



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).

8.1 INLEIDING, VERKENNING EN AFBAKENING

8.1.1 Inleiding

8.1.1.1 *Introductie*

Van een tekortkoming in de nakoming van een zorginkoopovereenkomst is onder meer sprake als de zorgverzekeraar niet of niet-tijdig betaalt, de zorg die de zorgaanbieder verleent tekortschiet, wanneer de gedeclareerde zorg niet tot de op grond van de zorgverzekering verzekerde prestaties behoort en wanneer de zorgaanbieder de zorg niet op de overeengekomen wijze declareert. Ik richt mij in dit hoofdstuk voornamelijk op de rechten en verplichtingen van partijen in het geval van een tekortkoming en/of onrechtmatigheid aan de zijde van de zorgaanbieder, de gevolgen daarvan en de vaststelling daarvan door middel van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek. Behoort de gedeclareerde zorg niet tot de krachtens de Zvw verzekerde prestaties, of is de zorg in strijd met tarief-, prestatie-, of declaratieregels gedeclareerd, dan is naast een eventuele tekortkoming in de nakoming eveneens sprake van een declaratie in strijd met de wet (hierna: onrechtmatige declaratie). Zorgverzekeraars controleren of door zorgaanbieders ingediende declaraties voldoen aan hetgeen in de zorginkoopovereenkomst is overeengekomen en of ze rechtmatig zijn door middel van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek. Zorginkoopovereenkomsten houden uitvoerige regelingen in van het proces van controle van declaraties en de consequenties van declareren in strijd met de overeenkomst en de wet. Het controleproces en fraudeonderzoek zijn onderwerp van lagere regelgeving. De begrippen formele controle, materiële controle en fraudeonderzoek worden in de Regeling zorgverzekering gedefinieerd. Over door zorgverzekeraars verrichte controles en naar aanleiding daarvan door hen genomen maatregelen wordt veelvuldig geprocedeerd. Aan zorgverzekeraars wordt in de rechtspraak ten aanzien van de controles en het fraudeonderzoek een wettelijke taak en/of maatschappelijke verantwoordelijkheid toegedicht.

Na beëindiging van een zorginkoopovereenkomst is art. 13 lid 5 Zvw ook in de postcontractuele zorginkoopverhouding van belang. Deze bepaling geeft verzekerden met een aanspraak op zorg of vergoeding van de kosten van zorg geleverd door een gecontracteerde zorgaanbieder bij beëindiging van de zorginkoopovereenkomst recht op voortzetting van de zorgverlening door de zorgaanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar.

8.1.1.2 Plan van behandeling

In 8.1.2 en 8.1.3 worden de juridische en praktische relevantie van tekortkomingen in de nakoming van verschillende hoofdvbintenissen van partijen en het proces van controle van declaraties nader verkend en wordt de afbakening van het hoofdstuk nader aangegeven en toegelicht. In 8.1.2 worden in dit verband ook de fenomenen van de patiëntenstop en de boycot juridisch geduid. Op niet-nakoming door de zorgverzekeraar en opschorting, ontbinding en opzegging door de zorgaanbieder als remedie daartegen, zal in de rest van het hoofdstuk niet meer worden ingegaan, onder andere vanwege de geringe jurisprudentie hieromtrent.

In 8.1.3 worden de voor het vervolg van dit hoofdstuk belangrijke begrippen ‘formele controle,’ ‘materiële controle’ en ‘fraudeonderzoek’ gedefinieerd en wordt uiteengezet hoe de uitvoering van controles en de rechtsgevolgen van tekortkomingen in de nakoming in zorginkoopovereenkomsten geregeld plegen te worden. In 8.1.3.3 wordt het gebruik van de, in het kader van controle van declaraties veelvuldig gebezigde, begrippen doelmatigheid en rechtmatigheid geanalyseerd en toegelicht.

In 8.2 tot en met 8.6 staat de verhouding tussen de contractuele regeling en de regulering van het proces van formele controle, materiële controle en fraudeonderzoek centraal. In 8.2 worden de inhoud en ratio van de toepasselijke regelingen geanalyseerd. Daarbij wordt onderzocht welke rol de zorgverzekeraar volgens de wetgever heeft bij de uitvoering van controles en hoe die rol in de regelgeving tot uitdrukking komt. Tevens wordt op basis van de inhoud van de regelgeving en de inhoud van de bestudeerde contractstukken onderzocht of en zo ja wanneer zorgverzekeraars en zorgaanbieders aan die regelingen gebonden zijn en wat de betekenis voor de rechten en verplichtingen van partijen ervan is. Vervolgens wordt in 8.3 tot en met 8.6 (nader) in beeld gebracht welke betekenis rechters aan de regelingen toekennen in civiele procedures over controles, fraudeonderzoek en de daaraan door zorgverzekeraars verbonden gevolgen, alsmede aan maatschappelijke, waaronder publieke, belangen en aan de hoedanigheid van de zorgverzekeraar. Tevens wordt in 8.6 ingegaan op het verschijnsel dat zorgverzekeraars op basis van het presteren van de zorgaanbieder ten tijde van een lopende overeenkomst weigeren een of meer opvolgende overeenkomsten aan te gaan. In 8.7 wordt onderzocht welke rechten zorgaanbieders jegens zorgverzekeraars kunnen ontlenen aan art. 13 lid 5 Zvw na beëindiging van een zorginkoopovereenkomst. In 8.8 worden de bevindingen uit de voorgaande paragrafen samengevat en geëvalueerd.

8.1.2 Tekortkoming zijdens de zorgverzekeraar, patiëntenstop en boycot

In deze paragraaf wordt de juridische en praktische relevantie van een tekortkoming door de zorgverzekeraar verkend. Hoewel een eerste indruk anders kan doen vermoeden, constateer ik dat in het geval van een patiëntenstop of boycot doorgaans geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder.

Niet of niet tijdige betaling

De hoofdverplichting van de zorgverzekeraar is de zorgaanbieder te betalen voor de verleende zorg. De door mij bestudeerde contractstukken voorzien doorgaans niet in een regeling van de consequenties van niet-nakoming door de zorgverzekeraar, anders dan dat ze soms een algemene vangnetbepaling inhouden dat de ene partij – indien vereist na ingebrekestelling – mag opzeggen als de wederpartij niet, niet behoorlijk of niet tijdig nakomt.¹ In een enkel stuk heb ik ook een bepaling aangetroffen die de zorgverzekeraar ertoe verplicht – of, zo men wil, het recht geeft – bij niet-tijdige betaling en/of het niet tijdig kunnen beoordelen van ingediende declaraties zo spoedig mogelijk tenminste een bepaald percentage, bijvoorbeeld 85%, van het gedeclareerde bedrag uit te betalen. Jurisprudentie over niet of niet tijdige betaling door de zorgverzekeraar, waarbij deze zich niet beroept op onjuist declareergedrag of fraude van de zorgaanbieder, is er nauwelijks.

Een uitzondering vormt een vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Arnhem inzake een geschil tussen een huisarts en zorgverzekeraar VGZ. De huisarts vordert een verklaring voor recht omtrent de aanvang van de betalingstermijn en vordert betaling c.q. correctie van declaraties en betaling van de wettelijke handelsrente. De kantonrechter legt de tussen partijen overeengekomen betaalvoorwaarden uit en stelt – mijns inziens ten onrechte² – vast dat VGZ geen wettelijke handelsrente maar wettelijke rente is verschuldigd. De kantonrechter wijst een deel van de vorderingen tot uitbetaling en correctie toe. Ten aanzien van een aantal declaraties stelt VGZ dat sprake is van schuldeisersverzuim omdat de huisarts bepaalde modules al in januari in plaats van – zoals door VGZ verzocht – in februari gedeclareerd had, terwijl VGZ in januari de nieuwe NZa tarieven nog niet in haar administratie verwerkt kon hebben. De kantonrechter gaat uit van de juistheid van dit verweer, nu de huisarts dit niet of onvoldoende heeft weersproken.³ Het feit dat het enige tijd kost de wellicht wat laat door de NZa bepaalde tarieven administratief te verwerken komt zo dus voor rekening van de huisarts, die te laat en zonder rente betaald krijgt.

De patiëntenstop

In de media werd in de periode voor COVID-19 zo nu en dan – en steeds vaker, was mijn indruk – bericht over zorgaanbieders,⁴ of zorgaanbieders

-
- 1 Meer dan de helft van de bestudeerde contractstukken zijn dan ook door zorgverzekeraars opgestelde zorginkoopvoorwaarden. Zie nader 5.2.
 - 2 De huisarts heeft zich op grond van de zorgovereenkomst ook jegens de zorgverzekeraar verbonden zorg te leveren en de zorgovereenkomst is een handelsovereenkomst.
 - 3 Rb. Arnhem 4 november 2011 (ktr.), ECLI:NL:RBARN:2011:BU5566.
 - 4 Bijv. R. van den Brink & H. van der Parre, 'Radboud weert Achmea-patiënten', 9 december 2013, nos.nl; NOS, 'VUmc: tijdelijke stop transgenders', 4 januari 2014, nos.nl; R. Oosterom, 'Behandelstop GGZ dreigt in Zeeland', trouw.nl, 28 augustus 2017, over de Zeeuwse GGZ-instelling Emergis die heeft aangekondigd vanaf oktober 2017 geen nieuwe patiënten meer aan te nemen voor de rest van het jaar en over een aantal andere dreigende patiëntenstops.

en zorgverzekeraars gezamenlijk,⁵ die een patiëntenstop instelden voor verzekerden van een of meerdere zorgverzekeraars omdat het met die zorgverzekeraar(s) overeengekomen budgetplafond was bereikt of overschreden dreeg te worden.⁶ Patiëntenstops werden daarbij door de media wel afgeschilderd als noodkreet en/of pressiemiddel om de zorgverzekeraar te bewegen meer zorg in te kopen dan aanvankelijk was overeengekomen, omdat verzekerden er kennelijk om vragen.

Juridisch gezien rijst onder andere de vraag of een zorgaanbieder die een patiëntenstop instelt zich op een opschortingsbevoegdheid beroept. Van opschorting in de zin van art. 6:52 of 6:262 BW, door de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar, is bij een patiëntenstop in de regel geen sprake, omdat geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de zorgverzekeraar. Mogelijk is onder andere dat een zorgverzekeraar na het bereiken van het plafond contractueel in het geheel niet meer gehouden is tot betaling, dat hij alleen dient te betalen voor planbare zorg, en/of dat hij alleen dient te betalen bij een bepaalde mate van overschrijding van het plafond, in welk geval partijen met elkaar in overleg dienen te treden over de verlening van zorg en kosten daarvan voor de resterende looptijd van de overeenkomst. Indien de zorgaanbieder volgens de zorginkoopovereenkomst niet gehouden is tot het verlenen van zorg na het bereiken van het plafond, is evenmin sprake van een tekortkoming van de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar. Verzekerden verkeerden mogelijk wel in de – al dan niet terechte – veronderstelling het gehele jaar aanspraak te kunnen maken op behandeling door de zorgaanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar; over hun positie verderop meer. Als de zorginkoopovereenkomst een doorleverplicht inhoudt voor de zorgaanbieder, dan is deze mogelijk wel gehouden tot het verlenen van zorg aan verzekerden van de zorgverzekeraar na het bereiken van een budgetplafond zonder dat daar betaling door de zorgverzekeraar tegenover staat, gedurende de resterende looptijd van de overeenkomst. De zorgaanbieder die een patiëntenstop instelt in weerwil van een doorleverplicht, pleegt mogelijk wanprestatie

5 Bijv. RTV Oost, 'Kamerfractie PvDA maakt zich zorgen over patiëntenstop ZGT', 14 oktober 2019, rtvoost.nl, over een afspraak tussen Zilveren Kruis en de twee ziekenhuizen in Almelo en Hengelo die tot de Ziekenhuis Groep Twente behoren. De patiëntenstop gold niet voor patiënten die al in behandeling waren bij de ziekenhuizen, voor verzekerden met een restitutiepolis (met vrije keuze) en voor bevallingen en psychiatrische zorg.

6 Het komt overigens ook voor dat zorgverzekeraars, vooruitlopend op het bereiken van een budgetplafond, verzekerden naar andere zorgaanbieders sturen. Zij dienen immers het gehele jaar aan hun zorgplicht te voldoen en zullen bij het contracteren van beperkte budgetten soms moeten sturen. In de zomer van 2019 bijvoorbeeld, vroeg VGZ huisartsen om verzekerden naar andere ziekenhuizen dan het Ikazia in Rotterdam te verwijzen, naar verluidt om te voorkomen dat het Ikazia later dat jaar geen nieuwe patiënten meer zou aannemen. De zorginkoopovereenkomst tussen het Ikazia en VGZ bevatte voor 2019 een budget- of omzetplafond en – op aandringen van het Ikazia – geen doorleverplicht. Zie o.a. F. Weeda, 'Populair ziekenhuis Ikazia in Rotterdam doet het te goed', NRC 9 juli 2019 (online).

jegens de zorgverzekeraar. Een zorgaanbieder die niet aan een doorleverplicht gehouden wil worden kan zich mogelijk op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid beroepen.⁷

Of de zorgverzekeraar of zorgaanbieder wanprestatie pleegt jegens verzekerden als een patiëntenstop wordt ingesteld, is afhankelijk van de inhoud van de zorgverzekering of de reeds gesloten behandelingsovereenkomsten en, indien sprake is van een derdenbeding, ook van de zorginkoopovereenkomst.⁸ Zo kan van belang zijn of de zorgverzekeraar de aanspraak van verzekerden op zorg, verleend door de betreffende gecontracteerde zorgaanbieder, heeft beperkt tot het bereiken van een bepaald plafond. Een weigering de patiënt te behandelen kan onder omstandigheden ook onrechtmatig zijn jegens de patiënt. Voor een beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een patiëntenstop jegens verzekerden/patiënten is van belang dat een zorgverzekeraar zijn verzekerden op grond van art. 11 lid 1 sub a Zvw toegang tot de bij en krachtens de Zvw geregelde zorg dient te verschaffen en dat op de arts respectievelijk zorgaanbieder in bepaalde omstandigheden een wettelijke hulpverleningsplicht rust.⁹ Deze regelingen lijken mij overigens ook relevant indien wel sprake is van opschorting door de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar. In de KNMG-richtlijn 'Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst' is vermeld welke zorgvuldigheidseisen een arts resp. instelling in acht moet nemen bij het niet-aangaan of beëindigen van een behandelrelatie om budgettaire redenen, cq. wanneer de patiënt voortdurend weigert rekeningen te betalen.¹⁰ De richtlijn noemt niet expliciet het overschrijden van een met de zorgverzekeraar overeengekomen budgetplafond, maar die situatie lijkt mij onder 'budgettaire redenen' vallen.

Boycot

In 2017 zegden 446 verloskundigen hun overeenkomst met Zilveren Kruis op. Gesproken werd van een 'boycot'.¹¹ Het betreft een uitzonderingsgeval. Bij mijn weten worden zorginkoopovereenkomsten nagenoeg nooit tussentijds door grote groepen zorgaanbieders opgezegd of beëindigd. In dit geval was ook geen sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de lopende overeenkomst door Zilveren Kruis.

7 Waarover Van Schelven 2016, par. 7.

8 Zie over het derdenbeding in de zorginkoopovereenkomst 6.3.

9 Zie over de hulpverleningsplicht van de arts, resp. de zorgaanbieder nader o.a. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B87) 2021/8.1, 8.3; Hendriks & Krijnen 2009, par. 3; Houben 2005, p. 140-151; Sijmons 1995.

10 KNMG-richtlijn 'Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', januari 2021, par. 2c en 3.1.

11 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 2 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1837, GJ 2018/97 (*Verloskundigen/Zilveren Kruis c.s.*); Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2467, GJ 2019/80 (*Zilveren Kruis c.s./Verloskundigen*).

De verloskundigen zegden hun overeenkomst op nadat de NZa in juli 2017 in een rapport bekend had gemaakt dat de maximumtarieven voor verloskundige zorg met ingang van 1 januari 2018 met 13,2% verhoogd zouden moeten worden en Zilveren Kruis had medegedeeld de tarieven die zij verloskundigen bood op grond van de zorginkoopovereenkomst 2018 niet dienovereenkomstig te verhogen.¹² Zilveren Kruis bood een groot deel van de verloskundigen die hadden opgezegd nadien alsnog een overeenkomst voor 2018 aan met de nieuwe maximumtarieven van de NZa.

Zorgaanbieders mogen hun reactie op bepaald beleid van een zorgverzekeraar niet onderling afstemmen. Onderlinge afstemming kan in strijd zijn met het kartelverbod (art. 6 Mw). De ACM waarschuwde daar in het najaar van 2017 ook voor.¹³ In de kortgedingprocedure tussen Zilveren Kruis en vier verloskundigen aan wie Zilveren Kruis na verhoging van de tarieven niet alsnog een overeenkomst met hogere tarieven aanbood, zien het hof en de rechtbank de opzegging overigens niet als onderdeel van een gecoördineerde actie, maar als een individuele opzegging.¹⁴

8.1.3 Tekortkoming zijdens zorgaanbieder, begripsomschrijvingen

8.1.3.1 *Tekortkoming zijdens zorgaanbieder: kwaliteit en wettelijk omschreven controles*

De mogelijke tekortkoming in de nakoming van de zorginkoopovereenkomst door de zorgaanbieder en controle daarop door de zorgverzekeraar is in de praktijk van groter belang dan een tekortkoming aan de zijde van de zorgverzekeraar. In deze subparagraaf en de navolgende subparagrafen 8.1.3.2-8.1.3.5 wordt de juridische en praktische relevantie van niet-nakoming door de zorgaanbieder in kaart gebracht, mede aan de hand van de inhoud van de bestudeerde contractstukken.¹⁵ Ook worden de voor het vervolg van dit hoofdstuk belangrijke begrippen ‘formele controle,’ ‘materiële controle’ en ‘fraudeonderzoek’ gedefinieerd (8.1.3.2).

Zorginkoopovereenkomsten voorzien in een uitvoerige regeling van de rechtsgevolgen van tekortkomingen in de nakoming door de zorgaanbieder

12 Zie voor deze – destijds – nieuwe maximumtarieven NZa TB/REG-18623-02. Zilveren Kruis maakte bezwaar tegen deze tariefbeschikking, waarop de NZa bij besluit van 16 juli 2018 aangaf dat de tarieven voor 2018 1,45% lager vastgesteld zouden moeten worden, maar dat ze die korting pas in de tarieven voor 2019 zou verwerken omdat een wijziging achteraf van de tarieven voor 2018 onwenselijk zou zijn. Zilveren Kruis ging tegen het besluit in beroep. Het CBb verwierp het beroep. CBb 10 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:393, *NJB* 2019/2004.

13 ACM 2017.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2467, *GJ* 2019/80 (*Zilveren Kruis c.s./Verloskundigen*), r.o. 5.4; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 2 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1837, *GJ* 2018/97 (*Verloskundigen/Zilveren Kruis c.s.*), r.o. 2.19.1.

15 Zie over deze contractstukken 5.2.

en van het controleproces op basis waarvan de zorgverzekeraar niet of niet-deugdelijke nakoming dient vast te stellen. Is de zorginkoopovereenkomst een overeenkomst van opdracht of een gemengde overeenkomst van koop en opdracht – hetgeen dikwijls het geval zal zijn, zo is vastgesteld in 5.5 – dan vormen de contractuele regelingen van het controleproces nadere uitwerkingen en afwijkingen van de plicht ex art. 7:403 BW tot het informeren van de opdrachtgever, in het bijzonder tot het doen van rekening en verantwoording. Aan dit artikel wordt in zorginkoopovereenkomsten en rechtspraak niet gerefereerd, naar ik aanneem omdat de verantwoordingsplicht van regeland recht is¹⁶ en deze overeenkomsten en de op het controleproces van toepassing zijnde regelingen een voor de zorginkoopverhouding specifieke invulling geven aan de verantwoordingsplicht.

In de contractuele regelingen van controle op de naleving van de overeenkomst en de sancties op tekortkomingen ligt het accent op de eis dat de zorg verzekerd moet zijn en in overeenstemming met het bij en krachtens de Wmg geregelde gedeclareerd. Zorginkoopovereenkomsten verplichten zorgaanbieders goede zorg te verlenen die voldoet aan de professionele standaard en de relevante kwaliteitswetgeving en waarop de verzekerde patiënt uit hoofde van zijn zorgverzekering aanspraak maakt. Alleen voor die zorg moet de zorgverzekeraar op grond van de zorginkoopovereenkomst betalen. Toetsing aan kwaliteitsaspecten vindt echter vooral indirect plaats, in het kader van de toets of de verleende zorg verzekerd was.

De bestudeerde contractstukken houden wel bepalingen in op grond waarvan de overeenkomst eindigt, direct of na schriftelijke opzegging, indien de toelating van de zorgaanbieder-instelling op grond van de (voormalige) Wtzi is ingetrokken,¹⁷ de zorgaanbieder-instelling niet langer voldoet aan de bij die wet gestelde vereisten, of wanneer de zorgaanbiederberoepsbeoefenaar onder curatele wordt gesteld. Ook is een bepaling aangetroffen inhoudende de bevoegdheid van de zorgverzekeraar de overeenkomst op te schorten gedurende de periode waarin de zorgaanbiederberoepsbeoefenaar is geschorst in zijn beroepsuitoefening in de zin van art. 48 lid 1 onder d Wet BIG. Dergelijke bepalingen stellen sancties op het niet voldoen aan de primaire vereisten voor de beroeps- en bedrijfsuitoefening. Deze sancties liggen voor de hand, gezien het dwingendrechtelijke karakter van de Wtzi (thans Wtza) en Wet BIG en in verband daarmee de mogelijke nietigheid van zorginkoopovereenkomsten die verplichten tot het verlenen van zorg zonder dat aan de vereisten uit deze wetten is voldaan.¹⁸ Het merendeel van de bestudeerde contractstukken bevat ook expliciet een

16 Art. 7:403 BW is op grond van art. 7:400 lid 2 BW van toepassing tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte; *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/112; HR 28 mei 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6234, NJ 1971/346.

17 De Wtzi is per 1 januari 2022 vervangen door de Wtza, maar was ten tijde van het vergelijken van contractstukken nog wel van kracht.

18 Zie 7.5.

bepaling inhoudende de bevoegdheid van de zorgverzekeraar melding te doen van geconstateerde tekortkomingen in de geleverde zorg bij de IGJ of een klacht in te dienen bij een tuchtrechtelijke instantie. Voorts komen vangnetbepalingen voor op grond waarvan de zorgverzekeraar de overeenkomst mag opzeggen, na ingebrekestelling indien vereist, als de zorgaanbieder niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt of zodanig in strijd handelt met de in Nederland levende fatsoensnormen dat continuering van de overeenkomst niet van de zorgverzekeraar gevergd mag worden. Jurisprudentie waaruit blijkt dat de zorgverzekeraar een zorginkoopovereenkomst tussentijds heeft opgeschort, ontbonden en/of opgezegd vanwege kwalitatief tekortschietende zorgverlening is er echter nauwelijks.

Gewezen kan wel worden op een procedure tussen een fysiotherapeut en zorgverzekeraar Achmea, waarin Achmea stelt dat gedaagde fysiotherapeut geweigerd heeft de vereiste na- en bijscholingscursus te volgen. Het gaat hier kennelijk niet om de in concreto geleverde zorg, maar om algemene eisen die Achmea aan de algemene beroepsuitoefening van de fysiotherapeut stelt. Achmea beëindigde de overeenkomst toen de fysiotherapeut weigerde mee te werken aan Achmea's beheersmodel.¹⁹

Een gebrek in de kwaliteit van de door de zorgaanbieder verleende zorg kan een tekortkoming van de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar inhouden. Schade bij de zorgverzekeraar, bijvoorbeeld omdat de verzekerde op grond van zijn zorgverzekering aanspraak maakt op (vergoeding van kosten voor) een hersteloperatie, dient de zorgaanbieder wel te vergoeden indien die schade aan de zorgaanbieder is toe te rekenen. Ik verwacht evenwel dat gebreken in de kwaliteit van de door de zorgaanbieder verleende zorg opschorting en tussentijdse ontbinding en opzegging door de zorgverzekeraar niet snel zullen rechtvaardigen. Een zorgaanbieder verleent uit hoofde van de zorginkoopovereenkomst zorg aan verscheidene verzekerden van de zorgverzekeraar. Eén of enkele calamiteiten wijzen er niet per se op dat de kwaliteit van de over het algemeen door de zorgaanbieder verleende zorg dusdanig tekortschiet dat ontbinding of opzegging van de gehele overeenkomst gerechtvaardigd is.²⁰ Ter zake rust een zware bewijslast op de zorgverzekeraar. Het optreden en de publicaties van de IGJ en het ZiN kunnen bij het voldoen aan de bewijslast een rol spelen.²¹ In dit verband is van belang dat art. 8.6 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-025) bepaalt dat wanneer een

19 Rb. Zutphen 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3276.

20 Vgl., nog ten tijde van de Zfw, Werkgroep VGR 1974, p. 113-117.

21 Aldus de NZa met betrekking tot de IGJ in art. 8.6 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, TH/BR-025. In HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, *GJ* 2018/100, m.nt. M.F. van der Mersch (*PTED*), r.o. 4.2.6 oordeelde de Hoge Raad dat de richtlijnen en standpunten van het Zorginstituut niet bindend zijn, maar dat zorgverzekeraars en ook rechters die van een standpunt of richtlijn afwijken dat deugdelijk dienen te motiveren.

zorgaanbieder volgens de IGJ onvoldoende kwaliteit van zorg levert, de zorgverzekeraar hieraan consequenties moet verbinden bij het al dan niet contracteren.

Vergelijk omtrent de bewijslast het oordeel van de rechtbank Rotterdam in de procedure tussen de zorgverzekeraars DSW en SH en de door hen niet gecontracteerde Kliniek Naaldwijk, gespecialiseerd in kaakchirurgie. De zorgverzekeraars hadden verwijzend tandartsen een brief gestuurd over de mogelijk tekortschietende kwaliteit van de door Kliniek Naaldwijk verleende zorg en de tandartsen verzocht daarmee rekening te houden als zij patiënten naar een kaakchirurg zouden verwijzen. Volgens de rechtbank handelden DSW en SH hiermee onrechtmatig jegens Kliniek Naaldwijk. De door DSW en SH gedane mededelingen berustten volgens de rechtbank op onvoldoende aanwijzingen omtrent de kwaliteit van de door Kliniek Naaldwijk verleende zorg. Ook neemt de rechtbank in aanmerking dat DSW en SH voorafgaand aan het versturen van hun brief geen contact hadden opgenomen met de IGZ en het kort voor versturen van de brief door de IGZ opgestelde rapport over het functioneren van één van de bij Kliniek Naaldwijk werkzame kaakchirurgen niet hadden geraadpleegd. Bij contact met de IGZ en uit het rapport zou onder andere zijn gebleken dat er bezwaren waren rondom het functioneren van kaakchirurg X, die slechts twee dagen per week bij Kliniek Naaldwijk werkzaam was, terwijl daar nog vier andere kaakchirurgen werkten.²²

De IGJ of het ZiN speelde eveneens een rol in onder andere de volgende twee gevallen. Het eerste geval betreft het opschorten door Achmea van de onderhandelingsgesprekken met het Ruwaard van Puttenziekenhuis in het najaar van 2012, nadat de – toen nog – IGZ het ziekenhuis onder verscherpt toezicht had gesteld en sluiting van de afdeling cardiologie had bevolen. Tegen het einde van 2012 hervatte Achmea de onderhandelingen weer.²³ Overigens oordeelde de rechtbank in *Cardiologen RPZ/Staat* dat de Staat onrechtmatig jegens de cardiologen heeft gehandeld doordat de Inspectie haar medewerking heeft onthouden aan het hervatten van de werkzaamheden van de cardiologen.

Het tweede geval betreft het optreden van zorgverzekeraars DSW en SH jegens aanbieder van medisch specialistische revalidatiezorg CIRAN. DSW en SH voerden een materiële controle uit bij CIRAN, een jaar nadat Tangram Zorgadviseurs in opdracht van het CVZ (thans ZiN) het rapport ‘Medisch Specialistische Revalidatie Aanspraak en praktijk’ had uitgebracht. Op basis van de uitkomsten van de controles stopten zij betalingen aan CIRAN, omdat de door de zorgaanbieder geleverde zorg volgens DSW en SH niet als medisch specialistische zorg gedeclareerd zou mogen worden. DSW en SH hadden op dat moment geen overeenkomst meer met CIRAN.²⁴ CIRAN is op 24 januari 2018 in staat van

-
- 22 Rb. Rotterdam 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9336 (*Kliniek Naaldwijk/DSW en SH*), met name r.o. 4.5.
- 23 Zie de mededelingen van de voorzitter van de Raad van Bestuur van het ziekenhuis, zoals weergegeven in Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14015, *GJ* 2019/18 (*Cardiologen RPZ/Staat*), r.o. 2.17-2.18 en Skipr, ‘Achmea hervat gesprekken met Ruwaard’, 5 december 2012, www.skipr.nl.
- 24 Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8875, *GJ* 2016/16 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 2.5-2.6.

faillissement verklaard, nadat ook andere zorgverzekeraars betalingen aan de zorgaanbieder stopten.²⁵

In de beoordeling van de gerechtvaardigheid van opschorting, ontbinding en/of opzegging van een zorginkoopovereenkomst door de zorgverzekeraar dienen niet alleen de belangen van de verzekerde(n) jegens wie de zorgaanbieder tekort is geschoten betrokken te worden, maar ook de belangen van de andere verzekerden die zich op grond van hun zorgverzekering tot de gecontracteerde zorgaanbieder kunnen wenden.²⁶ Een en ander wil niet zeggen dat zorgverzekeraars afzonderlijke declaraties voor tekortschietende zorg (volledig) aan de zorgaanbieder dienen te voldoen. Van deugdelijke nakoming is immers geen sprake.

Het zwaartepunt voor de beoordeling van zorgaanbieders op kwaliteit lijkt te liggen in de precontractuele fase, waarover hoofdstuk 4. Het niet voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen kan wel aanleiding vormen voor het afspreken van een verbetertraject en/of (uiteindelijk) grond zijn voor het niet aanbieden van een overeenkomst voor het opvolgende jaar (zie daarover 8.6).²⁷ Ook kunnen aspecten van kwaliteit indirect een rol spelen in het kader van de in de volgende paragraaf te bespreken formele en materiële controles.

8.1.3.2 *Formele controle, materiële controle en fraudeonderzoek*

In de verdere contractuele regeling van controle op de naleving van de overeenkomst en de sancties op tekortkomingen in de nakoming zijn de begrippen formele controle, materiële controle, fraudeonderzoek en detailcontrole leidend. In een deel van de bestudeerde contractstukken wordt ook de controle op de naleving van overige aspecten van de overeenkomst kort genoemd. Genoemde begrippen worden in zorginkoopovereenkomsten op dezelfde wijze als in de nog nader te bespreken Regeling zorgverzekering gedefinieerd.²⁸ De NZa hanteert deze begrippen ook in de door haar uitge-

25 HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:579, NJ 2019/187 (VGZ/*Van Brink q.q.*), r.o. 3.1.

26 Zo volgt uit HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2014:1355, NJ 2017/364, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Visser c.s./Compaen*), r.o. 3.3.2.

27 Bijv. Rb. Arnhem (vzr) 2 februari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP2876, RZA 2011/92 (*Reinaert Kliniek/UVIT*). De voorzieningenrechter komt in dit vonnis echter tot de conclusie dat UVIT in de gegeven omstandigheden niet tot het niet aanbieden van een nieuwe overeenkomst had mogen besluiten.

28 De definities zijn in alle door mij bestudeerde contractstukken opgenomen. In 2018 werden steeds de definities uit de Regeling zorgverzekering gevolgd. In de contractstukken uit 2014 werd met name het begrip 'fraude' of 'fraudeonderzoek' niet in elk contractstuk geheel overeenkomstig het huidige art. 1 sub v Regeling zorgverzekering gedefinieerd. Nu de contractuele definities in de contractstukken uit 2018 wel gelijk zijn aan die in de Regeling zorgverzekering, ga ik niet in op vragen die rijzen bij het eerdere hanteren van afwijkende definities. Ook in de door zorgverzekeraars op internet gepubliceerde controleplannen, die onderdeel uitmaken van zorginkoopovereenkomsten, worden de definities uit de Regeling zorgverzekering gehanteerd.

vaardigde lagere regelgeving. Ze worden als volgt gedefinieerd in art. 1 lid 1 sub t, u, v en x Regeling zorgverzekering:

‘Formele controle: een onderzoek waarbij de zorgverzekeraar nagaat of het tarief dat door een zorgaanbieder voor een prestatie in rekening is gebracht:

- een prestatie betreft, welke is geleverd aan een bij die zorgverzekeraar verzekerde persoon;
- een prestatie betreft, welke behoort tot het verzekerde pakket van die persoon,
- een prestatie betreft, tot levering waarvan de zorgaanbieder bevoegd is, en
- Het tarief betreft, dat voor die prestatie krachtens de Wet marktordening gezondheidszorg is vastgesteld of een tarief is dat voor die prestatie met de zorgaanbieder is overeengekomen.’

‘Materiële controle: Een onderzoek waarbij de zorgverzekeraar nagaat of de door de zorgaanbieder in rekening gebrachte prestatie is geleverd en die geleverde prestatie het meest was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde.’

‘Fraudeonderzoek: een onderzoek waarbij de zorgverzekeraar nagaat of de verzekerde of de zorgaanbieder valsheid in geschrifte, bedrog, benadeling van rechthebbenden of verduistering pleegt of tracht te plegen ten nadele van bij de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst van zorgverzekering betrokken personen en organisaties met het doel een prestatie, vergoeding, betaling of ander voordeel te krijgen waarop de verzekerde dan wel de zorgaanbieder geen recht heeft of recht kan hebben.’

‘Detailcontrole: onderzoek door de zorgverzekeraar naar bij de zorgaanbieder berustende persoonsgegevens met betrekking tot eigen verzekerden ten behoeve van materiële controle of fraudeonderzoek.’

Wat precies bedoeld wordt met het onder art. 1 lid 1 sub t, onder 3 Regeling zorgverzekering genoemde onderdeel van de formele controle, of het tarief dat door een zorgaanbieder voor een prestatie in rekening is gebracht een prestatie betreft, tot levering waarvan de zorgaanbieder bevoegd is, is mij niet geheel duidelijk. Dit blijkt niet uit toelichtingen bij de Regeling zorgverzekering, de Zvw of Wmg. Het meest voor de hand liggend lijkt mij dat hieronder begrepen dient te worden of de zorgaanbieder over een vergunning in de zin van de Wtza en/of Wbmv beschikt en/of de (in de instelling van de zorgaanbieder werkzame) beroepsbeoefenaren over een registratie beschikken in de zin van de Wet BIG.

De in het kader van de materiële controle te stellen vraag of de geleverde prestatie *het meest* was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde en het in art. 2 lid 3 Besluit zorgverzekering gegeven vereiste dat de verzekerde naar inhoud en omvang *redelijkerwijs* aangewezen moet zijn op de zorg, sluiten gezien hun bewoordingen niet geheel op elkaar aan. Waarom dat zo is, blijkt niet uit de toelichting bij de Regeling zorgverzekering. Mijns inziens biedt het begrip materiële controle de zorgverzeke-

raar de ruimte te controleren of aan art. 2 lid 3 Besluit zorgverzekering is voldaan en tevens of aan eventuele aanvullende, door de zorgverzekeraar gestelde, doelmatigheidseisen is voldaan.²⁹ Deze interpretatie past ook bij art. 7.5 lid 2 Regeling zorgverzekering. Daarin is bepaald dat de vaststelling door de zorgverzekeraar wanneer voldoende zekerheid is verkregen dat de geleverde prestatie het meest was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde, geschiedt met inachtneming van het bepaalde in art. 2.1 Besluit zorgverzekering en zodanig dat voor verzekerden en zorgaanbieders zoveel mogelijk inzichtelijk is welke maatstaven daarbij gelden. De bewoordingen ‘met inachtneming van’ en de aan het slot van art. 7.5 lid 2 Regeling zorgverzekering genoemde maatstaven, laten de mogelijkheid open dat de zorgverzekeraar bovenop de wettelijke maatstaven nog andere (doelmatigheids)maatstaven stelt.³⁰ Het fraudeonderzoek beslaat dezelfde terreinen³¹ als formele en materiële controle, maar richt zich – anders dan genoemde controles – ook op de intentie van de zorgaanbieder. Alvorens de zorgverzekeraar overgaat tot een detailcontrole dient aan bepaalde voorwaarden voldaan te zijn.³²

Door middel van formele en materiële controles kunnen zorgverzekeraars onderzoeken of alleen zorg die onder de krachtens de Zvw verzekerde prestaties valt, wordt gedeclareerd door zorgaanbieders en verzekerden en of de bij en krachtens de Wmg gegeven tarief- en prestatieregels worden nageleefd.³³ Alleen ten behoeve van deze controles biedt de Regeling zorgverzekering een wettelijke basis voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim van de zorgaanbieder. Een wettelijke basis voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim voor controle door de zorgverzekeraar van de kwaliteit van de geleverde zorg in algemene zin, buiten de controle of de zorgaanbieder bevoegd is tot levering van de prestatie, ontbreekt in de Regeling zorgverzekering.³⁴

Indirect toetsen zorgverzekeraars in het kader van formele en materiële controles wel aspecten van de kwaliteit van de verleende zorg. Voor het al dan niet voldoen aan een bepaalde prestatiebeschrijving en/of het verzekerd zijn van bepaalde zorg kan immers van belang zijn welke zorg zorgaanbieders van een bepaalde categorie ‘plegen te bieden’, of voor de

29 Zie over het begrip doelmatigheid hierna in 8.1.3.3.

30 Zie anders Ekemans 2020, p. 173, onder c, die schrijft dat de criteria aan de hand waarvan bepaald moet worden welke zorg het meest is aangewezen, zijn omschreven in de wettelijke regeling.

31 Fraudeonderzoek kan blijkens art. 1 sub v Regeling zorgverzekering ook op het gedrag van de verzekerde betrekking hebben, maar daar ga ik in het kader van dit onderzoek niet op in.

32 Zie nader 8.2 en 8.3.

33 Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 5.

