

De hinderpaaltrilogie

Een zoektocht naar evenwicht tussen de vrije artskenkeuze en de betaalbaarheid van de zorg

Roland Bertens, Wouter Koelewijn, Aart Hendriks & Bastiaan Wallage¹

Op 9 december 2022 wees de Hoge Raad het derde arrest over het zogeheten ‘hinderpaalcriterium’, over de vraag in hoeverre zorgverzekeraars kortingen mogen toepassen op de vergoeding van zorg door een zorgaanbieder waarmee zij geen contract hebben. Het arrest impliceert een nieuwe ontwikkeling in een complex juridisch vraagstuk, dat rechtstreeks raakt aan de fundamenteën van het Nederlandse zorgstelsel. De invloed hiervan blijft niet beperkt tot het civiele recht, maar het arrest werkt door in het publiekrechtelijke kader, waaronder de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Maar wat zijn nu de uiteindelijke rechtsgevolgen van dit arrest voor verzekeren?

Inleiding

Op 9 december 2022 wees de Hoge Raad een belangwekkend arrest over een door de wetgever ontwikkeld juridisch concept waarover hij zich eerder – in 2014 en 2019 – uitliet.² Het thema betreft het zogeheten ‘hinderpaalcriterium’. Dit criterium vloeit voort uit artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (Zvw). Dit juridische concept bepaalt de grenzen van de vrijheid van zorgverzekeraars om de vergoeding te bepalen ten aanzien van hun verzekeren met een naturapolis, indien de laatste zorg hebben betrokken bij een ‘niet-gecontracteerde’ zorgaanbieder. Denk bijvoorbeeld aan een verzekerde die voor een heupoperatie naar een bepaalde zorgaanbieder gaat vanwege een korte wachtlijst maar met wie de zorgverzekeraar geen contract heeft afgesloten. Door deze keuze van de patiënt kan de zorgverzekeraar beslissen de behandelkosten niet helemaal te vergoeden. Dit in tegenstelling tot verzekeren met een doorgaans iets duurdere restitutieverzekering, van wie de verzekeraar alle verzekerde zorg vergoedt. Dat contracteren is – zoals wij verderop in deze bijdrage uiteenzetten – in theorie een belangrijk middel voor verzekeraars om uiting te geven aan hun rol als ‘regisseurs’ van het zorgstelsel, zoals dat sinds 2006 in Nederland is vormgegeven. De discussie over het al dan niet beperken van toegang tot niet-gecontracteerde aanbieders raakt aan een fundament van ons zorgstelsel. Wij bespreken in deze bijdrage achtereenvolgens artikel 13 Zvw en de uitleg van het ‘hinderpaalcriterium’, de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad, alsmede het arrest van 9 december 2022. Wij bezien ook de gevolgen van de bovenal privaatrechtelijke discussie over het hinderpaalcriterium voor het publiekrecht. In het bijzonder kijken we daar-

bij naar het ‘Wetsvoorstel bevorderen zorgcontractering’ dat op 12 juni 2023 is gepubliceerd voor een internetconsultatie. Onze bevindingen vatten we tot slot samen, met bijzondere aandacht voor het recht op vrije artskenkeuze van verzekeren.

Vrije artskenkeuze en kostenbeheersing

De hinderpaal discussie vloeit voort uit artikel 13 lid 1 Zvw. Dat artikellid luidt als volgt:

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

Hiermee suggereert de Zvw dat het de zorgverzekeraar vrij staat om een naar eigen inzicht te bepalen korting in rekening te brengen indien een verzekerde zorg afneemt bij een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar geen

De hinderpaal discussie vloeit voort uit artikel 13 lid 1 Zvw

contract heeft. Die lezing sluit aan bij de memorie van toelichting bij de Zvw:

‘Omdat de verzekerden daarmee een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorg in beginsel al had ingekocht, zullen zij niet het volledige bedrag dat de zorgaanbieder in rekening brengt, gerestitueerd krijgen. De precieze vormgeving van die korting wordt overgelaten aan de zorgverzekeraar.’³

In 2014 oordeelde de Hoge Raad echter dat er beperkingen zijn gesteld aan de hoogte van zo'n korting. Hiertoe haakte de Hoge Raad aan bij het 'hinderpaalcriterium' dat door de wetgever in de toelichting op artikel 13 Zvw is geïntroduceerd. Deze term wordt in die context door de wetgever primair gehanteerd om te verwijzen naar het vrije verkeer van diensten in de Europese gemeenschappelijke ruimte. Kort gezegd staat in de memorie van toelichting dat het toepassen van een korting op de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg niet zo hoog mag zijn dat patiënten daarmee zouden worden afgeschrikt van het inroepen van zorg in het buitenland.⁴ Dat zou immers mogelijk strijdig zijn met de Europeesrechtelijke vrijheid van EU-inwoners om (medische) diensten buiten de eigen landsgrenzen te betrekken. Ter onderbouwing van deze stelling werd in de memorie van toelichting verwezen naar het arrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Müller-Fauré*.⁵

