

ECLI:NL:GHSHE:2013:2971

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof 's-Hertogenbosch |
| Datum uitspraak | 09-07-2013 |
| Datum publicatie | 09-07-2013 |
| Zaaknummer | HD 200.115.398/01 |
| Rechtsgebieden | Civil recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep kort geding |
| Inhoudsindicatie | Toewijzing in spoed kort geding van vordering van kliniek voor tweedelijns GGZ, die geen contract heeft met zorgverzekeraar, dat zorgverzekeraar voor naturaverzekerden 75% van het NZa-tarief moet blijven vergoeden; de polis voor 2013 vermeldt een verlaging van 75% (2012) naar 50%. Wetsvoorstel voor nieuw art. 13 Zvw. Hinderpaal-criterium nu nog geldend recht. " |
| Wetsverwijzingen | Zorgverzekeringswet 13, geldigheid: 2013-07-09 |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civil recht
zaaknummer HD 200.125.398/01

arrest van 9 juli 2013

in de zaak van

Centrale Zorgverzekeraars groep, Zorgverzekeraar U.A.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellant,

advocaat: mr. A.J.H.W.M. Versteeg,

tegen:

Stichting Momentum GGZ Diagnostiek en Behandelcentrum,

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

advocaat: mr. K. Mous,

op het bij exploit van dagvaarding van 9 april 2013 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant gewezen vonnis in kort geding van 14 maart 2013 tussen appellant - CZ - als gedaagde en geïntimeerde

- Momentum - als eiseres.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. C/02/259832/KG ZA 13-79)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

2.1.

Bij voormeld exploit heeft CZ tien grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot afwijzing van de vorderingen van Momentum, kosten rechtens. Daarna heeft CZ bij memorie van grieven vijf producties overgelegd.

2.2.

Bij memorie van antwoord heeft Momentum tien producties overgelegd en de grieven bestreden.

2.3.

De zaak is vervolgens mondeling ter zitting van het hof bepleit, waarbij voor partijen het woord is gevoerd door hun respectievelijke advocaten, beiden aan de hand van een pleitnota. CZ heeft bij zijn pleitnota een bijlage gevoegd en tijdens pleidooi nog een productie (print interview bestuursvoorzitter NZa) overgelegd, tegen de overlegging waarvan Momentum geen bezwaar heeft gemaakt.

2.4.

Partijen hebben daarna uitspraak gevraagd.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de appeldagvaarding.

4 De beoordeling

Vaststaande feiten

4.1.

Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1.

CZ is een zorgverzekeraar als bedoeld in art. 1 aanhef en onder b van de Zorgverzekeringswet (Zvw).

Momentum is een sinds 2010 op grond van de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) toegelaten instelling die ambulante tweedelijns geestelijke gezondheidszorg biedt, waaronder verslavingszorg, welke zorg valt onder de dekking van het basispakket van een zorgverzekering als bedoeld in de Zvw. Zij heeft geen overeenkomst met CZ gesloten voor de verlening van zorg, aangezien CZ geen zorg wil inkopen die buiten Nederland wordt geboden door een in Nederland gevestigde instelling, terwijl Momentum in 2013 ook zorg in het buitenland levert. Ongeveer 35% van de patiënten van Momentum is verzekerd bij CZ. Het overgrote deel daarvan heeft een verzekering die een natura dekking biedt, verder: naturaverzekering.

4.1.2. (

Een aantal) patiënten van Momentum hebben hun vordering op CZ aan Momentum gecedeerd en hebben een verklaring afgegeven op grond waarvan CZ bevrijdend kan betalen aan Momentum. Momentum zendt haar declaratie vervolgens ter uitbetaling aan CZ.

4.1.3.

Artikel 13, lid 1 Zvw 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.

Artikel 13, lid 4 Zvw luidt:

De wijze waarop de vergoeding wordt berekend is voor alle verzekerden, bedoeld in het eerste lid, die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, gelijk.

4.1.4.

De verzekeringsvoorwaarden van CZ voor 2013 houden op dit punt in dat de verzekerde in het geval van een naturaverzekering, wanneer zorg betrokken wordt bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, recht heeft op een vergoeding van een deel van het wettelijk bepaalde vaste tarief of van het marktconforme tarief. In de bijlage "Premies en Vergoedingstarieven" staat vermeld dat deze vergoeding in geval zorg wordt betrokken bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van tweedelijns geestelijke gezondheidszorg, 50% is. In 2012 was dat nog 75%. Voor andere niet-gecontracteerde zorgaanbieders geldt ook in 2013 nog een uitkering van 75%.

4.1.5.

In de Memorie van Toelichting op de Zvw (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 763 nr. 3) is onder meer het volgende opgenomen, zakelijk weergegeven.

