



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).

9.1 INLEIDING EN PLAN VAN BEHANDELING

In dit boek zijn vanuit een contractenrechtelijk perspectief de rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij zorginkoopovereenkomsten¹ die zien op zorg die onder de Zvw valt, onderzocht.² Daarbij stonden de volgende vragen centraal:

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

Met het onderzoek is getracht inzicht te verkrijgen in de manier waarop de zorginkoopovereenkomst in het geldende gemengde publiek-privaatrechtelijke kader³ kan worden ingepast en hoe dat kader op de overeenkomst moet worden toegepast. Daartoe is in kaart gebracht welke rechten en verplichtingen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder doorgaans overeenkomen en wat uit de wettekst blijkt en in rechterlijke uitspraken is beslist ten aanzien van de doorwerking van regelgeving in en de invloed van de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar op de zorginkoopverhouding. Tevens is onderzocht hoe regelgeving zou moeten doorwerken en wat de invloed van de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar zou moeten zijn, op basis van een analyse van het doel en de strekking van de betreffende regelgeving, het systeem van de wet en de werking van privaatrechtelijke mechanismen via welke regelgeving kan doorwerken.

1 Zie over de term 'zorginkoopovereenkomst', overige terminologie en verdere afbakening 1.4.1 en 1.5.

2 Zie 1.5.3-1.5.4 over aanvullende zorg, de Wlz en de Wmo 2015.

3 In 1.2-1.3.1 is de ontwikkeling van en de huidige regelgeving voor de organisatie en de financiering van de curatieve zorg in Nederland geschetst, mede in het licht van de achtergrond daarvan. In 1.2.4 is het huidige regelgevende kader rondom zorginkoop beschreven.

In deze slotbeschouwing bespreek ik de belangrijkste bevindingen van het onderzoek. In 9.2.1 zet ik uiteen hoe een zorginkoopovereenkomst als type contract kan worden geduid, zoals mede is gebleken uit een analyse van inkoopvoorwaarden en algemene bepalingen ('bestudeerde contractstukken').⁴ Ik geef een omschrijving van de zorginkoopovereenkomst. Vervolgens zet ik uiteen over welke kenmerken de zorginkoopovereenkomst over het algemeen beschikt. Ook beantwoord ik de vraag of de zorginkoopovereenkomst als een in Boek 7 BW geregelde overeenkomst kan worden gekwalificeerd. In 9.2.2 bespreek ik hoe de zorginkoopovereenkomst zich verhoudt tot de zorgverzekering en geneeskundige behandelingsovereenkomst, hoe in de driehoek zorgverzekeraar-zorgaanbieder-verzekerde de betalingsplicht van de zorgverzekeraar kan worden geduid en welke betekenis daarbij toekomt aan het sectorspecifieke regelgevende kader. In 9.3 en 9.4 ga ik nader in op de plaats van de zorginkoopovereenkomst in het gemengde publiek-privaatrechtelijke kader en evalueer ik de toepassing van dat juridisch kader op de zorginkoopovereenkomst.

In 9.3 bespreek ik in welke mate en via welke mechanismen regelgeving doorwerkt in de contractuele zorginkoopverhouding. Tevens doe ik algemene aanbevelingen aan de wetgever – waaronder ik ook de NZa versta bij de uitoefening van diens regelgevende bevoegdheden – en de burgerlijke rechter ten aanzien van de omgang met de doorwerking van regelgeving. Ook bespreek ik mijn bevindingen over de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht op zorgverzekeraars en de totstandkoming van zorginkoopovereenkomsten. In 9.4 bespreek ik ten eerste welke betekenis in de rechtspraak is toegekend aan publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar. Vervolgens zet ik uiteen over welke positie en kenmerken zorgverzekeraars beschikken die nopen tot het stellen van bijzondere zorgvuldigheidseisen aan hun verklaringen en gedragingen jegens zorgaanbieders bij de totstandkoming, vaststelling van de inhoud en uitvoering van zorginkoopovereenkomsten. Ik geef kort aan om wat voor zorgvuldigheidseisen het zoal gaat en bied enkele aanknopingspunten voor verder onderzoek.

9.2 CIVIELRECHTELIJKE DUIDING

9.2.1 Omschrijving, karakteristieken en kwalificatie

De zorginkoopovereenkomst kan mijns inziens worden omschreven als:

De overeenkomst waarbij de zorgaanbieder zich jegens de zorgverzekeraar verbindt de in de overeenkomst omschreven zorg en/of overige diensten te verlenen aan personen die uit hoofde van de met die zorgverzekeraar gesloten zorgverzekering

4 Het onderzoek is mede gebaseerd op door mij vergeleken inkoopvoorwaarden en algemene bepalingen ('bestudeerde contractstukken'). Zie voor een beschrijving en verantwoording van de daarbij gevolgde werkwijze 5.2.

*(en aanvullende ziektekostenverzekering) aanspraak maken op verstrekking of vergoeding van die zorg en waarbij de zorgverzekeraar zich jegens de zorgaanbieder verbindt voor de geleverde zorg het overeengekomen tarief te betalen.*⁵

De zorginkoopovereenkomst is een wederkerige overeenkomst die mijns inziens dient te worden aangemerkt als een duurovereenkomst voor bepaalde tijd, ook als een zorgverzekeraar en zorgaanbieder gedurende meerdere jaren opeenvolgende duurovereenkomsten voor bepaalde tijd met elkaar sluiten. Het is geen hulpovereenkomst en ook geen voorovereenkomst of raamovereenkomst. Ik ga ervan uit dat van de laatste twee kwalificaties geen sprake is, omdat uit onder meer de bestudeerde contractstukken blijkt dat tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars geen nadere overeenkomsten worden gesloten met betrekking tot de zorgverlening aan afzonderlijke verzekerden.⁶

Het merendeel van de zorginkoopovereenkomsten is een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 lid 1 BW. Dit geldt voor bijvoorbeeld overeenkomsten met onder meer ziekenhuizen, vrijgevestigde behandelcentra, GGZ-instellingen, huisartsen, psychologen, fysiotherapeuten, ergotherapeuten en logopedisten. Bij de kwalificatie van een zorginkoopovereenkomst als benoemde, onbenoemde of gemengde overeenkomst kan het toepassingsgebied van afdeling 7.7.5 BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst – een species van de overeenkomst van opdracht – als leidraad worden genomen. De zorginkoopovereenkomst is zelf geen geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar wanneer de zorgaanbieder op grond van de zorginkoopovereenkomst verplicht is handelingen te verrichten die in de verhouding tot die verzekerde onder het toepassingsbereik van afdeling 7.7.5 BW voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst vallen (handelingen op het gebied van de geneeskunst), verplicht de zorgaanbieder zich jegens de zorgverzekeraar tot het verrichten van werkzaamheden die als opdracht zijn aan te merken. De meeste bepalingen van afdeling 7.7.1 BW voor de overeenkomst van opdracht lenen zich voor toepassing op de zorginkoopovereenkomst.⁷

De zorginkoopovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de openbare apotheker kan elementen van zowel koop als opdracht bevatten en kan zodoende als een gemengde overeenkomst kwalificeren. Ook zorginkoopovereenkomsten met leveranciers van hulpmiddelenzorg bevatten de hiervoor omschreven verplichtingen. Deze overeenkomsten kunnen verplichten tot een geven, tot een doen en mogelijk ook tot het tot stand brengen van stoffelijke zaken en het bewaren van zaken. Of sprake is van een benoemde, gemengde of van een onbenoemde (gestapelde) overeenkomst waarop bepalingen van wettelijk geregelde overeenkomsten analoog

5 Zie 5.3.1.

6 Zie 5.4.

7 Zie 5.5.2-5.5.3.7.

kunnen worden toegepast, zal afhangen van de inhoud van de betreffende overeenkomst en wijze waarop de verschillende benoemde en onbenoemde elementen daarin zich tot elkaar verhouden. De zorginkoopovereenkomst met betrekking tot ambulancezorg is mijns inziens een onbenoemde overeenkomst. De zorginkoopovereenkomst met aanbieders van zittend ziekenvervoer is geen overeenkomst van opdracht, maar een overeenkomst van personenvervoer over de weg.⁸ Op de bijzonderheden van deze overeenkomsten is in dit boek niet nader ingegaan.