In zijn arrest van 11 juli 2014 (bekend als *CZ/Momentum*) oordeelde de Hoge Raad echter dat artikel 13 lid 1 Zvw breder moest worden uitgelegd dan uitsluitend relevant bij een grensoverschrijdende situatie. En wel zo dat, óók waar het gevallen betreft waarin een patiënt *binnen* Nederland naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, de korting op de vergoeding niet dusdanig hoog mag zijn dat deze een feitelijke belemmering vormt voor de toegang tot niet-gecontracteerde zorg voor de patiënt in kwestie. De Hoge Raad oordeelde daarbij dat dit zogenaamde 'hinderpaalcriterium' overigens níet volgde uit het Europese arrest *Müller-Fauré*, maar juist binnen de Nederlandse rechtsorde moest worden gezien als een uitvloeisel van de wens van de wetgever om gewicht toe te kennen aan de 'vrije artskeuze' van de patiënt.⁶ Met het recht op vrije artskeuze wordt bedoeld dat de patiënt de mogelijkheid moet hebben om zijn eigen arts te kiezen, ook als zijn verzekeraar daar geen contract mee heeft afgesloten. De Hoge Raad oordeelde in casu dat een vergoeding van 75-80% van het marktconforme tarief voor gecontracteerde aanbieders kon worden beschouwd als

Met dit arrest plaatste de Hoge Raad een belangrijke piketpaal in de jurisprudentie en het politieke debat aangaande de betaalbaarheid van de zorg

een vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg die geen feitelijke hinderpaal opleverde.

Met dit arrest plaatste de Hoge Raad een belangrijke piketpaal in de jurisprudentie en het politieke debat aangaande de betaalbaarheid van de zorg en de ontmoedigingsmaatregelen gericht op gebruikmaking van niet-gecontracteerde zorg. In de periode waarin dit arrest werd gewezen was namelijk ook een wetsvoorstel aanhangig om artikel 13 lid 1 Zvw helemaal te schrappen en daarmee zorgverzekeraars meer mogelijkheden te geven om hun verzekerden met een naturapolis te 'sturen' richting gebruikmaking van uitsluitend gecontracteerde aanbieders. Immers, als de zorgverzekeraars op basis van de Zvw niet meer verplicht zouden zijn enige vergoeding te betalen voor niet-gecontracteerde zorg aan verzekerden met een naturaverzekering, maar zo'n vergoeding gewoon helemaal konden weigeren, dan zouden zij meer slagkracht krijgen om (gunstig) te contracteren met zorgaanbieders van hun keuze. De machtspositie van zorgverzekeraars, waarvan er een beperkt aantal is, zou daarmee worden vergroot. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders en patiënten zouden dan immers sterk ontmoedigd worden om zorg te leveren of te ontvangen die niet door de verzekeraar zou worden vergoed. En dat was nu juist een cruciale rol die de verzekeraars door de wetgever was toebedeeld bij de nieuwe inrichting van het zorgstelsel in 2006: zij moesten voortaan als de inkoop-'regisseurs' van dat stelsel kunnen opereren.⁷ Eind 2014 sneuvelde het wetsvoorstel echter in de Eerste Kamer, waarbij mede in het licht van het arrest van de Hoge Raad veel gewicht werd toegekend aan het negatieve effect dat deze maatregel zou hebben op het recht op vrije artskeuze.⁸ Het niet langer vergoeden van zorg die wordt betrokken van niet-gecontracteerde aanbieders werd door de politieke tegenstanders van het wetsvoorstel beoordeeld als onvereenbaar met het recht op vrije artskeuze. Daarmee was zowel in de rechtspraak als in de politiek de balansoefening tussen de betaalbaarheid van de zorg en het recht op

Auteurs

1. Mr. dr. R. Bertens is als docent en onderzoeker verbonden aan het UMC Utrecht.
Prof. mr. A.C. Hendriks is als hoogleraar gezondheidsrecht verbonden aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. B. Wallage en mr. dr. W.I. Koelwijn zijn als docent en onderzoeker verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

Noten

2. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 en HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, NJ 2019/346.
3. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29763, nr. 3, p. 31.
4. *Ibid.*
5. HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré*). Deze zaak betrof twee Nederlandse patiënten,

die in Duitsland respectievelijk België medische behandelingen hadden ondergaan en vervolgens een vergoeding wilden van hun Nederlandse – toen nog – ziekenfonds.
6. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83, r.o. 3.5.6 en 3.5.7. De meest duidelijke uiting van het 'recht op vrije artskeuze' in de memorie van toelichting is te vinden op p. 109 van de memorie. Zie voor een uitgebreide discussie: B. Wallage,

Het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel, 5 juni 2022, hdl.handle.net/1887/3421569.

7. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 9.
8. Zie voor een uitgebreide discussie van de wetswijziging: J.G. Sijmons, 'Sturen in de zorg met de zorgverzekering. De perikelen rond de wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet', *AV&S* 2015/14, p. 88-93.



© Shutterstock

vrije artskenkeuze voorlopig beslecht in het voordeel van het recht op de vrije artskenkeuze.

De hinderpaaljurisprudentie tot 2022: vaste lijn of *bric-à-brac*?

Met het sneuvelen van het wetsvoorstel om het eerste lid van artikel 13 Zvw te schrappen, werd de kwestie van de 'hinderpaal' feitelijk verder overgelaten aan de rechtspraak. Overigens tot vrees van sommigen, die vonden dat zo'n belangrijk issue – de vraag hoe het recht op zorg zich verhoudt tot de vrije keuze voor de zorgverlener – eigenlijk aan de politiek moest worden gelaten, en niet aan de rechtsvormende taak van rechters. Dat zou namelijk tot gevolg kunnen hebben dat de inkleuring van het hinderpaalcriterium in individuele casus zou kunnen leiden tot rechtsongelijkheid.⁹ Die vrees bleek evenwel niet helemaal terecht: het arrest van de Hoge Raad van juli 2014 had weliswaar tot gevolg dat de deur werd opengezet voor rechterlijke toetsing van 'feitelijke hinderpalen', maar in die jurisprudentie waren wel een paar vaste thema's te ontwaren.

Zo werd ten eerste vrij consequent aangesloten bij de norm van vergoedingen van 75-80% van het gecontracteerde tarief voor niet-gecontracteerde zorg.¹⁰ Ten tweede werd in meerdere zaken de bal bij de zorgaanbieder of de patiënt gelegd om te bewijzen dat de (vermeend) te lage vergoeding door de verzekeraar in een concreet geval een feitelijke hinderpaal opleverde. Dat lukte overigens lang niet altijd.¹¹ Interessant zijn daarnaast de zaken waarin werd afgeweken van de 75-80% grens als een abstracte praktijknorm, en waarin de focus juist werd gelegd op de vraag wanneer een verzekerde in algemene zin een feitelijke hinderpaal zou ervaren bij het betrekken van niet-gecontracteerde zorg. Zo stelde de Rechtbank Noord-

Nederland, 'bij gebreke aan een andere maatstaf', een bedrag van € 500 als maximumkorting op de vergoeding vast. Dit omdat het eigen risico dat verzekerden op hun zorgverzekering kunnen nemen maximaal met € 500 kan worden verhoogd en analoog daaraan dus de keuze om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te stappen maximaal dat bedrag aan korting op de vergoeding mocht 'kosten'.¹² Ook werd een aantal keer overwogen dat het zonder meer volgen van een abstracte norm van 75-80% alsnog een feitelijke hinderpaal kan opleveren. 80% vergoeden van een dure operatie zou immers een serieuze hinderpaal kunnen opleveren voor een patiënt, terwijl 30% vergoeden voor een goedkope ingreep dat dan weer niet zou hoeven te doen.¹³ In de jurisprudentie van de feitenrechters kon men zodoende al langer de lijn ontwaren waarbij werd aangestuurd op een toets van de concrete feiten en omstandigheden (type zorg, zorggebruiker etc.) van het geval. Die toets staat ook centraal in drie arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden die uiteindelijk tot het arrest van 9 december 2022 zouden leiden.¹⁴

Maar voor het zover was deed de Hoge Raad zelf op 7 juni 2019 nog een duits in het zakje met betrekking tot de rechtsontwikkeling. Ten aanzien van de rechtsontwikkeling werd in het arrest *Conductore* op drie punten een belangrijke aanvulling gedaan op het arrest *CZ/Momentum* uit 2014. Ten eerste zette de Hoge Raad de verzekeraars steviger in het zadel voor wat betreft hun rol als 'regisseurs' van het zorgstelsel. In rechtsoverweging 3.1.3 van het arrest wordt ondubbelzinnig overwogen dat de korting op de vergoeding niet louter een compensatie hoeft te zijn voor gemiddelde extra administratiekosten die ontstaan indien een verzekerde naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat. Met zo'n beperkte uitleg zou afbreuk worden gedaan aan het door de wetgever

beoogde stelsel, waarbij verzekeraars scherp moeten kunnen contracteren op naturopolissen en er dus baat bij hebben de gang van hun verzekerden naar niet-gecontracteerde aanbieders te kunnen beperken. Een korting die eigenlijk alleen maar 'administratiekosten' compenseert zou daarmee niet in lijn zijn. Ten tweede stelt de Hoge Raad vast dat, bij het beoordelen van de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, moet worden uitgegaan van de draagkracht van de gemiddelde ('modale') patiënt. De zorgaanbieder in deze zaak had gesteld dat de *minst* draagkrachtige patiënt daarbij als maatman moest worden genomen om de korting vast te stellen. Maar daar ging de Hoge Raad niet in mee, omdat ook dan de prikkel zou worden weggenomen voor gemiddelde patiënten om naar een gecontracteerde aanbieder te gaan. Zij zouden dan immers alsnog een vrij hoge vergoeding krijgen; die zou dan immers worden vastgesteld met het oog op de minst draagkrachtige patiënt. Beide overwegingen stoken met de bedoeling van de wetgever, om patiënten zoveel mogelijk richting gecontracteerde zorg te sturen. De derde belangrijke conclusie van *Con-*

