



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).

Het recht op vrije artskeuze binnen  
het Nederlandse zorgstelsel



**Bastiaan Wallage**

# **Het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse zorgstelsel**

**Proefschrift**

ter verkrijging van

de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,

op gezag van Rector Magnificus prof. dr. ir. drs. H. Bijl,

volgens het besluit van het College voor Promoties

te verdedigen op dinsdag 5 juli 2022

klokke 13.45 uur

door: Bastiaan Wallage

Promotor: Prof. mr. dr. A.C. Hendriks

Copromotor: Mr. dr. W.I. Koelewijn

**Promotiecommissie:**

Prof. mr. T. Barkhuysen

Prof. mr. G. Boogaard

Mr. dr. drs. M. Sombroek-van Doorm

Prof. dr. M.C. de Vries

Prof. dr. J. Legemaate (Universiteit van Amsterdam)

Prof. mr. dr. J.G. Sijmons (Universiteit Utrecht)

Prof. dr. B.C.A. Toebes (Rijksuniversiteit Groningen)

© B. Wallage, 2022.

Deze uitgave werd verzorgd door Berghauser Pont Publishing.



Voor Dagmar en Seth



# Inhoud

## Hoofdstuk 1:

Inleiding	1
De geschiedenis van het recht op vrije artsenkeuze: ‘de ontwikkeling van artsenbelang naar een patiëntenrecht’	1
Het recht op vrije artsenkeuze: een grondrecht?	4
De Nederlandse constitutie	6
Het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen	6
Het belang van het recht op vrije artsenkeuze voor de patiënt	7
Het onderscheid tussen de (solistische) hulpverlener en de (zorg)aanbieder	8
Doel en reikwijdte van het onderzoek	9
Onderzoeksvragen	9
Onderzoeksmethoden en terminologie	9
Beperkingen	10
Indeling van het proefschrift	12

## DEEL A: HET RECHT OP VRIJE ARTSENKEUZE: EEN GRONDRECHT?

### Hoofdstuk 2:

Vrije artsenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?	17
Inleiding	17
Vraagstelling	18
Een definitiebepaling	19
Vrije artsenkeuze binnen de Nederlandse constitutie	20
Vrije artsenkeuze: de verplichtingen van de overheid en de zorgverzekeraars	30
Conclusie	34

## DEEL B: DE GEVOLGEN VAN HET RECHT OP VRIJE ARTSENKEUZE VOOR HET NEDERLANDSE GEZONDHEIDSSTELSEL

### Hoofdstuk 3:

Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: ‘van het kastje naar de muur?’	39
Inleiding	39
De stelselwetten	41
Van het kastje naar de muur?	48
De rechtspraktijk	49
De positie van het CIZ	51
Conclusie en aanbeveling	54



#### **Hoofdstuk 4: De Zorgverzekeringswet**

De Staat waarborgt het recht op vrije artskeuze onvoldoende	55
Inleiding	55
De zorgverzekeringsmarkt en het recht op vrije artskeuze	56
De uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019	59
Artikel 13 lid 1 Zvw: een schending van het recht op vrije artskeuze?	61
Conclusie en aanbeveling	63

#### **Hoofdstuk 5:**

De informatieverplichting van de zorgaanbieder: een wettelijke verplichting?	67
Inleiding	67
De informatieplicht op grond van de geneeskundig behandelingsovereenkomst	67
De informatieplicht op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg	69
De informatieplicht volgens de NZa	70
Conclusie	72

#### **Hoofdstuk 6: het sociaal domein**

Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium	75
Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein	76
Het pgb: zorgverlening door een niet-gecontracteerde aanbieder	77
De hoogte van het pgb – een vergelijking met het hinderpaalcriterium	80
Conclusie	86

#### **Hoofdstuk 7: De Wet langdurige zorg**

Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg	89
Het keuzerecht van de cliënt	90
Keuzevrijheid binnen de langdurige zorg	91
Een vergelijking met de Zorgverzekeringswet	94
Een vergelijking met het sociaal domein	98
Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht?	99
Slotbeschouwing en aanbevelingen	102

## DEEL C: HET RECHT OP VRIJE ARTSENKEUZE BIJ GEDWONGEN ZORG

### Hoofdstuk 8:

Het recht op vrije artsenkeuze bij gedwongen zorg: 'kiezen zonder keuze?'	107
Het zelfbeschikkingsrecht en gedwongen zorg	109
Het recht op vrije artsenkeuze bij gedwongen zorg	111
Keuzevrijheid op grond van de Wvvgz en de Wzd	113
Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht	116
Conclusie en aanbevelingen	120

### Hoofdstuk 9:

Actualiteiten	123
---------------	-----

### Hoofdstuk 10:

Conclusies en aanbevelingen	129
Introductie	129
Het belang van het recht op vrije artsenkeuze	130

### Addendum:

Samenvatting	145
Literatuurlijst	151
Afkortingen	169
Summary (Engelse samenvatting)	170
Curriculum vitae	175



# Hoofdstuk 1:

## Inleiding: De ontwikkeling van het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse zorgstelsel

### De geschiedenis van het recht op vrije artskeuze: ‘de ontwikkeling van artsbelang naar een patiëntenrecht’

Aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw kende het Nederlandse zorgstelsel verzekeringsregimes. De burgers die het konden betalen en die voldoende vermogend waren konden gebruik maken van particuliere zorgverzekeringen.<sup>1</sup> De burgers met weinig financiële draagkracht konden op grond van de Armenwet gebruik maken van de gemeentelijke armenzorg.<sup>2</sup> De minvermogenden, de middelste groep, konden gebruik maken van ziekenfondsen.<sup>3</sup> De ziekenfondsen waren op dat moment nog niet van overheidswege gereguleerd en het betroffen private initiatieven. Pas sinds het wetgevingsprogramma van de jaren 60 is de overheid aangevangen met de regulering van gezondheidsvoorzieningen op basis van een samenhangend stelsel van gezondheidswetgeving.<sup>4</sup> De eerste stelselwetten binnen de gezondheidszorg waren: De Gezondheidswet (1956), de Ziekenfondswet (1964) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (1967). Het wetgevingsstelsel functioneerde vanaf dat moment als vehikel voor de overheid om haar doelstellingen voor de gezondheidszorg te bereiken en als belichaming van het publieke belang van het recht op kwalitatief goede, geografisch bereikbare en financieel toegankelijke gezondheidszorg.<sup>5</sup> Uiteindelijk hebben de laatste ingrijpende stelselwijzigingen van 2006 en 2015 ons gebracht bij het stelsel dat wij vandaag de dag kennen. In dit stelsel heeft de overheid juist qua regulering een stap terug willen doen en heeft een systeem geïntroduceerd waarin marktdenken, privatisering en deregulering centraal staan.<sup>6</sup>

Waar vandaag de dag marktdenken en het idee van de patiënt als kritisch kiezende consument haast niet meer weg te denken is uit het stelsel van de gezondheidszorg, was daarvan in het oorspronkelijke systeem – zoals dat functioneerde voor de voornoemde stelselwijzigingen – in het geheel geen sprake. Hoewel ziekenfondsen destijds private initiatieven waren, hadden de daarbij aangesloten verzekerden op dat moment geen volledige keuzevrijheid. Sterker nog, de vrije artskeuze bleek in de praktijk nauwelijks gerealiseerd.<sup>7</sup> Artsen waren aan meerdere fondsen verbonden, of fondsen hadden maar één arts. Bovendien bestonden er veel regionale verschillen. Een en

1 De Vries 2001 *Gst.* 2001 afl. 7150, 5.

2 De Vries 2001 *Gst.* 2001 afl. 7150, 5.

3 Bertens & Huisman, *NTVG* 2016/160.

4 Sijmons, 2011, p. 19-20

5 Sijmons, 2011, p. 19-20.

6 Sijmons, 2011, p. 19-20.

7 Companje 1997.

ander stuitte op kritiek van artsen omdat zij bang waren dat zij als gevolg hiervan met elkaar moesten concurreren om een contract met de ziekenfondsen af te kunnen sluiten.<sup>8</sup> De angst voor het marktdenken – waarin concurrentie en vrije artsenkeuze vandaag de dag juist een elementaire rol spelen – vormde toentertijd de primaire drijfveer voor artsen om aan te dringen op een stelselwijziging gericht op het elimineren van de voornoemde regionale verschillen die voortvloeiden uit het systeem.

Om concurrentie te voorkomen en met het oog op de kritiek op het toentertijd bestaande systeem nam de ‘Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst’ (hierna: ‘NMG’, thans: ‘KNMG’) in 1912 een voor de leden bindend besluit.<sup>9</sup> Hierin was bepaald dat de leden van de NMG (de artsen) alleen hun medewerking aan een ziekenfonds mochten verlenen wanneer dit ziekenfonds een volledige vrije artsenkeuze zou garanderen, wat er op neer kwam dat de ziekenfondsen alle “*te goeder naam en faam*” bekendstaande artsen desgewenst een contract dienden aan te bieden.<sup>10</sup>

Het besluit van de NMG leidde tot een volledige vrije artsenkeuze voor verzekerden die waren aangesloten bij een ziekenfonds. De ziekenfondsen hadden immers de facto geen keuze om een bij de NMG aangesloten arts een contract te weigeren. In dat geval zouden alle artsen van de NMG ingevolgt het besluit niet langer samenwerken met het betreffende ziekenfonds, hetgeen betekende dat de betreffende ziekenfondsverzekerden in dat geval verstoken van zorg dreigde te blijven. Het besluit van de NMG leidde ertoe dat een patiënt, die zorg wilde afnemen van een arts die geen contract met het ziekenfonds had, het ziekenfonds kon dwingen om een contract aan de arts aan te bieden, zodat de gewenste zorg bij zijn arts van voorkeur kon worden afgenomen.

Voorafgaand aan het besluit van de NMG in 1912 voerde de NMG overleg met voormalig minister van VWS Talma en de Raad van State in een poging het gezondheidsstelsel aangepast te krijgen.<sup>11</sup> Schreve, een arts die destijds namens de NMG bij deze gesprekken betrokken was, kon de minister en de Raad van State niet overtuigen tot invoering van een volledige vrije artsenkeuze.<sup>12</sup> Om die reden besloten veertig medische hoogleraren een brief aan de Tweede Kamer te sturen.<sup>13</sup> In deze brief werd kritiek geuit op het zorgstelsel en de concurrentie tussen artsen (zonder contracteerverplichting):

8 Companje 2008.

9 Companje 2001, p. 35.

10 Festen 1974, p. 337 e.v.

11 NMG, inv.no. 22, vergadering van 26 mei 1912. ‘Handelingen van de drie-en-zestigste algemeene vergadering te Den Haag’, p. 508-509.

12 NMG, inv.no. 22, vergadering van 26 mei 1912. ‘Handelingen van de drie-en-zestigste algemeene vergadering te Den Haag’, p. 508-509.

13 NMG, inv.no. 22, vergadering van 31 maart 1912. Afdeling Volksgezondheid, inv. no. 512, NMG-adres, 3 april 1912. H.C. van der Hoeven, *Voor elkaar. De ziekenfondsen temidden van de sociale veranderingen*, Utrecht 1963/54.

*“In een fonds, waarin de verzekerden de heerschappij voeren, dreigt het streven op de voorgrond te komen, tegen minimale bijdragen der leden maximale geneeskundige diensten te verkrijgen zonder meer. Daarbij zouden de vrijheid, de onafhankelijkheid en de invloed van de arts, de dienaar van het fonds, gefnuikt worden”<sup>14</sup>.*

Deze maatschappelijke discussie leidde uiteindelijk tot het besluit van de NMG in 1912, waarmee de vrije artsenkeuze voor de patiënt door de artsen zelf werd afgedwongen bij de ziekenfondsen.

Opvallend is dat de aanleiding van deze ‘afgedwongen’ keuzevrijheid, zoals tevens volgt uit de hiervoor voornoemde brief van de hoogleraren, niet gelegen was in de vormgeving van patiëntenrechten maar is geïntroduceerd om te voorkomen dat artsen met elkaar moesten gaan concurreren.<sup>15</sup> Van een (patiënten)recht om een eigen hulpverlener te mogen kiezen was zodoende (nog) geen sprake. Dit blijkt ook uit het gegeven dat voor de patiënten die onder de Armenwet vielen een dergelijke keuzevrijheid niet bestond.<sup>16</sup> Bertens en Huisman betogen: *“de artsenkeuze – door velen beschouwd als een recht van de individuele patiënt – is bij uitstek het instrument waarmee artsen zich een stevige machtspositie in het 20e-eeuwse zorgsysteem hebben verschaft”*.<sup>17</sup> In 1941 en in 1946 werd de door de artsen afgedwongen contracteerplicht voor ziekenfondsen ook door de wetgever gecodificeerd in het Ziekenfondsbesluit respectievelijk de Ziekenfondswet.<sup>18</sup>

Pas een kleine vijftig jaar later heeft het tweede kabinet-Lubbers op grond van de voorstellen van de Commissie Structuur en Financiering gezondheidszorg in 1988 de basisverzekering tegen ziektekosten geïntroduceerd.<sup>19</sup> Daarop volgend werd in 1992 de contracteerplicht jegens individuele zorgverleners voor ziekenfondsen afgeschaft<sup>20</sup> en zijn de in de Wet tarieven gezondheidszorg opgenomen vaste tarieven voor beroepsbeoefenaren vervangen door maximum-, minimum- of gemiddelde tarieven.<sup>21</sup> Met de ingang van 1 januari 2004 is het wettelijk mogelijk gemaakt om de (omgekeerde) contracteerplicht in de Zfw voor groepen van dbc’s gefaseerd af te schaffen.<sup>22</sup> Ten opzichte van zorginstellingen is de contracteerplicht onder de Ziekenfondswet tot en met 2006 blijven bestaan.<sup>23</sup>

Het plan van het tweede kabinet-Lubbers was dat er een basisverzekering zou worden geïntroduceerd, zonder daarbij rekening te houden met inkomen en/of vermogen, en dat deze basisverzekering zou moeten worden uitgevoerd door daartoe

14 Companje 2001, p. 284.

15 Bertens & Huisman, *NTVG* 2016/160 en Hendriks, Veraghtert & Wildershoven 2009.

16 Van der Ven 2015.

17 Bertens & Huisman, *NTVG* 2016/160.

18 Hamilton, *TvGR* 2002/26, p. 142-162.

19 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987.

20 *Stb.* 1991, 584.

21 Zie de huidige Wet Marktordening Gezondheidszorg.

22 *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, 3, p. 3.

23 Leenen e.a. 2020, p. 785 e.v.

toegelaten zorgverzekeraars, die in onderlinge concurrentie zouden gaan opereren.<sup>24</sup> Met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw') in 2006 is uiteindelijk aan dit plan uitvoering gegeven.<sup>25</sup>

Met de beperking en de gefaseerde afschaffing van de contracteerverplichting in 1992, 2004 en 2006 is de keuzevrijheid van de patiënt gedeeltelijk afgenomen, aangezien de zorgverzekeraars, in tegenstelling tot de ziekenfondsen, onder de Zvw niet langer verplicht waren om met elke zorgaanbieder te contracteren. De ratio achter de contracteerverplichting zag echter onder andere op de wens van artsen om niet met elkaar te hoeven concurreren. De wetgever heeft met de inwerkingtreding van de Zvw in 2006 bewust gekozen voor een systeem dat concurrentie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders in de zorg stimuleert. De (omgekeerde) contracteerplicht was een instrument van het aanbodgerichte stelsel en zou niet passen in het door concurrentie gedreven vraaggerichte stelsel.<sup>26</sup> De contracteerverplichting is dan ook logischerwijs komen te vervallen.<sup>27</sup> De wetgever gaat ervan uit dat door het organiseren van gereguleerde competitie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders kostenstijgingen afgeremd worden, doordat met name doelmatigheid, kostenefficiëntie en prijsconcurrentie worden gestimuleerd. De zorgkosten stegen harder dan de economische groei en het organiseren van competitie werd gezien als instrument om deze stijgingen te beheersen.<sup>28</sup> De gedachte van de wetgever hierbij is dat zorgverzekeraars in onderlinge concurrentie zich actiever dienen in te spannen om voor hun verzekerden een gunstige prijs/prestatieverhouding bij zorgaanbieders te bedingen door selectief zorg in te kopen.<sup>29</sup> Voorts hebben zorgverzekeraars er een belang bij om doelmatige zorg aan hun verzekerden te leveren, om zodoende kosten te besparen. De gereguleerde marktwerking in de zorg dient met de inwerkingtreding van de Zvw te leiden tot een efficiënter zorgstelsel.<sup>30</sup> Dat gaat sinds de inwerkingtreding van de Zvw gedeeltelijk ten koste van de keuzevrijheid van de patiënt.

### 1.1 Het recht op vrije artskeuze: een grondrecht?

Overheidswaarborgen voor en regulering van een stelsel van gezondheidszorg reiken terug tot het grondwettelijk recht op gezondheidszorg ex. art. 22 Gw.<sup>31</sup> Hoewel dat recht niet expliciet voortvloeit uit de formulering van dit artikel, is in de Volksgezondheidsnota 1996 en de Structuurnota 1974 door de overheid voor het eerst richting en invulling gegeven aan de uitleg van art. 22 Gw.<sup>32</sup> Sedertdien komt de uitleg van art. 22 Gw aldus neer op het recht op kwalitatief goede, geografisch bereikbare en financieel

24 Companje 2008.

25 Schooneveld, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 3-16.

26 *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, 3, p. 3.

27 Meulemans, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 61-79.

28 Meulemans, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 61-79.

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3.

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3.

31 Sijmons, 2011, p. 19.

32 Sijmons, 2011, p. 19.

toegankelijke gezondheidszorg.<sup>33</sup> Het recht op gezondheid is ook op basis van het internationaal recht gewaarborgd. Zo is het recht op gezondheid o.a. uitgewerkt in art. 12 van het ‘Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR)’. Alhoewel de bepalingen uit het IVESCR niet rechtstreeks doorwerken binnen de Nederlandse rechtsorde valt te betogen dat onder het recht op gezondheid; ook het recht op vrije artskeuze is inbegrepen.<sup>34</sup> In een zogenoemde ‘General Comment’ worden verdragsartikelen nader toegelicht. In de General Comment bij artikel 12 van het EVESCR worden basisprincipes van het recht op gezondheid uitgewerkt.<sup>35</sup> Dit betreffen de principes: ‘Availability, Accessibility, Acceptability and Quality’. In de General Comment wordt het recht op gezondheid breed uitgelegd. Vooral het basisprincipe ‘acceptability’ is met betrekking tot het recht op vrije artskeuze relevant. Zo staat in de General Comment:

*“All health facilities, goods and services must be respectful of medical ethics and culturally appropriate, i.e. respectful of the culture of individuals, minorities, peoples and communities, sensitive to gender and life-cycle requirements, as well as being designed to respect confidentiality and improve the health status of those concerned”.*

Het recht op gezondheid speelt echter niet als enige grondrecht een rol in het kader van het recht op vrije artskeuze. Naast de invulling van het recht op gezondheid wordt het recht van de patiënt om zelf de arts van zijn of haar voorkeur te kiezen in de literatuur regelmatig beschreven als een ‘afgeleide’ van het recht op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking.<sup>36</sup> Het zelfbeschikkingsrecht in de zorg is vaak onderwerp van juridische discussies en is diverse malen erkend in de rechtspraak.<sup>37</sup> Het gezondheidsrecht als zelfstandig rechtsgebied is vanaf de jaren zeventig gericht op het beschermen en het bevorderen van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>38</sup> Binnen het gezondheidsrecht wordt het zelfbeschikkingsrecht geassocieerd met twee vormen van vrijheid.<sup>39</sup> Enerzijds vrijheid ter bescherming tegen inbreuken door anderen op het leven en de lichamelijke en geestelijke integriteit (‘bescherming tegen c.q. vrijheid van’), ook wel het negatief keuzerecht genoemd, en anderzijds keuzevrijheid en zelfontplooiing (‘vrijheid tot’), ook wel het positief keuzerecht genoemd. Dit onderscheid sluit aan bij de visie van de filosoof Isaiah Berlin, die schreef over positieve en negatieve vrijheid.<sup>40</sup> Op basis van de positieve vrijheid komen auteurs tot het betoog dat

33 Ziek ook Leenen & Roscam Abbing 1986, p. 19 en Sijmons 2006, p. 43-50.

34 Van der Pot 2006, p. 272-273; Kooijmans 2008, nr. 5.2.

35 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12).

36 Hulst, *TGMA* 2014/28. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. T.M. Schalken en PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266.

37 J. Legemaate, ‘Het zelfbeschikkingsrecht: een oud debat in nieuw licht’, *TvGR* 2004, afl. 1.3.

38 ZonMw 2013, p. 33 en Leenen e.a. 2007, p. 37.

39 ZonMw 2013, p. 33 en Leenen e.a. 2007, p. 37.

40 Berlin 1958. Zie ook: Hooghiemstra & Gerards, *P&I* 2010/2, p. 65-71.



elke begrenzing van de persoonlijke levenssfeer – bijvoorbeeld door de overheid – een ongeoorloofde beperking is van de vrije ontwikkeling van een individu.<sup>41</sup>

Het zelfbeschikkingsrecht is, net zoals het recht op vrije artsenukeuze, niet expliciet vastgelegd in wet- en regelgeving of verdragen. Wel is het zelfbeschikkingsrecht in rechtspraak en literatuur als grondrecht erkend.<sup>42</sup>

Het recht op vrije artsenukeuze is in een eeuw tijd zodoende van kleur verschoten; in het huidige rechtstelsel kan het recht op vrije artsenukeuze worden gezien als individueel keuzerecht van de patiënt. In dit onderzoek richt ik mij op de vraag wat de juridische basis is van het recht op vrije artsenukeuze, of dit een onderdeel vormt van de Nederlandse constitutie en wat dit recht in de rechtspraak betekent voor diverse onderdelen van het Nederlandse gezondheidsstelsel.

## 1.2 De Nederlandse constitutie

In dit proefschrift staat onder andere de vraag centraal of het recht op vrije artsenukeuze grondwettelijk is beschermd en daarmee is beschermd op basis van de Nederlandse constitutie. Dat roept de vraag op wat hier precies onder wordt verstaan.

De Nederlandse constitutie omvat niet alleen de Nederlandse Grondwet maar bestaat o.a. ook uit het Statuut<sup>43</sup>, internationale verdragen<sup>44</sup> en het gewoonterecht.<sup>45</sup> Voor het onderhavige onderzoek is van belang dat ook door Nederland geratificeerde mensenrechtenverdragen – waaronder het EVRM – onderdeel uitmaken van de Nederlandse constitutie. Hetzelfde geldt voor het constitutionele recht van de Europese Unie, waaronder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.<sup>46</sup> Nederland heeft in dat kader een gematigd monistisch stelsel, waarbij internationaal recht in beginsel voorrang heeft op nationaal recht.<sup>47</sup>

## 1.3 Het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen

In het kader van het onderhavige onderzoek is van belang dat grondrechten zowel negatieve als positieve verplichtingen voor de staat met zich meebrengen. Van oudsher omvatte een grondrecht vooral een negatieve verplichting; inhoudende de verplichting van de staat om zich te onthouden om een bepaalde gedraging te verrichten.<sup>48</sup> Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat op basis van grondrechten de staat ook

41 Zie Gutwirth 1998, p. 45-54 en 62-63; De Hert & Gutwirth, *Panopticon* 1998, p. 279-285; De Hert 1998, p. 68-84; Blok, *NTM/NJCM-bull.* 2004/1, p. 31.

42 EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, *NJCM-Bulletin* 2007, p.497, m.nt. A.C. Hendriks; *EHRC* 2007/70, m.nt. H.L. Janssen (*Tysiac/Polen*), Zie ook EHRM 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905, *NJ* 2007/459, m.nt. J. de Boer; *NJCM-Bulletin* 2007, p. 872, m.nt. M. Kütke & M. Turvey (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

43 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden

44 Zie de artikelen 93 en 94 Gw.

45 Zie bijvoorbeeld: Van Emmerik, *RM Themis* 2008/4, p. 145-161 en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2021.

46 Zie ook: Boogaard, *NJB* 2021/2599 en Boogaard, *NJB* 2013/2112.

47 Boogaard, *NJB* 2013/2112. Zie ook: HR 3 maart 1919, ECLI:NL:HR:1919:126, *NJ* 1919, p. 371.

48 Zie bijvoorbeeld: EHRM 18 januari 2007, nr. 45983/99.

actief dient te handelen ter voorkoming van inbreuk op grondrechten; dit worden positieve verplichtingen genoemd.<sup>49</sup>

#### 1.4 Het belang van het recht op vrije artsenkeuze voor de patiënt

De patiënt is veelal niet in staat om op inhoudelijke gronden, zoals kwaliteit, een weloverwogen afweging te maken door welke zorgverlener hij wenst te worden behandeld. De patiënt is immers slechts beperkt in staat om de deskundigheid en de kwaliteit van de door de hulpverlener geleverde zorg te beoordelen.<sup>50</sup> Bovendien is er soms sprake van spoed – dan is er geen of nauwelijks tijd om te kiezen. In de meeste gevallen is die spoed er niet en is het van belang dat de patiënt ook op andere gronden, de mogelijkheid heeft vrij te kiezen voor zijn zorgverlener, bijvoorbeeld omdat de patiënt in het bijzonder vertrouwen heeft in deze zorgverlener. Hulst geeft een aantal voorbeelden en omstandigheden waarin dit vertrouwen in het bijzonder van belang is.<sup>51</sup> Zo benoemt hij de situatie waarin ouders ontevreden zijn over een ziekenhuis en om die reden naar een andere zorgaanbieder willen gaan.<sup>52</sup> Indien het vertrouwen in de behandelend arts ontbreekt, is het van groot belang voor de patiënt om naar een andere arts te kunnen gaan. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan is het risico aanwezig dat de patiënt in het geheel geen behandeling ondergaat, dan wel een behandeling ondergaat bij een arts door wie hij liever niet behandeld wenst te worden. Indien de patiënt een behandeling niet ondergaat omdat de door hem gewenste zorg bij de arts van voorkeur niet kan worden afgenomen, levert dit op individueel niveau een risico op voor de gezondheid van de patiënt en mogelijk zijn omgeving. Op maatschappelijk collectief niveau vormt dit een potentieel risico voor de volksgezondheid. In dat kader wordt ook gewezen op de rechtspraak van het EHRM, waarin door het Hof dit belang van de toegang tot de volksgezondheid in het kader van artikel 8 lid 1 EVRM wordt benadrukt.<sup>53</sup> Daarbij wordt opgemerkt dat het in deze zaak ging om de bescherming van medische gegevens (het beroepsgeheim) en niet over het recht op vrije artsenkeuze. Het EHRM oordeelt in deze uitspraak: *“It is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general. Without such protection those in need of medical assistance may be deterred, when revealing such information of a personal and intimate nature as may be necessary in order to receive the appropriate treatment, from seeking such assistance thereby endangering their own health but, in the case of transmissible diseases, that of the community. The domestic law must therefore afford appropriate*

49 Zie bijvoorbeeld: EHRM 18 januari 2007, nr. 45983/99.

50 Zie bijvoorbeeld: Tichem en Sauter, *M&M* 2017, afl. 3, p. 88-97 en W. de Groot, Prijslijst CZ gaat over tweemaal heel weinig, zorgvisie: <https://www.zorgvisie.nl/blog/prijslijst-cz-gaat-over-tweemaal-heel-weinig/>.

51 Hulst, *TGMA* 2014/28.

52 Kind en ziekenhuis 1994.

53 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93.

*safeguards so there may be no such communication or disclosure of personal health data as may be inconsistent with the guarantees of Article 8 of the Convention”.*

Deze redenering kan worden doorgetrokken naar het recht op vrije artskeuze.<sup>54</sup> Cruciaal is immers volgens het EHRM dat de patiënt vertrouwen heeft in de medisch professional en de gezondheidszorg in het algemeen. Waarbij – zoals hiervoor overwogen – een ondermijning van dit vertrouwen eraan in de weg kan staan dat een patiënt een behandeling ondergaat, met zowel risico's en gevolgen op individueel als op collectief niveau.

### 1.5 Het onderscheid tussen de (solistische) hulpverlener en de (zorg)aanbieder

Het recht op vrije artskeuze houdt primair het recht van de patiënt in om te kunnen kiezen voor een arts of andere hulpverlener naar voorkeur. De ratio hierachter is dat met deze arts of hulpverlener zeer gevoelige medische informatie kan worden gedeeld en de patiënt om die reden het vertrouwen moet hebben in de hulpverlener, zodat door de patiënt ook daadwerkelijk zorg wordt afgenomen indien dat nodig is. Indien dat een drempel vormt, betekent dit dat ook de toegang tot de gezondheidszorg en daarmee de volksgezondheid op collectief niveau in het geding komt.

Binnen het huidige gezondheidsstelsel wordt echter door zorginkopende organisaties (de zorgverzekeraar onder de Zvw, het zorgkantoor onder de Wlz en de gemeenten onder de Jeugdwet en Wmo 2015) niet uitsluitend gecontracteerd met solistische artsen en/of hulpverleners, maar wordt de zorgverlening veelal verleend door (zorg)aanbieders en wordt door de voornoemde zorginkopende organisaties met deze aanbieders gecontracteerd. De artsen en/of hulpverleners zijn bij deze (zorg)aanbieders in dienst of zijn anderszins aan deze organisaties verbonden. Door (zorg)aanbieders worden de artsen en/of hulpverleners dan ingezet om de zorg respectievelijk hulpverlening op grond van voornoemde wetten te kunnen leveren. Het recht op vrije artskeuze houdt in dat geval dan ook in het recht voor de hulpbehoevende patiënt om te kunnen kiezen voor een (zorg)aanbieder naar keuze. Daarbij wordt er in dit onderzoek vanuit gegaan dat deze (zorg)aanbieder expliciet rekening houdt met de keuze van de zorgbehoevende.

Zonder keuzemogelijkheid voor een (zorg)aanbieder bestaat er in het huidige zorgstelsel ook geen mogelijkheid voor de patiënt om te kunnen kiezen voor een arts en/of andere hulpverlener naar keuze. In dit onderzoek wordt er dan ook vanuit gegaan dat het recht op vrije artskeuze ook inhoudt het recht van de patiënt om te kunnen kiezen voor een (zorg)aanbieder naar keuze.

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld: EHRM 29 september 2005, nr. 24919/03, *NJB* 2005/662, *GJ* 2005/124, m.nt. A.C. Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 529, m.nt. C. Kelk, *EHRC* 2005/111 (*Mathew t. Nederland*).

## 1.6 Doel en reikwijdte van het onderzoek

In dit onderzoek ligt de focus op de vraag wat de juridische grondslag is van het recht op vrije artsenkeuze en of dit recht onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie, in het bijzonder het zelfbeschikkingsrecht, en wat hiervan de juridische consequenties kunnen zijn voor verschillende onderdelen van het Nederlandse gezondheidsstelsel. De onderliggende hypothese van mijn onderzoek is dat het recht op vrije artsenkeuze daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie.

Het onderzoek richt zich op Nederland waarbij ik met name de rol en de verantwoordelijkheden van de Nederlandse overheid met betrekking tot de waarborging van het recht op vrije artsenkeuze onderzoek en tevens de gevolgen hiervan in kaart breng voor andere actoren binnen het gezondheidsstelsel. Om de vraag te beantwoorden in hoeverre het recht op vrije artsenkeuze onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie en wat hiervan de gevolgen zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel komen de volgende onderzoeksvragen aan de orde:

### 1.6.1 Onderzoeksvragen

1. Wat is de juridische grondslag van het recht op vrije artsenkeuze en in hoeverre maakt het recht op vrije artsenkeuze onderdeel uit van de Nederlandse constitutie?
2. Uit welke stelselwetten bestaat het Nederlandse gezondheidsstelsel?
3. In hoeverre is het recht op vrije artsenkeuze respectievelijk aanbiederskeuze gewaarborgd voor verzekerden die zijn aangewezen op verzekerde zorg onder de Zorgverzekeringswet?
4. In hoeverre is het recht op vrije artsenkeuze respectievelijk aanbiederskeuze gewaarborgd voor cliënten die zijn aangewezen op hulpverlening op grond van de Jeugdwet en Wmo 2015?
5. In hoeverre is het recht op vrije artsenkeuze respectievelijk aanbiederskeuze gewaarborgd voor verzekerden die zijn aangewezen op verzekerde zorg onder de Wet langdurige zorg?
6. In hoeverre hebben cliënten die vanwege hun beperkingen en/of stoornissen – de facto – geen eigen keuze meer kunnen maken om zorg te ontvangen, het recht om te kiezen voor een arts respectievelijk zorgaanbieder naar keuze?

## 1.7 Onderzoeksmethoden en terminologie

Deze studie omvat één centrale onderzoeksvraag, die is onderverdeeld in meer specifieke vragen die in de hoofdstukken van dit proefschrift zullen worden beantwoord. De hoofdstukken zijn gepubliceerd uiteenlopende juridische tijdschriften.

Op basis van een literatuurstudie, bestudering van de wetgeving, de daarbij behorende parlementaire geschiedenis en jurisprudentieonderzoek, definieer ik in dit proefschrift het recht op vrije artsenkeuze en analyseer ik wat de juridische grondslag is van dit recht en of dit recht onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie. Aan

de hand van een vergelijking tussen de verschillende stelselwetten die onderdeel uitmaken van het Nederlandse gezondheidsstelsel onderzoek ik vervolgens of het recht op vrije artsenkeuze in het Nederlandse gezondheidsstelsel is gewaarborgd. Met de term stelselwetten wordt in dit onderzoek bedoeld, de verschillende wetten waaruit voor de patiënt zorgaanspraken voortvloeien. Aan de hand van voornoemd onderzoek kom ik in dit proefschrift tot conclusies en aanbevelingen, die relevant zijn voor de rechtspraak.

In het kader van het relevante recht van de Raad van Europa en de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), die het recht op vrije artsenkeuze mogelijk reguleren, richt het onderzoek zich primair op artikel 8 lid 1 EVRM over het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en het daaraan ten grondslag liggende zelfbeschikkingsbeginsel.

In dit onderzoek wordt veel aandacht besteed aan de overwegingen die de nationale wetgever ten grondslag heeft gelegd aan de waarborging van de keuzevrijheid van de patiënt, aangezien dit – zoals zal worden uiteengezet in de hoofdstukken van dit proefschrift – relevant is in het kader van de beoordeling door het EHRM van artikel 8 lid 2 EVRM, dat mogelijkheden biedt om artikel 8 lid 1 EVRM te beperken. Het EVRM is bepalend voor het rechtssysteem van Nederland vanwege het feit dat volgens de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet het EVRM – in geval van een conflict – voorrang heeft boven het Nederlandse recht. Bovendien verbiedt artikel 120 van de Nederlandse Grondwet nationale rechters om de grondwettigheid van nationale wetten te beoordelen. Aangezien de rechter nationale wetten wel mag toetsen aan het EVRM, is dit verdrag in tegenstelling tot de Grondwet van grote waarde voor de rechtsonwikkeling van de Nederlandse rechtsorde.

In dit onderzoek wordt de patiënt ook wel de cliënt genoemd of de betrokkene. Deze definities worden in dit onderzoek door elkaar gehanteerd, waarbij wordt aangesloten bij de definitie zoals die in een specifieke stelselwet wordt gebruikt. Het gaat bij deze definities altijd om degene (de natuurlijke persoon) die de zorg en hulpverlening ontvangt van de arts (solistische hulpverlening) en/of zorgaanbieder.

## 1.8 Beperkingen

Dit onderzoek is beperkt tot het Nederlandse gezondheidsstelsel en de (door)werking van het recht op vrije artsenkeuze binnen dit rechtssstelsel. In dit proefschrift ligt de focus op de doorwerking van de rechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM – in bijzonder het zelfbeschikkingsrecht – binnen het Nederlandse rechtssstelsel.

Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie wordt slechts beperkt besproken, aangezien de bepalingen van het voornoemde handvest in beginsel alleen van toepassing zijn als de instellingen van de Europese Unie, dan wel de lidstaten, het Europees recht ten uitvoer brengen. Aangezien het stelsel van de gezondheidszorg

primair een nationale aangelegenheid betreft,<sup>55</sup> ligt de focus in dit proefschrift op de doorwerking van het EVRM.

Daarbij wordt in de parlementaire geschiedenis van de Zvw<sup>56</sup> door de wetgever een link gelegd tussen enerzijds het recht op vrije artskeuze (in de vorm van het hinderpaalcriterium) en anderzijds de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: ‘Hof van Justitie’).<sup>57</sup> In de memorie van toelichting staat hierover: “Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij zij hun zorg bij gecontracteerde zorgaanbieders moeten inroepen, hebben de mogelijkheid toch te kiezen voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het doet er daarbij niet toe of die zorgaanbieder zijn diensten binnen Nederland aanbiedt of daarbuiten. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een verzekerde een specifieke medische behandeling beslist wil laten verrichten door een bepaalde arts die geen overeenkomst heeft gesloten met zijn zorgverzekeraar. Omdat de verzekerden daarmee een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorg in beginsel al had ingekocht, zullen zij niet het volledige bedrag dat de zorgaanbieder in rekening brengt, gerestitueerd krijgen. De precieze vormgeving van die korting wordt overgelaten aan de zorgverzekeraar. De omvang ervan mag op grond van de overwegingen van het Europese Hof van Justitie in de zaak Müller/Fauré niet zodanig groot zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van zorg bij een niet in loondienst zijnde of niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder”.<sup>58</sup>

Uit het voornoemde arrest van het Hof van Justitie volgt dat het vrije verkeer van diensten van artikel 56 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: ‘VWEU’) ook geldt voor zorgzaken.<sup>59</sup> Alhoewel het vrije verkeersrecht op grond van het VWEU mag worden beperkt volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat een dergelijke beperking niet altijd is toegestaan.<sup>60</sup> In het bekende arrest *Watts* heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld geoordeeld dat patiënten het recht hebben om medische zorg in een andere lidstaat te ontvangen, wanneer een behandeling niet tijdig kan worden verkregen in het eigen land ten gevolge van onverantwoord lange wachtlijsten.<sup>61</sup> Gesteld kan aldus worden dat het recht op vrije artskeuze, voor zover dit ziet op grensoverschrijdende zorg binnen de Europese Unie, voortvloeit uit vrije verkeer van patiënten en diensten.

55 Artikel 168 VWEU.

56 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 110.

57 Zie bijvoorbeeld: HvJEU 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, *Jur.* 2003, p. I-4509; NJ 2003/673, m.nt. M.R. Mok (*Muller-Faure*).

58 HvJEU 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, *Jur.* 2003, p. I-4509; NJ 2003/673, m.nt. M.R. Mok (*Muller-Faure*), p. 31.

59 Zie bijvoorbeeld: HvJEU 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, *Jur.* 2003, p. I-4509; NJ 2003/673, m.nt. M.R. Mok (*Muller-Faure*).

60 HvJEU 16 mei 2006, C-72/04, ECLI:EU:C:2006:325, *Jur.* 2006, p. I-4325 (*Watts*).

61 HvJEU 16 mei 2006, C-72/04, ECLI:EU:C:2006:325, *Jur.* 2006, p. I-4325 (*Watts*). Zie ook: Van de Gronden, *TvGR* 2013/37.

De rechtspraak van het Hof van Justitie is uiteindelijk gecodificeerd in de Europese patiëntenrichtlijn (Richtlijn 2011/24/EU).<sup>62</sup> Op grond van het Europees recht mogen zorgverzekeraars de toegang tot grensoverschrijdende gezondheidszorg, in het kader van het vrije verkeer van diensten en vestiging, niet zonder meer beperken.<sup>63</sup> Artikel 7 lid 4 van Richtlijn 2011/24/EU bepaalt dat zorg die in een andere lidstaat wordt afgenomen dient te worden vergoed “*tot het bedrag dat door de lidstaat [...] zou zijn ten laste genomen indien de gezondheidszorg op het grondgebied ervan zou zijn verleend*”. De richtlijn bevat daarnaast ook een bepaling die gaat over de voorwaarden die een lidstaat mag toepassen bij grensoverschrijdende zorg. Deze voorwaarden mogen niet discriminerend zijn of een belemmering vormen voor het vrije verkeer van patiënten, diensten of goederen.<sup>64</sup>

Aangezien in dit proefschrift wordt uitgegaan van het recht op vrije artskenkeuze als grondrecht, en niet als onderdeel van één van de vrije verkeersrechten en zich focust op het nationale recht (een niet grensoverschrijdende situatie), zal de Europese regulering van de vrije verkeersrechten geen nader onderwerp zijn in dit proefschrift.

Daarnaast raakt het onderwerp van vrije artskenkeuze aan diverse ethische en filosofische vraagstukken binnen de gezondheidszorg, waaronder de keuzevrijheid van de patiënt, de gelijke positie (en toegang) van de patiënt binnen (en tot) het gezondheidsstelsel en de solidariteitsgedachte die ten grondslag ligt aan het Nederlandse gezondheidsstelsel.<sup>65</sup> Indien en voor zover de overheid het recht op vrije artskenkeuze bijvoorbeeld niet waarborgt, zal een onderscheid ontstaan tussen patiënten die zelf een arts van voorkeur kunnen financieren enerzijds en de patiënten die dat niet kunnen anderzijds. In het onderhavige onderzoek – waarin een juridische probleemstelling centraal staat – zal verder niet op deze vraagstukken worden ingegaan.

Dit proefschrift bestaat uit zeven artikelen die zijn gepubliceerd in verschillende rechtswetenschappelijke tijdschriften met verschillende focus en primaire doelgroepen. Dit verklaart ook dat de vraagstelling van sommige hoofdstukken deels overeenkomsten vertoont. Dat is evenwel onvermijdelijk bij een op basis van tijdschriftartikelen geschreven proefschrift over met elkaar samenhangende (deel)vragen.

## 1.9 Indeling van het proefschrift

In deel A van dit proefschrift onderzoek ik allereerst wat de juridische grondslag is van het recht op vrije artskenkeuze en, of dit recht onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie.

<sup>62</sup> Van de Gronden, *TvGR* 2013/37.

<sup>63</sup> HvJEU 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, *Jur.* 2003, p. I-4509; NJ 2003/673, m.nt. M.R. Mok (*Muller-Faure*) en HvJEU 29 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:872, *EHRC* 2020/275, m.nt. M. Beijer en J.W. van den Gronden (*A/Veselības ministrija*).

<sup>64</sup> Zie artikel 7 lid 6 Richtlijn 2011/24/EU. Zie ook: Rijken, *TvGR* 2012/36.

<sup>65</sup> Buijsen *TvGR* 2005, afl. 1, p. 111-117 en Buijsen, *AA* 2006/55, p. 609-613.

Onder deel B van dit proefschrift zet ik vervolgens uiteen uit welke stelselwetten het Nederlandse gezondheidsstelsel bestaat. Tevens onderzoek ik wat de gevolgen van het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel zijn, in het bijzonder voor de verschillende stelselwetten.

In deel C van dit proefschrift onderzoek ik tot slot wat het recht op vrije artskeuze betekent voor personen die vanwege hun beperkingen en stoornissen geen keuze meer kunnen maken voor het afnemen van zorgverlening, en of zij een gelijk recht hebben om te kiezen voor een zorgaanbieder van voorkeur.

Met bovengenoemde onderdelen beoog ik de hoofdonderzoeksvraag te beantwoorden, te weten: *“Wat is de juridische grondslag van het recht op vrije artskeuze en in hoeverre maakt dit recht onderdeel uit van de Nederlandse constitutie en wat zijn de gevolgen van het recht op vrije artskeuze voor het Nederlandse gezondheidsstelsel?”*





**DEEL A:** HET RECHT OP  
VRIJE ARTSENKEUZE: EEN  
GRONDRECHT?



# Hoofdstuk 2:

## Vrije artskenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?

### Samenvatting

In dit artikel onderzoeken de auteurs of patiënten binnen het Nederlandse rechtstelsel een recht op vrije artskenkeuze hebben. De auteurs gaan in het bijzonder in op de gevolgen van dit begrip voor de zorgverlener c.q. arts, de zorgverzekeraar en de wetgever.

### Publicatie

B. Wallage, A.C. Hendriks en W.I. Koelewijn, 'Vrije artskenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?', *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20.

### 1. Inleiding

In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt regelmatig geschreven over het recht op vrije artskenkeuze. Daarbij wordt door auteurs veelal gedoeld op de vergoedingsplicht voor zorgverzekeraars die is opgenomen in artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw').<sup>66</sup> Deze wet bevat de verplichting voor alle ingezetenen om een zorgverzekering af te sluiten en de verplichting voor zorgverzekeraars om bepaalde zorg te vergoeden.<sup>67</sup> Aldus beoogt de privaatrechtelijke Zvw ook allerlei publiekrechtelijke belangen te waarborgen, waaronder het in het recht op gezondheid<sup>68</sup> besloten liggende recht op toegang tot noodzakelijke, kwalitatief verantwoorde en betaalbare zorg.<sup>69</sup> Hieronder zou ook de (onbeperkte) keuzevrijheid van de patiënt voor arts of hulpverlener kunnen vallen.

Gelet hierop is het al enige tijd een punt van discussie of zorgverzekeraars door verzekeren genoten zorg ook gedeeltelijk mogen vergoeden.<sup>70</sup> Leidt een dergelijke maatregel van de zorgverzekeraar tot een ongeoorloofde inbreuk op de fundamentele rechten van de patiënt c.q. verzekerde, in het bijzonder het recht op vrije artskenkeuze? In december 2014 leidde dit vraagstuk zelfs tot een kabinetscrisis, waarbij een wetsvoorstel van de regering uiteindelijk door de Eerste Kamer werd verworpen omdat de voorgestelde wijziging van artikel 13 lid 1 Zvw in strijd zou zijn met het recht op vrije

66 Zie bijvoorbeeld: Knapen, *SC* 2015, afl. 1 en Sijmons, *AV&S* 2016/14.

67 Zie onder andere de artikelen 2 lid 1 en 3 lid 1 Zvw.

68 Zie ook: artikel 22 lid 1 Gw.

69 *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 763, nr. 3, p. 2 en 17.

70 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken en Van Schelven & Janssen, *TvGR* 2017/41, p. 479-491.

artsenkeuze.<sup>71</sup> Tegen de wensen van de toenmalige regering bleef artikel 13 lid 1 Zvw daarmee onveranderd. Deze bepaling bevat derhalve nog steeds een vergoedingsplicht voor zorgverzekeraars, die – kort samengevat – inhoudt dat zorgverzekeraars een vergoeding moeten betalen aan hun verzekerden ingeval een verzekerde zorg betreft van een zorgaanbieder waarmee zijn zorgverzekeraar geen overeenkomst heeft gesloten.<sup>72</sup> De hoogte van deze vergoeding mag de keuzevrijheid van de verzekerde c.q. patiënt niet belemmeren.<sup>73</sup>

## 2. Vraagstelling

Het voorgaande roept de vraag op wat de grondrechtelijke betekenis is van het recht op vrije artsenkeuze en in hoeverre patiënten c.q. verzekerden daaraan rechten kunnen ontnemen jegens de staat en in het bijzonder de zorgverzekeraars.

Wij beantwoorden deze vragen als volgt. Allereerst geven wij een definitie van het recht op vrije artsenkeuze (1), vervolgens kijken wij naar de constitutionele aspecten achter vrije artsenkeuze (2), of dat recht een grondrechtelijke grondslag kent en of dit positieve verplichtingen voor de staat met zich meebrengt (3). Hierna onderzoeken wij de toelaatbaarheid van een beperking van het recht op vrije artsenkeuze (4) en wat de verplichtingen van zowel de staat, als de zorgverzekeraar zijn om dit recht (actief) te beschermen (5). Wij ronden af met een conclusie (6).

