



Publicatie TAAN: Tijdschrift Aanbestedingsrecht

Jaargang 13

Publicatiedatum 31-10-2016

Afleveringnummer 5

Artikelnummer 83

Titel Art. - Inkopen tegen de wind in

Auteurs Gelderman, mr. A.B.B.  
Halferkamps, mr. P.

Samenvatting In een tussenrapportage van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: 'ACM') over concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen wordt aangegeven dat zorgverzekeraars meer onderscheidend zouden kunnen zijn op het gebied van selectieve inkoop. Volgens het rapport kan het selectief inkopen van de betere en/of meer doelmatige zorgaanbieders tot een lagere premie en een beter zorgaanbod leiden, en daarmee tot een onderscheidende propositie van zorgverzekeraars. Er zijn echter verschillende factoren die in de weg staan aan een effectieve selectieve inkoop door zorgverzekeraars. De beperkte juridische speelruimte van zorgverzekeraars bij selectieve inkoop van zorg is één van die factoren en wordt in dit artikel besproken.

Trefwoorden Autoriteit Consument en Markt  
selectieve inkoop  
vrije artsenkeuze  
zorgverzekeraars

Rubriek Artikel

## TA 2016(5) 83 Art. - Inkopen tegen de wind in

### Inkopen tegen de wind in

*In een tussenrapportage van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: 'ACM') over concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen wordt aangegeven dat zorgverzekeraars meer onderscheidend zouden kunnen zijn op het gebied van selectieve inkoop.<sup>1</sup> Volgens het rapport kan het selectief inkopen van de betere en/of meer doelmatige zorgaanbieders tot een lagere premie en een beter zorgaanbod leiden, en daarmee tot een onderscheidende propositie van zorgverzekeraars. Er zijn echter verschillende factoren die in de weg staan aan een effectieve selectieve inkoop door zorgverzekeraars. De beperkte juridische*

*speelruimte van zorgverzekeraars bij selectieve inkoop van zorg is een van die factoren en wordt in dit artikel besproken.*

## **Vrije artskenkeuze versus selectieve inkoop**

Verzekerden met een restitutiepolis hebben recht op de vergoeding van kosten van zorg. De restitutieverzekerde kan zich daarbij in beginsel wenden tot iedere zorgaanbieder. Het maakt daarbij niet uit of deze zorgaanbieder wel of niet gecontracteerd is door de zorgverzekeraar. De zorgverzekeraar dient in alle gevallen<sup>2</sup> de kosten te vergoeden. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding dienen zorgverzekeraars op grond van artikel 2.2 lid 2 sub b van het Besluit zorgverzekering kosten in mindering te brengen voor zover die kosten hoger zijn *'dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten.'*<sup>3</sup>

Verzekerden met een naturapolis hebben recht op zorg. Deze zorg wordt door zorgverzekeraars ingekocht bij zorgaanbieders. Wanneer de naturaverzekerden zich wenden tot een gecontracteerde aanbieder dan worden in beginsel<sup>4</sup> de volledige kosten vergoed. Wenden de naturaverzekerden zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder dan worden niet alle kosten vergoed.

Het overgrote deel van de verzekeringsplichtigen in Nederland heeft een (over het algemeen goedkopere) naturapolis. Om premies voor verzekerden betaalbaar te houden en om een zo concurrerend mogelijke premie aan te kunnen bieden, proberen zorginkopers bij zorgverzekeraars de kosten van zorg te drukken. Eén van de manieren waarop zorgverzekeraars dat kunnen doen is door middel van selectieve inkoop. Met selectieve inkoop wordt in dit artikel bedoeld dat de zorgverzekeraar aan de hand van de door hem gekozen criteria bepaalt welke zorgaanbieders wel en niet in aanmerking komen voor een contract. Een veel voorkomende manier om selectief in te kopen, is het organiseren van een – tot op heden voor zorgverzekeraars onverplichte<sup>5</sup> – aanbestedingsprocedure, waarbij de zorgaanbieders worden geselecteerd aan de hand van de door de zorgverzekeraar vastgestelde (gunnings-)criteria.

