

# ECLI:NL:HR:2022:1789

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	09-12-2022
Datum publicatie	09-12-2022
Zaaknummer	21/00057
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2022:75, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2020:8031, Meerdere afhandelingswijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Gezondheidsrecht. Zorgverzekeringswet. Art. 13 Zvw, hinderpaalcriterium. Vraag of hinderpaalcriterium in strijd is met Richtlijn Solvabiliteit II; uitgangstarief bij bepalen vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen; vraag of generiek kortingspercentage mag worden gehanteerd; peilmoment hinderpaal; hardheidsclausules en coulanceregelingen. Samenhang met zaken 21/00053 en 21/00036.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2023/9 RvdW 2023/1 GJ 2023/10 met annotatie van J.G. Sijmons NJ 2023/121 met annotatie van J. Legemaate

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 21/00057

**Datum** 9 december 2022

ARREST

In de zaak van

1. VGZ ZORGVERZEKERAAR N.V.,  
gevestigd te Arnhem,  
hierna: VGZ,
2. MENZIS ZORGVERZEKERAAR N.V.,  
gevestigd te Wageningen,  
hierna: Menzis,

EISERESSEN tot cassatie, verweersters in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep,  
hierna gezamenlijk: VGZ c.s.,  
advocaat: J.W. de Jong, aanvankelijk ook K. Teuben,

tegen

STICHTING HANDHAVING VRIJE ARTSENKEUZE,

gevestigd te Zeist,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep,

hierna: de Stichting,

advocaat: T. van Malssen.

## 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak NL17.14249 van de rechtbank Gelderland van 10 april 2018 en 1 februari 2019;
- b. de arresten in de zaak 200.259.906 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 februari 2020 en 6 oktober 2020.

VGZ c.s. hebben tegen het arrest van het hof van 6 oktober 2020 beroep in cassatie ingesteld.

De Stichting heeft (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, maar uitsluitend voor zover in het dictum is beslist dat de zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen, en voor het overige tot verwerping. In het incidentele cassatieberoep strekt de conclusie tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Deze zaak gaat over het in art. 13 lid 1 Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) besloten liggende hinderpaalcriterium, dat inhoudt dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturopolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal ontstaat om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.<sup>1</sup> In geschil is aan welke voorwaarden de vergoeding moet voldoen om geen hinderpaal op te leveren. Deze zaak hangt samen met de zaken 21/00053 (CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze)<sup>2</sup> en 21/00036 (Zilveren Kruis/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze).<sup>3</sup>

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Stichting heeft volgens haar statuten de volgende doelen:

- a. belangenbehartiging van zorgverleners, zoals medisch specialisten, klinieken, GGZ-instellingen, psychiaters, psychologen, psychotherapeuten, paramedici en alle andere BIG-geregistreerde zorgaanbieders. Onder belangenbehartiging wordt mede verstaan het continueren van de vrije artsenskeuze voor patiënten;
- b. het aangaan van gerechtelijke procedures namens deelnemers inzake het realiseren van de handhaving van de vrije artsenskeuze en/of het verhalen van schade ontstaan door het opheffen van de vrije artsenskeuze;
- c. het verrichten van alle verdere handelingen die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

(ii) VGZ en Menzis zijn zorgverzekeraars als bedoeld in art. 1, aanhef en onder b, Zvw.

(iii) Bij een zorgverzekering kunnen verzekeringsplichtigen kiezen tussen twee hoofdvormen, te weten een naturaverzekering of een restitutieverzekering. Bij een restitutieverzekering verstrekt de

zorgverzekeraar aan de verzekerde een vergoeding voor de kosten van de zorg. Bij een naturaverzekering ontvangt de verzekerde in beginsel zorg van een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten. Indien de verzekerde met een naturaverzekering zorg afneemt van een zorgaanbieder die geen contract heeft met de zorgverzekeraar (hierna: de niet-gecontracteerde zorgaanbieder) krijgt de verzekerde het daarvoor in de polisvoorwaarden omschreven gedeelte van zijn kosten vergoed.

(iv) VGZ biedt zorgverzekeringen aan onder de labels VGZ en Bewuzt. Het label VGZ kent een restitutiepolis en een naturapolis. Het label Bewuzt kent alleen een naturapolis. Bij de naturapolis van het label VGZ wordt bij niet-gecontracteerde zorg 80% vergoed en bij die van het label Bewuzt 70%. Menzis is actief met de labels Menzis (bestaande uit twee naturapolissen en een restitutiepolis) en Hema Zorgverzekering (een combinatiepolis). Bij de naturapolissen van het label Menzis wordt bij niet-gecontracteerde zorg 65% respectievelijk 75% vergoed en bij de combinatiepolis van het label Hema 75%.

