

Sturen in de zorg met de zorgverzekering. De perikelen rond de wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet

AV&S 2015/14

In december 2014 verwierp de Eerste Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet (Zvw). De wijziging raakt direct aan de vrije artskeuze van de verzekerden onder de Zvw. In deze bijdrage worden de achtergrond en redenen van de beoogde wijziging van art. 13 Zvw geschetst en de belemmeringen voor invoering naar nationaal en met name Europees recht. De vrije artskeuze voor de tweedelijnszorg zou met de wetswijziging in het geding zijn geweest. Na de verwerping van het wijzigingsvoorstel slaat de regering een andere weg in. Besproken wordt of deze lijn meer perspectief biedt.

1. Inleiding

De zorgverzekering in de zin van art. 1 aanhef en onder d Zvw is een private schadeverzekering voor het risico van de behoefte van zorg (art. 10 Zvw). Een blik op de wet laat al snel zien dat de zorgverzekering geen doorsnee verzekering is. Zo stelt art. 15 Zvw de normale bepalingen van art. 7: 941 lid 1 BW en art. 7: 957 BW buiten de werking voor de zorgverzekering. Een gewone verzekerde moet zijn verzekeraar in kennis stellen van het verwezenlijken van een verzekerd risico:

“Zodra de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is, of behoort te zijn, is hij verplicht aan de verzekeraar de verwezenlijking te melden. Dit geschiedt zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is.” (art. 7:941 lid 1 BW).

Het verzekerde risico van de behoefte aan zorg heeft een diffuus begin. De een loopt langer met klachten en kwalen door dan een ander die zich bij het eerste pijntje of vlekje al bij de huisarts meldt. Belangrijker is nog dat waar iemand zijn eigen belang niet heeft gediend door langer met een ziekte door te lopen en de kosten van de zorg daarmee heeft opgedreven, hij toch niet daarvoor wordt gestraft met uitsluiting of beperking van de dekking van de schade. Bovendien wendt de verzekerde zich niet tot zijn verzekeraar, maar tot de huisarts om te weten of hij zorg nodig heeft. Daarvoor een tussenstap inbouwen met een gang naar de verzekeraar ligt niet voor de hand. Als verdere behandeling

op basis van *informed consent* geschiedt (art. 7:450 BW), na mogelijk langer wikken en wegen van de voor- en nadelen van een therapie of operatie, zou het toch contrair daaraan zijn het verplichte meldingsmoment daarvóór te situeren. Bij gevolg moet ook de schadebeperkingsplicht van art. 7:957 BW worden geneutraliseerd. Er is veel onverstandig gedrag, ook bij het uitstel van behandeling, dat de zorgkosten opdrijft. Zowel groepen die door weinig opleiding niet hun gezondheid goed bewaken (vet eten, alcohol en roken en weinig bewegen) en zelfs de goedopgeleide yuppen met mogelijk een risicovolle *lifestyle* vallen onverkort onder de dekking verzekering zonder beperkingen. De verzekeraar wordt zo geen gezondheidspolitie, die bewaakt of het individu wel aanspraak kan maken op solidariteit.²

Nog verder van een gewone verzekering staat af het uitgangspunt dat een private verzekering gericht wordt op het beïnvloeden of zelfs sturen van de markt (anders dan de verzekeringsmarkt). De verzekeraars van opstallen of van autoschades hebben geen taak in het sturen van de bouwmarkt of van het verkeer. Anders de zorgverzekeraars. Bij de stelselwijziging van 2006 is niet alleen een complete verplichte dekking van alle noodzakelijke op genezing gerichte zorg ('cure') ingevoerd, maar ook de zorgverzekeraars als regisseurs van deze zorgmarkt aangesteld. De stelselwijziging was de oplossing voor een geconstateerd probleem, namelijk dat de overheid moest erkennen te kort te schieten in een effectieve sturing van de zorg.³ Met een uitgebreid instrumentarium aan sturingsmogelijkheden werd de zorgverzekeraar de rol toevertrouwd de ontwikkeling in de zorg te sturen richting een meer efficiënt stelsel. In de woorden van de memorie van toelichting:

“In de visie van de regering gaat het bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet echter niet louter om een schadeverzekering. Het doel van de Zorgverzekeringswet is immers niet alleen maar ervoor te zorgen dat iedere ingezetene een ziektekostenverzekering heeft die de kosten dekt wanneer hij medische zorg heeft genoten. Doel is ook om voor de gehele bevolking tegen acceptabele voorwaarden de feitelijke toegang tot de noodzakelijke zorg te bewerkstelligen. Beoogd is daarom een type verzekeraar die de door de regering gewenste rol in het model van gereguleerde concurrentie vervult, dat wil zeggen dat

1 Jaap Sijmons is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat-compagnon bij Nysingh advocaten-notarissen NV te Zwolle. Citeerwijze: J.G. Sijmons, 'Sturen in de zorg met de zorgverzekering. De perikelen rond de wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet', AV&S 2015/14, afl. 3.