34 Zie nader 8.2.4 over de achtergrond en ration van de regeling voor formele en materiële controles.

zorg sprake is van een bepaalde indicatie, of de zorg behoort tot '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' en of de verzekerde naar inhoud en omvang redelijkerwijs op de zorg is aangewezen.³⁵ De Hoge Raad overwoog dat die zorg tot de stand van de wetenschap en praktijk behoort en daarom tot het verzekerde 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, aldus de Hoge Raad.³⁶ Zodoende komt in het kader van de controle van declaraties – als aspecten van de professionele standaard – vooral indirect aan de orde of de zorgaanbieder zorg declareert die medisch geïndiceerd is en niet zo zeer of de zorg ook *lege artis* is uitgevoerd.³⁷ Als sprake is van klachten van verzekerden kan dat anders zijn.

Zo bestond tussen CIRAN en DSW en SH een geschil over de vraag of de door CIRAN geleverde zorg als medisch specialistische revalidatiezorg gedeclareerd mocht worden. Daarvoor achtte de rechtbank Rotterdam van belang welke minimale kwaliteitseisen volgens het Algemeen Beroepskader Revalidatiegeneeskunde aan revalidatiegeneeskunde moeten worden gesteld. DSW en SH weigerden sinds 2013 de door CIRAN als medisch specialistische revalidatiezorg gedeclareerde zorg te vergoeden. Volgens de rechtbank was die weigering tot 19 december 2016 niet onrechtmatig.³⁸ Mogelijk was wel sprake van verlening van eerstelijns zorg, maar als zodanig was de zorg niet gedeclareerd.

In een geschil tussen Zilveren Kruis en huidkliniek Kliniek Zuid schortte Zilveren Kruis de uitbetaling van declaraties aan Kliniek Zuid op, enkele weken nadat ze een anonieme fraudemelding over de huidkliniek had ontvangen. De melding betrof in het bijzonder de huidtherapeutische en cosmetische behandelingen door huidtherapeut A, die ten onrechte door Kliniek Zuid als behandelingen door een dermatoloog zouden zijn gedeclareerd. Ook zouden dermatologen niet medisch-geïndiceerde behandelingen verricht en gedeclareerd hebben.

35 Art. 7.5 lid 2 Regeling zorgverzekering jo. art. 2.1 Besluit zorgverzekering. Zie over de genoemde criteria 2.2.2.1.

36 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, *GJ* 2018/100, m.nt. Van der Mersch (*PTED*), r.o. 4.2.4.

37 De medisch-professionele standaard vereist dat een behandeling medisch geïndiceerd is en *lege artis* wordt uitgevoerd. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 66.

38 Rb. Rotterdam 25 november 2015 (tussenvonnis), ECLI:NL:RBROT:2015:8875, *GJ* 2016/16 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 4.5. In het tussenvonnis gelast de rechter een deskundigenonderzoek. Einduitspraak: Rb. Rotterdam 30 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:947, *GJ* 2019/56 (*CIRAN/DSW en SH*). Zie over de relevantie van het Beroepskader r.o. 2.9. DSW en SH hadden van 2009 tot en met 2012 een zorginkoopovereenkomsten gesloten met CIRAN. In 2013 gold tussen hen geen overeenkomst. CIRAN is op 24 januari 2018 in staat van faillissement verklaard, nadat ook andere zorgverzekeraars betalingen aan de zorgaanbieder stopten. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:579, *NJ* 2019/187 (VGZ/Van Brink q.q.), r.o. 3.1.

Volgens Zilveren Kruis heeft de kliniek niet-verzekerde zorg verleend en gedeclareerd, omdat een verwijzing ontbrak en/of geen sprake was van medisch-specialistische zorg die op grond van het Besluit zorgverzekering voor vergoeding in aanmerking komt.³⁹

8.1.3.3 *De begrippen rechtmatigheid en doelmatigheid: intermezzo*

Voordat ik nader inga op de inhoud van zorginkoopovereenkomsten ten aanzien van controles en de consequenties van tekortkomingen en onrechtmatige declaraties, bespreek ik hier de begrippen ‘rechtmatigheid’ en ‘doelmatigheid.’ Deze begrippen worden in het kader van controles en declaraties vaak gebruikt in bijvoorbeeld zorginkoopovereenkomsten, door de NZa en in rechterlijke uitspraken. Niet altijd is duidelijk waarop deze begrippen betrekking hebben en wat eronder moet worden verstaan. Ik noem verschillende betekenissen die aan de begrippen kunnen worden toegekend en gaaf op welke wijze ik deze begrippen interpreteer en gebruik.

In de eerste plaats kan onderscheid gemaakt worden tussen de rechtmatigheid en doelmatigheid van de besteding van middelen van de zorgverzekeraar en de rechtmatigheid en doelmatigheid van declaraties of van de geleverde zorg waarop die declaraties betrekking hebben. De rechtmatigheid en doelmatigheid van de besteding van middelen van de zorgverzekeraar ziet op de vraag of de zorgverzekeraar zijn middelen aan verzekerde zorg heeft besteed (rechtmatigheid) en of de zorgverzekeraar de middelen efficiënt heeft besteed (doelmatigheid). Bij de beoordeling van de doelmatigheid komt aan de orde of sprake is van een optimale balans tussen prijs en kwaliteit door de middelen te besteden aan de juiste zorgaanbieder(s) en juiste zorg, mede door de wijze van zorginkoop. Hieraan verwant is de vraag of de zorgverzekeraar ‘doelmatig’ functioneert. Het toezicht van de NZa is niet op de doelmatigheid en rechtmatigheid van besteding van middelen door de zorgverzekeraar gericht en evenmin op het doelmatig functioneren van zorgverzekeraars in het algemeen.⁴⁰ Zorgverzekeraars zijn wettelijk ook niet verplicht om de vereveningsbijdrage die zij ontvangen aan zorg te besteden.⁴¹

De rechtmatigheid van declaraties en van de zorg waarop die declaraties betrekking hebben, kan een ruime en een enge betekenis hebben. *In ruime zin* wordt hiermee bedoeld op de vraag of de declaratie en de zorg

39 Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739, GJ 2018/76 (*Kliniek Zuid/Zilveren Kruis*).

40 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 26; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 53, zie ook p. 56 en 71. De NZa houdt op grond van art. 16 sub b Wmg wel toezicht op de naleving van ‘de zorgplicht,’ althans op art. 11 lid 1 Zvw.

41 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 195. De vereveningsbijdrage is één van de inkomsten van de zorgverzekeraar, naast bijvoorbeeld premies en inkomsten uit beleggingen. Naast uitgaven aan zorg, doet een zorgverzekeraar bijvoorbeeld ook uitgaven voor reclaimedoeleinden. Zie over de inkomsten en uitgaven van zorgverzekeraars nader 3.2.2.

voldoen aan het bij en krachtens de wet bepaalde. Daaronder kan mijns inziens worden verstaan of de declaratie voldoet aan de tarief- en prestatie-regels, of de declaratie een prestatie betreft welke is geleverd aan een bij de zorgverzekeraar verzekerde persoon, die behoort tot het verzekerde pakket van die persoon, tot levering waarvan de zorgaanbieder bevoegd is (allen aspecten van de formele controle), alsmede of de declaratie betrekking heeft op zorg die daadwerkelijk is geleverd en of de geleverde prestatie *redelijkerwijs* was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde (aspecten materiële controle). Al deze eisen zijn bij en krachtens de wet geregeld, te weten in art. 35 Wmg, in tarief- en prestatieregels en in art. 11 Zvw en onder andere art. 2.1 Besluit zorgverzekering.⁴² Het toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zvw door de NZa ex art. 16 sub a Wmg ziet mijns inziens op deze aspecten, voor wat betreft de controle op de zorg die de zorgverzekeraar betaalt en vergoedt en diens controle van declaraties. Met *rechtmatigheid in enge zin* wordt bedoeld op voornoemde aspecten van de formele controle en op het materiële aspect of de gedeclareerde zorg daadwerkelijk is geleverd. Met *doelmatigheid* van een declaratie en de zorg waarop die betrekking heeft wordt bedoeld op de vraag of de geleverde zorg het *meest* was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde, ook wel of sprake is van ‘gepast gebruik’ van zorg.

Rechtmatigheid in enge zin en doelmatigheid van declaraties en verleende zorg sluiten op elkaar aan, zonder te overlappen. Het Protocol materiële controle ZN gebruikt het begrip rechtmatigheid in deze enge zin.⁴³ Door de begrippen zo te gebruiken wordt een onderverdeling gemaakt tussen de verschillende aspecten van declaraties die zorgverzekeraars controleren. Voor het bestuderen van de wisselwerking tussen wet en contract, alsmede voor de toezichtsbevoegdheden van de NZa, is deze onderverdeling minder bruikbaar, omdat een deel van de doelmatigheidsaspecten onder het ruime rechtmatigheidsbegrip vallen, maar niet alle. Zorgverzekeraars mogen door middel van materiële controles vaststellen of verzekerden het *meest* waren aangewezen op de aan hen geleverde zorg. Art. 2.1 Besluit zorgverzekering vereist alleen dat zij vaststellen of de verzekerde *redelijkerwijs* op de zorg was aangewezen. Alleen declaraties die niet aan deze laatste doelmatigheidseis voldoen zijn onrechtmatig in de zin dat ze niet voldoen aan het bij en krachtens de wet bepaalde. Het rechtmatigheidstoezicht van de NZa heeft ook alleen op dat laatste doelmatigheidsaspect (redelijkerwijs aangewezen) betrekking. In zijn toelichting bij een wijziging van de Regeling zorgverzekering lijkt de minister er ten onrechte van uit te gaan dat

42 Zie nader 8.2.

43 Protocol materiële controle, onderdeel van de Gedragscode Verwerking Persoongegevens Zorgverzekeraars, versie 1 augustus 2021, www.zn.nl (hierna: Protocol materiële controle ZN), par. 2 (p. 37-38).

zorgverzekeraars wettelijk verplicht zijn alle doelmatigheidsaspecten te controleren.⁴⁴

Opmerking verdient verder dat er overlap bestaat tussen de rechtmatigheid van declaraties en van de rechtmatigheid van aan de zorg besteedde middelen. Als een declaratie onrechtmatig is, zijn tevens middelen besteed aan zorg die niet tot het verzekerde pakket behoort. Hoewel de wet daartoe niet verplicht, dragen zorgverzekeraars door de rechtmatigheid – in ruime zin – van declaraties te controleren, bij aan de controle van de rechtmatige besteding van hun middelen. Voor zover het publieke middelen betreft, dragen ze zo eveneens bij aan de controle op de besteding van die middelen. In de parlementaire geschiedenis wordt dan ook op een enkele plaats opgemerkt dat zorgverzekeraars een rol hebben bij het betaalbaar houden van het zorgstelsel en het voorkomen dat kosten ten onrechte ten laste van de publieke middelen komen.⁴⁵

De inhoud van met name het rechtmatigheidsbegrip met betrekking tot declaraties en verleende zorg dient in dit hoofdstuk steeds uit de context te worden afgeleid, met name waar het een citaat of parafrasering van een andere bron betreft. Waar ik alleen ‘rechtmatigheid’ gebruik, doel ik op rechtmatigheid in ruime zin.

8.1.3.4 *Vervolg: inhoud overeenkomst, controle en sancties bij tekortkoming*

In zorginkoopovereenkomsten bedingen zorgverzekeraars het recht of de bevoegdheid controles uit te voeren en verplichten zorgaanbieders zich aan controles mee te werken, zo blijkt uit de bestudeerde contractstukken. In zorginkoopovereenkomsten maken partijen afspraken over de door zorgverzekeraars te hanteren onderzoeksmethoden (gebruik van bepaalde analyseprogramma's, van benchmarks, signalen uit het veld etc.) en wanneer zorgverzekeraars mogen overgaan tot het inzetten van een meer ingrijpend controlemiddel. Daarnaast bevatten op websites van zorgverzekeraars gepubliceerde algemene controleplannen uitgebreide overzichten van de regelgeving die van toepassing is op het controleproces en van de mogelijk te nemen controlestappen.⁴⁶ Verder houden zorginkoopovereenkomsten doorgaans bepalingen in over de maatregelen die de zorgverzekeraar neemt bij geconstateerde onrechtmatigheden, waaronder de termijnen waarbinnen hij tot terugvordering van onrechtmatige declaraties over dient te gaan en

44 Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 6, waar rechtmatigheid en doelmatigheid zonder meer worden genoemd en op p. 8: ‘Zoals aangegeven hebben zorgverzekeraars de wettelijke taak bij declaraties met voldoende mate van zekerheid te controleren of de gedeclareerde zorg is geleverd en of deze zorg het meest was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde (gepast gebruik c.q. doelmatigheid).’ Vgl. Meersma, in: *T&C Gezondheidsrecht*, art. 24 Wmg, aant. 1 (online, bijgewerkt 15 april 2022), evenwel zonder nadere duiding van de begrippen doelmatigheid en rechtmatigheid.

45 Bijv. *Kamerstukken II* 2013/14, 33980, nr. 3, p. 13. Zie nader 8.2.4.3.

46 Zie over deze algemene controleplannen nader 8.1.3.4 en 8.2.5.2.

waarbinnen de zorgaanbieder dient te reageren op het voornemen van de zorgverzekeraar declaraties terug te vorderen. Op het vlak van sancties en maatregelen heb ik in de bestudeerde contractstukken onder andere bepalingen aangetroffen inhoudende:

- het recht van de zorgverzekeraar de overeenkomst schriftelijk te beëindigen, op te zeggen en/of de betalingen aan de zorgaanbieder op te schorten als de zorgaanbieder niet meewerkt aan (in overeenstemming met de regelgeving uitgevoerde) controles;
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar op basis van de uitkomst van controles een waarschuwing op te leggen aan de zorgaanbieder, of om met de zorgaanbieder een verbeterafpraak te maken;
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar de overeenkomst schriftelijk te beëindigen c.q. op te zeggen indien sprake is van fraude of anderszins de ernst en de aard van de bij een controle geconstateerde feiten opzegging rechtvaardigen;
- het recht van de zorgverzekeraar aan de zorgaanbieder uitbetaalde declaraties terug te vorderen als sprake is van onrechtmatige of ondoelmatige declaraties, waaronder declaraties waarin incorrecte tarieven zijn toegepast, dubbel uitbetaalde declaraties en/of fraude;
- het recht van de zorgverzekeraar het bewijs van onrechtmatigheid of ondoelmatigheid van declaraties te leveren door extrapolatie van de resultaten van een steekproef;
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar tot verrekening van onterecht betaalde bedragen met nog uit te betalen bedragen;
- het verbod voor de zorgaanbieder onterecht gedeclareerde declaraties in rekening te brengen bij verzekerden of dit alleen onder voorwaarden te doen;
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar om gedurende een fraudeonderzoek zijn betalingsverplichtingen op te schorten (met betrekking tot de zorg waarvan de declaratiewijze in het fraudeproces is betrokken);
- het verlies van het recht van de zorgaanbieder op betaling in het geval van fraude;
- het recht van de zorgverzekeraar onderzoekskosten terug te vorderen van de zorgaanbieder, afhankelijk van de ernst en zwaarte van de bij een controle geconstateerde feiten (een enkele keer onder verwijzing naar art. 6:96 lid 2 sub b BW);
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar fraude te registreren in een tussen verzekeringsmaatschappijen erkend signaleringssysteem, daarvan melding te doen bij het Kenniscentrum Fraudebeheersing in de Zorg en/of de FIOD-ECD en/of aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie;
- de bevoegdheid van de zorgverzekeraar de zorgaanbieder – afhankelijk van de uitkomst van controles – uit te sluiten van een nieuwe overeenkomst in een bepaalde periode in de toekomst.⁴⁷

47 Zie ook Ekelmans 2020, p. 149-154, eveneens onder verwijzing naar algemene inkoopvoorwaarden.

Veel van deze maatregelen worden eveneens genoemd in de in 8.2.6 te bespreken Nadere regel Controle en administratie zorgverzekeraars (Nrcaz) van de NZa.⁴⁸

8.1.3.5 Inhoud overeenkomst: overige beëindigingsgronden en gevolgen

Naast de in de vorige paragrafen genoemde gronden voor beëindiging van de overeenkomst voorzien zorginkoopovereenkomsten dikwijls ook in de mogelijkheid voor een van beide partijen om de overeenkomst op te zeggen indien:

- de wederpartij kennelijk niet in staat is aan zijn financiële verplichtingen te voldoen of indien sprake is van een (naderend) faillissement of surseance van betaling;
- indien de wederpartij in een situatie van overmacht verkeert waarvan aan te nemen is dat deze langer duurt dan dertig kalenderdagen;
- indien een partij zich tegenover de wederpartij schuldig maakt aan een misdrijf, overtreding, bedreiging, dwang of fraude.

Ook wordt wel opgenomen dat de overeenkomst eindigt als de zorgverzekeraar het zorgverzekeringsbedrijf niet meer kan uitoefenen omdat een of meer noodzakelijke vergunningen in het kader van de Wet op het financieel toezicht of 'Solvency II'⁴⁹ worden ingetrokken. Aan de zorgaanbieder-beroepsbeoefenaar wordt de bevoegdheid toegekend om de overeenkomst op te zeggen bij neerlegging van zijn praktijk, met inachtneming van een bepaalde opzegtermijn. De zorgverzekeraar is dikwijls bevoegd de overeenkomst te beëindigen indien de onderneming van de zorgaanbieder wordt ontbonden of de beroepsuitoefening door de zorgaanbieder wordt beëindigd. Datzelfde geldt indien de onderneming of (een deel daarvan) aan een derde wordt overgedragen of wanneer de zeggenschapsverhouding binnen de instelling van de zorgaanbieder naar het oordeel van de zorgverzekeraar significant wijzigt door bijvoorbeeld overdracht van aandelen, omzetting, splitsing of fusie en de zorgverzekeraar hiervoor voorafgaand geen instemming heeft gegeven. Op deze meer algemene beëindigingsgronden wordt, omwille van een beperking van het onderzoek, in dit hoofdstuk niet nader ingegaan.

Doorgaans houden zorginkoopovereenkomsten een bepaling in op grond waarvan de rechten en plichten uit de overeenkomst die naar hun aard bestemd zijn om ook na het einde van deze overeenkomst voort te duren, na het einde van de overeenkomst blijven bestaan. Aangegeven

48 TH/NR-006.

49 Ik neem aan dat wordt bedoeld op de Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf en de nadere invullingen daarvan in de vorm van de Gedelegeerde Verordening Solvency II, technische standaarden en richtsnoeren.

wordt dat het onder meer verplichtingen betreffende aansprakelijkheid, geheimhouding, controle en fraude betreffen. Daarnaast komen wel bepalingen voor op grond waarvan partijen zich ertoe verbinden bij een voortijdig einde van de overeenkomst voor zover noodzakelijk in overleg te treden over de maatschappelijke gevolgen van het eindigen van de overeenkomst en de mogelijk in het geding zijnde belangen van verzekerden. De bijzonderheden die zich kunnen voordoen indien een zorgverzekeraar of zorgaanbieder failliet gaat, mede als gevolg van beëindiging van een zorginkoopovereenkomst, en de verantwoordelijkheden van partijen en derden in dat geval, vallen buiten het bestek van dit onderzoek.⁵⁰ In 8.7 wordt wel ingegaan op de uit art. 13 lid 5 Zvw voortvloeiende verplichtingen van de zorgverzekeraar bij beëindiging van een zorginkoopovereenkomst.

8.2 REGELGEVING EN CONTRACT

8.2.1 Relevante regelgeving en contractuele binding daaraan: algemeen

In zorginkoopovereenkomsten wordt gerefereerd aan diverse regelgeving op het vlak van declareren en de uitvoering van controles. De bestudeerde contractstukken verplichten zorgverzekeraars onder andere de Zvw, de Regeling zorgverzekering, de (voormalige) Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)⁵¹ en het Protocol materiële controle van Zorgverzekeraars Nederland (Protocol materiële controle ZN)⁵² in acht te nemen bij de uitvoering van controles.⁵³ De Wbp is op 25 mei 2018 ingetrokken met het van toepassing worden van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).⁵⁴

50 Zie over de rol van de overheid, ziektekostenverzekeraars en de curator bij een faillissement van een zorginstelling o.a. Meersma, Hekman & Rijken 2017.

51 Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), *Stb.* 2000/302. De Wbp vormde de implementatie van Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens van 24 oktober 1995 (de Privacyrichtlijn)).

52 Protocol materiële controle, addendum bij de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Zorgverzekeraars, versie 1 augustus 2021 (hierna Protocol materiële controle ZN).

53 In bijv. de medisch specialistische zorg wordt daarnaast verwezen naar zelfregulering waarin partijen afspraken maken over het controleproces. Deze zelfregulering wordt veelal jaarlijks aangepast. Zie bijv. het Convenant gezamenlijke aanpak controle medisch specialistische zorg 2014, de Handreiking Rechtmatigheidscontroles MSZ 2019, beiden ondertekend door NVZ, ZN en NFU en de Handreiking Rechtmatigheidscontroles MSZ 2022, gepubliceerd op www.zn.nl.

54 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG. Zie art. 99 lid 2 AVG.

Bepalingen en begrippen uit deze regelgeving zijn dikwijls letterlijk overgenomen in de bestudeerde contractstukken. Zorgverzekeraars en zorgaanbieders zullen dus dikwijls contractueel jegens elkaar gehouden zijn tot het naleven of in acht nemen van deze regelgeving. Het ligt ook in de rede dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten dat bepalingen in de overeenkomst omtrent de uitvoering van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de uitleg die aan de corresponderende regelgeving moet worden gegeven.

Het hof Amsterdam onderzocht in de zaak *Achmea c.s./Aurelia* of de door partijen gesloten zorginkoopovereenkomst betalingsverplichtingen in het leven riep voor prestaties die gedeclareerd zijn in strijd met het verbod van art. 35 lid 1 Wmg en legde daartoe de zorginkoopovereenkomst uit. Het hof nam daarbij in aanmerking dat partijen ‘opereren op een gereguleerde markt.’ Volgens het hof waren partijen zich daarvan ook bewust, zoals onder andere blijkt uit art. 1 van het op de overeenkomst van toepassing zijnde Declaratieprotocol, dat bepaalt: ‘Wetgeving, regelgeving (beleidsregels en andere regels), landelijke richtlijnen en overige bilateraal overeengekomen afspraken zijn altijd leidend.’ Art. 5 lid 4 van datzelfde Declaratieprotocol bepaalt dat de zorgverzekeraar gerechtigd is om ‘een uitbetaalde declaratie bij de zorgaanbieder terug te vorderen indien er sprake is van: Ten onrechte of foutief uitbetaalde declaraties, Incorrecte tarieven, Fraude, Dubbel uitbetaalde declaraties.’ Volgens het hof moet

‘bij de vaststelling van de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de overeenkomst mochten toekennen en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, mede betekenis [toekomen] aan het bepaalde in artikel 35 lid 1 en lid 4 Wmg.’⁵⁵

Art. 35 lid 4 Wmg bepaalt, kort gezegd, dat zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars aan het aanbieden, overeenkomen of leveren van een prestatie in strijd met de tarief- en prestatieregels geen rechten kunnen ontleen.⁵⁶ De tussen partijen gesloten zorginkoopovereenkomst moet in het licht van art. 35 lid 1 en lid 4 Wmg volgens het hof zo worden uitgelegd dat de overeenkomst geen betalingsverplichting in het leven roept voor *Achmea c.s.* jegens *Aurelia* voor prestaties die in strijd met art. 35 lid 1 Wmg gedeclareerd zijn. Betalingen voor declaraties die in strijd zijn met art. 35 lid 1 Wmg zijn volgens het hof onverschuldigd verricht.⁵⁷

Indien niet bij uitleg is vastgesteld dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders contractueel jegens elkaar gebonden zijn tot naleving van deze regelingen,

55 Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463 (*Achmea c.s./Aurelia*), r.o. 3.6.

56 Zie nader over art. 35 lid 4 Wmg in. 7.7.

57 Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463 (*Achmea c.s./Aurelia*), r.o. 3.6. De rechtbank had de vorderingen van *Achmea c.s.* op grond van onverschuldigde betaling afgewezen en op grond van toerekenbare tekortkoming deels toegewezen. De uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl. Er wordt naar verwezen door het hof in r.o. 3.2.

waardoor ze in feite tot de contractsinhoud behoren, zouden wetsbepalingen hetgeen partijen overeengekomen zijn kunnen aanvullen, of zouden wetsbepalingen en bepalingen van zelfregulering via de redelijkheid kunnen doorwerken in de overeenkomst. Of dat zo is, hangt, zoals in 7.3 is vermeld, af van de strekking van de bepaling. In 8.2.2-8.2.6 wordt van een aantal bepalingen nader onderzocht of ze zorginkoopovereenkomsten kunnen aanvullen.

Los van de zorginkoopovereenkomst publiceren zorgverzekeraars op hun websites, overeenkomstig de verplichting daartoe in art. 7.6 Regeling zorgverzekering, een 'algemeen controleplan' waarin ze de algemene risicoanalyse en het verloop van de verschillende controleprocessen of -instrumenten beschrijven die de zorgverzekeraar toe kan passen. Ook bevatten de algemene controleplannen een overzicht van regelgeving op het vlak van controles en administratie die zorgverzekeraars en zorgaanbieders in acht moeten nemen. Naast de eerder in deze paragraaf genoemde regelingen betreft het onder andere art. 35, 36 en 68a Wmg inzake het in rekening brengen en betalen van tarieven en prestaties, de administratie van geleverde prestaties en gegevensverstrekking. Daarnaast worden genoemd de Nrcaz, de normenkaders die de NZa toepast ten aanzien van de controles van declaraties van prestaties opgenomen in het Protocol Onderzoek Zvw, de AVG, Uniforme maatregelen Zorgverzekeraars Nederland (bijvoorbeeld over gegevensuitwisseling tussen zorgverzekeraars onderling) en de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Zorgverzekeraars, waarvan voornoemd Protocol materiële controle ZN onderdeel uitmaakt.

Art. 7.7 Regeling zorgverzekering verplicht zorgverzekeraars informatie over het algemene controleplan zo openbaar te maken dat die voor verzekerden gemakkelijk verkrijgbaar is. Het algemene controleplan lijkt te functioneren als een soort beleidsregels waarin de zorgverzekeraar aan verzekerden en zorgaanbieders aangeeft hoe hij zijn controlebevoegdheid zal gebruiken. In een enkel bestudeerd contractstuk is vermeld dat dit algemene controleplan onderdeel uitmaakt van de zorginkoopovereenkomst.⁵⁸ Uit de overige bestudeerde contractstukken blijkt dit niet. Behoort het algemene controleplan tot de inhoud van de overeenkomst, dan lijkt het binnen de overeenkomst het karakter van algemene voorwaarden te hebben. Indien bij uitleg van de zorginkoopovereenkomst niet blijkt dat het algemene controleplan onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, zou de zorgverzekeraar op grond van de redelijkheid en billijkheid jegens de zorgaanbieder contractueel gebonden kunnen zijn tot in achtneming van het algemene controleplan. Zo bindt de zorgverzekeraar zich dan ook aan de daarin opgenomen regels, als hij daaraan niet al op andere wijze gebonden was, bijvoorbeeld omdat de regels voortvloeien uit de wet en de overeenkomst aanvullen.

58 Art. 10 Algemene inkoopvoorwaarden a.s.r. 2019-1.

Overigens wordt er in de medisch specialistische zorg en enkele andere sectoren naar gestreefd dat declaraties steeds meer vooraf worden gecontroleerd door de betreffende zorgaanbieder, waarna zorgverzekeraars en accountants de door de zorgaanbieder opgestelde reviewrapportage beoordelen. Ook bij een dergelijke organisatie van het controleproces dienen de regels van de Regeling zorgverzekering in acht te worden genomen. Op deze ontwikkeling wordt in dit hoofdstuk daarom niet nader ingegaan.⁵⁹

De eerder in deze paragraaf genoemde regelgeving wordt hierna, in 8.2.2-8.2.6, nader in kaart gebracht en geanalyseerd, teneinde het belang ervan voor de private zorginkoopverhouding nader te kunnen duiden en te beoordelen. Van de diverse regelingen wordt aangegeven of zij rechten en verplichtingen scheppen voor de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder die de zorginkoopovereenkomst zouden kunnen aanvullen. In 8.2.4 wordt ook onderzocht in hoeverre zorgverzekeraars een wettelijke taak hebben om controles uit te voeren.

8.2.2 Zvw en Wmg

In hoofdstuk 7 is reeds betoogd dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders over het algemeen ook jegens elkaar gebonden zullen zijn tot naleving van het bij en krachtens de Zvw en Wmg geregelde inzake de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties en tarief-, prestatie- en declaratieregulering. Op grond van de Zvw en Wmg zelf zijn zorgverzekeraars echter niet verplicht tot het uitvoeren van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek. Ook geven deze wetten zelf niet aan wat de privaatrechtelijke rechtsgevolgen zijn van schending van regels uit de Zvw en Wmg bij uitvoering van zorginkoopovereenkomsten. Art. 35 lid 4 Wmg bepaalt wel dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders aan het aanbieden of leveren van een prestatie, of aan het in rekening brengen of betalen van een tarief in strijd met het eerste lid van art. 35 Wmg, geen rechten kunnen ontleen.⁶⁰ Tevens nopen een aantal bepalingen in de Zvw en Wmg zorgverzekeraars wel tot het uitvoeren van in ieder geval formele en materiële controles.⁶¹ Het betreft in de eerste plaats art. 35 Wmg, dat zorgaanbieders verbiedt prestaties en tarieven daarvoor in rekening te brengen en zorgverzekeraars

59 Een en ander geschiedt onder andere onder de noemer van 'Horizontaal Toezicht.' Zie nader bijv. de Handreiking Rechtmatigheidscontroles MSZ 2019, ondertekend door NVZ, ZN en NFU, nadien aangepast, meest recent in de Handreiking Rechtmatigheidscontroles MSZ 2022. De ontwikkeling past in breder overheidsbeleid dat ertoe aan wil zetten fouten vooraf te voorkomen in plaats van achteraf op te sporen. Zie o.a. Ministerie van VWS, *Rechtmatige zorg*, 2018 en Berenschot 2016. Zie ook horizontaaltoezichtzorg.nl (geraadpleegd 1 juni 2023).

60 Zie over art. 35 lid 4 Wmg en de inhoud van de overeenkomst par. 7.7.

61 Vgl. Leenen/Gevers e.a. 2017, p. 788. Zie nader ook 8.2.4 over het ontbreken van een wettelijke plicht tot het uitvoeren van controles.

verbiedt tarieven voor prestaties te betalen die in strijd met het bij en krachtens de Wmg geregelde zijn vastgesteld. Ten tweede zijn ingevolge art. 1 sub d Zvw alleen die ziektekostenverzekeringen zorgverzekeringen die aan het bij en krachtens de Zvw bepaalde voldoen. De verzekerde prestaties mogen het bij en krachtens de wet geregelde niet te boven gaan. Het is voor het aanbieden en uitvoeren van deze zorgverzekeringen dat de zorgverzekeraar aanspraak maakt op een vereveningsbijdrage.⁶² Tot het verzekerde pakket behoort ex art. 10 en 11 lid 3 Zvw jo. 2.1 Besluit zorgverzekering alleen de in het Besluit omschreven zorg, waarbij de inhoud en omvang van de zorg of diensten mede wordt bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk, een en ander alleen voor zover de verzekerde naar inhoud en omvang redelijkerwijs op de zorg is aangewezen.⁶³ Een zorgverzekeraar zal, om vast te kunnen stellen dat hij in overeenstemming met voornoemde regelingen heeft gehandeld, moeten controleren of de bij hem in rekening gebrachte prestatie is geleverd aan zijn verzekerde, of de prestatie behoort tot het verzekerde pakket van die verzekerde, of de verzekerde naar inhoud en omvang redelijkerwijs op de prestatie was aangewezen en of de prestatieomschrijving en het tarief overeenstemmen met het bij en krachtens de Wmg bepaalde.⁶⁴ De zorgverzekeraar controleert daarbij tevens of de zorgaanbieder de overeenkomst correct is nagekomen, ervan uitgaande dat de zorginkoopovereenkomst inhoudt dat de zorgaanbieder aan verzekerden van de zorgverzekeraar alleen verzekerde zorg verleent en dat hij die zorg volgens de – met tarief- en prestatieregulering van de NZa corresponderende – contractueel overeengekomen prestaties en tarieven declareert.

Nogmaals⁶⁵ wijs ik er hier wel op dat het begrip ‘materiële controle’ zoals dat in de Regeling zorgverzekering is opgenomen, ruimer is dan gezien de inhoud van het Besluit zorgverzekering noodzakelijk is. De materiële controle lijkt zo ook te kunnen zien op andere, door de zorgverzekeraar contractueel bedongen, doelmatigheidsaspecten dan het louter *redelijkerwijs* aangewezen zijn van de verzekerde op de betreffende zorg. De Zvw en Wmg zelf verplichten zorgverzekeraars niet tot het controleren van de naleving van die andere doelmatigheidsafspraken. Zoals hierna in 8.2.6 besproken, verplicht de NZa zorgverzekeraars daartoe wel bij lagere regelgeving.

Zoals aan het begin van deze paragraaf vermeld, verplichten de Zvw en Wmg zorgverzekeraars niet tot het uitvoeren van fraudeonderzoek.⁶⁶ De vaststelling dat sprake is van fraude, vergt naast het aantonen van onrechtmatigheid ook het aantonen van opzet. De Zvw en Wmg bieden wel de

62 Art. 32 lid 1 jo. 25 jo. 1 sub d Zvw.

63 Zie over deze regelgeving nader 2.2.

64 Vgl. Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 5. Zie eerder ook: toelichting Regeling zorgverzekering *Stcrt.* 2005, 249, p. 5.

65 Zie 8.1.3.2-8.1.3.3.

66 Vgl. o.a. toelichting Regeling zorgverzekering *Stcrt.* 2005, 249, p. 5.

grondslag voor nadere regels omtrent fraudeonderzoek, met name ten aanzien van de gegevensuitwisseling die bij dat onderzoek kan plaatsvinden. Op deze nadere regels wordt in de volgende paragrafen verder ingegaan.

8.2.3 Lagere regelgeving: grondslag en achtergrond

In de Regeling zorgverzekering, de Nrcaz en het Accountantsprotocol⁶⁷ worden regels gegeven over de uitvoering van formele en materiële controles en fraudeonderzoek. De achtergrond van deze regels is driedelig, waarbij deze drie poten deels met elkaar verstrengeld zijn. Ten eerste hebben zorgverzekeraars persoonsgegevens en medische gegevens van verzekerden nodig om de rechtmatigheid en doelmatigheid van declaraties te controleren. Vanwege het recht op privacy van de verzekerde en het daarmee verband houdende medisch beroepsgeheim van de zorgaanbieder, mag de zorgaanbieder gegevens van de verzekerde alleen verstrekken aan de zorgverzekeraar met toestemming van de verzekerde of indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht.⁶⁸ Art. 87 lid 1 Zvw en 68a Wmg verplichten zorgaanbieders de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de zorgverzekering of de Zorgverzekeringswet aan de zorgverzekeraar waarmee zij een overeenkomst hebben gesloten op grond waarvan ze de kosten rechtstreeks bij de zorgverzekeraar in rekening brengen. Dit kan zowel een zorginkoopovereenkomst als een betaalovereenkomst zijn. Art. 87 lid 6 sub 4 Zvw en 68a lid 4 sub 4 Wmg bieden de mogelijkheid bij ministeriële regeling regels te stellen omtrent de verstrekking en het gebruik van gegevens ten behoeve van controles en fraudeonderzoek. Vooral in de Regeling zorgverzekering is nader invulling gegeven aan de voorwaarden waaronder zorgaanbieders aan zorgverzekeraars gegevens dienen te verstrekken. Hoewel ze niet specifiek gericht zijn op de contractuele verhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder, zien de regels uit Hoofdstuk 7 van de Regeling zorgverzekering daar feitelijk wel (mede) op. Dat geldt in het bijzonder voor het bij en krachtens art. 87 lid 1 Zvw en 68a Wmg bepaalde over het verstrekken van gegevens door de zorgaanbieder aan de zorgverzekeraar waarmee hij een overeenkomst heeft gesloten. Deze regels bepalen zo mede de juridische mogelijkheden voor de zorgverzekeraar tot vaststelling van een tekortkoming aan de zijde van de zorgaanbieder in de nakoming van de zorginkoopovereenkomst.

Ten tweede faciliteren regels over administratie van uitgevoerde controles en fraudeonderzoek de toezichthoudende taak van de NZa. De NZa is op grond van art. 16 sub b Wmg belast met toezicht op de recht-

67 NZa Accountantsprotocol: Verantwoordingen Zvw met accountantsproduct, vanaf oplevering 2020.

68 Art. 7:457 lid 1 BW, specifiek voor de behandelingsovereenkomst. Zie in algemene zin de en het recht op privéleven in bijv. art. 8 EVRM. Zie nader o.a. Citeur & Rijken 2013, p. 750-754.

matige uitvoering door zorgverzekeraars van het bij en krachtens de Zvw geregelde. Onderdeel daarvan is het toezien op de juistheid van de door de zorgverzekeraars aangeleverde verantwoordingen voor de risicoverevening.⁶⁹ Bij deze toezichthoudende taak maakt de NZa zo veel mogelijk gebruik van de resultaten van door anderen verrichte controles, waaronder zorgverzekeraars.⁷⁰ Daarnaast is de NZa op grond van art. 16 sub a en Hoofdstuk 6 Wmg belast met tarief- en prestatieregulering, toezicht op de naleving en de handhaving daarvan. Als zorgverzekeraars geen controles uitvoeren en daarvan geen verslag doen, kan de NZa moeilijk vaststellen dat de zorgverzekeraar de Zvw rechtmatig heeft uitgevoerd, correcte opgaven doet ten behoeve van de risicoverevening en de prestatieregulering in acht heeft genomen.⁷¹ Art. 36 lid 1 Wmg gebiedt zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars een administratie te voeren 'waaruit in ieder geval de overeengekomen en geleverde prestaties blijken, alsmede wanneer die prestaties zijn geleverd, aan welke patiënt onderscheidenlijk aan welke verzekerde die prestaties door een zorgaanbieder zijn geleverd, de daarvoor in rekening gebrachte tarieven en de in verband daarmee ontvangen of verrichte betalingen of vergoedingen aan derden.' Op grond van art. 36 lid 3 Wmg kan de NZa nadere regels stellen aan de administratie van zorgverzekeraars ten behoeve van het voorkomen van fraude. Voorts moeten zorgverzekeraars jaarlijks een uitvoeringsverslag aanleveren bij de NZa, het Zorginstituut en het CAK.⁷² Art. 27 lid 1 Wmg biedt de NZa een grondslag voor het stellen van regels 'met betrekking tot de controle door zorgverzekeraars' en met betrekking tot voornoemd uitvoeringsverslag – in de Wmg 'accountantsverslag' genoemd – en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek. De in 8.2.6 nader te bespreken Nrcaz is gebaseerd op art. 27, 36 en 68 Wmg, het daar eveneens besproken Accountantsprotocol op art. 27 Wmg. De Nrcaz en het Accountantsprotocol zijn van minder groot belang voor de zorginkoopovereenkomst dan de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN.