Vaak wordt in zorginkoopovereenkomsten en sectorspecifieke regelgeving een eigen invulling aan de in Boek 7 en 8 voor benoemde overeenkomsten geregelde onderwerpen gegeven. Met uitzondering van de bepalingen over de aansprakelijkheid van de taxivervoerder (art. 8:1147-1150 BW) zijn de bepalingen voor opdracht, bewaarneming, koop en vervoer hoofdzakelijk van regeland recht. De kwalificatie van de zorginkoopovereenkomst is daarom in de praktijk vooral van belang als sprake is van een leemte in de overeenkomst die moet worden ingevuld. Het onderzoek naar de kwalificatie van de zorginkoopovereenkomst biedt daarnaast inzicht in de inhoud die deze overeenkomst pleegt te hebben.

9.2.2 De verhouding van de zorginkoopovereenkomst tot de zorgverzekering en de geneeskundige behandelingsovereenkomst

De zorginkoopovereenkomst, zorgverzekering en geneeskundige behandelingsovereenkomst verbinden de zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde patiënt in een driehoek met elkaar. Mede aan de hand van het wettelijk kader, met name art. 11 Zvw en art. 7:461 BW, moet in de praktijk telkens worden vastgesteld hoe zorgverzekeraars, zorgaanbieders en verzekerden zich tot elkaar verhouden. Van een meerpartijenovereenkomst tussen een of meerdere zorgverzekeraars, zorgaanbieders en een of meerdere verzekerden is mijns inziens geen sprake – behoudens mogelijk de situatie dat de zorginkoopovereenkomst een derdenbeding ten behoeve van de verzekerde inhoudt dat hij heeft aanvaard. Dat blijkt uit onder andere de afzonderlijke regelingen die deze partijen voor de zorgverzekering, geneeskundige behandeling en zorginkoop treffen en uit de verschillende wettelijke regelingen die erop van toepassing zijn.⁹ Wel zijn de zorginkoopovereenkomst, zorgverzekering en geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te merken als met elkaar samenhangende rechtsverhoudingen. Onder omstandigheden zullen partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. De wijze waarop ze elkaars belangen in aanmerking moeten nemen, wordt mede door regelgeving gekleurd.¹⁰

8 Zie 5.5.3.8-5.5.4.3.

9 Zie 6.3-6.4.

10 Zie 6.5.

Mede naar aanleiding van het debat daarover in de literatuur heb ik beargumenteerd dat wanneer een verzekerde die jegens zijn zorgverzekeraar aanspraak maakt op zorg in natura zich tot een zorgaanbieder wendt, de eventuele geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt tussen de zorgaanbieder/hulpverlener en de verzekerde en niet tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde.¹¹ Tussen de zorgaanbieder en verzekerde komt een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand indien sprake is van een aanbod en de aanvaarding daarvan.¹²

Art. 11 lid 1 sub a Zvw verplicht zorgverzekeraars mijns inziens niet ten behoeve van naturaverzekerden een afdwingbaar recht op zorg bij de zorgaanbieder te bedingen in de vorm van een derdenbeding. Of een zorginkoopovereenkomst een derdenbeding inhoudt, dient door middel van uitleg te worden vastgesteld. Het derdenbeding biedt de verzekerde extra zekerheid en biedt de mogelijkheid de rechten en verplichtingen in de driehoek op elkaar te laten aansluiten. De toegevoegde waarde van beide functies is echter gering. Aan de mogelijkheden voor de zorgaanbieder om een patiënt te weigeren wordt al invulling gegeven in de KNMG-richtlijn 'Niet aangaan of beëindiging van een geneeskundige behandelingsovereenkomst'. Tevens kunnen partijen bewerkstelligen dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst, ook los van een eventueel derdenbeding, inhoudelijk aansluit op de inhoud van de zorgverzekering en zorginkoopovereenkomst. Indien wel een discrepantie aanwezig is tussen de inhoud van een derdenbeding in de zorginkoopovereenkomst en de inhoud van het beding zoals de verzekerde dat op basis van verklaringen en gedragingen van de zorgaanbieder heeft begrepen, geldt voorts dat een gebrek aan kennis van de exacte inhoud van de zorginkoopovereenkomst aan een beroep van de verzekerde op art. 3:35 BW in de weg staat. Mogelijk kan de verzekerde wel een beroep doen op art. 3:36 BW indien hij in redelijk vertrouwen op de juistheid van bepaalde verklaringen of gedragingen van de zorgaanbieder heeft gehandeld.¹³

Het verdient aanbeveling dat de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in de zorginkoopovereenkomst regelen of na aanvaarding van een derdenbeding een meerpartijenovereenkomst ontstaat en zo ja, dat zij een regeling voor hun onderlinge verhoudingen treffen, met name voor de mogelijkheid tot opzegging en ontbinding.¹⁴

Mogelijk is ook dat de zorgverzekeraar naast of in de zorginkoopovereenkomst namens verzekerden een voorovereenkomst sluit met de zorgaanbieder, inhoudende dat de zorgaanbieder met een verzekerde patiënt een behandelingsovereenkomst zal sluiten als die zich tot hem wendt en

11 Voor de verzekerde met een aanspraak op restitutie van kosten spreekt dit vanzelf en vormt dit geen onderwerp van discussie. Zie voor de begrippen 'natura', 'restitutie', 'naturapolis', 'restitutiepolis' en 'combinatiepolis' 1.5.5, 2.2.2.2 en 2.2.3.

12 Zie 6.2.

13 Zie 6.3.

14 Zie 6.4.1.

er behoefte aan zorg is. Een dergelijke voorovereenkomst kan dezelfde functies als het derdenbeding vervullen. In de praktijk lijkt deze figuur niet te worden toegepast, omdat van een vertegenwoordigingsbevoegdheid in zorgverzekeringen niet blijkt en een dergelijke bevoegdheid naar mijn mening ook niet uit de Zvw voortvloeit.¹⁵

De samenhang tussen de verhoudingen op de zorgdriehoek kan de vraag doen rijzen welke vordering(en) de zorgverzekeraar op grond van de zorginkoopovereenkomst aan de zorgaanbieder dient te voldoen en wat de betalingsplicht van de zorgverzekeraar inhoudt in het licht van de verhoudingen binnen de driehoek en het wettelijk kader. Het antwoord op deze vragen kan van belang zijn voor bijvoorbeeld de verweermiddelen waarop de zorgverzekeraar zich kan beroepen en het vaststellen van het ontstaansmoment, het moment van opeisbaarheid en het moment van verjaring van de vordering. Voor zorgverlening aan een naturaverzekerde ontstaat er op grond van de zorginkoopovereenkomst een vordering van de zorgaanbieder op de zorgverzekeraar en door de werking van art. 7:461 BW niet eerst van de zorgaanbieder op de verzekerde.¹⁶ Wanneer en voor zover de zorginkoopovereenkomst ook op zorgverlening aan restitutieverzekerden betrekking heeft, zijn er meer mogelijkheden denkbaar. Het meest voor de hand ligt mijns inziens dat de zorginkoopovereenkomst ook voor zorgverlening aan restitutieverzekerden een vordering van de zorgaanbieder op de zorgverzekeraar doet ontstaan en dat er geen vordering van de zorgaanbieder op de verzekerde ontstaat. Ik baseer me daarbij op de inhoud van de door mij bestudeerde contractstukken en het feit dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders geen onderscheid plegen te maken naar gelang de zorginkoopovereenkomst betrekking heeft op verzekerden met een natura- dan wel restitutieaanspraak. Mogelijk is ook dat de zorgverzekeraar op grond van de zorginkoopovereenkomst verplicht is de vordering van de zorgaanbieder op de verzekerde te voldoen. In dat geval kan de verzekerde zijn vordering aan de zorgaanbieder gecedeerd hebben, de zorgverzekeraar kan zich jegens de zorgaanbieder verbonden hebben een betaling voor een derde te verrichten, of de zorgverzekeraar kan de schulden van de verzekerde aan de zorgaanbieder hebben overgenomen, met welke schuldoverneming de zorgaanbieder in de zorginkoopovereenkomst bij voorbaat kan instemmen. Het verdient dan ook aanbeveling dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders de inhoud van de betalingsplicht van de zorgverzekeraar duidelijk vormgeven in tussen hen te sluiten overeenkomsten, indien deze overeenkomst mede betrekking heeft op betaling voor aan restitutieverzekerden geleverde zorg.¹⁷

