

KRONIEK RECHTSPRAAK

Kroniek rechtspraak zorgverzekeringsrecht*

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen**

1. Inleiding

Deze Kroniek rechtspraak zorgverzekeringsrecht bevat een selectie van rechtspraak die betrekking heeft op de Zorgverzekeringwet (Zvw) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ).¹ We hebben uitspraken geselecteerd uit de periode 1 april 2013 tot en met 1 januari 2015.² Ook ditmaal hebben wij de kroniek opgesplitst in twee delen. In het eerste deel van deze kroniek komt de jurisprudentie die is gepubliceerd op het gebied van de Zvw aan de orde. In het tweede deel bespreken wij de belangrijkste uitspraken op het gebied van de AWBZ. In de slotparagraaf komen wij tot enkele conclusies en analyses naar aanleiding van de besproken rechtspraak.

2. Zorgverzekeringwet

2.1 De inhoud van de zorgverzekering

2.1.1 Verzekeringplicht

Degene die ingevolgt de Wet langdurige zorg (Wlz; voorheen AWBZ) en de daarop gebaseerde regelgeving van rechtswege verzekerd is,³ is verplicht zich krachtens een zorgverzekering te (laten) verzekeren tegen het in artikel 10 Zvw bedoelde risico.⁴ Voor gemoedsbezwaarden geldt er een uitzondering op de verzekeringplicht.⁵ Indien een verzekeringplichtige ten onrechte niet is verzekerd, kan het Zorginstituut Nederland die verzekeringplichtige aanmanen om een verzekering af te sluiten en een boete opleggen.⁶

In 2012 had het toenmalige College voor zorgverzekeringen (CVZ) een boete opgelegd aan enkele verzekeringplichtigen die vanwege hun levensovertuiging geen zorgverzekering hadden afgesloten. Die overtuiging bestond eruit dat zij zich verzetten tegen de inrichting van het zorgstelsel. Volgens hen waren de boetes in strijd met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (eigendomsrecht) en met artikel 8 (recht op privéleven) en 9 (vrijheid van geweten) van het EVRM. De Rechtbank Zeeland-West Brabant ging daarin niet mee.⁷ De boetes zijn weliswaar een aantasting van het recht op eigendom, maar die aantasting heeft een legitieme doelstelling in het alge-

* Met dank aan mr. G.R.J. de Groot voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel. De tekst is afgesloten op 27 mei 2015.

** Hedwig den Herder is als advocaat werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. te Den Haag. Chris van Balen is als advocaat werkzaam bij LEX-SIGMA Healthcare te Amsterdam.

1 Per 1 januari 2015 is de AWBZ ingetrokken en vervangen door de Wet langdurige zorg (Wlz). Enkele onderdelen van de voormalige AWBZ zijn overgeheveld naar de Zvw of de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Gelet op de periode die deze kroniek bestrijkt, heeft de besproken rechtspraak betrekking op de AWBZ.

2 De vorige Kroniek rechtspraak zorgverzekeringsrecht is verschenen in TvGR 2013, p. 461 e.v. Die kroniek besloeg de periode van 1 juli 2011 t/m 1 april 2013.

3 Het betreft kort gezegd Nederlandse ingezetenen of eenieder die in Nederland loon ontvangt en aan loonbelasting is onderworpen (art. 2.1.1 Wlz).

4 Art. 2 lid 1 Zvw.

5 Art. 2 lid 2 onder b Zvw.

6 Art. 9a en 9b Zvw.

7 Rb Zeeland-West-Brabant (locatie Breda) 3 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4351, GJ 2014/51.

meen belang. Daarnaast wensten eisers niet om redenen van levensovertuiging van elke vorm van verzekering af te zien, maar enkel omdat zij de Nederlandse gezondheidszorg principieel afwijzen. Zij hadden dus geen principiële bezwaren tegen het aangaan van verzekeringen op grond waarvan een uitzondering op de verzekeringsplicht zou zijn gerechtvaardigd.

Een andere casus betrof iemand die geen verzekering had willen afsluiten omdat een dergelijke zorgverzekering onvoldoende zou zijn toegespitst op interseks mensen. De Centrale Raad van Beroep vond dat echter geen grond om gebruik te mogen maken van de uitzondering op de verzekeringsplicht. Onder verwijzing naar de uitspraak in eerste aanleg⁸ oordeelde de Centrale Raad dat het CVZ terecht een boete had opgelegd en dat die boete geen schending opleverde van de artikelen 8 en 14 (discriminatieverbod) van het EVRM.⁹

2.1.2 De verzekerde prestaties

- **Het verzekerde pakket**

Een zorgverzekeraar kan in beginsel niet worden verplicht tot het verstrekken of vergoeden van zorg die geen deel uitmaakt van het verzekerde basispakket, ook niet als de verzekerde aan die zorg behoefte heeft in de zin van artikel 11 lid 1 Zvw. Reden daarvan is dat de dwingendrechtelijke beperking van de dekking tot het verzekerde pakket op een uitdrukkelijk gemaakte afweging van de wetgever berust. Als echter sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, kan er aanleiding zijn om zorg te vergoeden buiten het verzekerde pakket om. Dat kan slechts bij hoge uitzondering worden aangenomen. Te denken valt aan gevallen waarin de betrokken zorg in het verzekerde pakket is opgenomen om redenen die niet (geheel) overeenstemmen met hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan met betrekking tot de samenstelling van dat pakket. Een uitzondering wordt ook aangenomen indien de kos-

ten van de desbetreffende zorg zodanig hoog zijn dat de verzekerde die niet zelf kan opbrengen, indien er alternatieve zorg ontbreekt en/of indien de zorg noodzakelijk is in verband met een medisch zeer ernstige toestand die levensbedreigend is of leidt tot ernstig lijden.¹⁰

- **Stand van de wetenschap en de praktijk**
De inhoud en omvang van de vormen van zorg of diensten worden mede bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk en, bij ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten.¹¹ Bij dit criterium gaat het erom welke zorg de betrokken beroepsgroep tot het aanvaarde arsenaal van medische onderzoeks- en behandelingsmogelijkheden rekent. De mate van acceptatie in de medische praktijk is daarbij ook een belangrijke graadmeter.¹²

In deze kroniekperiode heeft de Geschillencommissie Zorgverzekeringen (hierna: de Geschillencommissie) in enkele bindende adviezen nog eens uiteengezet hoe zo'n beoordeling tot stand komt. De commissie sluit aan bij de in de medische wereld gangbare werkwijze waarbij het oordeel omtrent de gebruikelijkheid van medische behandelingen gebaseerd is op 'evidence-based medicine'. Dat is een proces van het systematisch zoeken, analyseren en kwalificeren van de bestaande onderzoeksbevindingen als basis voor een (klinische) beslissing, waarbij specifiek wordt gezocht naar de toepassing van de gevraagde behandeling bij de indicatie waarvoor de behandeling in het betreffende geval wordt gebruikt. Deze zoekstrategie richt zich op de internationale medisch-wetenschappelijke databases, de nationale en internationale richtlijnen en adviezen, gepubliceerde meningen van experts op het betreffende vakgebied en de bevindingen van buitenlandse zorgverzekeraars en andere relevante instan-

8 Deze uitspraak is niet gepubliceerd.

9 CRvB 7 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:526.

10 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, RvdW 2015/87.

11 Art. 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering.

12 Nota van toelichting Besluit zorgverzekering, Stb. 2005, 389, p. 35-36.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

ties. De Geschillencommissie gaat vervolgens in op de wijze waarop selectie en beoordeling van wetenschappelijke publicaties dient plaats te vinden. Daarbij is onder meer relevant of een onderzoek methodologisch goed genoeg is om er conclusies uit te trekken. Daarbij moet onder meer worden gelet op onderzoeksopzet, randomisatie en blinding.¹³

Toch kan er verschil van mening bestaan over de betekenis die aan medisch-wetenschappelijk bewijs moet worden toegekend. Deze verschillen kunnen leiden tot verschillende (rechterlijke) beslissingen over eenzelfde behandelingsmethode. Zo kwam in deze kroniekperiode de kantonrechter in Arnhem tot de conclusie dat de intraveneuze toediening van Ceftriaxon bij de ziekte van Lyme niet behoorde tot de stand van de wetenschap en praktijk, terwijl het Hof Amsterdam eerder had geoordeeld dat dat wel het geval was.¹⁴

Bij zowel de voorzieningenrechter als de bodemrechter van de Rechtbank Amsterdam stond het standpunt van het CVZ dat het gebruik van bepaalde blaasvloeistoffen bij patiënten met interstitiële cystitis niet tot de stand van wetenschap en praktijk behoort centraal. Een patiëntenvereniging vorderde in kort geding tijdelijke buitenwerkingstelling van het standpunt totdat de bodemrechter hierover zou beslissen. De voorzieningenrechter wees die vordering toe, omdat voldoende aannemelijk was dat de bodemrechter zou oordelen dat het standpunt van het CVZ onjuist is.¹⁵ De voorzieningenrechter baseerde zich daarbij op de overgelegde

studies en verklaringen van behandelend medisch specialisten en patiënten, die het heilzaam effect van de behandeling niet uitsluiten. In de bodemprocedure oordeelde de rechtbank echter dat het CVZ bij de totstandkoming van het eerder genoemde standpunt zorgvuldig te werk was gegaan en op een juiste wijze toepassing had gegeven aan het criterium 'stand van de wetenschap en de praktijk'.¹⁶ De vordering van de patiëntenvereniging om (kort gezegd) het standpunt in te trekken werd dus afgewezen.

• Indicatievereiste

Een verzekerde heeft pas recht op (de vergoeding van) een vorm van zorg of dienst indien hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen (indicatievereiste).¹⁷ De behoefte aan zorg wordt slechts op basis van zorginhoudelijke criteria beantwoord.¹⁸ De wetgever heeft doelmatigheid niet gezien als onderdeel van het indicatievereiste.¹⁹ Doelmatigheidsafspraken kunnen wel worden opgenomen in de verzekeringsvoorwaarden of zorginkoopcontracten.

