

## Varia

23

**Inschakelen van zorgmakelaar door zorgverzekeraar onrechtmatig jegens onbetaalde zorgaanbieders**

Rechtbank Gelderland zp Arnhem  
18 juli 2019, zaaknr. NL18.17054,  
ECLI:NL:RBGEL:2019:4086  
(mr. Peerdeman, mr. Meijer, mr. Heijmans)  
Noot mr. J.B.R. Regouw

**Overeenkomst en derden. Zorgverzekeraar schakelt zorgmakelaar in voor afsluiten zorgovereenkomsten met zorgaanbieders. Door het faillissement van de zorgmakelaar ontvangen de zorgaanbieders geen vergoeding voor de door hen verrichte zorg. Inschakelen zorgmakelaar zonder diens financiële positie te onderzoeken is onrechtmatige daad van zorgverzekeraar jegens zorgaanbieders. Verwijzing naar HR 24 september 2004, «JOR» 2004/341 (Vleesmeesters/Alog); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierts/Visseren) en HR 14 juli 2017, «JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (X c.s./Compaen). Tussenvonnis.**

[BW art. 6:162]

Tot 2009 hanteerden verweersters een eigen inkoopbeleid voor kraamzorg in natura. Vanaf 1 januari 2009 hanteerden zij een gezamenlijk inkoopbeleid, inhoudende dat in het secundaire werkgebied, regio's waar de dekkingsgraad van hun verzekerden laag was, zou worden gewerkt met een zorgmakelaar. Eiseressen hebben voor 2009 voor naturazorg aan verzekerden van UVIT in het secundaire werkgebied een zorgovereenkomst gesloten met ATC. De vraag ligt voor of verweersters met de wijze van contracteren met ATC onrechtmatig jegens eiseressen hebben gehandeld.

Het is vaste rechtspraak dat het een contractspartij niet onder alle omstandigheden vrijstaat de belangen te verwaarlozen die derden bij het contract kunnen hebben wanneer de contractsver-

houding in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van die derden zijn verbonden. Als de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen moet ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals 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 (HR 24 september 2004, «JOR» 2004/341 (Vleesmeesters/Alog); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierts/Visseren) en HR 14 juli 2017, «JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (X c.s./Compaen)).

De belangen van eiseressen zijn nauw betrokken bij de zorgovereenkomst tussen verweersters en ATC. Van belang daarvoor is dat in het stelsel van de Zorgverzekeringswet zorgaanbieders samen met de zorgverzekeraars en de verzekerden een driehoeksrelatie vormen waarbinnen zij onderling zijn verbonden met het doel om een toegankelijke, kwalitatief hoogwaardige en doelmatige gezondheidszorg te bewerkstelligen. Als de zorgverzekeraar ervoor kiest een tussenschakel te introduceren en niet langer rechtstreeks bij zorgaanbieders zorg in te kopen, zoals in het onderhavige geval, spreekt het voor zich dat het belang van de zorgaanbieders, die vervolgens met die tussenschakel contracteren, daarbij nauw is betrokken. Ook kunnen zorgaanbieders door die keuze schade lijden als die tussenschakel vervolgens tekortschiet in haar financiële verplichtingen jegens hen. Waar het in dit geval om gaat, is in hoeverre verweersters bij het sluiten en de uitvoering van de zorgovereenkomst met ATC met

de daarbij nauw betrokken belangen van eiseressen rekening hadden moeten houden en in hoeverre verweersters die belangen hadden moeten ontzien. Dat vergt een weging van de ter zake dienende omstandigheden van het geval. Zowel de zorgverzekeraars als de zorgaanbieders nemen een bijzondere positie in het zorgstelsel in. Zij begeven zich bovendien op een door de overheid gereguleerde markt. Teneinde te kunnen waarborgen dat de verzekeringsgelden op juiste wijze worden besteed, staan zorgverzekeraars als verweersters onder toezicht van DNB voor de prudentiële aspecten en van de AFM voor de gedragsrechtelijke onderdelen van de Wft. Het gevolg daarvan is dat zorgaanbieders waarmee door de zorgverzekeraars rechtstreeks wordt gecontracteerd een verwaarloosbaar klein debiteurenrisico lopen. Eiseressen hebben in alle jaren voordat zij met ATC contracteerden, nimmer meegemaakt dat de facturen niet werden voldaan door een verzekeraar. Dat risico ontstond pas met de introductie van ATC als tussenschakel. Dat moet ook kenbaar zijn geweest voor verweersters. Hoewel in het onderhavige geval sprake was van een relatief eenvoudig (verdien)model voor ATC als zorgmakelaar met weinig ondernemersrisico, waarbij ATC de tarieven van verweersters hanteerde met een kleine opslag, was daar van meet af aan het risico dat de betalingen van verweersters de zorgaanbieder desalniettemin niet zouden bereiken. Verweersters hadden bij hun keuze voor en gebruikmaking van dit model eenvoudig minder risicovolle alternatieven met ATC kunnen overeenkomen door bijvoorbeeld zekerheden te bedingen, dan wel door de betalingen rechtstreeks te doen aan eiseressen en ATC alleen in te schakelen voor de onderhandelingen en de contracten. Dit om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan, zoals thans aan de orde is, waarbij ruim € 1,4 miljoen door verweersters aan ATC is betaald, maar vanwege het faillissement van ATC niet door ATC is doorbetaald aan eiseressen. Weliswaar hadden eiseressen ook zelf zekerheden jegens ATC kunnen bedingen, maar omdat verweersters ATC naar voren hadden geschoven als enige mogelijke contractspartij voor natura-zorg aan haar verzekerden in het secundaire werkgebied, mochten eiseressen er redelijkerwijs op vertrouwen dat verweersters hadden gecontroleerd of ATC voldoende solvabel was, zodat kon worden gegarandeerd dat er uitgekeerd kon (blijven) worden aan de zorgaanbieder(s). Het

systeem dat de zorgverzekeraar de door gecontracteerde zorgaanbieder(s) aan verzekerden verleende zorg betaalt, dient in stand te blijven en niet te worden ondermijnd door er een derde "tussen te schuiven", zonder daarbij acht te slaan op waarborgen/zekerheden ten aanzien van de betaling van de verleende zorg aan de zorgaanbieders. De contractsvrijheid van zorgverzekeraars is dus in zoverre beperkt. Verweersters hebben voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met ATC geen onderzoek gedaan naar de financiële positie van ATC en/of het concern waarvan ATC onderdeel uitmaakte. Dit lag, gelet op het voorgaande, wel op de weg van verweersters. Het verwijt dat verweersters wordt gemaakt, is niet zozeer dat er een derde partij is "tussengeschoven", maar juist dat dit is gebeurd zonder de financiële gegoedheid van die partij te onderzoeken of op andere wijze ervoor te zorgen dat de (financiële) risico's voor de zorgaanbieders met de komst van de derde partij niet zouden toenemen. Het voorgaande in onderling verband en samenhang bezien, maakt dat het verweersters onder de gegeven omstandigheden niet vrijstond geen rekening te houden met de belangen van eiseressen bij het sluiten van de overeenkomst tussen verweersters en ATC, althans dat zij deze belangen hebben veronachtzaamd, en dat zij deze belangen hadden dienen te ontzien door hun gedrag mede door die belangen van eiseressen te laten bepalen. Verweersters hebben door dit na te laten onrechtmatig gehandeld jegens eiseressen.

