2009, p. 44.

280 Zie art. 4:1 en 4:2 Awb voor de vereisten waaraan de aanvraag moet voldoen en art. 4:5 voor omstandigheden waaronder een bestuursorgaan kan besluiten een aanvraag niet te behandelen.

281 NZa besluit 18 november 2009 (art. 49 Wmg), JGR 2010/11, m.nt. M.D.B. Schutjens, GJ 2010/27, m.nt. C.T. Dekker; NZa besluit 22 februari 2011 (art. 48 Wmg), kenmerk 11D0005151, GJ 2011/61, M&M 2011/4, p. 145-149, m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs.

282 NZa besluit 7 december 2020, kenmerk 320313-783615 (*Marktanalyse sGGZ in Zeeland*).

283 CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731, GJ 2012/136, m.nt. N. van der Burg, JGR 2012/26, m.nt. J.A. Lisman, M&M 2012-6, p. 213-217, m.nt. M.Ph.M. Wiggers & J.J.M. Sluijs (*Van Dalen/NZa*); CBB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, GJ 2022/69, m.nt. J.J. Rijken (*Emergis/NZa*).

284 NZa besluit 15 maart 2015, kenmerk (117364/165594 (*De Zorgmakelaar Farmacie/VGZ*), randnr. 36-49.

vermoedelijk niet over AMM beschikte en/of de NZa het bestaan van een mededingingsprobleem niet aannemelijk achtte of niet tot ingrijpen nopend. Als de NZa een mededingingsprobleem niet aannemelijk achtte dan woog ze mee dat de klacht uitoefening van inkoopmacht betrof en behaalde voordelen volgens de NZa werden doorgegeven aan de consument. In vier van deze zes zaken – *DCW/Menzis*,²⁸⁵ *Apotheken/Menzis*²⁸⁶ en *Actiz/Achmea*²⁸⁷ en *Breinpoli/Zilveren Kruis*²⁸⁸ – gaat de NZa ter onderbouwing van haar afwijzende besluit over tot enige vorm van marktafbakening. De NZa baseert zich daarbij op het marktaandeel op de zorgverzekeringsmarkt. Dat is volgens de NZa indicatief voor het marktaandeel op de zorginkoopmarkt aangezien een populatie verzekerden van diverse zorgverzekeraars gemiddeld genomen dezelfde zorg nodig heeft.²⁸⁹

Zo onderzocht de NZa in 56 *apotheken/Menzis* de marktaandelen van Menzis op de provinciale zorgverzekeringsmarkten. De apothekers klaagden over de onredelijkheid van het preferentiebeleid dat Menzis voert voor incontinentiezorg en over het ontbreken van onderhandelingsmogelijkheid. Ook zou het tarief voor de levering van het materiaal onredelijk zijn en zouden apothekers door beperking tot drie leveranciers te weinig mogelijkheden hebben een goede marge te bedingen op de AIP bij de leveranciers.²⁹⁰ Het marktaandeel van Menzis was in Gelderland en Overijssel respectievelijk 29 en 35%, maar vanwege de aanwezigheid van een nagenoeg even grote grootste concurrent en de mogelijkheid van overstappen van verzekerden was volgens de NZa 'niet op voorhand aannemelijk dat Menzis een AMM-positie bezit in die provincies.' Ook in Groningen, waar de NZa het marktaandeel van Menzis op 55% bepaalt, kon 'de concurrentiedruk op de zorgverzekeringsmarkt belangrijk tegenwicht geven aan de positie van Menzis', aldus de NZa. Cliënten waren weliswaar pas in december geïnformeerd door Menzis dat hun apotheek geen nieuw contract voor incontinentiezorg heeft gesloten, maar overstappen was niet onmogelijk.²⁹¹ Ten overvloede overwoog de NZa nog dat incontinentiezorg maar drie procent van de omzet van de apotheken bedraagt en het deel daarvan dat is toe te rekenen aan verzekerden bij Menzis nog minder, zodat de gevolgen van het contractbeleid van Menzis voor de totale omzet van de apotheken beperkt was en geen

285 NZa besluit 31 juli 2012, kenmerk 10411 (*DCW/Menzis*).

286 NZa besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (56 *apotheken/Menzis*).

287 NZa besluit 25 juli 2007, kenmerk EFLA/mbrd/A/07/365 (*Actiz/Achmea*).

288 CBB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112, *NJB* 2022/768 (*Breinpoli/NZa*), r.o. 1.4, 4.2. Het besluit van de NZa is niet gepubliceerd.

289 Zie bijv. NZa besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (*Apotheken/Menzis*), p. 4-5.

290 P. 6-8. De apothekers verzochten niet alleen om toepassing van art. 48, maar ook om toepassing van art. 32, 34 en 45 Wmg en stelden niet alleen dat Menzis haar marktmacht had misbruikt maar ook dat ze in strijd met art. 40 lid 3 Wmg verzekerden te laat, misleidend en onjuist had geïnformeerd. (p. 1).

291 NZa besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (*Apotheken/Menzis*), p. 6.

sprake was van uitsluiting van het aanbieden van apothekerszorg (waaronder incontinentiezorg).²⁹² Voor een nadere marktafbakening zag de NZa geen reden omdat eventueel onafhankelijk gedrag van Menzis mogelijke inkoopmacht betrof. Dat vond de NZa geen probleem als hiermee behaalde voordelen zouden worden doorgegeven aan de consument. Van een combinatie van inkoopmacht met verkoopmacht op de zorgverzekeringsmarkt was in dit geval geen sprake. Beide leidde de NZa af uit het switchgedrag van verzekerden. In de overstapperiodes 2005-2006 wisselde 17% van verzekerden tussen 45 en 64 jaar van zorgverzekeraar en 8% van verzekerden van 65 jaar en ouder.

In *Pro Juventus/Achmea*²⁹³ is volgens de NZa geen sprake van een mededingingsprobleem en gaat de NZa daarom in het geheel niet tot marktafbakening over, ook al stelt *Pro Juventus* dat het marktaandeel van Achmea 60-70% is. Ook in *Leemhuis en Van der Marel/UVIT*²⁹⁴ verricht de NZa geen nader onderzoek naar de omvang van de machtspositie van UVIT.

