



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel

Wallage, B.

### Citation

Wallage, B. (2022, July 5). *Het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3421569>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3421569>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Addendum

- › Samenvatting
- › Literatuurlijst
- › Jurisprudentielijst
- › Afkortingen
- › Summary (Engelse samenvatting)
- › Curriculum vitae

## Samenvatting

Het recht op vrije artskeuze wordt regelmatig in de rechtswetenschappelijke literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis genoemd als recht van de patiënt, cliënt of andere betrokkene, om te kunnen kiezen voor een arts of andere hulpverlener naar eigen keuze. In deze rechtsbronnen wordt de grondslag van het recht op vrije artskeuze evenwel nauwelijks benoemd of uitgewerkt. Dat bevreemdt omdat in de rechtswetenschappelijke literatuur het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt in het huidige gezondheidsrecht wel het belangrijkste recht wordt genoemd en in verband wordt gebracht met het recht op vrije artskeuze.

De achtergrond van het grote belang van het zelfbeschikkingsrecht binnen het stelsel van de gezondheidszorg is dat de patiënt zich mogelijk niet tot een hulpverlener zal wenden wanneer hij daarin geen vertrouwen heeft. Indien patiënten die zorg nodig hebben, om deze reden verstoken zouden blijven van zorg, dan komt daarmee in feite de toegang tot de gezondheidszorg in het geding voor deze patiënten of naasten waarvoor zij vertegenwoordiger zijn en, op collectief niveau, kan daarmee het algemene belang van de volksgezondheid in het geding komen. Voor de toegang tot gezondheidszorg en in het belang van de volksgezondheid, is het mede om die reden van fundamenteel belang dat een patiënt zich kan wenden tot een hulpverlener waarin hij of zij vertrouwen heeft.

In dit proefschrift wordt onderzocht in hoeverre het recht op vrije artskeuze grondwettelijk is gewaarborgd en indien en voor zover dat het geval is, wat hiervan de gevolgen zijn voor het Nederlandse gezondheidszorgstelsel.

In het inleidende hoofdstuk 1 van dit proefschrift wordt het onderzoeksthema geïntroduceerd en wordt uiteengezet wat het doel en de opzet van het onderzoek is en hoe de centrale onderzoeksvraag en deelvragen in de volgende hoofdstukken worden onderzocht en beantwoord.

Er wordt daarnaast in dit hoofdstuk de grote relevantie van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) toegelicht. Het hoofdstuk beschrijft verder de reikwijdte van het onderzoek en de onderzoeksmethoden die worden gehanteerd.

De onderzoeksvraag in hoofdstuk 2 handelt over de grondslag van het recht op vrije artskeuze en of het recht op vrije artskeuze daarmee ook grondwettelijk is gewaarborgd.

Het antwoord op deze vraag is dat er aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat dit het geval is. In dit hoofdstuk wordt, waar het gaat om het recht op vrije artskeuze, uitgegaan van een definitie waarbij de patiënt de vrijheid heeft om te kiezen of en, zo ja, door welke hulpverlener hij of zij zich wenst te laten behandelen. Het vertrouwen van de patiënt in de hulpverlening is daarvoor de basis.

Het recht op vrije artskeuze vindt in dat geval zijn grondslag in artikel 8 lid 1 EVRM, en het daarin gelegen zelfbeschikkingsrecht. Zoals volgt uit hoofdstuk 2 is de reikwijdte van het zelfbeschikkingsrecht niet onbegrensd en kan de nationale verdragsstaat bij wettelijke regeling dit recht beperken, binnen de kaders van 8 lid 2 EVRM. Met betrekking tot het recht op vrije artskeuze is denkbaar dat dit recht wordt ingeperkt in het belang van de financiële houdbaarheid van het gezondheidsstelsel.

De rechten die zijn vervat in artikel 8 lid 1 EVRM brengen voorts een positieve verplichting mee voor de nationale autoriteiten om in het nationale recht te voorzien in een 'legislative and administrative framework'. Het voorgaande betekent dat de rechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM dienen te worden gewaarborgd in de uitwerking in het nationale recht.

In het onderzoek wordt in het bijzonder stilgestaan bij artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) waarin de wetgever het recht op vrije artskeuze ook voor verzekerden met een naturapolis beoogt te waarborgen. In de praktijk zijn het de zorgverzekeraars die uitvoering en invulling moeten geven aan artikel 13 lid 1 Zvw. In dit verband is van belang dat de rechten voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM ook op horizontaal niveau doorwerking hebben. Ten principale kan het daarom in de relatie tussen de verzekeraar en de verzekerde zo zijn dat indien de zorgverzekeraar de keuzevrijheid van de verzekerde niet respecteert, daarmee niet alleen in strijd wordt gehandeld met artikel 13 Zvw maar ook met het rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde werkende artikel 8 lid 1 EVRM.