2 Hetgeen niet wegneemt dat de *lifestyle-solidariteit* meer en meer onder druk staat volgens een achtergrondstudie van de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg: S.S. Baldewijs, *Feitelijke en gewenste solidariteit in de zorg*, Den Haag: RvZ 2013, p. 64-65.

3 Zie de regeringsnota *Vraag aan bod, Kamerstukken II 2000/01, 27855, nr. 2*.

hij optreedt als doelmatige, klantgerichte regisseur van de zorg.”⁴

Het is precies deze rol van de verzekeraar als regisseur van de zorg, van – wat cru gezegd – de ‘schadeherstelmarkt’, de markt waarop de aan het verwezenlijkt risico beantwoordende zorg wordt verleend, die werd versterkt door de voorgenomen wijziging van art. 13 Zvw.

In deze bijdrage zal ik achtereenvolgens bespreken: de aanleiding, de inhoud en de obstakels voor de wijziging van art. 13 Zvw en welke oplossing de regering daarvoor in de plaats stelde. De primaire vraag is voor welk probleem de wijziging van art. 13 Zvw een oplossing was. Hoe lastig is de regierol voor de zorgverzekeraars en wat zou vervolgens het gewijzigde art. 13 Zvw daaraan bijdragen? Wat bleken in theorie en in het wetgevingsproces de obstakels voor de wijziging? Tot slot: de regering presenteerde een alternatief. Is daarmee het probleem opgelost?

2. Instrumentarium zorgverzekeraar

De mogelijkheden die de zorgverzekeraar al had om zijn invloed te laten gelden, waren toch al niet gering. De zorgverzekeraar kon ten eerste zijn zorgverzekeringaanbod variëren:⁵

1. de zorgverzekeraar kan kiezen welke soort van prestaties hij verzekert: de zorgprestaties (de zogenaamde ‘naturapolis’) of de geldelijke vergoeding (de ‘restitutiepolis’), of een combinatie van beide (art. 11 lid 1 Zvw);
2. in de verzekeringsvoorwaarden kan de zorgverzekeraar volstaan met de functioneel omschreven zorgaanpakken, maar kan er ook voor kiezen deze aanspraken in te perken door te specificeren bij welk type hulpverlener de zorg kan worden verkregen⁶;
3. in de verzekeringsvoorwaarden kan verder worden ingeperkt bij welke van dit type zorgaanbieder de verzekerde terecht kan, vanwege selectieve contractering door de zorgverzekeraar met de aanbieders. De zorgverzekeraar kan de vergoeding van niet-gecontracteerde zorgaanbieders beperken (art. 13 lid 1 en 2 Zvw);
4. in de overeenkomst met de zorgaanbieder kan de zorgverzekeraar verdere sturing geven aan de zorgverlening door afspraken over kwaliteit, prijs en doelmatigheid;

5. de zorgverzekeraars kunnen ervoor kiezen de zorg zelf te verlenen (verticale integratie);⁷
6. de zorgverzekeraars kunnen in de verzekeringsvoorwaarden verder voorwaarden voor het inroepen van deze zorg opnemen (verwijzing door huisarts of bedrijfsarts e.d.)⁸;
7. de zorgverzekeraar zou in de verzekeringsvoorwaarden een regeling kunnen treffen over de termijn waarbinnen de patiënt de hulp mag verlangen;⁹

Voor gelijke voorwaarden in de polissen moet de verzekeraar gelijke premie aanbieden, maar met deze variatie in de polisvoorwaarden zouden de polissen kunnen verschillen in bijbehorende premiestelling en heeft de verzekeraar de volgende vrijheden in zijn premie-aanbod:

8. de zorgverzekeraar heeft de vrijheid en de plicht per variant zijn premies en premiekortingen op de verzekeringsvoorwaarden af te stemmen (art. 17 lid 1-7 Zvw);
9. met een werkgever of een rechtspersoon die aan collectieve belangenbehartiging doet (bijv. een patiëntenvereniging) kan de zorgverzekeraar een premievoordeel van maximaal 10% voor de werknemers/doelgroep overeenkomen (de zogenaamde ‘collectieve polissen’; art. 18 Zvw);
10. de zorgverzekeraar kan ten slotte een vrijwillig eigen risico van € 100 per jaar of een veelvoud daarvan tot maximaal € 500 in de verzekeringsvoorwaarden opnemen, waartegenover een korting op de grondslag van de premie geldt (art. 20 lid 2 Zvw).

