

Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht

Richtinggevend kader voor de verdere ontwikkeling van het toezicht op de zorgplicht

Inhoud

Vooraf	3
1. Aanleiding	4
1.1 Doel van dit document	5
1.2 Leeswijzer	5
2. De zorgplicht	7
2.1 De zorgplicht Zorgverzekeringswet	7
2.1.1 Verplichting van de zorgverzekeraar	7
2.1.2 De inhoud en omvang van de zorg	9
2.1.3 Recht op zorg	10
2.2 De zorgplicht Wet langdurige zorg	10
2.3 De zorgplicht en de rol van de NZa	11
2.3.1 Cruciale zorg	13
2.4 Betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit	13
3. Verkoopmacht	15
3.1 Verkoopmacht en zorgplicht	15
3.2 Overheveling AMM-taken naar ACM	16
4. Inkoopmacht	17
4.1 Inkoopmacht en de voordelen voor de consument	17
4.2 Voordelen consument: ook naar kwaliteit en toegankelijkheid	19
4.3 Zorgplicht als grens aan inkoopmacht	19
5. Naar een multidimensionale beschouwing	20
5.1 Zorgplicht en meetbaarheid	20
5.2 Nadere invulling van de zorgplicht	22
6. Uitwerking nieuw richtinggevend kader verkoopmacht	24
6.1 Beoordelingskader: stappenplan	24
6.2 Schaarste aanbodzijde zorgmarkt	25
6.2.1 Verkoopmacht zorgaanbieder	25
6.3 Capaciteitsgrenzen	26
6.3.1 Tijdelijke schaarste, voorzien en onvoorzien	26
6.3.2 Structureel tekort zorgaanbod	27
6.4 Financiële grenzen	28
6.5 Zorgplicht en overmacht	29
6.5.1 Overmacht en de nakoming van de verbintenis	29
6.5.2 Overmacht en de NZa	30
6.5.2.1 Cruciale zorg	31
6.5.2.2 Rechtvaardigingsgrond	31
7. Conclusie	32

Vooraf

In januari 2010 publiceerde de NZa haar visiedocument Inkoopmacht en collectief onderhandelen. In dat visiedocument stelde de NZa dat enige inkoopmacht in het zorgstelsel van belang is om tot een borging van de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg te komen. Ook stelde de NZa in dat document dat, om de voordelen van inkoopmacht (optimaal) ten goede te laten komen aan de consument, het van belang is dat de zorgverzekeringsmarkt voldoende concurrerend blijft. Verkoopmacht van de zorgaanbieder achtte de NZa schadelijker voor de consument dan inkoopmacht, met name omdat inkoopmacht van zorgverzekeraars ten goede komt aan de consument.

Sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet ontvangt de NZa meldingen van vermeende marktmacht. Het gaat daarbij om zowel meldingen over marktmacht van zorgverzekeraars als zorgaanbieders. Het visiedocument van januari 2010 vormde het beleidsmatige kader voor de behandeling van dergelijke vraagstukken.

Ontwikkelingen sindsdien hebben ertoe geleid dat de NZa haar visie op dit punt aanvult. Veel markten kennen inmiddels onderhandelbare prijzen (vrije prijzen, maximum tarieven) en de risicodragendheid van zorgverzekeraars is aanzienlijk toegenomen. Scherper inkopen op prijs loont meer dan ooit. Scherper inkopen komt de consument ten goede en leidt tot een lagere premie voor zijn zorgverzekering. Tegelijkertijd hebben wij ook geconstateerd dat het risico bestaat dat er een ondergrens wordt bereikt. Die ondergrens wordt gevormd door de zorgplicht van zorgverzekeraars. Verzekeraars moeten voor hun verzekerden zorgen voor tijdige en kwalitatief goede zorg. Scherpe inkoop op prijs kan een negatief effect hierop hebben. Daarom besteden we er in dit document aandacht aan.

Aan de andere kant heeft ervaring ons geleerd dat een zorgaanbieder met verkoopmacht ervoor kan zorgen dat zorgverzekeraars niet aan hun zorgplicht kunnen voldoen. We zagen dat in de zaak waarbij een apotheek in Zeeland weigerde een contract aan te gaan met verzekeraars. Meer recent speelde de transgenderzorg-zaak waarbij de grootste aanbieder van deze zorg besloot om de wachtlijsten te sluiten. Zorgverzekeraars hadden dit ziekenhuis nodig om aan hun zorgplicht te voldoen. Uiteindelijk zijn partijen er onderling uitgekomen en heeft het ziekenhuis de wachtlijsten weer geopend, maar dat heeft wel enige tijd geduurd.

Dit document is een richtinggevend kader. In dit document beschrijft de NZa aan de hand van casuïstiek wat de relatie is tussen zorgplicht en marktmacht. Dit richtinggevend kader zal de NZa gebruiken voor de verdere invulling van haar toezicht op de zorgplicht. De ervaringen die we ermee gaan opdoen zullen uiteindelijk toegevoegd worden aan het bestaande toezichtkader zorgplicht Zorgverzekeringswet en het toezichtkader zorgplicht Wet langdurige zorg. Dienovereenkomstig kan de NZa handhavend optreden.

1. Aanleiding

Op 18 december 2013 besluit een groot ziekenhuis een patiëntenstop in te stellen voor transgenderzorg. Nieuwe patiënten, die in aanmerking komen voor een behandeling, werden niet meer op de wachtlijst geplaatst. Het ziekenhuis is in Nederland de grootste aanbieder van transgenderzorg. Alternatief zorgaanbod is maar zeer beperkt beschikbaar. Volgens de grootste zorgverzekeraar maakt het ziekenhuis misbruik van haar machtspositie. Het ziekenhuis stelt echter dat er meer geld nodig is voor transgenderzorg en dat de zorgverzekeraar dat weigert te betalen. De zorgverzekeraars hebben naar hun mening voldoende geld geboden voor transgenderzorg. Naar aanleiding van deze kwestie is de NZa een onderzoek gestart.

Uit de toezichtspraktijk van de NZa, zoals het voorbeeld hiervoor, blijkt dat marktmacht en zorgplicht elkaar kunnen raken. De NZa heeft ook andere vergelijkbare casus in behandeling gehad. De hierboven genoemde casus en andere praktijkgevallen hebben ertoe geleid dat de NZa haar visie op het gebied van inkoopmacht en de uitoefening van haar toezichttaak op de zorgplicht tegen het licht heeft gehouden:

- (i) Met name in 2014 kwam het verband tussen zorgplicht en marktmacht duidelijk naar voren in meerdere concrete zaken. Het gaat hierbij enerzijds om de zorgplicht ten opzichte van verkoopmacht en anderzijds om de zorgplicht ten opzichte van inkoopmacht. Omdat de praktijk uiteindelijk leidde tot op onderlinge afspraken gebaseerde oplossingen bestaat er tot nu toe nog geen openbaar oordeel van de NZa over de relatie tussen inkoopmacht, verkoopmacht en zorgplicht. Toch bestaat er behoefte aan meer duidelijkheid op dit punt. In dit kader beschrijft de NZa hoe zij deze situaties beziet vanuit het toezicht op de zorgplicht.
- (ii) De behoefte aan meer duidelijkheid volgt ook uit het rapport van AEF over de evaluatie van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), dat in 2014 uitkwam. Hierin werd gesteld dat de visie of het beleid van de NZa ten aanzien van inkoopmacht moest worden herijkt. De aanbeveling betreft vooral de aanname dat inkoopmacht geen probleem is omdat de voordelen ervan doorgegeven zouden worden aan de consument.
- (iii) Voorts heeft de Minister van VWS begin 2015 aangekondigd om met een wetsvoorstel te komen waarmee het markttoezicht, waaronder het instrument ten aanzien van aanmerkelijke marktmacht (AMM), wordt ondergebracht bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM).¹ Dit kader komt eveneens de samenwerking tussen de ACM (markttoezicht) en de NZa (toezicht op de zorgplicht) ten goede.

¹ Het wetsvoorstel Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg (hierna: Herpositionering taken NZa en deregulering), waarin ook de overheveling van het zorgspecifieke markttoezicht naar de Autoriteit Consument en Markt (ACM) is opgenomen, is op 12 april 2016 aangeboden aan de Tweede Kamer. Zie Kamerstukken II, 2015/16, 34 445, nr. 2.

- (iv) Ten vierde heeft de NZa in juni 2015 een risicoverkenning faillissementen uitgebracht.² In deze risicoverkenning kwam aan bod dat voor een aantal vormen van hoog complexe medisch specialistische zorg mogelijke risico's bestaan voor de continuïteit van zorg. In dat kader zijn de risico's beschreven van een faillissement, maar er zijn meer mogelijke oorzaken voor het wegvallen van noodzakelijke capaciteit.

1.1 Doel van dit document

In dit document wordt een analyse gemaakt van de verhouding van de zorgplicht tot inkoopmacht van zorgverzekeraars en verkoopmacht van zorgaanbieders. Daarbij komen verder de volgende vragen aan de orde:

Zorgplicht:

In hoeverre is de zorgplicht toetsbaar en afdwingbaar? Wanneer kan er redelijkerwijs niet méér inspanning van een verzekeraar gevraagd worden om zijn zorgplicht na te komen? Wat zijn de relevante instrumenten en is het nodig om de zorgplicht aan te scherpen? Wat is voor een goede uitoefening van het toezicht op en handhaving van de zorgplicht nodig?

Verkoopmacht:

Hoe ver reikt de zorgplicht van een zorgverzekeraar als een zorgaanbieder verkoopmacht heeft? Moet de zorgverzekeraar de hogere prijs betalen of zou er sprake kunnen zijn van overmacht of een ingrijpen van de NZa? En hoe verhoudt dit zich met de toepassing (in de toekomst mogelijk door ACM) van het aanmerkelijke marktmacht instrument (AMM-instrument) op de verkoopmacht van de zorgaanbieder in kwestie? Bestaat de noodzaak voor een nieuw instrument, waarmee de continuïteit van zorg kan worden geborgd?

Inkoopmacht:

Is de inkoopmacht van verzekeraars problematisch geworden in het licht van de ontwikkelingen van de recente jaren? In het bijzonder: worden de voordelen die een verzekeraar behaalt bij de zorginkoop doorgegeven aan de consument en waar blijkt dit uit?³ Zijn de risico's van inkoopmacht zoals verschraling van zorg in termen van toegankelijkheid en kwaliteit concreet aan de orde?

De resultaten van de analyse worden vervolgens neergelegd in een richtinggevend kader.

1.2 Leeswijzer

In dit document geven we eerst een korte beschrijving van de zorgplicht en het toezicht van de NZa op de naleving ervan door zorgverzekeraars.

Allereerst zullen we ingaan op de achtergrond van het begrip zorgplicht en op het toezicht erop. Daarna zullen we achtereenvolgens de relatie zorgplicht-verkoopmacht én zorgplicht-inkoopmacht behandelen.

Ten slotte formuleren wij een richtinggevend kader. Dit richtinggevend kader zal de NZa gebruiken voor de verdere invulling van haar toezicht op de zorgplicht.

² Eindrapport en beleidsbrief van de NZa inzake Risicoverkenning faillissementen van zorgverzekeraars en ziekenhuizen van juni 2015.

³ In de marktscan zorgverzekeringmarkt krijgt deze vraag aparte aandacht.

We sluiten af met de conclusie.

2. De zorgplicht

Zoals in de inleiding aangegeven, is gebleken dat marktmacht en de zorgplicht elkaar kunnen raken. In sommige gevallen kan de zorgplicht niet los worden gezien van marktmacht en, andersom, de marktmacht van een zorgverzekeraar of aanbieder niet los worden gezien van de zorgplicht. Alvorens deze complexe materie nader te verkennen wordt hieronder eerst ingegaan op de zorgplicht en het toezicht van de NZa op de zorgplicht.

2.1 De zorgplicht Zorgverzekeringswet

De zorgplicht is neergelegd in artikel 11 van de Zorgverzekeringswet (Zvw). Dit artikel bepaalt dat de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerden een zorgplicht heeft die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet krachten de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:

- a. de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of
- b. vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.

De prestatie onder a. wordt ook wel naturaprestatie genoemd. De prestatie onder b. restitutieprestatie. Een combinatie van beide prestaties is ook mogelijk.⁴ Die mogelijkheid volgt uit artikel 11, lid 2, Zvw.