Uitgaande van hoofdstuk 2 en de conclusie dat er verdedigbare aanknopingspunten zijn om te veronderstellen dat het recht op vrije artskeuze verankerd is in fundamentele rechten, meer in het bijzonder onderdeel uitmaakt van het in artikel 8 lid 1 EVRM verankerde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is de vervolgvraag wat hiervan de juridische consequenties zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel dat in de kern wordt gevormd door vier stelselwetten, te weten (1) de Zvw, (2) de Wet langdurige zorg (Wlz), (3) de Jeugdwet en (4) de Wmo 2015.

In hoofdstuk 3 worden deze stelselwetten nader geanalyseerd en wordt ingegaan op de zogenoemde afbakeningsbepalingen, waardoor geen hulpverlening hoeft te worden ingezet onder een stelselwet indien en een patiënt aanspraak kan maken op hulpverlening onder een andere stelselwet. Dat is verwarrend – zo blijkt uit onderzoek

– voor de betrokkene, aangezien er ook de nodige overlap in hulpverlening bestaat tussen de verschillende stelselwetten. Het huidige gezondheidsstelsel leidt er in de rechtspraktijk dan ook toe dat betrokkenen niet altijd de juiste hulpverlening ontvangen en door zorginkopende organisaties worden verwezen van het spreekwoordelijke ‘kastje naar de muur’.

In hoofdstuk 4 focust het onderzoek zich op de vraag in hoeverre het recht op vrije artsenkeuze is gewaarborgd binnen het domein van de Zvw en hoe dit recht zich verhoudt tot artikel 8 lid 1 EVRM. Op grond van de Zvw hebben verzekerden met een restitutieverzekering volledig vrije artsenkeuze. De wetgever heeft het recht op vrije artsenkeuze ook willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis. Uit de rechtspraak over artikel 13 lid 1 Zvw volgt dat een verzekerde met een naturapolis die een keuze maakt om de zorgverlening af te nemen bij een niet-gecontracteerde aanbieder, desondanks een toereikende vergoeding dient te ontvangen van de zorgverzekeraar. De hoogte van de door de zorgverzekeraar te betalen vergoeding mag voor de verzekerde daarbij geen feitelijke hinderpaal vormen, aldus de wetgever in haar toelichting op artikel 13 Zvw. Deze rechtsregel wordt daarom ook aangeduid als ‘het hinderpaalcriterium’.

In de rechtspraktijk hanteren zorgverzekeraars veelal een korting op het te vergoeden bedrag indien een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Deze korting varieert tussen de 25-30% van het marktconforme tarief, waarmee het vergoedingstarief – zo kan dan worden geconcludeerd – niet langer marktconform is, maar substantieel onder het marktconforme tarief ligt. Een dergelijke korting beoordeelt de auteur in strijd met het hinderpaalcriterium en afgeleid daarvan acht de auteur het verdedigbaar dat daarmee ook strijdigheid ontstaat met fundamentele recht op vrije artsenkeuze. Uit het onderzoek blijkt voorts dat er in de rechtspraktijk en rechtspraak, ondanks een grote hoeveelheid uitspraken nog veel onduidelijkheid bestaat over de aanvaardbaarheid van de hinderpaalkorting die zorgverzekeraars opnemen in de polissen voor de basisverzekering. De auteur verdedigt in hoofdstuk 4 het standpunt dat het, mede gelet op de positieve verplichting die voor de verdragstaten voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM, het primair op de weg van de wetgever zelf ligt om hier invulling aan te geven.

In vervolg op hoofdstuk 4 van het proefschrift staat in hoofdstuk 5 dan de deelvraag centraal in hoeverre de zorgaanbieder verplicht is de patiënt te informeren over de vergoeding die hij of zij ontvangt van zijn of haar zorgverzekeraar en specifiek of de zorgaanbieder gehouden is de patiënt te informeren over de juridische houdbaarheid van de hinderpaalkorting die door zorgverzekeraars in de polis is opgenomen. De conclusie van dit deel van het onderzoek luidt dat de informatieverplichting van de zorgaanbieders niet zover gaat dat zij de verzekerde hierover actief dient te informeren. Dat is primair een verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar. Verder wordt in

dit deel van het onderzoek geconcludeerd dat het hanteren door zorgverzekeraars van een generieke hinderpaalkorting in het algemeen, in beginsel onrechtmatig is.