2.3 In deze procedure heeft de Stichting bij de rechtbank verklaringen voor recht gevorderd over de wijze waarop de zorgverzekeraars de vergoeding zoals bedoeld in art. 13 Zvw voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen moeten berekenen en over de mogelijkheid een al dan niet generiek kortingspercentage toe te passen. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen.<sup>4</sup>

2.4 De Stichting heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd in die zin dat zij onder meer heeft gevorderd dat voor recht wordt verklaard (i) dat de door de zorgverzekeraars gehanteerde vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen, bestaande uit een (on)gewogen gemiddeld gecontracteerd tarief minus een generieke korting van 20-30%, in strijd is met het hinderpaalcriterium, (ii) dat zorgverzekeraars niet bij de bepaling van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen een generiek zorgtype- en zorgkostenonafhankelijk kortingspercentage op een uitgangstarief in mindering mogen brengen, tenzij gebruik wordt gemaakt van een zodanig laag percentage dat het uitgangstarief minus de generieke korting ook bij een duurdere of duurste zorgsoort voor de gemiddelde (modale) patiënt geen feitelijke hinderpaal oplevert, en (iii) dat het meewegen van hardheidsclausules en coulanceregelingen bij de beoordeling van de hinderpaaltoets in strijd is met art. 13 lid 4 Zvw, en/althans dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een op art. 13 Zvw gebaseerd hinderpaalverwijt (dus) niet op dergelijke clausules en regelingen kunnen beroepen.

Het hof<sup>5</sup> heeft deze vordering in zoverre toegewezen dat het voor recht heeft verklaard dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt op grond van art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen. Het hof heeft daartoe, kort gezegd, onder meer het volgende overwogen.

- Het hinderpaalcriterium ligt (nog steeds) besloten in art. 13 Zvw. (rov. 4.8)

- Het hinderpaalcriterium is niet in strijd met de Richtlijn Solvabiliteit II.6 Het criterium voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden die in art. 206 van deze richtlijn worden gesteld. Het algemeen belang is gemoeid met een zorgstelsel waarbij enerzijds zorg voor een ieder betaalbaar moet blijven bij de keuze van de zorgaanbieder van zijn voorkeur, maar waarbij anderzijds de zorgkosten financierbaar en beheersbaar moeten blijven. Het hinderpaalcriterium zoals dat in art. 13 Zvw besloten ligt, past daarin. Om dit algemeen belang een niet nader gedefinieerd en ruim begrip te beschermen is het hinderpaalcriterium nodig, anders zou het de verzekerde feitelijk onmogelijk kunnen worden gemaakt om naar de zorgaanbieder van zijn keuze te gaan. Het voldoet eveneens aan de eis van proportionaliteit, omdat het hinderpaalcriterium zorgverzekeraars niet zozeer beperkt in de wijze waarop zij hun verzekeringsvoorwaarden vormgeven, dat zij daarin onevenredig worden benadeeld. (rov. 4.10)

- De zorgverzekeraars mogen het gewogen gemiddeld gecontracteerd tarief als uitgangspunt nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever een nadrukkelijk verband legt met de kosten van gecontracteerde zorg, wat aansluit bij het naturakarakter van de polis. Zorgverzekeraars mogen bij het bepalen van de vergoeding minimaal de kosten van gecontracteerde zorg tot uitgangspunt nemen. Het

staat hun vrij om een hoger uitgangstarief te hanteren, bijvoorbeeld om zich in de markt te onderscheiden, maar daartoe zijn zij niet verplicht. De in dit verband door VGZ c.s. aangevoerde grieven berusten op een verkeerde lezing van het vonnis van de rechtbank en falen om die reden. (rov. 4.12)

