

Bijlage 1: Chronologisch overzicht van de relevante jurisprudentie over het hinderpaalcriterium en de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders

Op 11 juli 2014 concludeert de Hoge Raad dat artikel 13, eerste lid, Zvw aldus moet worden uitgelegd dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturopolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om gebruik te maken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.⁴³ De Hoge Raad is van oordeel dat in het kader van het aan de orde zijnde kort geding bij gebreke van meer of andere gegevens ervan uitgegaan mocht worden dat een vergoeding van 75-80% van het gemiddelde bedrag dat de zorgverzekeraar voor soortgelijke behandelingen betaalt aan gecontracteerde zorgaanbieders als een breed gedragen praktijknorm kan worden beschouwd die geen feitelijke hinderpaal oplevert.

Op 26 augustus 2014 neemt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat arrest van de Hoge Raad als uitgangspunt.⁴⁴ Het hof is van oordeel dat een vergoeding verstrekt mocht worden van 75% of 80% van de gemiddelde tarieven, zoals deze zijn overeengekomen met aanbieders van de desbetreffende zorg. Verder overweegt het hof dat het vergoedingspercentage volgens de polis bepalend is, en niet de bereidheid van een zorgaanbieder (een deel van) het verschil tussen de kosten en de vergoeding niet in rekening te brengen bij zijn cliënten.

Op 21 oktober 2015 oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland dat de breed gedragen praktijknorm voor een bepaalde vorm van zorg de maatstaf moet zijn.⁴⁵ Bij de toetsing aan het hinderpaalcriterium gaat de rechtbank uit van de fictieve situatie dat de zorgaanbieder genoodzaakt was een factuur aan de cliënt te sturen voor de ontbrekende vergoeding. Een vergoeding van 85% kan een feitelijke hinderpaal opleveren bij een complexe en dure operatie, terwijl een vergoeding van bijvoorbeeld 30% geen feitelijke hinderpaal hoeft op te leveren bij een kleine, goedkope ingreep. In casu heeft de zorgaanbieder onvoldoende onderbouwd dat een vergoeding van 75% voor zijn cliënten een feitelijke hinderpaal oplevert. Een onderdeel van de breed gedragen praktijknorm is volgens de rechtbank de toets of de cliënten van de betreffende vorm van zorg in het algemeen voldoende draagkracht hebben om geen feitelijke hinderpaal te ondervinden. De rechtbank verwierpt dus de stelling dat de minst draagkrachtige cliënt van de zorgaanbieder de maatstaf vormt voor het hinderpaalcriterium.

Overigens verwierpt de rechtbank ook de stelling dat uit (de wetsgeschiedenis van) artikel 11 Zvw moet worden afgeleid dat een zorgverzekeraar onrechtmatig handelt jegens een zorgverlener wanneer hij voor zijn verzekerden te weinig zorg in natura inkoopt en niet-gecontracteerde zorg niet volledig vergoedt. De reden waarom een verzekerde zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wenst af te nemen, doet volgens de rechtbank immers niet ter zake voor de beantwoording van de vraag of de zorgverzekeraar onrechtmatig handelt jegens de zorgaanbieder.

Op 23 januari 2018 acht het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een generieke vergoeding van 75% van het marktconforme tarief toelaatbaar, waarbij als marktconforme tarief geldt het bedrag dat de zorgverzekeraar voor soortgelijke behandelingen betaalt aan gecontracteerde zorgaanbieders.⁴⁶ Het hof overweegt dat de zorgaanbieder niet heeft aangetoond dat cliënten afzien van zorg omdat zij een deel van de behandeling zelf moeten betalen; dat de zorgaanbieder verlies zou leiden, is mede bepaald door de keuze het niet vergoede deel van de kosten aan de cliënten in rekening te brengen. Verder gaat het hof uit van de gemiddelde ("modale") cliënt die de betreffende vorm van zorg behoeft en niet van de minst draagkrachtige cliënt.

⁴³ Hoge Raad 11 juli 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1646).