In het geval dat een naturaverzekerde zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wil afnemen, bepaalt artikel 13 Zvw dat recht bestaat op vergoeding daarvan (zonder onderscheid tussen Nederlandse en buitenlandse zorgaanbieders). Die vergoeding zal veelal niet volledig zijn, nu

deze verzekerde in dat geval voor zijn zorgverzekeraar een extra administratieve last veroorzaakt. De zorgverzekeraar moet in zijn modelovereenkomst aangeven hoe hij deze vergoeding berekent. De verzekeraar mag op grond van het EU-recht deze vergoeding niet zo laag vaststellen, dat er een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het in het buitenland betrekken van zorg; daarmee zouden buitenlandse zorgaanbieders ten opzichte van Nederlandse zorgaanbieders worden gediscrimineerd.

In de Nota naar aanleiding van het verslag (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 763, nr. 7) is de volgende uitspraak van de Minister over de zojuist bedoelde vergoeding opgenomen:

De vergoeding mag overigens niet zodanig laag zijn, dat een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder.

4.1.6.

In een brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 26 maart 2012 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer schrijft de Minister dat zij een voorstel tot aanpassing van art. 13 Zvw in voorbereiding heeft. Zij schrijft daarin dat art. 13 Zvw op dit moment weliswaar voorziet in de mogelijkheid van een lagere vergoeding voor een naturaverzekerde die naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, maar dat in de toelichting op het artikel wordt gesteld dat de vergoeding niet zo laag mag zijn dat het voor de verzekerden een "hinderpaal" is om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Zij schrijft dat bij de voorgenomen aanpassing van art. 13 Zvw dit criterium wordt weggenomen zodat verzekeraars volledige vrijheid hebben bij het bepalen van deze vergoeding, en dat expliciet geregeld wordt dat een verzekeraar zelfs mag bepalen dat hij in dat geval geen vergoeding geeft (alles op voorwaarde dat tijdig duidelijk is welke zorgaanbieders de verzekeraar heeft gecontracteerd).

De Minister heeft op 10 september 2012 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van (onder meer) de Zvw ingediend. In de Memorie van Toelichting daarop is ten aanzien van de in art. 13 lid 1 Zvw bedoelde vergoeding onder meer het volgende opgenomen, zakelijk weergegeven (Tweede kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33 362, nr. 3):

In de memorie van toelichting op de Zvw is aangegeven dat de vergoeding niet zo laag mag zijn dat deze voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal op zou leveren om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Voor buitenlandse zorgaanbieders vloeide dat voort uit het arrest Müller-Fauré van het HvJ EG. Aangezien de wetgever de Nederlandse zorgaanbieders niet wilde achterstellen bij de buitenlandse, is vervolgens in de memorie van toelichting aangegeven dat deze ondergrens voor de vergoeding ook voor zorg van in Nederland opererende zorgaanbieders diende te gelden. Wanneer van een feitelijke hinderpaal sprake is, is in zijn algemeenheid niet te zeggen. Dat hangt in ieder geval ook af van de hoogte van de zorgkosten. Bij de opstelling van de Zvw was de gedachte dat het aan de zorgverzekeraars was om in concurrentie, en uiteindelijk getoetst door de rechter, zelf af te tasten welke grenzen zij beleidsmatig en juridisch verantwoord achtten. Op dit moment geldt 80% van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm voor hoe laag de vergoeding mag zijn wil deze geen hinderpaal zijn. In een enkel geval wordt ook 60% gehanteerd.

Vervolgens schrijft de Minister dat de Richtlijn 2011/24EU de mogelijkheid heeft geopend om de grens van de "feitelijke hinderpaal" los te laten en dat de regering het wenselijk acht om voor naturaverzekeringen daarvan gebruik te maken en art. 13 Zvw aldus te wijzigen dat de

naturaverzekeraar zelf kan bepalen of hij bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders genoten zorg vergoedt en zo ja, tot welke hoogte. Die hoogte kan dus lager zijn dan de “feitelijke- hinderpaal vergoeding”, de verzekeraar kan er zelfs voor kiezen hiervoor geen vergoeding te geven. Voorwaarde daarbij is dat de verzekeraar uiterlijk zes weken voor het begin van een kalenderjaar heeft aangegeven met welke zorgaanbieders hij heeft gecontracteerd. Aldus de memorie van toelichting.

Op dit voorstel tot wijziging van art. 13 Zvw is op 20 februari 2013 vanuit de Tweede Kamer een amendement ingediend dat ertoe strekt dat het criterium van de feitelijke hinderpaal juist expliciet in art. 13 lid 1 Zvw wordt opgenomen.

De stand van zaken thans is, dat over het wetsvoorstel en het amendement nog niet in de Tweede Kamer is gestemd.

4.1.7.

Drie andere grote zorgverzekeraars, VGZ, Achmea en Menzis, hebben voor 2013 de hier bedoelde vergoeding voor tweedelijns geestelijke gezondheidszorg door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gesteld op 60% van het wettelijk tarief.

