

De Patiëntenrichtlijn en het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel: het einde van de discussie over het hinderpaalcriterium?

Mr. A.G.S. Laschet en prof dr. A.P. van der Mei*

Op 10 november 2023 sprak de Hoge Raad zich uit over de vraag of de Nederlandse vergoedingsregels voor de kosten van gezondheidszorg, en het zogenoemde ‘hinderpaalcriterium’ in het bijzonder, in overeenstemming zijn met de in 2011 aangenomen Patiëntenrichtlijn. De discussie over deze vraag speelt al langere tijd. Vóór het arrest van de Hoge Raad hadden meerdere auteurs zich al uitgelaten over deze vraag. Zij waren nagenoeg unaniem van mening dat het hinderpaalcriterium niet door de EU-rechtelijke beugel kan. De Hoge Raad kwam echter tot de conclusie dat de Nederlandse regels, in ieder geval in de onderhavige zaak, wel aan de eisen van de Patiëntenrichtlijn voldoen en zag geen noodzaak om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Deze bijdrage analyseert het arrest van de Hoge Raad en laat zien dat het arrest de spanning tussen het Nederlandse stelsel en het EU-recht niet weg heeft genomen. Verwijzing naar het Hof van Justitie was wel degelijk wenselijk geweest.

HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528.

Inleiding

Op 10 november 2023 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag of artikel 13 Zorgverzekeringswet¹ (Zvw) en het ‘hinderpaalcriterium’ in strijd zijn met Richtlijn 2011/24/EU betreffende de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg (Patiëntenrichtlijn).² Deze vraag raakt de kern van het Nederlandse zorgver-

zekeringstelsel. Dit stelsel is gebaseerd op een contractenstelsel waaronder verzekerden met een zogeheten naturopolis zich in beginsel moeten wenden tot zorgaanbieders waarmee hun verzekeraar een contract heeft gesloten. Verzekerden hebben de mogelijkheid zich te laten behandelen door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, maar dit wordt ontmoedigd. Artikel 13 Zvw staat het verzekeraars namelijk toe de terugbetaling van de kosten van niet-gecontracteerde zorg te beperken, zolang deze maar niet zo laag is dat dit een ‘feitelijke hinderpaal’ vormt voor het ontvangen van dergelijke zorg. Dit geldt ook wanneer verzekerden zorg in andere lidstaten willen ontvangen. Vóór het arrest van de Hoge Raad hadden meerdere auteurs zich gebogen over de vraag of deze korting op terugbetaling, want daar komt het in de praktijk op neer, wel in overeenstemming is met het EU-recht.³ Het nagenoeg unanieme antwoord was dat dat niet het geval is. De Hoge Raad komt evenwel tot een ander oordeel: in elk geval in een zaak als de onderhavige is er redelijkerwijze geen twijfel mogelijk over de verenigbaarheid van artikel 13 Zvw met de Patiëntenrichtlijn. De Hoge Raad zag geen noodzaak voor prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie.

Deze bijdrage analyseert het arrest van de Hoge Raad. Na een korte beschrijving (‘Achtergrond’) van het relevante EU-recht, de uitgangspunten van het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel en de voorafgaande discussies in de literatuur, worden de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad (‘Arrest’) uiteengezet. Vervolgens (‘Commentaar’) plaatsen we enige kritische kantteke-

1

* Mr. A.G.S. (Bram) Laschet is docent en promovendus aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht. Prof. dr. A.P. (Anne Pieter) van der Mei is hoogleraar Europees Sociaal Recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht.

1 *Stb.* 2005, 358.

2 Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (*PbEU* 2011, L 88/45).

3 Zie onder meer: J.W. van de Gronden, ‘Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?’, *TvGR* 2013, afl. 1, p. 4-17; G.T. Davies, *The legality of Article 13 of the proposed revised Dutch healthcare law*, Stichting Vrije Artsenkeuze 2014; E. Steyger, ‘Het Zorgstelsel in Europeesrechtelijk Perspectief’, in: *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug- en vooruitblik*, Den Haag: Sdu 2015, p. 33-40; A.P. van der Mei, ‘De Patiëntenrichtlijn en het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel’, *SEW* 2016, p. 53-59; J.W. van de Gronden, *De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw in het licht van het EU-recht*, Stichting Vrije Artsenkeuze 2020.

ningen bij het arrest. De conclusie zal zijn dat het laatste woord over de verenigbaarheid van artikel 13 Zvw met het EU-recht nog niet is gezegd.

Achtergrond

Duale EU-vergoedingsregimes: Verordening (EG) nr. 883/2004 en de Patiëntenrichtlijn

Op EU-niveau is de vergoeding van grensoverschrijdende zorg geregeld in Verordening (EG) nr. 883/2004⁴ betreffende de coördinatie van socialezekerheidsstelsels alsmede in de Patiëntenrichtlijn. Verordening (EG) nr. 883/2004 bepaalt volgens welke wetgeving moet worden vastgesteld of iemand is verzekerd voor zorg.⁵ Daarnaast kent de verordening aan verzekerden een aantal rechten toe om op kosten van hun zorgverzekeraar zorg in andere lidstaten te ontvangen.⁶ Het gaat onder andere om het recht om naar een andere lidstaat te reizen met het doel om daar zorg te ontvangen (zogeheten geplande zorg).⁷ Daarvoor is vereist dat verzekerden toestemming van het ‘bevoegde orgaan’ (in Nederland doorgaans de zorgverzekeraar) hebben gekregen.⁸