In hoofdstuk 6 wordt onderzocht wat de gevolgen zijn van het recht op vrije artsenkeuze binnen het sociaal domein. Aangezien binnen het sociaal domein de hulpverleners veelal in dienst zijn van (jeugdhulp)aanbieders – wordt in dit hoofdstuk ook wel gesproken over het recht op vrije aanbiederskeuze.

Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein wordt gewaarborgd door middel van het persoonsgebonden budget (pgb). Op basis van het pgb ontvangt de cliënt een budget waarmee de zorg bij een niet-gecontracteerde aanbieder van voorkeur kan worden ingekocht. Dat roept vervolgens de vraag op of het hinderpaalcriterium analoog of via reflexwerking, ook rechtens te gelden geeft binnen het sociaal domein.

Uit de rechtspraak over de hoogte van het pgb volgt dat het pgb minimaal dient aan te sluiten bij de hoogte van het laagst gecontracteerde tarief. Indien een korting wordt toegepast ten aanzien van het laagst gecontracteerde dan zal de juridische houdbaarheid van deze korting ter discussie komen te staan omdat in de rechtspraak het criterium is ontwikkeld dat het uurtarief voor een pgb de betrokkene redelijkerwijs in staat dient te stellen om te komen tot zelfredzaamheid en participatie. Kortom, ook uit de rechtspraak binnen het sociaal domein volgt daarmee dat het pgb toereikend dient te zijn. Het is aan het college van burgemeester en wethouders, als verantwoordelijk bestuursorgaan voor de vaststelling van de pgb's, om dit in elk individueel geval te onderzoeken en te waarborgen.

Wanneer het sociaal domein wordt vergeleken met de Zvw valt evenwel op dat de waarborging van de keuzevrijheid binnen deze domeinen op een verschillende wijze is uitgewerkt. Binnen het sociaal domein is de keuzevrijheid louter gewaarborgd door middel van het pgb, dat kan worden ingezet voor alle jeugdhulpvoorzieningen en maatwerkvoorzieningen onder de Jeugdwet en Wmo 2015. Binnen de Zvw is het recht op vrije artsenkeuze gewaarborgd door middel van een keuze voor een restitutiepolis en voor verzekerden met een naturapolis op grond van artikel 13 lid 1 Zvw. Geconcludeerd kan worden dat zorgverzekeraars structureel in strijd handelen met dit artikel wanneer zij een generieke korting toepassen ten aanzien van het gemiddeld gecontracteerde tarief. Daarnaast volgt uit het onderzoek dat binnen het domein van de Zvw recentelijk ook het instrument van het pgb is geïntroduceerd. De reikwijdte van het pgb beperkt zich evenwel in omvang tot de inzet van dit instrument voor de inkoop door de verzekerde van wijkverpleegkundige zorg. Onduidelijk is wat het Zvw-pgb toevoegt aan de keuzevrijheid van de verzekerde – omdat het recht op vrije artsenkeuze reeds ligt verankerd in artikel 13 lid 1 Zvw. Het argument van de wetgever voor de introductie van het pgb binnen het Zvw, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, is vooral gelegen in de harmonisatie van het zorgstelsel, aangezien binnen de andere stelselwetten het pgb als instrument ook bestaat. Voorgaande overwegingen

zijn moeilijk te volgen, aangezien de uitwerking van het recht op vrije artsenkeuze en vrije aanbiederskeuze binnen het stelsel van de Nederlandse gezondheidszorg nog verre van geharmoniseerd is.

In hoofdstuk 7 is onderzocht op welke wijze het recht op vrije artsenkeuze is gewaarborgd binnen de langdurige zorg en hoe dit recht zich verhoudt tot artikel 8 lid 1 EVRM. Ook binnen de Wlz is het recht op vrije aanbiederskeuze – gewaarborgd door middel van het instrument van het pgb. Opvallend is daarbij dat het pgb in reikwijdte is beperkt en niet kan worden ingezet voor verblijfsinstellingen naar keuze. Het pgb kan alleen worden ingezet indien de cliënt de hulpverlening thuis laat leveren (extramuraal). Deze beperking van het recht op vrije aanbiederskeuze is naar het oordeel van de auteur vanuit juridisch perspectief niet goed te rechtvaardigen. Te meer nu in andere – vergelijkbare – stelselwetten de wetgever niet de keuze heeft gemaakt om het pgb op dit onderdeel te beperken. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis ook niet toegelicht waarom deze beperking – anders dan in de andere stelselwetten – is gerechtvaardigd. De verschillende afwegingen die zijn gemaakt binnen de stelselwetten zijn vanuit juridisch perspectief en het perspectief van de het recht op vrije artsenkeuze daarom inhoudelijk niet goed te volgen. Dit leidt tot de conclusie dat de Nederland als verdragsstaat op dit punt naar het oordeel van de auteur handelt in strijd met haar positieve verplichting op grond van artikel 8 EVRM om het recht op vrije artsenkeuze te waarborgen.

