

Spanningsveld in de zorgverzekering: het onoverdraagbaarheidsbeding en de belangen van derden

I. Inleiding

Vorderingen zijn in beginsel overdraagbaar (art. 3:83 lid 1 BW). Partijen kunnen echter contractueel overeenkomen dat een vordering niet overdraagbaar is. Dat kan op twee manieren: via het verbintenisrechtelijke cessieverbod of via het goederenrechtelijke onoverdraagbaarheidsbeding.¹

Bij de eerste variant, het cessieverbod, spreken de contractspartijen af dat de vordering niet aan een ander overgedragen *mag* worden. Doet de schuldeiser dat toch, dan komt de overdracht niettemin tot stand en heeft de schuldenaar de nieuwe schuldeiser te dulden. Wel zal de oorspronkelijk schuldeiser schadeplichtig zijn wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming.

Bij de tweede variant, het onoverdraagbaarheidsbeding, spreken de contractspartijen af dat de vordering niet aan een ander overgedragen *kan* worden. Deze goederenrechtelijke variant is geregeld in art. 3:83 lid 2 BW. Een handeling in strijd met deze afspraak kan nooit leiden tot een rechtsgeldige overdracht van die vordering. De vordering als zodanig is onoverdraagbaar geworden.² Het onoverdraagbaarheidsbeding heeft dus niet alleen gelding tussen de contractspartijen, maar ook werking tegenover derden.

In zorgverzekeringsovereenkomsten wordt steeds vaker een onoverdraagbaarheidsbeding opgenomen. De verzekerde kan zijn vordering op de zorgverzekeraar dan niet cederen aan de zorgaanbieder die de zorg heeft verleend. De zorgaanbieder zonder contract met de zorgverzekeraar loopt daardoor een incassorisico: hij kan zijn facturen niet rechtstreeks bij de zorgverzekeraar indienen. Bijvoorbeeld bij verslavingszorg kan dat risico behoorlijk zijn.

Met een beroep op de 'schakeljurisprudentie' komen zorgaanbieders hiertegen op. Uit deze jurisprudentie volgt namelijk dat het contractspartijen bij de uitvoering van een overeenkomst niet onder alle omstandigheden vrij staat om voorbij te gaan aan belangen van derden die bij de uitvoering van de overeenkomst nauw betrokken zijn.³ De zorgaanbieders menen nauw betrokken te zijn bij de uitvoering van de zorgverzekeringsovereenkomst, zodat met hun belangen rekening gehouden moet worden.



Mr. M.E. Jannink*

Duidelijk is dat het onoverdraagbaarheidsbeding en de schakeljurisprudentie met elkaar op gespannen voet staan. De kracht van het onoverdraagbaarheidsbeding in vergelijking met het cessieverbod is juist dat het werking heeft tegenover derden. Inherent daaraan is dat derden, zoals zorgaanbieders, daarvan nadeel kunnen ondervinden. Is dat te rijmen met toepassing van de schakeljurisprudentie? En mag van zorgverzekeraars en verzekerden verwacht worden dat zij bij de inrichting van een contractuele verhouding meewegen in hoeverre zorgaanbieders hinder van het onoverdraagbaarheidsbeding zullen ondervinden?

In deze bijdrage wordt dit spanningsveld nader belicht, waarbij de focus op het gezondheidsrecht ligt. In paragraaf II wordt daarom stil gestaan bij de zorgverzekeringsovereenkomst en de te cederen vordering. Daarna wordt behan-

* Advocaat te Amsterdam bij AKD N.V. (mjannink@akd.nl)

1. In de praktijk wordt regelmatig onder 'cessieverbod' ook het goederenrechtelijke onoverdraagbaarheidsbeding verstaan. In deze bijdrage is gekozen voor een terminologie die aansluit bij de juridische werkelijkheid. Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, 'Uitleg van cessie- en verpandingsverboden', *TvI* 2012, afl. 13, par. 1 en F.M.J. Verstijnen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieeringspraktijk', *WPNR* 2017, afl. 7134, p. 78.
2. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281 (*Oryx/van Eesteren*), r.o. 3.4.1 - 3.4.2; HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.3.1 - 3.3.2. Er blijft sprake van wanprestatie, zie: M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 680.
3. HR 3 mei 1946, ECLI:NL:HR:1946:4, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*); HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980/117 (*Radio Modern/Edah*); HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, *NJ* 1999/98 (*Mooijman/Netjes*); HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (*X/Compaen*), *NJ* 2017/364.

deld in welke gevallen contractspartijen in het algemeen en zorgverzekeraars in het bijzonder, geacht worden rekening te houden met de belangen van derden (par. III en IV). In paragraaf V wordt de gezondheidsrechtelijke rechtspraak geanalyseerd waarin onoverdraagbaarheidsbedingen met een beroep op de schakeljurisprudentie zijn getoetst.

II. De zorgverzekering en de te cederen vordering

Iedereen die woont of werkt in Nederland is verplicht om een zorgverzekering af te sluiten.⁴ Er zijn drie typen polissen, te weten de naturapolis, de restitutiepolis of een combinatie daarvan.⁵

Een naturapolis geeft recht op zorg.⁶ Om aan deze zorgplicht te voldoen sluiten zorgverzekeraars overeenkomsten met zorgaanbieders. Uitgangspunt bij de naturavariant is dat de verzekerde zorg betreft bij zorgaanbieders waarmee de verzekeraar een overeenkomst heeft. De verzekerde heeft dan geen kosten, behoudens de eigen bijdrage en het eigen risico. Als de verzekerde zich wendt tot een zorgaanbieder waarmee de zorgverzekeraar geen contract heeft, zal de verzekerde met een naturapolis meestal geen *volledige* vergoeding ontvangen.⁷

Een restitutiepolis geeft recht op de vergoeding van de kosten van zorg.⁸ Bij een restitutiepolis worden de kosten die een verzekerde maakt voor verzekerde zorg, afgezien van de eigen bijdrage en het eigen risico, volledig vergoed, mits de kosten niet hoger zijn dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten.⁹ Bij de hoogte van de vergoeding speelt geen rol of de zorg is geleverd door een al dan niet gecontracteerde zorgaanbieder.