In een geschil waarover de Geschillencommissie bindend advies uitbracht, had een verzekerde bij haar zorgverzekeraar aanspraak gemaakt op vergoeding van de kosten van een endoscopische voorhoofdslift. De zorgverzekeraar wees vergoeding af omdat ook kon worden volstaan met een wenkbrauwlift. De verzekeraar achtte een voorhoofdslift niet doelmatig. De Geschillencommissie vond dat onterecht.²⁰ De commissie was van oordeel dat de ziektekostenverzekeraar, door geen onderzoek te doen naar de indicatie maar direct te oordelen dat de zorg niet doelmatig is, het vertrouwen had gewekt dat uitsluitend de doelmatigheid onderwerp van discussie vormde. Het enkele verschil in kosten mag echter niet leidend zijn voor de vraag welke oplossing doelmatig is. Aangezien de beslissing uitsluitend

13 Zie uitvoeriger: GcZ 28 augustus 2013, SKGZ2012.01824 en SKGZ 29 januari 2014, nr. 2013.00481. Zie ook noot 16. Volledigheidshalve wijzen wij ook op het recente rapport van P.C. Staal e.a., *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk* (definitieve geactualiseerde versie), Zorginstituut Nederland, 2015.

14 Rb. Gelderland (sector kanton, locatie Arnhem) 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1412, *GJ* 2014/76, m.nt. De Groot, en Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7524, *GJ* 2012/52.

15 Vzr. Rb. Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:66, *GJ* 2014/55, *JGR* 2014/11, m.nt. De Bruin.

16 Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7727, *GJ* 2015/14.

17 Art. 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering.

18 Art. 14 lid 1 Zvw.

19 Art. 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering.

20 GcZ 16 april 2014, *GJ* 2014/124, m.nt. De Groot.

tend was gebaseerd op het verschil in kosten, had de ziektekostenverzekeraar niet in redelijkheid tot ondoelmatigheid kunnen besluiten.

• Verwijzing

Voor de toegang tot zorg zoals medisch specialisten die plegen te bieden, is een verwijzing van een zorgaanbieder nodig.²¹ De verwijzer kan in ieder geval een huisarts zijn.²² Verwijzing naar een specialist vormt onderdeel van het professioneel handelen en de poortwachtersfunctie van de huisarts. Onderdeel van die poortwachtersfunctie is, zo bepaalde het Hof 's-Hertogenbosch,²³ dat de huisarts bij een verwijzing naar de tweede lijn een eigen, op de individuele patiënt toegesneden beoordeling dient te maken van nut en noodzaak van de verwijzing. Het hof laat in het midden of aan iedere verwijzing een face-to-facecontact met de huisarts ten grondslag moet liggen.

• Farmaceutische zorg

Farmaceutische zorg omvat terhandstelling van de bij ministeriële regeling aangewezen geregistreerde geneesmiddelen voor zover die zijn aangewezen door de zorgverzekeraar.²⁴ De aanwijzing door de minister van VWS geschiedt aan de hand van het geneesmiddelenvergoedingssysteem (GVS). Alle geneesmiddelen die onderling vervangbaar zijn, komen in hetzelfde cluster terecht (bijlage 1A bij de Regeling zorgverzekering). Vervolgens wordt de gemiddelde prijs van alle geneesmiddelen in één bepaald cluster berekend en wordt er een vergoedingslimiet vastgesteld. Geneesmiddelen die niet onderling vervangbaar zijn maar volgens de minister wel moeten worden vergoed, komen terecht in bijlage 1B. Voor die geneesmiddelen geldt geen vergoedingslimiet.

Tot enkele jaren geleden werd hierover veelvuldig geprocedeerd. De afgelopen jaren was het op dit

punt echter stil. Dat veranderde in maart 2014, toen bij de Haagse voorzieningenrechter een geschil aanhangig was over de vergoeding van het nieuwe geneesmiddel Ruconest.²⁵ In zijn overwegingen volgt de voorzieningenrechter de vaste lijn in de rechtspraak. Die komt erop neer dat de minister een grote beoordelingsvrijheid heeft, zodat de rechter het besluit van de minister slechts terughoudend toetst. Voor een gebod tot herroeping dan wel heroverweging is slechts plaats als de minister in redelijkheid niet tot dat besluit heeft kunnen komen. Daarvan was in dit geval geen sprake, aldus de voorzieningenrechter.

De aanwijzing van geneesmiddelen door de zorgverzekeraar geschiedt zodanig dat van alle werkzame stoffen die voorkomen in de bij ministeriële regeling aangewezen geneesmiddelen ten minste één geneesmiddel voor de verzekerde beschikbaar is. Enkele zorgverzekeraars wijzen de geneesmiddelen aan door middel van het voeren van preferentiebeleid. Dat beleid komt erop neer dat de zorgverzekeraar een of meer producten aanwijst die het goedkoopste zijn uit een reeks van geneesmiddelen met dezelfde werkzame stof. Als echter behandeling met het door de zorgverzekeraar aangewezen middel voor de verzekerde medisch niet verantwoord is, heeft de verzekerde ook recht op (vergoeding van) een ander geneesmiddel.²⁶ Dat laatste was aan de orde in een geschil waarover de Geschillencommissie adviseerde.²⁷ De zorgverzekeraar wilde het gebruik van het geneesmiddel Cozaar100 niet vergoeden omdat hij een ander, goedkoper geneesmiddel met dezelfde werkzame stof als preferent had aangewezen. De polisvoorwaarden bepaalden dat een (huis)arts kan bepalen of het medisch noodzakelijk is dat een ander geneesmiddel dan het voorkeursgeneesmiddel wordt gebruikt. In dit geval was er sprake van een dergelijke verklaring, zodat het middel volgens de Geschillencommissie moest worden vergoed.

21 Art. 14 lid 2 Zvw.

22 Art. 14 lid 2 Zvw.

23 Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2753, GJ 2013/126, m.nt. H.M. den Herder.

24 Art. 2.8 lid 1 Besluit zorgverzekering.

25 Vzv. Rb. Den Haag 17 oktober 2013, JGR 2014/13, m.nt. De Best en Schutjens.

26 Art. 2.4 lid 4 Besluit zorgverzekering.

27 GcZ 5 maart 2014, SKGZ2013.01468.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

In zorginkoopcontracten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders kunnen nadere voorwaarden worden gesteld aan de verstrekking, levering en vergoeding van bepaalde geneesmiddelen. Dergelijke afspraken waren onderwerp van geschil tussen Medizorg en zorgverzekeraar VGZ.²⁸ VGZ stelde in haar inkoopbeleid voor 2012 de aanvullende voorwaarde dat een unieke zorgaanbieder alleen geneesmiddelen mocht leveren conform een limitatieve lijst. Als Medizorg een nieuw product wilde leveren, diende zij aan VGZ een verzoek tot uitbreiding van die lijst te doen. In de zorgovereenkomst was in dat verband als toetsingscriterium vermeld dat VGZ het verzoek 'op redelijke wijze' en 'naar de op dat moment geldende omstandigheden' zou beoordelen. Medizorg had VGZ verzocht om het middel Boceprevir (merknaam Victrelis) toe te voegen aan de limitatieve lijst. VGZ had dat geweigerd. Medizorg vocht dat besluit aan. Bij de beoordeling nam het hof de zorgovereenkomst, waarin het toetsingscriterium was opgenomen, als uitgangspunt. Die overeenkomst moest worden uitgelegd aan de hand van het zgn. *Haviltex*-criterium.²⁹ Het hof kwam tot het oordeel dat VGZ, gelet op de tekst van het toetsingscriterium, de context van de zorgovereenkomst, de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen en de eisen van redelijkheid en billijkheid, bij de toetsing van een verzoek een nieuw product of nieuwe dienst op te nemen in de lijst meerdere feiten en omstandigheden in onderling verband mocht meewegen en dat, anders dan Medizorg van mening was, niet uitsluitend plaatsing op bijlage 1B van de Regeling zorgverzekering doorslaggevend was. Overigens komt het hof uiteindelijk tot het oordeel dat VGZ het verzoek van Medizorg niet op redelijke wijze had beoordeeld en dat VGZ ten

onrechte had geweigerd Victrelis op te nemen op de limitatieve lijst.

Sommige geneesmiddelen worden op bijlage 2 bij de Regeling zorgverzekering geplaatst. In dat geval omvat de farmaceutische zorg slechts aflevering van dat geneesmiddel indien voldaan is aan de bij die categorieën vermelde criteria.³⁰ Een verzekerde heeft dan slechts aanspraak op een geneesmiddel voor rekening van de zorgverzekering indien hij voldoet aan de in bijlage 2 bepaalde indicatievoorwaarden. Een voorbeeld van toepassing van deze regeling is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag over de vergoeding van het dure geneesmiddel infliximab.³¹ Infliximab wordt op grond van bijlage 2 slechts vergoed bij twee indicaties. Deze voorwaarden waren in de zorgovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder nader ingevuld. In casu had de verzekeraar vergoedingen teruggevorderd omdat niet voldaan was aan de aanvullende voorwaarden. De rechtbank ging daarin mee.

- Toezeggingen van de zorgverzekeraar

Toezeggingen van de zorgverzekeraar kunnen er soms toe leiden dat een prestatie die op basis van wet- en regelgeving niet voor vergoeding in aanmerking komt, toch moet worden vergoed. Dit leidt nog wel eens tot juridische discussies. Zo waren een zorgverzekeraar en een verzekerde het niet eens over de hoogte van de vergoeding van een hartcatheterisatie en een dotterbehandeling in een ziekenhuis in Indonesië. Het ziekenhuis had beide behandelingen afzonderlijk in rekening gebracht. Beide behandelingen waren echter tijdens één operatie uitgevoerd, zodat de kosten volgens het Nederlandse stelsel in één bedrag in rekening kunnen worden gebracht. De verzekeraar had echter bij de verzekerde de indruk gewekt dat er sprake was van twee afzonderlijke tarieven die allebei op basis van maximaal 100% van het Nederlandse tarief zouden

28 Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0818, *GJ* 2013/103, *JGR* 2013/25, m.nt. De Best.

29 Kort gezegd is hierbij maatgevend wat partijen over en weer hebben verklaard en op basis van die verklaringen en gedragingen over en weer mochten begrijpen in het licht van alle omstandigheden van het geval (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635).

