

ECLI:NL:GHARL:2013:CA0818

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	21-05-2013
Datum publicatie	30-05-2013
Zaaknummer	200.113.298
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBARN:2012:BX4308, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding. Zorgovereenkomst zorgverzekeraar / zorgaanbieder. Vordering integrale kostenvergoeding. Uitleg beding.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 3 Burgerlijk Wetboek Boek 3 12 Burgerlijk Wetboek Boek 3 40 Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 74 Burgerlijk Wetboek Boek 6 248
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl GJ 2013/103 JGR 2013/25 met annotatie van Schutjens, De Best

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.113.298
(zaaknummer rechtbank Arnhem 229439)

arrest in kort geding van de tweede kamer van 21 mei 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Medizorg Holding B.V.,

gevestigd te Houten,

appellante,

hierna: Medizorg,

advocaat: mr. L.J.P. Duijs,

tegen:

de naamloze vennootschap
VGZ Zorgverzekeraar N.V.,
gevestigd te Nijmegen,
geïntimeerde,
hierna: VGZ,
advocaat: mr. M.F. van der Mersch.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis in kort geding van 3 juli 2012 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem tussen Medizorg als eiseres en VGZ als gedaagde heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 31 juli 2012,
- de memorie van grieven,
- de memorie van antwoord,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities. Hierbij is akte verleend van de stukken die bij bericht van 8 april 2013 door mr. Duijs namens Medizorg zijn ingebracht.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald op één dossier.

2.3 Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (Staatsblad 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaak uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

3 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.12 van het bestreden vonnis.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Het gaat in dit kort geding kort samengevat over het volgende. Medizorg is een zorgaanbieder die zich toelegt op thuisbehandeling door onder meer verstrekking van medicijnen aan huis, begeleiding bij medicijninname en het onderhouden van contacten met specialisten, met als doel ziekenhuisopnames te voorkomen of bekorten. Medizorg richt zich daarbij op een aantal specifieke ziektebeelden, waaronder hepatitis C. Sanatheek, een apotheek, is vanaf 1 juli 2010 onderdeel van Medizorg en de leverancier van de medicijnen. (De rechtsvoorgangers van) VGZ hebben in het verleden overeenkomsten gesloten voor het verlenen van farmaceutische zorg met Sanatheek.

4.2 VGZ heeft met Medizorg een zorgovereenkomst farmaceutische zorg gesloten met ingang van 1 januari 2010 die stilzwijgend is verlengd met ingang van 1 januari 2011. Partijen hebben discussie gevoerd over de effectiviteit van de door Medizorg verleende zorg en de vraag of beperkingen moeten worden opgelegd aan Medizorg als "unieke" leverancier. Sanatheek/Medizorg levert voornamelijk een beperkt assortiment kostbare medicijnen voor een beperkt aantal aandoeningen die veelal niet of beperkt leverbaar zijn in de openbare apotheken. VGZ heeft daaraan het predicaat "unieke leverancier" verbonden. Een en ander heeft geresulteerd in de Zorgovereenkomst farmaceutische zorg voor 2012 die partijen op 12 maart 2012 hebben gesloten (hierna: de overeenkomst). Daarin is kort samengevat - opgenomen dat Medizorg farmaceutische zorg verleent overeenkomstig een limitatieve lijst met medicijnen, (Deel II, bijlage 5, hierna: de lijst). Indien Medizorg het voornemen heeft een nieuw product of een nieuwe dienst te gaan leveren, moet Medizorg VGZ daartoe een verzoek tot uitbreiding van de lijst doen. Partijen hebben na uitvoerige onderhandelingen over de toetsing van een dergelijk verzoek in de overeenkomst opgenomen: "De zorgverzekeraar zal de situatie naar de op dat moment geldende omstandigheden beoordelen. Daarbij zal de zorgverzekeraar op redelijke wijze het verzoek beoordelen." Bij e-mail van 28

maart 2012 heeft Medizorg VGZ verzocht om per 1 april 2012 het geneesmiddel Victrelis toe te voegen aan de lijst. VGZ heeft dat verzoek afgewezen.