De relatie tussen de patiënt en de zorgaanbieder wordt beheerst door de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW e.v.). Op grond van de hoofdregel uit art. 7:461 BW is de patiënt als opdrachtgever loon verschuldigd aan de zorgaanbieder. De patiënt heeft daarnaast als verzekerde recht op een (gedeeltelijke) vergoeding van de zorgverzekeraar voor de voor deze zorg gemaakte kosten.

Het voorgaande is anders als een naturaverzekerde zorg betreft van een door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder. In dat geval geldt de 'tenzij' uit art. 7:461 BW, waardoor de patiënt aan de zorgaanbieder geen loon verschuldigd is. De verzekerde heeft in dat geval ook geen recht op een uitkering in geld door de zorgverzekeraar.¹⁰ De overeenkomst die de zorgverzekeraar met de zorgaanbieder heeft gesloten, kwalificeert als een bijzondere vorm van een

overeenkomst van opdracht. De zorgaanbieder aanvaardt onder de overeenkomst met de zorgverzekeraar de opdracht om de bij de zorgverzekeraar verzekerde patiënten voor rekening van de zorgverzekeraar te behandelen.¹¹ De opdracht tot behandeling ontvangt de zorgaanbieder niet van de verzekeraar, maar van de patiënt onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Het is echter de verzekeraar die aan de zorgaanbieder betaalt, 'loon' in de zin van art. 7:405 BW, voor de opdrachten van haar verzekerden.¹²

Gaat een natura- of restitutieverzekerde voor zijn behandeling naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, dan betaalt de zorgverzekeraar de vergoeding voor de geleverde zorg aan de verzekerde. De verzekerde moet op zijn beurt zelf de rekening van de zorgaanbieder voldoen.¹³ De niet-gecontracteerde zorgaanbieder loopt daarmee een incassorisico, doordat de zorgaanbieder voor de vergoeding afhankelijk is van de medewerking van de verzekerde. Het daadwerkelijke risico zal onder meer afhangen van de cliëntenpopulatie van de zorgaanbieder.

Om dit incassorisico af te dichten verlangen veel niet-gecontracteerde zorgaanbieders dat de patiënt zijn vordering op de zorgverzekeraar uit hoofde van de zorgverzekeringsovereenkomst aan hen cedeert.¹⁴ Zodra de zorgaanbieder mededeling doet van de cessie aan de zorgverzekeraar – meestal tegelijk met de indiening van de factuur – moet de zorgverzekeraar rechtstreeks aan de zorgaanbieder betalen.¹⁵

In reactie daarop nemen zorgverzekeraars in de polisvoorwaarden steeds vaker een onoverdraag-

4. Art. 2 lid 1 Zvw jo. art. 2.1.1 lid 1 Wet langdurige zorg. De zorgverzekering is een schadeverzekering ex. art. 7:925 jo. 7:944 BW.

5. Art. 11 lid 1 sub a resp. sub b Zvw.

6. Art. 11 lid 1 sub a Zvw.

7. Art. 13 Zvw; Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 (CZ/Stichting Momentum).

8. Art. 11 lid 1 sub b Zvw.

9. Art. 2.2 lid 2 Besluit zorgverzekering.

10. J.C.J. Dute & J. Legemaate (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 670-671.

11. Daarnaast bevat de overeenkomst tal van andere voorwaarden, bijvoorbeeld op het gebied van kwaliteit en registratie.

12. J.C.J. Dute & J. Legemaate (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 670-672.

13. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 29. Dit is anders in het geval er tussen de niet-gecontracteerde zorgaanbieder en zorgverzekeraar een betaalovereenkomst is gesloten.

14. Art. 3:94 BW.

15. Het gaat hier om een openbare cessie, art. 3:94 lid 1 BW. Voor een openbare cessie is een akte en een vormvrije mededeling aan de schuldenaar vereist. Voor een stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW) is geen mededeling vereist, maar wel een authentieke of onderhands geregistreerde akte.

baarheidsbeding op. De reden daarvoor kan zijn dat de zorgverzekeraar niet geconfronteerd wil worden met een partij waarmee hij eerder niet heeft willen contracteren of met een partij die niet met hem heeft willen contracteren. Een andere reden kan zijn dat de zorgverzekeraar met het onoverdraagbaarheidsbeding verzekeren wil sturen om gebruik te maken van gecontracteerde zorgaanbieders, waar de zorgverzekeraar meer invloed kan uitoefenen op de te leveren kwaliteit en kosten van zorg. Zorgverzekeraars voeren daarnaast aan dat zij de verzekerde willen inzetten als ‘controleur’ van de rekening. De verzekerde kan immers het beste toetsen of de gedeclareerde zorg overeenkomt met de daadwerkelijk geleverde zorg.¹⁶

III. Contracten en derden

Inleiding

Contractsvrijheid is een van de grondbeginselen van het contractenrecht. Het staat partijen vrij te kiezen met wie zij contracteren en met wie niet, met de inhoud die zij wensen en op het moment dat zij wensen. De vrijheid is echter niet onbeperkt. Zo mag geen inhoud overeengekomen worden die in strijd is met een dwingende wetsbepaling, met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW).

In de praktijk wordt aangenomen dat de bepalingen in de Zorgverzekeringswet (“Zvw”) van dwingend recht zijn, waardoor de contractsvrijheid van de zorgverzekeraar en de verzekeringsplichtige in enige mate wordt beperkt.¹⁷

Naast contractsvrijheid is een belangrijk uitgangspunt van het contractenrecht dat een overeenkomst alleen werking heeft tussen de partijen bij die overeenkomst. Ook op dat uitgangspunt bestaan uitzonderingen. Een aantal daarvan zijn in de wet opgenomen, zoals derdenwerking bij bewaarnemingsovereenkomsten (art. 7:608 BW). Andere gevallen zijn in de rechtspraak ontwikkeld, zoals de schakeljurisprudentie.