Over de eigen bijdrage die de verzekerde bij en krachtens de Zvw voor bepaalde vormen van zorg dient te betalen, zullen zorgverzekeraars, zorgaanbieders en verzekerden onderling afspraken moeten maken. De wet

15 Zie 6.3.

16 Behoudens voor de eventuele eigen bijdrage, waarover kort hierna en in 6.7.

17 Zie 6.6.

bepaalt niet door wie de eigen bijdrage bij de verzekerde geïnd of ingehouden moet worden. De eventuele inning van het eigen risico dient mijns inziens gezien het doel en de strekking van de wettelijke regeling hierover voor rekening en risico van de zorgverzekeraar te komen.¹⁸

9.3 DOORWERKING VAN REGELGEVING

9.3.1 Een sterk gereguleerd landschap; uitgangspunt en implicaties

De zorginkoopovereenkomst is een overeenkomst die zich, vanwege de betrokkenheid van publieke belangen, situeert in een sterk gereguleerd landschap. Uitgangspunt van het zorgstelsel is dat tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders contractsvrijheid geldt, welke vrijheid beperkt wordt door het verbintenissenrecht en het mededingingsrecht. Uit dit onderzoek is evenwel gebleken dat de rechten en verplichtingen van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in aanzienlijke mate mede worden bepaald door sectorspecifieke regelgeving en *soft law* – die doorwerken in het verbintenissenrecht. Dit verbintenissenrecht wordt op zijn beurt gekleurd, althans dient mijns inziens te worden gekleurd, door de hoedanigheid van de zorgverzekeraar en de bij de zorginkoopovereenkomst betrokken publieke belangen. Regelgeving, de hoedanigheid van de zorgverzekeraar en publieke belangen zijn in de precontractuele fase van invloed op onder meer de te volgen procedure en te betrachten zorgvuldigheid, alsmede op de inhoud van het zorginkoopbeleid. Zij zijn ook van invloed op de inhoud van de overeenkomst ten aanzien van onder meer de prijs, de omschrijving van en de kwaliteit van door de zorgaanbieder te verlenen zorg, het declaratieproces, de wijze van controle op nakoming van de overeenkomst door de zorgaanbieder en de rechtsgevolgen van een tekortkoming aan de zijde van de zorgaanbieder. Regelgeving bepaalt tevens mede de verplichtingen van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder na beëindiging van een zorginkoopovereenkomst.

9.3.2 Doorwerkingsmechanismen

Regelgeving werkt op verschillende manieren door in de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. Zorgverzekeraars en zorgaanbieders kunnen de wederzijdse gebondenheid aan regelgeving overeenkomen. Of dat het geval is dient op basis van uitleg te worden vastgesteld. Bij de uitleg kan regelgeving eveneens doorwerken via de redelijkheid en billijkheid.¹⁹ Ook bij de toepassing van diverse andere privaatrechtelijke leerstukken kan regelgeving doorwerken. Regelgeving kan medebepalend

18 Zie 6.7.

19 Zie 7.2-7.3.2-7.3.3. Zie bijv. 7.4-7.8 en 8.1.3.

zijn voor hetgeen zorgverzekeraars en zorgaanbieders op grond van de redelijkheid en billijkheid en/of maatschappelijke zorgvuldigheid van elkaar mogen verwachten in de precontractuele fase.²⁰ Regelgeving kan doorwerken bij aanvulling van de overeenkomst op grond van de wet en de redelijkheid en billijkheid en bij toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ingevolge art. 3:40 BW kan een overeenkomst voorts nietig of vernietigbaar zijn vanwege strijd met de wet.²¹ Ook kan regelgeving medebepalend zijn bij de beoordeling van vorderingen tot terugbetaling van declaraties op grond van onder andere onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling en de verrekening van voordeel daarbij.²² Het gaat daarbij in enkele gevallen ook om zelfregulering, bijvoorbeeld de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap en het Protocol materiële controle ZN.

Ten aanzien van doorwerking via uitleg en aanvulling op grond van de wet is geconstateerd dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen de vraag of partijen al dan niet contractueel gebonden zijn aan een bepaalde regel en de vraag welke contractenrechtelijke rechtsgevolgen tussen partijen aan de regel moeten worden toegekend. Beantwoording van deze vragen vergt uitleg van zowel de overeenkomst als van de wettelijke regeling.²³

Naast de doorwerking van regelgeving bij de toepassing van privaatrechtelijke leerstukken is gebleken dat regelgeving van invloed kan zijn op de rechten en verplichtingen van de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder, omdat naleving van bepaalde regelgeving leidt tot zelfbinding van met name zorgverzekeraars. Dat is het geval bij regelgeving die zorgverzekeraars dwingt bepaalde verwachtingen te scheppen en toezeggingen te doen. Ik noem in het bijzonder de verplichting in art. 4 van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw om het zorginkoopbeleid te publiceren²⁴ en de verplichting van de zorgverzekeraar op grond van art. 7.6 tot en met 7.8 Regeling zorgverzekering om een algemeen controleplan op te stellen en een specifiek controleplan voor de uitvoering van een detailcontrole.²⁵

9.3.3 Evaluatie, aandachtspunten en aanbevelingen

De doorwerking van regelgeving bij de toepassing van privaatrechtelijke regels, in het bijzonder waar die open normen inhouden, roept vragen op. Meerdere daarvan heb ik in dit boek besproken, al dan niet aan de hand van en naar aanleiding van rechtspraak, literatuur en de parlementaire geschiedenis. Ik verwijs daarvoor naar de conclusies en de inhoud van de afzonderlijke hoofdstukken en beperk mij hier hoofdzakelijk tot overkoepelende en algemene bevindingen.

20 Zie 4.1.2, 4.2 en 4.4.

21 Zie met name 7.3.4-7.3.6, 7.4-7.8

22 Zie 8.5.

23 Zie 7.3.2-7.3.4.

24 Zie 4.2.2.4, 4.2.2.7.

25 Zie 8.2.1 en 8.3.2.

Het privaatrecht biedt zorgverzekeraars en zorgaanbieders en de burgerlijke rechter een juridisch kader om achteraf, dat wil zeggen na inwerkingtreding van sectorspecifieke regelgeving, betekenis toe te kennen aan die sectorspecifieke regelgeving bij de toepassing van privaatrecht, doorwerkingsvragen op te lossen en daarbij recht te doen aan het individuele geval. Een voorbeeld betreft de beoordeling aan de hand van art. 3:40 lid 1 BW of een overeenkomst waarvan de inhoud in strijd is met art. 35 lid 1 en 3 Wmg nietig is. Ook kan worden gedacht aan de rechtsregel voortvloeiend uit het arrest *Famed/Kreikamp q.q.* dat een tariefbeschikking de overeenkomst in die zin kan aanvullen (6:248 lid 1 BW) dat een vordering tot betaling voor verleende zorg telkens ontstaat na het verrichten van een in de tariefbeschikking omschreven deelprestatie. Ik noem verder nog de mogelijke invloed van het schenden van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw op hetgeen de redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke zorgvuldigheid in de precontractuele fase eisen. Doordat de doorwerking veelal geschiedt bij de toepassing van open normen en/of omdat de betreffende sectorspecifieke regelgeving vaak eerst moet worden geïnterpreteerd voordat daaraan bij de toepassing van het privaatrecht betekenis kan worden toegekend, zijn vaak verschillende uitkomsten denkbaar.

