

Zelfverzekerd contracteren

Evenwicht in het onderhandelingsproces

4 juli 2014

Klaas Meersma
advocaat

Inhoud

1. **Klachten uit het veld**
2. Juridisch kader
3. Autoriteit Consument & Markt
4. Nederlandse Zorgautoriteit
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
6. Zelfverzekerd contracteren
7. Artikel 13 Zvw

Klachten uit het veld

- Slikken of stikken – er is geen sprake van onderhandelingen
- Zorgverzekeraars zetten enkel in op prijs – geen aandacht voor kwaliteit/inhoud zorg
- Zorgverzekeraars stellen onhaalbare eisen – bijvoorbeeld de verwijfsbrief bij alcoholverslaafden of zedendelinquenten
- Zorgverzekeraars stellen van elkaar verschillende eisen waar zorgaanbieders niet allemaal tegelijk aan kunnen voldoen
- Kritiek op het proces – onderhandelingen verlopen in slechte sfeer
- Zorgverzekeraars volgen het beleid van de NZa niet – nieuwe maximumtarieven worden door zorgverzekeraars genegeerd
- Zorgverzekeraars volgen het Bestuurlijk Akkoord niet

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. **Juridisch kader**
3. Autoriteit Consument & Markt
4. Nederlandse Zorgautoriteit
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
6. Zelfverzekerd contracteren
7. Artikel 13 Zvw

Juridisch kader (I)

- Wetgever heeft de relatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder nagenoeg ongeregeld gelaten; Wet Marktordening Gezondheidszorg heeft focus op hoogte van de tarieven en het volume van de prestaties
 - Vergelijk de verhouding zorgaanbieder–patiënt en zorgverzekeraar–verzekerde, die zijn wettelijk zwaar verankerd (Kwaliteitswet zorginstellingen, Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst en Zorgverzekeringswet)
- Voor het bepalen van de juridische relatie moet daarom in belangrijke mate teruggevallen worden op het algemeen contractenrecht, de Mededingingswet en de aanmerkelijke marktmacht-bepaling uit de WMG

Juridisch kader (II)

- Het algemeen contractenrecht heeft als uitgangspunt de contractsvrijheid
 - HR 8 april 2005, *LJN AS2706*: noch de algemene beginselen van het verbintenissenrecht, noch het mededingingsrecht staan eraan in de weg dat een zorgverzekeraar een zorgaanbieder een niet-onderhandelbaar aanbod doet.
- Redelijkheid en billijkheid: is de relatie zorgverzekeraar-zorgaanbieder juridisch bijzonder?
 - Rb. Arnhem 2 februari 2011, *LJN BP2876*: door de van jaar tot jaar gesloten contracten zijn partijen komen te staan in een (rechts)verhouding die wordt beheerst door maatstaven van pericontractuele redelijkheid en billijkheid.
 - Rb. Breda 1 februari 2012, *LJN BV2624*: tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder bestaat een bijzondere relatie, ook indien zij geen overeenkomst hebben gesloten, omdat zij aan elkaar zijn overgeleverd en de een niet zonder de ander kan. Dat brengt voor beide bijzondere verplichtingen en verantwoordelijkheden met zich mee.

Juridisch kader (III)

- Een bepaling uit een overeenkomst is nietig (of vernietigbaar) indien die bepaling strijdig is met een dwingende wetsbepaling, dan wel indien de inhoud of strekking van die bepaling in strijd is met de goede zeden of openbare orde (art. 3:40 BW)
 - Rb. Rotterdam 29 september 2010, *LJN* BN9944: bepaling tot afgifte ongevalmeldingen in overeenkomst tussen Erasmus MC en Achmea is in strijd met Wet bescherming persoonsgegevens en medisch beroepsgeheim van art. 7:457 BW en daarom nietig
- Zorginkoopbeleid moet voldoen aan de 'TON-principes' van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie (HR 4 april 2003, *LJN* AF2830; Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *LJN* BY6451)