Ik bespreek de lagere regelgeving en de relevantie ervan voor de zorginkoopovereenkomst in 8.2.5 en 8.2.6 nader. In 8.2.4 wordt eerst de derde ratio voor regulering van controles en fraudeonderzoek toegelicht.

69 Zie ook p. 8-9 toelichting bij de Nrcaz (TH/NR-006). Rechtmatige uitvoering van de Zvw impliceert dat zorgverzekeraars alleen een vereveningsbijdrage ontvangen voor kosten die zij voor zorg die onder de Zvw valt hebben gemaakt.

70 Zie art. 25 lid 1 en 2 Wmg.

71 Vgl. toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 6.

72 Art. 38 Zvw. Zie nader NZa, Informatiemodel Uitvoeringsverslag (UV) Zvw voor onbepaalde tijd, 1 januari 2018.

8.2.4 Vervolg: een wettelijke plicht of taak; de aangifteplicht

8.2.4.1 Inleiding

De regeling voor de verstrekking en het gebruik van gegevens en de doorbreking van het medisch beroepsgeheim is er, zoals in de 8.2.1-8.2.3 al aangegeven, niet voor niets. Zonder deze gegevens kan de zorgverzekeraar niet controleren of de door de zorgaanbieder verleende zorg en declaratie ervan wel voldoen aan het bij en krachtens de wet en in de zorginkoop-overeenkomst bepaalde. De derde – en mijns inziens uiteindelijk belangrijkste – ratio voor nadere regulering van de processen van controles en fraudeonderzoek is daarom de rol die zorgverzekeraars door de wetgever in formele zin en lagere regelgevers wordt toegedicht ten aanzien van het betaalbaar houden van het zorgstelsel, het voorkomen van onnodige hoge kosten en het (indirect) ten laste komen daarvan van verzekerden en van de publieke middelen. Uit de in 8.3-8.6 te bespreken rechtspraak blijkt dat burgerlijke rechters in hun uitspraken in procedures tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders over controles, fraudeonderzoek en aan de uitkomsten daarvan verbonden consequenties dikwijls refereren aan de verplichting van zorgverzekeraars om controles uit te voeren, de wettelijke taak die zij ter zake hebben, en/of de algemene of maatschappelijke belangen die met de controle van declaraties zijn gemoeid. Mede in dat licht kennen zij bij de toepassing van leerstukken als wanprestatie, onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad betekenis toe aan de besproken regelgeving. Het betreft vooral lagere rechtspraak, waarin meestal niet aan de wetsgeschiedenis gerefereerd wordt. Teneinde deze rechtspraak beter te kunnen plaatsen, wordt hier aan de hand van de parlementaire geschiedenis ingegaan op de rol die de zorgverzekeraar volgens de wetgever heeft bij controles en fraudeonderzoek, de daarmee verbonden maatschappelijke en publieke belangen en de aanwezigheid van een wettelijke plicht of taak.

8.2.4.2 Rol van de zorgverzekeraar, maatschappelijk belang

De rol die zorgverzekeraars door middel van de uitvoering van controles en fraudeonderzoek volgens de wetgever hebben bij het betaalbaar houden van het zorgstelsel en voorkomen dat kosten onnodig (indirect) ten laste komen van verzekerden en publieke middelen, volgt niet alleen uit de (toelichting bij) de hierna te bespreken Regeling zorgverzekering en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving in de zorg,⁷³ maar ligt ook in het zorgverzekeringstelsel besloten door regulering van het verzekerde pakket, de

73 Wetsvoorstel wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met het verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving (*Kamerstukken* 33980).

voorwaarden voor de zorgverzekeraar om in aanmerking te komen voor risicoverevening en de mogelijkheid van tarief- en prestatieregulering door de NZa.⁷⁴

Zo staat in de toelichting bij een wijziging van de Regeling zorgverzekering, onder de subkop 'Korte beschrijving politieke context en wettelijke taken verzekeraars' dat de overheid bij het wettelijk verzekeringssysteem zoals vormgegeven bij en krachtens de Zvw uitgaat van het 'basisprincipe' dat er een strikte relatie is

'tussen de prestatie waarop de individuele verzekerde gelet op zijn gezondheidstoestand is aangewezen, de prestatie waarvoor de individuele verzekerde bij of krachtens de Zvw is verzekerd, de aan deze door een zorgaanbieder geleverde prestatie, het in verband met die prestatie in rekening gebrachte tarief en het door de verzekeraar aan de zorgaanbieder te betalen of aan de individuele verzekerde te vergoeden bedrag voor de kosten van die prestatie. De verzekeraar moet kunnen vaststellen dat die strikte relatie er is, inclusief of de behandeling gelet op de gezondheidstoestand van de verzekerde het meest aangewezen was.'⁷⁵

In de toelichting wordt nadien uiteengezet dat de zorgverzekeraar zonder formele en materiële controles uit te voeren de hiervoor bedoelde relatie niet kan controleren en dat de NZa dan ook niet kan vaststellen dat de zorgverzekeraar aan zijn verplichtingen op grond van de Zvw en de zorgpolis heeft voldaan. In de toelichting staat vervolgens:

'De zorgverzekeraar kan natuurlijk alleen *verantwoordelijk* worden gehouden voor de uitvoering van zorgverzekering en Zvw als de zorgverzekeraar over voldoende instrumenten en informatie beschikt om die verantwoordelijkheid ook waar te kunnen maken. (...) Ingevolge de voor de verzekeraar geldende wet- en regelgeving is deze gehouden te controleren op zowel rechtmatigheid

74 Zie over de Zvw en Wmg hiervoor, in 8.2.2. Naast de in de hoofdtekst van deze paragraaf geciteerde bronnen kan ook gewezen worden op bijv. *Kamerstukken* 2014/15, Aankomst handelingen, 2000, p. 2 (Vragen van het lid Bruins Slot (CDA) aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over psychiaters en psychotherapeuten die weigeren contracten te tekenen met zorgverzekeraars, ingezonden 11 maart 2015. In haar antwoord (ontvangen 20 april 2015) schrijft minister Schippers (Volksgezondheid, Welzijn en Sport): 'De zorgverzekeraar heeft de wettelijke taak te controleren of de gedeclareerde behandeling voldoet aan de stand van wetenschap en praktijk en of deze het meest was aangewezen gelet op de stand van de gezondheid van de patiënt (zorgvraag). Dat is een van de vereisten voor een behandeling om rechtmatig gedeclareerd te worden'; Zorgvuldig Advies 2016, p. 9: 'Zorgverzekeraars hebben – vanuit hun rol en verantwoordelijkheid in het zorgstelsel – de wettelijke plicht om de rechtmatigheid van in rekening gebrachte zorg te controleren.'; Convenant ketenprocessen medisch specialistische zorg, versie 1.0, december 2011, p. 1 (NVZ, NFUMC, ZN). 'Overwegende dat (...) Zorgverzekeraars zowel een wettelijke als maatschappelijke verplichting hebben om declaraties van zorgaanbieders op juist- en rechtmatigheid alsmede doelmatigheid te controleren.'

75 Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 5.

als op doelmatigheid van behandelingen die voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de zorgverzekering (art. 7.5 Rzv; zie ook Stcrt. 2010, nr. 10581).⁷⁶ [*cursivering HtO*]

En verderop:

‘De noodzaak van adequate controles is hierbij niet alleen ingegeven vanuit de wettelijke verplichting van deze controles maar betreft met name ook een noodzaak vanuit het maatschappelijk belang om een toekomstbestendig (betaalbaar) zorgstelsel te waarborgen. Dat kan enkel door binnen het politiek gekozen verzekeringsstelsel het hierboven geschetst basisprincipe te handhaven.’⁷⁷

Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving in de zorg blijkt dat formele en materiële controles niet alleen dienen ter controle van aanwezigheid van de hiervoor weergegeven strikte relatie tussen tarief, prestatie en declaratie, maar ook ter bescherming van de maatschappelijke belangen van ‘de juiste besteding van premiemiddelen en het tegengaan van onnodig hoge zorgkosten’ en ‘de handhaving van de rechten van de verzekerden op grond van de verzekeringsovereenkomsten.’ Bij dat laatste kan gedacht worden aan ‘het verkrijgen van de zorg door verzekerden waarop ze op grond van de verzekering recht hebben en het voorkomen van onnodig hoge eigen risico’s, eigen bijdragen en verzekeringspremies.’⁷⁸ Tevens wordt genoemd dat zij voorzien: ‘in de dringende maatschappelijke behoefte aan een betrouwbaar beeld van de uitvoering van ziektekostenverzekeringen en de besteding van publieke (premie)middelen’⁷⁹ en meer in algemene zin dat ‘[f]raude, misbruik en ongewenst gebruik (...) de solidariteit [ondermijnen] waarop ons zorgstelsel is gebaseerd en (...) afbreuk [doen] aan de publieke belangen die we met ons zorgstelsel willen borgen.’⁸⁰ Hoewel de minister het wetsvoorstel aan het einde van de behandeling in de Eerste Kamer heeft ingetrokken, vanwege bezwaren tegen de uitwerking van een aantal erin opgenomen regelingen zoals de onafhankelijke positie van de medisch adviseur bij controles, illustreren de aangehaalde passages uit de

76 Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, Stcrt. 2013, 30961, p. 5-6.

77 Toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, Stcrt. 2013, 30961, p. 5-6. Verderop, op p. 6 is vermeld dat de regeling in art. 7.5 t/m 7.9 Regeling zorgverzekering volop waarborgen biedt voor een zorgvuldige en stapsgewijze controle, waarbij de bescherming van medische persoonsgegevens zo veel mogelijk is gewaarborgd. Vgl. ook de toelichting bij de regeling houdende wijziging van de Regeling zorgverzekering met het oog op materiële controle door zorgverzekeraar, Stcrt. 2010, 10581, p. 6: ‘Ik vind het van groot belang dat verzekeraars toezicht kunnen uitoefenen op uitgaven voor verzekerde zorg en dat daarbij een zorgvuldige omgang met de persoonsgegevens van verzekerden gewaarborgd is.’

78 Kamerstukken II 2013/14, 33980, nr. 3, p. 13.

79 Kamerstukken II 2013/14, 33980, nr. 3, p. 12.

80 Kamerstukken II 2013/14, 33980, nr. 3, p. 2.

parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel wel hoe de regering de rol van de zorgverzekeraar ziet ten aanzien van formele en materiële controles en fraudeonderzoek.⁸¹ Omschreven wordt dat het zorgstelsel enerzijds wordt vormgegeven door wettelijke bepalingen en anderzijds door privaatrechtelijke overeenkomsten tussen zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde/patiënt. Gewezen wordt op het belang dat deze partijen 'in staat worden gesteld de nakoming en naleving van die overeenkomsten te controleren en te handhaven.'⁸²

8.2.4.3 *Verboden en verplichtingen, wettelijke taak*

De hiervoor geschetste rol van de zorgverzekeraar ligt, zoals reeds aangegeven, in het stelsel besloten en komt tot uitdrukking in de parlementaire geschiedenis. Een verplichting voor zorgverzekeraars om de rechtmatigheid van declaraties van zorgaanbieders (en verzekerden) te controleren, vast te stellen en fraudeonderzoek uit te voeren is echter alleen expliciet opgenomen in de Nrcz.⁸³ De strekking van die verplichting is, zoals nader wordt uiteengezet in 8.2.6, niet dat zorgverzekeraars elke declaratie op juistheid controleren. Ook in art. 7.4 Regeling zorgverzekering valt een verplichting tot het uitvoeren van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek te lezen, maar ik denk dat de bepaling zo niet bedoeld is (zie nader 8.2.5.2). Zoals uiteengezet in 8.2.2 verplichten de Wmg en Zvw zelf zorgverzekeraars niet tot het uitvoeren van controles en fraudeonderzoek.⁸⁴ Deze wetten verplichten zorgverzekeraars wel (alleen) de verzekerde prestaties te leveren of vergoeden en verbieden zorgverzekeraars in strijd met tarief- en prestatieregulering te handelen. Om zich ervan te vergewissen dat ze dat doen, zullen ze declaraties moeten controleren. Het verrichten van fraudeonderzoek is daarbij niet nodig. Fraudeonderzoek gaat verder dan controle op rechtmatigheid omdat het tevens is gericht op het aantonen van opzet. Het uitvoeren van fraudeonderzoek past wel bij de hierna te bespreken aangifteplicht die op grond van het Besluit in de zin van art. 162 lid 4 Sv op zorgverzekeraars rust en de daaraan ten grondslag liggende gedachte dat het kennelijk tot de wettelijke taken van zorgverzekeraars behoort fraudeonderzoek te verrichten. Daarnaast maakt fraudeonderzoek volgens de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap

81 Het wetsvoorstel is op 13 september 2016 door de Tweede Kamer aangenomen. Na behandeling in de Eerste Kamer heeft de minister het wetsvoorstel op 13 mei 2019 ingetrokken. De minister is voornemens een aangepast wetsvoorstel in te dienen. *Kamerstukken I* 2018/19, 33980, K (brief van de minister); *Kamerstukken II* 2019/20, 33980, nr. 32 (brief van de minister).

82 *Kamerstukken II* 2013/14, 33980, nr. 3, p. 2.

83 Art. 4 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

84 Vgl. toelichting Regeling zorgverzekering *Stcrt.* 2005, 249, p. 5 met betrekking tot fraudeonderzoek: 'Fraudeonderzoek kan worden onderscheiden als zelfstandige activiteit of als een bijproduct van formele en materiële controles die in eerste aanleg ten behoeve van de andere in artikel 7.1 genoemde doelen zijn verricht.'

integraal onderdeel uit van de bedrijfsvoering van een zorgverzekeraar.⁸⁵ Volgens het Protocol materiële controle ZN is het eveneens een 'maatschappelijke verantwoordelijkheid' van de zorgverzekeraar een actief fraudebeleid te voeren, opdat 'kostbare financiële middelen daadwerkelijk aan zorg worden besteed, en niet wegvloeien naar fraudeurs.' Daarnaast wordt in het Protocol gewezen op het belang van het laag houden van de premie (niet kunstmatig verhogen), de integriteit van de zorgverzekeringsbranche en solidariteit.⁸⁶

8.2.4.4 *Vervolg: aangifteplicht voor ambtsmisdrijven*

Uit de bespreking van regelgeving in 8.2.2 en hierna in 8.2.5 en 8.2.6 blijkt dat aan zorgverzekeraars geen openbaar gezag wordt toegekend, zoals bedoeld in art. 1 sub b Awb, in het bij en krachtens de Zvw en Wmg bepaalde, ten aanzien van de vaststelling van de juistheid van declaraties. Op zorgverzekeraars rust echter wel een aangifteplicht voor ambtsmisdrijven, omdat zij volgens de regering met een overheidstaak zijn belast. De dialoog tussen de regering en de Raad van State ten aanzien van de toevoeging van zorgverzekeraars aan het Besluit ex art. 162 Wetboek van Strafvordering (Sv) illustreert evenwel de onduidelijkheid van het al dan niet aan zorgverzekeraars opgedragen zijn van een wettelijke taak of overheidstaak, in de zin van art. 162 lid 4 Sv, tot het verrichten van controles en fraudeonderzoek.⁸⁷ Op grond van het Besluit ex art. 162 Sv rust op zorgverzekeraars een aangifteplicht voor ambtsmisdrijven en misdrijven waarbij inbreuk op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen.⁸⁸ Een aangifteplicht voor deze misdrijven rust op grond van art. 162 lid 1 Sv op openbare colleges en ambtenaren die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van het misdrijf en kan op grond van art. 162 lid 4 Sv bij amvb eveneens worden opgelegd aan rechtspersonen 'wier taken en bevoegdheden zijn omschreven bij of krachtens de wet.' In de nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel tot Herziening van art. 162 Sv licht de minister van Justitie toe dat lid 1 en lid 4 zien op 'alle colleges die door of vanwege de wetgever zijn ingesteld en die in het publieke belang werkzaam zijn.' In een besluit als bedoeld in lid 4 kan in geval van twijfel duidelijkheid worden geschapen. Voor opname van een rechtspersoon in het Besluit is vereist dat de rechtspersoon met de uitvoering van een overheidstaak is belast, waarbij mede van belang is of de werkzaamheden al dan niet uit

85 Art. 2.5.3 Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap. Art. 2.5 lijkt evenwel vooral betrekking te hebben op het voorkomen van fraude door verzekerden.

86 Protocol materiële controle ZN, par. 3.3.

87 *Stb.* 2014, 465 (Besluit van 25 november 2014 tot wijziging van het Besluit van 31 maart 1987 in verband met verduidelijking aangifteplicht zorgfraude). Het besluit is laatst gewijzigd bij *Stb.* 2015, 231.

88 Art. 162 lid 4 jo. lid 1 Sv.

openbare middelen worden bekostigd.⁸⁹ Volgens de regering voldoen zorgverzekeraars aan deze criteria. Dat zou blijken uit de verzekeringsplicht in art. 2 lid 1 Zvw. Het feit dat een zorgverzekering een privaatrechtelijke schadeverzekeringsovereenkomst is, doet volgens de regering niets af aan de wettelijke taak. De regering voegt toe: 'De formele wetgever rekent de zorgverzekeraars tot de rechtspersonen die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen.'⁹⁰

De Raad van State merkte in zijn advies bij het ontwerpbesluit op dat het de Afdeling onvoldoende duidelijk is wat de reden is zorgverzekeraars toe te voegen aan het Besluit en adviseerde het voorstel op dit punt dragend te adviseren en zo nodig aan te passen. De afdeling becommentarieerde:

'Een belangrijk criterium voor aanwijzing krachtens het vierde lid is, dat de rechtspersoon of het orgaan van de rechtspersoon met de uitvoering van een overheidstaak moet zijn belast. Bij de vormgeving van de Zorgverzekeringswet heeft de regering, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, gekozen voor een privaatrechtelijke vormgeving gepaard met sterke publieke randvoorwaarden. (...) De Afdeling merkt op dat de verplichting om te voldoen aan publiekrechtelijke randvoorwaarden niet, althans niet zonder meer op één lijn is te plaatsen met bij de wet omschreven taken en bevoegdheden, zoals bedoeld in artikel 162, vierde lid, Sv. In dat verband wijst de Afdeling op de Nota van Toelichting bij het Aanpassingsbesluit Zorgverzekeringswet, waarin de regering over het opnemen van de zorgverzekeraars in het Besluit onder meer het volgende overwoog: "De ziekenfondsen, die waren aangewezen in hun hoedanigheid van bestuursorganen in het kader van de Zfw, bestaan niet langer en zijn daarom geschrapt. Er is geen aanleiding de aangifteplicht op te leggen [aan] de zorgverzekeraars die bij het uitvoeren van de Zvw geen bestuursorgaan zijn."⁹¹

De regering herhaalt in haar reactie haar visie dat zorgverzekeraars wel met de uitvoering van een overheidstaak zijn belast. Ze motiveert de toevoeging aan het besluit door te stellen dat de algemene aangiftebevoegdheid van art. 161 Sv niet volstaat voor zorgverzekeraars, 'gezien hun centrale rol bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet.' 'Die verantwoordelijkheid wordt naar het oordeel van de regering sterker gearticuleerd door te voorzien in een aangifteverplichting.' Daarbij wijst de regering op 'de relatief magere resultaten bij de aanpak van zorgfraude, welke fraude de 'solidariteit [ondermijnt] waarop het Nederlandse zorgstelsel is gebaseerd en [...] afbreuk [doet] aan de publieke belangen die met dat stelsel moeten worden geborgd,' en het feit 'dat zorgverzekeraars niet automatisch veel inzet plegen om materiële controles en fraudeonderzoeken te doen.'⁹²

89 *Kamerstukken II* 1984/85, 18054, nr. 11 (NEV II), p. 2.

90 *Stb.* 2014, 465, p. 3-4.

91 *Stcrt.* 2014, 35128, p. 1-2.

92 *Stcrt.* 2014, 35128, p. 2-3.

Ik ben het met de Raad van State eens dat zorgverzekeraars naar de letter van art. 162 lid 4 Sv geen rechtspersonen zijn ‘wier taken en bevoegdheden zijn omschreven bij of krachtens de wet.’ Dat is het gevolg van de wens het zorgverzekeraarschap open te stellen voor iedere schadeverzekeraar die aan de wettelijke eisen voldoet, opdat zij met elkaar kunnen concurreren. Aan zorgverzekeraars worden op grond van de wet geen taken en publiekrechtelijke bevoegdheden opgedragen. Op zorgverzekeraars rusten bepaalde verplichtingen en zij hebben bepaalde rechten, bijvoorbeeld op de vereveningsbijdrage. Het wettelijk systeem is daarbij zo vormgegeven dat zorgverzekeraars ertoe geprikkeld zouden moeten worden met de naleving van die verplichtingen en het aanspraak maken op hun rechten feitelijk een bepaalde publieke taak vervullen. Het is dus de bedoeling van de wetgever dat zij een publieke taak vervullen, maar die wordt hen niet opgedragen.

8.2.4.5 Rol van de zorgaanbieder

Het voorgaande richtte zich op de rol van de zorgverzekeraar. Op zijn rol ligt in de parlementaire geschiedenis de nadruk, gezien zijn regisseursrol in het zorgstelsel. Het zal feitelijk ook de zorgverzekeraar zijn die declaraties terugvordert. Opmerking verdient wel dat ook het handelen van zorgaanbieders bij het declareren van zorg aan maatschappelijke belangen raakt. Art. 35 lid 1 Wmg richt zich dan ook tot de zorgaanbieder. Ook op enkele andere plaatsen wordt op de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieders ten aanzien van hun declaratiegedrag gewezen. Zo staat in het Convenant gezamenlijke aanpak controles medisch specialistische zorg dat ziekenhuizen een wettelijke en maatschappelijke verplichting hebben declaraties op juistheid, rechtmatigheid en doelmatigheid te controleren alvorens ze aan zorgverzekeraars voor te leggen en dat zij met zorgverzekeraars ‘een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van de betaalbaarheid van de zorg door het inkopen en leveren van doelmatige en gepaste zorg.’⁹³ Deze rol van de zorgaanbieder, die tot uitdrukking komt in het verbod in art. 35 lid 1 Wmg en in zekere zin ook in de medewerkingsplicht in de Regeling zorgverzekering, kan in civiele procedures eveneens van betekenis zijn. Zie nader 8.3-8.6.⁹⁴

93 Zie in deze zin bijv. Convenant gezamenlijke aanpak controles medisch specialistische zorg (MSZ) 2014, p. 1 (in de considerans).

94 Overigens rust op grond van art. 38 Wmg op zorgaanbieders de verplichting hun patiënten tijdig en zorgvuldig te informeren omtrent het voor de prestatie in rekening te brengen tarief en om informatie openbaar te maken over de eigenschappen van de door hen aangeboden producten en diensten op een zodanige wijze dat deze gegevens voor consumenten gemakkelijk vergelijkbaar zijn. Deze bepaling dient er met name toe verzekeren in staat te stellen tussen zorgaanbieders te kiezen en niet zozeer om controle op declaraties achteraf door verzekeren te faciliteren. *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 62-63.

8.2.5 De Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle

8.2.5.1 Algemeen

De Regeling zorgverzekering regelt in het zevende hoofdstuk, getiteld 'Persoonsgegevens' wanneer zorgverzekeraars persoonsgegevens mogen gebruiken ten behoeve van onder andere controles en fraudeonderzoek en aan welke eisen de controle en het fraudeonderzoek moeten voldoen. Bij de invoering van de Zvw in 2006 verwees art. 7.4 Regeling zorgverzekering voor de eisen waaraan materiële controles moeten voldoen naar de gedragscode.⁹⁵ Van toepassing was destijds de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen, waaronder mede begrepen het daarbij behorende Addendum met het protocol materiële controle, opgesteld door Zorgverzekeraars Nederland. Met ingang van 1 juli 2010 zijn deze eisen in de Regeling zorgverzekering zelf opgenomen en houdt het – intussen aangepaste – door ZN opgestelde Protocol materiële controle ZN zelfregulering in.⁹⁶ In het Protocol materiële controle ZN geven zorgverzekeraars aan hoe zij, op uniforme wijze, nadere invulling zullen geven aan de regels uit de Regeling zorgverzekering.⁹⁷ De Regeling zorgverzekering ziet sindsdien ook niet alleen op materiële controles, maar kent daarnaast ook regels voor formele controles, fraudeonderzoeken en detailcontroles die van beide eerstgenoemde onderzoeken onderdeel kunnen uitmaken. De afgelopen jaren is voor de bestuursrechter geprocedeerd over de verenigbaarheid van (een oudere versie van) het Protocol materiële controle ZN en de werkwijze die zorgverzekeraars volgen bij het uitvoeren van controles met de toenmalige Wet bescherming persoonsgegevens en art. 8 EVRM en over het niet handhavend optreden door de Autoriteit Persoonsgegevens jegens zorgverzekeraars.⁹⁸ Op deze discussie zal ik hier niet nader ingaan. Ik beperk mij in dit hoofdstuk tot de doorwerking in de overeenkomst van de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN en de civielrechtelijke consequenties van het niet voldoen van een controleprocedure aan deze Regeling en het Protocol.⁹⁹

95 *Stcrt.* 2005, 249.

96 Toelichting bij de regeling houdende wijziging van de Regeling zorgverzekering met het oog op materiële controle door zorgverzekeraar, *Stcrt.* 2010, 10581, par. 7.

97 Protocol materiële controle ZN, par. 3.1.

98 Rb. Amsterdam 13 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7480, RZA 2013/38 (*KDVP/CPB*); Rb. Midden-Nederland (tussenvonnis) 7 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3421, RZA 2017/11 (*Vrijbit/AP*); Rb. Midden-Nederland, 23 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3448 (*Vrijbit/AP*). Zie over de verhouding van de Regeling zorgverzekering tot o.a. de Wbp en art. 8 EVRM ook de toelichtingen bij (regelingen tot wijziging van) de Regeling zorgverzekering (*Stcrt.* 2013, 30961 en *Stcrt.* 2010, 10581).

99 Een enkele keer beriep een zorgaanbieder zich wel direct op strijd van de controleprocedure met de Wbp, bijv. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, *GJ* 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*).

8.2.5.2 De Regeling zorgverzekering

De Regeling zorgverzekering regelt de gegevensvertrekking en het controleproces voor de onderlinge verhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder – verzekerde door hen verplichtingen op te leggen en te bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden de zorgverzekeraar materiële controles en fraudeonderzoek mag uitvoeren. De regeling geldt ongeacht of de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder een overeenkomst hebben gesloten en bevat zo gezien dus geen ‘contractenrecht.’ De verplichting voor de zorgaanbieder om gegevens te verstrekken ziet op grond van art. 7.3 lid 1 sub a Regeling zorgverzekering evenwel expliciet op het geval dat de zorgaanbieder het tarief voor de geleverde prestatie krachtens een door hem met de zorgverzekeraar gesloten overeenkomst rechtstreeks bij die zorgverzekeraar in rekening brengt. De Regeling strekt er mijns inziens in ieder geval voor deze situatie wel toe zorginkoopovereenkomsten aan te vullen, in de zin van art. 6:248 lid 1 BW.¹⁰⁰ De Regeling zorgverzekering bepaalt dwingend aan welke eisen voldaan moet zijn voordat de zorgaanbieder bepaalde gegevens ter beschikking moet stellen en mee moet werken aan verdergaande controles. De regels stellen aldus in feite ook dwingende grenzen aan het proces dat de zorgverzekeraar in veel gevallen dient te doorlopen om met succes op declaraties uitbetaalde gelden terug te kunnen vorderen van de zorgaanbieder of te verrekenen met nog openstaande declaraties op grond van wanprestatie, onverschuldigde betaling, of onrechtmatige daad. De regels verplichten de zorgaanbieder tevens tot medewerking aan dit proces, door onder andere gegevens te verstrekken.

Ik bespreek de inhoud van de Regeling zorgverzekeraar nu nader. Art. 7.4 lid 1 bepaalt: ‘De zorgverzekeraar verricht materiële controle op de wijze zoals bepaald in de art. 7.2a tot en met 7.2c en 7.5 tot en met 7.9’. Art. 7.4 lid 3 houdt in: ‘De zorgverzekeraar verricht fraudeonderzoek op de wijze zoals bepaald in artikel 7.10.’ Deze bepalingen houden mijns inziens geen wettelijke verplichting in voor de zorgverzekeraar tot uitvoering van materiële controles en fraudeonderzoek. De bepaling schrijft voor dat als de zorgverzekeraar controles en fraudeonderzoek uitvoert, hij de bepalingen van de Regeling zorgverzekering in acht moet nemen. In Hoofdstuk 7 van de Regeling zorgverzekering wordt immers aangegeven onder welke voorwaarden

100 Zie nader over aanvulling van de overeenkomst par. 7.3.

de zorgaanbieder zijn geheimhoudingsplicht mag en moet doorbreken.¹⁰¹ Dat sluit ook aan op de tekst van het tweede en vierde lid: 'De zorgaanbieder is verplicht zijn medewerking te verlenen aan de overeenkomstig het eerste lid uitgevoerde materiële controle' respectievelijk 'het derde lid uitgevoerd fraudeonderzoek.' In deze bepalingen zijn wel expliciet de woorden 'is verplicht' opgenomen. In het eerste en derde lid ontbreken de woorden 'is verplicht', waardoor de nadruk komt te liggen op de wijze van uitvoering van de controle respectievelijk het fraudeonderzoek. Op zich zou de verplichting tot uitvoering van materiële controle en fraudeonderzoek wel passen bij de taak die de wetgever voor de zorgverzekeraar voor ogen heeft binnen het zorgstelsel.¹⁰² Een dergelijke verplichting had, gezien het gewicht ervan, mijns inziens meer expliciet geformuleerd moeten worden.

In art. 68d lid 2 van het in 2019 ingetrokken wetsvoorstel Verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving in de zorg worden dezelfde bewoordingen gebruikt als thans in art. 7.4 Regeling zorgverzekering staan.¹⁰³ Het verdient mijns inziens aanbeveling dat de minister bij het opstellen van een aangepast wetsvoorstel¹⁰⁴ de redactie van deze bepaling nog eens onder de loep neemt. Is de zorgverzekeraar verplicht tot het uitvoeren van materiële controle en fraudeonderzoek (en formele controle)? Is hij verplicht met een bepaalde mate van zekerheid de rechtmatigheid van declaraties vast te stellen? Of dient hij zich aan bepaalde regels te houden indien hij materiële controles en fraudeonderzoek uitvoert? Het lijkt om de laatste verplichting te gaan. De verplichting de rechtmatigheid van declaraties met een bepaalde mate van zekerheid vast te stellen volgt overigens wel uit de in 8.2.6 te bespreken Nrcz, over het toezicht van de NZa op de uitvoering van controles en fraudeonderzoek.

101 Vgl. toelichting bij de Regeling zorgvraagzwaarte cGGZ, tot wijziging van de Regeling zorgverzekering, *Stcrt.* 2013, 30961, p. 6, waar staat dat de zorgverzekeraar gegevens 'indien noodzakelijk' 'mag' gebruiken ten behoeve van onder andere controles en fraudeonderzoek. En, verderop op dezelfde pagina, dat de zorgaanbieder 'enkel verplicht' is zijn medewerking aan overeenkomstig de regeling uitgevoerde controles te verlenen [*cursivering*en *HtO*]. Zie ook de toelichting bij de regeling houdende wijziging van de Regeling zorgverzekering met het oog op materiële controle door zorgverzekeraar, *Stcrt.* 2010, 10581, p. 5 en 13; toelichting Regeling zorgverzekering *Stcrt.* 2005, 249, p. 10. Op p. 5-6 van *Stcrt.* 2013, 30961 wordt in de slotpassage wel de 'wettelijke verplichting' van de controles genoemd, maar daarmee lijkt niet bedoeld te worden op art. 7.4 lid 1 en 3 Regeling zorgverzekering.

102 Zie daarover 8.2.4.

103 *Kamerstukken I* 2015/16, 33980, A (Gewijzigd voorstel van wet), p. 9.

104 Het wetsvoorstel is op 13 september 2016 door de Tweede Kamer aangenomen. Na behandeling in de Eerste Kamer heeft de minister het wetsvoorstel op 13 mei 2019 ingetrokken vanwege kritiek vanuit de Eerste Kamer op het vlak van onder andere de onafhankelijke positie van de medisch adviseur en het waarborgen van het vooraf informeren van de verzekerde over inzage in het medisch dossier. De minister is voornemens een aangepast wetsvoorstel in te dienen. *Kamerstukken I* 2018/19, 33980, K (Brief van de minister).

Art. 7.5-7.9 Regeling zorgverzekering regelen aan welke eisen een materiële controle moet voldoen. Zo moet de zorgverzekeraar op basis van een algemene risicoanalyse een controleplan opstellen en openbaar maken waarin de objecten van materiële controle en de in te zetten controle-instrumenten zijn opgenomen.¹⁰⁵ Het is gebruikelijk dat zorgverzekeraars bij de algemene risicoanalyse gebruik maken van data-analyses, waarbij gedacht kan worden aan bestandsanalyses, benchmarking, datamining en cijferanalyse.¹⁰⁶ Voorafgaand aan een materiële controle moet de zorgverzekeraar bepalen wanneer voldoende zekerheid is verkregen dat de door de zorgaanbieder in rekening gebrachte prestatie is geleverd en of die het meest was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde, een en ander met inachtneming van art. 2.1 Besluit zorgverzekering. In het kader van de materiële controle mogen zorgverzekeraars enquêtes afnemen bij verzekerden.¹⁰⁷ Art. 7.8 Regeling zorgverzekering geeft aan wanneer de zorgverzekeraar over mag gaan tot detailcontrole. Zo is vereist dat het met de materiële controle beoogde doel zonder detailcontrole niet met voldoende zekerheid kan worden bereikt en moet uit een specifiek controleplan blijken dat de detailcontrole niet verder gaat dan gelet op het onderzoeksdoel en de omstandigheden van het geval noodzakelijk is (subsidiariteit en proportionaliteit). De zorgverzekeraar dient deze stappen vooraf ook schriftelijk te motiveren aan de zorgaanbieder. De verwerking van persoonsgegevens door de zorgverzekeraar dient te geschieden onder verantwoordelijkheid van een medisch adviseur. Achteraf dient de zorgverzekeraar de zorgaanbieder te informeren over de zakelijke inhoud van de voorgenomen uitkomsten van de detailcontrole en deze in de gelegenheid te stellen binnen een redelijke termijn te reageren. De reactie van de zorgaanbieder dient de zorgverzekeraar te betrekken bij de vaststelling van de definitieve uitkomsten van de detailcontrole.¹⁰⁸ Art. 7.9 verplicht de zorgverzekeraar de specifieke risicoanalyse en uitkomsten van de uitvoering van detailcontroles in zijn administratie vast te leggen ten behoeve van toetsing door toezichthouders.

Voor de uitvoering van fraudeonderzoek gelden deels dezelfde voorwaarden als voor de uitvoering van materiële controles. Van belang is dat de zorgverzekeraar bij de uitvoering van fraudeonderzoek de zorgaanbieder voorafgaand aan de uitvoering van een in het kader daarvan uit te voeren detailcontrole alleen hoeft in te lichten over het specifieke contredoeel en de reikwijdte van het onderzoek voor zo ver het onderzoeksbelang of het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken verzekerde zich daar niet tegen verzet.¹⁰⁹

105 Art. 7.6 en 7.7 Regeling zorgverzekering.

106 NZa, Protocol Onderzoek Zvw met oplevering in 2016, onder 10.3.2.

107 Art. 7.5 Regeling zorgverzekering.

108 Art. 7.8 Regeling zorgverzekering.

109 Art. 7.10 Regeling zorgverzekering.

De NZa is bevoegd ter handhaving van de Regeling zorgverzekering een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang op te leggen.¹¹⁰

Uit het voorgaande blijkt dat de Regeling zorgverzekering de zorginkoopovereenkomst mijns inziens niet aanvult in de zin dat de regeling een contractuele verplichting van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder schept tot uitvoering van controles en fraudeonderzoek. De regeling geeft wel aan aan welke eisen de controles en het fraudeonderzoek moeten voldoen. Voldoet de zorgverzekeraar daar niet aan, dan hoeft de zorgaanbieder zijn medewerking niet te verlenen. Zo bezien vult de regeling zorgverzekering de zorginkoopovereenkomst voor de zorgverzekeraar aan met *Obliegenheiten*.¹¹¹ Mijns inziens vult de Regeling zorgverzekering de zorginkoopovereenkomst wel aan door contractuele verbintenissen van de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar te scheppen. De zorgaanbieder dient zijn medewerking te verlenen aan een controle en fraudeonderzoek dat met inachtneming van de regeling wordt uitgevoerd. Hij dient zo onder omstandigheden bijvoorbeeld inlichtingen te geven, inzage te geven in zijn afsprakenagenda en in het uiterste geval in patiëntendossiers. De zorgverzekeraar kan in rechte nakoming van die verplichtingen vorderen.

De regeling bepaalt niet welk rechtsgevolg verbonden dient te worden aan de uitkomst van de controles. Ook geeft de regeling niet aan welk rechtsgevolg dient te worden verbonden aan een onterechte weigering van de zorgaanbieder mee te werken aan een conform de regeling opgezette materiële controle of fraudeonderzoek. Evenmin bepaalt de regeling of een zorgverzekeraar recht heeft op terugbetaling van onrechtmatige declaraties als hij bij de uitvoering van een materiële controle of fraudeonderzoek de Regeling zorgverzekering niet of niet volledig in acht neemt. In 8.1.3.4-8.1.3.5 bleek dat zorginkoopovereenkomsten op dit punt soms zelf een regeling inhouden, bijvoorbeeld dat de zorgverzekeraar uit mag gaan van de onrechtmatigheid van declaraties als de zorgaanbieder niet meewerkt aan controles. Verwezen wordt voorts naar de in 8.3 te bespreken rechtspraak.