4.3 In eerste aanleg heeft Medizorg de veroordeling van VGZ gevorderd om binnen twee dagen Victrelis toe te voegen aan de lijst op verbeurde van een dwangsom. VGZ heeft verweer gevoerd. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Daartegen richt zich het hoger beroep.

Spoedeisend belang

4.4 Het hof stelt voorop dat bij beantwoording van de vraag of een in kort geding verlangde voorziening, hetzij na toewijzing, hetzij na weigering daarvan, in hoger beroep voor toewijzing in aanmerking komt, zo nodig ambtshalve, mede dient te worden beoordeeld of de eisende partij ten tijde van het arrest van het hof bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, dient beantwoord te worden aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak.

4.5 VGZ heeft aangevoerd dat spoedeisend belang ontbreekt omdat Medizorg Victrelis ook zonder de gevorderde voorziening uitlevert aan patiënten zonder dat zij daardoor financieel ernstig in de problemen raakt. Het hof verwerpt dat verweer. Weliswaar kan Medizorg Victrelis thans afleveren maar zij krijgt hiervoor niet (rechtstreeks) een vergoeding van VGZ. Patiënten die bij VGZ verzekerd zijn, hebben op dit moment slechts recht op een vergoeding van 80% van de kosten voor Victrelis. Het spoedeisend belang van Medizorg is daarmee gegeven.

Uitleg toetsingscriterium

4.6 De eerste vraag waar het hof zich dan voor gesteld ziet is de uitleg van het toetsingscriterium zoals opgenomen in de zorgovereenkomst tussen partijen. VGZ heeft het verzoek uiteindelijk door een medisch adviseur laten beoordelen op grond van vier (sub)criteria waarover Medizorg heeft aangevoerd dat in elk geval de laatste twee daarvan niet tussen partijen zijn overeengekomen en ook niet volgen uit hun onderhandelingen. Deze vier criteria zijn:

1. Wordt het geneesmiddel vergoed op grond van de Zorgverzekeringswet?
2. Wordt het geneesmiddel al geleverd door een andere unieke leverancier?
3. Wordt het geneesmiddel al door een openbare apotheek geleverd? Zo ja, in welke mate?
4. Is er aanvullende zorg nodig die in het geding komt als het geneesmiddel afgeleverd wordt door een openbare apotheek?

4.7 Het hof is van oordeel dat voor de uitleg van het toetsingscriterium de Haviltexmaatstaf leidend dient te zijn. Partijen hebben met elkaar een overeenkomst gesloten en staan tot elkaar in een contractuele verhouding. Het gaat er bij de uitleg van het toetsingscriterium om wat partijen over en weer hebben verklaard en op basis van die verklaringen en gedragingen over en weer mochten begrijpen in het licht van alle omstandigheden van het geval. Anders dan de voorzieningenrechter, acht het hof een marginale rechterlijke toets in de zin dat VGZ vrijheid van beleid heeft en de rechter slechts zou mogen beoordelen of VGZ al dan niet tot haar beslissing heeft kunnen komen, niet aan de orde. Omdat partijen reeds een overeenkomst zijn aangegaan, zijn anderzijds de normen die mogelijk gelden voor zorgverzekeraars ten opzichte van zorgaanbieders bij (het weigeren van) het aangaan van een overeenkomst evenmin van toepassing. Het beroep van Medizorg op het vereiste van objectief, transparant, verifieerbaar en non-discriminatoire inkoopbeleid en de stelling dat VGZ zich schuldig maakt aan machtmisbruik (vgl. Hoge Raad, 8 april 2005, LJN AS2706, NJ 2005/482) spelen, wat daar verder ook van zij, dan ook geen rol bij de uitleg van de onderhavige contractuele bepaling.