## **Vrije artskenkeuze**

Wanneer een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een zorgaanbieder bij wie de zorgverzekeraar geen zorg heeft ingekocht, bepaalt artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) dat de verzekerde recht heeft op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de zorgkosten.

*'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 1 Zvw dient volgens de Hoge Raad zo te worden uitgelegd dat de door de zorgverzekeraar te betalen vergoeding aan verzekerden met een naturapolis voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat daardoor voor de verzekerde een *feitelijke hinderpaal* zou worden opgeworpen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden (hierna ook: hinderpaalcriterium).<sup>6</sup>

Deze vrijheid die verzekerden met een naturapolis wordt geboden om te kiezen tussen een gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorgaanbieder wordt in de volksmond ook wel de ‘vrije artsenkeuze’ genoemd.

In de praktijk komt de uitleg van artikel 13 lid 1 Zvw erop neer dat zorgverzekeraars doorgaans rond de 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief vergoeden<sup>7</sup> wanneer een naturaverzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>8</sup> Er geldt in dat geval een zogenoemde ‘restitutiekorting’ van 25%. Deze korting heeft in beginsel tot gevolg dat de verzekerde een gedeelte (25%) van de door de niet-gecontracteerde zorgaanbieder geleverde zorg uit eigen zak moet betalen. Zeer regelmatig ziet men echter dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieders zonder problemen genoeg (kunnen) nemen met de vergoeding van 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief. In dat geval betaalt de verzekerde dus niets uit eigen zak en is er voor de verzekerde geen financiële prikkel (lees: hinderpaal) om zich te wenden tot een gecontracteerde zorgaanbieder. Onder die omstandigheden is het hinderpaalcriterium uit artikel 13 lid 1 Zvw in wezen onzichtbaar.

### ***Selectieve zorginkoop***

De vrije artsenkeuze belemmert de effectiviteit van selectieve zorginkoop. Zorgaanbieders zullen immers over het algemeen minder bereid zijn om met concurrenten te wedijveren om een contract, wanneer zij de geleverde zorg ook in voldoende mate vergoed zullen krijgen wanneer zij geen contract hebben. Dit geldt temeer wanneer de zorgaanbieders verzekerde zorg ook kunnen leveren voor 75% van het gecontracteerde tarief én naar mate de zorgverzekeraars in de inkoopprocedures meer eisen en/of hogere maatstaven (bijvoorbeeld kwaliteitseisen) willen hanteren. De zorgaanbieders zullen zich in dat geval immers afvragen of het gehouden kunnen worden aan de eisen en/of het leveren van hogere kwaliteit zorg wel opweegt tegen een 25% hogere vergoeding. Als dat niet zo is, loont het hebben van een contract simpelweg niet. De Nederlandse zorgautoriteit (hierna: ‘NZa’) verwoordde dit, kort voorafgaand aan het ‘artikel 13 arrest’<sup>9</sup> van de Hoge Raad, als volgt::

*‘Omdat de rechter in een aantal zaken recent heeft aangegeven dat lagere vergoedingen een hinderpaal vormen en daarom niet zijn toegestaan betekent dit dat de zorgverzekeraar in die gevallen een sturingsmiddel mist. Als een aanbieder die niet aan de eisen voldoet, toch een dusdanige vergoeding ontvangt dat het loont om geen contract te sluiten, is het voor de zorgverzekeraar niet goed mogelijk te sturen.’<sup>10</sup>*

Zorgverzekeraars zijn als gevolg van de vrije artsenkeuze niet alleen hun sturingsmogelijkheden verloren. De vrije artsenkeuze leidt er namelijk ook toe dat zorgverzekeraars minder onderscheidend willen/kunnen zijn op het gebied van selectieve inkoop, met name als het aankomt op de kwaliteit van zorg die wordt ingekocht. Hoe hoger de kwaliteit(-seisen aan de) zorg die wordt ingekocht, des te minder aantrekkelijk is het – gelet op de hoogte van de vergoeding aan niet-gecontracteerde aanbieders – om in aanmerking te komen voor een contract. De vrije artsenkeuze leidt er dus ook toe dat verzekerden – in de woorden van de ACM – een minder onderscheidende propositie zullen ontvangen. Het verbaast om die reden niet dat de NZa als marktmeester in de zorgsector in het verleden heeft gepleit voor de vrijheid van verzekeraars om minder of zelfs in het geheel niets te vergoeden indien de naturaverzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