Hoofdstuk 8 handelt over het recht op vrije artsenkeuze binnen het gedwongen kader van de gezondheidszorg. Er is een groep personen die – vanwege beperkingen in hun geestelijke gezondheid – niet in staat zijn om zelf een keuze te maken voor zorgverlening. Indien dat noodzakelijk is binnen de daarvoor opgestelde wetten – namelijk de Wzd en de Wvzggz – kan aan deze personen gedwongen zorgverlening worden opgelegd. Het uitgangspunt van de ‘informed consent’ – inhoudende dat pas mag worden gestart met zorgverlening na de (geïnformeerde) toestemming van de cliënt – geldt niet voor deze patiëntencategorie. Het voorgaande roept de vraag op in hoeverre deze patiëntencategorie dan wel het recht heeft om te kiezen voor een arts of andere zorgaanbieder van zijn of haar keuze die de gedwongen zorg gaat verlenen.

Uit het onderzoek volgt dat het recht op vrije artsenkeuze binnen het gedwongen kader van de gezondheidszorg van groot belang is maar ook op diverse onderdelen ernstig knelt. Door de overheid wordt met het opleggen van gedwongen zorg immers een forse inbreuk gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel brengt mee dat juist bij deze groep personen beoordeeld moet worden of het recht op vrije artsenkeuze (het positieve keuzerecht) kan worden gewaarborgd. Indien de keuze van de patiënt niet wordt meegewogen bij de inzet van gedwongen zorg – kan de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht (het negatieve keuzerecht) niet worden gerechtvaardigd.

Indien bovenstaand kader wordt toegepast op de Wet zorg en dwang (Wzd) en Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) valt op dat de wetgever de keuzevrijheid van de cliënt onder de Wvggz – voor zover mogelijk – heeft willen waarborgen. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wvggz volgt ook dat dit is gedaan om de keuzevrijheid van de cliënt die besloten ligt in artikel 8 lid 1 EVRM, te waarborgen. Het bevreemdt om die reden dat de keuzevrijheid van de cliënt onder de Wzd dan toch in mindere mate is gewaarborgd. Het huidige onderscheid tussen de Wvggz en Wzd met betrekking tot het positieve keuzerecht van de patiënt is vanuit juridisch perspectief daarom naar het oordeel van de auteur niet goed houdbaar.

In hoofdstuk 9 zijn in aanvulling op hoofdstuk 4 enkele actuele ontwikkelingen beschreven.

Hoofdstuk 10 bevat de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek en enkele slotbeschouwingen. Er wordt geconcludeerd dat er goede aanknopingspunten zijn om te veronderstellen dat het recht op vrije artsenkeuze grondwettelijk is gewaarborgd en in het bijzonder is verankerd in artikel 8 lid 1 EVRM. Omdat het recht op vrije artsenkeuze daarmee onderdeel is van het fundamenteel rechtelijke kader en de constitutie is het zorgelijk dat dit fundamentele recht in haar uiteenlopende verschijningsvormen juridisch kwetsbaar is vormgegeven binnen het stelsel van de Nederlandse gezondheidszorg. Dit geldt in het bijzonder voor de uitwerking van dit recht binnen de Zvw voor verzekerden met een naturapolis en voor de Wlz, waar de keuzevrijheid is beperkt voor verzekerden om te kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze. Een belangrijke aanbeveling aan de wetgever die volgt uit het onderzoek is gericht op het zoveel mogelijk harmoniseren van de keuzevrijheid binnen de verschillende stelselwetten. In het verlengde hiervan is de aanbeveling geformuleerd aan de wetgever om het pgb nader te onderwerpen aan een kritische beschouwing. Het pgb is – zo volgt uit dit hoofdstuk – niet geschikt om de keuzevrijheid van de betrokkene binnen het gezondheidsstelsel te waarborgen. Naar het oordeel van de auteur zitten er voordelen aan om de contracteverplichting – bij wijze van maatovereenkomst – in het stelsel te introduceren als instrument om de keuzevrijheid van een patiënt in een individueel geval te waarborgen. Voor de overige aanbevelingen wordt verwezen naar hoofdstuk 10.