4.8 Het toetsingscriterium luidt: "De zorgverzekeraar zal de situatie naar de op dat moment geldende omstandigheden beoordelen. Daarbij zal de zorgverzekeraar op redelijke wijze het verzoek beoordelen." Gelet op deze tekst en context van de zorgovereenkomst, de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen en eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen mede beheersen, heeft Medizorg mogen en moeten begrijpen dat VGZ bij de toetsing van een verzoek een nieuw product of nieuwe dienst op te nemen in de lijst de volgende feiten en omstandigheden in onderling verband zou meewegen:

- geldt het nieuwe product of de dienst als een verstrekking in de zin van de Zorgverzekeringswet;

- draagt het nieuwe product of dienst bij aan "goede zorg" (vgl. artikel 2 lid 1, Deel II, van de overeenkomst);
- is (de meerwaarde van) het product of de dienst wetenschappelijk onderbouwd (vgl. brief 23 september 2010 van VGZ, productie 7 bij de brief van 22 juni 2012 namens VGZ aan de voorzieningenrechter);
- draagt het product of de dienst bij aan doelmatige zorg (vgl. beleidsuitgangspunt VGZ);
- draagt het product of de dienst bij aan patiënttevredenheid (idem);
- is er een relevant risico op versnippering of gebrek aan afstemming in de zorgketen (idem);
- is het product of de dienst complementair aan de reeds door de "unieke leverancier" verleende zorg;
- is het aanbod voor de leveringsvergoeding van het product of de dienst marktconform.

4.9 Anders dan Medizorg heeft aangevoerd is niet voldoende of doorslaggevend voor opname dat het nieuwe product is opgenomen in het geneesmiddelen vergoedingensysteem en bijlage 1 van de Regeling zorgverzekering doorslaggevend. Indien dat het geval zou zijn, is het overeenkomen van een limitatieve lijst en toestemming voor opname op de lijst immers zinledig. Het zou VGZ dan niet vrij staan om verzoeken te weigeren ten aanzien van verstrekkingen in de zin van de zorgverzekeringswet terwijl VGZ juist beoogt het assortiment van Medizorg en andere unieke leveranciers te beperken. Dit is voor Medizorg ook voldoende kenbaar geweest.

Het product Victrelis en de door Medizorg geleverde diensten

4.10 Het onderhavige medicijn Boceprevir (merknaam Victrelis) is een zogeheten proteaseremmer die wordt ingezet bij de behandeling van hepatitis C. Als niet weersproken geldt dat de huidige professionele standaard voorschrijft dat hepatitis C patiënten een combinatietherapie krijgen van Peginterferon alfa-2b, Ribavirine en Victrelis. Deze medicijnen zijn alledrie voor patiënten (ook) verkrijgbaar bij de openbare, regionale apotheek. Peginterferon alfa-2b moet subcutaan (met een onderhuidse injectie) worden ingebracht terwijl de andere twee medicijnen oraal worden ingenomen. Verder geldt als niet weersproken dat de therapietrouw bij hepatitis C patiënten, onder wie ook verslaafden, relatief laag is, gemiddeld 65%, en de uitval (drop-out) hoog, 30%. Dit wordt voornamelijk verklaard door de ernstige bijwerkingen die de therapie heeft.

4.11 Therapietrouw en effectiviteit van de behandeling kunnen worden verbeterd indien de dosering wordt aangepast aan het gewicht van de patiënt, de patiënt goed wordt voorgelicht en begeleid wordt door een arts, polikliniek of gespecialiseerd verpleegkundige en er aandacht is voor de bijwerkingen (producties II-IV bij memorie van grieven). Als niet betwist moet het hof aannemen dat Medizorg niet alleen de voor de behandeling van hepatitis C benodigde medicatie aan huis levert, maar patiënten met hepatitis C instrueert bij de toediening van de medicijnen (in het bijzonder inzake het subcutaan inbrengen), contacten onderhoudt met de medisch specialist, de dosering aanpast aan het actuele gewicht van de patiënt, maandelijks de patiënt spreekt om de inname te controleren en de therapietrouw te verbeteren en dat Medizorg dit door een vaste verpleegkundige laat verrichten. Voor de patiënt bestaat daarnaast een laagdrempelige contactmogelijkheid met de verpleegkundige. Voor deze diensten berekent Medizorg geen andere kosten aan VGZ dan de openbare apotheken. Daarbij voldoet Medizorg aan de richtlijn Medicatieoverdracht zodat andere zorgverleners op de hoogte zijn van de medicatiegeschiedenis van de door haar behandelde patiënten. Medizorg heeft bovendien een overzicht overgelegd waaruit volgt dat de therapietrouw van de door haar in 2011 behandelde hepatitis C patiënten op 95% ligt (30% hoger dan het gemiddelde) en de drop-out op 20% (10% minder dan gemiddeld). Indien patiënten met hepatitis C de behandeling afmaken, is er een veel kleinere kans op leverkanker en levertransplantaties. Een en ander heeft VGZ niet weersproken. Heeft VGZ het verzoek van Medizorg op redelijke wijze beoordeeld?

