

# De juridische houdbaarheid van de doorleverplicht – een eerste verkenning

Mr. B.A. van Schelven\*

## 1. Inleiding

Dit artikel gaat over de juridische houdbaarheid van de zogeheten ‘doorleverplicht’. De doorleverplicht is een afspraak tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar waarmee de zorgaanbieder verplicht wordt zorg te leveren aan nieuwe patiënten nadat een aanneemsom<sup>1</sup> of omzetplafond<sup>2</sup> (hierna tezamen ook: ‘het budget’) is bereikt. De zorgaanbieder verleent dan zorg voor een lagere prijs dan initieel overeengekomen. De doorleverplicht kan daarom op weinig bijval rekenen van zorgaanbieders.

In dit artikel wordt onderzocht of de doorleverplicht onoverkomelijke juridische bezwaren ontmoet. Daarbij worden drie momenten onderscheiden:

- 1 de onderhandelingsfase;
- 2 het sluiten van de overeenkomst; en
- 3 nakoming van de doorleverplicht.

De doorleverplicht wordt daarbij getoetst aan achtereenvolgens de precontractuele redelijkheid en billijkheid, artikel 3:40 BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voorafgaand worden de achtergrond van en de opvattingen van de diverse partijen in de zorg over de doorleverplicht besproken.

\* Bas van Schelven (30 jaar) is advocaat bij Van Doorne. De auteur dankt Willemien Bischof en Cees Jan de Boer voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1 Bij een aanneemsom wordt een vast bedrag voor een maximum aantal behandelingen afgesproken. Bijvoorbeeld: 100 oogoperaties voor 100.000 euro. Indien 90 oogoperaties worden geleverd, krijgt de zorgaanbieder toch 100.000 euro betaald.

2 Bij een omzetplafond wordt een maximum omzet afgesproken. Bijvoorbeeld: één knieoperatie voor 1000 euro met een maximum omzet van 100.000 euro, oftewel: een maximumproductie van 100 knieoperaties. Indien 90 knieoperaties worden geleverd, houdt de zorgverzekeraar 10.000 euro in kas.

Vanwege het beperkte aantal toegekende woorden is dit artikel van verkennende aard.<sup>3</sup> Verder wordt steeds de inkoop van medisch specialistische zorg door zorgverzekeraars als uitgangspunt genomen. Ook in andere zorgdomeinen worden evenwel doorleverplichten afgesproken. De juridische argumenten zullen daar naar verwachting grotendeels van gelijklopende aard zijn.

## 2. Achtergrond doorleverplicht

Het zorgstelsel gaat uit van gereguleerde marktwerking. Zorgverzekeraars hebben binnen dit systeem de rol van 'doelmatige, klantgerichte regisseurs van de zorg'.<sup>4</sup> Dat wil zeggen dat zij in onderlinge concurrentie voor hun verzekerden optreden 'als onderhandelingspartners van de zorgaanbieders, als het gaat over de prijs, inhoud en organisatie van de zorg'.<sup>5</sup>

Op grond van artikel 11 Zorgverzekeringswet (Zvw) hebben zorgverzekeraars jegens hun verzekerden een zorgplicht.<sup>6</sup> Voor hun naturaverzekerden houdt die zorgplicht in dat een verzekerde recht heeft op zorg. Om aan die zorgplicht te voldoen, kopen zorgverzekeraars zorg in bij zorgaanbieders.

In de contracten met zorgaanbieders spreken zorgverzekeraars veelal een budget af. De achtergrond daarvan is kostenbeheersing. In 2013 is door het veld het Onderhandelaarsresultaat medisch specialistische zorg 2014/2017 (Hoofdlijnenakkoord) gesloten. In het Hoofdlijnenakkoord is over de rol en verantwoordelijkheid van zorgverzekeraars opgenomen dat zij bij het nakomen van hun zorgplicht zo veel mogelijk 'letten op doelmatige en gepaste zorg en die zoveel mogelijk (...) vertalen in een beheerste uitgavenontwikkeling'.<sup>7</sup> In dat kader is onder andere afgesproken dat in de periode 2015 tot en met 2017 een lande-