30 Art. 2.5 Regeling zorgverzekering.

31 Rb. Den Haag 5 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2375, *GJ* 2013/108, *JGR* 2013/26, m.nt. Schutjens.

worden vergoed. Gelet hierop hoefde de betrokkene er geen rekening mee te houden dat vanwege de dotterbehandeling een aanzienlijk bedrag voor zijn rekening zou blijven, aldus de Geschillencommissie. De commissie oordeelde dat de verzekerde recht had op volledige vergoeding.³²

2.1.3 *Zorg in het buitenland*

In artikel 20 van Verordening (EU) 883/2004 is bepaald dat een verzekerde die naar een andere lidstaat reist met het oogmerk gedurende zijn verblijf een medische behandeling te ondergaan, daarvoor in beginsel toestemming van het bevoegde orgaan dient te vragen. Deze toestemming mag niet worden geweigerd wanneer 1) de desbetreffende behandeling behoort tot de prestaties waarin de wetgeving van de lidstaat waar de betrokkene woont, voorziet, en 2) die behandeling hem, gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, in laatstbedoelde lidstaat niet kan worden gegeven binnen een termijn die medisch verantwoord is.³³ Wat de tweede voorwaarde betreft heeft het Hof van Justitie van de EU eerder geoordeeld dat de vereiste toestemming niet mag worden geweigerd wanneer in de lidstaat waar de betrokkene woont, niet tijdig een identieke of even doeltreffende behandeling kan worden verkregen.³⁴ Een omstandigheid waarmee het bevoegde orgaan in dat kader rekening dient te houden, kan in een concreet geval een gebrek aan geneesmiddelen en aan de meest fundamentele medische benodigdheden zijn. Dat dient dan wel te gelden voor alle ziekenhuizen in die lidstaat die de betrokken behandeling kunnen verstrekken, rekening gehouden met het tijdsbestek waarbinnen die behandeling tijdig kan worden verkregen, aldus het Hof van Justitie in 2014.³⁵

2.1.4 *Premie*

Betaalt een verzekerde de premie voor de zorgverzekering niet, dan spreekt de zorgverzekeraar hem in

eerste instantie aan op betaling. Indien de verzekerde na zes maanden niet heeft betaald, meldt de zorgverzekeraar de verzekerde als wanbetaler aan bij het Zorginstituut Nederland. Het Zorginstituut houdt de premie dan in op het inkomen van de desbetreffende verzekerde.³⁶ Hoewel het een tekortkoming van de verzekerde in de premiebetalingsverplichting is die leidt tot inschakeling van het Zorginstituut Nederland voor de inning van de premie, komen eventuele fouten van het Zorginstituut bij de uitvoering van die taak in beginsel niet voor risico van de verzekerde.³⁷ Overigens gaan zorgverzekeraars, althans gerechtsdeurwaarders namens hen, bij de inning van premies in rechte ook niet zelden onzorgvuldig te werk, zo blijkt uit twee uitspraken in deze kroniekperiode van de Rechtbank Limburg.³⁸

2.2 *Zorgverzekeraars*

2.2.1 *Vereveningsbijdrage*

Zorgverzekeraars ontvangen van het Zorginstituut een vereveningsbijdrage om compensatie te bieden voor de verplichtingen die zij ter behartiging van publieke belangen op grond van de wet hebben.³⁹ De vaststelling van de vereveningsbijdrage wordt herberekend op basis van onder meer het werkelijke aantal verzekerden.⁴⁰ Om dat vast te stellen dient de verzekeraar tijdig de benodigde gegevens bij het Zorginstituut aan te leveren. Onder die gegevens vallen de burgerservicenummers van de verzekerden. Die gegevens zijn nodig om verzekerdenkenmerken aan verzekerden te koppelen. Vindt geen tijdige aanlevering plaats, dan zijn die verzekerden niet kenbaar voor het Zorginstituut, zodat zij niet

36 Dit alles volgt uit art. 18a e.v. Zvw.

37 Rb. Noord-Holland (sector kanton, locatie Alkmaar) 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:1770.

38 Rb. Limburg 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:7439 en Rb. Limburg 19 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2366. In beide uitspraken krijgen de zorgverzekeraars in ferme bewoordingen een veeg uit de pan.

39 Art. 32 Zvw.

40 Art. 34 lid 2 Zvw.

32 GcZ 29 januari 2014, SKGZ2013.01224.

33 Art. 20 lid 2 Verordening (EU) 883/2004.

34 Bijv. HvJ EU 12 juli 2001, C-372/04 (*Watts*).

35 HvJ EU 9 oktober 2014, C-268/13.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

worden aangemerkt als verzekerden als bedoeld in artikel 34 lid 2 Zvw.⁴¹

2.2.2 Restitutievergoeding bij niet-gecontracteerde zorg

Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij zij aanspraak hebben op zorg bij gecontracteerde zorgaanbieders (naturavariant of restitutievariant met gecontracteerde zorg), hebben de mogelijkheid te kiezen voor het invoeren van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Zij hebben ingevolge artikel 13 Zvw recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de kosten van die zorg.⁴²

De Hoge Raad bepaalde in juli 2014 dat artikel 13 Zvw aldus moet worden uitgelegd dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturapolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.⁴³ De Hoge Raad achtte daarbij doorslaggevend dat de wetgever dit zgn. 'hinderpaalcriterium' bij de parlementaire behandeling van artikel 13 Zvw uitdrukkelijk als uitgangspunt had genomen. Hieraan doet niet af dat de wetgever destijds – volgens de Hoge Raad – ten onrechte van mening was dat het hinderpaalcriterium voortvloeit uit Europese jurisprudentie.

41 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2389 en ECLI:NL:RVS:2013:2390.

42 Het wetsvoorstel tot wijziging van art. 13 Zvw (*Kamerstukken II 2011/12, 33362, 2*), kort gezegd inhoudende dat de zorgverzekeraar de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg bij een naturapolis ook op nihil mag vaststellen, haalde geen meerderheid in de Eerste Kamer. In plaats daarvan heeft de minister een alternatief pakket aan maatregelen voorgesteld (brief van 6 februari 2015, *Kamerstukken II 2014/15, 31765, 116*; deze brief staat ook bekend als de brief 'Kwaliteit loont').

43 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83, m.nt. J. Legemaate, GJ 2014/121, m.nt. J.J. Rijken.

Over de vraag hoe hoog de vergoeding moet zijn, wil die geen hinderpaal opleveren, hebben diverse lagere rechters uitspraken gedaan.⁴⁴ Als lijn kan worden waargenomen dat een vergoeding van 75-80% van het wettelijke dan wel het marktconforme tarief een breed gedragen praktijknorm is die geen hinderpaal oplevert voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg. De Geschillencommissie sluit zich bij deze lijn aan.⁴⁵ Wel erkent de Geschillencommissie dat deze praktijknorm in de loop der tijd kan veranderen.⁴⁶

2.2.3 Declaraties, onrechtmatig declareergedrag en fraude⁴⁷

Op grond van artikel 88 lid 1 Zvw is de zorgaanbieder verplicht om alle inlichtingen en gegevens te verschaffen, voor zover die noodzakelijk zijn voor

44 Zie Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971, GJ 2013/107; Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682; Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Breda) 28 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4907, GJ 2013/109; Vzr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989, GJ 2014/12; Vzr. Rb. Midden-Nederland (locatie Utrecht) 23 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1578, GJ 2014/98 (in hoger beroep bekrachtigd behoudens voor zover het de proceskostenveroordeling betreft); Vzr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 27 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3593; Vzr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 30 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4013, GJ 2014/138.

45 Zie bijvoorbeeld: GcZ 27 augustus 2014, 2013.01771, GJ 2014/161 en GcZ 19 november 2014, 2014.00671. De Geschillencommissie gaat uit van een minimumnorm van 75%.

46 GcZ 27 augustus 2014, 2013.01771, GJ 2014/161, onderdeel 9.6: 'althans zolang dit percentage binnen de markt breed wordt gedragen'.

47 Zie over zorgfraude nader het eerder dit jaar verschenen preadvies van de Vereniging voor Gezondheidsrecht (VGR): T.A.M. van den Ende, 'Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen hun eigen ongelukken genereren', in: Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel; Terug- en vooruitblik (Preadvies 2015 VGR), Den Haag: Sdu 2015.

de uitvoering van de zorgverzekering en/of de Zvw. Daartoe behoort dat kan worden vastgesteld dat niet meer kosten worden vergoed dan de uitgevoerde behandelingen rechtvaardigen (rechtmatigheid) en geen behandelingen worden vergoed waarvoor medisch geen of onvoldoende indicatie is (doelmatigheid).⁴⁸ Onder omstandigheden kunnen onzorgvuldigheden in het declaratiebedrag ertoe leiden dat een zorgverzekeraar geen nieuw zorginkoopcontract aan een zorgaanbieder aanbiedt.⁴⁹

De wet bevat als zodanig geen sanctie op het niet voldoen aan de verplichting om stukken te verstrekken. Als een zorgaanbieder weigert mee te werken en ook andere wettelijke controlemiddelen geen soelaas bieden, mag een verzekeraar in beginsel overgaan tot het aanschrijven van patiënten met de mededeling dat hun zorgaanbieder zeer afwijkend declareergedrag vertoont, zo blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Gelderland.⁵⁰ Aan het gebruik van dat middel zullen wel hoge eisen van zorgvuldigheid en behoedzaamheid moeten worden gesteld.

Om de rechtmatigheid en doelmatigheid van declaraties te controleren, kunnen zorgverzekeraars bij zorgaanbieders een materiële controle (inclusief detailcontrole) of een fraudeonderzoek uitvoeren.⁵¹ In beginsel dient een verzekeraar voorafgaand aan een detailcontrole of een fraudeonderzoek een specifieke risicoanalyse en een specifiek controleplan over te leggen.⁵² Die verplichting geldt evenwel niet

indien verstrekking van die stukken het fraudeonderzoek kan schaden, hetgeen het geval was in een geschil waarover de Rotterdamse voorzieningenrechter oordeelde.⁵³

Ook indien een zorgaanbieder bij het declareren van verleende zorg een factoringbedrijf inschakelt, blijft op de zorgaanbieder de verantwoordelijkheid rusten dat declaraties rechtmatig zijn en geen onjuiste gegevens bevatten.⁵⁴

Aan de bewijsvoering met betrekking tot de fraude dienen hoge eisen te worden gesteld. De ziektekostenverzekeraar kan niet volstaan met het enkel aan nemelijk maken van fraude, maar dient die ondubbelzinnig aan te tonen. In een geval waarbij fraude werd vermoed bij declaraties die een verzekerde bij zijn verzekeraar had ingediend, overwoog de Geschillencommissie dat moet komen vast te staan dat de verzekerde de ziektekostenverzekeraar opzettelijk heeft misleid of heeft willen misleiden met als beweegreden zodoende een (hogere) vergoeding te verkrijgen. De bewijslast dienaangaande ligt bij de ziektekostenverzekeraar.⁵⁵

2.2.4 Zorginkoop

Zorgverzekeraars kopen zorg in voor alle verzekerden met een naturaverzekering. Dat houdt in dat de verzekeraar contracten sluit met zorgaanbieders ten behoeve van zijn verzekerden. Daarin komen zij overeen dat en onder welke voorwaarden de zorgaanbieders zorg verlenen aan de verzekerden van de verzekeraar tegen een door de verzekeraar te betalen vergoeding.