8.2.5.3 *Het protocol materiële controle ZN*¹¹²

Met het Protocol materiële controle ZN beogen zorgverzekeraars inzichtelijk te maken op welke wijze zij controledoelen vaststellen, welke controlemethodes beschikbaar zijn, onder welke omstandigheden die worden ingezet en hoe de communicatie met zorgaanbieders en verzekerden

110 Art. 82, 83 Wmg.

111 Zie over het begrip *Obliegenheit* o.a. Asser/Sieburgh 6-I 2020/11 en de daar genoemde bronnen. Sieburgh omschrijft de *Obliegenheit* als de verplichting een bepaalde gedraging te moeten verrichten op straffe van verval of beperking van rechten of bevoegdheden die toekomen aan hem op wie de verplichting rust.

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

hierover verloopt.¹¹³ Het Protocol materiële controle ZN betreft, zoals reeds aangegeven, geen wetgeving maar zelfregulering. Zorgverzekeraars geven in hun algemene controleplannen aan dat zij zich houden aan dit Protocol, of dat tot uitgangspunt nemen. Zo zijn zij in beginsel over het algemeen ook jegens zorgaanbieders contractueel gehouden tot naleving ervan. Voor zover bij uitleg van een zorginkoopovereenkomst vastgesteld kan worden dat ook de zorgaanbieder aan het Protocol materiële controle ZN is gebonden, bijvoorbeeld omdat het expliciet op de overeenkomst van toepassing wordt verklaard, kan het de overeenkomst via de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 1 BW aanvullen.

Het Protocol schept geen nieuwe rechten en verplichtingen, maar werkt hetgeen in de Regeling zorgverzekering bepaald is nader uit. Het Protocol zou een rol kunnen spelen bij beantwoording van de vraag of een zorgaanbieder zou moeten meewerken aan bepaalde controles, doordat het richting geeft aan het gewicht dat aan verschillende controlemiddelen moet worden toegekend. In het Protocol wordt de inzet van verschillende controle-instrumenten besproken en wordt ook de zwaarte ervan aangegeven, vanuit het perspectief van het belang op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde en het medisch beroepsgeheim van de zorgaanbieder. In oplopende volgorde zijn dat: 'gerichte vragen aan de zorgaanbieder om met betrekking tot verzekerden ontbrekende informatie aan te leveren, inzicht in de administratie van de zorgaanbieder, inzicht in de afsprakenagenda, inzage in het medisch dossier in een individueel geval, steekproeven met inzage in het medisch dossier.'¹¹⁴ Harde criteria voor de inzet van zwaardere instrumenten geeft het Protocol niet, juist omdat aan de hand van de omstandigheden van ieder concreet geval getoetst moet worden of inzet van een zwaarder controle-instrument proportioneel is. Het Protocol verplicht de zorgverzekeraar daarom, in aansluiting op de Regeling zorgverzekering, aan de zorgaanbieder te verantwoorden waarom zwaarder of meer specifiek onderzoek proportioneel is.¹¹⁵

In het Protocol materiële controle ZN worden voorbeelden genoemd van 'gevolgen' die aan de uitkomsten van een controle kunnen worden verbonden, zoals het geven van een waarschuwing, uitbreiden van de controle, terugvordering van declaraties of verrekening met toekomstige declaraties, niet overgaan tot hercontractering en informeren van externe instanties zoals de IGJ of NZa, doen van aangifte en registreren van fraude in het Externe VerwijzingsRegister.¹¹⁶ Het Protocol geeft zo een heel scala aan vervolgacties waarvan de zorgaanbieder redelijkerwijs zou mogen verwachten dat de zorgverzekeraar ze zou kunnen inzetten. De grondslag voor deze remedies en overige vervolgacties dient wel steeds de overeenkomst

113 Protocol materiële controle ZN (voorwoord).

114 Protocol materiële controle ZN, par. 3.4.

115 Protocol materiële controle ZN, par. 3.4.

116 Protocol materiële controle ZN, par. 3.5, stap 11.

of een bepaling van algemeen burgerlijk recht te zijn zoals art. 6:74, 6:162, of 6:212 BW. In 8.1.3 is uiteengezet dat zorginkoopovereenkomsten dergelijke vervolgacties doorgaans expliciet noemen. In de bestudeerde contractstukken wordt niet exact aangegeven wanneer een bepaalde remedie of vervolgactie gerechtvaardigd is. Ze houden open normen in. Zo komt een beding voor dat de zorgverzekeraar de zorgaanbieder voor een of meerdere jaren mag uitsluiten van een overeenkomst, afhankelijk van de uitkomst van controles. Het Protocol materiële controle ZN geeft aan dat bij het bepalen van gevolgen van eventuele geconstateerde tekortkomingen bij de uitvoering van controles het belang van de verzekerde centraal staat. Ook bevat het een niet-limitatieve inventarisatie van in aanmerking te geven gezichtspunten bij het bepalen van vervolgacties, namelijk:

- ‘de omvang van de fout/afwijking;
- normatieve bekendheid (wist hij het – bijvoorbeeld gezien de contractuele afspraken – of kon hij het weten) met zorg- en declaratievoorschriften;
- aard van de relatie tussen de zorgaanbieder en zorgverzekeraar (bijvoorbeeld een overeenkomst met gedetailleerde bepalingen);
- eventuele eerdere fouten en/of waarschuwingen;
- opstelling van de zorgverlener (o.a. bereidheid tot medewerking onderzoek);
- zorgvuldige afweging van gerechtvaardigde belangen;
- zorgvuldige procedure (o.a. tijdige communicatie en adequate motivering door zorgverzekeraar);
- belangen van verzekerden;
- het gevolg staat in verhouding tot de geconstateerde tekortkoming;
- redelijkheid en billijkheid.’¹¹⁷

Deze gezichtspuntencatalogus kan zorginkoopovereenkomsten aanvullen door (nadere) richting te geven wanneer bepaalde de rechtsgevolgen, of breder maatregelen, door de zorgverzekeraar toegepast mogen worden. De civiele rechter kan de gezichtspunten in aanmerking nemen bij de beoordeling van bijvoorbeeld vorderingen tot terugvordering van onrechtmatig uitbetaalde declaraties of tot vaststelling van de onrechtmatigheid van de weigering geen opvolgende overeenkomst aan te gaan.

8.2.6 De Nrcaz en het Accountantsprotocol

Ook de Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (Nrcaz) strekt niet primair ter regulering van de contractuele rechtsverhouding tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder. De bepalingen van deze regeling lenen zich minder goed voor aanvulling van de zorginkoopovereenkomst

¹¹⁷ Protocol materiële controle ZN, p. par. 3.5, stap 11.

dan die uit de Regeling zorgverzekering. In de Nrcaz stelt de NZa nadere voorschriften aan de uitvoering van controles en fraudeonderzoek door zorgverzekeraars, 'ten behoeve van de rechtmatige uitvoering van de Zvw,' aldus art. 2 Nrcaz. De bepalingen functioneren als een toezichtskader voor de NZa en faciliteren dit toezicht. De Nrcaz lijkt overigens ook betrekking te hebben op de formele controle of het gedeclareerde tarief een tarief betreft, dat voor die prestatie krachtens de Wet marktordening gezondheidszorg is goedgekeurd of vastgesteld of een tarief is dat voor die prestaties met de zorgaanbieder is overeengekomen – en dus op naleving van de Wmg. In de Nrcaz wordt naar formele controles in zijn algemeenheid verwezen, zonder aan te geven welke onderdelen van de formele controle het betreft.

Meerdere bepalingen zijn gericht op organisatie en administratie van de controleactiviteiten. Deze bepalingen strekken er mijns inziens niet toe de zorginkoopovereenkomst aan te vullen. Zo verplicht art. 5 de zorgaanbieder een toereikende organisatie voor de opzet, uitvoering en evaluatie van controleactiviteiten te hebben en om voor de toezichthouder te administreren hoe hij controleactiviteiten heeft uitgevoerd en welke gevolgen hij heeft gegeven aan de uitkomsten van de controles.¹¹⁸ Vergelijkbare gegevens moeten zij administreren over fraudesignalen en de afhandeling daarvan.¹¹⁹ Met betrekking tot de inrichting en uitvoering van controles bepaalt de Nrcaz bijvoorbeeld welke aspecten de zorgverzekeraar ten minste in zijn risicoanalyse dient te betrekken en welke organisatieonderdelen bij het controleplan betrokken dienen te worden.¹²⁰

Waar de Zvw, Wmg en de Regeling zorgverzekering zorgverzekeraars niet verplichten controles en fraudeonderzoek uit te voeren, doet de Nrcaz dat wel. Art. 4 bepaalt: 'De zorgverzekeraar voert controleactiviteiten uit om de rechtmatigheid van declaraties van zorgaanbieders en verzekerden te controleren met als doel de juistheid en volledigheid van de administratie en de juistheid van de opgaven te borgen.'¹²¹ Onder controleactiviteiten, zoals genoemd in art. 4, verstaat de Nrcaz: 'Het geheel van onderzoek door de zorgverzekeraar op het gebied van formele controles, materiële controles, fraudeonderzoek en gepast gebruik.'¹²² Van alle uitgevoerde controles dient de zorgverzekeraar foutenevaluaties op te stellen en te

118 Zie ook art. 7.4 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

119 Art. 6.10 en 8.7 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

120 Art. 6.1 en 6.2 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

121 Zie ook meer specifiek bijv. art. 6.7 Nrcaz: 'Om de daadwerkelijke levering van gedeclareerde zorg te beoordelen, maakt de zorgverzekeraar gebruik van de instrumenten detailcontrole en/of enquête (gericht op risicogebieden) voor zover nodig om de gestelde controledoelen te behalen.'

122 Art. 3.4 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006). Onder 'gepast gebruikt' verstaat art. 3.8 Nadere regel of de zorg die is gedeclareerd voldoet aan de wettelijke Indicatievoorwaarden en aan de stand van wetenschap en of de verzekerde redelijkerwijs is aangewezen op de zorg die is gedeclareerd, gezien zijn gezondheidstoestand. Al deze elementen zijn voorwaarden om op grond van een zorgverzekering voor vergoeding in aanmerking te komen. Zie 2.2.2.1.

administreren.¹²³ Van een fout is ingevolge art. 3.6 Nrcaz sprake 'wanneer gebleken is dat een post of een gedeelte ervan niet in overeenstemming is met hetgeen bepaald is bij of krachtens de Zorgverzekeringswet, dan wel de voorschriften van het Handboek van Zorginstituut Nederland of het protocol onderzoek Zvw van de NZa.'

De verplichting in de Nrcaz controles en fraudeonderzoek uit te voeren strekt er mijns inziens niet toe de zorginkoopovereenkomst in die zin aan te vullen dat de zorgverzekeraar ook jegens zorgaanbieders verplicht is tot de uitvoering van controles. Tot medewerking van de zorgaanbieder verplicht de Nrcaz evenmin, maar de verplichting tot uitvoering van controles geeft wel extra gewicht aan het belang van deze controles en van de medewerking door de zorgaanbieder daaraan, mede gezien het feit dat de ratio van de Nrcaz de rechtmatige uitvoering van de Zvw betreft. Dat neemt niet weg dat zorgaanbieders alleen mee mogen en moeten werken aan controles indien ze aan de eisen uit de Regeling zorgverzekering voldoen.

Dat de verplichting voor de zorgverzekeraar om controles en fraudeonderzoek uit te voeren er niet toe strekt het contract aan te vullen, blijkt uit het feit dat het om een contractoverstijgende verplichting gaat, die onderdeel uitmaakt van het toezichtkader van de NZa. De NZa ziet er niet op toe dat van iedere declaratie vast komt te staan dat die rechtmatig is, maar eist een bepaalde mate van betrouwbaarheid en nauwkeurigheid van de rechtmatigheid van alle door de zorgverzekeraar uitbetaalde declaraties in een bepaalde periode. Dat blijkt uit de eisen die de NZa stelt aan de verslaglegging door zorgverzekeraars¹²⁴ en ook uit de in de Regeling zorgverzekering voorgeschreven werkwijze waarin zorgverzekeraars op basis van risicoanalyses algemene en specifieke controledoelen dienen te bepalen.¹²⁵

Terzijde vraag ik mij af of de Nrcaz zorgverzekeraars aldus niet verplicht tot controle en fraudeonderzoek van meer aspecten dan gezien ten behoeve van de rechtmatige uitvoering van de Zvw noodzakelijk is en of – daarop aansluitend – de toezichtsactiviteiten van de NZa een breder terrein bestrijken dan het toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zvw waarvoor art. 16 sub a Wmg strikt genomen de basis biedt. Een eerste knelpunt betreft het feit dat de Zvw zorgverzekeraars niet verplicht tot het opsporen van fraude. Als een zorgverzekeraar declaraties uitbetaalt die op fraude berusten, zal hij over het algemeen wel in strijd met het bij en krachtens de Zvw (en/of Wmg) bepaalde handelen. De vaststelling dat sprake is van fraude vergt echter het aantonen van opzet. Dat vereiste geldt niet voor de enkele vaststelling dat de declaratie onrechtmatig is omdat die niet voldoet aan het bij en krachtens de Wmg bepaalde of betrekking heeft op

123 Art. 8.1 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

124 Waarover het Protocol materiële controle ZN, par. 1-2; NZa Accountantsprotocol: Verantwoordingen Zvw met accountantsproduct, vanaf oplevering 2020, waarin in par. 2.1 betrouwbaarheids- en nauwkeurigheidspercentages staan voor op basis van materiële controles en overige controles verkregen gegevens.

125 Waarover hiervoor, in 8.2.5.2.

zorg die niet tot de verzekerde prestaties behoort of waarop de verzekerde niet was aangewezen. Een tweede knelpunt vormt de verwijzing in de Nrcaz naar het begrip ‘materiële controle’ in de Regeling zorgverzekering. Zoals reeds aangegeven, kan een materiële controle betrekking hebben op het redelijkerwijs aangewezen zijn van de verzekerde op de gedeclareerde zorg, zoals bedoeld in art. 2 lid 3 Besluit zorgverzekering, maar ook op het voldoen aan nadere door de zorgverzekeraar gestelde doelmatigheidseisen. Controle op het voldoen aan die laatste eisen kan mijns inziens niet in het kader van toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zvw verplicht gesteld worden.¹²⁶

Ten slotte regelt de Nrcaz niet wat de consequenties zijn van niet meewerken door de zorgaanbieder aan controles. De Nrcaz schrijft voor dat de zorgverzekeraar ‘toereikende maatregelen [neemt] ten einde te voorkomen dat de fout nogmaals plaatsvindt,’ ook richting externe partijen, ‘afhankelijk van de ernst van de bevindingen.’¹²⁷ In art. 8.4 is aangegeven dat onder ‘vervolgacties’ in ieder geval de ‘terugvordering van onrechtmatig bestede Zvw middelen’ wordt verstaan. Art. 8.8 Nrcaz verplicht de zorgverzekeraar bij vermoeden van fraude melding te maken bij het Kenniscentrum Fraudebeheersing. Ook dient de zorgverzekeraar bij het achterwege laten van het treffen van een maatregel bij vastgestelde fraude in zijn administratie te vermelden waarom geen maatregel is getroffen.¹²⁸ De NZa geeft zo geen invulling aan een contractuele regeling voor een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de zorgaanbieder door te regelen wanneer een vordering tot terugbetaling van onrechtmatig uitbetaalde declaraties op grond van wanprestatie, onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling zou moeten slagen en biedt evenmin de grondslag voor bepaalde remedies. Elementen als ‘de ernst van de bevindingen’ en de vervolgactie van terugvordering van onrechtmatig uitbetaalde bedragen en melding doen bij het Kenniscentrum Fraudebeheersing zijn wel terug te vinden in het Protocol materiële controle ZN (waarover 8.2.5.3), maar daarin wordt niet verwezen naar de Nrcaz. Het is dus aan zorgverzekeraars en zorgaanbieders en bij geschillen aan de civiele rechter, invulling te geven aan de consequenties van de uitkomsten van controles.¹²⁹

126 Zie 8.1.3.2-8.1.3.3.

127 Art. 8.4 en 8.6 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006).

128 Art. 8.7 Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006). Vgl. ook art. 10.2.2, norm 5.3 en art. 10.3.2, norm 4.4 en 4.5 Protocol onderzoek Zvw met oplevering in 2016. Mij is niet duidelijk of dit Protocol, hoewel nog van kracht, nog dient te worden toegepast op controles over de jaren 2017 en later. De Nrcaz verwijst alleen naar ‘het protocol onderzoek Zvw van de NZa’ in art. 3.6 Nrcaz (de begripsbepaling over ‘fouten’), zonder aan te duiden om welk jaar het gaat.

129 Vgl. de Toelichting bij de Nadere regel controle en administratie zorgverzekeraars (TH/NR-006), p. 14.

8.3 VERLOOP VAN HET CONTROLEPROCES

8.3.1 Inleiding

In deze en de volgende twee paragrafen wordt aan de hand van de rechtspraak nader ingegaan op de rechtspositie van de zorgverzekeraar en zorgaanbieder bij de uitvoering van controles en fraudeonderzoek en aan de aan de uitkomsten daarvan te verbinden consequenties. Ik richt me daarbij met name op de betekenis die de burgerlijke rechter in uitspraken hieromtrent toekent aan de regelgeving op het vlak van controles, aan publieke belangen en aan de hoedanigheid van de zorgverzekeraar.¹³⁰

8.3.2 Materiële controle: subsidiariteit algemeen

Uit de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN blijkt dat zorgverzekeraars materiële controles stapsgewijs moeten uitvoeren. Zij mogen pas tot een – vanuit het oogpunt van privacy en beroepsgeheim – meer belastende stap overgaan als een minder belastende stap onvoldoende zekerheid heeft geboden over de rechtmatigheid van declaraties.¹³¹ In de jurisprudentie komt meerdere malen aan de orde wanneer een zorgaanbieder gehouden is tot medewerking aan een volgende, meer belastende, stap.¹³² Zorgverzekeraars nemen de verschillende stappen doorgaans op in hun controleplan.

In *Kliniek Zuid/Zilveren Kruis* oordeelde de rechtbank Den Haag dat opname van een meer belastende stap in het plan op zichzelf is toegestaan, sterker nog dat strookt volgens de rechtbank met het in de Regeling zorgverzekering bepaalde – en in casu ook met de inhoud van de tussen partijen gesloten zorginkoopovereenkomst.¹³³ De uitvoering van het plan dient vervolgens wel met inachtneming van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit te geschieden.

8.3.3 Selectie zorgaanbieder voor detailcontrole: benchmark en motiveringsplicht

Zorgverzekeraars controleren niet jaarlijks van elke zorgaanbieder de rechtmatigheid en doelmatigheid van alle declaraties. Zorgverzekeraars dienen op basis van een risicoanalyse te bepalen welke zorgaanbieders zij aan een

130 Zie voor een nadere, ook meer praktische, bespreking van het proces ten aanzien van en de rechten en verplichtingen van betrokkenen bij de uitvoering van controle en fraudeonderzoek Ekelsmans 2020, hoofdstuk 7 e.v.

131 Zie 8.2.

132 Zie de navolgende paragrafen.

133 Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739, *GJ* 2018/76 (*Kliniek Zuid/Zilveren Kruis*), r.o 4.9.

nader onderzoek (detailcontrole) zullen onderwerpen.¹³⁴ Zij dienen informatie over het door hen vastgestelde controledoel en controleplan op grond van art. 7.7 Regeling zorgverzekering openbaar te maken. In de rechtspraak is nadere invulling gegeven aan deze regels.

Uit uitspraken van de rechtbank en het hof Den Haag blijkt dat zorgverzekeraars zich bij de selectie van zorgaanbieders voor een materiële controle mogen baseren op een benchmark, waarbij ze het gemiddeld aantal behandelingen vergelijken dat zorgaanbieders, al dan niet voor bepaalde aandoeningen, per behandelde verzekerde in rekening hebben gebracht in een bepaalde periode.¹³⁵ Het hof Den Haag wijst daarbij ter onderbouwing naar het Protocol materiële controle ZN, waarin staat dat statistische analyse en verbandscontrole gebruikt kunnen worden bij de algemene risicoanalyse en de uitvoering van het controleplan.¹³⁶

Een zorgaanbieder mag zijn medewerking aan een detailcontrole na selectie op basis van een benchmark niet onthouden als hij een grotere kans maakte om geselecteerd te worden voor nader onderzoek dan andere zorgaanbieders. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als hij gespecialiseerd is in bepaalde aandoeningen en/of een patiëntenpopulatie heeft waarbij doorgaans meer behandelingen geboden zijn.¹³⁷ De benchmark mag – of moet, naar het oordeel van de rechtbank Den Haag – voorts worden uitgevoerd op gegevens waarover de zorgverzekeraar reeds beschikt, zo leiden de rechtbank en het hof Den Haag af uit de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN. Uit die regelingen volgt volgens de rechtbank en het hof Den Haag namelijk niet dat zorgverzekeraars andere gegevens in een statistische analyse dienen te betrekken wanneer zij zorgaanbieders selecteren voor een materiële controle. Vereist is bijvoorbeeld niet dat zorgaanbieders die niet aan de professionele standaard of behandelprotocollen voldoen, worden uitgefilterd omdat zij het behandelgemiddelde ten onrechte naar beneden zouden trekken. Evenmin is vereist dat rekening wordt gehouden met aspecten van de praktijkamenstelling, zoals het aan de nascholingeisen voldoen van de werkzame artsen, het land waarin zij hun opleiding hebben genoten of het moment van afronden daarvan of de beroepsvereniging waarbij ze zijn aangesloten, zoals tandarts A voor de

134 Art. 7.6 en 7.7 Regeling zorgverzekering.

135 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, *GJ* 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*), r.o. 3.4-3.7; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 4.15 e.v. met name over de in de analyse te betrekken gegevens. Dat een statistische analyse op zichzelf is toegestaan is tussen partijen niet in geschil: Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1449 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 27.

136 Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1449 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 27; Protocol materiële controle ZN, par. 3.5, stap 4.

137 Bijv. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, *GJ* 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*), r.o. 3.7.

rechtbank en het hof wel betoogde. Over deze gegevens beschikken zorgverzekeraars namelijk niet.¹³⁸

De uitspraken betroffen een geschil tussen Achmea en een niet-gecontracteerde tandarts waarin de tandarts stelde dat hij ten onrechte was geselecteerd voor een materiële controle, omdat Achmea ernstige methodologische en statistische fouten zou hebben gemaakt. Alvorens verdere inlichtingen te willen geven over zijn afwijkende declaratiepatroon wilde hij dat Achmea alle (statistische) materialen, (reken)methoden en (cijfermatige) data zou verstrekken die zij had gebruikt bij de uitvoering van haar analyses. Het hof oordeelt dat de Zvw, Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN niet vereisen dat zorgverzekeraars al deze informatie verstrekken.¹³⁹

Voldoende is dat de zorgverzekeraar met de door hem aan de zorgaanbieder verschaft informatie en toelichtingen zijn handelwijze met betrekking tot de selectie van de praktijk van een zorgaanbieder voor het uitvoeren van de materiële controle ‘in redelijke mate (voldoende) inzichtelijk, toetsbaar en verifieerbaar’ maakt, aldus het hof Den Haag.¹⁴⁰ Deze door het hof geformuleerde regel past bij de toelichting in het Protocol materiële controle ZN bij stap ‘a. formuleer een controledoel’ van de weergave van de stappen van een ‘materiële controle op hoofdlijnen.’ De toelichting luidt:

‘Door het controledoel zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen, wordt een begrenzing aangebracht in de diepgang en reikwijdte van het onderzoek. Om die reden is het belangrijk om het controledoel voldoende nauwkeurig te bepalen, zodat in redelijke mate verifieerbaar en toetsbaar is of met het uit te voeren onderzoek het controledoel is bereikt, dan wel of specifiek nader onderzoek is aangewezen.’¹⁴¹

Het hof verwijst bij het gestelde criterium niet naar het Protocol materiële controle ZN, maar de betreffende rechtsoverweging plaatst het hof wel in de sleutel van toetsing van het handelen van Achmea aan de geldende wet en regelgeving en daarmee interpretatie van die regelgeving.¹⁴² Van belang acht het hof voorts dat de data-analyse dient om zorgaanbieders voor nader onderzoek te selecteren en dat in dat stadium nog niet de (on)rechtmatigheid en/of (on)doelmatigheid van declaraties van de zorgaanbieder wordt vastgesteld.¹⁴³

138 Art. 7.6 Regeling zorgverzekering; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 4.15; Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1449 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 22-24.

139 Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1449 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 26.

140 R.o. 26-27. Vgl. ook de rechtbank in eerste aanleg, die eist dat de zorgverzekeraar ‘voldoende inzichtelijk en toetsbaar’ maakt dat (...). Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 4.17.

141 Protocol materiële controle ZN, par. 3.5, onder a (p. 42).

142 R.o. 27 (laatste regels), zie ook r.o. 23.

143 R.o. 31; Zie ook Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*) 2.6, 4.14.

In casu had Achmea als algemeen controledoel geformuleerd of de gedeclareerde zorg daadwerkelijk is geleverd en het meest aangewezen was gelet op de gezondheidstoestand van de verzekerde. Op basis van een algemene risicoanalyse heeft Achmea vervolgens bepaalde verrichtingen aangewezen die onderwerp van een benchmark en nadere statistische analyse zouden zijn. Een van de verrichtingen waarop gecontroleerd werd, waren röntgenfoto's. Achmea heeft aangegeven hoe zij zorgaanbieders heeft geselecteerd voor een materiële controle ten aanzien van de declaratie van röntgenfoto's en welke filters ze daarbij heeft toegepast. Zo heeft ze alleen de praktijken met minimaal 100 patiënten geselecteerd waarvoor periodieke consulten zijn gedeclareerd. De rechtbank en het hof vatten de werkwijze van Achmea verder als volgt samen:

'Daarnaast is alleen gekeken naar vergoede zorg voor jongeren tot 18 jaar en zijn bijzondere praktijken zoals jeugd tandartsen uitgesloten. Vervolgens zijn homogene groepen van tandartsen gecreëerd waarbij rekening is gehouden met de sociaaleconomische status en herkomst van de patiënten. Bepalend daarbij was het postcodegebied waarin een patiënt woonachtig is. Achmea heeft het totaalbedrag van hetgeen door deze tandartsen is gedeclareerd gedeeld door het aantal bij deze tandartsen verzekerden, en is zo op een gemiddelde uitgekomen.'¹⁴⁴

Na vragen van de tandarts heeft Achmea nog een toelichting gegeven op het aspect sociaaleconomische status en gecorrigeerd voor achteraf gebleken onjuistheden. De gegevens van 14 volwassenen waren ten onrechte meegenomen in de analyse die zag op kinderen en jongeren onder de 18 jaar. Achmea heeft zorgaanbieders die in een bepaalde mate van het gemiddelde afwijken gevraagd een toelichting te geven. Volgens het hof heeft Achmea haar handelwijze bij de selectie van de tandartsenpraktijk van A zo 'in redelijke mate (voldoende) inzichtelijk, toetsbaar en verifieerbaar gemaakt.'¹⁴⁵

8.3.4 Sancties op niet meewerken aan een materiële controle

Als zorgaanbieders niet mee willen werken aan een materiële controle of fraudeonderzoek kunnen zorgverzekeraars daar bepaalde rechtsgevolgen aan verbinden, zoals het opschorten van betalingen,¹⁴⁶ beëindigen van de overeenkomst en het uitsluiten van een overeenkomst voor een bepaalde periode.¹⁴⁷ In 8.1.3.4 is reeds vermeld dat zorginkoopovereenkomsten soms uitdrukkelijk voorzien in sancties op het niet meewerken van de zorgaanbieder. In het oordeel over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van de

144 R.o. 23; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/ Achmea*), r.o. 4.14.

145 R.o. 27.

146 Vgl. in een situatie waarin de zorgverzekeraar en zorgaanbieder geen overeenkomst hadden Rb. Gelderland (vzr.) 7 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1087, *GJ* 2019/82 (*Ixora Zorgin/VGZ*), r.o. 4.4.

147 Zie bijv. art. 17 lid 6 Modelovereenkomst medisch specialistische zorg NVZ NFU ZKN ZN 2014.

toepassing van een bepaalde remedie of sanctie wegens kortgedingrechters de regelgevende context mee, onder de noemer van de op zorgverzekeraars rustende 'wettelijke taak' of 'algemene belangen' die zij moeten behartigen.

De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage woog in zijn oordeel over de bezwarendheid van algemene voorwaarden in een zorginkoopovereenkomst mee dat 'Achmea [...] de wettelijke taak [heeft] om te controleren of (gemeenschaps)gelden en betaalde premies van verzekerden op efficiënte wijze worden aangewend.'¹⁴⁸ De voorzieningenrechter gaf niet aan waar hij het bestaan van die 'taak' uit afleidde.

De uitspraak had betrekking op een fysiotherapeute die in 2010 weigerde om mee te werken aan een detailcontrole nadat ze daarvoor geselecteerd was op basis van een eerste risicoanalyse in de vorm van een benchmark. Het zogeheten 'Beheersmodel' van Achmea, dat onderdeel uitmaakte van de tussen Achmea en de fysiotherapeute gesloten zorginkoopovereenkomst, bepaalde dat de weigering mee te werken aan een eerste audit (detailcontrole) wordt beschouwd als het niet voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen. Consequentie daarvan volgens de contractvoorwaarden is dat voor minimaal één jaar geen overeenkomst zal worden aangegaan en nadien pas weer een overeenkomst aangegaan zal worden als de zorgaanbieder een audit met goed gevolg heeft doorlopen. De fysiotherapeute stelde dat het Beheersmodel nietig is vanwege strijd met de (toen nog geldende) Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de regeling voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 BW. De voorzieningenrechter was echter van oordeel dat het Beheersmodel niet in strijd is met het Protocol materiële controle ZN, daarmee ook niet in strijd met de Wbp en evenmin in strijd met de regeling voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Ook vorderde de fysiotherapeute op grond van art. 6:233 sub a BW vernietiging van de voorwaarde inhoudende de sanctie van het uitsluiten van een overeenkomst, omdat de voorwaarde onredelijk bezwarend voor haar zou zijn. De voorzieningenrechter was vooralsnog van oordeel dat de betreffende bepalingen wel bezwarend, maar niet onredelijk bezwarend zijn voor de fysiotherapeute omdat:

'Achmea [...] de wettelijke taak [heeft] om te controleren of (gemeenschaps) gelden en betaalde premies van verzekerden op efficiënte wijze worden aangewend. Om dat te kunnen doen heeft zij de medewerking van de zorgaanbieder nodig. (...) Het achterwege laten van consequenties zou immers tot gevolg hebben dat Achmea geen controle-instrument meer in handen heeft en zij haar wettelijke taak niet meer kan uitvoeren.'¹⁴⁹

De voorzieningenrechter refereerde niet aan de uit de Regeling zorgverzekering voortvloeiende verplichting voor de zorgaanbieder om mee te werken aan de controles.

148 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, GJ 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*), r.o. 3.8.

149 R.o. 3.8.

De Gelderse voorzieningenrechter woog het algemene belang en het belang van betaalbaarheid van de gezondheidszorg en het belang van verzekerden dat zij niet te veel betalen mee in zijn oordeel over de rechtmatigheid van het gedrag van een zorgverzekeraar die verzekerden aanschreef over het declaratiegedrag van een niet-gecontracteerde tandarts die weigerde mee te werken aan een materiële controle. Ook achtte de voorzieningenrechter voor voornoemd oordeel de in art. 88 Zvw opgenomen wettelijke verplichting voor de zorgaanbieder om de benodigde gegevens te verstrekken aan de zorgverzekeraar van belang.¹⁵⁰

De Gelderse voorzieningenrechter oordeelde dat VGZ niet onrechtmatig jegens de tandarts had gehandeld door verzekerden aan te schrijven over het declaratiegedrag van de tandarts.

De tandarts week voor bepaalde behandelingen, waaronder complexe extracties, aanzienlijk af van het door VGZ berekende gemiddelde. De tandarts weigerde VGZ informatie of gegevens te verstrekken op basis waarvan VGZ de rechtmatigheid en doelmatigheid van de declaraties kon controleren. VGZ besloot daarop de bij haar verzekerde patiënten in te lichten over het declaratiegedrag van de tandarts. De tandarts stelt dat VGZ onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door patiënten aan te schrijven.

Of het aanschrijven van patiënten in de gegeven omstandigheden geoorloofd was, diende volgens de voorzieningenrechter beoordeeld te worden 'in het kader van de wettelijke regelingen en de mogelijkheden die VGZ ten dienste stonden.' De voorzieningenrechter ging er daarbij van uit dat de tandarts op grond van art. 88 Zvw en de Regeling zorgverzekering gegevens diende te verstrekken aan VGZ. Volgens de voorzieningenrechter moet aan het aanschrijven van patiënten hoge eisen worden gesteld, maar was het in dit geval aanvaardbaar. De voorzieningenrechter woog bij dat oordeel onder andere mee dat de tandarts VGZ door te weigeren gegevens te verstrekken de mogelijkheid ontnam om eventuele onrechtmatigheid of ondoelmatigheid van declaraties in de toekomst tegen te gaan en dat het in dit geval een schrijven aan verzekerden, oftewel VGZ's contractuele wederpartijen betreft. De voorzieningenrechter wees er in zijn vonnis op dat VGZ een eigen belang heeft ervoor te waken dat zij meer kosten moet vergoeden dan rechtmatig en doelmatig zijn gemaakt, dat zij ook het belang van verzekerden moet behartigen dat zij niet onnodig veel voor mondzorg betalen en dat zij tevens 'een algemeen belang [...] heeft te behartigen om te voorkomen dat zorgkosten te hoog oplopen ten laste van uiteindelijk de premiebetalers en de algemene middelen.'¹⁵¹

Het hof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigde het vonnis van de voorzieningenrechter. Ook het hof wees daarbij op het belang van VGZ ervoor te waken dat zij meer kosten moet vergoeden dan rechtmatig en doelmatig zijn gemaakt ¹⁵²

150 Art. 87 Zvw was in dit geval niet van toepassing, omdat de tandarts geen contract had met de zorgverzekeraar.

151 Rb. Gelderland (vzr.) 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2581 (*Tandarts/VGZ*), r.o. 4.8.

152 Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 15 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5654, *GJ* 2014/122, r.o. 4.9.

Overigens kunnen zorgverzekeraars zich in geval van een weigering van een zorgaanbieder om mee te werken aan controles ook wenden tot de NZa. Zo gaf de NZa na een verzoek om handhaving van Zilveren Kruis een aanwijzing aan huidkliniek Kliniek Zuid om mee te werken aan de dossiercontrole die Zilveren Kruis wilde uitvoeren, naar aanleiding van een enquête die zij onder haar verzekerden had gehouden. Nadien heeft Kliniek Zuid meegewerkt aan de controles.¹⁵³

8.3.5 Medewerking aan detailcontrole na onvoldoende inlichtingen

De regel dat pas tot een meer belastende controle mag worden overgegaan als met een lichtere controle onvoldoende zekerheid is verkregen over het gestelde controledoel brengt ook mee dat een zorgverzekeraar over mag gaan tot een zwaardere stap, zoals een detailcontrole, als een zorgaanbieder onvoldoende meewerkt bij een lichtere stap, zoals een verzoek om inlichtingen naar aanleiding van de resultaten van een benchmark, zo blijkt uit de in 8.3.3 reeds besproken uitspraken inzake Tandarts A en Achmea. De rechtbank en het hof Den Haag gebieden Tandarts A mee te werken aan de materiële controle die Achmea wil uitvoeren. De rechtbank weegt in de motivering van haar oordeel Achmea's wettelijke plicht mee ervoor te zorgen dat zij niet meer kosten vergoedt dan rechtmatig en doelmatig zijn gemaakt, alsmede het algemeen belang te voorkomen dat de zorgkosten te hoog oplopen en de belangen van verzekerden. Het hof sluit zich bij dit oordeel van de rechtbank aan.¹⁵⁴

Achmea heeft de tandarts naar aanleiding van een benchmark om een verklaring gevraagd voor de afwijkingen in zijn declaratiegedrag en heeft A daartoe verschillende malen om (nadere) inlichtingen verzocht en getracht met hem in gesprek te komen. Tandarts A wees in zijn reactie vooral op de onjuiste gronden op basis waarvan hij geselecteerd was voor een materiële controle en gaf niet voor alle door Achmea geconstateerde onregelmatigheden een afdoende verklaring. Achmea besloot toen over te gaan tot een detailcontrole bij de praktijk van A, omdat met het vragen van inlichtingen het gestelde controledoel niet was bereikt. Volgens de rechtbank en het hof heeft Achmea voldoende inzichtelijk, toetsbaar en verifieerbaar gemaakt waarom de verklaring van A voor de afwijkingen in zijn declaratiegedrag onvoldoende is.¹⁵⁵ De rechtbank overweegt verder

‘In de gegeven omstandigheden kon niet van Achmea worden gevergd dat zij zich bij de situatie zou neerleggen. Achmea heeft een wettelijke plicht ervoor te zorgen dat zij niet meer kosten vergoedt dan rechtmatig en doelmatig zijn

153 Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739, *GJ* 2018/76 (*Kliniek Zuid/Zilveren Kruis*).

154 Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1449 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 31.

155 R.o. 27; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 4.17.

gemaakt. Het is tevens een algemeen belang te voorkomen dat zorgkosten te hoog oplopen. Bovendien moet Achmea het belang van haar verzekerden behartigen; zowel hun financiële belangen als hun belang niet te worden blootgesteld aan onnodige gezondheidsrisico's. Daar komt bij dat zij geen middelen had om eventuele toekomstige onrechtmatigheden of ondoelmatigheden tegen te gaan. Achmea heeft geen contract met [A], zodat zij geen mogelijkheid heeft een rechtsverhouding met hem te beëindigen of niet opnieuw aan te gaan en evenmin een contractuele mogelijkheid heeft tot opschorting van betalingen aan [A].¹⁵⁶

Opmerking verdient dat de omschrijving die de rechtbank Den Haag in deze zaak geeft van Achmea's wettelijke plicht minder ruim is dan de omschrijving die de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank in 2011 gaf van Achmea's wettelijke taak (controle of gemeenschapsgelden en premies op efficiënte wijze worden angewend).¹⁵⁷ Ook de wettelijke plicht ervoor te zorgen niet meer kosten te vergoeden dan rechtmatig en doelmatig is bestaat echter niet met zoveel woorden (zie 8.2.4).