Onder de zorgplicht verstaat de NZa de verplichting van de zorgverzekeraar om ervoor te zorgen dat een verzekerde de zorg, of vergoeding van de kosten van zorg alsmede desgevraagd zorgbemiddeling, krijgt waar hij behoefte aan en wettelijk aanspraak op heeft. Het gaat hierbij niet alleen om de inhoud en omvang van de (vergoeding van) zorg, maar ook om de kwaliteit, tijdigheid en bereikbaarheid van de verzekerde zorg.⁵ De wetgever heeft de zorgplicht en de verantwoordelijkheden van de zorgverzekeraar expliciet in verband gebracht met (verantwoording over) aspecten van zorg als de kwaliteit, de bereikbaarheid, de tijdigheid en de veiligheid ervan. Veiligheid vormt een onderdeel van kwaliteit, en is niet als apart aspect van de zorgplicht opgenomen.⁶

2.1.1 Verplichting van de zorgverzekeraar

De zorgplicht is een verplichting van de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerde tot het doen van een bepaalde prestatie. De Zvw schrijft voor welke prestatie dat is en wat die prestatie behelst: de levering van zorg of de vergoeding van kosten van zorg. De Zvw schrijft de prestatie en de inhoud van de prestatie voor. Het recht op die prestatie ontleent de verzekerde aan de zorgverzekering die hij bij een zorgverzekeraar heeft afgesloten. De zorgverzekering is een bijzondere vorm van de schadeverzekering, een vorm van een overeenkomst. Daarmee staat vast dat de zorgverzekering een overeenkomst is. Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat als de zorgverzekeraar de prestatie niet

⁴ Artikel 11, lid 2, Zvw.

⁵ Beleidsregel Toezicht kader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (BR/TH-018), p. 5.

⁶ Zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 763, nr. 3 (MvT Zvw), p. 42-44.

(tijdig) levert hij tot nakoming van zijn verplichting tot levering of vergoeding van kosten kan worden gehouden door de verzekerde.

Het onderscheid restitutie en natura heeft bijzondere gevolgen voor de verplichting van de zorgverzekeraar aan de verzekerde. Met naturaprestaties neemt de zorgverzekeraar vergaande verplichtingen op zich, die hij bij restitutie niet heeft.

Natura

Bij natura is de zorgverzekeraar gehouden tot het leveren van de zorg. Hoewel de Zvw niet voorschrijft in welke vorm dat moet, contracteren zorgverzekeraars zorgaanbieders om de zorg namens hen te laten leveren. De zorgverzekeraar blijft desalniettemin het aanspreekpunt van de verzekerde voor de nakoming van de zorgplicht en de levering van zorg. De zorgplicht van de zorgverzekeraar betekent ook dat de zorgverzekeraar er voor moet zorgen dat de verzekerde zijn recht op zorg tijdig kan verwezenlijken en dat die zorg van goede kwaliteit is. Dit betekent derhalve ook dat als de zorgaanbieder slechte kwaliteit levert dit gevolgen heeft voor de nakoming van de zorgplicht door de zorgverzekeraar.

De zorgplicht brengt ook met zich mee dat de zorgverzekeraar in staat voor de continuïteit van zorg. Dit betekent dat zorgverzekeraars ervoor moeten zorgen dat zij tijdig op de hoogte zijn van mogelijke continuïteitsproblemen bij een zorgaanbieder, omdat hierdoor immers het risico ontstaat dat de zorgaanbieder het contract met de verzekeraar niet nakomt en de verzekerde de zorg niet kan krijgen die hij nodig heeft. Die informatie stelt verzekeraars in staat om, indien noodzakelijk, tijdig elders zorg in te kopen bijvoorbeeld bij andere zorgaanbieders of nieuwe toetreders. Gelet op de zorgplicht van verzekeraars ligt het voor de hand dat verzekeraars in hun contracten met zorgaanbieders bepalingen opnemen over het vroegtijdig melden van financiële of kwalitatieve risico's voor de continuïteit van cruciale zorg.⁷

Restitutie

Bij restitutie heeft de zorgverzekeraar de verplichting jegens de verzekerde om de kosten van zorg tijdig te vergoeden. Hierbij is er – in principe⁸ – geen relatie tussen de zorgaanbieder en de zorgverzekeraar. De zorgverzekeraar heeft wel de verplichting om na te gaan of de zorg die de verzekerde declareert past in de dekking van de zorgverzekering.⁹

De bemiddelingsplicht van de zorgverzekeraar brengt met zich mee dat als de verzekerde op zijn zorgverzekeraar een beroep doet om te bemiddelen ten behoeve van het verkrijgen van zorg, de verzekerde van de verzekeraar mag verwachten dat deze hem niet stuurt naar een hulpverlener die kwalitatief ondeugdelijke zorg levert. Een zorgverzekeraar moet daarop letten.¹⁰ De verplichting tot bemiddeling van de zorgverzekeraar is een inspanningsverplichting, waarbij bepaalde

⁷ Zie MvT Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico's voor de continuïteit van zorg alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, p. 6 (Kamerstukken II, 2011/12, 33 253, nr. 3).

⁸ De praktijk echter laat zien dat er ook restitutieverzekeringen bestaan met gecontracteerd zorgaanbod. Als dat in de polisvoorwaarden is opgenomen, is de verzekerde, op straffe van een korting op de vergoeding, gehouden zich tot het gecontracteerd zorgaanbod te wenden.

⁹ Uit hoofde van de zorgverzekeraar mogen immers alleen kosten van zorg worden vergoed die vallen onder de dekking van de zorgverzekering. Er zijn ook situaties waarbij er sprake is van een betalingsovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder, waarbij de zorgaanbieder de nota rechtstreeks bij de zorgverzekeraar indient zonder tussenkomst van de verzekerde.

¹⁰ MvT Zvw, p. 43.

resultaatscomponenten – zoals bemiddelen naar een zorgaanbieder die voldoet aan de geldende kwaliteitsnormen – een rol spelen. Ook geldt bij bemiddeling dat bemiddeld wordt naar zorg die tijdig – conform de toepasselijke normen – kan worden geleverd.

2.1.2 De inhoud en omvang van de zorg

De vraag of een zorgverzekeraar aan zijn zorgplicht voldoet is onlosmakelijk verbonden met de vraag wat onder de zorg wordt verstaan. De zorgverzekeraar die naturapolissen aanbiedt en uitvoert moet niet alleen zorgen dat hij de zorg kan (laten) leveren die op grond van de Zvw verzekerd moet zijn, maar ook dat de verzekerde die zorg tijdig kan krijgen en dat die zorg voldoet aan de geldende kwaliteitsnormen.

De overheid bepaalt de inhoud en omvang van de dekking van de zorgverzekering. Artikel 11, lid 3, Zvw, bepaalt dat de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties bij algemene maatregel van bestuur (Amvb) worden geregeld en artikel 11, lid 4, Zvw, bepaalt dat bij ministeriele regeling onder andere vormen van zorg kunnen worden uitgezonderd.

In artikel 2.1, van het Besluit zorgverzekering (Bzv) – de Amvb bedoeld in artikel 11, lid 3, Zvw – is opgenomen dat de zorg en overige diensten bedoeld in artikel 11, lid 1, sub a, Zvw, zijn de vormen van zorg die zijn omschreven in het Bzv. Dit zijn de verzekerde prestaties. De wetgever heeft bij de invoering van de Zvw gekozen voor functiegerichte aanspraken.¹¹ Hierdoor omschrijft de wetgever niet precies voor welke verrichtingen en diensten verzekerd zijn. Zo bepaalt artikel 2.4 van het Bzv dat geneeskundige zorg de zorg omvat zoals huisartsen, medisch-specialisten, klinisch psychologen (...) plegen te bieden. De zorgverzekeraar bepaalt in zijn polis welke zorgaanbieder de zorg levert.

Het voorgaande geldt, gezien de verwijzing naar artikel 11, lid 1, sub a, Zvw, voor natura. Voor restitutie bepaalt artikel 2.2, Bzv, dat onder de vergoeding van kosten als bedoeld in artikel 11, lid 1, sub b, Zvw de kosten worden verstaan die de verzekerde heeft gemaakt voor zorg of overige diensten die zijn omschreven in het Bzv. Het artikel bepaalt verder dat de zorgverzekeraar bij het bepalen van de vergoeding de kosten die hoger zijn dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten, in mindering worden gebracht.

Stand van de wetenschap en praktijk

Artikel 2.1, lid 2, Bzv, bepaalt dat de inhoud en omvang van de vormen van zorg of diensten mede worden 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. In samenhang met de functiegerichte omschrijving van de verzekerde prestaties bekend dit dat onder de Zvw alleen die zorg tot het verzekerde pakket hoort die door de betrokken beroepsgroep tot het aanvaarde arsenaal van medische onderzoeks- en behandelingsmogelijkheden wordt gerekend. Staat eenmaal vast dat een vorm van onderzoek of behandeling gebruikelijk is, dan is daarmee het opgenomen zijn in het verzekeringspakket een gegeven.¹²

¹¹ Zie MvT Zvw, p. 41-42.

¹² Toelichting Bzv, Stb 2005, 389, p. 35-36.

2.1.3 Recht op zorg

Dat bepaalde zorg gebruikelijk is en mitsdien tot het verzekeringspakket behoort, wil niet zeggen dat de verzekerde daar zonder meer recht op heeft. Artikel 2.1, lid 3, van het Bzv bepaalt dat een verzekerde recht heeft op zorg als hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs op is aangewezen. Daarnaast kan de verzekeraar in de polis voorwaarden als verwijzing, voorschrijven of toestemming opnemen waaraan de verzekerde moet voldoen om de aanspraak tot gelding te kunnen brengen.

2.2 De zorgplicht Wet langdurige zorg

De Wet langdurige zorg (Wlz) kent een zorgplicht voor Wlz-uitvoerders en een zorgplicht voor zorgkantoren. Er zitten verschillen tussen deze beide zorgplichten. Hierna worden de belangrijkste noties kort benoemd.

Zorgplicht Wlz-uitvoerder

De zorgplicht voor Wlz-uitvoerders is neergelegd in artikel 4.2.1, eerste lid, van de Wlz. Het houdt in dat de Wlz-uitvoerder ervoor zorgt dat de zorg waarop de verzekerde aangewezen is binnen redelijke termijn en op redelijke afstand van waar de verzekerde wenst te gaan wonen dan wel bij hem thuis, wordt geleverd. Daarnaast houdt de zorgplicht voor de Wlz-uitvoerder in dat hij de verzekerde informatie verschaft over de verschillende leveringsvormen. Daarbij moet de Wlz-uitvoerder hem wijzen op de mogelijkheid om voor een 'volledig pakket thuis' een 'modulair pakket', of een 'persoonsgebonden budget' te kiezen. Ook houdt de zorgplicht van de Wlz-uitvoerder in dat er cliëntondersteuning voor de verzekerde beschikbaar is, waar hij een beroep op kan doen.

Artikel 4.2.2 van de Wlz bepaalt dat de Wlz-uitvoerder, ter uitvoering van zijn zorgplicht, schriftelijke overeenkomsten sluit met zorgaanbieders. Artikel 4.2.2, Wlz, bepaalt eveneens welke bepalingen ten minste in die overeenkomsten moeten zijn opgenomen. Zo moeten in de overeenkomst bepalingen worden opgenomen over de aard, kwaliteit, doelmatigheid en omvang van de te verlenen zorg. Artikel 4.2.2 bepaalt verder dat de Wlz-uitvoerder er zorg voor draagt dat in het aanbod van gecontracteerde zorgaanbieders redelijkerwijs rekening wordt gehouden met de godsdienstige gezindheid, de levensovertuiging, de culturele achtergrond en de seksuele gerichtheid van de bij hem ingeschreven verzekerden.

De zorgplicht Wlz behelst voor de Wlz-uitvoerder ook een verplichting tot het verstrekken van informatie aan de verzekerde. Die informatieverstrekking ziet op de verschillende leveringsvormen van de zorg, die de Wlz mogelijk maakt. Naast de inhoud en omvang van de zorg, bepaalt de Wlz ook in welke vorm die zorg kan worden geleverd. Zo omvat de zorg 'persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging'. Deze zorg kan in een instelling met verblijf worden geleverd, maar ook bij de verzekerde thuis via een 'volledig pakket thuis' of in de vorm van een persoonsgebonden budget. Het persoonsgebonden budget is een subsidie waarmee de verzekerde onder voorwaarden zelf de zorg kan inkopen.

Zorgplicht zorgkantoor

Een zorgkantoor is een Wlz-uitvoerder die voor een aangewezen regio de Wlz uitvoert. Dat doet hij voor de verzekerden van alle Wlz-uitvoerders, op basis van een mandaat- en volmachtovereenkomst.