Juridisch kader (IV)

- Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 6:248 lid 2 BW):
 - “Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”
- Of de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op een contractueel beding in de weg staan, hangt af van omstandigheden van het geval, zoals (HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261 (Saladin/HBU)):
 - Aard en verdere inhoud van de overeenkomst
 - De maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen
 - De wijze waarop het beding tot stand is gekomen
 - De mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest
- Stelplicht en bewijslast rusten in het algemeen op degene die zich beroept op de redelijkheid en billijkheid (HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/553 (Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank))

Juridisch kader (V)

- Rb. Zeeland-West-Brabant 19 juni 2014 (ECLI:NL:RBZWB:2014:4205); civielrechtelijk kader op de helling?
 - Zorgverzekeraar is aanbestedende dienst, en moet dus conform de in de Aanbestedingswet 2012 beschreven procedures zorg gaan inkopen
 - Zorgverzekeraar (CZ) heeft spoedappel ingesteld, waarbij de kernvraag lijkt te zullen zijn of de waarborgen uit de Zorgverzekeringswet voldoende zijn om aan te nemen dat zorgverzekeraars niet onder normale marktomstandigheden werken en zelf geen exploitatierisico lopen, en of zorgverzekeraars voor meer dan de helft door de Staat worden gefinancierd

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. Juridisch kader
- 3. Autoriteit Consument & Markt**
4. Nederlandse Zorgautoriteit
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
6. Zelfverzekerd contracteren
7. Artikel 13 Zvw

Autoriteit Consument & Markt (I)

- Uitgangspunt mededingingsrecht: ondernemingen moeten zelfstandig, ieder voor zich, hun gedrag op de markt bepalen
- Informatie-assymetrie: zorgaanbieder kan als geen ander kwaliteit geleverde zorg beoordelen
- Relatie patiënt-zorgaanbieder: langdurige relatie, daardoor heeft zorgaanbieder meer informatie over patiënt + vertrouwensband
- Tegenwicht zorgverzekeraars gewenst: collectief onderhandelen door zorgaanbieders over prijzen, productie, afzet en klanten is uit den boze
- Zorgplicht zorgverzekeraars zorgt voor prikkel om naast volume ook kwaliteitsniveau zorgaanbod op peil te houden

Autoriteit Consument & Markt (II)

- November 2011:
 - Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie in een 'normoverdragend' gesprek erop gewezen dat advies aan leden om als collectief op te treden richting zorgverzekeraars concurrentiebeperkende risico's in zich draagt
- Februari 2014:
 - Landelijke Huisartsen Vereniging: € 5,9 miljoen boete voor advies LHV aan leden om na te gaan of er behoefte was aan nieuwe huisartsen en of er wel voldoende patiënten waren voor een nieuwe praktijk – beroep ingesteld (in eerste instantie waren ook persoonlijke boetes opgelegd aan functionarissen LHV)

Autoriteit Consument & Markt (III)

- Wel toegestaan is collectief overleg over systeem van:
 - kwaliteitsindicatoren of over inhoudelijke invulling daarvan
 - innovatiemogelijkheden
- Collectief overleg invulling kwaliteitsindicatoren mag niet verder gaan dan zuivere medisch inhoudelijk en op wetenschappelijk bewijs gestoelde standaarden
- Collectief overleg innovatiemogelijkheden mag niet zo ver gaan dat het de vorm van contracten met individuele zorgaanbieders raakt

Autoriteit Consument & Markt (IV)