• Aanbestedingsplicht zorgverzekeraar

In deze kroniekperiode ontstond er discussie over de vraag of een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Onder het begrip aanbestedende dienst vallen

48 V.zr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2581, *GJ* 2013/150 en V.zr. Rb. Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 26 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6831.

49 V.zr. Rb. Midden-Nederland (locatie Utrecht) 31 december 2013, *GJ* 2014/54.

50 V.zr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2581, *GJ* 2013/150. In hoger beroep bekrachtigd: Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 15 juli 2014, *GJ* 2014/122.

51 Hoofdstuk 7 van de Regeling zorgverzekering. Een geval van fraude treft men aan in Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5587, *GJ* 2013/127.

52 Art. 7.8 lid 1, onder b en d, Regeling zorgverzekering.

53 V.zr. Rb. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1740, *GJ* 2014/99.

54 Rb. Midden-Nederland (locatie Utrecht) 9 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2742, *GJ* 2014/166.

55 GcZ 7 augustus 2013, 2012.02805, *GJ* 2013/132.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

publiekrechtelijke instellingen.⁵⁶ Daaronder wordt onder meer een rechtspersoonlijkheid bezittende instelling verstaan die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van commerciële aard, en waarvan de activiteiten hoofdzakelijk worden gefinancierd door de overheid.

In juni 2014 oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat zorgverzekeraar CZ moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Aanbestedingswet en dus aanbestedingsplichtig is.⁵⁷ De voorzieningenrechter achtte daarbij van belang dat zorgverzekeraars niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn en geen winst nastreven. Aldus is CZ volgens de voorzieningenrechter een instelling die voorziet in een behoefte van algemeen belang, anders dan van commerciële aard. Verder overwoog de voorzieningenrechter dat CZ voor meer dan de helft wordt gefinancierd door de Staat.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag kwam echter in een zaak tegen zorgverzekeraar Achmea tot een ander oordeel.⁵⁸ De Haagse voorzieningenrechter ging mee met het betoog van Achmea dat zij niet in hoofdzaak door de Staat wordt gefinancierd. Daarbij achtte de voorzieningenrechter doorslaggevend dat Achmea onweersproken had aangevoerd dat de inkomensafhankelijke eigen bijdrage – meer dan 50% van de inkomsten van zorgverzekeraars – niet als overheidsfinanciering moet worden aangemerkt, omdat deze bijdrage door de belastingdienst namens de burgers aan de zorgverzekeraars wordt betaald. Aldus kon volgens de voorzieningenrechter niet worden

gezegd dat Achmea een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet is.⁵⁹

Tegen beide vonnissen is hoger beroep ingesteld. In één van de hoger beroepen is inmiddels arrest geweest.⁶⁰ Om de lezer niet onnodig in spanning te laten over de uitkomst daarvan, treden wij op dit punt even buiten de tijdsgrenzen van deze kroniek. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat zorgverzekeraar CZ en de bijbehorende labels niet kunnen worden aangemerkt als aanbestedende diensten in de zin van de Aw. Volgens het hof dienen de zorgverzekeraars namelijk een algemeen belang van commerciële aard. Het hof overwoog in dat kader dat zorgverzekeraars 1) een winstootmerk hebben, 2) opereren onder normale marktomstandigheden en 3) het economisch risico van hun activiteiten dragen. In dat kader achtte het hof van belang dat zorgverzekeraars worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Het systeem van risicoverevening doet daaraan volgens het hof niet af, omdat die er slechts toe dient om vooraf bestaande onevenwichtigheden te compenseren en niet de prikkel wegneemt om efficiënt te ondernemen. Volgens het hof kan bovendien niet worden gezegd dat zorgverzekeraars niet opereren in een klimaat van concurrentie: er is sprake van een markt waarop zorgverzekeraars hun activiteiten in

56 Art. 1.1 Aw.

57 Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant (locatie Breda) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, GJ 2014/145.

58 Vzr. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, JAAN 2015/9, m.nt. Mutsaers.

59 In een latere procedure tegen Achmea (Vzr. Rb. Midden-Nederland 5 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6753) bleek de vraag naar de aanbestedingsplicht van zorgverzekeraars niet meer te spelen. De voorzieningenrechter nam de beslissingen over van Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542 en Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 27 oktober 2014, kenmerk C/05/270350/KG ZA 14-474. Laatstgenoemd vonnis is (nog) niet gepubliceerd, zodat we dit in deze kroniek niet kunnen bespreken.

60 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2804, GJ 2014/144.

concurrentie om de gunst van de verzekerden met elkaar uitoefenen.⁶¹

• Overig

Indien een zorgverzekeraar in het kader van een inkoopprocedure zorgaanbieders door middel van een uniform aanbod heeft uitgenodigd tot het indienen van offertes, is die procedure, die lijkt op een aanbestedingsprocedure, onderworpen aan de werking van de redelijkheid en de billijkheid in precontractuele verhoudingen. De zorgverzekeraar dient bij het vaststellen van een dergelijk inkoopbeleid een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen. Het inkoopbeleid dient verifieerbaar, transparant en non-discriminatoir te zijn en de aangelegde normen mogen niet onredelijk zijn.⁶² Daarnaast mag een verzekeraar geen misbruik maken van een economische machtspositie ten opzichte van de partijen met wie hij een inkoopovereenkomst wenst te sluiten. Die verplichting gaat echter niet zo ver dat een zorgverzekeraar ervoor moet instaan dat zorgaanbieders hun onderneming kunnen (blijven) voeren op de wijze waarop zij dat gewend zijn.⁶³

Soms wijkt het inkoopbeleid zozeer af van de gang van zaken bij een aanbestedingsprocedure dat niet van een zorgverzekeraar kan worden verlangd dat hij daarbij de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht neemt. Dat oordeelde de Haagse voorzieningenrechter over het inkoopbeleid van Menzis met betrekking tot farmaceutische zorg.⁶⁴ Dat inkoopbeleid hield in dat Menzis aan al de bij haar bekende apotheken rechtstreeks een aanbod deed. Indien de betreffende apotheken aan de eisen van Menzis vol-

deden en het aanbod accepteerden, kwam er een overeenkomst tot stand. Op enig moment in het jaar bekeek Menzis dan of zij voldoende zorg had ingekocht en indien dit het geval was, sloot zij vanaf dat moment geen nieuwe overeenkomsten meer met apotheken in die regio. De voorzieningenrechter vond dat Menzis in dat geval niet was gehouden aan aanbestedingsrechtelijke beginselen.

Bij het Hof Arnhem-Leeuwarden stond het inkoopbeleid van zorgverzekeraar VGZ met betrekking tot de aflevering van dieetpreparaten centraal.⁶⁵ VGZ had in de zorginkoopovereenkomst een voorkeursbeleid toegepast op drinkvoedingen. Het Hof achtte dit beleid, net als de voorzieningenrechter in eerste aanleg,⁶⁶ onrechtmatig. Het Hof vond dat er voldoende keuzemogelijkheden voor de verzekerde moesten zijn. De persoonlijke keuze van de patiënt uit meerdere dieetpreparaten met meerdere smaken en van verschillende fabrikanten vormt volgens het hof onderdeel van hetgeen bij de behandeling van ondervoeding in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten in de zin van artikel 2.1 lid 2 Bzv. Met haar inkoopbeleid beperkte VGZ de aanspraken verder dan de Zvw toelaat.

2.3 Zorginstituut Nederland

In de vorige kroniek hebben wij stilgestaan bij nieuwe Europese en nationale jurisprudentie omtrent verdragsgerechtigden in de zin van Verordening (EU) 883/04. Ook in deze kroniekperiode heeft de Centrale Raad van Beroep veel uitspraken

61 Zie hierover nader 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 VGR 2015), Den Haag: Sdu 2015.

62 V.zr. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, JAAN 2015/9, m.nt. Mutsaers.

63 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Breda) 20 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7296, GJ 2015/13.

64 V.zr. Rb. Den Haag, 12 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12094, GJ 2015/12.

65 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3663, JGR 2014/35, m.nt. Schutjens.

66 V.zr. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 15 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4583, GJ 2014/13, JGR 2014/12, m.nt. Schutjens.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

gedaan over deze thematiek,⁶⁷ maar tot nieuwe juridische vergezichten heeft dat niet geleid.

3. AWBZ

3.1 Inleiding

Hoewel de AWBZ op 1 januari 2015 is ingetrokken en is vervangen door de Wet langdurige zorg (Wlz), zijn wij ervan overtuigd dat de jurisprudentie onder de AWBZ nog steeds van belang is en alleen al daarom bespreking verdient. Substantieel minder verzekerden dan voorheen hebben aanspraak op langdurige zorg, maar de materiële en procedurele gelijkheid tussen de Wlz en de AWBZ is groot.

3.2 Kring der verzekerden

3.2.1 Woonplaats

De kring van AWBZ-verzekerden werd geregeld in artikel 5 AWBZ. Hoofdreel was dat iedereen die ingezetene van Nederland was of in Nederland loonontving, verzekerd was. Ingezetene in de zin van die wet was degene die in Nederland woonde (artikel 2 AWBZ). Waar iemand woonde, werd naar de omstandigheden beoordeeld (artikel 3 AWBZ).

De Raad oordeelde dat een Duitse student die zowel in Nederland als in Duitsland op een adres stond ingeschreven, een 'duurzame band van persoonlijke aard met Nederland had, zoals bedoeld in de arresten van de Hoge Raad van 21 januari 2011 en 4 maart 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP1466 en ECLI:NL:HR:2011:BP6285).⁶⁸ Dit werd naar het oordeel van de Raad niet anders als zou worden aangenomen dat de student valt onder de personele wer-

kingssfeer van Verordening (EG) 883/2004, die de regelingen voor sociale zekerheid in de verschillende lidstaten coördineert. Voor de vraag waar de desbetreffende persoon 'het gewone centrum van zijn belangen' heeft, zijn op grond van de Verordening immers niet de formele indicaties zoals inschrijving in een gemeentelijk inwonersregister doorslaggevend, maar zijn de concrete feiten en omstandigheden bepalend.