Huisartsen Leemhuis en Van der Marel klaagden onder andere dat UVIT niet met hen wilde onderhandelen. Volgens de NZa betrof dit een situatie van potentiële inkoopmacht, waaruit volgens de NZa – in navolging van haar eigen marktscans en een in haar opdracht opgesteld rapport – nauwelijks nadelige gevolgen voortvloeien voor de consument.²⁹⁵ Ook gaf de NZa aan op andere wijzen een positieve rol te vervullen bij de totstandkoming van contracten met vrije beroepsbeoefenaren zoals huisartsen, bijvoorbeeld door het opstellen van Good Contracting Practices.²⁹⁶ Het CBb acht het prioriteringsbeleid van de NZa ‘in het algemeen niet onredelijk of anderszins onrechtmatig’ en oordeelt dat de NZa in dit geval een voldoende dragende onderbouwing geeft voor haar beslissing niet tot nader onderzoek over te gaan. Het CBb wijst daarbij op haar uitspraak in *Mondhygiënist/Menzis* uit 2009.²⁹⁷ In die zaak oordeelde het CBb dat de NZa niet tot nader onderzoek hoefde over te gaan naar mogelijke AMM van Menzis, omdat het enkele aanbieden van een niet-onderhandelbaar standaardcontract onvoldoende aanwijzing opleverde voor het bestaan van een mededingingsprobleem. Ook wijst het CBb op ‘de leidende rol die de wetgever de zorg-

292 NZa besluit van 12 december 2007, kenmerk NPON/thok/A/07/545 (*Apotheken/Menzis*), p. 9.

293 NZa besluit 31 juli 2014, kenmerk 92975/130160 (*Pro Juventus/Achmea*), p. 4 en in de beslissing op bezwaar 1 februari 2015, kenmerk 95893-162936 (*Pro Juventus/Achmea*), p. 6. *Pro Juventus* ging tegen het besluit van de NZa in beroep bij het CBb. Het CBb ging niet inhoudelijk op de zaak in, omdat het van oordeel was dat *Pro Juventus* geen procesbelang meer had. De inkoop van jeugdzorg waarop het bestreden besluit betrekking heeft wordt per 1 januari 2015 gedaan door gemeenten en de NZa kan gemeenten geen AMM-verplichting opleggen. CBb 16 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:450, RZA 2016/3 (*Pro Juventus/NZa*).

294 CBb 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/NZa*).

295 R.o. 1, 2, 4.

296 R.o. 4.

297 CBb 24 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5722, RZA 2010/16 (*NVM/NMa*).

verzekeraar bij de inkoop van zorg heeft toebedacht, [waarbij] hij bij zijn aanbod aan de zorgaanbieder desgewenst uit mag gaan van een standaardpakket dat hij de consument wil aanbieden.’ De kwaliteit van de te leveren aangeboden zorg moet daarbij aan de wettelijke eisen en eisen aan samenstelling van het verzekerde pakket voldoen, maar dat was in casu niet in geschil.²⁹⁸

Waar van belang voor de zorginkoopverhouding zal in hoofdstuk 4 en 7 nader op de betekenis van de weinige AMM-besluiten voor de zorginkoopverhouding worden ingegaan. Op het belang van de AMM-besluiten van de NZa voor de precontractuele fase en de inhoud van de overeenkomst wordt kort nader ingegaan in 4.2.3.1 en 7.9.2.

2.4.4 Evaluatie en wetsvoorstel

Zoals in 2.4.1.3 aangegeven zal (het opvolgen van) een AMM-verplichting opgelegd aan een zorgverzekeraar of zorgaanbieder vanwege AMM op de zorginkoopmarkt dikwijls direct gevolgen hebben voor (de) (pre)contractuele zorginkoopverhouding(en), ook al is de NZa niet bevoegd de rechten en verplichtingen in die verhouding vast te stellen. De uitoefening van het AMM-toezicht door de NZa kan dus niet alleen van belang zijn voor de marktverhoudingen, maar ook voor de contractenrechtelijke verhoudingen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Bij de beslissing al dan niet in te grijpen acht de NZa echter vooral de effecten op de consument van belang. Ook de partij bij de zorginkoopovereenkomst die zich vanwege zijn geringe marktmachtpositie in een afhankelijke positie bevindt, zou gebaat kunnen zijn bij een goed functionerend AMM-toezicht.²⁹⁹ De NZa heeft haar AMM-instrument de afgelopen zestien jaar echter maar sporadisch ingezet. Tekenend is dat ze in haar toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg uit 2014 schrijft dat ze haar daar geformuleerde algemene uitgangspunten ‘met behulp van een thans nog te ontwikkelen beschikkingenpraktijk [...] in een later stadium [...] nader [zal] kunnen uitwerken in haar beleid.’³⁰⁰ Misschien is optreden ook niet nodig geweest. De vele klachten uit de hoek van de individuele of vrije beroepsbeoefenaren doen echter anders vermoeden.³⁰¹ Opmerking verdient in dit verband wel dat de NZa op deze klachten gereageerd heeft door het mede

298 CBb 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/NZa*), r.o. 6-7.

299 De afhankelijke partij kan ‘feitelijke contractdwang’ ondervinden. Zie over dit begrip nader Houben 2009, p. 328-330.

300 Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg AL/BR-0030, p. 22.

301 Vgl. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 844, over het geringe aantal keren dat de NZa een verplichting heeft opgelegd: ‘Het is moeilijk voorstelbaar dat het speelveld voor zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars hier te lande voor het overige geen ongelijkheden vertoont.’

tot stand brengen van *soft law* (de Good Contracting Practices) sinds 2010 en sinds 2017 ook van regelgeving op grond van het in 2.5 te bespreken art. 45 Wmg: de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw.³⁰² Volgens onderzoeksbureau Andersson Elffers Felix is het AMM-instrument 'op papier voldoende slagvaardig om met tijdelijke verplichtingen de negatieve effecten van AMM tegen te gaan.' Dat AMM-procedures in de praktijk doorgaans niet tot het opleggen van een verplichting leiden, zou volgens het onderzoeksbureau kunnen komen door een gebrek aan (juridische) toepasbaarheid in gevallen waarin dat wel noodzakelijk is.³⁰³ Zo zou de bewijslast voor marktmacht bij marktaandelen onder de 55% mogelijk te strikt zijn.³⁰⁴ Van der Heul en Cornelissen zoeken de verklaring voor het geringe optreden van de NZa in de toenemende mate van concentratie op de zorgmarkten.³⁰⁵ Wiggers en Van den Berg merken op dat de afschrikwekkende werking van het AMM-instrument mogelijk ook beperkt is.³⁰⁶ Mijns inziens speelt mogelijk de visie die de NZa tot 2017 op inkoopmacht had (zie 2.4.2.4) en haar focus op het belang van betaalbaarheid van de zorg een rol bij het geringe aantal AMM-besluiten dat er tot nu toe is.