Beide overwegingen stoken met de bedoeling van de wetgever, om patiënten zoveel mogelijk richting gecontracteerde zorg te sturen

ductore betrof ten slotte de 'vlaktaks' (of generieke korting) van 25% die in casu door zorgverzekeraar Achmea werd gehanteerd. De Hoge Raad zag in de *Zvw* geen aanleiding om aan te nemen dat een verzekeraar geen generieke korting zou mogen hanteren. Maar – en daarmee werden eigenlijk de kaarten geschud voor het arrest van 9 december 2022 – die generieke korting kan onder omstandigheden wél een probleem opleveren als daarmee een hinderpaal wordt opgeworpen. In de woorden van de Hoge Raad:

*'Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden.'*¹⁵

9. B.A. van Schelven & M.M. Janssen, Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/Momentum. De stand van zaken van het kat-en-muis spel tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde zorgaanbieders, *TvGR* 2017, 41.
10. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juni 2016,

ECLI:NL:RBZWB:2016:3891; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710; Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245.
11. Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710; Rb. Gelderland

Het arrest van 9 december 2022: oude wijn in nieuwe zakken?

De zaak waarin de Hoge Raad op 9 december 2022 arrest wees was in eerste aanleg aangevangen met een collectieve actie van de Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze (hierna: de Stichting). Deze Stichting komt op voor het behoud van de vrije artskenkeuze. De Stichting tracht dit doel te bereiken onder meer door het voeren van strategische procedures gericht op het versterken van het hinderpaalcriterium. Immers, hoe eerder sprake is van een feitelijke hinderpaal, hoe steviger het recht op vrije artskenkeuze in financieel-economische zin wordt gewaarborgd. In de hoger beroepsprocedure die liep bij het Hof Arnhem-Leeuwarden werden verschillende verklaringen voor recht gevorderd. Ten eerste wilde de Stichting vastgesteld hebben dat een vergoeding door de zorgverzekeraars van een (on)gewogen gemiddeld gecontracteerd tarief, minus een generieke korting op de vergoeding voor verzekerde zorg van 20-30%, in strijd is met het hinderpaalcriterium. Ten tweede vordert de stichting dat voor recht wordt verklaard dat de zorgverzekeraars geen zogenaamd generiek kortingspercentage mogen hanteren, tenzij dit percentage zo laag is dat het uitgangstarief minus het kortingspercentage zelfs bij de duurste zorgsoort geen feitelijke hinderpaal oplevert voor de gemiddelde patiënt. Ten derde vordert de Stichting dat voor recht wordt verklaard dat zorgverzekeraars bij de hinderpaaltoets geen rekening mogen houden met eventueel door de niet-gecontracteerde aanbieders verleende coulancregelingen of door de zorgverzekeraars toegepaste hardheidsclausules. Met de coulancregelingen wordt hier bedoeld op de in de praktijk ontstane systematiek waarbij zorgaanbieders de generieke korting die de zorgverzekeraars hanteren op de vergoeding aan de verzekerde, zelf kwijtschelden. Via zo'n coulancregeling komt de korting kortom niet voor rekening van de verzekerde maar voor rekening van de niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest de eerste twee vorderingen afgewezen en de laatste vordering toegewezen.

Opmerkelijk is dat de zorgverzekeraars in het verweer dat zij voeren bij zowel het hof als de Hoge Raad trachten om de toepassing van het hinderpaalcriterium volledig uit het wettelijke stelsel te krijgen. Zij zoeken daarvoor hun toevlucht tot de Europese regelgeving en stellen zich op het standpunt dat de handhaving van het hinderpaalcriterium in strijd is met artikel 181 en 206 van de zogeheten Solvency II-richtlijn.¹⁶ Zowel het hof als de Hoge Raad gaan niet mee in deze stelling en oordelen dat voornoemde bepalingen uit de richtlijn voldoende ruimte laten aan de lidstaten om zelf invulling te geven aan een verzekeringssysteem voor ziektekosten.

13 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2689; CBb 8 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:483; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3451.
12. Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245, r.o. 4.8.
13. Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578; Rb. Gel-

derland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380.
14. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028; ECLI:NL:GHARL:2020:8030; ECLI:NL:GHARL:2020:8031.
15. HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, r.o. 3.1.4.
16. Richtlijn 2009/139/EG.