De Zvw stelt geen beperkingen aan het opnemen van een onoverdraagbaarheidsbeding in een zorgverzekeringsovereenkomst. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders verzetten zich echter daartegen met een beroep op de schakeljurisprudentie. De stelling is dat het opnemen van een onoverdraagbaarheidsbeding in de zorgverzekeringsovereenkomst, op onoorbare wijze de rechten schaadt van zorgaanbieders die bij de uitvoering van die zorgverzekeringsovereenkomst nauw betrokken zijn.

In deze paragraaf wordt de schakeljurisprudentie nader besproken.

De schakeljurisprudentie

Het *Staat/Degens*-arrest uit 1946 vormt het startschot van de schakeljurisprudentie.¹⁸ Het ging in die zaak om het volgende. De Staat had een overeenkomst met Atiba tot aanleg van centrale verwarming in een rijksgebouw. Atiba sloot voor de levering van het benodigde isolatiemateriaal een overeenkomst met Degens. Degens besloot echter het isolatiemateriaal te verkopen aan een derde die een hogere prijs bood. Degens wist dan wel behoorde te weten dat de Staat door deze contractbreuk nadeel zou ondervinden. Atiba was immers aangewezen op veel duurder vervangingsmateriaal en de Staat was krachtens de overeenkomst met Atiba verplicht een groot deel van die hogere kosten te voldoen.

De Hoge Raad oordeelde dat als iemand zich contractueel gebonden heeft, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen met de belangen van derden, het diegene niet onder alle omstandigheden vrij staat de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Dat leidt ertoe dat onder bepaalde omstandigheden wanprestatie door een contractspartij eveneens onrechtmatig kan zijn tegenover een derde.

Een tweede belangrijk arrest in de schakeljurisprudentie is *Vleesmeesters/Alog*. Alog huurde als hoofdhuurder een bedrijfsruimte. In de hoofdhuurdersovereenkomst was de plicht opgenomen om in het gehuurde een supermarkt te exploiteren. Alog verhuurde via onderhuurdersovereenkomsten het grootste gedeelte van de ruimte aan haar dochtervennootschap die een supermarkt exploiteerde en een ander deel aan slagerij Vleesmeesters. Na 10 jaar verplaatste de supermarkt van locatie. Er kwam geen nieuwe supermarkt en

16. Daarbij is van belang dat niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zijn gehouden om de zorgverzekeraar inlichtingen te verstrekken ter controle, zie J. Ekkelmans, *De zorgverzekeringswet*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 90.

17. De wetgever heeft gekozen voor de constructie dat een verzekering die niet voldoet aan de vereisten uit de Zvw, niet kwalificeert als zorgverzekeringsovereenkomst. Zorgverzekeraars krijgen in dat geval geen vereveningsbijdragen vanuit het publiekrechtelijke Zorgvereveningsfonds (*Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 77-78). De Hoge Raad lijkt een andere route te hebben gekozen. Zo oordeelde de Hoge Raad op 19 december 2014 ten aanzien van de dekking van de zorgverzekeringsovereenkomst dat deze dwingendrechtelijk bij en krachtens de Zvw geregeld is (ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 r.o. 3.5.1).

18. HR 3 mei 1946, ECLI:NL:HR:1946:4, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*). Zie voorts HR 12 oktober 1979, NJ 1980/117 (*Radio Modern/Edah*) en HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98 (*Mooijman/Netjes*).

enkele maanden later ging Vleesmeester door toenemende verliezen failliet. Vleesmeesters heeft Alog gedagvaard wegens onrechtmatig handelen door het niet nakomen van de verplichting uit de hoofdhuurdersovereenkomst om een supermarkt te exploiteren.

In het arrest geeft de Hoge Raad een reeks algemeen geformuleerde omstandigheden die van belang zijn voor het oordeel of een contractspartij bij de uitvoering van een overeenkomst haar gedrag mede door de belangen van een nauw betrokken derde moet laten bepalen. Het gaat om de volgende omstandigheden:

- de hoedanigheid van alle betrokken partijen;
- de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst;
- de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken;
- de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was;
- de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien;
- de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden;
- de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en
- de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.¹⁹

Het derde arrest dat relevant is, is *X/Compaen*.²⁰ De casus was als volgt. DMB verkocht 70 te ontwikkelen appartementsrechten aan Compaen. DMB en Compaen komen overeen dat als niet op 1 februari 2008 ten minste twintig appartementsrechten verkocht zijn, Compaen de overeenkomst kan ontbinden. Om te voorkomen dat de ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen, sluit DMB eind december 2017 een overeenkomst met Vissers. Vissers zal op eerste afroep van DMB – met korting – maximaal twintig appartementsrechten afnemen. Vissers ontvangt daarentegen € 15.000 voor elk appartementsrecht van de twintig appartementsrechten dat uiteindelijk niet door Vissers gekocht en afgenomen hoeft te worden. Als de overeenkomst DMB-Compaen wordt ontbonden, wordt ook de overeenkomst DMB-Vissers ontbonden.

Compaen roept de ontbindende voorwaarde niet in en DMB verzoekt Vissers niet om appartementsrechten af te nemen. In plaats daarvan komen Compaen en DMB in juli 2019 met wederzijds goedvinden overeen de tussen hen gesloten overeenkomst te beëindigen, zodat ook de overeenkomst tussen DMB en Vissers ontbonden

wordt. Vissers loopt daardoor twintig keer €15.000 mis en stelt een vordering op grond van onrechtmatige daad in tegen Compaen.²¹

In de relatie tussen DMB-Compaen is door Compaen geen wanprestatie gepleegd. Het staat partijen immers vrij een overeenkomst te wijzigen en tot ontbinding te besluiten. De vraag die de Hoge Raad moest beantwoorden is of de rechtsregels uit *Vleesmeesters/Alog* beperkt zijn tot de situatie waarin een contractspartij wanprestatie heeft gepleegd. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is:

“(…) bepalend [is] of de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde, en is dus niet mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn.”