Naast de zorgplicht van de Wlz-uitvoerder bepaalt de Wlz dat het zorgkantoor ook een zorgplicht heeft. Dit volgt uit artikel 4.2.1, tweede lid, waarin is bepaald dat het zorgkantoor aan verzekerden, desgevraagd, informatie verschaft over de voorwaarden waaronder zij in aanmerking kunnen komen voor een persoonsgebonden budget. Daarnaast houdt de zorgplicht in dat het zorgkantoor ervoor zorgt dat het budget binnen redelijke termijn beschikbaar wordt gesteld.

2.3 De zorgplicht en de rol van de NZa

Op grond van artikel 16, b, Wmg, is de NZa belast met het toezicht op de rechtmatige uitvoering door de zorgverzekeraars van hetgeen bij of krachtens de Zorgverzekeringswet is geregeld. Op grond van artikel 16, d, Wmg, is de NZa belast met, onder andere, het toezicht op de rechtmatige en doelmatige uitvoering door de Wlz-uitvoerders en het CAK, van hetgeen bij of krachtens de Wet langdurige zorg is geregeld. Op grond van beide taken komt de NZa de bevoegdheid toe om toe te zien op de naleving van de uitvoering van de zorgplicht door zorgverzekeraars, en Wlz-uitvoerders en zorgkantoren. In tegenstelling tot de Zvw, behelst een beoordeling van de uitvoering van de zorgplicht neergelegd in de Wlz dat de NZa zich ook kan buigen over de doelmatigheid van de uitvoering. Dit betekent dat de NZa ook kan ingrijpen op de wijze waarop de Wlz-uitvoerder of het zorgkantoor zijn zorgplicht nakomt. De NZa kan een aanwijzing opleggen op grond van artikel 77 Wmg (voor de Zvw) en artikel 78 Wmg (voor de Wlz). Artikel 79, lid 1, Wmg, bepaalt dat de NZa geen aanwijzing als bedoeld in de artikel 77 geeft omtrent de beoordeling of behandeling van individuele gevallen door degene tot wie de aanwijzing is gericht.

Voor de Zvw geldt nog in het bijzonder dat er sprake is van een private overeenkomst tussen de zorgverzekeraar en de verzekeringnemer. Als de zorgverzekeraar zijn zorgplicht, zoals neergelegd in die overeenkomst, niet nakomt, dan kan de verzekeringnemer hem daarop aanspreken.¹³ Als voorbeeld kan een uitspraak van de SKGZ dienen, waarin de SKGZ het volgende overwoog:¹⁴

“Gelet op de zorgplicht van de ziektekostenverzekeraar is deze gehouden verzoekster de zorg te verstrekken waarop zij uit hoofde van de zorgverzekering aanspraak heeft. De ziektekostenverzekeraar heeft zich niet ingespannen om voor verzoekster de noodzakelijke zorg in natura te organiseren, bijvoorbeeld bij een door hem gecontracteerde zorgaanbieder, hoewel hij daartoe op grond van de overeenkomst gehouden was. Verzoekster had derhalve geen andere keuze dan zich te wenden tot de specialist waarnaar zij door haar behandelend gynaecoloog in Nederland was verwezen. Dientengevolge heeft zij schade geleden ter grootte van een bedrag van € 3.043,04. Aangezien de ziektekostenverzekeraar niet heeft geleverd aan verzoekster waartoe hij op grond van de overeenkomst was gehouden, is sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming, en is de ziektekostenverzekeraar gehouden de hierdoor ontstane schade aan verzoekster te vergoeden.”

Geschillencommissie Zorgverzekeringen, 6 juli 2011.

Als de zorgverzekeraar de zorgplicht niet nakomt heeft dit nadelige gevolgen voor de verzekerde die zijn recht op een prestatie tot gelding

¹³ Voor de Wlz geldt dat er sprake is van een besluit, in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Hier tegen staat bezwaar open, en beroep.

¹⁴ Geschillencommissie Zorgverzekeringen, 6 juli 2011. 2010.00282, Zie voorts GJ 2011, 158, met noot R. de Groot.

brengt. Maar het kan ook zijn dat de tekortkoming niet alleen een nadelig effect heeft voor één verzekerde, maar een grotere groep verzekerden, of voor de werking van het stelsel.

Op grond van artikel 3, lid 4, Wmg, stelt de NZa bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop. De NZa vult haar toezicht op de zorgplicht zo in dat zij alleen optreedt in het geval het *algemeen* consumentenbelang wordt getroffen. Het algemeen consumentenbelang ligt in het verlengde van de publieke belangen betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid. Bij de overweging handhavend op te treden spelen verschillende overwegingen een rol. Zoals de omvang van het probleem, de ernst van het probleem en de vraag of de verzekerde zelf – via de SKGZ bijvoorbeeld – het probleem kan oplossen. Meldingen en signalen van individuele burgers kunnen blijken geven van een breder probleem. De NZa kan in zo'n geval onderzoek doen naar aanleiding van zo'n melding. Maar de NZa kan geen aanwijzing opleggen ten einde een geschil tussen partijen te beslechten. De NZa ziet erop toe dat de zorgplicht door de zorgverzekeraar, Wlz-uitvoerder of zorgkantoor, wordt nagekomen.

Bovenstaande leidt tot de volgende conclusies over het toezicht op de naleving van de zorgplicht:

- De NZa houdt toezicht op de rechtmatige (en voor de Wlz ook de doelmatige) uitvoering van de zorgplicht en kan de zorgverzekeraar, Wlz-uitvoerder respectievelijk zorgkantoor aanspreken als deze zijn zorgplicht niet nakomt.¹⁵
- De NZa kan geen aanwijzing opleggen om een individueel geschil tussen zorgverzekeraar, Wlz-uitvoerder en/of zorgkantoor, en verzekerde te beslechten.
- De verzekerde kan de zorgverzekeraar aanspreken tot nakoming van de verbintenis.¹⁶ De verzekerde kan de door hem geleden schade vanwege een tekortkoming in de nakoming van de zorgplicht door de zorgverzekeraar op de laatste verhalen. Voor de Wlz geldt dat bezwaar en beroep open staat.
- Of de NZa handhavend optreedt hangt af van verschillende factoren, waaronder de omvang en de ernst van het probleem en de vraag of de verzekerde zelf het probleem kan oplossen, bijvoorbeeld door naar de SKGZ te stappen.¹⁷

De zorgplicht is een open norm. In haar toezichtpraktijk loopt de NZa tegen vraagstukken aan waarbij de vraag naar voren komt of er sprake is van tijdige en kwalitatief goede zorg. De IGZ houdt toezicht op de kwaliteit en de veiligheid van zorg en medische producten. De NZa volgt het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van het handelen van zorgaanbieders. Voor de vraag of de zorg tijdig is geleverd, gelden in beginsel de Treeknormen. Dit zijn maximaal aanvaardbare normen. Op het moment dat de norm nog te open is en daarom geen houvast biedt om te bepalen wat tijdige zorg is, is het van belang dat veldpartijen de norm nader invullen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de algemene Treeknormen voor ziekenhuiszorg of GGZ te lang zijn voor bepaalde aandoeningen/specialismen. Het Zorginstituut kan dit indien nodig faciliteren en kan veldnormen ook opnemen in het Kwaliteitsregister.

¹⁵ In artikel 4.2.1 Wlz is de zorgplicht voor de Wlz-uitvoerder en voor het zorgkantoor neergelegd. Op grond van artikel 4.2.4 kan de minister een Wlz-uitvoerder aanwijzen als zorgkantoor, die de uitvoering van de Wlz in een aangewezen regio voor zijn rekening neemt. Dat zorgkantoor voert dientengevolge ook de zorgplicht uit. Op grond van een mandaat- en volmachtovereenkomst mandateren de andere Wlz-uitvoerders dat zorgkantoor om voor hun verzekerden de Wlz uit te voeren in die regio.

¹⁶ Het gaat hierbij om de nakoming van de zorgverzekeringsovereenkomst, dan wel de verplichting die rust op een Wlz-uitvoerder en zorgkantoor uit hoofde van de Wlz.

¹⁷ Zie voorts de beleidsregel Handhaving. De invulling van het handhavingsbeleid van de NZa (TH/BR-016).

Vanuit toezichtperspectief kan nadere invulling van normen ook voordelen opleveren. Immers, duidelijkheid op dit gebied schept kaders op grond waarvan de NZa verzekeraars kan aanspreken. Ten aanzien van een aantal specialismen, te weten transgenderzorg en scoliose, heeft de NZa al bij het veld aangedrongen op het opstellen van normen. Voor beide geldt dat daartoe een traject is opgesteld.

2.3.1 Cruciale zorg

In het bijzonder moet de rol van de overheid bij cruciale zorg worden genoemd. Cruciale zorg zijn die vormen van zorg die als zodanig bij Amvb – het Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG – zijn aangewezen. Het gaat om ambulancezorg, spoedeisende hulp, acute verloskundige, crisisopvang GGZ en zorg als omschreven bij of krachtens de Wlz. In de situatie waarin de zorgverzekeraar niet langer kan voldoen aan zijn zorgplicht met betrekking tot het leveren van cruciale zorg kan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) een vangnetstichting oprichten. Deze (tijdelijke) vangnetstichting neemt de levering van cruciale zorg voor zijn rekening. Een vangnetstichting wordt alleen opgericht in het geval de zorgverzekeraar vanwege *overmacht* niet meer aan zijn zorgplicht kan voldoen. Van overmacht in dit kader is sprake als de verzekeraar niet langer kan voldoen aan zijn zorgplicht, waarbij het moet gaan om een ernstige en uitzonderlijke situatie waarin de verzekeraar kan aantonen al het mogelijke te hebben gedaan om de continuïteit van de betreffende zorgverlening te borgen maar hier desondanks niet in kan slagen.¹⁸

2.4 Betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit

De vraag of de zorgplicht is geschonden hangt mede af van de vraag of de zorgverzekeraar – bij natura – de zorg niet, niet tijdig of niet van voldoende kwaliteit kan leveren. Dit roept de vraag op wat de geldende normen op het gebied van toegankelijkheid en kwaliteit zijn waar de zorgverzekeraar zich aan moet houden. De Zvw zelf vult deze normen niet in, maar laat dit over aan het veld. De NZa beziet de toegankelijkheid aan de hand van verschillende begrippen: vraaggerichtheid, gelijkheid, tijdigheid, bereikbaarheid, beschikbaarheid, continuïteit van zorg en keuzevrijheid.¹⁹ Voor sommige van deze begrippen heeft het veld normen opgesteld om de grens tussen maatschappelijk gezien acceptabel en niet acceptabel te bepalen. Zo bepalen de Treeknormen wanneer een wachttijd acceptabel is.²⁰ Ook kan de wetgever de maximale 'reistijd' bepalen. Zo heeft de minister van VWS in de beleidsregels Wet toelating zorginstellingen (Wtzi) bepaald dat ter borging van een goede spreiding en bereikbaarheid van spoedeisende eerste hulp (SEH)-afdelingen van basisziekenhuizen, een ambulance er maximaal 45 minuten over mag doen om naar de patiënt te gaan en vervolgens naar de SEH-afdeling te rijden. De rijtijd van de ambulance naar patiënt is maximaal 15 minuten.²¹ Op huisartsen rust de inspanningsverplichting om binnen 15 minuten bij de patiënt te zijn.²² Voor zover er geen algemene tijdigheids-bereikbaarheidsnormen zijn, geldt dat de zorg tijdig moet worden geleverd en bereikbaar moet zijn, met inachtneming van de gezondheidstoestand van de verzekerde (i.e., zijn indicatie of verwijzing).²³

¹⁸ TH/BR-017 en TH/NR-002. Beleidsregel en nadere regeling meldplicht inzake overmacht bij problemen in de continuïteit van cruciale zorg.

¹⁹ Beleidsregel Toezicht kader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (BR/TH-018), p. 19.

²⁰ Beleidsregel Toezicht kader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (BR/TH-018), p. 38 ev.

²¹ Beleidsregels WTZi 2017, bijlage bij artikel 1. Stcrt. 2016, 54053.

²² Beleidsregels WTZi 2017, bijlage bij artikel 1. Stcrt. 2016, 54053.