- De Hoge Raad heeft in het Conductore-arrest<sup>7</sup> niet categorisch geoordeeld dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage zouden kunnen hanteren. Of een generiek kortingspercentage in een bepaald geval strijd oplevert met het hinderpaalcriterium, hangt af van de vraag om welke vorm van zorg het gaat en de kosten die daarmee gemoeid zijn. (rov. 4.13) Omdat een generiek kortingspercentage bij in ieder geval de duurdere en/of duurste vormen van zorg een hinderpaal kan opleveren, is het gebruik ervan niet fijnmazig genoeg. Zorgverzekeraars zouden een vergoedingssystematiek kunnen ontwikkelen per soort en per omvang van de ondergane zorg die enerzijds de vrije artskeuze beschermt en anderzijds recht doet aan de regierol die de wetgever aan de zorgverzekeraars heeft gegeven om onder andere kostenbeheersing te bevorderen. (rov. 4.17 van het arrest in de zaak CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze en rov. 4.10 van het arrest in de zaak Zilveren Kruis/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze).<sup>8</sup>

- Het al dan niet hebben van een hardheidsclausule/coulanceregeling speelt niet mee in de vraag of sprake is van een hinderpaal. Het peilmoment voor het antwoord op die vraag is het moment van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd. Bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium kan dus geen betekenis worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt. Bovendien belast dit de verzekerde met een initiatief waarvan de onzekere uitkomst is overgelaten aan de verzekeraar. Dit betekent dat de gevraagde verklaring voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt niet op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen, zal worden toegewezen. (rov. 5.8)

- Gelet op de wijze waarop de onderhavige procedure is ingestoken, kan het hof net als de rechtbank niet meer dan een algemeen kader geven voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van art. 13 Zvw. Het is niet aan het hof om één algemeen kortingspercentage te bepalen. Bovendien ligt in deze procedure in tegenstelling tot eerder gevoerde procedures waarin het hinderpaalcriterium aan de orde was geen geschil over de vergoeding van een concrete vorm van niet-gecontracteerde zorg voor. Het hof kan alleen achteraf in een individuele zaak beoordelen of een zorgverzekeraar in de gegeven omstandigheden in redelijkheid het desbetreffende kortingspercentage heeft kunnen hanteren. (rov. 6)

### **3 Beoordeling van het middel in het principale beroep**

3.1 Het middel stelt een aantal vragen over het hinderpaalcriterium aan de orde, te weten (i) of het hinderpaalcriterium nog steeds ligt besloten in art. 13 lid 1 Zvw, (ii) of het hinderpaalcriterium in strijd is met de Richtlijn Solvabiliteit II<sup>9</sup> (hierna: de richtlijn), (iii) welk tarief zorgverzekeraars als uitgangspunt mogen nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen, (iv) in hoeverre zorgverzekeraars een generiek kortingspercentage mogen hanteren, (v) wat het peilmoment is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een hinderpaal en (vi) of zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt op grond van art. 13 Zvw op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen.

*(i) Het hinderpaalcriterium in art. 13 lid 1 Zvw*

3.2.1 Onderdeel 2.1 van het middel klaagt over het oordeel van het hof in rov. 4.8 dat het hinderpaalcriterium nog steeds ligt besloten in art. 13 Zvw. Volgens het onderdeel geeft dit oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat het hinderpaalcriterium geen onderdeel

(meer) uitmaakt van art. 13 lid 1 Zvw. Daartoe betoogt het onderdeel dat het stelsel van de Zvw berust op het uitgangspunt dat het niet volledig vergoeden van niet-gecontracteerde zorg dient als prikkel voor naturaverzekerden om gebruik te maken van gecontracteerde zorg. Door het hinderpaalcriterium wordt aan die prikkel onaanvaardbaar afbreuk gedaan en kunnen zorgverzekeraars hun door de wetgever beoogde regierol bij de inkoop van zorg niet (voldoende) vervullen. Daarbij is volgens het onderdeel bovendien van belang dat (i) de wetgever in de parlementaire geschiedenis van art. 13 lid 1 Zvw ten onrechte ervan uit is gegaan dat het hinderpaalcriterium een vereiste is van het Unierecht en (ii) de Hoge Raad in de zaak *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.*<sup>10</sup> het hinderpaalcriterium niet heeft bevestigd.

Het onderdeel voert ook aan dat vanaf 2014 tot en met 2018 het aandeel niet-gecontracteerde zorg (in ieder geval in verschillende sectoren) is gestegen en de (totale) kosten van de niet-gecontracteerde zorg (in ieder geval in deze sectoren) zijn toegenomen. Uit een brief van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 17 juli 2018 blijkt dat de ontwikkelingen met niet-gecontracteerde zorg de zorg voor de patiënt en de doelmatigheid en betaalbaarheid van de zorg niet ten goede komen, dat de minister en de staatssecretaris onderkennen dat contracteren het instrument is om tot doelmatige en goede zorg te komen en dat zij daarom afspraken hebben gemaakt met het veld om de contracteergraad te verhogen, aldus het onderdeel.