Rechtsonzekerheid over de doorwerking van regelgeving en gerechtelijke procedures over de gevolgen van sectorspecifieke regelgeving voor de toepassing van contractenrecht kunnen gedeeltelijk worden voorkomen als de wetgever vooraf, al bij het ontwerpen van regelgeving die direct raakt aan de totstandkoming, inhoud of uitvoering van zorginkoopovereenkomsten, rekenschap aflegt van de mogelijke contractenrechtelijke implicaties van die regelgeving. Tot nog toe gaat de wetgever – waaronder de NZa – in de regelingen zelf en de toelichtingen daarbij echter niet of nauwelijks in op de contractenrechtelijke betekenis van regelgeving. Enerzijds ligt dat misschien ook niet geheel voor de hand. Afgezien van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw gaat het om regelgeving die niet, niet primair of niet alleen is toegeschreven op de (pre-)contractuele verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. Het betreft dikwijls regelgeving die gedragsregels inhoudt en/of eisen stelt aan de zorgverzekeraar of de zorgaanbieder die zowel in de contractuele als buitencontractuele verhouding van toepassing zijn. Het kan daarbij gaan om regelgeving die tevens of primair geldt voor andere rechtsverhoudingen dan die tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. Het betreft bijvoorbeeld regelgeving die primair betrekking heeft op de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde of tussen de zorgaanbieder en de patiënt, of regelgeving die met name eisen stelt aan de bedrijfsvoering van of zorgverlening door de zorgaanbieder. Regelgeving voor het declaratieproces is op verschillende rechtsverhoudingen van toepassing. Met uitzondering van afdeling 7.7.5 van Boek 7 BW over de geneeskundige behandelingsovereenkomst betreft het voorts regelgeving die bestuursrechtelijk, strafrechtelijk en soms ook tuchtrechtelijk gehandhaafd wordt. Anderzijds vereist naleving van de regelgeving wel dat bij de totstandkoming van een zorginkoopovereenkomst

procedurele regels in acht worden genomen, dat een bepaalde inhoud aan zorginkoopovereenkomsten wordt gegeven of dat bij de uitvoering van de zorginkoopovereenkomst op een bepaalde manier wordt gehandeld. Ik noem in het bijzonder de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, art. 35 Wmg en hoofdstuk 7 van de Regeling zorgverzekering.

Aanwijzing 2.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁶ schrijft thans wel voor dat bij het opstellen van een regeling wordt gezien welke neveneffecten op bestaande of voorgenomen regelgeving kunnen optreden en welke consequenties dit dient te hebben voor het voorstel. In de toelichting bij deze aanwijzing staat vermeld dat in ieder geval, door raadpleging van de wetstechnische informatie in het Basiswettenbestand op wetten.nl, gezien wordt welke regelingen gebaseerd zijn op, of verwijzen naar de door het voorstel geraakte bepalingen en dat ook moet worden gedacht aan Europese regelgeving. Voor de ten behoeve van dit onderzoek bestudeerde regelgeving voor de curatieve gezondheidszorg geldt echter dat in de wetstechnische informatie niet verwezen wordt naar de algemeen vermogensrechtelijke delen van het Burgerlijk Wetboek (BW) en evenmin dat bepalingen uit het BW op de sectorspecifieke regelgeving gebaseerd zijn.²⁷ De doorwerkingsvragen die betrekking hebben op de zorginkoopverhouding hebben ook geen betrekking op de neveneffecten op bestaande privaatrechtelijke regelgeving, maar op de effecten op de rechten en verplichtingen van partijen als gevolg van de betekenis die toekomt aan sector-specifieke regelgeving bij de toepassing van privaatrechtelijke regelgeving, zoals art. 3:40, 6:162 en 6:248 BW, en jurisprudentie. Het lijkt me daarom goed als in Aanwijzing 2.9 en de toelichting daarbij ook expliciet het privaatrecht en privaatrechtelijke verhoudingen genoemd zouden worden als terrein waarop eventuele neveneffecten in kaart moeten worden gebracht.

Hiermee wil ik niet bepleiten dat de wetgever een regeling zou moeten treffen voor of in de toelichting bij een voorgenomen regeling zou moeten ingaan op alle denkbare gevallen van doorwerking van die regeling bij de toepassing van contractenrecht. Het lijkt me al heel zinvol als de wetgever expliciet aangeeft voor welke vragen over wisselwerking met het privaatrecht of andere regelstelsels die het contract of de precontractuele fase normeren, zoals het aanbestedingsrecht, hij oog heeft gehad, waaruit dan eveneens blijkt voor welke (dus) niet. Ook kan hij expliciet aangeven dat de betreffende regelgeving er niet toe strekt privaatrechtelijke rechten en verplichtingen te bepalen. De toelichting bij art. 37 Wmg over declaratie-

26 *Sicrt.* 2017, 69426.

27 In de wetstechnische informatie bij de Zvw op wetten.nl wordt onder de artikelen en vergelijkbare tekst die verwijzen naar de regeling wel art. 734a van Boek 7 BW genoemd over het recht op verpleging en geneeskundige behandeling van zeevarenden. In de wettekst van de Zvw en de Wmg zelf wordt op enkele plaatsen verwezen naar bepalingen uit Boek 2 BW over de jaarverslaggeving. In de wettekst van de Zvw worden verder bepalingen uit titel 7 van Boek 17 (Verzekering) wel of juist niet van toepassing verklaard en wordt verwezen naar bepalingen uit Boek 1 BW in het kader van de positie van o.a. minderjarige verzekeringsplichtigen.

regulering zoals die luidde ten tijde van het arrest *Famed/Kreikamp q.q.* is mijns inziens een voorbeeld van een aanzet daartoe.²⁸ Een mogelijkheid is ook dat de wetgever de vaststelling van de contractenrechtelijke betekenis van regelgeving expliciet aan de civiele rechter laat.

In dit boek heb ik onder andere de aanbeveling gedaan dat de wetgever, bijvoorbeeld bij eventuele wijziging van art. 35 Wmg,²⁹ aangeeft wat de gevolgen zijn van het overeenkomen van tarieven en prestaties in strijd met art. 35 Wmg voor de privaatrechtelijke rechten en verplichtingen van zorgverzekeraars, zorgaanbieders en patiënten ten opzichte van elkaar. Als alternatief heb ik gesuggereerd dat de wetgever expliciet aangeeft dat die gevolgen afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en de beoordeling daarvan aan de civiele rechter is, waarbij hij de civiele rechter eventueel enkele nadere aanwijzingen of aanknopingspunten kan bieden.³⁰ Ook heb ik aangegeven dat de minister in de redactie van art. 7.4 lid 3 Regeling zorgverzekering zou kunnen verduidelijken of die bepaling zorgverzekeraars verplicht tot het verrichten van materiële controles en fraudeonderzoek. Thans verplicht de bepaling zorgverzekeraars daar mijns inziens niet toe.³¹ Aan de NZa heb ik onder meer de aanbeveling gedaan dat ze de verhouding van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw tot de beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verduidelijkt. Ik heb geconstateerd dat de regeling er in haar huidige vorm toe dient het totstandkomingsproces te stroomlijnen, maar geen gebondenheid aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, of andere nadere zorgvuldigheidseisen voor de inkoopprocedure impliceert.³²

De civiele rechter kan, ook wanneer de beslissing is toegesneden op de omstandigheden van het geval, bijdragen aan de rechtsvorming over de doorwerking van regelgeving bij de toepassing van privaatrechtelijke regels door in zijn motivering expliciet te benoemen welke sectorspecifieke regelgeving hij heeft toegepast en welke betekenis hij daaraan toekent. Hij kan bijvoorbeeld aangeven of een bepaalde rechtsregel de overeenkomst aanvult, of via de redelijkheid en billijkheid meeweegt en aangeven aan welke rechtsregel(s) en/of omstandigheden hij een bepaalde zorgvuldigheidsnorm ontleent. Neemt hij in aanmerking dat de zorgverzekeraar (of zorgaanbieder) over een machtspositie beschikt, dan verdient het aanbeveling dat hij vermeldt om wat voor machtspositie het gaat; een economische machtspositie in de zin van de Mw, of een uit bepaalde, nader geduide,

28 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 62. Zie 7.8.4.