Uit de Marktscan GGZ van januari 2012 blijkt dat in 2011 voor tweedelijns ambulante GGZ drie verzekeraars 60% van het wettelijk tarief vergoeden als een naturaverzekerde naar een niet-gecontracteerde aanbieder gaat; dit betrof ca. 12% van de verzekerden. Dertien verzekeraars vergoeden in 2011 70 à 80% van het wettelijk tarief; dit betrof ca. 57% van de verzekerden. Voor tweedelijns klinisch GGZ waren deze getallen in 2011 als volgt: twee verzekeraars vergoeden 60% (ca. 14% van de verzekerden), vijftien verzekeraars vergoeden 70 à 80% (ca. 46% van de verzekerden).

De Marktscan GGZ van februari 2013 zegt hierover het volgende: voor tweedelijns ambulante GGZ is het aantal verzekeraars dat in 2012 een vergoeding van 80-100% geeft lager dan in voorgaande jaren, het aantal verzekeraars dat een lagere vergoeding van 70-75% geeft, stijgt; voor tweedelijns klinische GGZ zijn er in 2012 meer verzekeraars die een vergoeding van 60-75% bieden en het aantal verzekeraars met een vergoeding van 80 en 100% daalt sterk.

Procedure in eerste aanleg

4.2.1.

Momentum heeft CZ bij exploit van 18 februari 2013 in kort geding gedagvaard en gevorderd, kort weergegeven:

1. CZ te gebieden om aan Momentum of CZ-verzekerden tenminste 75% (bij naturapolissen) te vergoeden van alle declaraties van Momentum voor de behandeling van CZ-verzekerden die gebaseerd zijn op de NZa-tarieven, op straffe van een dwangsom van € 10.000,-- per dag of gedeelte van een dag;
2. CZ te veroordelen in de proceskosten met wettelijke rente en nakosten.

Momentum heeft bij de behandeling in eerste aanleg in totaal twintig producties overgelegd.

4.2.2.

Momentum heeft aan haar vordering, kort en zakelijk weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd.

Zij stelt dat de handelwijze van CZ ertoe leidt dat Momentum in grote financiële problemen dreigt te geraken aangezien zij thans op ruim een derde van alle behandelingen een fors verlies leidt. Zij kan het niet vergoede deel van het tarief niet bij de patiënten in rekening brengen. Daardoor heeft zij een spoedeisend belang bij de gevorderde voorziening.

Volgens Momentum handelt CZ in strijd met art. 13 Zvw, dat waarborgt dat een naturaverzekerde ook zorg mag invoeren van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Weliswaar mag de zorgverzekeraar op de vergoeding daarvan een korting toepassen, maar die mag niet zover gaan dat een "feitelijke hinderpaal" ontstaat voor het invoeren van dergelijke zorg. Dat is ook vastgelegd in de uitspraak HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99 Müller-Fauré. Met de verlaagde vergoeding van 50% maakt CZ de vrije artskeuze illusoir. Een vergoedingspercentage van 75-80 is een "breed gedragen praktijknorm".

CZ heeft bovendien de verzekerden niet tijdig en niet op de voorgeschreven wijze over de beperkte vergoeding ingelicht. CZ schiet aldus tekort in zijn verplichtingen jegens zijn verzekerden en daarmee ook jegens Momentum als cessionaris. Bovendien handelt CZ onrechtmatig jegens Momentum, namelijk in strijd met haar wettelijke plicht op grond van art. 13 Zvw en maatschappelijk onbetamelijk, omdat CZ-verzekerden worden gedwongen te kiezen voor een gecontracteerde zorgaanbieder en Momentum daarmee van de markt wordt gestoten. Dat is ook niet in overeenstemming met de door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding waarin CZ en Momentum tot elkaar staan (Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN: BW9803). CZ beschikt volgens Momentum daarnaast over een economische machtspositie, althans over aanmerkelijke marktmacht, omdat CZ zich bij de inkoop van zorg onafhankelijk van de zorgaanbieders kan opstellen. CZ maakt daarvan volgens Momentum misbruik, doordat door die positie de publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg worden bedreigd. Zij verwijst daartoe naar art. 24 Mededingingswet (Mw) en art. 48 van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG).

Tenslotte wijst Momentum er op dat het nieuw voorgestelde art. 13 Zvw nog slechts een ontwerp van wet betreft waarbij het de vraag is, mede gelet op het in februari ingediende amendement, of dit ontwerp in de thans voorgestelde vorm wet wordt. Voorts betoogt Momentum dat dat wetsontwerp, waarop CZ zich beroept, in strijd is met de Richtlijn 2011/24/EU en dat van richtlijnconforme uitleg van het geldende art. 13 Zvw geen sprake kan zijn.

4.2.2.

CZ heeft bij "memorie ten behoeve van de mondelinge behandeling" verweer gevoerd en daarbij zestien producties overgelegd.