- 3 Zie ook: C.J. de Boer & W.K. Bischof, 'Is de doorleverplicht voor zorgaanbieders juridisch houdbaar?', *van-doorne.com* (zoek op: *doorleverplicht*) 2015; L. Geerts, 'Over omzetplafonds en doorleverplicht', *eldermans-geerts.nl* (zoek op: *doorleverplicht*) 2016; D. Post, 'Zorgkostenplafonds met doorleverplicht toegestaan?', *eldermans-geerts.nl* (zoek op: *doorleverplicht*) 2016; S.M.E. Hirdes & S.E. Garvelink, 'Knelpunten bij de zorginkoop op basis van standaardcontracten', *ZIP* 2016/85. Ook behandel ik vanwege het beperkte aantal toegekende woorden niet het leerstuk van misbruik van economische machtspositie. Met een blik op de standpunten van de NZa en de ACM over inkoopmacht lijkt dat overigens niet direct de best begaanbare route. De NZa vindt inkoopmacht geen probleem indien de voordelen daarvan in belangrijke mate ten goede komen aan de verzekerden in de vorm van gunstigere voorwaarden en/of premies (Visiedocument Inkoopmacht en collectief onderhandelen, januari 2010, *nza.nl* (zoek op: *inkoopmacht*), p. 11). De ACM huldigt een soortgelijk standpunt: misbruik van inkoopmacht 'is aannemelijk indien afgedwongen, eenzijdig opgelegde, voorwaarden tot voordelen voor de zorgverzekeraar leiden die niet aan consumenten worden doorgegeven.' (Visiedocument Inkoopmacht, december 2004, *acm.nl* (zoek op: *inkoopmacht*), p. 25). Het is niet ondenkbaar dat ook de civiele rechter de standpunten (zwaar) zal laten meewegen bij zijn oordeel over misbruik van economische machtspositie door zorgverzekeraars.
- 4 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 9. Zie kritisch: J.J. Rijken, 'Concurrentie tussen zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant?', in: *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel: Terug- en vooruitblik* (Preadvies 2015 Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 101.
- 5 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 4.
- 6 Volgens De Groot een 'overbodig' begrip. G.R.J. de Groot, 'De schuivende panelen van de zorgverzekering', in: *Stelsel onder stress* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 158-160.
- 7 Art. 1 sub d Hoofdlijnenakkoord.

lijk maximum groeipercentage van 1 geldt. Bovendien biedt een budget zorgverzekeraars vooraf zekerheid over hun schadelast. Zorgverzekeraars lopen door wijzigingen in de risicoverevening, meer in het bijzonder de afschaffing van de macronacalculatie per 1 januari 2012, steeds meer financieel risico over hun zorginkoop. Zekerheid vooraf is daarom steeds belangrijker geworden.

Indien een zorgverzekeraar onvoldoende zorg heeft ingekocht, voldoet hij niet aan zijn zorgplicht en is dus sprake van wanprestatie jegens zijn verzekerde onder de verzekeringspolis. Het inkopen van onvoldoende zorg kan zich voordoen indien afgesproken budgetten zijn bereikt. De zorgaanbieder zal een verzekerde dan immers geen zorg meer leveren, omdat de zorgaanbieder daarvoor geen vergoeding krijgt. Indien de verzekerde ook niet bij een andere zorgaanbieder terecht kan voor die zorgvorm, heeft een zorgverzekeraar niet aan zijn zorgplicht voldaan. De zorgverzekeraar zal de zorg dan alsnog dienen te bekostigen. Als mitigerende maatregel spreken zorgverzekeraars met zorgaanbieders een doorleverplicht af. Die afspraak houdt in dat een zorgaanbieder ook na het bereiken van het afgesproken budget zorg moet leveren aan verzekerden die zich voor het eerst tot de zorgaanbieder wenden.

De doorleverplicht komt ongeclausuleerd en geclausuleerd voor. Een voorbeeld van een ongeclausuleerde doorleverplicht luidt: 'Indien door het in rekening brengen van tarieven de totaalafpraak wordt overschreden, blijft de zorgaanbieder verplicht om zorg aan de verzekerden van de zorgverzekeraar te verlenen.' Bij een geclausuleerde doorleverplicht kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat een overschrijding van de eerste 10% van het budget voor rekening komt van de zorgaanbieder, maar dat daarna aanvullende afspraken worden gemaakt. Ook kan per zorgvorm een doorleverplicht worden afgesproken.