⁴⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:6682).

⁴⁵ Rechtbank Midden-Nederland 21 oktober 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:7578).

⁴⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:710).

Op 30 januari 2018 constateert de Rechtbank Noord-Nederland dat het minimale vergoedingspercentage van 75-80% van het marktconforme tarief in de rechtspraak en de buitengerechtelijke geschilbeslechting is gehandhaafd.⁴⁷ Als het marktconforme tarief wordt aangemerkt het gemiddelde tarief dat de zorgverzekeraar heeft gecontracteerd voor de desbetreffende zorgvorm, het door de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) vastgestelde tarief of een vergelijkbare berekeningsmethode. Volgens de rechtbank kan niet zonder meer worden aangenomen dat elke afwijking van het vergoedingspercentage van 75-80% van het gemiddeld gecontracteerde tarief een feitelijke hinderpaal vormt, maar de zorgverzekeraar behoort bij een lager percentage wel te motiveren en zo nodig te onderbouwen waarom het lagere percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren. Een hardheidsclausule op grond waarvan de zorgverzekeraar in een individueel geval de vergoeding kan verhogen, acht de rechtbank niet afdoende. De rechtbank oordeelt dat de vergoeding volgens de polis bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal en niet de eventuele bereidheid van de zorgaanbieder om (een deel van) van de kosten niet bij de verzekerde in rekening te brengen. Daarnaast overweegt de rechtbank dat het er in wezen om gaat of (ook) de minst draagkrachtige door de hoogte van de vergoeding wordt verhinderd om zich te wenden tot de niet-gecontracteerde zorgaanbieder en dat deze grens wordt bereikt wanneer de verzekerde een bedrag moet betalen dat hoger is dan € 500. Daarbij gaat de rechtbank ervan uit dat de zorgaanbieder ten hoogste het gemiddeld gecontracteerde tarief in rekening brengt.

Op 21 november 2018 overweegt de Rechtbank Den Haag dat van een hinderpaal voor de verzekerden reeds geen sprake is, omdat vast staat dat de zorgaanbieder het niet vergoede deel van de zorgkosten zelf niet in rekening brengt bij haar verzekerde cliënten.⁴⁸ Voor zover dan ook al juist zou zijn dat de bedrijfsvoering van de zorgaanbieder in gevaar is gekomen door de hoogte van de door de zorgverzekeraar betaalde vergoedingen (hetgeen overigens niet is komen vast te staan), is dat te wijten aan de eigen keuze van de zorgaanbieder om het niet door de zorgverzekeraar vergoede deel van de kosten noch geheel noch gedeeltelijk aan haar cliënten in rekening te brengen, hetgeen voor eigen risico van de zorgaanbieder komt. De rechtbank is van oordeel dat het vergoeden door de zorgverzekeraar van 75% van het gemiddeld gecontracteerd tarief overeenkomstig haar polisvoorwaarden gegeven de omstandigheden van het geval in overeenstemming is met arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 geen strijd met artikel 13 Zvw oplevert.

Op 11 januari 2019 oordeelt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat artikel 13 Zvw en het hinderpaalcriterium geen bredere betekenis hebben dan een financiële.⁴⁹ Het cessieverbod en het verbod een andere rekening aan te wijzen voor betaling dan de rekening van de verzekerde leiden er niet toe dat een verzekerde een belemmering als gevolg van een financiële oorzaak.

Op 1 februari 2019 concludeert de Rechtbank Gelderland dat zorgverzekeraars bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg minimaal de kosten van gecontracteerde zorg als uitgangstarief dienen te hanteren, waarbij toepassing van het ongewogen gemiddeld gecontracteerde tarief niet is toegestaan.⁵⁰ Toepassing van het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief is daarentegen wel toegestaan, aangezien dit daadwerkelijk gedeclareerde tarief een realistisch beeld geeft van de kosten van de gecontracteerde zorg. Een verplichting is het echter niet. De kosten van gecontracteerde zorg kunnen ook op een andere wijze worden bepaald en een hogere vergoeding is hoe dan ook toegestaan. De rechtbank merkt nog op dat de marktconforme kosten volledig voor rekening van de zorgverzekeraar komen indien deze de desbetreffende vorm van zorg in het geheel niet gecontracteerd heeft.