- Zorgverzekeraars mogen onder voorwaarden samenwerken bij zorginkoop:
 - Zorgverzekeraars mogen samen bepalen bij welke zorgaanbieders zij zorg inkopen indien hun gezamenlijke marktaandeel < 15% op de inkoop- en op de verzekeringsmarkt, of < 15% op de verzekeringsmarkt en zij niet of nauwelijks in dezelfde regio's inkopen
 - Zorgverzekeraars mogen samen bepalen bij welke zorgaanbieders zij zorg inkopen indien er minimum kwaliteitsnormen bestaan voor die zorg, en zij kunnen aantonen dat (i) hun individuele vraag te klein is om het mogelijk te maken dat individuele aanbieders de zorg volgens die minimumnormen kunnen leveren, en (ii) dat zij niet met meer partijen samenwerken dan strikt noodzakelijk, en zij de aanbieders kiezen op basis van transparante en objectieve criteria, en zij wat betreft kwaliteit alleen afspraken maken over minimumnormen
- Zorgverzekeraars mogen samen prijsonderhandelingen voeren indien hun gezamenlijke marktaandeel < 15% op de inkoop- en op de verzekeringsmarkt, of indien hun gezamenlijke marktaandeel kleiner is dan 15% op de verzekeringsmarkt en zij niet of nauwelijks in dezelfde regio's inkopen
- Ook is onder voorwaarden samenwerking toegestaan bij stellen van selectieve inkoop van Spoedeisende Eerste Hulp

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. Juridisch kader
3. Autoriteit Consument & Markt
4. **Nederlandse Zorgautoriteit**
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
6. Zelfverzekerd contracteren
7. Artikel 13 Zvw

Nederlandse Zorgautoriteit (I)

- Zelfs al zou er sprake zijn van problematische inkoopmacht van zorgverzekeraars, collectief onderhandelen door aanbieders kan de nadelige effecten hiervan niet ondervangen
- Collectief onderhandelen beperkt de onderlinge concurrentie tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars zodanig, dat er nauwelijks prikkels zijn om een optimale prijs-/kwaliteitsverhouding te bereiken, m.a.w. verkleint de positieve effecten van inkoopmacht van zorgverzekeraars
- Collectief overleg tussen zorgaanbieders om overeenstemming te bereiken over kwaliteitsnormen kan kwaliteit van zorg in positieve zin beïnvloeden, indien dat overleg gaat over vormgeving en invulling van die indicatoren
- Collectief onderhandelen over kwaliteitsniveaus en bijbehorende prijzen is in beginsel niet wenselijk

Nederlandse Zorgautoriteit (II)

- De NZa kan ingrijpen in het contracteringsproces op grond van artikel 48 WMG (aanmerkelijke marktmacht)
- Dit levert voor zorgaanbieders echter nog geen soelaas op:
 - Een apotheker die beschikt over aanmerkelijke marktmacht en die weigert een overeenkomst met Menzis te sluiten, mag daartoe door de NZa worden verplicht CBb 7 juni 2012, *LJN* BW7731 (Apotheker Breskens)
 - De enkele aanbieding van een niet-onderhandelbaar standaardcontract levert onvoldoende aanwijzing op voor verstoring van de markt. De leidende rol die de wetgever de zorgverzekeraar bij de zorginkoop heeft toebedacht, maakt dat de zorgverzekeraar bij zijn aanbod uit mag gaan van een standaardpakket dat hij de consument wil aanbieden. De zorgaanbieder kan het aanbod accepteren of weigeren, waarbij de vraag of de aangeboden zorg kwalitatief aan de daaraan minimaal te stellen eisen voldoet een rol speelt (CBb 1 oktober 2013, *ECLI:NL:CBB:2013:180*, huisartsen Castricum)

Nederlandse Zorgautoriteit (III)

Good Contracting Practices 2014

- Handreiking vormgeven contracteerproces en knelpunten (in onderling overleg) op te lossen of weg te nemen
- Onderhandelingsmacht zorgverzekeraars niet bezwaarlijk zolang voordeel naar consument wordt doorgeleid
- Zorgaanbieder is vrij niet akkoord te gaan, bij onvoldoende gecontracteerde zorg voldoet zorgverzekeraar niet aan zorgplicht
- Voorbeelden:
 - Zorgverzekeraar betreft tijdig een (para)medicus bij inkoopproces
 - Brancheorganisaties en zorgverzekeraars hebben geregeld contact en evalueren contracteerproces
 - Nodig zorgverzekeraar uit voor voorlichtingsbijeenkomst zorgaanbod, beleid en gewenste contract
- Nut voor praktijk lijkt gering