De zorgverzekeraars hebben tot nu toe maar beperkt en geleidelijk van al hun sturingsmogelijkheden gebruikgemaakt. De Nederlandse zorgautoriteit (Nza) houdt toezicht op de toepassing van de Zvw en uit de marktscan van de Nza¹⁰ is af te leiden, dat ten opzichte van de verdeling van vóór de stelselwijziging in 2006 er in de zorgverzekeringsmarkt structureel niet zo heel erg veel is veranderd. Tot 2006 was de verzekeringsmarkt verdeeld in ziekenfonds en particuliere verzekeringen met grofweg een verdeling van tweederde ziekenfonds en éénderde particuliere verzekering. De ziekenfondsverzekering was een natura-verzekering, waarbij de zorg werd ingekocht door de ziekenfondsen bij de zorgaanbieders (artsen, apothekers, tandartsen, ziekenhuizen etc.). De particuliere verzekering was in de

4 MvT Kamerstukken II 2003/04 29763, nr. 3, p. 25.

5 Zie G.R.J. de Groot, *De zorgverzekeraar: spin in het web?*, TvGR 1-2005, p. 40–60, J.G. Sijmons, *Stelselmatige verbetering in de zorg? Enkele beschouwingen naar aanleiding van de stelselwijziging in de zorg en de rol van de zorgverzekeraar*, Verzekerings-Archief 2009, afl. 4, p. 153–161, G.R.J. de Groot, *Schuivende panelen van de zorgverzekering*, in: *Stelsel onder stress*, preadviezen aan de Vereniging voor Gezondheidsrecht 2011, p. 139–231 en J.J. Rijken, *Concurrentie tussen de zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant?*, in: *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terugblik en vooruitblik*, preadviezen voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht 2015, p. 67–103.

6 G.R.J. de Groot, *De zorgverzekeraar: spin in het web?*, TvGR 1-2005, p. 43. Mits de zorgverzekeraar maar wel dekking biedt voor de zorg ‘volgens de stand van de wetenschap en de praktijk’: art. 2.1. Besluit zorgverzekering.

7 Zie art. 12 lid 1 Zvw. De oude Ziekenfondswet bevatte uitdrukkelijk een verbod op het zelf verlenen van de zorg in natura (in art. 42). Inmiddels denkt de regering alweer anders over deze integratie – die overigens weinig gestalte heeft gekregen – en stelde een verbod voor: zie het wetsvoorstel *Kamerstukken I 2013/14*, 33362, dat ook de wijziging van art. 13 Zvw bevatte. In dit voorstel werd de verticale integratie afhankelijk gesteld van een ontheffing op grond van art. 49 Wet marktordening gezondheidszorg. Vgl. NV, p. 56 en G.R.J. de Groot, *De zorgverzekeraar: spin in het web?*, TvGR 1-2005, p. 43.

9 De zorgverzekeraars zijn wel gehouden aan de zogenaamde ‘Treeknormen’ voor tijdige zorg ingevolge hun zorgplicht van art. 11 Zvw. Zie de uitleg daarvan door de Nza in de beleidsregel TH/BR-018, *Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw*, verplichting 15.

10 Nza, Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014, Utrecht: augustus 2014.

regel een restitutiepolis, waarbij de kosten werden vergoed met vrije keuze van de zorgaanbieder, zonder dat de ziektekostenverzekeraar de zorg inkochte voor de verzekerde. Dat beeld is min of meer nog het geval. Een kwart tot een derde van de verzekerden heeft nog steeds recht op een volledige vergoeding van niet-gecontracteerde zorg. Er zijn allerlei combinatiepolissen die overigens het beeld van de tweedeling zoals van vóór 2006 aanzienlijk compliceren. Voor de ziekenhuiszorg (de omvangrijkste zorg in termen van de totaalkosten) heeft ruim de helft van de verzekerden recht op een vergoeding van 75-80% van de kosten. Dit percentage sluit aan bij het zogenaamde 'hinderpaalcriterium', waarover hierna meer. De verdeling van polissen op de zorgverzekeringsmarkt is in min of meer dezelfde verhouding ook verdeeld in collectieve polissen met een premievoordeel en individuele polissen. De inhoud van deze polissen moeten op zich corresponderen met een aan iedere verzekeringsnemer aangeboden modelovereenkomst, maar dan zonder het premievoordeel (zie art. 17 lid 5 Zvw jo. art. 18 Zvw).