### 3. De diverse partijen in de zorg over de doorleverplicht

Zorgverzekeraars hebben belang bij een doorleverplicht. Zorgaanbieders daarentegen niet. Brancheverenigingen van zorgverzekeraars en ziekenhuizen noemden in 2012 de doorleverplicht als een van de voornaamste knelpunten in de onderhandelingen.<sup>8</sup>

Onderzoek op nza.nl leert dat de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) geen expliciet standpunt heeft over de doorleverplicht. Wel schrijft de NZa in een brief over haar onderzoek naar de patiëntenstop voor transgenderzorg in VUmc dat het opvalt dat 'een overeengekomen doorleverplicht niet juridisch is afgedwongen', terwijl de NZa meent dat dat zou moeten bij een patiëntenstop.<sup>9</sup> Daaruit kan worden afgeleid dat de NZa niet per se negatief staat tegenover de doorleverplicht.

De politiek is verdeeld. Uit beantwoording van diverse Kamervragen kan worden afgeleid dat de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ('de minister') niet afwijzend tegenover de doorleverplicht lijkt te staan. In antwoord op de vraag of de minister het wenselijk vindt 'dat zorgaanbieders via contracten door zorgverzekeraars gedwongen worden om

8 nza.nl (zoek op: *evalueert contractering ziekenhuiszorg*).

9 Brief d.d. 29 september 2014 van NZa aan Zorgverzekeraars en VUmc (kenmerk: 94240/132061).

Mr. B.A. van Schelven

zorg door te leveren, ook als zij over het bij hen ingekochte volume zijn', en of zij vindt dat 'het financiële risico bij de zorgaanbieder gelegd [hoort] te worden', antwoordde zij negatief.<sup>10</sup> In antwoord op andere Kamervragen plaatste de minister de doorleverplicht in de sleutel van 'onderhandelingen door twee private partijen', waarbij zij de doorleverplicht als een aanvullende afspraak op een omzetplafond duidt.<sup>11</sup> 'Ik treed daar niet in', aldus de minister.<sup>12</sup> Het meest expliciet is zij in antwoord op Kamervragen uit oktober 2015: 'Er zijn geen specifieke voorwaarden verbonden aan het afspreken van een doorleverplicht; de zorgaanbieder moet zelf goed afwegen welk contract voor hem aantrekkelijk en haalbaar is.'<sup>13</sup> Uit de toon van deze Kamervragen kan worden afgeleid dat Kamerleden de doorleverplicht kritisch waarden. Dat de vragen zijn gesteld door leden van de SP, het CDA en D66 toont aan dat die kritische houding zich niet beperkt tot een bepaalde kant van het politieke spectrum.

#### 4. Toetsing van de doorleverplicht: contractsvrijheid

De doorleverplicht is een bepaling uit de overeenkomst waarmee de zorgverzekeraar zorg inkoopt bij de zorgaanbieder. In de rechtspraak wordt die overeenkomst gekwalificeerd als een bijzondere overeenkomst van opdracht, waarbij de zorgaanbieder de opdracht aanvaardt om de verzekerden van de zorgverzekeraar te behandelen voor rekening van de zorgverzekeraar.<sup>14</sup>

Bij het sluiten van een contract geldt tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als uitgangspunt contractsvrijheid. Contractsvrijheid houdt in dat men vrij is al dan niet overeenkomsten te sluiten, met wie men wil en met welke inhoud en vorm men wil.

De vraag of de doorleverplicht juridisch houdbaar is, kan zich op drie momenten voordoen:

- 1 de onderhandelingsfase;
- 2 het sluiten van de overeenkomst;
- 3 nakoming van de overeenkomst.

#### 5. De doorleverplicht in de onderhandelingsfase

##### 5.1. De precontractuele redelijkheid en billijkheid

Partijen die met elkaar onderhandelen, staan tot elkaar in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Uit die precontractuele redelijkheid en billijkheid vloeit voort dat onderhandelende partijen hun gedrag mede dienen te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.<sup>15</sup>

10 Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 43, p. 2.

11 Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 1123, p. 2-3.

12 Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 1123, p. 3.

13 Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 599, p. 2.

14 Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:398, r.o. 4.7.