Als toestemming onder Verordening (EG) nr. 883/2004 is verleend, wordt de zorg verleend volgens de wetgeving van de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt. In dat geval moeten zorgverzekeraars de kosten in beginsel rechtstreeks en volledig vergoeden aan het verzekeringsorgaan van die lidstaat.⁹ Verzekerden hebben recht op toestemming indien (1) de zorg tot de verzekerde prestaties behoort en (2) de zorg in de woonstaat niet kan worden verleend binnen een medisch verantwoorde termijn.¹⁰ In andere gevallen laat de verordening het geheel aan de lidstaten te bepalen of toestemming wordt verleend.¹¹ Als toestemming is geweigerd of niet is aangevraagd, hoeven de kosten onder Verordening (EG) nr. 883/2004 niet te worden vergoed.¹²

In dat laatste geval hebben verzekerden in beginsel wel recht op terugbetaling van de kosten (die zij dus eerst zelf moeten vooruitbetalen) op grond van de Patiëntenrichtlijn. Deze richtlijn codificeert een reeks arresten van het Hof van Justitie inzake het vrije verkeer van

(medische) diensten (en goederen).¹³ In deze zaken oordeelde het Hof van Justitie dat toestemmingsvereisten voor grensoverschrijdende zorg opgenomen in het nationale recht van de lidstaten een belemmering van het vrije dienstenverkeer vormen. Wat extramurale zorg betreft, kunnen deze belemmeringen niet worden gerechtvaardigd. Voor intramurale (ziekenhuis-) en bepaalde dure vormen van extramurale zorg erkende het Hof van Justitie dat toestemmingsregels kunnen worden gerechtvaardigd indien nodig om de financiële stabiliteit van het socialezekerheidsstelsel te beschermen of de instandhouding van ‘evenwichtige en voor eenieder toegankelijke medische verzorging en ziekenhuisdiensten’ te waarborgen.¹⁴

De uitgangspunten van deze rechtspraak zijn nu neergelegd in artikel 7-9 Patiëntenrichtlijn. Volgens artikel 7 lid 1 waarborgt de lidstaat van aansluiting (of verzekering) dat de kosten in beginsel moeten worden terugbetaald, mits de verzekerde recht heeft op de betreffende zorg. Het vierde lid bepaalt dat de kosten moeten worden terugbetaald tot het bedrag dat ten laste zou zijn genomen indien de zorg in de lidstaat van aansluiting zou zijn verleend. Dat bedrag mag echter niet hoger zijn dan de feitelijke kosten. Als de kosten dus hoger zijn dan de vergoeding die betaald zou zijn in de lidstaat van aansluiting, dan komt het verschil voor rekening van verzekerden. Onder het regime van de Patiëntenrichtlijn hebben verzekerden dus recht op (een mogelijk gedeeltelijke) terugbetaling.

Op grond van artikel 8 Patiëntenrichtlijn kunnen lidstaten ervoor kiezen een ‘stelsel van voorafgaande toestemming’ in te voeren. In dat geval wordt terugbetaling afhankelijk gesteld van voorafgaande toestemming. Dat mag alleen voor, kort gezegd, ziekenhuiszorg (zorg waarvoor ten minste één overnachting in een ziekenhuis plaatsvindt) en dure extramurale zorg.¹⁵ Voor ‘gewone’ extramurale zorg mag in beginsel geen voorafgaande toestemming worden verlangd.¹⁶ Indien voorafgaande toestemming niet wordt verleend, hebben verzekerden geen recht op terugbetaling.¹⁷

Nederlands stelsel: artikel 13 Zvw en het hinderpaalcriterium

Sinds 2006 wordt het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel bovenal gereguleerd door de Zorgverzekerings-

4 Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (*PbEU* 2004, L 166/1).

5 Art. 11-16 Verordening (EG) nr. 883/2004.

6 Art. 17-20 Verordening (EG) nr. 883/2004.

7 Art. 20 Verordening (EG) nr. 883/2004.

8 Art. 20 lid 1 Verordening (EG) nr. 883/2004.

9 Art. 20 lid 2 en art. 35 lid 1 Verordening (EG) nr. 883/2004.

10 Art. 20 lid 2 Verordening (EG) nr. 883/2004.

11 Aangenomen wordt dat verzekeringsorganen in het algemeen terughoudend zijn met het verlenen van toestemming onder de verordening als daar geen recht op bestaat, hoewel daar ook uitzonderingen op zijn, bijvoorbeeld wanneer de gewenste behandeling goedkoper is.

12 Uitzonderingen daarop zijn de situatie waarin toestemming onterecht is geweigerd en wanneer de verzekerde vanwege zijn of haar gezondheids-toestand het besluit van het bevoegde orgaan niet kon afwachten, maar wel recht op toestemming had. Zie HvJ 12 juli 2001, C-368/98, ECLI:EU:C:2001:400 (*Vanbraekel*), punt 34; HvJ 5 oktober 2010, C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581 (*Elchinov*), punt 45, 47, 51 en 75.

13 Onder meer: HvJ 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*); HvJ 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits en Peerbooms*); HvJ 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré en van Riet*); HvJ 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*). Zie ook overweging 8 Patiëntenrichtlijn. Zie voor een uitvoerige beschrijving van deze zaken L. Hancker & W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 60-82.

14 Zie bijvoorbeeld HvJ 23 september 2020, C-777/18, ECLI:EU:C:2020:745 (*WO*), punt 58-64.

15 Art. 8 lid 1 en lid 2 onder a Patiëntenrichtlijn.

16 Uitzonderingen daarop zijn extramurale behandelingen die een ‘bijzonder risico’ voor de patiënt of de bevolking inhouden of door een dubieuze zorgaanbieder worden verleend. Zie art. 8 lid 2 onder b en c Patiëntenrichtlijn.