⁴⁷ Rechtbank Noord-Nederland 30 januari 2018 (ECLI:NL:RBNNE:2018:245).

⁴⁸ Rechtbank Den Haag 21 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:14001).

⁴⁹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 11 januari 2019 (ECLI:NL:RBZWB:2019:69).

⁵⁰ Rechtbank Gelderland 1 februari 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:380).

Volgens de rechtbank is het zorgverzekeraars niet toegestaan om een generiek kortingspercentage toe te passen op het uitgangstarief omdat de hoogte van de reële extra kosten verschilt per zorgtype. Er dient rekening te worden gehouden met de feitelijke kosten per zorgtype omdat een vergoeding van 85% een feitelijke hinderpaal kan opleveren bij een complexe en dure operatie, terwijl een vergoeding van bijvoorbeeld 30% geen hinderpaal hoeft op te leveren bij een kleine, goedkope ingreep. Uit het feit dat een groot deel van de zorgverzekeraars kennelijk voor alle zorgvormen uitgaat van generieke vergoedingen van 75-80%, met afwijkingen naar beneden bij budgetpolissen, kan naar het oordeel van de rechtbank – ook gelet op het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 – niet worden afgeleid dat hierbij (steeds) voor alle zorgvormen sprake is van een breed gedragen praktijknorm, laat staan dat het gehanteerde vergoedingensysteem daarom niet in strijd is met het hinderpaalcriterium. Overwogen wordt dat het niet aan de rechtbank is om één algemeen kortingspercentage te bepalen. De rechtbank kan alleen achteraf beoordelen of een zorgverzekeraar in de gegeven omstandigheden in redelijkheid het betreffende kortingspercentage heeft kunnen hanteren.

Verder merkt de rechtbank op dat een hardheidsclausule in strijd kan zijn met de Zvw, omdat de wijze van berekening voor alle verzekerden, die in eenzelfde situatie eenzelfde vorm van zorg of diensten behoeven, gelijk dient te zijn en niet afhankelijk mag worden gesteld van verzekerdenkenmerken.

Op 7 juni 2019 bevestigt de Hoge Raad dat het hinderpaalcriterium besloten ligt in artikel 13, eerste lid, Zvw.⁵¹ De zorgverzekeraar heeft een grote mate van vrijheid om de hoogte te bepalen van de vergoeding voor verzekerde zorg van niet-gecontracteerde zorgaanbieders, mits hij daarbij niet in strijd handelt met het hinderpaalcriterium en dezelfde berekeningswijze hanteert voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven. De zorgverzekeraar mag een korting toepassen ten opzichte van het marktconform tarief, zijnde het gemiddelde bedrag dat de zorgverzekeraar voor soortgelijke behandelingen betaalt aan gecontracteerde zorgaanbieders.

Deze korting mag hoger zijn dan de extra kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg. Volgens de Hoge Raad biedt de tekst van artikel 13, eerste lid, Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw geen steun voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generieke korting, zoals bijvoorbeeld een "vlaktaks" van 25%. De Hoge Raad heeft echter niet in algemene zin geoordeeld dat een generieke vergoeding van 75-80% geldt als een breed gedragen praktijknorm die in overeenstemming is met het hinderpaalcriterium. Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa, aldus de Hoge Raad. Bij een generieke korting moet worden uitgegaan van de gemiddelde ("modale") zorggebruiker en niet van de minst draagkrachtige.