4.12 Vervolgens ziet het hof zich gesteld voor de vraag of VGZ, gelet op de onder 4.8 genoemde gezichtspunten, naar de op dat moment geldende omstandigheden het verzoek op redelijke wijze heeft beoordeeld. Naar het voorlopige oordeel van het hof is dat niet het geval. Omdat Medizorg al zorg verleent aan hepatitis C cliënten (de zogenoemde Hepa-Zorg) en de twee medicijnen Peginterferon alfa-2b en Ribavirine al verstrekt, komt er geen extra schakel bij indien Medizorg eveneens Victrelis als onderdeel van de combinatietherapie gaat verstrekken. Bovendien biedt de aflevering door Medizorg het voordeel dat de verstrekking, voorlichting en begeleiding van de combinatietherapie bij hepatitis C patiënten in één hand zijn, wat het risico op afstemmingsproblemen verkleint. Medizorg draagt op die wijze bij aan goede zorg.

Het enkele feit dat hepatitis C patiënten zoals iedereen naar de regionale apotheek gaan voor pijnstillers, antibiotica en andere incidenteel benodigde niet-specifieke medicijnen, maakt niet dat er sprake zal zijn van versnippering indien Medizorg in het kader van haar Hepa-Zorg ook Victrelis gaat verstrekken.

4.13 VGZ heeft echter aangevoerd dat de door Medizorg verleende zorg geen meerwaarde heeft, althans ook door openbare apotheken kan worden verleend. Zij heeft verwezen naar de voor apothekers geldende Nederlandse Apotheeknorm (NAN) die voorschrijft dat apotheken patiënten moeten voorlichten over medicijngebruik, de bijwerkingen en de toediening ervan. Verder heeft VGZ gewezen op de Richtlijnen CVRM, COPD en diabetes die voorschrijven dat apothekers een taak hebben indien patiënten niet komen opdagen voor de herhaalrecepten.

4.14 Naar het oordeel van het hof zijn de NAN voorschriften die gelden voor openbare apotheken bepaald schraler dan wat Medizorg biedt, nog daargelaten dat Medizorg heeft aangevoerd dat het gros van de apotheken de voorgeschreven zorg niet verleent. Dat de controle op therapietrouw voor apothekers ook geldt bij het ziektebeeld Hepatitis C heeft VGZ voorts niet aangevoerd en is ook niet gebleken. De resultaten op het gebied van therapietrouw en acceptatie van bijwerkingen die Medizorg, naar zij onweersproken heeft aangevoerd, weet te bereiken met de proactieve begeleiding van hepatitis C patiënten en de contacten die zij onderhoudt met de medisch specialist bieden tegenover de beperkte taken van apotheken waarvan het maar de vraag is of die wordt uitgevoerd naar het voorlopige oordeel van het hof voldoende grond om aan te nemen dat Medizorg meerwaarde biedt. Die meerwaarde vertaalt zich in efficiëntere en goedkopere zorg: er worden minder medicijnen verspild omdat de therapietrouw groter is en er worden minder andere zorgkosten gemaakt omdat er bijvoorbeeld minder levertransplantaties met alle kosten van dien nodig zijn. VGZ heeft in dit kader nog aangevoerd dat de medisch specialist een taak heeft wat de voortgang van de therapie en de dosering betreft, maar zij heeft niet toegelicht dat die zorg met dezelfde intensiteit wordt verleend als Medizorg doet, tegen dezelfde of geringere kosten, en met het-zelfde resultaat.