CZ betwist het door Momentum gestelde spoedeisend belang. CZ stelt, kort weergegeven, dat Momentum jegens CZ geen aanspraak heeft op vergoeding van 75% of meer van het wettelijk tarief. Als Momentum al vorderingen van verzekerden van CZ gecedeerd heeft gekregen, heeft zij als cessionaris niet de bevoegdheid gebreken in de nakoming van de prestatie aan de orde te stellen. CZ heeft haar vergoedingen voor 2013 tijdig (in november 2012) bekend gemaakt. Een verzekerde die

kies voor een naturaverzekering heeft daarmee zijn vrije artskeuze ingevuld; hij wist dat de vergoeding voor tweedelijns geestelijke gezondheidszorg bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders voor 2013 beperkt was tot 50%. Primair meent CZ dat aan de overwegingen in de wetsgeschiedenis uit 2004-2005 de betekenis is komen te ontvallen met de uitleg van de regering bij het wetsontwerp uit 2012 zodat de maatstaf van de feitelijke hinderpaal thans niet meer geldt, subsidiair stelt CZ dat de hoogte van de vergoeding van 50% niet als een feitelijke hinderpaal kan worden aangemerkt. CZ wijst er op dat andere grote verzekeraars de vergoeding voor dit type zorg op 60% hebben gesteld. CZ heeft de modellen voor de overeenkomsten 2013 aan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) gemeld, die daarop geen commentaar heeft gegeven. CZ heeft geen verplichting tot instandhouding van een zorgaanbieder, zij moet ook sturing kunnen geven aan de uitvoering van de Zvw. Een vergoeding van rond de 80% is onvoldoende stimulans gebleken om verzekerden te bewegen gebruik te maken van het gecontracteerde zorgaanbod. CZ betwist een economische machtspositie of een aanmerkelijke marktmacht te hebben. Tenslotte stelt CZ dat de vordering de bevoegdheid van de kort gedingrechter te buiten gaat, omdat deze de vrijheid van CZ om zelf haar verzekeringsvoorwaarden te bepalen, miskent. De vordering gaat, gelet op art. 13 lid 4 Zvw, ook de concrete verhouding in casu te buiten aangezien CZ voor al haar verzekerden in dezelfde situatie de vergoeding op dezelfde wijze dient te berekenen.

4.2.3.

De zaak is ter zitting van de voorzieningenrechter van 26 februari 2013 behandeld. Beide partijen hebben daarbij een pleitnota in het geding gebracht, CZ heeft daaraan nog vier bladzijden van de Marktscan Zorgverzekeringsmarkt (februari 2013) gehecht.

4.2.4.

In het vonnis, waarvan beroep, heeft de voorzieningenrechter als volgt geoordeeld.

De maatstaf van de "feitelijke hinderpaal" maakt op grond van de parlementaire geschiedenis onderdeel uit van art. 13 Zvw, zolang de wetwijziging van art. 13 Zvw nog niet heeft plaatsgevonden. De zorgverzekeraars mogen de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg dus niet zodanig laag maken dat de verzekerde daarin een feitelijke hinderpaal vindt om zich tot die niet gecontracteerde zorgaanbieder te wenden. In 2012 stelde CZ deze vergoeding op 75% van het marktconforme tarief (het gemiddelde tarief voor een bepaald type zorg). Een vergoeding, generiek, van 75-80% gold in 2012 als een breed gedragen praktijknorm hoe laag een vergoeding mag zijn, wil deze geen hinderpaal zijn. CZ heeft de vergoeding voor niet-gecontracteerde tweedelijns GGZ-zorg voor 2013 beperkt tot 50% van het marktconforme tarief. Nu het bij deze zorg kan gaan om dure behandeltrajecten tot ruim

€ 60.000,-- en de betrokken patiënten veelal weinig financiële armslag hebben, is het uiterst aannemelijk dat de verlaging tot 50% voor verzekerden een feitelijke hinderpaal zal zijn om niet-gecontracteerde zorg in te roepen. Dat de NZa de wijziging in de polisvoorwaarden van CZ niet heeft geblokkeerd is wel van belang, maar CZ heeft niet gesteld dat zij de NZa uitdrukkelijk om deze reden (de verlaging tot 50%) heeft verzocht om de toetsing gemotiveerd te verrichten. Bovendien is in dit geval schending van het hinderpaal-criterium zo evident, dat het er zelfs niet toe doet of de NZa al dan niet heeft getoetst. De toetsing in kort geding valt hoe dan ook anders uit. Wat andere

verzekeraars in hun polissen opnemen is niet van belang. Van belang is slechts of het feitelijk niveau van vergoeding een belemmering vormt voor het invoeren van niet gecontracteerde zorg.

CZ voert dus thans een onrechtmatig beleid jegens Momentum. CZ heeft niet aangegeven hoe de vergoeding in overeenstemming zou kunnen worden gebracht met het hinderpaal-criterium. Het is daarom passend om CZ bij wege van voorlopige voorziening te laten terugkeren naar haar vergoedingenniveau van 2012, aldus de voorzieningenrechter.