De zorginkoop heeft in de sectoren als huisartsenzorg, apothekerszorg, fysiotherapie en ziekenhuiszorg geen structurele verandering gebracht.¹¹ De zorginkoop door contractering bestond al en is doorgezet. De Nza spreekt van een 'voorzichtige groei'.¹² De belangrijkste wijziging schuilt waarschijnlijk in de tarieven (prijs en volume) van de zorgaanbieders en bijvoorbeeld al weer enige tijd terug het preferentiebeleid van geneesmiddelen bij apothekers. Voor de ziekenhuiszorg is wel een begin gemaakt met de selectieve zorginkoop, maar vooral op gerichte behandelingen, zoals borstkanker en bariatrische ingrepen (maagverkleining). In een researchpaper constateerde de Nza overigens al eerder, dat voor de hand liggende mechanismen de selectieve zorginkoop remmen: er is geen overcapaciteit in de markt, kwaliteitsinformatie is nog steeds gebrekkig en de kwaliteit wordt niet zozeer door selectieve inkoop, alswel door de enkele dreiging ervan afgedwongen.¹³ Tot een conclusie met een gelijke strekking kwamen economen van de Erasmus Universiteit en het NIVEL.¹⁴

Selectieve inkoop is ook bij ziekenhuizen gebruikt om de minimumvolumenormen voor deskundigheid bij specifieke operaties te handhaven. Dat was volgens de Nza eigenlijk wel overbodig, want deze minimumnormen voor operaties zijn eigen normen van de beroepsgroep (Nederlandse Vereniging voor Heelkunde). De beroepsgroep handhaaft deze normen in beginsel ook zonder dat de zorgverzekeraar daar selectief op inkoop.¹⁵ Opvallend is verder dat het dossier van onderscheidende kwaliteit bij de zorginkoop zo lastig is, dat de grote verzekeraar VGZ heeft besloten de zorginkoop

te beperken tot de financiële aspecten van de zorginkoop.¹⁶ De kwaliteit moet immers op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen overal zijn geborgd op een goed niveau van zorg (art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen). Het is te ingewikkeld voor een verzekeraar om goed te sturen in de complexe zorg.

Een fundamenteel punt blijft ook, dat de patiënt meestal dichter op de zorgverlener zit, dan op de verzekeraar. De relatie met gezonde verzekeringnemers lijkt vooral te lopen via de keuze voor een aantrekkelijke premie. Eenmaal ziek is niet de verzekeraar het logische aanspreekpunt, maar de zorgverlener. Rijken concludeerde recentelijk daarom niet zonder reden: de zorgverzekeraar is geen 'regisseur' van de zorg – zoals bij de invoering van het stelsel gedacht – maar meer een 'souffleur van de patiënt', met behoud van zijn rol op grond van zijn zorgplicht aan de verzekerde (art. 11 Zvw).

3. Voorstel tot wijziging van art. 13 Zvw

Niettemin wilde de regering meer inhoud geven juist aan de zorginkooprol van de verzekeraar en deze alsnog in de positie brengen van het regisseurschap. Met het wetsvoorstel 33362 was beoogd om een strakkere regie te laten voeren door de zorgverzekeraars. Art. 13 Zvw in de ongewijzigde redactie luidt:

“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.”

Kort gezegd: gaat de verzekerde van een naturapolis buiten het aanbod van voor deze polis gecontracteerde zorgaanbieders, dan krijgt hij geen volledige dekking van zijn kosten, maar slechts een vergoeding zoals in de polisvoorwaarden staat opgenomen. Nu staat er niet in de wet welke vergoeding in de polis moet staan. Dat wil niet zeggen, dat deze vergoeding vrij is en de MvT gaf aan dat de korting op de dekking niet zo hoog mocht zijn dat deze een 'hinderpaal' zou vormen voor het invoeren van de zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dit criterium ontleende de MvT aan de Europese rechtspraak, met name het arrest van het Hof van Justitie Müller-Fauré.¹⁷ In de hierop ontwikkelde rechtspraak geldt een percentage van ca. 50% als een 'hinderpaal' en 75-80% als boven deze hinderlijke grens.¹⁸

11 Nza, Marktscan en beleidsbrief zorginkoop 2014, Utrecht: februari 2014.
 12 Nza, Marktscan en beleidsbrief zorginkoop 2014, Utrecht: februari 2014, p. 32.
 13 R. Halbersma e.a., *Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?*, Nza researchpaper 2012-3, Utrecht 2012.
 14 R. van Kleef, E. Schut & W. van de Ven, *Evaluatie Zorgstelsel en Risico-verevening. Acht jaar na invoering Zorgverzekeringswet: succes verzekerd?* Rotterdam: EUR-BMG 2014, p. 6, p. 16, p. 25 en p. 54.
 15 Nza, Marktscan en beleidsbrief zorginkoop 2014, februari 2014, p. 33.

16 Skipr.nl/actueel, 3 april 2015: VGZ hanteert kwaliteitsnormen beroepsgroepen.
 17 HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:NL:XX:2003:AF8650, *Jur.* 2003, p. I-4509, NJ 2003/673, m.nt. M.R. Mok.
 18 Zie met name HR 11 juli 2014, CZ/*Momentum*, ECLI:NL:HR:2014:1646, GJ 2014/121, m.nt. J.J. Rijken.