Het feit dat de NZa inkoopmacht van zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt lange tijd in principe als niet problematisch zag, omdat ze verwachtte dat zorgverzekeraars met inkoop behaalde voordelen zouden doorgeven aan consumenten, zou mede kunnen verklaren waarom de NZa in het eerste ruim anderhalve decennium dat ze over haar AMM-bevoegdheid beschikte niet is opgetreden in een geval van inkoopmacht. Daar komt bij dat de NZa onder met inkoop behaalde voordelen met name voordelen op het terrein van de betaalbaarheid van zorg schaarde, in het bijzonder in de vorm van lage verzekeringspremies. De NZa stelde in het rapport *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* uit 2017 haar visie op inkoopmacht wel bij in die zin dat ze voortaan toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit tegen elkaar wil afwegen, maar lijkt daarbij in toegankelijkheid en betaalbaarheid vooral een *bottom line* te zien die bereikt wordt indien zorgverzekeraars niet aan hun zorgplicht (kunnen) voldoen of de gevolgen van zorginkoop voor toegankelijkheid en kwaliteit 'onrechtmatig' zijn.³⁰⁷ Daarbij speelt wellicht mee dat ze in datzelfde document erkent dat ze maar beperkte mogelijkheden heeft om effecten te meten van marktgedrag op de toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Het beperkte meewegen van de aspecten kwaliteit en toegankelijkheid bij het markttoezicht zou ook nu nog kunnen leiden tot minder vaak ingrijpen dan met meewegen van

302 Zie over de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw 4.2.2.

303 AEF 2014, p. 7-8.

304 AEF 2014, p. 78

305 Van der Heul & Cornelissen 2016, p. 176.

306 Wiggers 2013, p. 126; Van den Berg 2010, p. 213.

307 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 20.

die aspecten het geval zou zijn. Wellicht is de overweging ten overvloede van het CBb in de zaak *Breinpoli/NZa*, over de generieke toezichtstaak van de NZa, waartoe ook het aspect van een voldoende divers en toegankelijk zorgaanbod behoort, ook tegen deze achtergrond te begrijpen.³⁰⁸

De regering wilde het markttoezicht in de zorg versterken met het in 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel *Aanpassingen tarief- en prestatieregulering en markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg*.³⁰⁹ In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat in evaluatierapporten van de Zvw en Wmg wordt geconstateerd dat de concentratiegraad op de zorgaanbodmarkt mogelijk te hoog wordt voor medisch specialistische zorg en GGZ en dat ook aan de zorgverzekeringszijde de concentratiegraad hoog is, aangezien 90% van de verzekerden bij vier zorgverzekeraars verzekerd is. Dat 'zorgt met name jegens individuele zorgaanbieders voor risico's,' aldus de toelichting. De effecten van de verhoogde concentratiegraad waren evenwel nog niet duidelijk. Een en ander vormde volgens de toelichting wel mede aanleiding voor versterking van het markttoezicht.³¹⁰ Het wetsvoorstel voorzag daartoe onder andere in een overheveling van het AMM-instrument van de NZa naar de ACM.³¹¹ Ik betwijfel of met het wetsvoorstel het AMM-toezicht inderdaad versterkt zou worden omdat daaruit niet blijkt dat op het voornoemde punt een wijziging zal intreden. In de literatuur is kritisch op het wetsvoorstel gereageerd.³¹² De minster van VWS heeft het wetsvoorstel bij brief van 28 maart 2023 ingetrokken. De minister vermeldt in de brief wel te analyseren op welke wijze het AMM-instrumentarium verder wordt vormgegeven en bij welke toezichthouder dit wordt gepositioneerd.³¹³

308 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112, *NJB* 2022/768 (*Breinpoli/NZa*), r.o. 5.3. Zie hierover in 2.4.2.4.

309 Wetsvoorstel tot wijziging van de Wmg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 2.

310 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3, p. 17-18.

311 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3, p. 4, 18. Ook de zorgspecifieke fusietoets zou op grond van dit wetsvoorstel overgaan naar de ACM. Daarnaast was in het wetsvoorstel bepaald dat de ACM de markt niet meer volgens algemene beginselen van mededingingsrecht hoeft af te bakenen, omdat dat te complex zou zijn. Ook bevatte het wetsvoorstel twee nieuwe AMM-verplichtingen, waaronder een leveringsplicht die de contracteerplicht zou kunnen complementeren, omdat daarmee bewerkstelligd zou kunnen worden dat de zorgaanbieder de contracteerplicht ook nakomt. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3.

312 O.a. Van der Heul & Cornelissen 2016, p. 175-181; Loozen 2016, p. 414-424; Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 845-846.

313 *Kamerstukken II* 2022/23, 34445, nr. 19.

2.5 DE REGELGEVENDE BEVOEGDHEID VAN ART. 45 WMG

2.5.1 Art. 45 Wmg

Art. 45 Wmg schept een regelgevende bevoegdheid voor de NZa. De regels kunnen de contractsvrijheid van zorgverzekeraars en zorgaanbieders ten aanzien van de totstandkoming en de inhoud van zorginkoopcontracten beperken. Het artikel luidt als volgt:

‘De zorgautoriteit kan, 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 de bij de algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van zorg als bedoeld in artikel 56a, eerste lid, regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten.’

Het artikel ziet op ‘overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven’ en de voorwaarden in die overeenkomsten. Het ziet dus niet alleen op zorginkoopcontracten, maar ook op andere contracten tussen een zorgverzekeraar of een ziektekostenverzekeraar en een zorgaanbieder, op contracten tussen zorgaanbieders onderling en op contracten tussen een zorgaanbieder en een patiënt.³¹⁴ De doelstelling ‘inzichtelijkheid van de zorgmarkten’ betreft volgens de Toelichting toepassing art. 45 Wmg van de NZa wel vooral de transparantie in de verhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.³¹⁵

Aanvankelijk bevatte art. 45 Wmg alleen de gronden van de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of bevordering van concurrentie. De bevoegdheid regels te stellen met het oog op de tijdige signalering van risico’s voor de continuïteit van zorg is toegevoegd bij wet van 27 november 2011.³¹⁶ De bevoegdheid is beperkt tot de bij de algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van zorg als bedoeld in art. 56a, eerste lid Wmg. Het betreft (cruciale) zorg waaraan de NZa een beschikbaarheidsbijdrage heeft toegekend. Voor een beschikbaarheidsbijdrage komen alleen vormen van zorg in

314 Vgl. Wiggers 2013, p. 146; Bijkerk & Sauter 2010, p. 147; NZa Toelichting toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 9. De hier aangehaalde bronnen achten de bepaling niet van toepassing op de zorgverzekering. Bijkerk en Sauter merken op dat de zorgverzekeringsmarkt niet van toepassing van de bepaling is uitgesloten, maar het artikel wel alleen ziet op ‘overeenkomsten met betrekking tot zorg tarieven’.