1. Naviva Kraamzorg BV te Deventer,

2. de stichting Yunio te Varsseveld,

eiseressen van de vordering,

verweersters op de tegenvordering,

advocaat: mr. B.E.J.M. Tomlow,

tegen

1. VGZ Zorgverzekeraar NV te Arnhem,

2. IZA Zorgverzekeraar NV te Arnhem,

3. VGZ voor de Zorg NV te Arnhem,

4. NV Zorgverzekeraar UMC te Arnhem,

5. NV Univé Zorg te Arnhem,

verweersters op de vordering,

eiseressen van de tegenvordering,

advocaat: mr. J.H. van der Weide.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Naviva Kraamzorg is een organisatie die kraamzorg verleent, evenals Kraamzorg Yunio B.V. (hierna: Kraamzorg Yunio), welke vennootschap in september 2014 is gefuseerd met Naviva Kraamzorg.

2.2. VGZ c.s. behoort tot de zorgverzekeraars die vanaf 1 januari 2007 onderdeel uitmaakten van de Coöperatie UVIT U.A. UVIT stond voor Univé-VGZ-IZA-Trias (hierna: UVIT).

2.3. Voormelde zorgverzekeraars sloten tot eind 2008 raamovereenkomsten inzake kraamzorg (voor de duur van één of twee jaar) met Kraamzorg Yunio. Met Naviva Kraamzorg heeft alleen IZA rechtstreeks gecontracteerd. Voor zorg in natura aan verzekerden van de andere zorgverzekeraars sloot Naviva Kraamzorg raamovereenkomsten met zorgmakelaar LTZ. In die raamovereenkomsten werden onder andere afspraken gemaakt over de te hanteren tarieven. Op grond van die raamovereenkomsten declareerden Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio de door hen verleende zorg (indirect) bij VGZ c.s.

2.4. UVIT heeft voor 2009 een gezamenlijk zorginkoopbeleid vastgesteld. Bij brief van 3 oktober 2008 heeft UVIT Naviva Kraamzorg in dat verband het volgende bericht:

Als vervolg op de fusie tussen Univé, VGZ, IZA en Trias, hebben wij voor het jaar 2009 een gezamenlijk beleid kraamzorg vastgesteld alsmede de hieraan gekoppelde overeenkomst. Met de fusie is ons primaire werkgebied, het gebied waar het merendeel van onze verzekerden woonachtig is, gegroeid tot meer dan de helft van ons land. In de ander helft woont een kleiner deel van onze verzekerden meer verspreid.

Ten aanzien van de rechtstreekse contractering voor 2009 willen we ons richten op de primaire werkgebieden van onze verzekeringscombinatie. In de secundaire werkgebieden hebben wij ervoor gekozen de contractering uit te besteden aan een tussenpersoon in de vorm van ATC (De Algemene Thuiszorg Centrale).

Dit jaar had VGZ-TRIAS en/of IZA een rechtstreeks contract met U. Gezien het bovenstaande hebben wij alle kraamcentra opnieuw in beeld gebracht. We hebben vastgesteld dat het adherentiegebied van uw kraamorganisatie in ons secundaire werkgebied ligt. Derhalve zullen wij voor 2009 dus geen rechtstreeks contracteergesprek met u voeren. Dit zal ATC voor ons doen.

Voor de praktische situatie van 2009 betekent dit dat al onze cliënten woonachtig in uw werkgebied voor u als kraamzorgaanbieder kunnen kiezen via de door ons gelabelde kraamzorglijnen. Daarin verandert dus niets voor U. Wat wel wijzigd is dat u de declaratie niet meer rechtstreeks naar ons stuurt doch naar ATC. ATC declareert vervolgens de genoten kraamzorg bij ons. U kunt de kraamzorg aangemeld voor 31 december 2008 nog wel gewoon in 2009 rechtstreeks bij ons declareren.

2.5. Naviva Kraamzorg heeft UVIT bij brief van 23 december 2008 verzocht om de voorgestelde handelwijze niet door te voeren.

2.6. In reactie hierop heeft UVIT Naviva Kraamzorg bij brief van 8 januari 2009 onder meer het volgende bericht:

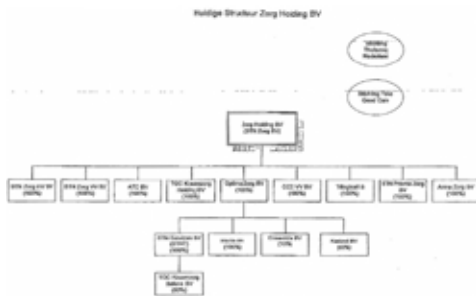
“De meest penibele marktsituatie manifesteerde zich medio 2008 in grote delen van het land, met name in het westen en midden. Voor 2009 hebben we eerst het noodzakelijk, hierbij passende beleid vastgesteld. Vervolgens hebben we geconstateerd, dat het primaire werkgebied van al onze merken tezamen, zich hoofdzakelijk in de meest zorgwekkende gebieden bevond. Om al onze aandacht en capaciteit volledig te kunnen richten op de inkoop aldaar, hebben we er weloverwogen voor gekozen in de secundaire werkgebieden de totale inkoop van kraamzorg te laten uitvoeren via een zorgmakelaarconstructie.

Voor de toekomst kan het zijn dat de marktsituatie en onze interne organisatie beter af zijn met het rechtstreeks contracteren van kraamcentra ook in onze secundaire gebieden. Hierbij sluiten wij in het geheel niet uit dat Naviva dan een interessante partij voor onze organisatie is, en hopen dat u die mening dan nog steeds deelt. Echter we wilden en willen u geen toezeggingen doen die we niet na kunnen of willen komen.

Wij gaan ervan uit u met deze uiteenzetting ervan te hebben overtuigd dat wij in het belang van het merendeel van onze cliënten de meest kwalitatieve vorm van kraamzorgcontractering in het gehele land slechts hebben kunnen realiseren met behulp van een makelaar. Gezien de deskundigheid, professionaliteit en kwaliteit van Naviva, hopen we dat u onze cliënten kraamzorg biedt met dezelfde overtuiging als ware er sprake een rechtstreeks contract.”

2.7. Nadat via een offertetraject een zorgmakelaar was geselecteerd, heeft VGZ c.s. op 12 januari 2009 met STAT Zorgverlening een zorgovereenkomst voor kraamzorg in de provincies Gronin-

gen, Friesland, Drenthe, Overijssel en Flevoland gesloten voor het jaar 2009. De handelsnaam STAT Zorgverlening werd onder meer gebedigd door Zorg Holding B.V. (hierna: Zorg Holding), de houdstervenootschap van het concern STN Zorg. Hierna wordt de structuur van Zorg Holding weergegeven.



2.8. In januari 2009 hebben Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio voor het jaar 2009 een zorgovereenkomst gesloten met ATCzorg, waarin de tariefafspraken voor kraamhulp in natura voor verzekerden van UVIT voor het jaar 2009 zijn vastgelegd.

2.9. Nadat Zorg Holding op 15 december 2009 surseance van betaling had aangevraagd, is op 27 december 2009 het faillissement van alle bedrijfsonderdelen van Zorg Holding, waaronder ATC B.V. (hierna: ATC), uitgesproken.