17 Art. 7 lid 1 en art. 8 Patiëntenrichtlijn. Vgl. HvJ 28 oktober 2021, C-636/19, ECLI:EU:C:2021:885 (*CAK*), punt 59.

wet. Het stelsel is gebaseerd op gereguleerde marktwerking. Private zorgverzekeraars sluiten zogeheten zorgovereenkomsten met zorgaanbieders over welke en hoeveel zorg wordt verleend, de te hanteren kwaliteitsnormen, de prijs en de wijze van betaling.¹⁸ Verzekeraars bieden zorgverzekeringen aan (in de vorm van een verzekeringsovereenkomst) voor curatieve zorg. Daarbij voorziet de Zorgverzekeringswet in een aantal publieke waarborgen, zoals de acceptatieplicht en de zorgplicht van de verzekeraars.¹⁹ Om aan die zorgplicht te voldoen, kunnen verzekeraars natura-, restitutie- en combinatiepolissen aanbieden.²⁰ Bij een naturapolis heeft een verzekerde recht op zorg. Bij een restitutieverzekering heeft een verzekerde daarentegen recht op vergoeding van de kosten van zorg. Veruit de meeste Zvw-verzekerden hebben een naturapolis.²¹

In beginsel moeten naturaverzekerden zich tot zorgaanbieders wenden waarmee hun zorgverzekeraar een zorgovereenkomst heeft gesloten. Wanneer zij naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaan, hebben zij volgens artikel 13 lid 1 Zvw (toch) recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding. Artikel 13 bepaalt niet hoe hoog de vergoeding moet zijn, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze niet zo laag mag zijn dat deze een 'feitelijke hinderpaal' vormt voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.²² In de praktijk komt dit erop neer dat zorgverzekeraars een bepaald percentage vergoeden van het gemiddeld door de betreffende verzekeraar met gecontracteerde aanbieders overeengekomen tarief. Tegenwoordig is een vergoeding van 70-80% gebruikelijk.²³ Het hinderpaalcriterium geldt ook voor het geval zorg wordt afgenomen van een in het buitenland gevestigde zorgaanbieder.²⁴

18 Van der Mei 2016, p. 55.

19 Art. 3 lid 1 en 11 lid 1 Zvw.

20 Art. 11 lid 1 onder a en b Zvw.

21 Verzekeraars bieden steeds minder restitutiepolissen aan (vier van zestig aangeboden polissen in 2024). Zie Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 17 januari 2024, 3736245-1059313-Z (rijksoverheid.nl).

22 Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 31. De regering leidde dit 'hinderpaalcriterium' destijds af uit het arrest *Müller-Fauré en Van Riet* van het Hof van Justitie. Zie HvJ 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré en Van Riet*).

23 Vgl. HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (*Conductore/Zilveren Kruis en Interpolis*). Op 20 maart 2024 heeft de Afdeling advisering van de Raad van State een advies vastgesteld over het wetsvoorstel tot wijziging van de Zorgverzekeringswet in verband met het bevorderen van zorgcontractering. Zie [wetgevingsskalender.overheid.nl/regeling/WGK025539/documenten/Raad%20van%20State/Voorbereidende%20documenten%20gepubliceerd/1](https://www.wetgevingsskalender.overheid.nl/regeling/WGK025539/documenten/Raad%20van%20State/Voorbereidende%20documenten%20gepubliceerd/1). Het wetsvoorstel beoogt het hinderpaalcriterium wettelijk vast te leggen, dit criterium te verduidelijken door te voorzien in de mogelijkheid bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen voor de wijze waarop de vergoeding moet worden berekend en het mogelijk te maken (deel)sectoren (bijvoorbeeld wijkverpleging en geestelijke gezondheidszorg) aan te wijzen waarin een lager percentage kan worden vastgesteld. De Afdeling concludeert dat het wetsvoorstel een nuttige bijdrage levert aan de praktijk door de codificatie en verduidelijkingen die het biedt, maar uit wel enige twijfels of het beoogde doel van meer zorgcontractering daadwerkelijk wordt bereikt. De Afdeling adviseert daarom een aanpassing van de toelichting bij het wetsvoorstel.

24 Als de verordening van toepassing is, wordt vergoed volgens het recht van de lidstaat waar de behandeling plaatsvindt. Voor uitgaande Neder-

Discussie in de literatuur

Vóór het hierna te bespreken arrest was de vraag of artikel 13 Zvw in overeenstemming is met de Patiëntenrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake artikel 56 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) al uitgebreid besproken. Zoals boven reeds gezegd, was de overheersende mening dat dat niet het geval is. De belangrijkste reden hiervoor vloeit voort uit de omstandigheid dat verzekeraars in de praktijk bovenal met Nederlandse zorgaanbieders contracten afsluiten, en veel minder met buitenlandse aanbieders.²⁵ De korting op de terugbetaling die artikel 13 Zvw toelaat, is bedoeld verzekerden aan te zetten zich tot gecontracteerde, en in de praktijk dus bovenal in Nederland gevestigde, aanbieders te wenden. De toegang tot niet-gecontracteerde, bovenal in andere lidstaten gevestigde aanbieders wordt aldus ontmoedigd en belemmerd.²⁶

Verder leidden de verschillende auteurs uit de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁷ af dat voor de terugbetaling van over de grens ontvangen zorg het tarief moet worden gehanteerd dat wordt toegepast op zorgaanbieders die bij het nationale zorg(verzekering)stelsel zijn aangesloten.²⁸ Onder de Zvw vallende verzekerden zouden derhalve recht (moeten) hebben op terugbetaling van niet 70-80%, maar 100% van het met gecontracteerde zorgaanbieders overeengekomen tarief.²⁹