In dit artikel zullen wij onderzoeken of het recht op vrije artsenkeuze onderdeel is van de Nederlandse constitutie en in het bijzonder voortvloeit uit de Grondwet of het EVRM.<sup>74</sup> Wij bespreken de rol van (de artikelen 3 en 4 van) het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: ‘het Handvest’) niet<sup>75</sup>, aangezien de bepalingen van het Handvest in beginsel alleen van toepassing zijn als de instellingen van de Europese Unie, dan wel de lidstaten, het Europees recht ten uitvoer brengen.<sup>76</sup> Het stelsel van de gezondheidszorg van de nationale lidstaten is een nationale aangelegenheid, dat niet Europeesrechtelijk is gereguleerd.<sup>77</sup> Uit de rechtspraak volgt derhalve dat de bepalingen zoals opgenomen in de Zvw niet aan het Handvest kunnen worden getoetst. Alhoewel het Handvest mogelijk via de zogenoemde ‘reflexwerking’ bij de

71 *Kamerstukken I* 2014/15, 33362, nr. H, Sijmons, *AVeS* 2016/14 en Redactie NOS 16 december 2014, Eerste Kamer stemt tegen beperking vrije artsenkeuze (<https://nos.nl/artikel/2009280-eerste-kamer-stemt-tegen-beperking-vrije-artsenkeuze.html>).

72 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken en Van Schelven & Janssen, *TvGR* 2017/41.

73 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken en Van Schelven & Janssen, *TvGR* 2017/41.

74 De bescherming van de onaantastbaarheid van het lichaam – en meer algemeen van de lichamelijke en geestelijke integriteit – is ook verankerd in onder meer de artikelen 17 IVBPR, 16 IVRK en 17 IVRPH. In het kader van de gezondheidszorg is relevant dat uit deze artikelen het recht volgt van eenieder tot de toegang inzake informatie over zijn/haar lichamelijke en geestelijke gezondheid (afweerrecht).

75 Daarbij merken we op dat de rechten uit het Handvest in beginsel corresponderen met de rechten zoals opgenomen in het EVRM, zie ook: Barkhuysen & Bos, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2011, p. 3-34.

76 Gerards e.a. 2015, p. 390. Zie ook HvJEU 26 februari 2013, C-617 ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*). Zie ook artikel 51 van het Handvest en HvJEU 13 juli 1989, C-5/88 (*Wachauf*), HvJEU 18 juni 1991, ERT, *Jurispr.* 1991, blz. I-2925 en HvJEU 18 december 1997, C-309/96 (*Annibaldi*).

77 Sauter 2011, p. 11.

beoordeling van een ieder verbindende bepaling door de rechter zou kunnen worden betrokken, zullen wij in dit artikel niet de focus leggen op het Handvest.<sup>78</sup>

### Een definitiebepaling

Er is in Nederland geen wet of verdrag dat doorwerkt binnen de Nederlandse rechtsorde, die expliciet verwijst naar het recht op vrije artskenkeuze.<sup>79</sup> Dat neemt niet weg dat in rechtspraak en literatuur veelvuldig wordt gerefereerd aan het recht op vrije artskenkeuze.<sup>80</sup> In zijn uitspraak van 8 mei 2018 overweegt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat het recht op vrije artskenkeuze binnen het Nederlandse rechtstelsel bestaat, naast artikel 13 lid 1 Zvw.<sup>81</sup> Het hof gaat in deze uitspraak niet in op de vraag wat het recht op vrije artskenkeuze precies inhoudt of hoe dit recht zich verhoudt tot artikel 13 lid 1 Zvw. Vrije artskenkeuze wordt in andere rechterlijke oordelen vaak in verband gebracht met artikel 13 lid 1 Zvw en de daarin opgenomen vergoedingsplicht voor zorgverzekeraars.<sup>82</sup> Zo ook door de regering en de (mede)wetgever.<sup>83</sup> Dat suggereert dat vrije artskenkeuze bovenal betrekking heeft op de financiële toegankelijkheid van de zorg. Die toegankelijkheid komt onder druk te staan als verzekerden niet de mogelijkheid krijgen om hun eigen arts te kiezen. Dit pleit voor een ruime uitleg van het begrip vrije artskenkeuze.

Wat houdt vrije artskenkeuze dan in? Dit begrip ziet eerst en vooral op de vrijheid van de patiënt om te kiezen of en, zo ja, door welke zorgverlener hij zich wenst te laten behandelen. Zie hierover ook De Lange, die reeds in 1990 stelde dat vrije artskenkeuze voortvloeit uit het – ook in het grondrechtelijk discours bekende – zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>84</sup> De Lange maakt in zijn definitie van het recht op een vrije artskenkeuze onderscheid tussen een positief en een negatief keuzerecht.<sup>85</sup> Ook andere auteurs maken een vergelijkbaar onderscheid tussen een positief en negatief zelfbeschikkingsrecht.<sup>86</sup> Bij een positief keuzerecht heeft de patiënt het recht om behandeld te worden door een arts waarin de patiënt in het bijzonder vertrouwen heeft. Bij een negatief keuzerecht gaat het over het recht van de patiënt om zorg te weigeren, dan wel zorg van een bepaalde arts te weigeren. Dit betreft een afweerrecht. Het positieve keuzerecht vormt volgens De Lange de basis voor de arts-patiëntverhouding.<sup>87</sup>

Voortbouwend op deze discussie en bij gebreke aan een wettelijke definitiebepaling, nemen wij aan dat het recht op vrije artskenkeuze primair ziet op het recht van

78 Heringa 1989, p. 20-261.

79 Zie ook: *Kamerstukken I* 2014/15, 33362, nr. D, p. 11 en Bertens & Huisman, *NTVG* 2016/160.

80 *Kamerstukken I* 2014/15, 33362, nr. D, p. 11 en Bertens & Huisman, *NTVG* 2016/160. Zie ook: HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken en Van der Ven 2015.

81 Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:1995, r.o. 6.5.11.

82 Zie ook: Knapen, *SC* 2015, afl. 1 en Sijmons, *AV&S* 2016/14.

83 Zie bijvoorbeeld: Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, kenmerk:679808-128245-Z, 15 oktober 2014, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33362 nr. 13 en *Kamerstukken I* 2014-2015, 33362 nr. K.

84 De Lange, *TvGR* 1990/2.2.

85 De Lange, *TvGR* 1990/2.2.

86 Zie bijvoorbeeld: Sijmons 2008, p.17 en ZonMw 2013, p.102.

87 De Lange, *TvGR* 1990/2.2.

de patiënt om te kunnen kiezen voor een zorgverlener van zijn keuze. Dit vanuit de gedachte dat met een zorgverlener uiterst gevoelige informatie betreffende gezondheid moet kunnen worden gedeeld en de zorgverlener ook onderzoek en behandeling bij de patiënt moet kunnen uitvoeren. Het vertrouwen van de patiënt in de hulpverlener van eigen keuze is daarbij van belang.<sup>88</sup> Daarbij moet er natuurlijk voldoende tijd zijn voor de patiënt om die wens kenbaar te maken en er moet een zorgaanbieder beschikbaar zijn die aan die wens voldoet.<sup>89</sup> Dit sluit aan bij het positieve keuzerecht, zoals hiervoor is beschreven. In dit artikel kijken wij met betrekking tot het recht op vrije artskenkeuze primair naar het positieve keuzerecht van de patiënt, omdat dit het meest raakt aan het zelfbeschikkingsrecht en de keuzevrijheid van de patiënt, en bovendien aansluit bij de moderne opvattingen over keuzevrijheid.<sup>90</sup>

## 4. Vrije artskenkeuze binnen de Nederlandse constitutie

### 4.1 Het zelfbeschikkingsrecht in de zorg

Het recht van de patiënt om zelf de arts van zijn of haar voorkeur te mogen kiezen wordt in de literatuur regelmatig beschreven als een ‘afgeleide’ van het zelfbeschikkingsrecht, dat doorgaans ook geacht wordt het recht op lichamelijke integriteit te omvatten.<sup>91</sup> Het recht op vrije artskenkeuze bestaat niet als zelfstandig recht binnen de Nederlandse constitutie; daarvoor ontbreekt een (grond)wettelijke grondslag en dit recht zou wellicht ook te specifiek zijn.<sup>92</sup> Dit roept de vraag op of het recht op vrije artskenkeuze ligt besloten in het recht op lichamelijke integriteit en in het bijzonder het recht op zelfbeschikking.<sup>93</sup>

Het zelfbeschikkingsrecht speelt een prominente rol in het gezondheidsrecht, zoals recentelijk weer bleek uit de discussie rond het wetsvoorstel van Pia Dijkstra tot aanpassing van de Wet op de orgaandonatie.<sup>94</sup> De nadruk van het zelfbeschikkingsrecht binnen de zorg ligt op het zelf nemen van beslissingen door de patiënt zonder externe bemoeienis.<sup>95</sup> De keuzevrijheid van de patiënt om zelf een arts van eigen keuze te kunnen kiezen ligt in het verlengde hiervan.

Ook in het gezondheidsrecht wordt het zelfbeschikkingsrecht geassocieerd met twee vormen van vrijheid.<sup>96</sup> Enerzijds de vrijheid van de patiënt om te worden

88 Zie in dat kader ook de memorie van toelichting bij de Wkkgz (Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32402, nr. 3, p. 4): “De basis voor goede zorg is de vertrouwensband tussen de cliënt en de zorgaanbieder. Daar begint goede zorgverlening”.

89 Zie ook: Standpunt KNMG over vrije artskenkeuze, 7 februari 2018 (webeditie: <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/vrije-artskenkeuze-mv.htm>).

90 ZonMw 2013, p. 33 e.v.

91 Hulst, *TGMA* 2014/28 en Sijmons, *AV&S* 2016/14.

92 Ook de Afdeling advisering van de Raad van State kwam eerder tot deze conclusie, zie: *Kamerstukken II* 2014/2015, 33362, nr. D.

93 Zie de artikelen 10 en 11 Gw en 8 EVRM.

94 *Kamerstukken II* 2016/17, 33506, nr. 57 Zie ook: Dute, *TvCR* 2017, p. 128–132 en Hendriks, *TvCR* 2017, afl. 2, p. 133–136; *Kamerstukken I* 2016/17, 33506, nr. I (Verslag van een deskundigenbijeenkoms).

95 ZonMw 2013, p. 25 e.v.

96 ZonMw 2013, p. 28–29.

beschermd tegen inbreuken door anderen op het leven en de lichamelijke en geestelijke integriteit ('bescherming c.q. vrijheid van') en anderzijds de keuzevrijheid van de patiënt en zijn recht op zelfontplooiing ('vrijheid tot').<sup>97</sup> Deze twee vormen van vrijheid sluiten aan bij het negatieve en positieve keuzerecht zoals wij eerder hebben beschreven in paragraaf 3 van dit artikel. Het positieve keuzerecht, waar op basis van onze definitiebepaling ook het recht op vrije artskenkeuze onder kan worden verstaan, sluit aan bij de 'vrijheid tot'. Het zelfbeschikkingsrecht is, net zoals het recht op vrije artskenkeuze, niet expliciet vastgelegd in de Grondwet of verdragen, maar wordt wel geacht hierdoor te worden beschermd.<sup>98</sup> Zo wordt het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt in de rechtspraak veelal in verband gebracht met de artikelen 10 en 11 van de Gw en artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>99</sup>

In de rechtspraak komt het zelfbeschikkingsrecht ook terug als 'zelfstandig recht'.<sup>100</sup> Daarui volgt bijvoorbeeld dat de patiënt zelf mag kiezen voor een arts van voorkeur, zelfs als dit betekent dat door de patiënt kiest voor uitsluitend alternatieve geneeskundige zorg.<sup>101</sup> Dat een dergelijke keuze schadelijk kan zijn voor de eigen gezondheid doet hier niets aan af.<sup>102</sup>

Aangezien het recht op vrije artskenkeuze in de rechtspraak als zodanig niet is erkend als zelfstandig grondrecht zullen wij in het vervolg van dit artikel onderzoeken of het recht op vrije artskenkeuze besloten ligt in de artikelen 10, 11 Gw of artikel 8 lid 1 EVRM.

#### 4.2 De onaantastbaarheid van het menselijk lichaam als grondwettelijk recht

In artikel 10 lid 1 Gw is door de grondwetgever vastgelegd dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Artikel 11 Gw bepaalt dat eenieder recht heeft op onaantastbaarheid van zijn lichaam. Uit de grondwetgeschiedenis volgt dat de artikelen 10 en 11 Gw complementair zijn: artikel 11 Gw dekt de lichamelijke integriteit en artikel 10 Gw de geestelijke integriteit.<sup>103</sup> In de grondwetsherziening van 1983 is in eerste instantie geen afzonderlijk recht over de onaantastbaarheid van het lichaam opgenomen, zoals momenteel is opgenomen in artikel 11 Gw.<sup>104</sup> Het Kamerlid Kappeyne van de Coppello c.s. heeft in het kader van de grondwetsherziening een motie ingediend, waardoor dit alsnog werd gedaan.<sup>105</sup> De artikelen 10 en 11

97 ZonMw 2013, p. 28-29.

98 Steyger, *TvGR* 2015/39, p. 404 e.v.

99 ZonMw 2013, p. 77-93, Boerefijn & Dute, *NTM* 2017/1, p. 27-46. Zie ook: EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, *NJCM-Bulletin* 2007, p.497, m.nt. A.C. Hendriks; *EHRC* 2007/70, m.nt. H.L. Janssen (*Tysiaq/Polen*). Zie ook EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2006:0307JUD000633905, *NJ* 2007/459, m.nt. J. De Boer; *EHRC* 2007/73, m.nt. E. Brems (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

100 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876.

101 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, r.o. 3.3.

102 ZonMw 2013, p. 25 e.v.

103 *Kamerstukken II* 1978/79, 15463, nr. 1-2, p. 5.

104 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nrs. 1-5.

105 *Kamerstukken II* 1978/79, 15463, nr. 5; Zie ook: *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, 10, p. 1-2.



Gw kennen dezelfde beperkingsclausule<sup>106</sup> en zijn primair een afweerrecht.<sup>107</sup> Uit de grondwetsgeschiedenis volgt dat de persoonlijke autonomie en zelfbeschikking inherent zijn aan de artikelen 10 en 11 Gw.<sup>108</sup> Wat dit precies inhoudt kan op basis van de parlementaire geschiedenis van de Grondwet niet worden gezegd.

De reikwijdte van een grondrecht geeft duidelijkheid over de mogelijke bescherming door dat grondrecht.<sup>109</sup> De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis van de Grondwet aangegeven dat de artikelen 10 en 11 Gw nader dienen te worden verduidelijkt en dat deze verduidelijking vooral in de rechtspraak zou moeten plaatsvinden.<sup>110</sup> Uit de parlementaire geschiedenis bij de Grondwet volgt ook dat in artikel 11 Gw een positieve verplichting is vervat voor de staat om te zorgen “dat een klimaat ontstaat, waarin het grondrecht van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam gestalte krijgt”.<sup>111</sup>

Het recht op vrije artskeuze betreft zowel de keuze voor hulpverleners bij de zorg voor lichaam (somatic) als voor geest (psychiatrie, psychologie). Het debat over de artskeuze speelt echter een grotere rol in de somatische zorg, omdat patiënten daar doorgaans beter hun wil kunnen uiten. De discussie rond vrije artskeuze speelt ook een grote rol bij de keuze voor een huisarts. Daarom zullen wij hieronder de focus leggen op de reikwijdte van artikel 11 Gw en vervolgens ingaan op de vraag of vrije artskeuze van de patiënt onder deze reikwijdte valt.

#### 4.3 Reikwijdte van artikel 11 Gw binnen de zorg

De grondwetgever heeft aangegeven dat artikel 11 Gw twee terreinen omvat.<sup>112</sup> Het recht om te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen en het recht om zelf over het lichaam te kunnen beschikken.<sup>113</sup> Het eerste terrein sluit aan bij het afweerrecht, terwijl het tweede terrein ziet op een keuzerecht (‘vrijheid tot’). In de nota die aanleiding gaf tot de motie van Kappeyne van de Coppello c.s. is een niet-limitatieve opsomming van handelingen gegeven die volgens de regering een inbreuk vormen op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam.<sup>114</sup> Uit deze handelingen volgt niet of vrije artskeuze ook onder de reikwijdte van artikel 11 Gw valt. Wel volgt uit deze opsomming dat “een behandeling door een arts” onder de reikwijdte van artikel 11 Gw valt.

106 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418.

107 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418en ZonMw 2013, p. 34.

108 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 1-5, p. 41.

109 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418.

110 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 7.

111 *Kamerstukken II* 1979/80, 16086, nrs. 1-5, p. 6.

112 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 1-2, p. 5.

113 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 1-2, p. 5.

114 “Foltering, lijfstraffen, lichamelijke en geestelijke mishandeling, gedwongen medische experimenten, toedienen van elektroshocks aan psychisch gestoorde, gedwongen behandeling van lijdende aan venerische ziekten, gedwongen toediening van voedsel tijdens een hongerstaking, toedienen van waarheidsserum aan verdachten, leegpompen van de maag, encefalografie, bloedafname, inenting, röntgenologisch onderzoek, verwondingen, operaties, behandeling door een arts, knippen van de haren” (*Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 4).

De Hoge Raad heeft in het *Dwarslaesie-arrest* de artikelen 10 en 11 Gw in verband gebracht met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>115</sup> In deze zaak hield de patiënt een dwarslaesie over aan een operatie aan de wervelkolom, zonder voorafgaand aan de operatie deugdelijk te zijn ingelicht over het risico daarop bij de betreffende ingreep. De Hoge Raad oordeelt dat het onthouden van adequate informatie een inbreuk vormde op de artikelen 10 en 11 Gw en de patiënt op grond daarvan geen gebruik kon maken van zijn zelfbeschikkingsrecht. Het onthouden van adequate informatie kan ertoe leiden dat de patiënt niet goed gebruik kan maken van zijn keuzerecht, te weten het recht om een bepaalde handeling wel of niet te kiezen. In de wetenschappelijke literatuur wordt betoogd dat het recht van de patiënt om voorafgaand aan een ingreep deugdelijk te worden geïnformeerd niet ziet op een positief keuzerecht maar dat deze informatie voornamelijk voorziet in het recht van de patiënt om op basis van adequate informatie zich te kunnen verzetten tegen een medische ingreep (negatief keuzerecht c.q. een afweerrecht).<sup>116</sup> Alhoewel wij deze redenering volgen doet dit geen recht aan de overweging van de Hoge Raad in het voornoemde arrest, waarin expliciet het zelfbeschikkingsrecht wordt betrokken bij het positieve keuzerecht van de patiënt.<sup>117</sup> De Hoge Raad laat zich daarbij, aangezien dit geen onderdeel is van zijn beoordeling, niet uit over de exacte reikwijdte van het zelfbeschikkingsrecht.

Naar ons oordeel volgt uit de rechtspraak over dit onderwerp onvoldoende duidelijk of artikel 11 Gw tevens een positief keuzerecht omvat.<sup>118</sup> Daarbij komt dat de rechtspraak tot op heden geen uitkomst heeft kunnen bieden over de vraag in welke gevallen een beperking van een grondrecht bij formele wet is toegestaan.<sup>119</sup> Het voorgaande is mede het gevolg van het toetsingsverbod zoals opgenomen in artikel 120 Gw. Het is de wetgever in formele zin toegestaan om ingevolge artikel 11 Gw het recht op lichamelijke integriteit te beperken maar de rechter mag deze beperking, althans de rechtmatigheid daarvan, ingevolge het toetsingsverbod niet toetsen aan de Grondwet.

De rechtspraak biedt derhalve weinig aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag of vrije artskeuze onderdeel is van het zelfbeschikkingsrecht, in het bijzonder artikel 11 Gw.

Het blijft uiteindelijk aan de wetgever om invulling te geven aan de betekenis en de reikwijdte van de bepalingen in de Grondwet. De wetgever heeft daarbij een grote vrijheid, zolang de aan een bepaling gegeven uitleg maar niet in strijd komt met de letter van de Grondwet of de expliciete uitleg van een bepaling van de grondwetgever.<sup>120</sup> Wij zullen derhalve onderzoeken of de wetgever de reikwijdte van de artikelen 10 en

115 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963. Zie ook: HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. Vranken en HR 23 april 2010, JA 2010, 97 m.nt. L.G.J. Hendrix.

116 Van Beers, in: *E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, p. 10 en Engberts en Kalkman-Bogerd 2006, p. 23.

117 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/386 en 387 m.nt. Vranken, r.o. 3.5.4.

118 Zie ook: Mendelts 2002, p. 220.

119 Zie ook: ZonMw 2013, p. 37.

120 Zie ook: Van Sasse van Ysselt, *TvCR* 2013, p. 224-233.

11 Gw met het oog op vrije artsenkeuze heeft uitgewerkt in zorgspecifieke wet- en regelgeving.

#### 4.3.1 De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

De rechtsverhouding tussen de patiënt en de arts is neergelegd in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (hierna: 'WGBO').<sup>121</sup> Het uitgangspunt van deze wet is dat de patiënt een bijzondere overeenkomst van opdracht, de geneeskundige behandelingsovereenkomst, aangaat met zijn opdrachtnemer, de hulpverlener.<sup>122</sup> Dit impliceert dat de patiënt, als opdrachtgever, zelf mag en kan kiezen naar welke arts hij gaat. Dit ligt besloten in de contractsvrijheid.<sup>123</sup>

Het negatieve keuzerecht is gewaarborgd in artikel 7:450 lid 1 BW, waarin is bepaald dat voor het verrichten van een geneeskundige behandeling, binnen het kader van de behandelingsovereenkomst, de toestemming van de patiënt is vereist.<sup>124</sup> In zoverre is sprake van een afweerrecht inhoudende dat de arts niet mag beginnen met de behandeling, zonder dat de patiënt hiervoor toestemming heeft gegeven.<sup>125</sup> Het systeem van de WGBO is daarmee zo ingericht dat de patiënt enerzijds het recht op vrije artsenkeuze heeft, aangezien hij zelf kan contracteren met een arts van zijn voorkeur, en anderzijds binnen de behandelingsovereenkomst het negatieve afweerrecht is gewaarborgd met het toestemmingsvereiste.<sup>126</sup>

In de memorie van toelichting van de WGBO gaat de regering in op het belang van de positieve keuzevrijheid van de patiënt.<sup>127</sup> De regering geeft in het kader van de patiëntenrechten aan:

*“De verhouding tussen de patiënt en de hulpverlener wordt in aanzienlijke mate beheerst door het gegeven dat de patiënt voor de door hem gewenste hulp is aangewezen op de hulpverlener, doch veelal niet of slechts beperkt in staat moet worden geacht de deskundigheid van de hulpverlener te beoordelen. In verband daarmee is het van groot belang dat er een vertrouwensrelatie is tussen de patiënt en de hulpverlener; het bestaan van zodanige relatie is zelfs dermate belangrijk dat het ontbreken van specifieke wettelijke regels inzake de relatie tussen de patiënt en de hulpverlener voor een groot deel kan wor-*

121 Van Sasse van Ysselt, *TvCR* 2013, p. 224-233, p. 98 e.v.

122 Zie artikel 7:446 BW.

123 Tjong Tjin Tai 2014.

124 Leenen e.a. 2007, p. 115 e.v.

125 Een beroep op het negatieve keuzerecht door wils(on)bekwame personen is doorgaans omstrede. Zie bijvoorbeeld de zaak van de 12-jarige David die een potentieel levensverlengende behandeling weigerde: Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2668, *GJ* 2017/140, m.nt. P. Vlaardingerbroek

126 Dit wordt ook wel 'informed consent' genoemd.

127 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3.

*den verklaard vanuit de voorheen levende opvatting dat dergelijke regels met het vereiste van een vertrouwensrelatie niet verenigbaar zouden zijn*”.<sup>128</sup>

De regering wijst vervolgens ook op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin opgenomen recht op geestelijke en lichamelijke integriteit en wijst daarbij op de zogenaamde horizontale doorwerking van deze rechten. De regering overweegt daarover vervolgens:

*“Het wetsvoorstel gaat er, mede in verband met het grondwettelijke gewaarborgde recht van een ieder op de eerbiediging van de lichamelijke en geestelijke integriteit, van uit dat de patiënt zelf de rechten uitoefent (en de plichten nakomt) die uit de overeenkomst voortvloeit*”.<sup>129</sup>

Uit de toelichting van de regering zou dus, ook al is het niet met zoveel woorden omschreven, kunnen worden opgemaakt dat de verhouding tussen de patiënt en de arts is geregeld door middel van een geneeskundige behandelingsovereenkomst van opdracht, zodat de patiënt op grond van zijn zelfbeschikkingsrecht zelf mag en kan kiezen bij wie hij de zorg afneemt en de opdracht geeft om de behandeling uit te laten voeren. De wetgever heeft met deze rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt expliciet gekozen voor het privaatrecht, waarbij de contractsvrijheid centraal staat.

#### 4.3.2 Het recht op vrije artskenkeuze: onderdeel van artikel 11 Gw?

De WBGO en het daarin opgenomen stelsel, dat de verhouding tussen de arts en de patiënt op privaatrechtelijke wijze grotendeels dwingendrechtelijk regelt<sup>130</sup>, biedt aanknopingspunten dat het recht op vrije artskenkeuze naar het oordeel van de wetgever voortvloeit uit het zelfbeschikkingsrecht en het recht op lichamelijke integriteit. Op grond van de toelichting bij de WGBO kan immers worden afgeleid dat de regering van oordeel was dat het stelsel, waarbij de patiënt vrijelijk kan contracteren met de arts, op deze wijze dient te worden ingericht gezien de artikelen 10 en 11 van de Gw en het hierin besloten liggende zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>131</sup> Daaruit volgt dat de WGBO ook een uitwerking vormt van grondrechtelijke normen, te weten de grondwettelijke bescherming die patiënten die een geneeskundige behandeling ondergaan toekomt. In dit kader is ook de toelichting bij het Vergoedingsbesluit Ziekenfondswet uit 2005 relevant, waarin de regering dit bevestigt: *“Het doorgaans van de Wet op de*

128 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3. Uit deze overweging valt tevens op te maken dat het vertrouwen van de patiënt in de deskundigheid van zijn of haar arts (de vertrouwensrelatie) een belangrijk fundament vormt van het Nederlandse zorgstelsel.

129 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3.

130 Op grond van art. 7:468 BW kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken van de regels van de WGBO.

131 Zie ook: Sijmons, *AV&S 2016/14*.

geneeskundige behandelingsovereenkomst (...) afgeleide beginsel van vrije artskeuze houdt (...) in, dat een patiënt kan kiezen door welke arts hij zich laat behandelen”.<sup>132</sup>

#### 4.4 Reikwijdte van artikel 8 EVRM binnen de zorg

Het zelfbeschikkingsrecht en de bescherming van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam zijn ook verankerd in artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>133</sup> Alwaar in de wetenschappelijke literatuur onduidelijkheid en discussie bestaat over de vraag of de artikelen 10 en 11 Gw tevens een positief keuzerecht omvatten heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘EHRM’) in de rechtspraak wel duidelijkheid gegeven over de reikwijdte van artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>134</sup> Het EHRM heeft bijvoorbeeld vergaand geoordeeld met betrekking tot het respect voor individuele keuzen rondom voortplanting<sup>135</sup> en levensbeëindiging.<sup>136</sup> Ook heeft het EHRM in verband met het vereiste van ‘informed consent’ voorafgaand aan een geneeskundige behandelingsovereenkomst eisen gesteld aan de beschikbaarheid van relevante gezondheidsinformatie.<sup>137</sup>

Het EHRM heeft in meerdere uitspraken het zelfbeschikkingsrecht en de hieruit voortvloeiende positieve keuzevrijheid voor een individu in zijn rechtspraak als recht erkend.<sup>138</sup> Het EHRM heeft het bijvoorbeeld over het recht op persoonlijke autonomie<sup>139</sup>, alsmede over het recht op zelfbeschikking als invulling van artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>140</sup> Het EHRM heeft in zijn rechtspraak bevestigd dat artikel 8 lid 1 EVRM zowel positieve als negatieve verplichtingen voor de staat omvat.<sup>141</sup> Indien het recht op vrije artskeuze ligt besloten in artikel 8 lid 1 EVRM, hetgeen discutabel is, betekent dit derhalve dat de verdragsstaat dit recht ook in bepaalde mate (procedureel)

132 *Sib.* 2005, 213, p. 4 en Van Schelven, *GZR-Updates* 2014/0466. De onderstreping is aangebracht door de auteurs.

133 Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985/525, m.nt. E.A. Alkema (*X en Y/Nederland*), r.o. 22.

134 Hendriks, *TvGR* 2017/41, p. 143-161 en Hendriks, *TvGR* 2015/7, p. 535-554.

135 Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 augustus 2012, nr. 54270/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0828JUD005427010, *EHRC* 2012/222, m.nt. N.R. Koffeman; *NTM-NJCM-Bull.* 2013/6 m.nt. R.E. van Hellemond & A.C. Hendriks (*Costa & Pavan t. Italië*).

136 Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 juli 2012, *Koch t. Duitsland*, nr. 497/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0719JUD00049709, *EHRC* 2012, 220, *GJ* 2012, 147 m.nt. J.H.H.M. Dorscheidt.

137 Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704, *EHRC* 2011/109 m.nt. A.C. Hendriks; *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 882 m.nt. E.C.C. van Os (*R.R./Polen*), *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 882 m.nt. E.C.C. van Os, paragraaf 197.

138 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *NJ* 2004/43, m.nt. E.A.; *NJCM-Bull.* 2002, p. 910, m.nt. E. Myjer; *EHRC* 2002/47, m.nt. J.H. Gerards en H.L. Janssen (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 39. Zie ook Den Hartogh, *Ars Aequi* 2003, afl. 52, p. 96-104.

139 EHRM 7 maart 2006, *EHRC* 2006/47, m.nt. E. Brems; *NJCM-Bull.* 2006, p. 863, m.nt. C. Forder en J. Whittingham (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*). Bevestigd in hoger beroep: EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2006:0307JUD000633905, *NJ* 2007/459, m.nt. J. De Boer; *EHRC* 2007/73, m.nt. E. Brems (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

140 EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, *EHRC* 2010/64, m.nt. A.C. Hendriks (*S.H. e.a./ Oostenrijk*), r.o. 58. Bevestigd in hoger beroep: EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300, *EHRC* 2012/38, m.nt. B.C. van Beers (*S.H. e.a./Oostenrijk (GC)*), r.o. 80, EHRM 20 januari 2011, *GJ* 2011/53 m.nt. A.C. Hendriks en EHRM 10 juni 2010, *EHRC* 2010/89 m.nt. J. Gerards (*Jehova's Witnesses of Moscow/Rusland*), r.o. 136.

141 EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985/525, m.nt. E.A. Alkema (*X en Y/Nederland*), EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996/506 m.nt. E.J. Dommering (*López Ostra*), EHRM 19 februari 1996, *NJ* 1997, 538 (*Gül*), EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997/449 m.nt. J. de Boer (*Stubbings*), EHRM 28 november 1996, *NJ* 1998/1 mt.n. C.A. Groenendijk (*Ahmut*), EHRM 19 februari 1998, *NJ* 1999, 690 m.nt. E.J. Dommering (*Guerra en anderen*), EHRM 24 februari 1998, *NJ* 1999/691 m.nt. E.J. Dommering (*Botta*) en EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000/134, m.nt. E.A. Alkema.

dient te waarborgen.<sup>142</sup> De grondrechten onder artikel 8 lid 1 EVRM hebben daarnaast ook (indirecte) horizontale werking, in de verhouding tussen (rechts)personen onderling.<sup>143</sup>

Kortom, het EHRM heeft de keuzevrijheid van de mens als onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht onomwonden erkend.<sup>144</sup> Het EHRM heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of het recht op vrije artskenkeuze eveneens onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht c.q. artikel 8 lid 1 EVRM en of, indien dat het geval is dit betekent dat de zorg van de arts van keuze dan volledig door de verdragsstaat moet worden vergoed. Wij zullen in de volgende subparagraaf om die reden onderzoeken of de rechtspraak aanknopingspunten biedt om dit te veronderstellen.

#### 4.4.1 Het recht op vrije artskenkeuze: onderdeel van artikel 8 EVRM?

In 2016 is door de Grote Kamer van het EHRM geoordeeld dat de keuzevrijheid van zwangere vrouwen om de omstandigheden waaronder een kind wordt geboren te bepalen binnen de reikwijdte valt van artikel 8 EVRM.<sup>145</sup> Het EHRM beoordeelt in zijn rechtspraak aangaande zwangerschap ook de belangen van het ongeboren kind.<sup>146</sup> Het EHRM oordeelde in 2016: “*Having regard to the broad concept of private life within the meaning of Article 8, including the right to personal autonomy and to physical and psychological integrity (see paragraph 73 above), the Court finds that the impossibility for the applicants to be assisted by midwives when giving birth at home amounted to an interference with their right to respect for their private lives*”.<sup>147</sup> Dit vraagt zowel om overheidsonthouding als de positieve verplichting voor de staat om te waarborgen dat zwangere vrouwen gebruik kunnen maken van het keuzerecht om de omstandigheden van de geboorte te bepalen.<sup>148</sup> Het EHRM oordeelt in deze uitspraak evenwel dat dit keuzerecht van de zwangere vrouw door de nationale autoriteiten mag worden beperkt met oog op noodzakelijke belangen, waaronder het leven en de gezondheid van vrouw en kind.

142 EHRM 7 juli 1989, NJ 1991/659 m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin*), EHRM 9 december 1994, NJ 1996/506 m.nt. E.J. Dommering (*López Ostra*), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995/594 m.nt. J. de Boer (*McMichael*), EHRM 25 september 1996, NJ 1997/555, m.nt. E.J. Dommering (*Buckley*) en EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 m.nt. E.J. Dommering (*Guerra en anderen*).

143 Zie bijvoorbeeld: HR 9 januari 1989, nr 12717, NJ 1987, 928 m.nt. E.A. Alkema; AB, 1987, 231 m.nt. F.H. van der Burg en EHRM 16 december 2008, EHRC 2009/17 m.nt. Gerards; AB 2009/286 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*).

144 Zie ook: Kottenhagen, TvGR 2008/7.

145 EHRM 15 november 2016, *Dubská & Krejzová t. Tsjechië (GC)*, nr. 28859/11 en 28473/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911, EHRC 2017, 38 m.nt. A.C. Hendriks. Zie ook: EHRM 14 december 2010, *Ternovszky t. Hongarije*, nr. 67545/09, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509, EHRC 2011, 44 m.nt. H.M. Griffioen, GJ 2011, 35 m.nt. A.C. Hendriks.

146 Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 mei 2011, R.R. t. Polen, nr. 27617/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704, EHRC 2011, 109 m.nt. A.C. Hendriks.

147 Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 mei 2011, R.R. t. Polen, nr. 27617/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704, EHRC 2011, 109 m.nt. A.C. Hendriks, r.o. 78.

148 EHRM 26 mei 2011, R.R. t. Polen, nr. 27617/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704, EHRC 2011, 109 m.nt. A.C. Hendriks, r.o.164-165.

De Hoge Raad heeft daarnaast in een strafrechtelijke procedure in 1987 geoordeeld dat vrijheid van artskenkeuze, in casu inhoudende het recht van een gedetineerde om zelf te mogen kiezen door welke arts bloed wordt afgenomen, wordt beschermd door artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>149</sup> Ondanks de specifieke omstandigheden die spelen in deze zaak gaat de Hoge Raad ervan uit dat het recht op vrije artskenkeuze onder de reikwijdte van artikel 8 lid 1 EVRM valt.<sup>150</sup>

De rechtspraak van het EHRM laat zien dat artikel 8 lid 1 EVRM in ieder geval een negatieve verplichting vormt voor de overheid in de zin van een afweerrecht.<sup>151</sup> Tegelijkertijd volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat de overheid op grond van dit artikel de positieve verplichting heeft om mensen in de gelegenheid te stellen om gebruik te kunnen maken van bepaalde faciliteiten en daarbij in vrijheid keuzes te kunnen maken (vrijheid tot).<sup>152</sup> Het valt in het licht van deze rechtspraak te betogen dat het recht van de patiënt om een arts van keuze te kunnen kiezen valt onder de reikwijdte van artikel 8 lid 1 EVRM en het in dat kader door het EHRM vastgestelde recht op persoonlijke autonomie en zelfbeschikking.<sup>153</sup> De vrijheid van de patiënt om een arts te kiezen van eigen voorkeur raken de persoonlijke autonomie en zelfbeschikking van de patiënt volledig.<sup>154</sup> Het handelen van artsen raakt immers als geen andere professional de lichamelijke en geestelijke integriteit van een mens. De voornoemde uitspraak van de Hoge Raad vormt eveneens een aanknopingspunt dat dit daadwerkelijk het geval is.

Uit het voorgaande volgt dat er aanknopingspunten zijn om te betogen dat het recht op vrije artskenkeuze valt onder de reikwijdte van de artikelen 11 Gw en 8 lid 1 EVRM en daarmee onderdeel is van de Nederlandse constitutie.

In het vervolg van dit artikel gaan wij in op de vraag wat dit concreet voor een gevolgen heeft en of dit recht door de wetgever mag worden beperkt. Op grond van artikel 11 Gw kan het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam worden beperkt bij of krachtens de wet.<sup>155</sup> Een beperking van artikel 11 Gw mag niet verder

149 HR 20 oktober 1987, NJ 1988,447 m.nt. A.C. 't Hart.

150 Ten aanzien van de rechtspraak zoals beschreven in deze paragraaf merken de auteurs op dat het in deze rechtspraak wel ging om kwetsbare groepen, namelijk zwangere vrouwen en gedetineerden. Dit verschilt van de situatie dat een (reguliere) inwoner zich wil laten behandelen door een arts van keuze (bijvoorbeeld een huisarts). De mogelijkheden voor de wetgever om het recht op vrije artskenkeuze te beperken zijn in dit laatste geval, met het oog op het betaalbaar houden van het zorgstelsel, groter.

151 Zie bijvoorbeeld: EHRM 9 maart 2004, NJ 2005/14 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 70 en 81, EHRM 16 juni 2005, EHRC 2005, 82 m.nt. J. van der Velde (Storck t. Duitsland, EHRM 5 oktober 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1005JUD007572501, EHRC 2007/23 m.nt. A.C. Hendriks (*Trocellier/Frankrijk*), EHRM 13 mei 2008, EHRC 2008/82 m.nt. E. Brems (*Juhnke/Turkije*) en EHRM 3 juli 2012, EHRC 2012/157, m.nt. A.C. Hendriks (*X./Finland*).

152 Zie bijvoorbeeld: EHRM 1 april 2010, EHRC 2010, 64, m.nt. A.C. Hendriks (S.H. e.a. t. Oostenrijk), r.o. 58. Bevestigd in hoger beroep: EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300, EHRC 2012/38, m.nt. B.C. van Beers (S.H. e.a./Oostenrijk (GC)), r.o. 80 en EHRM 20 januari 2011, GJ 2011/53 m.nt. A.C. Hendriks. Zie ook: EHRM 24 april 2012, 25446/06 (*Yordanova and Others/Bulgaria*), waarin het EHRM oordeelt dat artikel 8 lid 1 EVRM ook een positieve verplichting voor de staat kan omvatten.

153 Sijmons, AV&S 2016/14 en Hulst, TGMA 2014/28.

154 Sijmons, AV&S 2016/14 en Hulst, TGMA 2014/28.

155 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418.

gaan dan strikt noodzakelijk.<sup>156</sup> Tevens dient in de wet waarmee artikel 11 Gw wordt beperkt voldoende formele waarborgen te bieden.<sup>157</sup> Artikel 10 Gw bevat een identieke beperkingsclausule.<sup>158</sup> De rechter mag ingevolge het toetsingsverbod, zoals is opgenomen in artikel 120 Gw, niet beoordelen of wetten in formele zin, zoals de Zvw, in overeenstemming zijn met de Grondwet. Aangezien de rechter wetgeving in formele zin wel kan toetsen aan het EVRM is de betekenis van dit verdrag voor de rechtsp praktijk groter.<sup>159</sup> Wij zullen in het vervolg van dit artikel derhalve de focus leggen op de beperkingsmogelijkheden van de wetgever van artikel 8 lid 1 EVRM.

#### 4.4.2 Mogelijke belemmeringen van het recht op vrije artskeuze

Indien we aannemen dat het recht op vrije artskeuze van de patiënt voortvloeit uit het zelfbeschikkingsrecht en in het bijzonder artikel 8 lid 1 EVRM, kan dit recht in de praktijk worden beperkt omwille van financiële en niet-financiële belangen. Bij niet-financiële beperkingen moeten we bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin artsen geen patiënten toelaten vanwege de afstand tot de praktijk<sup>160</sup>, slecht gedrag van de patiënt in het verleden<sup>161</sup> of het hanteren van wachtlijsten door de zorgaanbieder.<sup>162</sup> In dat geval is de arts niet bereid c.q. beschikbaar om de gevraagde zorg te leveren.

Bij financiële belemmeringen kan de patiënt zijn arts van voorkeur niet kiezen omdat hij deze niet kan financieren. Indien de patiënt de zorg in het Nederlandse zorgstelsel niet onder de Zvw vergoed krijgt en de zorg zelf ook niet kan financieren, kan de patiënt niet daadwerkelijk kiezen voor de arts van zijn voorkeur. Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt wordt in dat geval ‘de facto’ beperkt. In het Nederlandse zorgstelsel zijn deze financiële aspecten achter vrije artskeuze als volgt uitgewerkt.

De Zvw regelt primair de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde.<sup>163</sup> In artikel 13 lid 1 Zvw is door de wetgever een vergoedingsplicht voor zorgverzekeraars opgenomen, waarmee de keuzevrijheid van de verzekerde c.q. patiënt ook wordt gewaarborgd in het geval hij zich wil wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Met artikel 13 lid 1 Zvw heeft de wetgever derhalve beoogd de (financiële aspecten achter de) keuzevrijheid van de verzekerde c.q. patiënt te waarborgen. Bij uitspraak van 11 juli 2014 oordeelde de Hoge Raad in het arrest *CZ/Momentum* dat de wetgever de vrije artskeuze van de verzekerde in bepaalde mate heeft willen waarborgen.<sup>164</sup> De Hoge Raad overwoog: “Voor deze afweging is, naast enerzijds de

156 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418, p. 406.

157 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418, p. 407.

158 De beperkingsclausule in artikel 11 heeft een explicatieve betekenis (*Kamerstukken II* 1978/79, 15463, 2, p. 5).

159 Emaus, *NTBR* 2018/8, De Nederlandse Grondwet: quo vadis?, *NTM* 2007/4, p. 417, Van Noorloos, *NJB* 2010/2294, en Verhey, *NTM* 2003/3a, p. 216

160 *KNMG-richtlijn* 2021, p. 5.

161 *KNMG-richtlijn* 2021, p. 5.

162 Zie bijvoorbeeld: Puijk, Meijer & Baas 2018.

163 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag *Boom Juridisch* 2017, p. 655 e.v.

164 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken. De onderstreping is aangebracht door de auteurs.



wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien, mede van belang geweest de wens om de vrije artskenkeuze ook bij een naturopolis in bepaalde mate te waarborgen”.<sup>165</sup>

In de memorie van toelichting bij artikel 13 Zvw benadrukt de regering het belang voor de patiënt om te kunnen kiezen voor een arts van keuze.<sup>166</sup> Uit de toelichting volgt niet of de regering van oordeel is dat zij gehouden is om het recht op vrije artskenkeuze in bepaalde mate financieel te waarborgen aangezien dit recht een grondrechtelijke grondslag heeft. In het vervolg van dit artikel zullen wij, aannemend dat het recht op vrije artskenkeuze onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht, de focus leggen op de financiële aspecten achter vrije artskenkeuze en de vraag of de staat of de zorgverzekeraar als gevolg van dit alles gehouden is de keuzevrijheid van de patiënt in bepaalde mate te waarborgen. Allereerst zullen wij in dat kader ingaan op de positieve verplichtingen van de staat die volgen uit artikel 8 lid 1 EVRM.

## 5. Vrije artskenkeuze: de verplichtingen van de overheid en de zorgverzekeraars

### 5.1 Positieve verplichtingen van de staat

Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat uit artikel 8 lid 1 EVRM ook een procedurele positieve verplichting voor de staat volgt, die onder andere ziet op de verplichting om in het nationale recht te voorzien in een ‘*legislative and administrative framework*’.<sup>167</sup> Op grond van deze uitwerking in het nationale recht kunnen de rechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM worden gerealiseerd – ook in de horizontale relaties.<sup>168</sup> Ook bestaan er materiële positieve verplichtingen voor de staat op grond van artikel 8 lid 1 EVRM. Deze materiële verplichtingen zijn zeer divers.<sup>169</sup> De toets bij de invulling van materiële positieve verplichtingen is gebaseerd op een ‘fair balance’ tussen conflicterende belangen.<sup>170</sup> Hierbij spelen de belangen, zoals genoemd in de beperkingsclausule van artikel 8 lid 2 EVRM, ook een rol, rekening houdend met een zekere ‘margin of appreciation’ voor de staat om een oplossing te zoeken die past bij de nationale context.<sup>171</sup> Deze beoordeling zullen wij hieronder nader beschrijven.

### 5.2 Beperking van het recht op vrije artskenkeuze

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM dient in het kader van artikel 8 lid 1 EVRM een eerlijk evenwicht (‘fair balance’) te worden gevonden tussen het belang van het

165 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken, r.o. 3.5.6.

166 De onderstreping is aangebracht door de auteurs.

167 EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx t. België*).

168 De Jong 2017, p. 148.

169 De Jong 2017, p. 149.

170 Barkhuysen & Emmerik 2011, p. 86 en Barkhuysen & Emmerik 2017.

171 EHRM 4 december 2007, EHCR 2008/13 m.nt. E. Brems; *NJ* 2008/363 m.nt. E.A. Alkema; *NJCM-Bull.* 2008/3, p. 293 m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

individu enerzijds en het algemeen belang anderzijds.<sup>172</sup> Het EHRM is van oordeel dat vraagstukken op het gebied van de gezondheidszorg het best kunnen worden beoordeeld door de nationale regelgever die de prioriteiten, het gebruik van middelen en sociale noden kan inschatten.<sup>173</sup> Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM kan een inbreuk toelaatbaar zijn indien de inbreuk een grondslag vindt in ‘de wet’ en daarin op een voldoende duidelijke en voorziene wijze is omschreven. (a) Daarbij dient de inbreuk een legitiem doel te dienen, zoals genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM, waarbij de bescherming van de gezondheid als legitiem doel wordt genoemd. (b) Het zelfbeschikkingsrecht van het individu kan in dat kader dus bij wet worden beperkt. De vraag die het EHRM daarbij in elk individueel geval beoordeelt is of de beperking ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’.<sup>174</sup> (c) Het EHRM beoordeelt in dit kader of de beperking is ingegeven door een dringende maatschappelijke behoefte en of de beperking in een redelijke verhouding staat tussen de zwaarte van de beperking en het gewicht van het belang dat met de inbreuk wordt gediend (het proportionaliteitsvereiste).<sup>175</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat het proportionaliteitsvereiste ook het subsidiariteitsbeginsel omvat.<sup>176</sup> Een ieder moet zich daarbij effectief kunnen verweren bij een rechter tegen een inbreuk op een recht zoals opgenomen in het EVRM.<sup>177</sup> Het EHRM toetst uiteindelijk of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd.<sup>178</sup>

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: ‘het Gemeenschappelijk Hof’) heeft in 2014 onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM geoordeeld dat het recht op vrije artsenukeuze op grond van artikel 8 lid 2 EVRM mag worden beperkt, aangezien de wetgever met de beperking van het recht op vrije artsenukeuze streeft naar toegankele en kwalitatief goede gezondheidszorg en beheersing van de kosten daarvan.<sup>179</sup> Het Gemeenschappelijk Hof oordeelt, in lijn met de rechtspraak van het EHRM<sup>180</sup>, dat de nationale regelgever de prioriteiten (het gebruik van middelen en sociale noden)

172 EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD000931081 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*), par. 41 en EHRM 10 april 2007, Evans t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 6339/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905, NJ 2007,459, m.nt. J. de Boer, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 872 m.nt. M. Kütke & M. Turvey, paragraaf 75.