*‘Daarnaast is het voor een goede werking van het stelsel van belang om het ook mogelijk te maken dat bij niet gecontracteerde zorg de zorgverzekeraar ervoor kan kiezen om helemaal niets te vergoeden.’<sup>11</sup>*

Ook de wetgever wilde deze vrijheid voor zorgverzekeraars creëren. Het wetsvoorstel dat een einde zou maken aan de ‘vrije artskeuze’ sneuvelde eind 2014 echter in de Eerste Kamer.<sup>12</sup>

## **Beperkte sturingsmogelijkheden**

Na het sneuvelen van het wetsvoorstel heeft de regering alternatieven onderzocht waarop zorgverzekeraars hun verzekerden met een naturapolis kunnen ‘sturen’ naar de door hen gecontracteerde aanbieders. In dat kader heeft de regering voorgesteld dat verzekeraars hun naturaverzekerden een korting kunnen geven op het eigen risico wanneer de verzekerde gebruik maakt van een door de verzekeraar gecontracteerde aanbieder.<sup>13</sup> Nog afgezien van de vraag of dit een ‘nieuwe’ sturingsmogelijkheid is,<sup>14</sup> komt er in de praktijk nog maar weinig van deze plannen terecht. Mogelijk heeft dit te maken met het feit dat het prijsgeven van een korting op het eigen risico alleen interessant is, wanneer dit (met name ook in financiële zin) opweegt tegen het vergoeden van de kosten van de niet-gecontracteerde aanbieder. Dat zal in onze optiek vrijwel nooit het geval zijn wanneer zorgverzekeraars 75% van het gecontracteerde tarief vergoeden wanneer naturaverzekerden zich wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Er valt dan ook niet goed in te zien waarom dit plan volgens de minister zou kunnen leiden tot aanzienlijke kostenbesparingen in de zorgsector.

Hier bovenop is het zorgverzekeraars vaak niet toegestaan om verzekerden op andere wijzen te sturen naar een gecontracteerde zorgaanbieder. Zo is het, gelet op de huidige stand van het recht, voor zorgverzekeraars bijvoorbeeld onzeker of zij hun verzekerden mogen verbieden om hun geldvordering op de zorgverzekeraar over te dragen aan een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>15</sup> Doordat zorgverzekeraars mogelijk geen cessieverbod mogen hanteren, bestaat de mogelijkheid dat ook niet-gecontracteerde zorgaanbieders een door de verzekerde gecedeerde vordering kunnen indienen bij de zorgverzekeraar. Ook voor het indienen van rekeningen bij de zorgverzekeraar door de zorgaanbieder is een contract met een zorgverzekeraar dus niet nodig. Daardoor is het debiteurenrisico van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder even minimaal als van een gecontracteerde zorgaanbieder.

Daarnaast wordt betwijfeld of zorgverzekeraars door middel van het hanteren van een zogenoemd ‘machtigingsvereiste’ hun verzekerden kunnen/mogen sturen naar gecontracteerde aanbieders. Met dit machtigingsvereiste wordt bedoeld dat de zorgverzekeraar op grond van artikel 14 Zvw de verzekerde zijn toestemming kan geven/onthouden voor bepaalde zorgbehandelingen. Betoogd wordt dat zorgverzekeraars verzekerden ten onrechte naar gecontracteerde zorgaanbieders proberen te sturen door het machtigingsvereiste selectief in te zetten bij niet-gecontracteerde zorg.<sup>16</sup>

Wij betwijfelen of zorgverzekeraars cessieverboden en machtigingsvereisten hanteren om zodoende drempels op te werpen voor verzekerden om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Een dergelijke wijze van zorgsturing lijkt weinig effectief en zorgverzekeraars hebben dan ook vaak andere goede redenen om cessieverboden en machtigingsvereisten te hanteren.<sup>17</sup> Wel stellen wij vast dat de juridische sturingsmogelijkheden van zorgverzekeraars beperkt zijn. Althans, deze keuzevrijheid kan

niet daadwerkelijk worden ingeperkt door het opwerpen van juridische drempels zoals cessieverboden en/of machtigingsvereisten.