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. Juridisch kader
3. Autoriteit Consument & Markt
4. Nederlandse Zorgautoriteit
- 5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap**
6. Zelfverzekerd contracteren
7. Artikel 13 Zvw

Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap

- Zorgverzekeraars hebben in de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap drie eisen geformuleerd voor het contracteerbeleid:
 - De zorgverzekeraar moet bij de keuze van zorgaanbieders openbare, objectieve criteria hanteren
 - De zorgverzekeraar moet zijn contracteerbeleid in een publicatie of anderszins bekendmaken, wijzigingen in het contracteerbeleid worden tijdig bekendgemaakt aan de betrokken zorgaanbieders
 - Als de zorgverzekeraar geen overeenkomst met de zorgaanbieder wil sluiten, deelt hij aan de zorgaanbieder de redenen van zijn besluit mee
- Hoewel zorgverzekeraars tegenover derden niet aan deze code zijn gebonden, kan de code wel worden gehanteerd om invulling en toepassing te geven aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. Juridisch kader
3. Autoriteit Consument & Markt
4. Nederlandse Zorgautoriteit
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
- 6. Zelfverzekerd contracteren**
7. Artikel 13 Zvw

Zelfverzekerd contracteren (I)

- Niet-contracteren (bv: tandartsen): voor GGZ-instellingen niet aantrekkelijk. Werpt een drempel op voor patiënt om zorg bij de instelling te zoeken.
- 'Schaalstrategie': marktmacht ontwikkelen door schaalvergroting. Zie de ziekenhuiszorg, waar door fusie een tegenmacht richting de zorgverzekeraars wordt gecreëerd.
- De zorgverzekeraar kan niet om de beste heen: vertrouwen op de kwaliteit en doelmatigheid van de eigen dienstverlening.
- Niet alles wat de zorgverzekeraar oplegt, kan juridisch ook. Beoordeel de (model)overeenkomst kritisch op juridische houdbaarheid.

Zelfverzekerd contracteren (II)

- **Hoofdbehandelaarschap**

- Minister formuleert uitgangspunten voor hoofdbehandelaarschap op basis van kwaliteit, duidelijkheid, en uitgaande van een groeimodel
- Minister komt met één lijst voor gespecialiseerde GGZ en basis GGZ:
 1. Psychiater
 2. Klinisch psycholoog
 3. Klinisch neuropsycholoog
 4. Psychotherapeut
 5. Specialist ouderen geneeskunde
 6. Verslavingsarts in profielregister KNMG
 7. Klinisch geriater
 8. Verpleegkundig specialist GGZ
 9. GZ-psycholoog
- Ook zo opgenomen in NZa-regelgeving (Generalistische basis GGZ NR/CU-530 en Gespecialiseerde GGZ NR/CU-547) (NR/CU-530 verwijst voor taken en verantwoordelijkheden naar brief Minister)
- Kan de zorgverzekeraar vervolgens bepalen dat binnen de door de Minister opgestelde lijst een aantal desondanks toch niet als hoofdbehandelaar kwalificeert? Gelet op de jurisprudentie kan dat alleen als daar objectieve criteria voor zijn. De zorgverzekeraar kan niet willekeurig winkelen in de lijst. Zijn er gelet op de keuze van de Minister nog wel objectieve redenen voorhanden om categorieën uit te sluiten?