15 HR 15 november 1957, NJ 1958/67, m.nt. LEH (*Baris/Riezenkamp*).

In de onderhandelingen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders geldt in het bijzonder dat een zorgverzekeraar zich bij de contractering met zorgaanbieders niet alleen mag laten leiden door zijn eigen gerechtvaardigde belangen, die van zijn verzekerden en die van de mede door hem behartigde belangen van de gezondheidszorg in het algemeen, maar ook door de gerechtvaardigde belangen van de zorgaanbieder.<sup>16</sup> Bovendien moet een zorgverzekeraar in de precontractuele fase een bijzondere zorgvuldigheid in acht nemen jegens een zorgaanbieder, indien de zorgaanbieder zich in een afhankelijke positie bevindt ten opzichte van de zorgverzekeraar, doordat zij al sinds meerdere jaren op min of meer dezelfde wijze opeenvolgende jaarcontracten hebben gesloten en een wijziging in de contractering door de zorgverzekeraar van substantiële invloed zal zijn op de omzet van de zorgaanbieder.<sup>17</sup> Die zorgvuldigheidsnorm komt ook terug in de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap, waarin staat dat een zorgverzekeraar 'bij de onderhandelingen geen misbruik maakt van zijn positie'.<sup>18</sup>

Uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid kan voorts voortvloeien dat zorgverzekeraars zijn gebonden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht,<sup>19</sup> ondanks dat zij geen aanbestedende dienst zijn.<sup>20</sup> De reden is dat zorgverzekeraars hun zorginkoopprocedures soms vormgeven als een private aanbesteding. De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht kunnen dan van toepassing zijn indien de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de zorgverzekeraar de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht zal nemen. De toepasselijkheid van die beginselen is afhankelijk van de inhoud van de gehanteerde inkoopdocumenten en de overige omstandigheden van het geval. Het staat zorgverzekeraars overigens vrij de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht uit te sluiten in de inkoopdocumenten, maar de bijzondere omstandigheden van het geval kunnen maken dat een zodanige uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>21</sup>

16 Rb. Arnhem (vzr.) 2 februari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP2876, 18 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2011:BW9172 en 8 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9172.

17 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 24 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9415.

18 zn.nl (zoek op: *gedragscode*). Leden van Zorgverzekeraars Nederland zijn gehouden deze code na te leven en kunnen daar ook op worden aangesproken, aldus de website van Zorgverzekeraars Nederland.

19 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, JAAN 2013/111 m.nt. G. 't Hart, NJ 2013/572 m.nt. C.E.C. Jansen (KLM/CCC). Vgl. eerder: HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, NJ 2004/35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg, RZA 2003/155 m.nt. G.R.J. de Groot, BR 2003/190 m.nt. H. de Nijholt, AB 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ConforMed).

20 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, GJ 2015/109 m.nt. J.J. Rijken, JAAN 2015/135 m.nt. M.J. Mutsaers en Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1875. Zie anders: I. Kok, 'Kwalificatie van zorgverzekeraars in het aanbestedingsrecht', NJB 2016/1179.

21 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC), r.o. 3.7. Volgens Van Helmond en Damsma lijkt de invloed van dit arrest in de jurisprudentie over zorginkoopprocedures 'echter beperkt' (T.R.M. van Helmond & R.S. Damsma, 'Tien jaar zorginkoop onder de Zorgverzekeringswet', ZIP 2015/177). Zie voor (veel) jurisprudentie van vóór KLM/CCC: H.M. den Herder, 'Zorginkoop door zorgverzekeraars en zorgkantoren: moet het verifieerbaar, transparant en non-discriminatoire zijn?', TvGR 2013/3, p. 238-240. Relevante jurisprudentie van na KLM/CCC is bijvoorbeeld Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3314 en Rb. Den Haag (vzr.) 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15467 (waar de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht overigens niet van toepassing werden geoordeeld).

Voor de praktische uitkomst van een geschil over de toelaatbaarheid van de doorleverplicht is het waarschijnlijk niet van doorslaggevend belang of de doorleverplicht wordt getoetst aan sec de precontractuele redelijkheid en billijkheid of ook aan de eventueel daaruit voortvloeiende algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Een argument dat binnen het ene juridische kader wel (met succes) zou kunnen worden gevoerd maar binnen het andere juridische kader niet (met succes), dient zich niet direct aan.