Op deze gronden heeft de voorzieningenrechter CZ uitvoerbaar bij voorraad veroordeeld om Momentum ter zake van de litigieuze zorg te behandelen conform het vergoedingenniveau dat CZ in 2012 hanteerde, met veroordeling van CZ in de proceskosten met wettelijke rente en nakosten.

Standpunten van partijen in hoger beroep (spoedappel)

4.3.1.

De grieven van CZ tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van 14 maart 2013 houden, kort weergegeven, het volgende in.

De eerste grief is gericht tegen de feitenvaststelling.

De grieven 2 en 5 hebben betrekking op de vraag of de maatstaf van de "feitelijke hinderpaal" (nog) geldt, mede gelet op Richtlijn 2011/24/EU .

In grief 3 bespreekt CZ de positie van Momentum als cessionaris; volgens CZ strekt art. 13 Zvw niet ter bescherming van de belangen van een cessionaris van een naturaverzekerde. Grief 4 betreft het aspect van de weging van belangen door CZ.

De grieven 6 en 7 zijn gericht tegen de oordelen dat in 2012 een vergoeding van 75-80% van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm geldt voor het antwoord op de vraag hoe laag een vergoeding mag zijn, wil deze geen hinderpaal zijn, dat uiterst aannemelijk is dat een verlaging tot 50% zo'n feitelijke hinderpaal zal zijn, en dat niet van belang is welk percentage andere zorgverzekeraars vergoeden.

Grief 8 heeft betrekking op de toetsing door de NZa.

De grieven 9 en 10 zijn gericht tegen de veroordeling om voor de betrokken zorg het vergoedingenniveau van 2012 te hanteren, tegen het oordeel dat CZ tegenover Momentum een onrechtmatig beleid voert, en tegen de proceskostenveroordeling.

4.3.2.

Momentum heeft bij memorie van antwoord, zakelijk weergegeven, gepersisteerd bij het door haar in eerste aanleg verdedigde standpunt. Zij is daarbij onder meer nog nader ingegaan op het beroep van CZ op (richtlijnconforme uitleg van) de Richtlijn 2011/24EU.

Oordeel van het hof

4.4.1.

Het hof heeft de feiten die hij in dit geding van belang acht, opnieuw vastgesteld. Daarmee is de eerste grief van CZ behandeld.

- Uitleg artikel 13 Zvw

4.4.2.1. De vraag welk bedrag CZ dient uit te keren voor een door Momentum, als niet-gecontracteerde tweedelijns zorgaanbieder GGZ, aan een naturaverzekerde van CZ in rekening gebrachte behandeling dient te worden beantwoord aan de hand van de polisvoorwaarden die gelden tussen CZ en haar verzekerde en het bepaalde in artikel 13 van de Zvw.

4.4.2.2. Partijen verschillen van mening over de uitleg die aan artikel 13 lid 1 Zvw dient te worden gegeven.

Het hof overweegt dat in de thans nog geldende versie van dit artikel slechts is opgenomen dat een naturaverzekerde voor zorg, verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, jegens zijn zorgverzekeraar recht heeft op “een” vergoeding. Wat daaronder moet worden verstaan, kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis op dit artikel. In de Memorie van Toelichting 2003-2004 en de Nota naar aanleiding van het verslag is daarover als uitlating van de zijde van de regering te vinden, dat de vergoeding veelal niet volledig zal zijn omdat de verzekerde voor zijn verzekeraar een extra financiële last veroorzaakt, maar dat de vergoeding niet zo laag mag zijn dat daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou worden opgeworpen om zich tot die niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden. Daarmee is de wettelijke norm van “een” vergoeding derhalve ingevuld.

4.4.2.3. Het is evident dat het wettelijk systeem van de zorgverzekeringwet op dit moment zeer in beweging is en dat er op het ogenblik een uitgebreide maatschappelijke discussie plaatsvindt over, kort gezegd, de vraag welke normen en uitgangspunten bij het systeem van de zorg in acht moeten worden genomen en of en hoe dat te verenigen is met het beheersbaar houden van de kosten van de zorg. De problemen die rijzen doordat daarbij soms tegenstrijdige belangen met elkaar verenigd moeten worden komen ook tot uiting in het onderhavige geschil.

Van de rechter (in kort geding) kan daarbij, ook of juist wanneer het geldende recht in discussie is en van verschillende kanten verschillende standpunten over de meest wenselijke regeling voor de toekomst worden verdedigd, niet méér verwacht worden dan een (voorlopige) oordeel hoe het huidige, geldende recht luidt en volgens de geldende normen moet worden uitgelegd.