29 Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wmg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatiereregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg (*Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 2) is ingetrokken door de minister van VWS bij brief van 28 maart 2023 (*Kamerstukken II* 2022/23, 34445, nr. 19) nadat daaruit bij derde nota van wijziging (kamerstuk nr. 15) al de overgang van verbodstelsel naar gebodstelsel geschrap was.

30 Zie 7.7.1.2.

31 Zie 8.2.5.2, 8.8.3.

32 Zie 4.2.2.5, 4.2.2.7.

omstandigheden afgeleide machtspositie die hij voor de toepassing van het verbintenissenrecht relevant acht. Zie over laatstgenoemde machtspositie nader hierna in 9.4.2.

Aan een aparte regeling van de zorginkoopovereenkomst in bijvoorbeeld titel 7.7 BW, als species van de overeenkomst van opdracht, bestaat mijns inziens geen behoefte. Nog afgezien van het feit dat niet elke zorginkoopovereenkomst mijns inziens een overeenkomst van opdracht is,³³ veronderstel ik dat deze regeling altijd naast sectorspecifieke regelingen bij en krachtens onder andere de Wmg, Zvw en kwaliteitsregulering zou staan. Een afzonderlijke regeling in het BW zal naar mijn verwachting aanleiding geven tot nieuwe doorwerkingsvragen en vragen over de verhouding tot die sectorspecifieke regelingen.

9.3.4 Toepassing van het aanbestedingsrecht

Naast het in 9.3.1 genoemde verbintenissenrecht en mededingingsrecht beperkt mijns inziens ook het aanbestedingsrecht de contractsvrijheid van zorgverzekeraars en zorgaanbieders in de precontractuele fase. Zorgverzekeraars bezitten rechtspersoonlijkheid en voorzien in behoeften van algemeen belang. Over de vragen of zij ook voldoen aan het criterium dat de behoeften waarin zij voorzien van andere dan van commerciële aard zijn en of zij aan een van de afhankelijkheidsvoorwaarden voldoen – waarbij de financieringsvoorwaarde en toezichtsvoorwaarde in aanmerking komen –, is tot nu toe verschillend geoordeeld door enkele Nederlandse rechtbanken en gerechtshoven.³⁴ Ik heb in hoofdstuk 3 getoetst of zorgverzekeraars aan de financieringsvoorwaarde voldoen. Naar mijn mening voldoen zorgverzekeraars aan de financieringsvoorwaarde en zijn de behoeften van algemeen belang waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard, zodat zij publiekrechtelijke instellingen zijn en dus aanbestedende diensten in de zin van art. 1.1 Aw 2012.

Zorgverzekeraars voldoen aan de financieringsvoorwaarde omdat de vereveningsbijdrage die zij van het Zorginstituut uit het Zvf ontvangen moet worden aangemerkt als overheidsfinanciering en deze inkomstenbron door de werking van de 50%-regel in art. 45 lid 4 en 5 Zvw meer dan de helft van de inkomsten van de zorgverzekeraar bedraagt.³⁵ Mogelijk moeten ook de premies die verzekerden aan hun zorgverzekeraar betalen, worden aangemerkt als overheidsfinanciering. Ook als de premies niet als overheidsfinanciering moeten worden aangemerkt, beschikken zij in ieder geval wel over een dusdanig overheidskarakter dat dit ertoe bijdraagt dat als de vereveningsbijdrage van een individuele zorgverzekeraar in een

33 Zie 5.5.

34 Zie 3.1.3, 3.2.2.4, 3.3.2.1.

35 Zie 3.2.

bepaald jaar minder dan de helft van zijn inkomsten beslaat, toch aan de financieringsvoorwaarde wordt voldaan.³⁶

Ten aanzien van het criterium 'anders dan van commerciële aard' heb ik beargumenteerd dat van een ruime toepassing van dit criterium moet worden uitgegaan, zodat niet snel moet worden aangenomen dat een instelling voorziet in behoeften van commerciële aard.³⁷ Ook heb ik betoogd dat aan de uitzondering uit het arrest *Àgora en Excelsior*,³⁸ dat aan het hebben van een winsttoegmerk gelijkgesteld kan worden dat de rechtspersoon opereert op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, geen brede toepassing dient te worden gegeven.³⁹ Voor zorgverzekeraars geldt dat zij voor meer dan de helft door de overheid gefinancierd worden, dat het maken van winst niet als het voornaamste doel van zorgverzekeraars kan worden aangemerkt, dat zij door regelingen in de Zvw en Wmg niet onder normale marktvoorwaarden opereren, dat van een sterke concurrentiesituatie in de praktijk ook geen sprake is en dat zij door de vereveningsbijdrage en catastrofereregeling van art. 33 Zvw niet alle risico's dragen verbonden aan hun activiteiten. Deze factoren wijzen voor zorgverzekeraars in de richting van de niet-commerciële aard van de behoeften waarin zij voorzien, zodat deze mijns inziens als van andere dan van commerciële aard moeten worden aangemerkt.⁴⁰

Als aanbestedende dienst dient de zorgverzekeraar zich bij de zorginkoop, maar ook bij de inkoop van eigen facilitaire diensten, te houden aan de bij en krachtens de Aw 2012 gestelde regels. De Aw 2012 kent verschillende regimes en procedures. Welke regels van toepassing zijn als de zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is, is afhankelijk van de leveringen of diensten die de zorgverzekeraar inkoop en de waarde van de opdracht.⁴¹

9.3.5 Publiekrechtelijke handhaving

De NZa en de ACM kunnen door de uitoefening van de AMM-bevoegdheden van art. 48 en 49 Wmg en de publiekrechtelijke handhaving van het misbruikverbod van art. 24 Mw niet rechtstreeks ingrijpen in de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder door hun contractenrechtelijke rechten en verplichtingen te bepalen. De ACM kan bijvoorbeeld een boete of last onder dwangsom opleggen en de NZa een AMM-verplichting. De aanpassing van het gedrag als gevolg van of in het licht van de dreiging van de boete of dwangsom en de opvolging van door de NZa opgelegde AMM-verplichtingen kan wel gevolgen hebben voor

36 Zie 3.2.2.6.

37 Zie 3.1.2, 3.3.1.

38 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agora en Excelsior*).

39 Zie 3.3.2.3, 3.3.1.3.

40 Zie 3.3.2.2-3.3.2.6.

41 Zie kort nader 3.1.1.

de (pre-)contractuele zorginkoopverhouding.⁴² Ik schaar daarom ook de uitoefening van dit toezicht door de NZa en ACM onder doorwerking van regelgeving.

Het handhavingstoezicht door de ACM van art. 24 Mw heeft in de praktijk tot een vrij gering aantal optredens geleid, omdat in het geval van misbruik van een economische machtspositie de NZa in beginsel voorgaakt bij samenloop met haar AMM-bevoegdheden.⁴³ De NZa richt zich bij de toepassing van haar AMM-instrument niet op de machtsverhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als zodanig. Zij onderzoekt of hun marktgedrag en al dan niet contractueel handelen bijdraagt aan het algemeen consumentenbelang.⁴⁴ Ook met betrekking tot het AMM-toezicht van de NZa is geconstateerd dat dit tot nog toe in weinig handhavingsbesluiten heeft geresulteerd die een zorginkoopovereenkomst raakten. De vraag of het AMM-toezicht goed functioneert wordt in dit onderzoek niet beantwoord. Wel is geopperd dat de visie van de NZa op inkoopmacht van de zorgverzekeraar en de beperkte mogelijkheden van de NZa om de effecten te meten van marktgedrag op de toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg, mogelijk een rol speelden en spelen bij het geringe aantal besluiten tot nu toe.⁴⁵