## 5.2. Toetsing

Een zorgaanbieder die in de precontractuele fase een doorleverplicht wil aanvechten, zal zich in principe wenden tot de voorzieningenrechter. De jaarlijkse contracteringscyclus tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraars laat geen ruimte voor een bodemprocedure.<sup>22</sup>

Naar verwachting zal de voorzieningenrechter zijn oordeel over de toelaatbaarheid van de doorleverplicht eerst laten afhangen van de hoogte van een budget. In de rechtspraak is geoordeeld dat een redelijk omzetplafond recht moet doen aan de gerechtvaardigde belangen van de zorgaanbieder (om te groeien).<sup>23</sup> Indien een budget redelijk is, zal de voorzieningenrechter de doorleverplicht vermoedelijk ook toelaatbaar achten. Het bedrijfseconomische belang van de zorgaanbieder is met een redelijk budget voldoende gewaarborgd. Daartegenover waarborgt de doorleverplicht de belangen van de zorgverzekeraar en de door hem behartigde belangen van de verzekerden en gezondheidszorg in het algemeen. In dezen zijn dat de betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg, zij het op diverse niveaus.

Zou een doorleverplicht in de precontractuele fase al ontoelaatbaar moeten worden geoordeeld, dan lijkt de combinatie met een omzetplafond daar eerder voor in aanmerking te komen dan de combinatie met een aanneemsom. Bij een aanneemsom worden de risico's voor onder- en overschrijding gedeeld, terwijl bij een omzetplafond beide risico's bij de zorgaanbieder worden gelegd. Met name bij een ongeclausuleerde doorleverplicht ontstaat dan een loterij zonder nieten voor de zorgverzekeraar.<sup>24</sup> Mede met het oog op het verschil in financiële reserves tussen zorgaanbieders (beperkt) en zorgverzekeraars (ruim) ligt strijdigheid met de precontractuele redelijkheid en billijkheid in dat geval op de loer. Daar kan tegenin worden gebracht dat de financiële reserves in relatieve zin wellicht minder verschillend zijn. De reserves van de zorgverzekeraar zijn immers bedoeld om een (veel) groter bedrijfsrisico op te vangen dan de reserves van de zorgaanbieder.

Bij een geclausuleerde doorleverplicht zal veel afhangen van de inhoud van de clausuleering.

Het oordeel over de toelaatbaarheid van een doorleverplicht zal verder afhankelijk zijn van het aandeel dat de zorgverzekeraar heeft in de omzet van de zorgaanbieder en of in voorgaande jaren al dan niet een doorleverplicht is afgesproken. Indien al langer wordt gecon-

22 Sinds kort bestaat ook de mogelijkheid een contracteringsgeschil voor te leggen aan de zogeheten Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering (*Kamerstukken II* 2015/16, 29689, 717).

23 Rb. Arnhem (vzr.) 18 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9172.

24 Vgl. K.D. Meersma & B.A. van Schelven, *Euro's voor de zorg: Contracteren van medisch specialistische zorg in 2012*, online beschikbaar (zoek op: *euro's voor de zorg brancherapport*), p. 30.

tracteerd en de doorleverplicht nieuw is, zal ontoelaatbaarheid van de doorleverplicht in zicht kunnen komen als het aandeel van de zorgverzekeraar in de omzet van de zorgaanbieder zodanig is dat het besluit van de zorgaanbieder vanwege de doorleverplicht niet met de zorgverzekeraar te contracteren van substantiële invloed zal zijn op de omzet van de zorgaanbieder. In de rechtspraak is 60% als zodanig aangemerkt.<sup>25</sup> Ook een lager percentage zal in aanmerking kunnen komen.<sup>26</sup> Het vasthouden aan de doorleverplicht als breekpunt in de onderhandelingen zal dan in strijd kunnen komen met de bijzondere zorgvuldigheid die een zorgverzekeraar in acht dient te nemen ten opzichte van de zorgaanbieder.