Het doel van de wetwijziging was om zorgverzekeraars de mogelijkheid te bieden om niet-gecontracteerde zorg helemaal niet meer te vergoeden. Dan zou de selectieve inkoop in optima forma zijn werk kunnen doen, omdat niet meer de sluiproute zou bestaan, dat de zorgaanbieder alsnog genoeg neemt met (bij de naturapolishouders) slechts 75-80% van de kosten. De verzekerde zou verder worden gedisciplineerd en de zorgverzekeraar zou zijn beleid – meer dan voorheen – op de selectieve inkoop kunnen inzetten. Volgens de regering zou het EU-recht en met name de EU-richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (Richtlijn 2011/24/EU), waarmee het ‘hinderpaalcriterium’ uit het Müller-Fauré-arrest zou zijn achterhaald, dit inmiddels toestaan. Art. 7 van Richtlijn 2011/24/EU bepaalt – kort gezegd – dat de vergoeding voor verzekerde zorg in een andere EU-staat even hoog moet zijn als voor zorg in de eigen staat (geen belemmering op de interne markt), hetgeen alleen mag worden ingeperkt door de objectieve en gerechtvaardigde redenen van ‘planning’ en kostenbeheersing.

Voor dit plan heeft de minister zich overigens van de steun van koepels als de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra, de Landelijke Huisartsenvereniging, GGZ Nederland en de Zorgverzekeraars Nederland verzekerd via diverse bestuurlijke hoofdlijnaakkoorden uit 2011-2013, waarbij de koepels voor meer selectieve inkoop door zorgverzekeraars en de wijziging van art. 13 Zvw tekenden.¹⁹

4. Bezwaren tegen de wijziging

De bezwaren vanuit het veld waren van tweeërlei aard. Ten eerste waren er de praktische bezwaren, dat de vrije artskeuze in het gedrang kwam. Niet alleen betrof dit individuele artsen en andere hulpverleners, ook hele klinieken (‘ZBC’s’) werden in het selectieve contracteerbeleid niet, althans nu al minder, gecontracteerd. Meer dan 50 maatschappelijke organisaties, waaronder VvAA, de Consumentenbond, AbvakaboFNV en een aantal zorgverzekeraars, zorgverleners en patiëntenorganisaties boden aan senator Tineke Slagter-Roukema in haar hoedanigheid van voorzitter van de vaste commissie VWS in de Eerste Kamer op maandagavond 8 december 2014 een petitie ‘Red de vrije artskeuze’ aan in verband met de voorgenomen wijziging van art. 13 Zvw. De Minister van VWS bleek ‘not amused’ dat zich daarbij had geschaard de koepelorganisatie GGZ Nederland, met wie zij meende een hoofdlijnaakkoord op dit punt te hebben gesloten. De vrije hulpverlenerskeuze is een principieel punt, hoewel het net zo min als het zelfbeschikkingsrecht als zodanig in de wet als grondrecht van de patiënt staat vermeld. Men kan het echter afleiden uit het recht op lichamelijke integriteit (art. 11 Grondwet) en de vrije contractuele basis van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446

BW) met daarbij nog informed consent bij behandeling van art. 7:450 BW. Verder kent art. 38 lid 4 Wet Marktordening Gezondheidszorg een verplichting voor zorgaanbieders om de kwaliteit van de aangeboden prestaties met vergelijkbare gegevens openbaar te maken. De patiënt moet geïnformeerd kunnen vertrouwen op de hulpverlener van zijn of haar keuze. Als door de verzekering die keuze weer wordt ingeperkt ontstaat er een spanning tussen het wettelijke systeem van vrije keuze van zorgaanbieder en behandeling. Deze spanning is door de wetgever eerder zo beslecht in art. 13 Zvw dat altijd een uitwijk naar een zorgaanbieder naar eigen keuze mogelijk moet zijn en beperkingen in de polis daarvoor geen ‘hinderpaal’ mogen opwerpen (door een te hoge korting op de dekking).

Ten tweede zijn er de bezwaren van Europeesrechtelijke aard. Startpunt van de discussie was waarschijnlijk het artikel van prof. Van de Gronden in 2011 in het Sociaal Economisch Weekblad, waar deze betoogde dat de voorgenomen wijziging in strijd met het vrij verkeer van diensten en van de richtlijn was.²⁰ Omdat in de regel niet met buitenlandse zorgaanbieders wordt gecontracteerd (bij uitzondering) krijgt de patiënt geen gelijke vergoeding voor zorg in het buitenland op grond van het verzekeringsstelsel. De richtlijn zou een schending inhouden en een inbreukprocedure vanuit de EC in Brussel riskeren.²¹ Van de Gronden werkte deze opinie nog eens uit in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht in 2013.²²