De weigering om een pgb te verlenen op de grond dat iemand volgens de GBA niet over een (vast) woonadres beschikt, beperkt de kring der verzekerden niet. De geïndiceerde zorg kan in dat geval nog worden gerealiseerd in de vorm van zorg in natura. De wetgever heeft goede redenen gehad om de optie van zorgverlening in de vorm van een pgb uit te sluiten, aldus de Raad. Het pgb wordt meer solide (minder fraudegevoelig) door mensen uit te sluiten van wie op voorhand duidelijk is dat zij geen vaste verblijfplaats hebben.⁶⁹

3.2.2 Koppelingsbeginsel

Vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven (hierna: illegale vreemdelingen), waren – in afwijking van de hoofdreel – niet verzekerd (artikel 5 lid 2 AWBZ). Dit wordt het koppelingsbeginsel genoemd. De Centrale Raad van Beroep hanteert het uitgangspunt dat de koppelingswetgeving, waarbij aan illegale vreemdelingen slechts onder bepaalde voorwaarden rechten worden verleend die Nederlandse onderdanen zonder meer hebben, een onderscheid vormt dat met non-discriminatievoorschriften uit internationale verdragen verenigbaar is.

Niettemin kan bij strijdigheid met artikel 8 EVRM de toepassing van artikel 5 lid 2 AWBZ achterwege blijven. De Raad toetst dan of door het besluit van het zorgkantoor tot afwijzing van de aanvraag tot het tot gelding brengen van zorg, de normale ontwikkeling van het privéleven van de illegale vreemdeling onmogelijk wordt gemaakt. Ten behoeve van

67 Zie bijv.: CRvB 5 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA3444; CRvB 14 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1790; CRvB 25 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2367; CRvB 30 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2581; CRvB 30 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2579; CRvB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3197; CRvB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3196; CRvB 29 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3497; CRvB 3 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4032.

68 CRvB 18 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1335.

69 CRvB 12 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:862; CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2005.

die toets moet de illegale vreemdeling voldoende feitelijke gegevens aandragen.⁷⁰

Bij het toetsen aan artikel 8 EVRM betreft de Raad artikel 122a Zvw, waarin is geregeld dat het Zorginstituut bijdragen verstrekt aan/overeenkomsten sluit met zorgaanbieders die inkomsten derven ten gevolge van het verlenen van medisch noodzakelijke zorg aan in betalingsonmacht verkerende illegale vreemdelingen. Onder 'medisch noodzakelijke zorg' worden zowel de ingevolge de Zorgverzekeringswet te verzekeren prestaties verstaan als zorg waarop ingevolge de AWBZ aanspraak bestaat.

Volgens een inmiddels vaste lijn in de jurisprudentie oordeelt de Raad dat de Staat er uitdrukkelijk voor heeft gekozen om ter invulling van de verplichtingen die onder meer voortvloeien uit artikel 8 EVRM het vergoedingsstelsel van artikel 122a Zvw te introduceren.⁷¹ Deze door de Staat gemaakte keuze valt binnen de ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt waar het gaat om de besteding van publieke middelen. Dit systeem faciliteert in zijn algemeenheid de toegankelijkheid van medisch noodzakelijke zorg aan illegale vreemdelingen, aldus de Raad in de hiervoor aangehaalde uitspraken. Daarbij verwees de Raad naar een evaluatierapport van Berenschot,⁷² waaruit blijkt dat het CVZ in april 2011 met 27 AWBZ-instellingen en 40 GGZ-instellingen had gecontracteerd, en dat de IGZ nauwelijks tot geen signalen had ontvangen dat de toegankelijkheid van de zorg in het geding is.

Voor de illegale vreemdeling betekent dit alles dat hij geen aanspraak op AWBZ-zorg heeft die hij via zijn zorgverzekeraar tot gelding kan brengen, maar zich voor medisch noodzakelijke zorg rechtstreeks kan wenden tot een zorgverlenende instelling.

Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM kan het handelen of nalaten van een overheidsorgaan in geval van uitzonderlijke omstandigheden worden aangemerkt als schending van artikel 3 EVRM.⁷³ Een Iraakse vreemdeling zonder verblijfsvergunning die zich op het standpunt stelde dat zowel artikel 3 als artikel 8 EVRM door het zorgkantoor was geschonden, werd door de Raad in het ongelijk gesteld.⁷⁴ De Raad had al geoordeeld dat artikel 8 EVRM niet was geschonden. De Raad oordeelde vervolgens dat als een klacht over artikel 8 van het EVRM geen doel treft, de in dat verband genoemde omstandigheden zeker niet kunnen worden aangemerkt als uitzonderlijke omstandigheden in voornoemde zin, aangezien artikel 3 van het EVRM een veel zwaardere norm stelt.

3.2.3 *Uitbreiding en beperking kring der verzekerden*

Naar het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant bieden de AWBZ en het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 (KB 746) geen aanknopingspunten voor het standpunt dat een ingezetene die echtgenote is van een buiten Nederland werkzame EU-ambtenaar, is uitgesloten of kan worden ontheven van de verzekeringsplicht op grond van de AWBZ.⁷⁵

In artikel 21 lid 2 KB 746 is bepaald dat niet verzekerd is op grond van de AWBZ de persoon die in Nederland woont en die recht heeft op een uitkering of pensioen ingevolge de regeling van een volkenrechtelijke organisatie, indien hij op grond van een regeling van die organisatie in Nederland aanspraak heeft op zorg, of op vergoeding van de kosten daarvan, tenzij hij in Nederland arbeid verricht. De Sociale Verzekeringsbank (SVB) kan deze bepaling buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover toepassing gelet op het belang van de uitbreiding en beperking van verzekerden zal leiden tot een onbil-

70 CRvB 12 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1027.

71 CRvB 4 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2043; CRvB 20 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2939.

72 E. Casteleins e.a., *Evaluatie van de bijdrageregeling van artikel 122a van de Zorgverzekeringswet*, Berenschot, 7 november 2011.

73 Zie onder meer EHRM 27 mei 2008, 26565/05, ECHR 2008, 91 (N./Verenigd Koninkrijk).

74 CRvB 12 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1027.

75 Rb. Oost-Brabant 16 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2421.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

lijkheid van overwegende aard (artikel 24 KB 746). Om dit te toetsen hanteert de SVB in zijn beleidsregels onder meer het criterium dat 'iemand in de situatie is geraakt dat hij wat zijn verzekeringspositie betreft tussen wal en schip valt in die zin dat materieel geen sprake is van een adequate verzekering'. Naar het oordeel van de Raad betekent het feit dat de verzekering via een volkenrechtelijke organisatie geen volledige dekking biedt voor gemaakte en mogelijk nog te maken ziektekosten, niet dat geen sprake is van een adequate dekking.⁷⁶ Ook Nederlandse en buitenlandse zorgverzekeraars stellen immers grenzen en voorwaarden aan de vergoeding van gemaakte ziektekosten.

3.3 Aanspraken

3.3.1 *Zorg ter voorkoming van ziekten en ter voorziening in hun geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging*

Verzekerden hadden op grond van artikel 6 AWBZ aanspraak op zorg ter voorkoming van ziekten en ter voorziening in hun geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging. Tot deze zorg behoorden voorzieningen tot behoud, herstel of ter bevordering van de arbeidsgeschiktheid of strekkende tot verbetering van levensomstandigheden, alsmede maatschappelijke dienstverlening.

Zoals in elke kroniekperiode zijn er ook nu weer uitspraken geweest over de vraag of bepaalde hulp kwalificeert als AWBZ-zorg. Soms ligt het antwoord op die vraag zo voor de hand, dat bij lezing van de uitspraak een glimlach niet kan worden onderdrukt. Zo oordeelde de Raad dat 'hulp' van FleksZorg, een organisatie die tegen betaling seksuele diensten aan mensen met een beperking verleent, niet kwalificeert als AWBZ-zorg.⁷⁷ Dit gold ook voor de verstrekking van een computer.⁷⁸ Ook het door de bedrijven Rooth Multiservice en Pro tuin uitvoeren van werkzaamheden in de kas en tuin

van een verzekerde werden niet als AWBZ-zorg aangemerkt.⁷⁹ Yogatherapie, aangeboden door Yoga Lifestyle Studio, was evenmin AWBZ-zorg.⁸⁰

Minder luchtig was een procedure over een 42-jarige man met beperkingen ten gevolge van een hersenbloeding/hersenletsel. Aan deze man had een stichting hulp geleverd door toepassing van de Feuerstein-methode, die er niet op gericht is om iets te leren maar veelal op het besef hoe je iets kunt leren. Dit was naar het oordeel van de Raad geen begeleiding omdat geen sprake was van concrete ondersteuning/oefening.⁸¹

3.3.2 *Indicatie*

- **Terugwerkende kracht**

Een AWBZ-verzekerde had slechts aanspraak op zorg als hij beschikte over een geldig indicatiebesluit van het CIZ (artikel 9b AWBZ).⁸²

Het indicatiesysteem van de AWBZ bracht mee dat zorg die achteraf ruimer geïndiceerd werd over een periode die ten dele al voorbij was, over dat deel niet meer geëffectueerd kon worden. Dit was aan de orde in een uitspraak van de Raad over een indicatie die aanvankelijk te laag was en na tussenkomst van de rechtbank moest worden bijgesteld. Omdat voor de indicatiestelling een andere organisatie verantwoordelijk was dan voor de zorgrealisatie (BZJ/CIZ resp. het zorgkantoor), was het ten dele niet meer kunnen effectueren van de geïndiceerde zorg en de gestelde daarmee verband houdende schade niet

76 CRvB 2 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1486, RSV 2014/133, USZ 2014/206, FutD 2014-1092.

77 CRvB 17 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1050.

78 CRvB 23 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2491.

79 CRvB 9 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2206.

80 CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.

81 CRvB 10 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4136. Voor aanspraak op begeleiding moesten de activiteiten bestaan uit het ondersteunen bij of het oefenen met vaardigheden of handelingen/het ondersteunen bij of het oefenen met het aanbrengen van structuur of het voeren van regie (art. 6 lid 3 Bza). Zie over de Feuerstein-methode ook CRvB 13 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2741.