315 NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 20. Op transparantie ten behoeve van consumenten zien art. 38, 39, en 40 Wmg. Art. 61 en verder Wmg regelen rechten en bevoegdheden van de NZa omtrent haar informatievergaring ten behoeve van uitoefening van haar taken.

316 Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico’s voor de continuïteit van zorg alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, *Stb.* 2013, 522.

aanmerking waarvan de kosten niet of niet geheel zijn toe te rekenen naar, of door middel van tarieven in de zin van deze wet in rekening te brengen zijn aan, individuele ziektekostenverzekeraars of verzekerden, of waarvan de bekostiging bij een zodanige toerekening of tarifiering marktversturend zou werken en die niet op andere wijze worden bekostigd.³¹⁷ Gedacht kan worden aan spoedeisende hulp, ambulancezorg en acute verloskunde.³¹⁸ Tot nog toe heeft de NZa onder verwijzing naar deze grondslag geen regels gegeven.

Op grond van art. 45 Wmg heeft de NZa de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw,³¹⁹ de Regeling Transparantie contracteerproces Wlz³²⁰ en de regeling Voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg³²¹ uitgevaardigd. Eerstgenoemde regeling komt in 4.2.2 nader aan bod. Laatstgenoemde regeling ziet op overeenkomsten tussen zorgaanbieders over elektronische netwerken waarin zorgaanbieders op basis van een overeenkomst zorggegevens (zoals patiëntgegevens)³²² uitwisselen. De regeling betreft met name de toegankelijkheid van en aansluiting op dergelijke netwerken voor nieuwe zorgaanbieders.

2.5.2 Voorwaarden voor toepassing van art. 45 Wmg

De memorie van toelichting spreekt van een bevoegdheid die ‘strikt gelimiteerd’ is.³²³ Afgezien van de beperking van de regelgevende bevoegdheid tot bepaalde typen overeenkomsten en met de regels beoogde doelstellingen is de bevoegdheid van de NZa op grond van deze bepaling echter niet begrensd. De wet stelt bijvoorbeeld geen noodzakelijkheids- of proportionaliteitseis. De NZa kan zelfstandig overgaan tot het geven van regels op grond van art. 45 Wmg. Een voorafgaande ministeriële aanwijzing is niet vereist.³²⁴ De minister kan wel een aanwijzing geven tot bijvoorbeeld het geven van een regel of het aanpassen van een bestaande regel en indien dat in het belang van het recht of de volksgezondheid nodig is kan de minister een regel van de NZa ook vernietigen.³²⁵ Een enigszins terughoudend optreden van de NZa zou mijns inziens passen bij de gedachte achter

317 Art. 56a lid 1 Wmg.

318 Onderdeel A van de bijlage bij het Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG.

319 *Stcrt.* 2021, 50760, kenmerk TH/NR-021.

320 Per 1 januari 2021 geldt regeling NR/REG-2106.

321 *Stcrt.* 2009, 20257, CI/NR-100/099.

322 Zie art. 1 lid 3 van de regeling Voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg.

323 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 64.

324 Art. 59 Wmg.

325 Art. 7 Wmg, art. 22 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Wiggers 2013, p. 159-150; Bijkerk en Sauter 2010, p. 147.

de – op zich beleidsneutrale – Wmg om waar dat kan marktwerking op gang te brengen en te houden en waar dat moet te reguleren.³²⁶ De huidige hoeveelheid regelgeving op grond van art. 45 Wmg geeft ook blijk van terughoudendheid. De NZa geeft in de Toelichting Toepassing art. 45 Wmg ook aan dat ze voor regels ten behoeve van de doelstelling bevordering van concurrentie het prioriteitskader dat ze heeft ontwikkeld ten behoeve van de uitoefening van haar AMM-bevoegdheid zal volgen. Zo zal ze dus het algemeen consumentenbelang vooropstellen, de ernst van de situatie meewegen en beoordelen of reguleren op grond van art. 45 Wmg doelmatig en doeltreffend is. Ook geeft ze in de toelichting uit 2009 aan verkoopmacht boven inkoopmacht te prioriteren en uitsluiting boven uitbuiting. De NZa vermeldde dat ze zich daarom bij de doelstelling van concurrentiebevordering vooral zal richten op voorwaarden die zorgaanbieders hanteren ten opzichte van ziektekostenverzekeraars en consumenten. Vermindering van verkoopmacht kan ook regulering van de verhoudingen tussen zorgaanbieders onderling vergen, bijvoorbeeld als het gaat om het verlenen van toegang tot samenwerkingsverbanden, aldus de NZa.³²⁷ De NZa ging er in de toelichting uit 2009 van uit dat de markt voor ziektekostenverzekeraars redelijk concurrerend is en dat dat niet voor alle markten geldt waarop zorgaanbieders actief zijn. Regulering van de inkoopmacht van ziektekostenverzekeraars, bijvoorbeeld van de wijze waarop ziektekostenverzekeraars zorgaanbieders selecteren of voorwaarden die zij hen stellen, zou volgens de NZa met name aangewezen zijn wanneer die de marktwerking tussen zorgaanbieders kan bevorderen.³²⁸ De nadien gegeven Regeling Transparantie inkoopproces Zvw past niet geheel bij deze vooronderstellingen. De regeling ziet namelijk op het gedrag van de zorgverzekeraar ten opzichte van de zorgaanbieder. De visie en/of bevindingen van de NZa zijn op dit punt dus gewijzigd. Zie nader 4.2.2 over de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw.