Het arrest van de Hoge Raad

3

De zaak waarin de Hoge Raad 10 november 2023 arrest wees, betrof twee Zvw-verzekerden die een heupoperatie hadden ondergaan bij een Belgische kliniek. Zij hadden een naturaverzekering bij zorgverzekeraar VGZ, waarmee de Belgische kliniek geen contract had gesloten. De toepasselijke verzekeringsvoorwaarden bepaalden dat verzekerden die zorg afnamen bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder recht hadden op vergoeding van maximaal 80% van het gemiddelde door VGZ gecontracteerde tarief. Bovendien moesten verzekerden VGZ om toestemming vragen voor het afnemen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder alsook voor het afnemen van zorg in het buitenland als de verzekerde daar een of meer nachten in een ziekenhuis werd opgenomen. Zonder toestemming hadden verze-

landse verzekerden die een zogeheten S2-formulier (het bewijs van toestemming onder de verordening) hebben gekregen, is het Nederlandse recht en het hinderpaalcriterium dus niet van toepassing.

25 Van de Gronden 2020, p. 24.

26 G.T. Davies, *Proposed revisions to Dutch healthcare law: compatibility with EU law*, Stichting Vrije Artsenkeuze 2019, p. 3-4.

27 HvJ 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*), punt 100; HvJ 27 oktober 2011, C-255/09, ECLI:EU:C:2011:695 (*Commissie/Portugal*), punt 67-68.

28 Van de Gronden 2013, p. 9; Van de Gronden 2020, p. 24; Davies 2019, p. 4-5.

29 Ook de Europese Commissie leek die mening te zijn toegeedaan. Zie ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/MEMO_19_462. De inbreukprocedure lijkt evenwel niet te zijn doorgezet. Zie [concl. A-G B.J. Drijber 30 juni 2023](https://concl.rijksoverheid.nl/onderzoek/rapporten/2023/06/30/concl-rijksadvies-30-juni-2023), ECLI:NL:PHR:2023:644, punt 5.89.

kerden geen recht op vergoeding. VGZ had toestemming verleend voor de heupoperaties en had daarbij meege-deeld ruim € 7.000 te zullen vergoeden. De kosten van de operatie bedroegen bijna € 9.500. De verzekerden moesten dus ruim 2.000 euro zelf betalen. In eerste³⁰ en tweede aanleg³¹ vorderden de verzekerden dat bedrag met een beroep op Verordening (EG) nr. 883/2004, de Patiëntenrichtlijn en artikel 56 VWEU. Die eis werd door zowel de rechtbank Gelderland als het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden afgewezen.

Wat betreft Verordening (EG) nr. 883/2004 hadden verzekerden beargumenteerd dat artikel 20 voorziet in een recht op een vergoeding volgens het Belgische recht. Die zou hoger kunnen zijn dan de vergoeding die zij van VGZ hebben gekregen. De Hoge Raad ging inhoudelijk niet in op de vraag of de door VGZ gegeven toestemming als een toestemming in de zin van artikel 20 moest worden beschouwd. De verzekerden hadden namelijk niet concreet gemaakt op welke vergoeding ze volgens de Belgische regelgeving recht zouden hebben gehad.³²

Wat betreft de kernvraag of artikel 13 Zvw in strijd is met de Patiëntenrichtlijn ging de Hoge Raad uit van twee premisses: (1) het ging *in casu* om geplande intramurale zorg die ook in een door VGZ gecontracteerd ziekenhuis had kunnen plaatsvinden en (2), omdat de verzekerden daadwerkelijk zorg hadden ontvangen, kon niet worden gesproken van een ‘feitelijke belemmering’ voor het afnemen van zorg in het buitenland.³³

De verzekerden betoogden dat uit artikel 7 lid 4 Patiëntenrichtlijn volgt dat het gecontracteerde tarief als uitgangspunt moet worden genomen. De Hoge Raad deelde die mening niet. Deze uitleg volgt niet uit de tekst, het doel en de strekking van de Patiëntenrichtlijn.³⁴ De Hoge Raad motiveerde dit door te verwijzen naar de preambule van de Richtlijn, waarin onder meer is benadrukt dat nationale implementatiewetgeving er niet toe leidt dat verzekerden worden ‘aangemoedigd’ zich voor zorg naar een andere lidstaat te begeven³⁵ en dat ‘aanzienlijke gevolgen voor de financiering van de nationale gezondheidszorgstelsels’ dienen te worden voorkomen.³⁶ Wat betreft dit laatste punt leidde de Hoge Raad uit het arrest van Hof van Justitie in de zaak *Veselibas ministria*³⁷ af dat artikel 7 lid 4 impliceert dat ‘er voor het gezondheidsstelsel van de lidstaat van aansluiting geen sprake is van een risico van extra kosten’ die verband houden met grensoverschrijdende zorg.³⁸ De Hoge Raad overwoog dat, als Nederlandse zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg ontvangen in het buitenland het tarief moesten betalen dat zij vergoeden voor gecontracteerde zorg, dit tot extra kosten zou leiden. Dat

zou in strijd zijn met de bedoeling van de Patiëntenrichtlijn. Bovendien zouden verzekerden worden aangemoedigd om grensoverschrijdende zorg te ontvangen. Volgens de Hoge Raad gaat het om verzekerden die ‘klaarblijkelijk’ zorg niet willen afnemen van een gecontracteerde aanbieder. Als zij die zorg in Nederland zouden ontvangen, zouden zij een korting op het voor gecontracteerde zorg geldende tarief moeten accepteren. Daarom is, aldus de Hoge Raad, een uitleg van artikel 7 lid 4 Patiëntenrichtlijn die meebrengt dat in Nederland verzekerden voor in het buitenland afgenomen niet-gecontracteerde zorg het volledige tarief vergoed krijgen ‘onaannemelijk’.³⁹