8.3.6 Medewerking aan fraudeonderzoek; bevindingen enquête; omvang fraudeonderzoek

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde in een geschil tussen thuiszorgaanbieder Thuiszorg van Oranje (hier: TvO) en Zorgverzekeraar en Zorgkantoor Zilveren Kruis (hierna: Zilveren Kruis c.s.) dat een dossiercontrole in het kader van een fraudeonderzoek noodzakelijk dient te zijn en te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze vereisten leidt de voorzieningenrechter af uit de toepasselijke regelgeving, waaronder de Zvw, de Regeling zorgverzekering en de Regeling langdurige zorg. Hij geeft daarbij niet aan hoe de eisen uit deze regelingen zich verhouden tot de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomsten. Dat is in casu ook niet nodig, omdat tussen partijen niet in geschil is dat de eisen van toepassing zijn op het initiëren van en de opzet van een detailcontrole.¹⁵⁸ De voorzieningenrechter wijst de (reconventionele) vordering van Zilveren Kruis c.s. toe om TvO te gebieden mee te werken aan de dossiercontrole en neemt daarbij een achttal omstandigheden in aanmerking die ondersteunen dat aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan.

156 Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15903 (*Tandarts A/Achmea*), r.o. 4.20.

157 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, *GJ* 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*), r.o. 3.8, besproken in 8.3.4.

158 Rb. Den Haag (vzr.) 29 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15555, *GJ* 2018/26 (*TvO/Zilveren Kruis c.s.*), r.o. 2 en 5.11.

Relevant zijn onder andere de uitkomsten van een door Zilveren Kruis c.s. gehouden enquête onder verzekerden. Daarin stelt Zilveren Kruis 287 tekortkomingen te hebben geconstateerd, die TvO onvoldoende heeft betwist. Nu Zilveren Kruis c.s. de tekortkomingen die zij afleidde uit de enquêtes wel had gespecificeerd, achtte de voorzieningenrechter de berichtgeving van Zilveren Kruis over de enquêtes en daarin gedane bevindingen kennelijk voldoende voor TvO om zich tegen te verweren. TvO vorderde in conventie op grond van art. 843a Rv inzage in diverse bescheiden met betrekking tot de enquêtes. Deze vordering wees de voorzieningenrechter af, onder andere omdat de bewijslast ten aanzien van terug te vorderen gelden op Zilveren Kruis c.s. ligt. De uitspraak illustreert mijns inziens tevens dat vragen om extra toelichtingen op de uitslag van een enquête niet snel soelaas biedt ter afwering van een fraudeonderzoek. De zaak vertoont op dit punt enige gelijkenis met *tandarts A/Achmea*, besproken in 8.3.3.

TvO en Zilveren Kruis c.s. hadden een zorginkoopovereenkomst voor de verlening van thuiszorg. Naar aanleiding van een zestal fraudemeldingen van verzekerden begonnen Achmea c.s. een onderzoek naar de declaraties van TvO. Zilveren Kruis c.s. onderzoeken onder andere of de gedeclareerde zorg daadwerkelijk is geleverd. Zij nemen een enquête af onder verzekerden en stellen op basis daarvan vorderingen op TvO te hebben van bijna 8 en bijna 10 miljoen euro. Zilveren Kruis c.s. schorten op basis van de resultaten van de enquête de uitbetaling van declaraties op en kondigen een fraudeonderzoek met dossiercontrole aan bij TvO.

TvO eist in conventie in kort geding op grond van art. 843a Rv inzage in de bescheiden die Zilveren Kruis c.s. ten grondslag leggen aan hun vorderingen, bestaande uit 'de inhoud en uitkomsten van de door Zilveren Kruis c.s. onder verzekerden gehouden enquête, de analyse van de uitkomsten van die enquête, per enquêteformulier de afwijsreden(en) die volgens Zilveren Kruis c.s. uit de enquête kan (kunnen) worden afgeleid en per enquêteformulier een specificatie van het bedrag dat met de afkeuring is gemoeid.'¹⁵⁹ De voorzieningenrechter wijst deze vordering af, onder andere omdat de bewijslast van de vorderingen en het beroep op opschorting op Zilveren Kruis c.s. ligt, waardoor TvO geen rechtmatig belang heeft bij inzage in of verstrekking van de gevorderde bescheiden.¹⁶⁰

Zilveren Kruis c.s. vorderen in reconventie medewerking van TvO aan de dossiercontrole. De voorzieningenrechter neemt in aanmerking dat Zilveren Kruis c.s. op grond van de Regeling zorgverzekering bevoegd zijn enquêtes te houden onder verzekerden om – onder andere – vast te stellen of de in rekening gebrachte prestaties zijn verleend. Ook neemt de rechter aan dat de wijze van uitvoering van de enquête deugdelijk is, gelet op de inhoud van de enquêteformulieren en de Regeling zorgverzekering. TvO heeft onvoldoende onderbouwd dat dat niet zo is.¹⁶¹ De voorzieningenrechter oordeelt dat de voorgestelde dossiercontrole voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en

159 R.o. 4.1.

160 R.o. 5.3.

161 R.o. 5.12.

subsidiariteit en somt daarbij een achttal omstandigheden op die hij in aanmerking neemt. Ik neem de betreffende rechtsoverweging hier over en geef, cursief en tussen haakjes aan in het kader van welk vereiste de genoemde factor mijns inziens van belang is.

De voorzieningenrechter acht van belang dat:

- 'i) uit diverse bronnen meldingen bij ZK c.s. zijn binnengekomen over verschillende vormen van fraude gedurende de periode 2014 tot en met 2016; (*noodzakelijkheid*)
- (ii) de uitkomsten van de enquête de verdenking van fraude bevestigen; volgens ZK c.s. zijn in het kader van de enquête 287 tekortkomingen geconstateerd, die zij ook nader hebben gespecificeerd; (*noodzakelijkheid*)
- (iii) TvO zich allesbehalve constructief opstelt bij de door ZK c.s. verrichte controles/onderzoeken; (*noodzakelijkheid; vermoeden van fraude*)
- (iv) een dossiercontrole ten kantore van TvO een zeer grote mate van zekerheid biedt over de gegrondheid van de verdenking van fraude en een vergelijkbaar alternatief niet voorhanden is; (*proportionaliteit, subsidiariteit*)
- (v) de controledoelen aansluiten op de door ZK c.s. ontvangen fraudemeldingen en de uitkomsten van de enquête; (*proportionaliteit*)
- (vi) de controle zich uitstrekt tot een beperkt aantal – op een deugdelijke wijze geselecteerde – dossiers, zodat de belasting voor TvO niet als zwaar kan worden aangemerkt; te minder nu ook sprake is van digitale dossiers; (*proportionaliteit*)
- (vii) de inbreuk op de persoonsgegevens van verzekerden beperkt is, gelet op de controledoelen; (*proportionaliteit*)

Daar komt bij dat ZK c.s. hebben aangevoerd dat zij in september 2017 een melding hebben ontvangen van de NZa over (voortdurende) fraude door TvO sinds 2014.¹⁶² (*noodzakelijkheid*)

Een Rotterdamse voorzieningenrechter plaatste zijn oordeel over een vordering van zorgverzekeraars DSW en Stad Holland (SH) tot medewerking van een huisarts aan een detailcontrole in het kader van een fraudeonderzoek in de sleutel van de op grond van redelijkheid en billijkheid geldende noodzakelijkheidseis. Elders in het vonnis verwijst de voorzieningenrechter wel naar de noodzakelijkheidseis die op grond van de Zvw geldt.¹⁶³ De Rotterdamse voorzieningenrechter behandelt de tussen partijen gesloten overeenkomst en de toepasselijke regelgeving als twee aparte rechtsbronnen en gaat niet in op de verhouding en wisselwerking tussen beiden.

Mogelijk hebben partijen zich niet contractueel gebonden aan de Regeling zorgverzekering. Uit het vonnis blijkt dat in de tussen partijen gesloten overeenkomsten wordt verwezen naar 'de Gedragscode Verwerking Per-

¹⁶² R.o. 5.14.

¹⁶³ Rb. Rotterdam (vzr.) 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1740, GJ 2014/99, r.o. 5.17-5.19. Voorts leidt de voorzieningenrechter uit de redelijkheid en billijkheid af dat bij het onderzoek waarborgen in acht moeten worden genomen om te verzekeren dat de gevorderde informatie slechts wordt gebruikt met het doel waarvoor deze wordt gevraagd. Deze 'waarborgen' lijken terug te voeren op de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis dat niet meer gegevens mogen worden opgevraagd dan nodig voor het te bereiken van het controledoel en hebben voorts betrekking op het geschilpunt tussen partijen over de door DSW en SH in te zetten accountant.

soonsgegevens Zorgverzekeraars inclusief het Protocol materiële Controle en de bepalingen uit de Wet Bescherming Persoonsgegevens.¹⁶⁴ Daaruit blijkt niet dat partijen ook hebben verwezen naar de Regeling zorgverzekering en/of de Zvw. De Regeling zorgverzekering zou de overeenkomst dan nog wel kunnen aanvullen. De bepalingen in de Regeling zorgverzekering zijn van dwingend recht. Het ligt daarom mijns inziens voor de hand dat de rechter eerst onderzoekt of de Regeling zorgverzekering de overeenkomst aanvult en hoe het daarin opgenomen noodzakelijkheids criterium moet worden toegepast, alvorens te putten uit de aanvullend werkende redelijkheid en billijkheid. Zo kan worden voorkomen dat de rechter uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid minder strenge eisen afleidt dan op grond van de Regeling zorgverzekering gelden, terwijl voor het afzwakken van die strengere eisen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen grond is.¹⁶⁵

DSW, SH en de huisarts sluiten al meerdere jaren zorginkoopovereenkomsten met elkaar. Uit de door middel van een data-analyse verkregen spiegelinformatie blijkt dat de door de huisarts gedeclareerde behandelkosten voor onder andere laboratoriumonderzoek substantieel hoger liggen dan gemiddeld binnen de kerngemeenten van DSW en dan gemiddeld buiten deze kerngemeenten. De voorzieningenrechter acht het initiëren van fraudeonderzoek gezien de spiegelinformatie kennelijk gerechtvaardigd. De zorgverzekeraars hebben specifiek aangegeven welke informatie de huisarts aan hen dient te verstrekken. Zij vorderen echter primair:

‘het verstrekken van *alle* gegevens en inlichtingen, het inzage geven in bescheiden en gegevensdragers en deze op verzoek ter beschikking stellen voor het nemen van afschrift waar DSW en/of Stad Holland of een door DSW en/of Stad Holland aangewezen persoon om verzoeken, waaronder begrepen maar niet uitsluitend het verlenen van *alle* medewerking aan het boekenonderzoek dat wordt door verricht door de accountant (...)’ [*cursivering* HtO]

en subsidiair het verlenen van medewerking aan het boekenonderzoek, waarbij ze *alle* gevraagde inlichtingen en gegevens moeten verstrekken. Meer subsidiair vorderen DSW en SH het ter beschikking stellen van de gegevens en bescheiden waarvan zij in eerdere correspondentie specifiek hebben aangegeven dat die in het kader van het onderzoek verstrekt dienen te worden.

De voorzieningenrechter overweegt dat de huisarts op grond van de Regeling zorgverzekering gehouden is tot medewerking aan een fraudeonderzoek dat in overeenstemming met art. 7.10 van de Regeling wordt uitgevoerd, maar dat de plicht tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen alleen geldt voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van de zorgverzekering en/of de Zvw.¹⁶⁶ De voorzieningenrechter geeft vervolgens geen nadere uitleg van wat

164 R.o. 2.3.

165 Zie in algemene zin 7.3.4-7.3.5.

166 R.o. 5.12, 5.13.

voortvloeit uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zoals die in de Regeling zorgverzekering besloten liggen, maar plaats de toespitsing van wat tussen partijen geldt in het kader van de redelijkheid en billijkheid:

‘Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, welke tussen partijen op grond van hun contractuele relatie in aanvulling op de wettelijke regels blijven gelden, vloeit voort dat er geen verdergaande plicht tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen kan worden aangenomen dan noodzakelijk is en dat daarbij voorts waarborgen in acht moeten [worden] genomen om te verzekeren dat de gevorderde informatie slechts wordt gebruikt met het oog op het doel waarvoor deze mochten worden gevraagd.’¹⁶⁷

De voorzieningenrechter wijst de primaire en subsidiaire vordering af en de meer subsidiaire toe, omdat de eerste twee geen beperking kennen tot noodzakelijke gegevens en inlichtingen en de genoemde waarborgen ontbreken.

Overigens past het oordeel van de Rotterdamse voorzieningenrechter wel bij de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis zoals die besloten ligt in de Regeling zorgverzekering. Bovendien merkte de wetgever in de parlementaire geschiedenis bij art. 7:403 BW op dat de opdrachtgever de opdrachtnemer niet onredelijk mag belasten bij het invoeren van de informatieplicht.¹⁶⁸ Ook daarop sluit het oordeel van de voorzieningenrechter aan, al verwijst hij daar niet naar.

8.3.7 Hoor en wederhoor

De Regeling zorgverzekering verplicht de zorgverzekeraar de zorgaanbieder te informeren over de ‘zakelijke inhoud van de voorgenomen uitkomsten’ van een detailcontrole en de zorgaanbieder in de gelegenheid te stellen daarop binnen een redelijke termijn te reageren. De reactie van de zorgaanbieder dient de zorgverzekeraar ook te betrekken bij de vaststelling van de definitieve uitkomsten van de detailcontrole.¹⁶⁹ De Regeling zorgverzekering verplicht de zorgverzekeraar aldus tot het toepassen van hoor en wederhoor met betrekking tot de bevindingen van een detailcontrole. Onduidelijk is echter welke eisen precies gesteld moeten worden aan de berichtgeving over de zakelijke uitkomsten van een voorgenomen detailcontrole. In zorginkoopovereenkomsten wordt doorgaans in algemene zin verwezen naar de Regeling zorgverzekering. Daarnaast bevat een zorginkoopovereenkomst doorgaans een eigen bepaling inzake hoor en wederhoor.

¹⁶⁷ R.o. 5.13.

¹⁶⁸ Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 326. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/108.

¹⁶⁹ Art. 7.8 lid 4 Regeling zorgverzekering.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant stelt in *Vegro/CZ* in het kader van hoor en wederhoor strenge eisen aan de berichtgeving over en onderbouwing van de uitkomsten van een controle, mede in aanmerking nemend de ingrijpende rechtsgevolgen die de controle voor de zorgaanbieder kan hebben. De door de voorzieningenrechter gestelde eisen doen denken aan de in de jurisprudentie aan zorginkoopbeleid gestelde eisen van verifieerbaarheid, transparantie, non-discriminatie en objectiviteit.

Vegro Verpleegartikelen (Vegro) en CZ, Delta Lloyd, Ohra Zorgverzekeringen en Ohra Ziektelkostenverzekeringen (CZ) hebben al een aantal opeenvolgende jaren overeenkomsten gesloten met betrekking tot het verstrekken van hulpmiddelen aan verzekerden van CZ. Het betreft onder andere decubitus matrassen en kussens die dienen ter voorkoming van doorligwonden bij patiënten (AD-materiaal). Bij een controle in 2014 heeft CZ geconstateerd dat Vegro onvoldoende scoort op het onderwerp herindicaties. Over de uitgevoerde controle en op basis daarvan gedane bevindingen discussiëren partijen nadien in een bespreking en per post en e-mail. CZ biedt Vegro een overeenkomst aan voor 2015 met daarin de ontbindende voorwaarde dat de overeenkomst per 31 juli 2015 beëindigd wordt als Vegro gedurende de periode van 1 januari tot 30 juni 2015 de door CZ gestelde norm voor een of meer prestatie-indicatoren niet haalt, waaronder die voor herindicaties. Ook mag Vegro dan niet meedoen aan de selectie voor een overeenkomst voor 2016. In het algemene deel van de overeenkomst is bepaald dat de zorgverzekeraar de zorgaanbieder binnen twee maanden na de controledatum schriftelijk in kennis zal stellen van de controlebevindingen en de zorgaanbieder de gelegenheid zal geven daarop binnen redelijke termijn te reageren. Bij een controle in april 2015 bekijkt CZ 163 dossiers van cliënten van Vegro. CZ deelt Vegro in juni per brief mede dat Vegro niet voldoet aan het criterium herindicaties en dat de overeenkomst per 31 juli 2015 door CZ beëindigd wordt. In een overzicht dat als bijlage is bijgevoegd is per prestatie-indicator aangegeven hoeveel fouten zijn aangetroffen en wordt een score gegeven met een kleur (rood, oranje of groen). Ook is een Excel-overzicht bijgevoegd. Vegro betwist de bevindingen van CZ en stelt dat geen hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. CZ reageert op het commentaar van Vegro, per verzekerde. In september deelt CZ Vegro per brief mede dat de overeenkomst per 31 juli 2015 formeel beëindigd is en dat Vegro voor 2016 geen nieuwe overeenkomst zal worden aangeboden. Vegro vordert in kort geding uitvoering van de overeenkomst voor 2015 en voor 2016, omdat CZ de overeenkomst ten onrechte zou hebben beëindigd door geen hoor en wederhoor toe te passen en omdat Vegro wel voldoet aan de prestatie-indicatoren.¹⁷⁰

De voorzieningenrechter oordeelt dat de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde berusten bij de partij die zich op het vervuld zijn van de voorwaarde beroept.¹⁷¹ Volgens de voorzie-

170 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 3 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7776, *GJ* 2016/12 (*Vegro/CZ*), r.o. 1.1-3.2.

171 Onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2011:BP6597, *NJ* 2011/188.

ningenrecht hoeft CZ in een kort geding het in vervulling gegaan zijn van de voorwaarden niet te bewijzen, maar moet wel buiten redelijke twijfel zijn dat CZ terecht een beroep op de ontbindende voorwaarden heeft gedaan. De voorzieningenrechter wijst daarbij op de ingrijpende gevolgen voor de zorgaanbieder van het vervullen van de voorwaarden, omdat de lopende overeenkomst dan wordt beëindigd en het reële risico bestaat dat de zorgaanbieder voor het komende jaar geen overeenkomst krijgt aangeboden.¹⁷²

Volgens de voorzieningenrechter had van CZ verwacht mogen worden dat zij een

‘helder en inzichtelijk rapport [overlegt] waarin zij deugdelijk gemotiveerd beschrijft wat zij precies heeft onderzocht, welke onderzoeksmethoden hierbij zijn gebruikt, wie het onderzoek heeft uitgevoerd, aan welke normen is getoetst en wat de resultaten van dit onderzoek zijn, een en ander voorzien van bronmateriaal.’

Tevens dient het onderzoek ‘transparant en controleerbaar’ te zijn, ‘vanwege de ingrijpende rechtsgevolgen die een dergelijk onderzoek voor de zorgaanbieder kan hebben.’ De voorzieningenrechter vervolgt:

‘Ter voldoening aan het beginsel van hoor en wederhoor – dat hier bovendien contractueel is vastgelegd – is het noodzakelijk dat de zorgaanbieder een concept onderzoeksrapport krijgt toegezonden en voldoende gelegenheid krijgt hierop te reageren, schriftelijk maar desgevraagd ook mondeling, waarna CZ een definitief rapport opstelt. Op basis van *een dergelijke* zorgvuldige procedure is voor de zorgaanbieder voldoende duidelijk waarop CZ haar bevindingen baseert en kan de zorgaanbieder zich daartegen naar behoren verweren.’¹⁷³

CZ had hieraan niet voldaan, omdat bij de aanvankelijk toegestuurde tabellen een motivering ontbrak. CZ stelt dat ze nadien aan procedurele gebreken tegemoet is gekomen. De voorzieningenrechter acht zich echter niet in staat om het beroep van CZ op de ontbindende voorwaarde te beoordelen. Daarvoor zou nader onderzoek nodig zijn en daarvoor leent een kort geding zich niet. De voorzieningenrechter wijst erop dat in het dossier, bestaande uit veel brieven, e-mails en andere producties de samenhang ontbreekt. De gewenste samenhang en controleerbaarheid zou een rapport zoals hiervoor omschreven wel kunnen bieden. Ook wijst de voorzieningenrechter erop dat partijen zich beroepen op gegevens en verklaringen die zij niet hebben overgelegd.¹⁷⁴

Volgens de voorzieningenrechter staat dus niet buiten redelijke twijfel dat CZ terecht een beroep heeft gedaan op de ontbindende voorwaarde, zodat CZ de overeenkomst voor AD-materiaal voor 2015 met Vegro naar voorlopig oordeel ten onrechte heeft beëindigd. CZ moet de overeenkomst voor 2015 nakomen en Vegro voor 2016 de gelegenheid bieden mee te doen aan de selectie voor

172 R.o. 5.1.

173 R.o. 5.2.

174 R.o. 5.3.

een overeenkomst. CZ mag wel ook in die overeenkomst een ontbindende voorwaarde met betrekking tot prestatie-indicatoren opnemen, omdat tussen CZ en Vegro al sinds 2012 een discussie bestaat over met name herindicaties.¹⁷⁵

Opvallend vind ik dat de voorzieningenrechter de eisen van hoor en wederhoor niet koppelt aan art. 7.8 lid 4 Regeling zorgverzekering waar de zorgverzekeraar verplicht wordt de zorgaanbieder op de hoogte te stellen van de zakelijke uitkomsten van de detailcontrole. De Regeling zorgverzekering wordt in het vonnis in het geheel niet genoemd. Mogelijk is er door partijen ook niet aan gerefereerd. Vegro beroept zich op 'hoor en wederhoor' zonder meer. Uit de bepalingen in de overeenkomst blijkt niet wat daar onder moet worden verstaan. De voorzieningenrechter lijkt te toetsen aan 'het beginsel van hoor en wederhoor' en gaat ervan uit dat dit beginsel contractueel is vastgelegd. De voorzieningenrechter onderzoekt daarbij niet of partijen beoogd hebben met hun overeenkomst aan onder andere art. 7.8 lid 4 Regeling zorgverzekering te voldoen.¹⁷⁶ Daarnaast koppelt de voorzieningenrechter de eisen van hoor en wederhoor aan het voldoen aan de bewijslast. CZ heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de ontbindende voorwaarde is vervuld omdat CZ's onderzoek niet voldoende transparant en controleerbaar is en om diezelfde reden heeft CZ niet voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor. Onduidelijk is zo of de voorzieningenrechter van oordeel is dat de eisen van hoor en wederhoor voor zorgverzekeraars als CZ altijd inhouden dat zij transparant, controleerbaar en zorgvuldig onderzoek verrichten, in het geval van een materiële controle uitmondend in een rapport, of dat deze eisen in casu (mede) uit de omstandigheden van dit concrete geval voortvloeien. Eveneens is onduidelijk of de Zeeuwse voorzieningenrechter getracht heeft uitleg en toepassing te geven aan art. 7.8 lid 4 Regeling zorgverzekering, of aan hetgeen partijen overeengekomen zijn.

8.4 STOPPEN VAN BETALING EN TOEWIJZING VAN EEN GELDVORDERING IN KORT GEDING

8.4.1 Inleiding

Zorgverzekeraars stoppen hangende een materiële controle of fraudeonderzoek soms de uitbetaling van bij hen door de zorgaanbieder of verzekerden ingediende declaraties als zij vermoeden dat declaraties onverschuldigd zijn uitbetaald. Dat doen zij ook op momenten dat ze nog niet zeker weten dat ze in het verleden onrechtmatige of ondoelmatige declaraties hebben uitbetaald. Er is jurisprudentie waarin zorgaanbieders in zo'n geval uitbeta-

¹⁷⁵ R.o. 5.3-5.5.

¹⁷⁶ Zie r.o. 5.2.

ling van declaraties vorderen (vooral kort geding), of de vaststelling dat de opschorting/het stoppen met betalen onrechtmatig is (bodempcedures). In het kader van dit onderzoek is vooral relevant hoe kortgedingrechters algemene belangen en/of wettelijke taken en plichten meewegen in hun oordeel. Het merendeel van de jurisprudentie heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen een zorgaanbieder en zorgverzekeraar die niet, of niet meer, verbonden zijn door een zorginkoopovereenkomst. Ik bespreek deze jurisprudentie hier wel, omdat het vaak gaat om partijen die in een eerder jaar wel een zorginkoopovereenkomst met elkaar hadden en omdat de jurisprudentie ook relevant kan zijn voor gevallen waarin tussen partijen (bij aanvang van het geschil) (nog) wel een zorginkoopovereenkomst bestaat.

8.4.2 Wel een zorginkoopovereenkomst; kort geding

Voor de beoordeling van een geldvordering in kort geding geldt dat de rechter dient te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is¹⁷⁷ en of sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Ten aanzien van het tweede vereiste geldt voor de kortgedingrechter een verzwaarde motiveringsplicht: hij moet naar behoren feiten en omstandigheden aanwijzen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is.¹⁷⁸ In de afweging van de belangen van partijen zal de rechter mede het restitutierisico hebben te betrekken, oftewel het risico dat de eiser niet in staat zal zijn het bedrag dat hij bij uitvoering van het kortgedingvonnis ontvangt, aan de verweerder terug te betalen indien hij in de bodempcedure gelijk krijgt. Bij toewijzing bij voorraad van een geldvordering in kort geding is in zijn algemeenheid terughoudendheid op zijn plaats.¹⁷⁹

In een kortgedingprocedure voor de rechtbank Midden-Nederland tussen zorgverzekeraar ONVZ die betalingen op grond van een met Eiseres BV gesloten zorginkoopovereenkomst voor wijkverpleging opschort, past de rechter dit juridisch kader toe.¹⁸⁰ Anders dan in de overige in deze para-

177 De kortgedingrechter dient zich te richten naar de waarschijnlijke uitkomst van een eventuele bodempcedure. Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/334.

178 O.a. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, NJ 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*HBS c.s./Danestyle*); HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1522, NJ 2008/153, m.nt. H.J. Snijders (*Bax/Weijers*).

179 O.a. HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6341, NJ 2001/389, m.nt. H.J. Snijders (*L/Erven M*) en HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0660, NJ 2002/395 (*Arbeidsvoorzieningsorganisatie/Mr. Poelman q.q.*). Zie nader over de geldvordering in kort geding o.a.: Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/336; Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/230-232.

180 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3439 (*Eiseres BV/ONVZ*), r.o. 4.1.

graaf te bespreken jurisprudentie weegt de voorzieningenrechter daarbij geen maatschappelijke belangen mee, of het sectorspecifieke wettelijk kader zoals in de Wmg, Zvw en Regeling zorgverzekering opgenomen.¹⁸¹ Dat dit de enige rechterlijke uitspraak betreft die ziet op de situatie dat tussen partijen wel een zorginkoopovereenkomst bestond, lijkt me daarvoor niet relevant. Doorslaggevend lijkt veeleer dat de voorzieningenrechter het vrij aannemelijk acht dat de vorderingen van ONVZ in de bodemprocedure zullen worden toegewezen, waardoor een uitgebreide belangenafweging niet nodig is ter motivering van zijn oordeel.

ONVZ heeft voor 2018 en 2019 een zorginkoopovereenkomst ‘Verpleging en verzorging’ gesloten met Eiseres BV. Zij ontdekt in 2019 onder andere dat Eiseres BV de zorg niet zelf levert, maar dat drie onderaannemers dat doen. Dat is in strijd met de zorginkoopovereenkomst. Daarnaast vermoedt ONVZ dat sprake is van fraude. ONVZ heeft facturen van eind april tot en met juni 2019 daarom niet uitbetaald. Eiseres BV vordert in kort geding uitbetaling van deze declaraties. De voorzieningenrechter wijst de vordering af, omdat hij het voldoende aannemelijk acht dat de rechter in een bodemprocedure op basis van de door ONVZ gedane bevindingen in het fraudeonderzoek zal oordelen dat Eiseres BV jegens ONVZ is tekortgeschoten in haar verplichtingen. Ook het restitutierisico staat volgens de voorzieningenrechter in de weg aan toewijzing van de vordering van Eiseres BV, omdat aannemelijk is dat de vorderingen van ONVZ in een bodemprocedure zullen worden toegewezen. ONVZ is dus bevoegd tijdens haar (verdere) onderzoek naar de rechtmatigheid van de ingediende declaraties van Eiseres BV de uitbetaling daarvan op te schorten.¹⁸²

8.4.3 Geen zorginkoopovereenkomst; opschorting en rechtsverhouding

In de overige jurisprudentie is geen sprake van een zorginkoopovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. De zorgverzekeraar is dus contractueel niet verplicht de zorgaanbieder voor verleende zorg te betalen. Zo rijst de vraag op welke grond(en) een zorgaanbieder aanspraak kan maken op uitbetaling van declaraties (aan verzekerden). Ik stip die vraag hier kort aan onder verwijzing naar de rechtspraak en verwijs tevens naar 6.6, waar ik nader inga op de oorsprong van de betalingsplicht van

181 In bijv. Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739, GJ 2018/76 (*Kliniek Zuid/Zilveren Kruis*), r.o. 4.9-4.11 toetst de rechtbank de uitvoering van het fraudeonderzoek wel aan de Regeling zorgverzekering. Ook achtte de rechtbank het oplopende restitutierisico van belang en de omstandigheid dat Zilveren Kruis ‘zich niet onredelijk had opgesteld’ omdat ze op basis van het foutpercentage alsnog 40% van de declaraties had uitbetaald en na commentaar van de raadsman van Zilveren Kruis nog een aanvullende betaling heeft gedaan. Volgens de rechtbank was het proportioneel en rechtmatig dat Zilveren Kruis na een fraudemelding en gelet op de uitkomsten van het daaropvolgende fraudeonderzoek de uitbetaling van declaraties opschortte.

182 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3439 (*Eiseres BV/ONVZ*).

de zorgaanbieder en de rechtsverhouding waarin deze zich situeert bij verschillende verzekeringsaanspraken en indien wel of juist geen zorginkoop-overeenkomst is gesloten.

In *Opvoedpoli/CZ* beriep Opvoedpoli zich erop dat CZ zonder geldige reden declaraties opschort en vorderde de GGZ-aanbieder uitbetaling van declaraties. De verbintenis die CZ zou hebben opgeschort betrof de verbintenis jegens verzekerden tot betaling van een vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Verzekerden van Opvoedpoli hadden hun vorderingen op CZ tot vergoeding van 75% van de kosten van niet-gecontracteerde zorg¹⁸³ aan Opvoedpoli gecedeerd.¹⁸⁴ CZ stelt dat geen sprake is van opschorting van betalingsverplichtingen, omdat volgens haar pas een verplichting tot betaling ontstaat indien voldoende komt vast te staan dat voldaan is aan de voorwaarden die op grond van de verzekeringsovereenkomst gelden tussen CZ en de betrokken verzekerde. De voorzieningenrechter honoreert dit verweer en overweegt in de daaropvolgende rechtsoverweging:

‘Mede vanwege de wettelijke taak van CZ zorg te dragen voor een rechtmatige uitvoering van de zorgverzekering, mag CZ in dat kader nagaan of de verleende zorg inderdaad verzekerde zorg is en of de verzekerde aan de voorwaarden daarvoor voldoet. Ook de maatschappelijke verantwoordelijkheid van CZ verlangt dat CZ erop toe ziet dat de premiegelden die aan haar worden toevertrouwd juist worden besteed. Tegen die achtergrond is er voor CZ in het algemeen voldoende reden alert te zijn op de rechtmatigheid van declaraties die worden ingediend door de aanbieders van GGZ, zoals in dit geval Opvoedpoli.’¹⁸⁵

De voorzieningenrechter oordeelt in dit verband dat het op de weg van Opvoedpoli ligt aan te tonen dat zij verzekerde zorg verleent en dat zij in dat verband de informatie dient te verschaffen die CZ vraagt.¹⁸⁶

Ook in *CIRAN/DSW en SH* hebben patiënten getracht hun vorderingen op zorgverzekeraars DSW en SH aan de zorgaanbieder (CIRAN) over te dragen.¹⁸⁷ CIRAN stelt dat DSW en SH onrechtmatig handelen door declaraties van CIRAN niet uit te betalen aan verzekerden en de door haar geleverde zorg niet aan te merken als medisch-specialistische revalidatiezorg.¹⁸⁸ Volgens de rechtbank kan dat inderdaad onrechtmatig zijn jegens CIRAN, omdat DSW bij de uitvoering van de Zvw:

183 Het betreft de vergoeding ex art. 13 lid 1 Zvw.

184 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 28 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4907, *GJ* 2013/109 (*Opvoedpoli/CZ*), r.o. 4.10.

185 R.o. 4.12. Zie over opschorting en cessie Rongen 2012, nr. 209. Vgl. over het recht om declaraties van verzekerden voor niet-gecontracteerde zorg voorafgaand aan betaling te controleren ook Rb. Gelderland (vzr.) 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3720 (*Zusterindebuurt/Menzis*), r.o. 4.9, 4.14.

186 R.o. 4.13-4.17.

187 Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8875, *GJ* 2016/16 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 2.13.

188 R.o. 3.1.

‘rekening [behoort] te houden met de gerechtvaardigde belangen van de betrokken zorgaanbieder, zoals in dit geval Ciran. Deze op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting wordt in een geval als het onderhavige nader ingekleurd door het feit dat Ciran in grote mate afhankelijk is van de vraag of en, zo ja, tegen welk tarief, een zorgverzekeraar grond ziet om de door Ciran geleverde zorg te vergoeden. Het in dat verband door Ciran gestelde over haar financiële afhankelijkheid van DSW c.s. (dagvaarding onder 5.6-5.8) [is] door DSW c.s. niet betwist.’¹⁸⁹

De rechtsoverweging doet denken aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat een contractant (zorgverzekeraar) de belangen van een betrokken derde (zorgaanbieder) dient te ontzien door zijn gedrag bij de overeenkomst (zorgverzekeringsovereenkomsten) mede door die belangen te laten bepalen,¹⁹⁰ maar de rechtbank refereert hier aan de redelijkheid en billijkheid. Wellicht gaat de rechtbank ervan uit dat CIRAN na cessie schuldenaar van DSW en SH is geworden. Mogelijk is ook dat de rechtbank in zijn algemeenheid uitgaat van een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichting dat zorgverzekeraars zoals DSW bij de uitvoering van de Zvw rekening dienen te houden met de gerechtvaardigde belangen van zorgaanbieders als hun wederpartij. Indien de rechtbank DSW en SH als derden aanmerkt past de overweging dat zij rekening behoren te houden met de gerechtvaardigde belangen van CIRAN in de lijn van het relativiteitsoordeel dat de Hoge Raad gaf in het arrest VGZ c.s./Nutricia c.s.¹⁹¹

De rechtbank Rotterdam is in 2015 van oordeel dat DSW en SH onrechtmatig handelen jegens CIRAN met dit besluit de zorg van CIRAN niet meer te vergoeden aan verzekerden, tenzij daarvoor een deugdelijke grondslag bestaat.¹⁹² De rechtbank neemt (daarbij) naast het voornoemde in aanmerking dat het besluit van DSW en SH, om, op basis van de door haar uitgevoerde materiële controle, de als medisch specialistische revalidatiezorg gedeclareerde prestaties van CIRAN in het geheel niet meer te vergoeden, verstrekking is en grote gevolgen heeft voor CIRAN en de rechtbank slaat daarbij mede acht op het feit dat DSW en SH de zorg van CIRAN van 2009 tot en met 2012 (op grond van een zorginkoopovereenkomst) wel als medisch specialistische revalidatiezorg hebben vergoed. In 2019 oordeelt de rechtbank dat DSW en SH (achteraf gezien) rechtmatig en proportioneel hebben gehandeld door de uitbetaling van declaraties te stoppen, omdat de

189 R.o. 4.2.

190 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2014:1355, NJ 2017/364, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Vissers c.s./Compaen*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3.

191 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. 3.11.4-3.11.5. Zie ook HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83, m.nt. J. Legemaate (*CZ/Momentum*). Zie nader 4.2.1 en 6.5.2.

192 Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8875, GJ 2016/16 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 4.3.

door CIRAN geleverde revalidatiezorg inderdaad niet viel aan te merken als medisch specialistische zorg.¹⁹³

Overigens wordt in *CIRAN/DSW en SH* voorbij gegaan aan de vraag wanneer de vordering van de verzekerde op de zorgverzekeraar ontstaat tot vergoeding van kosten voor zorg verleend door een zorgaanbieder die de zorgverzekeraar niet gecontracteerd heeft.¹⁹⁴ Wanneer de vordering tot vergoeding van kosten voor niet-gecontracteerde zorg ontstaat, lijkt mij een kwestie van uitleg van de betreffende verzekeringspolis: heeft de verzekerde recht op vergoeding voor niet gecontracteerde zorg onder de ontbindende voorwaarde dat de zorg niet verzekerd is, of heeft de verzekerde recht op zorg onder de opschortende voorwaarde dat de zorgverzekeraar de zorg als verzekerde zorg aanmerkt? De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant lijkt in *Opvoedpoli/CZ* uit te gaan van het tweede.

8.4.4 Geen zorginkoopovereenkomst; wettelijke taak en belangenafweging

In de vorige paragraaf (8.4.3) besprak ik reeds het vonnis in de zaak *DSW en SH/CIRAN*. De rechtbank oordeelt dat DSW en SH rekening dienen te houden met de gerechtvaardigde belangen van CIRAN bij de uitvoering van de Zvw. De rechtbank refereert letterlijk aan ‘de uitvoering van [DSW c.s.] taken en de gebruikmaking van haar bevoegdheden.’¹⁹⁵ In de voorafgaande rechtsoverweging omschrijft de rechtbank die taken en bevoegdheden ook in die termen, terwijl zorgverzekeraars, zoals reeds uiteengezet in 8.2.4, bestuursrechtelijk gezien geen taak wordt opgedragen. De burgerlijke rechter acht hier kennelijk de feitelijke taakuitoefening relevant, daarbij wel refererend aan de verplichtingen waaraan DSW en SH in dat kader zijn gebonden:

‘DSW c.s. is (...) als zorgverzekeraar in de zin van de Zorgverzekeringwet gehouden aan de in de Zorgverzekeringswet genoemde taken voor zorgverzekeraars, waaronder het verzekeren van de krachtens die wet te verzekeren risico’s. Ter uitvoering van deze taak is DSW c.s. gebonden aan een aantal verplichtingen die voortvloeien uit onder meer de Zorgverzekeringswet, het Besluit zorgverzekering en de Wet marktordening gezondheidszorg en de aan die wet- en regel-

193 Rb. Rotterdam 30 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:947, *GJ* 2019/56 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 2.10. Overigens heeft de rechtbank Rotterdam DSW en SH bij vonnis van 8 december 2014 kennelijk veroordeeld tot betaling van 50% van de facturen van CIRAN. Het betreffende vonnis is niet gepubliceerd. Zie r.o. 2.14 van voornoemd vonnis van 30 januari 2019.