Nu vaststaat dat niet slechts bij wanprestatie de schakeljurisprudentie kan worden ingeroepen, is het bereik groter geworden. In zijn noot bij het arrest betoogt Tjong Tjin Tai dat die ruimte beperkter is dan op het eerste gezicht lijkt.

Tjong Tjin Tai zet uiteen dat de rechtvaardiging voor de schakeljurisprudentie erop berust dat de derde mocht vertrouwen op de behoorlijke uitvoering van de verbintenissen uit de overeenkomst waarbij hij nauw betrokken is. Wanprestatie is voor de toepassing van de schakeljurisprudentie geen vereiste, omdat het mogelijk is dat er geen sprake is van wanprestatie als gevolg van een latere wijziging van de overeenkomst. Wel vereist zou zijn dat de oorspronkelijke verbintenis, die de schakel vormde met de belangen van de nauw betrokken derde, niet behoorlijk is nagekomen. In de casus van *X/Compaen* is dat het geval. Beoordeeld naar de oorspronkelijke overeenkomst tussen DMB en Compaen – waarop Vissers zijn handelen heeft afgestemd – is er sprake van een tekortkoming door Compaen.²²

19. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

20. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, *NJ* 2017/364 (*X/Compaen*).

21. Vissers heeft ook andere partijen betrokken in de procedure. DMB is op verzoek van Compaen failliet verklaard.

22. T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, *NJ* 2017/364 (*X/Compaen*).

IV. Derden bij de zorgverzekering

Sinds de inwerkingtreding van de Zvw heeft de Hoge Raad tweemaal geoordeeld over de rechtmatigheid van een door een zorgverzekeraar gemaakte contractuele afspraak ten opzichte van een derde. Welke rol speelt de schakeljurisprudentie in deze arresten?

CZ/Momentum: een niet-gecontracteerde aanbieder kan een nauw betrokken derde zijn

In het arrest *CZ/Momentum* draaide het om de polisvoorwaarden van zorgverzekeraar CZ. Niet-gecontracteerde zorgaanbieder Momentum stelde dat de polisvoorwaarde dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg maximaal 50% van het marktconforme tarief bedraagt, in strijd is met art. 13 Zvw. Hoewel Momentum geen partij was bij de verzekeringsovereenkomst, zou CZ daarmee onrechtmatig handelden tegenover Momentum.

De Hoge Raad oordeelde dat in art. 13 Zvw het ‘hinderpaal-criterium’ besloten ligt: de door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg mag niet zo laag zijn dat die voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal vormt om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te gaan.²³ De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het hof bij zijn beoordeling de maatstaf uit het arrest *Vleesmeesters/Alog* juist heeft toegepast. Het hof kon dus concluderen dat een zorgverzekeraar die in de zorgverzekeringsovereenkomst een vergoedingspercentage in strijd met dit hinderpaal-criterium vaststelt, daarmee onrechtmatig kan handelen tegenover niet-gecontracteerde zorgaanbieders.²⁴

De Hoge Raad staat daarmee dus toe dat de schakeljurisprudentie niet alleen wordt toegepast op situaties waarin het gaat om de uitvoering van een overeenkomst, maar ook om de inrichting van een overeenkomst. Het toepassingsbereik van de schakeljurisprudentie wordt als gevolg daarvan fors ruimer dan na *X/Compaen* het geval was.

Naar ik meen zou de schakeljurisprudentie niet van toepassing moeten zijn op de inrichting van de zorgverzekeringsovereenkomst. Allereerst omdat er in dat stadium nog geen zorgaanbieders zijn die bij de uitvoering van de overeenkomst nauw betrokken zijn – ervan uitgaande dat de zorgverlening aan de patiënt niet reeds is gestart.

In de tweede plaats omdat het onmiskenbaar de contractsvrijheid ondermijnt en de stelregel dat contracten alleen werking hebben tussen de contractspartijen. Het is daarbij de vraag hoe ver deze verplichting gaat. Wanneer moeten contracterende partijen rekening houden met de belan-

gen van derden? Moet de derde daarbij betrokken worden? En wat als de belangen van de betrokken derden onderling tegenstrijdig zijn? Zo zijn naast de niet-gecontracteerde zorgaanbieders, ook de zorgaanbieders met een contract relevante derden bij de zorgverzekeringsovereenkomst. Deze aanbieders committeren zich regelmatig aan een omzetplafond, nemen verplichtingen op zich met betrekking tot kwaliteit en rapportage, doen investeringen, stellen in overleg met verzekeraars hun tarieven bij, alles in de verwachting dat het gecontracteerd zijn klanten oplevert. Die verwachting moet worden bijgesteld als er voor patiënten weinig tot geen verschil is in het inschakelen van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder ten opzichte van een gecontracteerde zorgaanbieder.²⁵ De algemene gezichtspunten uit *Vleesmeesters/Alog* ten spijt, voor contracterende partijen is het volstrekt onduidelijk hoe zulke botsende belangen van derden te wegen. Het introduceren van een dergelijke rechtsonzekerheid bij het aangaan van verzekeringsovereenkomst is een situatie die naar ik meen vermeden zou moeten worden.