173 EHRM 4 januari 2008, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006 *EHRM* 2008/61 m.nt. A.C. Hendriks (*Shelley/Verenigd Koninkrijk*).

174 J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, 40 jaar Europees verdrag voor de rechten van de mens, bijz. nummer *NJCM-Bulletin* 1990, 69. In recente uitspraken heeft het EHRM benadrukt dat de maatschappelijke discussies omtrent de beperking worden meegenomen in haar afweging – zie EHRM 27 augustus 2015, *Parillo t. Italië* (GC), nr. 46470/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011, *EHRM* 2015, 12, m.nt. B.C. van Beers, *NJB* 2015, 1953.

175 EHRM 27 augustus 2015, *Parillo t. Italië* (GC), nr. 46470/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011, *EHRM* 2015, 12, m.nt. B.C. van Beers, *NJB* 2015, 1953.

176 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485, m.nt. Kn. (*Funke*), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995, 594 m.nt. JdB (McMichael), EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999/464 m.nt. Dute (*M.S./Zweden*) en EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999/710 (*Worm*).

177 Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32, p. 403-418.

178 EHRM 16 december 1992, NJ 1993/400 (*Niemietz*).

179 Gemeenschappelijk Hof van Aruba Curaco, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba 24 januari 2014, ECLI:N-L:OGHACMB:2014:62.

180 EHRM 4 januari 2008, Shelley t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, *EHRM* 2008, 61 m.nt. A.C. Hendriks.

op het gebied van de gezondheidszorg het best kan beoordelen. Dit sluit ook aan bij de besproken rechtspraak van het EHRM over het keuzerecht van zwangere vrouwen om de omstandigheden van de geboorte te bepalen.<sup>181</sup> Ook in deze uitspraak wordt een inbreukbeperking van het keuzerecht gerechtvaardigd op grond van artikel 8 lid 2 EVRM.

### 5.2.1 Het recht op vrije artskenkeuze: een positieve verplichting voor de staat?

Het EHRM toetst een mogelijke schending van een materiele positieve verplichting van de staat in beginsel terughoudend<sup>182</sup> en laat verdragsstaten een ruime ‘margin of appreciation’.<sup>183</sup> In dergelijke zaken beoordeelt het EHRM slechts of sprake is van een ‘fair balance’ tussen de belangen van de individu en de samenleving als geheel.<sup>184</sup> Ook is de noodzakelijkheidstoets van het EHRM bij positieve verplichtingen van de staat minder streng.<sup>185</sup> Ten aanzien van de positieve materiele verplichtingen voorvloeiende uit een verdragsbepaling oordeelde het EHRM: “*the State is only required to take those measures which are reasonably available*”.<sup>186</sup>

Gezien het voorgaande kan worden gesteld dat het noodzakelijk is om de keuzevrijheid van de patiënt te beperken om zodoende het zorgstelsel betaalbaar te houden.<sup>187</sup> Hier spelen twee belangen een rol: het recht van de individuele patiënt op zelfbeschikking in de zin van keuzevrijheid, versus het algemeen belang bij een stelsel van gezondheidszorg waarin onnodige kosten worden voorkomen en optimale kwaliteit kan worden geboden aan de grootst mogelijke groep verzekerden.<sup>188</sup> De nationale regelgever heeft een grote mate van vrijheid om de hierboven genoemde belangen tegen elkaar af te wegen.<sup>189</sup> Dit neemt echter niet weg dat de nationale regelgever oog moet hebben voor de effecten die een beperking van het zelfbeschikkingsrecht voor de individuele patiënt heeft en of de beperking proportioneel en subsidiair is.<sup>190</sup>

## 5.3 De verplichtingen van de overheid en de zorgverzekeraars

Aannemend dat het recht op vrije artskenkeuze onderdeel uitmaakt van artikel 8 lid 1 EVRM heeft dit tot gevolg dat de overheid onder andere de positieve verplichting

181 EHRM 15 november 2016, 15 november 2016, *Dubská & Krejzová t. Tsjechië* (GC), nr. 28859/11 en 28473/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911, *EHRC* 2017, 38 m.nt. A.C. Hendriks. Zie ook: EHRM 14 december 2010, *Ter-novszky t. Hongarije*, nr. 67545/09, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509, *EHRC* 2011, 44 m.nt. H.M. Griffioen, *GJ* 2011, 35 m.nt. A.C. Hendriks.

182 Zie ook: Huibers, *Ars Aequi* 2018, p. 77-85 en Leijten, *TvCR* 2017/8, p. 49.

183 EHRM 3 februari 2009, (*Women on Waves e.a./Portugal*), par. 40 en EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside v. The United Kingdom*).

184 EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton e.a. v. het Verenigd Koninkrijk*), par. 98 en EHRM 31 oktober 2003, nr. 27677 *NTM/NJCM-Bull.* 2004, p. 54 m.nt. A.C. Hendriks.

185 Zie bijvoorbeeld: EHRM 2 december 2008, nr. 2872/02 (*K.U. t. Finland*), par. 48.

186 EHRM 19 juni 2012, nr. 29400/05, *EHRC* 2012/189 (*Communist Party of Russia/Rusland*), par. 123. Zie ook: EHRM 21 maart 2002, nr.65653/01 (*Nitecki/Poland*).

187 Zie ook: Buijsen, *Medisch Contact* 2011, afl. 66, p. 2442-2443..

188 *ZonMw* 2013, p. 186.

189 Zie ook: Hendriks 2013.

190 *ZonMw* 2013, p. 115.

heeft om dit recht procedureel te waarborgen. Dat vraagt bijvoorbeeld om regelgeving om dit onderdeel van artikel 8 lid 1 EVRM te doen beschermen.<sup>191</sup> Met het oog op de ‘fair-balance toets’ betekent dit niet dat dit recht ook materieel volledig dient te worden gewaarborgd.

Toegepast op het recht op vrije artskenkeuze betekent dit het volgende. Indien het recht op vrije artskenkeuze materieel niet is gewaarborgd en de patiënt de zorg derhalve niet (volledig) vergoed krijgt en de zorg zelf evenmin kan financieren, kan de patiënt niet daadwerkelijk kiezen voor de arts van zijn of haar voorkeur. Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt wordt in dat geval ‘de facto’ beperkt maar deze beperking kan met het oog op de ‘fair balance toets’ en artikel 8 lid 2 EVRM zijn toegestaan ter bescherming van de gezondheidszorg.

Indien een verdragsstaat een recht zoals voortvloeit uit het EVRM niet procedureel waarborgt, wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur betoogd dat dit, onder uitzonderlijke omstandigheden, kan leiden tot overheidsaansprakelijkheid.<sup>192</sup> In het onderhavige geval is het recht op vrije artskenkeuze procedureel gewaarborgd en onder andere door de Nederlandse wetgever uitgewerkt in de WGBO, het daarin verdisconteerde uitgangspunt van contractsvrijheid en artikel 13 lid 1 Zvw.

Op grond van de positieve verplichting van de staat op grond van artikel 8 lid 1 EVRM dient de verdragsstaat ook te zorgen voor voldoende toezicht en handhaving.<sup>193</sup> In het Nederlandse rechtstelsel geldt dit voor het recht op vrije artskenkeuze temeer nu de wetgever ervoor heeft gekozen om de Zvw te laten uitvoeren door privaatrechtelijke zorgverzekeraars en daarmee het risico ontstaat dat de Zvw niet rechtens wordt uitgevoerd. De Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: ‘NZa’) is bevoegd om toezicht en handhavend op te treden bij een overtreding van een zorgverzekeraar van de Zvw.<sup>194</sup> Indien en voor zover de zorgverzekeraar het recht op vrije artskenkeuze van de patiënt onrechtmatig, in strijd met artikel 13 lid 1 Zvw, beperkt is de NZa op grond van artikel 16 onder b juncto artikel 77 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) bevoegd om de zorgverzekeraar een aanwijzing te geven.<sup>195</sup> Indien sprake is van toezichts- en handhavingsfalen kan dit eveneens leiden tot overheidsaansprakelijkheid.<sup>196</sup>

Zoals in dit artikel uiteengezet werken de in artikel 8 lid 1 EVRM opgenomen beschermde belangen door in de (indirecte) horizontale verhouding tussen privaatrechtelijke partijen. Ervan uitgaand dat het recht op vrije artskenkeuze voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM en de Nederlandse wetgever dit recht grotendeels heeft willen waarborgen met artikel 13 lid 1 Zvw, zijn het de zorgverzekeraars die in de praktijk

191 Sanderink, *O&A* 2016/2.

192 Sanderink, *O&A* 2016/2.

193 EHRM 26 maart 1985, X en Y t. Nederland, NJ 1985, 525 m.nt. Alkema en Van Emmerik, *O&A* 2010/2, p. 69 e.v.

194 Zie: Pietermaat, *TvT* 2015/2, p. 7-14.

195 Zie ook: Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, Beleidsregel TH/BR-025, 31 oktober 2017, waarin in artikel 8.7 staat: *‘de zorgverzekeraar moet verzekerden ondersteunen bij het maken van een keuze voor een kwalitatief goede zorgaanbieder’.*

196 Neerhof, *O&A* 2007/106.

het recht op vrije artskeuze moeten waarborgen, ook al is dat wellicht gedeeltelijk.<sup>197</sup> Uit de rechtswetenschappelijke literatuur en rechtspraak volgt dat bij de horizontale doorwerking van grondrechten en de beperking hiervan, artikel 6:162 BW de grenzen bepalen in de rechtsverhouding tussen partijen.<sup>198</sup> Het voorgaande kan, indien wij dit toepassen op het recht van de patiënt op vrije artskeuze, betekenen dat, indien een zorgverzekeraar handelt in strijd met het recht van de verzekerde c.q. de patiënt op vrije artskeuze, zoals mogelijk voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM en artikel 13 lid 1 Zvw, zij door zowel de patiënt als zorgaanbieder<sup>199</sup> aansprakelijk kan worden gehouden voor de hierdoor ontstane schade.<sup>200</sup> Indien deze keuzevrijheid wordt geschonden is in dat geval immers niet alleen sprake van een schending van artikel 13 lid 1 Zvw maar wordt ook inbreuk gemaakt op het recht op vrije artskeuze van de verzekerde c.q. patiënt.

## 6. Conclusie

Het recht op vrije artskeuze bestaat niet als zelfstandig grondrecht, althans is niet als zodanig opgenomen in verdragen of de Grondwet. Ook is dit recht door de rechter niet expliciet erkend als grondrecht. Zoals wij in dit artikel hebben beschreven zijn er echter wel degelijk aanknopingspunten om te betogen dat het recht op vrije artskeuze ligt besloten in het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, in het bijzonder in de artikelen 8 lid 1 EVRM, 10 en 11 Gw. Dit vraagt, indien dat daadwerkelijk zo is, om zowel overheidsonthouding als de positieve verplichting voor de autoriteiten om (procedureel) te waarborgen dat de patiënt gebruik kan maken van dit keuzerecht. Het voorgaande betekent niet dat de staat dit keuzerecht volledig financieel dient te waarborgen.

De nationale regelgever mag op grond van artikel 8 lid 2 EVRM dit keuzerecht beperken, indien dit bijvoorbeeld noodzakelijk is in het kader van de bescherming van de gezondheidszorg. Nationale overheden hebben in dat kader een ruime beoordelingsvrijheid. Dit laatste leidt er in de praktijk toe dat een beperking van de keuzevrijheid van de patiënt (in de zin van een positieve verplichting van de staat) volgens de rechter de toets der kritiek al snel kan doorstaan.<sup>201</sup>

Dit laatste laat onverlet dat het recht op vrije artskeuze in dat geval wel degelijk een grondrechtelijke grondslag heeft. De discussies omtrent het recht op vrije artskeuze, mede naar aanleiding van het wetsvoorstel van de regering uit 2012 om dit

<sup>197</sup> *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 763, nr. 3.

<sup>198</sup> Emaus 2013 en Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH6413, m.nt. E.A. Alkema en HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, NJ 2004/117, HR 18 juni 1993, NJ 1994/347 en HR 5 juni 1987 AB 1988, 276.

<sup>199</sup> HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, GJ 2016/33, m.nt J.G. Sijmons

<sup>200</sup> Bij een schending door de zorgverzekeraar van het recht op vrije artskeuze zoals opgenomen in artikel 13 lid 1 Zvw wordt in strijd gehandeld met een wettelijke verplichting en wordt derhalve jegens de verzekerde onrechtmatig gehandeld.

<sup>201</sup> Zie ook: EHRM 15 november 2016, 15 november 2016, nr. 28859/11 en 28473/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911, EHRC 2017/38, m.nt. A.C. Hendriks (*Dubská & Krejzová/Tsjechië (GC)*).

recht te beperken<sup>202</sup>, tonen aan dat er spanning bestaat tussen enerzijds de keuzevrijheid van de patiënt en anderzijds de beheersing van de zorgkosten c.q. het betaalbaar houden van het zorgstelsel. Het is, met het oog op de beperkingsmogelijkheden aan de nationale overheid om een juiste balans te vinden tussen deze belangen. Dit om zodoende legitieme overheidsmaatregelen te kunnen treffen en de toegankelijkheid van de zorg voor eenieder te kunnen blijven garanderen.<sup>203</sup>

Indien we aannemen dat het recht op vrije artsenukeuze grondrechtelijk is beschermd, is artikel 13 lid 1 Zvw op dit moment de vertaling van de afweging die de wetgever heeft gemaakt tussen enerzijds het recht van de individuele patiënt op zelfbeschikking in de zin van keuzevrijheid en anderzijds de beheersing van de zorgkosten c.q. het betaalbaar houden van het zorgstelsel. Dit volgt ook het arrest CZ/Momentum van de Hoge Raad.<sup>204</sup> In het Nederlandse zorgstelsel heeft de wetgever het recht op vrije artsenukeuze momenteel gewaarborgd door middel van het stelsel van de WGBO (negatieve verplichting) en artikel 13 lid 1 Zvw (positieve verplichting), waarbij de zorgverzekeraar op grond van dit laatste artikel gehouden is ook bij een verzekerde met een naturapolis een vergoeding te betalen voor niet-gecontracteerde zorg. Indien de zorgverzekeraar in strijd handelt met artikel 13 lid 1 Zvw en derhalve de keuzevrijheid van de verzekerde onrechtmatig beperkt, is in dat geval ook sprake van een schending van het recht op vrije artsenukeuze.

Alhoewel het Nederlandse zorgstelsel privaatrechtelijk is uitgewerkt, blijft de staat uiteindelijk vanuit grondrechtelijk perspectief verantwoordelijk voor de bescherming van het recht op vrije artsenukeuze.

202 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 362, nr. 3.

203 Zie ook: A.C. Hendriks, 'Hendriks 2013, p. 237-264.

204 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.



**DEEL B:** DE GEVOLGEN  
VAN HET RECHT OP VRIJE  
ARTSENKEUZE VOOR  
HET NEDERLANDSE  
GEZONDHEIDSSTELSEL





## Hoofdstuk 3:

### Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: ‘van het kastje naar de muur?’

#### Samenvatting

Het Nederlandse zorgstelsel bestaat uit vier stelselwetten, te weten: 1. de Zorgverzekeringswet, 2. de Wet langdurige zorg, 3. de Jeugdwet, en 4. de Wmo 2015. Op grond van deze wetten bestaat er een overlap in zorgaanspraken. Tevens bestaan er door de genoemde vier stelselwetten verschillende partijen die verantwoordelijk zijn voor het leveren van de nodige zorg. In de praktijk leidt dit wel eens tot onduidelijkheid bij de hulpbehoevende: bij wie moet ik mij melden met een hulpvraag? Dit roept eveneens de vraag op of de partijen die verantwoordelijk zijn voor het leveren van de nodige zorg indien het erop aankomt, niet naar elkaar gaan wijzen teneinde de eigen zorguitgaven te beperken? Dit geldt temeer nu circa 60% van de gemeenten een exploitatietekort heeft binnen het sociaal domein. Kortom, wordt de hulpbehoevende in dit stelsel niet verwezen van het spreekwoordelijke ‘kastje naar de muur’?

In dit artikel onderzoeken de auteurs of dergelijke ‘afbakeningsproblematiek’ zich in de rechtspraktijk inderdaad voordoet en wat hiervan de consequenties zijn voor de rechtspraktijk.

#### Publicatie

B. Wallage en W.I. Koelewijn, ‘Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: van het kastje naar de muur?’ in *Juridische vragen in het sociaal domein*, Deventer: *Wolters Kluwer* 2021.

#### Inleiding

Het Nederlandse zorgstelsel staat vanaf de jaren ‘70 in toenemende mate onder druk door sterk stijgende zorguitgaven. Zo verdubbelde het aandeel van de zorguitgaven over de periode van 1960 tot 1980 van 3,8% tot 7,5% van het Bruto Binnenlands Product (hierna: ‘BBP’).<sup>205</sup> Inmiddels zijn de zorguitgaven, ondanks de doorgevoerde wijzigingen in het gezondheidsstelsel, de afgelopen decennia, verder gestegen naar 13,1% van het BBP.<sup>206</sup> Tot 2006 lag het accent van zorgkostenbeheersing op vergaande overheidsbemoeienis en kenmerkte het Nederlandse zorgstelsel zich dan ook door een hoge mate van prijs- en aanbodregulering door de overheid.

<sup>205</sup> Van der Ven 2015, p. 13 e.v.

<sup>206</sup> <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/24/zorguitgaven-stegen-in-2019-met-5-2-procent>.

Midden jaren '80 veranderde de opvattingen over het beheersen van de zorguitgaven via het beproefde systeem van prijs- en aanbodregulering.<sup>207</sup> In het gezondheidsstelsel waren namelijk slechts beperkt doelmatigheidsprikkels aanwezig, waardoor de verantwoordelijkheid voor kostenbeperking zich in feite concentreerde bij de overheid.<sup>208</sup> Deze omslag heeft geleid tot een transitie in de gezondheidszorg die erop gericht was de doelmatigheid in de zorg via gereguleerde concurrentie tot een bredere verantwoordelijkheid te maken van ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders.<sup>209</sup> Het rapport van de Commissie-Dekker vormt daarbij de blauwdruk van ons huidige gezondheidsstelsel. De Commissie-Dekker adviseerde de regering in 1987 om de doelmatigheid in de zorg te stimuleren en beheersing van de volumeontwikkeling te waarborgen door onder andere (1) gereguleerde concurrentie tussen verzekeraars en zorgaanbieders in te voeren en (2) een zorgverzekering voor eenieder verplicht te stellen.<sup>210</sup> De voorstellen van de Commissie-Dekker vormden daarmee de basis voor de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw') die wij sinds 2006 kennen. Daarnaast is het belangrijkste uitgangspunt van het advies van de Commissie-Dekker, gericht op de introductie van concurrentieprikkels, ook terug te vinden in de andere zorgspecifieke stelselwetten.

Toch bleven de zorgkosten ook na de stelselwijzigingen in 2006, de invoering van de Zvw, verder stijgen. In 2013 heeft de regering mede om die reden verdere stelselwijzigingen aangekondigd.<sup>211</sup> Door de regering is ervoor gekozen om de jeugdzorg en maatschappelijke ondersteuning verder te decentraliseren en onder de verantwoordelijkheid te brengen van gemeenten.<sup>212</sup> De langdurige zorg blijft op grond van de Wet langdurige zorg (hierna: 'Wlz'), ook na voornoemde decentralisatie, regionaal georganiseerd via de zorgkantoren (Wlz-uitvoerders).

Het uitgangspunt van de wetgever bij de decentralisatie en inrichting van het sociaal domein door gemeenten was dat de inwoner allereerst zelf, samen met het sociale netwerk, verantwoordelijk is voor de eigen gezondheid, ondersteuning en deelname aan het maatschappelijk verkeer.<sup>213</sup> Inwoners die echter zorg of anderszins ondersteuning nodig hebben, omdat ze er zelf met behulp van het eigen sociale netwerk niet uitkomen, zouden moeten kunnen rekenen op zorgverlening of ondersteuning door de decentrale overheid.<sup>214</sup> De regering gaf in 2013 in dat kader aan: *“Wij moeten niet terug naar de tijd dat participatie afhankelijk was van liefdadigheid. Tegelijkertijd willen we ook geen samenleving, waarin het tegengaan van eenzaamheid afhankelijk is van*

207 Schut 2003, p.10.

208 Schut 2003, p.10.

209 Van de Ven 2015, p. 14 e.v.

210 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987. Roscam Abbing, *NTvG* 1987/26, p. 1136-1140. Zie ook: *Kamerstukken II* 1987/88, 19945, nrs. 27-28.

211 *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

212 Leenen e.a. 2020, p. 772 e.v.

213 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 3. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 2.

214 Zie de artikelen 2.3 van de Jeugdwet en 2.3.2 lid 4 van de Wmo 2015.

*betaalde en verzekerde zorg*<sup>215</sup>. In dit artikel bedoelen wij met het sociaal domein de uitvoering van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: ‘Wmo 2015’).

Het doel van de decentralisatie was om inwoners zelf meer verantwoordelijk te maken voor het organiseren van eventuele benodigde ondersteuning, om zodoende ook de uitgaven voor zorg en ondersteuning beheersbaar te kunnen houden.<sup>216</sup> De gemeente zou daarbij, als bestuurslaag die het dichtst bij de inwoner staat, moeten zorgen voor individueel maatwerk in het geval de inwoner het niet op eigen kracht redt en om die reden is aangewezen op zorgverlening of ondersteuning.<sup>217</sup>

Vanaf 1 januari 2015 bestaat het Nederlandse zorgstelsel zodoende uit vier stelselwetten, namelijk: (1) de Zvw, (2) de Wlz, (3) de Jeugdwet en (4) de Wmo 2015. Deze wetten worden uitgevoerd door verschillende partijen die de zorg organiseren, namelijk de zorgverzekeraars, zorgkantoren en gemeenten, binnen de financiële kaders die daarvoor zijn opgesteld door de centrale overheid. De centrale overheid heeft binnen het stelsel uitsluitend op macroniveau sturingsinstrumenten in handen om de omvang van deze financiële kaders te beheersen.<sup>218</sup> Dit alles roept de vraag op welke zorg onder welke wet geleverd dient te worden en in hoeverre er overlap of grijze gebieden bestaan tussen deze stelselwetten. Gezien de verschillende partijen die in het huidige gezondheidsstelsel verantwoordelijk zijn voor het leveren van de nodige zorg, roept het eveneens de vraag op of deze partijen, indien het erop aankomt, niet naar elkaar gaan wijzen teneinde de eigen zorguitgaven te beperken? Dit geldt temeer nu binnen het sociaal domein grote financiële tekorten bij gemeenten zijn ontstaan.<sup>219</sup> Inmiddels heeft 60% van alle gemeenten, voornamelijk door uitgaven in het sociaal domein, een exploitatietekort.<sup>220</sup>

In dit artikel zullen wij onderzoeken of dergelijke ‘afbakeningsproblematiek’ zich in de rechtspraktijk inderdaad na de laatste wijziging van het stelsel per 2015 voordoet en wat hiervan de consequenties zijn voor de rechtspraktijk.

## 1. De stelselwetten

### 1.1 De Zorgverzekeringswet

Met de invoering van de Zvw heeft de centrale overheidssturing plaatsgemaakt voor een stelsel van gereguleerde concurrentie.<sup>221</sup> Op grond van artikel 2 van de Zvw is eenieder vanaf 18 jaar verplicht een zorgverzekeringovereenkomst aan te gaan met een zorgverzekeraar. De zorgverzekeraar is op grond van artikel 3 van de Zvw gehouden

215 *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

216 Zie ook: Munneke, *Regelmaat* 2013/5 en Bruggeman, *Gst.* 2016/11.

217 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 6.

218 Zie de Wet marktordening gezondheidszorg.

219 *Kamerstukken II* 2019/20, 34477, 71.

220 <https://vng.nl/nieuws/jaarrekeningen-2019-doen-vrezen-voor-cijfers-van-2020>.

221 Leenen e.a. 2020, p. 683 e.v.

om iedere verzekeringsplichtige te accepteren. De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 van de Zvw jegens ieder van zijn verzekerden een zorgplicht. Deze zorgplicht houdt in dat de zorgverzekeraar ervoor verantwoordelijk is dat alle zorg die behoort tot het zogenoemde ‘verzekerde (basis)pakket’ indien nodig aan de verzekerde wordt geleverd.<sup>222</sup> In het huidige stelsel van de Zvw leveren zorgverzekeraars deze zorg niet zelf, maar laten zij deze zorg leveren door (gecontracteerde) zorgaanbieders. Zorgaanbieders kunnen daarbij onderling de concurrentie aangaan voor een contract met de zorgverzekeraar. Ook onder de andere stelselwetten is concurrentie, vooral na toegang tot de markt, aanwezig. Het voorgaande roept allereerst de vraag op welke zorg onderdeel uitmaakt van het verzekerde pakket.

### 1.1.1 Het verzekerde pakket onder de Zvw

Het verzekerde pakket omvat op grond van artikel 10 van de Zvw acht verschillende vormen van zorg, namelijk: geneeskundige zorg, mondzorg, farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg, verpleging, verzorging (waaronder de kraamzorg), verblijf in verband met geneeskundige zorg en vervoer in het kader van zorgverlening. De wetgever in formele zin laat alle ruimte aan de lagere regelgever om de inhoud van de verzekerde prestaties nader uit te werken in lagere regelgeving.<sup>223</sup> De regering respectievelijk de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft deze prestaties uitgewerkt in het Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering.<sup>224</sup> Het besluit (zijnde een Algemene Maatregel van Bestuur) wordt vastgesteld door de regering en de regeling (zijnde een ministeriële regeling) wordt vastgesteld door de minister. Hierna spreken wij van ‘de regelgever’.

In voornoemde lagere regelgeving laat de regelgever de invulling van het verzekerde pakket veelal over aan de medische beroepsgroep. Zo wordt op grond van artikel 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering de inhoud en omvang van de verzekerde prestatie mede bepaald door de ‘stand van de wetenschap en de praktijk’ en, bij het ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten. De behandelingen die door de beroepsgroep als goede en doelmatige zorg worden gezien, vallen daarmee rechtstreeks onder de reikwijdte van het verzekerde pakket.<sup>225</sup> De wettelijke omschrijving van de verzekerde prestaties is in een aantal gevallen specifieker. Hierbij valt te denken aan de omschrijving van farmaceutische zorg.<sup>226</sup>

Met de maatstaf van ‘de stand van de wetenschap en de praktijk’ is bepaalbaar welke zorg wel en niet onder de verzekerde dekking valt, zonder dat het nodig is elke

<sup>222</sup> Leenen e.a. 2020, p. 704 e.v.

<sup>223</sup> Leenen e.a. 2020, p. 716 e.v.

<sup>224</sup> Zie hoofdstuk 2 van het Besluit zorgverzekering en hoofdstuk 2 Regeling zorgverzekering.

<sup>225</sup> Hoofdstuk 2 Besluit zorgverzekering en hoofdstuk 2 Regeling zorgverzekering.

<sup>226</sup> Zie artikel 2.8 Besluit zorgverzekering en artikel 2.5 Regeling zorgverzekering.

afzonderlijke vorm van zorg in detail te hoeven beschrijven.<sup>227</sup> Gezien de vele variaties aan zorg zou dat immers voor de regelgever ondoenlijk zijn. Het Zorginstituut Nederland bepaalt of een bepaalde vorm van zorg voldoet aan de hiervoor beschreven maatstaf en adviseert de minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport hieromtrent.<sup>228</sup>

De hiervoor beschreven acht zorgvormen zijn op basis van voornoemde systematiek uitgewerkt in de artikelen 2.4 tot en met 2.15 van het Besluit zorgverzekering.

### 1.1.2 Afbakeningsbepaling

Op grond van artikel 2.1 lid 1 van het Besluit zorgverzekering wordt de zorg op basis van de Zorgverzekeringwet vergoed, zoals naar inhoud en omvang beschreven in de artikelen 2.4 tot en met 2.15 van voornoemd besluit, met uitzondering van die zorg die voor verzekerden kunnen worden bekostigd op grond van een ander wettelijk voorschrift. Indien aanspraak bestaat op een voorziening onder een andere stelselwet, kan de verzekerde geen aanspraak maken op een vergoeding van de zorg op basis van de Zvw. In de toelichting bij voornoemd artikel is door de regelgever het volgende voorbeeld gebruikt:

*“Iemand die op grond van de Wlz een volledig pakket thuis heeft en daartoe een bepaalde hoeveelheid verpleging en verzorging ontvangt die hij te gering acht, kan derhalve niet zijn zorgverzekering voor meer verpleging en verzorging aanspreken”.<sup>229</sup>*

Daaraan wordt door de regelgever toegevoegd:

*“Onder «wettelijke voorschriften» vallen ook gemeentelijke verordeningen inzake de Jeugdwet en de Wmo 2015”.*

Alle voorzieningen die door de gemeenteraad voor zijn inwoners bij verordening zijn ingesteld, kwalificeren zodoende als voorliggend aan de Zvw. Dit betekent dat inwoners die gebruik maken van dergelijke voorzieningen geen aanspraak kunnen maken op zorg uit het basispakket. Met het oog op de budgettaire tekorten die zijn ontstaan in het sociaal domein hebben gemeenten er dus belang bij om niet meer voorzieningen in te stellen, dan strikt noodzakelijk. Daarbij valt op dat de afbakening van de Zvw ten opzichte van de Jeugdwet sinds 2015 is gewijzigd.<sup>230</sup> Op dit moment valt verpleging en verzorging aan minderjarigen onder artikel 2.10 van het Besluit zorgverzekering indien en voor zover de zorg verband houdt met de behoefte aan geneeskundige zorg

<sup>227</sup> Leenen e.a. 2020, p. 730 e.v.

<sup>228</sup> Het advies van het ZiN is zwaarwegend maar niet bindend. Zie ook: Hof Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:BV7524.

<sup>229</sup> *Stb.* 2014, 417.

<sup>230</sup> *Stb.* 2017, 349.

of een hoog risico daarop. Althans dit uitgangspunt geldt, tenzij gemeenten voor deze doelgroep bij verordening voorzieningen creëren.

In het geval geen sprake is van een voorliggende aanspraak, is relevant dat de indicatie op grond van artikel 14 lid 1 Zvw slechts wordt bepaald op grond van zorginhoudelijke criteria.<sup>231</sup> Dit betekent dat de aard en omvang van de zorg door de zorgprofessionals worden bepaald.<sup>232</sup> Met het oog op het bewaken van de doelmatigheid van de zorg door de zorgverzekeraar is dat opmerkelijk, aangezien de zorgaanbieder en daarmee de zorgprofessional een budgettair belang hebben bij het indiceren. Door de wetgever is echter uitgegaan van de professionele autonomie van de zorgprofessionals.<sup>233</sup>

## 1.2 De Wet langdurige zorg

De Wlz is een publiekrechtelijke verzekering, hetgeen betekent dat iedere ingezetene van rechtswege is verzekerd.<sup>234</sup> Aangezien het onder de Wlz gaat om onverzekerbare risico's – de verzekerde is blijvend aangewezen op zorg – is de Wlz in tegenstelling tot de Zvw vormgegeven als een publiekrechtelijke verzekering.<sup>235</sup>

Op grond van de Wlz heeft een verzekerde recht op verblijf in een instelling, persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging, behandeling, het gebruik van mobiliteitshulpmiddelen en vervoersvoorzieningen.<sup>236</sup> De aard, inhoud en omvang van de verzekerde zorg zijn in de lagere regelgeving uitgewerkt.<sup>237</sup> Voornoemde zorgvormen overlappen gedeeltelijk met de zorg zoals opgenomen in het verzekerde pakket onder de Zvw.<sup>238</sup>

De verzekerde heeft op grond van de Wlz alleen recht op zorg indien bij de verzekerde sprake is van een 'blijvende zorgbehoefte', vanwege een somatische, psychogeriatrische aandoening of beperking of een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke handicap.<sup>239</sup> Dit worden de Wlz-grondslagen genoemd. Per 1 januari 2021 worden deze grondslagen uitgebreid voor verzekerden met een blijvende psychische stoornis.<sup>240</sup> Naast voornoemde grondslagen dient de blijvende zorgbehoefte bij de verzekerde te leiden tot een behoefte aan permanent toezicht of 24-uurs zorg in de nabijheid ter voorkoming van escalatie of ernstig nadeel voor de verzekerde.<sup>241</sup>

In tegenstelling tot onder de Zvw worden de aard en omvang van de zorg aan een individuele verzekerde bepaald door een bestuursorgaan, namelijk het Centrum

231 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 110-111.

232 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:BV7524.

233 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 4. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12.

234 Artikel 2.1.1 Wlz.

235 Leenen e.a. 2020, p. 828.

236 Artikel 3.1.1 Wlz.

237 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, 3, p. 143-144.

238 Hierbij gaat het vooral om persoonlijke verzorging, verpleging, farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg en medische zorg.

239 Artikel 3.2.1 Wlz.

240 *Kamerstukken II* 2018/19, 35146, 100, item 30.

241 Artikel 3.2.1 Wlz.

indicatiestelling zorg (hierna: ‘CIZ’).<sup>242</sup> De zorg, die wordt geïndiceerd door het CIZ, wordt door de zorgkantoren ingekocht. De zorgkantoren hebben vergelijkbaar met zorgverzekeraars op basis van de Zvw een zorgplicht jegens hun verzekerden en kopen Wlz-zorg in bij zorgaanbieders die de zorg feitelijk leveren en die ook op grond van deze stelselwet met elkaar concurreren.<sup>243</sup>

### 1.2.1 Afbakeningsbepaling

Op grond van artikel 3.2.1 lid 4 van de Wlz heeft de verzekerde geen recht op Wlz-zorg indien hij krachtens een zorgverzekering of andere wettelijke regeling recht heeft of kan doen gelden op die zorg. Kortom, ook op grond van de Wlz geldt de regel dat indien een verzekerde aanspraak kan maken op een voorziening op grond van een andere wettelijke regeling, geen aanspraak kan worden gemaakt op zorg onder de Wlz.

### 1.3 De Jeugdwet

Met de inwerkingtreding van de Jeugdwet in 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor de te leveren jeugdhulp aan jeugdigen.<sup>244</sup> Met deze afbakening is het college van burgemeester en wethouders van een gemeente (hierna: ‘het college’) op grond van artikel 2.3 van de Jeugdwet gehouden, indien de noodzaak wordt vastgesteld, jeugdhulp te verlenen aan personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt.<sup>245</sup> De leeftijdsgrens van achttien jaar is in beginsel ‘hard’ maar kan worden verlengd indien de desbetreffende adolescent een jeugdreclasseringsmaatregel opgelegd heeft gekregen. Tevens kan de jeugdhulp op grond van de Jeugdwet onder omstandigheden worden gecontinueerd tot 23 jaar.<sup>246</sup> Dit wordt ook wel verlengde jeugdhulp genoemd. De doorslaggevende vraag daarbij is of continuering van de jeugdhulp na het 18<sup>e</sup> jaar noodzakelijk is en of de zorgverlening bijvoorbeeld op grond van de Wmo 2015 kan worden gecontinueerd.<sup>247</sup>

De Jeugdwet en in het bijzonder de vormen van zorg die hieronder vallen worden afgebakend door het begrip ‘jeugdhulp’. Dit is een breed begrip, waar alle vormen van ondersteuning, hulp, en zorg onder vallen die nodig zijn als gevolg van problemen en stoornissen bij de jeugdige of ouders.<sup>248</sup> Onder het begrip jeugdhulp vallen ook de jeugd-ggz en persoonlijke verzorging aan jeugdigen. Het is uiteindelijk aan de gemeenteraad om in de gemeentelijke verordening invulling te geven aan de voorzieningen binnen de gemeente, waarmee invulling wordt gegeven aan het begrip ‘jeugdhulp’.<sup>249</sup>

242 Artikel 7.1.1 Wlz. Zie ook: *Kamerstukken II 2013/14*, 33891, 3, p. 173-174.

243 Leenen e.a. 2020, p. 773.

244 Leenen e.a. 2020, p. 779. Zie ook: Bruggeman, *Gst.* 2020/82.

245 Artikel 1.1 Jeugdwet, zie het begrip ‘jeugdige’.

246 Artikel 1.1 Jeugdwet, zie het begrip ‘jeugdige’.

247 *Kamerstukken II 2012/13*, 33684, 3, p. 121.

248 Artikel 1.1 Jeugdwet, zie het begrip ‘jeugdhulp’.

249 Artikel 2.9 Jeugdwet.



Anders dan op grond van de Zvw en Wlz is het college verantwoordelijk voor het bepalen van de aard en omvang van de jeugdhulp.<sup>250</sup> De Centrale Raad van Beroep heeft met het oog op het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel in 2017 een inmiddels welbekend stappenplan geïntroduceerd, die gemeenten dienen af te lopen naar aanleiding van een aanvraag om jeugdhulp.<sup>251</sup> Op grond van de indicatie die wordt vastgesteld door het college kan de jeugdhulpaanbieder, die in dat kader kan contracteren met de gemeente waardoor concurrentie ontstaat, de zorg aan de jeugdige leveren.

### 1.3.1 Afbakeningsbepaling

Ook in de Jeugdwet is een bepaling opgenomen waaruit volgt dat indien door de jeugdige aanspraak kan worden gemaakt op zorgverlening op grond van de Zvw, Wlz, of Wmo 2015 het college niet is gehouden een jeugdhulpvoorziening te treffen.<sup>252</sup> In het kader van dit artikel gaan wij ervan uit dat het hierbij gaat om een individuele voorziening. Daarbij is evenwel opmerkelijk dat indien meerdere oorzaken ten grondslag liggen aan de problemen en stoornissen waar de Jeugdwet op ziet en aanspraak kan worden gemaakt op voorzieningen onder meerdere stelselwetten, het college gehouden is een voorziening te treffen.<sup>253</sup> Uit de parlementaire geschiedenis bij de Jeugdwet volgt in dat kader: *“Om te voorkomen dat de jeugdige in dit geval niet weet waar hij kan aankloppen voor de nodige zorg is bepaald dat in die gevallen de gemeente verantwoordelijk is voor het treffen van de benodigde voorziening”*.<sup>254</sup>

In het kader van de afbakening van de Jeugdwet met de overige stelselwetten is de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 22 januari 2019 relevant.<sup>255</sup> Uit deze uitspraak volgt dat indien een bepaalde zorgvorm, in casu een hulpmiddel c.q. hulphond, ‘theoretisch’ bezien onderdeel zou kunnen uitmaken van het verzekerde pakket (Zvw), sprake is van een voorliggende voorziening onder de Jeugdwet. Dat de voorziening niet daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van het verzekerde pakket, doet daar naar het oordeel van de rechtbank niets aan af. In het onderhavige geval kan de jeugdige op grond van de Jeugdwet dan ook geen aanspraak maken op een hulphond, aangezien een dergelijk hulpmiddel theoretisch bezien onder de Zvw zou kunnen vallen.

## 1.4 De Wmo 2015

Het stelsel van de Wmo 2015 is vergelijkbaar met dat van de Jeugdwet. Op grond van de Wmo 2015 is het college verantwoordelijk voor het leveren van maatschappelijke ondersteuning aan inwoners (vanaf in beginsel 18 jaar) die hierop zijn aangewezen,

250 Artikel 2.3 Jeugdwet.

251 CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477.

252 Artikel 1.2 lid 1 Jeugdwet.

253 Artikel 1.2 lid 2 Jeugdwet.

254 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 127.

255 Rb. Gelderland 22 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:217.

zodat deze inwoners langer in de eigen omgeving kunnen blijven wonen.<sup>256</sup> Op grond van artikel 2.3.2 lid 4 van de Wmo 2015 heeft het college de verplichting om een melding van een inwoner te onderzoeken en, indien nodig en de betrokkene er zelf met het eigen sociale netwerk niet uitkomt, een maatwerkvoorziening te indiceren. Het begrip ‘maatwerkvoorziening’ staat centraal binnen de Wmo 2015. Een maatwerkvoorziening is een op de ‘behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van een persoon afgestemd geheel van diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen.’<sup>257</sup> De wetgever vult dit nader in door aan te geven dat het moet gaan om maatwerkvoorzieningen ten behoeve van de zelfredzaamheid (waaronder hulpmiddelenzorg), ten behoeve van participatie of ten behoeve van beschermd wonen en opvang. Kortom, ook het begrip ‘maatwerkvoorziening’ is, vergelijkbaar als onder de Jeugdwet, breed gedefinieerd.<sup>258</sup> Hieronder vallen bijvoorbeeld ook voorzieningen als ambulante begeleiding en beschermd wonen.<sup>259</sup>

Evenals onder de Jeugdwet is het college verantwoordelijk voor het bepalen van de aard en omvang van de maatwerkvoorziening.<sup>260</sup> Ook onder de Wmo 2015 heeft de Centrale Raad van Beroep in dat kader een stappenplan c.q. onderzoekskader ontwikkeld en kunnen aanbieders ondersteuning bieden aan inwoners op basis van de door het college afgegeven indicatie.<sup>261</sup>

#### 1.4.1 Afbakeningsbepaling

Anders dan onder de hiervoor besproken stelselwetten kent de Wmo 2015 geen ‘harde’ afbakeningsbepaling maar een afstemmingsbepaling. Op grond van artikel 2.3.5 lid 5 van de Wmo 2015 dient het college een maatwerkvoorziening namelijk af te stemmen op jeugdhulp of zorg op grond van de Zvw die de inwoner ontvangt. De afbakening met de Wlz is op grond van artikel 2.3.5 lid 6 van de Wmo 2015 wel hard, in die zin dat het college een maatwerkvoorziening mag weigeren indien de inwoner aanspraak kan maken op zorg onder Wlz, dan wel indien er redenen zijn om aan te nemen dat de inwoner daarop aanspraak kan maken maar weigert om een aanvraag op grond van de Wlz in te dienen. Met deze laatste zin heeft het college een instrument om inwoners – de facto – te dwingen om een Wlz-aanvraag in te dienen, aangezien anders in een uiterst geval de Wmo-voorziening wordt beëindigd.<sup>262</sup>

De Wmo 2015 kwalificeert zodoende als ‘restwet’ binnen het gezondheidsstelsel. Indien geen aanspraak kan worden gemaakt op voorzieningen onder de Wlz, of die

256 Leenen e.a. 2020, p. 778 e.v.

257 Zie de artikelen 1.1.1 en 1.2.1 van de Wmo 2015.

258 Vermaat 2020.

259 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 26 en 35.

260 Zie artikel 2.1.1 en artikel 2.3.2 lid 4 van de Wmo 2015.

261 CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.

262 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 14 en 36.

onder de Zvw of Jeugdwet ontoereikend zijn voor de betrokkene, kan hij een beroep doen op de Wmo 2015.<sup>263</sup>

Anders dan onder de Jeugdwet kan door het college om deze reden een voorziening niet worden geweigerd, indien deze theoretisch gezien onder het basispakket zou vallen. Op grond van de Wmo 2015 dient het college de zorg op grond van de Zvw immers af te stemmen op die van de Wmo 2015. Het college dient, in vergelijking met de rechtspraak onder de Jeugdwet, derhalve zelfstandig te beoordelen of een hulphond een passende voorziening betreft.<sup>264</sup>

Het college heeft, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis bij de Wmo 2015, als bestuursorgaan dat dicht bij de inwoners staat, de regiefunctie om de zorgverlening uit de verschillende stelselwetten op elkaar te doen afstemmen.<sup>265</sup>

## 2. Van het kastje naar de muur?

Tussen de verschillende stelselwetten bestaat de nodige overlap.<sup>266</sup> Onder zowel de Zvw, Wlz, als Jeugdwet kunnen bijvoorbeeld zorgvormen als persoonlijke verzorging en hulpmiddelenzorg vallen, en onder zowel de Wlz, Jeugdwet en Wmo 2015 zowel hulpmiddelenzorg als (ambulante) begeleiding. Dat kan verwarrend zijn voor de betrokken zorgbehoevenden en zorgaanbieders. Dat geldt temeer nu de Zvw, Wlz en Jeugdwet in de afbakeningsbepalingen naar elkaar verwijzen.

Het college heeft op grond van de Wmo 2015 (en Jeugdwet) een coördinerende rol om de voorzieningen op grond van de stelselwetten op elkaar af te stemmen.<sup>267</sup> Daarbij gaat het niet alleen om de toegang tot de Wlz maar bijvoorbeeld ook om een zorgvuldige overgang van jeugdigen onder de Jeugdwet naar de Wmo 2015.

*“Het is van belang dat een goede overdracht plaatsvindt zodra een jongere na zijn 18e levensjaar in een ander wettelijk kader terecht komt, met name voor de continuïteit van zorg en daarmee voor het welzijn van de jeugdige. Gemeenten hebben hier een belangrijke rol te vervullen. Het streven dient te zijn om de ondersteuning, hulp of zorg – indien gewenst – bij dezelfde aanbieder te verlenen, zodat de jongere hier niets van hoeft te merken”.*<sup>268</sup>

Aangezien de decentralisatie in 2015 mede een forse financiële opgave voor gemeenten met zich meebracht is het de vraag of gemeenten deze coördinerende rol niet inzetten om te verwijzen naar ‘voorliggende voorzieningen’.<sup>269</sup> Dat geldt temeer nu in het sociaal domein bij gemeenten daadwerkelijk grote financiële tekorten zijn ontstaan.

263 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 151.

264 Rb. Amsterdam 27 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8852.

265 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 14. Zie ook artikel 2.3.2 lid 4, sub f Wmo 2015.

266 Raad van State 2016.

267 Vermaat 2020. Zie ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 22 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 50.

268 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 21.

269 Dörenberg, *TvGR* 2018/42.

Ook de regering is zich bewust geweest van bovenstaand risico. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wlz volgt dat de regering van oordeel is dat het noodzakelijk is dat de domeinen samenwerken om ervoor te zorgen dat een cliënt zo min mogelijk last heeft van de schotten tussen de domeinen; *“Het leven van mensen is immers niet in stelsels op te knippen”*.<sup>270</sup> Daarbij wordt eveneens door de regering aangegeven dat het risico bestaat dat gemeenten en zorgverzekeraars proberen om cliënten onder een ander domein onder te brengen, vanwege de financiële prikkels in het systeem.<sup>271</sup> De regering schrijft hierover: *“Het is een grote uitdaging hoe te zorgen dat cliënten niet tussen wal en schip vallen en hoe afwenteling van kosten tussen verschillende systemen te voorkomen”*.<sup>272</sup> De regering heeft hiervoor als oplossing bedacht om de toegang tot de Wlz afhankelijk te maken van de toetsing door een objectief en onafhankelijk indicatieorgaan (het CIZ). Het is uiteindelijk aan het CIZ om op zorginhoudelijke aspecten te beoordelen of een zorgbehoevende is aangewezen op zorg onder de Wlz. Om de onafhankelijke positie van het CIZ te behouden is het haar niet toegestaan om het nemen van indicatiebesluiten te mandateren aan gemeenten, zorgverzekeraars of zorgkantoren.<sup>273</sup>

### 3. De rechtspraktijk

Inmiddels heeft in 2018 de eerste evaluatie van de Jeugdwet plaatsgevonden.<sup>274</sup> Daaruit blijkt dat 56% van de gemeenten aangeeft dat het budget voor het verlenen van jeugdhulp ontoereikend is.<sup>275</sup> Daarnaast heeft 55% moeite om de overgang van jeugdigen onder de Jeugdwet naar de Wmo 2015 goed te laten verlopen en acht 47% het lastig om domeinoverstijgend te werken tussen de Jeugdwet en de andere stelselwetten. Tevens volgt uit de evaluatie dat cliënten als gevolg hiervan soms tussen wal en schip vallen.<sup>276</sup> Dit komt zo volgt uit de evaluatie mede door de beperkte gemeentelijke budgetten.<sup>277</sup>

Voorgaande signalen volgen ook uit de wetsevaluatie van de Wlz.<sup>278</sup> Een van de conclusies uit deze evaluatie is dat door de verschillende schotten tussen de stelselwetten het realiseren van een zo integraal mogelijke dienstverlening weerbarstig blijkt

Tevens blijkt uit onderzoek dat gemeenten zelfs bepaalde voorzieningen, zoals verlengde jeugdhulp, niet altijd inzetten om zo de kosten te beperken. Jongvolwassenen worden bij 18 jaar dan om die reden dus bewust doorverwezen naar de Wmo 2015.<sup>279</sup>

<sup>270</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33891, 3, p. 67.