Het beroep op het vrije verkeer van diensten wierp volgens de Hoge Raad geen ander licht op de zaak. Nederlandse en buitenlandse zorgaanbieders met wie de zorgverzekeraar geen contract heeft gesloten, worden gelijk behandeld. Voor hen geldt gelijkelijk dat de zorgverzekeraar in het geval van een naturopolis een korting mag toepassen op het tarief voor gecontracteerde zorg, mits de vergoeding niet zo laag is dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal oplevert. Het feit dat zorgverzekeraars minder contracteren met buitenlandse zorgaanbieders, dwong evenmin tot een ander oordeel. Volgens de Hoge Raad is daarbij van belang dat de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin dat een rol speelde, ziet op stelsels waarin zorg afgenomen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders mogelijk in het geheel niet wordt vergoed. Het huidige Nederlandse stelsel, zo overwoog de Hoge Raad, is van geheel andere aard en behelst in de vorm van het hinderpaalcriterium een waarborg voor het vrije verkeer van diensten op het gebied van de gezondheidszorg.⁴⁰ Als er al sprake zou zijn van een belemmering doordat buitenlandse zorgaanbieders minder contracteren met Nederlandse verzekeraars, dan wordt die gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.⁴¹

De Hoge Raad concludeerde dat ‘in elk geval voor gevallen als in dit geding aan de orde’, er ‘redelijkerwijze’ geen twijfel mogelijk is over het antwoord op de vraag of artikel 13 Zvw in overeenstemming is met de Patiëntenrichtlijn. Daarom zag de Hoge Raad ook geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.⁴²

Commentaar

Op het eerste gezicht en vanuit het perspectief van het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel lijkt de door de Hoge Raad in het hierboven besproken arrest getrokken conclusie vrij logisch te zijn. Indien verzekerden met een naturopolis de kosten van in Nederland ontvangen

30 Rb. Gelderland 26 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1162.

31 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3451.

32 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.1.1-3.1.2.

33 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.3.

34 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.9.

35 Overweging 4 Patiëntenrichtlijn.

36 Overweging 29 Patiëntenrichtlijn.

37 HvJ 29 oktober 2020, C-243/19, ECLI:EU:C:2020:872 (*Veselibas ministria*).

38 *Veselibas ministria*, punt 72-78.

39 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.10.

40 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.11-3.2.12.

41 Dit motiveerde de Hoge Raad door (vrij beknopt) naar art. 7 lid 4, 9-11 en art. 8 Patiëntenrichtlijn te verwijzen. Zie HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.12.

42 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528, r.o. 3.2.13.

niet-gecontracteerde zorg voor 80% van het gecontracteerde tarief vergoed krijgen, waarom zouden zij dan eventueel recht moeten hebben op een vergoeding van 100% indien diezelfde zorg wordt verstrekt door een in een andere lidstaat gevestigde niet-gecontracteerde zorgaanbieder? Bij nadere analyse, vanuit het perspectief van het EU-recht, is het antwoord op deze vraag, als ook de juistheid van de door de Hoge Raad getrokken conclusie, evenwel minder evident. Het arrest neemt de voorheen in de literatuur geuite, en boven reeds aangestipte, twijfels over de verenigbaarheid van artikel 13 Zvw met de Patiëntenrichtlijn niet weg.

Vershil in uitgangspunten

De controverse over dit vraagstuk vloeit voort uit een verschil in uitgangspunten. De gedachte achter het Nederlandse contractenstelsel is dat verzekerden zich idealiter wenden tot gecontracteerde zorgaanbieders. Dat bevordert efficiency en bespaart kosten. Puur vanuit de ‘Nederlandse gedachte’ zou niet-gecontracteerde zorg ‘eigenlijk’ helemaal niet hoeven te worden vergoed. De reden dat artikel 13 Zvw ‘toch’ voorziet in een recht op ‘een’ vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg is dat het recht op vrije artskeuze binnen Nederland en het recht op het ontvangen van diensten binnen de EU geen lege huls mogen worden.⁴³ Vrij vertaald: als maar genoeg wordt vergoed om dit te voorkomen, kan een gedeeltelijke vergoeding door de Nederlands rechterlijke beugel.

De gedachte achter het EU-regime voor grensoverschrijdende zorg is evenwel anders: een verzekerde heeft in beginsel recht op terugbetaling van de kosten van in een andere lidstaat ontvangen verzekerde zorg.⁴⁴ Geen terugbetaling, of een korting op terugbetaling, vormt een belemmering van het vrij verkeer die rechtvaardiging behoeft. Verzekerden worden zo namelijk ontmoedigd om in andere lidstaten zorg te ontvangen.⁴⁵ Onder het EU-recht is het niet zo zeer de vraag of er genoeg wordt vergoed. Het gaat niet zozeer om de 80% die verzekeraars wel vergoeden. Het gaat juist om die 20% die niet wordt vergoed.⁴⁶ Voor die korting dient (in geval van grensoverschrijdende zorg) een juridische grond te bestaan.⁴⁷

Artikel 7 lid 4 Patiëntenrichtlijn: tarief voor gecontracteerde zorg of tarief voor niet-gecontracteerde zorg?