Ervan uitgaande dat de bepalingen in de Zvw dwingend recht vormen, had het hof ook een route kunnen kiezen waarbij de schakeljurisprudentie achterwege had kunnen blijven. Het afwijken van een dwingendrechtelijke bepaling is immers nietig, dan wel vernietigbaar in het geval de bepaling strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling (art. 3:40 lid 2 BW). Art. 13 Zvw strekt zowel tot bescherming van de verzekerde, die ook voor niet-gecontracteerde zorg enige vergoeding moet ontvangen, als tot bescherming van de verzekeraar, die de vergoeding van de niet-gecontracteerde zorg tot op zekere hoogte mag beperken.²⁶ Dat maakt dat het hof – ook ambtshalve – had kunnen constateren dat de met art. 13 Zvw strijdige geachte polisvoorwaarde nietig is. De rechter kan de nietige polisvoorwaarde eventueel converteren naar

23. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 (*CZ/Stichting Momentum*), r.o. 3.5.7. In de literatuur wordt kritiek geuit op de manier waarop de Hoge Raad art. 13 Zvw uitlegt, zie de annotatie bij het arrest van J.J. Rijken, *GJ* 2014/121 en A.G.F. Ancery, Niet-grensoverschrijdende zorgverlening in het EU-recht, *MvV* 2019, afl. 9, p. 304-317.

24. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 (*CZ/Stichting Momentum*), r.o. 3.6.2.

25. Zie bijvoorbeeld het Bestuurlijk akkoord geestelijke gezondheidszorg (GGZ) 2019 t/m 2021, waarin diverse brancheorganisaties van zorgaanbieders, de brancheorganisatie van de zorgverzekeraars en de overheid hebben afgesproken ernaar te streven het aandeel niet-gecontracteerde zorg te laten dalen.

26. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 (*CZ/Stichting Momentum*), r.o. 3.6.2.

een wel toegestaan vergoedingspercentage (art. 3:42 BW). Als de zorgverzekeraar niettemin blijft vasthouden aan het niet-toegestane vergoedingspercentage, is de niet-gecontracteerde zorgaanbieder echter terug bij af.

VGZ/Nutricia: verlaat de Hoge Raad het standpunt dat een zorgaanbieder een nauw betrokken derde is?

Een jaar later gooit de Hoge Raad het in het arrest *VGZ/Nutricia* over een andere boeg, namelijk die van de relativiteit (art. 6:163 BW).²⁷ Het arrest draait om de overeenkomsten die VGZ met afleveraars van dieetpreparaten, zoals apotheken, heeft gesloten. Daarin is een 'voorkeursbeleid' opgenomen: VGZ heeft een aantal producten geselecteerd die afkomstig zijn van één fabrikant. Het is de bedoeling dat apothekers in beginsel alleen de voorkeursproducten verstrekken aan de verzekerden. Nutricia, een producent van dieetpreparaten wiens producten niet als voorkeursproducten geselecteerd zijn, meent dat VGZ met deze contractuele afspraken in strijd handelt met de Zvw en onrechtmatig handelt tegenover haar.

Bij de beoordeling van het geschil lijkt het hof uit te gaan van de schakeljurisprudentie, hoewel een expliciete verwijzing daarnaar ontbreekt.²⁸ Het hof komt tot het oordeel dat VGZ met de belangen van Nutricia onvoldoende rekening heeft gehouden, zodat VGZ tegenover Nutricia onrechtmatig handelt.²⁹ VGZ gaat in cassatie. AG Keus stelt dat het hof niet aan alle relevante omstandigheden heeft getoetst die volgen uit *Vleesmeesters/Alog*, zodat het hof in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.³⁰

Anders dan de AG, rept de Hoge Raad met geen woord over de schakeljurisprudentie. De Hoge Raad concludeert dat het oordeel van het hof erop neer komt dat VGZ op diverse punten in strijd met de Zvw, en dus onrechtmatig, handelt nu zij met haar beleid verzekerden zorg onderhoudt waarop zij op grond van de Zvw aanspraak kunnen maken. Vervolgens plaatst de Hoge Raad dit in het kader van de relativiteit, door te oordelen dat naast verzekerden ook producenten van dieetpreparaten en zorgaanbieders een direct beroep kunnen doen op de geschonden bepaling uit de Zvw.³¹ Doordat de producent een direct beroep kan doen op de Zvw, is toepassing van de schakeljurisprudentie in deze casus overbodig geworden.

De motieven van de Hoge Raad om te kiezen voor deze relativiteitsroute zijn evenwel niet helder – het lijkt niet door partijen als zodanig aangevoerd te zijn. Evenmin is duidelijk of de Hoge Raad met deze uitspraak heeft willen te-

rugkomen op de toepassing van de schakeljurisprudentie bij de inrichting van een overeenkomst, zoals de Hoge Raad een jaar eerder in *CZ/Momentum* nog toelaatbaar achtte. Ook in die zaak had de Hoge Raad immers kunnen volstaan met de constatering dat een zorgaanbieder een direct beroep toekomt op art. 13 Zvw. Het lijkt voor de hand te liggen dat niet-gecontracteerde zorgaanbieders die een probleem hebben met een situatie die geregeld is in de Zvw, voortaan kiezen voor een rechtstreeks beroep op de Zvw in plaats van de meer bewerkelijke route van de schakeljurisprudentie.³² De vraag of de Hoge Raad met stille trom is 'omgegaan', kan uiteraard wel blijken uit geschillen over kwesties die niet geregeld zijn in de Zvw – zoals de toelaatbaarheid van onoverdraagbaarheidsbedingen.

Onoverdraagbaarheidsbeding in de zorgverzekering

De afgelopen jaren is er een stijging waarneembaar van het aantal zorgverzekeringen waarin een onoverdraagbaarheidsbeding is opgenomen met betrekking tot de vordering van de verzekerde op de verzekeraar. Ook het aantal geschillen daarover neemt toe.³³ In het overgrote deel van deze uitspraken beschouwen de rechters de niet-gecontracteerde zorgaanbieder als nauw betrokken derde.³⁴

De rechtbank Gelderland heeft in 2015 als eerste geoordeeld over de toepasselijkheid van de

27. HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, *NJ* 2016/474 (*VGZ/Nutricia*).

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3663, r.o. 4.23.