<sup>271</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33891, 3, p. 68.

<sup>272</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33891, 3.

<sup>273</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33891, 3.

<sup>274</sup> ZonMw 2018.

<sup>275</sup> ZonMw 2018, p. 195.

<sup>276</sup> ZonMw 2018, p. 58.

<sup>277</sup> ZonMw 2018, p. 58. Zie ook: Dörenberg 2018.

<sup>278</sup> Sociaal en Cultureel Planbureau 2018, p. 300 e.v.

<sup>279</sup> Raad voor Volksgezondheid en Samenleving 2018. Zie ook: Rb. Amsterdam 20 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5190.

Voor hulpbehoevenden is het gezondheidsstelsel vaak te complex; onduidelijk blijft bij welke organisatie de hulpbehoevende terecht kan.<sup>280</sup>

Uit onderzoek van de Ombudsman is verder gebleken dat vooral gemeenten hulpbehoevenden verwijzen naar andere stelselwetten: *“Dit heen en weer ‘gepingpong’ is vooral illustratief voor mensen met meer complexe of multi-problematiek. (...) Bij deze burgers is het namelijk dikwijls niet duidelijk onder welke wettelijke regeling hun zorg- of hulpvraag valt, omdat zij vaak aanspraak maken op voorzieningen vanuit verschillende (zorg)wetten. (...) Wanneer er dan ook nog verschil van mening tussen instanties ontstaat over wie welke zorg moet leveren en betalen, kan dit tot gevolg hebben dat er helemaal geen indicatie wordt afgegeven”*.<sup>281</sup>

Ook uit de rechtspraak volgt dat de afbakening in het stelsel van de gezondheidszorg complex is, met als gevolg dat de hulpbehoevende in gevallen niet de zorg ontvangt die mogelijk wel nodig is. Hieronder zullen in dat kader een aantal voorbeelden worden beschreven.

Uit de rechtspraak blijkt dat de afbakening tussen de Wlz en Wmo 2015 in beginsel als ‘hard’ dient te worden beschouwd.<sup>282</sup> Dit betekent dat in het geval dat een hulpbehoevende die van oordeel is dat er meer uren aan huishoudelijke hulp nodig zijn, maar deze niet kan krijgen op basis van zijn zorgzwaartepakket onder de Wlz, hij in beginsel geen aanspraak kan maken op voorzieningen onder de Wmo 2015. Het college is niet verplicht maar wel bevoegd om in een individueel geval meer uren aan huishoudelijke hulp toe te kennen, ook al is er een Wlz-indicatie.<sup>283</sup> Dit dient in elk individueel geval te worden onderzocht en te worden gemotiveerd. Met deze rechtspraak wordt de afbakening tussen de Wlz en de Wmo 2015 niet eenvoudiger.

In de rechtspraak komt het ook voor dat hulpbehoevenden door gemeenten worden verwezen naar de Zvw. Hierbij gaat het vaak om jongvolwassen hulpbehoevenden met bijvoorbeeld verslavingsproblematiek en die begeleiding wensen te ontvangen op grond van de Wmo 2015, en waar het college van oordeel is dat deze inwoners allereerst een GGZ-behandeling dienen af te nemen op grond van de Zvw. Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 22 juli 2020 volgt dat het onderscheid tussen begeleiding (Wmo 2015) en behandeling (Zvw) niet altijd goed is te maken.<sup>284</sup> Het is aan het college om naar aanleiding van een melding op grond van de Wmo 2015 te onderzoeken of een inwoner is aangewezen op begeleiding. Deze begeleiding kan ondersteunend zijn aan de GGZ-behandeling op grond van de Zvw. Indien een betrokkene aanspraak kan maken op behandeling onder de Zvw betekent dit dus niet dat om die reden alleen een voorziening onder de Wmo 2015 kan worden geweigerd.

280 De Nationale Ombudsman 2017 en De Kinderombudsman 2016.

281 De Nationale Ombudsman 2018.

282 CRvB 23 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1525. Zie ook: CRvB 5 augustus 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1747.

283 CRvB 19 december 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3933 en CRvB 2 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3171.

284 Rb. Rotterdam 22 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6412.

De rechtspraak adresseert in specifieke gevallen daarnaast ook de moeilijke overgang van de Jeugdwet naar de Wmo 2015. Veelal wijzigt de zorgbehoefte van een jeugdige niet ineens bij 18 jaar maar wijzigt het wettelijk kader en daarmee de financieringsroute wel, aangezien een betrokkene in beginsel tot 18 jaar aanspraak kan maken op voorzieningen onder de Jeugdwet. In de uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 23 mei 2017 stelde de cliënt dat zij de voorzieningen onder de Jeugdwet graag gecontinueerd zou zien, aangezien haar hulpbehoefte niet zou zijn veranderd.<sup>285</sup> De rechtbank oordeelt:

*“Met het bereiken van de 18-jarige leeftijd worden de aanspraken van eiser niet langer meer vanuit de AWBZ of Jeugdwet beoordeeld, maar vanuit de Wmo. Deze wet kent niet alleen een ander wettelijk beoordelingskader, ook de wijze waarop de hoogte van de toegekende budgetten wordt bepaald is niet vergelijkbaar met de vaststelling van een pgb onder de AWBZ en de Jeugdwet”.*

Daarnaast volgt tevens uit de rechtspraak dat de afbakening tussen de Jeugdwet en Wlz voor discussie kan zorgen. Alwaar er een harde afbakening geldt tussen de Jeugdwet en de Zvw, geldt dat niet in alle gevallen voor de afbakening tussen de Jeugdwet en de Wlz. Alhoewel het uitgangspunt geldt dat het college geen jeugdhulp hoeft te verstrekken aan een jeugdige met een Wlz-indicatie,<sup>286</sup> geldt dat niet voor jeugdhulp in het kader van de uitvoering van een kinderschermingsmaatregel of de tenuitvoerlegging van een machtiging tot uithuisplaatsing.<sup>287</sup>

Uit de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 9 juli 2020 blijkt dat gemeenten in voorkomende gevallen daadwerkelijk uitgaan van een onjuiste afbakening.<sup>288</sup> In deze uitspraak ging het college ervan uit dat de persoonlijke verzorging aan een minderjarige diende te worden vergoed op grond van de Zvw en niet op grond van de Jeugdwet, aangezien het zou gaan om medische aandoeningen. Dat is toch echt onjuist, aangezien het in het kader van deze afbakening niet gaat om de aandoeningen (in casu het EDS-syndroom en epilepsie) maar de soort zorg die nodig is (in casu persoonlijke verzorging).

#### **4. De positie van het CIZ**

Vanaf 1 januari 2015 kennen we in Nederland vier omvangrijke zorgwetten, met eigen beoordelingskaders en verschillende bekostigingsvormen. Mede door de financiële tekorten die zijn ontstaan binnen het sociaal domein, die mede zijn veroorzaakt door de forse financiële opgave die in 2015 door de centrale overheid werd meegegeven aan gemeenten, leidt dit in de praktijk soms tot onnodig doorverwijzen van

<sup>285</sup> Rb. Overijssel 23 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2773.

<sup>286</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 20 juli 2017, ECLI:NL:RBZWEB:2017:4537.

<sup>287</sup> Rb. Noord-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4989.

<sup>288</sup> Rb. Den Haag 9 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6249.

hulpbehoevenden naar voorzieningen onder een andere stelselwet. Zij worden gezegd verwezen van het ‘kastje naar de muur’ en blijven daardoor soms ten onrechte verstoken van de juiste zorg. Aangezien de decentralisatie in 2015 mede een forse financiële opgave voor gemeenten met zich meebracht, heeft de wetgever dit ‘doorverwijzen’ zien aankomen. In dat kader is door de wetgever aangegeven dat samenwerking tussen gemeenten, zorgverzekeraars en zorgkantoren noodzakelijk is:

*“Om te komen tot een afgestemd zorgaanbod hebben partijen nadrukkelijke [sic] gewezen op het belang van een goede samenwerking tussen gemeenten en zorgverzekeraars. De regering is zich ervan bewust dat intensieve samenwerking tussen gemeenten, zorgverzekeraars, Wlz-uitvoerders (waaronder uiteraard ook de zorgkantoren) en zorgaanbieders onontbeerlijk is voor het tot stand brengen van zorg en ondersteuning op maat”.*<sup>289</sup>

Naar ons oordeel is dit uitgangspunt van de wetgever, gezien de verschillende stelselwetten, begrijpelijk. De ontstane grote financiële tekorten binnen het sociaal domein lijken deze samenwerking echter gedeeltelijk te belemmeren. De wetgever heeft het afwentelen van zorg proberen te voorkomen door de toegang tot de Wlz te laten beoordelen door een onafhankelijk indicatieorgaan. Daarmee is in theorie gewaarborgd dat de zorg niet ten onrechte wordt afgewenteld op de Wlz. De gemeenten voeren echter op veel meer grensgevallen de regie. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de overgang van de Jeugdwet naar de Wmo 2015 en de afbakening met de Zvw. Door de wetgever is hier naar ons oordeel onvoldoende rekening mee gehouden.

Daarbij is opmerkelijk dat de wetgever onder de Zvw veel vertrouwen heeft in de zorgprofessional en deze professional onder deze stelselwet verantwoordelijk maakt voor het indiceren van de aard en omvang van de zorg. Onder de Wlz is voor een andere systematiek gekozen en wordt de zorgbehoefte door het CIZ als onafhankelijke derde geïndiceerd. Dit wordt in beide gevallen dus niet gedaan door de partijen die de zorg bekostigen. Binnen het sociaal domein is dat opvallend anders vormgegeven en is het college verantwoordelijk voor het bepalen van de aard en omvang van de hulpverlening en is het er tevens verantwoordelijk voor de aanspraken onder de verschillende stelselwetten op elkaar af te stemmen. Daarmee bestaat het risico dat het college, mede gezien de ontstane financiële tekorten binnen het sociaal domein, ook op niet-zorginhoudelijke gronden een indicatie afgeeft of een hulpbehoevende verwijst naar voorzieningen onder een andere stelselwet. Dit risico zal zich onzes inziens niet direct in individuele gevallen manifesteren, mede gezien het door de Centrale Raad van Beroep ontwikkelde beoordelingskader dat is ontwikkeld op grond van het bestuursrechtelijk

<sup>289</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33891, 3, p. 122.

zorgvuldigheidsbeginsel,<sup>290</sup> maar eerder op beleidsniveau, waar de omvang van de ondersteuning en zorg in het sociaal domein wordt bepaald. Daarbij wordt opgemerkt dat de inhoud van het onderzoek dat door het college wordt verricht in voorkomende gevallen buiten de reikwijdte van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming valt, bijvoorbeeld in het geval door het college geen besluit wordt genomen omdat door het college wordt verwezen naar een ‘voorliggende wet’.<sup>291</sup> Alhoewel het niet nemen van een besluit formeel juridisch ook een besluit is, is het onze inschatting dat veel hulpbehoevenden in dat geval de rechtsbescherming niet zelfstandig kunnen effectueren.<sup>292</sup>

Het is voor de inwoner in die gevallen namelijk complex om toch een besluit uit te lokken.<sup>293</sup> Dit risico is door de wetgever weliswaar erkend maar de oplossing in de Wlz, een objectieve beoordeling door het CIZ, geldt niet voor het sociaal domein en reguleert alleen de toegang tot de Wlz. Om de effectiviteit van de objectieve functie van het CIZ bij het indiceren van zorgbehoeften te vergoten zou naar ons oordeel de wetgever kunnen overwegen om de rol en functie van het CIZ gedeeltelijk te verbreden naar het sociaal domein, in die zin dat het CIZ door de betrokken inwoner en/of gemeente laagdrempelig kan worden ingeschakeld om duidelijkheid te geven over de vraag onder welke stelselwet een voorziening dient te worden ingezet. De Centrale Raad van Beroep ziet een dergelijke taak ook voor het CIZ weggelegd op basis van de Beleidsregels indicatiestelling Wet langdurige zorg (Wlz) 2019, zo volgt uit haar uitspraak van 9 augustus 2019: *“Als de verzekerde niet voldoet aan de criteria van de Wlz moet de noodzakelijke zorg worden geboden vanuit de andere wetten. Het is daarom van belang dat CIZ als schakel binnen het stelsel waar nodig de samenwerking opzoekt met de uitvoerders van de verschillende wetten om ervoor te zorgen dat een burger de goede weg vindt naar de voor hem noodzakelijke zorg/ondersteuning”*.<sup>294</sup>

Het voordeel van voornoemde wijziging is dat voor de hulpbehoevende en betrokken zorgaanbieder op een effectieve en snelle manier meer duidelijkheid kan worden verkregen bij afbakeningsgeschillen. De geschilbeslechting wordt daarmee gedeeltelijk losgetrokken van de stroperigheid van de huidige bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure en daarmee sluit een dergelijke oplossing naar ons oordeel goed aan bij de ontwikkeling van integrale geschilbeslechting binnen het sociaal domein, die mogelijk allereerst op grond van de Wmo 2015 wordt geïntroduceerd.<sup>295</sup> Het nadeel van bovenstaande voorgestelde oplossing is daarbij wel dat de beoordeling van het CIZ dient te worden verdisconteerd in de bestaande bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Hiermee bedoelen wij dat de beoordeling door het CIZ een plek zal moeten krijgen in het bestuursprocesrecht en de huidige bezwaar- en/of beroepsprocedure.

290 CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477 en CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819. Zie paragraaf 1.3 en 1.4 van deze bijdrage.

291 Marseille, *NTB* 2015/1, p. 42 e.v.

292 Artikel 6:2, aanhef en onder a, van de Awb.

293 De Nationale Ombudsman 2 maart 2017, 2017/035, AB 2017/219 m.nt. P.J. Stolk.

294 CRvB 9 augustus 2020, ECLI:NL:CRVB:2019:2719.

295 *Kamerstukken II* 2019/20, 34477, 69.



Een ander bijkomend voordeel is dat het CIZ haar oordelen kan publiceren, waardoor ook voor de indicerende partijen meer duidelijkheid ontstaat over de afbakening tussen de stelselwetten.

Daarbij komt dat ook het Zorginstituut een rol heeft bij de afhandeling van een bezwaar op grond van de Wlz. Op grond van artikel 10.3.1 van de Wlz dient het CIZ bij een afwijzing van het bezwaar het Zorginstituut in beginsel om advies te vragen. Wij kunnen ons voorstellen dat bij een uitbreiding van de rol van het CIZ om duidelijkheid te bieden bij afbakeningsgeschillen ook het Zorginstituut bij bepaalde afbakeningskwesaties wordt betrokken. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de afbakening met de Zvw, aangezien het Zorginstituut binnen dat domein ook een adviserende rol heeft bij het vaststellen van het basispakket.

## **5. Conclusie en aanbeveling**

Met de decentralisatie van een deel van het zorgstelsel per 1 januari 2015 heeft de wetgever ingezet op het afstemmen van voorzieningen op de hulpbehoefte van de betrokkene. ‘Maatwerk’ is het adagium. In de praktijk lijkt het gezondheidsstelsel, mede gezien de schaarse zorgeuro, echter verder te zijn verschoven van een cliëntgericht stelsel (maatwerk), naar een budgetgericht stelsel. Het kan uitmaken onder welke stelselwet de zorg wordt vergoed, bijvoorbeeld omdat de tarieven verschillen. In bepaalde gevallen leidt de afbakening (en in het bijzonder de financiële schotten tussen de vier stelselwetten) tot het afwentelen van zorg naar andere domeinen. Het onwenselijke gevolg daarvan kan zijn dat de hulpbehoevende inwoner verstoken blijft van de juiste zorg.

Naar ons oordeel zou een passende oplossing daarom kunnen zijn het CIZ, als onafhankelijk indicatieorgaan bij onduidelijkheden over de afbakening van een stelselwet, bij wijze van laagdrempelig escalatieorgaan de betrokken inwoner en de gemeente daarover bindend te (laten) adviseren. Wij bevelen de wetgever aan deze route nader te verkennen en te betrekken bij de wetgeving die in de maak is rondom de integrale geschilbeslechting die mogelijk binnen het sociaal domein (allereerst op grond van de Wmo 2015) wordt geïntroduceerd.

# Hoofdstuk 4: de Zorgverzekeringswet

## De Staat waarborgt het recht op vrije artskeuze onvoldoende

### Samenvatting

Het recht op vrije artskeuze wordt gezien als een fundamenteel recht van de patiënt. Op grond hiervan kan de patiënt zich wenden tot een arts of andere zorgaanbieder naar keuze. Door het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 staat het recht op vrije artskeuze volop in de belangstelling maar in de rechtspraak blijft, ondanks dit arrest, toch onduidelijkheid bestaan over de invulling van dit recht. Dit vraagt om stappen van de wetgever gericht op het creëren van duidelijkheid in het belang van de rechtszekerheid en mede gelet op de positieve verplichtingen die op de overheid rusten en die samenhangen met het waarborgen van het recht op zelfbeschikking, privacy en daaruit afgeleid het recht op een vrije artskeuze.

### Publicatie

B. Wallage, De Staat waarborgt het recht op vrije artskeuze onvoldoende, *NJB* 2019/2417

### 1. Inleiding

Het zelfbeschikkingsrecht wordt in de wetenschappelijke literatuur wel gezien als het belangrijkste beginsel binnen het gezondheidsrecht.<sup>296</sup> Het zelfbeschikkingsrecht houdt onder andere het recht in van de patiënt om zelf over het lichaam te beschikken en te bepalen of en zo ja door welke hulpverlener de patiënt geneeskundige verrichtingen laat uitvoeren.<sup>297</sup> Dit laatste recht wordt ook wel aangeduid als het recht op vrije artskeuze<sup>298</sup> en vloeit voort uit het zelfbeschikkingsrecht, dat onder meer ten grondslag ligt aan artikel 8 lid 1 EVRM (recht op privéleven).<sup>299</sup>

Het recht op vrije artskeuze is binnen het Nederlandse rechtsstelsel uitgewerkt in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en in artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw'). Daarmee lijkt het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse rechtsstelsel een stevige verankering te hebben. Nauwkeurige lezing van artikel 13 lid 1 Zvw laat echter zien dat niet alle verzekerden, in alle

296 Leenen e.a. 2007, p. 36 e.v.

297 Leenen 2007, p. 49.

298 EHRM 4 juni 2019, *EHCR* 2019/157 m.nt. A.C. Hendriks (*Kosaité-Ċypriené e.a./Litouwen*), EHRM 4 oktober 2018, *EHRC* 2018/247 m.nt. A.C. Hendriks en EHRM 15 november 2016, *EHRC* 2017/38, m.nt. Hendriks. Zie ook: Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 12 e.v.

299 EHRM 15 november 2016, *EHRC* 2017/38 m.nt. A.C. Hendriks (*Dubská & Krejzová t. Tsjechië*) en EHRM 14 december 2010, *ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509*, *EHRC* 2011/44 m.nt. H.M. Griffioen; *GJ* 2011/35 m.nt. A.C. Hendriks (*Ternovszky/Hongarije*).

gevallen, aanspraak kunnen maken op een volledige vergoeding van een behandeling door de zorgverzekeraar. Meer in het bijzonder geldt dat voor verzekerden met een naturapolis in geval van een behandeling door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het is al enige jaren de vraag in hoeverre dergelijke kortingen toelaatbaar zijn.<sup>300</sup>

De uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019 biedt geen helder antwoord op deze vraag en daarmee blijft in de rechtspraak onduidelijkheid bestaan over de invulling van het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis.<sup>301</sup> In dit artikel onderzoek ik wat deze onduidelijkheid voor de overheid betekent, mede gelet op de grondwettelijke verankering van het recht op vrije artskeuze.

## 2. De zorgverzekeringsmarkt en het recht op vrije artskeuze

Met de inwerkingtreding van de Zvw in 2006 heeft de wetgever beoogd om de gelijke toegang tot basiszorg voor alle ingezetenen te realiseren.<sup>302</sup> Deze wet regelt de verzekering en de vergoeding van de zorgkosten van en voor de patiënt.<sup>303</sup> Uitgangspunt van de Zvw is dat de zorgverzekeraar de zorg voor zijn verzekerden inkoop (zorg in natura) en dat de patiënt c.q. verzekerde hiervoor een (periodieke) premie betaalt. Zorgverzekeraars zijn verplicht om voor alle verzekerden dezelfde premie te rekenen voor de (basis)verzekering.<sup>304</sup> Het Nederlandse zorgstelsel is namelijk gebaseerd op (risico)solidariteit, waarbij zorgverzekeraars bij onder andere het bepalen van de premie geen rekening mogen houden met verzekerdenkenmerken, zoals ziekte, inkomen, leeftijd en ras.<sup>305</sup>

De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 Zvw jegens zijn verzekerden een zorgplicht. Deze verplichting houdt in dat de zorgverzekeraar de 'verzekerde prestaties', die zijn opgenomen in het (basis)pakket, toegankelijk moet maken voor zijn verzekerden. De zorgverzekeraar levert deze zorg binnen het huidige stelsel niet zelf maar laat deze zorg uitvoeren door artsen en zorgaanbieders. Of de zorgverzekeraar de kosten rechtstreeks vergoedt aan de zorgaanbieder of dat de verzekerde zijn behandelkosten eerst moet afrekenen en vervolgens kan declareren bij de zorgverzekeraar is afhankelijk van de soort verzekeringspolis die partijen zijn aangegaan.<sup>306</sup> Bij een naturapolis heeft de verzekerde tegenover de zorgverzekeraar een recht op door de zorgverzekeraar ingekochte prestatie zelf. Heeft de verzekerde een restitutiepolis afgesloten dan maakt hij in beginsel geen aanspraak op een door zijn verzekeraar gecontracteerde zorgprestatie, maar op restitutie van de kosten van de genoten behandeling.<sup>307</sup>

300 Van Schelven & Janssen, *TvGR* 2017/41, p. 479-491.

301 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853.

302 Meulemans, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 61-79 en Van der Most, *TvGR* 2005/29, p. 17-39.

303 Art. 2 en 3 Zvw.

304 Dit wordt ook wel het verbod op premiedifferentiatie genoemd, zie art. 17 Zvw.

305 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 35.

306 Art. 11 Zvw. Zie ook: Leenen e.a. 2017, p. 674 e.v. *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v.

307 Art. 16 Zvw e.v. Zie ook: Leenen e.a. 2017, p. 674 e.v.

Verzekerden met een restitutiepólis zijn binnen het huidige stelsel daarmee verzekerd van een volledig vrije artsenkeuze. Zij kunnen zelf een zorgaanbieder kiezen en maken aanspraak op een volledige vergoeding van de behandelkosten.<sup>308</sup> De verzekerden met een naturapolis worden in beginsel beperkt in hun keuzevrijheid doordat zij in beginsel moeten kiezen voor een zorgaanbieder waarmee de zorgverzekeraar een contract heeft gesloten.<sup>309</sup> Het is zorgverzekeraars in dat kader toegestaan een lagere premie in rekening te brengen bij verzekerden met een naturapolis.<sup>310</sup> De premie voor een restitutiepólis is echter maar beperkt hoger in vergelijking met de premie voor een naturapolis.<sup>311</sup> Uit onderzoek van Vektis blijkt desondanks dat de meeste verzekerden in 2019 (rond de 76%) hebben gekozen voor een naturapolis.<sup>312</sup>

## 2.1 Vrije artsenkeuze voor verzekerden met een naturapolis

De wetgever heeft het recht op vrije artsenkeuze op grond van artikel 13 lid 1 Zvw ook (gedeeltelijk) willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis.<sup>313</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis van de Zvw is de zorgverzekeraar niet verplicht de kosten van een behandeling van een verzekerde met een naturapolis volledig te vergoeden, indien de verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van keuze.<sup>314</sup> Maar de Zvw bepaalt niet hoeveel de zorgverzekeraar minimaal wel moet vergoeden. Dit is evenmin (nader) uitgewerkt in lagere regelgeving.

Een lange tijd bestond in de rechtspraak een discussie over de vraag of zorgverzekeraars zelf de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg mogen bepalen. De Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: 'NZa') nam dit aanvankelijk aan, zolang de vergoeding maar hoger was dan nihil.<sup>315</sup> Dit riep de vraag op hoe dit standpunt zich verhiel tot het recht op vrije artsenkeuze en de parlementaire geschiedenis van de Zvw. De Hoge Raad heeft hierover op 7 juli 2014 voor het eerst enige duidelijkheid verschaft in het arrest *CZ/Momentum*:

*“Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat art. 13 lid 1 Zvw aldus moet worden uitgelegd, dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturapolis 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 zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden”.*<sup>316</sup>

308 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v.

309 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v., p. 32.

310 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v., p. 86.

311 NZa 2018, p. 19.

312 *Inzicht in het overstapeseizoen. Verzekerden in beeld* 2019, p. 16.

313 Schelven en Janssen, 2017, p. 479-491.

314 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 30-31. Zie ook: HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

315 Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36.

316 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken, r.o. 3.5.7.

De Hoge Raad baseert zich hierbij op de parlementaire geschiedenis bij de Zvw. Hierin is door de wetgever ten aanzien van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg het volgende aangegeven: *“De vergoeding mag overigens niet zodanig laag zijn, dat een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het inroepen van zorg bij een niet gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder”*.<sup>317</sup>

De Hoge Raad wijst er expliciet op dat aan het hinderpaalcriterium het belang van een vrije artskeuze ten grondslag ligt.<sup>318</sup> De Hoge Raad beschouwt, mede omdat deze stelling in de betreffende procedure niet ter discussie stond, een vergoeding van 75-80% van het marktconforme tarief vervolgens als een breed gedragen praktijknorm die geen feitelijke hinderpaal oplevert en na dit arrest van de Hoge Raad heeft deze norm in de rechtspraak lange tijd standgehouden.<sup>319</sup> Het hinderpaalcriterium wordt daarmee door de Hoge Raad ingezet als een belangrijke waarborg voor het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis.

## 2.2 Onduidelijkheid in de parlementaire geschiedenis

Zoals hierboven beschreven volgt uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw, dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis niet mag worden belemmerd door de hoogte van de vergoeding van de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg. De toepassing van het hinderpaalcriterium zou daarmee de keuzevrijheid van verzekerden met een naturapolis moeten waarborgen.

Uit artikel 13 lid 2 Zvw volgt dat de zorgverzekeraars de wijze waarop de vergoeding wordt berekend dienen op te nemen in de polisvoorwaarden en op grond van artikel 13 lid 4 Zvw dient de manier waarop de vergoeding wordt berekend voor alle verzekerden onder dezelfde polis gelijk te zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw volgt daarnaast dat de vergoeding door de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg niet ‘volledig’ hoeft te zijn.<sup>320</sup> Het toepassen van een lagere vergoeding door de zorgverzekeraars ten opzichte van het marktconforme tarief is gezien het onderscheid tussen een natura- en restitutieverzekering te verklaren.<sup>321</sup> De gecontracteerde zorgaanbieders zijn op grond van de gesloten zorgovereenkomsten immers veelal gebonden aan omzetplafonds en overige contractuele verplichtingen.<sup>322</sup> Indien bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg geen korting zou mogen worden toegepast ten opzichte van het gecontracteerde tarief, kan het voor een zorgaanbieder zelfs gunstiger zijn om geen

317 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, 7, p. 99

318 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken, r.o. 3.5.6.

319 Schelven en Janssen, 2017, p. 485.

320 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 109.

321 Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw: *“Bovendien zou een volledige of hoge vergoeding ertoe kunnen leiden dat ook mensen met een zorgverzekering krachtens welke ze in principe naar een gecontracteerde zorgaanbieder moeten, toch in de praktijk een volledig vrije keuze tussen zorgaanbieders hebben. Daarmee zou het contracteren van zorg ondergraven worden”* (*Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 26, p. 32).

322 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 4.10.

zorgovereenkomst te sluiten met de zorgverzekeraar. Dat zou geen recht doen aan het doel van de Zvw, waarin zorgverzekeraars de (regie)taak hebben gekregen om door middel van contracteren de kwaliteit, doelmatigheid en kosten van de zorg te beïnvloeden.<sup>323</sup>

Ik constateer dat de overwegingen van de wetgever in de parlementaire geschiedenis op dit punt onduidelijk zijn. Aan de ene kant is het de bedoeling van de wetgever om het recht op vrije artskenkeuze ook voor verzekerden met een naturapolis te waarborgen, terwijl aan de andere kant wordt aangegeven dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg veelal niet volledig zal zijn. Deze onduidelijkheid in de parlementaire geschiedenis leidt eveneens tot onduidelijkheid in de rechtspraak.

### 3. De uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019

De Hoge Raad oordeelde op 7 juni 2019 dat een verzekerde met een naturapolis op grond van artikel 13 lid 1 Zvw bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder geen aanspraak kan maken op een ‘nagenoeg’ volledige vergoeding.<sup>324</sup> De Hoge Raad oordeelde daarnaast dat het hinderpaalcriterium zich ‘in algemene zin’ niet verzet tegen het toepassen van een vaste c.q. generieke korting (ook wel ‘vlaktaks’ genoemd) van in de praktijk 20-25% ten opzichte van het door de zorgverzekeraars gemiddeld gecontracteerde tarief.

De Hoge Raad oordeelde verder dat op grond van artikel 13 lid 1 Zvw slechts aan de hand van “concrete feiten en omstandigheden” kan worden bepaald of sprake is van een feitelijke hinderpaal.<sup>325</sup> De Hoge Raad lijkt welbewust af te wijken van andere interpretaties die eerder, in de lagere rechtspraak, waren ontwikkeld. Ik wijs in dit verband op de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 1 februari 2019 waarin de rechtbank het tegenovergestelde oordeelde.<sup>326</sup> Ook A-G Timmerman concludeert met het oog op artikel 13 lid 4 Zvw dat een individuele beoordeling van de feiten en omstandigheden niet mogelijk is: *“Moet de hoogte van de korting dan maar per geval, dus per verzekerde, worden bepaald? Hieraan staat art. 13 lid 4 Zvw in de weg. Bovendien kan niet uitgesloten worden dat een ‘per verzekerde’-criterium onwerkbaar is voor de praktijk”*.<sup>327</sup>

De Hoge Raad gaat in het arrest van 7 juni 2019 niet in op de uitleg van artikel 13 lid 2 en 4 Zvw en oordeelt slechts dat de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw zich in algemene zin niet verzet tegen het door de zorgverzekeraars toepassen van een generieke korting. Dat is naar mijn oordeel een gemiste kans van de Hoge Raad

323 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 26.

324 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 r.o. 3.1.3.

325 Zie ook: Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578.

326 Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, *GZR-Updates.nl* 2019/140 m.nt. B. Wallage; *GJ* 2018/52 m.nt. J.G. Sijmons.

327 PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266, r.o. 4.9.

en hierdoor blijft de invulling van het hinderpaalcriterium in de rechtspraak op dit punt onduidelijk.

Artikel 13 Zvw laat naar mijn oordeel, gelet op lid 4 van dit artikel, een ‘maatwerkbeoordeling’ in individuele gevallen namelijk niet toe.<sup>328</sup> Dit omdat de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg voor eenieder op eenzelfde manier dient te worden berekend. Artikel 13 lid 4 Zvw sluit in dat kader aan bij het verbod op premiedifferentiatie, op grond waarvan geldt dat een zorgverzekeraar geen afwijkende premie in rekening mag brengen bij verzekerden op basis van verzekerdenkenmerken. De premie voor de basisverzekeringen is daarmee voor iedereen gelijk.<sup>329</sup> De uitleg door de Hoge Raad, dat het hinderpaalcriterium aan de hand van ‘concrete feiten en omstandigheden’ dient te worden ingevuld en derhalve per verzekerde kan verschillen is daarmee wettelijk gezien in feite niet houdbaar.

Met het oog op het recht op vrije artskeuze is van belang in welk geval sprake is van een schending van het hinderpaalcriterium. De Hoge Raad oordeelt in het arrest van 7 juni 2019 slechts dat dit dient te worden bepaald aan de hand van ‘concrete feiten en omstandigheden’. Daarmee blijft echter onduidelijk onder welke feiten en omstandigheden dan sprake is van een feitelijke hinderpaal c.q. een onrechtmatige belemmering van de keuzevrijheid.

Wel oordeelt de Hoge Raad in voornoemd arrest dat bij de invulling van de concrete feiten en omstandigheden ook de eventuele beleidsregels van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: ‘NZa’) een rol kunnen spelen.<sup>330</sup> De Hoge Raad motiveert niet om welke reden deze beleidsregels van belang zijn bij de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw. Het voorgaande is ook discutabel aangezien de invulling en uitwerking van het fundamentele recht op vrije artskeuze niet aan de NZa is maar aan de overheid. De NZa is slechts bevoegd om toezicht te houden en handhavend op te treden bij een overtreding van een zorgverzekeraar van de Zvw, waaronder artikel 13, maar gaat niet over de invulling van het recht op vrije artskeuze.<sup>331</sup>

Tot op heden heeft alleen de Rechtbank Noord-Nederland zich bij uitspraak van 30 januari 2018 uitgelaten over de vraag op welke wijze, met inachtneming van artikel 13 lid 2 en 4 Zvw, door een zorgverzekeraar invulling dient te worden gegeven aan het hinderpaalcriterium.<sup>332</sup>

Ook de Rechtbank Noord-Nederland oordeelde in deze uitspraak dat het met het oog op artikel 13 lid 4 Zvw niet mogelijk is om de individuele kenmerken of omstandigheden van de verzekerde te betrekken bij de invulling van het hinderpaalcriterium. De Rechtbank Noord-Nederland sluit in dat kader bij gebreke van een

328 Rechtbank Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380 en PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266.

329 Artikel 17 Zvw.

330 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, (TH/BR-025).

331 Pietermaat, *TvT* 2015/2, p. 7-14.

332 Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245 *GZR-Updates.nl* 2018/97 m.nt. B. Wallage; *GJ* 2018/53 m.nt. M.F. van der Mersch.

wettelijke maatstaf aan bij het bedrag van het hoogste in de Zvw genoemde vrijwillige eigen risico (EUR 500,-, bovenop de EUR 385,- aan verplicht eigen risico dat geldt voor iedere verzekerde).<sup>333</sup> De rechtbank is daarmee van oordeel dat indien een verzekerde méér dan EUR 500,- zelf moet bijdragen aan de behandeling, daarmee in elk geval sprake is van een feitelijke hinderpaal. Indien deze lijn op grond van artikel 13 lid 4 Zvw wordt gevolgd is geen sprake meer van een beoordeling in het individuele geval maar is sprake van een generieke vuistregel. Deze uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland is op dat punt inmiddels achterhaald door het hiervoor behandelde arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019<sup>334</sup> en inmiddels heeft het Gerechtshof-Arnhem bij uitspraken van 3 september 2019, op grond van voornoemd arrest van de Hoge Raad en de beleidsregels van de NZa, geoordeeld dat bij een vergoeding van 75% van het marktconforme tarief geen sprake is van een feitelijke hinderpaal.<sup>335</sup> Alhoewel in dat geval ook sprake is van een generieke vuistregel, is dit uitgangspunt met het oog op het recht op vrije artskeuze van de verzekerde met een naturapolis discutabel en naar mijn oordeel ook niet in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad, aangezien de door de verzekerde te betalen vergoeding van 25% van het marktconforme tarief in gevallen mogelijk wel degelijk een feitelijke hinderpaal opwerpt voor deze verzekerde om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze. In de beleidsregels van de NZa staat hierover dat de vergoeding door de zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg niet dusdanig laag mag zijn dat de verzekerde met een naturapolis niet meer kan kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze.<sup>336</sup> In de beleidsregels wordt in dat kader vervolgens verwezen naar het arrest CZ/Momentum. Echter, op basis van dit arrest kan niet in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat bij een vergoeding door een zorgverzekeraar van 75-80% nooit sprake kan zijn van een feitelijke hinderpaal.<sup>337</sup>

#### **4. Artikel 13 lid 1 Zvw: een schending van het recht op vrije artskeuze?**

Het recht op vrije artskeuze is, zoals hiervoor reeds beschreven, grondrechtelijk verankerd en vloeit voort uit onder andere artikel 8 lid 1 EVRM. Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM heeft de wetgever de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die verankerd zijn in artikel 8 lid 1 EVRM ook procedureel worden gewaarborgd, in die zin dat deze rechten op basis van een (nationaal) wettelijk kader dienen te worden gerealiseerd.<sup>338</sup> Van belang is in dat kader de zaak *Marckx*, waarin door het EHRM op grond van artikel 8 lid 1 EVRM een positieve verplichting voor de

333 Dit betreft de wettelijke grens voor wat de verzekerde zelf geacht kan worden bij te dragen aan de zorgkosten, zie ook: Leenen 2017, p. 712 e.v.

334 Ook de Rechtbank Gelderland volgt in een recente uitspraak inmiddels het arrest van de Hoge Raad (Rb. Gelderland 13 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2689).

335 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106, ECLI:NL:GHARL:2019:7109, ECLI:NL:GHARL:2019:7108.

336 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, (TH/BR-025).

337 Zie ook: Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, r.o. 5.40.

338 Lavrysen 2016.



betreffende lidstaat werd aangenomen.<sup>339</sup> Het EHRM formuleert in deze uitspraak een (positieve) verplichting voor de lidstaat om in het nationale recht te voorzien in een 'legislative and administrative framework', waarmee in dat specifieke geval het recht van een kind om vanaf zijn geboorte onderdeel uit te maken van het gezin waarin hij wordt geboren.<sup>340</sup> Analoog aan deze uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting kan naar mijn oordeel worden gesteld dat lidstaten op gelijke wijze het uit artikel 8 lid 1 EVRM voortvloeiende recht op vrije artsenukeuze dienen te beschermen.

De wetgever heeft met artikel 13 lid 1 Zvw enerzijds het recht op vrije artsenukeuze willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis. Anderzijds heeft de wetgever het zorgverzekeraars willen toestaan slechts een gedeelte van de behandelkosten te vergoeden, indien een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Deze verschillende uitgangspunten met betrekking tot de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw leiden in de rechtspraak tot onduidelijkheid. Door onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag in welk geval sprake is van een schending van het recht op vrije artsenukeuze c.q. sprake is van een feitelijke hinderpaal schendt de overheid mijns inziens de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot bescherming van het recht op vrije artsenukeuze.

In de nota naar aanleiding van het verslag betreffende de Zvw heeft de minister aangegeven dat het ongewenst is voorschriften te stellen ten aanzien van de feitelijke hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, aangezien dit een element kan zijn waarmee zorgverzekeraars zich op de markt kunnen profileren.<sup>341</sup> Dit is begrijpelijk waar het gaat om het stellen van voorschriften aan de maximum vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, aangezien het de zorgverzekeraar vanzelfsprekend is toegestaan om geen korting toe te passen. Het is met het oog op het recht op vrije artsenukeuze naar mijn oordeel juist wel aan de overheid om nadere voorschriften op te stellen ten aanzien van de hoogte van de minimale vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Dat vraagt om een nadere concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving.

#### 4.1 Artikel 13 lid 1 Zvw: een gerechtvaardigde beperking van het recht op vrije artsenukeuze?

Daarbij wijs ik erop dat indien en voor zover de wetgever het recht op vrije artsenukeuze voor verzekerden met een naturapolis daadwerkelijk wenst te beperken dit

339 EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462 m.nt. E.A. Alkema (*Marckx t. België*). Alhoewel het in deze zaak gaat om een positieve verplichting in het kader van de bescherming van 'family life', is de positieve verplichting ook aangenomen op andere fundamentele rechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM. Zie bijvoorbeeld: EHRM 4 december 2007, EHRC 2008/13 m.nt. E. Brems, NJ 2008/363 m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008/3, p. 293 m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par 70 (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

340 Van der Velde 2009, p. 1-2.

341 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, 7, p. 29, 98 en 99.

alleen is toegestaan, in het geval deze beperking voldoet aan de eisen uit artikel 8 lid 2 EVRM waaronder het noodzakelijkheidsvereiste.<sup>342</sup>

Toepassing van dit noodzakelijkheidsvereiste op de beperking van de vrije artsenkeuze betekent dat de Nederlandse overheid moet kunnen uitleggen waarom een beperking van het recht van vrije artsenkeuze via de toepassing of interpretatie van het hinderpaalcriterium nu noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op het waarborgen van het economische welzijn en/of de bescherming van de gezondheid. Naar mijn oordeel wordt noch in de huidige wetgeving, noch in de parlementaire geschiedenis, noch in de rechtspraak van de Hoge Raad daaraan aandacht besteed, laat staan dat op dit punt sprake is van een overtuigende onderbouwing. Bij de onderbouwing van het noodzakelijkheidsvereiste zal tenminste ook aandacht besteed moeten worden aan de proportionaliteit van de beperking en zal de wetgever moeten uitleggen dat er in redelijkheid geen minder ingrijpende alternatieven zijn dan de beperking van het fundamentele recht.<sup>343</sup> Ik ben er op voorhand niet van overtuigd dat de wetgever erin zal kunnen slagen om de beperking van het recht op een vrije artsenkeuze voor verzekerden met een naturapolis op een zodanige wijze te onderbouwen dat het voldoet aan de eisen die door het EHRM aan deze onderbouwing worden gesteld. Voor zover de overheid die onderbouwing zoekt in een noodzaak met het oog op het economische welzijn, meer in het bijzonder de houdbaarheid van het financiële evenwicht van het zorgverzekeringsstelsel, wijs ik erop dat die houdbaarheid naar mijn oordeel niet in het geding is, nu een verdere beperking van het recht op vrije artsenkeuze voor verzekerden met een naturapolis hooguit zou betekenen dat – strikt genomen – sprake zou zijn van een verschuiving van het aandeel naturapolissen naar het aandeel restitutiepolissen. Nu een dergelijke verschuiving binnen het huidige stelsel reeds mogelijk is kan daarin naar mijn oordeel nimmer een onderbouwing van de noodzaak van een beperking van het recht op vrije artsenkeuze gevonden worden.

## 5. Conclusie en aanbeveling

Onduidelijk is voor de verzekerde met een naturapolis in welk geval sprake is van een belemmering van het recht op vrije artsenkeuze. Dat vraagt met het oog op de positieve verplichtingen voor de overheid om een nadere concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving. Indien de wetgever in dat kader artikel 13 lid 4 Zvw zou schrappen en de invulling van het hinderpaalcriterium, in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019, afhankelijk zou maken van concrete feiten en omstandigheden, heeft dit tot gevolg dat op basis van verzekerdenkenmerken door de zorgverzekeraar onderscheid kan worden gemaakt bij het bepalen van de vergoeding

<sup>342</sup> EHRM 27 augustus 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011, EHRC 2015/12, m.nt. B.C. van Beers (*Parillo t. Italië*).

<sup>343</sup> EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 m.nt. Kn. (*Funke*), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995/594 m.nt. JdB (*McMichael*), EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999/464 m.nt. Dute (*M.S. tegen Zweden*) en EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999/710 (*Worm*).

voor niet-gecontracteerde zorg. Dat is naar mijn oordeel echter niet verenigbaar met de solidariteitsprincipes die ten grondslag liggen aan het zorgverzekeringsstelsel. Het verdient daarom aanbeveling om bij een concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving, anders dan de Hoge Raad oordeelt, de invulling van het hinderpaalcriterium niet afhankelijk te maken van ‘concrete feiten en omstandigheden’ die betrekking hebben op de individuele verzekerden. In dat opzicht biedt de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 30 januari 2018, waarin door de rechtbank op grond van artikel 13 Zvw en met inachtneming van het hinderpaalcriterium een nieuwe generieke vuistregel werd geformuleerd, naar mijn oordeel een veel beter aanknopingspunt voor concretisering van het hinderpaalcriterium.

Het gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019, en in het bijzonder de verwijzing van de Hoge Raad naar de beleidsregels van de NZa, is naar mijn verwachting dat in de rechtspraak de vuistregel zal worden gehanteerd dat bij een vergoeding door de zorgverzekeraar van 75-80% van het marktconforme tarief voor niet-gecontracteerde zorg geen sprake is van een feitelijke hinderpaal. In dat geval is, anders dan de Hoge Raad oordeelt, geen sprake meer van een beoordeling van ‘concrete feiten en omstandigheden’ maar is sprake van een generieke vuistregel. Deze vuistregel is echter naar mijn oordeel niet in lijn met het hinderpaalcriterium en belemmert in gevallen het recht op vrije artskeuze van verzekerden met een naturapolis, aangezien bij een vergoeding door de zorgverzekeraar van 75-80% van het marktconforme tarief wel degelijk de keuzevrijheid van deze verzekerden kan worden belemmerd om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Daarbij merk ik op dat deze vuistregel ook niet volgt uit de beleidsregels van de NZa en/of de rechtspraak van de Hoge Raad. Het is daarnaast ook niet aan de NZa maar aan de overheid om het fundamentele recht op vrije artskeuze te waarborgen. De wetgever is derhalve aan zet.

Met een door de wetgever vast te stellen generieke vuistregel, waarbij de verzekerde met een naturapolis zelf een beperkt bedrag dient te vergoeden voor de behandeling, kunnen de verschillende belangen die volgen uit de parlementaire geschiedenis van de Zvw worden gewaarborgd. Zo kan enerzijds de keuzevrijheid voor verzekerden met een naturapolis worden gewaarborgd aangezien slechts een beperkt bedrag dient te worden bijbetaald voor niet-gecontracteerde zorg. Anderzijds vormt het een financiële prikkel voor deze verzekerden om niet te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder aangezien door de verzekerde zelf dient te worden bijgedragen aan de behandeling. Op deze wijze blijft het voor zorgaanbieders aantrekkelijk om met zorgverzekeraars te contracteren en behouden de zorgverzekeraars dit middel om de zorg te regisseren. Een verdergaande beperking van het recht op vrije artskeuze via een financieel ontmoedigingsbeleid, waarbij bijvoorbeeld in elk geval een generieke korting wordt toegepast van 20-25% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, acht ik

onverenigbaar met de hoge noodzakelijkheidseisen die gesteld worden aan een eventuele beperking van dit recht.



# Hoofdstuk 5:

## De informatieverplichting van de zorgaanbieder: een wettelijke verplichting?

### Samenvatting

In deze bijdrage wordt naar aanleiding van diverse recente rechtspraak over de informatieverplichting van zorgaanbieders nader verkend waar de grens ligt van de verplichting voor zorgaanbieders te informeren over de vergoedingen voor de behandeling. De grenzen worden bepaald door de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de Wet marktordening gezondheidszorg en de interpretatie die daaraan wordt gegeven door de rechtspraak en de Nederlandse Zorgautoriteit. De primaire verantwoordelijkheid voor het informeren over polisvoorwaarden en vergoedingen ligt volgens de auteurs bij de zorgverzekeraars en de verzekerde. Pas daarna komen informatieverplichtingen van de zorgaanbieders in beeld.