2.10. Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio hebben als gevolg van het faillissement een deel van de door haar geleverde kraamzorg niet vergoed gekregen en hebben UVIT verzocht over te gaan tot betaling van de vergoeding. Bij brief van 28 december 2009 heeft UVIT Naviva Kraamzorg onder meer bericht:

“In uw brief hebt u aangegeven dat de door de ondertekenende organisaties gesloten overeenkomsten met ATC Zorg ‘niet in vrijheid’ zouden zijn gesloten. Het sluiten van deze overeenkomsten zou de enige mogelijkheid zijn geweest om kraamzorg te leveren aan bij UVIT verzekerde klanten. Het alternatief zou zijn geweest het afzien van het leveren van kraamzorg aan UVIT-verzekerde klanten. Eén van de ondertekenende organisaties zou geprobeerd hebben om rechtstreeks met UVIT te contracteren, hetgeen expliciet zou zijn afgewezen. Gelet op het voorgaande bent u van mening dat de verantwoordelijkheid voor de ontstane situatie volledig bij UVIT ligt en dat om

die reden UVIT daarom de verantwoordelijkheid voor de betaling van de onderhavige geleverde zorg niet kan ontlopen.

Ik kan u echter in uw redenering in het geheel niet volgen. De eerder genoemde zorgverzekeraars hebben een overeenkomst tot het leveren van kraamzorg afgesloten met ATC Zorg. Deze overeenkomst levert de rechtsgrond op voor enerzijds het leveren en factureren van zorg door ATC Zorg en anderzijds de betaling door de zorgverzekeraars aan ATC Zorg. ATC Zorg heeft zelf met de ondertekenende organisaties overeenkomsten afgesloten. Deze overeenkomsten regelen op hun beurt de relaties tussen de ondertekenende organisaties en ATC Zorg en leveren een rechtsgrond op voor facturering (door de ondertekenende organisaties) en betaling (door ATC Zorg).

De zorgverzekeraars zijn gewoonweg geen partij in deze overeenkomsten, die als onderaannemingsovereenkomsten gezien moeten worden. Deze overeenkomsten kunnen om die reden geen rechtsgrond opleveren voor enige betalingsverplichting van de voornoemde zorgverzekeraars jegens de ondertekende organisaties. Dat de onderaannemingsovereenkomsten ‘niet in vrijheid’ zouden zijn gesloten doet als argument om de volgende redenen aan het voorgaande niet af.

In de eerste plaats moet als feit worden vastgesteld dat, ook al zou u zich gedwongen hebben gevoeld met ATC te contracteren, dit in geen geval een juridische titel oplevert op grond waarvan de UVIT-zorgverzekeraars gehouden zouden zijn om aan de ondertekenende organisaties te betalen.

In de tweede plaats is uw argument niet valide omdat de Zorgverzekeringswet geen contracteringsverplichting kent. De beslissing om met ATC Zorg en niet met de ondertekenende organisaties te contracteren, valt geheel binnen de beleidsruimte die de zorgverzekeraars op dit punt is geboden. Door ATC zijn met de ondertekenende organisaties onderaannemingsovereenkomsten gesloten die voor partijen over en weer rechten en plichten hebben gevestigd. U hebt zelf als ondernemende partijen op de zorgmarkt de beslissing genomen om de overeenkomsten met ATC Zorg aan te gaan. Nu uw contractspartner niet aan zijn verplichtingen kan voldoen gaat het niet aan om bij UVIT als derde verhaal te gaan halen.

In de derde plaats zie ik niet waarom het enig alternatief zou zijn geweest het niet leveren van zorg aan UVIT-verzekerde. Immers, indien verze-

kerde (kraam)zorg wordt geleverd door een niet gecontracteerde zorgaanbieder, heeft de verzekerde kortgezegd aanspraak op gedeeltelijke vergoeding, te weten 80% van de kosten.

Alles overziend zien wij geen reden om de onderhavige kosten (nogmaals) te vergoeden. De UVIT zorgverzekeraars hebben aan hun contractuele verplichting jegens ATC Zorg voldaan. Om die reden acht ik het door u voorgestelde overleg niet opportuun.”

2.11. Bij brief van 22 november 2010 heeft UVIT Kraamzorg Yunio als volgt bericht:

“Op 18 november jongstleden hadden de heer [naam A] en ik een gesprek met u. Het deel van het gesprek dat handelde over het door Yunio meerdere malen in rekening brengen van dezelfde declaraties geeft ons aanleiding om een en ander vast te leggen.

Zowel over 2009, als over 2010 bevestigde u dat Yunio bewust declaraties zowel in rekening bracht als naturazorg en als restitutiezorg. Deze handelwijze werd ingegeven door het feit dat betaling door UVIT van de naturazorg in 2009 als gevolg van de Faillissementswet in de failliete boedel van ATC terecht kwam. Omdat zodoende ATC geen gelden meer doorstortte naar Yunio als onderaannemer zocht u een mogelijkheid om deze bedragen – zo veel als mogelijk te compenseren. Hiertoe – zo stelde u tijdens het gesprek – werd het plan opgevat om de restitutie-ingang bij UVIT te proberen, hetgeen lukte. Ook andere kraamzorginstellingen gebruikten volgens u op deze wijze de restitutietoegang. Zodoende declareerde Yunio over 2009 een bedrag van € 129.933,29 en over het eerste halfjaar 2010 een bedrag van € 121.477,92 dubbel.”

2.12. Op 7 september 2011 hebben (onder meer) Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio een verzoekschrift ingediend ten behoeve van het houden van een voorlopig getuigenverhoor, waarbij zij zich op het standpunt stelden dat UVIT onrechtmatig zou hebben gehandeld door het doen van betalingen aan ATC, terwijl UVIT op de hoogte was van de financiële problemen bij het concern waar ATC onderdeel van uitmaakte. Dit verzoek is door de rechtbank Arnhem bij beschikking van 14 oktober 2011 toegewezen. Op 25 januari 2012 en 23 april 2012 hebben de getuigenverhoren plaatsgevonden.

2.13. Bij brief van 12 december 2012 heeft VGZ c.s. aan Kraamzorg Yunio onder meer het volgende meegedeeld:

“Deze brief schrijf ik naar aanleiding van uw reactie op onze brief betreffende de dubbelcontrole. (...)

Na verder onderzoek zijn wij tot de conclusie gekomen dat wij de eerste betaling aan u hebben uitgekeerd en niet aan STAT dienstverlening NI BV. Daarom hebben wij na overleg besloten om de vordering van € 122.467,39 te laten vervallen.”

2.14. Kraamzorg Yunio heeft UVIT bij brief van 24 december 2013 gesommeerd om haar een schadevergoeding van € 897.093,41 te betalen. De vordering van Kraamzorg Yunio op VGZ c.s. is bij akte van cessie van 24 juli 2014 gecedeerd aan Yunio.

2.15. Bij brief van 20 februari 2014 heeft de advocaat van VGZ c.s. de verjaring van haar beweerdelijke vordering tot terugbetaling van de dubbel uitbetaalde declaraties op Kraamzorg Yunio gestuit.

### 3. De vordering

3.1. Naviva c.s. vordert dat de rechtbank VGZ c.s. bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, hoofdelijk veroordeelt:

A. tot betaling van een bedrag van € 878.784,81 aan Naviva Kraamzorg, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 december 2009 tot aan de dag van algehele voldoening;

B. tot betaling van een bedrag van € 556.184,77 aan Yunio, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 december 2009 tot aan de dag van algehele voldoening;

C. tot betaling van de buitengerechtelijke kosten van € 6.775,00 exclusief btw;

D. tot betaling in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen de kosten van het voorlopig getuigenverhoor;

E. tot betaling van de nakosten.

3.2. Primair legt Naviva c.s. – kort gezegd – aan haar vorderingen ten grondslag dat VGZ c.s. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens Naviva c.s. VGZ c.s. heeft betaald aan een partij (ATC) die niet de contractspartij was van Naviva c.s., zodat geen sprake was van een bevrijdende betaling. VGZ c.s. is daarom gehouden de facturen voor de geleverde kraamzorg alsnog aan Naviva c.s. uit te betalen.