Dit standpunt kreeg bijval vanuit Brussel. Op 14 juni 2013 beantwoordde de Europese Commissie vragen van Nederlandse Europarlementariërs over de voorgestelde wijziging van art. 13 Zvw. Het antwoord van de Commissie:

“Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft herhaaldelijk bevestigd dat de bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over het vrij verkeer van diensten patiënten bepaalde rechten geven op vergoeding van de kosten van in een andere lidstaat verstrekte gezondheidszorg. Op grond van deze regels hebben patiënten recht op vergoeding van een in een andere lidstaat ontvangen behandeling indien zij in de lidstaat waar zij verzekerd zijn, ook recht hebben op een dergelijke vergoeding. In deze gevallen dienen er geen beperkingen te bestaan op basis van de status van de zorgaanbieder in de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt.”

Deze rechtspraak van het Hof van Justitie is in Richtlijn (EU) nr. 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van

¹⁹ Bestuurlijk akkoord medisch specialistische zorg 2014-2017 (VWS-NVZ-NFU-NZK-ZN), Bestuurlijk akkoord geestelijke gezondheidszorg 2014-2017 (VWS-ZN-GGZNL-NVvP, NIP) en Zorgakkoord eerstelijns 2014-2017 (VWS-ZN-LHV-LOK-LVG-VHN).

²⁰ SEW 2011, p. 373-387.

²¹ Idem mr. J.J. Rijken in *TvGR* 2012 (p. 475-481 en m.n. p. 478). Het arrest Müller-Fauré zou nog steeds een beletsel zijn.

²² J.W. van de Gronden, ‘Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringwet: is de voorgenomen wijziging van art. 13 Europeesrechtelijk houdbaar?’, *TvGR* 2013/1. H. Vollaard publiceerde een gelijklopend standpunt met de hiervoor onder 1 t/m 4 aangehaalde opinies in *West European Politics* 2014, zie www.tandfonline.com/eprint/emWFq7WEfel-fekAKNzi/full. De conclusie luidt ook hier dat het Europese recht de wetwijziging niet toestaat.

patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, die uiterlijk op 25 oktober 2013 moet worden omgezet, gecodificeerd. De richtlijn verduidelijkt de rechten van patiënten wat betreft toegang tot veilige en hoogwaardige medische behandelingen in het buitenland en op vergoeding daarvan. De richtlijn bepaalt dat een in het buitenland ontvangen behandeling wordt vergoed tot het bedrag dat zou worden vergoed indien de behandeling in de lidstaat van aansluiting was verleend. Bedragen mogen in mindering worden gebracht, namelijk voor eigen bijdragen, op voorwaarde dat dit ook het geval zou zijn voor gezondheidszorg die in de lidstaat van aansluiting is ontvangen van een zorgaanbieder met wie een contract is gesloten.

Zorgverzekeraars mogen de toegang tot grensoverschrijdende gezondheidszorg niet beperken en terugbetaling niet weigeren op grond van het feit dat zij geen contract hebben met een bepaalde zorgaanbieder in een andere lidstaat van de EU. Ook is discriminatie met betrekking tot de hoogte van de vergoeding verboden; die mag daarom niet van de status van de zorgaanbieder afhankelijk zijn.

Een wetsvoorstel zoals dat in de vraag wordt beschreven, zou niet met de rechtspraak van het Hof van Justitie en Richtlijn 2011/24/EU in overeenstemming zijn.

De EC antwoordt derhalve dat de contractuele status (van 'gecontracteerde zorgaanbieder') niet kan worden tegengeworpen aan een buitenlandse zorgaanbieder en dus op restitutie vergoeding mogelijk moet zijn. Alleen beperkingen die ook voor gecontracteerde zorgaanbieders gelden (bijv. eigen bijdragen) mogen.

De facto is er dus een belemmering voor verzekerden met een naturapolis om naar het buitenland te gaan voor de in het basispakket verzekerde zorg. De kernvraag is of deze belemmering mag nu zij ook in Nederland geldt voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders, of dat het stelsel om redenen van planning deze belemmering rechtvaardigt. In het Müller-Fauré-arrest overwoog het Hof namelijk:

“94. Het is waar dat het schrappen van de voorwaarde dat voor behandeling in het buitenland een overeenkomst moet zijn gesloten, de mogelijkheden voor toezicht op de kosten van gezondheidszorg voor de lidstaat van inschrijving beperkt.

95. Uit de aan het Hof voorgelegde stukken blijkt evenwel niet dat het schrappen van de voorwaarde van voorafgaande toestemming voor dit type behandelingen zou leiden tot een dermate grote toename van het grensverkeer van patiënten dat daardoor ondanks taalbarrières, geografische afstand, kosten voor verblijf in het buitenland en gebrek aan informatie over de aard van de aldaar geboden zorg, het financiële evenwicht van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel ernstig zou worden aangetast en dus het algehele niveau van de bescherming van de volksgezondheid zou worden bedreigd, hetgeen een goede grond zou zijn voor een belemmering van het vrij verkeer van diensten.”