Een eerste grond waarin het EU-recht voorziet, en waar de discussies in de onderhavige zaak zich op toespitsen, betreft het doel het ‘financieel evenwicht’ van zorgverzekeringstelsels te bewaren. Een lidstaat mag de

terugbetaling van de kosten van grensoverschrijdende zorg beperken tot het bedrag dat door die lidstaat ten laste zou zijn genomen indien de zorg op het nationale grondgebied zou zijn verleend (artikel 7 lid 4). De vraag is of dit bedrag ziet op het tarief van gecontracteerde zorg (100% vergoeding) of dat van niet-gecontracteerde zorg (80% van het gecontracteerde tarief).

De Hoge Raad concludeerde dat de eerste optie ‘onaanmemelijk’ is, maar legde niet overtuigend uit waarom. In *Veselibas ministria*, waar de Hoge Raad zich mede op baseerde, zei het Hof van Justitie niet veel meer dan dat, anders dan onder het stelsel van Verordening (EG) nr. 883/2004 (100% vergoeding van de door de lidstaat van behandeling gemaakte kosten), een lidstaat in het kader van de Patiëntenrichtlijn nimmer meer hoeft te betalen dan het maximum van de kosten ‘thuis’. Uit genoemd arrest kan niets worden afgeleid over het antwoord op de vraag welk van de twee Nederlandse tarieven voor artikel 7 lid 4 als vergelijkingsmaatstaf moet worden genomen.

Datzelfde geldt ook voor het argument van de Hoge Raad dat de richtlijn er niet toe mag leiden dat verzekerden met een naturapolis worden aangemoedigd zorg in andere lidstaten te ontvangen. Dat zou wellicht het geval kunnen zijn indien men voor de toepassing van artikel 7 lid 4 het tarief voor gecontracteerde zorg toepast. Indien dat als uitgangspunt wordt genomen, dan zou er voor verzekerden echter geen enkele (financiële) prikkel zijn zich tot een zorgaanbieder in een andere lidstaat te wenden. De situatie is voor verzekerden dan immers neutraal.⁴⁸

Hoe dan ook, de tekst van artikel 7 geeft geen eenduidig antwoord op de vraag of het bedoelde maximumbedrag het tarief van niet-gecontracteerde of dat van gecontracteerde zorg betreft. De rechtspraak die in dat artikel is gecodificeerd duidt er echter op, zoals ook in de literatuur werd gesteld, dat dit (wel degelijk) het tarief voor gecontracteerde zorg betreft. Ten eerste contracteren zorgverzekeraars veel minder met buitenlandse dan met Nederlandse zorgaanbieders. Toepassing van het lagere tarief voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders treft buitenlandse aanbieders dus mogelijk meer dan Nederlandse. Die ongelijke impact, zo kan men uit arresten als *Müller-Fauré*⁴⁹ en *Smits en Peerbooms*⁵⁰ opmaken en zoals in de literatuur werd betoogd,⁵¹ lijkt een in beginsel verboden belemmering van het vrij verkeer te impliceren. De Hoge Raad ontkent dit omdat in die twee zaken, die zagen op het contractenstelsel zoals dat bestond onder de voormalige Ziekenfondswet, zorg over de grens mogelijk in het geheel niet werd vergoed. Het huidige Nederlandse stelsel zou van ‘geheel andere aard’ zijn en vanwege het hinderpaalcriterium het vrij verkeer van diensten waarborgen. Dit is niet zo eenvoudig te begrijpen. Dankzij het hinderpaalcriterium is de drempel voor

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 30-31; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (CZ/Momentum), r.o. 3.5.6.

44 Art. 7 lid 1 Patiëntenrichtlijn.

45 Vgl. HvJ 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*), punt 35; Davies 2019, p. 3-4.

46 HvJ 1 april 2008, C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178 (*Gouvernement de la Communauté française en Gouvernement wallon*), punt 52; Davies 2019, p. 3-4.

47 Voor de korting van niet-gecontracteerde zorg verleend binnen Nederland is geen EU-rechtelijke grond vereist. Interne situaties vallen buiten het toepassingsgebied van de Patiëntenrichtlijn (en art. 56 VWEU).

48 Van de Gronden 2020, p. 24; Davies 2014, p. 14.

49 HvJ 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré en van Riet*).

50 HvJ 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits en Peerbooms*).

51 Davies 2019, p. 3-4.

het ontvangen van zorg over de grens wellicht lager dan onder het stelsel van de Ziekenfondswet, maar er mag nog steeds worden gekort en dus bestaat er nog steeds een belemmering. Het hinderpaalcriterium waarborgt het vrije dienstenverkeer dus niet.⁵²

Ten tweede lijkt het arrest *Watts*,⁵³ dat de Hoge Raad nagenoeg negeert, weinig tot geen ruimte te laten voor een andere conclusie dan dat het gecontracteerde tarief als maatstaf dient te worden genomen. In die zaak ging het om een Britse die in Frankrijk zorg had ontvangen. Het Hof van Justitie verwierp het argument dat de *National Health Service* (NHS) de kosten niet hoefde te betalen omdat de NHS dat ook niet hoefde te doen indien de betrokken patiënt zich voor diezelfde zorg had gewend tot een private, niet bij de NHS aangesloten zorgaanbieder in het Verenigd Koninkrijk. Het Hof van Justitie oordeelde dat voor het bepalen van de vergoeding van grensoverschrijdende zorg niet Britse private zorgaanbieders maar binnen het kader van de NHS verleende zorg als vergelijkingsmaatstaf moet worden genomen.⁵⁴ Vertaald naar het Nederlandse stelsel lijkt dit te impliceren dat verzekerden met een naturapolis recht op terugbetaling van de kosten van over de grens ontvangen zorg hebben tot het maximum van het bedrag van gecontracteerde zorg.⁵⁵