2.5.3 Verhouding tot de AMM-bevoegdheid

Tussen de regelgevende bevoegdheid van art. 45 Wmg en de handhavingsbevoegdheden van 48 Wmg kan samenloop optreden.³²⁹ Art. 45 Wmg ziet evenwel op (totstandkoming van) meerdere overeenkomsten, al kan het toepassingsbereik beperkt zijn tot een bepaalde naar regio en/of type zorg afgebakende deelmarkt. Handhaving op grond van art. 48 Wmg is gericht op individuele gevallen.³³⁰ In de nota naar aanleiding van het verslag heeft

326 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 4.

327 NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 11.

328 NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 11.

329 NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 19.

330 Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 17.

de minister benadrukt dat de NZa alleen regelgevend op mag treden 'wanneer de NZa algemene, structurele marktbelemmeringen constateert'.³³¹ De Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg van de NZa stelt in aansluiting daarop dat de NZa de bevoegdheid bij 'kortdurende incidentele belemmeringen' niet zal inzetten.³³² De verplichtingen die de NZa oplegt moeten alle spelers in een bepaalde deelmarkt betreffen en mogen geen onderscheid maken tussen ondernemingen op dezelfde deelmarkt, aldus de minister.³³³ Dat ligt op zich voor de hand. De NZa dient bij haar regelgevende bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Voor toepassing van art. 48 Wmg gelden extra waarborgen die voor art. 45 Wmg niet gelden. Voor toepassing van art. 48 Wmg is immers vereist dat sprake is van AMM, welke vaststelling onderzoek vereist. Ook dient de NZa bij toepassing van art. 48 Wmg haar eigen beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg³³⁴ toe te passen. Voor het geven van regels op grond van art. 45 gelden deze eisen niet, al volgt de NZa wel het prioriteitskader dat ze bij AMM hanteert.³³⁵ De op grond van art. 45 getroffen maatregelen zijn voorts geen besluiten waartegen bezwaar en beroep open staat, maar algemeen verbindende voorschriften. Tegen een besluit tot handhaving van deze regels staat wel bezwaar en beroep open.³³⁶ Hoewel het dus aantrekkelijk kan zijn om met de bevoegdheid van art. 45 Wmg incidentele of tot een of enkele zorgverzekeraars en zorgaanbieders beperkte problemen op te lossen, geeft de NZa, in lijn met de strekking van art. 45 Wmg, in haar Toelichting Toepassing van art. 45 Wmg aan dat de NZa haar bevoegdheid van art. 48 Wmg inzet als geen sprake is van structurele problemen die een groot deel van een bepaalde deelmarkt betreffen.³³⁷ Tot nog toe is ook niet gebleken dat de NZa art. 45 Wmg gebruikt voor incidentele problemen. Andersom wees de NZa in haar eerste AMM-besluit in de zaak *Van Dalen/Menzis* wel op het uitstralingseffect van het handelen van Van Dalen.³³⁸

331 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 8, p. 7 (NnaV).

332 Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg, p. 15.

333 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 8, p. 7 (NnaV).

334 AL/BR-0030.

335 NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 11.

336 Zie art. 8:2 jo. 7:1 Awb; NZa, Toelichting Toepassing art. 45 Wmg, 2009, p. 21; Wiggers 2013, p. 147-148.

337 Zie nader over art. 45 en de verhouding tot andere bevoegdheden van de NZa en Europees recht Bijkerk & Sauter 2010, p. 145-156; Wiggers 2013, p. 148 e.v. en 321 e.v.; NZa Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg.

338 NZa besluit 18 november 2009 (art. 49 Wmg), *JGR* 2010/11, m.nt. M.D.B. Schutjens, *GJ* 2010/27, m.nt. C.T. Dekker, randnr. 82-87, 124.

2.5.4 Regulering met het oog op transparantie en concurrentie

De bevoegdheid regels te geven voor de voorwaarden in overeenkomsten met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten en bevordering van concurrentie betreft volgens de minister alleen 'bijkomende voorwaarden' en geen hoofdvormen. Bedoeld is in ieder geval niet dat op grond van art. 45 Wmg gegeven regels de verzekeringsdekking zouden kunnen beïnvloeden.³³⁹ In de memorie van toelichting worden bij wijze van voorbeeld met name regels genoemd die de inhoud van het contract betreffen, zoals regels ten behoeve van het tegengaan van exclusieve levering, onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen of onredelijke opzeggingsvoorwaarden.³⁴⁰ Uit de in art. 45 Wmg gegeven doelstelling van het bevorderen van concurrentie en in de memorie van toelichting genoemde voorbeeld van het tegengaan van exclusiviteit leidt de NZa af dat regels op grond van art. 45 Wmg ook het tegengaan van andere contractvoorwaarden met negatieve effecten op de concurrentie kunnen betreffen, zoals getrouwheidskortingen die een rol kunnen spelen bij uitsluiting en verticale beperkingen zoals non-discriminatiebepalingen en bedingen die bewerkstelligen dat alle afnemers aanspraak kunnen maken op de beste voorwaarden die een aanbieder aan een van zijn afnemers aanbiedt of die elders op de markt worden aangeboden.³⁴¹ Voorbeelden van regelingen voor de totstandkoming van overeenkomsten en van selectie van contractspartijen geeft de memorie van toelichting niet, maar volgens de toelichting van de NZa zou gedacht kunnen worden aan de verplichting tot non-discriminatoire behandeling, een veiling- of aanbestedingsplicht en regels voor het verstrekken van toegang tot samenwerkingsverbanden.³⁴² Dergelijke regels voor de totstandkoming van overeenkomsten zouden volgens de NZa vooral de toetreding van zorgaanbieders bevorderen en zo ook de keuzemogelijkheden voor de consument. De NZa gaat in haar toelichting nader in op het faciliteren van toetreding tot bestaande overeenkomsten. Non-discriminatieregels voor nieuwe overeenkomsten kunnen ertoe leiden dat de overeenkomst tussen andere partijen tot stand komt dan zonder die voorwaarden het geval zou zijn geweest.³⁴³ Aldus is sprake van beperkingen van de vrijheid met wie te contracteren. Dergelijke beperkingen kunnen volgens de NZa noodzakelijk en gerechtvaardigd zijn om structurele belemmeringen (voor toetreding) weg te nemen en de mededinging op de zorgmarkten te bevorderen.³⁴⁴

339 *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, nr. 8, p. 46.

340 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 24. De NZa ziet dit als niet-limitatieve opsomming. NZa Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg, p. 15.