In dit verband is van belang art. 7 lid 7 van Richtlijn 2011/24/EU dat de lidstaten onder andere de mogelijkheid biedt voorwaarden te stellen aan het vrije verkeer van patiënten, mits deze objectief gerechtvaardigd zijn door eisen inzake planning waarmee wordt beoogd om een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van hoogwaardige behandeling in de betrokken lidstaat te waarborgen of de wens de kosten in de hand te houden en elke verspilling van financiële, technische en menselijke middelen zo veel mogelijk te voorkomen. Dit criterium ligt in het verlengde van het Müller-Fauré-arrest, waarmee niet aanneemelijk is dat het arrest door de patiëntenrichtlijn zou zijn achterhaald.

Om de contractering als voorwaarde voor vergoeding überhaupt te kunnen stellen, moet de regering dus aantonen dat bij het handhaven van het huidige art. 13 Zvw het financiële evenwicht zou worden aangetast en het stelsel worden bedreigd. Alle marktscans en evaluaties laten toch geen bedreigd systeem zien. Dat er dus een goede grond voor de beperking van het vrije verkeer van diensten is, is wat mij betreft niet in termen van de EU-jurisprudentie aanneemelijk geworden. Sterker nog: het onderscheid van de intramurale en extramurale zorg, dat voor het Hof in het Müller-Fauré-arrest nog van belang was omdat de intramurale zorg eerder het planningsargument kon dragen, is in dit opzicht komen te vervallen. 'Planning' in eigenlijke zin, waarvoor de richtlijn dus een uitzondering maakt, is eigenlijk niet meer aan de orde nu de overheid niet meer door vergunningen en gegarandeerde zorgbouw en kapitaallasten de markt reguleert (het bouwvergunningenregime van de WTZi en de vergoeding van kapitaallasten in budgetten volgens de Wet marktordening gezondheidszorg zijn komen te vervallen). Er is juist minder planning dan onder de situatie van Müller-Fauré. Dan is het niet waarschijnlijk dat er méér of eerder belemmeringen voor grensoverschrijdende zorg zijn toegestaan dan onder de oude Ziekenfondswet (die ten tijde van het arrest nog gold).

Het argument van de minister dat Nederlandse patiënten onverminderd recht hebben op buitenlandse zorg, maar het hun keuze is om een natura- of restitutiepolis af te sluiten en dus de buitenlandse zorg prijs te geven, overtuigt mijns inziens ook niet. Na wijziging van art. 13 Zvw moeten zij in feite voor dat recht extra betalen, omdat restitutiepolissen duurder zijn. Een recht op zorg in het buitenland is een verplichting ten behoeve van de EU-burgers uit de EU-verdragen. Een dergelijke verplichting mag niet van een extra betaling afhankelijk worden gemaakt, evenmin als zij haar burgers niet voor het recht van vrije meningsuiting mag laten betalen.²³

23 Zie hiervoor het advies van G. Davies, *The legality of Article 13 of the proposed revised Dutch healthcare law*, onderzoek in opdracht van de Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze, 26 september 2014 (<http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/52261>) en E. Steyger, *Het zorgstelsel in Europeesrechtelijk perspectief*, preadviezen aan de Vereniging voor Gezondheidsrecht 2015, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 33-66, m.n. p. 35-41.

Het wetsvoorstel overtuigde uiteindelijk de senaat niet. Dat wil zeggen, drie PvdA-senatoren onthielden hun steun aan het voorstel van de regeringscoalitie, die met veel moeite bij oppositiepartijen een draagvlak had weten te vinden. Uit de beknopte stemverklaringen kan men niet achterhalen of de kritische noten ten aanzien van de houdbaarheid in Europeesrechtelijk perspectief nog daarbij een rol hebben gespeeld. De adviezen van de Raad van State hadden volgens de minister gerust kunnen stellen, maar duidelijkheid brachten die gelet op de vele tegenstemmen niet.²⁴

5. Oplossingen regering

De bezuiniging van circa € 1 miljard die het wetsvoorstel moest opleveren door een strakkere werking van het stelsel, was echter reeds ingeboekt in de Rijksbegroting bij VWS. De minister moest wel met alternatieven komen, om daaraan invulling te geven en presenteerde deze bij brief van 6 februari 2015 aan de Tweede Kamer.²⁵ Verschillende voorgestelde maatregelen staan geheel los van de kwestie van art. 13 Zvw. Wat er voor de poging om het hinderpaalcriterium af te schaffen in de plaats komt, is in wezen een appel op de zorgverzekeraars om hun mogelijkheden te benutten. De minister schrijft:

“De zorgverzekeraar kan ervoor kiezen om zich te beperken tot het betalen van de rekening door restitutiepolicen aan te bieden. Als de verzekeraar zijn resultaat wil verbeteren door actief in te kopen, biedt hij ook naturapolissen aan. Het is aan de verzekeraar om de kwaliteits- en servicevoordelen van de naturapolis samen met de aanbieder beter voor het voetlicht van patiënten te brengen. Daarnaast kan de verzekeraar de naturapolis goedkoper aanbieden. De verzekeraar kan ook het verplicht eigen risico verlagen om patiënten te trekken voor zijn naturapolis. Als de verzekeraar dat doet, zal hij aantrekkelijker worden voor mensen die verwachten dat zij het eigen risico volmaken, mensen dus die (veel) gebruikmaken van zorg. Daarop richten verzekeraars zich nu nauwelijks. Door een forse aanpassing van de berekening van de vereveningsbijdrage, die verzekeraars ex ante compenseert voor de samenstelling van hun verzekerdenbestand, zullen zij zich meer richten op het aantrekken van mensen die (veel) gebruikmaken van de zorg in een dergelijke polis. Die verzekeraars die het aandurven chronisch zieken en kwetsbare verzekerden aan te trekken en aan zich te binden door zorg van goede kwaliteit te bieden, worden beloofd.”

Voor de korting op het eigen risico heeft de minister de wet niet aan te passen. Art. 2.17 Besluit zorgverzekering staat de zorgverzekeraars toe om korting op het eigen risico te geven, indien de verzekerde zich tot gecontracteerde zorgaanbieders wendt. In plaats van de lagere premie voor

polissen met een zeer selectieve inkoop, met het uitsluiten van de vrije keuze voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders, kan op deze wijze de verzekerde het voordeel van een korting niet op de premie, maar op het eigen risico incasieren.

6. Conclusie

De vraag die deze ontwikkeling oproept, is tweërlei. Ten eerste: zouden de zorgverzekeraars het belang zien om de selectieve zorginkoop nader gestalte te geven, waar zij tot nu toe kennelijk onvoldoende grote voordelen zagen om hier voortvarend werk van te maken? Behalve de hiervoor genoemde redenen, waardoor volgens de Nza-onderzoekers de selectieve inkoop maar langzaam op gang komt, zou ik nog willen noemen de pure complexiteit van een dergelijke operatie en het meer administratieve zicht dat de zorgverzekeraars hebben op de feitelijke zorgverlening. De maatregel wordt geen succes als de verzekerden niet massaal de budgetpolis met sterk selectieve inkoop omarmen. Daar lijkt het vooralsnog niet op.

Ten tweede: is de financiële incentive van art. 2:17 Besluit zorgverzekering zelf niet een Europeesrechtelijk probleem. Tot nu toe kon deze maatregel onder de radar van de aandacht doorvliegen en is zij niet getoetst aan het recht van de Europese Unie. Nu de maatregel promoveert tot hoeksteen van het zorginkoopbeleid kan dat anders worden. Het is hier ook een vraag van proportionaliteit. Als de korting op het eigen risico echter een ‘hinderpaal’ vormt voor het vrije patiëntenverkeer, is de inkleding van de incentive dan niet ondergeschikt aan de het feit van de inbreuk op beginsel van Europees recht en de patiëntenrichtlijn? In dat geval steunt het beleid nog steeds op zwakke bodem. Het wachten is dan op een verzekerde die de uitsluiting van de korting aanvecht.

Het gezamenlijke project van de bestuurlijke hoofdlijnenakkoorden met een herschikking van het zorglandschap naar een meer doelmatige inrichting zou meer progressie kunnen laten zien, indien wij zouden erkennen dat met de ingewikkeldheid van de zorgmarkt het element van samenwerking en overleg meer ruimte zou moeten worden geboden dan het verdeel en heers van de competitie, die, gesanctioneerd door art. 6 Mededingingswet (kartelverbod), de beslissingen in de richting van de zorgverzekeraars leggen, zonder dat de zorgverzekeraars in de positie zijn gebleken de rol van overheid als ‘topregisseur’ over te nemen. Het is in dat verband jammer dat de rol van de Nza als kaderstellend orgaan wordt teruggedrongen ten gunste van de ACM.²⁶

²⁴ Zie met name het advies van de Raad van State van 22 oktober 2014, *Kamerstukken I* 2014/15, 33362, nr. D.

²⁵ Kamerbrief ‘Kwaliteit van Zorg’ van 6 februari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 31765, nr. 116.

²⁶ Kamerbrief ‘Zelfstandige bestuursorganen’ van 2 april 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 25268, nr. 112. In de pers: ‘VWS verkleint takenpakket Nza’, *zorgvisie.nl*, 3 april 2015.