Subsidiair wordt aangevoerd dat VGZ c.s. onrechtmatig heeft gehandeld. Naviva c.s. verwijt VGZ c.s. dat zij eind 2008 in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld door Navi-

va kraamzorg en Kraamzorg Yunio te dwingen voor het jaar 2009 contracten te sluiten met ATC. VGZ c.s. had op grond van haar zorgplicht rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio en had kritischer moeten kijken naar de financiële goedheid van ATC. Voorts had VGZ c.s. op basis van de in het najaar van 2009 bekende informatie haar betalingen aan ATC moeten stopzetten dan wel opschorten, althans schadebeperkende maatregelen moeten nemen. Door dit alles niet te doen heeft VGZ c.s. onrechtmatig gehandeld.

3.3. VGZ c.s. voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De tegenvordering

4.1. VGZ c.s. vordert – na wijziging van eis – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Naviva Kraamzorg veroordeelt om aan VGZ c.s. te betalen een bedrag van € 129.933,29, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 18 november 2010 tot aan de dag van algehele voldoening.

4.2. VGZ c.s. grondt haar vordering op onverschuldigde betaling. Kraamzorg Yunio heeft volgens VGZ c.s. voor verleende zorg over de jaren 2009 en 2010 dubbele declaraties ingediend, die VGZ c.s. heeft uitbetaald. Als gevolg van de fusie van Kraamzorg Yunio met Naviva Kraamzorg, is Naviva Kraamzorg tot terugbetaling gehouden.

4.3. Naviva Kraamzorg voert verweer.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 5. De beoordeling van de vordering

5.1. Op grond van de Zorgverzekeringswet (Zvw) is iedere verzekeringsplichtige in Nederland, zoals bedoeld in artikel 2 lid 1 Zvw, verplicht een zorgverzekering af te sluiten. De Zvw kent twee hoofdvarianten verzekeringen; een naturapolis en een restitutiepolis. Een naturapolis geeft recht op zorg en een restitutiepolis geeft recht op de vergoeding van de kosten van de zorg. Bij een naturapolis hebben zorgverzekeraars op grond van artikel 11 Zvw een zorgplicht jegens hun verzekerden, inhoudende dat zij voldoende zorg dienen in te kopen. Om aan die zorgplicht te kunnen voldoen, sluiten zorgverzekeraars zorgovereenkomsten met zorgaanbieders.

5.2. Kraamzorg behoort tot het basispakket van de Zvw. Een naturaverzekerde die behoefte heeft

aan kraamzorg, kan zelf een kraamzorgaanbieder kiezen. Indien deze kraamzorgaanbieder met de zorgverzekeraar van de verzekerde een zorgovereenkomst heeft gesloten (een zogenaamde gecontracteerde zorgaanbieder), wordt de zorgaanbieder rechtstreeks betaald door de zorgverzekeraar, zodat de verzekerde niet belast is met de betaling van de genoten zorg, behoudens de eigen bijdrage en het eigen risico. Als er geen zorgovereenkomst tussen de zorgaanbieder en de zorgverzekeraar bestaat, wordt slechts een deel van de verleende zorgkosten aan de verzekerde vergoed.

5.3. Tot 2009 hanteerden de zorgverzekeraars die behoorden tot UVIT ieder een eigen inkoopbeleid voor kraamzorg in natura. Vanaf 1 januari 2009 hanteerde UVIT een gezamenlijk inkoopbeleid, inhoudende dat met kraamzorgaanbieders die werkzaam waren in het primaire werkgebied rechtstreeks werd gecontracteerd en dat in het secundaire werkgebied, regio's waar de dekkingsgraad van hun verzekerden laag was, zou worden gewerkt met een zorgmakelaar. UVIT heeft een offertetraject gestart voor de selectie van een zorgmakelaar en op basis van de uitkomsten gekozen voor STAT Zorgverlening.

5.4. VGZ c.s. heeft vervolgens voor het jaar 2009 met STAT Zorgverlening een zorgovereenkomst voor alle kraamzorg in het secundaire werkgebied gesloten. Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio hebben voor 2009 op hun beurt voor naturazorg aan verzekerden van UVIT in het secundaire werkgebied een zorgovereenkomst gesloten met ATCzorg. De eerste vraag die beantwoord moet worden, is hoe die beide overeenkomsten zich tot elkaar verhouden.

5.5. Naviva c.s. heeft ter zitting aangevoerd dat de partij met wie Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio de overeenkomst hebben gesloten, ATCzorg, op 5 januari 2008 al was ontbonden en dus ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet meer bestond. Er is volgens Naviva c.s. daarom nooit een overeenkomst tot stand gekomen tussen Naviva Kraamzorg respectievelijk Kraamzorg Yunio en een tussenpersoon, zodat VGZ c.s. zelf gehouden is te betalen voor de door Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio aan haar verzekerden geleverde kraamzorg. Naviva c.s. heeft hiermee de grondslag van haar vordering gewijzigd en beroept zich primair op nakoming.

5.6. VGZ c.s. heeft bezwaar gemaakt tegen vorennoemde wijziging van grondslag, omdat dit te laat zou zijn gebeurd. Dit bezwaar treft geen doel.

Naviva c.s. heeft tijdens de mondelinge behandeling op 17 mei 2019 haar grondslag gewijzigd nadat zij op 14 mei 2019 kennis had genomen van de inhoud van de uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Veel eerder dan ter zitting had Naviva c.s. haar grondslag niet kunnen wijzigen, zodat de rechtbank van oordeel is dat de wijziging tijdig is gedaan. VGZ c.s. heeft vóór de mondelinge behandeling kennis kunnen nemen van de uittreksels en heeft zich tijdens de mondelinge behandeling voldoende tegen de gewijzigde grondslag kunnen verweren. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de wijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

5.7. Dan is aan de orde met wie Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio begin 2009 een overeenkomst hebben gesloten. Uit het overgelegde uittreksel van het handelsregister volgt dat een vennootschap ATC B.V., die onder andere de handelsnaam ATCzorg voerde, in 1991 is opgericht en per 31 december 2007, dus voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomsten met Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio, is ontbonden. In 2000 is echter eveneens een vennootschap genaamd ATC B.V. (met als internetadres [www.atczorg.nl](http://www.atczorg.nl)) opgericht, welke vennootschap een dochtermaatschappij was van Zorg Holding B.V. die op 21 december 2009 gelijktijdig failliet zijn verklaard. Ter zitting is gebleken dat niet in geschil is dat Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio hun declaraties aan die (dochter)vennootschap hebben verstuurd en ook van die (dochter)vennootschap betalingen hebben ontvangen. Ook is niet in geschil dat VGZ c.s. ter uitvoering van hun zorgovereenkomst met STAT Zorgverlening betalingen heeft gedaan aan die (dochter)vennootschap voor door Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio aan haar verzekeren verleende kraamzorg. Aangenomen kan dan ook worden dat laatstgenoemde (dochter)vennootschap (hierna: ATC) de contractuele wederpartij was van zowel Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio als van VGZ c.s. Dat op de overeenkomst met Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio nog het Kamer van Koophandelnummer van de in 2007 ontbonden vennootschap ATC B.V. is vermeld, maakt dat niet anders. De stelling dat vanwege het niet bestaan van een overeenkomst tussen Naviva Kraamzorg respectievelijk Kraamzorg Yunio en een tussenpersoon VGZ c.s. zelf gehouden is de ingediende declaraties te voldoen, treft dus geen doel. Nu VGZ c.s. niet de contractuele wederpar-

tij was van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio, rust op VGZ c.s. op grond van nakoming dan ook geen verplichting om de verleende zorg (alsnog) rechtstreeks aan Naviva c.s. uit te betalen.