82 Ook onder de Wlz is een indicatiebesluit nodig (art. 3.2.3 Wlz).

van belang voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het indicatiebesluit.⁸³

- **Beleidsregels indicatiestelling AWBZ**

Geschillen gaan vaak over de omvang van de geïndiceerde functie. Bij de beoordeling van het bezwaar toetste het CIZ dan aan de Beleidsregels indicatiestelling AWBZ. Naar vaste rechtspraak van de Raad komt aan het CIZ geen beoordelingsvrijheid toe bij de uitleg van de algemeen verbindende voorschriften (avv's) die op (het nemen van) een indicatiebesluit van toepassing zijn.⁸⁴ Noch de tekst van die avv's noch de aard van de door CIZ uit te oefenen bevoegdheid geeft daartoe aanleiding. Dit betekent dat de bestuursrechter de uitleg die CIZ aan de toepasselijke avv's geeft, vol moet toetsen en zo nodig zijn uitleg in de plaats moet stellen van die van het CIZ.

In de Beleidsregels indicatiestelling AWBZ 2010 waren richtlijnen opgenomen ten aanzien van gebruikelijke zorg van ouders voor kinderen met een normaal ontwikkelingsprofiel.⁸⁵ Deze beleidsregels beperkten de aanspraak op AWBZ-zorg door te bepalen dat kinderen alleen aanspraak maken op AWBZ-zorg als deze 'bovengebruikelijk' is, dat wil zeggen meer dan een uur per etmaal. Bij de indicatiestelling werd daarom zeven uur per week niet geïndiceerd (de 'aftrekregel').

De Raad was van oordeel dat de Beleidsregels indicatiestelling AWBZ 2010 (op dit punt) in strijd waren met artikel 6 AWBZ. Ze waren gebaseerd op artikel 11 van het Zorgindicatiebesluit (Zib), waarin was bepaald dat de minister beleidsregels kon stellen ten aanzien van de wijze waarop het indicatieorgaan zijn activiteiten uitvoerde. Dit betekende 'dat

in de Beleidsregels een interpretatie kan worden gegeven van wettelijke bepalingen die zien op de werkwijze van het bestuursorgaan, maar dat deze regels niet zo ver kunnen gaan dat de aanspraak op AWBZ-zorg daardoor naar aard en omvang wordt beperkt.'⁸⁶

Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de staatssecretaris van VWS de beleidsregels vanaf 2011 aangepast. Daarin werd bepaald dat het uur per etmaal dat binnen de bandbreedte blijft van de zorg die een gezond kind van dezelfde leeftijd gemiddeld nodig heeft, gebruikelijke zorg is en eerst indien de zorgbehoefte deze bandbreedte van een uur per etmaal overschrijdt, sprake is van bovengebruikelijke zorg. In een nieuw geschil oordeelde de Raad dat 'gelet op de redactie van de Beleidsregels 2013 (...) met de aftrekregel is bedoeld het begrip gebruikelijke zorg nader in te vullen en niet om de aanspraken van de verzekerde te beperken.'⁸⁷

Toch bleef het tobben met de aftrekregel. In een uitspraak van 9 april 2014 oordeelde de Raad dat het CIZ door standaard bij alle kinderen één uur per etmaal als gebruikelijke zorg op de noodzakelijke zorg in mindering te brengen, geheel voorbij gaat aan de vraag of die zorg tot de normale, dagelijkse zorg behoort die een ouder geacht wordt aan zijn kind te bieden.⁸⁸ Persoonlijke verzorging voor een kind van 16 met de ziekte van Milroy,⁸⁹ bestaande uit het aan- en uittrekken van steunkousen en het aantrekken van een broek en aangepaste schoenen (55 minuten per week), is in ieder geval niet 'normaal' en moet leiden tot een indicatie.

83 CRvB 6 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2452. Zie ook CRvB 18 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ1448.

84 Zie bijv. CRvB 23 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ9329. Zie in deze kroniekperiode CRvB 29 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1556, r.o. 4.1; Vzr. CRvB 14 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1419, r.o. 5.10.

85 Hoofdstuk 3 van Bijlage 3 van de Beleidsregels.

86 CRvB 15 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1425, *GJ* 2013/106, RSV 2013/207, r.o. 5.5.

87 Vzr. CRvB 14 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1419, r.o. 5.9.

88 CRvB 9 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1497.

89 Een erfelijke ziekte aan het lymfestelsel, waarbij kinderen vaak lymfoedeem in hun onderbenen en voeten krijgen doordat het lymfestelsel te veel vloeistof aanmaakt. Tegen de zwellingen kunnen steunkousen gebruikt worden.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

• Onderzoek

Het door het CIZ verrichte onderzoek moet voldoen aan zorgvuldigheidseisen. In artikel 6 Zorgindicatiebesluit (Zib) was bepaald naar welke gezondheids- en sociale aspecten het CIZ onderzoek moet doen. Deze eisen brengen mee dat als sprake is van door artsen en begeleiders vastgestelde psychische problematiek, het CIZ niet zomaar aan de diagnosestellingen voorbij kan gaan.⁹⁰

Volgens vaste jurisprudentie behoort het ook tot de onderzoeksplicht van CIZ om na te gaan of er beperkingen zijn ten gevolge van een aandoening als daarvoor aanwijzingen bestaan, ook als de betrokkene (nog) geen behandelaar heeft en een (definitieve) diagnose (nog) niet is gesteld.⁹¹ Dit was in deze kroniekperiode onder meer aan de orde in een zaak van een bejaarde vrouw die een multiculturele instelling voor dagverzorging voor ouderen bezocht.⁹² In haar aanvraag was opgemerkt dat voor haar een aanvraag werd gedaan wegens veranderde omstandigheden en dat binnen de dagopvang was te merken dat mevrouw de afgelopen tijd verder achteruit was gegaan. Het CIZ kon onder die omstandigheden niet volstaan met een voorlopige indicatie in afwachting van nadere diagnostiek.

Het onderzoek is niet zonder meer onzorgvuldig te achten wanneer de medisch adviseur zich beperkt tot dossieronderzoek en de betrokken verzekerde niet zelf medisch onderzoekt.⁹³ Er moet dan worden gekeken naar de omstandigheden van het geval en de beschikbare medische informatie. De door een verzekerde met zijn aanvraag meegezonden medische informatie, in combinatie met in bezwaar bij zijn artsen en specialisten door de medisch adviseur van het CIZ opgevraagde informatie, vormde naar

het oordeel van de Raad voldoende grondslag voor een afwijzend indicatiebesluit.⁹⁴

Is de verzekerde het niet eens met het onderzoek van (de medisch adviseur van) het CIZ, dat tot uiting komt in de hoogte van de indicatie, dan zal de verzekerde dit onderzoek met objectieve medische informatie van zijn huisarts en eventueel medisch specialisten moeten betwisten. Het lukt verzekerden lang niet altijd om (voldoende) medische stukken over te leggen.⁹⁵

• Beëindiging

Het CIZ kan een indicatie beëindigen indien uit (medisch) onderzoek blijkt dat geen aanspraak bestaat op AWBZ-zorg. Dit was in deze kroniekperiode aan de orde bij een vrouw met een posttraumatische stress-stoornis, een depressie- en conversiestoornis, chronische duizeligheidsklachten en hoofdpijn.⁹⁶ Zij beschikte over een indicatie voor begeleiding individueel klasse 5, maar na het bezwaar tegen een herindicatie voor begeleiding individueel klasse 2 trok het CIZ de indicatie volledig in. De Raad overwoog dat mevrouw geen medische stukken had overgelegd waaruit bleek dat zij aanspraak had op AWBZ-zorg. Ook overwoog de Raad dat het CIZ niet had gehandeld in strijd met het verbod van reformatio in peius, nu de indicatie pas zes weken na het nemen van de beslissing op bezwaar werd beëindigd.

3.3.3 Persoonsgebonden budget

• Hoogte

Als een verzekerde de keuze heeft tussen zorg in natura of een pgb, geldt naar het oordeel van de Rechtbank Den Haag het uitgangspunt dat het pgb de budgethouder in staat moet stellen om zelf een

90 CRvB 5 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:388.

91 Zie eerder CRvB 3 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:832. Zie in deze kroniekperiode ook CRvB 14 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1732.

92 CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2988.

93 CRvB 12 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:395; CRvB 19 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:973.

94 CRvB 12 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:395.

95 Zie bijv. CRvB 15 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0148; CRvB 24 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1129; CRvB 24 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1133; CRvB 11 september 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1739; CRvB 12 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:913.

96 CRvB 25 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2243.

met de naturavoorziening vergelijkbare voorziening in te kopen.⁹⁷ Zorgkantoor CZ, dat het pgb van een verzekerde had verlaagd, kreeg van de rechtbank de opdracht om aan de hand van een berekening aannemelijk te maken dat de verzekerde met zijn op zeven dagdelen BG berustende pgb in staat was om de negen geïndiceerde dagdelen in natura in te kopen.

Naar vaste rechtspraak van de Raad dient het zorgkantoor bij inzet van zijn discretionaire bevoegdheid om het pgb lager vast te stellen een afweging te maken tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger.⁹⁸ Hierbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang. Die lijn in de jurisprudentie is in deze kroniekperiode verder bestendigd.⁹⁹ De Rechtbank Gelderland oordeelde dat deze lijn ook geldt voor de bevoegdheid van het zorgkantoor om het pgb in te trekken.¹⁰⁰

• Weigering

De gronden voor weigering van een pgb waren tot en met 31 december 2014 opgenomen in artikel 2.6.4 Regeling subsidies AWBZ (Rsa). In aanvulling daarop golden de – met het oog op harmonisatie

van wetgeving in het leven geroepen – in artikel 4:35 Awb neergelegde weigeringsgronden.¹⁰¹

In de belangenafweging voor de toepassing van zijn weigeringsbevoegdheid mocht het zorgkantoor meewegen dat de gegronde vrees bestaat dat de budgethouder opnieuw niet zal voldoen aan de verplichtingen die het pgb meebrengt. Dit was aan de orde in de zaak van een budgethouder die twee jaar achtereen zorg had ingekocht die niet mocht worden ingekocht.¹⁰²

Een veel geziene weigeringsgrond was dat op de potentiële budgethouder de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing was.¹⁰³ Hoewel de Raad dit niet expliciet heeft overwogen, leek het erop dat als óók geen zorg in natura mogelijk was, het zorgkantoor geen toepassing mocht geven aan deze weigeringsgrond. Dit was aan de orde bij een kind van 13 jaar, wiens moeder failliet was verklaard. De zorg werd met een pgb verleend door een persoon die het vertrouwen van het kind had gewonnen. Verbreking hiervan zou een negatief effect hebben op het gedrag van het kind.¹⁰⁴

Als het beschikbare subsidiebudget op macroniveau was uitgeput, kon het zorgkantoor de verlening van

97 Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1652.