### Publicatie

W.I. Koelewijn en B. Wallage, 'De informatieverplichting van de zorgaanbieder: een wettelijke verplichting?', *ZIP 2018*, p. 12-15

### 1. Inleiding

Op 6 juni van dit jaar heeft de rechtbank Den Haag uitspraak<sup>344</sup> gedaan in een geschil van zorgverzekeraar Zilveren Kruis tegen het Sint Antonius Ziekenhuis, het Haaglanden Medisch Centrum. De Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen had zich gevoegd aan de zijde van de beide ziekenhuizen vanwege het onderliggende belang van deze procedure voor alle Nederlandse ziekenhuizen. De kern van het geschil betrof de reikwijdte van de op de ziekenhuizen rustende informatieverplichting jegens de verzekerden van Zilveren Kruis, met name waar het ging om informatie over de omvang van vergoedingen vanuit een zogenaamde Budget Polis en de zorgkosten die op basis van deze polis voor rekening van de verzekerden zelf zouden komen. In dit artikel beantwoorden wij de vraag waar de grens van deze informatieverplichting nu precies ligt.

### 2. De informatieplicht op grond van de geneeskundig behandelingsovereenkomst

De verplichting voor zorgaanbieders om hun patiënten te informeren over de kosten van de behandeling vloeit voort uit verschillende wettelijke regelingen. In de

344 Rb. Den Haag 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6611, *GZR-Updates.nl* 2018-0296 m.nt. M.F. van der Mersch.

procedure die Zilveren Kruis had aangespannen tegen de voornoemde ziekenhuizen heeft zij primair het standpunt ingenomen dat de verplichting voor een zorgaanbieder om de patiënt te informeren over de kosten van de behandeling en de omvang van de verzekerde vergoeding, voortvloeit uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Meer specifiek stelde Zilveren Kruis dat deze verplichting lag besloten in de algemene verplichting dat een zorgaanbieder de 'zorg van een goed hulpverlener' in acht moet nemen<sup>345</sup> en tevens voortvloeit uit het vereiste van 'informed consent'.<sup>346</sup>

Op grond van deze verplichtingen dient een zorgaanbieder een patiënt alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken die voor een patiënt noodzakelijk zijn om een weloverwogen keuze met betrekking tot de voorgestelde behandeling te kunnen maken. Vanuit deze ratio is het niet zo'n vreemde gedachte om te stellen dat inzicht in de kosten van de behandeling alsmede inzicht in welk deel van die kosten voor eigen rekening komen, relevante informatie betreft die een patiënt moet kunnen meenemen in zijn of haar afwegingen omtrent het wel of niet laten uitvoeren van een behandeling.

Zowel in de wettekst zelf als in toelichting die daarop is gegeven in de parlementaire behandeling van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) zijn echter geen aanknopingspunten te vinden dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om de zorgaanbieder in de contractuele behandelrelatie tot de patiënt ook te verplichten de patiënt te informeren over de vraag in hoeverre de kosten van een behandeling wel of niet worden vergoed. Het accent van de informatieverplichting op grond van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is door de wetgever uitsluitend gelegd op informatie met betrekking tot 'de gezondheid' van de patiënt en 'de behandeling'. Onzes inziens kan daarom gesteld worden dat de WGBO een zorgaanbieder strikt genomen niet verplicht tot het verstrekken van informatie over welk deel van de kosten van behandeling voor rekening van de patiënt komt.

Tot dat oordeel komt ook de rechtbank Den Haag<sup>347</sup> en daarmee sluit de rechtbank aan bij een bestendige lijn in de rechtspraak over de informatieverplichtingen op grond van de WGBO. In zijn arrest van 2 augustus 2016 oordeelde eerder bijvoorbeeld ook het Gerechtshof Den Haag dat in de verhouding tussen zorgaanbieder en patiënt als uitgangspunt geldt dat de patiënt zelf nagaat of de zorgverzekeraar een behandeling vergoed en of hij, indien dit eventueel niet zo is, zelf de kosten van een behandeling kan dragen.<sup>348</sup>

Des te opvallender is dan ook dat in de laagdrempeliger geschillenbeslechting die voor patiënten openstaat sinds de inwerkingtreding van de Wet Kwaliteit Klachten en Geschillen Zorg (Wkkgz), deze lijn vanuit een juridisch perspectief minder strak wordt gevolgd. In een uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuizen van 6 juli 2017 komt de commissie namelijk wel tot het oordeel dat een ziekenhuis de op grond

345 Art. 7:453 BW.

346 Art. 7:448 en 7:450 BW.

347 Zie rechtsoverweging 4.14 van de voornoemde uitspraak.

348 Hof Den Haag, 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2241, *GZR-Updates.nl*, 2016-0325, m.nt. B.A. van Schelven.

van de geneeskundige behandelovereenkomst bestaande informatieplicht (ex art. 7:448 BW) had geschonden door de ouders van een minderjarige patiënt niet te informeren over de hoogte van een passantentarium voor sterilisatie.<sup>349</sup> Nadere analyse van die uitspraak leert evenwel dat de geschillencommissie een aantal bijzondere omstandigheden ten grondslag legt aan dat oordeel. Het ging in de eerste plaats om zorg die niet viel onder de reikwijdte van het basispakket en tevens was ten opzichte van het landelijk gemiddelde sprake van een sterk afwijkend passantentarium dat circa vijf keer hoger lag dan het landelijk gemiddelde (EUR 2.500 in plaats van EUR 500,-). Hoewel de Geschillencommissie het niet expliciet overweegt kunnen dergelijke bijzondere omstandigheden naar ons oordeel ook via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de behandelovereenkomst wel tot een verplichting leiden voor zorgaanbieders om inzicht te geven in de kosten van de behandeling die voor rekening van de patiënt komt. Dat betreft echter wel uitzonderingssituaties.

### **3. De informatieplicht op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg**

In artikel 38 lid 1 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is bepaald dat zorgaanbieders hun patiënten tijdig moeten informeren omtrent het voor de prestatie in rekening te brengen tarief. Deze bepaling wordt ook wel gezien als de administratieve pendant van de informatieplicht uit de WBGO. De wetgever heeft dit ook expliciet in de parlementaire geschiedenis toegelicht.<sup>350</sup> Deze toelichting vormt zodoende een glasheldere aanwijzing dat, indien al sprake zou zijn van een verplichting voor zorgaanbieders om patiënten te informeren over de kosten van een behandeling die voor hun eigen rekening komt, deze verplichting primair zou moeten voortvloeien uit het voor zorgaanbieders rechtstreeks werkende art. 38 Wmg en niet uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

De wettekst van art. 38 Wmg heeft het echter uitsluitend over het tijdig informeren van patiënten over 'het tarief' maar rept met geen woord over informatieverplichting met betrekking tot een eigen bijdrage en verzekerde vergoedingen. Ook uit de memorie van toelichting bij deze bepaling blijkt niet dat de wetgever het oog heeft gehad op een verplichting voor de zorgaanbieder om informatie te verstrekken over de vergoeding van de kosten door de zorgverzekeraar.<sup>351</sup>

De rechtbank Den Haag wijst in de uitspraak van 6 juni 2018 daarom in rechtsoverweging 4.29 onzes inziens terecht op de primaire verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraars:

349 Geschillencommissie Ziekenhuizen, 6 juli 2017, 109246, GJ 2018/38.

350 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, 3, p. 62.

351 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, 3, p. 63.



*“(...) Zilveren Kruis heeft volstaan met het sturen van een brief waarin zij de verantwoordelijkheid voor de informatievoorziening eenzijdig bij de Ziekenhuizen legde (...). Daarbij is Zilveren Kruis er ten onrechte aan voorbij gegaan dat de primaire verantwoordelijkheid voor adequate informatie over polisdekking bij de zorgverzekeraar ligt, die ervoor dient te zorgen dat zijn verzekerde weet wat zijn rechten en verplichtingen zijn en bij de verzekerde zelf, die navraag moet doen bij de verzekeraar.”*

Wanneer het gaat om informatievoorziening over de polisvoorwaarden en het op basis van de polisvoorwaarden wel of niet ontvangen van al dan niet volledige vergoedingen, dan rust de verantwoordelijkheid daarvoor logischerwijs primair op de zorgverzekeraar. Dat volgt ook rechtstreeks uit de in art. 40 Wmg neergelegde informatieverplichtingen voor zorgverzekeraars.

Blijkens de parlementaire geschiedenis is het de bedoeling van de wetgever dat de zorgverzekeraar zelf informatie verstrekt over de kernelementen van de aangeboden polissen.<sup>352</sup> Zeker wanneer het gaat om zogenaamde Budget Polissen waarbij weliswaar lage en aantrekkelijke nominale premies in rekening worden gebracht maar waarbij de eigen zorgkosten voor de verzekerden substantieel hoger zijn in verband met de beperkte gecontracteerde zorg, brengen de op de zorgverzekeraar rustende informatieverplichtingen ons inziens mee dat deze hun eigen verzekerden daarover glashelder, proactief en volledig moeten informeren. Niet alleen op het moment dat een Budget Polis wordt afgesloten, maar juist ook op het moment dat een zorgvraag zich manifesteert bij een verzekerde en de verzekerde geconfronteerd gaat worden met de nadelen van de ‘goedkope’ polis. Van zorgaanbieders kan naar ons oordeel in redelijkheid daarom niet worden verwacht dat zij gedetailleerd kennis en inzicht hebben de variëteit aan basispolissen en voorwaarden van hun patiënten. Die informatieplicht behoort primair tot het domein van verantwoordelijkheden van de zorgverzekeraars. De zorgaanbieder zou moeten kunnen volstaan met het verstrekken van volledige 1) informatie over de gezondheid van de patiënt, 2) de inhoud van de voorgenomen behandeling, 3) de daarvoor in rekening te brengen tarieven en hooguit 4) de mededeling of de zorgaanbieder een contract heeft met de zorgverzekeraar van de verzekerde.

#### **4. De informatieplicht volgens de NZa**

Ondanks deze uit de wet- en regelgeving voortvloeiende ogenschijnlijke logica lijkt met name de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) strengere eisen te stellen aan de informatieverplichting voor zorgaanbieders. De NZa heeft binnen twee weken na de uitspraak van de rechtbank Den Haag op 22 juni 2018 een persbericht doen uitgaan. Opvallend is dat de NZa daarin nog eens expliciet erop wijst dat zorgaanbieders

<sup>352</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 186, 3, p. 63-64.

verplicht zijn om patiënten volledig te informeren over de kosten van de behandeling en de vraag of een deel van de kosten al dan niet door de patiënt zelf moet worden betaald. Daarover zegt de NZa het volgende:

*“In de eerste plaats moet de verzekerde zelf opzoeken wat de dekking van zijn verzekering is. De zorgverzekeraar moet de verzekerde daarom goed informeren over de voorwaarden van zijn polis. De zorgaanbieder heeft ook een verantwoordelijkheid en moet de verzekerde actief informeren over de mogelijk zelf te betalen kosten van zijn behandeling. De verantwoordelijkheid van verzekerde en verzekeraar staan los van de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder om transparant te zijn.”<sup>353</sup>*

De NZa lijkt deze verantwoordelijkheid niet zozeer te baseren op de wettelijke verplichtingen maar wijst vooral op de technische mogelijkheden die de zorgaanbieders hebben om via Vecozo inzicht te krijgen in de polisvoorwaarden van verzekerden. Sinds 2016 is binnen Vecozo namelijk voorzien in een inkijsfunctie waardoor een zorgaanbieder redelijk eenvoudig kan opzoeken welke polis een patiënt heeft. Met deze informatie kan volgens de NZa een zorgaanbieder gemakkelijker een inschatting maken of de kosten al dan niet gedeeltelijk door de patiënt zelf moeten worden betaald.

Deze uitgangspunten met betrekking tot de informatieverplichting heeft de NZa ook vastgelegd in de ‘Beleidsregel transparantie zorgaanbieders’ (Beleidsregel) welke vanaf 20 januari 2014 geldt. In artikel 5 lid van de Beleidsregel is bepaald dat zorgaanbieders verplicht zijn om eventuele eigen betalingen, voorafgaand aan de zorglevering, inzichtelijk te maken voor de consument.

Aannemelijk is dat de NZa hier met name zou doelen op wettelijk verplichte eigen bijdragen die voor sommige vormen van zorg gelden. Denk bijvoorbeeld aan de eigen bijdrage van 25% van de aanschafprijs van een hoortoestel. Blijkens de toelichting op deze bepaling staat de NZa echter een verderstreckende bedoeling voor ogen.

*“Zowel binnen de Zvw als binnen de AWBZ [thans: Wlz] geldt voor sommige vormen van zorg een zogeheten eigen bijdrage. Zorgaanbieders moeten voorafgaand aan de zorglevering aangeven of er sprake is van een eigen bijdrage voor het gebruik van de zorg. Voorbeelden hiervan zijn de eerstelijns psychologische zorg in de Zvw of de AWBZ. Zorgaanbieders kunnen hiervoor, in geval van de Zvw, ook verwijzen naar de zorgverzekeraar of naar het CAK (in het geval van de AWBZ). Zorgaanbieders moeten, zo mogelijk, de hoogte van die eigen bijdrage aan de consument kenbaar maken.*

<sup>353</sup> NZa 22 juni 2018, <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2018/06/22/zorgaanbieders-horen-patienten-te-informeren-over-kosten-behandeling>.

*Ook kan het zijn dat de zorgaanbieder niet is gecontracteerd door de zorgverzekeraar van de patiënt. In dat geval zal de zorgaanbieder hem daarop moeten wijzen, en daarbij aangeven dat dit kan betekenen dat de patiënt een deel van de behandeling zelf moet betalen, dan wel een beperkte vergoeding krijgt.*

*Ook een eventuele niet-wettelijke eigen betalingen moet tijdig door de zorgaanbieder kenbaar gemaakt worden. Niet wettelijke eigen betalingen zijn bijvoorbeeld de kosten van de kapper in het geval de consument in een verzorgings- of verpleeghuis verblijft. De NZa verwacht van zorginstellingen dat zij hun cliënten volledig en zorgvuldig informeren over het aanbod van aanvullende diensten en welke prijzen de zorginstelling daarvoor in rekening brengt.<sup>354</sup>*

Uit deze toelichting volgt duidelijk dat in de visie van de NZa de informatieverplichting van zorgaanbieders zich nadrukkelijk ook uitstrekt tot het informeren van verzekerden over de vraag of de behandeling al dan niet gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komt. Daarmee rekt de NZa de informatieverplichting op grond van art. 38 Wmg wel verder op en blijft deze informatieverplichting niet uitsluitend beperkt tot informatie over de tarieven van de behandeling.

## 5. Conclusie

Is het een probleem dat de NZa die grenzen oprekt? Van der Mersch stelt in haar annotatie onder de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 6 juni 2018 dat dit wel het geval is. Volgens haar zou een zorgaanbieder moeten volstaan om patiënten in algemene zin te informeren over vergoeding van de zorg die door de zorgaanbieder wordt verleend. Kostbare behandeltijd, zo stelt zij, zou in dat geval niet moeten worden besteed aan het raadplegen van Vecozo en het doorspitten van de polis van elke individuele patiënt. Dat is een voor zorgaanbieders aantrekkelijke zienswijze maar wat ons betreft gaat dit standpunt toch iets te kort door de bocht. Van zorgaanbieders die al dan niet gedeeltelijk, niet-gecontracteerde zorg verlenen, kan onzes inziens in redelijkheid wel worden verwacht dat zij hun patiënten op basis van de via Vecozo beschikbare informatie ten minste informeren over het feit of zij al dan niet een contract hebben met zorgverzekeraar van hun patiënt. Indien dat niet het geval is, dan brengt de te betrachten zorgvuldigheid jegens de patiënt mee dat de patiënt er proactief op wordt gewezen om zich via de zorgverzekeraar te laten informeren over de hoogte van de eigen bijdrage die voor de behandeling betaald zal moeten worden. Zeker met de recent bekendgemaakte plan van de Minister van VWS<sup>355</sup> om opnieuw art. 13 van de

354 NZa beleidsregel Transparantie Zorgaanbieders d.d. 1 januari 2014, TH-BR-012.

355 Kamerbrief Minister van VWS d.d. 9 november 2018, 1372281-183975-Z, <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-volksgezondheid-welzijn-en-sport/documenten/kamerstukken/2018/11/09/kamerbrief-contracteer-proces-zorgverlening>.

Zorgverzekeringswet te willen aanpassen, zal deze informatie in de nabije toekomst, zo is onze verwachting, nog belangrijker worden voor de consument.



# Hoofdstuk 6: het sociaal domein

## Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium

### Samenvatting

In dit artikel onderzoeken de auteurs op welke wijze het recht op vrije artsenkeuze is uitgewerkt binnen het sociaal domein. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt met artikel 13 lid 1 Zvw en het daaruit volgende hinderpaalcriterium.

### Publicatie

B. Wallage en W.I. Koelewijn, 'Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium', *TvGR* 2020, p. 594-605.

Op 1 januari 2015 zijn de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) en de Jeugdwet in werking getreden.<sup>356</sup> Per die datum zijn de verzekerde aanspraken op grond van de toenmalige Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), alsmede de Wet op de jeugdzorg gedecentraliseerd en onder de verantwoordelijkheid gebracht van de gemeenten.<sup>357</sup> Het Nederlandse zorgstelsel bestaat vanaf 1 januari 2015 met voornoemde decentralisatie uit vier stelselwetten, namelijk: (1) de Zorgverzekeringswet (Zvw), (2) de Wet langdurige zorg (Wlz), (3) de Wmo 2015 en (4) de Jeugdwet.<sup>358</sup>

De gemeenten hebben met de inwerkingtreding van Wmo 2015 en Jeugdwet (hierna ook: 'het sociaal domein') meer en deels nieuwe verantwoordelijkheden gekregen voor het organiseren van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulpverlening. Een belangrijk uitgangspunt van de wetgever was dat de inwoner (hierna ook: 'betrokkene' of 'jeugdige')<sup>359</sup> allereerst zelf, samen met het eigen sociale netwerk, verantwoordelijk is voor de eigen gezondheid, ondersteuning en deelname aan het maatschappelijke verkeer.<sup>360</sup> Inwoners die echter zorg of ondersteuning nodig hebben, omdat ze er zelf met behulp van het eigen netwerk niet uitkomen, moeten kunnen rekenen op zorgverlening of ondersteuning door de decentrale overheid.<sup>361</sup> Gemeenten leveren deze zorg niet zelf, maar contracteren in dat kader met zorgaanbieders, zodat de nodige zorgverlening aan inwoners kan worden geleverd.

De 'eigen kracht' van de inwoner staat binnen het sociaal domein centraal. Dat roept de vraag op in hoeverre de wetgever het zelfbeschikkingsrecht van deze

356 In dit artikel noemen wij de uitvoeringspraktijk van de Wmo 2015 en de Jeugdwet hierna ook het sociaal domein.

357 Steyger e.a. 2015.

358 Van der Jagt-Jobsen, Rijken & Verduijn, *TvGR* 2014/38, p. 2.

359 In de Wmo 2015, de Jeugdwet en de parlementaire geschiedenis van deze wetten wordt gesproken over de 'burger', 'inwoner', 'jeugdige' of 'cliënt'. In dit artikel hanteren wij ook de definitie 'betrokkene'.

360 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 2.

361 Zie art. 2.3 Jeugdwet en art. 2.3.2 lid 4 Wmo 2015.

betrokkene heeft willen waarborgen binnen het sociaal domein, in het geval de belanghebbende ondersteuning wil afnemen van een (niet-gecontracteerde) aanbieder naar voorkeur. De aanbieder<sup>362</sup> binnen het sociaal domein betreft de rechtspersoon of natuurlijke persoon die (jeugdhulp)voorzieningen levert.<sup>363</sup> Wij onderzoeken deze vraag aan de hand van de mogelijkheden en beperkingen van het persoonsgebonden budget (pgb). Binnen de zorg is het pgb namelijk een belangrijk instrument voor het behoud van de eigen regie. Dit instrument is ingevoerd ter waarborging van het zelfbeschikkingsrecht van een betrokkene.<sup>364</sup> Hierbij zullen wij onderzoeken of het gezondheidsrechtelijke hinderpaalcriterium, zoals voortvloeit uit artikel 13 lid 1 Zvw, eveneens op vergelijkbare wijze geldt binnen het sociaal domein en maken wij een vergelijking met de wijze waarop het zelfbeschikkingsrecht van verzekerden is gewaarborgd via de Zvw.<sup>365</sup>

### 1. Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein

Op grond van het zelfbeschikkingsrecht, dat onder andere is verankerd in artikel 8 lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), heeft een patiënt binnen de gezondheidszorg het recht om zelf een arts of andere zorgaanbieder te kiezen.<sup>366</sup> Dit keuzerecht van de patiënt, dat ook wel het recht op vrije artsenkeuze wordt genoemd, is binnen de gezondheidszorg van groot belang. De patiënt moet met de aanbieder gevoelige informatie betreffende zijn of haar gezondheid kunnen delen en daarbij kan het vertrouwen in de aanbieder niet ontbreken.<sup>367</sup> Ook binnen het sociaal domein is het thema keuzevrijheid van aanbieders relevant.<sup>368</sup> Binnen dit domein zijn kwetsbare inwoners op een vergelijkbare wijze aangewezen op aanbieders. In dit artikel verstaan wij onder het zelfbeschikkingsrecht binnen het sociaal domein: het recht van de betrokkene om te kiezen voor een aanbieder naar eigen keuze.

De keuzevrijheid van de patiënt wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur vaak in verband gebracht met artikel 11 Grondwet en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).<sup>369</sup> In deze laatste wet, die de rechtspositie tussen de arts ('hulpverlener') en de patiënt regelt, staat de keuzevrijheid centraal.<sup>370</sup> Het is de patiënt die als opdrachtgever de vrijheid heeft om te kiezen voor een arts naar voorkeur. De WGBO is alleen van toepassing op 'handelingen op het gebied van de geneeskunst'.<sup>371</sup> Alhoewel het begrip 'handeling op het gebied van de geneeskunst'

362 In de Wmo 2015 wordt gesproken over aanbieders en in de Jeugdwet over jeugdhulpaanbieders. In dit artikel zullen wij het begrip aanbieder aanhouden, inhoudende de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de hulpverlening levert aan de betrokkene.

363 Zie art. 1.1.1 Wmo 2015 en art. 1.1 Jeugdwet.

364 ZonMw 2013, p. 119-120.

365 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20. Zie ook Wallage, *NJB* 2019/2417.

366 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20. Zie ook Wallage, *NJB* 2019/2417.

367 Hendriks, *TvGR* 2008, p. 2-18.

368 ZonMw 2013, p. 112 e.v.

369 Sijmons, *AV&S* 2016/14, p. 4 e.v. Zie ook Wallage e.a. 2019, p. 10 e.v.

370 Zie art. 7:446 lid 1 BW.

371 Zie art. 7:446 lid 2 BW.

ruim dient te worden uitgelegd, vallen de voorzieningen onder de Wmo 2015 en de Jeugdwet in beginsel niet rechtstreeks onder de reikwijdte van de WGBO.<sup>372</sup> Toch speelt de WGBO desondanks een belangrijke rol binnen het sociaal domein.<sup>373</sup> Zoals volgt uit de parlementaire geschiedenis van de WGBO heeft de wetgever voor ogen gehad dat de WGBO, ook buiten haar formele toepassingsgebied, analoog zou worden toegepast.<sup>374</sup> In dat kader is relevant dat de wetgever diverse bepalingen uit de WGBO integraal heeft overgenomen in de Wmo 2015 en de Jeugdwet.<sup>375</sup>

Voor de beantwoording van de vraag of een inwoner op grond van het zelfbeschikingsrecht binnen het sociaal domein zelf mag kiezen voor een niet door de gemeente gecontracteerde aanbieder is naar ons oordeel echter niet bepalend of een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt. Op grond van het zelfbeschikingsrecht is met name de aard en zwaarte van de voorziening bepalend.<sup>376</sup> Op basis van de Wmo 2015 en de Jeugdwet kan bijvoorbeeld een intensieve vorm van beschermd wonen<sup>377</sup> of persoonlijke begeleiding<sup>378</sup> worden geïndiceerd. Voor deze vorm van begeleiding wordt, vergelijkbaar als bij een geneeskundige behandeling, gevoelige informatie betreffende de gezondheid gedeeld met de aanbieder. Het vertrouwen van de betrokkene in de aanbieder van eigen keuze is in dat geval, op vergelijkbare wijze als in de arts-behandelrelatie, ook binnen het sociaal domein onontbeerlijk.

## **2. Het pgb: zorgverlening door een niet-gecontracteerde aanbieder**

Sinds de decentralisatie van het sociaal domein per 1 januari 2015 contracteren gemeenten met (jeugdhulp)aanbieders om maatwerkvoorzieningen onder de Wmo 2015 en individuele jeugdhulpvoorzieningen onder de Jeugdwet te kunnen leveren aan inwoners die hierop zijn aangewezen.<sup>379</sup> Dat is vergelijkbaar met de positie die zorgverzekeraars innemen binnen het stelsel van de Zvw, waarbij door de zorgverzekeraars wordt gecontracteerd met zorgaanbieders om te kunnen voldoen aan de zorgplicht (art. 11 lid 1 Zvw). Het verschil is evenwel dat het sociaal domein, in vergelijking met de Zvw, is uitgewerkt in publiekrechtelijke wet- en regelgeving en de gemeente, in tegenstelling tot de zorgverzekeraar, een publiekrechtelijke rechtspersoon is.<sup>380</sup> Ondanks dit verschil hebben de zorgverzekeraar en de gemeente binnen hun eigen domein beide de taak van de wetgever meegekregen om de doelmatigheid van de zorg

372 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 64, p. 57 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 212.

373 Zie ook Rb. Noord-Holland 12 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2838.

374 *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, nr. 11. Zie in dat kader ook de schakelbepaling: art. 7:464 BW.

375 Zie hoofdstuk 5 Wmo 2015 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 186) en hoofdstuk 7 Jeugdwet (*Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 200, 212 en 213).

376 Wallage e.a. 2019, p. 5 e.v.

377 Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015.

378 Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015 en art. 1.1 Jeugdwet.

379 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 5, 8 en 11. Zie ook Vermaat, *NTB* 2018/6.

380 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 212.



te waarborgen om de zorgkosten te kunnen beheersen.<sup>381</sup> Het belangrijkste instrument dat zij hebben om dit te doen is het aangaan van een (privaatrechtelijke) overeenkomst met (zorg)aanbieders, waarbij afspraken kunnen worden gemaakt over de hoogte van tarieven en budgetplafonds kunnen worden overeengekomen.<sup>382</sup>

Anders dan onder het stelsel van de Zvw<sup>383</sup> ontstaat binnen het sociaal domein echter pas toegang tot zorgverlening nadat door het college van burgemeester en wethouders (hierna: 'het college') is vastgesteld dat de betrokkene daadwerkelijk is aangewezen op deze zorgverlening. In dat kader is in artikel 2.3.2 lid 4 Wmo 2015 en artikel 2.3 Jeugdwet een onderzoeksverplichting opgenomen voor het college. Als uitgangspunt geldt daarbij dat de zorgverlening in natura wordt geleverd.<sup>384</sup> Dat roept de vraag op of het college, met het oog op het zelfbeschikkingsrecht, rekening dient te houden met de keuzevrijheid van een betrokkene om te kunnen kiezen voor een aanbieder van zijn voorkeur.

## 2.1 Het onderzoek door het college

Het college dient naar aanleiding van een melding op grond van de Wmo 2015 (art. 2.3.2 lid 4 Wmo 2015)<sup>385</sup> en een aanvraag op grond van de Jeugdwet (art. 2.3 Jeugdwet)<sup>386</sup> een onderzoek te verrichten naar de ondersteuningsbehoefte van de aanvrager. Bij dit onderzoek dient het college rekening te houden met de persoonlijke voorkeuren van de betrokkene.<sup>387</sup> Indien het college de keuzevrijheid van de betrokkene niet betreft bij een onderzoek op grond van de Wmo 2015 of de Jeugdwet is sprake van een onvolledig onderzoek en is het te nemen besluit op grond van artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht niet houdbaar.<sup>388</sup> Dat de keuzevrijheid van de betrokkene binnen het sociaal domein bij het onderzoek door het college dient te worden betrokken, betekent echter niet dat de betrokkene kan kiezen voor elke aanbieder naar keuze.<sup>389</sup> Binnen het sociaal domein bestaat, vergelijkbaar met de Zvw, ook geen contracteerplichting voor het college.<sup>390</sup> De gemeente bepaalt met welke aanbieder zij voor de uitvoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet een contract wenst af te sluiten.

Uiteindelijk is het op grond van artikel 2.3.5 lid 3 Wmo 2015 en artikel 2.3 lid 2 Jeugdwet aan het college, rekening houdend met de uitkomsten van het onderzoek, waaronder de voorkeuren van de betrokkene,<sup>391</sup> om een (indicatie)besluit te nemen

381 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 8 en 133; *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 217 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 7.

382 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 8 en 133; *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 217 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 7. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710.

383 Art. 14 Zvw. Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12.

384 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 152 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 96.

385 CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.

386 CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477. Zie ook Rijken, *TvGR* 2017/41, p. 291.

387 Zie art. 2.3.2 lid 4 onder a Wmo 2015 en art. 2.3 lid 4 en 5 Jeugdwet.

388 CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477 en CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819. Zie ook Rb. Overijssel 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4220 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 143.

389 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 120-121. Zie ook ZonMw 2013, p. 112 e.v.

390 Meulemans, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 61.

391 Zie ook art. 2.3.5 lid 5 onder h Wmo 2015.

waarmee de voorziening aan de betrokkene wordt toegekend. Op grond van artikel 2.3.6 lid 1 Wmo 2015 en artikel 8.1.1. lid 1 Jeugdwet wordt een voorziening in beginsel geleverd in natura, tenzij de betrokkene de zorgverlening zelf via een pgb wenst in te kopen bij een niet-gecontracteerde aanbieder.<sup>392</sup>

De keuzevrijheid van een inwoner om te kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder is binnen het sociaal domein daarom gewaarborgd met de mogelijkheid voor de betrokkene om de zorg zelf door middel van een pgb te kunnen inkopen.<sup>393</sup> Uit de parlementaire geschiedenis van de Wmo 2015 en de Jeugdwet volgt in dat kader dat het pgb en hulp in natura gelijkwaardige alternatieven zijn.<sup>394</sup>

## 2.2 De voorwaarden voor het verkrijgen van een pgb

Met een keuze voor een pgb ontvangt de inwoner een budget en kan hij op grond daarvan zelf zorg inkopen.<sup>395</sup> In artikel 2.3.6 lid 2 Wmo 2015 en artikel 8.1.1 lid 2 Jeugdwet zijn door de wetgever een drietal voorwaarden gesteld aan de inzet van een pgb.<sup>396</sup> Deze voorwaarden kunnen de keuzevrijheid van de betrokkene mogelijk beperken.

### 2.2.1 Taken pgb

De betrokkene dient in staat te zijn de aan de pgb verbonden taken op een verantwoorde wijze uit te voeren. Deze voorwaarde is in zowel de Wmo 2015 als de Jeugdwet opgenomen.<sup>397</sup> Om de keuzevrijheid van de betrokkene zo veel mogelijk te waarborgen volgt uit voornoemde wetten dat de taken die dienen te worden verricht bij het verkrijgen van een pgb (o.a. het sluiten van een overeenkomst en het aansturen en aanspreken van de aanbieder op zijn verplichtingen) ook kunnen worden uitgevoerd door iemand uit zijn sociale netwerk, een curator, een mentor of een gemachtigde.<sup>398</sup>

### 2.2.2 Motiveringsbeginsel

Op basis van de tweede voorwaarde dient de betrokkene te motiveren dat hij een voorziening op grond van de Wmo 2015 als pgb geleverd wenst te krijgen.<sup>399</sup> Op grond van de Jeugdwet dienen de jeugdige of zijn ouders zich gemotiveerd op het standpunt te stellen dat zij het door de gemeente gecontracteerde aanbod niet passend achten.<sup>400</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wmo 2015 is gesteld dat de motivering van de betrokkene in geen geval een grond kan opleveren voor de weigering van

392 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 64, p. 32. Zie ook Elferink, *Gst.* 2018/55, p. 5.

393 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 133 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 82.

394 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 64, p. 33; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 103 en *Kamerstukken II* 2014/15, 25657, nr. 224. Zie ook CRvB 10 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3102.

395 Zie art. 2.3.6 Wmo 2015 en art. 8.1.1 Jeugdwet. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 19.

396 Zie art. 8.1.1 lid 2 Jeugdwet en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 983, nr. 3, p. 20.

397 Zie art. 2.3.6 lid 2 onder a Wmo 2015 en art. 8.1.1 lid 2 onder a Jeugdwet.

398 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 38.

399 Art. 2.3.6 lid 2 onder b Wmo 2015.

400 Art. 8.1.1 lid 2 onder b Jeugdwet.

een pgb.<sup>401</sup> Het college kan zich dan ook niet op de motivering van betrokkene beroepen om het pgb te weigeren. Dit geldt ook zo voor de Jeugdwet.<sup>402</sup>

### 2.2.3 Kwaliteit van de zorgverlening

Het college kan een pgb wel weigeren indien de kwaliteit van de niet-gecontracteerde zorgverlening niet volstaat, waardoor de veiligheid en effectiviteit van de voorziening in het geding komt.<sup>403</sup> De derde voorwaarde is – de facto – voor gemeenten de enige inhoudelijke voorwaarde op grond waarvan een pgb door het college kan worden geweigerd. Uit de rechtspraak volgt echter dat het college ook in dat geval zorgvuldig dient te onderbouwen om welke reden de kwaliteit van de geboden zorgverlening in een concreet geval onvoldoende is gewaarborgd.<sup>404</sup>

Indien het pgb-plan bijvoorbeeld niet volledig of onjuist is ingevuld, kan dit een reden zijn om op de derde weigeringsgrond een pgb te weigeren.<sup>405</sup> Daarbij wordt opgemerkt dat de kwaliteitseisen die gelden voor gecontracteerde aanbieders op grond van de Wmo 2015 niet onverkort mogen worden overgenomen bij de inzet van zorgverlening vanuit een pgb.<sup>406</sup> Dit laatste is anders onder de Jeugdwet. Op grond van artikel 8.1.1 lid 2 onder c Jeugdwet dient het college te beoordelen of de via het pgb in te kopen zorgverlening van goede kwaliteit is. De kwaliteitseisen zoals opgenomen in hoofdstuk 4 van de Jeugdwet zijn daarbij onverkort van toepassing.<sup>407</sup>

De vraag of de betrokkene de zorgverlening kan inkopen bij een niet-gecontracteerde aanbieder hangt in de praktijk dus bovenal af van de inkleuring door het college van de derde voorwaarde. Dat is naar ons oordeel begrijpelijk, aangezien in het geval dat de zorgverlening van onvoldoende kwaliteit is geen sprake kan zijn een doeltreffende voorziening. De kwaliteit van de zorgverlening in natura is contractueel gewaarborgd. Wij concluderen: indien de kwaliteit bij de aanbieder van voorkeur op orde is, bepaalt de betrokkene de keuze voor een aanbieder. Deze keuzevrijheid mag door gemeenten wel worden beperkt door kwaliteitsdoelen, maar niet wegens doelmatigheidsoverwegingen.<sup>408</sup>

### 3. De hoogte van het pgb – een vergelijking met het hinderpaalcriterium

De keuzevrijheid van een betrokkene om te kunnen kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder is, zoals hierboven beschreven, gewaarborgd door middel van de keuze voor een pgb. Dat is anders in vergelijking met de Zvw. Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw dient een zorgverzekeraar ook een gedeelte van de kosten van een

401 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 164, p. 20.

402 Rb. Overijssel 29 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3709. Zie ook Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5015.

403 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 38.

404 Rb. Overijssel 24 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4171.

405 Rb. Rotterdam 29 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2379.

406 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 113.

407 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 186.

408 CRvB 30 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3396.

verzekerde met een naturapolis te vergoeden bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de hoogte van deze vergoeding door de zorgverzekeraar de keuzevrijheid van de verzekerde niet mag belemmeren.<sup>409</sup> Dit wordt het hinderpaalcriterium genoemd. Dat roept de vraag op of het hinderpaalcriterium, of een soortgelijke norm, ook geldt binnen het sociaal domein bij een keuze van een betrokkene voor een niet-gecontracteerde (jeugdhulp) aanbieder.

Op grond van artikel 2.1.3 lid 2 onder b Wmo 2015 en artikel 2.9 onder c Jeugdwet is de gemeenteraad bevoegd om bij verordening de hoogte van het pgb te bepalen. Dat leidt tot de vraag of de hoogte van het pgb dient aan te sluiten bij de daadwerkelijke kosten van een voorziening. Of is het gemeenten toegestaan een differentiatie aan te brengen op de hoogte van de pgb-tarieven? In dat geval wordt de keuzevrijheid van de betrokkene mogelijk 'de facto' ook belemmerd, omdat de inwoner zelf dient bij te dragen aan de zorgverlening en dit een financiële belemmering (een hinderpaal) vormt voor de betrokkene om te kiezen voor een aanbieder naar keuze.

Uit artikel 2.3.6 lid 5 onder a Wmo 2015 en artikel 8.1.1 lid 4 onder a Jeugdwet volgt dat het college een pgb gedeeltelijk kan weigeren indien het pgb hoger is dan 'de kosten van de voorziening'. Met andere woorden, het college mag voor wat betreft de hoogte van het pgb op grond van voornoemde bepalingen aansluiten bij het door de gemeente gecontracteerde aanbod. In de parlementaire geschiedenis van de Wmo 2015 en de Jeugdwet staat hierover dat gemeenten niet met elke (niet doelmatige) aanbieder hoeft te contracteren, gezien het belang van kostenbeheersing.<sup>410</sup> Het zou niet in lijn zijn met dit belang indien gemeenten de kosten van een dergelijke aanbieder vervolgens wel op grond van een pgb zouden moeten vergoeden.

Inmiddels zijn over de hoogte van pgb-tarieven binnen het sociaal domein verschillende uitspraken gepubliceerd. Dit betreffen vooral Wmo-uitspraken. Aangezien het systeem van het pgb in de hiervoor genoemde wettelijke bepalingen identiek is, nemen wij in dit artikel aan dat de overwegingen van de rechterlijke instanties ook analoog gelden voor de Jeugdwet.

Ook uit voornoemde rechtspraak volgt dat het college niet gehouden is het pgb te verhogen boven de kosten van de gecontracteerde voorziening.<sup>411</sup> Indien de betrokkene een voorziening bij een aanbieder van voorkeur wenst in te kopen die duurder is dan de gecontracteerde voorziening, dient hij zelf het verschil bij te betalen voor zover het pgb ontoereikend is.<sup>412</sup>

Een andere relevante vraag is of het gemeenten is toegestaan om een korting aan te brengen op het gecontracteerde tarief.

409 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken en HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853.

410 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 133 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 120-121.

411 CRvB 26 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:456 en CRvB 19 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2829.

412 Zie ook CRvB 19 september 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX8897.

Uit de rechtspraak volgt dat het de gemeenteraad bij verordening in beginsel is toegestaan om een korting aan te brengen op de hoogte van de pgb-tarieven ten opzichte van het gecontracteerde tarief, mits het uurtarief voor een pgb de betrokkene redelijkerwijs in staat stelt tot zelfredzaamheid en participatie.<sup>413</sup> Kortom, de pgb-tarieven dienen binnen het sociaal domein toereikend te zijn. Het is aan het college om dit in elk individueel geval te onderzoeken en te waarborgen.<sup>414</sup> Een korting van 25% ten opzichte van het gecontracteerde tarief is bijvoorbeeld niet in alle gevallen toegestaan indien daardoor niet meer de nodige zorg kan worden ingekocht.<sup>415</sup> De keuzevrijheid van een betrokkene komt in dat geval in het geding. Indien de nodige ondersteuning in een individueel geval niet kan worden ingekocht met de vastgestelde tarieven, dient het college het pgb-tarief te verhogen.<sup>416</sup>

Uit bovenstaande rechtspraak volgt zodoende dat een vergelijkbaar hinderpaalcriterium geldt binnen het sociaal domein. Het hinderpaalcriterium houdt in deze context in dat het college de keuzevrijheid van de betrokkene niet onredelijk mag belemmeren via de hoogte van het pgb, dat is gemaximeerd op de kosten van de gecontracteerde voorziening.

### 3.1 Een vergelijking met het hinderpaalcriterium

Indien we een vergelijking maken met de keuzevrijheid van een betrokkene op grond van de Zvw, valt allereerst op dat de keuzevrijheid van een verzekerde met een natuerverzekering ingevolge artikel 13 lid 1 Zvw eveneens niet betekent dat de zorgverzekeraar alle kosten van de verzekerde dient te vergoeden bij een keuze van deze verzekerde voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Op grond van voornoemd artikel en het hinderpaalcriterium zijn zorgverzekeraars zelf bevoegd om invulling te geven aan de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Uit de rechtspraak over het hinderpaalcriterium volgt dat deze vergoeding van de zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg echter niet zo onredelijk laag mag zijn dat deze een 'feitelijke hinderpaal' vormt voor de natuerverzekerde om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze.<sup>417</sup> In de rechtspraak blijft onduidelijkheid bestaan over de rechtsvraag of bij een vergoeding van 75-80% van het gecontracteerde tarief door de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg sprake is van een feitelijke hinderpaal.<sup>418</sup> Een dergelijke vuistregel bestaat in ieder geval niet binnen het sociaal domein. Daar dient door de gemeente in beginsel te worden aangesloten bij het

413 CRvB 7 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:467.

414 Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3825 en Rb. Amsterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6345.

415 Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3825 en Rb. Amsterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6345.

416 Rb. Noord-Nederland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:162.

417 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

418 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106 en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028. Zie ook Wallage 2019.

gecontracteerde tarief en de korting op dit tarief mag de keuzevrijheid van de betrokkene niet belemmeren.

Uit de parlementaire geschiedenis van de Zvw volgt dat verzekerden met een naturopolis die kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar.<sup>419</sup> Deze verzekeraar heeft de noodzakelijke zorg voor haar verzekerden namelijk al ingekocht bij gecontracteerde aanbieders. Om die reden is het zorgverzekeraars toegestaan om een korting aan te brengen op de tarieven voor niet-gecontracteerde zorg.<sup>420</sup> Deze korting mag op grond van het hinderpaalcriterium niet dusdanig onredelijk zijn dat daarmee de keuzevrijheid van de verzekerde in het geding komt. Voornoemde redenering gaat ook op binnen het sociaal domein, alwaar de gemeente de zorg inkoop voor haar inwoners. Anders dan onder de Zvw komt deze overweging niet terug in de parlementaire geschiedenis van de Wmo 2015 en de Jeugdwet.

Zoals hiervoor uiteengezet is het aan het college om, bij het toepassen van een korting op de pgb-tarieven ten opzichte van de gecontracteerde tarieven, te onderbouwen dat een inwoner met het pgb de nodige zorg daadwerkelijk kan inkopen. Uit de rechtspraak omtrent het hinderpaalcriterium wordt de bewijslast voor het aantonen van een beperking van de keuzevrijheid op grond van het hinderpaalcriterium daarentegen primair gelegd bij de zorgaanbieders en patiënten.<sup>421</sup> Ervan uitgaande dat de keuzevrijheid van een betrokkene als gevolg van een korting op het tarief ten opzichte van het gecontracteerde tarief mogelijk wordt belemmerd, ligt het met het oog op het zelfbeschikkingsrecht voor de hand dat door de zorgverzekeraar en/of gemeente dient te worden onderbouwd dat met de korting de keuzevrijheid van de betrokkene niet wordt belemmerd. Het is immers de bedoeling van de wetgever geweest om zowel binnen de Zvw als het sociaal domein de keuzevrijheid van een betrokkene te waarborgen bij een keuze van een betrokkene voor een niet-gecontracteerde aanbieder.

Anders dan onder de Zvw heeft de wetgever binnen het sociaal domein de hoogte van de gecontracteerde tarieven gereguleerd, althans via de Wmo 2015. De wetgever is voornemens ook de tarieven op grond van de Jeugdwet te reguleren.<sup>422</sup> De gecontracteerde tarieven dienen op grond van het wettelijk kader reëel te zijn,<sup>423</sup> hetgeen in inkoopprocedures door de rechter kan worden beoordeeld.<sup>424</sup> Het gevolg hiervan is dat ook de pgb-tarieven die aansluiten bij het gecontracteerde tarief reëel zijn, althans reëel kunnen worden geacht. Het college is niet gehouden een kostendekkend pgb te

419 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 31.

420 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 31.

421 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

422 Brief van de Minister van VWS van 20 maart 2020, kenmerk: 1663105-203241-J. Zie ook Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

423 Zie art. 5.4 Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 en *Kamerstukken II* 2013/14, 31839, nr. 699, p. 6.

424 Zie bijv. Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

verstrekken voor voorzieningen van aanbieders die de gemeente te duur acht en om die reden niet contracteert.

Aangezien de belangen van de zorgverzekeraars en gemeenten in ons huidige zorgstelsel vergelijkbaar zijn, en zij het contracteerproces als kostenbeheersingsmaatregel kunnen gebruiken, is het opmerkelijk dat het zelfbeschikkingsrecht door de wetgever in de Wmo 2015 en de Jeugdwet anders is uitgewerkt dan in de Zvw. Dit terwijl de wetgever de keuzevrijheid van een betrokkene om te kunnen kiezen voor een niet-gecontracteerde (zorg)aanbieder zowel binnen het sociaal domein als binnen de zorgverzekeringsmarkt, ook op financiële gronden, grotendeels heeft willen waarborgen. Daarbij is het opmerkelijk dat per 1 januari 2017 de Zvw ook de mogelijkheid biedt aan verzekerden met een naturapolis om zelf de zorg in te kopen via een pgb.

### 3.2 Het Zvw-pgb

De verzekerde met een naturapolis, die behoefte heeft aan verpleging en verzorging die niet gepaard gaat met verblijf in verband met geneeskundige zorg, heeft op grond van artikel 13a lid 1 Zvw vanaf 1 januari 2017 de mogelijkheid om de niet-gecontracteerde zorg ook in te kopen door middel van een pgb. Dit betreft voornamelijk wijkverpleegkundige zorg. De vraag is wat dit toevoegt aan de mogelijkheid die een verzekerde met een naturapolis reeds heeft om op grond van artikel 13 lid 1 Zvw de zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder en hoe het Zvw-pgb zich verhoudt tot het hinderpaalcriterium. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 13a Zvw volgt dat ook het Zvw-pgb de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis dient te waarborgen:

*‘Een verzekerde met een naturapolis kan in principe kiezen voor het door zijn zorgverzekeraar gecontracteerde aanbod. Met de verankering van het Zvw-pgb in de Zvw krijgen zorgverzekeraars de opdracht om in iedere zorgpolis een mogelijkheid van restitutie voor verpleging en verzorging die niet gepaard gaat met verblijf in verband met geneeskundige zorg (wijkverpleging) aan te bieden (artikel 13a, eerste lid, Zvw). Keuzevrijheid voor de verzekerde met een aanspraak op wijkverpleging wordt daarmee zowel voor verzekerden met een naturapolis, als die met een restitutiepolis wettelijk vastgelegd.’<sup>425</sup>*

In het kader van de introductie van het Zvw-pgb heeft de Afdeling advisering van de Raad van State naar ons oordeel terecht vraagtekens geplaatst bij deze extra mogelijkheid voor de verzekerde om op grond van de Zvw via een pgb de zorg in te kopen.<sup>426</sup> Op grond van de Zvw kan een verzekerde een restitutiepolis afnemen waarbij de verzekerde een volledige vrije artsenkeuze heeft.<sup>427</sup> De keuzevrijheid van een verzekerde

<sup>425</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34233, nr. 3, p. 2 e.v.