5.8. Vervolgens ligt de vraag voor of VGZ c.s. met de wijze van contracteren met ATC onrechtmatig jegens Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio heeft gehandeld. Naviva c.s. stelt zich in dat verband op het standpunt dat VGZ c.s. haar zorgplicht heeft geschonden door Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio te dwingen met ATC een overeenkomst aan te gaan met verlegging van het debiteurenrisico zonder daaraan voorafgaand een gedegen onderzoek te doen naar de financiële goedheid van ATC of waarborgen te creëren met betrekking tot het debiteurenrisico. Ook nadat VGZ c.s. ermee bekend werd dat het financieel niet goed ging met ATC heeft zij niet ingegrepen of haar betalingen aan ATC stopgezet, aldus Naviva c.s.

5.9. Het is vaste rechtspraak dat het een contractspartij niet onder alle omstandigheden vrij staat de belangen te verwaarlozen die derden bij het contract kunnen hebben wanneer de contractverhouding in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van die derden zijn verbonden. Als de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen moet ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals 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 (Hoge Raad 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069

(«JOR» 2004/341; *red.*)(Vleesmeesters/Alog), Hoge Raad 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierits/Visseren) en Hoge Raad 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 («JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (*X c.s./Compaen*); *red.*).

5.10. Met Naviva c.s. is de rechtbank van oordeel dat de belangen van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio nauw betrokken zijn bij de zorgovereenkomst tussen VGZ c.s. en ATC. Van belang daarvoor is dat in het stelsel van de Zvw zorgaanbieders samen met de zorgverzekeraars en de verzekerden een driehoeksrelatie vormen waarbinnen zij onderling zijn verbonden met het doel om een toegankelijke, kwalitatief hoogwaardige en doelmatige gezondheidszorg te bewerkstelligen. Als de zorgverzekeraar ervoor kiest een tussenschakel te introduceren en niet langer rechtstreeks bij zorgaanbieders zorg in te kopen, zoals in het onderhavige geval, spreekt het voor zich dat het belang van de zorgaanbieders, die vervolgens met die tussenschakel contracteren, daarbij nauw is betrokken. Ook kunnen zorgaanbieders door die keuze schade lijden als die tussenschakel vervolgens tekortschiet in haar financiële verplichtingen jegens hen.

5.11. VGZ c.s. heeft toegelicht dat het voor haar een te grote last is om in gebieden waar zij minder verzekerden heeft zorgovereenkomsten te sluiten met alle zorgaanbieders en dat zij daarom is gaan werken met een zorgmakelaar. Dit is niet zonder meer ontoelaatbaar. Waar het in dit geval om gaat is in hoeverre VGZ c.s. bij het sluiten en de uitvoering van de zorgovereenkomst met ATC met de daarbij nauw betrokken belangen van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio rekening had moeten houden en in hoeverre VGZ c.s. die belangen had moeten ontzien. Dat vergt een weging van de ter zake dienende omstandigheden van het geval.

5.12. Zoals gezegd nemen zowel de zorgverzekeraars als de zorgaanbieders een bijzondere positie in het zorgstelsel in. Zij begeven zich bovendien op een door de overheid gereguleerde markt. Teneinde te kunnen waarborgen dat de verzekeringsgelden op juiste wijze worden besteed, staan zorgverzekeraars als VGZ c.s. onder toezicht van De Nederlandsche Bank voor de prudentiële aspecten en van de Autoriteit Financiële Markten voor de gedragsrechtelijke onderdelen van de Wet op het financieel toezicht. Het gevolg daarvan is dat zorgaanbieders waarmee door de zorgverze-

keraars rechtstreeks wordt gecontracteerd een verwaarloosbaar klein debiteurenrisico lopen, zo is ook door VGZ c.s. op de zitting toegegeven. Als niet weersproken staat vast dat Kraamzorg Naviva en Kraamzorg Yunio in alle jaren voordat zij met ATC contracteerden, nimmer hebben meege maakt dat de facturen niet werden voldaan door een verzekeraar. Dat risico ontstond pas met de introductie van ATC als tussenschakel. Dat moet ook kenbaar zijn geweest voor VGZ c.s. Hoewel in het onderhavige geval sprake was van een relatief eenvoudig (verdien)model voor ATC als zorgmakelaar met weinig ondernemersrisico, waarbij ATC de tarieven van VGZ c.s. hanteerde met een kleine opslag, was daar van meet af aan het risico dat de betalingen van VGZ c.s. de zorgaanbieder desalniettemin niet zouden bereiken. VGZ c.s. had bij haar keuze voor en gebruikmaking van dit model eenvoudig minder risicovolle alternatieven met ATC kunnen overeenkomen door bijvoorbeeld zekerheden te bedingen, dan wel door de betalingen rechtstreeks te doen aan Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio en ATC alleen in te schakelen voor de onderhandelingen en de contracten. Dit om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan, zoals thans aan de orde is, waarbij ruim 1,4 miljoen euro door VGZ c.s. aan ATC is betaald, maar vanwege het faillissement van ATC niet door ATC is doorbetaald aan Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio. Weliswaar hadden Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio ook zelf zekerheden jegens ATC kunnen bedingen, maar omdat VGZ c.s. ATC naar voren had geschoven als enige mogelijke contractspartij voor naturazorg aan haar verzekerden in het secundaire werkgebied, mochten Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio er redelijkerwijs op vertrouwen dat VGZ c.s. had gecontroleerd of ATC voldoende solvabel was, zodat kon worden gegarandeerd dat er uitgekeerd kon (blijven) worden aan de zorgaanbieder(s). Dit geldt temeer nu VGZ c.s. wist dat ATC de zorg zelf niet zou verlenen en daarvoor onderaannemers zou inschakelen. Het systeem dat de zorgverzekeraar de door gecontracteerde zorgaanbieder(s) aan verzekerden verleende zorg betaalt, dient in stand te blijven en niet te worden ondermijnd door er een derde “tussen te schuiven”, zonder daarbij acht te slaan op waarborgen/zekerheden ten aanzien van de betaling van de verleende zorg aan de zorgaanbieders. De contractsvrijheid van zorgverzekeraars is dus in zoverre beperkt.



5.13. VGZ c.s. heeft erkend dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met ATC geen onderzoek heeft gedaan naar de financiële positie van ATC en/of het concern waarvan ATC onderdeel uitmaakte. In de selectieprocedure is niet gevraagd naar de financiële gegoedheid van ATC. Dit lag, gelet op het voorgaande, wel op de weg van VGZ c.s. Het niet direct voeren van een kort gedingprocedure door Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio (met als inzet een vordering tot door onderhandelen jegens VGZ c.s.) kan Naviva c.s. in de gegeven omstandigheden niet worden tegengeworpen. Het verwijft dat VGZ c.s. wordt gemaakt is niet zozeer dat er een derde partij is “tussengeschoven”, maar juist dat dit is gebeurd zonder de financiële gegoedheid van die partij te onderzoeken of op andere wijze ervoor te zorgen dat de (financiële) risico’s voor de zorgaanbieders met de komst van de derde partij niet zouden toenemen.

5.14. VGZ c.s. heeft nog aangevoerd dat het Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio vrijstond om niet met ATC te contracteren. Dit is op zich juist, maar doet niet af aan het verwijft dat VGZ c.s. hier wordt gemaakt. Immers, de keus om niet te contracteren met ATC is niet gelijkwaardig aan de keus om dat wel te doen, alleen al omdat in het eerste geval de zorgaanbieder niet 100% vergoed krijgt door de verzekeraar, maar een deel bij de verzekerde moet claimen.