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3663, r.o. 4.26.

30. Parket bij HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:411, r.o. 2.51 - 2.53.

31. HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, *NJ* 2016/474 (*VGZ/Nutricia*), r.o. 3.11.2 – 3.11.5, met kritische noot J.G. Sijmons, *GJ* 2016/33, par. 4-6.

32. Zie bijvoorbeeld HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, *NJ* 2019/346 (*Conductore/ZK*), dat eveneens ging over het hinderpaal-criterium (art. 13 Zvw).

33. Zie voor mogelijke verklaringen G.J. de Groot, 'Het cessieverbod in de zorgverzekering. De terugkeer van een oude bekende als sturingsinstrument op kwaliteit en prijs', *ZIP* 2018, afl. 8, p. 20-24.

34. Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6219, Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5327, Rb. Midden-Nederland 23 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:750, Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229, Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:69, Hof Den Bosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:17. In de volgende zaken is – voor zover bekend – geen beroep gedaan op de schakeljurisprudentie: Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1368 (over lastgeving), Rb. Den Haag 31 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6045, Rb. Midden-Nederland 5 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3527 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8351.

schakeljurisprudentie bij een onoverdraagbaarheidsbeding in de verzekeringsvoorwaarden. De rechtbank oordeelt – onder verwijzing naar *Vleesmeesters/Alog* en *CZ/Momentum* – dat de belangen van de niet-gecontracteerde aanbieder zodanig verbonden zijn met de zorgverzekeraar, dat het de zorgverzekeraar niet zonder meer vrij staat de belangen die de gecontracteerde aanbieder bij behoorlijke nakoming heeft, te verwaarlozen. De rechtbank oordeelt vervolgens dat

*“aangenomen moet worden dat het voor de zorgverzekering niet anders is voor de belangen die Momentum [de niet-gecontracteerde aanbieder, MEJ] kan hebben bij de inrichting en uitvoering van die contractuele verhouding.”*³⁵

Waarom aangenomen moet worden dat niet-gecontracteerde aanbieders voor de inrichting van een overeenkomst kunnen kwalificeren als nauw betrokken derde, zet de rechtbank Gelderland niet uiteen. Ook latere uitspraken adresseren dat punt niet en volstaan met een verwijzing naar *Vleesmeesters/Alog*, *X/Compaen* of *CZ/Momentum*, dan wel een combinatie daarvan. Naar *VGZ/Nutricia* wordt niet verwezen.

Nadat de rechters hebben vastgesteld dat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder een nauw betrokken derde is, ligt de vraag voor in hoeverre de zorgverzekeraar in de gegeven omstandigheden met de belangen van de niet-gecontracteerde zorgaanbieder rekening had moeten houden: is het onoverdraagbaarheidsbeding rechtmatig? De uitkomst van deze exercitie is minder eensgezind: het beding wordt in iets meer dan de helft van de gepubliceerde uitspraken rechtmatig geacht.³⁶

Bij de vraag of de zorgaanbieder heeft te gelden als een nauw betrokken derde met wiens belangen de zorgverzekeraar rekening moet houden, wordt in geen enkele uitspraak expliciet stil gestaan bij het goederenrechtelijke karakter van het onoverdraagbaarheidsbeding. Dat karakter zou naar mijn mening in elk geval aan de orde moeten komen bij het uit *Vleesmeesters/Alog* volgende gezichtspunt ‘de aard en strekking van de betreffende overeenkomst’.

Het goederenrecht en het verbintenissenrecht zijn duidelijk van elkaar te scheiden. Het goederenrecht heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen een persoon en een goed, zoals de vraag aan wie een goed toebehoort. Het verbintenissenrecht heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen personen, zoals de vraag of je de wederpartij aan een overeenkomst kan houden. Anders dan in het verbintenissenrecht, is kenmerkend aan het goederenrecht dat de rechthebbende

deze rechten in beginsel tegenover iedereen kan inroepen.³⁷ Dat het goederenrecht wezenlijk anders is dan het verbintenissenrecht, blijkt ook uit de omstandigheid dat in de literatuur verdeeldheid bestaat over de vraag of de redelijkheid en billijkheid een plaats heeft in het goederenrecht.³⁸ Een discussie die in het verbintenissenrecht ondenkbaar is. Snijders schrijft daarover:

*“De oplossing van een goederenrechtelijke overdrachtscaus leidt niet altijd tot een resultaat dat het rechtsgevoel dadelijk bevredigt. (...) Goederenrechtelijke rechten zijn absolute rechten en vragen dan ook een behandeling die recht doet aan eenieder, niet slechts aan de min of meer toevallige partijen die een goederenrechtelijke vraag aan de rechter voorleggen, en die men graag met zo redelijk en billijk mogelijke gevolgen zou oplossen.”*³⁹

Niettemin zijn het goederen- en het verbintenissenrecht soms nauw met elkaar verbonden – zoals bij het onoverdraagbaarheidsbeding. De hoofdregel is immers dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn. Enkel vorderingsrechten kunnen bij beding onoverdraagbaar gemaakt worden. De reden die daarvoor wordt gegeven is dat alleen vorderingsrechten ontstaan en vormgegeven worden in het verbintenissenrecht, terwijl de inhoud van het eigendomsrecht dwingend in de wet is vormgegeven.⁴⁰ Het onoverdraagbaarheidsbeding is dus een contractueel beding, waaraan met toepassing van een dwingendrechtelijke regel van goederenrechtelijke aard een bepaald kenmerk van een contractueel vormgegeven vordering, namelijk de overdraagbaarheid, is ontnomen.⁴¹

35. Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, r.o. 4.3, met kritische annotatie van mr. K.D. Meersma, *TvGR*, 2015/265.

36. Rechtmatig: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6219, Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5327, Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229 en Hof Den Bosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:17. Onrechtmatig: Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, Rb. Midden-Nederland 23 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:750 en Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:69.