9.4 PUBLIEKE BELANGEN EN DE HOEDANIGHEID VAN DE ZORGVERZEKERAAR

9.4.1 Rechtspraak

Geconstateerd is dat met name in de feitenrechtspraak over de precontractuele fase en over de terugvordering of uitbetaling van declaraties en de uitvoering van en medewerking aan materiële controles, betekenis is toegekend aan publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar, waarbij rechters ook zijn wettelijke of maatschappelijke taak noemen. In de feitenrechtspraak die ziet op de precontractuele fase is thans echter geen sprake van een eenduidige lijn ten aanzien van het meewegen van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar en daaraan verbonden consequenties in de vorm van bijvoorbeeld bepaalde zorgvuldigheidseisen. Uit de overweging in *Apothekers/Agis*, dat het stelsel van medewerkersovereenkomsten sinds 1992 'is gebaseerd op contractsvrijheid, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat daardoor de marktwerking in

42 Zie 2.3, 2.4.1.3.

43 Art. 18 lid 3 Wmg. Zie 2.3.

44 Art. 3 lid 4 Wmg. Zie ook 2.4.2.1.

45 Zie 2.4.4, 4.2.3.1 en 7.9.2. De in het wetsvoorstel tot wijziging van de Wmg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg (*Kamerstukken II 2015/16, 34445*, nr. 2) voorziene overheveling van het markttoezicht van de NZa naar de ACM leek op deze punten op zichzelf niet tot een wijziging leiden. Het wetsvoorstel is ingetrokken door de minister van VWS bij brief van 28 maart 2023 (*Kamerstukken II 2022/23, 34445*, nr. 19).

de zorgsector wordt gestimuleerd teneinde het publieke belang van een kwalitatief en kwantitatief goede zorg tegen een zo laag mogelijke prijs te verwezenlijken', is in latere feitenrechtspraak wel afgeleid dat het uiteindelijke doel van verwezenlijking van publieke belangen de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar beperkt.⁴⁶ Ook zonder verwijzing naar dit arrest namen rechters in feitelijke instanties de belangen van verzekerden, van de volksgezondheid in het algemeen en het publieke belang van kwalitatief goede zorg tegen een zo laag mogelijke prijs in aanmerking. Ook verwezen zij regelmatig naar 'vaste rechtspraak' op grond waarvan het zorginkoopbeleid van de zorgverzekeraar verifieerbaar, transparant en non-discriminatoire zou moeten zijn, zonder die norm nader te motiveren met verwijzing naar bijvoorbeeld bepaalde regelgeving, de parlementaire geschiedenis, bepaalde kenmerken van de zorgverzekeraar of betrokken publieke belangen.⁴⁷ Er zijn echter ook uitspraken waarin de contractsvrijheid voorop wordt gesteld en de doorslag geeft. Afgezien van het feit dat de Hoge Raad geen nadere uitspraak heeft gedaan over de normering van de zorgverzekeraar in de precontractuele fase, is de verschillende normering in de uitspraken van feitenrechters wellicht mede het gevolg van het feit dat deze uitspraken dikwijls zijn toegesneden op het betreffende geval. Ook betreft het veelal uitspraken in kortgedingprocedures. Daarnaast plegen in rechterlijke uitspraken veelal geen bronvermeldingen te worden gebruikt, terwijl verschillende regelingen op enigerlei wijze verplichtingen voor de zorgverzekeraar inhouden op het vlak van met name transparantie en gelijke behandeling. Verplichtingen in het kader van transparantie en/of gelijkheid kunnen voortvloeien uit de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, het mededingingsrecht, de beginselen van aanbestedingsrecht, de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, Bestuurlijk Akkoorden, zelfbinding en de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸

In de rechtspraak over de rechtmatigheid van declaraties en controles van declaraties kenden rechters betekenis toe 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 te hoog oplopen ten laste van uiteindelijk de premiebetalers en de algemene middelen en dat alleen voor doelmatig en rechtmatig verleende zorg wordt betaald. In al deze zaken ondersteunden de genoemde belangen en de wettelijke taak of plicht het standpunt van de zorgverzekeraar. Rechters gaven mede aan de hand hiervan invulling aan de wijze waarop de zorgverzekeraar zijn maatschappelijke taak uit mag

46 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 (*Apotheken/Agis*), r.o. 3.4.2. Zie voor een bespreking van dit arrest 4.3.2.1. Zie over latere feitenrechtspraak 4.3-4.4.

47 Zie 4.3-4.4.

48 Zie 4.2.2-4.4.

oefenen en aan wat van de zorgaanbieder verwacht mag worden ten aanzien van declareren en meewerken aan controles. Een enkele keer wogen rechters ook het belang mee te voorkomen dat declaraties ten onrechte worden teruggevorderd en werd de medeverantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar voor het belang van continuïteit van de zorgverlening in aanmerking genomen.⁴⁹

9.4.2 De hoedanigheid van de zorgverzekeraar: grond voor bijzondere zorgvuldigheidseisen?

De niet eenduidige lijn in de rechtspraak over met name de precontractuele fase doet de vraag rijzen hoe de hoedanigheid van de zorgverzekeraar in het zorgstelsel moet worden geduid en wat de betekenis daarvan dient te zijn voor de invulling van open verbintenisrechtelijke normen. Het antwoord op deze vraag is slechts in beperkte mate aan de orde gesteld in de literatuur.⁵⁰ Hoewel aan zorgverzekeraars geen publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend, of wettelijke taak is opgedragen,⁵¹ volgt uit het systeem van de wet mijns inziens wel dat zij, als semipublieke instellingen, over een bijzondere hoedanigheid of positie beschikken vanwege de rol die zij spelen bij de behartiging van publieke belangen en de machtspositie die zij gelet op hun positie in het zorgverzekeringsstelsel hebben. Deze hoedanigheid van de zorgverzekeraar en de bij de zorginkoopovereenkomst betrokken publieke belangen brengen mijns inziens mee dat bepaalde zorgvuldigheidseisen aan de zorgverzekeraar moeten worden gesteld bij de totstandkoming, vaststelling van de inhoud en uitvoering van zorginkoopovereenkomsten.⁵² Ik kenschets de hoedanigheid van de zorgverzekeraar hier nu nader.

49 Zie 8.3-8.6.

50 Zie specifiek met betrekking tot zorgverzekeraars bijv. Leenen/Gevers e.a. 2020, p. 758-766, in het bijzonder 764-766 die met name wijzen op zelfbinding van zorgverzekeraars aan de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap en zorgvuldigheidseisen voortvloeiend uit een afhankelijkheidsrelatie. Zie ook Jansen, *NJ* 2013/572, par. 4; Jansen 2015, par. 1-2, besproken in 4.3.4.6 over de toepassing van *KLM/CCC* op zorgverzekeraars. Den Herder 2013 bespreekt of het mededingingsrecht vergt dat zorginkoopbeleid verifieerbaar, transparant en non-discriminatoir inkoopbeleid is. De Lint merkt in een achtergrondstudie voor de Raad voor de Volksgezondheid en Samenleving terecht op dat de regisseurstaak van de zorgverzekeraar als zodanig niet wettelijk is geregeld, maar uit 'de constellatie van het nieuwe zorgstelsel' volgt. De Lint 2014, p. 13. Zie in aanloop naar het nieuwe zorgstelsel o.a. De Groot 2005, par. 4.5-4.7; Meulemans & Sijmons 2005, par. 6. Zie in algemene zin over de normering van semipublieke instellingen in het verbintenissenrecht 1.3.4.4.

51 In hoofdstuk 8 is geconstateerd dat in de feitenrechtspraak wel wordt meegewogen dat zorgverzekeraars een wettelijke taak hebben om declaraties te controleren en te controleren of gemeenschapsgelden op juiste wijze worden aangewend (8.3-8.6). Mijns inziens is van een wettelijke taak, in die zin dat aan hen publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend, geen sprake. Zie 8.2.4.