²³ Overigens geldt ook dat de Treeknormen algemene normen zijn, in die zin, dat als de behoefte aan zorg van de individuele verzekerde dit nodig maakt, de zorgverzekeraar

Artikel 2.1, lid 3, Bzv, bepaalt dat de inhoud en omvang van de zorg mede wordt bepaald door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten. Onder andere de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz)²⁴ en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG)²⁵ stellen voorschriften over de kwaliteit van zorg(aanbieders). Het Zorginstituut Nederland (ZINL) houdt een Toetsingskader bij. Kwaliteitsstandaarden, informatiestandaarden en meetinstrumenten die voldoen aan de criteria van het Toetsingskader worden opgenomen in het Register van ZINL. Het belangrijkste doel van het Toetsingskader is ervoor te zorgen dat kwaliteitsstandaarden, informatiestandaarden en meetinstrumenten van goede kwaliteit zijn en dat ze goed op elkaar aansluiten.²⁶

Restitutie

Bij restitutie geldt dat de verzekerde is zelf verantwoordelijk voor het tijdig verkrijgen van zorg van voldoende kwaliteit. Er is in principe geen relatie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar. In het geval dat een restitutie polis voorziet in gecontracteerde zorg geldt wel dat de zorgverzekeraar moet zorgen dat de zorgaanbieder die hij contracteert toegankelijk zijn en van voldoende kwaliteit. In het geval van bemiddeling door de verzekeraar moet er ook rekening gehouden worden met de kwaliteit van zorg en tijdige levering, dat wil zeggen met in achtneming van de geldende normen, waaronder de Treeknormen.

verder moet gaan dan de algemene norm. Zie Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-018).

²⁴ Artikel 2, lid 1, van de Wkkgz bepaalt: "De zorgaanbieder biedt goede zorg aan." In artikel 2, lid 2, van de Wkkgz, is opgenomen wat wordt verstaan onder goede zorg.

²⁵ Artikel 40, lid 2, van de wet BIG bepaalt: "Degene die in een register als bedoeld in artikel 3 staat ingeschreven of die een beroep uitoefent waarvan de opleiding krachtens artikel 34, eerste lid, is geregeld of aangewezen, en die zijn beroep uitoefent anders dan in het kader van een instelling als bedoeld in de Kwaliteitswet zorginstellingen, organiseert zijn beroepsuitoefening op zodanige wijze en voorziet zich zodanig van materieel, dat een en ander leidt of redelijkerwijze moet leiden tot verantwoorde zorg." Lid 2 van artikel 40, bepaalt: "Het uitvoeren van het eerste lid omvat mede de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van de zorg."

²⁶ Zie

<https://www.zorginstituutnederland.nl/kwaliteit/toetsingskader+en+register/toetsingskader>

3. Verkoopmacht

Van verkoopmacht is sprake als de aanbieder van zorg zich in zekere mate onafhankelijk kan gedragen van de inkoper van zorg (de zorgverzekeraar of de verzekerde).²⁷ Daarbij zal de verkoper proberen een zo hoog mogelijke prijs te bedingen. Verkoopmacht kan naar zijn aard schadelijk zijn voor de consument, bijvoorbeeld omdat er hogere prijzen of lagere kwaliteit door de partij met verkoopmacht wordt bedongen. Hierna gaat de NZa in op de relatie tussen zorgplicht en verkoopmacht.

3.1 Verkoopmacht en zorgplicht

Een zorgaanbieder met verkoopmacht heeft prikkels om zijn prijzen boven een competitief niveau te stellen om zo zijn winst te vergroten. Ook kan een dergelijke partij toetreding belemmeren of bestaande concurrenten uitsluiten door bijvoorbeeld koppelverkoop of roofprijzen (tijdelijk anticompetitief lage prijzen) te hanteren. De gevolgen van verkoopmacht zijn in beginsel negatief voor consumenten (terwijl inkoopmacht nog positief kan uitwerken voor consumenten).

Een recent voorbeeld die de relatie tussen verkoopmacht en de zorgplicht laat zien, is de transgenderzorg-casus. Deze casus leert ons dat een zorgaanbieder met – zoals het nu lijkt – verkoopmacht zich kan permitteren om zijn wachtlijst te sluiten en op die manier de levering van zorg kan opschorten of stopzetten. Dit heeft directe gevolgen voor de nakoming van de zorgplicht door zorgverzekeraars. In de situatie dat er geen alternatief aanbod beschikbaar is, kunnen verzekerden de zorg niet meer geleverd krijgen. Ook als de zorg niet tijdig kan worden geleverd bij de gecontracteerde zorgaanbieder en de verzekerde moet uitwijken naar, bijvoorbeeld, het buitenland, kan dit in bepaalde situaties leiden tot een wanprestatie aan de kant van de zorgverzekeraar en kan hij worden gehouden de geleden schade te vergoeden.

Een en ander hangt af van de geldende, of geaccepteerde, wachttijden dan wel anderszins toegankelijkheidsnormen. Als dergelijke normen worden overschreden dan is het aannemelijk dat de zorgverzekeraar zijn zorgplicht schendt. De NZa ziet zich in dergelijke situaties geconfronteerd met verschillende vragen die een antwoord behoeven. Zoals kan de zorgverzekeraar verantwoordelijk worden gehouden voor de weigering van de levering van zorg door de zorgaanbieder? Waartoe is de zorgverzekeraar in dergelijke gevallen gehouden? Als de zorgaanbieder meer geld vraagt, moet de zorgverzekeraar dat dan betalen? Of zou er sprake kunnen zijn van overmacht en/of een ingrijpen van de NZa, bijvoorbeeld via toezicht, of regulering? Hoe verhoudt dit zich met de toepassing (in de toekomst door ACM) van het AMM-instrument op de verkoopmacht van de zorgaanbieder in kwestie?

De NZa heeft een richtinggevend kader op dit punt nodig, omdat we naar verwachting in de toekomst met meer van deze zaken te maken kunnen krijgen vanwege de inrichting van de aanbodzijde van zorg (schaarste). Bepaalde soorten zorg worden maar door een of een klein aantal zorgaanbieders geleverd, zoals kinderoncologie en protontherapie.²⁸

²⁷ NZa, visiedocument Inkoopmacht en collectief onderhandelen. De verhoudingen op de zorginkoopmarkt. Januari 2010, p. 10.

²⁸ De NZa inventariseert op dit moment bij welke specialismen ofwel soorten zorg door de structuur van het aanbod (weinig aanbieders die de zorg leveren en weinig alternatieven) mogelijk zorgplicht-problemen kunnen ontstaan. Zie voorts voor de

Dit kan een risico opleveren voor de zorgplicht. Een weigering van een monopolist om zorg te leveren raakt de consument rechtstreeks en in zijn extreemste vorm. Daarom bevat dit document een nieuw kader voor hoe de NZa omgaat met problemen met de continuïteit van zorg als gevolg van schaarste aan de aanbodzijde.

Bovengenoemde geldt primair bij natura (Zvw) en de Wlz, in de situatie dat de zorgplicht inhoudt dat hij de zorg moet leveren aan zijn verzekerden.²⁹ Als het gaat om een aanspraak in restitutie is in het Bzv geregeld dat de vergoeding niet hoger hoeft te zijn dan hetgeen in Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is. Een vergelijkbare bepaling is niet opgenomen voor een aanspraak in natura. De Zvw legt geen beperking op ten aanzien van de nakoming van de zorgplicht bij natura, zoals dat voor restitutie wel het geval is. Wel gelden de normen uit het privaatrecht ook voor natura. Uit het privaatrecht volgt dat een zorgverzekeraar niet is gehouden tot het onmogelijke. Als er sprake is van overmacht kan dat tot gevolg hebben dat de zorgverzekeraar niet aan zijn zorgplicht kan worden gehouden. In het onderdeel over continuïteit en overmacht zal hier nader op in worden gegaan.

3.2 Overheveling AMM-taken naar ACM

Met het wetsvoorstel Herpositionering taken NZa en deregulering wordt beoogd de AMM-taken van de NZa over te laten gaan naar de ACM.³⁰ Het aanpakken van marktmacht wordt na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel een bevoegdheid van de ACM. In het kader van toezicht op de zorgplicht van verzekeraars zal de NZa echter ook te maken krijgen met situaties waar marktmacht een rol speelt. Een goede samenwerking bij samenloop is daarmee van groot belang.

gespecialiseerde GGZ de monitor zeer gespecialiseerde ggz-instellingen van 17 augustus 2015, en de tussentijdse rapportage monitoring zeer gespecialiseerde ggz-instellingen, van 30 november 2016.

²⁹ Op grond van artikel 4.2.1, lid 1, onder b, onderdeel 1, Wlz, geldt dat de Wlz-uitvoerder ervoor zorgt dat de zorg waarop de verzekerde aangewezen is binnen redelijke termijn en op redelijke afstand van waar de verzekerde wenst te gaan wonen, dan wel bij hem thuis, wordt geleverd.

³⁰ Kamerstukken II, 2015/16, 34 445, nr. 2.

4. Inkoopmacht

Het spiegelbeeld van verkoopmacht is inkoopmacht. Tot nu toe was de uitleg van de NZa dat (enige mate van) inkoopmacht wenselijk is, zolang de daarmee behaalde voordelen worden doorgegeven aan de consumenten. Inkoopmacht compenseerde in deze visie voor marktmacht van zorgaanbieders. Daarbij werd verondersteld dat de zorgverzekeringsmarkt nationaal, en effectief concurrerend was. Vanwege deze concurrerende zorgverzekeringsmarkt zouden zorgverzekeraars de prikkel hebben de voordelen - in het bijzonder in de zin van microbetaalbaarheid - door te geven aan consumenten. Dit zou ook de macrobetaalbaarheid en daarmee de kostenbeheersing in de zorg ten goede komen.³¹

4.1 Inkoopmacht en de voordelen voor de consument

Met de invoering van het nieuwe zorgstelsel en het opheffen van de contracteerplicht in 2006 is selectieve contractering mogelijk gemaakt. Het idee was en is dat selectieve inkoop voordelen op het gebied van prijs en kwaliteit met zich meebrengt en dat de zorgverzekeraar daardoor zijn regierol kan oppakken.³² Selectieve contractering vindt tot nu toe meer of minder plaats afhankelijk van welke zorgsoort en welke verzekeraar het betreft.

De NZa bekijkt in haar toezicht of de stelling dat de voordelen van inkoopmacht worden doorgegeven aan de consument opgaat in termen van betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van zorg.³³ In termen van betaalbaarheid lijkt dit nog het geval³⁴, maar er zijn vragen bij de toegankelijkheid en de kwaliteit, die ook de betaalbaarheidseffecten in een ander daglicht stellen.

Een voorbeeld

Een grote zorgverzekeraar X heeft bij zijn zorginkoop gestuurd op betaalbare zorg. Niet alle zorgaanbieders zijn in de desbetreffende regio gecontracteerd. Bij een aantal van de zorgaanbieders die de zorgverzekeraar heeft gecontracteerd zijn de wachttijden langer dan de Treeknormen. De vraag is of er voldoende alternatief is voor de verzekerden om zodoende hun aanspraak op en behoefte aan zorg binnen de Treeknormen te kunnen verzilveren. Ook dat lijkt niet het geval. De zorgverzekeraar heeft niet voldoende zorg ingekocht en voldoet zodoende niet aan zijn zorgplicht.

De aanname dat voordelen worden behaald en doorgegeven aan de consument waarbij de zorgplicht als compenserende factor werkt ten opzicht van eventuele inkoopmacht van zorgverzekeraars gaat in deze casus niet op als blijkt dat de zorgverzekeraar inderdaad onvoldoende zorg heeft ingekocht. Het is mogelijk dat de zorgverzekeraar voordelen

³¹ Zie marktscan Zorgverzekeringsmarkt 2016.

³² Zie ook de nieuwe voorstellen van de minister van VWS, over het inzetten van het eigen risico door zorgverzekeraar om de consument naar voorkeursaanbieders te sturen. Brief van 6 februari 2015, 'Kwaliteit loont', kenmerk: 723296-133115-Z.

³³ Monitor zorginkoop, 2014, p. 32. Hierin wordt opgemerkt dat de zorginkoop een voorzichtige groei doormaakt. Zorgverzekeraars zijn voornemens meer in te zetten op selectieve inkoop. Selectieve inkoop vindt plaats bij onder meer specifieke behandelingen MSZ (borstkanker, bariatrische chirurgie). Meer zorgverzekeraars bieden ook polissen met beperkende voorwaarden (selectieve lijst van gecontracteerde aanbieders) aan.

³⁴ Zie NZa, Monitor Zorginkoop, februari 2014, p. 26.

alleen in de zin van betaalbaarheid realiseert en doorgeeft, terwijl dit gepaard gaat met minder gemakkelijk aantoonbare verschraling van toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit.