341 NZa, Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg, p. 15-16.

342 NZa, Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg, p. 7, 11-13, 16; Zie ook Bijkerk en Sauter 2010, p. 146.

343 NZa, Toelichting toepassing art. 45 Wmg, p. 17.

344 NZa, Toelichting toepassing art. 45 Wmg, p. 17.

2.6 SAMENVATTING

2.6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk besprak ik enkele aspecten van de regulering van het zorgstelsel nader³⁴⁵ die voor meerdere van de navolgende hoofdstukken van belang zijn. Ik vat de belangrijkste bevindingen hierna samen.

2.6.2 Zorgverzekering, verzekerde pakket en zorgplicht

In 2.2.1 is uiteengezet wat de voornaamste kenmerken zijn van de zorgverzekering, namelijk de verzekeringsplicht, de acceptatieplicht en de regeling van de inhoud en omvang van het te verzekeren pakket. De zorgverzekering is als een hybride rechtsfiguur geduid, vanwege de hoeveelheid bijzondere regelingen voor deze overeenkomst bij en krachtens de Zvw.

Het verzekerde risico en de inhoud en omvang van de te verstrekken of te vergoeden zorg zijn nader besproken in 2.2.2.1, waarbij is aangegeven op welke wijze de wetgever de verzekerde prestaties nader heeft geregeld in de Zvw en het Besluit zorgverzekering. Toegelicht is dat voor alle zorg op grond van art. 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering geldt dat de inhoud en omvang van de zorg die verstrekt of vergoed wordt, mede wordt bepaald 'door de stand van wetenschap en praktijk en bij het ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten'. Ook is besproken dat een verzekerde alleen recht heeft op zorg voor zover hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen. Zorgverzekeraars kunnen met het oog op controle van deze voorwaarde een toestemmings- of machtigingseis stellen. Daarnaast is voor medisch specialistische zorg op grond van art. 14 lid 2 Zvw een verwijzing van een zorgaanbieder vereist.

In 2.2.2.2 zijn de verzekerde prestaties op hoofdlijnen besproken, alsmede het gebruik van de bijbehorende terminologie. De zorgverzekeraar heeft voor het vervullen van zijn in art. 11 lid 1 genoemde 'zorgplicht' op grond van art. 11 lid 1 sub a en b Zvw de keuze verzekerden de zorg of overige diensten te bieden waaraan hij behoefte heeft (sub a, ook wel natura) of vergoeding van de kosten van deze zorg en desgevraagd zorgbemiddeling (sub b, ook wel restitutie en zorgbemiddeling). Zorgverzekeraars kunnen de aanspraken bedoeld in art. 11 lid 1 sub a en b Zvw beperken tot zorg of vergoeding van de kosten van zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders. Omdat onder verzekerden verwarring bestond over de verzekeringsaanspraken van op grond van als 'restitutieverzekering' aangeduide polissen heeft de NZa sinds 2017 in de Regeling informatie-

³⁴⁵ Zie voor een overzicht van regelgeving die relevant is voor de zorginkoopovereenkomst 1.2.4.

verstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten³⁴⁶ bepaald dat zorgverzekeraars de term 'naturapolis' en 'natura' alleen mogen gebruiken voor polissen die alleen prestaties omvatten zoals omschreven in art. 11 lid 1 sub a Zvw. De termen 'restitutiepolis' en 'restitutie' mogen alleen betrekking hebben op een polis die aanspraken bevat zoals omschreven in art. 11 lid 1 sub b Zvw, waarbij de vergoeding van zorg verleend door niet-gecontracteerde zorgaanbieders op grond van deze polis niet beperkt mag zijn.³⁴⁷ Polissen die combinaties bevatten van natura- en restitutie-aanspraken of die alleen recht bieden op vergoeding van kosten van zorg verleend door gecontracteerde zorgaanbieders dient de zorgverzekeraar aan te duiden als 'combinatiepolis.' Ik houd de terminologie van de NZa aan waar ik in dit boek refereer aan de *naturapolis*, *restitutiepolis* en *combinatiepolis*. Als ik refereer aan de *verzekeringsaanspraak* op restitutie of vergoeding van kosten doel ik, tenzij anders aangegeven, ook op de restitutie-aanspraak die beperkt is tot zorg van gecontracteerde zorgaanbieders. Waar nodig geef ik aan of ik doel op restitutie met vrije keuze uit zorgaanbieders of restitutie met beperking tot gecontracteerde zorgaanbieders.

In 2.2.2.2 zijn voorts genoemd de eigen bijdrage, het eigen risico en de mogelijkheid op grond van art. 12 Zvw dat de regering ter bescherming van het algemeen belang een contracteerplicht en/of omgekeerde contracteerplicht oplegt.

Zorginkoopovereenkomsten worden mede gesloten ter uitvoering van de in art. 11 lid 1 Zvw genoemde 'zorgplicht'. Met het oog op een nadere duiding van (de inhoud van) zorginkoopovereenkomsten is daarom in 2.2.3 nader onderzocht wat de in art. 11 lid 1 sub a en sub b Zvw omschreven verplichtingen tot het bieden van recht op zorg (zorg in natura), vergoeding van kosten (restitutie) en zorgmiddeling inhouden. Ik constateer met betrekking tot de verplichting recht op zorg te bieden, dat de term 'natura', die in dit verband vaak wordt gebruikt, geen vaste betekenis heeft. Ik stel voor de verbintenis van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde in het naturamodel te omschrijven als de verplichting jegens de verzekerde tot het daadwerkelijk beschikbaar stellen van en het verschaffen van gelijke, financiële en geografische toegang tot geschikte zorg van goede kwaliteit. De toepassing van art. 11 lid 1 Zvw door zorgverzekeraars draagt zo bij aan de verwezenlijking van het recht op gezondheidszorg dat de verzekerde jegens de overheid heeft. Art. 11 lid 1 sub a Zvw schept mijns inziens een resultaatsverbintenis van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde, met uitzondering van het aspect van de kwaliteit van de in concreto verleende zorg. De verplichting tot het daadwerkelijk beschikbaar stellen van zorg verplicht zorgverzekeraars voldoende zorg te contracteren en maatregelen te treffen opdat de verzekerde de zorg die hij nodig heeft ook daadwerkelijk geleverd krijgt. Op het vlak van kwaliteit verplicht art. 11 lid 1 sub a Zvw

346 Thans geldt de Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten, TH-NR/022. Zie art. 5 voor de typering van de polissen.