<sup>426</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34233, nr. 4.

<sup>427</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34233, nr. 4.

met een naturapolis om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder is daarnaast reeds gewaarborgd met artikel 13 lid 1 Zvw en het zogenoemde hinderpaalcriterium. Ondanks deze kanttekeningen van de Raad van State bij de invoering van het Zvw-pgb is deze extra mogelijkheid voor de verzekerde met een naturapolis om zelf de zorg in te kopen, uiteindelijk wel in de Zvw opgenomen.<sup>428</sup> De wetgever heeft hier, zo lijkt het, voor gekozen om de Zvw op het punt van het pgb in overeenstemming te brengen met de overige zorgwetten. Ook de Wlz kent namelijk de mogelijkheid voor de verzekerde om de zorg in te kopen via een pgb, waarbij de hoogte van het pgb volledig is gereguleerd in de Regeling langdurige zorg.<sup>429</sup>

Op grond van artikel 13a lid 4 Zvw is het aan de verzekeraar om de hoogte van het Zvw-pgb te bepalen. Vergelijkbaar als binnen het sociaal domein heeft de wetgever daarbij aangegeven dat de hoogte van de vergoeding wel passend dient te zijn. In de parlementaire geschiedenis is hierover aangegeven:

*‘Het budget moet dus toereikend zijn om de verzekerde de zorg te kunnen laten inkopen en betalen die hij redelijkerwijs nodig heeft. De omvang van het budget wordt bepaald door de behoefte aan zorg en de kosten daarvan.’<sup>430</sup>*

Om de keuzevrijheid van de verzekerde te waarborgen is in artikel 13a lid 6 onder d Zvw de mogelijkheid voor de regering opgenomen om in nadere regelgeving de minimale hoogte van het pgb vast te leggen. Opmerkelijk is dat de hoogte van het Zvw-pgb door de wetgever niet is gemaximeerd.

Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat het gezondheidsrechtelijke hinderpaalcriterium, dat volgt uit artikel 13 lid 1 Zvw, niet analoog van toepassing is bij de inzet van het Zvw-pgb.<sup>431</sup> Het Zvw-pgb kent een eigen juridisch kader, waarbij de hoogte van het pgb passend en toereikend dient te zijn. Het Zvw-pgb is daarmee vergelijkbaar met het pgb zoals dat geldt binnen het sociaal domein.

### 3.3 Het wetsvoorstel Bevorderen contracteren

De wetgever heeft eerder aangegeven dat hij binnen de wijkverpleegkundige zorg (Zvw) van oordeel is dat sprake is van een te hoog aandeel niet-gecontracteerde zorg.<sup>432</sup> In verhouding tot de gecontracteerde zorg leveren de niet-gecontracteerde aanbieders meer uren aan zorgverlening, waardoor deze zorg naar rato duurder is.<sup>433</sup> De wetgever heeft eerder in dat licht aangegeven een wetswijziging van artikel 13 Zvw voor te bereiden, op grond waarvan het voor de regering mogelijk wordt voor

428 Zie ook Van Balen & Michels, *TvGR* 2019, afl. 3, p. 234-260. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34233, nr. 30.

429 Art. 3.3.3 lid 1 Wlz.

430 *Stb.* 2016, 484.

431 Rb. Gelderland 20 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5379.

432 Brief van de Minister van VWS van 25 oktober 2019, kenmerk: 1582947-194993-Z.

433 Brief van de Minister van VWS van 25 oktober 2019, kenmerk: 1582947-194993-Z.



bepaalde deelsegmenten in de zorg de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te reguleren.<sup>434</sup> Gezien de coronacrisis is dit wetsvoorstel eerder zelfs door de wetgever aangeduid als ‘spoedeisend wetsvoorstel’.<sup>435</sup> Aangezien de wetgever vooral de bedoeling heeft de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg binnen de wijkverpleegkundige zorg te reguleren, is het de vraag of hierbij ook rekening wordt gehouden met het Zvw-pgb. Op grond van de Zvw kan een verzekerde met een naturapolis voor wat betreft een keuze voor een (niet-gecontracteerde) aanbieder van wijkverpleegkundige zorg, op dit moment deze keuze maken op grond van zowel artikel 13 lid 1 Zvw, als artikel 13a lid 1 Zvw. Daarbij is sprake van verschillende juridische kaders en vergoedingen. Dat is naar ons oordeel voor de verzekerde verwarrend.

Bij brief van 13 oktober 2020 is door de regering aangegeven dat het voornoemde wetsvoorstel tijdelijk wordt aangehouden.<sup>436</sup> Eerst zal worden gezien of er andere maatregelen zijn die bijdragen aan het verminderen van niet-gecontracteerde zorg. Mocht blijken dat het percentage aan niet-gecontracteerde zorg door deze maatregelen onvoldoende daalt, zal het wetsvoorstel alsnog worden ingediend.

#### 4. Conclusie

De wetgever heeft met de Wmo 2015 en de Jeugdwet beoogd het zelfbeschikkingsrecht van de betrokkene te waarborgen. Alhoewel het thema keuzevrijheid vaak terugkomt in de parlementaire geschiedenis van deze wetten is het pgb het belangrijkste instrument voor een betrokkene om te kunnen kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder. Wij hebben betoogd dat een pgb niet op budgettaire of doelmatigheidsgronden door het college kan worden geweigerd. Het is het recht van de betrokkene, indien hij is aangewezen op een voorziening, om te kiezen voor een aanbieder op grond van een pgb.

Op grond van recente rechtspraak geldt dat voor de hoogte van een pgb door de gemeente in beginsel mag worden aangesloten bij de kosten van de gecontracteerde voorziening. Het is de gemeente daarbij toegestaan om een korting aan te brengen op dit tarief, mits sprake is van een reëel tarief, waardoor de keuzevrijheid van de betrokkene niet in het geding komt. In zoverre geldt een hinderpaalcriterium ook binnen het sociaal domein.

In dit artikel hebben wij vervolgens geconstateerd dat binnen de Zvw ook de mogelijkheid bestaat om voor wijkverpleegkundige zorg een pgb te verkrijgen, op grond waarvan door de verzekerde met een naturapolis de zorg kan worden ingekocht bij een niet-gecontracteerde aanbieder. Deze mogelijkheid bestaat voor de verzekerde los van een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder op grond van artikel 13 lid 1 Zvw en het in dat kader geldende hinderpaalcriterium. Het is juist de

434 *Kamerstukken II* 2019/20, 31765, nr. 480.

435 Brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 27 maart 2020, kenmerk: 2874495.

436 Brief van de Minister van VWS van 13 oktober 2020, kenmerk: 1743995-210092-CZ.

wijkverpleegkundige zorg alwaar de wetgever van oordeel is dat sprake is van een te hoog percentage aan niet-gecontracteerde zorg en zodoende met een wetsvoorstel, inhoudende een wijziging van artikel 13 Zvw, de hoogte van de vergoeding van de niet-gecontracteerde zorg mogelijk nader wenst te reguleren. Wij raden de wetgever aan om in dit traject eveneens de tijd te nemen om kritisch te kijken naar de wijze waarop de keuzevrijheid van een naturaverzekerde binnen de wijkverpleegkundige zorg, inhoudende de keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder, momenteel is gewaarborgd. Het is in dat kader positief dat de eerder aangekondigde wetswijziging voorlopig is uitgesteld.

Naar ons oordeel ligt het voor de hand dat de wetgever de keuzevrijheid van de voornoemde naturaverzekerde op één manier waarborgt en reguleert, ter voorkoming van rechtsongelijkheid tussen de verschillende zorgstelselwetten.

Aangezien het pgb ook binnen andere zorgwetten wordt ingezet ter waarborging van het zelfbeschikkingsrecht, op grond waarvan door een betrokkene kan worden gekozen voor een niet-gecontracteerde aanbieder naar keuze, bevelen wij aan de Zvw, en in het bijzonder het Zvw-pgb, op dit punt te harmoniseren. De voorwaarden waaronder het pgb binnen het sociaal domein kan worden verkregen, kan daarbij als leidraad dienen.



# Hoofdstuk 7: De Wet langdurige zorg

## Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg

### Samenvatting

In dit artikel onderzoekt de auteur op welke wijze het recht op vrije artskeuze is uitgewerkt binnen de langdurige zorg. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt met het de Zorgverzekeringswet en het sociaal domein.

### Publicatie

B. Wallage, 'Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg', *TvGR* 2021, p. 580-593.

De Wet langdurige zorg (Wlz) is op 1 januari 2015 in werking getreden.<sup>437</sup> Deze wet is ingevoerd ter vervanging van de – toen reeds afgeslankte – Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). Dit alles in het kader van de stelselherziening, in het bijzonder de decentralisatie van het sociaal domein.<sup>438</sup> Doelstelling van de wetgever was om personen die zijn aangewezen op langdurige zorg zo lang als mogelijk thuis te laten wonen en kostbare zorg in een instelling<sup>439</sup> waar mogelijk te voorkomen.<sup>440</sup> Aldus kan worden aangesloten bij de wensen en voorkeuren van vooral oudere zorgbehoeftigen en kunnen tevens kosten worden bespaard in een zorgstelsel dat financieel onder druk staat.<sup>441</sup> Het voorgaande sluit aan bij de basisprincipes van de Wlz: 'Uitgaan van wat mensen (nog) wel kunnen in plaats van wat zij niet kunnen. Oftewel: regie naar vermogen. Kwaliteit van leven staat voorop. Het motto van Wlz is: met professionele zorg, zo thuis mogelijk!'<sup>442</sup>

De Wlz roept verzekerde aanspraken in het leven voor personen met een blijvende ('van niet voorbijgaande aard')<sup>443</sup> somatische of psychogeriatrische aandoening of beperking en personen met een blijvende verstandelijke, lichamelijke en/of zintuiglijke handicap.<sup>444</sup> Per 1 januari 2021 is de Wlz eveneens opengesteld voor personen met een blijvende psychische stoornis.<sup>445</sup> Slechts die personen met een van de vernoemde aandoeningen of beperkingen,<sup>446</sup> die zijn aangewezen op 24 uur per dag

437 *Stb.* 2014, 521.

438 Met het sociaal domein bedoel ik de Jeugdwet en de Wmo 2015.

439 In de Wlz wordt zowel gesproken over de 'zorgaanbieder' als de 'zorginstelling'.

440 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 4.

441 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 5.

442 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 1.

443 Zie art. 3.2.1 lid 2, sub a Wlz.

444 Art. 3.2.1 lid 1 Wlz.

445 *Kamerstukken II* 2018/19, 35146, nr. 3. *Stb.* 2019, 428.

446 Dit wordt een 'Wlz-grondslag' genoemd.

zorg in de nabijheid, of permanent toezicht ter voorkoming van ernstig nadeel (ook wel 24-uurstoezicht genoemd), komen in aanmerking voor voorzieningen onder de Wlz.<sup>447</sup> Kortom, wil iemand aanspraak maken op een voorziening onder de Wlz, dan dient sprake te zijn van een zogenoemde blijvende Wlz-grondslag. Tevens dient deze grondslag te leiden tot een noodzaak van 24-uurszorg of 24-uurstoezicht in de nabijheid ter voorkoming van ernstig nadeel.<sup>448</sup> Het CIZ beoordeelt als onafhankelijk indicatieorgaan of sprake is van een recht op zorg onder de Wlz.<sup>449</sup>

Een belangrijke reden van de wetgever om de Wlz in te voeren was om daarmee ook de regie door personen met een Wlz-grondslag te bevorderen. Dit roept de vraag op of de wetgever ook rekening heeft gehouden met het recht van de cliënt om te kunnen kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze. In dit artikel staat daarom de vraag centraal of personen die zijn aangewezen op verzekerde zorg onder de Wlz het recht hebben om te kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze. In dat kader vergelijk ik de Wlz in dit artikel met de andere zorgstelselwetten, te weten: de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Jeugdwet en de Wmo 2015.

## 1. Het keuzerecht van de cliënt

Artikel 8 lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) omvat onder andere het zelfbeschikkingsrecht.<sup>450</sup> Eerder heb ik betoogd dat er aanknopingspunten zijn om te veronderstellen dat het recht op vrije artskenkeuze voortvloeit uit het zelfbeschikkingsrecht en derhalve valt binnen de beschermingsreikwijdte van artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>451</sup> Onder de omstandigheden zoals genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM is het de Staat toegestaan om inbreuk te maken op het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt, bijvoorbeeld ter bescherming van het stelsel van de gezondheidszorg en de betaalbaarheid daarvan.<sup>452</sup> Bij de beoordeling van een inbreuk dient te worden bezien of de beperking proportioneel en subsidiair is.<sup>453</sup> Dit vereist een beoordeling van de redelijkheid van de inbreuk in relatie tot het daarmee te dienen doel en het bezien of dit doel met een minder zwaar middel kan worden bewerkstelligd. Deze beoordeling dient primair door de nationale regelgever te worden gemaakt.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) toetst, indien en voor zover de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, een dergelijke afweging van de

447 Art. 3.2.1 lid 1 Wlz.

448 De definitie van 'ernstig nadeel' is uitgewerkt in art. 3.2.1 lid 2 sub c Wlz. 'Ernstig nadeel' is ook een van de voorwaarden voor verplichte zorg op grond van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg en de Wet zorg en dwang. Aldus is er sprake van eenzelfde grondslag voor deze wetten.

449 Art. 3.2.3 lid 1 Wlz.

450 EHRM 28 november 1984, *Rasmussen t. Denemarken*, nr. 8777/79, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000877779, NJ 1986/4 m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten.

451 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20.

452 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 14. Zie ook: *Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba* 24 januari 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:62.

453 Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 februari 1997, *Laskey, Jaggard en Brown t. het VK*, nr. 21627/93; 21826/93 en 21974/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0219JUD002162793 en *ZonMw* 2013, p. 32.

nationale regelgever terughoudend.<sup>454</sup> Het EHRM hanteert daarbij een zogenoemde ‘procedurele beoordeling’, op grond waarvan het EHRM onderzoekt of de nationale regelgever de hierboven beschreven belangen zorgvuldig heeft afgewogen in het kader van het nationale wetgevingsproces.<sup>455</sup> Dat is ook begrijpelijk, aangezien een inbreuk op grond van artikel 8 lid 2 EVRM slechts kan zijn gerechtvaardigd indien de beperking haar grondslag vindt in nationale wet- en/of regelgeving. Om deze reden zijn de overwegingen van de regelgever relevant die ten grondslag liggen aan de wet- en regelgeving in de gezondheidszorg, waarbij in dit artikel specifiek zal worden gekeken naar de keuzevrijheid van een cliënt binnen de langdurige zorg.

Relevant is dat de zorg binnen de Wlz wordt geleverd door zorgaanbieders. Deze aanbieders hebben verschillende hulpverleners in dienst en sturen deze hulpverleners aan. Op grond van artikel 8.1.1 lid 1 Wlz heeft de cliënt het recht om in een bespreking met de zorgaanbieder afspraken te maken over de wijze waarop de zorgverlening wordt ingericht en door bijvoorbeeld welke hulpverleners de zorg feitelijk wordt geleverd. Tijdens dit gesprek heeft de cliënt de keuze voor de zorgaanbieder echter reeds gemaakt. In dit artikel zal derhalve worden onderzocht of de cliënt binnen de langdurige zorg het recht heeft om te kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze.

## 2. Keuzevrijheid binnen de langdurige zorg

Op grond van de Wlz heeft een cliënt een drietal mogelijkheden om de verzekerde zorg<sup>456</sup> te verkrijgen en in te zetten. Een cliënt kan (i) gaan verblijven bij een door het zorgkantoor gecontracteerde intramurale (verblijfs)instelling, (ii) de zorg door deze zorgaanbieder thuis laten leveren (‘zorg in natura’) of (iii) zelf kiezen voor een zorgaanbieder op grond van een persoonsgebonden budget (hierna: ‘pgb’).<sup>457</sup> Daarbij is van belang dat in de wet met betrekking tot het thuis laten leveren van deze zorg een onderscheid wordt gemaakt tussen een ‘volledig pakket thuis’ (hierna ook: ‘vpt’) en een ‘modulair pakket thuis’ (hierna ook: ‘mpt’). Het onderscheid hiertussen is dat bij een volledig pakket thuis de verzekerde zorg wordt geleverd door één zorgaanbieder.<sup>458</sup> Bij het modulair pakket thuis kan de cliënt verzekerde aanspraken door verschillende aanbieders laten leveren.<sup>459</sup> Op grond van artikel 3.3.1 lid 1 Wlz kan een verzekerde ervoor kiezen om zijn recht tot gelding te brengen met een modulair pakket thuis in combinatie met een pgb. Onder de Wlz is het ook mogelijk om zelf een woonruimte

454 EHRM 4 december 2007, *Dickson t. het VK* (GC), nr. 44362/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204, *EHCR* 2008/13 m.nt. E. Brems, *NJ* 2008/363 m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-Bull.* 2008, 3, p. 293 m.nt. A.C. Hendriks en F.M.J. den Houdijker.

455 EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*, nr. 6833/74, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, *NJ* 1980/462 m.nt. E.A. Alkema. Dit sluit aan bij het voor het EHRM geldende subsidiariteitsbeginsel (Protocol 15 bij het EHRM).

456 Het verzekerde pakket is opgenomen in art. 3.1.1 lid 1 Wlz.

457 Zie art. 3.3.1 lid 1 Wlz.

458 Zie art. 3.3.2 lid 1, sub a Wlz.

459 Zie art. 3.3.2 lid 1, sub b Wlz.

te huren en de verzekerde zorg op grond van een pgb in te kopen. Dit worden zogenoemde woon- en ouderinitiatieven genoemd.

De Wlz kent derhalve twee leveringsvormen op grond waarvan de zorg aan cliënten wordt geleverd, namelijk (i) door middel van zorg in natura en (ii) door middel van een pgb. Uit de wetsgeschiedenis volgt in dat kader:

*De regering heeft ervoor gekozen cliënten met een Wlz-indicatie de keuze te laten of zij de zorg in een instelling, dan wel thuis met een pgb of vpt, wensen te ontvangen. De regering vindt keuzevrijheid voor cliënten belangrijk, omdat de zorg daarmee beter op hun individuele wensen en mogelijkheden kan worden afgestemd.<sup>460</sup>*

In het kader van de keuzevrijheid van de cliënt is van belang dat bij zorg in natura het zorgkantoor, de inkoper van zorg namens cliënten, met de zorgaanbieder heeft gecontracteerd. De cliënt kan bij zorg in natura derhalve alleen voor gecontracteerde aanbieders kiezen. Indien de cliënt een keuze wil maken voor een niet-gecontracteerde aanbieder kan dit op grond van de wettelijke systematiek in beginsel alleen door middel van een pgb.<sup>461</sup>

## 2.1 Zorg in natura

Uit artikel 3.3.1 lid 2 Wlz volgt dat indien er meerdere gecontracteerde zorgaanbieders voor verblijf zijn die aan de cliënt, binnen een redelijke termijn, de zorg kunnen leveren, het zorgkantoor de cliënt in de gelegenheid stelt om een zorgaanbieder te kiezen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de cliënt niet het recht heeft om te kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder waar het gaat om verblijf in een instelling:

*De verzekerde heeft er geen recht op dat de Wlz-uitvoerder een niet gecontracteerde instelling alsnog contracteert voor verblijf. Hiermee zou immers de onlangs afgeschafte verplichting voor uitvoerders om alle zorgaanbieders die dat wensen te contracteren, worden vervangen door een verplichting om alle aanbieders te contracteren ten aanzien waarvan de verzekerde de wens daartoe te kennen geeft. Het zonder meer vooropstellen van de wens van de verzekerde in dit opzicht, zou teveel afbreuk doen aan de doelstelling om Wlz-uitvoerders te prikkelen zorg van een zo goed mogelijke kwaliteit voor een zo laag mogelijke prijs in te kopen bij zorgaanbieders.<sup>462</sup>*

Het doel van contracteren is kortom tweeledig: (i) om de doelmatigheid van de te leveren zorg te waarborgen en (ii) om de kwaliteit te waarborgen.

<sup>460</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 121.

<sup>461</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 48.

<sup>462</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 154.

Interessant is dat uit de wetsgeschiedenis van de Wlz blijkt dat de wetgever voornemens was om een pilot uit te voeren naar de mogelijkheid voor cliënten om het zorgkantoor te verzoeken om een maatwerkovereenkomst te sluiten met een zorgaanbieder, indien zij zich zouden willen wenden tot een niet-gecontracteerde verblijfsinstelling naar keuze.<sup>463</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt:

*‘Er ontstaat dan “zorg-op-maat-contractering” die meer cliëntgericht is. Voordeel hiervan is dat de cliënt optimale keuzevrijheid heeft en bijvoorbeeld kan kiezen voor nieuwe, innovatie zorgaanbieders of aanbieders van specifieke, identiteitsgebonden zorg. Voordelen ten opzichte van het pgb zijn dat de cliënt zelf geen opdrachtgever is, geen onderhandelingen hoeft te voeren en geen contracten hoeft af te sluiten. Ook blijft het zorgkantoor verantwoordelijk en aanspreekbaar voor de kwaliteit van de geleverde zorg. Aan deze vorm van zorg op maat contractering kleven echter ook nadelen. Zo verhoudt het zich slecht tot de beheerssystematiek in de Wlz (...).’<sup>464</sup>*

De pilot is voor zover bekend niet uitgevoerd.

Een ander voordeel van het contracteren op maat – in vergelijking met het pgb – is dat dit minder fraudegevoelig is. De cliënten binnen o.a. de langdurige zorg zijn veelal kwetsbaar en dit levert een hoger risico op voor zorgfraude.<sup>465</sup>

In het kader van bovenstaande beperking van de keuzevrijheid onder de Wlz is evenwel relevant dat uit het inkoopbeleid van Zorgverzekeraars Nederland volgt dat zorgaanbieders die voldoen aan de kwaliteitseisen van het zorgkantoor in beginsel een overeenkomst krijgen,<sup>466</sup> dan wel de zorg eventueel ook in onderaannemerschap kunnen leveren.<sup>467</sup> Bij bepaalde vormen van zorg is dit op grond van het inkoopbeleid anders en gaat de doelmatigheid van de zorg boven de keuzevrijheid.

Met betrekking tot de kwaliteit van de zorg onder de Wlz valt op te merken dat in artikel 4.2.2 lid 2, sub b Wlz is opgenomen dat in de overeenkomst tussen het zorgkantoor en de aanbieder ook afspraken worden gemaakt over de kwaliteit. Hiermee wordt niet alleen gedoeld op de kwaliteit van zorg, maar ook op vergelijkende kwaliteitsbewaking. Benchmarking is bijvoorbeeld een instrument dat ten behoeve van kwaliteitsbewaking contractueel kan worden ingezet.<sup>468</sup> De kwaliteit van de zorg binnen de

463 Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 28. Zie ook: Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 12.

464 Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 12.

465 Zorgverzekeraars Nederland, *Bestuursverslag 2020*, 30 juni 2021. Zie ook: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *2e Voortgangsrapportage Rechtmatige Zorg Aanpak van fouten en fraude 2018-2021*, p. 29.

466 Dit volgt uit het inkoopbeleid van Zorgverzekeraars Nederland (d.d. 28 mei 2021). Hierin staat bijvoorbeeld: ‘Wij contracteren zorgaanbieders voor de prestaties/zorgprofielen die zij willen en kunnen leveren, als zij aan de gestelde voorwaarden voldoen. Zo krijgen klanten maximale keuzevrijheid in hun regio binnen het gecontracteerde zorgaanbod.’

467 In het inkoopbeleid van Zorgverzekeraars Nederland staat hierover: ‘Als dit niet mogelijk is, kan een zorgaanbieder onderaannemers inschakelen voor de levering van Wlz-zorg. Dit kan bijdragen aan de keuzevrijheid van klanten en zo meerwaarde hebben voor het passend invulling geven aan de zorgvraag.’

468 Kamerstukken II 2002/03, 28994, nr. 3, p. 24.



langdurige zorg wordt genormeerd door de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).

## 2.2 Persoonsgebonden budget

Op grond van artikel 3.3.3 lid 1 Wlz kan een pgb alleen worden gebruikt door de cliënt voor het inkopen van verzekerde zorg in de thuissituatie.<sup>469</sup> Op grond van lid 4 van voornoemd artikel wordt een pgb verleend, indien bijvoorbeeld naar het oordeel van het zorgkantoor met het pgb op doelmatige wijze toereikende zorg van goede kwaliteit kan worden ingekocht (sub a). Niet iedereen kan de Wlz-zorg zelf in de thuissituatie organiseren, temeer nu het budget dat verkregen wordt op grond van het pgb in gevallen niet volledig toereikend is, aangezien ervan wordt uitgegaan dat de cliënt ook het eigen sociale netwerk inzet om de zorgverlening te organiseren.<sup>470</sup> Indien een dergelijk netwerk ontbreekt, kan dit betekenen dat de cliënt is aangewezen op Wlz-zorg in een instelling.

Zoals hierboven uiteengezet wordt de keuzevrijheid van de cliënt op grond van de Wlz dus beperkt, in die zin dat niet kan worden gekozen voor een niet-gecontracteerde aanbieder naar keuze alwaar het gaat om verblijf in een instelling. Ook een pgb kan voor die voorziening niet worden gebruikt. De reden hiervan is – althans zo volgt uit de wetsgeschiedenis – dat een dergelijke keuzevrijheid van cliënten afbreuk zou doen aan de doelstelling voor zorgkantoren om, door middel van het contracteren, de zorgkosten te beheersen. De onbeheersbaarheid van de zorgkosten vormde een belangrijke reden om de AWBZ, de voorganger van de Wlz, af te schaffen.<sup>471</sup> Naar mijn oordeel kan deze inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht in beginsel worden gerechtvaardigd op grond van artikel 8 lid 2 EVRM, aangezien de wetgever deze beperking nodig acht om zodoende de kosten van het stelsel van langdurige zorg betaalbaar te houden. Het voorgaande roept evenwel de vraag op, ook gezien het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel, of dit belang niet op een andere – minder ingrijpende wijze – kan worden gewaarborgd. In het vervolg van dit artikel zal ik dit onderzoeken door een rechtsvergelijking te maken met de andere stelselwetten binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel, te weten de Zorgverzekeringswet, de Jeugdwet en de Wmo 2015.

## 3. Een vergelijking met de Zorgverzekeringswet

Op grond van de Zvw zijn ingezetenen in Nederland – met uitzondering van militairen – verplicht om een zorgverzekering af te sluiten.<sup>472</sup> Verzekerden hebben daarbij de keuze voor een restitutieverzekering of een naturaverzekering.<sup>473</sup> Op grond van een

469 *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, nr. 3, p. 29 e.v.

470 CRvB 25 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1228, zie r.o. 5.6.

471 Leenen e.a. 2020 p. 771 e.v.

472 Op grond van art. 2 lid 1 Zvw dient degene die verzekerd is op grond van de Wlz, tevens verplicht een zorgverzekering af te sluiten. Op grond van art. 2.1.1 lid 1 Wlz is o.a. een ingezetene in Nederland verzekerde op grond van de Wlz.

473 Zie art. 11 lid 1 Zvw.

restitutieverzekering heeft een verzekerde het recht op betaling van geleverde zorg.<sup>474</sup> De verzekerde is in dat kader volledig vrij in zijn keuze voor een zorgaanbieder en kan de factuur van de geleverde zorgverlening voor betaling indienen bij zijn zorgverzekeraar. De verzekerde heeft in dat geval volledige keuzevrijheid.

Bij een naturaverzekering is dat anders en heeft de verzekerde niet het recht om zijn zorg vergoed te krijgen, maar heeft de verzekerde het recht op zorg van een door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>475</sup> Vergelijkbaar als onder de Wlz kan de verzekerde met een naturapolis onder de Zvw in beginsel slechts kiezen voor een door de zorgverzekeraar gecontracteerde aanbieder.<sup>476</sup> De ratio hierachter is vergelijkbaar als die onder de Wlz, namelijk om de zorgverzekeraar door middel van het contracteren de mogelijkheid te geven om afspraken te maken met zorgaanbieders over de kwaliteit en de tarieven en daarmee de financiële houdbaarheid van het gezondheidsstelsel te waarborgen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt:

*‘Het contracteren van zorg is voor zorgverzekeraars een aantrekkelijke optie. Door de afspraken die zij met de zorgaanbieders maken, kunnen zij bijdragen aan een zo efficiënt mogelijke zorgverlening. Daardoor besparen zij rechtstreeks op hun zorgkosten.’<sup>477</sup>*

Ook uit de rechtspraak volgt het belang van de zorgverzekeraars om afspraken te maken met zorgaanbieders voor natura-verzekerden.<sup>478</sup> Dit belang van zorgverzekeraars geldt temeer nu de meeste ingezetenen een naturaverzekering hebben.<sup>479</sup> Anders dan onder de Wlz hebben verzekerden met een naturapolis onder de Zvw echter wel het recht om te kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder, op de navolgende gronden.

### 3.1 Het hinderpaalcriterium

Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw dient de zorgverzekeraar de kosten van een verzekerde met een naturapolis (gedeeltelijk) te vergoeden, indien hij zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze. De hoogte van de vergoeding wordt in beginsel bepaald door de zorgverzekeraar. Uit het welbekende arrest *CZ/Momentum* van de Hoge Raad uit 2014 volgt dat artikel 13 lid 1 Zvw – althans zo legt de Hoge

474 Zie art. 11 lid 1 Zvw, sub b.

475 Zie art. 11 lid 1 Zvw, sub a.

476 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 28 e.v.*

477 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 32.*

478 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437. In deze uitspraak oordeelt het hof: ‘Met Achmea is het hof van oordeel dat dit laatste (dat de vlaktaks/korting van 25% niet in strijd is met het hinderpaalcriterium is hiervoor al behandeld) niet alleen in strijd zou komen met de opzet van ons zorgstelsel, maar ook een ongerechtvaardigd onderscheid met gecontracteerde aanbieders zou opleveren, die immers een vergoeding ontvangen op basis van het marktconforme tarief en daarbij (anders dan de ongecontracteerde zorgaanbieders als Conductore in de jaren 2013-2016) gebonden zijn aan een budgetplafond en extra (kwaliteits)eisen, terwijl Conductore niet heeft onderbouwd wat de grondslag voor het NZa-maximumtarief zou zijn.’

479 Over het jaar 2020 heeft 76,2% van de verzekerden een naturapolis. Nza, Monitor Zorgverzekeringen, *NZa-Specials* 03, dinsdag 26 mei 2020.

Raad de parlementaire geschiedenis uit – de bedoeling heeft om het recht op vrije artsenkeuze voor verzekerden met een naturapolis te waarborgen.<sup>480</sup> In de voornoemde uitspraak heeft de Hoge Raad op basis van dat uitgangspunt geoordeeld dat de vergoeding die de zorgverzekeraar dient te betalen voor niet-gecontracteerde zorgverlening niet dusdanig laag mag zijn, dat de verzekerde daardoor – de facto – geen keuze meer kan maken. Dit wordt het hinderpaalcriterium genoemd. De Wlz kent voor verzekerden die een keuze willen maken voor een niet-gecontracteerde verblijfsinstelling geen rechtsregel vergelijkbaar met het hinderpaalcriterium.

Lange tijd bestond in de rechtspraktijk discussie over artikel 13 lid 1 Zvw, namelijk over de vraag hoe hoog de voornoemde vergoeding door de zorgverzekeraar dan precies dient te zijn.<sup>481</sup> Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat zorgverzekeraars in beginsel dienen aan te sluiten bij het gecontracteerde tarief en het niet is toegestaan om een vast 'kortingspercentage' te hanteren in het geval een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>482</sup> Op basis van de meest recente rechtspraak zal in ieder geval per zorgvorm of type behandeling door de zorgverzekeraar moeten worden bezien welke kosten voor niet-gecontracteerde zorg dienen te worden vergoed, zodat de keuzevrijheid van de verzekerde daadwerkelijk is gewaarborgd.

De keuzevrijheid van een verzekerde met een naturapolis wordt daarbij niet alleen gewaarborgd door middel van artikel 13 lid 1 Zvw. Deze verzekerde kan er namelijk ook nog eens voor kiezen om de zorg onder omstandigheden in te kopen op grond van een pgb.

### 3.2 Zvw-rgb

De verzekerde met een naturapolis heeft, zoals hierboven beschreven, de keuze voor een gecontracteerde aanbieder of een niet-gecontracteerde aanbieder, waarbij in het laatste geval mogelijk door de verzekerde zelf dient te worden bijgedragen aan de kosten van de zorg. Die bijdrage mag echter niet zo hoog zijn dat dit de keuzevrijheid van de cliënt belemmert. Op grond van artikel 13a lid 1 Zvw heeft de verzekerde ook de mogelijkheid om wijkverpleegkundige zorg zelf in te kopen op grond van een pgb. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het instrument van het pgb aan de wet is toegevoegd om de keuzevrijheid van de verzekerde te vergroten.<sup>483</sup> Daarbij valt op dat het pgb alleen kan worden ingezet om wijkverpleegkundige zorg in te kopen, en niet ook andere vormen van zorg die vallen onder de reikwijdte van het basispakket,<sup>484</sup> en het pgb derhalve net zoals onder de Wlz door de wetgever in reikwijdte is beperkt.

480 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

481 Wallage, *NJB* 2019/2417.

482 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028. Zie ook: HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853.

483 *Kamerstukken II* 2014/15, 34233, nr. 3.

484 Zie art. 10 Zvw en art. 2.4 t/m 2.15 Besluit zorgverzekering.

Ook opmerkelijk is dat, waar het gaat om het Zvw-pgb in de parlementaire geschiedenis, niet meer wordt gesproken over het belang voor zorgverzekeraars om vanwege kostenbesparingsargumenten te contracteren. Dat argument gaat immers ook op voor de inzet van pgb's, aangezien het bij zorg in natura gebruikelijk is dat zorgverzekeraars bijvoorbeeld bij overeenkomst afspraken maken over budgetplafonds etc.<sup>485</sup> Dergelijke afspraken kunnen door de zorgverzekeraars niet worden gemaakt indien een verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van een pgb. Daarbij wordt opgemerkt dat bij zowel het Zvw-pgb als het Wlz-pgb de uurtarieven wel zijn gereguleerd.<sup>486</sup>

Kortom, het leidende argument onder de Wlz om de verzekerde niet de keuzevrijheid te geven om te kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze – de waarborging van de financiële houdbaarheid van het zorgstelsel – speelt ook een belangrijke rol voor de afwegingen die de wetgever heeft gemaakt onder de Zvw. Opvallend is daarbij echter wel dat een verzekerde met een naturapolis wel degelijk de keuze heeft om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, zelfs op twee verschillende manieren. Zo kan deze verzekerde ervoor kiezen om de zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde aanbieder naar keuze en zelf bij te dragen in een klein deel van de zorgkosten. De keuzevrijheid van de verzekerde dient in dat geval op grond van het recht op vrije artskeuze door de zorgverzekeraar te worden gewaarborgd. Tevens kan de verzekerde bij een behoefte aan wijkverpleegkundige zorg gebruik maken van het Zvw-pgb.

### 3.3 Kwaliteit binnen de Zvw

Met het contracteren onder de Zvw wordt de zorgverzekeraar niet alleen in staat gesteld om de doelmatigheid van de zorg te beheersen maar ook – vergelijkbaar als onder de Wlz – invloed uit te oefenen op de kwaliteit van de te leveren zorg. Uit de parlementaire geschiedenis van de Zvw volgt in dat kader:

*'Dat betekent dat het inkopen van zorg meer inhoudt dan het afspreken van alleen een prijs. Het kwaliteitsaspect speelt duidelijk ook een belangrijke rol. Bij kwaliteit gaat het ook om veiligheid, bereikbaarheid, tijdigheid, en de noodzaak van voortdurende innovatie van de zorg. Die aspecten van kwaliteit zijn te waarborgen door een systeem van voortdurende bewaking van kwaliteitsverbetering en sluit zodoende aan op de werking van de al geldende kwaliteitswetgeving.'*

485 Zie ook: B.A. van Schelven, 'De juridische houdbaarheid van de doorleverplicht – een eerste verkenning', *TvGR* 2016, p. 455-465.

486 Zie bijlage H van de Regeling langdurige zorg en art. 2.29a Regeling zorgverzekering.

De Wkkgz is ook van toepassing op de zorgverlening onder de Zvw. Het contracteren door de zorgverzekeraar wordt door de wetgever vooral gezien als onderdeel waarop de zorgverzekeraars met elkaar kunnen concurreren:

*‘Voor de zorgverzekeraar als inkoper ligt er ook een belang. Door zorg in te kopen die hoog scoort op bovengenoemde kwaliteitsaspecten, kan hij zich onderscheiden van andere zorgverzekeraars, zeker als die kiezen voor niet-gecontracteerde zorg en het zoeken naar gekwalificeerde zorgaanbieders overlaten aan hun verzekerden.’<sup>487</sup>*

Binnen de langdurige zorg speelt een dergelijk belang niet, nu zorgkantoren niet met elkaar concurreren.<sup>488</sup>

#### 4. Een vergelijking met het sociaal domein

Op grond van de Jeugdwet en de Wmo 2015 heeft een cliënt – kort samengevat – recht op een voorziening, indien uit o.a. onderzoek van het college van burgemeester en wethouders (hierna: ‘het college’) van een gemeente blijkt dat deze nodig is als gevolg van vastgestelde problemen en/of stoornissen.<sup>489</sup> Op grond van voornoemde wetten is de keuzevrijheid van voornoemde inwoner om te kiezen voor een hulpaanbieder naar keuze, vergelijkbaar als onder de Wlz, gewaarborgd door middel van het pgb.<sup>490</sup> Daarbij geldt het uitgangspunt dat de voorziening wordt geleverd in de vorm van hulp in natura, tenzij de cliënt de hulpverlening wenst in te kopen bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>491</sup> Uit zowel de parlementaire geschiedenis als de rechtspraak volgt dat de leveringsvormen hulp in natura en het pgb gelijkwaardige alternatieven zijn.<sup>492</sup> Ook op grond van de Jeugdwet en de Wmo 2015 heeft het college op grond van de wet mogelijkheden om het pgb te weigeren; deze mogelijkheden zijn vergelijkbaar als onder de Wlz.<sup>493</sup> De mogelijkheden voor het college om een pgb op grond van de Jeugdwet en/of de Wmo 2015 te weigeren zijn op materiële gronden evenwel beperkt.<sup>494</sup> De belangrijkste reden om een pgb te weigeren is indien de hulpverlening in dat geval niet verantwoord kan worden geleverd, bijvoorbeeld omdat de niet-gecontracteerde aanbieder niet aan de kwaliteitsvoorwaarden voldoet.

Uit de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet en de Wmo 2015 volgt daarnaast tevens het belang van de wetgever om gemeenten de bevoegdheid te geven om te

487 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 43.

488 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 35.

489 Zie art. 2.3 lid 1 Jeugdwet en art. 2.3.2 lid 4 Wmo 2015.

490 Zie art. 8.1.1 lid 1 Jeugdwet en art. 2.3.6 lid 1 Wmo 2015.

491 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 150 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 152.

492 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 64, p. 33; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 103 en *Kamerstukken II* 2014/15, 25657, nr. 224. Zie ook: CRvB 10 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3102.

493 Zie art. 8.1.1 lid 2 Jeugdwet en art. 2.3.6 lid 2 Wmo 2015.

494 Zie ook: B. Wallage en W.I. Koelewijn, ‘Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium’, *TvGR* 2020, p. 594-606.

contracteren met aanbieders, zodat hiermee de kosten kunnen worden beheerst.<sup>495</sup> Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis van de Wmo 2015:

*‘Tegelijk mag niet uit het oog worden verloren dat het van belang is dat de gemeente uit het oogpunt van kostenbeheersing de mogelijkheid moet hebben slechts aanbieders te contracteren die zo doelmatig mogelijk werken.’<sup>496</sup>*

Ook binnen het sociaal domein wordt het contracteren gebruikt als instrument om de kwaliteit van hulpverlening te waarborgen.<sup>497</sup> Temeer nu de Wkkgz niet van toepassing is binnen het sociaal domein.<sup>498</sup>

Uit de voornoemde wetten blijkt dat het pgb zich echter, anders dan onder de Wlz, niet beperkt tot bepaalde in de wet omschreven voorzieningen. Uit artikel 8.1.1 lid 1 Jeugdwet en artikel 2.3.6 lid 1 Wmo 2015 volgt dat het pgb kan worden gebruikt om alle jeugdhulpvoorzieningen en maatwerkvoorzieningen van derden te betrekken.<sup>499</sup> Daarnaast volgt uit de voornoemde wetten dat de hoogte van het pgb niet hoger hoeft te zijn dan het door de gemeente gecontracteerde tarief. Uit de rechtspraak volgt dat een korting op het tarief weliswaar is toegestaan, maar dat te allen tijde sprake moet zijn van een reëel tarief, dat de cliënt in staat stelt om ook daadwerkelijk een keuze tussen zorgaanbieders te kunnen maken.<sup>500</sup> De rechtsregel die volgt uit deze rechtspraak is vergelijkbaar met de meest recente rechtspraak over het hinderpaalcriterium: een korting op het tarief bij een keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder mag er niet toe leiden dat de keuzevrijheid van de cliënt wordt belemmerd.<sup>501</sup>

De keuzevrijheid van de cliënt binnen het sociaal domein wordt derhalve in beginsel gewaarborgd door middel van het pgb. Opvallend daarbij is dat het pgb kan worden ingezet voor alle voorzieningen binnen het sociaal domein en zich, anders dan onder de Wlz, niet beperkt tot een aantal in de wet beschreven voorzieningen.

## 5. Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht?

De Nederlandse staat heeft op grond van artikel 8 lid 1 EVRM de positieve verplichting om de rechten die voortvloeien uit dit artikel te waarborgen.<sup>502</sup> Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat dit onder andere de verplichting met zich brengt om te voorzien in een nationaal juridisch kader, waarin voornoemde grondrechten worden

495 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 96 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 133.

496 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 133.

497 *Kamerstukken II* 2012/13, 33839, nr. 205 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 75.

498 In de Jeugdwet zijn de kwaliteitseisen voor aanbieders uitgewerkt in hoofdstuk 4.

499 Uit de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet volgt wel dat voorzieningen in het gedwongen kader niet kunnen worden ingekocht middels een pgb: ‘Daarnaast kunnen er in een tweetal situaties geen pgb worden verstrekt (indien er sprake is van een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering en indien de jeugdige opgenomen is met een machtiging gesloten jeugdhulp). De gemeente kan daarnaast bij verordening nog andere gevallen bepalen waarin het niet doelmatig is om een budget te verstrekken.’ (*Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 96).

500 CRvB 7 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:467. Zie ook: Wallage e.a. 2020.

501 Wallage e.a. 2020.

502 Wallage e.a. 2019, p. 15.

gewaarborgd.<sup>503</sup> Bij die uitwerking van grondrechten in nationale wetgeving kunnen op grond van artikel 8 lid 2 EVRM evenwel beperkingen worden aangebracht.<sup>504</sup>

Bij voornoemde uitwerking van het zelfbeschikkingsrecht in het Nederlandse gezondheidsstelsel valt daarbij op dat de wetgever, op naar mijn oordeel onnavolgbare wijze, per stelselwet een andere afweging heeft gemaakt. Dit geldt vooral voor die situaties waarin door de wetgever het instrument van het contracteren is gebruikt om de zorguitgaven en kwaliteit van de zorg te beheersen. De ratio hierachter is dat de cliënt kan kiezen voor de gecontracteerde zorgaanbieder en de zorginkopende organisatie<sup>505</sup> via een overeenkomst afspraken kan maken met zorgaanbieders over tarieven en mogelijke constructies als budgetplafonds. Zoals in dit artikel is toegelicht is de keuzevrijheid van een verzekerde onder de Wlz – vergelijkbaar met het sociaal domein – gewaarborgd door middel van het pgb. Daarbij valt op dat de keuzevrijheid voor de verzekerde op grond van de Wlz om te kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze wordt belemmerd, aangezien het pgb voor deze zorgvorm niet kan worden ingezet. De keuzevrijheid van een naturaverzekerde onder de Zvw en cliënt binnen het sociaal domein wordt daarentegen wel grotendeels gewaarborgd. Aangezien de afwegingen onder deze stelselwetten vergelijkbaar zijn – voor zover het gaat om het belang van kostenbeheersing en het kunnen maken van afspraken over de kwaliteit van de zorgverlening – valt dit onderscheid naar mijn mening met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM en het subsidiariteitsbeginsel niet zonder meer te onderbouwen. De wetgever heeft in de wetsgeschiedenis van de Wlz daartoe ook geen poging ondernomen.

Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat de voornoemde belangenafweging onder elke stelselwet hetzelfde hoeft te zijn – ook aangezien de achtergronden van deze stelselwetten binnen de gezondheidszorg en de cliënten die daarin centraal staan voor wat betreft de aard en omvang van de zorgbehoefte op onderdelen van elkaar verschillen. Met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM is echter wel van belang dat die afweging volgt uit het nationaal juridisch kader. De regelgever heeft met het oog op de beperking van de keuzevrijheid van een verzekerde voor een verblijfsinstelling onder de Wlz naar mijn oordeel geen toereikende afweging gemaakt en beperkt zich in de wetsgeschiedenis tot het argument van kostenbeheersing. Dat argument onderscheidt zich niet van de argumenten die ten grondslag liggen aan de gemaakte afweging ten aanzien van de keuzevrijheid van de patiënt c.q. cliënt onder de Zvw en het sociaal domein, terwijl voornoemde keuzevrijheid onder die stelselwetten voor alle vormen van zorg wel grotendeels is gewaarborgd. Eveneens is in dat kader relevant dat het verblijf in een instelling onder de Wlz in gevallen vergelijkbaar is met voorzieningen

503 EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, NJ 1980/462 m.nt. E.A. Alkema.

504 Wallage e.a. 2019, p. 16.

505 Dit betreft het zorgkantoor binnen de Wlz, de zorgverzekeraar binnen de Zvw en de gemeente binnen het sociaal domein.

onder de andere stelselwetten, waaronder bijvoorbeeld de maatwerkvoorziening beschermd wonen onder de Wmo 2015 of verblijf in een instelling onder de Jeugdwet.

Een onderscheidend criterium zou daarbij eventueel wel kunnen zijn dat de bekostiging van de Wlz – anders dan onder de Zvw – op grond van de Wmg op macroniveau (de totale uitgaven onder de Wlz) is gereguleerd en wordt gewerkt met zogenoemde contracteerruimten.<sup>506</sup> Op basis van deze contracteerruimten is voor de Wlz-uitvoerders (de zorgkantoren) van tevoren duidelijk welk budget zij (jaarlijks) kunnen besteden voor de inkoop van de langdurige zorg. Dat maakt dat kan worden betoogd dat onder de Wlz zorgkantoren nog meer belang hebben bij het contracteren met zorgaanbieders in vergelijking met de Zvw. Naar mijn oordeel gaat deze redenering ten principale niet volledig op, aangezien onder de Zvw wordt gewerkt met zogenoemde bestuurlijke akkoorden en zodoende ook op macroniveau (de totale uitgaven onder de Zvw) van tevoren afspraken worden gemaakt. Op grond van de bestuurlijke akkoorden weten de zorgverzekeraars zodoende ook van tevoren voor welk budget zij (jaarlijks) de verzekerde zorg kunnen inkopen. De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: ‘de minister’) heeft daarbij onder de Zvw de bevoegdheid om in te grijpen indien de op macroniveau gemaakte afspraken onder de Zvw niet worden nageleefd. In dat geval kan namelijk het zogenoemde macrobeheersinstrument worden ingezet, op grond waarvan het budget dat in totaal is uitgegeven boven de gemaakte financiële afspraken door de minister kan worden teruggevorderd.<sup>507</sup> Als gevolg van dit juridisch kader en de voornoemde bestuurlijke akkoorden ontstaan in de rechtspraak zodoende materieel gezien ook contracteerruimten.