4.4.2.4. Tegen die achtergrond overweegt het hof, dat ondanks de omstandigheid dat een wetsvoorstel voor een nieuw artikel 13 Zvw is ingediend waarbij de regering duidelijk heeft laten weten dat daarin het hinderpaal-criterium zal komen te vervallen, welke wijziging volgens de regering door de Richtlijn 2011/24EU mogelijk is geworden, thans het huidige artikel 13 lid 1 Zvw met de daarbij zojuist gegeven uitleg op grond van de parlementaire geschiedenis, geldend recht is. Op dit moment geldt naar het voorlopig oordeel van het hof derhalve nog steeds het “hinderpaal-criterium”. Dat dit ook het standpunt is van de Minister kan uit de brief van de Minister aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 26 maart 2012 worden afgeleid.

4.4.2.5. Daaraan doet niet af dat de NZa, een belangrijk orgaan in de regeling van de zorg in Nederland, op verschillende momenten uitlatingen heeft gedaan alsof het hinderpaal-criterium al zou zijn afgeschaft. De NZa houdt op grond van de wet (Wet marktordening gezondheidszorg, Wmg)

toezicht op de rechtmatige uitvoering van de zorgplicht door zorgverzekeraars. Daartoe kan de NZa onder meer beleidsregels uitvaardigen, waarin de NZa voorschriften uitvaardigt die zorgverzekeraars in acht dienen te nemen bij het vaststellen van de inhoud van de zorgverzekering en de bijbehorende verzekeringsvoorwaarden. Daarbij geldt dat de zorgverzekeraar niet zonder meer heeft voldaan aan de zorgplicht als aan de door de NZa gestelde normen wordt voldaan, en de verzekeraar de zorgplicht niet automatisch heeft geschonden als niet aan die normen wordt voldaan. De zorgverzekeraar heeft een eigen verantwoordelijkheid om te voldoen aan de zorgbehoefte van zijn verzekerde (vgl. Beleidsregel TH/BR-006 p. 5, 6, 9; prod. 3 mvgr) en het oordeel van de NZa laat een onafhankelijke toets door de burgerlijke rechter onverlet.

CZ heeft zich beroepen op (het verschil tussen) twee Beleidsregels van de NZa, nl. Beleidsregel TH/BR-001 (in werking 1 januari 2011) en Beleidsregel TH-BR-006 (in werking 1 juli 2012). In de eerstgenoemde staat nog als norm voor de hier bedoelde vergoeding vermeld dat deze geen belemmering mag vormen voor het inroepen van niet-gecontracteerde zorg, in de tweede staat slechts dat de vergoeding niet nihil (€ 0) mag zijn. Ter zitting van het hof heeft CZ ter ondersteuning van dit standpunt (dat ook de NZa het hinderpaal-criterium heeft losgelaten) nog een verslag van een interview met de bestuursvoorzitter van de NZa van 3 april 2013 overgelegd, waarin deze bestuursvoorzitter zegt dat de NZa er voorstander van is dat de hier bedoelde vergoeding ook 0 euro mag zijn, en dat de NZa al eerder pleitte voor passende wetgeving op dit punt.

Daargelaten dat deze laatste opmerking er op lijkt te wijzen dat ook de bestuursvoorzitter onder ogen ziet dat de huidige wetgeving dit niet toelaat, kan de opvatting van de NZa over de uitleg van een bepaald wetsartikel niet doorslaggevend zijn.

Dat ook dit standpunt van de NZa nog eens weergeeft hoezeer de opvattingen op dit gebied in beweging zijn, is juist, maar dat kan op zichzelf geen wijziging in een geldende wetsbepalingen met zich meebrengen.

Ook de omstandigheid dat de NZa de polisvoorwaarden 2013 niet heeft geblokkeerd brengt niet mee dat deze voorwaarden reeds daarom in overeenstemming zijn met het geldende recht.

4.4.2.6. CZ heeft voorts de volgende redenering ontvouwd.

Volgens de regering (Memorie van Toelichting op het wetsontwerp van 10 september 2012) steunde het hinderpaal-criterium op een door de regering gegeven uitleg aan het arrest HvJ EG 13 mei 2003, c-385/99 inzake Müller-Fauré. In deze Memorie van Toelichting staat dat het arrest Müller-Fauré inmiddels is achterhaald door de Richtlijn 2011/24EU en dat dat de mogelijkheid heeft geopend om de grens van de “feitelijke hinderpaal” los te laten. De voorzieningenrechter had dienen na te gaan in hoeverre art. 13 Zvw (nu al) buiten toepassing moet blijven wegens strijd met de Richtlijn. Een richtlijnconforme uitleg brengt volgens CZ mee dat het hinderpaal-criterium buiten toepassing moet blijven.