## 6. De doorleverplicht bij het sluiten van de overeenkomst

### 6.1. Artikel 3:40 BW

Artikel 3:40 lid 1 BW stelt grenzen aan de contractsvrijheid door te bepalen dat rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde nietig zijn. Een overeenkomst is in strijd met de openbare orde indien de overeenkomst een inbreuk maakt op een fundamenteel beginsel van de rechtsorde.<sup>27</sup> Het onderscheid tussen de goede zeden en openbare orde lijkt nagenoeg geheel vervaagd.

Artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt voorts dat overeenkomsten die in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling nietig zijn. Het gaat daarbij om een formele wet of een materiële wet voor zover het een materiële wet is die uitdrukkelijk door de formele wetgever aan de regelgever is gedelegeerd.<sup>28</sup>

### 6.2. Toetsing

Op zoek naar een dwingende wetsbepaling die zich verzet tegen een (on)geclausuleerde doorleverplicht kan worden gestart bij de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). In de Wmg zijn onder andere bepalingen opgenomen over het in rekening brengen van tarieven tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder. De Wmg bevat echter geen dwingende bepaling die zich verzet tegen de doorleverplicht.<sup>29</sup>

25 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 24 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9415.

26 Gezichtspunten kunnen worden gevonden in de memorie van toelichting van de Wmg. De Minister van VWS stelt dat een onderneming met een marktaandeel van 55% of meer wordt geacht zich onafhankelijk van de markt te kunnen gedragen, door de onderneming te bewijzen uitzonderingen daargelaten. Voor marktpartijen met een marktaandeel tussen de 40 en 55% acht de minister het aannemelijk dat sprake is van marktmacht, te bevestigen door bijkomende factoren die een indicatie geven van de marktstructuur. Marktpartijen met een marktaandeel tussen de 25 en 40% kunnen door een combinatie van bijkomende factoren aanmerkelijke marktmacht hebben, aldus de minister. Voor een marktpartij met minder dan 25% marktaandeel acht de minister het onwaarschijnlijk dat die partij zich onafhankelijk van de markt kan gedragen (*Kamerstukken II 2004/05*, 30186, 3, p. 19-20).

27 HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, NJ 2002/364 m.nt. J. Hijma (AZL/OZF).

28 H.J. van Kooten, in: *GS Vermogensrecht* artikel 40 Boek 3 BW, aant. 4 (online).

29 Daargelaten de situatie dat een doorleverplicht ertoe leidt dat een tarief in rekening wordt gebracht waarvoor door de NZa geen tarief is vastgesteld. De doorleverplicht zal dan naar inhoud of strekking in strijd kunnen zijn met art. 35 Wmg. Voor die beoordeling is relevant (i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, (ii) of fundamentele beginselen worden geschonden, (iii) of partijen zich van de schending van de regel bewust waren en (iv) of de regel in een sanctie voorziet (HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2016:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Kai).



Mr. B.A. van Schelven

Verder kan uit recente rechtspraak van zowel de Hoge Raad als het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden afgeleid dat ook wetgeving die de relatie zorgaanbieder-patiënt en zorgverzekeraar-verzekerde reguleert onder omstandigheden directe werking kan hebben in de relatie zorgverzekeraar-zorgaanbieder.<sup>30</sup> Te denken valt aan de Zvw. Ook daarin is echter geen dwingende wetsbepaling opgenomen die zich verzet tegen de doorleverplicht. De doorleverplicht is juist bedoeld om de zorgplicht uit artikel 11 Zvw te waarborgen.

Komt een (on)geclausuleerde doorleverplicht in strijd met de openbare orde? Dat is niet het geval: de doorleverplicht laat fundamentele beginselen van de rechtsorde onaangetaast.

## 7. Nakoming van de doorleverplicht

### 7.1. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248, lid 2, BW)

Artikel 6:2 lid 1 BW bepaalt dat onder andere contractspartijen zich tegenover elkaar moeten gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Lid 2 bepaalt dat onder andere een tussen hen gemaakte afspraak niet geldt 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.' Deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is ook opgenomen in artikel 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.'

Waar artikel 6:2 BW ziet op verbintenissen in het algemeen, ziet artikel 6:248 lid 2 BW specifiek op obligatoire overeenkomsten. De ratio achter deze dubblure is de overzichtelijkheid en het voorkomen van onbedoelde a-contrario-rederingen, aldus de wetgever.<sup>31</sup> Beide artikelen zijn van dwingend recht.