Daarbij merk ik op dat een categorie Wlz-cliënten op cognitief niveau moeite heeft om zelf een keuze te maken voor een zorgaanbieder. Op grond van de Wlz kunnen zij daarbij worden geholpen door de cliëntondersteuners.<sup>508</sup> Tevens is er een groep Wlz-cliënten die wel degelijk zelfstandig een keuze kan maken en is het onderscheid tussen de Wlz, de Wmo 2015 (bijvoorbeeld de voorziening beschermd wonen), de Jeugdwet (verblijf) en de Zvw veel minder duidelijk.<sup>509</sup> De voorgaande nuances rechtvaardigen mijns inziens dan ook niet het verschil in keuzevrijheid voor de cliënt in het algemeen onder de verschillende stelselwetten.

Daarnaast zijn er naar mijn oordeel minder ingrijpende alternatieven denkbaar in vergelijking met het beperken van de algehele keuzevrijheid van de verzekerde onder de Wlz voor een verblijfsinstelling. De wetgever heeft dit alternatief zelf ook gezien, namelijk de mogelijkheid voor de verzekerde om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder op basis van een zogenoemde ‘maatwerkovereenkomst’. Door

<sup>506</sup> Zie bijvoorbeeld: Beleidsregel Budgettair kader Wlz 2021 – BR/REG-21110. Zie ook: CbB 30 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL5633; CbB 5 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU1575; CbB 4 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:225 en Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527.

<sup>507</sup> Zie art. 50 lid 2 Wmg en bijvoorbeeld: Beleidsregel macrobeheersinstrument verpleging en verzorging 2021 BR/REG 21136.

<sup>508</sup> Zie art. 2.2.4 lid 1 Wmo 2015 juncto art. 3.2.3 lid 5 Wlz.

<sup>509</sup> *Kamerstukken I* 2018/19, 34104, R.



de wetgever zijn in de parlementaire geschiedenis veel voordelen beschreven van een dergelijke mogelijkheid voor de verzekerde. De in dat kader aangekondigde pilot heeft echter nooit plaatsgevonden. Mogelijk komt dit ook door de voorziene nadelen, namelijk dat deze mogelijkheid voor de verzekerde zich slecht zou verhouden tot de beheerssystematiek in de Wlz. Dit nadeel hoeft volgens mij niet te bestaan. In een maatwerkovereenkomst kan het zorgkantoor namelijk ook afspraken maken met zorgaanbieders over de tarieven en budgetplafonds. Alhoewel – zoals eerder in dit artikel toegelicht – op basis van het contracteerbeleid van Zorgverzekeraars Nederland het uitgangspunt geldt dat door zorgkantoren wordt gecontracteerd met zorgaanbieders die voldoen aan de inkoopvoorwaarden, geldt dit niet voor alle vormen van zorg. In de parlementaire geschiedenis staat hierover:

{ *De verplichting om overeenkomsten te sluiten houdt niet in dat de Wlz-uitvoerder verplicht is om desgevraagd met iedere zorgaanbieder een overeenkomst te sluiten.*<sup>510</sup> }

Daarnaast is het contracteren onder de verschillende stelselwetten ook bedoeld om daarmee de zorginkopende organisatie afspraken te laten maken over de kwaliteit van de te leveren zorg. Op grond van een pgb kunnen – zoals in dit artikel beschreven – ook kwaliteitseisen worden gesteld aan te leveren zorg, aangezien dit een voorwaarde betreft voor de toekenning van een pgb. Bij de vergoeding van niet-gecontracteerde op grond van artikel 13 lid 1 Zvw kan door de zorgverzekeraar geen invloed worden uitgeoefend op de kwaliteit van de te leveren zorg. Toch heeft de wetgever ervoor gekozen om de keuzevrijheid binnen de Zvw op deze wijze te waarborgen, terwijl anderzijds de keuzevrijheid voor een verzekerde onder de Wlz voor een verblijfsinstelling is beperkt.

Daarmee blijven er op grond van de parlementaire geschiedenis van de Wlz weinig argumenten over om de keuzevrijheid van de verzekerde om te kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze in het geheel te beperken. Ingevolge artikel 8 lid 1 EVRM zou dit tot de conclusie kunnen leiden dat de Nederlandse staat in strijd handelt met zijn positieve verplichting om de keuzevrijheid van een verzekerde op grond van nationale wetten te waarborgen.

## 6. Slotbeschouwing en aanbevelingen

Met het oog op de Wlz en de parlementaire geschiedenis van deze wet is het interessant dat door de wetgever is nagedacht over de mogelijkheid voor de cliënt om de zorginkopende partij, het zorgkantoor, te verzoeken een maatwerkovereenkomst aan te gaan met een niet-gecontracteerde aanbieder naar keuze. Dat alternatief biedt in vergelijking met het pgb grote voordelen, aangezien het pgb diverse (administratieve)

<sup>510</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 167.

verplichtingen en verantwoordelijkheden met zich meebrengt voor de cliënt en er in dat kader ook fouten worden gemaakt.<sup>511</sup> Daarnaast is het pgb een fraudegevoelig instrument. Tevens biedt de maatwerkovereenkomst voor de zorginkopende partij de mogelijkheid om financiële afspraken te maken met de zorgaanbieder (over o.a. de hoogte van de tarieven en de kwaliteit), waarmee de zorginkopende partij toch kan sturen op de uitgaven. Het is dan ook onbegrijpelijk dat de aangekondigde pilot (nog) nooit heeft plaatsgevonden.

Naar mijn oordeel is het aan te bevelen het gezondheidsstelsel te harmoniseren op het punt van de keuzevrijheid van de cliënt. De wetgever is aan zet. Mogelijk kan in dat kader allereerst een pilot plaatsvinden, waarbij wordt onderzocht of binnen het stelsel van de gezondheidszorg de keuzevrijheid van een cliënt beter kan worden gewaarborgd door middel van enerzijds een pgb of anderzijds mogelijkheid van een maatwerkovereenkomst. Aangezien een dergelijke pilot naar mijn oordeel – met het oog op de harmonisatie – stelselbreed dient te worden uitgevoerd, ligt het voor de hand dat deze pilot wordt gecoördineerd op landelijk niveau.

Vooralsnog lijken er meer voordelen voor alle betrokken partijen in de zorg te zitten aan de introductie van de maatwerkovereenkomst. Dat geldt niet alleen voor de Wlz, maar ook voor de andere stelselwetten in de gezondheidszorg. Dat wil overigens niet zeggen dat het waarborgen van de keuzevrijheid van de cliënt door middel van een maatwerkovereenkomst niet zou kunnen bestaan naast het pgb. Een harmonisatie van de verschillende instrumenten binnen het gezondheidsstelsel om de keuzevrijheid van de cliënt te waarborgen is dan wel wenselijk.

---

511 R.M. van Male, 'Labyrint van Pgb-perikelen', *NTB* 2019/43 en L.J.M. Timmermans, 'Terugvorderen onder de Wmo 2015: ondoordachte wetgeving?', *Gst.* 2017/99.



**DEEL C:** HET RECHT OP  
VRIJE ARTSENKEUZE BIJ  
GEDWONGEN ZORG



## Hoofdstuk 8:

### Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: ‘kiezen zonder keuze?’

#### Samenvatting

In het artikel onderzoeken de auteurs of het recht op vrije artskeuze ook is gewaarborgd voor mensen die gedwongen worden tot het ontvangen van zorg.

#### Publicatie

B. Wallage en A.C. Hendriks, ‘Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: ‘kiezen zonder keuze?’’, *Journaal Ggz en recht* 2021 (1): 5-16.

Per 1 januari 2020 zijn de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (hierna: ‘Wvggz’) en de Wet zorg en dwang (hierna: ‘Wzd’) in werking getreden. Op grond van deze wetten is het mogelijk om personen met een psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking gedwongen zorg<sup>512</sup> te doen verlenen. Onder gedwongen zorg verstaan deze wetten zorg die aan de patiënt<sup>513</sup> wordt geleverd tegen zijn of haar wil in. Die zorg beperkt zich niet tot medische zorg, maar omvat ook de bejegening, verzorging, verpleging, behandeling, begeleiding en beveiliging van patiënten.<sup>514</sup> Anders gezegd, gedwongen zorg kan ook betrekking hebben op niet-geneeskundige zorg.

In de gezondheidszorg geldt op grond van artikel 7:450 lid 1 BW het uitgangspunt dat voorafgaand aan het onderzoeken en behandelen van een patiënt zijn toestemming nodig is. Daartoe moet de hulpverlener de patiënt eerst informatie verstrekken. Dit vereiste wordt doorgaans aangeduid met het begrip ‘informed-consent’, een eis die onder andere geldt bij handelingen op het gebied van de geneeskunst (artikel 7:446 lid 2 BW), maar daar niet toe beperkt blijft.<sup>515</sup> Informed-consent is namelijk een uitwerking van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Dit recht wordt op Europees niveau beschermd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘EVRM’), een verdrag dat binnen de Nederlandse rechtsorde een hogere status heeft dan onze grondwet. Het zelfbeschikkingsrecht ligt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘EHRM’) ten grondslag aan vrijwel alle rechten die door het EVRM worden beschermd.<sup>516</sup>

512 In de Wvggz wordt gesproken van ‘verplichte zorg’ en in de Wzd van ‘onvrijwillige zorg’. In dit artikel spreken wij van ‘gedwongen zorg’ ter aanduiding van beide vormen van zorg.

513 De Wvggz spreekt over ‘betrokkenen’ en de Wzd over ‘cliënten’. Wij gebruiken in deze bijdrage de term ‘patiënt’ voor beide groepen.

514 Art. 3:2 lid Wvggz en 1 lid 3 Wzd

515 Leenen e.a. 2020, p. 115 e.v.

516 Leenen e.a. 2020, p. 56.

Wat betreft de behandeling van patiënten is het recht op informed-consent binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel nader uitgewerkt in Titel 7, Afdeling 5 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ('Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst', doorgaans 'WGBO' genoemd). Het behandelen van een patiënt, zonder zijn uitdrukkelijke instemming, maakt derhalve in beginsel inbreuk op zijn op Europees niveau beschermde grondrechten en zijn op nationaal niveau gewaarborgde patiëntenrechten. Dit betekent echter niet dat het in geen geval is toegestaan om gedwongen zorg te doen verlenen, bijvoorbeeld aan patiënten die hun wil niet kunnen bepalen c.q. tot uitdrukking kunnen brengen of in situaties waarin de wet in uitzonderingen voorziet. Daarbij is van belang dat de staat op grond van de artikelen 2 en 3 EVRM zelfs de positieve verplichting heeft om patiënten onder omstandigheden (gedwongen) te behandelen, indien bij niet-ingrijpen bijvoorbeeld het recht op leven in het geding komt.<sup>517</sup> Hetzelfde geldt, aldus het EHRM, indien er een therapeutische noodzaak is om te behandelen.<sup>518</sup>

Wij merken hierbij op dat de WGBO nadrukkelijk een verplichting voor de zorgverlener bevat om samen met een patiënt te beslissen over een gepaste behandelingsmethode.<sup>519</sup> Het uitgangspunt geldt derhalve dat de zorgverlener niet kan volstaan met het geven van informatie, maar samen met de patiënt moet kijken welke zorg hij wil.<sup>520</sup> Dit is alleen anders indien het onverwijld behandelen van de patiënt nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel voor de patiënt, en de toestemming van de patiënt niet kan worden afgewacht.<sup>521</sup>

Het zelfbeschikkingsrecht kent voor patiënten twee varianten alwaar het gaat om het recht om te kiezen voor een hulpverlener in de gezondheidszorg, te weten het positieve en negatieve keuzerecht.<sup>522</sup> Op grond van het positieve keuzerecht heeft de patiënt het recht om behandeld te worden door een arts van voorkeur. Op grond van het negatieve keuzerecht heeft de patiënt het recht om een behandeling, of een behandeling door een bepaalde arts te weigeren.<sup>523</sup> Het positieve keuzerecht wordt ook wel het recht op vrije artskeuze genoemd. Artikel 8 lid 1 EVRM inzake het recht op privéleven vormt de juridische basis voor het positieve en negatieve keuzerecht van de patiënt.<sup>524</sup>

In deze bijdrage onderzoeken wij in hoeverre het bieden van gedwongen zorg, zoals dit is toegestaan onder de Wvvgz en Wzd, zich verhoudt tot het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Daartoe kijken wij naar zowel het negatieve keuzerecht van de patiënt, als het positieve keuzerecht, meer in het bijzonder het recht op vrije

517 Hulst, *TMA* 2005/1, p. 9.

518 EHRM 7 oktober 2008, *Bogumil t. Portugal*, nr. 35228/03, ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803.

519 Art. 7:448 BW.

520 Leenen e.a. 2020, p. 127 e.v.

521 Art 7:466 lid 1 BW.

522 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20.

523 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1.

524 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 12 e.v.

artsenkeuze.<sup>525</sup> Hierbij onderzoeken we in het bijzonder de relevante rechtspraak van het EHRM, het in Straatsburg zetelende Hof dat tot taak heeft toe te zien op de juiste naleving van het EVRM door de verdragsstaten en van wie de uitspraken bindend zijn. Aan de hand van dit alles geven we antwoord op de vraag of een patiënt die in aanmerking komt voor gedwongen zorg op grond van de Wvggz of de Wzd, wel iets te kiezen heeft. We kijken daarbij ook of dit gevolgen dient te hebben voor de evaluatie van de Wvggz en Wzd.

## 1. Het zelfbeschikkingsrecht en gedwongen zorg

De Wvggz en de Wzd zijn de opvolgers van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (hierna: ‘Wet Bopz’). Er waren verschillende redenen om deze laatste wet te vervangen. Zo voorzag de Wet Bopz – zoals de naam van deze wet al aangeeft – primair in de opname van patiënten in een instelling, maar niet in de verplichting om deze personen zo nodig zorg te bieden.<sup>526</sup> De Wvggz en de Wzd kennen een andere insteek. Deze wetten voorzien in de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden gedwongen zorg op te leggen. In eerste instantie kan die zorg thuis worden gegeven, maar zo nodig wordt die zorg geleverd in – wat thans onder de Wvggz en Wzd heet – een geregistreerde accommodatie.<sup>527</sup> Een ander wezenlijk verschil tussen de Wet Bopz enerzijds en de Wvggz en de Wzd anderzijds betreft de versterking van de rechten van de patiënt.<sup>528</sup> Zo moet de patiënt of diens vertegenwoordiger onder de Wvggz en de Wzd nadrukkelijk worden betrokken bij het opstellen van het zorgplan<sup>529</sup>, kan de patiënt zelf een plan van aanpak opstellen om gedwongen zorg aldus af te wenden<sup>530</sup> en kan de patiënt zich via een zelfbindingsverklaring binden aan bepaalde vormen van zorg.<sup>531</sup> Het voorkomen van gedwongen zorg en het bieden van maatwerk vormen doelen van de Wvggz en de Wzd, wetten die daarmee een andere insteek hebben dan de verouderde Wet Bopz. Deze doelen sluiten nauw aan bij het waarborgen van het zelfbeschikkingsrecht van patiënten.

Onder bepaalde omstandigheden kan worden overgegaan tot het opleggen van gedwongen zorg. In dergelijke gevallen kan sprake zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.<sup>532</sup> Het gaat daarbij primair om een inperking van het negatieve keuzerecht van deze patiënt, omdat hij de opgelegde zorg niet kan weigeren. Bij gedwongen zorg staat echter ook het positieve keuzerecht van de patiënt onder druk, omdat niet de patiënt maar de zorgaanbieder bepaalt wie de gedwongen zorg verleent.<sup>533</sup>

525 Hendriks, *JGGZR* 2020/5, p.10-12.

526 Frederiks & Steen, *TvGR* 2018/42, p. 337-358 en Frederiks & Steen, *TvGR* 2018/42, p. 156-163.

527 Zie de art. 1:2 lid 1 Wvggz en 21 lid 1 Wzd.

528 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 1 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 1.

529 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 35 e.v. en *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 7.

530 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 13 en 17 e.v.

531 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 4 en 59 e.v.

532 Zie ook: Dörenberg, *TvGR* 2007/31.

533 Art. 5:13 lid 1 Wvggz en art. 5 lid 2 Wzd.



Het zelfbeschikkingsrecht ligt, zoals gezegd, aan vrijwel alle door het EVRM beschermde rechten ten grondslag, waaronder artikel 8 lid 1. In dit artikel is het recht op privéleven neergelegd, dat mede het recht op lichamelijke en mentale integriteit omvat. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM is het de staat niet toegestaan om inbreuk te maken op het privéleven, en aldus het zelfbeschikkingsrecht, van een persoon, dan voor zover dit bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van onder andere de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid of voor de bescherming van rechten of vrijheden van anderen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt in dat kader dat het opleggen van gedwongen zorg door de staat, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van de patiënt, gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 8 lid 2 EVRM.<sup>534</sup> Bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk gerechtvaardigd is, dient te worden bezien of de inbreuk proportioneel en subsidiair is.<sup>535</sup> Op grond van het proportionaliteitsvereiste wordt beoordeeld of een beperking is ingegeven door een dringende maatschappelijke behoefte en of de beperking in een redelijke verhouding staat tussen de zwaarte van de beperking en het gewicht van het belang dat met de inbreuk wordt gediend.<sup>536</sup> Op grond van het subsidiariteitsbeginsel wordt beoordeeld of voornoemde dringende maatschappelijke behoefte op een andere, minder ingrijpende manier, kan worden weggenomen. Kortom, de inbreuk op het grondrecht dient indien nodig zo beperkt mogelijk te zijn.

De verdragstaten hebben bij de proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging doorgaans een ruime ‘margin of appreciation’. Dit betekent dat het EHRM deze afweging terughoudend toetst.<sup>537</sup> Het EHRM beziet een inbreuk op een recht in de praktijk onder andere op basis van de zogenoemde ‘procedurele toets’, waarbij de kwaliteit van het parlementaire proces en de rechterlijke toetsing van belang zijn voor de beoordeling van de proportionaliteit en subsidiariteit van wet- en regelgeving en het bepalen van de beoordelingsmarge die verdragstaten in dat kader toekomt.<sup>538</sup>

De meeste rechtspraak van het EHRM aangaande de zorg aan psychiatrische patiënten (het EVRM spreekt over ‘geesteszieken’) betreft niet zozeer de gedwongen zorg, maar de gedwongen vrijheidsontneming van deze personen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om personen in detentie die gefixeerd worden. Artikel 5 EVRM is in beginsel

534 EHRM 28 februari 2006, nr. 14659/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0228DEC001465902 (*Wilkinson t. het VK (ontv.besl.)*).

535 EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995 (*Witold Litwa/Polen*); EHRM 27 november 2003, nr. 65436/01, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601 (*Hénaf/Frankrijk*) en EHRM 27 november 2003, *Worwa t. Polen*, nr. 26624/95, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD002662495.

536 EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995 (*Witold Litwa/Polen*); EHRM 27 november 2003, nr. 65436/01, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601 (*Hénaf/Frankrijk*) en EHRM 27 november 2003, *Worwa t. Polen*, nr. 26624/95, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD002662495.

537 EHRM 24 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173 (*Winterwerp/Nederland*). Zie ook: T. Barkhuysen, ‘Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht’, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht: preadviezen*. VAR-reeks / Vereniging voor Administratief Recht nr. 132 Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 42.

538 EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/VK (GC)*). Zie ook: Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. Zie ook: Hulst 2020, p. 7.

alleen van toepassing alwaar het gaat om vrijheidsontneming en geldt niet uitsluitend bij vrijheidsbeperking (fixatie).<sup>539</sup> Beperkingen op de fysieke integriteit worden ook gereguleerd door artikel 8 lid 1 EVRM (recht op privéleven). Uit de rechtspraak van het EHRM volgt echter dat de grens tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking niet altijd goed te maken is.<sup>540</sup> Bij de beoordeling door het EHRM of sprake is van vrijheidsontneming of vrijheidsbeperking wordt door het EHRM gekeken naar de situatie van het individuele geval, waarbij onder andere de soort, duur en het effect van de maatregel en de wijze waarop de maatregel is toegepast bij de beoordeling worden betrokken.<sup>541</sup> Uit de rechtspraak van het EHRM volgt in dat kader bijvoorbeeld dat ook bij de gedwongen opname in een ziekenhuis vanwege psychiatrische problematiek sprake kan zijn van vrijheidsontneming, waarbij artikel 5 EVRM het toetsingskader vormt.<sup>542</sup> Dit betreft dus een vorm van beperking van de bewegingsvrijheid die wat betreft patiënten met een psychische stoornis tot voor kort werd geregeld door de Wet Bopz en thans valt onder de reikwijdte van de Wvvgg. Volgens de rechtspraak van het EVRM kan een dergelijke vorm van vrijheidsontneming op grond van artikel 5 EVRM (het recht op vrijheid) zijn gerechtvaardigd indien:

- › voorzien bij wet;
- › de psychische stoornis op betrouwbare wijze is vastgesteld;
- › de psychische stoornis door een medisch deskundige is vastgesteld, en;
- › de psychische stoornis noodzaakt tot een vrijheidsontneming.<sup>543</sup>

### Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg

Bij de noodzaak tot de inzet van gedwongen zorg gezien de gezondheidstoestand van de patiënt ontkomt de wetgever er niet aan om in gevallen inbreuk te maken op het negatieve keuzerecht van deze patiënt. In die situatie wordt de patiënt immers gedwongen onderzocht of behandeld. Het negatieve keuzerecht houdt in theorie in dit geval echter ook in dat een patiënt een behandeling van een bepaalde arts kan weigeren, waarin hij in het bijzonder geen vertrouwen heeft. Op grond van het positieve keuzerecht heeft de patiënt ook het recht om een arts van voorkeur te kiezen.

Eerder hebben wij betoogd dat bij de vraag of het recht op vrije artskeuze van toepassing is op grond van artikel 8 lid 1 EVRM vooral de vertrouwensrelatie tussen de arts en patiënt relevant is.<sup>544</sup> Bij bepaalde vormen van zorg kan deze vertrouwensrelatie niet ontbreken, aangezien de patiënt uiterst gevoelige informatie betreffende de

<sup>539</sup> Vrijheidsbeperking is een vorm van verplichte zorg onder de Wvvgg. Zie ook art 3:2 lid 2 Wvvgg

<sup>540</sup> EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

<sup>541</sup> EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006, par. 115.

<sup>542</sup> EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006, par. 116.

<sup>543</sup> EHRM 24 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173 (*Winterwerp/Nederland*), EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003136596 (*Varbanov t. Bulgarije*) en EHRM 2 september 2010, nr. 11373/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0902JUD001137304 (*Shopov/Bulgarije*). Zie ook, HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724, en Rb. Rotterdam 18 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8557.

<sup>544</sup> Wallage e.a. 2019, p. 6.

gezondheid moet kunnen delen met zijn zorgverlener.<sup>545</sup> Dit geldt te meer binnen de gedwongen zorg, aangezien in dat geval reeds inbreuk wordt gemaakt op het negatieve keuzerecht van de patiënt en tegen de wil van de patiënt zorg wordt verleend door een hulpverlener. Het vertrouwen in de hulpverlener is met het oog op het proportioneelheids- en subsidiariteitsbeginsel naar ons oordeel in dat kader essentieel, aangezien slechts op die manier de hulpverlening zo kan worden ingericht dat zo min mogelijk inbreuk hoeft te worden gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Immers gedwongen zorg door een hulpverlener die de patiënt niet accepteert, vermindert de kansen op herstel. Het is bij dit alles van belang dat er voldoende tijd is voor de patiënt om zijn wensen en voorkeuren kenbaar te maken en dat er artsen of andere zorgverleners zijn die aan zijn wensen en voorkeuren kunnen voldoen.<sup>546</sup> Dat is in situaties van een crisis moeilijker te realiseren dan in andere situaties waarin ernstig nadeel dreigt. Niettemin valt er veel voor te zeggen altijd te luisteren naar de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de beoordeling op grond van artikel 8 lid 2 EVRM van belang is of rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt en of de patiënt is gehoord. Dit geldt ook indien de betrokkene een verstandelijke beperking heeft.<sup>547</sup> Indien dit niet het geval is kan dit betekenen dat de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt niet proportioneel en subsidiair is, omdat de inbreuk op een andere wijze minder ingrijpend had kunnen zijn. Dit geldt binnen de gedwongen zorg naar ons oordeel te meer nu de belangen van de rechtvaardigingsgrond, waaronder de bescherming van de gezondheid, vooral zijn gericht op de inbreuk op het negatieve keuzerecht van de patiënt.

Onzes inziens dient bij de vraag of een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht bij gedwongen zorg is toegestaan op grond van artikel 8 lid 2 EVRM daarom ook te worden meegewogen in hoeverre bij het inzetten van gedwongen zorg rekening is gehouden met het recht van de patiënt om de zorg van een bepaalde (individuele) arts te weigeren en of rekening is gehouden met het positieve keuzerecht. Op grond van de Wvggz en Wzd valt daarbij een onderscheid te maken tussen enerzijds de psychiater c.q. onafhankelijke arts (waaronder de specialisten ouderengeneeskunde en artsen voor verstandelijk gehandicapten) die de situatie van de patiënt in het kader van de zorgmachtiging respectievelijk rechterlijke machtiging onderzoekt en anderzijds de uitvoering van gedwongen zorg door de zorgaanbieder. In dit artikel zullen wij de focus leggen op de keuze van de patiënt voor een hulpverlener werkzaam voor een zorgaanbieder bij gedwongen zorg, omdat de arts die wordt verzocht de medische verklaring op te stellen geen behandelrelatie met de patiënt mag hebben (gehad).<sup>548</sup>

545 Wallage e.a. 2019.

546 Wallage e.a. 2019.

547 EHRM 23 maart 2017, nr. 53251/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0323JUD005325113 (A.-M. V./Finland).

548 Zie art 5:7 sub c Wvggz en 26 lid 5, sub d Wzd.

Het voorgaande roept de vraag op, mede gezien de procedurele toets van het EHRM bij de beoordeling van artikel 8 lid 2 EVRM, of de wetgever rekening heeft gehouden met deze facetten van het zelfbeschikkingsrecht bij de totstandkoming van de Wvggz en Wzd.

## 2. Keuzevrijheid op grond van de Wvggz en de Wzd

### Keuzevrijheid op grond van de Wvvgz

Onder de Wvggz is door de wetgever, vooral in de uitwerking hiervan, meer aandacht besteed aan het keuzerecht van de patiënt dan in de hierna te bespreken Wzd. Op grond van artikel 2.1 lid 5 Wvggz dient bij de voorbereiding, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging de wensen en voorkeuren van de patiënt ten aanzien van de zorg te worden vastgelegd. Op grond van lid 6 van voornoemd artikel worden de wensen en voorkeuren van de patiënt in beginsel gehonoreerd, tenzij de patiënt niet tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen in staat is of onder andere sprake is van een dusdanig gevaar of risico dat geen rekening kan worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Bij gedwongen zorg onder de Wvggz dient dus in beginsel rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Dit volgt eveneens duidelijk uit de parlementaire geschiedenis van de Wvggz.<sup>549</sup>

*“Allereerst wil het wetsvoorstel de rechtspositie versterken van personen met een psychische stoornis die tegen hun wil zorg wordt verleend. Daartoe voorziet het voorstel in een zorgvuldiger voorbereiding van de beslissingen tot verplichte zorg, waarbij betrokkene beter wordt gehoord en meer dan thans rekening wordt gehouden met zijn voorkeuren”.*<sup>550</sup>

Het uitgangspunt van de Wvggz is om gedwongen zorg waar mogelijk te minimaliseren of te vermijden.<sup>551</sup> De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die volgen uit artikel 8 lid 2 EVRM, dienen bij elke vorm van gedwongen zorg te worden meegewogen.<sup>552</sup> Inmiddels blijken bovenstaande uitgangspunten ook uit de rechtspraak. Zo volgt uit de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 10 april 2020: *“Op het moment dat een vorm van verplichte zorg nodig is, moeten de wensen en voorkeuren van de betrokkene over die vorm van verplichte zorg gehonoreerd worden, maar dat betreft niet de vraag naar de toepassing van verplichte zorg zelf. Daarmee zou verplichte*

<sup>549</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 3.

<sup>550</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 1.

<sup>551</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 3.

<sup>552</sup> Zie ook: Rb. Rotterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:441.

*zorg voor wilsbekwame personen immers niet meer aan de orde kunnen zijn*”.<sup>553</sup> Uit de rechtspraak volgt evenwel dat de wensen en voorkeuren van de patiënt praktisch wel haalbaar dienen te zijn.<sup>554</sup>

### Keuzevrijheid op grond van de Wzd

Op grond van artikel 7 lid 3 Wzd dient een zorgverantwoordelijke bij het opstellen van het zorgplan en het op grond van het stappenplan zo nodig overgaan tot het opleggen van gedwongen zorg, zoveel mogelijk rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Indien het voor de zorgverantwoordelijke niet mogelijk is om hiermee rekening te houden, deelt de zorgverantwoordelijke dit schriftelijk en gemotiveerd mee aan de patiënt (of zijn vertegenwoordiger). Op grond van de Wzd is er dus ruimte gelaten aan de zorgverantwoordelijke om de wensen en voorkeuren van de patiënt mee te wegen. Deze afweging is in de Wzd, anders dan in de Wvvgz, niet nader uitgewerkt.

In de Wzd zijn los van deze bepaling geen, ook niet in het kader van het besluit tot opname en verblijf door het CIZ of de procedure omtrent de rechterlijke machtiging, artikelen opgenomen die raken aan het keuzerecht van de patiënt. Sterker, de patiënt heeft volgens de Wzd niet het recht zich uit te laten over wie zijn zorgverantwoordelijke wordt, de zorgverlener die een sleutelpositie inneemt bij het verlenen van zorg.

In de parlementaire geschiedenis bij de Wzd staat met betrekking tot de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt het volgende<sup>555</sup>:

*“Deze bevoegdheden brengen geen foltering in de zin van het EVRM mee; er worden in het wetsvoorstel heldere, beperkende eisen gesteld die waarborgen dat van dwang alleen sprake is als dat noodzakelijk is. Zo moet de onvrijwillige zorg nodig zijn om ernstig nadeel voor de patiënt of anderen af te wenden, mag er geen minder ingrijpend alternatief zijn en moeten ze zo kort mogelijk worden toegepast”.*

Daarbij is opvallend dat de wetgever in het kader van artikel 7 lid 3 Wzd, het rekening houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, niet afweegt met het oog op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt maar van oordeel is dat dit nodig is om goede zorg te kunnen leveren in de zin van artikel 2 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Zo staat in de parlementaire geschiedenis van de Wzd:<sup>556</sup>

<sup>553</sup> Rb. Noord-Holland 10 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2812.

<sup>554</sup> Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:578.

<sup>555</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, nr. 3, p. 30.

<sup>556</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, nr. 3, p. 8.

*“De Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg eisen dat een zorgaanbieder verantwoorde zorg verleent aan zijn patiënten. Hieronder wordt onder andere verstaan dat zorg dient te worden verleend op een manier die zoveel mogelijk op de wensen van de patiënt in kwestie is toegespitst.”*

In de parlementaire geschiedenis van de Wzd is naar ons oordeel dan ook maar beperkt rekening gehouden met de gevolgen van gedwongen zorg voor het keuzerecht van de patiënt. Niet duidelijk is of dit gebrek aan aandacht te maken heeft met de inschatting van de wetgever dat veel van de patiënten die onder de Wzd vallen wilsbeperkingen hebben. Wel volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de zorgverantwoordelijke rekening dient te houden met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en rekening is gehouden met het zelfbeschikkingsrecht voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM.<sup>557</sup> Tevens volgt uit de parlementaire geschiedenis dat gedwongen zorg een ultimatum remedium is.<sup>558</sup> Dit betekent dat gedwongen zorg slechts als uiterste maatregel mag worden toegepast en gekozen dient te worden voor de minst ingrijpende maatregel.

Uit het vorenstaande komt naar voren dat het positieve keuzerecht van de patiënt binnen de Wvvgz op een andere manier is uitgewerkt dan onder de Wzd.<sup>559</sup> Alwaar de zorgverantwoordelijke binnen de Wzd zoveel mogelijk rekening dient te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt bij het opstellen van het zorgplan, geldt het uitgangspunt binnen de Wvvgz dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt bij alle vormen van gedwongen zorg. Daarbij is evenwel relevant dat de Wvvgz in beginsel van toepassing is voor personen met een psychiatrische aandoening en de Wzd voor personen met een psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking.<sup>560</sup> De reden van dit doorgevoerde onderscheid is gelegen in de gestelde verschillen in problematiek tussen personen met een verstandelijke beperking of psychogeriatrische aandoening enerzijds en personen met een psychiatrische aandoening anderzijds. De verschillen in problematiek van personen in deze twee sectoren zijn de afgelopen jaren steeds kleiner geworden, alhoewel deze in de praktijk nog wel bestaan.<sup>561</sup> Patiënten onder de Wvvgz zijn vrijwel allemaal wilsbekwaam. Dit is onder de Wzd vaak anders. De verschillen zijn echter wel kleiner geworden. Zo hebben veel patiënten in de ouderenzorg en de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking ook vaak te maken met psychiatrische problematiek. Dat dit onderscheid anno 2021 niet goed meer te maken valt, volgt ook uit het gegeven dat de Wet langdurige zorg per 1 januari 2021 is uitgebreid voor personen met een

557 *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 3, p. 53.* Zie ook: *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 6.*

558 *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 3, p. 7.*

559 Zie ook *Stb. 2019/198, p. 21.*

560 Zie ook: *Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10247.*

561 *Frederiks, TvGR 2019/43, p. 337-358.*

psychische stoornis.<sup>562</sup> Het onderscheid van patiënten onder de Wvggz en Wzd rechtvaardigt onzes inziens in het algemeen derhalve niet het verschil in de voornoemde wetgeving met betrekking tot het zelfbeschikkingsrecht, in het bijzonder het keuzerecht, van de patiënt.<sup>563</sup>

### 3. Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht

Hierboven hebben wij uiteengezet dat bij gedwongen zorg inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Het gaat daarbij vooral om een inbreuk op het negatieve keuzerecht van de patiënt, nu hij tegen zijn wil in zorg krijgt opgelegd. Deze inbreuk kan naar onze inschatting op zichzelf bezien gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 8 lid 2 EVRM. Bij een beoordeling van de inbreuk op grond van artikel 8 lid 2 EVRM dient echter ook te worden beoordeeld of de inbreuk proportioneel en subsidiair is. Naar ons oordeel zal binnen de gedwongen zorg derhalve ook moeten worden beoordeeld of de patiënt de gedwongen zorg door een bepaalde hulpverlener niet geleverd wenst te krijgen of wenst te kiezen voor een hulpverlener naar keuze.

Op grond van de Wvggz dient bij alle vormen van gedwongen zorg rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het uitgangspunt geldt dat de wensen en voorkeuren van de patiënt worden gehonoreerd. Onder de Wzd is dit anders. Alwaar de zorgverantwoordelijke zich evenwel dient in te spannen om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt is het afweingskader, in tegenstelling tot de Wvggz, niet in de wet is vastgelegd. Het kan dus zijn dat de zorgverantwoordelijke tot de conclusie komt dat geen rekening kan worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Voor opname en verblijf in een geregistreerde accommodatie is een besluit nodig van het CIZ. Alleen bij verzet tegen opname en verblijf van de patiënt moet het CIZ de rechtbank via een rechterlijke machtiging verzoeken de opname en het verblijf in een geregistreerde accommodatie toe te staan. Tevens kan in crisissituaties een inbewaringstelling (hierna: 'IBS') worden verstrekt door de burgemeester.<sup>564</sup> Op grond van de Wzd dient door de zorgverantwoordelijke rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, hetgeen wordt verwerkt bij het opstellen van het zorgplan. Anders dan in de Wvggz is in artikel 7 lid 3 van de Wzd ook niet opgenomen dat door het CIZ, de rechter of de burgemeester in beginsel rekening dient te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Naar ons oordeel zou ook in deze situaties maximaal rekening moeten worden gehouden met de wensen van de patiënt ter voorkoming van een ongerechtvaardigde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

<sup>562</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35146, 3.

<sup>563</sup> Dat geldt te meer nu in art. 12 lid 4 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap is verankerd dat bij maatregelen ten aanzien van personen met een handicap die raken aan de handelingsbekwaamheid rekening dient te worden gehouden met de wil en voorkeuren van deze persoon.

<sup>564</sup> Zie art. 29 e.v. Wzd.

In het vervolg van dit artikel zullen wij bespreken wat dit betekent voor de staat, de zorgaanbieder, en de rechter.<sup>565</sup> Wij focussen ons daarbij op de situatie waarin geen crisismaatregel/IBS nodig is. Bij de beoordeling van een crisismaatregel/IBS is naar ons oordeel sneller sprake van een acute situatie ('acuut ernstig nadeel' in termen van de Wvggz/Wzd), waarbij de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht op grond van artikel 8 lid 2 EVRM kan zijn gerechtvaardigd.<sup>566</sup> In dat kader wijzen wij ook op artikel 2:1 lid 6 Wvggz, op grond waarvan bij een crisissituatie kan worden afgeweken van het uitgangspunt dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Daarbij volgt uit een recente rapportage van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in het kader van de crisismaatregel dat er ook een gebrek is aan crisisbedden, vooral binnen de sector die valt onder Wzd.<sup>567</sup> Indien sprake is van een acute situatie en er ook geen andere aanbieders met beschikbare bedden beschikbaar zijn, is het praktisch ook niet haalbaar de patiënt te laten kiezen.

### 3.1 Inbreuk door de Staat

De wetgever heeft op grond van artikel 8 lid 1 EVRM de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die voortvloeien uit dit artikel ook procedureel worden gewaarborgd.<sup>568</sup> Deze rechten dienen zodoende te worden betrokken bij de totstandkoming van nationale wetgeving. Dat de positieve verplichtingen van grondrechten zoals opgenomen in het EVRM grote gevolgen kunnen hebben voor een verdragsstaat volgt bijvoorbeeld uit de veelbesproken *Urgenda*-rechtspraak, waarin is geoordeeld dat de Nederlandse staat op grond van onder andere de artikelen 2 en 8 EVRM vergaande klimaatmaatregelen dient door te voeren.<sup>569</sup>

In het kader van de Wzd reguleert de wetgever de toegang tot gedwongen zorg, althans de opname en het verblijf in een accommodatie, via een beoordeling door het CIZ (bij geen verzet) of via de rechter (bij verzet na een verzoek door het CIZ).<sup>570</sup> In de uitvoering van de Wzd is het primair de zorgaanbieder, althans de zorgverantwoordelijke, die rekening dient te houden met de voorkeuren en wensen van de betrokkene. Dit is geen relevante af te wegen omstandigheid bij de beoordeling door het CIZ bij de besluitvorming op grond van artikel 21 e.v. Wzd, of de rechtelijke beoordeling bij de afgifte van een rechterlijke machtiging op grond van artikel 38 e.v. Wzd. Naar ons oordeel had het voor de hand gelegen dat de wetgever in de toegang tot de gedwongen zorg, vergelijkbaar als onder de Wvggz, ook uitdrukkelijker rekening had gehouden

565 Daarbij merken wij op dat de rechterlijke macht ook onderdeel uitmaakt van de Nederlandse staat en bij eventuele aansprakelijkheid van de rechter, ook sprake is van staatsaansprakelijkheid.

566 Zie ter vergelijking art. 2:1 lid 6 Wvggz.

567 IGJ/2020.

568 EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300 (*S.H. e.a. t. Oostenrijk*). Bevestigd in hoger beroep: EHRM 3 november 2011, *S.H. e.a. t. Oostenrijk* (GC), nr. 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300

569 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 *Men R 2020/8*, m.nt. T.J. Thurlings-Rassa en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *AB 2018/417* m.nt. Ch.W Backes en G.A. van der Veen.

570 In dat kader wordt ook gewezen op het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.



met het positieve keuzerecht van de patiënt. Op grond van de Wvggz geldt immers het uitgangspunt dat in het kader van een crisismaatregel en zorgmachtiging de wensen en voorkeuren van de patiënt worden gehonoreerd. Dat is slechts anders indien de patiënt niet tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen in staat is, of sprake is van een acute situatie.<sup>571</sup> Met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM zijn dat naar ons oordeel begrijpelijke uitzonderingen, die een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht rechtvaardigen.

Nu in de Wzd en de procedures omtrent gedwongen zorg slechts beperkt rekening is gehouden met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, in het bijzonder het positieve keuzerecht, is het zelfbeschikkingsrecht in de Wzd naar ons oordeel onvoldoende procedureel gewaarborgd.

### 3.2 Inbreuk door de zorgaanbieder

Hierboven hebben wij reeds uiteengezet dat de patiënt onder de Wzd niet bepaalt wie zijn behandelaars/zorgverantwoordelijke is. Wel kunnen behandelaars/zorgverantwoordelijken rekening houden met het negatieve keuzerecht van de patiënt, zijnde de keuze van een patiënt om niet te willen worden behandeld door een specifieke hulpverlener of medewerker. Naar ons oordeel dient de behandelaar/zorgverantwoordelijke op grond van artikel 8 lid 2 EVRM in beginsel rekening te houden met dit onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht. In dat kader is relevant dat de grondrechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM ook horizontaal kunnen doorwerken in de relatie tussen de geregistreerde zorgaanbieder en de patiënt.<sup>572</sup> Dit betekent dat de patiënt zich ook kan beroepen op het grondrecht in de rechtsverhouding tot de zorgaanbieder (ook wel ‘derdenwerking’ genoemd).

Indien de zorgverantwoordelijke op grond van artikel 7 lid 3 Wzd zich weliswaar inspant om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt maar de patiënt uiteindelijk toch wordt geconfronteerd met een hulpverlener van wie hij absoluut geen zorg wenst te ontvangen, kan dit ertoe leiden dat de zorgaanbieder onrechtmatig handelt jegens de patiënt. Daarbij merken wij evenwel op dat de Wzd expliciet voorziet in situaties waarin de patiënt niet in staat is om zelf wilsbekwame keuzes te maken. In die gevallen worden de keuzes genomen door zijn vertegenwoordiger. Wij kunnen ons voorstellen dat in de Wzd, vergelijkbaar als onder de Wvggz, komt te gelden dat het uitgangspunt is dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Daarbij wordt evenwel opgemerkt dat patiënten met een verstandelijke beperking die onder de reikwijdte van de Wzd vallen mogelijk reeds een indicatie hebben op grond van de Wet langdurige zorg (hierna: ‘Wlz’).<sup>573</sup> Op grond van hoofdstuk 8 van de

<sup>571</sup> Zie art. 2.1 lid 6 Wvggz.

<sup>572</sup> HR 9 januari 1989, nr 12717, NJ 1987/928 m.nt. E.A. Alkema; AB, 1987/231 m.nt. F.H. van der Burg en EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306 (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*).

<sup>573</sup> Zie art. 1 lid 1, sub c Wzd.

Wlz heeft de patiënt het recht om met de aanbieder afspraken te maken over de wijze waarop en door welke medewerkers de zorg wordt verleend.<sup>574</sup> Deze afspraken die in het verleden zijn gemaakt blijven niet in alle gevallen hetzelfde, indien het nodig is om gedwongen zorg in te zetten. Naar ons oordeel dient om die reden bij het inzetten van gedwongen zorg opnieuw rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het voorgaande geldt ook voor hulpverleners die gedwongen zorg verlenen op grond van de Wvggz, alwaar expliciet uit de wet volgt dat bij 'de uitvoering' rekening dient te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.<sup>575</sup> Indien vervolgens dient te worden overgegaan tot gedwongen zorg dient het zelfbeschikkingsrecht naar ons oordeel opnieuw te worden betrokken bij het vormgeven van de zorg.<sup>576</sup>

In het kader van artikel 8 lid 2 EVRM en het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel is het naar ons oordeel derhalve onvoldoende indien de zorgverantwoordelijke zich op grond van de Wzd bij gedwongen zorg enkel inspant om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt met het oog op het negatieve keuzerecht, maar hij ook daadwerkelijk de zorg zo dient in te regelen dat, indien dit redelijkerwijs mogelijk is, de patiënt geen zorg ontvangt van een medewerker van wie hij in het bijzonder geen zorg wenst te ontvangen. Op grond van hoofdstuk 4 van de Wzd kan een patiënt een klacht indienen en verzoeken om schadevergoeding indien hij van oordeel is dat de zorgaanbieder jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door bijvoorbeeld inbreuk te maken op zijn zelfbeschikkingsrecht.<sup>577</sup>

### 3.3 Rechterlijke machtiging

Op grond van artikel 4a Wzd geldt het uitgangspunt dat de regels omtrent de verzoekschriftprocedure zoals bedoeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: 'Rv') van toepassing zijn op de procedures van de Wzd.<sup>578</sup> In dat kader is relevant dat het uitgangspunt geldt dat op grond van de artikelen 24 en 25 Rv de burgerlijke rechter niet ambtshalve aan het EVRM hoeft te toetsen.<sup>579</sup> In beginsel zijn de rechten opgenomen in het EVRM namelijk niet van openbare orde.<sup>580</sup>

Het is dus primair aan de patiënt of zijn vertegenwoordiger en/of advocaat om in het geval ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, dit met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM onder de aandacht van de rechter te brengen.

574 Zie art. 8.1.1 lid 1 Wlz.

575 Art. 2:1 lid 5 Wvggz.

576 Zie ook art. 8.1.3 lid 4 Wlz.

577 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 74.

578 Ook onder de Wvggz is dit het uitgangspunt. Zie art. 6:1 lid 10 Wvggz.

579 HR 4 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0251, NJ 1991/706, m.nt. P.A. Stein. Zie ook: ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, AB 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

580 ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, AB 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

Daarbij toetst de rechter bij het opleggen van gedwongen zorg op grond van artikel 24 lid 3 Wzd evenwel of ‘er geen minder ingrijpende mogelijkheden zijn om het ernstige nadeel te voorkomen of af te wenden.’ Op grond van artikel 26 lid 6 onderdeel b Wzd ontvangt de rechter in dat kader ook een afschrift van het zorgplan. Bij de beoordeling van het verzoek tot een rechterlijke machtiging heeft de rechter naar ons oordeel, zoals hiervoor reeds uiteengezet, onvoldoende juridische instrumenten om rekening te houden met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>581</sup> De rechter beoordeelt in beginsel immers alleen de noodzaak van verplichte opname en verblijf en niet de andere vormen van gedwongen zorg. Het voorgaande is anders op grond van de Wvvgz, alwaar de rechter toetst aan de artikelen 2:1 lid 5 en 6 Wvvgz.

De rechter kan op grond van de Wzd wel beoordelen of door het CIZ de procedure juist is doorlopen en onder andere het zorgplan conform de Wzd is ingevuld. Indien in het zorgplan geen rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt kan dit leiden tot een afwijzing van de rechterlijke machtiging. Dit was onder andere aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 23 april 2020, waarin de rechtbank oordeelde:

*“Voorts is gebleken dat het overgelegde behandelplan niet voldoet aan de eisen die artikel 7 van de Wzd aan het zorgplan stellen, nu uit dit behandelplan niet volgt op welke wijze rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van betrokkene en haar vertegenwoordiger. Nu deze wettelijk vereiste bescheiden ontbreken, dan wel niet voldoen aan de wettelijke vereisten, acht de rechtbank het verzoek eveneens niet toewijsbaar.”*<sup>582</sup>

De rechter bepaalt kortom mede op basis van het zorgplan of overgegaan moet worden tot het afgeven van een rechterlijke machtiging. In het kader van het zorgplan beoordeelt de rechter primair of rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, en de afweging die hierin is gemaakt door de zorgverantwoordelijke. Op grond van artikel 7 lid 3 Wzd volstaat het in dat kader indien door de zorgverantwoordelijke de wensen en voorkeuren van de patiënt zijn afgewogen.