- 3.2.2 Het onderdeel faalt. In het arrest *CZ Groep/Stichting Momentum GGZ11* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hoewel het hinderpaalcriterium niet als een eis van Unierecht uit het arrest *Müller-Fauré*<sup>12</sup> kan worden afgeleid bij de totstandkoming van de Zvw, en in het bijzonder art. 13 daarvan, zowel door de minister als door het parlement uitdrukkelijk tot uitgangspunt is genomen dat de korting op de vergoeding niet dusdanig hoog (en de vergoeding derhalve niet dusdanig laag) mag zijn, dat dit een belemmering vormt voor de toegankelijkheid van niet-gecontracteerde zorg voor de verzekerde in kwestie. Voor deze afweging is, naast enerzijds de wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien, mede van belang geweest de wens om de vrije artskeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate te waarborgen. Dat het hinderpaalcriterium geen vereiste van het Unierecht is, doet dus niet eraan af dat dit criterium ligt besloten in art. 13 lid 1 Zvw. Zoals overwogen in het arrest *CZ Groep/Stichting Momentum GGZ* moet art. 13 lid 1 Zvw daarom aldus worden uitgelegd, dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturapolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal oplevert om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.<sup>13</sup> In het arrest *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.* heeft de Hoge Raad zijn oordeel bevestigd dat het hinderpaalcriterium ligt besloten in art. 13 lid 1 Zvw.<sup>14</sup>

Hetgeen het onderdeel aanvoert over de toename van de kosten van niet-gecontracteerde zorg en de wens om de contracteergraad te verhogen, heeft wat daarvan verder ook zij tot op heden niet geleid tot aanpassing van art. 13 Zvw.

*(ii) Het hinderpaalcriterium en de Richtlijn Solvabiliteit II*

- 3.3.1 De onderdelen 2.3-2.5 richten zich tegen rov. 4.10, waarin het hof heeft geoordeeld dat het hinderpaalcriterium voldoet aan de voorwaarden van art. 206 van de richtlijn, zodat geen sprake is van een op grond van art. 181 van de richtlijn verboden overheidsingrijpen.

Onderdeel 2.3 klaagt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting over het in art. 206 lid 1, onder a, van de richtlijn genoemde algemeen belang. Volgens de klacht beschermt het hinderpaalcriterium niet het algemeen belang waarop de zorgverzekering betrekking heeft, past het hinderpaalcriterium niet in dat algemeen belang en is het niet noodzakelijk dit algemeen belang te beschermen.

Onderdeel 2.4 klaagt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel onbegrijpelijk is, voor zover het inhoudt dat het hinderpaalcriterium noodzakelijk is om het

algemeen belang te beschermen. Uitgaande van de stelling van VGZ c.s. dat de premie van een restitutieverzekering slechts beperkt hoger is dan die van een naturaverzekering en (daarom) de verzekerde niet verhindert voor een restitutieverzekering te kiezen, valt niet in te zien waarom het hinderpaalcriterium toch noodzakelijk zou zijn ter bescherming van de keuzevrijheid van de verzekerde.

Onderdeel 2.5 klaagt dat het oordeel van het hof dat het hinderpaalcriterium voldoet aan de eis van proportionaliteit berust op een onjuiste rechtsopvatting dan wel onbegrijpelijk is in het licht van het gemotiveerde betoog van VGZ c.s. dat het hinderpaalcriterium disproportioneel is. Dit geldt te meer, nu verzekerden voor slechts een beperkt hogere premie een restitutiepolis kunnen sluiten, aldus de klacht.