5.15. Het voorgaande in onderling verband en samenhang bezien, maakt dat de rechtbank van oordeel is dat het VGZ c.s. onder de gegeven omstandigheden niet vrijstond geen rekening te houden met de belangen van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio bij het sluiten van de overeenkomst tussen VGZ c.s. en ATC, althans dat zij deze belangen heeft veronachtzaamd, en dat VGZ c.s. deze belangen had dienen te ontzien door haar gedrag mede door die belangen van Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio te laten bepalen. VGZ heeft door dit na te laten onrechtmatig gehandeld jegens Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio.

5.16. Dat Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio schade hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van VGZ c.s. is zeer wel aannemelijk. VGZ c.s. heeft de hoogte van de door Naviva c.s. gevorderde bedragen echter betwist. Volgens VGZ c.s. is de omvang van de vermeende vorderingen van Naviva c.s. op een niet controleerbare wijze gepresenteerd en is sprake

van fouten en dubbelstellingen in de door Naviva c.s. gepresenteerde lijst met onbetaalde declaraties. Een aantal declaraties had betrekking op andere verzekeraars dan VGZ c.s., het betreft declaraties over heel 2009, waarvan er meerdere eerder ingediend hadden kunnen worden, en alle op de lijst opgenomen declaraties van na 15 december 2009 zijn reeds door de curator voldaan, aldus VGZ c.s. Naar aanleiding hiervan heeft Naviva c.s. haar schadevordering bijgesteld, maar onduidelijk is/blijft hoe de vorderingen exact zijn berekend. Gelet hierop zal de rechtbank de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen, alwaar nader onderzoek kan worden gedaan naar de inhoud en de omvang van de schade. Deze verwijzing zal eerst plaatsvinden, nadat op de tegenvordering is beslist.

5.17. Om redenen van proceseconomische aard zal de rechtbank tussentijds hoger beroep van dit vonnis toestaan. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten of zij tussentijds hoger beroep willen instellen.

5.18. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### 6. De beoordeling van de tegenvordering

6.1. VGZ c.s. vordert dat Naviva Kraamzorg wordt veroordeeld om aan haar een bedrag van € 129.933,29 te betalen. Na het faillissement van ATC is voor het jaar 2010 rechtstreeks een zorgovereenkomst gesloten tussen VGZ c.s. en Kraamzorg Yunio en heeft VGZ c.s. Kraamzorg Yunio rechtstreeks uitbetaald voor door haar verleende kraamzorg in natura. Volgens VGZ c.s. heeft Kraamzorg Yunio de declaraties voor natu-razorg in 2009 in 2010 nogmaals ingediend, maar dan rechtstreeks bij VGZ c.s. als zijnde restitutiezorg. VGZ c.s. heeft deze uitbetaald en daarmee zijn die bedragen onverschuldigd betaald.

6.2. Naviva c.s. heeft allereerst aangevoerd dat de betalingen door VGZ c.s. zijn gedaan aan Kraamzorg Yunio, terwijl in de onderhavige procedure Yunio partij is en niet Kraamzorg Yunio. Ten aanzien hiervan wordt overwogen dat Kraamzorg Yunio inmiddels is opgegaan in Naviva Kraamzorg, zodat de tegenvordering wel tegen de juiste partij is ingesteld en in deze procedure kan worden beoordeeld.

6.3. Voorts beroept Naviva Kraamzorg zich op rechtsverwerking. Volgens Naviva Kraamzorg heeft VGZ c.s. de vordering laten “vervallen”. Naviva Kraamzorg verwijft daarvoor naar de brief

van 12 december 2012 en naar de omstandigheid dat VGZ c.s. sinds 2012 niet meer de indruk heeft gewekt dat zij nog aanspraak zou maken op het bedrag. Tien dagen voor de zitting heeft VGZ c.s. plotseling een lijst overgelegd waarin de onderbouwing van het gevorderde bedrag van ruim € 129.000,00 zou zijn gelegen, aldus Naviva Kraamzorg.

6.4. De rechtbank overweegt dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht. Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking; daartoe is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken (HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708, HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, en HR 24 april 1998, NJ 1998, 621).

6.5. Vastgesteld kan worden dat in de brief van 12 december 2012 van VGZ c.s. aan Kraamzorg Yunio is vermeld dat besloten is om de vordering van € 122.467,39 (die ziet op het jaar 2010) te laten vervallen. Dat dit ook zag op de vordering van € 129.933,29 (die ziet op het jaar 2009) valt niet in te zien. De enkele omstandigheid dat er in 2012 een correctie heeft plaatsgevonden (waarbij het bedrag van € 122.467,39 expliciet is vermeld), maakt nog niet dat het bedrag van € 129.933,29 ook zou zijn vervallen. Er bestond/bestaat geen enkele aanleiding om dat te kunnen aannemen. Naviva Kraamzorg heeft voor het overige geen bijzondere omstandigheden aangevoerd die maken dat bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat VGZ c.s. haar aanspraak op voornoemd bedrag niet meer geldend zou maken, dan wel dat Naviva Kraamzorg hierdoor onredelijk is benadeeld of haar positie is verzwaaard doordat VGZ c.s. thans alsnog het bedrag vordert. Dat Naviva Kraamzorg geen stukken meer heeft bewaard uit die periode, is niet aan te merken als een bijzondere omstandigheid en komt voor haar eigen risico.

6.6. Ten aanzien van het gevorderde bedrag van € 129.933,29 overweegt de rechtbank het volgen-

de. VGZ c.s. verwijst allereerst naar een brief van 22 november 2010, waarin melding wordt gemaakt van een gesprek dat zou hebben plaatsgevonden op 18 november 2010, waarin de heer [naam B], toenmalig manager van Kraamzorg Yunio, zou hebben bevestigd dat bewust declaraties dubbel (als naturazorg en als restitutiezorg) in rekening waren gebracht. Naviva heeft betwist dat [naam B] dit heeft bevestigd en daartoe een e-mailbericht van [naam B] van 10 januari 2019 overgelegd waarin hij mededeelt dat hij die brief niet kent en dat hij verleende zorg nooit dubbel heeft gedeclareerd. VGZ c.s. verwijst op haar beurt naar een e-mailbericht van 29 november 2010 gericht aan [naam B], waarbij de betreffende brief van 22 november 2010 is gevoegd.

6.7. Naast voornoemde brief, waarvan de inhoud door Naviva Kraamzorg wordt betwist, heeft VGZ c.s. een e-mail, gedateerd 16 november 2010, met daarbij een memo overgelegd waarin een overzicht wordt gegeven van de dubbel gedeclareerde bedragen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft VGZ c.s. toegelicht dat tot klantnummerniveau is bekeken of er dubbel is gedeclareerd. In verband met privacyoverwegingen zijn op het overzicht niet de namen van de verzekerden, de data en plaats van behandeling etc. vermeld. De rechtbank heeft echter meer informatie nodig dan VGZ c.s. thans heeft overgelegd. Het enkele geanonimiseerde overzicht is onvoldoende om de juistheid van de vordering te kunnen beoordelen. De rechtbank stelt voor dat partijen in overleg treden over de wijze waarop VGZ c.s. Naviva Kraamzorg exact kan laten zien dat er – volgens haar – dubbel is gedeclareerd. Mogelijk kan een financieel medewerker van VGZ c.s. de onderliggende stukken aan (een financieel medewerker van) Naviva Kraamzorg tonen en daarbij een toelichting geven. Partijen dienen zich hierover nader uit te laten.