### **The race to the bottom...**

Als gevolg van de hiervoor omschreven juridische ontwikkelingen zullen zorgverzekeraars minder onderscheidend kunnen/willen zijn als het aankomt op (selectieve) zorginkoop. Als een zorgverzekeraar zich van de concurrentie wenst te onderscheiden, bijvoorbeeld door het vereisen van een hoger kwaliteitsniveau van zorg in het kader van een aanbestedingsprocedure, dan zet dit de potentiële inschrijvers immers direct aan het denken of het aanbieden van een hogere kwaliteit en de daarmee samenhangende kosten/investeringen wel opwegen tegen een vergoeding die doorgaans ‘slechts’ 25% hoger is. Is dat niet het geval, dan loont het niet om in te schrijven. Daar komt bij dat een zorgverzekeraar moeilijk van zorgaanbieders kan verlangen dat uitsluitend zijn verzekerden de hogere kwaliteit zorg mogen ontvangen (en andere verzekerden niet). In de praktijk zullen dus ook verzekerden van de concurrent-zorgverzekeraars genieten van het kwalitatief verbeterde zorgaanbod, terwijl diezelfde concurrenten daar niet de rekening voor betalen. Verder is het zeer de vraag of verzekerden het zouden accepteren indien zij – als gevolg van hun verzekeringskeuze – ‘inferieure’ zorg zouden krijgen aangeboden. Een dergelijk onderscheid naar verzekerden lijkt voor vele typen zorg niet goed voorstelbaar/wenselijk. Ook is het, bij een gebrek aan transparantie over de kwaliteit van zorg, zeer de vraag of een verzekeraar die kiest voor een verrijking van de kwaliteit van het zorgaanbod daadwerkelijk extra verzekerden zal aantrekken.

Wanneer een onderscheid op kwaliteit niet loont, resteert vaak (helaas niet meer dan) een onderscheid op prijs. In het licht van deze omstandigheden is het in onze optiek niet meer dan logisch dat zorgverzekeraars in het merendeel van de selectieve inkoopprocedures zorgaanbieders met name selecteren op (de laagste) prijs in plaats van (de beste) kwaliteit.<sup>18</sup> Er ontstaat een ‘race to the bottom’, die zowel voor gecontracteerde als voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders consequenties heeft.

### **...maakt het hinderpaalcriterium zichtbaar**

Des te lager de aangeboden prijzen in selectieve inkoopprocedures worden, des te lastiger zal het worden voor de zorgaanbieders die niet-gecontracteerd worden. De *race to the bottom* zal er uiteindelijk toe leiden dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder zelf niet langer uit kan met een vergoeding van 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief. Het komt er in die situatie op aan of de verzekerde met een naturopolis bereid is om zelf geld toe te leggen. Is dat niet het geval dan zullen de verzekerden de niet-gecontracteerde zorgaanbieders gaan mijden en/of zal de niet-gecontracteerde zorgaanbieder uiteindelijk toch ‘nee’ moeten verkopen aan die verzekerden.

In een situatie waarin zorgverzekeraars zorgaanbieders (in aanbestedingsprocedures) steeds vaker zullen selecteren op (de laagste) prijs, wordt het hinderpaalcriterium steeds meer zichtbaar. Wij zijn dan ook niet verrast dat er thans rechtszaken worden gevoerd waarin niet-gecontracteerde zorgaanbieders zich verzetten tegen de hoogte van de vergoeding die zij ontvangen en daarbij een beroep doen op het hinderpaalcriterium uit artikel 13 Zvw. Dit gebeurde onlangs in de zaak *BetterCare*.<sup>19</sup>