- 3.3.2 Deze klachten falen. Art. 181 van de richtlijn verbiedt de lidstaten om voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling te eisen van onder andere de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten waarvan een verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers. Art. 206 van de richtlijn maakt hierop een uitzondering voor ziektekostenverzekeringen en bepaalt onder meer dat de lidstaten waar een ziektekostenverzekering de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk kan vervangen, kunnen verlangen dat deze overeenkomsten voldoen aan de door die lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen ter bescherming van het algemeen belang waarop deze verzekering betrekking heeft. Voor zover dergelijke voorschriften de vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van diensten beperken, moeten ze voorts noodzakelijk en proportioneel zijn.<sup>15</sup> Het oordeel van het hof in rov. 4.10 dat het hinderpaalcriterium voldoet aan deze voorwaarden getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

*(iii) Het uitgangstarief voor de in art. 13 lid 1 Zvw bedoelde vergoeding*

- 3.4.1 Onderdeel 3.1 is gericht tegen rov. 4.12 en 5.2. Volgens het onderdeel heeft het hof daarin geoordeeld dat zorgverzekeraars bij het bepalen van de vergoeding van art. 13 lid 1 Zvw (ten minste) de (daadwerkelijke) kosten van gecontracteerde zorg, volgens het hof bestaande uit het gewogen gemiddeld door de zorgverzekeraar gecontracteerde tarief, tot uitgangspunt moeten nemen (verminderd met de daarop toe te passen korting). Het onderdeel klaagt dat het hof aldus heeft miskend dat zorgverzekeraars een grote vrijheid hebben om de hoogte van de in art. 13 lid 1 Zvw genoemde vergoeding te bepalen. Volgens de klacht heeft de wetgever ook niet een rechtens bindend verband gelegd tussen enerzijds het uitgangstarief dan wel de kosten van gecontracteerde zorg en anderzijds de in art. 13 lid 1 Zvw bedoelde vergoeding. De vrijheid van de zorgverzekeraars brengt volgens de klacht mee dat zorgverzekeraars niet gehouden zijn om voor het bepalen van de vergoeding bedoeld in art. 13 lid 1 Zvw voor niet-gecontracteerde zorg de kosten van de gecontracteerde zorg of (het gemiddelde van) het gecontracteerde tarief tot uitgangspunt te nemen.
- 3.4.2 Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft het hof niet geoordeeld dat zorgverzekeraars bij het bepalen van de vergoeding van art. 13 lid 1 Zvw (ten minste) de (daadwerkelijke) kosten van gecontracteerde zorg, bestaande uit het gewogen gemiddeld door de zorgverzekeraar gecontracteerde tarief, tot uitgangspunt moeten nemen (verminderd met de daarop toe te passen korting). Het hof heeft slechts geoordeeld dat zorgverzekeraars het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mogen nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat de zorgverzekeraars niet gehouden zijn om het feitelijk gehanteerde tarief als uitgangspunt te hanteren, en dat een gewogen (in plaats van een ongewogen) gemiddelde van het daadwerkelijk gedeclareerde tarief voor een bepaalde zorgvorm, een realistisch beeld geeft van de kosten van de voor die zorgvorm gecontracteerde zorg.<sup>16</sup> Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Het onderdeel berust dus op een onjuiste lezing van de bestreden overwegingen en kan daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.4.3 Onderdeel 3.4 klaagt dat als het oordeel van het hof in rov. 4.12 zo moet worden begrepen dat zorgverzekeraars niet rechtens gehouden zijn om, als minimum, de in rov. 4.12 genoemde uitgangspunten voor het bepalen van de in art. 13 lid 1 Zvw genoemde vergoeding te hanteren, waaronder dus dat zij de kosten van gecontracteerde zorg als uitgangstarief moeten nemen, onbegrijpelijk is waarom de grieven 5 tot en met 9 van VGZ c.s. niet slagen. Aangevoerd wordt dat deze grieven waren gericht tegen rov. 5.29-5.33 en 5.35-5.37 van het eindvonnis van de rechtbank, waarin is geoordeeld dat de wetgever "een nadrukkelijk verband legt met de kosten van gecontracteerde zorg" (rov. 5.29) en dat zorgverzekeraars "bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg minimaal de kosten van gecontracteerde zorg als uitgangstarief [moeten] hanteren, waarbij toepassing van het ongewogen gemiddeld gecontracteerd tarief niet is toegestaan" (rov. 5.32). Het onderdeel klaagt dat indien het hof deze oordelen niet heeft onderschreven, niet is in te zien waarom het hof niet (een of meer van) de genoemde grieven gegrond heeft bevonden.

3.4.4 Het hof heeft in rov. 4.12 het vonnis van de rechtbank aldus gelezen dat zorgverzekeraars het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt *mogen* nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Het heeft vervolgens de grieven 5 tot en met 9 verworpen omdat zij berusten op een verkeerde lezing van het vonnis. Dat is niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt dus.