37. O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 2.

38. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79.

39. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 257.

40. F.E.J. Beekhoven van den Boezem & S. van Hengel, ‘Wet opheffing verpandingsverboden’, *TvI* 2018/44, par 1; R.M. Wibier, ‘Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen’, *TBR* 2014/119, par 3.2.

41. F.M.J. Verstijlen, de Wet opheffing verpandingsverboden, *WPNR* 2018/7203, p. 577. Zie ook W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17.

Het ontbreken van dat kenmerk leidt ertoe dat overdracht niet mogelijk is. Daarmee heeft het contractuele beding ook werking tegenover derden, in plaats van slechts de verbintenissenrechtelijke werking tussen de contractspartijen.

Hoe om te gaan met dat gemengde karakter van het onoverdraagbaarheidsbeding? Beekhoven van den Boezem meent dat bij een onoverdraagbaarheidsbeding de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen, nu vorderingen ontstaan in het verbintenisrecht. Omdat ook de positie van derden door de toepassing van de redelijkheid en billijkheid geraakt kan worden, moet een eventuele toetsing echter zeer terughoudend plaatsvinden.⁴² In diezelfde sleutel wordt de vraag geplaatst of een onoverdraagbaarheidsbeding in algemene voorwaarden onredelijk bezwaarlijk is. Om tot die conclusie te komen moet aan 'zware eisen' zijn voldaan.⁴³

De wenselijkheid van deze benadering is een andere vraag. Vast staat dat onoverdraagbaarheidsbedingen de financieringsmogelijkheden van ondernemingen kunnen beperken. In dat kader heeft Rongen eerder gepleit voor een 'welwillende houding' van de Hoge Raad door een vuistregel te formuleren dat een beroep door de schuldenaar op het onoverdraagbaarheidsbeding in strijd komt met de eisen van de redelijkheid en billijkheid, als de overdracht plaatsvindt in het kader van de financiering van de onderneming van de schuldeiser en de schuldenaar geen zwaarwegende belangen heeft bij een beroep op het beding.⁴⁴

Ook voor de situatie die in dit artikel centraal staat, namelijk het geval waarin een derde stelt dat het onoverdraagbaarheidsbeding onrechtmatig is, geldt volgens Beekhoven van den Boezem een strenge toets. Genoemd wordt de situatie waarin een machtige afnemer zijn leverancier min of meer dwingt tot het aangaan van een onoverdraagbaarheidsbeding, terwijl de afnemer weet dat de leverancier een afspraak heeft met zijn geldschietter om de vordering over te dragen.⁴⁵

Het voorgaande suggereert dat een onoverdraagbaarheidsbeding niet snel ontoelaatbaar geacht mag worden en met terughoudendheid beoordeeld moet worden, hoewel de meningen over de wenselijkheid verdeeld zijn. Rechters voeren echter zonder terughoudendheid belangenafwegingen uit om te kunnen oordelen wiens belang zou moeten prevaleren; dat van de zorgverzekeraar of dat van de zorgaanbieder. Daarbij zijn onoverdraagbaarheidsbedingen bijvoorbeeld ontoelaatbaar geacht omdat de redenen die de zorgverzekeraar voor het onoverdraagbaarheidsbeding had aangevoerd – zoals controle op de factuur door de patiënt – volgens de rechter ook

of zelfs beter op een andere manier vorm gegeven kon worden,⁴⁶ dan wel omdat de zorgverzekeraar niet 'de schijn' had weggenomen dat het beding was opgenomen om niet-gecontracteerde zorg te ontmoedigen.⁴⁷

Allereerst merk ik op dat een belangenafweging in het voordeel van de niet-gecontracteerde aanbieder niet per definitie tot het oordeel hoort te leiden dat de belangen van deze derden ook door de contractspartijen *verwaarloosd* zijn – net zoals dat een belangenafweging niet gelijk staat aan de toets uit art. 6:248 lid 2 BW dat er sprake is van *onaanvaardbare* gevolgen voor een van de partijen.

Met de uitvoering van zulke belangenafwegingen wordt er voorts aan voorbij gegaan dat de wetgever de belangenafweging al heeft uitgevoerd, namelijk door art. 3:83 lid 2 BW op te nemen.⁴⁸ Inherent aan het uitoefenen van deze bevoegdheid is dat derden daarvan nadeel kunnen ondervinden. De wetgever heeft dat kennelijk van ondergeschikt belang geacht aan de omstandigheid dat de schuldenaar ervoor mag kiezen niet geconfronteerd te worden met een andere schuldeiser dan de oorspronkelijke schuldeiser. Getuige het Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden, is de wetgever overigens voornemens om die belangenafweging op onderdelen bij te stellen om het kredietpotentieel voor het bedrijfsleven te vergroten.⁴⁹ Het Wetsvoorstel regelt dat de overdracht of verpanding van zakelijke geldvorderingen van ondernemingen niet langer met toepassing van art. 3:83 lid 2 BW of met een cessieverbod tegengegaan kan worden.

42. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, Deventer: Kluwer, p. 79-81.

43. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, t.a.p., p. 81.

44. M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 705-706.

45. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, t.a.p., p. 93 - 94.

Onder omstandigheden kan een cessionaris die niet op de hoogte is van het onoverdraagbaarheidsbeding en dat ook niet kon zijn, een beroep doen op art. 3:36 BW.

46. Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:69, r.o. 3.16.

47. Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, r.o. 4.9.

48. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, t.a.p., p. 81. Zie ook de annotatie van mr. K. D. Meersma bij Rb. Gelderland 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, *TvGR* 2015/265.

49. *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3. Bij de internetconsultatie van het voorontwerp Wetsvoorstel opheffingsverpandingsverboden is opgemerkt dat het wetsvoorstel verwijst naar krachtige signalen uit de praktijk die aandringen op aanpassing van art. 3:82 lid 2 BW, maar die signalen niet onderbouwd of voorzien zijn van een bronvermelding (R.M. Wibier, 'De wet opheffing verpandingsverboden', *NTHR*, 2018, 5, p. 244; M. Moeleker, Consultatie Wet opheffing verpandingsverboden, 21 augustus 2018). In het Wetsvoorstel is dat niet anders.