Met de formulering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' heeft de wetgever willen uitdrukken dat de rechter terughoudend moet zijn met het toepassen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>32</sup> De norm is strenger bedoeld dan 'in strijd met de redelijkheid en billijkheid'.<sup>33</sup> Bovendien heeft de Hoge Raad in het kader van (het nauw aan artikel 6:248 verwante) artikel 6:258 BW overwogen dat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord verlangen, zodat afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering kan worden toegelaten.<sup>34</sup>

30 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, JGR 2016/7 m.nt. Schutjens, GJ 2016/33 m.nt. J.G. Sijmons, TGMA 2015/14 m.nt. E.H. Hulst, r.o. 3.11.4-5; CBb 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn & B. Wallage, GJ 2016/39 m.nt. J.J. Rijken.

31 E. Baan, R.M.Ch.M. Koot & M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht* artikel 248 Boek 6 BW, aant. 51a (online).

32 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/413.

33 Bv. HR 28 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7381.

34 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Weena-zuid*).



Indien een partij zich op de onaanvaardbaarheid van een bepaling beroept, zal hij de relevante omstandigheden moeten stellen en bij betwisting bewijzen. Het zal dan meestal gaan om gedragingen of omstandigheden die zich voordoen nadat de overeenkomst is gesloten. Wordt een bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld, dan is die bepaling niet nietig, maar wordt die bepaling buiten toepassing gelaten.<sup>35</sup>

## 7.2. Toetsing

De zorgaanbieder die wordt geconfronteerd met de nakoming van een doorleverplicht zal bij de rechter moeten aandragen dat de omstandigheden sinds het sluiten van de overeenkomst zodanig zijn veranderd dat de doorleverplicht daardoor moet worden beïnvloed. Net als in de precontractuele fase zal ook hier sprake zijn van een kortgedingprocedure, omdat de al dan niet onder de doorleverplicht te leveren zorg en daarmee gepaard gaande financiële gevolgen niet zullen kunnen wachten op een beslissing in een bodemprocedure.<sup>36</sup>

De omstandigheid die zich direct aandient, is een negatieve wijziging van de financiële situatie van de zorgaanbieder. Die wijziging kan het gevolg zijn van het op grond van de doorleverplicht om niet leveren van zorg, maar ook van andere omstandigheden. Naarmate de continuïteit van de zorgaanbieder meer in het geding komt, zal de onaanvaardbaarheid van de doorleverplicht sneller in zicht komen. Hier is goed op te merken dat de doorleverplicht dan niet nietig is, maar niet van toepassing. Aan eventueel reeds op grond van de doorleverplicht geleverde zorg ontvalt dus niet de rechtsgrond.

Naast zodanig gewijzigde omstandigheden die sinds het sluiten van de overeenkomst zodanig zijn veranderd dat de doorleverplicht daardoor moet worden beïnvloed, zullen voorts de volgende feiten en omstandigheden relevant kunnen zijn bij de beoordeling of de doorleverplicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze feiten en omstandigheden worden besproken in willekeurige volgorde en zonder pretentie van uitputtendheid.

Ten eerste zullen de belangen van de verzekerden kunnen meespelen. Kunnen zij voor dezelfde zorg terecht bij een andere zorgaanbieder? Indien de doorleverplicht onaanvaardbaar wordt geoordeeld, betekent het immers enkel dat de verplichting voor de zorgaanbieder om zorg onder de doorleverplicht te leveren, vervalt. De zorgaanbieder zal echter niet komen te beschikken over meer financiële middelen om zorgverlening aan verzekerden mee te kunnen bekostigen. Verzekerden die normaliter onder de doorleverplicht zouden worden geholpen, zullen dus moeten uitwijken naar een andere zorgaanbieder die nog wel in staat is dezelfde zorg te leveren binnen een budget. Als er geen alternatieve zorgaanbieder is, zal waarschijnlijk meespelen of de zorgverlening aan de verzekerden kan wachten tot het nieuwe kalenderjaar waarin de zorgaanbieder weer over financiële middelen zal beschikken. Als ook dat niet het geval is, zal het belang van verzekerden om niet van zorg

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/435.