Uit de marktscan Zorgverzekeringsmarkt 2016 van de NZa volgt dat de gemiddelde premie voor de basisverzekering is gestegen van 1.158 euro per jaar in 2015 naar 1.199 euro per jaar in 2016.³⁵ Dit hangt samen met de uitbreiding van het basispakket door de hervorming van de langdurige zorg. De NZa constateert ook dat bij de vaststelling van de premie van zorgverzekeringen voor 2016, zorgverzekeraars de positieve bedrijfsresultaten inzetten om de premie te verlagen. Voor 2016 ging het om ruim 2 miljard euro.

Het bevorderen van betaalbaarheid via inkoopmacht bij de zorginkoop alleen is niet voldoende. Zorginkoop waarbij enkel gestuurd wordt op betaalbaarheid, mag niet leiden tot levering van zorg onder de minimumkwaliteit en waarbij de tijdigheidsnormen niet gehaald wordt. Omdat de kwaliteit van zorg lastig te meten is, zal een verslechtering over het algemeen gesproken niet snel waarneembaar zijn. Een overschrijding van Treeknormen kan eerder aangetoond worden. Op dit moment lopen op verschillende deelgebieden onderzoeken van de NZa hiernaar. Een van deze onderzoeken betreft de tijdigheid van GGZ-zorg. Binnenkort verschijnt het rapport van de NZa over dit onderwerp. Uit dit onderzoek blijkt dat voor bepaalde specialismen de Treeknormen worden overschreden.

Een voorbeeld

Een zorgverzekeraar gebruikt een behandelindex bij de inkoop van paramedische zorg. Alleen als een aanbieder niet meer behandelt dan 150% van het gemiddelde, komt die aanbieder in aanmerking voor een contract. Omdat aanbieders niet goed weten wat het gemiddelde is wordt mogelijk te weinig behandeld (uit angst om erboven uit te komen). Aldus kan er sprake zijn van onderproductie met mogelijk nadelige gevolgen voor de toegankelijkheid. Daarnaast vallen de meest inefficiënte aanbieders ieder jaar af waardoor de norm (immers een afgeleide van het gemiddelde) steeds hoger komt te liggen. Het resultaat kan een lagere premie voor de consument zijn, maar wellicht ook kwalitatief slechtere zorg.

Naast de signalen over dat zorgverzekeraars in hun zorginkoop niet of onvoldoende gericht zouden zijn op toegankelijkheid en kwaliteit van zorg, krijgt de NZa ook veel klachten van eerstelijnszorgaanbieders over dat zorgverzekeraar misbruik van hun inkoopmacht zouden maken ('tekenen bij het kruisje').³⁶ De NZa ontvangt al geruime tijd dergelijke signalen en klachten. Om partijen te helpen heeft de NZa uitgangspunten geformuleerd die partijen kunnen gebruiken bij de onderhandelingen, de "good contracting practices" (GCPs).³⁷ Een deel van deze uitgangspunten is vastgelegd in een nieuwe regeling van de NZa.³⁸ De regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw geldt per 1 januari 2016 en heeft tot doel om de transparantie van het onderhandelingsproces tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars te vergroten.

Daarnaast heeft de NZa contracteren op basis van kwaliteit proberen te stimuleren door ruimte daartoe te creëren in haar regulering. Zo is het mogelijk dat zorgaanbieders kunnen worden beloond voor goede

³⁵ NZa, marktscan Zorgverzekeringsmarkt 2016. Te raadplegen op www.nza.nl.

³⁶ Zie bijvoorbeeld: <http://www.skipr.nl/actueel/id21082-huisartsen-willen-oordeel-van-nza-over-vqz.html>

³⁷ Zie 'Good Contracting Practices, Zorgverzekeraars en vrije beroepsbeoefenaren', december 2010. https://www.nza.nl/104107/138040/Good_Contracting_Practices.pdf

³⁸ Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw (TH/NR-005).

(kwaliteits)prestaties, bijvoorbeeld de resultaatbeloning in de huisartsenzorg.³⁹ Tot slot is noemenswaardig dat er door de NZa stappen zijn gezet in de bevordering van contracteren op basis van kwaliteit, door de verplichting bepaalde kwaliteitsinformatie beschikbaar te stellen, zoals bijvoorbeeld de publicatie door ziekenhuizen van de algemene sterftcijfers (HSMR) en de sterftcijfers per aandoening (SMR).⁴⁰

4.2 Voordelen consument: ook naar kwaliteit en toegankelijkheid

Gezien het aantal signalen dat de NZa ontvangt en ontwikkelingen die zij ziet op het gebied van bijvoorbeeld lange(re) wachttijden, kan het zijn dat toegankelijkheid kan lijden onder het belang betaalbaarheid. Dit kan nadelige gevolgen hebben voor het algemeen consumentenbelang. Een zorgverzekeraar kan echter worden geconfronteerd met tegenstrijdige belangen: het belang van bereikbare zorg en het belang van betaalbare zorg. Omdat het algemeen consumentenbelang en de zorgplicht alle drie de aspecten behelst (betaalbaarheid, kwaliteit, toegankelijkheid) kan het zijn dat er keuzes moeten worden gemaakt, waarbij het ene belang prevaleert boven het andere belang. Bijvoorbeeld, concentratie van zorg kan een verbetering betekenen voor de kwaliteit, maar een verslechtering voor de toegankelijkheid. De beschikbaarheid en bereikbaarheid van innovatieve, kwalitatief hoogwaardige zorg is wenselijk, maar kan tegelijkertijd nadelig zijn voor de betaalbaarheid van de zorg.

De zorgplicht heeft ook betekenis voor de positie van zorgaanbieders op de markt. Inkoopmacht moet compenseren voor verkoopmacht, maar de mogelijkheid van tegenstrijdige belangen kan leiden tot een afweging waarbij niet alle belangen – betaalbaarheid, toegankelijkheid, kwaliteit – worden geborgd. Dit heeft eveneens gevolgen voor de nakoming van de zorgplicht door een zorgverzekeraar.

Dit betekent dat de oorspronkelijke analyse van de NZa wordt uitgebreid en daarmee dus complexer wordt: waar tot nu toe het bereikte consumentenvoordeel zich vooral uitdrukt in termen van betaalbaarheid (lage premies of nauwelijks stijging van de premies) ligt de focus van het toezicht van de NZa meer op de toegankelijkheid en de kwaliteit van zorg.⁴¹

4.3 Zorgplicht als grens aan inkoopmacht

De zorgplicht stelt een minimumgrens aan de inkoopmacht van de zorgverzekeraar. Immers, selectief contracteren mag er niet toe leiden dat minimumkwaliteits-, bereikbaarheids- of tijdigheidsnormen worden geschonden. Dit geldt zowel voor de individuele consument als op geaggregeerd niveau: zorgverzekeraars dienen immers minimaal de zorg in te kopen (en/of te bemiddelen om de toegang tot zorg te regelen) die noodzakelijk is teneinde te bereiken dat aan de zorgplicht wordt voldaan.

Dit betekent ook dat zorgverzekeraars bij hun zorginkoop rekening moeten houden met mogelijke toekomstige problemen met de capaciteit. Immers, ook bij calamiteiten moet de zorgverzekeraar aan zijn zorgplicht kunnen voldoen.

³⁹ Zie bijlage 1 bij Tariefbeschikking TB/CU-7089-02, onder 'Segment 3'.

⁴⁰ Zie ook 'Regeling verplichte publicatie sterftcijfers instellingen voor medisch specialistische zorg', van de NZa (kenmerk NR/CU-251).

⁴¹ Zie ook het rapport van de Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, De Stem van verzekerden, 2014. www.raadvv.nl.

5. Naar een multidimensionale beschouwing

Zoals hiervoor aangegeven dienen verkoopmacht en inkoopmacht te worden gezien in samenhang met de zorgplicht van zorgverzekeraars. Dit maakt echter de beantwoording van de vraagstukken waar de NZa mee kan worden geconfronteerd complex.

Tot nu toe is het beleid van de NZa – kort gezegd – dat enige mate van inkoopmacht van de zorgverzekeraar niet erg is, omdat de voordelen worden doorgegeven aan de consument. Dit richtinggevend kader werpt licht op alle drie de publieke belangen en schept duidelijkheid hoe de verschillende publieke belangen zich tot elkaar verhouden.

De verdere uitwerking van de visie van de NZa op inkoopmacht houdt in dat de NZa:

- (i) de zorgplicht als wezenlijk onderdeel in haar bestaande visie inbrengt, en
- (ii) daarbij de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit ten opzichte van elkaar afweegt in antwoord op de vraag of inkoopmacht voordelen oplevert voor de consument.
- (iii) en daarbij de vraag moet worden beantwoord of bijvoorbeeld de toegankelijkheid of kwaliteit lijdt onder inkoopmacht en vanaf wanneer dat onrechtmatig is

Dit betekent dat daarmee het nieuwe kader complexer wordt. De NZa zal immers meer onderdelen moeten meenemen in de totstandkoming van haar oordeel.

5.1 Zorgplicht en meetbaarheid

De complexiteit is er ook in gelegen dat hoewel het criterium betaalbaarheid relatief goed meetbaar kan zijn, dit niet altijd zo is voor de criteria toegankelijkheid en kwaliteit. In bepaalde gevallen gelden daarvoor (wettelijke) minimumnormen. In het geval van toegankelijkheid gelden Treeknormen die een maximale aanvaardbare wachttijd weergeven. Deze normen zijn vastgesteld voor (a) cruciale zorg en (b) een aantal electieve zorgvormen (op het abstractieniveau van GGZ, medisch specialistische zorg, huisartsenzorg, mondzorg, paramedische zorg en farmaceutische zorg). Maar niet voor alle zorgsoorten gelden Treeknormen. Zo zijn voor meer specialistische soorten zorg de algemeen geformuleerde Treeknormen minder toepasbaar. Omdat de toegankelijkheids- en kwaliteitscriteria minimumnormen zijn, valt hier niet meer op af te dingen. Dit betekent dat als deze minimumnormen niet gehaald worden de zorgplicht in het geding is. De voordelen die een zorgverzekeraar boekt op het gebied van betaalbaarheid mogen dan ook niet tot gevolg hebben dat de minimumnormen op het gebied van toegankelijkheid en kwaliteit niet gehaald worden.

Ook in de situatie dat de minimumkwaliteit en de tijdigheidsnormen wel worden gehaald, kan een uitruil tussen de drie publieke belangen plaatsvinden. De vraag die dan speelt is in hoeverre een uitruil van belangen meetbaar en inzichtelijk te maken is en of de NZa zich daarover een oordeel zou moeten vellen. Uit de toelichting op de Zvw

volgt immers dat de wetgever er vanuit ging dat zorgverzekeraars zich kunnen onderscheiden door goede, betere of beste kwaliteit te verzekeren tegen een al dan niet hogere premie. Relatieve kwaliteitsverschillen laten zich lastig inzichtelijk maken. De minimumkwaliteitseisen van het veld maken het niet altijd mogelijk dat kwaliteitsverschillen inzichtelijk worden. In de praktijk zien wij dat zorgverzekeraars eigen kwaliteitsnormen hanteren bij de inkoop van zorg. Deze normen stuiten echter op weerstand van het veld, onder meer vanwege het vermeende ontbreken van een wettelijke of medisch-inhoudelijke basis.

Hierna wordt de meetbaarheid van de zorgplicht kort toegelicht aan de hand van de toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid.

Meetbaarheid toegankelijkheid

Voor een aantal vormen van zorg is de zorgplicht wat de toegankelijkheid (bereikbaarheid en tijdigheid) betreft nader ingevuld. Echter, niet voor alle vormen van zorg gelden er Treeknormen, dan wel, anderszins specifieke normen op het gebied van toegankelijkheid en bereikbaarheid. Op sommige onderdelen zal dan ook een concretisering van de zorgplicht – voor wat betreft toegankelijkheid en bereikbaarheid – nodig zijn. Veldpartijen zijn primair aan zet zijn om invulling te geven aan deze normen. Het Zorginstituut kan hen daarbij faciliteren en zal op het moment dat een norm is ingevuld het opnemen in het Kwaliteitsregister. De NZa kan ook aansturen op nadere invulling van de normen, bijvoorbeeld als het veld zelf geen initiatief daartoe ontwikkelt. De NZa zal de invulling van normen in samenspraak met het veld oppakken. Dit is noodzakelijk omdat de invulling van normen veelal vanuit de zorginhoud en dus met kennis van de medische inhoud moet gebeuren.