6.8. Naviva Kraamzorg heeft voorts nog een beroep gedaan op verrekening, althans opschorting zolang de vordering van Naviva Kraamzorg op VGZ c.s. nog niet is voldaan. Tijdens de mondelinge behandeling heeft VGZ c.s. erkend dat er (bij vaststelling van aansprakelijkheid) enig schadebedrag dient te worden uitgekeerd. Mocht sprake zijn van dubbel gedeclareerde facturen kan dat bedrag verrekend worden met het bedrag aan schade dat VGZ c.s. aan Naviva Kraamzorg is verschuldigd. Zolang niet duidelijk is wat partijen over en weer van elkaar te vorderen hebben, kan

de rechtbank geen oordeel geven over het beroep op opschorting van Naviva Kraamzorg.

6.9. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

### 7. Conclusie ten aanzien van de vordering en de tegenvordering

7.1. De rechtbank zal partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de vraag of zij tussentijds hoger beroep willen instellen tegen de beslissing op de vordering. Indien partijen tussentijds hoger beroep instellen tegen het oordeel dat VGZ c.s. onrechtmatig jegens Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio heeft gehandeld, zal de procedure, ook met betrekking tot de tegenvordering, worden geschorst. Mochten partijen geen tussentijds hoger beroep willen instellen, dan zal eerst worden beslist op de tegenvordering van VGZ c.s., voordat de zaak met betrekking tot de vordering van Naviva c.s. naar de schadestaatprocedure zal worden verwezen. In dat geval dienen partijen zich uit te laten op welke wijze zij in overleg zullen treden over het tonen van een toelichting/onderbouwing van de beweerdelijk door Kraamzorg Yunio dubbel gedeclareerde bedragen.

### 8. De beslissing

De rechtbank

*op de vordering en de tegenvordering*

8.1. bepaalt dat partijen zich uiterlijk op 28 augustus 2019 bij akte uitlaten over hetgeen is overwogen in rechtsoverweging 7.1,

8.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

### NOOT

1. Met deze uitspraak creëert de rechtbank feitelijk een buitencontractuele en buitenwettelijke borgtocht van VGZ, een zorgverzekeraar, voor de schulden van het gefailleerde ATC, een "zorgmakelaar", jegens Naviva, een kraamzorgaanbieder.

2. De feiten zijn overzichtelijk. Kraamzorg zit in het basispakket zorgverzekering. De meeste mensen hebben een zogeheten naturapolis, die recht geeft op zorg (in tegenstelling tot een restitutiepolis, waarbij de verzekerde de kosten van zorg vergoed krijgt). Verzekeraars kopen daartoe zorg in bij zorgaanbieders. Om redenen van efficiency besluit VGZ vanaf 1 januari 2009 niet langer rechtstreeks zorgcontracten te sluiten in bepaalde regio's. Voortaan koopt VGZ – onder

meer – de kraamzorg centraal in bij ATC, die deze op haar beurt inkoop bij Naviva, dit alles ten behoeve van de verzekerden onder een VGZ-naturapolis. ATC's inkomsten bestaan uit het verschil tussen haar inkoop- en verkoopprijs.

3. Dit gaat enige tijd goed, totdat ATC in december 2009 faillieert. VGZ heeft op dat moment al € 1,4 miljoen betaald aan ATC voor de uiteindelijk door Naviva verleende kraamzorg, maar ATC heeft de facturen van Naviva onbetaald gelaten. Naviva spreekt vervolgens VGZ aan, en wel op de grond dat VGZ jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Deze vordering slaagt. Wat deed VGZ dat strijdig was met hetgeen naar ongeschreven recht jegens Naviva betaamde? Het volgende:

"omdat VGZ c.s. ATC naar voren had geschoven als enige mogelijke contractspartij voor naturazorg (...) mochten Naviva Kraamzorg en Kraamzorg Yunio er redelijkerwijs op vertrouwen dat VGZ c.s. had gecontroleerd of ATC voldoende solvabel was, zodat kon worden *gegarandeerd* dat er uitgekeerd kon (blijven) worden aan de zorgaanbieder(s)" (r.o. 5.12, nadruk toegevoegd). VGZ verzuimde echter bij het aangaan van het contract met ATC "de financiële gegoedheid van [ATC] te onderzoeken of op andere wijze ervoor te zorgen dat de (financiële) risico's voor [Naviva] met de komst van de derde partij niet zouden toenemen", en dat was dus onrechtmatig jegens Naviva (r.o. 5.13).

4. De rechtbank motiveert haar oordeel met een ingeblikte standaardtekst over het leerstuk van derdenbescherming bij contractuele rechtsverhoudingen (r.o. 5.9). De rechtbank kiest daarbij een alles behalve terughoudende insteek. Die terughoudendheid volgt echter wel uit de aangehaalde rechtspraak. In beginsel staat het contractanten vrij "de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben"; zij het "niet onder *alle* omstandigheden" (HR 24 september 2004, «JOR» 2004/341 (*Vleesmeesters/Allog*), r.o. 3.4; nadruk toegevoegd). De uitzondering: een aanspraak van de derde wegens veronachtzaming van zijn gerechtvaardigde belangen komt pas in beeld als daarvoor zwaarwegende redenen bestaan. De kwalificatie "onrechtmatig" doemt op naarmate de belangen van de derde nauwer betrokken zijn bij de overeenkomst, de aangesproken contractant desbewust en onnodig schadeveroorzakend te werk gaat, en de benadeelde derde een hogere zieligheidsgraad vertoont. De voorzien-

baarheid van de schade speelt een belangrijke rol (vgl. Conclusie A-G Valk voor HR 14 juli 2017, «JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (*X/Compaen*), nrs. 2.8-2.10).

5. De rechtbank legt de lat voor onrechtmatigheid erg laag. Het is een open deur dat zorgaanbieders schade kunnen lijden als de door de zorgverzekeraar ingeschakelde formele opdrachtnemer, in dit geval ATC, tekortschiet in de nakoming van zijn financiële verplichtingen jegens de uiteindelijke zorgaanbieders zoals Naviva (r.o. 5.10). Ook spreekt voor zich dat Naviva een voor VGZ kenbaar belang had om daadwerkelijk betaald te worden voor de verleende zorg. Dit een en ander maakt VGZ's handelwijze nog niet onrechtmatig jegens Naviva; daar is meer voor nodig. De rechtbank benoemt echter geen concrete verklaring of gedraging van VGZ waardoor Naviva in de waan zou zijn gebracht dat ATC goed was voor haar geld. Evenmin wordt overwogen dat het onbetaald blijven van Naviva's vordering op ATC voorzienbaar was voor VGZ toen zij met ATC in zee ging. Integendeel, het bedrijfsmodel van ATC bracht slechts een gering ondernemersrisico mee (r.o. 5.12). VGZ van haar kant voldeed keurig de facturen van ATC, dus daar heeft het niet aan gelegen. Het oordeel van de rechtbank komt erop neer dat VGZ, een gereguleerde zorgverzekeraar, een solide debiteur is en dat zij *dus* moet instaan voor de schulden van derden die op haar instigatie zaken doen met zorgaanbieders zoals ATC. Volgens de rechtbank is dit zelfs een algemene regel: "De contractsvrijheid van zorgverzekeraars is dus in zoverre beperkt" (r.o. 5.12).