52 Zie nader over het begrip semipublieke instelling en het stellen van bijzondere zorgvuldigheidseisen aan semipublieke instellingen 1.3.4.4.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat zorgverzekeraars geacht worden een regierol te spelen bij de inkoop van zorg⁵³ en daarmee bij de behartiging van de publieke belangen betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de curatieve zorg.⁵⁴ Als uitvoerders van de zorgverzekering, 'regisseurs van zorg' en controleurs van de besteding van publieke middelen vervullen zij publieke taken. Deze taken zijn uitgewerkt in regelgeving en worden gefaciliteerd door regelgeving en overheidsfinanciering.

Ten eerste wijs ik op de in art. 11 lid 1 Zvw geregelde zorgplicht van de zorgverzekeraar en de regeling van de inhoud en omvang van het verzekerde pakket bij en krachtens art. 11 lid 3 Zvw. De uitvoering door de zorgverzekeraar van de 'zorgplicht' draagt bij aan de verwezenlijking van het recht op gezondheidszorg dat de verzekerde jegens de overheid heeft.⁵⁵ In 2.2.3 heb ik beargumenteerd dat art. 11 lid 1 sub a Zvw de zorgverzekeraar verplicht jegens de verzekerde tot het daadwerkelijk beschikbaar stellen van en het verschaffen van gelijke, financiële en geografische toegang tot geschikte zorg van in abstracto goede kwaliteit. Zorgverzekeraars vervullen zodoende publieke taken bij de uitvoering van de zorgverzekering en het ten behoeve daarvan inkopen van zorg en nemen van beslissingen over de vergoeding van zorg aan verzekerden en zorgaanbieders. Door de regulering van de inhoud en omvang van het verzekerde pakket en de tarief- en prestatieregulering genieten zij maar beperkte vrijheid bij de invulling van deze taken.⁵⁶ Zij treden tot op zekere hoogte op als uitvoerders van overheidsbeleid.⁵⁷

53 Aan deze regierol refereerde ook de Hoge Raad in HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, NJ 2019/346, m.nt. J. Legemaate (*Conductore/Achmea c.s.*), r.o. 3.1.3 en in HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789, RvdW 2023/1, GJ 2023/10, m.nt. J.G. Sijmons (*VGZ & Menzis/st. Handhaving Vrije Artsenkeuze*), r.o. 3.5.2.

54 Zie 1.2. Zie bijv. ook de memorie van toelichting bij het initiatiefwetsvoorstel Verbod winstuitkering zorgverzekeraars, *Kamerstukken II* 2015/16, 34522, nr. 3, p. 1-3. Het wetsvoorstel is aangenomen in de Tweede Kamer. De behandeling in de Eerste Kamer is aangehouden in afwachting van een novelle (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34995, nr. 2) van de initiatiefnemers van het wetsvoorstel. Vgl. tevens de Gedragscode Goed Zorgverkeerschap, par. 1.1.1 (waarover nader in 4.2.4.1).

55 Zie met name art. 12 Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR), art. 11 Europees Sociaal Handvest, art. 22 Gw. Zie tevens de Preambule van het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie, art. 25 lid 1 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948), art. 35 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Zie ook par. 1.1.1.

56 Zie over de zorgverzekering nader 2.2 en over beperking van de contractvrijheid ten aanzien van de totstandkoming en inhoud van zorginkoopovereenkomsten door het bij en krachtens de Zvw geregelde met name 4.2.1, 6.5.2, 7.6, 8.2.1, 8.2.2, 8.2.5.2 en 8.7.

57 Vgl. het eerste en het vierde door Huisman & Jak 2022, par. 3.2.2 genoemde ijkpunt op basis waarvan mede inzichtelijk kan worden gemaakt wat de aard van een handeling van een privaatrechtelijke rechtspersoon is. ('1. De mate van wettelijke inbedding van (het handelen van) de privaatrechtelijke rechtspersoon; (...) 4. De mate waarin de privaatrechtelijke rechtspersoon fungeert als de uitvoerder van overheidsbeleid').

Van belang is daarnaast dat de Zvw met onder meer de regeling van het verzekerde pakket tevens de voorwaarden schept voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg, zoals de Hoge Raad in *VGZ c.s./Nutricia c.s.* overwoog. Feitelijk bepalen de ‘normen in het stelsel van de Zvw omtrent de in art. 11 lid 1 Zvw geregelde zorgplicht’ de omvang van de markt voor zorg die krachtens de Zvw voor levering of vergoeding in aanmerking komt. Het zijn de zorgverzekeraars die deze zorg via door hen gecontracteerde zorgaanbieders doen leveren of vergoeden.⁵⁸ Hun door de wet gecreëerde positie als toegangspoorten tot de markt voor wettelijk verplicht-verzekerde curatieve zorg brengt mijns inziens met zich mee dat ze bij de inkoop van zorg over een bepaalde machtspositie geacht moeten worden te beschikken. Opmerking verdient daarbij dat ook als de zorgaanbieder ervoor kiest geen contract te sluiten met de zorgverzekeraar, het nog steeds de zorgverzekeraar is die – aan de hand van de wettelijke criteria – beslist of de kosten van de door de zorgaanbieder verleende zorg op grond van de zorgverzekering, als verzekerde zorg, voor vergoeding in aanmerking komen.

Een machtspositie vloeit mijns inziens eveneens voort uit de uit het wettelijk systeem voortvloeiende publieke taak van de zorgverzekeraar om declaraties van zorgaanbieders te controleren en zodoende te voorkomen dat kosten onnodig (indirect) ten laste komen van verzekerden en publieke middelen. Het wettelijk systeem is zo vormgegeven dat zorgverzekeraars ertoe geprikkeld zouden moeten worden met de naleving van verplichtingen uit de Zvw, de Wmg, de Regeling zorgverzekering, de Nrcaz en het Besluit verduidelijking aangifteplicht zorgfraude feitelijk een bepaalde publieke taak te vervullen. Genoemde regelgeving noopt de zorgverzekeraar tot uitvoering van materiële controles en fraudeonderzoek en verplicht de zorgaanbieder tot medewerking daaraan.⁵⁹ Dat deze verplichtingen verder reiken dan een reguliere controle op de naleving van de overeenkomst, blijkt tevens uit het feit dat de genoemde regelgeving ook van toepassing is wanneer de zorgverzekeraar geen zorginkoopovereenkomst met de zorgaanbieder heeft gesloten.⁶⁰

De bijzondere hoedanigheid van zorgverzekeraars volgt hiernaast uit het feit dat zij – in aanbestedingsrechtelijke zin – voor meer dan de helft door de overheid gefinancierd worden, hetgeen wijst op afhankelijkheid van de overheid.⁶¹ De betekenis van de aanwezigheid van overheids-

58 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.

59 Zie 8.2, 8.8.

60 Indien de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder ook geen betaalovereenkomst hebben gesloten verstrekt de zorgaanbieder de benodigde gegevens aan de verzekerde. Zie art. 87 lid 1 en 2 Zvw. De verzekerde kan in dat geval zijn kosten zelf bij de zorgverzekeraar declareren. Ook kan de zorgaanbieder de kosten namens de verzekerde declareren, al dan niet nadat de verzekerde zijn vordering op de zorgverzekeraar aan de zorgaanbieder gecedeerd heeft. Zie 6.6.2-6.6.4.

61 Zie 3.2 over de toets aan de financieringsvoorwaarde.

financiering van een semipublieke instelling voor de toepassing van het contractenrecht, of breder het verbintenissenrecht, is in de rechtspraak van de burgerlijke rechter niet nader uitgekristalliseerd. Het is wel een vereiste voor de toepassing van sommige publiekrechtelijke wetten op semipublieke instellingen, waaronder voor toepassing van de Aw 2012.⁶² Daarnaast is als rechtvaardiging voor de toerekening van onrechtmatige daden aan de overheid en de verplichting voor overheidslichamen om mededingingsruimte te bieden bij de selectie van een gegadigde voor een bepaald recht wel gewezen op het feit dat de overheid schade kan spreiden en dat eventuele baten de samenleving als geheel ten goede komen.⁶³ In het verlengde daarvan kan mijns inziens worden aangenomen dat ook uit een financiële relatie met de overheid een bijzondere (machts)positie kan voortvloeien die bij de toepassing van het verbintenissenrecht in aanmerking moet worden genomen.⁶⁴ In hoeverre daarvan sprake is, is mede afhankelijk van de verdere kenmerken van de gefinancierde partij en de overige omstandigheden van het geval. In het geval van de zorgverzekeraar ondersteunen de hiervoor genoemde elementen elkaar. De overheidsfinanciering draagt bij aan het ontstaan van en in stand houden van de markt van door de overheid gereguleerde verplicht-verzekerde zorg en faciliteert zo mede de positie van de op die markt actieve zorgverzekeraars. De mate van overheidsfinanciering schept daarnaast een verantwoordelijkheid die gelden op maatschappelijk verantwoorde wijze te besteden.