Toezicht houden op wachttijden in de zorg (tijdigheidsvereiste) is geen statische beoordeling. Op het moment dat een aanbieder de Treeknormen overschrijdt, wil dat niet zeggen dat de verzekeraar niet aan zijn zorgplicht voldoet. Immers, de verzekeraar heeft misschien voldoende alternatieve zorgaanbieders die geen wachttijsten hebben. Van belang is ook dat verzekerden zelf een stem hebben als het gaat om electieve zorg. Als zij er voor kiezen om naar een zorgaanbieder te gaan waar de wachttijst lang is, dan is dit niet een zorgverzekeraar aan te rekenen. Dan is er sprake van wens-wachtenden. De NZa acht het van belang dat verzekerden goed worden geïnformeerd over wachttijden en hun rechten op dit gebied. Een verzekerde kan op het moment dat hij goed geïnformeerd is bij zijn verzekeraar vragen om bemiddeling naar een andere zorgaanbieder. Of als dit niet lukt een procedure starten bij de SKGZ. De NZa kan optreden als meer in het algemeen de Treeknormen niet worden nageleefd, dus op geaggregeerd niveau.

Meetbaarheid kwaliteit

Idealiter zou hierbij niet alleen toegankelijkheid maar ook kwaliteit worden geconcretiseerd. Verschraving van kwaliteit is een reëel risico van inkoopmacht. Vanwege het gebrek aan concreet bruikbare veldnormen, die kwaliteit inzichtelijk en toetsbaar maken, kan de NZa niet verder gaan dan het hanteren van de op dit moment beschikbare minimumnormen. De IGZ houdt toezicht op de kwaliteit van de zorg en de NZa volgt het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van het handelen van zorgaanbieders. Kwaliteit is wel belangrijk omdat erosie van kwaliteit vanwege inkoopmacht gekoppeld aan een focus op betaalbaarheid ertoe kan leiden dat juist de beste – en niet de slechtste – aanbieders als eerste de markt verlaten. Kenbare en vergelijkbare normen voor de beoordeling van kwaliteitsverschillen zijn nodig om meer grip op de kwaliteit van zorg te krijgen. Transparantie van kwaliteit is een belangrijke factor om inzicht te krijgen wat het kwaliteitsniveau is. Een

consument kan in dat geval een keuze maken voor een aanbieder en een polis. Samen met het Zorginstituut Nederland werkt de NZa momenteel aan verbetering van de transparantie van kwaliteit.⁴²

Meetbaarheid van betaalbaarheid

Een toename of afname in betaalbaarheid is in beginsel te meten. De praktijk heeft ook laten zien dat dat helaas niet altijd opgaat. Voor vormen van zorg waarbij er één zorgaanbieder is, is moeilijk een vergelijking te maken. De NZa zal desalniettemin in een voorkomend geval de vragen moeten kunnen adresseren:

- Als de NZa een partij via een AMM-verplichting wil opleggen om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek tot het sluiten van een overeenkomst, moet de NZa weten wat onder redelijk verzoek moet worden verstaan. Daarbij kan de vraag aan de orde komen wat een redelijk tarief is of een redelijke contractprijs. In het geval er één of enkele zorgaanbieders zijn is het lastig om te bepalen wat het redelijk tarief is. Een vergelijking met andere zorgaanbieders is dan niet mogelijk of maar in beperkte mate mogelijk. Wellicht is een vergelijking met het buitenland wel mogelijk (benchmark).
- In het geval de zorgverzekeraar een restitutiepolis heeft, is hij op grond van artikel 2.2, lid 2, van het Bzv, gehouden de kosten die hoger zijn dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten, in mindering te brengen op de vergoeding. In het kader van een verzoek om handhaving kan de vraag aan de orde komen wat het redelijk passend te achten tarief is, respectievelijk welk deel van het tarief 'te hoog' is.

Bij een naturapolis zal deze vraag in beginsel niet aan de orde komen. Voorop staat immers de vraag of de zorgverzekeraar zijn zorgplicht wel of niet nakomt, doordat bijvoorbeeld de zorg niet tijdig geleverd wordt of onder het minimumkwaliteitsniveau is. Als daar sprake van is, dan is dat een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.

5.2 Nadere invulling van de zorgplicht

De minister van VWS heeft aangegeven meer kwaliteitsinformatie te willen ontwikkelen en inzichtelijk te willen maken.⁴³ Het jaar 2015, met overloop naar begin 2016, is door de minister van VWS benoemd tot het jaar van de transparantie.

Nieuwe of betere kwaliteitsnormen, waardoor de zorgplicht van de zorgverzekeraar mede nader wordt ingevuld, kunnen wenselijk zijn met het oog op een goed werking van de markt. Ook helpt het de NZa om toezicht te houden op de naleving van de zorgplicht en de afweging van de belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit (inzichtelijk) te maken. De nadere invulling van de zorgplicht behelst echter ook een risico voor de werking van de zorgverzekeringsmarkt, en dan met name de variatie in zorgverzekeringen.

De NZa ziet echter grote voordelen van een nadere invulling van de zorgplicht, mits de kaders helder zijn:

- Het zijn *minimum*normen;
- Boven de grenzen van de minimumnorm heeft de zorgverzekeraar voldoende bewegingsruimte;

⁴² Zo hebben het Zorginstituut Nederland en de NZa onderzoek laten doen naar de bruikbaarheid van informatie over heroperaties en heropnames uit het DBC Informatiesysteem (DIS) voor het genereren van kwaliteitsindicatoren. Zie https://www.nza.nl/104107/105763/997437/Onderzoek_naar_bruikbaarheid_heroperaties_heropnames_kwaliteitsindicatoren.pdf

⁴³ Brief van 6 februari 2015, 'Kwaliteit loont'. Kenmerk: 723296-133115-Z.

- Zorgverzekeraars mogen hogere eisen stellen;
- De normen zijn helder en duidelijk geformuleerd en laten alleen als dat gewenst is vanuit de medische inhoud ruimte voor interpretatie;
- De status van de normen is duidelijk: de verzekerde moet weten wat hij ermee kan en hoe hij zijn rechten kan claimen
- In het geval van medische redenen kan van de norm worden afgeweken.
- Nieuwe normen worden bij voorkeur door het veld zelf ingevuld. Zorginstituut, IGZ en NZa zijn belangrijke partijen in de begeleiding hiervan.

6. Uitwerking nieuw richtinggevend kader verkoopmacht

In de hoofdstukken hiervoor is de relatie tussen de zorgplicht en verkoopmacht en de relatie tussen de zorgplicht en inkoopmacht beschreven. Wij hebben hiervoor betoogd dat de zorgplicht onlosmakelijk verbonden is met marktmacht. Dit vergt dat de NZa haar bestaande visie uitbreidt met nieuwe elementen. In hoofdstuk 4 is uitgelegd dat het bestaande kader dat de NZa hanteert inzake de beoordeling van inkoopmacht nog geldt, maar dat de publieke belangen betaalbaarheid kwaliteit en toegankelijkheid op gespannen voet kunnen staan met elkaar.

Voor het vraagstuk dat ziet op de verhouding zorgplicht in relatie tot problemen in de aanbodzijde van de zorgmarkt (verkoopmacht), is een nieuw richtinggevend kader nodig. Dat wordt in dit hoofdstuk behandeld.

In paragraaf 6.1 wordt het stappenplan dat de NZa hanteert bij problemen in de continuïteit van zorg die ontstaan door schaarste aan de aanbodzijde van de zorgmarkt. In paragraaf 6.2 komt verkoopmacht van een aanbieder aan de orde. Vervolgens wordt ingegaan op capaciteitsgrenzen en financiële grenzen. Afsluitend worden situaties van overmacht besproken.

6.1 Beoordelingskader: stappenplan

In het kader van de zorgplicht heeft continuïteit van zorg betrekking op alle drie de publieke belangen, betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid. In beginsel is de zorgverzekeraar te allen tijde gehouden de continuïteit van zorg te garanderen, tenzij er omstandigheden zijn dat dat redelijkerwijs niet van hem kan worden verwacht.

Het nieuwe kader bestaat uit een stappenplan dat de NZa zal doorlopen om tot een oordeel te komen.

Stap 1. Is er een probleem in de continuïteit van zorg?

Dit is de eerste vraag die de NZa beantwoordt. Dat doen we aan de hand van de toezichtkaders zorgplicht Zvw en Wlz. Een 'probleem in de continuïteit van zorg' betekent dat de juiste zorg niet of niet tijdig geleverd kan worden aan de verzekerden. Als dit het geval is, gelden de onderstaande vervolgvragen.

Stap 2. Wordt dit probleem veroorzaakt door schaarste aan de aanbodzijde van de zorgmarkt? Met andere woorden: is er te weinig zorg beschikbaar?

Stap 3. Zijn door de zorgverzekeraar alle mogelijkheden beproefd om de levering van de zorg te continueren?

Stap 4. Is er sprake van overmacht of schiet de verzekeraar constateerbaar en voorzienbaar tekort in zijn zorgplicht?

Hierna zal het stuk verder ingaan op de meer inhoudelijke achtergronden van de stappen.

6.2 Schaarste aanbodzijde zorgmarkt

6.2.1 Verkoopmacht zorgaanbieder

Bij een polis met een aanspraak in natura gaat de zorgverzekeraar veelal een contract aan met een zorgaanbieder over de levering van zorg. De zorgplicht, in deze situatie, is een resultaatsverplichting. De zorgplicht van de Wlz-uitvoerder houdt onder meer in dat de Wlz-uitvoerder ervoor moet zorgen dat de zorg waarop de verzekerde aangewezen is binnen een redelijke termijn en op redelijke afstand van waar deze wenst te gaan wonen dan wel bij hem thuis, wordt geleverd.⁴⁴

Voor een polis met aanspraak in restitutievorm geldt dat de zorgplicht van de zorgverzekeraar een resultaatsverplichting inhoudt tot het vergoeden van de kosten van zorg. Ook geldt een bemiddelingsplicht, te weten dat een verzekeraar (desgevraagd) een verzekerde moet bemiddelen naar zorg. Dit is een inspanningsverplichting.

Situaties die problemen opleveren bij de nakoming van de zorgplicht kunnen grofweg als volgt worden gegroepeerd:

- Een zorgaanbieder met verkoopmacht wil geen contract aan gaan met een zorgverzekeraar.
- Een zorgaanbieder met verkoopmacht wil alleen een contract aan gaan tegen exorbitant hoge prijzen.
- Een zorgaanbieder met verkoopmacht wil het gesloten contract niet meer nakomen.

Niet elke situatie betekent dat de continuïteit van de zorg in het geding is. De NZa zal daarom elke situatie moeten beoordelen. Daarbij maakt het uit of het gaat om een naturapolis of een restitutiepolis.

Een zorgverzekeraar moet al het mogelijke doen om de nakoming van zijn zorgplicht inzake een natura-aanspraak, zijnde een resultaatsverplichting, te borgen:

- De zorgverzekeraar doet al hetgeen in zijn mogelijkheden ligt om alternatief aanbod voor zijn verzekerden te verzorgen. Dit kan bijvoorbeeld door zelf in de zorg te gaan voorzien ofwel in het buitenland zorg te organiseren.
- De zorgverzekeraar biedt een hogere contractprijs aan.
- De zorgverzekeraar komt de contractuele verplichtingen aangegaan met zorgaanbieders na of handhaaft waar nodig en neemt tijdig maatregelen om het (tijdelijk) wegvallen van een vorm van zorg op te vangen.
- Hij verzoekt de NZa (of in de toekomst de ACM) om (met spoed) in te grijpen, bijvoorbeeld via het opleggen van AMM-verplichtingen.

Daar waar mogelijk ingrijpen door de zorgverzekeraar overgaat in een onmogelijkheid, is er sprake van overmacht. Dit zal per geval beoordeeld moeten worden en zal niet snel aangenomen worden. Een (extreem) voorbeeld zou mogelijk kunnen zijn dat een zorgverzekeraar uiteindelijk failliet gaat omdat hij te maken heeft met hoge prijzen van een monopolist om aan zijn zorgplicht te voldoen.⁴⁵

⁴⁴ Voor het zorgkantoor geldt voorts de zorgplicht genoemd in artikel 4.2.1, lid 2, inzake het pgb.

⁴⁵ Opgemerkt moet worden dat het zeer aannemelijk is dat als er sprake is van een beperkt zorgaanbod alle zorgverzekeraars een afhankelijkheid kennen.