Op 13 juni 2019 acht de Rechtbank Gelderland een generieke korting op zichzelf niet ongeoorloofd.⁵² Hoewel in algemene zin eigen bijdragen in de verslavingszorg die tot duizenden euro's kunnen oplopen een hinderpaal zouden kunnen vormen voor verzekerden om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden, is dit onvoldoende voor het oordeel dat de door zorgverzekeraars toegepaste kortingen ontoelaatbare hinderpalen opleveren. De zorgaanbieder zal tot op zekere hoogte aannemelijk moeten maken dat (potentiële) cliënten afhaken omdat zij niet in staat zijn de eigen bijdrage te betalen.

Op 3 september 2019 oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het hinderpaalcriterium niet in de weg staat aan een algemene korting, zoals de door de zorgverzekeraar gehanteerde korting van 25% van het gemiddeld gecontracteerde tarief, waarbij wordt uitgegaan van de gemiddelde zorggebruiker.⁵³ De vraag of het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een algemene korting, moet

⁵¹ Zie het arrest van de Hoge Raad 7 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:853).

⁵² Rechtbank Gelderland 13 juni 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:2689).

⁵³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7108).

worden beantwoord aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa. Volgens de NZa zal een vergoedingspercentage voor niet-gecontracteerde zorg van minder dan 75% van het marktconforme tarief naar verwachting een feitelijke hinderpaal opleveren, tenzij de zorgverzekeraar kan motiveren en onderbouwen waarom het lagere percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren. De NZa baseert zich daarbij op de jurisprudentie, waarin dat percentage inmiddels algemeen als een breed gedragen praktijknorm wordt beschouwd. Het hof concludeert dat een verwijzing naar een hardheidsclausule ter onderbouwing van een vergoeding van 70% niet volstaat, ook al – zelfs juist omdat – een beroep op de clausule altijd wordt gehonoreerd met een verhoging naar 75%. Of de zorgaanbieder het niet vergoede deel van de kosten voor eigen rekening neemt, is alleen relevant als vast staat dat de verzekerde voorafgaand aan het invoeren van de zorg van de zorgaanbieder de garantie heeft gekregen dat de behandeling kosteloos zou zijn. Het hof verklaart dat de verzekerde recht heeft op een vergoeding van 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief dat voor de desbetreffende behandeling geldt.

Op 8 oktober 2019 maakt naar het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) de omstandigheid dat zorgverzekeraars op grond van hun polisvoorwaarden minder dan 75% van het NZa-tarief vergoeden bij niet-gecontracteerde zorg, waardoor de eigen bijdrage voor de verzekerden meer dan 25% van dat tarief bedraagt, niet dat “de hinderpaal een gegeven is”, zoals appellante aanvoert.⁵⁴ Om te beoordelen of sprake is van een feitelijke hinderpaal is volgens het CBB meer informatie nodig, die in casu ontbrak. Appellante heeft onvoldoende onderbouwd dat verzekerden met een naturapolis worden belemmerd om zorg van haar als niet-gecontracteerde aanbieder te betrekken.

Op 4 december 2019 oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat de systematiek van artikel 13, eerste lid, Zvw en het hinderpaalcriterium ook van belang zijn bij een restitutiepolis die deze gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorg kent.⁵⁵