36 Om die reden zal art. 6:258 BW niet succesvol in stelling kunnen worden gebracht. Een beroep op art. 6:258 BW kan slechts worden gehonoreerd bij een constitutieve rechterlijke uitspraak, waarvoor in een kort geding geen plaats is (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727, JIN 2012/119 m.nt. P.C.M. Kemp).

verstoken te blijven vermoedelijk (zwaar) worden meegewogen bij het oordeel over de onaanvaardbaarheid van de doorleverplicht.

Ten tweede zal relevant kunnen zijn op welk moment in het jaar de doorleverplicht wordt geëffectueerd. De doorleverplicht veronderstelt immers een redelijk budget, dat op objectieve gronden is overeengekomen. Hoe eerder in het jaar een budget wordt overschreden, hoe onaannemelijker het is dat een budget op goede gronden is overeengekomen. In dat geval zal de toelaatbaarheid van de daaraan verbonden doorleverplicht ook in twijfel kunnen worden getrokken. Daartegenover staat dat in de praktijk vaak wordt afgesproken dat de zorgaanbieder de zorg evenredig over het jaar spreidt. Een vroegtijdige overschrijding van het budget wijst erop dat de zorgaanbieder die afspraak niet is nagekomen. De zorgaanbieder zal met goede argumenten moeten komen waarom het niet is gelukt de zorg evenredig te spreiden en waarom hij daarover niet tussentijds aan de bel heeft getrokken bij de zorgverzekeraar.

Ten derde zal relevant kunnen zijn welk aantal verzekerden onder de doorleverplicht zal moeten worden geholpen. Hoe meer verzekerden zullen moeten worden geholpen onder de doorleverplicht, hoe lager de prijs per zorglevering. In dat geval kan het maatschappelijk belang van een goede verhouding tussen de prijs voor zorgverlening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit in het geding komen. Dit maatschappelijk belang is gecodificeerd in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en de Jeugdwet, waarin de zorginkopende gemeente wordt verplicht regels te stellen om die goede verhouding te waarborgen.<sup>37</sup> Van een zorgverzekeraar mag eveneens worden verwacht dat hij zich dit belang aantrekt.<sup>38</sup>

Ten vierde zal de reden voor overschrijding relevant zijn. Hoe meer die reden te wijten is aan de zorgaanbieder, hoe minder snel een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW succesvol zal kunnen zijn, en vice versa.

Bij dit alles kan worden aangenomen dat een (on)geclausuleerde doorleverplicht met omzetplafond eerder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dan een (on)geclausuleerde doorleverplicht met aanneemsom. Daarvoor gelden dezelfde redenen als in de onderhandelingsfase, die zijn besproken in paragraaf 5.2.

## 8. Conclusie

De in dit artikel uitgevoerde eerste verkenning leert dat een rechtsgrond die zich in absolute zin tegen de doorleverplicht verzet zich niet direct aandient. De juridische houdbaarheid van de doorleverplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In de precontractuele fase zal een doorleverplicht vermoedelijk het snelst ontoelaatbaar worden geoordeeld indien de doorleverplicht in combinatie met een omzetplafond wordt opgelegd door een dominante zorgverzekeraar. In de nakomingsfase zal een doorlever-

37 Art. 2.6.6 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en art. 2.12 Jeugdwet.

38 Vgl. Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, *GZR-Updates.nl* 2015-0367 m.nt. B.A. van Schelven, r.o. 4.8.

plicht vermoedelijk het snelst ontoelaatbaar worden geoordeeld indien de bedrijfsvoering van de zorgaanbieder in gevaar komt, de reden voor effectuering niet bij de zorgaanbieder ligt, de verzekerden voor dezelfde zorg terecht kunnen bij een andere zorgaanbieder en de prijs-kwaliteitverhouding te veel doorslaat naar prijs.

Ten overvloede: in deze eerste verkenning valt op dat het kennelijk ontbreekt aan jurisprudentie over de doorleverplicht. Dat wekt de indruk dat zorgaanbieders en zorginkopende partijen er in de praktijk vaak toch wel uitkomen. Wellicht heeft dat ermee te maken dat in de praktijk nogal eens wordt afgesproken dat de zorgaanbieder de zorg evenredig over het jaar spreidt. Empirisch onderzoek daarnaar zou een waardevolle bijdrage kunnen zijn aan het debat over de doorleverplicht.