Zelfverzekerd contracteren (III)

- Een zorgverzekeraar die zijn inkoopvolume afstemt op zijn marktaandeel zal een dalend marktaandeel en een daarmee corresponderend dalend inkoopvolume wel transparant moeten maken. Indien de zorgverzekeraar op grond van een aanneemsom contracteert, geldt naar mijn oordeel een bewijsplicht.
- De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geldt ook voor getekende contracten. Wanneer de instelling op grond van een getekende overeenkomst moet terugbetalen, kan de instelling de rechtmatigheid van die overeenkomst nog steeds door de rechter laten toetsen aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- De instelling die zich door de zorgverzekeraar bijvoorbeeld gedwongen ziet akkoord te gaan met contractsbepalingen over verwijsbrieven en het hoofdbehandelaarschap kan die overeenkomst tekenen en daarbij schriftelijke mededelen dat zij reeds voorziet dat zich daaromtrent problemen zullen voordoen waardoor nakoming van die verplichtingen – met het oog op haar gerechtvaardigde bedrijfsbelangen – in redelijkheid niet van haar zal kunnen worden gevergd (de 'beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid'), en dat te zijner tijd het oordeel van de rechter over die bepaling(en) zal (kunnen) worden gevraagd

Inhoud

1. Klachten uit het veld
2. Juridisch kader
3. Autoriteit Consument & Markt
4. Nederlandse Zorgautoriteit
5. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap
6. Zelfverzekerd contracteren
7. **Artikel 13 Zvw**

Artikel 13 Zvw – recente jurisprudentie

- Nu: indien een verzekerde zorg betreft bij een niet-gecontracteerde aanbieder, heeft hij recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding
- Hierbij wordt het 'hinderpaalcriterium' gehanteerd, dat inhoudt dat die vergoeding niet zodanig laag mag zijn dat het een feitelijke hinderpaal vormt voor het betrekken van niet-gecontracteerde zorg
- Recente jurisprudentie:
 - Rechtbank Zeeland-West-Brabant 28 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4907 (Opvoedpoli / CZ)
 - Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971 (CZ / Momentum)
 - > cassatie ingesteld door CZ
 - > A-G heeft tot vernietiging en verwijzing geconcludeerd
 - > Arrest Hoge Raad staat gepland voor 11 juli a.s.
 - Rechtbank Gelderland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989 (CrisisCare / VGZ)
 - -> appel ingesteld door VGZ
 - Rechtbank Midden-Nederland 23 april 2014, ECLI:RBMNE:2014:1578 (CrisisCare / Achmea)
 - > appel ingesteld door CrisisCare
 - Rechtbank Gelderland 27 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3593 (CrisisCare / Menzis&Achmea)

Artikel 13 Zvw – stand van zaken wetswijziging

- Hinderpaalcriterium staat selectief contracteren in de weg, wetsvoorstel ecarteert hinderpaalcriterium uit art. 13 Zvw: zorgverzekeraar mag zelf bepalen hoeveel hij vergoedt van niet-gecontracteerde zorg, dus ook € 0,-
- Zorgverzekeraar dient ten minste zes weken voor het einde van het kalenderjaar kenbaar te maken met wie hij heeft gecontracteerd
- Vergoedingspercentage voor reeds aangevangen niet-gecontracteerde zorg mag niet tussentijds worden aangepast
- Wetsvoorstel aangenomen door Tweede Kamer, ligt nu bij Eerste Kamer
- Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze heeft gerechtelijke stappen aangekondigd indien artikel 13 Zvw wordt gewijzigd, om wetswijziging dan ongedaan te maken
- Minister: met wijziging wordt nieuwe polis geïntroduceerd
 - Nee, geen nieuwe polismodel. Wat Minister bedoelt: zorgverzekeraars kunnen straks kiezen om naturapolis aan te bieden waarin het hen vrij staat te bepalen welke vergoeding zij uitkeren voor niet-gecontracteerde (bv. 0%, maar ook 80%) (brief Minister d.d. 4 juni 2014 (kenmerk: 383313-122134-Z))
 - Licht het in de lijn der verwachting dat zorgverzekeraars naturapolissen gaan aanbieden waarin vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg > 0%?
- Minister: zorgverzekeraars dienen realistische volumes in te kopen bij gecontracteerde aanbieders (brief d.d. 2 juni 2014 (kenmerk: 190129-116251-Z))