*(iv) De korting op het uitgangstarief*

3.5.1 Onderdeel 4.2 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.13 dat het zorgverzekeraars niet is toegestaan om een generieke korting onafhankelijk van het type zorg en van de daarbij behorende zorgkosten op het uitgangstarief toe te passen, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Anders dan het hof klaarblijkelijk oordeelt, kan op grond van het arrest Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s., de tekst van art. 13 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw niet in algemene zin worden gezegd dat een zorgverzekeraar niet een en dezelfde (generieke) korting mag toepassen voor alle typen of vormen van niet-gecontracteerde zorg, aldus de klacht.

Onderdeel 4.4 klaagt dat dit oordeel bovendien (zonder nadere motivering) onbegrijpelijk is gelet op andere oordelen van het hof die in het bestreden arrest besloten liggen. In dit verband wijst de klacht onder meer op rov. 6 en op enkele door het hof overgenomen oordelen uit (rov. 4.15 en 4.17 van) het arrest in de samenhangende zaak CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze.

Onderdeel 4.6 klaagt dat als het hof met zijn oordeel in rov. 4.13 (door middel van een verwijzing naar rov. 4.17 van het arrest in de samenhangende zaak CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze<sup>17</sup>) dat een generiek kortingspercentage bij in ieder geval de duurdere en/of duurste vormen van zorg een hinderpaal kan opleveren zodat het gebruik ervan niet fijnmazig genoeg zou zijn, bedoelt dat een generieke korting in algemene zin (dus hoe dan ook) niet fijnmazig genoeg is om te voorkomen dat verzekerden met een hinderpaal kunnen worden geconfronteerd, zodat zorgverzekeraars voor de vergoeding bedoeld in art. 13 lid 1 Zvw een vergoedingssystematiek moeten ontwikkelen als door het hof genoemd, dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende is gemotiveerd. Een dergelijke verplichting is volgens de klacht in strijd met het oordeel in het arrest Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s. dat het hinderpaalcriterium zich niet in algemene zin verzet tegen een generieke korting. Ook wordt geklaagd dat het oordeel van het hof dat de door VGZ c.s. gehanteerde kortingspercentages bij bepaalde (dure) typen van zorg een feitelijke hinderpaal *kunnen* opleveren (voor de gemiddelde verzekerde) zonder de vaststelling dat de gehanteerde percentages in ieder geval voor een bepaald type van zorg de verzekerde daadwerkelijk belemmeren om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, niet volstaat

voor de conclusie dat de door VGZ c.s. gehanteerde generieke kortingen niet zouden zijn toegestaan. Bovendien zou het oordeel van het hof blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting gezien de praktische uitvoerbaarheid ervan.

- 3.5.2 In het arrest *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de tekst van art. 13 lid 1 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw geen steun bieden voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generieke korting, zoals de in dat geval door Zilveren Kruis Achmea c.s. gehanteerde vlaktaks van 25%. 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, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa.<sup>18</sup>

Uit het voorgaande volgt dat het zorgverzekeraars is toegestaan om, bij wijze van uitgangspunt, een generiek kortingspercentage toe te passen op het uitgangstarief voor de berekening van de vergoeding ingevolge art. 13 lid 1 Zvw. Dit wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de verzekerde extra kosten voor de zorgverzekeraar veroorzaakt.<sup>19</sup> Bovendien heeft de wetgever verzekerden met een naturapolis aldus willen prikkelen om van de gecontracteerde zorg gebruik te maken, opdat zorgverzekeraars de regierol bij de inkoop van zorg kunnen vervullen die de wetgever hun heeft willen geven teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen.<sup>20</sup>

In voorkomende gevallen kan de vergoeding na toepassing van een dergelijke korting voor de gemiddelde (modale) zorggebruiker evenwel een feitelijke hinderpaal opleveren. Of dit het geval is, moet worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden. Daarbij is met name de hoogte van de kosten van de desbetreffende vorm van zorg van belang. 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. In de parlementaire geschiedenis van de Zvw is dit ook onderkend: "Wanneer sprake is van een feitelijke hinderpaal, is in zijn algemeenheid niet te zeggen. Een vergoeding van 85% kan een feitelijke hinderpaal opleveren bij een complexe en dure operatie, terwijl een vergoeding van bijv. 30% geen hinderpaal hoeft op te leveren bij een kleine, goedkope ingreep."<sup>21</sup>

- 3.5.3 Het hof heeft het hiervoor in 3.5.2 overwogene niet miskend.