### **BetterCare**

In de zaak BetterCare staan twee aanbestedingsprocedures van zorgverzekeraar CZ c.s. centraal. In die aanbestedingsprocedures worden de inschrijvingen van inschrijver BetterCare (of een dochteronderneming van BetterCare) door CZ buiten behandeling gelaten omdat niet werd voldaan aan alle gestelde eisen. Nadat CZ is overgegaan tot gunning wordt BetterCare als niet-gecontracteerde aanbieder geconfronteerd met restitutie kortingen die worden toegepast op de prijzen die op basis van de aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen. Omdat deze vergoedingen vermoedelijk voor BetterCare onvoldoende rendabel zijn, start zij een kort geding om hogere vergoedingen te bewerkstelligen. In het vonnis komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat zorgverzekeraar CZ de restitutie korting ('afslagkorting') inderdaad mag toepassen op het marktconforme tarief dat tot stand is gekomen als resultaat van de aanbestedingsprocedures. Het argument van BetterCare dat een niet-gecontracteerde zorgaanbieder nimmer het volumevoordeel heeft dat de gecontracteerde zorgaanbieders wel hebben en dat het tarief dat tot stand is gekomen in de aanbestedingsprocedures daarom niet als financiële grondslag voor de restitutie korting mag dienen, wordt (ongemotiveerd) verworpen. Verder wordt door de voorzieningenrechter overwogen dat niet is gebleken dat BetterCare als niet-gecontracteerde zorgaanbieder de gevraagde leveringen niet rendabel kan uitvoeren tegen het bedrag dat door CZ wordt vergoed. Dat BetterCare er zelf voor kiest om niet langer te leveren tegen de door CZ gehanteerde vergoedingen, beschouwt de rechter dan ook als een 'door haarzelf gecreëerde beperking in de vrije keuze van zorgaanbieders voor CZ-verzekerden'. Die beperking wil de voorzieningenrechter niet aanmerken als feitelijke hinderpaal als bedoeld in artikel 13 Zvw.

*'Wat betreft het hinderpaal-argument betwist BetterCare niet dat CZ bevoegd is tot het toepassen van een afslagkorting. Inzet van het geding is het tarief waarover die korting wordt toegepast. Uit voetnoot 8 in de nieuwsbrief nummer 2 - polisjaar 2016 van de Nederlandse Zorgautoriteit maakt de voorzieningenrechter op dat 'het gemiddelde tarief waartegen de betreffende prestatie is gecontracteerd door de zorgverzekeraar' mag worden beschouwd als een 'marktconform tarief'. Dat het dienovereenkomstig door CZ gehanteerde tarief desondanks een hinderpaal is voor naturaverzekerden, onderbouwt BetterCare door te stellen dat een niet-gecontracteerde zorgaanbieder nimmer het volumevoordeel heeft dat de gecontracteerde zorgaanbieders wel hebben. Uit deze enkele stelling blijkt echter nog niet dat BetterCare als niet-gecontracteerde zorgaanbieder de gevraagde leveringen niet rendabel kan uitvoeren tegen het bedrag dat door CZ wordt vergoed. Om te voorkomen dat de stoma- en incontinentiematerialen niet rendabel kunnen worden geleverd heeft CZ in het kader van de aanbestedingsprocedures – waaraan BetterCare heeft deelgenomen – de eis gesteld dat er uitsluitend wordt ingeschreven met realistische prijzen. CZ heeft gesteld dat zij dit ook heeft laten controleren. BetterCare heeft noch gesteld, noch is gebleken dat de gecontracteerde partijen met onrealistisch lage prijzen hebben ingeschreven. Mocht BetterCare om bedrijfseconomische redenen de naturaverzekerden van CZ niet willen bedienen tegen het bedrag dat door CZ wordt vergoed, dan staat haar dat vrij. Maar de alsdan door haarzelf gecreëerde beperking in de vrije keuze van zorgaanbieders voor CZ-verzekerden wil de voorzieningenrechter niet aanmerken als feitelijke hinderpaal als bedoeld in artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet.'*