347 Behalve voor zover die beperking voortvloeit uit art. 2.2 Besluit zorgverzekering.

mijns inziens alleen tot het voorzien van in abstracto goede zorg, ofwel tot het juist selecteren van zorgaanbieders, omdat niet het zorg verlenen zelf, maar het beschikbaar stellen van zorg en toegang verlenen tot zorg die in principe geschikt is en van goede kwaliteit de kern van de prestatie van de zorgverzekeraar vormt. De uit art. 11 lid 1 sub a Zvw voortvloeiende verbintenis behelst geen verplichting tot verrichting van, noch een garantie voor een foutloze medische behandeling. De wet bepaalt nu niet welke eisen ten aanzien van selectie op kwaliteit aan zorgverzekeraars worden gesteld. Door in de Zvw of het besluit zorgverzekering op te nemen dat zorgverzekeraars bij de selectie van zorgaanbieders de wettelijke kwaliteits-toelatings- en opleidingseisen in acht moeten nemen, zou de samenhang tussen de Zvw en de kwaliteitswetgeving worden geëxpliciteerd. Voor die aspecten die minimumeisen te boven gaan blijft wel gelden dat art. 11 lid 1 Zvw een open norm is, waarbij voor de invulling van belang is dat zorgverzekeraars een zekere ruimte hebben om betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit tegen elkaar af te wegen.

Op de restitutieverzekeraar rust ingevolge art. 11 lid 1 sub b Zvw een resultaatsverbintenis tot vergoeding van kosten voor (gecontracteerde) zorg en een inspanningsverbintenis te bemiddelen bij het verkrijgen van zorg. De zorgaanbieder waarnaar de zorgverzekeraar verwijst moet in abstracto zorg van goede kwaliteit leveren. Dat vloeit voort uit de verantwoordelijkheid die op de zorgverzekeraar rust als hij bij de bemiddeling een bepaalde zorgaanbieder voordraagt. Voor de beschikbaarheid van de zorg hoeft hij mijns inziens niet in te staan, maar hij zal zich er wel toe moeten inspannen te verwijzen naar een beschikbare zorgaanbieder die tijdig zorg kan verlenen en voor de verzekerde bereikbaar is. Zowel een aanspraak op zorg in natura als een aanspraak op restitutie en desgevraagd bemiddeling dient er dus toe te leiden dat 'de verzekerde de zorg krijgt waaraan hij behoefte heeft, en dat de zorgverzekeraar de kosten daarvan voor zijn rekening neemt'.³⁴⁸

De verantwoordelijkheid voor de organisatie van de zorg van de zorgverzekeraar die een restitutieverzekering aanbiedt met beperking tot gecontracteerde zorg is in feite gelijk aan die van de naturazorgverzekeraar. Dat vloeit voort uit de verwachtingen die de zorgverzekeraar schept door de aanspraak op vergoeding van kosten te beperken tot kosten voor zorg verleend door door hem geselecteerde zorgaanbieders.

2.6.3 Art. 13 lid 1 en 13 lid 5 Zvw

In 2.2.2.3 is ingegaan op art. 13 lid 1 Zvw, op grond waarvan de verzekerde die krachtens zijn zorgverzekering bepaalde zorg of een andere dienst dient te betrekken van een gecontracteerde zorgaanbieder en deze zorg

348 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 34. Zie ook Hendriks & Krijnen 2009, p. 1268, die op deze passage wijzen.

desalniettemin betreft van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, recht heeft op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding. Dit is een belangrijke bepaling in het zorgverzekeringsstelsel, omdat de hoogte van de vergoeding mede bepalend is voor de vrije artskenkeuze van verzekerden, het effect van selectief inkopen door zorgverzekeraars en de afhankelijkheid van zorgaanbieders van het sluiten van zorginkoopovereenkomsten met zorgverzekeraars. In *CZ/Momentum* heeft de Hoge Raad bepaald dat de vergoeding die de zorgverzekeraar op grond van art. 13 lid 1 Zvw moet betalen, niet dusdanig laag mag zijn dat deze een 'hinderpaal' opwerpt voor de verzekerde om zich tot de niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden (het hinderpaalcriterium).³⁴⁹ In *Conductore/Achmea c.s.*³⁵⁰ en *VGZ & Menzis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*³⁵¹ gaf de Hoge Raad verder invulling aan de manier waarop zorgverzekeraars de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg mogen berekenen.

Op grond van art. 13 lid 5 Zvw houdt de verzekerde die op het moment van beëindiging van de overeenkomst zorg ontvangt van een zorgaanbieder, recht op zorgverlening door de zorgaanbieder voor rekening van deze zorgverzekeraar. In 8.7 onderzoek ik hoe deze bepaling moet worden uitgelegd en of een zorgaanbieder jegens een zorgverzekeraar aanspraak zou kunnen maken op naleving van art. 13 lid 5 Zvw.

2.6.4 Verbod van misbruik van een economische machtspositie

In 2.3 Is kort het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie, zoals opgenomen in art. 24 lid 1 Mw en art. 102 VWEU, besproken. Misbruik maken van een economische machtspositie is onrechtmatig. In civiele procedures over zorginkoop wordt dikwijls een beroep gedaan op schending van het misbruikverbod en op de schending van door ondernemers met een economische machtspositie te betrachten zorgvuldigheid. De civiele rechter heeft tot nog toe in een zorginkoopzaak echter niet geoordeeld dat een zorgverzekeraar of zorgaanbieder jegens zijn contractspartij misbruik maakte van zijn economische machtspositie. Wel nam de civiele rechter een aantal keren de machtspositie van de zorgverzekeraar in aanmerking in zijn oordeel, maar daarbij is niet altijd duidelijk of de rechter op

349 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *NJ* 2015/83, m.nt. Legemaate (*CZ/Momentum*), r.o. 3.5.7.

350 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, *NJ* 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), r.o. 3.1.2.

351 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 tevens de samenhangende zaken HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1790, *RvdW* 2023/5 (*CZ/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*) en ECLI:NL:HR:2022:1791, *RvdW* 2023/4 (*Zilveren Kruis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*); HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1792, *RvdW* 2023/6 (*Momentum/Zilveren Kruis c.s.*).

een economische machtspositie in de zin van de Mw doelt. In hoofdstuk 4 wordt nader op deze rechtspraak ingegaan.