Met zijn oordeel dat het arrest *Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.* aldus moet worden begrepen dat de Hoge Raad hierin niet categorisch heeft geoordeeld dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage zouden kunnen hanteren, en dat de vraag of het hinderpaalcriterium in een bepaald geval in de weg staat aan een generiek kortingspercentage afhangt van de vraag om welke vorm van zorg het gaat en de kosten die daarmee gemoeid zijn, heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat dit feiten en omstandigheden zijn die kunnen meebrengen dat de vergoeding na het hanteren van de bij wijze van uitgangspunt gehanteerde korting toch een feitelijke hinderpaal oplevert.

In het oordeel van het hof ligt niet besloten dat het hanteren van een generieke korting in algemene zin niet is toegestaan. Dit blijkt ook uit de motivering die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, waarbij het hof onder meer heeft overwogen dat een generiek kortingspercentage ook wordt gerechtvaardigd door de (verloren) bijdrage aan de efficiënte zorgverlening en het prijsvoordeel dat bij zorginkoop teniet gaat.

Het hof heeft met zijn oordeel dat het gebruik van een generiek kortingspercentage niet fijnmazig genoeg is, omdat dit in ieder geval bij de duurdere en/of duurste vormen van zorg een feitelijke hinderpaal kan opleveren, terecht tot uitdrukking gebracht dat een generieke korting, die in algemene zin is toegestaan, bij bepaalde dure vormen van zorg ervoor kan zorgen dat de vergoeding een hinderpaal kan opleveren voor de gemiddelde (modale) zorggebruiker en dat daarom niet geoordeeld kan worden dat een generiek kortingspercentage, indien daarop geen uitzonderingen worden gemaakt voor duurdere vormen van zorg, niet in de weg staat aan het hinderpaalcriterium.



3.5.4 Gelet op het hiervoor in 3.5.2-3.5.3 overwogene falen de onderdelen 4.2, 4.4 en 4.6.

*(v) en (vi) Peilmoment, hardheidsclausules en coulanceregelingen*

3.6.1 Onderdeel 7 richt zich tegen rov. 5.8, waarin het hof heeft geoordeeld dat het peilmoment voor het antwoord op de vraag of sprake is van een hinderpaal het moment is van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd. Dit betekent volgens het hof dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt op grond van art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen.

3.6.2 Onderdeel 7.1 klaagt dat voormeld oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens de klacht moet de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal voor de verzekerde worden beoordeeld naar de omstandigheden van het moment dat deze verzekerde daadwerkelijk gebruik wenst te maken van niet-gecontracteerde zorg. Indien de verzekerde op dat moment niet daadwerkelijk wordt belemmerd in zijn toegang tot de niet-gecontracteerde zorg van zijn keuze (als gevolg van de toepassing van een hardheidsclausule door de zorgverzekeraar of doordat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder het niet-vergoede deel van de kosten voor zijn rekening neemt), is van een feitelijke hinderpaal voor de verzekerde geen sprake, aldus de klacht. Reeds hieruit volgt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het peilmoment voor de beoordeling van het hinderpaalcriterium (uitsluitend) het moment is waarop de verzekerde kennis neemt van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd, en dat daarom bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium geen betekenis kan worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt, aldus de klacht.

3.6.3 Volgens het hinderpaalcriterium mag de vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal oplevert om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.<sup>22</sup> De vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal doet zich derhalve voor op het moment dat de verzekerde voor de keuze staat of hij gebruik wil maken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dat behoeft niet het moment te zijn waarop de verzekerde kennis heeft genomen of heeft kunnen nemen van de polisvoorwaarden.

Het oordeel van het hof dat het peilmoment het moment is van kennisneming door de verzekerde van de polisvoorwaarden getuigt dus van een onjuiste rechtsopvatting.

3.6.4 De vraag of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een bepaalde korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden op het moment waarop de verzekerde voor de keuze staat of hij gebruik wil maken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Indien op dat moment de zorgverzekeraar aan de verzekerde op grond van een hardheidsclausule ondubbelzinnig heeft toegezegd een bepaald bedrag aan hem te vergoeden dat hoger is dan het bedrag waarop op grond van de polisvoorwaarden aanspraak bestaat, moet dat feit worden betrokken bij het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal. De vraag is dan of deze hogere vergoeding een dergelijke hinderpaal oplevert voor de gemiddelde (modale) zorggebruiker.