Voor zover die invulling een inbreuk oplevert voor het vrij verkeer van diensten, moet deze inbreuk voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Het oordeel van het hof dat daaraan is voldaan wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.

In de cassatieprocedure wordt het oordeel van het hof ten aanzien van de eerste twee gevorderde verklaringen voor recht in stand gelaten. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat het hof de mogelijkheid heeft gelaten aan de zorgverzekeraars om het gewogen gemiddeld tarief als uitgangstarief te nemen voor de berekening van het kortingspercentage op de vergoeding, maar dat ook een ander uitgangstarief mogelijk is. Daarmee bevestigt de Hoge Raad dat de zorgverzekeraars daarin een zekere vrijheid hebben.

De kernvraag van de cassatieprocedure hing met name samen met de tweede vordering van de Stichting Behoud vrije artsenuitvoering en betrof de juridische houdbaarheid van een generiek kortingspercentage. In 2019 had de Hoge Raad eerder geoordeeld dat dit in beginsel mogelijk was en dat de vraag of sprake is van een kortingspercentage in strijd met het hinderpaalcriterium steeds beoordeeld zal moeten worden op basis van de concrete omstandigheden van het geval. Het hof volgde deze lijn maar merkte daarbij wel op dat het hanteren van een generiek kortingspercentage in principe niet fijnmazig genoeg is.¹⁷ Het hof stelde dat de vraag of een generiek kortingspercentage in strijd is met het hinderpaalcriterium beoordeeld moet worden aan de hand van de zorgvorm en de kostensoort. In geval van zeer dure vormen van zorg kan een generiek kortingspercentage dus wel een feitelijke hinderpaal opleveren en daarmee in strijd komen met artikel 13 lid 1 Zvw als rekening gehouden wordt met de gemiddelde verzekerde. De Hoge Raad volgt het hof in deze benadering. Een generiek kortingspercentage mag worden gehanteerd door de zorgverzekeraars, tenzij de feiten en omstandigheden zich daartegen verzetten. De Hoge Raad geeft daarbij een duidelijk voorbeeld:

*'Een generiek kortingspercentage kan bij complexe en dure vormen van zorg immers resulteren in een relatief lage vergoeding die voor de gemiddelde modale zorggebruiker een feitelijke hinderpaal kan opleveren terwijl datzelfde kortingspercentage bij minder dure vormen van zorg niet leidt tot strijd met het hinderpaalcriterium.'*¹⁸

Weliswaar bevestigt de Hoge Raad hiermee zijn eerdere lijn, maar wordt tegelijkertijd ondubbelzinnig geoordeeld dat het onverkort handhaven van een kortingspercentage op de vergoeding bij dure zorgvormen niet houdbaar is indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis als gevolg van dat kortingspercentage niet meer kan kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder naar voorkeur. Wanneer dan precies sprake is van een feitelijke hinderpaal wordt in deze cassatieprocedure niet duidelijk en zal daarom in de rechtspraak steeds aan de feitenrechtters worden overgelaten.

Met betrekking tot de derde vordering komt de Hoge Raad tot een ander oordeel dan het hof. De vraag of het gebruik maken van een hardheidsclausule dan wel het toepassen van een hardheidsclausule mag meewegen in

Of er sprake is van een hinderpaal is daarmee een feitelijke beoordeling op het moment dat de zorg wordt betrokken en de rekening wordt gepresenteerd

de beoordeling of sprake is van een feitelijke hinderpaal, werd door het hof ontkennend beantwoord. Het hof leunde daarbij sterk op het rechtszekerheidsbeginsel en wees erop dat het voor de verzekerde vooraf duidelijk moet zijn welke kosten bij de verzekerde in rekening worden gebracht, en dus niet pas op het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk geconfronteerd wordt met de rekening. Of een zorgverzekeraar al dan niet gebruik maakt van een bepaald kortingspercentage moet vooraf aan de aspirant verzekerde bekend worden gemaakt, dat wil zeggen bij het verstrekken van de verzekeringsvoorwaarden, aldus het hof. De Hoge Raad gaat daarin niet mee en kiest voor het feitelijke moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd.¹⁹ De Hoge Raad koppelt dat vervolgens aan de al in het arrest van 2019 genoemde 'concrete feiten en omstandigheden'. Of er sprake is van een hinderpaal is daarmee een feitelijke beoordeling op het moment dat de zorg wordt betrokken en de rekening wordt gepresenteerd. Het kan dus ook zo zijn dat die hinderpaal wordt weggenomen door het toepassen van een hardheidsclausule door de zorgverzekeraar. Ook kan de hinderpaal helemaal niet in beeld komen wanneer de niet-gecontracteerde zorgaanbieder in het concrete geval een coulance-regeling toepast waarmee de 'eigen bijdrage' van de verzekerde geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden.