Dit voornemen van de wetgever mag echter geen invloed hebben op het oordeel van de rechters over het onoverdraagbaarheidsbeding in de zorgverzekeringsovereenkomst. In de eerste plaats omdat, zoals de Hoge Raad in *Coface/Intergamma* ook heeft onderstreept, het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om een keuze maken uit alternatieven die kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules. De rechter heeft het te doen met de wettekst zoals die er ligt.⁵⁰ In de tweede plaats omdat, ook als het Wetsvoorstel aangenomen wordt, er voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders niets verandert. Particuliere geldvorderingen, zoals de vordering van een verzekerde op de zorgverzekeraar, worden door het Wetsvoorstel niet geraakt. Sterker, de wetgever onderstreept in dat kader de contractsvrijheid: “*Contractsvrijheid blijft hier het devies.*”⁵¹ In de derde plaats omdat de wetgever onoverdraagbaarheidsbedingen in zorgverzekeringen juist een goede zaak lijkt te vinden:

*Zorgverzekeraars hebben middelen tot hun beschikking die het de zorgaanbieder lastig maken om niet-gecontracteerde zorg te leveren. Het gaat dan om het cessieverbod, de betaalovereenkomst en het machtigingsvereiste. Gezien de recente uitspraak [hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229, MEJ] dat het gebruik van deze instrumenten in overeenstemming is met de wet, ziet het kabinet nu niet de noodzaak om aanvullende maatregelen te nemen. Als dit in de toekomst toch nodig blijkt te zijn, is het kabinet bereid de mogelijkheden voor een cessieverbod en machtigingsvereiste beter in de wetgeving te verankeren.*⁵²

Ook uit het stelsel van de Zvw blijkt overigens dat een belangenafweging reeds is gemaakt. De wetgever heeft er bewust voor gekozen dat niet-gecontracteerde zorgaanbieders factureren aan de patiënt.⁵³ Daarbij past geen recht op cessie, ook niet als de zorgaanbieder zorg verleent aan een kwetsbare groep patiënten. Tezamen met het feit dat polisvoorwaarden vrij toegankelijk zijn en aanbieders dus gemakkelijk kunnen achterhalen welke verzekeraars het onoverdraagbaarheidsbeding hanteren, zijn niet-gecontracteerde zorgaanbieders bij uitstek op de hoogte van de (on)mogelijkheid om aan de zorgverzekeraar in plaats van de patiënt te factureren. De aanbieders hebben daarmee alle informatie in handen om ofwel het incassorisico te accepteren, ofwel alternatieve maatregelen te nemen om het incassorisico af te dichten, ofwel om te besluiten om aan patiënten van bepaalde zorgverzekeraars geen zorg te leveren. De patiënt wordt daarvan niet de dupe, nu de zorgverzekeraars op basis van hun zorgplicht gehouden

zijn om voldoende zorgaanbieders te contracteren zodat de zorg steeds toegankelijk blijft.⁵⁴

Afsluitende beschouwingen

De laatste jaren is de rechtmatigheid van het onoverdraagbaarheidsbeding tegenover een derde meermaals getoetst door de rechter. Het leerstuk dat daarvoor wordt gehanteerd – de schakeljurisprudentie – zou naar mijn mening niet van toepassing moeten zijn nu het gaat om de inrichting en niet om de uitvoering van een overeenkomst.

In het geval die schakeljurisprudentie wél wordt toegepast, dan moet de rechterlijke macht in elk geval oog hebben voor de terughoudende toetsing die het onoverdraagbaarheidsbeding past. Daarbij is van belang dat de wetgever met art. 3:83 lid 2 BW expliciet het uitsluiten van overdraagbaarheid heeft toegestaan en het stelsel van de Zvw zo heeft ingericht dat niet-gecontracteerde zorgaanbieders factureren aan de patiënt – het is uiteraard ook een heel gebruikelijke route dat een dienstverlener bij zijn eigen klant aanklopt voor betaling van de geleverde dienst.

Dat leidt ertoe dat rechters niet kunnen oordelen dat de redenen die de zorgverzekeraar voor het onoverdraagbaarheidsbeding heeft aangevoerd niet goed genoeg zijn of op een andere manier vorm gegeven kunnen worden. De enkele reden dat de zorgverzekeraar niet geconfronteerd wenst te worden met een andere schuldeiser dan de oorspronkelijke schuldeiser, zou moeten volstaan. Het wijzigen van art. 3:83 lid 2 BW, zodat niet-gecontracteerde zorgaanbieders een recht verkrijgen om met aktes van cessie te werken, is een politieke keuze. Die politieke keuze lijkt vooralsnog niet gemaakt te worden.

50. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.3.2.

51. *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9. Bij ‘expertmeetings’ die aan het ontwerp van het Wetsvoorstel vooraf zijn gegaan, zijn ook partijen uit de zorg betrokken geweest zoals de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en Zorgverzekeraars Nederland (*Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 3-4).

52. *Kamerstukken II* 2018/19, 29689, nr. 941, p. 26. Aangenomen moet worden dat de wetgever met ‘cessieverbod’ hier het oog heeft op onoverdraagbaarheidsbedingen, zoals in de aangehaalde uitspraak eveneens aan de orde was.

53. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 29; Rb. 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5327, r.o. 4.5, Hof Arnhem-Leeuwarden, 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229, r.o. 5.17.

54. Art. 11 Zvw. Dit geldt voor verzekerden met een naturapolis. Voor restitutieverzekerden geldt immers niet een recht op zorg, maar een recht op vergoeding van zorg. In 2020 heeft ruim 76% van de verzekerden een naturapolis.