4.4.2.7. Het hof volgt deze redenering niet.

Het hof stelt voorop dat EU-Richtlijnen in beginsel geen rechtstreekse werking en geen horizontale werking hebben, en voorts dat de implementatietermijn voor de Richtlijn 2011/24 EU (25 oktober 2013) nog niet is verstreken. Verder acht het hof voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een richtlijnconforme uitleg van art. 13 Zvw – als dat thans al aan de orde zou zijn – zou meebrengen

dat het hinderpaal-criterium buiten toepassing moet blijven. Verzekeraars zouden in dat geval de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg – waaronder in het algemeen ook in een andere lidstaat ontvangen zorg valt – op nul, in elk geval op een lager bedrag mogen stellen dan voor gecontracteerde zorg. Het is aan gereede twijfel onderhevig of artikel 7 lid 4 en lid 11 van de Richtlijn, waarop CZ zich heeft beroepen en die inhouden dat de vergoeding van grensoverschrijdende zorg niet lager mag zijn dan die voor zorg ontvangen op het eigen grondgebied, en dat een nationale terugbetalingsregeling niet mag leiden tot willekeurige discriminatie of ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer, dat toelaten. Er zijn kennelijk ook argumenten aan de Richtlijn te ontleen dat op grond daarvan juist geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de verlening van zorg door een gecontracteerde, dan wel een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (vgl. het artikel van prof. mr. J.W. van de Gronden in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2013 (37) en mr. K. van der Touw, De Zorgverzekering (deel 11 ACIS-serie, p. 86-97).

- Strijd met de verzekeringsovereenkomst/onrechtmatig/positie Momentum

4.4.3.

De conclusie uit het voorgaande moet zijn dat CZ – als de hoogte van de thans door CZ gehanteerde vergoeding een hinderpaal oplevert, waarover het hof hierna zal oordelen - door de toepassing die zij thans geeft aan art. 13 lid 1 Zvw, in strijd handelt met de zorgplicht die zij op grond van de verzekeringsovereenkomst met haar verzekerden heeft. Daarnaast handelt zij, doordat zij de verzekeringsovereenkomst met haar verzekerden in strijd met de wet uitvoert, onrechtmatig en in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens Momentum als niet-gecontracteerde zorgaanbieder die (ook) verzekerden van CZ behandelt. Tussen CZ en Momentum bestaat een relatie die wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid. Het hof gaat ervan uit dat de contractsverhouding tussen CZ en haar verzekerden een schakel vormt waarmee de belangen van Momentum zijn verbonden, zodat het CZ niet onder alle omstandigheden vrij staat de belangen te verwaarlozen die Momentum kan hebben bij een behoorlijke nakoming van de verzekeringsovereenkomst door CZ (vergelijk HR 24-09-2004, LJN AO9069). Momentum is, zoals CZ bekend is, voor haar bedrijfsvoering afhankelijk van de vergoedingen die haar patiënten voor de bij Momentum ontvangen zorg van hun zorgverzekeraars ontvangen. Aldus raakt het (ook) Momentum in haar gerechtvaardigde belangen als CZ die vergoedingen niet overeenkomstig de wet uitkeert.

De vraag of Momentum zich daarop jegens CZ ook als cessionaris van de vordering van CZ-verzekerden op CZ kan beroepen, behoeft daarmee geen beantwoording meer.

- Hoogte van de vergoeding

4.4.4.1. Met het voorgaande is nog niet de vraag beantwoord of een vergoeding voor tweedelijns GGZ van 50% van het wettelijk tarief, zoals CZ thans hanteert, daadwerkelijk een feitelijke hinderpaal oplevert.

In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot (onder meer) wijziging van artikel 13 Zvw van 10 september 2012 heeft de Minister opgemerkt dat “op dit moment” 80% van het marktconforme tarief als een “breed gedragen praktijknorm” geldt, dat in een enkel geval ook 60% wordt gehanteerd en dat ook de hoogte van de zorgkosten van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een hinderpaal (in die zin dat een bepaald vergoedingspercentage bij hoge zorgkosten eerder

een hinderpaal op zal leveren dan bij lagere zorgkosten). Tot vorig jaar vergoedde ook CZ nog 75% en dat percentage vergoedt zij nog steeds voor niet-gecontracteerde tweedelijns zorg anders dan GGZ.

Bij gebreke van andere, objectieve gegevens gaat het hof er voorshands van uit dat een dergelijke “breed gedragen praktijknorm” een niveau van vergoeding oplevert dat *geen* feitelijke hinderpaal oplevert. Partijen verschillen erover van mening of (75-)80% nog steeds als een breed gedragen praktijknorm heeft te gelden.

4.4.4.2. Het hof stelt voorop dat het enkele feit dat drie grote verzekeraars voor 2013 de hier bedoelde vergoeding hebben verlaagd tot 60% nog niet meebrengt dat een vergoeding van (75-)80% niet langer een breed gedragen praktijknorm is, noch dat 60% geen feitelijke hinderpaal oplevert. Kennelijk zijn er ook nog steeds verzekeraars, al zijn daarbij veel minder verzekerden aangesloten, die een (veel) hoger percentage vergoeden.