Hoe logisch wellicht ook vanuit het Nederlandse perspectief, de door Hoge Raad aangedragen argumenten en de getrokken conclusie staan op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Van een *acte clair* of *acte éclairé* was geen sprake en er was naar onze mening wel degelijk aanleiding voor prejudiciële verwijzing naar Luxemburg over de exacte betekenis van artikel 7 lid 4 voor het Nederlandse stelsel.⁵⁶

Artikel 8 Patiëntenrichtlijn: artikel 13 Zvw en ziekenhuiszorg

Tegen het voorafgaande kan worden ingebracht dat een uitleg van artikel 7 lid 4 volgens welke een verzekeraar niet 80% maar 100% van het gecontracteerde tarief voor in andere lidstaten ontvangen niet-gecontracteerde zorg moet betalen niet voor de hand ligt omdat dit, zeker waar het ziekenhuiszorg en andere duurdere vormen van zorg betreft, voor verzekeraars aanzienlijke extra kosten met zich kan meebrengen. Dat hoeft evenwel niet het geval te zijn. De richtlijn biedt namelijk een andere mogelijkheid waardoor artikel 13 Zvw toelaatbaar is, namelijk artikel 8. Dit artikel laat het de lidstaten toe

een stelsel van voorafgaande toestemming in te voeren voor de terugbetaling van grensoverschrijdende ziekenhuiszorg en andere kostbare zorg.⁵⁷ Een dergelijk stelsel dient te worden onderscheiden van het in Verordening (EG) nr. 883/2004 opgenomen toestemmingsregime voor geplande zorg. Toestemming in de zin van artikel 20 verordening wordt namelijk gegeven door afgifte van een 'S2-formulier', dat de verzekerde recht geeft op volledige betaling van de door een in een andere lidstaat gevestigde zorgaanbieder gemaakte, en op basis van de in die lidstaat geldende tarieven berekende, kosten. Die betaling wordt in beginsel door de bevoegde organen van de twee betrokken lidstaten onderling geregeld. Onder artikel 8 Patiëntenrichtlijn kan die toestemming op andere wijze worden gegeven, bijvoorbeeld door een brief of e-mail aan verzekerde, zoals VGZ ook in de onderhavige zaak heeft gedaan. De verzekerde zal dan in beginsel de rekening van de zorg in een andere lidstaat zelf moeten betalen en kan dan terugbetaling verlangen tot het bedrag dat die zorg in de eigen lidstaat zou hebben gekost (art. 7 lid 4). Net als onder het regime van artikel 20 verordening (lid 2, tweede zin), mag de toestemming bedoeld in artikel 8 niet worden geweigerd indien de betrokken zorg op het nationale grondgebied niet kan worden verleend binnen een termijn die medisch verantwoord is.⁵⁸ Toestemming, en dus ook (terug)betaling, mag echter wel worden geweigerd indien een bepaalde vorm van ziekenhuiszorg of kostbare extramurale zorg wel binnen die medische verantwoordelijke termijn 'thuis' kan worden verstrekt.⁵⁹

Met andere woorden: artikel 8 Patiëntenrichtlijn biedt de lidstaat Nederland de mogelijkheid om de kosten van door in andere lidstaten gevestigde niet-gecontracteerde aanbieders verstrekte ziekenhuiszorg in het geheel niet te terug te betalen indien die zorg ook 'op tijd' in Nederland kan worden verkregen. Voorwaarde is echter wel dat een stelsel van voorafgaande toestemming daadwerkelijk is ingevoerd en dat heeft Nederland, zoals het in de procedure voor het Hof van Justitie in de *CAK*-zaak erkende, niet gedaan.⁶⁰ Zo lang Nederland zo'n stelsel niet formeel heeft ingevoerd, zal er moeten worden terugbetaald op basis van artikel 7 lid 1 juncto lid 4 Patiëntenrichtlijn. Als dat echter wel gebeurt (en er geen recht op toestemming bestaat) dan lijkt de korting waar artikel 13 Zvw ruimte voor laat in beginsel door de beugel te kunnen, aangezien deze vergoeding ruimhartiger zou zijn dan de richtlijn in dat geval vereist (namelijk geen terugbetaling). Bovendien lijkt het EU-recht, indien Nederland een toestemmingsstelsel invoert, zich zelfs niet tegen afschaffing van het hinderpaal-

52 Er dient gewezen te worden op de zaak *Stamatelaki*, waarin het Hof van Justitie, naast een systeem van voorafgaande toestemming, verschillende tarieven voor de vergoeding van in andere lidstaten verleende ziekenhuiszorg lijkt te accepteren. Dit arrest is echter gewezen voordat de richtlijn werd aangenomen en past niet binnen de systematiek daarvan. Zie HvJ 19 april 2007, C-444/05, ECLI:EU:C:2007:231 (*Stamatelaki*), punt 35.

53 HvJ 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*).

54 HvJ 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*), punt 100.

55 Davies 2019, p. 4; Van de Gronden 2020, p. 24-25.

56 In een Roemeense zaak die nu aanhangig is bij het Hof van Justitie wordt een vraag gesteld die van groot belang zou kunnen zijn voor de verenigbaarheid van art. 13 Zvw met art. 7 lid 4 Patiëntenrichtlijn. Het gaat om de vraag of een formule die (wanneer geen toestemming is verkregen) de vergoeding 'aanzienlijk beperkt' in strijd is met (onder meer) het vrije dienstenverkeer (en dus de richtlijn). Zie zaak C-489/23.