4.15 Voor zover VGZ voorstaat dat de zorg zoveel mogelijk regionaal moet worden georganiseerd en verstrekt en daarom bepaald afhoudend reageert op verzoeken van Medizorg tot aanvulling van de lijst, gaat zij eraan voorbij dat zij nu eenmaal heeft gecontracteerd met Medizorg, een landelijk opererende gespecialiseerde apotheek en zorgverlener, en jegens die partij gehouden is de zorgovereenkomst te goeder trouw na te komen. VGZ is in dat licht dan ook gehouden steeds een redelijke afweging te maken.

4.16 VGZ heeft verder onvoldoende toegelicht dat oraal in te nemen medicijnen in het licht van de tussen partijen geldende toetsingsmaatstaf per definitie uitgesloten zijn van opname in de lijst. Ook overigens heeft zij daarvoor onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen, zodat niet valt in te zien dat de toedieningswijze van Victrelis aan opname op de lijst in de weg zou kunnen staan.

4.17 Medizorg heeft vergoeding verzocht voor de volgens de Apotheek Inkoopprijs (AIP) geldende prijs van Victrelis, te weten 3.015,60 per verpakking verminderd met de tussen partijen overeengekomen clawbackkorting, en daarop geen verdere korting willen geven aan VGZ. De weigering van Medizorg een buitencontractuele korting te geven is naar het voorlopige oordeel van het hof op zichzelf onvoldoende om een weigering tot opname op de lijst te kunnen schragen, temeer nu VGZ niet inzichtelijk heeft gemaakt wat gebruikelijke kortingen zijn die andere unieke en/of openbare apotheken aan VGZ gunnen, dat Medizorg daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn noch dat Medizorg heeft moet begrijpen dat zij zonder een korting in het vooruitzicht te stellen geen kans zou hebben op opname van Victrelis op de lijst. In zoverre heeft het aanbod van Medizorg als marktconform te gelden.

Slotsom

4.18 De slotsom luidt dan ook dat VGZ naar het voorlopige oordeel van het hof onterecht heeft geweigerd Victrelis op te nemen op de lijst. In zoverre slaagt het hoger beroep. Bij bespreking van de overige stellingen en verweren hebben partijen geen belang omdat, indien deze zouden worden besproken, dit niet tot andere conclusies zou leiden. Een en ander brengt mee dat het bestreden vonnis vernietigd moet worden en de vordering van Medizorg alsnog zal worden toegewezen. Daarbij zal het hof de dwangsom maximeren als hierna te melden.

4.19 Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof VGZ in de kosten van beide instanties veroordelen. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Medizorg zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten 76,17
- griffierecht 575,00
subtotaal verschotten 651,17

- salaris advocaat 816,00

Totaal 1.467,17

De kosten voor de procedure in hoger beroep zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten 90,64

- griffierecht 666,00

subtotaal verschotten 756,64

- salaris advocaat 2.682,00(3 punten x tarief II)

Totaal 3.438,64

5 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Arnhem van 3 juli 2012 en doet opnieuw recht:

veroordeelt VGZ om binnen twee dagen na betekening van dit arrest het middel Boceprevir/Victrelis® toe te voegen aan deel III bijlage 5 van de tussen partijen gesloten Zorgovereenkomst Farmaceutische Zorg 2012, zulks op verbeurte van een dwangsom van

5.000 per dag of dagdeel dat VGZ in gebreke blijft aan dit arrest te voldoen met een maximum van 250.000;

veroordeelt VGZ in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Medizorg voor de eerste aanleg vastgesteld op 1.467,17 en tot aan deze uitspraak vastgesteld op 3.438,64;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Th.C.M. Willemse, D. Stoutjesdijk en J.G.J. Rinkes en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 21 mei 2013.