98 CRvB 30 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4315, CRvB 22 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN9775, CRvB 1 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9635.

99 CRvB 17 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1047, CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975, CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2981.

100 Rb. Gelderland 25 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1911.

101 *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, 3, p. 58. Aldus ook de Raad en de rechtbank, in navolging van de wetgever, in CRvB 21 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1494; CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:119; Rb. Overijssel 4 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1057; CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2005; CRvB 25 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2242.

102 CRvB 25 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2242.

103 Art. 2.6.4 lid 2 aanhef en onder f Rsa, zoals geldend in 2011.

104 CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2005. Het is niet helemaal duidelijk wat in deze zaak tot weigering van het pgb heeft geleid; het feit dat de zorg niet in natura kon worden verleend óf het feit dat het kind bij zijn vader woonde, op wie de WSNP niet van toepassing was. De failliete moeder stond bovendien op afstand van het kind. Zie ook CRvB 29 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3668.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

een pgb in een individueel geval weigeren.¹⁰⁵ Wel waren er zeven uitzonderingsgronden, bijvoorbeeld dat de verzekerde behoefte had aan palliatief-terminale zorg.¹⁰⁶ In geschillen waarin zich geen van de uitzonderingsgronden voordeed, oordeelde de Raad dat de uitzonderingsregel een dwingendrechtelijk en limitatief karakter had. Omdat geen hardheidsclausule of coulanceregeling was opgenomen, was er volgens de Raad geen ruimte om in andere gevallen dan in de Rsa bepaald een pgb aan een verzekerde toe te kennen bij overschrijding van het subsidieplafond.¹⁰⁷ De Raad lijkt echter niet uit te sluiten dat zich een situatie kan voordoen waarin strikte wets-toepassing achterwege moet blijven en contra legem aanspraak zou kunnen worden gemaakt op een pgb.¹⁰⁸

• Verantwoording

Bij de verantwoording bepaalde het zorgkantoor of de zorg waarvoor het pgb is verstrekt volgens de in de Rsa vastgestelde objectieve criteria ook daadwerkelijk was verleend. Een van die criteria hield in dat de verzekerde de verplichting moest zijn nagekomen om een schriftelijke overeenkomst met de zorgverlener of zorgverlenende instantie te sluiten.¹⁰⁹ Dit vereiste brengt mee dat een mondelinge overeenkomst bij de verantwoording mag worden afgekeurd¹¹⁰ en dat de zorgovereenkomst correct moet zijn ingevuld.¹¹¹

Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat iemand die niet zelf de regie¹¹² kan voeren over het pgb, de hulp kan inroepen van een derde, waarbij wel van belang is of sprake is van gewaarborgde hulp van derden.¹¹³ Daarvan is in ieder geval geen sprake indien de derde niet kan instaan voor de nakoming van de aan het pgb verbonden verplichtingen, waaronder die welke betrekking hebben op de keuze van de zorgverlener, de kwaliteit van de zorg en de financiële verantwoording, waaraan inherent moet worden geacht dat eisen kunnen worden gesteld aan de integriteit van de derde. Deze waarborgen kunnen ook gelegen zijn in de erkende of bewezen capaciteiten van professionele hulpverleners of aanbieders van administratieve en financiële diensten.

Of sprake is van gewaarborgde hulp door derden, moet het zorgkantoor onderzoeken. Dit was onder meer aan de orde in een zaak van een verzekerde die een bewindvoerder en een medewerker van Stichting Sociaal Maatschappelijk Steunpunt had ingeschakeld om haar te ondersteunen. Het zorgkantoor wees de pgb-aanvraag af omdat volgens het zorgkantoor 'uitsluitend hulp van een wettelijk vertegenwoordiger, een partner of een inwonend kind kan worden betrokken in de beoordeling of de verzekerde in staat is tot het voeren van de regie over zijn zorg'. De Raad oordeelde dat het zorgkantoor de kring van derden die de verzekerde kunnen ondersteunen bij het voeren van regie over zijn zorg, te beperkt had gemaakt.¹¹⁴

Bij het inschakelen van derden is voor de verzekerde wel een aandachtspunt dat ook dan de verantwoording van de besteding van het pgb zijn eigen verantwoordelijkheid blijft. Als er problemen ontstaan

105 Art. 2.6.4 lid 2, aanhef en onder d Rsa, zoals geldend in 2010.

106 Deze uitzonderingen waren opgenomen in het met terugwerkende kracht per 1 juli 2010 geldende zevende lid van art. 2.6.4 Rsa.

107 CRvB 31 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1364; CRvB 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:741.

108 In CRvB 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:741 was een dergelijke situatie echter niet aan de orde omdat juist sprake was van door de wetgever verdisconteerde omstandigheden.

109 Art. 2.6.9 lid 1 onder c Rsa (geldig in 2012).

110 Rb. Gelderland 25 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1911.

111 CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2981.

112 Regie betreft zowel de organisatie en het beheer van de zorg, waaronder het kiezen van de zorgverlener en het besteden van het pgb aan zorg die kwalitatief verantwoord is, als het afleggen van rekening en verantwoording over de verleende zorg bij het zorgkantoor.

113 CRvB 21 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1488, NJB 2013/1889, AB 2013/411; Rb. Zeeland-West-Brabant 6 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:677.

114 CRvB 10 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1780, AB 2013/403.

met deze derde, bijvoorbeeld dat de ingeschakelde derde de administratie niet wil afstaan, komt dat ook voor rekening en risico van de budgethouder.¹¹⁵

Naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam kon het zorgkantoor voor de verantwoording van het pgb aan de budgethouder niet de verplichting opleggen om naast zorgovereenkomsten en declaraties ook betalingsbewijzen over te leggen.¹¹⁶

• Terugvordering

Gebruik van het verleende pgb voor andere zaken dan uitbetaling van zorg, leidde tot vaststelling van het pgb op nihil.¹¹⁷ Dit kon leiden tot terugvordering van het pgb of verrekening met toekomstig pgb. Voor het zorgkantoor stonden voor terugvordering twee wegen open: de op publiekrecht gebaseerde invordering bij dwangbevel of – langs civielrechtelijke weg – terugvordering uit hoofde van onverschuldigde betaling.¹¹⁸

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad – die ook deze kroniekperiode weer werd bevestigd – gaat de civiele rechter uit van de rechtmatigheid van de budgetafrekening waarin is vermeld welk bedrag moet worden terugbetaald, als de budgethouder geen bezwaar heeft gemaakt en daardoor de bestuursrechtelijke rechtsgang onbenut heeft gelaten.¹¹⁹ Het feit dat voorschotten op de rekening van de budgethouder zijn overgemaakt, maar ten goede zijn gekomen aan een zorgaanbieder die op grond

van een valselijk opgemaakte volmacht namens de budgethouder het geld heeft ontvangen, was onvoldoende klemmend om een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht te maken.¹²⁰

Met het oog op een eventuele toekomstige terugvorderingsactie doet het zorgkantoor er goed aan bij iedere zorgovereenkomst te controleren of duidelijk is met wie de zorgovereenkomst is gesloten. Mocht het zorgkantoor namens de verzekerden optreden als cessionaris bij de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen, dan slaagt die vordering niet voor zover onduidelijk is met wie de zorgovereenkomst is gesloten.¹²¹

Omdat de aan het zorgkantoor toegekende bevoegdheid tot terugvordering een discretionaire bevoegdheid betreft, moest het zorgkantoor bij de uitoefening van zijn terugvorderingsbevoegdheid (het vaststellen van de jaarafrekening waarin wordt besloten dat een bedrag zal worden teruggevorderd), een evenredige belangenafweging maken als bedoeld in artikel 3:4 Awb.¹²² De belangenafweging van het zorgkantoor – die resulteerde in terugvordering van het pgb – werd niet juist geacht in een zaak waarin de budgethouder weliswaar de zorg niet door het overleggen van declaraties kon verantwoorden, maar vaststond dat de zorg was verleend door haar ouders die tevens de zorgverleners zijn, van wie de vader bovendien de curator is en waarbij de voorschotten waren gestort op een bankrekening waarover de zorgverleners konden beschikken.¹²³

115 CRvB 3 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4035.

116 Rb. Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9459.

117 Art. 2.6.13 lid 8 Rsa (tekst geldend op 31 december 2014).

118 Art. 4:57 Awb resp. 4:124 Awb jo. 6:203 BW.

119 Vgl. HR 5 september 1997, NJ 1998/47. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0242; Rb. Overijssel (locatie Almelo) 10 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0010; Rb. Noord-Nederland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6065; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7951; Rb. Noord-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:370; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2710.

3.4 Zorginkoop

Niet alleen onder de Zvw, maar ook onder de AWBZ deden zich ook in deze kroniekperiode weer geschillen voor over de inkoop van zorg.

120 Rb. Overijssel (locatie Almelo) 3 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ9527.

121 Rb. Limburg (locatie Maastricht) 1 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ9569.

122 CRvB 22 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1399; CRvB 21 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1686; CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172; CRvB 12 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1194.

123 CRvB 13 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2413.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

Bij de inkoop van intramurale GGZ had Achmea voor 2014 weliswaar een contract aangeboden aan de Pi-groep B.V., maar met een volgens de Pi-groep te laag volume. Voor het bepalen van het volume was Achmea uitgegaan van de herschikking 2013. Volgens de voorzieningenrechter in de Rechtbank Den Haag bleek dit voldoende duidelijk uit het Inkoopdocument en de Nota van Inlichtingen, zodat de Pi-groep als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende zorgaanbieder had moeten (kunnen) begrijpen hoe het volume werd vastgesteld.¹²⁴

In een ander inkoopgeschil tussen Achmea Zorgkantoor en de Haarlemse zorgaanbieder Stichting Sint Jacob ging het eveneens over de bepaling van het door Achmea bepaalde volume intramurale zorg.¹²⁵ De voorzieningenrechter in de Rechtbank Den Haag oordeelde dat Achmea in beginsel de (contracteer)vrijheid heeft om de zorgaanbieders een aanbod te doen voor een productie die lager is dan de contracteerruimte maximaal zou toelaten. Daarna beoordeelde de voorzieningenrechter of Achmea gehouden was om – in afwijking van haar inkoopbeleid – het door Sint Jacob gevraagde volume toe te kennen. Dat Sint Jacob € 3,2 miljoen tekortkwam voor de beoogde exploitatie, rechtvaardigde naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet zonder meer een uitzondering op het inkoopbeleid van Achmea. Dit zou neerkomen op uitbreiding van de (AWBZ-)zorgproductie in de regio en het was onduidelijk of daartoe noodzaak bestond.