194 Het betreft de vergoeding in de zin van art. 13 lid 1 Zvw, waarop de zorgverzekeraar de verzekerde aanspraak dient te geven als die zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wendt. Zie daarover kort nader par. 2.2.2.

195 Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8875, *GJ* 2016/16 (*CIRAN/DSW en SH*), r.o. 4.2.

geving verbonden lagere regelgeving. Ter uitvoering van haar taak heeft DSW c.s. de bevoegdheid controle uit te oefenen op de rechtmatigheid van de door de zorgaanbieder geleverde en gedeclareerde zorg. Ook mag zij de doelmatigheid van de geleverde of gedeclareerde zorg controleren (...) (een en ander zoals uitgewerkt in de Regeling zorgverzekering).¹⁹⁶

In de kortgedingzaken waarin zorgaanbieders uitbetaling van declaraties van zorgverzekeraars vorderen, nemen kortgedingrechters mede maatschappelijke belangen in aanmerking. De belangenafweging door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda in *Europsyche/CZ*¹⁹⁷ is het meest uitgebreid.

CZ en andere zorgverzekeraars schortten in 2012 betalingen op aan niet-gecontracteerde Stichting Europsyche. Europsyche was een instelling voor de verlening van medisch-specialistische zorg, vooral geestelijke gezondheidszorg, die de zorg feitelijk liet verlenen door 1200 bij haar aangesloten vrijgevestigde hulpverleners of externe hulpverleners die deel uitmaken van een groepspraktijk of instelling (de deelnemers). Europsyche vorderde in rechte betaling van declaraties van zorgverzekeraar CZ. CZ stelde dat de zorg die Europsyche verleende krachtens haar polisvoorwaarden niet voor vergoeding in aanmerking kwam omdat – onder andere – meestal geen sprake was van een verwijzing van de in de polis aangewezen beroepsbeoefenaren en omdat de zorg niet door de in de polisvoorwaarden aangewezen beroepsbeoefenaren werd verricht, of niet aan de door CZ gestelde vereisten omtrent hoofdbehandelaarschap werd voldaan.

De voorzieningenrechter acht de kans gering dat de vorderingen van Europsyche in een bodemprocedure zullen worden toegewezen. Hij onderzoekt evenwel of ‘toch zodanige belangen aanwezig zijn aan de zijde van EuroPsyche dat, alle betrokken belangen in aanmerking nemend, enige bevoorschotting op zijn plaats is.’¹⁹⁸ Bij die belangenafweging neemt de voorzieningenrechter mede in aanmerking: ‘het algemene belang van continuïteit van zorgverlening en de medeverantwoordelijkheid daarvoor bij zorgverzekeraars in het vergoedingstelsel.’¹⁹⁹ Europsyche stelt in liquiditeitsnood te verkeren. Volgens de voorzieningenrechter is echter ‘(nog) niet aannemelijk’ en niet onderbouwd dat de deelnemers van Europsyche failliet gaan door de opstelling van CZ en/of dat toekomstige noodzakelijke zorg in gevaar komt door de opstelling van CZ. ‘Daartegenover staat het belang dat CZ heeft bij naleving van haar polisbepalingen die dienen tot waarborgen van kwaliteit van de zorg en beheersing van de kosten daarvan, waarbij de maatschappelijke context in aanmerking moet worden genomen,’ aldus de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter wijst

196 R.o. 4.1.

197 Rb. Breda (vzr.) 16 mei 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW5797, GJ 2012/94 (*Europsyche/CZ c.s.*), r.o. 4.4.10.

198 R.o. 4.4.10.

199 R.o. 4.4.1.

in dit verband op de kostenstijging in de GGZ en het belang van kostenbeheersing in de gezondheidszorg. De slotsom luidt dat deze algemeen-maatschappelijke belangen volgens de voorzieningenrechter op dit moment zwaarder wegen dan dat van EuroPsyche als organisatie.²⁰⁰

Andere kortgedingprocedures hebben betrekking op een geschil tussen VGZ en CIRAN. Het geschil heeft, net als het geschil tussen DSW en SH en CIRAN betrekking op de vraag of de door CIRAN geleverde revalidatiezorg is aan te merken als medisch specialistische zorg. De periode waarin de zorg is geleverd is wel een andere.

VGZ is in 2017 gestopt met de uitbetaling van declaraties voor zorg verleend door niet-gecontracteerde zorgaanbieder CIRAN, onder andere omdat de zorgverzekeraar meent dat zij over 2014-2016 onterecht declaraties heeft uitbetaald. CIRAN vordert van VGZ uitbetaling van declaraties over 2017. VGZ beroept zich op opschorting en verrekening.²⁰¹ De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat VGZ een vordering uit onverschuldigde betaling heeft op CIRAN, die zij met CIRAN's vordering mag verrekenen, maar kan de hoogte daarvan niet vaststellen. Een aanknopingspunt dat VGZ's vordering aanmerkelijk lager zou zijn dan die van CIRAN ontbreekt evenwel. De voorzieningenrechter wijst vervolgens enerzijds op het financiële risico dat VGZ loopt bij toewijzing van de vordering van CIRAN omdat CIRAN failliet dreigt te gaan, blijkend uit de financiële toestand waarin CIRAN zich bevindt, haar teruglopende patiëntenaantal (van zo'n 5000 naar zo'n 3000 per jaar) en het feit dat andere zorgverzekeraars om dezelfde redenen als VGZ gestopt zijn met de uitbetaling van declaraties. Anderzijds wijst de voorzieningenrechter erop dat deze omstandigheden ook het spoedeisend belang voor CIRAN onderstrepen. De voorzieningenrechter besluit:

'De belangen van VGZ en Ciran tegen elkaar afgewogen kan van VGZ niet worden verlangd dat zij niet alleen haar zekerheid in de vorm van haar mogelijkheid tot verrekening prijsgeeft maar bovendien nog veel meer miljoenen betaalt voor mogelijk niet verzekerde zorg. Daarbij weegt mee dat een groot maatschappelijk belang ermee is gemoeid dat alleen voor doelmatig en rechtmatig verleende zorg, die deels uit algemene middelen wordt gefinancierd, wordt betaald en dat VGZ gehouden is daarvoor te waken. Van VGZ mag wel worden verwacht dat zij op korte termijn stappen onderneemt om haar vordering uit onverschuldigde betaling in een bodemprocedure te doen vaststellen.'²⁰²

200 R.o. 4.4.10.

201 Volgens de voorzieningenrechter bestaat in beginsel voldoende samenhang tussen de vordering uit onverschuldigde betaling die VGZ stelt te hebben met betrekking tot declaraties uitbetaald over 2014-2016 en eventueel 2017 en de verbintenis tot uitbetaling van declaraties over 2017. Rb. Gelderland (vzr.) 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5697, RZA 2017/24 (CIRAN/VGZ), r.o. 4.9.

202 R.o. 4.10.

Het hof Arnhem-Leeuwarden vernietigt het vonnis van de Gelderse voorzieningenrechter en wijst CIRANs vordering toe. Volgens het hof is onzeker of VGZ een tegenvordering heeft waarmee zij de aanspraak van CIRAN op uitbetaling van declaraties over 2017 kan verrekenen. Voor de vaststelling van het bestaan en de omvang van die vordering zouden deskundigen moeten worden geraadpleegd. Zodoende is naar voorlopig oordeel van het hof eveneens onzeker of VGZ's beroep op opschorting proportioneel is. Het hof wijst op het restitutierisico dat VGZ loopt, maar vindt het risico dat Ciran op korte termijn in staat van faillissement wordt verklaard zwaarder wegen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat 30% van CIRANS omzet komt van (verzekerden van) VGZ.²⁰³

VGZ voldoet niet aan het arrest in kort geding van het hof Arnhem-Leeuwarden en legt eigenbeslag tot zekerheid van een vordering op CIRAN van ruim 22 miljoen euro. CIRAN vordert opheffing van dit beslag omdat VGZ zich schuldig zou maken aan misbruik van recht. De – wederom – Gelderse voorzieningenrechter laat het beslag in stand, omdat – samengevat – niet onaannemelijk is dat VGZ een vordering heeft op CIRAN, maar de hoogte ervan nog niet kan worden vastgesteld en het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden beperkt moet worden uitgelegd in die zin dat het eigenbeslag niet verbiedt, omdat hof's oordeel in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad zeer uitzonderlijk is.²⁰⁴

Het valt mij op dat het belang van continuïteit van de zorgverlening alleen in *Europsyche/CZ* door de rechter is meegewogen. Het lijkt me lastig voor een zorgaanbieder aannemelijk te maken dat dit belang in het geding is. Het staat onder omstandigheden echter wel tegenover het belang van kostenbeheersing en het belang te voorkomen dat het risico zich verwezenlijkt dat de zorgverzekeraar betaalt voor zorg die gelet op het bij en krachtens de Zvw geregelde niet voor vergoeding in aanmerking dient te komen.

8.5 DE VORDERING TOT TERUGBETALING VAN REEDS UITBETAALDE DECLARATIES

8.5.1 Rechtsgrond van de vordering

Als zorgverzekeraars bedragen terugvorderen die betrekking hebben op declaraties die zien op de periode waarin zij een overeenkomst hadden met de betreffende zorgaanbieder, rijst de vraag welke actie zij aan hun vordering ten grondslag kunnen leggen. Bij en krachtens de Zvw en Wmg is niet geregeld in welke gevallen een zorgaanbieder verplicht is een van

203 Hof Arnhem-Leeuwarden (k.g.) 15 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11070, *GJ* 2018/15, m.nt. A.F.H. ten Brummelhuis (*CIRAN/VGZ*), 5.4 en 5.13.

204 Rb. Gelderland (vzr.) 27 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6877, *RBP* 2018/33 (*CIRAN/VGZ*), r.o. 2.7-2.8.

een zorgverzekeraar ontvangen betaling op een declaratie terug te betalen en deze regelingen bieden ook niet de grondslag voor een dergelijke terugvordering.²⁰⁵ Daarvoor dient te rade worden gegaan bij het algemene vermogensrecht. Welke grondslagen in aanmerking komen voor terugvordering van onregelmatige declaraties hangt mede af van de inhoud van de zorginkoopovereenkomst en van de geconstateerde onregelmatigheid. Doorgaans beroepen zorgverzekeraars zich op meerdere grondslagen.²⁰⁶

In 8.1.3.4 bleek reeds dat de overeenkomst zelf dikwijls de grondslag biedt voor terugvordering van onrechtmatige declaraties door te bepalen in welke gevallen uitbetaalde declaraties kunnen worden teruggevorderd.²⁰⁷ Ook een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie kan tot de mogelijkheden behoren, bijvoorbeeld als declaraties niet voldoen aan het bij en krachtens de Wmg bepaalde en partijen zich ook contractueel tot naleving van de Wmg verbonden hebben.²⁰⁸ De schade kan dan gelegen zijn in het betalen van meer dan waartoe de verzekeraar contractueel gehouden was. Verplicht de zorginkoopovereenkomst de zorgverzekeraar alleen tot uitbetaling van declaraties die voldoen aan bepaalde wettelijke en contractuele eisen, dan komt ook de vordering uit onverschuldigde betaling in aanmerking wanneer niet aan deze eisen is voldaan. De zorginkoopovereenkomst vormt niet de grondslag voor betaling van declaraties die niet aan deze eisen voldoen, is dan de redenering. Ten slotte komt de onrechtmatige daad als grondslag in aanmerking, met name wanneer de zorgaanbieder op een met de wet strijdige wijze heeft gedeclareerd. De schade bestaat in de ten onrechte uitbetaalde bedragen.²⁰⁹

205 Aldus ook Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:398 (*DSW en SH/HKZ*), r.o. 4.8. Ook het Protocol materiële controle ZN en de Nrcz bieden deze grondslag niet. Zie 8.2.5.3 en 8.2.6.

206 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7512, *GJ* 2016/157 (*MCR/Achmea*), r.o. 4.2.

207 Zie bijv. ook Rb. Haarlem 20 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2255 (*Achmea c.s./Fysiotherapeut A*), r.o. 3.1.

208 Vgl. bijv. Rb. Amsterdam 12 april 2017, aangehaald in Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463, r.o. 3.1-3.2.

209 Vgl. Rb. Oost-Brabant (tussenvonnissen) 12 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2130, *GJ* 2017/92 (*DSW en SH/GGZ Momentum*), r.o. 3.3. Onder (uitzonderlijke) omstandigheden zou ook sprake kunnen zijn van bedrog en/of dwaling ten tijde van totstandkoming van de overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer de zorgverzekeraar ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in de veronderstelling verkeerde dat de zorgaanbieder verzekerde zorg verleent, terwijl dat niet het geval is. Na vernietiging van de overeenkomst zou de zorgverzekeraar uitbetaalde declaraties op grond van onverschuldigde betaling kunnen terugvorderen. In rechte is tot nog toe bij mijn weten echter geen beroep gedaan op dwaling of bedrog ter onderbouwing van een vordering op grond van onverschuldigde betaling. Ik verwacht dat het doorgaans lastiger zal zijn te bewijzen dat bij het aangaan van de overeenkomst sprake was van bedrog, schending van een mededelingsplicht of wederzijdse dwaling dan dat op grond van de gesloten overeenkomst geen recht op betaling van declaraties bestond of dat in strijd met de wet gedeclareerd is.

8.5.2 Relativiteit art. 35 Wmg en regulering verzekerde prestaties

Baseert een zorgverzekeraar zijn vordering tot terugbetaling van onrechtmatige declaraties op de onrechtmatige daad vanwege schending van art. 35 Wmg of het bij en krachtens de Zvw geregelde, dan rijst de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Beschermen deze normen tegen schade die zorgverzekeraars lijden indien zorgaanbieders zorg declareren in strijd met het verbod van art. 35 Wmg of in strijd met het bij en krachtens de Zvw geeregelde?²¹⁰

De rechtbank Oost-Brabant oordeelde in een geschil tussen zorgverzekeraars DSW en SH en aanbieder van geestelijke gezondheidszorg GGZ Momentum mijns inziens terecht bevestigend ten aanzien van art. 35 Wmg:

‘Met betrekking tot het relativiteitsvereiste oordeelt de rechtbank dat de overtreding van 35 lid 1 Wmg (ook) leidt tot schadeplichtigheid van de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar die als gevolg van die overtreding schade lijdt. De Wmg dient ertoe om marktwerking in de gezondheidszorg – omkleed met de nodige waarborgen – mogelijk te maken, onder meer door bepaalde begrenzings aan te brengen op het gebied van de tarieven en de declaratiemethode. Het doel van het introduceren van marktwerking in de gezondheidszorg was om de kosten van de gezondheidszorg te minimaliseren. In dit kader is bij de zorgverzekeraars een grote mate van verantwoordelijkheid voor de beoogde kostenbeheersing neergelegd. Tegen deze achtergrond moeten zorgverzekeraars zich in voorkomende gevallen op de verbodsbepaling van artikel 35 lid 1 Wmg kunnen beroepen.’²¹¹

Bezien vanuit de zorginkoopovereenkomst ligt het voor de hand dat de zorgverzekeraar controleert of de zorgaanbieder zich aan de overeenkomst heeft gehouden. Bezien vanuit het zorgverzekeringsstelsel is die controle ook van belang en wordt de toezichthoudende rol van de zorgverzekeraar bovendien versterkt door de verbodsbepaling van art. 35 Wmg. Voorts geldt dat voor zover de zorgaanbieder meer heeft gedeclareerd of andere zorg heeft gedeclareerd dan op grond van tarief- en prestatieregulering toegestaan, het algemeen belang dat geen onnodig hoge zorgkosten ten laste van verzekerden en van de publieke middelen komen grotendeels samenvalt met het individuele belang van de zorgverzekeraar om niet te hoeven betalen voor tarieven en prestaties die een zorgaanbieder in strijd met art. 35 Wmg declareert.²¹²

210 Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1; HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, RvdW 2019/964 (*Schiet-incident Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.1.3.

211 Vgl. Rb. Oost-Brabant (tussenvonnis) 12 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2130, GJ 2017/92 (*DSW en SH/GGZ Momentum*), r.o. 5.20.4. Zie nadien ook Hof Den Haag 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2240 (*X/DSW*), r.o. 24. Zie ook Ekelmans 2020, p. 160-161.

212 Tariefregulering kan marktwerking faciliteren en dient zo ter borging of bevordering van de verwezenlijking van publieke belangen. *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 3.

Ook de regelgeving voor de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties bij en krachtens de Zvw strekt mijns inziens ter bescherming van door zorgverzekeraars geleden schade vanwege declareren in strijd met de wet. De regulering van de inhoud en omvang van het verzekerde pakket strekt er mede toe te begrenzen welke zorg in een op solidariteit gebaseerd systeem ten laste van de gezamenlijke premiebetalers en publieke middelen²¹³ dient te komen. Deze regelgeving geeft zo invulling aan de schade (behoefte aan zorg) die zorgverzekeraars moeten dragen. Ook hier kan gewezen worden op het doel de kosten van de gezondheidszorg te beheersen.²¹⁴

8.5.3 Beperking omvang schadevergoeding vanwege verleende zorg

Wanneer de zorgverzekeraar reeds uitbetaalde declaraties kan terugvorderen op grond van wanprestatie, onrechtmatige daad en/of onverschuldigde betaling, heeft de zorgaanbieder meestal wel zorg verleend. Moet het feit dat wel zorg is verleend in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding (6:97 BW), al dan niet als door de zorgverzekeraar genoten voordeel (art. 6:100 BW)? Het staat de zorgverzekeraar sowieso vrij de hoogte van de gevorderde schadevergoeding te beperken tot het verschil tussen de prijs voor de onjuist gedeclareerde prestaties en de prestatie die daadwerkelijk geleverd is.²¹⁵ Vordert de zorgverzekeraar het volledige bedrag van de onjuiste declaratie terug, dan is voor het in aanmerking nemen van wel geleverde zorg ten eerste vereist dat de zorg die feitelijk wel is verleend op grond van de zorginkoopovereenkomst voor vergoeding in aanmerking komt. Indien de zorgaanbieder de verleende zorg in rekening heeft gebracht op een wijze die in strijd met art. 35 lid 1 Wmg, geldt verder dat de waarde van de door de zorgaanbieder verleende zorg alleen op de te betalen schadevergoeding in mindering dient te worden gebracht indien de zorgaanbieder in overeenstemming met het bij en krachtens de Wmg bepaalde heeft onderbouwd welke prestaties hij heeft geleverd en welke tarieven de zorgverzekeraar daarvoor moet betalen.²¹⁶ Op grond van art. 35 lid 3 Wmg is het een zorgverzekeraar immers

213 In de Rijksbegroting zijn ook de premies vermeld als inkomsten en zij onderdeel van het Uitgavenplafond zorg. Zie 3.2.2.1 en 3.2.2.6.

214 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 78. Vgl. ook 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. 3.11.4.

215 Bijv. Rb. Noord-Nederland 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3374, *GJ* 2021/120 (*Zorgverzekeraars/Accare*).

216 Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, *NJ* 2016/159, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Michielse/Gemeente Reusel-De Mierden*), r.o. 3.6.3, waarin de Hoge Raad overweegt dat het op de weg van de gemeente ligt in het kader van een vordering op grond van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van haar vordering aannemelijk te maken. De gemeente dient haar vordering zodanig toe te lichten en te onderbouwen dat het voor de wederpartij redelijkerwijs mogelijk is daartegen verweer te voeren.

verboden te betalen voor prestaties waarvoor de zorgaanbieder een andere prestatieomschrijving of ander tarief hanteert dan ervoor is vastgesteld en op grond van art. 35 lid 4 Wmg kunnen zorgaanbieders aan het in rekening brengen van een met art. 35 lid 1 Wmg strijdig tarief geen rechten ontleen. Voor zover de zorgaanbieder zich op art. 6:100 BW beroept is mijns inziens voldaan aan het vereiste dat de schade en het voordeel door dezelfde gebeurtenis zijn veroorzaakt. De normschending bestaat in het in strijd met art. 35 Wmg declareren en het voordeel aan de zijde van de zorgverzekeraar in het niet hoeven betalen voor zorg die niet overeenkomstig de wet gedeclareerd is, maar waarmee de verzekerde – en daardoor ook de zorgverzekeraar – wel gebaat is en die tot de verzekerde prestaties behoort.²¹⁷

Zie bijvoorbeeld het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant in de zaak van DSW en Stad Holland tegen GGZ Momentum, met betrekking tot – onder andere – onrechtmatig gedeclareerde dagbesteding. GGZ Momentum had ten onrechte de door haar geboden daginvulling als (geneeskundige) dagbesteding gedeclareerd.²¹⁸ DSW en SH vorderden bij wijze van schadevergoeding terugbetaling van het gehele voor deze prestatie uitbetaalde bedrag. GGZ Momentum voerde aan dat de zorg duurder was geweest als zij die als verblijfsdagen had gedeclareerd, uitgaande van de hoogste tarieven die voor verblijfsdagen in rekening kunnen worden gebracht. De rechtbank ging bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding aan deze stelling voorbij, omdat GGZ Momentum die naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende had onderbouwd. Volgens de rechtbank had GGZ Momentum voor de onrechtmatig gedeclareerde zorg ‘in beginsel wel recht op een vergoeding die (wel) overeenstemt met de wettelijke kaders’, maar

‘volgt naar het oordeel van de rechtbank uit artikel 35 Wmg ook dat Momentum pas daadwerkelijk aanspraak op betaling heeft, indien en zodra zij het haar toekomstige tarief door middel van een correct geregistreerde dbc gedeclareerd heeft. Zo lang die situatie zich niet voordoet, hebben de door DSW en Stad Holland (op grond van de onrechtmatige declaraties) gedane uitkeringen in hun geheel te gelden als onterecht en dient dit door een vergoeding zijdens Momentum te worden verholpen.’²¹⁹

De rechtbank wees de vordering tot terugbetaling van het volledige bedrag voor geneeskundige dagbesteding toe en vond voor die beslissing steun in art. 35 lid 4 Wmg, op grond waarvan zorgaanbieders aan het in rekening brengen van een met art. 35 lid 1 Wmg strijdig tarief geen rechten kunnen ontleen.

217 Volgens de Hoge Raad worden de schade en het voordeel door dezelfde gebeurtenis veroorzaakt als tussen de normschending en de voordelen aan de zijde van de benadeelde een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*), r.o. 4.4.3; HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*), r.o. 3.5.

218 Rb. Oost-Brabant (tussenvonnis) 12 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2130, GJ 2017/92 (*DSW en SH/GGZ Momentum*).

219 R.o. 5.20.6.

Een bepaling als art. 35 (lid 3 en 4) Wmg ontbreekt in de Zvw. Desalniettemin geldt mijns inziens ook voor het bepalen van de omvang van de schadevergoeding vanwege declararen in strijd met de Zvw, dat de waarde van de wel verleende zorg alleen in aanmerking dient te worden genomen indien en voor zover de zorgaanbieder heeft onderbouwd welke verzekerde prestaties hij heeft geleverd. Zo zou bijvoorbeeld zorg die ten onrechte is gedeclareerd als medisch specialistische revalidatiezorg mogelijk wel als eerstelijns zorg kunnen worden aangemerkt. Een zorgverzekering die meer of minder dan de verzekerde prestaties dekt, is geen zorgverzekering in de zin van de wet (art. 1 sub d Zvw). De in 8.2 besproken regelgeving bij en krachtens de Zvw dient er voorts toe bij te dragen dat zorg waarop de verzekerde op grond van de wet geen aanspraak heeft, niet wordt meegenomen in het risicovereveningssysteem. Ter zake van niet-verzekerde zorg heeft een verzekerde in beginsel in het geheel geen recht op vergoeding. In *VGZ c.s./Nutricia c.s.* oordeelde de Hoge Raad dat zorgaanbieders er aanspraak op kunnen maken dat zorgverzekeraars de bij en krachtens art. 11 Zvw omschreven zorg verstrekken of vergoeden, omdat hun marktpositie mede wordt geregeld door de Zvw en de Zvw mede beoogt voorwaarden te scheppen voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg.²²⁰ De strekking van de bepaling in het licht van het zorgverzekeringsstelsel brengt mijns inziens eveneens mee dat zorgaanbieders alleen aanspraak kunnen maken op het in mindering brengen van de waarde van de door hen verleende zorg op de omvang van de door hen te betalen schadevergoeding als zij zorg hebben verleend waarop verzekerden aanspraak maakten. Zo staat het ontbreken van een benodigde verwijzing of toestemming vooraf eraan in de weg dat de zorg die de zorgaanbieder aan verzekerden van de zorgverzekeraar heeft verleend – zonder die verwijzing of toestemming – in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding die hij aan de zorgverzekeraar verschuldigd is vanwege onjuist declareren. Een toestemmings- of verwijzingseis begrenst namelijk de omvang van de verzekeringsdekking.

In een geschil tussen GGZ-instelling Allekleur en Achmea c.s. oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat de vordering van Achmea c.s. op grond van onverschuldigde betaling van declaraties niet verminderd moest worden met de waarde van de onjuist gedeclareerde behandelingen. Allekleur was een aanbieder van specialistische geestelijke gezondheidszorg. Zij had met de verschillende tot het concern Achmea behorende zorgverzekeraars een zorginkoopovereenkomst of betaalovereenkomst gesloten. Bij een materiële controle blijkt dat de verwijsbrieven die op grond van de overeenkomsten en art. 14 lid 2 Zvw aanwezig behoorden te zijn voor de tweedelijns zorg die Allekleur leverde, in een deel van de onderzochte dossiers ontbraken. De rechtbank oordeelde dat de betalingen voor declaraties die zien op zorg waarvoor een verwijzing ontbrak

220 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. 3.11.4-3.11.5.

onverschuldigd waren. Allekleur stelde dat Achmea door de behandelingen gebaat was, omdat de verzekerden de behandelingen nodig hadden. Volgens de rechtbank bracht dat echter niet met zich mee dat Achmea de behandelingen zou moeten vergoeden. De verwijzing was een voorwaarde voor dekking op grond van de zorgverzekering en daarmee 'een ingangsvereiste voor de gedeclareerde zorg.' Van Achmea c.s. kon volgens de rechtbank niet verlangd worden dat zij door vergoeding van de behandelingen de dekking van haar zorgverzekering zou uitbreiden boven wat ze op grond van de Zvw zou moeten bieden.²²¹

8.5.4 Terugvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

Het komt voor dat zorgaanbieders zich jegens zorgverzekeraars verweren tegen een vordering tot terugbetaling van declaraties met een beroep op rechtsverwerking. Indien de zorgverzekeraar declaraties terugvordert omdat de zorgaanbieder in strijd met tarief- en prestatieregels of de regels voor de verzekerde prestaties bij en krachtens respectievelijk de Wmg en Zvw gedeclareerd heeft, dan zijn die dwingende regels mede van belang voor het al dan niet honoreren van een beroep op rechtsverwerking van de zorgaanbieder. Met honorering van een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid moet terughoudendheid worden betracht.²²² Dat geldt te meer voor een beroep op verwerking van het recht op terugbetaling van wat in strijd met een dwingende wetbepaling onverschuldigd is betaald. Aan zo'n beroep op rechtsverwerking moeten volgens de Hoge Raad zware eisen worden gesteld.²²³ In zijn algemeenheid geldt dat van rechtsverwerking sprake is, indien de gerechtigde zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht onverenigbaar is.²²⁴ Het enkele feit dat de gerechtigde gedurende een bepaald tijdsbestek zijn recht niet heeft ingeroepen is voor rechtsverwerking onvoldoende. Vereist is dat zich bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan als gevolg waarvan

221 Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, GJ 2015/96 (*Allekleur/Achmea c.s.*), r.o. 4.28-4.30. Allekleur vorderde uitbetaling van declaraties. Achmea stelde in reconventie dat zij een tegenvordering heeft op Allekleur, omdat zij onverschuldigd declaraties heeft betaald.

222 Zie o.a. *Asser/Sieburgh 6-III 2022/413* en de daar genoemde bronnen; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/49.

223 HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ziekenfonds/Klijzen*), waarover ook Valk, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 4.6.3.3, bijgewerkt tot 20-07-2022. In *Ziekenfonds/Klijzen* oordeelde de Hoge Raad dat in het betreffende geval aan de zware eisen was voldaan door de houding die de ziekenfondsen jarenlang hadden ingenomen en het vertrouwen dat ze daarmee hadden gewekt. Twee ziekenfondsen hadden jarenlang tarieven aan twee apothekers betaald op grond van een regeling die ongeldig was, vanwege het ontbreken van goedkeuring in de zin van het toenmalige art. 46 Zfw.

224 HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0271, NJ 1991/708 (*Bankmanager*).

bij de wederpartij van de gerechtigde het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, of dat de positie van de wederpartij onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in het geval dat de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.²²⁵

In lijn met de hier besproken rechtspraak honoreert de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland een beroep op rechtsverwerking van zorgaanbieder CIRAN jegens zorgverzekeraar VGZ niet.

CIRAN is een instelling voor medisch specialistische revalidatiezorg. Van 2009 tot en met 2011 had CIRAN een zorginkoopovereenkomst met VGZ voor de levering van deze zorg. Sindsdien hebben veel verzekerden VGZ gemachtigd namens hen te declareren en heeft VGZ deze declaraties betaald. Begin 2016 kondigt VGZ aan een materiële controle bij CIRAN uit te voeren over het jaar 2014, aanvankelijk gericht op vermeende upcoding van behandelingen voor chronische pijn en psychische stoornissen. VGZ ontdekt bij de controle dat de zorg van CIRAN überhaupt niet aan de vereisten van medisch specialistische revalidatiezorg voldoet. Met ingang van 15 maart 2017 stopt VGZ de uitbetaling van declaraties aan CIRAN. CIRAN vordert in kort geding uitbetaling van de declaraties. VGZ beroept zich op haar opschortingsrecht,²²⁶ omdat zij over de jaren 2014-2017 circa 20 miljoen euro onverschuldigd zou hebben betaald aan CIRAN. CIRAN stelt daarop dat VGZ haar recht verwerkt heeft om deze declaraties achteraf terug te vorderen.

De voorzieningenrechter overweegt dat enkel tijdsverloop tussen het moment van uitbetaling van de declaraties en het moment waarop VGZ heeft gesteld dat ze onverschuldigd heeft betaald onvoldoende is voor honorering van een beroep op rechtsverwerking. Van bijkomende omstandigheden is in casu evenmin sprake. De voorzieningenrechter wijst erop dat declaraties voorafgaand aan uitbetaling slechts beperkt gecontroleerd worden en dat pas bij een uitgebreide materiële controle achteraf kan worden vastgesteld of rechtmatig gedeclareerd is. Dat controleproces neemt tijd in beslag. Op het feit dat VGZ in casu pas begin 2016 controles uitvoert over 2014, gaat de voorzieningenrechter niet in. De voorzieningenrechter wees in dit verband expliciet op de in de wet geregelde mogelijkheid dat de zorgverzekeraar achteraf een controle uitvoert en op art. 35 Wmg, op grond van welke bepaling VGZ zou moeten terugvorderen:

‘Aan een uitbetaling kan de zorgverlener, mede in verband met de mogelijkheid van een op de wet gebaseerde materiële controle achteraf, niet het vertrouwen ontlenen dat de zorgverzekeraar zich later niet meer op het standpunt kan stel-

225 HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, AA 1996, p. 444, m.nt. Jac. Hijma (*Van den Bos/Provincial*); Zie nader o.a. Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3), 2022/284.

226 Onduidelijk is waar dit opschortingsrecht zich situeert. Tussen VGZ en CIRAN bestaat geen overeenkomst meer.

len dat onverschuldigd is betaald. VGZ heeft de kwestie bij Ciran klaarblijkelijk aan de orde gesteld toen zij voldoende aanwijzingen had voor de mogelijkheid dat onterecht was gedeclareerd. Voorshands kan niet worden gezegd dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan terugvordering in de weg staan. Daarmee is ook het beroep op rechtsverwerking niet gegrond. Bij dit alles komt dat VGZ ook verplicht is tot terugvordering op grond van art. 35 Wet Marktordening Gezondheidszorg in geval betaald is voor niet verzekerde prestaties.²²⁷

Mijns inziens geldt in zijn algemeenheid dat zorgverzekeraars er in beginsel op mogen vertrouwen dat ingediende declaraties juist zijn en dat inherent aan het wettelijke systeem van achterafcontroles is dat het enige tijd duurt om de juistheid van declaraties vast te stellen.²²⁸ Daarbij komt dat van de zorgaanbieder verwacht mag worden dat hij juist declareert en er zelf op toeziet dat dat daadwerkelijk zo is. Deze uitgangspunten maken dat een beroep op verwerking van het recht tot terugvordering van onverschuldigde declaraties niet snel zal slagen. Wellicht slaagt het beroep wel als sprake is van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als de door de zorgaanbieder bij het declareren gemaakte fouten te wijten zijn aan handelen van de zorgverzekeraar.

Een beroep op rechtsverwerking werd ook gedaan door Stichting Medisch Centrum Rhijnauwen (MCR) in een geschil met Zilveren Kruis Achmea (Achmea).

MCR beriep zich er jegens en Achmea op dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat Achmea declaraties terugvorderde. MCR had van 2007 tot en met 2010 een zorgovereenkomst met Achmea. Zij mocht onder andere laboratoriumonderzoeken in rekening brengen bij Achmea, maar alleen als daar een verwijzing van een huisarts, bedrijfsarts of verloskundige aan ten grondslag lag, conform de polisvoorwaarden van de zorgverzekeringen die Achmea met verzekerden had gesloten. MCR had het indienen van declaraties bij Achmea uitbesteed aan Mediparc. Naar aanleiding van een klacht van een verzekerde in juli 2009 verrichtte Achmea onderzoek naar de declaraties voor laboratoriumonderzoek van MCR. Zij enquêteerde 51, bij steekproef geselecteerde, verzekerden.²²⁹ Zij lichtte MCR pas in juli 2010 in over de door haar uitgevoerde enquête en de uitkomst daarvan, terwijl ze MCR op grond van de zorgovereenkomst vooraf had moeten inlichten, zo stelt het hof vast.²³⁰ Ook voldeed ze in de tussenliggende tijd nieuwe declaraties van MCR. Bij de enquête ontdekt Achmea dat MCR via de declaratiesoftware bij Achmea vaak, bij 96%

227 Rb. Gelderland (vzr.) 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5697, RZA 2017/22 (CIRAN/VGZ), r.o. 4.8.

228 Deels toegespitst op een vergelijkbare zaak: concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:577, voor Hoge Raad 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902, *RodW* 2018/1119 (Achmea/MCR), onder 3.26 en 3.28.

229 Rb. Midden Nederland 1 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ9507, *GJ* 2013/91 (Achmea/MCR), r.o. 4.9.

230 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7512, *GJ* 2016/157 (MCR/Achmea), r.o. 5.15.

van de bevroegde verzekerden, heeft aangegeven dat aan gedeclareerde laboratoriumonderzoeken een verwijzing van een huisarts ten grondslag lag, terwijl dat niet zo was. Zonder verwijzing van de huisarts behoorden de laboratoriumonderzoeken niet tot de verzekerde prestaties.²³¹ Achteraf bleek dat het elektronische systeem dat Mediparc hanteerde 'huisarts' als default invoerde bij het betreffende veld. Achmea vorderde de onterechte declaraties terug op grond van de overeenkomst en – onder andere – onverschuldigde betaling. Het hof honoreerde evenwel het beroep van MCR op art. 6:248 lid 2 BW voor zover Achmea's vordering betrekking had op onterechte declaraties die zien op de periode van juli 2009 tot en met juli 2010. Het achtte daartoe doorslaggevend dat Achmea in 2009 wist van de foutieve declaraties en dat zij MCR daarover had moeten inlichten en zelfs had moeten waarschuwen. Ook nam het hof in aanmerking dat het onjuist declareren zijn oorzaak vond in de instelling in het elektronische declaratiesysteem waardoor automatisch de code voor 'huisarts' als verwijzer werd opgegeven en dat niet vaststond dat MCR zich ten koste van Achmea trachtte te verrijken, althans onterecht vergoedingen trachtte te ontvangen.²³²

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden vernietigd en verwezen naar het hof 's-Hertogenbosch. Volgens de Hoge Raad was het oordeel van het hof ontoereikend gemotiveerd, omdat uit eerdere overwegingen in het arrest blijkt dat Achmea volgens het hof in juli 2009 weliswaar een klacht ontving van een verzekerde over een declaratie, maar destijds nog niet bekend was met de vele gevallen waarin ten onrechte 'huisarts' als verwijzer in het declaratiesysteem was ingevoerd.²³³ Het hof 's-Hertogenbosch honoreerde na verwijzing het beroep van MCR op art. 6:248 lid 2 niet, omdat MCR zelf behoorde te weten dat alleen laboratoriumonderzoek op aanvraag van de huisarts onder de verzekerde zorg viel, het aan MCR zelf was om zich ervan te vergewissen dat het in een bepaald geval om verzekerde zorg ging en dat door de wijze waarop MCR declareerde voor Achmea niet kenbaar was dat de declaraties onjuist waren.²³⁴

Een bijzonderheid in deze zaak is overigens dat Achmea zich ten behoeve van haar terugvordering baseert op de uitkomst van enquêtes die zij onder verzekerden heeft gehouden. In de meeste andere in dit hoofdstuk besproken gevallen uit de rechtspraak gaat de zorgverzekeraar pas over tot terugvordering van declaraties nadat hij een detailcontrole bij de zorgaanbieder heeft aangekondigd. Art. 7.8 lid 1 onder e Regeling zorgverzekering vereist dat de zorgverzekeraar de zorgaanbieder vooraf schriftelijk inlicht over de detailcontrole en de daarmee te bereiken specifieke controledoelen. Een zorgverzekeraar lijkt op grond van de Regeling zorgverzekering niet verplicht een zorgaanbieder vooraf in te lichten over een enquête die hij af wil nemen bij verzekerden, omdat deze nog in het kader van de uitvoering van het algemene controleplan plaatsvindt. Dat algemene controleplan en het controledoel moet de zorgverzekeraar op grond van art. 7.7 Regeling zorgverzekering wel openbaar maken, maar dat wil niet zeggen dat

231 R.o. 5.9-5.14.

232 R.o. 5.15 en 5.18.

233 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902, *RvdW* 2018/1119 (*Achmea/MCR*).

234 Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2020 (na verwijzing), ECLI:NL:GHSHE:2020:982.

de zorgverzekeraar de betreffende zorgaanbieder over de enquête moet inlichten. Volgens het hof zou in deze zaak uit de overeenkomst volgen dat Achmea MCR voorafgaand aan de enquête had moeten inlichten. De betreffende bepaling uit de overeenkomst lijkt geënt op art. 7.8 Regeling zorgverzekering, maar is iets anders opgesteld, waardoor het inderdaad zo lijkt te zijn dat Achmea MCR ook over een voorgenomen enquête had moeten inlichten.