Het vonnis is goed nieuws voor zorgverzekeraars, maar roept tegelijkertijd ook diverse vragen op. Het goede nieuws (voor zorgverzekeraars) is dat zorgverzekeraars de tarieven die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van selectieve inkoopprocedures (aangebestedingsprocedures) als financiële grondslag voor de restitutie korting mogen hanteren. Aan de andere kant lijkt het vonnis te suggereren dat zorgverzekeraars dit niet in



alle gevallen mogen doen. Het vonnis lijkt namelijk te veronderstellen dat er alsnog sprake kan zijn van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw, wanneer deze praktijk ertoe leidt dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieders de diensten niet langer rendabel kunnen aanbieden, waardoor de keuzevrijheid van naturaverzekerden wordt doorkruist. De *race to the bottom* is dus mogelijk ook een race naar een nieuwe feitelijke hinderpaal. Het is voor zorgverzekeraars te hopen dat rechters zich in toekomstige zaken zullen realiseren dat die conclusie in potentie kan leiden tot het failliet van zorginkoop bij zorgverzekeraars. In een situatie waarin zorgverzekeraars immers als gevolg van artikel 13 Zvw verplicht zouden zijn om niet-gecontracteerde zorgaanbieders (nagenoeg) hetzelfde te betalen als gecontracteerde aanbieders, heeft zorginkoop geen zin meer. De prikkel voor zorgaanbieders om in te schrijven op een aanbestedingsprocedure om in aanmerking te komen voor een contract is dan immers nihil.

Een ander vraagteken bij het BetterCare-vonnis plaatsen wij bij de opmerking van de voorzieningenrechter dat restitutieverzekerden vrij zijn in de keuze voor een zorgaanbieder en dat zorgverzekeraars bij het bepalen van de premiebedragen voor restitutieverzekeringen kunnen incalculeren dat de te vergoeden kosten hoger kunnen zijn dan het bedrag waarvoor zij de betreffende zorg hebben gecontracteerd bij enkele zorgaanbieders.

*‘Particulieren die tegen ziektekosten zijn verzekerd op basis van een restitutiepolis zijn vrij in hun keuze van zorgaanbieder. Bij het bepalen van de premiebedragen voor deze verzekeringen hebben de zorgverzekeraars kunnen incalculeren dat de te vergoeden kosten hoger kunnen zijn dan het bedrag waarvoor zij de betreffende zorg hebben gecontracteerd bij enkele zorgaanbieders.’*

Kennelijk gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat de vergoedingen aan zorgaanbieders in het geval van restitutieverzekerden hoger liggen dan het gecontracteerde tarief. Waarom de voorzieningenrechter daarvan uitgaat is niet duidelijk, temeer omdat de voorzieningenrechter later in het vonnis – naar onze mening terecht – opmerkt dat het gemiddelde tarief waartegen de betreffende prestatie is gecontracteerd door de zorgverzekeraar (naar aanleiding van een aanbestedingsprocedure) mag worden beschouwd als een ‘marktconform tarief’. Op grond van artikel 2.2 lid 2 sub van het Besluit zorgverzekering hoeft een zorgverzekeraar de restitutieverzekerde niet meer te vergoeden ‘dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten’. Gelet op dit artikel valt niet goed in te zien waarom een verzekeraar mogelijk meer zou moeten betalen dan het marktconforme tarief. Een vergoeding bovenop het marktconforme tarief ligt dus – ook in het geval van restitutieverzekerden – niet zonder meer voor de hand. Dit geldt in onze optiek des te meer in een situatie waarin het gecontracteerde tarief tot stand is gekomen naar aanleiding van een Europese aanbestedingsprocedure, zoals in de zaak BetterCare het geval was. Correct georganiseerde Europese aanbestedingsprocedures zijn immers bij uitstek geschikt om marktconformiteit van de aangeboden tarieven vast te stellen en dus ook om te bepalen welk tarief in Nederlandse marktomstandigheden passend is te achten.<sup>20</sup>