Voor een zorgverzekeraar die een polis met een restitutie-aanspraak aanbiedt, geldt dat de zorgplicht strekt tot de vergoeding van zorg voor zover de kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten. Dit is een wettelijk vastgelegde grens (artikel 2.2, tweede lid, Bzv). Het berekenen van een passende prijs in de situatie waar sprake is van een monopolistische prijs is ingewikkeld. Er is immers weinig vergelijkingsmateriaal voorhanden. Bij meerdere aanbieders lijkt dat eenvoudiger. Op het moment dat duidelijk is wat een redelijke prijs is, zal er, gezien de aard van de zorgplicht bij een restitutieaanspraak en door de wettelijke begrenzing in het Bzv, niet snel een probleem ontstaan.

Het ligt in de lijn der verwachting dat niet alle marktmacht problemen via de zorgplicht kunnen worden opgelost. Sommige problemen vereisen een AMM onderzoek. Het toezicht op de zorgplicht en het opleggen van AMM-verplichtingen gaan daarmee hand in hand. Door via het AMM-instrument aan de aanbodzijde een verplichting op te leggen kan de balans worden terug gebracht en kan de zorgverzekeraar weer aan zijn zorgplicht voldoen (i.e., de tekortkoming is van tijdelijke aard). De NZa velt geen oordeel over tussentijds opgetreden schade bij een verzekerde, omdat dit een civielrechtelijke kwestie is. In een voorkomend geval kan immers de looptijd van het opleggen van een AMM maatregel dusdanig veel tijd in beslag nemen dat verzekerden bijvoorbeeld moeten uitwijken naar het buitenland om een noodzakelijke behandeling te ondergaan.⁴⁶

In haar brief van 6 februari 2015 heeft de minister van VWS aangegeven dat er een onafhankelijke geschillenbeslechting komt voor conflicten over contractering tussen aanbieders en verzekeraars.⁴⁷ De geschillencommissie kan toetsen of het contracteren redelijk en billijk verloopt, aldus de minister.⁴⁸ Wat de verhouding zal zijn tussen AMM, zorgplicht en deze commissie is op dit moment nog niet helder.⁴⁹

6.3 Capaciteitsgrenzen

6.3.1 Tijdelijke schaarste, voorzien en onvoorzien

Tijdelijke, voorzienbare schaarste is geen rechtvaardigingsgrond voor de zorgverzekeraar om de zorgplicht niet na te komen, indien dit bijvoorbeeld betekent dat moet uitgeweken worden naar duurdere alternatieven of alternatieven buiten de regio. In een situatie waarin een zorgverzekeraar geen overeenkomst gesloten krijgt met een zorgaanbieder is al snel sprake van een voorzienbare omstandigheid. Ook in andere voorzienbare omstandigheden – de situatie bijvoorbeeld dat partijen het niet eens kunnen worden over het tarief – waarbij de zorgverzekeraar tekort schiet in de nakoming van de zorgplicht zal de NZa zo nodig handhavend optreden.

Ook in situaties waarbij door onvoorzienbare omstandigheden een zorgaanbieder tijdelijk wegvalt of een vorm van zorg tijdelijk niet beschikbaar is, moet de zorgverzekeraar alles in het werk stellen om de

⁴⁶ De NZa kan met spoed een AMM-verplichting opleggen, voor zover zij een redelijk vermoeden heeft dat zij tot een oordeel zal komen dat er sprake is van een AMM-positie. Dit volgt uit artikel 49, lid 1, Wmg. Gelet op het criterium 'redelijk vermoeden' geldt ook hier dat er onderzoek moet worden verricht. Dat zal eveneens een behoorlijke tijd in beslag nemen.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2014/15, 37765, nr. 116, p. 6-7.

⁴⁸ Voorts heeft de NZa ter zake de nadere regel Transparantie zorginkoopproces Zwv opgesteld (TH/NR-005). Deze regeling ziet op het proces waarin zorgaanbieders en zorgverzekeraars tot overeenkomsten komen. De nadere regel beoogt de transparantie van dit proces voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars te vergroten.

⁴⁹ Zie ter zake de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer, van 15 april 2016 (kenmerk 98181-14953-Z).

continuering van zorg te borgen. In haar beleid voor overmacht bij problemen met continuïteit van cruciale zorg stelt de NZa dat de zorgverzekeraar alternatieve manieren om de levering van cruciale zorg te continueren moet hebben onderzocht. Hieronder wordt ook verstaan de mogelijkheid dat de zorgverzekeraar (tijdelijk) zelf de zorg verleent. Ook voor niet-cruciale zorg volgt uit de zorgplicht dat de zorgverzekeraar in voorkomende gevallen moet kunnen aantonen dat het onmogelijk is om voor verzekerden de levering van zorg te organiseren.⁵⁰ Gedacht kan worden aan de uitbraak van MRSA-bacterie, of brand, waardoor patiënten in een ziekenhuis elders moeten worden ondergebracht respectievelijk hun behandeling moeten ondergaan. Ook het gegeven dat een vorm van zorg in Nederland niet wordt aangeboden ontslaat de zorgverzekeraar niet van de verplichting de zorg aan zijn verzekerden te leveren.

Een voorbeeld:

Een verzekerde heeft een naturapolis en heeft aanspraak gemaakt op het geneesmiddel Pregnyl. Dit geneesmiddel is echter niet altijd leverbaar omdat de grondstof van Pregnyl, de urine van zwangere vrouwen, niet altijd voorradig is. Verzekerde heeft noodgedwongen aanspraak moeten maken op het geneesmiddel Ovitrelle, waarvoor een eigen bijdrage verschuldigd was. Verzekerde was het niet eens met deze eigen bijdrage, en verzocht de Geschillencommissie Zorgverzekeringen van de SKGZ een bindend advies te geven.

De commissie oordeelde dat de verzekeraar de eigen bijdrage niet in rekening mocht brengen. De zorgplicht houdt namelijk in dat de ziektekostenverzekeraar dient te bewerkstelligen dat de verzekerde zijn recht op aflevering van het geneesmiddel moet krijgen. Dat dit niet is gelukt, omdat de grondstof niet altijd beschikbaar is was voorzienbaar en ligt in de risicosfeer van de ziektekostenverzekeraar en kan verzoeker niet worden tegengeworpen. De verzekeraar is aldus toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van de op hem rustende zorgplicht. De verzekeraar moet het ontstane financieel nadeel compenseren.⁵¹

6.3.2 Structureel tekort zorgaanbod

In verschillende situaties kan sprake zijn van een structureel, generiek tekort in het zorgaanbod respectievelijk het niet aanwezig zijn van zorgaanbod. Als er geen zicht op een concrete structurele oplossing voor het tekort aan zorgaanbod is, dan is de schaarste niet meer tijdelijk. De verzekeraar moet vanuit zijn zorgplicht ervoor zorgen dat structurele schaarste voorkomen wordt of anderszins wordt opgelost. Dit kan op verschillende manieren, bijvoorbeeld door extra financiële middelen te verstrekken aan de bestaande aanbieders, door te zorgen dat de zorg meer verspreid wordt ofwel de zorg (tijdelijk) zelf aan te bieden.⁵²

Indien sprake is van een universele dienst zou het ook een mogelijke oplossing kunnen zijn om de betreffende dienst aan te wijzen als DAEB en deze collectief in te kopen of aan te besteden. In het uiterste geval kan worden geacht aan een publieke voorziening of vergelijkbare vormen van regulering.

⁵⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 34.

⁵¹ Uitspraak van de Geschillencommissie Zorgverzekeringen, van 26 september 2012 (2012.00761).

⁵² In de brief aan de minister van VWS, van 26 juni 2015, inzake de uitkomsten van het tweede deel onderzoek zorginkoop eerste lijn, stelt de NZa dat uit haar onderzoek is gebleken dat zorgverzekeraars oplossingen zoeken in geval er te weinig zorgaanbod beschikbaar is. Zo wordt er bijvoorbeeld eerstelijns verloskunde gecontracteerd in België, voor verzekerden in Zeeuws-Vlaanderen.

In het geval van structureel marktfalen in dunbevolkte gebieden, ligt het - gelet op de hogere kosten die nodig zijn om de zorg te bieden - voor bepaalde soorten zorg niet in de rede om het probleem exclusief bij de individuele zorgverzekeraar neer te leggen. De minister van VWS heeft een aanwijzing aan de NZa gegeven ten aanzien van het verstrekken van beschikbaarheidsbijdrage op aanvraag voor SEH en acute verloskunde.⁵³

6.4 Financiële grenzen

Financiële grenzen aan de zorgplicht zijn op voorhand niet te geven. Door het betalen van een hogere prijs, het financieel bijstaan van een zorgaanbieder die dreigt om te vallen, of het oprichten van een nieuwe zorgaanbieder kan de zorgverzekeraar aan zijn zorgplicht voldoen. Dit betekent wel dat hij een significant hogere prijs betaalt dan gemiddeld genomen elders, of in andere situaties, wordt betaald. De effecten op de verzekeraar in termen van premiegevolgen en/of zijn bedrijfsvoering kunnen bedreigend zijn voor zijn marktpositie en/of voor de mogelijkheden tot de financiering van de zorg voor andere verzekerden. De zorgplicht tegenover de ene groep verzekerden botst in het laatste geval met de zorgplicht ten opzichte van de overige verzekerden; de middelen van de verzekeraar zijn immers niet onbegrensd. Daarenboven leidt het systeem van budgettaire beheersing van de overheid ook tot de mogelijkheid van verdringing.

In haar brief van 18 september 2014 constateert de NZa dat er dunbevolkte gebieden zijn waar de zorgvraag kleiner is dan andere regio's. Ziekenhuizen in die regio's krijgen een beschikbaarheidsbijdrage. Als die bijdrage zou komen te vervallen, dan treedt er bij een aantal van die ziekenhuizen een groot prijseffect op voor acute verloskundige zorg. Dat betekent dat zorgverzekeraars de zorg bij die ziekenhuizen voor een veel hogere prijs moeten inkopen. Een zorgverzekeraar moet voor inwoners in die regio's dan meer kosten maken dan voor verzekerden met een andere woonplaats. Mogelijk gedrag dat hierdoor zou kunnen optreden is dat zorgverzekeraars de verzekerden in deze regio's met hogere kosten gaan mijden. Met andere woorden, er bestaat een risico op (verkapte) risicoselectie, premiedifferentiatie en/of polisdifferentiatie door zorgverzekeraars.

Om de beschikbaarheid van spoedeisende hulp en acute verloskunde te borgen, is het mogelijk dat aanbieders een beschikbaarheidsbijdrage krijgen. De verlening van een beschikbaarheidsbijdrage is gebonden aan voorwaarden, zoals bijvoorbeeld dat de spoedeisende hulp gevoelig moet zijn voor de 45-minutennorm. De NZa toetst of aan de voorwaarden is voldaan en verleent een beschikbaarheidsbijdrage.⁵⁴

Kortgezegd, wanneer de kosten hoger zijn dan de opbrengsten in die regio's kan dit marktverstoring werken voor zorgverzekeraars die dominant zijn in die regio. Als het noodzakelijk is voor het halen van de geldende 45-minuten norm, dan kan een SEH of een instelling die acute verloskunde biedt een beschikbaarheidsbijdrage worden toegekend. De zorgplicht geldt ook in dergelijke situaties onverkort.

Waar nodig om een tijdelijke oplossing mogelijk te maken is het faciliteren van samenwerking tussen zorgverzekeraars wellicht wenselijk - bijvoorbeeld om geneesmiddelen uit het buitenland te verkrijgen, of

⁵³ Brief van de Minister van VWS, met kenmerk 728266-133506-CZ. Curatieve zorg in krimpregio's van 6 maart 2015. Zie aanwijzing van 16 juni 2015, met kenmerk 7762 12- 137548-MC. Zie beleidsregel van de NZa: BR/CU-5144.

⁵⁴ Zie aanwijzing van 16 juni 2015, met kenmerk 7762 12- 137548-MC. Zie beleidsregel van de NZa: BR/CU-5144.

teneinde zelf tijdelijk zorg aan te bieden. Dit zijn niet altijd mogelijke alternatieven. Mededingingsrechtelijk gezien zou dit buiten de werking van het kartelverbod in artikel 6 van de Mededingingswet kunnen vallen als het slechts gaat om de inherente beperkingen die noodzakelijk zijn ter behartiging van het publieke belang.

In het geval er wel beperkt aanbod is, maar de betreffende aanbieder buitensporige prijzen in rekening brengt of wil brengen, ligt het in de rede dat dit probleem worden aangepakt via de band van het AMM-instrumentarium, in samenhang met ingrijpen via de zorgplicht.⁵⁵

Het toezicht op de zorgplicht en AMM zijn niet de oplossing voor alle problemen, vooral waar de markt kampt met een tekort aan capaciteit. Markten met een beperkt aanbod voldoen in principe niet aan de voorwaarden voor vrije prijzen. Tariefregulering zal daar meer aangewezen zijn.