Dat er een tendens is om deze vergoeding, in het bijzonder uit een op zichzelf te respecteren oogpunt van kostenbeheersing, te verlagen, is duidelijk. Er worden daarnaast echter ook standpunten verdedigd, vanuit (organisaties van) verzekerden of consumenten, of op Europeesrechtelijke gronden, om deze vergoeding op een hoog niveau te handhaven. Die ontwikkelingen zijn bepaald nog niet uitgekristalliseerd.

4.4.4.3. De uitlating van de Minister over de 80% norm dateert van nog slechts tien maanden geleden en kan niet zonder meer als thans reeds achterhaald worden beschouwd.

Verder is tussen partijen niet in geschil dat de behandelingen bij Momentum *gemiddeld*

€ 982,-- (mva 7.11.4) dan wel € 892,-- (pleitnota's partijen hof) kosten, en dat er bij Momentum ook behandelingen van enkele tienduizenden euro's voorkomen. Het hof acht het voorshands voorstelbaar dat een bijbetaling van gemiddeld € 491,-- (50%) tegenover in 2012

€ 245,-- (25%) (dan wel gemiddeld € 446,-- tegenover in 2012 € 223,--) voor een vaak onbemiddelde verzekerde een grote hindernis, dan wel voor Momentum een aanzienlijk inkomstenverlies, oplevert.

Bij gebreke van meer of andere gegevens moet het hof er in het kader van dit kort geding dan ook van uit gaan, dat een vergoeding van 75-80% nog steeds als een breed gedragen praktijknorm kan worden beschouwd. Van een vergoeding van 50% moet voorshands worden aangenomen dat die vergoeding een feitelijke hinderpaal oplevert voor verzekerden om zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde (GGZ) zorgaanbieder.

- Toewijsbaarheid van de vordering

4.4.5.1. CZ staat op het standpunt dat toewijzing van de vordering – een gebod om de bedoelde vergoeding op 75% te stellen – te zeer ingrijpt in haar contracteervrijheid. Er is immers niet slechts één uitkomst mogelijk. Bovendien grijpt de voorzieningenrechter, door de vordering toe te wijzen, ook in in de verhouding tussen CZ en haar andere naturaverzekerden, die geen zorg van Momentum ontvangen, aldus CZ.

4.4.5.2. Aan CZ kan worden toegegeven dat een ander percentage dan 75 wellicht ook de onrechtmatigheid van de handelwijze van CZ op dit moment, kan wegnemen. Voor zo'n ander percentage ontbreekt echter ieder aanknopingspunt, terwijl voor de norm van 75% pleit dat een

vergoeding van ongeveer deze hoogte voorshands als een breed gedragen praktijknorm kan worden beschouwd, dat CZ dit percentage tot en met vorig jaar zelf ook hanteerde, en dat zij dit percentage nog steeds hanteert voor andere niet-gecontracteerde tweedelijns zorg dan GGZ. Bij gebreke van een ander criterium en gezien de noodzaak om ter opheffing van de onrechtmatige situatie een ordemaatregel te geven die duidelijkheid schept, acht het hof toewijzing van de vordering aanvaardbaar.

4.4.5.3. Tenslotte realiseert het hof zich ook, dat toewijzing van de vordering meebrengt dat CZ, gelet op het bepaalde in art. 13 lid 4 Zvw, dit percentage ook zal moeten hanteren voor haar verzekerden die niet bij Momentum maar bij andere tweedelijns niet-gecontracteerde GGZ zorgaanbieders zorg hebben ontvangen. Ook dat kan echter naar het oordeel van het hof niet aan toewijzing in de weg staan. Feit blijft immers dat de hantering van een 50%-vergoeding in dit geding als onrechtmatig is gekwalificeerd en dat die onrechtmatige situatie dient te worden beëindigd. Dat wordt niet anders door het feit dat het effect van de daartoe opgelegde ordemaatregel zich ook buiten de verhouding CZ-Momentum laat voelen.

Conclusie

4.4.6.

Met het vorenstaande zijn de grieven 1, 2 en 5 t/m 10 verworpen. De grieven 3 en 4 behoeven geen afzonderlijke bespreking omdat dat niet tot een ander oordeel zou kunnen leiden.

Het vonnis, waarvan beroep, zal mitsdien worden bekrachtigd.

CZ zal als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep.

5 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 14 maart 2013, onder rolnr. C/02/259832/KG ZA 13-79 tussen partijen gewezen, waarvan beroep;

veroordeelt CZ in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Momentum gevallen en begroot op € 683,-- voor verschotten en € 2.682,-- voor salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de datum van dit arrest tot de algehele voldoening, , en met de nakosten van € 131,-- dan wel € 199,-- indien betekening plaatsvindt;

verklaart dit arrest wat de proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, M.A. Wabeke en W.A. van Veen en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 9 juli 2013.