Op 6 oktober 2020 leidt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit de wetsgeschiedenis af dat naast de extra administratiekosten bij het afwickelen van declaraties van de individuele keuzes een generiek kortingspercentage ook wordt gerechtvaardigd door de (verloren) bijdrage aan de efficiënte zorgverlening en het prijsvoordeel dat bij zorginkoop teniet gaat.⁵⁶ Het hof is van oordeel dat het hinderpaalcriterium zoals dat besloten ligt in artikel 13 Zvw, voldoet aan de voorwaarden die artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II stelt aan het ingrijpen door lidstaten in polisvoorwaarden van schadeverzekeringen. Zorgverzekeraars mogen het gewogen – doch niet het ongewogen – gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen, maar het staat hen vrij een hoger uitgangstarief te hanteren. Of een generiek kortingspercentage in een bepaald geval in de weg staat aan het hinderpaalcriterium hangt af van de vraag om welke vorm van zorg het gaat en de kosten die daarmee gemoeid zijn. Het hof kan geen toelaatbare onder- en bovengrens geven. Een kortingspercentage van 25 % kan bij een dure vorm van zorg wel en bij een goedkope vorm ervan geen hinderpaal opleveren voor de gemiddeld (“modale”) zorggebruiker. De concrete feiten en omstandigheden voor de toetsing aan het hinderpaalcriterium zien dus niet op individuele gevallen, maar op de aan orde zijnde vorm van zorg en de daaraan gerelateerde zorgkosten. Het al dan niet hebben van een coulanceregeling speelt niet mee in de vraag of sprake is van een hinderpaal. Overigens gaat artikel 13, vierde lid, Zvw naar het oordeel van het hof om een verboden onderscheid op bijvoorbeeld leeftijd, geslacht of gezondheid, zodat het niet in de weg zou staan aan een coulanceregeling. Verder is volgens het hof het ijkmoment voor het antwoord op die vraag het moment van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd; mede daarom kan bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium geen

⁵⁴ College van Beroep voor het bedrijfsleven 8 oktober 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:483).

⁵⁵ Rechtbank Rotterdam 4 december 2019 (ECLI:NL:RBROT:2019:10484).

⁵⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:8028, ECLI:NL:GHARL:2020:8030 en ECLI:NL:GHARL:2020:8031).

betekenis worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt.

Op 30 maart 2021 overweegt het Gerechtshof Den Haag dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw blijkt dat de zorgverzekeraar een grote mate van vrijheid heeft om de hoogte van de vergoeding van artikel 13, eerste lid, Zvw te bepalen en dat aan deze vrijheid op twee punten grenzen worden gesteld: de zorgverzekeraar handelt niet in strijd met het in dat artikel besloten liggende hinderpaalcriterium en hij hanteert voor alle verzekerden die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, dezelfde berekeningswijze (artikel 13 vierde lid, Zvw).⁵⁷ Bij dit hinderpaalcriterium past volgens het hof overigens de kanttekening dat artikel 13, eerste lid, Zvw geen uitwerking is van een aan verzekerden toekomend grondrecht op vrije artskeuze dat immers niet ook het recht impliceert op volledige vergoeding door de overheid of zorgverzekeraar van de kosten die door de zelf uitgekozen artsen in rekening worden gebracht bij de verzekerde. Het hof hanteert de gemiddelde ("modale") zorggebruiker als referentiesubject en abstraheert aldus van de financiële positie van de verzekerde. Bij de toetsing aan het hinderpaalcriterium gaat het niet om individuele gevallen, maar om situaties met een gemene deler.

Op 12 oktober 2021 overweegt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het hinderpaalcriterium bij restitutie geen rol speelt.⁵⁸ Het uitgangspunt bij een restitutieverzekering is volgens het hof namelijk dat de verzekerde in beginsel recht heeft op volledige vergoeding van de door hem genoten zorg, ongeacht of de gekozen zorgaanbieder door de zorgverzekeraar is gecontracteerd (artikel 11, eerste lid, onder b, Zvw).

Op 19 oktober 2021 constateert het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op twee punten strijd met het hinderpaalcriterium.⁵⁹ Ten eerste resulteert de generieke korting van 25-35% op de gemiddelde gecontracteerde tarieven voor de desbetreffende behandelingen in een korting die gemiddeld € 1.000 bedraagt maar kan oplopen tot € 5.000, waardoor voor een niet te verwaarlozen deel van de behandelingen feitelijk sprake is van een hinderpaal voor een gemiddelde verzekerde voor het afnemen van zorg van de niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Ten tweede mogen beperkingen aan het uitbetalen van de vergoeding niet zodanig zijn, dat deze feitelijk een hinderpaal voor de verzekerde vormen om zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder af te nemen. Het (door middel van cessie) beletten of het (door geen betaalovereenkomst aan te gaan) weigeren van rechtstreekse betalingen aan een niet-gecontracteerde zorgaanbieder is voor een kwetsbare doelgroep met schuldenproblematiek feitelijk een hinderpaal om ambulante geestelijke gezondheidszorg af te nemen.