Interessant om te zien is dat de NZa, om voor verzekerden meer transparantie te bieden over het begrip ‘marktconform tarief’, momenteel onderzoekt of dit begrip voor verzekerden voldoende duidelijk is of dat het nodig is om de transparantieregels op dit punt aan te scherpen of de genoemde begrippen voor restitutiepolissen nader in te vullen.<sup>21</sup> Wij zijn benieuwd naar de uitkomsten van dit onderzoek en zijn in dit kader met name benieuwd of in artikel 2.2 van het Besluit zorgverzekering een vergelijkbaar/verborgen

hinderpaalcriterium zit opgesloten dat zorgverzekeraars zou verplichten om meer te vergoeden dan het gemiddeld gecontracteerde tarief, om zodoende de ruime(re) keuzevrijheid voor restitutieverzekerden te garanderen. Rechtszaken op dit gebied zullen ongetwijfeld volgen.

## **De toekomst van zorginkoop bij zorgverzekeraars is ongewis**

Terwijl de ACM in haar tussenrapport stelt dat selectieve zorginkoop een concurrentieparameter is, lijkt de praktijk een andere kant op te wijzen. Zorginkopers bij zorgverzekeraars kopen tegen de wind in. Wat wij hiermee bedoelen te zeggen is, dat de vrije artskeuze in combinatie met de beperkte sturingsmogelijkheden van zorgverzekeraars het zeer lastig maakt om daadwerkelijk het verschil te maken op het gebied van zorginkoop. Onderscheidend zijn op het gebied van de kwaliteit van zorg die wordt ingekocht loont niet wanneer niet-gecontracteerde zorgaanbieders een vergoeding van 75% van het gecontracteerde tarief ontvangen en zij daarvoor minder hard hoeven te lopen dan de gecontracteerde partijen.

Daarnaast signaleren wij, dat wanneer zorgverzekeraars zich in het kader van hun selectieve inkoop focussen op (de laagste) prijs in plaats van (de beste) kwaliteit, de hinderpaaldiscussie meer en meer zichtbaar zal worden. Daar waar niet-gecontracteerde zorgaanbieders in het verleden wellicht nog (financieel) uit konden met een vergoeding van 75% van het gecontracteerde tarief, zal dat in de toekomst veel minder vaak het geval zijn wanneer het gecontracteerde tarief de 'laagste prijs' is die in een aanbestedingsprocedure tot stand is gekomen. In de toekomst komt het er dus meer en meer op aan of naturaverzekerden bereid zijn om zelf een deel van de rekening te betalen. De ingezette *race to the bottom* zal er daarom steeds vaker voor zorgen dat naturaverzekerden een financiële prikkel zullen ervaren om zorg af te nemen van gecontracteerde aanbieders. Het wordt daardoor steeds lastiger voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders.

Wij voorspellen dan ook dat het BetterCare-vonnis niet de laatste rechtszaak zal zijn waarin een niet-gecontracteerde aanbieder zich verzet tegen een vergoeding van 75% van het gecontracteerde tarief, wanneer dit tarief tot stand is gekomen naar aanleiding van een aanbesteding waarin met name de prijsstelling doorslaggevend is. Het is daarbij voor zorgverzekeraars te hopen dat rechters in toekomstige zaken zullen inzien, dat het moeten uitkeren van een hogere of zelfs gelijke vergoeding aan niet-gecontracteerde aanbieders, ongeacht of zij de zorg rendabel kunnen aanbieden, de bijl aan de wortel van zorginkoop is en mogelijk zelfs het einde van de naturaverzekering kan inhouden. Wij hopen dat het zover niet zal komen en dat de politiek (opnieuw) gaat inzien dat een ongebreidelde vrije artskeuze zich niet goed verhoudt tot een systeem waarin de zorgverzekeraar door middel van zorginkoop juist het verschil zou moeten kunnen maken voor zijn naturaverzekerden. Dit (niet-populaire) pleidooi voor het schrappen van het hinderpaalcriterium zal zorgverzekeraars bovendien de ruimte geven om zich qua zorginkoop te onderscheiden op kwaliteit – *better care* – in plaats van de prijs van zorg. In dat geval zal zorginkoop veel meer een concurrentieparameter voor zorgverzekeraars worden dan het nu is.