Art. 24 Mw wordt gehandhaafd door de ACM en art. 102 VWEU door de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft sinds 2006 niet handhavend opgetreden jegens een Nederlandse zorgaanbieder vanwege misbruik van een economische machtspositie jegens een Nederlandse zorgverzekeraar, of andersom. De ACM heeft sinds 2006 wel in enkele zaken besluiten genomen die betrekking hebben op misbruik van machtspositie van zorgaanbieder(s) jegens zorgverzekeraar(s), of andersom, maar besloot in geen van die besluiten tot handhaving over te gaan, omdat volgens de ACM geen sprake was van schending van de mededingingsregels of omdat de NZa of IGJ de klacht behandelde.

2.6.5 Het AMM-toezicht en de regelgevende bevoegdheid van de NZa

Art. 48 Wmg schept voor de NZa de bevoegdheid in te grijpen in de zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt of zorginkoopmarkt door een verplichting op te leggen aan een of meer zorgaanbieders of een of meer ziektekostenverzekeraars indien zij alleen of gezamenlijk beschikken over aanmerkelijke marktmacht (AMM) op een door de NZa volgens de beginselen van algemeen mededingingsrecht afgebakende markt. De AMM-bevoegdheden van de NZa en de wijze waarop zij aan de uitoefening daarvan volgens haar beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg³⁵² en beschikkingenpraktijk invulling geeft, zijn besproken 2.4. De NZa kan diverse verplichtingen opleggen die gevolgen kunnen hebben voor de (pre)contractuele verhoudingen, al kan de NZa door middel van haar AMM-instrument niet rechtstreeks ingrijpen in de rechtsverhouding tussen partijen door hun rechten en verplichtingen over en weer te bepalen.³⁵³ Voorbeelden van AMM-verplichtingen zijn een non-discriminatieplicht en een contracteerplicht.³⁵⁴ Omdat de NZa bij de uitoefening van haar taken het consumentenbelang voorop moet stellen,³⁵⁵ richt de NZa zich bij de toepassing van haar AMM-instrument niet op de machtsverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als zodanig, maar onderzoekt ze of hun marktgedrag en al dan niet contractueel handelen bijdraagt aan het algemeen consumentenbelang. De NZa legt een verplichting op als ze vermoedt (spoed; art. 49 Wmg) of heeft vastgesteld (art. 48 Wmg) dat een zorgverzekeraar of zorgaanbieder op een daartoe afgebakende markt AMM heeft, die leidt tot (potentiële) mededingingsproblemen waarvoor het opleggen van een verplichting een proportionele maatregel vormt. De NZa

352 Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg, AL/BR 0030.

353 Zie 2.4.1.3.

354 Art. 48 lid 1 sub b en e Wmg.

355 Art. 3 lid 4 Wmg.

beslist aan de hand van prioriteitscriteria of ze (nader) onderzoek doet naar een bepaalde marktsituatie.

Sinds inwerkingtreding van de Wmg in 2006 heeft de NZa negen AMM-besluiten genomen die betrekking hebben op AMM in een zorginkoop-verhouding. Gezien het aanzienlijk grotere aantal signalen dat bij de NZa binnenkwam vind ik dat aantal AMM-besluiten vrij laag. Bovendien heeft de NZa maar in twee zaken een verplichting opgelegd.³⁵⁶ In de literatuur is dan ook de vraag opgeworpen of het AMM-toezicht goed functioneert. Die vraag wordt in dit onderzoek niet beantwoord. Wel merk ik op dat de visie die de NZa tot 2017 op inkoopmacht had mogelijk een rol speelt bij het geringe aantal AMM-besluiten tot nu toe. Tot 2017 beschouwde de NZa inkoopmacht van zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt in principe niet als problematisch, omdat de NZa verwachtte dat zorgverzekeraars met inkoop behaalde voordelen zouden doorgeven aan consumenten. Onder deze voordelen schaarde de NZa met name voordelen op het terrein van betaalbaarheid van zorg. De NZa stelde in het rapport *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht* uit 2017 haar visie op inkoopmacht wel bij in die zin dat ze voortaan toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit tegen elkaar wil afwegen, maar lijkt daarbij in toegankelijkheid en betaalbaarheid vooral een *bottom line* te zien die bereikt wordt indien zorgverzekeraars niet aan hun zorgplicht (kunnen) voldoen of wanneer de zorginkoop, gelet op de gevolgen daarvan voor toegankelijkheid en kwaliteit, 'onrechtmatig' is.³⁵⁷ Daarbij speelt wellicht mee dat ze in datzelfde document erkent dat ze maar beperkte mogelijkheden heeft om effecten te meten van marktgedrag op de toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Deze beperkte meetmogelijkheden zouden een belemmering kunnen vormen voor effectief toezicht. Gelet op het voorgaande is mijn verwachting dat de NZa bij inkoopmacht aan de zijde van de zorgverzekeraar ook nu nog niet snel tot het opleggen van een AMM-verplichting zal overgaan. Opmerking verdient wel dat de NZa in 2017 wel tot regulering van de precontractuele zorginkoophase is overgegaan, mede naar aanleiding van klachten van met name kleinere zorgaanbieders. Deze regelgeving wordt onderzocht in 4.2.2.

In 2.5 besprak ik de bevoegdheid van de NZa op grond van art. 45 Wmg om regels te stellen met betrekking tot de totstandkoming en voorwaarden in – onder meer – zorginkoopovereenkomsten en de voorwaarden voor het gebruik van deze bevoegdheid. De regels moeten de inzichtelijkheid van de zorgmarkten, de bevordering van de concurrentie of de tijdige signalering van risico's voor de continuïteit van de bij amvb aangewezen vormen van zorg tot doel hebben. Verdere voorwaarden stelt de wet niet, maar een enigszins terughoudend gebruik van de regelgevende bevoegdheid zou mijns inziens passen bij de gedachte achter de – op zich beleidsneutrale – Wmg om waar dat kan marktwerking op gang te brengen en te houden en

356 Zie 2.4.3. Zie over de betreffende beschikkingen ook nader in de hoofdstukken 4 en 7.

357 NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 20.

waar dat moet te reguleren.³⁵⁸ In de nota naar aanleiding van het verslag benadrukt de minister dat de NZa alleen regelgevend op mag treden 'wanneer de NZa algemene, structurele marktbelemmeringen constateert'.³⁵⁹ De enige regeling tot nog toe die op art. 45 Wmg is gebaseerd en op de zorginkoopovereenkomst betrekking heeft, is de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw. De invloed van deze regeling op de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders wordt onderzocht in 4.2.2.

358 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 4.

359 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 8, p. 7 (NnaV).