Op 3 mei 2022 is volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet gebleken dat een vergoeding van 80% van het gemiddeld gecontracteerde tarief in casu in strijd is met het hinderpaalcriterium.⁶⁰ Verder overweegt het hof – onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie – dat de vergoeding niet in strijd is met de Patiëntenrichtlijn 2011/24 aangezien de vergoeding zoals de richtlijn in artikel 7, vierde lid, (gelezen in combinatie met de considerans onder 13) voorschrijft, gelijk is aan de vergoeding voor niet gecontracteerde zorg die in Nederland zelf wordt verleend.

Op 9 december 2022 herbevestigt de Hoge Raad dat het hinderpaalcriterium besloten ligt in artikel 13 Zvw.⁶¹ Bij de totstandkoming van de Zvw en in het bijzonder artikel 13 Zvw heeft wetgever een afweging gemaakt tussen enerzijds de wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien en de wens om de vrije artskeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate te waarborgen.

⁵⁷ Gerechtshof Den Haag 30 maart 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:548).

⁵⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021 (ECLI:NL:GHARL:2021:9573).

⁵⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:3159).

⁶⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:3451).

⁶¹ Hoge Raad 9 december 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1789).

Voorts schaart de Hoge Raad zich achter het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het hinderpaalcriterium niet in strijd is met artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II. Ook heeft het hof kunnen oordelen dat zorgverzekeraars het gewogen gemiddeld gecontracteerd tarief als uitgangspunt mogen nemen en niet gehouden zijn uit te gaan van het feitelijk gehanteerde tarief. De Hoge Raad oordeelt opnieuw dat de tekst van artikel 13, eerste lid, Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw geen steun bieden voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generieke korting. Een generieke korting wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de verzekerde extra kosten voor de zorgverzekeraar veroorzaakt, de bijdrage aan de efficiënte zorgverlening verloren gaat en het prijsvoordeel bij zorginkoop teniet gaat. De wetgever heeft verzekerden met een naturapolis willen prikkelen om van de gecontracteerde zorg gebruik te maken, opdat zorgverzekeraars de regierol bij de inkoop van zorg kunnen vervullen die de wetgever hun heeft willen geven teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen. Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich tegen een generieke korting verzet voor een gemiddelde ("modale") zorggebruiker kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa. Daarbij is met name de hoogte van de kosten van de desbetreffende vorm van zorg van belang is. Een generiek kortingspercentage kan bij complexe en dure vormen van zorg immers resulteren in een relatief lage vergoeding die voor de gemiddelde ("modale") zorggebruiker een feitelijke hinderpaal kan opleveren, terwijl datzelfde kortingspercentage bij minder dure vormen van zorg niet leidt tot strijd met het hinderpaalcriterium. Voor complexe, dure zorg kan de zorgverzekeraar een uitzondering maken op het generiek kortingspercentage. Het peilmoment voor de toetsing aan hinderpaalcriterium is immers niet het moment is van kennisneming van de polisvoorwaarden, maar het moment waarop verzekerde gebruik wil maken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Op dat moment kan de zorgverzekeraar aan de verzekerde op grond van een hardheidsclausule ondubbelzinnig toezeggen een hoger bedrag aan hem te vergoeden. Dan moet dat feit worden betrokken bij het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal. Alleen op dit punt wordt het bestreden arrest vernietigd. Overigens is het opnemen van een hardheidsclausule in de polisvoorwaarden op zichzelf niet voldoende: het gaat om de toepassing ervan door de ondubbelzinnige toezegging een hoger bedrag te vergoeden. Aan het voorgaande doet niet af dat het initiatief voor het invoeren van een hardheidsclausule doorgaans bij de verzekerde ligt en de beslissing over de toepassing van de hardheidsclausule aan de zorgverzekeraar is overgelaten.