Het voorgaande betekent overigens niet dat zorgbehoevenden geen recht hebben op een vrije artskeuze. Integendeel. Voor die zorgbehoevenden bestaat er immers de restitutiepolis. Vanaf november kunt u weer voor het aankomende verzekeringsjaar kiezen...



## **Over de auteur**

*Mr. A.B.B. Gelderman en mr. P. Halferkamps*

*Arnold Gelderman is advocaat aanbestedingsrecht bij KienhuisHoving advocaten en notarissen.*

*Peter Halferkamps is advocaat aanbestedingsrecht bij zorgverzekeraar Menzis en schrijft dit artikel op persoonlijke titel.*

### 1

Autoriteit Consument en Markt, *Concurrentie op de markt voor Zorgverzekeringen*, Tussenrapportage, februari 2016.

### 2

Afgezien van eigen risico, eigen bijdragen en er verder vanuit gaande dat sprake is van doelmatige en verzekerde zorg.

### 3

Artikel 2.2 Besluit zorgverzekeringen.

### 4

Zie voetnoot 2.

### 5

Zie Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697. Zie ook Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875.

### 6

Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (*Momentum*).

### 7

Bij zogenoemde ‘budgetpolissen’ ligt dit percentage bij bepaalde typen zorg soms lager. Het behoort verder tot de commerciële vrijheid van de zorgverzekeraars om – binnen de marges van artikel 13 Zvw – dit percentage vast te stellen en te bepalen wat de financiële grondslag is voor de restitutiektorting (bijvoorbeeld het gemiddeld gecontracteerde tarief).

### 8

Volgens de parlementaire geschiedenis van de Zorgverzekeringswet wordt deze lagere vergoeding gerechtvaardigd door de administratieve lasten die er voor de zorgverzekeraar mee gemoeid zijn indien een verzekerde met een naturapolis voor wie reeds zorg bij

gecontracteerde aanbieders is ingekocht zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

9

Zie voetnoot 7.

10

Zie bijvoorbeeld *Monitor en beleidsbrief Zorginkoop*, februari 2014, p. 32.

11

Idem, zie p. 35-36.

12

Eerste Kamer, stemming van 16 december 2014.

13

Kamerbrief 'Kwaliteit loont' van 6 februari 2015 van minister Schippers aan de Tweede Kamer, kenmerk 723296-133115-Z.

14

Op basis van artikel 21 lid 4 Zvw jo. Artikel 2.17 lid 2 Besluit zorgverzekering was deze sturingsmogelijkheid al aanwezig.

15

Zie bijvoorbeeld Vvr. Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489 waarin een cessieverbod niet toelaatbaar werd geacht. Anders: Rb. Rotterdam 14 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4648.

16

<https://www.zorgvisie.nl/financien/verdieping/2015/7/zorgverzekeraars-belemmeren-toegang-tot-zorg-2656869w/>

17

Cessieverboden kunnen bijvoorbeeld doelmatig zijn om administratieve redenen. Machtigingsvereisten kunnen noodzakelijk zijn om de verzekeringsaanspraak vast te stellen.

18

Dit blijkt onder meer uit diverse aankondigingen op [www.tenderned.nl](http://www.tenderned.nl) waarop diverse aanbestedingsprocedures van zorgverzekeraars zijn te vinden waarin als gunningscriterium 'laagste prijs' wordt/werd gehanteerd. Het gaat daarbij opvallend vaak om inkoop van

hulpmiddelen. Zie ook Rapport iBMG, *Goede zorginkoop vergt gezonde machtsverhoudingen* van 30 maart 2016, p.17.

## 19

Zie Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juni 2016, ECLI:NLRBZWB:2016:3891.

## 20

Zie hiervoor ook de Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107 VwEU Europese Unie, 2016/C 262/01, randnummer 89 e.v. In deze mededeling wordt (onder meer) omschreven dat aanbestedingsprocedures een geschikt middel kunnen zijn om de marktconformiteit van een vergoeding vast te stellen.

## 21

Brief 'Aandachtspunten toezicht' van de NZa aan minister Schippers d.d. 14 april 2016, kenmerk 109077/246674.