Anders dan in de feitenrechtspraak wel is aangenomen,⁶⁵ zou niet moeten worden afgezien van het stellen van bijzondere zorgvuldigheidseisen aan de zorgverzekeraar, omdat de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar een instrumentele functie heeft binnen het zorgstelsel. In de visie van de wetgever⁶⁶ zou de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar, althans marktwerking, moeten bijdragen aan de verwezenlijking van de publieke belangen van met name betaalbaarheid en kwaliteit van zorg. De instrumentele grondslag van de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar brengt mijns inziens juist mee dat de contractsvrijheid dient te worden beperkt en begrensd door de betrokkenheid van publieke belangen en de hoedanigheid van de zorgverzekeraar.⁶⁷ Bovendien impliceert de keuze voor marktwerking een keuze voor toepassing van het contractenrecht en bij de toepassing van contractenrecht pleegt men te differentiëren naar de hoedanigheid van contractspartijen.⁶⁸

62 Zie nader Jak 2014, p. 375-378 en voor de Aw 2012 de hiervoor al genoemde par. 3.2 van dit boek.

63 Zie 1.3.4.4.

64 Vgl. ook Huisman & Jak 2022 par. 3.2.2, vijfde ijkpunt.

65 Zie hiervoor in 9.4.1 en 4.3-4.4.

66 Waarover 1.2.3, 1.2.4 en 1.3.1.

67 Zie ook hiervoor in 4.3.2.3, 4.4.

68 Zie 1.3.1, 1.3.4.

De hiervoor beschreven positie en bijbehorende macht van de zorgverzekeraar als semipublieke instelling vallen niet per se samen met de marktpositie en bepalen ook niet alleen de machtsverhouding tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder. Die machtsverhouding wordt mede bepaald door de mate van wederzijdse afhankelijkheid in het concrete geval en bijvoorbeeld de hoogte van de vergoeding, bedoeld in art. 13 lid 1 Zvw, die de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg moet betalen. De kenmerken die de zorgverzekeraar een semipubliek karakter geven rechtvaardigen naar mijn mening op zichzelf wel dat bepaalde zorgvuldigheidseisen aan de zorgverzekeraar worden gesteld. De verdere verhouding en omstandigheden van het geval kunnen al dan niet aanleiding vormen tot het stellen van strengere eisen.

9.4.3 De zorgvuldigheidseisen en de verdere ontwikkeling daarvan

Welke zorgvuldigheidseisen precies aan de zorgverzekeraar kunnen worden gesteld op grond van open verbintenisrechtelijke normen, is thans niet geheel duidelijk. Voor de precontractuele fase liggen zij op het – procedurele – vlak van objectiviteit, verifieerbaarheid, transparantie en non-discriminatie.⁶⁹ Uit de rechtspraak volgt bijvoorbeeld dat bij de selectie van zorgaanbieders op kwaliteit vereist is dat het criterium op basis waarvan de zorgverzekeraar selecteert, objectief gezien verband houdt met de kwaliteit van zorg. De zorgverzekeraar mag niet geheel willekeurig selecteren.⁷⁰ Ook moet een zorgverzekeraar tijdig, duidelijk en transparant communiceren met zorgaanbieders die in de lopende contractperiode tekortschieten over de eisen waaraan zij moeten voldoen opdat zij niet worden uitgesloten van een toekomstige overeenkomst.⁷¹ De hoedanigheid van de zorgverzekeraar en de betrokkenheid van publieke belangen leidt er mijns inziens tevens toe dat zorgverzekeraars de beginselen van aanbestedingsrecht niet geheel mogen uitsluiten.⁷²

Voor de uitvoering van formele en materiële controles en fraudeonderzoek is al in de Regeling zorgverzekering en het Protocol materiële controle ZN invulling gegeven aan de daarbij van de zorgverzekeraar te vergen zorgvuldigheid. Zo is bepaald dat bij het inzetten van een bepaald (meer belastend) controlemiddel eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten worden genomen, dat hoor en wederhoor moet plaatsvinden bij de uitvoering van een detailcontrole en dat in redelijke mate verifieerbaar en toetsbaar moet zijn of met het uit te voeren onderzoek het controledoel is bereikt. Met deze eisen is beoogd te voldoen aan de AVG,

69 Zie 4.3.2-4.3.6.

70 Zie 4.3.5.

71 Zie 4.3.6.

72 Zie 4.3.4.5-4.3.4.6.

maar zij strekken er tegelijkertijd toe de uitvoering van de publieke taak van zorgverzekeraars door de uitvoering van controles te faciliteren en te normeren.⁷³

De rechter zou ten behoeve van het bepalen van en de ontwikkeling van de inhoud van de aan de zorgverzekeraar te stellen zorgvuldigheidseisen in verband met zijn semipublieke hoedanigheid inspiratie kunnen opdoen bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verder onderzoek kan uitwijzen of het ook meerwaarde heeft vanuit het oogpunt van rechtsvorming en rechtseenheid en praktisch werkbaar is als rechters expliciet aan die beginselen refereren in hun uitspraken, zoals door Huisman & Van Ommeren is bepleit. De inhoud van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is in de jurisprudentie weliswaar verder uitgewerkt,⁷⁴ zodat zij ook de civiele rechter nadere handvatten kunnen bieden, maar deze beginselen worden niet rechtstreeks toegepast op de semipublieke instelling. De mate van reflexwerking kan per type private rechtspersoon en per handeling verschillen. Daarnaast wordt de invulling van de zorgvuldigheidseisen die op grond van open normen als art. 6:162 en 6:248 BW worden gesteld niet alleen door de semipublieke hoedanigheid van de zorgverzekeraar bepaald, maar veelal ook door de overige omstandigheden van het geval en mogelijk ook door regelgeving.⁷⁵ Belangrijker lijkt me daarom dat de rechter goed motiveert welke elementen tot de betreffende norm hebben bijgedragen.

In de onderzochte rechtspraak rechtvaardigen rechters zorgvuldigheidseisen die zij stellen aan het handelen van de zorgverzekeraar in de precontractuele fase en bij de uitvoering van controles en het verbinden van gevolgen daaraan niet altijd door te vermelden aan welke regelgeving ze die normen ontleen, of door te wijzen op de hoedanigheid van de zorgverzekeraar. De zorgvuldigheidseisen worden veelal gerelateerd aan de omstandigheden van het concrete geval, of toegepast omdat zij uit vaste rechtspraak zouden volgen.⁷⁶ Hoewel dat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming afdoende kan zijn⁷⁷ en veel beslissingen in grote mate afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, lijkt het mij vanuit het oogpunt van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling van belang dat rechters expliciet aangeven of en zo ja welke regelgeving zij toepassen en welke contractenrechtelijke betekenis zij daaraan toekennen. Om dezelfde redenen zou het goed zijn als zij ook de hoedanigheid van de zorgverzekeraar expliciet in hun overwegingen betrekken, zodat duidelijk wordt welke kenmerken van de zorgverzekeraar volgens de rechter toepassing van bepaalde zorgvuldigheidseisen rechtvaardigen.

73 Zie 8.2.3-8.2.4.

74 Huisman & Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019/10.7.5.

75 Vgl. Jansen 2021, nr. 34-37.

76 Zie de rechtspraak besproken in 4.3, 8.3 en 8.4.

77 Jansen 2021, nr. 34-36.