Door deel te nemen aan de inkoopprocedure had thuiszorgaanbieder Mozaiek naar het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch ingestemd met de in het inkoopdocument 2014 van CZ gestelde voorwaarde dat binnen twintig dagen bezwaar moest worden gemaakt.¹²⁶ Hoewel dit tussen partijen als een fatale termijn gold, was daarmee naar het oordeel van het

Hof nog niet het recht van Mozaiek om een kort geding aanhangig te maken vervallen. Dat zou een te vergaande inperking van het recht meebrengen. Hoewel de aanbieder dus wel ontvankelijk was, had zij verzuimd argumenten aan te voeren waarom de fatale termijn niet tot afwijzing van de vorderingen zou moeten leiden. Daarom verloor zij het kort geding alsnog.

In de afspraken met Stichting Zoë had zorgkantoor Agis een tariefkorting van 3% toegepast omdat de aanbieder niet voldoende cliënttevredenheidsonderzoeken had gedaan. Zoë had geen bezwaar gemaakt en ook geen kort geding aanhangig gemaakt, terwijl dit ondubbelzinnig in het inkoopdocument was bepaald. De Rechtbank Den Haag oordeelde dat gelet op de aard van de zorginkoopprocedure mag worden verwacht dat zo spoedig mogelijk definitieve duidelijkheid bestaat over de verdeling van het beschikbare budget over de zorgaanbieders in een bepaalde regio. Naar het oordeel van de rechtbank was sprake van zodanige bijzondere omstandigheden dat Stichting Zoë haar recht had verwerkt om te klagen over de toepassing van het tariefbepalend criterium.¹²⁷

3.5 *Afbakeningsproblematiek Zvw/AWBZ/Wmo*

Dat het zorglandschap voor verzekerden ingewikkeld is, komt tot uiting in de jurisprudentie over de afbakening van de verschillende zorgwetten. Na eendeloos procederen komt de verzekerde er dan soms achter dat hij bij het zorgkantoor aan het verkeerde adres is en bij de zorgverzekeraar moet aankloppen. Hoewel dit voor de verzekerde niet een erg bevredigend resultaat zal zijn, geeft de jurisprudentie over de afbakening een aardig inkijkje in de 'schotten' tussen de verschillende zorgwetten.

Een AWBZ-verzekerde had geen aanspraak op zorg die kon worden bekostigd op grond van de zorgver-

124 Rb. Den Haag 13 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15331, *GJ* 2014/11.

125 Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15057, *GJ* 2014/10.

126 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:93, *GJ* 2014/53.

127 Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11604.

zekering.¹²⁸ Zo viel het door een longarts aan- en afkoppelen van de zuurstof voor een patiënt die dit zelf niet kon, onder de zorgverzekering als voorliggende voorziening.¹²⁹ Begeleiding in de vorm van het doen van oefeningen en opdrachten van de fysiotherapeut is geen AWBZ-zorg, het stimuleren tot oefenen echter wel.¹³⁰

Dat het wettelijke systeem waarbij financieringschotten tussen de verschillende zorgwetten zijn geplaatst in de praktijk soms tot lastige situaties leidt, bleek wel in een zaak van een 42-jarige man met schizofrenie wiens indicatie werd verlaagd van begeleiding klasse 4 naar begeleiding klasse 2.¹³¹ Diagnostiek en behandeling in het domein van de Zvw was onmiskenbaar voorliggend, maar de man liet zich niet behandelen door iemand anders dan zijn begeleider. Het CIZ voerde het beleid dat in geval van zorgmijders met psychiatrische problematiek, de functie Begeleiding in beperkte mate kon worden ingezet om verwaarlozing te voorkomen. Beperkte mate is echter niet meer dan klasse 2. De Rechtbank Amsterdam achtte dit beleid rechtmatig.

Het komt natuurlijk voor dat een verzekerde aanspraak heeft op zowel zorg die onder de Zvw valt als zorg die onder de AWBZ valt. Een patiënte met een paniekstoornis met agorafobie (straatvrees) werd bijvoorbeeld behandeld door een psychiater met farmacotherapie en cognitieve gedragstherapie. Gelet op haar psychische toestand was zij echter ook aangewezen op individuele begeleiding.¹³²

Ook komt het voor dat vóór behandeling die onder de Zorgverzekeringwet valt, AWBZ-zorg nodig is. Dit was aan de orde bij een man van 26 jaar met schizofrenie, wiens indicatieaanvraag was afgewe-

zen. De Raad oordeelde dat het CIZ in dit 'complexe psychiatrische geval' in onderling overleg met de GGZ-behandelaren had moeten beoordelen of, en zo ja welke, AWBZ-zorg nodig was vooruitlopend op de noodzakelijke adequate GGZ-behandeling.¹³³ Het CIZ kon zich naar het oordeel van de Raad niet zonder nader onderzoek op het standpunt stellen dat de noodzakelijke GGZ-behandeling voorliggend was en dat de man een beroep kon doen op andere voorliggende voorzieningen, zoals maatschappelijk werk.

In de situatie dat iemand geen behandeling wil terwijl deze wel beschikbaar is, medicamenteus of anderszins, ligt behandeling op grond van de Zvw voor op AWBZ-zorg.¹³⁴

4. Afsluiting

In deze kroniekperiode zijn weer veel uitspraken gepubliceerd over het zorgverzekeringsrecht. In de veelheid van uitspraken vallen enkele belangrijke ontwikkelingen op.

Wat de rechtspraak over de Zvw betreft, is dat in de eerste plaats de rechtspraak die betrekking heeft op de aanbestedingsplicht van zorgverzekeraars. Niet eerder lag deze vraag – voor zover betrekking hebbend op zorgverzekeraars die de Zvw uitvoeren – zo uitdrukkelijk ter beantwoording aan rechters voor. Het laatste woord zal hierover waarschijnlijk nog niet zijn gezegd.¹³⁵ Gelet op de impact op de praktijk van de zorginkoop zien wij uitsluitel in deze discussie met belangstelling tegemoet.

In de tweede plaats valt de rechtspraak omtrent artikel 13 Zvw op. Weliswaar staat nu vast dat in artikel

128 Art. 2 Besluit zorgaanspraken AWBZ. Op basis van deze bepaling wordt zorg die wordt bekostigd op grond van de Zvw ook wel een 'voorliggende voorziening' genoemd.

129 Rb. Den Haag 15 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:80.

130 CRvB 9 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1288.

131 Rb. Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7253.

132 CRvB 7 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1537.

133 CRvB 16 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2398; CRvB 26 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3953.

134 Zie eerder CRvB 20 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL3215. Zie in deze kroniekperiode CRvB 19 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2543.

135 Op de datum waarop de tekst van deze kroniek is afgesloten, was nog niet bekend of er cassatie is ingesteld tegen het arrest Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

Mr. H.M. den Herder & mr. C. van Balen

13 Zvw een hinderpaalcriterium moet worden gelezen, maar er blijft in de praktijk discussie bestaan over de vraag hoe hoog de restitutievergoeding moet zijn, wil geen sprake zijn van een feitelijke hinderpaal. Uit lagere rechtspraak valt af te leiden dat een vergoedingspercentage van 75-80% van het wettelijke of marktconforme tarief de minimumnorm is, maar de vraag is hoe lang die norm nog in de praktijk breed gedragen zal zijn. Uit de diverse verzekeringsvoorwaarden bij naturapolissen voor 2015 blijkt dat zorgverzekeraars uiteenlopende restitutiepercentages hanteren, variërend van 50% tot 80%. Daarnaast dringt zich de vraag op in hoeverre plaats is voor de concrete omstandigheden van het geval, indien de verzekerde zelf vergoeding van declaraties bij de verzekeraar verzoekt.¹³⁶ Wat voor de één een feitelijke hinderpaal is, hoeft dat voor de ander niet te zijn. Verder is relevant in hoeverre sprake is van een feitelijke hinderpaal indien weliswaar een percentage van 75/80% wordt gehanteerd, maar het marktconforme tarief onredelijk laag is of niet op een transparante wijze is tot stand gekomen. Zeker nu artikel 13 Zvw vooralsnog in de huidige vorm blijft bestaan, zijn dit vragen waarover rechters en de Geschillencommissie zich in de komende tijd ongetwijfeld zullen moeten buigen.

Wat de rechtspraak over de AWBZ betreft, valt op dat de Beleidsregels indicatiestelling AWBZ 2010 goed waren voor telkens weer een nieuw chapter in de rechtspraak. De 'aftrekregel', volgens welke kinderen alleen aanspraak hadden op AWBZ-zorg als deze 'bovengebruikelijk' was, kon niet door de beugel omdat deze regel de aanspraak op AWBZ-zorg beperkte. Ook toen de staatssecretaris van VWS de beleidsregels had aangepast, bleef het tobben. De aftrekregel gaf geen ruimte voor maatwerk (niet bij

ieder kind is één uur zorg per etmaal 'gebruikelijk') en werd door de Raad als 'te theoretisch en grofmazig' bestempeld, met vernietiging van het indicatiebesluit tot gevolg.

Ook viel op dat een zorgkantoor de opdracht kreeg om te onderbouwen dat een verzekerde met het pgb in staat was een met de naturavoorziening vergelijkbare voorziening in te kopen. Tegen de achtergrond van jaarlijks verlaagde pgb's zal dit voor zorgkantoren minst genomen een uitdaging zijn. Ook blijft het voor zorgkantoren oppassen met derden die de budgethouder helpen de regie over het pgb te voeren. De zorgkantoren zullen moeten onderzoeken of sprake is van 'gewaarborgde hulp door derden'. Dat lijkt nog geen gemakkelijke klus. Wij verwachten dat de rechtspraak over het pgb ook onder de Wlz boeiend en omvangrijk zal blijven. Daarnaast zal er in de volgende kroniekperiode naar wij verwachten ook rechtspraak over het pgb-Zvw zijn.

136 Dat zal het geval zijn indien de niet-gecontracteerde zorgaanbieder geen betaalovereenkomst met de zorgverzekeraar heeft gesloten, op basis waarvan de zorgaanbieder de declaraties rechtstreeks vergoed krijgt door de zorgverzekeraar. In de in par. 2.2.2 besproken rechtspraak waren dergelijke betaalovereenkomsten gesloten, zodat de discussie over de vergoeding uitsluitend tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar speelde.