Analyse: Naar een nieuw evenwicht van publiekrechtelijke beperkingen

De rechtsontwikkelingen rond het hinderpaalcriterium in de afgelopen jaren leggen naar ons oordeel duidelijk het spanningsveld bloot tussen het waarborgen van fundamentele rechten van verzekerden en het waarborgen van de financiële houdbaarheid van het zorgverzekeringsstelsel. Deze evenwichtsoefening vindt plaats in het grijze gebied tussen het privaatrecht en publiekrecht. De wetgever heeft met de invoering van de Zvw in 2006 gekozen voor een overwegend privaatrechtelijk verzekeringsstelsel met publiekrechtelijke kaders. Zo mogen de privaatrechtelijke zorgverzekeraars niet zelf bepalen wat de inhoud van het verzekerde pakket is, maar bepaalt de Minister van VWS dat via de Regeling Zvw. Zorgverzekeraars zijn evenmin vrij in de in de keuze van de verzekerden en zijn onderworpen aan toezicht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). In dat licht bezien is relevant dat de NZa recentelijk heeft aangegeven dat zorgverzekeraars op grond van artikel 13 lid 1 Zvw geen korting mogen toepassen indien en voor zover zij onvoldoende zorg hebben ingekocht en

De privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde aanbieders wordt meer vergaand publiekrechtelijk beperkt dan de rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en gecontracteerde zorgaanbieders

bijvoorbeeld sprake is van lange wachtlijsten.²⁰ Dat kan aanzienlijke gevolgen hebben voor bijvoorbeeld het domein van de GGZ, waar lange wachtlijsten bestaan.²¹

Als het gaat om de regierol van de zorgverzekeraars kan gesteld worden dat zij daarin een hoge mate van privaatrechtelijke vrijheid genieten. De zorgverzekeraars kunnen de inhoud van de zorginkoopovereenkomsten zelf bepalen. Zij zijn in hoge mate vrij om daarin bijvoorbeeld omzetplafonds overeen te komen met zorgaanbieders. In de rechtspraak over de juridische houdbaarheid van dergelijke contractuele beperkingen worden deze in overwegende mate beoordeeld binnen de sleutel van de contractuele redelijkheid en billijkheid en wordt de bewegingsvrijheid van zorgverzekeraars door de rechter niet of nauwelijks beperkt door toepassing van publiekrechtelijke regels.²² Uit het besproken arrest van de Hoge Raad van 9 december 2022 blijkt dat dit voor de rechtspositie van de verzekerden toch genuanceerder ligt. In deze rechtsverhouding wordt de (contract)vrijheid van de zorgverzekeraars wel degelijk beperkt door publiekrechtelijke regels (artikel 13 Zvw). De achterliggende reden daarvan ligt in de keuze die de wetgever heeft gemaakt om het recht op vrije artsenkeuze te waarborgen. Wij menen dat de wetgever daartoe tot op zekere hoogte ook gehouden is vanwege het recht op vrije artsenkeuze.²³ Vervolgens worden juist deze fundamentele rechten van verzekerden relevant voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders. De Hoge Raad heeft in het eerder genoemde arrest *CZ/Momentum*²⁴ onder verwijzing naar het arrest van 14 september 2004²⁵ geoordeeld dat de contractverhouding tussen een zorgverzekeraar en een verzekerde een schakel vormt waarmee de belangen van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder zijn verbonden, zodat het de zorgverzekeraar niet onder alle omstandigheden vrijstaat de belangen die de zorgaanbieder kan hebben bij een behoorlijke nakoming van de verzekeringsovereenkomst, te verwaarlozen. Onder die behoorlijke nakoming valt ook het uitkeren van vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg, die geen hinderpaal opleveren. Uit deze schakeljurisprudentie²⁶ volgt zodoende dat ook niet-gecontracteerde zorgaanbieders een beroep kunnen doen op het hinderpaalcriterium. Daarmee doet zich het in juridisch opzicht opmerkelijk

fenomeen voor dat de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde aanbieders via de fundamentele rechten van de verzekerden, meer vergaand publiekrechtelijk wordt beperkt dan de rechtsverhouding tussen zorgverzekeraars en gecontracteerde zorgaanbieders. Toch is dit fenomeen niet helemaal nieuw als we kijken naar de bestuursrechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). In de uitspraak van het CBB van 21 december 2015 werd een oordeel gevraagd over het destijds door de NZa in de tariefbeschikking voor de huisartsenzorg opgenomen contracteervereiste. Kort samengevat kwam dit vereiste erop neer dat de NZa in de tariefbeschikking voor het in rekening kunnen brengen van de huisartsenzorg, als dwingende voorwaarden had opgenomen dat de huisartsen daarvoor dan een contract moesten hebben met de zorgverzekeraars. Het CBB oordeelde dit contracteervereiste in de (publiekrechtelijke) tariefbeschikking van de NZa in strijd met artikel 11 en 13 Zvw en overwoog daarbij in het bijzonder dat het ook steun voor dit oordeel vond in de hinderpaalrechtspraak van de Hoge Raad (*CZ/Momentum*).²⁷