Achmea deed bij haar verweer tegen het beroep op rechtsverwerking geen beroep op de regels voor de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties bij en krachtens de Zvw, althans dat blijkt niet uit de uitspraak. Net als art. 35 Wmg zouden deze regels mijns inziens van invloed kunnen zijn op een beroep op rechtsverwerking. Honorering van een beroep op verwerking van het recht tot terugbetaling van declaraties voor zorg die niet aan die regels voldoet, kan er namelijk toe leiden dat de zorgverzekeraar tot betaling voor niet krachtens de Zvw verzekerde zorg wordt gedwongen, terwijl de wetgever beoogd heeft de inhoud en omvang van het verzekerde pakket te beperken.²³⁵

De rechtbank Midden-Nederland gaf een andere uitleg aan het recht op uitbetaling van declaraties van zorgaanbieder Allekleur, welke van invloed op het beroep op rechtsverwerking zou kunnen zijn. De rechtbank merkte de uitbetaling door Achmea c.s. aan Allekleur aan als een voorwaardelijke, namelijk onder voorbehoud van een eventuele controle achteraf. Bij een dergelijke uitleg van het recht op betaling van de zorgaanbieder, zou het beroep op rechtsverwerking van de zorgaanbieder gericht moeten zijn op het recht van de zorgverzekeraar zich op de ontbindende voorwaarde te beroepen. In casu achtte de rechtbank de omstandigheden waarop Allekleur haar beroep op rechtsverwerking baseerde echter niet bewezen. Of het recht op uitbetaling van de zorgaanbieder op grond van de zorginkoopovereenkomst een voorwaardelijk recht is, is een kwestie van uitleg. De wet bepaalt daar niets over en in art. 35 Wmg of een declaratieregeling ligt mijns inziens niet het vereiste besloten dat de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder overeenkomen dat uitbetaling onder de ontbindende voorwaarde van een negatief resultaat bij een eventuele formele of materiële controle achteraf geschiedt.

Volgens Achmea c.s. had Allekleur geen recht op uitbetaling van declaraties omdat verwijzingen voor de zorg ontbraken. Allekleur stelt dat de verzekerde op grond van de polisvoorwaarden de verwijfsbrief bij de declaratie moet voegen. Achmea c.s. had zo dus kunnen zien dat de verwijfsbrieven ontbraken en heeft desondanks betaald. De voorzieningenrechter stelt echter vast dat Achmea c.s. aan Allekleur en niet aan verzekerden diende te betalen op grond van de zorginkoopovereenkomsten respectievelijk betaalovereenkomsten die Achmea

235 Dat geldt uiteraard alleen als partijen beoogd hebben dat de zorg onder de in de Zvw geregelde prestaties valt en niet als de zorg in het kader van een aanvullende verzekering wordt verleend en gedeclareerd.

c.s. met Allekleur had gesloten en dat dat digitaal gebeurde, zonder overlegging van stukken en onder voorbehoud van controle achteraf. Onduidelijk is volgens de voorzieningenrechter hoe Achmea c.s. zo voorafgaand aan de betaling hadden moeten weten dat de verwijsbrief ontbrak.²³⁶

8.5.6 Bewijs van de omvang van de vordering op basis van extrapolatie van een steekproef

Bij het terugvorderen van gelden uitbetaald op foutieve declaraties maken zorgverzekeraars nogal eens gebruik van steekproeven en de extrapolatie daarvan. De zorgverzekeraar en zorgaanbieder kunnen onderling overeenkomen of en zo ja op welke wijze extrapolatie van een steekproef mag worden gebruikt ter vaststelling van de omvang van terug te betalen bedragen. De wet beperkt de contractsvrijheid van partijen op dit punt in beginsel niet.²³⁷ De zorgverzekeraar kan de steekproef en extrapolatie ook eenzijdig aanwenden en een vordering in rechte staven met een beroep hierop. Uit de jurisprudentie volgt dat in dat geval aan bepaalde vereisten voldaan dient te zijn, waarover hierna. Deze vereisten kunnen mijns inziens ook relevant zijn bij toetsing van tussen partijen gemaakte afspraken over extrapolatie van steekproeven aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, mede omdat deze vereisten ertoe strekken te voorkomen dat in strijd met art. 35 Wmg declaraties wel of niet uitbetaald worden of dat zorg niet wordt uitbetaald die wel tot het verzekerde pakket behoort en andersom. De wettelijke context kleurt daarbij de eisen van redelijkheid en billijkheid, in het kader van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.²³⁸

Het hof Amsterdam overwoog in aansluiting op uitspraken van de Commissie voor de Rechtspraak uit 1987²³⁹ en de rechtbank Midden-Nederland uit 2015²⁴⁰ dat ‘een vordering uit onverschuldigde betaling onder omstandigheden [kan] worden gebaseerd op basis van extrapolatie van een steekproef.’ De steekproeven en extrapolatie moeten volgens het hof wel geschieden volgens een ‘wetenschappelijk verantwoorde methodiek,’ ‘om te voorkomen dat declaraties ten onrechte worden teruggevorderd.’ Het hof

236 Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, GJ 2015/96 (*Allekleur/Achmea c.s.*), r.o. 4.9-4.10.

237 Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, GJ 2015/96 (*Allekleur/Achmea c.s.*), r.o. 4.32, over art. 36 lid 1 Wmg, waarop Allekleur zich had beroepen. De bepaling verplicht zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars een administratie te voeren waaruit blijkt welke prestaties overeengekomen en geleverd zijn. Dat wil niet zeggen dat ook alle geadministreerde declaraties moeten worden onderzocht ten behoeve van de terugvordering of verrekening van daarop uitbetaalde gelden.

238 Zie over de doorwerking van wetbepalingen in de redelijkheid en billijkheid 7.3.5; Voskamp 2018, p. 75.

239 Commissie voor de Rechtspraak Ziekenfondsen 29 april 1987, ECLI:NL:XX:1987:BM8254, RZA 1988/98 (*Extrapolatie steekproef*), r.o. 5.16.

240 Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, GJ 2015/96 (*Allekleur/Achmea c.s.*).

overweegt – woordelijk gelijk aan de Commissie voor de Rechtspraak en de rechtbank Midden-Nederland –:

‘Wil een extrapolatie als berekeningswijze en bewijsmiddel aanvaardbaar zijn dan dienen naar het oordeel van de Commissie volgens een wetenschappelijk verantwoorde methodiek steekproeven te worden uitgevoerd en geëxtrapoleerd. Daarbij dient bijvoorbeeld aandacht te worden besteed aan de navolgende aspecten:

- a. de steekproef dient zowel in absolute als in relatieve zin van voldoende omvang te zijn om een voldoende betrouwbaar beeld van het declaratiepatroon te geven;
- b. de steekproef dient aselekt te zijn en de gevolgde procedure bij het nemen van de steekproef dient inzichtelijk te worden gemaakt;
- c. de steekproef dient ook in de tijd gezien representatief te zijn voor de periode waarover extrapolatie plaatsvindt;
- d. extrapolatie dient uitsluitend per soort gedeclareerde verrichting plaats te vinden naar het totale declaratiebedrag voor die specifieke verrichting over de periode, waarvoor de steekproef representatief kan worden geacht;
- e. bij de extrapolatie van een steekproefresultaat zal een zekere onbetrouwbaarheidsmarge in acht dienen te worden genomen, waarvan de bandbreedte groter zal moeten zijn naarmate de steekproef relatief van geringer omvang was.’²⁴¹

Ik vind het interessant dat het hof in zijn motivering voor het toestaan van het baseren van een vordering uit onverschuldigde betaling op extrapolatie van een steekproef mede gewicht toekent aan het maatschappelijk belang dat geen zorgkosten in strijd met art. 35 lid 1 Wmg worden gedeclareerd:

‘Het Nederlandse zorgstelsel wordt gekenmerkt door een grote informatie-asymmetrie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar. Dit gegeven brengt mee dat de zorgverzekeraar vertrouwen moet kunnen stellen in de juistheid van de door de zorgaanbieder ingediende declaraties. Tegelijk belemmert de informatie-asymmetrie de zorgverzekeraar in het leveren van bewijs van onregelmatige zorgdeclaraties. Tegen deze achtergrond en gelet op het maatschappelijk belang dat geen zorgkosten in strijd met artikel 35 lid 1 Wmg worden gedeclareerd, kan een verlichting van de stelplicht en bewijslast van zorgverzekeraars in zoverre passend zijn, dat de vraag of een verzekeraar onverschuldigd heeft betaald als gevolg van onregelmatig ingediende zorgdeclaraties, wordt beantwoord aan de hand van een geëxtrapoleerde steekproef.’²⁴²

241 Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463 (*Achmea c.s./Aurelia*), r.o. 3.20. Zie ook Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3002; Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2739, *GJ* 2018/76 (*Kliniek Zuid/Zilveren Kruis*), r.o. 4.30 (hoger beroep: Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:190) waarin de rechtbank de opzet en uitvoering van de steekproef en extrapolatie toetst zonder eerst de door het hof Amsterdam genoemde criteria afzonderlijk op te sommen. Zie nog beknopter Hof den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802, *GJ* 2019/48, m.nt. M. Poelsema, r.o. 32.

242 R.o. 3.20.

Het hof faciliteert met deze verlichting van de stelplicht en bewijslast²⁴³ dat de zorgverzekeraar het maatschappelijk belang dient en dat het verbod van art. 35 Wmg niet wordt overtreden doordat de zorgverzekeraar te veel betaalt.²⁴⁴ De eisen die het hof stelt aan extrapolatie van de steekproef dienen te voorkomen dat de zorgaanbieder ten onrechte niet betaald krijgt. Tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers is vaker sprake van een informatie-asymmetrie.²⁴⁵ In de rechtspraak zijn voor verschillende situaties, waaronder medische aansprakelijkheid, regels gevormd voor de stelplicht en bewijslast die de opdrachtgever tegemoet komen.²⁴⁶ De omstandigheid dat het declaratiesysteem zodanig is ingericht dat een zorgaanbieder zijn declaratie voldaan krijgt op basis van slechts een formele toetsing en dat materiële controle pas na betaling plaatsvindt, vormt geen reden voor omkering van de bewijslast ten behoeve van de zorgverzekeraar die onrechtmatige declaraties terugvordert.²⁴⁷ De mogelijkheid voor de zorgverzekeraar om bewijs te leveren op basis van extrapolatie van een steekproef komt de zorgverzekeraar wel wat tegemoet en de noodzaak ervan wordt versterkt door art. 35 Wmg. Dat geldt mijns inziens ook voor de regels bij en krachtens de Zvw voor de verzekerde prestaties, al ontbreekt daarin een verbodsbepaling als art. 35 Wmg. Andere zorg dan tot de bij en krachtens de Zvw omschreven prestaties behoort, dient niet ten laste van

243 De stelplicht en bewijslast van een vordering uit onverschuldigde betaling rust op degene die zich daarop beroept. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:203 BW (bijgewerkt 02-10-2017); Ekelmans 2020, p. 338 en specifiek met betrekking tot terugvordering van onrechtmatige declaraties *Kamerstukken I* 2017/18, 33980, D, p. 19; Rb. Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:3374, *GJ* 2021/120 (*Zorgverzekeraars/ Accare*), r.o. 6.3.

244 Het Hof overweegt letterlijk in de in de hoofdtekst aangehaalde rechtsoverweging dat de vraag ‘of een verzekeraar onverschuldigd heeft betaald’ mag worden beantwoord aan de hand van een geëxtrapolerde steekproef. De extrapolatie heeft in feite pas nut in de omvangsfase. Op basis van extrapolatie wordt niet vastgesteld welke exacte declaraties onverschuldigd zijn, maar hoe groot de kans is dat ze dat zijn en welk bedrag van het geheel gezien de steekproef waarschijnlijk onverschuldigd is betaald.

245 Zie over de vraag of een zorginkoopovereenkomst een overeenkomst van opdracht is 5.5.

246 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/205. Zie nader ook de door hem genoemde bronnen. In Hof Den Haag 9 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1189 (*DSW en SH/HKZ*) achtte het hof op basis van onder meer benchmarkgegevens en dossieronderzoek in een aantal dossiers voorshands bewezen dat HKZ had gefraudeerd door bij DSW en SH (opzettelijk) op grote schaal behandelingen te declareren die zij niet daadwerkelijk had verricht. Zie nader over stelplicht, bewijslast en bewijswaardering van vorderingen op grond van onverschuldigde betaling die zich uitstrekken tot terugbetaling van meer declaraties dan waarover concrete gegevens in het geding zijn gebracht Ekelmans 2020, p. 337-341.

247 Rb. Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:3374, *GJ* 2021/120 (*Zorgverzekeraars/ Accare*), r.o. 6.4-6.5; concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1139, voor HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1859, *RvdW* 2020/11, par. 3.3; Ekelmans 2020, p. 338-339. In het arrest van het Hof Den Haag van 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802, *GJ* 2019/48, m.nt. M. Poelsema, r.o. 30, waarop voornoemd arrest van de Hoge Raad van 29 november 2019 betrekking heeft, had het hof de bewijslast wel gedeeltelijk omgekeerd, omdat de bewijspositie van DSW en SH door toedoen van HKZ is bemoeilijkt. HKZ liet na mee te werken aan uitbreiding van het dossieronderzoek.

publieke middelen en premies te komen in het op solidariteit gebaseerde zorgverzekeringssysteem.²⁴⁸ Daarnaast kost het de zorgverzekeraar en zorgaanbieder mogelijk veel tijd en (dus) geld als de (on)verschuldigdheid van iedere declaratie afzonderlijk moet worden vastgesteld. Een en ander geldt mijns inziens ook voor vorderingen tot terugbetaling op grond van onrechtmatige daad, wanprestatie, of de zorginkoopovereenkomst, met name indien het declaraties betreft die (tevens) in strijd zijn met de wet.

Ter illustratie bespreek ik hier nader de zaak *Achmea c.s./Aurelia*. Voor het hof Amsterdam procedeerden zeven zorgverzekeraars die onderdeel uitmaken van het Achmea concern en vier assurantietussenpersonen (samen: Achmea c.s.) tegen Aurelia BV (Aurelia), een bedrijf dat zeven vestigingen voor dermatologische zorg in Noord-Holland exploiteert. Achmea c.s. hadden van 2007 tot en met 2011 zorginkoopovereenkomsten gesloten met Aurelia, telkens voor de duur van een jaar. Bij Achmea c.s. ontstond twijfel over de juistheid van declaraties. Na vaststelling van een landelijke benchmark gaan Achmea c.s. in het voorjaar van 2012 over tot materiële controle. Daarbij voeren Achmea c.s. onder andere een detailcontrole uit waarbij steekproefsgewijs dossiers worden gecontroleerd en nemen ze enquêtes af. De controle richt zich op declaraties voor DBC 51 in 2011. Dbc 51 is een 'complexe poliklinische verrichting.' In 2011 heeft Aurelia € 462.863,89 gedeclareerd op DBC 51. In de jaren 2007-2011 in totaal € 2.660.772,49. Achmea c.s. vorderen in eerste aanleg € 1.021.736,63 terug aan onverschuldigd uitbetaalde declaraties voor DBC 51 over de periode 2007-2011. Ze extrapoleren daarbij de resultaten van de steekproef met dossiers uit 2011 naar de jaren 2007-2011. De rechtbank acht alleen de vordering tot terugbetaling van bedragen betaald op declaraties uit 2011 gedeeltelijk toewijsbaar.²⁴⁹ In hoger beroep beperken Achmea c.s. zich tot terugvordering van betalingen die zien op declaraties uit 2011 en vorderen ze € 162.889,84 van Aurelia.²⁵⁰ Partijen verschillen van opvatting over de vraag of de extrapolatie van de steekproef en het gebruik van de enquêtes een voldoende onderbouwing vormen van de vordering van Achmea c.s. op grond van onverschuldigde betaling.

In een rapport van 29 juli 2014 geven Achmea c.s. de opzet en uitkomst van de controle weer. Op basis van onder andere richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Dermatologie en de Instructie DBC-registratie Dermatologie en Venereologie van de Stichting DBC-Onderhoud hebben Achmea c.s. een normenkader opgesteld waaraan ze de declaraties hebben getoetst. Van de 686 declaraties waarin Aurelia in 2011 DBC 51 heeft gedeclareerd, hebben Achmea

248 O.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 78. De rechtbank Midden-Nederland past de in *Achmea c.s./Aurelia* gegeven criteria toe op een vordering tot terugbetaling van declaraties die onverschuldigd zouden zijn omdat de krachtens de Zvw en polisvoorwaarden vereiste verwijzing ontbrak. Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3426, *GJ* 2015/96 (*Allekleur/Achmea c.s.*).

249 Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1463 (*Achmea c.s./Aurelia*), r.o. 3.2. Achmea c.s. baseren zich primair op onverschuldigde betaling en subsidiair op wanprestatie. De rechtbank acht alleen de vordering op grond van wanprestatie toewijsbaar. Zie over deze grondslagen 8.5.1.

250 R.o. 1 en 3.18. De vordering strekt tot betaling aan Agis, OZF en Zilveren Kruis. Zie voor de onderlinge verdeling r.o. 1.

c.s. er 103 onderzocht, door middel van een detailcontrole en door de verzekeren waarvoor DBC 51 is gedeclareerd te enquêteren. Op basis van het onderzoek constateren Achmea c.s. dat 42 van de 103 onderzochte declaratieregels foutief zijn,²⁵¹ in de meeste gevallen omdat – in weerwil van de geldende richtlijnen – geen diagnose is gesteld door een patholoog anatoom of omdat de verzekerde in de enquête aangaf dat geen operatieve ingreep had plaatsgevonden terwijl dat voor declaratie van DBC 51 wel vereist is. De rechtbank controleert de onjuist bevonden declaraties en concludeert dat niet 42, maar 41 declaraties zonder rechtsgrond zijn verricht. In totaal hebben Achmea c.s. € 29.923,61 zonder rechtsgrond betaald. Dit betreft 41,14% van het totaalbedrag dat Achmea voor de declaratie van 103 maal DBC 51 heeft betaald.²⁵²

De vervolgvraag is of Achmea c.s. met de steekproef de terugvordering van 41,14% van het bedrag dat ziet op alle 686 declaraties voor DBC 51 in 2011 kunnen terugvorderen. Het hof neemt tot uitgangspunt dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de vordering uit onverschuldigde betaling op Achmea c.s. ligt.²⁵³

Het hof toetst vervolgens de opzet en uitvoering van de steekproef en stelt vast dat de steekproef en extrapolatie daarvan is verricht volgens wetenschappelijk verantwoorde methodiek.²⁵⁴ Het hof berekent de aan de verschillende verzekeraars te betalen bedragen opnieuw, omdat volgens het hof de onjuistheid van één van de onderzochte en onjuist bevonden declaraties niet voldoende aanvaardbaar is en wijst – in aanmerking nemende deze onjuistheid – de vorderingen van Achmea c.s. toe.

8.5.7 Geen recht op terugvordering bij schending controleplan

Art. 7.6 tot en met 7.8 Regeling zorgverzekering verplichten zorgverzekeraars een algemeen controleplan op te stellen en als zij over willen gaan tot detailcontrole tevens een specifiek controleplan. Als zorgverzekeraars zich niet houden aan de termijnen en procedures die zij in het door henzelf opgestelde controleplan hebben opgenomen, kan dat aan de toewijzing van een vordering tot terugbetaling van reeds uitbetaalde declaraties in de weg staan. Heeft de zorgaanbieder op vordering van de zorgverzekeraar wel gelden terugbetaald, dan kan dat onverschuldigd zijn. Schending door de zorgverzekeraars van door henzelf opgestelde procedureregels kan eveneens aan een beroep op een vervaltermijn in de weg staan, bijvoorbeeld een termijn waarbinnen de zorgaanbieder zou moeten klagen of een geding aanhangig zou moeten maken over de uitkomst van een controle en terugvordering van gelden op basis daarvan.

Een voorbeeld betreft de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage in een geschil tussen Achmea en een fysiotherapeut. Achmea vorderde in 2007 € 33.134,30 van de fysiotherapeut terug over het jaar 2005, omdat de geleverde

251 R.o. 2.9.

252 R.o. 3.9-3.15.

253 R.o. 3.19.

254 R.o. 3.21.

zorg niet aan de kwaliteitseisen zou hebben voldaan. De fysiotherapeut heeft het bedrag onder protest voldaan. Eind 2011 vordert de fysiotherapeut het bedrag terug van Achmea op grond van onverschuldigde betaling. Achmea verweert zich met een beroep op de vervalltermijn in de zorginkoopovereenkomst die zag op het jaar 2005.

De overeenkomst voor 2005 bepaalde dat geschillen die uit de overeenkomst voortvloeien binnen drie jaren na beëindiging van de overeenkomst bij de burgerlijke rechter – of na overeenstemming dienaangaande tussen partijen bij de Commissie voor de Rechtspraak Zorgverzekering – aanhangig moeten worden gemaakt, tenzij dat in redelijkheid en billijkheid niet mogelijk is. Volgens de rechtbank is de vervalltermijn alleen van toepassing voor de regeling waarvoor zij was beoogd, namelijk het door Achmea zelf opgestelde Beheersmodel. Buiten dat Beheersmodel is de vervalltermijn volgens de rechtbank niet van toepassing, nu deze strikt moet worden uitgelegd.²⁵⁵ Achmea had zich niet aan haar eigen Beheersmodel gehouden, door pas in november 2006 en in 2007 controles uit te voeren naar declaraties voor in 2005 geleverde zorg, terwijl het Beheersmodel – in overeenstemming met de destijds geldende Regeling administratie en controle ziekenfondsen Ziekenfondswet – bepaalde dat de controles in het betreffende boekjaar zouden worden uitgevoerd.

De fysiotherapeut had het door Achmea teruggevorderde bedrag bovendien onverschuldigd betaald, omdat Achmea niet op 'deugdelijke' wijze had vastgesteld dat de fysiotherapeut niet aan de gestelde kwaliteitseisen voldeed. Zo had Achmea de audit die de basis voor de terugvordering vormde, laten uitvoeren door een commercieel onderzoeksbureau en niet – zoals het Beheersmodel bepaalde – door een door de beroepsgroep ingestelde commissie. Anders dan overeengekomen had het auditbureau daarnaast getoetst aan strengere eisen dan de KNGF-richtlijn fysiotherapeutische Verslaglegging (2003). Achmea was ook niet ingegaan op de inhoudelijke reactie van de fysiotherapeut op het auditrapport, terwijl zij daartoe volgens het Beheersmodel wel gehouden was.²⁵⁶

Een vergelijkbaar feitencomplex lag ten grondslag aan een geschil tussen Achmea c.s. en een andere fysiotherapeut voor de rechtbank Haarlem. In deze zaak was de fysiotherapeut nog niet tot terugbetaling overgegaan. De rechtbank wees de vordering tot terugbetaling van Achmea af omdat Achmea – om nageenog dezelfde redenen als in de zaak voor de rechtbank 's-Gravenhage – niet op deugdelijke wijze had vastgesteld dat de fysiotherapeut niet aan de gestelde kwaliteitseisen voldeed.

8.6 UITSLUITING VAN EEN TOEKOMSTIGE OVEREENKOMST

Tekortkomingen in de door de zorgaanbieder geleverde zorg of de wijze van declaratie daarvan kunnen ertoe leiden dat de zorgverzekeraar voor een of meer opvolgende jaren geen overeenkomst meer wil sluiten met de zorgaanbieder. Het niet aanbieden, gunnen van of in onderhandeling

255 Rb. 's-Gravenhage, 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BZ7032 (*Achmea/Fysiotherapeut*), r.o. 4.2-4.3.

256 R.o. 4.6-4.8.

treden over een nieuwe overeenkomst fungeert zo in feite als een remedie op het niet voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen of schenden van bepaalde declaratieregels.²⁵⁷

Zorgverzekeraars kunnen op verschillende momenten wijzen op de consequenties van de wijze van uitvoering van de huidige overeenkomst voor in de toekomst al dan niet te sluiten overeenkomsten. Zo is in ieder geval een deel van de zorginkoopovereenkomsten expliciet opgenomen dat in bepaalde gevallen gedurende een bepaalde periode in de toekomst geen nieuwe overeenkomst zal worden aangegaan, of bijvoorbeeld pas weer nadat uit onderzoek van de zorgverzekeraar blijkt dat de zorgaanbieder wel (weer) aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet.²⁵⁸ Soms meldt de zorgverzekeraar pas lopende een controle of fraudeonderzoek dat afhankelijk van de uitkomst van het onderzoek geen nieuwe overeenkomst wordt aangeboden.²⁵⁹ Het komt ook voor dat zorgverzekeraars als uitsluitingscriterium voor een nieuwe overeenkomst stellen dat sprake is van een vermoeden van door de zorgaanbieder gepleegde fraude of het in een bepaalde voorgaande periode begaan van een ernstige beroepsfout.²⁶⁰

Zorgverzekeraars mogen bij hun zorginkoop, oftewel het aangaan van overeenkomsten met zorgaanbieders, de uitkomsten van materiële controles over declaraties in het verleden meewegen, zo oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden in *Regenboog c.s./Achmea c.s.*²⁶¹ Het hof verwees daarbij naar de bevoegdheid en verplichting van zorgverzekeraars op grond van onder andere de Zvw, de Regeling zorgverzekering en de Wmg om materiële controles uit te voeren en stelde dat Achmea c.s. als zorgverzekeraar op de kwaliteit en kostenbeheersing dient toe te zien.²⁶² Het hof wees er ook op dat de weigering van een nieuwe overeenkomst wel in strijd kan zijn met het mededingingsrecht – in het bijzonder het verbod op misbruik van machtspositie – en het verbintenissenrecht – met name de redelijkheid en billijkheid.²⁶³

257 Uitgaande van een ruime definitie van remedies, zoals bijv. gegeven door Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg 2011, p. 1: 'alle juridische middelen ten behoeve van de handhaving van rechten, de naleving van plichten en de sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht.'

258 Bijv. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668, *GJ* 2012/14 (*Beheersmodel fysiotherapie*), r.o. 1.3.

259 Bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 3 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7776, *GJ* 2016/12 (*Vegro/CZ*) en Rb. Arnhem (vzr.) 2 februari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP2876, *RZA* 2011/92 (*Reinaert Kliniek/UVIT*).

260 Bijv. Rb. Den Haag (vzr.) 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13599, *JAAN* 2018/16 (*Zorgfix/Zilveren Kruis*), r.o. 2.7.

261 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3666 (*Regenboog c.s./Achmea c.s.*), r.o. 4.28. Het oordeel van het hof blijft in cassatie in stand. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3565, *JGR* 2016/33, m.nt. M.D.B. Schutjens.

262 R.o. 4.28.

263 R.o. 4.8. Vgl. ook HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, *NJ* 2005/482, m.nt. M.R. Mok, *GJ* 2005/89, m.nt. G.R.J. de Groot (*Apothekers/Agis*), r.o. 3.4.2-3.4.3, waarover nader 4.3.1-4.3.2. Zie over de weigering van een opvolgende overeenkomst ook 4.3.6.

In zijn algemeenheid kunnen zowel de contractuele, postcontractuele als de precontractuele redelijkheid en billijkheid van belang zijn bij de beoordeling van een weigering van een zorgverzekeraar een overeenkomst met een zorgaanbieder aan te gaan. In *Regenboog c.s./Achmea c.s.* is tevergeefs gesteld door Regenboog c.s. dat het niet aangaan van een nieuwe overeenkomst in strijd is met verplichtingen die uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid over de duur van de overeenkomst voortvloeien en dat een beroep op het geëindigd zijn van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁶⁴ Het hof overweegt namelijk dat, ervan uitgaande dat een zorginkoopovereenkomst een duurovereenkomst voor bepaalde tijd is, uit de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet snel zal voortvloeien dat de zorgverzekeraar gehouden is de zorgaanbieder een nieuwe overeenkomst aan te bieden.²⁶⁵ Uit de postcontractuele redelijkheid en billijkheid zal die gehoudenheid evenmin snel voortvloeien.

De postcontractuele redelijkheid en billijkheid kan mogelijk wel de grondslag vormen voor schadevergoeding, eventueel in de vorm van het gedwongen voortzetten van de oude overeenkomst gedurende enkele maanden. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de wijziging van het contracteerbeleid of de sanctie op een tekortkoming in de oude overeenkomst niet tijdig is aangekondigd door de zorgverzekeraar.

Door een precontractuele bril gezien rijst de vraag of een discussie over de kwaliteit van de geleverde zorg, of bijvoorbeeld een lopende materiële controle of lopend fraudeonderzoek in jaar *t*, in de weg staan aan het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen bij de zorgaanbieder in het tot stand komen van, althans in het in beginsel in aanmerking komen voor een overeenkomst voor jaar *t* + 1.²⁶⁶

Ik behandel de jurisprudentie over het weigeren van een opvolgende overeenkomst (verder) in 4.3.6.

264 Althans, zo begrijpt het Hof Arnhem-Leeuwarden de stellingen van Regenboog c.s.: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3666 (*Regenboog c.s./Achmea c.s.*), r.o. 4.7, 4.11-4.12.

265 R.o. 4.11-4.12. De door het hof in r.o. 4.12 genoemde omstandigheden lijken mij eerder in het kader van de precontractuele redelijkheid en billijkheid relevant. Partijen beriepen zich volgens het hof echter alleen op de aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid.

266 Zie bijv. Rb. Rotterdam 5 juni 2013 (vzr.), ECLI:NL:RBROT:2013:6322 (*SolutionS/DSW en SH*), r.o. 4.5.2. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vormde de uitslag van de controle een contra-indicatie voor gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van een opvolgende overeenkomst.

8.7 ART. 13 LID 5 Zvw

8.7.1 Beroep van de zorgaanbieder op art. 13 lid 5 Zvw

Art. 13 lid 5 Zvw voorziet in een regeling van de positie van verzekerden die jegens hun zorgverzekeraar aanspraak maken op zorg of vergoeding van de kosten van zorg geleverd door een gecontracteerde zorgaanbieder voor de situatie dat de zorginkoopovereenkomst met deze zorgaanbieder wordt beëindigd. De verzekerde die ‘op het moment van beëindiging van de overeenkomst zorg ontvangt van deze aanbieder,’ houdt op grond van de bepaling ‘recht op zorgverlening door die aanbieder voor rekening van deze zorgverzekeraar.’

Alvorens in te gaan op de betekenis die aan de verschillende elementen van de bepaling moet worden gegeven, dient in het kader van dit onderzoek de vraag beantwoord te worden of een zorgaanbieder jegens een zorgverzekeraar aanspraak zou kunnen maken op naleving van art. 13 lid 5 Zvw en zo ja onder welke omstandigheden. De bepaling richt zich immers, naar de letter genomen, primair op de positie van de verzekerde. De zorgaanbieder zou een vordering tot nakoming van art. 13 lid 5 Zvw kunnen instellen, zich kunnen beroepen op onrechtmatige daad vanwege strijd met art. 13 lid 5 Zvw of vanwege strijd met de uit toepassing van *Vissers c.s./Compaen* volgende ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de zorgverzekeraar de belangen van de zorgaanbieder dient te ontzien door zijn gedrag ter zake van de zorgverzekeringsovereenkomst met verzekerden mede door de belangen van de zorgaanbieder te laten bepalen.²⁶⁷ Uit het arrest *CZ/Momentum*,²⁶⁸ over een beroep van een zorgaanbieder op art. 13 lid 1 Zvw, volgt mijns inziens dat ook in het kader van een beroep op laatstbedoelde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm het doel en de strekking van de betrokken wetsbepaling mede van belang zijn.²⁶⁹

Art. 13 lid 5 Zvw is tijdens de parlementaire behandeling van de Zvw ingevoegd bij amendement van de leden Van der Vlies en Kant.²⁷⁰ De bepaling strekt ertoe de verzekerde te beschermen, door te voorkomen dat hij gedwongen zou worden een andere zorgaanbieder te kiezen als de zorgverzekeraar een contract beëindigt met de zorgaanbieder van wie de verzekerde zorg ontvangt. ‘Dit amendement accentueert de keuzevrijheid van de patiënt en laat tegelijkertijd de contracteervrijheid van de zorgverzekeraar in stand,’ aldus de toelichting. Op grond van de Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (WHOZ) bevatte ook de Zfw een dergelijke

267 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2014:1355, NJ 2017/364, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Vissers c.s./Compaen*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3 en hiervoor, nog wat enger geformuleerd, HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*). Zie in deze zin bijv. Rb. Noord-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4570, JGR 2021/21, m.nt. M.D.B. Schutjens, r.o. 4.4.

268 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83, m.nt. J. Legemaate (*CZ/Momentum*).

269 Zie ook 6.5.2.

270 *Kamerstukken II* 2004/05, 30124, nr. 20.

bepaling. Met het amendement bij de Zvw is beoogd verzekerden onder de Zvw een vergelijkbare bescherming te bieden als zij na invoering van de WHOZ op grond van de Zfw genoten.²⁷¹ De – eveneens bij amendement – in de Zfw ingevoerde bepaling voorzag naast een op art. 13 lid 5 Zvw lijkende bepaling in een regeling voor de postcontractuele verhouding tussen het ziekenfonds en de zorgaanbieder. De regeling hield in dat gedurende de tijdelijke voortzetting van de zorg, de voorwaarden gelden van de overeenkomst waaronder de zorg is aangevangen.²⁷² Volgens de toelichting bij het amendement tot wijziging van de Zfw was het

‘in het belang van alle partijen in de zorg als er duidelijkheid is over de financiële verantwoordelijkheid in een dergelijke situatie. Dit amendement beoogt deze duidelijkheid te geven door de zorgverzekeraar te verplichten tot ononderbroken financiering in een dergelijke overgangssituatie, op basis van de voorwaarden van het oude contract.’²⁷³

Een regeling voor de verhouding tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder ontbreekt in de Zvw. Wel is in art. 13 lid 5 Zvw bepaald dat de zorgverlening voor rekening van de zorgverzekeraar dient te komen. Uit de toelichting bij het amendement bij de Zvw blijkt niet dat met de huidige, beperktere, tekst beoogd is af te wijken van de regeling zoals die in de Zfw is ingevoerd. Naar mijn mening zou dat ook niet redelijk zijn. Zo is volgens mij onvoldoende dat de zorgverzekeraar de naturaverzekerde recht geeft op restitutie van de kosten van zorg verleend door de voorheen gecontracteerde zorgaanbieder. Het recht op restitutie impliceert niet het recht op voortgezette behandeling dat art. 13 lid 5 Zvw wel toekent. Zorgverzekeraars zullen zich ertoe moeten inspannen dat de behandeling bij de zorgaanbieder ook daadwerkelijk kan worden voortgezet. Art. 13 lid 5 Zvw vergt dat de zorgverzekeraar met de zorgaanbieder overeenkomt dat deze ook na beëindiging van de zorginkoopovereenkomst zorg blijft leveren aan verzekerden die al in behandeling waren. Daar dient dan ook een redelijke tegenprestatie tegenover te staan, te meer nu uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat beoogd is met de bepaling de zorgaanbieder te straffen voor het beëindigd zijn van de overeenkomst. Een wetshistorische interpretatie van art. 13 lid 5 Zvw en zijn voorganger art. 44 lid 3 en 4 Zfw brengt met zich dat de zorgverzekeraar tenminste de tarieven moet vergoeden die golden onder de beëindigde overeenkomst.²⁷⁴ Gezien het voorgaande kan mijns inziens in beginsel ook de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar aanspraak maken op naleving van art. 13 lid 5 Zvw, in die zin dat hij jegens de zorgverzekeraar recht heeft op betaling van tenminste de tarieven zoals die golden op grond

271 *Kamerstukken II* 2004/05, 30124, nr. 20.

272 *Kamerstukken II* 2003/04, 28994, nr. 18.

273 *Kamerstukken II* 2003/04, 28994, nr. 18.

274 Aldus ook Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742, *TvGR* 2015/199, m.nt. J.G. Sijmons (NVLF/*Achmea*), r.o. 4.25.

van de beëindigde overeenkomst, indien de verzekerde die ten tijde van beëindiging van de overeenkomst door hem behandeld werd ervoor kiest de behandeling bij hem voort te zetten.

Uit de bestudeerde contractstukken blijkt overigens ook dat in ieder geval een deel van de zorginkoopovereenkomsten een regeling inhoudt die enerzijds de zorgaanbieder verplicht bij einde of beëindiging van de overeenkomst zorg te dragen voor de continuïteit van de zorgverlening aan verzekerden en anderzijds de zorgverzekeraar verplicht daarvoor het tarief te betalen dat zou gelden als de overeenkomst ongewijzigd zou worden voortgezet. Ook wordt wel geregeld wie verzekerden dient te informeren over het einde van de overeenkomst en wordt de zorgaanbieder verplicht mee te werken aan overdracht van zijn patiënten aan een nieuwe zorgaanbieder.

Mijns inziens kan de zorgaanbieder zich jegens de zorgverzekeraar ook beroepen op art. 13 lid 5 Zvw als de zorgaanbieder de overeenkomst beëindigd heeft, omdat hij ook in dat geval verplicht is tot voortzetting van de zorgverlening aan verzekerden van de zorgverzekeraar die reeds door hem behandeld werden. De rechtbank Midden-Nederland oordeelde mijns inziens terecht dat art. 13 lid 5 Zvw ook ziet op de situatie dat de zorgaanbieder de overeenkomst beëindigt, hoewel de toelichting bij genoemde amendementen alleen beëindiging door de zorgverzekeraar noemt, omdat de bepaling ertoe strekt discontinuïteit in de zorgverlening als gevolg van het eindigen van een zorginkoopcontract te voorkomen.²⁷⁵

De zorgaanbieder dient zich echter niet op art. 13 lid 5 Zvw te kunnen beroepen indien de beëindiging van de overeenkomst te wijten is aan het feit dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan fraude of het feit dat de door hem geleverde zorg – in afwijking van wat hij met de zorgverzekeraar overeengekomen was – niet tot de verzekerde prestaties behoort of niet aan de wettelijke kwaliteitseisen voldoet. Mijns inziens dient ook de verzekerde in die gevallen geen recht te hebben op voortzetting van de behandeling door die zorgaanbieder op kosten van de zorgverzekeraar.