57 Art. 8 lid 2 onder a Patiëntenrichtlijn.

58 Art. 8 lid 5 Patiëntenrichtlijn.

59 Art. 8 lid 6 onder d Patiëntenrichtlijn.

60 HvJ 28 oktober 2021, C-636/19, ECLI:EU:C:2021:885 (*CAK*), punt 59. Zie ook Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de werking van Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM(2022)210 (def.), p. 4.

criterium te verzetten voor zover het grensoverschrijdende ziekenhuiszorg betreft.

Het is ons niet bekend waarom Nederland artikel 8 Patiëntenrichtlijn niet heeft geïmplementeerd, maar heel moeilijk lijkt invoering van een toestemmingstelsel niet te zijn. In de praktijk lijken veel verzekeraars – zoals VGZ in de onderhavige zaak – al regels voor toestemming in hun verzekeringsvoorwaarden te hebben opgenomen. De richtlijn lijkt enkel een bepaalde uniformering van het dienaangaande reeds door verzekeraars gevolgde beleid te eisen. Lidstaten dienen, bijvoorbeeld, te waarborgen dat publiekelijk bekend wordt gemaakt voor welke gezondheidszorg toestemming vereist is, dat de te volgen procedures op objectieve, niet-discriminerende criteria zijn gebaseerd en gemakkelijk toegankelijk zijn, dat verzoeken voor toestemming objectief en onpartijdig en binnen een redelijke termijn behandeld worden, dat individuele beslissingen over terugbetaling worden gemotiveerd en dat deze in rechte kunnen worden betwist.⁶¹

Artikel 7 lid 9 Patiëntenrichtlijn: artikel 13 Zvw en extramurale zorg

De mogelijkheid die artikel 8 Patiëntenrichtlijn biedt, is beperkt tot ziekenhuiszorg en kostbare extramurale zorg. De terugbetaling van niet-gecontracteerde extramurale zorg kan niet worden onderworpen aan voorafgaande toestemmingsvoorwaarden. Die terugbetaling wordt en blijft gereguleerd door artikel 7 richtlijn. Het is juist dat als het gecontracteerde tarief als maatstaf zou moeten worden genomen voor doeleinden van een artikel 13 Zvw-vergoeding dit tot extra kosten zou kunnen leiden. Men kan zich de vraag stellen of artikel 7 lid 9 Patiëntenrichtlijn hier eventueel bescherming tegen biedt. Volgens dit lid kan de terugbetaling voor grensoverschrijdende zorg worden beperkt op grond van dwingende redenen van algemeen belang, zoals (1) 'eisen inzake planning waarmee wordt beoogd om een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van hoogwaardige behandeling in de betrokken lidstaat te waarborgen' of (2) 'de wens de kosten in de hand te houden en elke verspilling van financiële, technische en menselijke middelen zo veel mogelijk te voorkomen'. De twee punten vertonen inhoudelijke gelijkenis met artikel 8 respectievelijk artikel 7, maar zijn wel iets ruimer geformuleerd. Men kan niet uitsluiten dat lid 9 toegevoegde waarde heeft.⁶² Hoewel dit niet aan de orde kwam in het onderhavige arrest, kan worden betwifteld of dit ook voor de toepassing van artikel 13 Zvw op extramurale zorg geldt. In de eerdergenoemde zaken *Müller-Fauré* en *Smits en Peerbooms* maakte het Hof van Justitie duidelijk dat het niet echt bevreesd is dat de vrijheid van patiënten om niet-gecontracteerde extramurale zorg in een andere lidstaat te ontvangen het financië-

le evenwicht en/of de kwaliteit van het Nederlandse zorg(verzekerings)stelsel ernstig zou aantasten. Het Hof overwoog onder meer dat extramurale zorg over het algemeen dicht bij de woonplaats van de patiënt wordt verstrekt, dat grensoverschrijdende toegang tot dergelijke zorg vooral in grensregio's voorkomt en dat Nederlandse ziekenfondsen juist voor die regio's geneigd waren overeenkomsten met buitenlandse artsen op te zetten. De toestemmingsregels van de toenmalige Ziekenfondswet, zo oordeelde het Hof, waren niet noodzakelijk om die belangen te beschermen. Het is moeilijk in te zien waarom dat anders zou zijn voor de korting waarvoor het huidige artikel 13 Zvw ruimte laat.

Conclusie

Het besproken arrest van de Hoge Raad neemt de spanning tussen het Nederlandse stelsel en de Patiëntenrichtlijn niet weg. De Hoge Raad beperkte zich tot ziekenhuiszorg en concludeerde dat artikel 13 Zvw niet in strijd is met de richtlijn. Een nadere analyse van de richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt er juist op te duiden dat de vergoeding onder artikel 13 niet aan de eisen van de richtlijn voldoet. Het lag voor de hand dat de Hoge Raad, als hoogste rechter, de vragen die de Patiëntenrichtlijn oproept voor het Nederlandse stelsel naar het Hof van Justitie had verwezen. Het arrest lijkt ons dan ook niet het einde van de discussie over het hinderpaalcriterium wat grensoverschrijdende zorg betreft.

61 Zie art. 8 lid 7 en art. 9 Patiëntenrichtlijn.

62 Formeel heeft geen enkele lidstaat gebruikgemaakt van art. 7 lid 9, dus ook Nederland niet. Op basis van lid 11 moeten lidstaten dit namelijk mededelen aan de Commissie. Uit de laatste evaluatie van de richtlijn blijkt dat dat nog niet gebeurd is. Zie COM(2022)210 (def.), p. 2.