Aan het voorgaande doet niet af dat het initiatief voor het invoeren van een hardheidsclausule doorgaans bij de verzekerde ligt en de beslissing over de toepassing van de hardheidsclausule aan de zorgverzekeraar is overgelaten.

Opmerking verdient dat de omstandigheid dat de zorgverzekeraar een hardheidsclausule heeft opgenomen in zijn polisvoorwaarden, op zichzelf niet volstaat. Het gaat erom of de

zorgverzekeraar de hardheidsclausule ook daadwerkelijk toepast en daartoe op het peilmoment op grond van die clausule aan de verzekerde ondubbelzinnig heeft toegezegd een bepaald bedrag aan hem te vergoeden dat hoger is dan het bedrag waarop op grond van de polisvoorwaarden reeds aanspraak bestaat.

3.6.5 Indien op het peilmoment voor de verzekerde kenbaar is dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder op grond van een coulanceregeling (een deel van) de kosten voor de door de verzekerde ingeroepen zorg voor zijn rekening neemt, kan dat feit worden betrokken bij het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal. De vraag is dan of de vergoeding door de zorgverzekeraar vermeerderd met het bedrag dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder voor zijn rekening neemt, een feitelijke hinderpaal oplevert voor de gemiddelde (modale) zorggebruiker.

3.6.6 Gelet op het hiervoor in 3.6.4-3.6.5 overwogene getuigt het oordeel van het hof dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt op grond van art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen, door zijn algemeenheid van een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel 7.1 slaagt. Gelet op het hiervoor in 3.6.4-3.6.5 overwogene behoeven de onderdelen 7.2 en 7.3 geen behandeling.

3.6.7 De voortbouwklacht in onderdeel 7.4 slaagt eveneens.

#### *Overige klachten*

3.7 De overige klachten van het middel in het principale beroep kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### *Afdoening*

3.8 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Het bestreden arrest zal worden vernietigd, maar uitsluitend voor zover daarin voor recht is verklaard dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules of coulanceregelingen kunnen beroepen. De door de Stichting gevorderde verklaring voor recht zal in zoverre worden afgewezen.

### **4 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep**

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

### **5 Beslissing**

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 oktober 2020, maar uitsluitend voor zover daarin voor recht is verklaard dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex art. 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen;
- wijst de gevorderde verklaring voor recht in zoverre af;
- veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van VGZ c.s. begroot op 1.011,99 aan verschotten en 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Stichting deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

*in het incidentele beroep:*

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van VGZ c.s. begroot op 68,07 aan verschotten en 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Stichting deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.J. Kroeze als voorzitter en de raadsheren C.E. du Perron, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere F.J.P. Lock op 9 december 2022.

- 
- <sup>1</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (CZ Groep/Stichting Momentum GGZ), rov. 3.5.7.
  - <sup>2</sup> HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1790 (CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze).
  - <sup>3</sup> HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1791 (Zilveren Kruis/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze).
  - <sup>4</sup> Rechtbank Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380.
  - <sup>5</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031.
  - <sup>6</sup> Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), PbEU 2009, L 335/1.
  - <sup>7</sup> HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.).
  - <sup>8</sup> Het hof verwijst voor een verdere motivering naar zijn op dezelfde datum gewezen arresten in de twee samenhangende zaken (zie hiervoor in 2.1): Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030 en ECLI:NL:GHARL:2020:8028.
  - <sup>9</sup> Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), PbEU 2009, L 335/1.
  - <sup>10</sup> HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.).
  - <sup>11</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (CZ Groep/Stichting Momentum GGZ), rov. 3.5.6.
  - <sup>12</sup> HvJEU 13 mei 2003, zaak C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (Müller-Fauré).
  - <sup>13</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (CZ Groep/Stichting Momentum GGZ), rov. 3.5.7.
  - <sup>14</sup> HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.), rov. 3.1.2.
  - <sup>15</sup> Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 23.
  - <sup>16</sup> Rov. 4.11 van de samenhangende zaak CZ/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030) en rov. 4.4 van de samenhangende zaak

Zilveren Kruis/Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028). Het hof verwijst in rov. 4.12 naar deze arresten.

<sup>17</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030.

<sup>18</sup> HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (Conductore/Zilveren Kruis Achmea c.s.), rov. 3.1.4.

<sup>19</sup> Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 109.

<sup>20</sup> Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 29763, nr. 26, p. 28 en 32.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33362, nr. 3, p. 36.

<sup>22</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (CZ Groep/Stichting Momentum GGZ), rov. 3.5.7.

---