6. De rechtbank lijkt voorbij te gaan aan het vereiste van relativiteit tussen de veronderstelde norm en het geschonden belang (art. 6:163 BW). Het systeem van financieel en prudentieel toezicht waar de rechtbank naar verwijst in r.o. 5.12, beoogt te bevorderen dat u en ik de zorg krijgen waarop wij als verzekerden recht hebben; deze regels hebben niet de strekking commerciële zorgaanbieders te beschermen tegen insolventie van "tussengeschoven" partijen. Ook het ombuigen van de relativiteit via de correctie-Lange-meijer (HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568) wordt een lastig verhaal. De financiering van het Nederlandse zorgstelsel is in hoge mate gereguleerd. Ingevolge art. 35 Wet marktwerking gezondheidszorg (Wmg) is het de zorgverzekeraar *verboden* betalingen te doen aan zorgaanbieders voor verleende zorg, "anders dan op de wijze die

overeenkomstig deze wet is vastgesteld". Overtreding van dit verbod is een misdrijf (art. 1 lid 1 sub 2 Wet op de economische delicten). Daarnaast heeft de zorgautoriteit de bevoegdheid nadere regels te geven voor de zorg-gerelateerde contractsvorming "met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten, de bevordering van de concurrentie of de tijdige signalering van risico's voor de continuïteit [van de zorg]" (art. 45 Wmg). Dit strakke keurslijf biedt weinig ruimte voor een buitenwettelijke risico-aansprakelijkheid van de zorgverzekeraar.

7. Tegen deze achtergrond is niet aanstonds evident dat VGZ's beleidskeuze om de zorginkoop te centraliseren via ATC, strijdig was met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamde jegens Naviva. Zeker, in theorie had VGZ er voor kunnen kiezen haar rechtsverhouding met ATC in te richten als een overeenkomst van bemiddeling, wat ook beter zou hebben gepast bij de materiële taakverdeling tussen de betrokken partijen. In dit hypothetische scenario zou een zorginkoopovereenkomst tussen VGZ en Naviva tot stand zijn gekomen, net zoals dat voorheen het geval was (r.o. 5.12). Maar VGZ heeft nu eenmaal een andere constructie gekozen en Naviva is daarin meegegaan. Overigens had Naviva ATC kunnen passeren, als zij dat wilde; zij had de verleende kraamzorg dan rechtstreeks bij VGZ kunnen declareren, zij het slechts voor 80% van de kosten. De overige 20% zou de natura-verzekerde zelf moeten betalen (kenbaar uit r.o. 2.10). De rechtbank meent desondanks dat VGZ onrechtmatig handelde jegens Naviva door haar voor deze keuze te stellen (r.o. 5.14).

8. Art. 6:162 BW is een open norm en dat is goed. Niemand wil terug naar de tijd van de Zutphense waterjuffer (HR 10 juni 1910, *W*9038). Dit geeft de rechter evenwel niet de bevoegdheid zich op te stellen als ware hij de wetgever: "Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn" (art. 11 Wet algemene bepalingen). Je kunt je afvragen of de rechtbank dit voorschrift voldoende voor ogen heeft gehouden.

mr. J.B.R. Regouw  
advocaat Clifford Chance LLP

## 24

**Student die transacties op de Forex-markt verricht, is “consument” als bedoeld in art. 17 Brussel I-bis**

Hof van Justitie EU  
3 oktober 2019, nr. C-208/18,  
ECLI:EU:C:2019:825  
(Bonichot, Toader, Rosas, Bay Larsen, Safjan)  
Noot mr. T.A.G. Bens

**Prejudiciële beslissing. Uitleg begrip “consument” als bedoeld in art. 17 Brussel I-bis. Een natuurlijke persoon die op grond van met een effectenmakelaarskantoor gesloten overeenkomsten (CFD’s) via dat kantoor transacties op de Forex-markt verricht, moet als “consument” worden aangemerkt indien hij die overeenkomsten niet heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs- of beroepsmatige activiteit. De waarde van de transacties, de omvang van de risico’s op financiële verliezen en de kennis of deskundigheid zijn niet relevant. Dat financiële instrumenten niet onder art. 6 Rome I vallen of dat die persoon een “niet-professionele belegger” in de zin van art. 4 lid 1, punt 12, Richtlijn 2004/39/EG is, is niet van invloed. Verwijzing naar onder andere HvJ EU 25 januari 2018, EU:C:2018:37 (Schrems II); HvJ EU 14 februari 2019, «JOR» 2019/167, m.nt. Bens (Milivojević) en HvJ EU 2 mei 2019, «JOR» 2019/212, m.nt. Bens (Pillar Securitisation).**

[Brussel I-bis art. 17 lid 1; Rome I art. 6;  
Richtlijn 2004/39/EG art. 4 lid 1, punt 12]

*De in de onderhavige zaak aan het Hof voorgelegde vraag betreft de eerste van de drie in art. 17 lid 1 a tot en met c Brussel I-bis genoemde voorwaarden, te weten dat een van de contractanten een “consument” is. Het Hof heeft gepreciseerd dat het begrip “consument” in de zin van art. 17 en 18 Brussel I-bis restrictief moet worden uitgelegd op basis van de positie die de betrokken persoon in een bepaalde overeenkomst inneemt in verband met de aard en het doel van deze overeenkomst,*

*en niet op basis van de subjectieve situatie van die persoon, aangezien een en dezelfde persoon voor sommige transacties als consument en voor andere als ondernemer kan worden beschouwd. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat alleen overeenkomsten die een individu los en onafhankelijk van enige bedrijfs- of beroepsmatige activiteit of doelstelling sluit met als enige doel te voldoen aan de eigen particuliere consumptiebehoeften, onder de in die verordening neergelegde bijzondere regeling ter bescherming van de consument als zwakke partij vallen (zie HvJ EU 25 januari 2018, EU:C:2018:37 (Schrems II)). Deze bijzondere bescherming is niet gerechtvaardigd wanneer een overeenkomst wordt gesloten omwille van een bedrijfs- of beroepsmatige activiteit, en dat is niet anders wanneer deze activiteit voor de toekomst is gepland, aangezien het toekomstige karakter van een activiteit niets afdoet aan de bedrijfs- of beroepsmatige aard ervan (HvJ EU 14 februari 2019, «JOR» 2019/167, m.nt. Bens (Milivojević)). Derhalve zijn de specifieke bevoegdheidsregels van art. 17 tot en met 19 Brussel I-bis in beginsel enkel van toepassing indien de overeenkomst tussen de partijen is gesloten voor een niet bedrijfs- of beroepsmatig gebruik van het goed of de dienst in kwestie (in die zin HvJ EU 25 januari 2018, EU:C:2018:37 (Schrems II)). In het licht van deze overwegingen dient te worden onderzocht of een persoon die op grond van een met een effectenmakelaarskantoor gesloten overeenkomst, zoals een CFD, via dat kantoor transacties verricht op de Forex-markt, kan worden aangemerkt als “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis. Petruchová was universiteitsstudent en werkte deeltijds toen deze overeenkomsten werden gesloten. Zij heeft die overeenkomsten gesloten los van haar bedrijfs- of beroepsmatige activiteit. Aan het Hof wordt evenwel de vraag voorgelegd of aan een natuurlijke persoon de hoedanigheid van “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis kan worden ontzegd op grond van factoren zoals de risico’s die aan het sluiten van overeenkomsten zoals CFD’s verbonden zijn, de waarde van de transacties, de eventuele kennis of deskundigheid waarover die persoon beschikt op het gebied van financiële instrumenten, of zijn actieve gedrag op de Forex-markt. In dit verband zij in de eerste plaats opgemerkt dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de werkings sfeer van de bepalingen van afdeling 4 van hoofdstuk II Brussel I-bis – in welke afdeling*