6.5 Zorgplicht en overmacht

De zorgplicht is een verplichting die geldt voor de zorgverzekeraar jegens zijn individuele verzekerden. Op die relatie is het privaatrecht van toepassing.

Van een verzekeraar mag in het kader van de zorgplicht verwacht worden dat hij al hetgeen mogelijk is doet om aan zijn zorgplicht te voldoen. Voor een polis met een natura-aanspraak geldt dat als er meer geld nodig is, om de zorg te doen leveren aan zijn verzekerden, dat in beginsel verwacht mag worden van een verzekeraar dat dat betaald wordt. Dit kan wel effecten hebben op de hoogte van de premies, op verdringing tussen andere zorgsoorten ofwel zelfs in een extreem geval faillissement van de zorgverzekeraar. Ook is een oplossing van een mogelijke continuïteitsprobleem dat de verzekeraar de zorg zelf gaat aanbieden of uit het buitenland haalt. Omdat van een zorgverzekeraar niet het onmogelijke kan worden verwacht, geldt dat er sprake kan zijn van overmacht.

In privaatrechtelijke zin kan overmacht worden gezien als een grens van de zorgplicht. Overmacht is neergelegd in artikel 6:75 van het BW en luidt:

“Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”

Overmacht in relatie tot de zorgplicht kent verschillende betekenissen. Het overmacht-begrip bestaat in het civielrecht, maar ook in het bestuursrecht. De NZa heeft een speciaal beleid geformuleerd inzake overmacht bij continuïteit van cruciale zorg. De verschillende overmachtsbegrippen komen in deze paragraaf aan de orde.

6.5.1 Overmacht en de nakoming van de verbintenis

Zoals hiervoor aangegeven is de zorgplicht van de zorgverzekeraar neergelegd in de overeenkomst van zorgverzekering. Daarmee is de zorgplicht – de verplichting van de zorgverzekeraar tot levering van zorg

⁵⁵ De NZa verkent op dit moment of voor de toezicht op de zorgplicht voor de NZa extra instrumentarium nodig is om in een situatie van verkoopmacht snel en effectief te kunnen ingrijpen. Het verkrijgen van een bevoegdheid waarbij de NZa de aanbieder kan gebieden de zorg te blijven leveren en een bindend besluit te nemen die geldt tussen aanbieder en verzekeraar als het gaat om problemen in de continuïteit van zorg is daarvoor in ieder geval noodzakelijk.

of vergoeding van kosten – een verplichting waar het privaatrecht op van toepassing is.

In het geval de verzekerde zich moet wenden tot een gecontracteerde zorgaanbieder maar de verzekerde de zorg niet, niet tijdig of niet binnen een redelijke afstand kan krijgen, dan kan er sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis door de zorgverzekeraar. De zorgverzekeraar levert dan een wanprestatie, als de tekortkoming hem kan worden toegerekend. De zorgverzekeraar kan dan verplicht worden gesteld de door de verzekerde geleden schade te vergoeden. Een tekortkoming kan de zorgverzekeraar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Dit is de wettelijke definitie van overmacht (6:75 BW). Bij contractuele overeenkomsten met een resultaatsverplichting is er doorgaans pas sprake van overmacht in het geval van uitzonderlijke omstandigheden zoals bijvoorbeeld een natuurramp.

Het is van belang om te bedenken dat de enige partij die de zorgverzekeraar tot nakoming van de verbintenis kan bewegen de verzekerde is. Tussen verzekerde en zorgverzekeraar is immers de overeenkomst van zorgverzekering van kracht. De NZa kan de zorgverzekeraar niet verplichten de verbintenis jegens de verzekerde na te komen.⁵⁶ Wel kan de NZa toetsen of de zorgverzekeraar artikel 11 Zvw rechtmatig uitvoert.

De Zvw voorziet in enkele situaties waarbij de zorgverzekeraar een additionele bijdrage uit het vereveningsfonds kan ontvangen. Dat kan bij een catastrofe als bedoeld in artikel 33, lid 1, sub a, Zvw, en een situatie als bedoeld in artikel 55, lid 1, Zvw (gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer, mouterij of terrorisme). Kosten van zorg die voortkomen uit situaties als bedoeld in artikel 33, lid 1, sub a, Zvw, vallen wel onder de dekking van de zorgverzekering maar zouden mogelijk leiden tot een onacceptabel hoge schadelast. Omdat de gevolgen van bepaalde rampen in bepaalde regio's groter kunnen zijn dan in andere regio's, kunnen bepaalde zorgverzekeraars extra worden getroffen. De minister van VWS kan bepalen dat die zorgverzekeraars een extra bijdrage kunnen worden toegekend. Op grond van dit artikel kan ook een bijdrage worden toegekend aan de zorgverzekeraar die een failliete zorgverzekeraar overneemt en daardoor zelf in financiële moeilijkheden dreigt te geraken.⁵⁷ Door de additionele financiële bijdrage wordt de zorgverzekeraar in staat gesteld zijn zorgplicht na te komen en zal in dergelijke gevallen een beroep op overmacht niet slagen.

Schaden die zijn veroorzaakt vanwege bijvoorbeeld een gewapend conflict, of binnenlandse onlusten, mogen niet privaatrechtelijk worden verzekerd. Schaden veroorzaakt door terrorisme mogen wel verzekerd worden voor zover de minister van Financiën niet heeft bepaald dat dat niet of slechts gedeeltelijk mag. Het ter beschikking stellen van geld voor de behoefte aan zorg die dientengevolge is ontstaan gebeurt buiten de zorgverzekering om.⁵⁸

6.5.2 Overmacht en de NZa

Ook de NZa heeft te maken met het begrip 'overmacht'. Daarbij hanteert de NZa een vergelijkbaar toetsingskader zoals in het privaatrecht geldt,

⁵⁶ Ook artikel 79, lid 1, Wmg, verbiedt de NZa dat.

⁵⁷ Zie Kamerstukken II, 2002/04, 29 763, nr. 3, p. 140.

⁵⁸ De Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschade (NHT) regelt dat de uitkeringsplicht beperkt is tot maximaal € 1 miljard en geldt voor alle aangesloten verzekeraars samen.

maar oordeelt zij niet over de vraag of een zorgverzekeraar schadelijktig zou zijn. Overmacht speelt een rol bij het beleid over de continuïteit van cruciale zorg en als rechtvaardigingsgrond in de Awb.

6.5.2.1 Cruciale zorg

Zoals hiervoor aangegeven komt de overheid een bijzondere rol toe bij de borging van de continuïteit van *cruciale zorg*. Onder cruciale zorg wordt verstaan ambulancezorg, spoedeisende hulp, acute verloskunde, crisis GGZ en Wlz. De toets die de overheid daarbij hanteert is de overmachtstoets. De zorgverzekeraar is gehouden de continuïteit van de zorg te borgen, tenzij hij vanwege een overmachtssituatie daartoe niet in staat is. De NZa voert deze toets uit. De wijze waarop de NZa de toets uitvoert is neergelegd in beleid.⁵⁹ Onder overmacht in het kader van dat beleid, verstaat de NZa:

“De situatie waarin de verzekeraar niet langer kan voldoen aan zijn zorgplicht met betrekking tot het leveren van cruciale zorg. Het betreft een *ernstige en uitzonderlijke situatie*, waarin de verzekeraar kan aantonen al het mogelijke te hebben gedaan om de continuïteit van de betreffende zorgverlening te borgen maar hier desondanks niet in kan slagen.”

6.5.2.2 Rechtvaardigingsgrond

Het begrip overmacht kan ook worden gezien in relatie tot de inzet van het handhavingsinstrumentarium door de NZa.

De NZa kan ter handhaving van een wettelijke verplichting een sanctie aan een zorgverzekeraar opleggen. Artikel 5:5 van de Awb bepaalt dat de NZa geen sanctie oplegt voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond. Overmacht is een van de rechtvaardigingsgronden in het bestuursrecht en ontnemt de wederrechtelijkheid aan het handelen. Als daarvan sprake is mag de NZa geen sanctie opleggen, er is immers niet wederrechtelijk gehandeld.

Het beroep op overmacht kan slechts slagen als sprake is van actuele en concrete nood en als is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De NZa hoeft de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet actief te toetsen. Het is aan de vermeende overtreder om een onderbouwde beroep op een rechtvaardigingsgrond te doen.

⁵⁹ Zie voor de criteria, beleidsregel Overmacht continuïteit van zorg (TH/BR-017).

7. Conclusie

De zorgplicht is wettelijk verankerd in de Zvw en de Wlz. De zorgplicht behelst onder meer de belangrijke verplichting van de zorgverzekeraars, Wlz-uitvoerders en zorgkantoren om de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg te garanderen.⁶⁰ De zorgplicht is een verplichting van de zorgverzekeraar jegens de verzekerde. De nakoming van de zorgplicht kan door de verzekerde in rechte worden afgedwongen met bijvoorbeeld een beroep bij de burgerlijke rechter. De zorgplicht kan ook betrekking hebben op de populatie van verzekerden in relatie tot de zorgverzekeraars. Een schending van de zorgplicht kan namelijk betrekking hebben op niet één verzekerde, maar een gehele groep van verzekerden. De NZa kan optreden als de publieke belangen in het geding zijn.

De toezichtspraktijk van de NZa heeft inzichtelijk gemaakt dat er een verband bestaat tussen marktmacht en de zorgplicht. Marktmacht van zorgaanbieders kan een negatief effect hebben op de nakoming van de zorgplicht door zorgverzekeraars. Maar ook de marktmacht van zorgverzekeraars kan een negatief effect hebben op de zorgplicht, bijvoorbeeld in de situatie dat de zorgverzekeraar zijn marktmacht zodanig uitoefent, dat dit ten koste gaat van de toegankelijkheid of kwaliteit van zorg.

In dit richtinggevende kader beschrijft de NZa dat effect, de relatie tussen inkoopmacht, verkoopmacht en de zorgplicht en de wijze waarop zij de naleving van de zorgplicht toetst.

Marktmacht kan een negatieve invloed hebben op de kwaliteit, tijdigheid en bereikbaarheid en daarmee de continuïteit van de verzekerde zorg.

Bij inkoopmacht kan verschraling van het aanbod leiden tot kwaliteit- en toegankelijkheidsverlies ten koste van de zorgplicht en daarmee ten koste van de verzekerdenpopulatie (alsmede, buiten het bereik van de zorgplicht, ten koste van de aanbieders). De zorgplicht geldt in dit verband ook als grens aan de mogelijkheden van zorgverzekeraars om bij de zorginkoop enkel te sturen op betaalbaarheid of te selectief te contracteren. Voor inkoopmacht geldt dat het bestaande kader niet verandert, in die zin, dat het aangevuld gaat worden met de bevindingen uit de onderzoeken die de NZa doet naar mogelijke nadelige effecten voor kwaliteit en toegankelijkheid van zorg als wisselgeld voor positieve effecten op de betaalbaarheid.

Marktmacht van aanbieders kan ertoe leiden dat het voor een zorgverzekeraar moeilijk of soms onmogelijk wordt om onder redelijke voorwaarden aan zijn zorgplicht te voldoen. Bij capaciteitsgrenzen of financiële grenzen geldt ook de zorgplicht van zorgverzekeraars. Zorgverzekeraars moeten al het mogelijke doen om aan hun zorgplicht te voldoen.

Enkel in een uitzonderlijke situatie kan er sprake zijn van overmacht. In bepaalde situaties – zoals bij cruciale zorg – is daar door de overheid beleid voor ontwikkeld. Ook is er beleid ontwikkeld over de continuering van de SEH en acute verloskundige zorg in dunbevolkte gebieden.

⁶⁰ Zoals hiervoor aangegeven luidt de zorgplicht voor de restitutie zorgverzekeraar anders.

Dit richtinggevende kader is een eerste stap naar een multidimensionale beschouwing van marktmacht en de zorgplicht van zorgverzekeraars en Wlz-uitvoerders en zorgkantoren. Het doel van dit richtinggevend kader is dat het inzicht geeft in en richting geeft aan de behandeling van casuïstiek door de NZa, dat die richting kenbaar is voor het veld, dat het richtinggevend kader aangevuld wordt met nieuwe inzichten en zodoende te zijner tijd onderdeel gaat worden van de bestaande beleidsregels toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw en toezichtkader zorgplicht Wlz.