8.7.2 Verdere uitleg van de bepaling

De tekst van art. 13 lid 5 Zvw doet de nodige vragen rijzen over het toepassingsbereik van deze bepaling. Wat dient verstaan te worden onder ‘het moment van beëindiging van de overeenkomst’, ‘het ontvangen van zorg’ en ‘recht op zorgverlening door die aanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar’? De rechtbank Midden-Nederland geeft in het hiervoor in 8.7.1 al genoemde vonnis een nadere invulling aan deze elementen op een wijze waar ik me grotendeels in kan vinden.²⁷⁶ Ik bespreek de elementen

275 Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742, *TvGR* 2015/199, m.nt. J.G. Sijmons (NVLF/*Achmea*), r.o. 4.8.

276 Zie eveneens instemmend Sijmons in zijn annotatie bij het vonnis, *GJ* 2015/199.

aan de hand van het vonnis van deze rechtbank en betrek daarbij ook nog enkele andere bronnen.

De Nederlandse Vereniging voor Logopedie en Foniatrie (NVLF) komt op voor de belangen van vier verzekerden van Agis en Zilveren Kruis Achmea (Achmea). De verzekerden hadden in 2013 en 2014 een naturapolis bij Achmea. Zij ontvingen in 2013 en 2014 logopedische zorg. De logopedisten waar zij in behandeling waren hadden voor 2013 een zorginkoopovereenkomst voor logopedische zorg gesloten. Voor het jaar 2014 hadden de logopedisten geen overeenkomst, omdat zij die hadden beëindigd.²⁷⁷ Achmea vergoedde de verzekerden in 2014 ongeveer de helft van het tarief dat de logopedisten in 2013 bij Achmea konden declareren. Volgens de NVLF handelt Achmea zo in strijd met art. 13 lid 5 Zvw.

Naar aanleiding van de stellingen van Achmea over de interpretatie die aan art. 13 lid 5 Zvw moet worden gegeven overweegt de rechtbank ten eerste dat art. 13 lid 5 Zvw ook van toepassing is als de zorgaanbieder de overeenkomst beëindigt.²⁷⁸

Vervolgens gaat de rechtbank in op het vereiste dat de verzekerde zorg moet ontvangen van de zorgaanbieder op het moment van beëindiging van de overeenkomst. De rechtbank leidt uit het 'Toetsingskader beoordeling modelovereenkomst polisjaar 2014' van de NZa en de in 8.7.1 genoemde toelichtingen bij amendementen tot wijziging van de Zfw en Zvw af, dat de bepaling ertoe strekt ononderbroken zorgverlening mogelijk te maken, maar dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt wat daaronder moet worden verstaan. Volgens Achmea is daarvan sprake als de verzekerde op het moment van beëindiging van de overeenkomst daadwerkelijk zorg ontvangt, bijvoorbeeld omdat de patiënt in het ziekenhuis ligt. De rechtbank acht die uitleg te beperkt, mede gelet op onder andere het voorbeeld van een diabetespatiënt die onder controle staat van een diabetesverpleegkundige dat de regering gaf bij behandeling van de voorgestelde Zvw in de Eerste Kamer.²⁷⁹ Volgens de rechtbank vallen in beginsel alle vormen van ononderbroken zorgverlening onder de werking van het artikel, dus ook logopedische zorg. Van ononderbroken zorgverlening is dan in feite sprake gedurende de gehele periode dat de patiënt 'onder behandeling' is van de betreffende zorgaanbieder, oftewel gedurende het gehele behandeltraject, waarin hij regelmatig contact (consult, controle, zitting etc.) heeft met de zorgaanbieder.²⁸⁰ Ook een afsluitende controleafspraak na een langere pauze zonder afspraken lijkt mij daar nog onder te kunnen vallen. Of de zorg per zitting of per DBC gedeclareerd mag worden, acht de rechtbank

277 Zo stelt Achmea, zie r.o. 4.8. Onduidelijk is of de logopedisten voor 2014 geen overeenkomst wilden aangaan of een twee- of meerjarige overeenkomst hebben beëindigd. Voor het oordeel van de rechtbank maakt dat niet uit.

278 R.o. 4.8.

279 R.o. 4.18, onder verwijzing naar *Kamerstukken I* 2004/05, 30124, C, p. 39.

280 Zie nader Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742, *TvGR* 2015/199, m.nt. J.G. Sijmons (NVLF/Achmea), r.o. 4.14-4.22.

niet relevant. Het gaat erom of de behandelingen in het behandeltraject zijn gericht op hetzelfde resultaat. Zo bezien houdt de werking van art. 13 lid 5 Zvw op als het behandeltraject op enig moment wordt afgesloten en nadien weer wordt hervat²⁸¹ en heeft het artikel ook geen betrekking op de behandeling van aandoeningen die gediagnosticeerd worden gedurende het primaire behandeltraject, nadat de zorginkoopovereenkomst is beëindigd.

Volgens de rechtbank heeft art. 13 lid 5 Zvw betrekking op 'alle vormen van ononderbroken zorgverlening.' Mijn inziens bestaan hierop twee uitzonderingen: de verstrekking van medische hulpmiddelen en van geneesmiddelen. De eerste uitzondering deed zich voor in een kort geding voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant tussen leverancier van medische hulpmiddelen BetterCare en zorgverzekeraars behorende tot het concern CZ (hierna: CZ).

BetterCare had tot en met 2015 een zorginkoopovereenkomst met CZ voor de levering van incontinentie- en stomamaterialen. Voor selectie van leveranciers van deze hulpmiddelen voor het jaar 2016 houdt CZ een aanbestedingsprocedure. BetterCare wordt daarbij niet geselecteerd. Na een overgangstermijn van drie maanden waarin verzekerden de hulpmiddelen nog van niet-gecontracteerde aanbieders konden betrekken tegen de feitelijke kosten, vergoedt CZ voor de door BetterCare geleverde hulpmiddelen aan verzekerden het gemiddelde van de door haar gecontracteerde tarieven met een korting van 25 of 35%. Volgens de rechtbank is deze handelwijze niet in strijd met art. 13 lid 5 Zvw, omdat de geselecteerde leveranciers van hulpmiddelen verplicht zijn alle merken en typen materialen te leveren. Gesteld nog gebleken zou zijn dat de enkele diensten die naast de levering worden verleend, worden uitgevoerd door een persoon waarmee de verzekerde een vertrouwensband heeft, terwijl die vertrouwensband volgens de rechtbank het doorslaggevende argument zou zijn geweest tot invoering van art. 13 lid 5 Zvw.²⁸²

De rechtbank acht het toepassen van een korting op de vergoeding voor hulpmiddelen geleverd door BetterCare na het eindigen van BetterCare's overeenkomst met CZ niet in strijd met art. 13 lid 5 Zvw, omdat het eindigen van de zorginkoopovereenkomst geen invloed heeft op het soort hulpmiddelen dat verzekerden geleverd kunnen krijgen en omdat een vertrouwensband met de leverancier ontbreekt. Mijns inziens is hier ook iets anders van belang. Op grond van art. 2.9 Besluit zorgverzekering heeft de verzekerde recht op bij ministeriële regeling aangewezen hulpmiddelen en verbandmiddelen. Deze bepaling richt zich op het hulpmiddel als voorwerp en niet op hulpmiddelenzorg zoals leveranciers van hulpmiddelen die plegen te bieden. Zo heeft een verzekerde ook geen recht op voortzetting van levering van een bepaald hulpmiddel door een bepaalde aanbieder. Art. 13 lid 5 Zvw lijkt te zien op voortzetting van zorg geleverd door een bepaalde persoon

281 R.o. 4.31.

282 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891, *GJ* 2016/113 (BetterCare/CZ), r.o. 4.7.

of instelling, niet op voortzetting van een bepaald type zorg.²⁸³ Zo heeft de regeling ook geen betrekking op de levering van (preferente) geneesmiddelen, wel op de dienstverlening van een bepaalde apotheek.

In 8.7.1 heb ik mede onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland al aangegeven dat het feit dat de verzekerde aanspraak maakt op voortzetting van de behandeling voor rekening van de zorgverzekeraar inhoudt dat de zorgverzekeraar ten minste de tarieven dient te betalen zoals die golden onder de beëindigde overeenkomst.²⁸⁴ Art. 13 lid 5 Zvw verplicht de zorgverzekeraar tot betaling aan de zorgaanbieder, opdat de verzekerde op dezelfde wijze aanspraak maakt op zorg verleend door de zorgaanbieder als ten tijde van het nog van kracht zijn van de zorginkoopovereenkomst tussen zijn zorgverzekeraar en zorgaanbieder. Met Meersma, Hekman en Rijken ben ik van mening dat art. 13 lid 5 Zvw niet verplicht tot het garant staan voor exploitatieverliezen als gevolg van de voortzetting van de zorgverlening als de zorgaanbieder in staat van faillissement verkeert. Zo'n garantstelling wordt door curatoren wel gevraagd als voorwaarde om de zorgverlening voort te zetten.²⁸⁵ Art. 13 lid 5 Zvw lijkt te zien op het beschermen van de verzekerde tegen discontinuïteit in de zorgverlening als gevolg van het contracteerbeleid van de zorgverzekeraar of eventuele zorgverkoopbeleid van de zorgaanbieder, niet tegen de consequenties van faillissement van een zorgaanbieder, ook niet als dat mede in gang is gezet door de beëindiging van een of meerdere zorginkoopovereenkomsten door zorgverzekeraars.

De vraag is ten slotte nog hoe lang de zorgverzekeraar de verzekerde aanspraak dient te bieden op zorgverlening door de zorgaanbieder voor zijn rekening. De rechtbank wijst op de ook in de toelichting bij het amendement bij de Zvw genoemde contractsvrijheid van de zorgverzekeraar, die te zeer beperkt wordt als de voortzetting van de zorgverlening tot in lengte van dagen voor zijn rekening komt tegen de onder de beëindigde overeenkomst geldende tarieven. Het amendement bij de Zfw zag blijkens de toelichting op een overgangssituatie. Ook art. 13 lid 5 Zvw ziet volgens de rechtbank op een tijdelijke situatie. In het voorliggende geval achtte de rechtbank het redelijk dat patiënten die eind 2013 in behandeling waren bij de logopedisten nog een jaar recht zouden hebben op voortzetting van hun behandeling voor rekening van de zorgverzekeraar. Nadien zouden zij, indien dat nog nodig is, kunnen wisselen van zorgverzekeraar of over kunnen stappen naar een andere logopedist.²⁸⁶ Zo wordt denk ik een goede balans gevonden tussen de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar ener-

283 Zie in deze zin ook Rb. Noord-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4570, JGR 2021/21, m.nt. M.D.B. Schutjens, r.o. 4.17; Hooft Graafland 2021, p. 234-235.

284 Aldus ook Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742, TvGR 2015/199, m.nt. J.G. Sijmons (NVLF/Achmea), r.o. 4.25.

285 Meersma, Hekman & Rijken 2017, p. 74.

286 Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742, TvGR 2015/199, m.nt. J.G. Sijmons (NVLF/Achmea), r.o. 4.27-4.28.

zijds en de wens verzekerden te beschermen tegen de nadelen verbonden aan het moeten wisselen van zorgaanbieder. Verzekerden kunnen jaarlijks tegen het einde van het kalenderjaar van zorgverzekering wisselen.²⁸⁷

8.8 SAMENVATTING EN SYNTHESE

8.8.1 Algemeen en plan van behandeling

Dit hoofdstuk richtte zich met name op de rechten en verplichtingen van partijen in het geval van onrechtmatig declareren door de zorgaanbieder, de gevolgen daarvan en de beoordeling van declaraties door middel van formele controles, materiële controles en fraudeonderzoek. Deze tekortkoming is juridisch en praktisch het meest relevant, zo bleek bij een algemene verkenning van verschillende vormen van tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder.²⁸⁸

In het kader van voornoemde algemene verkenning is in 8.1.2 de contractuele regeling van een tekortkoming aan de zijde van de zorgverzekeraar onderzocht en in 8.1.3 de contractuele regeling van een tekortkoming aan de zijde van de zorgaanbieder en van het controleproces. Daarbij heb ik ook de begrippen 'formele controle', 'materiële controle', 'fraudeonderzoek', 'rechtmatigheid' en 'doelmatigheid' geïntroduceerd. Tevens zijn de fenomenen van de patiëntenstop en boycot geanalyseerd en is kort ingegaan op een tekortkoming aan de zijde van de zorgaanbieder vanwege tekortschietende kwaliteit van de door hem verleende zorg. De kwaliteit van de verleende zorg speelt in het kader van deze controles wel indirect een rol, maar staat niet voorop.²⁸⁹

Gebleken is dat de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder bij de uitvoering van en medewerking aan de controle op de naleving van de overeenkomst en het fraudeonderzoek in sterke mate beïnvloed worden door regulering en de met die regulering verweven publieke, algemene en maatschappelijke belangen. Datzelfde geldt voor de aan de uitkomsten van die controles respectievelijk dat fraudeonderzoek te verbinden contractuele en buitencontractuele rechtsgevolgen. Het belang van de regelgeving blijkt al uit het feit dat in de uitvoerige regelingen in zorginkoopovereenkomsten van de rechtsgevolgen van tekortkomingen in de nakoming door de zorgaanbieder en van het controleproces ter vaststelling van een tekortkoming begrippen als formele controle, materiële controle, fraudeonderzoek en detailcontrole, zoals opgenomen in de Regeling zorgverzekering, leidend zijn en bepalingen uit de toepasselijke regelgeving in de overeenkomsten zijn overgenomen. Ook voorziet de Regeling zorgverzekering alleen ten behoeve van deze controles

287 Art. 7 lid 1 Zvw. Zie ook Sijmons, *TvGR* 2015/199, par. 4.

288 Zie 8.1.1-8.1.2.

289 Zie 8.1.2.

in een regeling omtrent gegevensverstrekking en het doorbreken van het beroepsgeheim van de zorgaanbieder.²⁹⁰

Op de gebondenheid aan en de doorwerking van de regelgeving, de inhoud van de regelgeving en de wijze waarop die van invloed is op de contractuele en buitencontractuele rechten en verplichtingen van partijen wordt hierna ingegaan (8.8.2-8.8.4). Ook wordt geanalyseerd op welke wijze wettelijke taken en maatschappelijke belangen in de civiele rechtspraak een rol spelen (8.8.5). Voorgesteld wordt dat gelet op die belangen bijzondere zorgvuldigheidseisen aan de zorgverzekeraar moeten worden gesteld, en dat het stellen van die eisen met een verwijzing naar de rol van de zorgverzekeraar en de door hem te behartigen algemene belangen kan worden gemotiveerd (8.8.5). Ten slotte wordt in 8.8.7 kort ingegaan op de bevindingen uit 8.6 en 8.7.

8.8.2 Gebondenheid en doorwerking

Zorgverzekeraars en zorgaanbieders komen de wederzijdse gebondenheid aan onder andere de Zvw, de Regeling zorgverzekering, de Wmg, en het Protocol materiële controle ZN doorgaans overeen. Ook kan bij de uitleg van hetgeen zij zijn overeengekomen betekenis worden toegekend aan het regelgevende kader.²⁹¹ Mogelijk is daarnaast dat bepalingen uit deze regelingen de overeenkomst aanvullen of dat zorgaanbieders en zorgverzekeraars via de redelijkheid en billijkheid, eventueel via contractuele gebondenheid aan het algemene controleplan van de zorgverzekeraar, aan de regelgeving zijn gebonden. Verder kan bij vorderingen op grond van onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling aan de genoemde regelgeving betekenis toekomen. Ook als tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder een overeenkomst bestaat of bestond, vorderen zorgverzekeraars bedragen die in strijd met de Zvw of Wmg zijn gedeclareerd namelijk vaak terug op grond van onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling.²⁹² Een en ander geldt in principe ook voor de Nrcaz, maar de bepalingen van deze regeling lenen zich minder goed voor in- en aanvulling van het contract en zijn minder snel van betekenis bij een beroep op onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling, waarover verderop meer.

Is de zorginkoopovereenkomst een overeenkomst van opdracht of een gemengde overeenkomst van koop en opdracht – hetgeen dikwijls het geval zal zijn, zo is vastgesteld in 5.5 – dan vormen de contractuele regelingen van het controleproces nadere uitwerkingen en afwijkingen van de plicht ex art. 7:403 BW tot het informeren van de opdrachtgever, in het bijzonder tot het doen van rekening en verantwoording.²⁹³

290 Zie 8.1.3, 8.2.5.

291 Zie 8.1.3, 8.2. Zie over doorwerking via uitleg ook 7.3.2-7.3.3.

292 Zie 8.5.1.

293 Zie 8.1.3.1.

8.8.3 Inhoud van de regelgeving

Voornoemde regelgeving is niet geschreven voor de contractuele of post-contractuele verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. Met name art. 35 Wmg en de tarief- en prestatieregels bij en krachtens de Wmg, hoofdstuk 7 van de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN zien feitelijk wel mede op de contractuele verhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder en zijn van toepassing als partijen een overeenkomst hebben gesloten.

De Zvw en Wmg verplichten zorgverzekeraars (alleen) de verzekerde prestaties te leveren of vergoeden en verbieden zorgverzekeraars in strijd met tarief- en prestatieregulering te handelen. Om zich ervan te vergewissen dat ze deze regels naleven, zullen ze declaraties moeten controleren. Het verrichten van fraudeonderzoek is daartoe niet nodig.

De Regeling zorgverzekering, het Protocol materiële controle ZN, de Nrcaz en het accountantsprotocol geven met name regels voor het proces van materiële controle en fraudeonderzoek. De bepalingen in de Nrcaz die betrekking hebben op de organisatie en administratie van controleactiviteiten strekken mijns inziens niet tot aanvulling van de zorginkoopovereenkomst. Zorgverzekeraars dienen zich over de naleving ervan te verantwoorden aan de NZa. De Nrcaz bevat wel de verplichting voor zorgverzekeraars om controles en fraudeonderzoek uit te voeren. Dit betreft een verplichting van de zorgverzekeraar jegens de overheid en mijns inziens geen contractuele verbintenis van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder tot uitvoering van die controles. In de rechtspraak van de burgerlijke rechter wordt bij de toepassing van contractenrecht wel betekenis toegekend aan de ‘wettelijke plicht’ of verplichting van de zorgverzekeraar tot uitvoering van controles. Daarover verderop meer.

Mijns inziens houdt art. 7.4 lid 3 Regeling zorgverzekering geen plicht in voor de zorgverzekeraar om materiële controles en fraudeonderzoek te verrichten. De bepaling schrijft alleen voor dat als de zorgverzekeraar controles en fraudeonderzoek uitvoert, hij de bepalingen van de Regeling zorgverzekering in acht moet nemen. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat de minister de redactie van deze bepaling in deze zin verduidelijkt, of de verplichting tot uitvoering van controles wel expliciet regelt in de Regeling zorgverzekering.

Het Protocol materiële controle ZN werkt de regels van de Regeling zorgverzekering nader uit door richting te geven aan het gewicht dat aan verschillende controlemiddelen moet worden toegekend. De bepalingen van de Regeling zorgverzekering lenen zich wel voor aanvulling van de zorginkoopovereenkomst. In hun controleplannen binden zorgverzekeraars zich over het algemeen aan het Protocol materiële controle ZN.

De Zvw, Wmg, Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN geven – met uitzondering van art. 35 lid 4 Wmg²⁹⁴ – niet aan wat

294 Zie over art. 35 lid 4 Wmg en de inhoud van de overeenkomst 7.7.1.

de privaatrechtelijke – en bij aanwezigheid van een zorginkoopovereenkomst contractenrechtelijke – gevolgen zijn indien de zorgaanbieder deze regelingen bij het declareren niet in acht neemt, indien hij niet meewerkt aan een controle of wanneer de zorgverzekeraar een controle niet volgens de regels uitvoert. Het Protocol materiële controle ZN geeft wel richting aan de wijze waarop moet worden bepaald welke vervolgactie of welk rechtsgevolg zou moeten worden verbonden aan de uitkomst van controles en geeft aan welke sancties de zorgaanbieder in ieder geval redelijkerwijs zou kunnen verwachten. De grondslag voor deze remedies en overige vervolgacties dient steeds in de overeenkomst of in een bepaling van algemeen burgerlijk recht te worden gevonden, zoals art. 6:74, 6:162, of 6:212 BW.²⁹⁵ Uit de rechtspraak, waarover hierna, blijkt wel dat regelgeving van belang is voor de beoordeling van een beroep op en de toepassing van deze remedies.

8.8.4 Wisselwerking contract en regelgeving

In 8.3-8.6 heb ik onderzocht welke (verdere) privaatrechtelijke betekenis aan de diverse regelingen gegeven is in rechterlijke uitspraken over controles, fraudeonderzoek en het vaststellen van een tekortkoming of onrechtmatigheid en de gevolgen daarvan.

Aan art. 35 Wmg en de regels voor de inhoud en omvang van het verzekerde pakket komt bij diverse privaatrechtelijke leerstukken betekenis toe. Blijkens de parlementaire geschiedenis was die betekenis bij de invoering van deze wetsbepalingen niet doordacht en voorzien. Ten eerste is het mijns inziens onrechtmatig jegens de zorgverzekerder indien een zorgaanbieder in strijd met art. 35 lid 1 Wmg declareert, vanwege strijd met de wet. De betaling van zo'n onrechtmatige declaratie is onverschuldigd, behoudens de aanwezigheid van een contractuele grondslag. Hetzelfde geldt indien zorgaanbieders zorg als bij en krachtens de Zvw verzekerde prestaties declareren, terwijl de zorg niet aan die regelingen voldoet.²⁹⁶

Art. 35 Wmg en de regelgeving bij en krachtens de Zvw voor de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties zijn eveneens van belang voor het bepalen van de omvang van de vordering tot terugbetaling op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Toepassing van art. 35 lid 3 en 4 Wmg brengt mijns inziens mee dat een beroep van de zorgaanbieder op art. 6:100 BW of het verweer dat hij niet onverschuldigd betaald heeft gekregen, omdat hij wel zorg heeft verleend, alleen gehonoreerd mag worden als de zorgaanbieder in overeenstemming met het bij en krachtens de Wmg bepaalde heeft onderbouwd welke prestaties hij heeft geleverd en welke

295 Zie 8.2.5.3 Zie nader over de inhoud van en gebondenheid aan genoemde regelgeving 8.2.

296 Zie 8.5.2.

tarieven de zorgverzekeraar daarvoor moet betalen. Het is de zorgverzekeraar op grond van art. 35 lid 3 Wmg immers verboden te betalen voor prestaties waarvoor de zorgaanbieder een andere prestatieomschrijving of tarief hanteert dan ervoor is vastgesteld en aan het in rekening brengen van dergelijke prestaties kan de zorgaanbieder ook geen rechten ontlelen.²⁹⁷ Datzelfde geldt voor declaraties voor zorg die niet aan de eisen bij en krachtens de Zvw voldoet die gelden voor de zorg zoals gedeclareerd.²⁹⁸

Art. 35 Wmg en de regels voor de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties zijn eveneens van invloed op het slagen van een beroep op rechtsverwerking door de zorgaanbieder, als verweer tegen een vordering tot terugbetaling van in strijd met deze regels gedeclareerde bedragen. Dit vanwege de eisen die in de rechtspraak aan een dergelijk beroep worden gesteld en onder andere het wettelijke systeem van achterafcontroles, waaraan inherent is dat het enige tijd in beslag neemt de juistheid van declaraties vast te stellen.²⁹⁹

In de rechtspraak is verder onder verwijzing naar het maatschappelijk belang dat geen zorgkosten in strijd met art. 35 lid 1 Wmg worden gedeclareerd, een verlichting van de stelplicht en bewijslast van zorgverzekeraars toegepast ten aanzien van het onverschuldigd zijn van de betaling van declaraties, door toe te staan dat het bestaan en de omvang van de vordering uit onverschuldigde betaling wordt vastgesteld aan de hand van extrapolatie van een steekproef die aan bepaalde voorwaarden voldoet.³⁰⁰

De Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN bleken in de feitenrechtspraak in grote mate bepalend voor de wijze waarop zorgverzekeraars controles mogen uitvoeren en de wijze waarop de zorgverzekeraar kan en mag vaststellen dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de zorginkoopovereenkomst aan de zijde van de zorgaanbieder door onjuist te declareren. Zo mochten zorgverzekeraars zich, conform het Protocol materiële controle ZN, bij de selectie van zorgaanbieders voor een materiële controle baseren op een benchmark³⁰¹ en hoefden zij daarbij geen andere gegevens te betrekken dan waarover ze reeds beschikten, omdat dat uit de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle niet voortvloeit. Andere rechtspraak ziet op de vraag wanneer de zorgaanbieder mee moet werken aan een detailcontrole of fraudeonderzoek, in het licht van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, de motivering van de noodzaak van dergelijk onderzoek en het informeren over de uitkomsten van de controle en betrachten van hoor en wederhoor.³⁰²

297 Zie nader 8.5.3.

298 Zie 8.5.

299 Zie 8.5.

300 Zie 8.5.6.

301 Zie 8.3.3.

302 Zie 8.3.

Niet altijd, echter, geven rechters in hun oordeel aan welke betekenis ze toekennen aan regelgeving en hoe regelgeving zich verhoudt tot de zorginkoopovereenkomst, al zijn de in de regelgeving gegeven normen dan over het algemeen wel te herkennen in de motivering.³⁰³ De bepalingen van de Regeling zorgverzekering en de Zvw zijn van dwingend recht. Aan het Protocol materiële controle ZN kunnen zorgverzekeraars op grond van de redelijkheid en billijkheid gebonden worden geacht. Mijns inziens ligt het voor de hand dat de rechter in ieder geval eerst onderzoekt of bepalingen van dwingend recht de overeenkomst aanvullen en hoe – indien nodig – die bepalingen dienen te worden geïnterpreteerd, alvorens te putten uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid. Zo kan worden voorkomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid minder strenge eisen worden gesteld dan uit dwingende wetsbepalingen voortvloeien, terwijl voor afzwakking van die eisen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen plaats is.³⁰⁴ Hoewel het voor het uiteindelijke oordeel wellicht niet uitmaakt, verdient het met het oog op de rechtsontwikkeling en controleerbaarheid van de uitspraak ook aanbeveling dat rechters in hun uitspraken expliciet aangeven welke betekenis ze aan bepaalde regelgeving toekennen.

Regelgeving kan ook indirect een rol spelen, omdat ze dwingt tot zelfbinding. Ik doel in het bijzonder op het controleplan dat zorgverzekeraars moeten opstellen op grond van art. 7.6 tot en met 7.8 Regeling zorgverzekering. Indien bijvoorbeeld zorgverzekeraars zich niet houden aan de termijnen en procedures die zij in het door henzelf opgestelde controleplan hebben opgenomen, kan dat aan de toewijzing van een vordering tot terugbetaling van reeds uitbetaalde declaraties in de weg staan.³⁰⁵

8.8.5 Wettelijke taak en plicht, publieke en maatschappelijke belangen

Uit de feitenrechtspraak blijkt voorts dat rechters bij de toepassing van contractenrechtelijke leerstukken, open normen en de belangenafweging in kort geding gewicht toekennen aan de wettelijke taak of plicht van de zorgverzekeraar om declaraties te controleren en te controleren of (gemeenschaps)gelden en betaalde premies van verzekerden op efficiënte en/of doelmatige en rechtmatige wijze worden aangewend. Ook wogen zij de algemene en/of maatschappelijke belangen mee dat dient te worden voorkomen dat de zorgkosten niet te hoog oplopen ten laste van uiteindelijk de premiebetalers en de algemene middelen en dat alleen voor doelmatig en rechtmatig verleende zorg wordt betaald. Hierbij refereren rechters meestal niet aan specifieke wetsbepalingen of regelingen.³⁰⁶

303 Zie o.a. in 8.3.6.

304 Zie ook 7.3.4-7.3.6.

305 Zie 8.5.

306 Zie 8.3-8.5.

In al deze zaken ondersteunt de wettelijke taak, plicht en/of maatschappelijke verantwoordelijkheid het standpunt van de zorgverzekeraar. De rechter wijst de vorderingen van de zorgaanbieder af en/of die van de zorgverzekeraar toe. De rechter geeft zo invulling aan de wijze waarop de zorgverzekeraar zijn maatschappelijke taak uit mag oefenen en aan wat van de zorgaanbieder verwacht mag worden ten aanzien van declareren en meewerken aan controles. Rechters nemen ook de belangen van de zorgaanbieder in aanmerking. De belangen van de zorgaanbieder duiden zij daarbij doorgaans niet mede aan als maatschappelijke belangen. Een enkele keer nam de rechter wel 'het algemene belang van continuïteit van zorgverlening en de medeverantwoordelijkheid daarvoor bij zorgverzekeraars in het vergoedingenstelsel' in aanmerking, alsmede het belang te voorkomen dat declaraties ten onrechte worden teruggevorderd, zonder aan te geven of dat alleen het belang van de zorgaanbieder betrof of een maatschappelijk belang.³⁰⁷ Mogelijk voeren zorgaanbieders het belang van continuïteit van de zorgverlening niet vaak aan. Die zal ook niet bij ieder declaratiegeschil in het geding zijn. En het lijkt mij bovendien lastig aannemelijk te maken dat de continuïteit van de zorgverlening in zijn algemeenheid in het geding komt als alleen aan de betreffende zorgaanbieder niet meer wordt betaald of van die zorgaanbieder wordt teruggevorderd.

Ten aanzien van het meewegen van de 'wettelijke taak' of 'wettelijke plicht' van de zorgverzekeraar merk ik op dat het gebruik van deze termen in de rechterlijke uitspraken mijns inziens niet altijd correct is, of in ieder geval naar mijn mening wat weinig precies en summier onderbouwd. Daarbij zal waarschijnlijk meespelen dat het vooral kortgedingvonnissen betreft. De term 'wettelijke taak' dient de rechter mijns inziens alleen te gebruiken als de betreffende taak ook echt in de wet is terug te vinden. Zoals hiervoor reeds vermeld is aan zorgverzekeraars echter niet expliciet de wettelijke taak opgedragen om te controleren of algemene middelen en premies efficiënt, doelmatig en rechtmatig worden besteed zoals in de rechterlijke uitspraken van feitelijke instanties wel overwogen, althans, niet in de zin dat aan zorgverzekeraars openbaar gezag is toegekend zoals bedoeld in art. 1 sub b Awb. Op zorgverzekeraars rusten bepaalde verplichtingen en zij hebben bepaalde rechten, bijvoorbeeld op de vereveningsbijdrage. Het wettelijk systeem is daarbij zo vormgegeven dat zorgverzekeraars ertoe geprikkeld worden met de naleving van die verplichtingen en het aanspraak maken op hun rechten feitelijk een bepaalde publieke taak vervullen, maar die wordt hen niet opgedragen. Naleving van de verbodsbepaling in de Wmg en de bepalingen over de verzekerde prestaties noopt de zorgverzekeraar wel tot het uitvoeren van controles op declaraties en de in verband daarmee verleende zorg, maar van een expliciete verplichting daartoe is geen sprake. Naleving van deze bepalingen vergt ook maar

307 Rb. Breda (vzr.) 16 mei 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW5797, GJ 2012/94 (*Europsyche/CZ c.s.*), r.o. 4.4.1.

ten dele controle van aspecten van doelmatigheid en efficiëntie van de verleende zorg en declaraties. De regeling zorgverzekering noopt alleen tot controle van doelmatigheid voor zover daaronder de toets wordt begrepen of de verzekerde redelijkerwijs op de zorg is aangewezen en de zorg behoort tot de stand van de wetenschap en praktijk. Verder rust op zorgverzekeraars op grond van het Besluit verduidelijking aangifteplicht zorgfraude wel een aangifteplicht voor misdrijven waarvan zij in de uitoefening van 'hun bediening' kennis krijgen, maar geen opsporingsplicht. Juister vind ik daarom als de burgerlijke rechter de uit het systeem van de wet voortvloeiende of daarin ingebedde publieke taak van de zorgverzekeraar meeweegt. Tevens kan gewezen worden op hun maatschappelijke taak of verantwoordelijkheid, maar dat vind ik minder sterk, omdat die niet of niet per se naar wetgeving verwijst. Genoemde publieke taak bestaat in de bijdrage die zorgverzekeraars leveren aan het betaalbaar houden van het zorgstelsel en voorkomen dat kosten onnodig (indirect) ten laste komen van verzekerden en publieke middelen door middel van de uitvoering van controles en fraudeonderzoek en het voldoen aan hun aangifteplicht. Deze publieke taak volgt uit de (toelichting bij) de Regeling zorgverzekering en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving in de zorg. Ook ligt deze taak in het zorgverzekeringsstelsel besloten, namelijk in de regulering van het verzekerde pakket, de voorwaarden voor de zorgverzekeraar om in aanmerking te komen voor risicoverevening en de mogelijkheid van tarief- en prestatieregulering door de NZa met bijbehorende verbodsbepaling in art. 35 Wmg.³⁰⁸

8.8.6 Zorgvuldigheidseisen bij de uitvoering van controles

Met name de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN en de toelichting houden bepaalde eisen in aan het handelen van de zorgverzekeraar bij de uitvoering van controles en fraudeonderzoek. Zo moeten bij het inzetten van een bepaald (meer belastend) controlemiddel eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht worden genomen, moet hoor en wederhoor plaatsvinden bij de uitvoering van een detailcontrole en moet in redelijke mate verifieerbaar en toetsbaar zijn of met het uit te voeren onderzoek het controledoel is bereikt.³⁰⁹ Deze normen behoeven in de praktijk nadere invulling. Bij de interpretatie van deze normen dient mijns inziens niet alleen te worden teruggegrepen op de ratio van gegevensbescherming en het wettelijke kader van de AVG, maar dient, gelet op de driedelige ratio voor deze normen³¹⁰ mede betekenis toe te komen aan

308 Zie 8.2.2-8.2.4.

309 Zie 8.2.5.

310 Waarover 8.2.3-8.2.4.

het feit dat zij de uitvoering van een publieke taak door de zorgverzekeraar faciliteren en reguleren. Gelet daarop mag mijns inziens een bepaalde zorgvuldigheid van de zorgverzekeraar worden verwacht.

Indien uit regelgeving niet volgt welke zorgvuldigheidseisen aan het handelen van de zorgverzekeraar gesteld moeten worden, dient mijns inziens ook bij de verdere invulling van open normen als de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid betekenis toe te komen aan het feit dat de zorgverzekeraar een publieke taak uitoefent bij de uitvoering van controles. Naast deze specifieke taak kan gewezen worden op de rol die de zorgverzekeraar bij de behartiging van publieke belangen in het zorgstelsel in het algemeen heeft en het feit dat hij voor meer dan de helft uit publieke middelen wordt gefinancierd.

Aan de uitoefening van die publieke taak komt niet alleen betekenis toe in de vorm van versterking van de positie van de zorgverzekeraar vanwege zijn controlerende rol en het voorkomen van onrechtmatige en ondoelmatige declaraties. De uitoefening van de publieke taak moet eveneens uitmonden in bij de uitoefening van die taak aan de zorgverzekeraar te stellen zorgvuldigheidseisen. In de onderzochte rechtspraak rechtvaardigen rechters zorgvuldigheidseisen die zij stellen aan het handelen van de zorgverzekeraar bij de uitvoering van controles en het verbinden van gevolgen daaraan niet altijd mede door te wijzen op genoemde publieke taak en de betekenis daarvan voor de hoedanigheid van de zorgverzekeraar. De expliciete vermelding dat de toegepaste zorgvuldigheidseisen een interpretatie vormen van bepaalde regelgeving ontbreekt dikwijls eveneens. De zorgvuldigheidseisen worden gerelateerd aan de omstandigheden van het concrete geval.³¹¹ Rechters zouden, meer dan zij nu doen, kunnen aangeven welke eisen zij afleiden uit de genoemde regelgeving, de inhoud van de overeenkomst en de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid.

De inhoud van de eisen die aan de zorgverzekeraar gesteld moeten worden, zal zich in de rechtspraak nader moeten uitkristalliseren, al zal de invulling mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Bij de (verdere) invulling van open normen zou inspiratie kunnen worden opgedaan bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en – waar het geval tevens aan de precontractuele fase raakt – bij de beginselen van aanbestedingsrecht.

8.8.7 Overig: contractsweigering als remedie en 13 lid 5 Zvw

In 8.6 is erop gewezen dat zorgverzekeraars als remedie bij tekortkomingen in de door de zorgaanbieder geleverde zorg of de wijze van declaratie daarvan voor een of meerdere opvolgende jaren geen overeenkomst kunnen aanbieden.

311 Zie de in 8.3 en 8.4 besproken rechtspraak.

Indien een zorginkoopovereenkomst beëindigd wordt, bijvoorbeeld door de zorgverzekeraar op basis van de uitkomsten van een controle of fraudeonderzoek, dan is art. 13 lid 5 Zvw medebepalend voor de postcontractuele verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. In 8.7 heb ik betoogd dat in beginsel ook de zorgaanbieder jegens de zorgverzekeraar aanspraak kan maken op naleving van art. 13 lid 5 Zvw, in die zin dat hij jegens de zorgverzekeraar recht heeft op betaling van tenminste de tarieven zoals die golden op grond van de beëindigde overeenkomst, indien de verzekerde die ten tijde van beëindiging van de overeenkomst door hem behandeld werd ervoor kiest de behandeling bij hem voort te zetten. De zorgaanbieder kan zich mijns inziens ook jegens de zorgverzekeraar beroepen op art. 13 lid 5 Zvw als de zorgaanbieder de overeenkomst beëindigd heeft, omdat de zorgverzekeraar ook in dat geval verplicht is tot voortzetting van de zorgverlening aan verzekerden van de zorgverzekeraar die reeds door hem behandeld werden. Is de beëindiging van de overeenkomst echter te wijten aan het feit dat de zorgaanbieder zich schuldig heeft gemaakt aan fraude, het in afwijking van het tussen partijen overeengekomene niet aan de verzekerde prestaties voldoen of niet aan de wettelijke kwaliteitseisen, dan dient een beroep op art. 13 lid 5 Zvw de zorgaanbieder geen soelaas te bieden. Met Meersma, Hekman en Rijken³¹² ben ik van mening dat art. 13 lid 5 Zvw niet verplicht tot het garant staan voor exploitatieverliezen als gevolg van de voortzetting van de zorgverlening als de zorgaanbieder in staat van faillissement verkeert. Hoe lang verzekerden recht hebben op zorgverlening door de zorgaanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar en hoe lang de zorgaanbieder zich zodoende op art. 13 lid 5 Zvw kan beroepen, lijkt me mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Doorgaans lijkt een jaar een redelijke periode.

312 Meersma, Hekman & Rijken 2017, p. 74.