Diezelfde NZa is naast het vaststellen van prestaties en tarieven belast met toezicht op de naleving van de Zvw. Hierdoor staat ook de bestuursrechtelijke route van een handhavingsverzoek open voor zorgaanbieders die menen dat een zorgverzekeraar handelt in strijd met het hinderpaalcriterium. Deze bestuursrechtelijke route werd gevolgd door Stichting Zorghuis die de NZa had gevraagd om handhavend op te treden tegen Zilveren Kruis en Menzis. Beide zorgverzekeraars hadden in de polisvoorwaarden een zogenaamd toestemmingsvereiste opgenomen voor verzekerden, die zich voor bepaalde zorg wilden wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Stichting Zorghuis stelde onder meer dat een dergelijk toestemmingsvereiste een onrechtmatige feitelijke hinderpaal vormde en daarmee in strijd kwam met artikel 13 Zvw. Het CBB verwerpt dit standpunt en oordeelde dat de wetgever voor zorgverzekeraars bewust de mogelijkheid had opengelaten voor het opnemen van dergelijke vereisten in de polisvoorwaarden. Als zodanig werd een toestemmingsvereiste daarom niet in strijd met de Zvw

17. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030.

18. HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789, r.o. 3.5.2.

19. Idem, r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

20. A.C. Hendriks, M. Sombroek-Van Doorn, B. Wallage & R. van Hellemond, 'Hebben mensen met uitgestelde zorg recht

op schadevergoeding?', *NJB* 2023/524, afl. 8.

21. nos.nl/op3/artikel/2389290-nog-altijd-wachten-wachten-wachten-in-de-ggz-ervaar-hier-hoelang.

22. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11288.

23. Zie daarover uitgebreid: B. Wallage,

A.C. Hendriks & W.I. Koelewijn, 'Vrije artsenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?', *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20.

24. HR 11 juli 2014,

ECLI:NL:HR:2014:1646, *NJ* 2015/83, zie in het bijzonder r.o. 3.6.1.

25. HR 24 september 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587,

m.nt. C.E. du Perron.

26. Zie ook CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, *AB* 2016/106, m.nt. W.I. Koelewijn & B. Wallage.

27. CBB 21 december 2015,

ECLI:NL:CBB:2015:433, *AB* 2016/94, m.nt. A.C. Hendriks, zie r.o. 5.

geoordeeld.²⁸ Waar het gaat om de beoordeling van de houdbaarheid van de hoogte van het kortingspercentage voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders heeft Stichting GGZ Momentum, naast de civiele route die leidde tot het arrest van de Hoge Raad (CZ/Momentum) ook de bestuursrechtelijke handhavingroute via de NZa gevolgd. In deze bestuursrechtelijke procedure werd door GGZ Momentum eveneens de stelling ingenomen dat zorgverzekeraars die een kortingspercentage van 25% of meer aanhouden voor vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders, per definitie in strijd handelen met artikel 13 Zvw. De NZa werd verzocht daartegen handhavend op te treden, welk verzoek door de NZa vervolgens was afgewezen. Ook het CBB verwerpt dit standpunt van GGZ Momentum. Een kortingspercentage van 25% of meer betekende volgens het CBB niet dat de hinderpaal daarmee 'een gegeven' is. Om te kunnen beoordelen of een kortingspercentage een feitelijke hinderpaal vormt zal volgens het CBB naar concrete informatie daarover moeten worden gekeken. Deze informatie ontbrak in de handhavingprocedure, waardoor ook geen materieel oordeel mogelijk was.²⁹

Deze bestuursrechtelijke rechtspraak van het CBB laat zien dat de hinderpaaljurisprudentie van de Hoge Raad in de privaatrechtelijke verhoudingen met de zorgverzekeraars ook van betekenis is voor de NZa bij de beoordeling van handhavingverzoeken. In zoverre zal het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2022 onzes inziens ook zijn doorwerking vinden in de bestuursrechtelijke jurisprudentie van het CBB.

De zorgverzekeraars en het kabinet beschouwen de civielrechtelijke en de ongetwijfeld nog verder opkomende bestuursrechtelijke hinderpaaljurisprudentie als een onwenselijke rechtsontwikkeling. Het kabinet heeft in de afgelopen jaren diverse maatregelen aangekondigd om dit schuivende publiekrechtelijke paneel terug te duwen. Tot op heden zijn deze pogingen evenwel zonder succes gebleven. Een nieuw initiatief is echter vorig jaar aangekondigd in het Integraal Zorgakkoord (IZA).³⁰ Dit is een contract tussen de overheid en allerlei (koepels van) zorgorganisaties in een poging de zorg toegankelijk en betaalbaar te houden. In het IZA is afgesproken om de vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg te kunnen verlagen. In de toelichting op deze maatregel wordt het volgende overwogen:

'Ook deze maatregel wordt uitgewerkt voor 1 juni 2023 door het Ministerie van VWS met consultatie zorgverzekeraars, patiëntenorganisaties en zorgaan-

bieders. Huisartsenzorg zal worden uitgezonderd van deze maatregel, zodat iedere verzekerde altijd zijn eigen huisarts zal kunnen kiezen. Ook geldt een uitzondering voor als hoogcomplex benoemde derdelijnszorg die geleverd wordt in Universitair Medisch Centra. Bij de verlaging van de vergoeding zal het zogenaamde 'hinderpaalcriterium' in acht worden genomen. De vergoeding mag ingevolge artikel 13 Zvw niet zo laag zijn dat het voor verzekerden met een naturapolis een feitelijke hinderpaal vormt gebruik te maken van niet-gecontacteerde zorgaanbieders. Dat neemt niet weg dat, met inachtneming van het hinderpaalcriterium, de vergoeding zodanig wordt verlaagd dat deze een stimulans is voor verzekerden met een naturapolis om gebruik te maken van gecontracteerde zorg en voor zorgaanbieders om contracten aan te gaan met zorgverzekeraars voor de verlening van zorg.'

Conclusie: op zoek naar een nieuw evenwicht

De voornoemde tekst van het IZA is tot stand gekomen vóór het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2022. Naar ons oordeel heeft de Hoge Raad met dit arrest een verdere grens getrokken als het gaat om de mogelijkheden die zorgverzekeraars binnen artikel 13 Zvw hebben om de korting op de vergoeding verder te verlagen. Wij menen dat de voorziene maatregel om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg verder te verlagen – zoals aangekondigd in het IZA en die het recht op vrije artsenuitkeuze verder beperkt – alleen via een wetwijziging kan gebeuren, en niet via een afspraak tussen de overheid en (koepels van) zorgorganisaties.

Op 12 juni 2023 is het 'Wetsvoorstel bevorderen zorgcontractering' voorgelegd via internetconsultatie.³¹ Uit het wetsvoorstel, dat een wijziging van artikel 13 lid 1 Zvw inhoudt, blijkt dat het hinderpaalcriterium – conform de uitspraak van de Hoge Raad van 9 december 2022 – wordt verstevigd. Van een verdere generieke korting op de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg kan bij aanneming van het wetsvoorstel niet langer sprake zijn; in dat geval dient de keuzevrijheid van een verzekerde met een naturapolis namelijk in elk geval worden gewaarborgd. In de conceptmemorie van toelichting staat daarover:

'Met dit wetsvoorstel en de eventueel daarop te baseren lagere regelgeving wordt beoogd aan te duiden waar de balans ligt tussen de regierol van de zorgverzekeraar enerzijds en de vrije artsenuitkeuze van de verzekerde anderzijds.'

De regering bevestigt dat het recht op vrije artsenuitkeuze gewaarborgd blijft, ook voor verzekerden met een naturapolis die zich willen wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder:

'Met het wetsvoorstel wordt het hinderpaalcriterium opgenomen in de wet zelf: de hoogte van de vergoeding mag een verzekerde niet verhinderen om de zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.'

De zorgverzekeraars en het kabinet beschouwen de civielrechtelijke en de ongetwijfeld nog verder opkomende bestuursrechtelijke hinderpaaljurisprudentie als een onwenselijke rechtsontwikkeling

Uit het wetsvoorstel volgt het voornemen om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te verlagen, maar met inachtneming van het hinderpaalcriterium. Dat is een ‘*contradictio in terminis*’

Toch lijkt de regering nog geen evenwichtige balans te hebben gevonden voor wat betreft de constitutionele afweging tussen de waarborging van het recht op vrije artskeuze en de (financiële) waarborging van het Nederlandse zorgstelsel. Uit het wetsvoorstel volgt namelijk het voornemen om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te verlagen, maar met inachtneming van het hinderpaalcriterium. Dat is een ‘*contradictio in terminis*’. Het is kiezen of delen; of de wetgever gaat over tot een verdere beperking van het recht op vrije artskeuze aangezien zij dit noodzakelijk acht voor de houdbaarheid van het Nederlandse zorgstelsel (met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit) of het

hinderpaalcriterium wordt – in lijn met de huidige rechtspraak – gewaarborgd. De wetgeving omtrent het hinderpaalcriterium lijkt er daarmee vooralsnog niet duidelijker op te worden. •

28. Cbb 26 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:602, AB 2020/107, m.nt. A.C. Hendriks.

29. Cbb 8 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:483, GJ 2019/171, m.nt. G.J. de Groot.

30. open.overheid.nl/repository/ronl-464b0967c396f0f6cc75069e52d1d1ace-9a838a6/1/pdf/Integraal%20Zorg%20Akkoord.pdf.

31. internetconsultatie.nl/zorgcontractering/b1.