Naar ons oordeel is deze beoordeling van de zorgverantwoordelijke alleen, zoals in dit artikel is uiteengezet, onvoldoende en dient, vergelijkbaar als onder de Wvvgz, het uitgangspunt te gelden dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

#### **4. Conclusie en aanbevelingen**

Inmiddels is door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de toezegging gedaan dat zowel de Wvvgz als de Wzd worden geëvalueerd.<sup>583</sup> Deze wetsevaluatie

<sup>581</sup> In tegenstelling tot artikel 2:1 lid 5 Wvvgz dient de rechter bij de beoordeling van een rechterlijke machtiging op grond van de Wzd niet te beoordelen of het keuzerecht van de betrokkene is gewaarborgd.

<sup>582</sup> Rb. Limburg 23 april 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3415.

<sup>583</sup> Toezegging Evaluatie Wvvgz en Wzd (32.399 / 31.996), T02547.

dient uiterlijk voor 1 februari 2022 te zijn afgerond. Aangezien met gedwongen zorg in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, hetgeen op grond van artikel 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd kan zijn, bevelen wij aan de naleving van dit recht te betrekken bij de wetsevaluatie.

Naar ons oordeel dient in gevallen het zelfbeschikkingsrecht, bij het opleggen van gedwongen zorg, te worden beperkt gezien de situatie van de patiënt. In termen van de WGBO is de patiënt dan ook niet de opdrachtgever. Dit betekent echter niet dat geen rekening hoeft te worden gehouden met het negatieve keuzerecht van de patiënt, inhoudende dat de patiënt geen zorg wenst te ontvangen van een specifieke hulpverlener of het positieve keuzerecht van de patiënt, inhoudende het recht om te kiezen voor een hulpverlener of aanbieder naar keuze. In alle situaties waarin geneeskundig onderzoek of behandeling wordt geboden en de patiënt niet de opdrachtgever is dient de WGBO zoveel mogelijk analoog te worden toegepast.<sup>584</sup> Waar het zelfbeschikkingsrecht in de Wvvgz duidelijk is verankerd en uitgewerkt, ontbreekt dit gedeeltelijk in de Wzd, waardoor het opleggen van gedwongen zorg in gevallen mogelijk inbreuk maakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en niet kan worden gerechtvaardigd. Een wetswijziging is nodig om deze omissie in rechtspositie van de patiënt onder de Wzd te herstellen.

---

584 Artikel 7:464 BW



# Hoofdstuk 9:

## Actualiteiten

### Actualiteiten bij hoofdstuk 4

De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 lid 1 Zvw de verplichting om voor zijn verzekerden de zorg uit het basispakket te leveren. De uitwerking van de verplichting zoals opgenomen in voornoemd artikel is afhankelijk van de soort polis waarvoor de verzekerde heeft gekozen. De verzekerde kan namelijk kiezen voor een natura- of een restitutieverzekering. Indien wordt gekozen voor een naturaverzekering heeft de verzekerde in beginsel keuze om de zorg af te nemen bij een door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder. De keuzevrijheid van de verzekerde is bij die keuze beperkt tot een keuze voor een gecontracteerde zorgaanbieder.

Bij een restitutieverzekering heeft de verzekerde daarentegen geen recht op zorg van een gecontracteerde aanbieder maar recht op een vergoeding van de nodige zorg onder het basispakket. Verzekerden met een restitutieverzekering hebben volledige vrije artskeuze, aangezien zij zich kunnen wenden tot een (niet-gecontracteerde) arts en/of (zorg)aanbieder naar keuze en de zorgverzekeraar vervolgens de volledige zorgkosten vergoedt.<sup>585</sup>

Uit hoofdstuk 4 van dit onderzoek volgt dat de Nederlandse wetgever het recht op vrije artskeuze ook (gedeeltelijk) heeft willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis. Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw dienen zorgverzekeraars namelijk ook een – niet nader gereguleerde bijdrage – te betalen indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dat roept natuurlijk de vraag op hoe hoog deze vergoeding dan dient te zijn.

Uit de rechtspraak volgt dat de vergoeding op grond van artikel 13 lid 1 Zvw, hetgeen een uitwerking betreft van het recht op vrije artskeuze, niet zo laag mag zijn dat daarmee de keuzevrijheid van de verzekerde wordt belemmerd om te kunnen kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder.<sup>586</sup> Dit wordt aangeduid als het hinderpaalcriterium. Zoals volgt uit dit onderzoek bestaat in de rechtspraak onduidelijkheid over de invulling van het hinderpaalcriterium.

Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM – en het daarin verankerde recht op vrije artskeuze – bestaat er naar mijn oordeel geen verplichting voor de Staat om ook voor verzekerden met een naturapolis de zorgkosten volledig te laten vergoeden, indien en voor zover deze verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Een dergelijke inbreuk valt met het oog op de belangen van de Staat – in het bijzonder met het oog op de (financiële) houdbaarheid van het stelsel van de gezondheidszorg

<sup>585</sup> Zie ook: CbB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370 AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.  
<sup>586</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, GJ 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

– te rechtvaardigen. Met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM en de positieve verplichting van de Staat voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM is het in dat geval wel van belang dat de inbreuk, de rechtvaardiging op die inbreuk en de afweging die in dat kader is gemaakt, zorgvuldig is uitgewerkt in het nationaal wettelijk stelsel en bovenal duidelijkheid bestaat voor de betrokkene op welke wijze de voornoemde afweging is gemaakt.

Met betrekking tot artikel 13 lid 1 Zvw ontbreekt die duidelijkheid in de rechtspraak grotendeels, nu voor de verzekerde met een naturaverzekering onduidelijk is welke vergoeding kan worden verkregen indien en voor zover hij zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Alleen duidelijk is dat de hoogte van die vergoeding de keuzevrijheid van de verzekerde niet mag belemmeren. Om die reden kan artikel 13 lid 1 Zvw de grondrechtelijke toets van artikel 8 EVRM niet doorstaan. Hieronder zal ik een aantal actualiteiten beschrijven die zich hebben voorgedaan na de publicatie van de bijdrage die in dit proefschrift hoofdstuk 4 vormt.

Zoals reeds voorzien in voornoemde bijdrage heeft ook het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 niet voor de gewenste duidelijkheid gezorgd.<sup>587</sup> Zoals eveneens voorzien in voornoemde bijdrage is de verwachting uitgekomen dat in de rechtspraak zou worden geoordeeld dat dit arrest zo dient te worden uitgelegd dat het is toegestaan voor zorgverzekeraars om voor verzekerden met een naturapolis een generieke korting van 25 tot 30% toe te passen ten opzichte van het gemiddeld gecontracteerde tarief, indien en voor zover zij zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder wenden.<sup>588</sup>

Door de Hoge Raad wordt in het arrest van 7 juni 2019 geoordeeld dat de beoordeling van het hinderpaalcriterium – in het bijzonder de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal – slechts kan worden bepaald ‘aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa’. In de beleidsregels van de NZa staat echter dat een generieke korting van 25 tot 30% is toegestaan op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.<sup>589</sup> De NZa baseert zich daarbij echter op een onjuiste uitleg van het arrest CZ/Momentum, waarin niet is geoordeeld dat een generieke korting is toegestaan.<sup>590</sup> In dit arrest stond tussen partijen niet ter discussie dat bij een vergoeding van 25 tot 30% van het gemiddeld gecontracteerde tarief in die casus geen sprake zou zijn van een feitelijke hinderpaal. Door de Hoge Raad is die stelling inhoudelijk niet beoordeeld. Daarmee is de cirkelredenering weliswaar rond maar is met de uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019 en de hiernavolgende rechtspraak nog geen duidelijkheid verkregen voor de rechtspraak. Dit volgt ook uit de rechtspraak die hierna is verschenen, waarin door verschillende gerechtshoven artikel 13 lid 1 Zvw weer op verschillende manieren wordt uitgelegd. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde namelijk bij arresten van 6 oktober 2020 dat een generiek

587 HR 7 juni 2019, ECLI:N:HR:2019:853.

588 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

589 Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw, (TH/BR-025).

590 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

kortingspercentage van 25 tot 30% ten opzichte van het gemiddeld gecontracteerde tarief in strijd is met artikel 13 lid 1 Zvw.<sup>591</sup> Het hof overweegt daarbij dat zorgverzekeraars een vergoedingssystematiek zouden kunnen ontwikkelen waarbij rekening wordt gehouden met de zorgvorm/type en de daaraan gerelateerde zorgkosten.

Het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat het in procedures op grond van artikel 150 Rv aan de patiënt of zorgaanbieder is om te bewijzen dat – bij de te betalen vergoeding door de zorgverzekeraar – sprake is van een feitelijke hinderpaal.<sup>592</sup> Vervolgens sluit het hof zich aan in haar uitspraak bij de onjuiste redenering van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 september 2019.<sup>593</sup> Door het hof wordt namelijk aangesloten bij de NZa-beleidsregels waarin in het kader van de generieke korting ten onrechte wordt verwezen naar het arrest *CZ/Momentum*. Opvallend daarbij is dat het hof de onduidelijkheid in de rechtspraak bevestigt maar het niet aan hem acht om hierin duidelijkheid te verschaffen: *“Het is niet aan de civiele rechter om daarin ambtshalve politieke of beleidsmatige keuzes te maken. Zo is pleitbaar dat wordt uitgegaan van gangbare uitgavenpatronen (met uitgaven aan vakantie en ontspanning e.d.). Maar evenzeer is pleitbaar dat wordt gerekend met een uitgavenpatroon op bijstandsniveau. Dit vraagt een politieke afweging, waarbij de civiele rechter zich terughoudend dient op te stellen”*. Het oordeel van het hof sluit daarbij aan bij de conclusies uit dit onderzoek, namelijk: ‘de wetgever is aan zet’.

In recente rechtspraak wordt daarnaast ook ingegaan op de vraag of artikel 13 lid 1 Zvw een uitwerking betreft van het recht op vrije artskeuze. Door het Gerechtshof Den Haag wordt deze vraag ontkennend beantwoord.<sup>594</sup> Het hof overweegt dat het recht van iemand die ziek is om zich te kunnen wenden tot de arts naar eigen keuze weliswaar volgt uit artikel 11 van de Grondwet (en waarschijnlijk daarmee ook onder artikel 8 lid 1 EVRM is beschermd) maar dat dit niet betekent dat dit dan ook het recht inhoudt op een 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 verwijst daarbij naar de conclusie van de advocaat-generaal van de Hoge Raad van 22 maart 2019,<sup>595</sup> die door de Hoge Raad niet is gevolgd bij arrest van 7 juni 2019.<sup>596</sup>

Allereerst plaats ik de kanttekening dat met voornoemde onderscheid tussen de keuzevrijheid van de patiënt en de bekostiging van de te leveren zorg ook door het Gerechtshof Den Haag en de Advocaat-Generaal wordt aangenomen dat het keuzerecht van de patiënt op zichzelf gezien wel onderdeel uitmaakt van het grondwettelijk

591 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028.

592 Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

593 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

594 Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

595 PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266.

596 HR 7 juni 2019, ECLI:N:HR:2019:853



beschermde recht op vrije artskenkeuze. Dat betekent naar het oordeel van het hof echter niet dat ook de volledige kosten van de te leveren zorg dient te worden vergoed.

De Advocaat-Generaal baseert zich bij voornoemde analyse en het gemaakte onderscheid op de advisering van de Raad van State naar aanleiding van een wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 13 lid 1 Zvw.<sup>597</sup> De Raad van State geeft aan dat er geen juridisch kader bestaat dat zich verzet tegen aanpassing van artikel 13 lid 1 Zvw, nu binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel het recht op vrije artskenkeuze volledig wordt gewaarborgd met een keuze voor een restitutiepols. Naar mijn oordeel is die redenering van de Raad van State begrijpelijk met het oog op de toentertijd vigerende wetwijziging, die uiteindelijk in de Eerste Kamer is gestrand. Aangezien daardoor het huidige artikel 13 lid 1 Zvw nog steeds bestaat, en dit artikel wel degelijk wordt gezien als een uitwerking van het recht op artskenkeuze,<sup>598</sup> is daarmee de beoordeling van de Advocaat-Generaal en het Gerechtshof Den Haag mijns inziens juridisch niet houdbaar.

Ook op inhoudelijke gronden is voornoemde beoordeling vanuit een juridisch perspectief niet logisch. Indien bij een verzekerde met een naturapolis namelijk de wens bestaat om zorg af te nemen van een door de zorgverzekeraar niet-gecontracteerde aanbieder en bij een dergelijke keuze geen enkele vergoeding wordt verkregen van de zorgverzekeraar voor de te leveren zorg, betekent dit veelal dat de verzekerde een dergelijke keuze niet kan maken. Dit is alleen anders indien de verzekerde de zorg zelfstandig kan bekostigen. De keuzevrijheid van de verzekerde komt daarmee, indien in het geheel geen vergoeding wordt verkregen bij een keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder, veelal in het geding. Los van het gegeven dat mede om die reden artikel 13 lid 1 Zvw onderdeel is gemaakt van het wettelijk stelsel, ligt het daarmee naar mijn oordeel voor de hand dat artikel 13 lid 1 Zvw wel degelijk een uitwerking betreft van het recht op vrije artskenkeuze. Het voorgaande betekent overigens ook naar mijn oordeel niet dat het recht op vrije artskenkeuze betekent dat alle kosten van de verzekerde bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder dienen te worden vergoed.

Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM en de positieve verplichting van de Staat voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM is de uitwerking van het recht op vrije artskenkeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel allereerst een afweging die door de nationale wetgever dient te worden gemaakt. Op dit moment maakt artikel 13 lid 1 Zvw onderdeel uit van die uitwerking, evenals de bedoeling van de wetgever – dat de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg aan verzekerden met een naturapolis de keuzevrijheid van deze verzekerden niet mag belemmeren. Aangezien

<sup>597</sup> *Kamerstukken I 2014/15, 33362, D, p. 10-12*

<sup>598</sup> Althans dit is zoals de Hoge Raad de parlementaire geschiedenis uitlegt in het arrest van 11 juli 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1646). In dit arrest overweegt de Hoge Raad: “Voor deze afweging is, naast enerzijds de wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien, mede van belang geweest de wens om de vrije artskenkeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate te waarborgen”.

in de rechtspraak onduidelijk is wat dit precies betekent voor de verzekerde met een naturapolis, is en blijft naar mijn oordeel met het oog op artikel 8 EVRM primair de wetgever aan zet om voor duidelijkheid in de rechtspraak te zorgen.<sup>599</sup>

---

<sup>599</sup> Dit sluit aan bij Concl. B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2022:75 van 28 januari 2022. Hierin wordt geconcludeerd: “*Tegen deze achtergrond is er iets voor te zeggen dat de wetgever het initiatief voor het vinden van een oplossing aan zich zou trekken*” (r.o. 6.2).



# Hoofdstuk 10:

## Conclusies en aanbevelingen

### 10.1 Introductie

Dit proefschrift bevat de bevindingen van het onderzoek naar de centrale onderzoeksvraag of het recht op vrije artskeuze onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie en in dat geval wat hiervan de gevolgen zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel. Dit onderzoek is uitgevoerd in de periode van januari 2017 tot en met december 2021.

Het recht op vrije artskeuze is in de 20<sup>e</sup> eeuw bovenal afgedwongen door de artsen die daarmee probeerden te voorkomen dat zij met elkaar moesten concurreren om een contract van het ziekenfonds. Alhoewel met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet dit uitgangspunt is verlaten, aangezien vanaf dat moment concurrentie in de gezondheidszorg tussen aanbieders namelijk de bedoeling is, is het recht op vrije artskeuze in de afgelopen tientallen jaren juridisch van kleur verschoten. In het huidige gezondheidsstelsel is het recht op vrije artskeuze niet geïnitieerd door de artsen en/of overige zorgaanbieders in de gezondheidszorg maar wordt dit primair gezien als individueel recht van de patiënt. Dat kan anno 2022 overigens wel worden genuanceerd nu in procedures omtrent bijvoorbeeld artikel 13 lid 1 Zvw het vooral de zorgaanbieders zijn die procederen en niet de patiënten.<sup>600</sup> Naar mijn oordeel is dit te verklaren omdat zorgaanbieders in het huidige stelsel – net zoals in de twintigste eeuw – ook een financieel belang kunnen hebben bij het recht op vrije artskeuze, te meer als zorg is geleverd door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Naar mijn oordeel blijft echter ook in de rechtsverhouding tussen zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde het recht op vrije artskeuze vooral een keuzerecht van de patiënt. Ik wijs in dit verband ook op de rechtspraak van het College voor Beroep op het bedrijfsleven (hierna: 'CBB'), waaruit volgt dat de regels zoals opgenomen in de Zvw primair de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en verzekerde reguleert maar daarmee ook wordt beoogd voorwaarden te scheppen voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg.<sup>601</sup> Het CBB oordeelt: *“De in de daarmee ontstane driehoeksverhouding verzekerde-zorgaanbieder-zorgverzekeraar verbonden relaties zijn zo nauw met elkaar verweven dat een beroep op artikel 13, eerste lid, Zvw voor elk van de drie partijen moet openstaan”*.

Met de ontwikkeling van het recht op vrije artskeuze van artsbelang naar individueel keuzerecht van de patiënt, is het onderzoek gestart vanuit de hypothese dat

<sup>600</sup> Zie bijvoorbeeld de recente uitspraken: Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:828 en Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

<sup>601</sup> Zie bijvoorbeeld: CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.

het recht op vrije artskenkeuze daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie, namelijk voortvloeit uit het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Deze onderzoeksvraag staat centraal in dit onderzoek en wordt uitgewerkt in deel A van dit onderzoek. Het tweede doel van dit onderzoek is om, uitgaande van de juistheid van deze hypothese, te onderzoeken wat de gevolgen van het recht op vrije artskenkeuze als onderdeel van de Nederlandse constitutie zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel. De onderzoeksresultaten van dit deel van het onderzoek zijn uitgewerkt in deel B.

In deel C wordt tot slot onderzocht wat het recht op vrije artskenkeuze betekent voor personen die gedwongen zorg krijgen opgelegd, om ernstig nadeel te voorkomen. Het recht op zelfbeschikking en vrije artskenkeuze knelt bij dit onderwerp omdat bij deze patiënten noodzakelijkerwijs inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht, aangezien tegen de wil van deze personen in (zonder informed consent) zorg wordt opgelegd maar dit nog niets zegt over door wie deze zorg wordt geleverd. De vraag die centraal staat tijdens dit deel van het onderzoek is of deze personen, in een situatie van gedwongen zorg, wel het recht hebben om te kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze. In dit hoofdstuk vat ik de belangrijkste conclusie van mijn onderzoek samen, formuleer ik aanbevelingen en rond ik af met een slotbeschouwing.

## **10.2 Het belang van het recht op vrije artskenkeuze**

Het zelfbeschikkingsrecht binnen de gezondheidszorg geldt als één van de belangrijkste rechtsbeginselen en vanwege het juridische feit dat het recht op vrije artskenkeuze in ieder geval als een afgeleide kan worden beschouwd van het zelfbeschikkingsrecht, vormt ook dit laatste recht een fundamenteel gezondheidsrechtelijk rechtsprincipe. Daarover het volgende.

Door een patiënt wordt in het kader van onder andere een (medische) behandeling zeer gevoelige medische informatie gedeeld met de arts en/of zorgaanbieder. Indien een patiënt geen vertrouwen heeft in de arts en daardoor bijvoorbeeld de noodzakelijke zorg niet afneemt heeft dit allereerst gevolgen voor de patiënt zelf. Die ontvangt in dat geval namelijk niet de nodige behandeling. Dit kan ook effecten hebben voor de omgeving van een patiënt. Denk aan een patiënt die veel ondersteuning behoeft van zijn naasten, een besmettelijk ziekte heeft of van wie de gezondheid anderszins gevolgen heeft voor zijn omgeving. Op collectief niveau betekent het voorgaande echter dat ook de toegang tot de gezondheidszorg in het geding komt en risico's ontstaan voor de volksgezondheid. Het risico ontstaat namelijk op collectief niveau dat personen zich niet laten behandelen. Er is daarmee een groot maatschappelijk belang om de patiënt die vormen van hulpverlening nodig heeft (onder één van de stelselwetten), te kunnen laten kiezen voor een hulpverlener waar die betrokkene vertrouwen in heeft om zodoende ook langs deze weg de toegang tot de gezondheidszorg te waarborgen. Het voorgaande roept de vraag op of het recht op vrije artskenkeuze ook mensenrechtelijk is beschermd, maakt dit recht onderdeel uit van de Nederlandse constitutie?

## Conclusies - Deel A

### Hoofdstuk 2. Vrije artskeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?

Uit het eerste deel van dit onderzoek volgt dat er verschillende juridische aanknopingspunten bestaan op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat het recht op vrije artskeuze ook grondwettelijk is beschermd en daarmee onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie. In het bijzonder vloeit het recht op vrije artskeuze voort uit het zelfbeschikkingsrecht, dat weer ligt besloten in de artikelen 8 lid 1 EVRM en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De Nederlandse staat heeft op grond van artikel 8 lid 1 EVRM de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die onderdeel uitmaken van dit artikel worden nageleefd. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM is het de staat echter toegestaan om deze rechten ook te beperken, bijvoorbeeld in het belang van het economische welzijn van het land of de bescherming van de gezondheid. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM kan een inbreuk alleen zijn gerechtvaardigd indien de inbreuk in het nationale recht is voorzien. De afweging of een recht zoals voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM op grond van lid 2 dient te worden beperkt is een afweging die primair de nationale autoriteiten toekomt. Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM betekent dit echter wel dat deze autoriteiten de verplichting hebben om voornoemde afweging te maken in het nationale stelsel. Indien voornoemd wettelijk kader in het geheel ontbreekt en over de voornoemde afweging in het geheel niet is nagedacht, kan dit betekenen dat sprake is van een schending van artikel 8 lid 1 EVRM.

Daarbij wordt opgemerkt dat bij de beoordeling of sprake is van een schending van artikel 8 EVRM een onderscheid kan worden gemaakt tussen negatieve en positieve verplichtingen van de staat.<sup>602</sup> Alwaar bij een negatieve verplichting dient te worden beoordeeld of sprake is van een rechtvaardiging op grond van artikel 8 lid 2 EVRM, wordt bij een positieve verplichting de zogenoemde 'fair balance' toets toegepast.<sup>603</sup> Alhoewel het onderscheid tussen een negatieve en positieve verplichting niet altijd goed is te maken<sup>604</sup>, toetst het EHRM minder streng alwaar het gaat om de beoordeling of een positieve verplichting is geschonden.<sup>605</sup> Aangezien in veel uitspraken het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen niet goed kan worden gemaakt geldt in die zaken eenzelfde beoordelingskader: *"In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin*

602 Zie bijvoorbeeld: EHRM 11 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD002919295, AB 2001/117, m.nt. L.F.M. Verhey (Ciliz/Nederland).

603 Lawson, NJCM-Bull. 1995, p. 749.

604 Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94 (Gül/Zwitserland) en EHRM 26 april 2007, nr. 16351/03 (Konstatinov/Nederland).

605 Zie bijvoorbeeld: EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08 (A.A./Verenigd Koninkrijk) en EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, EHRC 2012/39, m.nt. M.A.K. Klaassen (Arvelo Aponte/Nederland).

of appreciation”.<sup>606</sup> In het kader van het recht op vrije artskeuze is het aannemelijk dat de staat een grote mate van ‘margin of appreciation’ toekomt bij de inrichting van het stelsel van de gezondheidszorg gezien de financiële houdbaarheid van dat stelsel. Op grond van de positieve verplichtingen van de staat betekent dit wel dat de uiteindelijk gemaakte afweging dient te zijn voorzien in het nationaal wettelijk kader.

Overigens wordt daarnaast opgemerkt dat de overheid op grond van artikel 8 EVRM ook de verplichting heeft om toezicht te houden en actief te handhaven, indien en voor zover een van de beschermde rechten in het geding komt.<sup>607</sup> In dat kader is vooral artikel 8 lid 2 EVRM van belang. De in dit lid genoemde belangen – waaronder het economisch welzijn van een land – worden namelijk afgewogen tegen de in lid 1 beschermde individuele belangen.<sup>608</sup> Bij die beoordeling is de ‘fair balance’ toets het afwegingskader.<sup>609</sup> Voor de gezondheidszorg betekent dit zelfs dat de overheid in uitzonderlijke gevallen zorg dient te bekostigen, terwijl dit primair niet was voorzien.<sup>610</sup>

### Aanbeveling 1

Op grond van deel A van dit onderzoek valt te concluderen dat het recht op vrije artskeuze onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht, dat onder andere voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM. Het voorgaande betekent dat lidstaten in dat geval tevens de positieve verplichting hebben om te voorzien in een nationaal stelsel waarin de grondrechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM worden gewaarborgd. Voor de wetgever betekent dit dat bij de uitwerking van het nationale gezondheidsstelsel rekening dient te worden gehouden met het zelfbeschikkingsrecht en het daaruit voortvloeiende recht op vrije artskeuze. De wetgever dient zodoende bij de uitwerking van het stelsel – in die gevallen alwaar de keuzevrijheid van de betrokkene potentieel wordt belemmerd – een afweging te maken (op grond van artikel 8 lid 2 EVRM) – of die belemmering te rechtvaardigen valt. Een aanbeveling aan de wetgever is dan ook om bij stelselwijzigingen of aanpassingen van de zorgspecifieke wet- en regelgeving die momenteel het gezondheidsstelsel vormgeven op een actieve wijze rekening te houden met dit specifieke grondrecht.

606 EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94.

607 Bolt & Ceulen, *Gst.* 2016/4.

608 Neerhof, *O&A* 2007/106.

609 Zie bijvoorbeeld: EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton/Verenigd Koninkrijk*).

610 Barkhuysen & Emmerik 2011, p. 90 en EHRM 12 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, *AB* 2003/437 m.nt. B.C. van Beers (*Kuck/Duitsland*).

## Conclusies – Deel B

### Hoofdstuk 3. Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: ‘van het kastje naar de muur?’

In het kader van de probleemstelling is vervolgens in het eerste artikel, dat onderdeel uitmaakt van deel B van het onderzoek, het antwoord op de vraag uitgewerkt wat de belangrijkste stelselwetten zijn en wat daarin is geregeld.

Uit dit onderdeel van het onderzoek volgt dat het Nederlandse gezondheidsstelsel voor wat betreft de zorgaanspraken bestaat uit de Zvw, Wlz, Jeugdwet en Wmo 2015 (deze laatste wetten tezamen vormen ‘het sociaal domein’). Vervolgens is een vergelijking gemaakt tussen deze stelselwetten en is geconcludeerd dat er overlap zit in zorgaanspraken in de stelselwetten, maar dat er ook verschillen zijn.

Binnen het gezondheidsstelsel zijn er verschillende soorten zorginkopende organisaties: de zorgverzekeraar onder de Zvw, het zorgkantoor onder de Wlz en het college van burgemeester en wethouders (‘het college’) binnen het sociaal domein. Deze organisaties hebben de wettelijke opdracht meegekregen om de doelmatigheid van de zorg te waarborgen door middel van het maken van contractafspraken met zorgaanbieders. Gezien deze wettelijke opdracht en het gegeven dat het stelsel in de diverse deelsectoren financieel zwaar onder druk is komen te staan leidt dit in de praktijk tot een stelsel waarbij de zorginkopende organisaties betrokkenen met een zorgbehoefte afhouden en voor wat betreft de inzet van hulpverlening naar elkaar verwijzen. Dit leidt ertoe dat de betrokkene in gevallen wordt verwezen van het spreekwoordelijke ‘kastje naar de muur’. Het gaat daarbij niet alleen om stelseloverstijgende verwijzingen, ook gemeenten verwijzen betrokkenen bijvoorbeeld naar elkaar door voor de bekostiging van nodige hulpverlening.<sup>611</sup>

Daarbij is opvallend dat op grond van de Zvw de zorgprofessional (bijvoorbeeld de wijkverpleegkundige) bevoegd is om de aard en omvang van de zorg te bepalen. Binnen het sociaal domein is dat niet de zorgprofessional maar het college van burgemeester en wethouders, waardoor het ‘verwijsgedrag’ vooral binnen dit domein ontstaat. De indicatiesteller – in dit geval het college – heeft namelijk een financieel belang om de zorg niet te willen indiceren en in dat kader door te verwijzen.

Op grond van de Wlz is het indiceren voorbehouden aan een onafhankelijk indicatieorgaan, namelijk het CIZ. Met deze verschillen in de indicatiestelling, het bepalen van de aard en omvang van de zorg, is het gezondheidsstelsel niet in evenwicht. Dit geldt te meer nu binnen het sociaal domein grote financiële tekorten zijn ontstaan en gemeenten een financieel belang hebben om de kosten in het sociaal domein – voor zover mogelijk – te beperken.

611 Daarbij gaat het vooral om discussies omtrent het woonplaatsbeginsel in de zin van de Jeugdwet. Gemeenten leggen dergelijke verschillen bijvoorbeeld voor aan de Geschillencommissie Sociaal Domein: <https://www.geschillencommissiesociaaldomein.nl/bestanden/type/adviezen/>.



Met de huidige rechtspraak komt ook de keuzevrijheid van de betrokkene in het geding, aangezien – bij doorverwijsgedrag van een zorginkopende organisatie – niet de nodige hulpverlening wordt verkregen, laat staan dat de betrokkene dan kan kiezen voor een hulpverlener naar keuze.

## Aanbeveling 2

Een aanbeveling aan de wetgever is om bij een aankomende wetwijziging het CIZ te positioneren als escalatieorgaan. De stelselwetten zouden alsdan zo kunnen worden ingericht dat het CIZ – als onafhankelijk indicatieorgaan – bij onduidelijkheden over de afbakening van een stelselwet, in het bijzonder binnen het sociaal domein, bij wijze van escalatieorgaan bindend zou kunnen adviseren. Op die manier kan voor een betrokkene die hulpverlening nodig heeft snel duidelijkheid worden verkregen onder welke stelselwet de hulpverlening dient te worden ingezet en welke zorginkopende organisatie daarvoor verantwoordelijk is. In de uitwerking van deze aanbeveling door de wetgever zou ook het zorginstituut kunnen worden betrokken.

## Hoofdstuk 4. De Staat waarborgt het recht op vrije artsenkeuze onvoldoende

In hoofdstuk 4 zijn de gevolgen van het recht op vrije artsenkeuze onderzocht op allereerst de Zvw. Uit dit hoofdstuk volgt dat de nationale autoriteiten – in het bijzonder de wetgever – met het huidige artikel 13 lid 1 Zvw haar positieve verplichting schendt om het recht op vrije artsenkeuze af te wegen en te verdisconteren in het nationale recht.

Daarbij wordt geconstateerd dat artikel 13 lid 1 Zvw momenteel beperkt tegemoetkomt aan de wens van zorgverzekeraars – en de wetgever – om de doelmatigheid van de zorg te kunnen reguleren door middel van het contracteren door de zorgverzekeraars met zorgaanbieders en het in het bijzonder het overeenkomen van budgetplafonds. Dat leidt ertoe dat artikel 13 lid 1 Zvw regelmatig onderwerp is van parlementaire discussies.<sup>612</sup>

Aangezien deze discussies niet hebben geleid tot aanpassing van voornoemd artikel blijft de stand van de rechtspraak tot op heden dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis zwaarder weegt, dan het voornoemde belang van de staat en zorgverzekeraars – inhoudende het algemeen belang van een financieel houdbaar gezondheidsstelsel. Aan de andere kant is het keuzerecht van de verzekerde met een naturapolis vooral een theoretisch recht, nu in de rechtspraak door zorgverzekeraars op onrechtmatige gronden de keuzevrijheid van een verzekerde veelal wordt beperkt door een generieke korting te hanteren. Uit dit onderzoek blijkt namelijk dat alle zorgverzekeraars indien een naturaverzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder een generieke korting toepassen van circa 25% ten opzichte van het marktconforme tarief.

<sup>612</sup> Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2011/12*, 33 362, nr. 2 en *Kamerstukken II 2019/20*, 31765, nr. 480.

De hierboven beschreven onduidelijkheid die is ontstaan in de rechtspraak – met als gevolg dat de keuzevrijheid van naturaverzekerden op onrechtmatige gronden wordt beperkt – is bovenal de wetgever te verwijten, aangezien artikel 13 lid 1 Zvw geen invulling geeft aan de hoogte van de vergoeding die zorgverzekeraars dienen te vergoeden indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder.

Gezien het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de staat handelt in strijd met haar positieve verplichting om op grond van artikel 8 EVRM te voorzien in een grondwettelijke afweging. Of de huidige rechtspraak daarmee eveneens in strijd is met artikel 13 lid 1 Zvw is onduidelijk; dat is nou net het grondwettelijke hiaat.

### Aanbeveling 3

Aangezien het op grond van artikel 8 EVRM aan wetgever – van de verdragslidstaten – is om de afweging tussen enerzijds de keuzevrijheid van de verzekerde en anderzijds de financiële houdbaarheid van het gezondheidsstelsel tegen elkaar af te wegen beveel ik aan dat de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw door de wetgever wordt geconcretiseerd. Daarbij wordt in het onderzoek uitgegaan van de huidige stand van de rechtspraak. Het is in dat kader aan te bevelen dat de wetgever in lijn met de huidige uitleg van artikel 13 lid 1 Zvw een generieke vuistregel opstelt en wettelijk verankert, op grond waarvan de verzekerde met een naturapolis bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder zelf een beperkt bedrag dient bij te dragen aan de behandeling. Deze beperkte bijdrage mag de keuzevrijheid van de verzekerde niet beperken en anderzijds stimuleert die bijdrage verzekerden met een naturapolis wel om zich te wenden tot een gecontracteerde aanbieder. Artikel 13 lid 1 Zvw zou in dat kader bijvoorbeeld als volgt kunnen worden gewijzigd:

*“Indien een verzekerde krachtens zijn zorgverzekering een bepaalde vorm van zorg of een andere dienst dient te betrekken van een aanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een overeenkomst over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs heeft gesloten of van een aanbieder die bij zijn zorgverzekeraar in dienst is, en hij deze zorg of andere dienst desalniettemin betreft van een andere aanbieder, heeft hij recht op een vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten die gelijk is aan de hoogte van de vergoeding die door de zorgverzekeraar zou zijn betaald aan de aanbieder met wie een overeenkomst is afgesloten”.*

Aan artikel 13 zou dan het volgende tweede lid kunnen worden toegevoegd:

*“Het is de zorgverzekeraar toegestaan om – in afwijking van lid 1 van dit artikel – een lagere vergoeding te betalen aan de verzekerde, indien en voor zover deze afwijking beperkt blijft tot maximaal een bedrag van EUR <...>”.*

De hoogte van de generieke korting die de zorgverzekeraars kan worden gehanteerd dient – in lijn met het huidige artikel 13 lid 1 Zvw en de afweging om het recht op vrije artsenkeuze ook te waarborgen voor verzekerden met een naturapolis – in dat geval beperkt te blijven.

Op voornoemde wijze kunnen beide belangen – de keuzevrijheid versus de betaalbaarheid van het gezondheidsstelsel – maximaal worden gewaarborgd. Voornoemd tweede lid sluit daarbij aan bij de huidige marktwerking binnen de Zvw. Zorgverzekeraars kunnen op grond van dit voorstel met elkaar concurreren. De zorgverzekeraar zou er namelijk ook voor kunnen kiezen om geen korting toe te passen ten opzichte van het gecontracteerde tarief.

Een dergelijke aanpassing van artikel 13 Zvw leidt tot meer duidelijkheid voor de rechtspraktijk, zodat ook de juridische vraag welke partij – de zorgverzekeraar of de zorgaanbieder – de verzekerde dient te informeren zoals beschreven in hoofdstuk 5 van dit proefschrift voor de rechtspraktijk minder problematisch zal zijn.

## Hoofdstuk 6. Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium

In hoofdstuk 6 zijn de gevolgen van het recht op vrije artsenkeuze onderzocht binnen het sociaal domein. Alwaar binnen de Zvw de keuzevrijheid van verzekerden is gewaarborgd door een keuze te kunnen maken voor een restitutiepolis en voor de verzekerde met een naturapolis met artikel 13 lid 1 Zvw, de mogelijkheid om zorg af te nemen van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, is dat binnen het sociaal domein anders geregeld. De betrokkene die de hulpverlening binnen het sociaal domein niet wenst af te nemen bij een door de gemeente gecontracteerde aanbieder kan de zorg namelijk zelf inkopen op grond van een pgb. Met het budget dat daarmee valt te besteden, kan de betrokkene zich ook wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. De keuzevrijheid van een inwoner om te kiezen voor een aanbieder naar keuze is binnen het sociaal domein daarom gewaarborgd met de mogelijkheid voor de betrokkene om de hulpverlening zelf in te kopen op grond van een pgb.

Het voorgaande roept de vraag op of het pgb – vergelijkbaar met het hinderpaalcriterium binnen de Zvw – de keuzevrijheid van de betrokkene dient te garanderen. In dat kader valt op dat het pgb op grond van de Jeugdwet en Wmo 2015 in beginsel dient aan te sluiten bij het door de gemeente gecontracteerde tarief – althans het college kan een pgb weigeren voor zover het aangevraagde pgb hoger is dan de kosten van de gecontracteerde voorziening. Vervolgens is onderzocht of het de gemeenteraad is toegestaan om in de verordening een korting aan te brengen op het pgb-tarief, ten opzichte van het gecontracteerde tarief. Uit de rechtspraak volgt dat dit in beginsel het geval is. Daarbij geldt de rechtsregel dat het pgb, ondanks de korting, de betrokkene redelijkerwijs in staat dient te stellen de ondersteuning te kunnen inkopen bij een zorgaanbieder naar keuze. In zoverre geldt binnen het sociaal domein een soortgelijke

rechtsregel als binnen de Zvw (artikel 13 lid 1 Zvw). Indien en voor zover een betrokkene zich wil wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder dient de hoogte van de vergoeding hoog genoeg te zijn, zodat door de betrokkene de zorg daadwerkelijk kan worden afgenomen. Indien dat niet het geval is komt de keuzevrijheid van de betrokkene in het geding.

Daarbij valt op dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis onder de Zvw – bij een keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder – niet alleen gewaarborgd is op grond van artikel 13 lid 1 Zvw. Verzekerden die behoefte hebben aan verpleging en verzorging die niet gepaard gaat met verblijf in verband met geneeskundige zorg, heeft op grond van artikel 13a lid 1 Zvw ook de mogelijkheid om de zorg in te kopen op grond van een pgb. Opmerkelijk is dat met de introductie van het Zvw-rgb geen rekening is gehouden met de mogelijkheid voor verzekerden met een naturapolis om reeds zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Daarbij volgt uit de parlementaire geschiedenis van artikel 13a Zvw dat het Zvw-rgb vooral is ingevoerd om de verschillende stelselwetten binnen de gezondheidszorg op dit punt te harmoniseren. Binnen het sociaal domein en de Wlz heeft een betrokkene immers ook de keuze om de zorg zelf in te kopen op basis van een pgb. Daarmee miskent de wetgever echter dat de verschillende stelselwetten in de gezondheidszorg de keuzevrijheid van een betrokkene op verschillende wijze waarborgen en de Zvw voor verzekerden met een naturapolis ook de mogelijkheid biedt om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Dat sprake is van andere stelselwetten volgt bijvoorbeeld ook uit het gegeven dat onder de Zvw een verzekerde is verzekerd bij een private ‘schadeverzekeraar’. In dat kader dient – anders dan onder het sociaal domein – een premie worden betaald. Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat de zorgverzekeraar een pgb mag weigeren, indien en voor zover de verzekerde een premieachterstand heeft.<sup>613</sup> Dat is een weigeringsgrond die niet zou passen binnen de andere stelselwetten.

Toch zijn er – zoals volgt uit dit onderzoek – ook overeenkomsten tussen de verschillende stelselwetten. Een belangrijke overeenkomst is dat de zorgverzekeraar en gemeente – als zorginkopende organisatie – ook de wettelijke taak heeft om de doelmatigheid van de zorg te waarborgen. In dat kader hebben zij de mogelijkheid om bij overeenkomst afspraken te maken met (zorg)aanbieders, zodat bijvoorbeeld afspraken kunnen worden gemaakt over de hoogte van de tarieven voor de te leveren zorg. In dat kader is opvallend dat het Zvw-rgb – in vergelijking met het sociaal domein – maar beperkt is gereguleerd en bijvoorbeeld geen rechtsregel kent waaruit volgt dat de hoogte van het Zvw-rgb tarief niet hoger kan zijn dan het gecontracteerde tarief.

<sup>613</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4554.

#### Aanbeveling 4

De wetgever heeft ervoor gekozen om het pgb ook te introduceren onder de Zvw om het gezondheidsstelsel op dit punt te harmoniseren. Dat is enigszins bijzonder te noemen nu de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis onder de Zvw reeds is gewaarborgd op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Het is aan te bevelen om de keuzevrijheid van de betrokkene binnen de gezondheidszorg op één manier te waarborgen en te reguleren, ter voorkoming van rechtsongelijkheid tussen de verschillende zorgstelselwetten. Te meer nu de afweging van de wetgever op grond van artikel 8 EVRM binnen de verschillende stelselwetten grotendeels gelijk is, namelijk de afweging tussen enerzijds het belang van de keuzevrijheid van de betrokkene en anderzijds de betaalbaarheid van het gezondheidsstelsel en de financiële houdbaarheid daarvan.

Indien en voor zover in dat kader gekeken wordt naar het pgb als instrument is alleen al aan te bevelen om de regulering van het pgb te harmoniseren binnen de verschillende stelselwetten. Hierbij valt te denken aan de reikwijdte van het pgb (voor welke voorzieningen kan het budget worden besteed), de hoogte van het pgb-tarief (hoe komen deze tarieven tot stand) en de wijze waarop de aard en omvang van het budget wordt vastgesteld. Te denken valt aan een stelsel waarbij het persoonsgebonden budget wordt verankerd in slechts één stelselwet en één partij verantwoordelijk wordt voor de verstrekking van het pgb. In dat laatste geval is een herziening van het gehele stelsel aan te bevelen, waarbij – ook gezien de conclusies uit hoofdstuk 3 – wordt toegewerkt naar een bredere harmonisatie van de verschillende stelselwetten, bijvoorbeeld met de introductie van één zorgbrede stelselwet.

#### Hoofdstuk 7. Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg

In hoofdstuk 7 zijn de gevolgen van het recht op vrije artskeuze onderzocht ten aanzien van de Wlz. Binnen de Wlz wordt de keuzevrijheid van de verzekerde om te kunnen kiezen voor een (niet-gecontracteerde) zorgaanbieder – vergelijkbaar als binnen het sociaal domein – gewaarborgd middels het pgb. Opmerkelijk is dat de keuzevrijheid van de verzekerde is beperkt en dat deze verzekerde het pgb niet kan inzetten voor de zorgverlening door een verblijfsinstelling. Het pgb is derhalve in reikwijdte beperkt en kan alleen worden ingezet indien en voor zover de zorg thuis kan worden georganiseerd. Uit de rechtspraak volgt in dat kader dat het pgb – voor het inrichten van de zorgverlening thuis – niet toereikend is en hoeft te zijn om de Wlz-zorg volledig in te regelen maar dat de cliënt ook gebruik moet kunnen maken van het eigen netwerk. Indien dat netwerk gedeeltelijk of in het geheel ontbreekt is het niet mogelijk om de nodige zorgverlening middels een pgb in te kopen en is de verzekerde daarom beperkt in zijn keuze voor een door het zorgkantoor gecontracteerde zorgaanbieder.

Interessant is dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis heeft aangekondigd een pilot te verrichten waarbij zorgkantoren maatwerkcontracten zouden sluiten met niet-gecontracteerde zorgaanbieders, indien en voor zover de verzekerde zich zou willen wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Deze pilot heeft tot op heden niet plaatsgevonden. Een dergelijke ‘contracteerverplichting’ lijkt op de verplichting zoals die bestond voor de inwerkingtreding van de Zvw maar is toch anders. Met een maatwerkovereenkomst wordt immers niet gecontracteerd voor een specifiek te leveren product maar wordt gecontracteerd voor de hulpverlening aan een specifieke cliënt. In dat kader zou voor wat betreft het product en tarief kunnen worden aangesloten bij het pgb.

Geconcludeerd wordt dat de afweging door de wetgever of de keuzevrijheid van de cliënt – voortvloeiende uit het zelfbeschikkingsrecht – dient te worden beperkt met het oog op de financiële houdbaarheid van het stelsel van de gezondheidszorg per stelselwet anders is gemaakt. Alhoewel dat in beginsel zou kunnen, het gaat om andere wetten waarin andere vormen van zorg centraal staan, is dit verschil naar mijn oordeel merkwaardig en valt de vergaande beperking van de keuzevrijheid van een cliënt binnen de Wlz om te kunnen kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze naar mijn oordeel nauwelijks te rechtvaardigen en wel om de volgende redenen.

Binnen de verschillende stelselwetten die onderdeel uitmaken van het Nederlandse gezondheidsstelsel, te weten de Zvw, Wlz, Jeugdwet en Wmo 2015 staan twee argumenten centraal die de wetgever gebruikt ter rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt, te weten 1) het belang van selectieve zorginkoop om zodoende – ook via het contract – de doelmatigheid van de zorgverlening door de zorginkopende organisatie te kunnen waarborgen en 2) het belang van dit contract voor de zorginkopende organisatie om zodoende de kwaliteit van de zorgverlening te kunnen waarborgen.

Aangezien voornoemde argumenten onder de verschillende stelselwetten vergelijkbaar zijn, is het opmerkelijk dat door de wetgever per stelselwet toch een andere afweging is gemaakt en per stelselwet de keuzevrijheid van de cliënt op een andere wijze is gewaarborgd. Dat geldt te meer nu een groep Wlz-cliënten redelijk zelfstandig kan functioneren en het onderscheid tussen de Wlz, Wmo 2015 en Jeugdwet in gevallen beperkt is.

Zoals volgt uit hoofdstuk 6 zou het gebrek aan harmonisatie – en de door de wetgever zonder enige motivering gemaakte onderscheid – met het oog op art. 8 lid 1 EVRM tot de conclusie kunnen leiden, dat de Nederlandse staat handelt in strijd met haar positieve verplichting om het recht op vrije artskeuze te waarborgen.

## Aanbeveling 5

Aangezien de zorgvraag van de cliënt niet in stelselwetten valt op te knippen en er een grote overlap zit tussen de verschillende stelselwetten, dient de keuzevrijheid van de

cliënt te worden geharmoniseerd (zie ook aanbeveling 4). Gezien de in dit hoofdstuk van het onderzoek beschreven grote voordelen van de maatwerkovereenkomst ten opzichte van het pgb beveel ik aan om bij wijze van pilot te onderzoeken of de maatwerkovereenkomst in dat kader centraal kan staan in de uitwerking van de bescherming van de keuzevrijheid van de cliënt op basis van het zelfbeschikkingsrecht.

## Conclusies - Deel C

### Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: 'kiezen zonder keuze'?

Indien en voor zover het noodzakelijk is om gedwongen zorg in te zetten op grond van de Wvggz of Wzd is het onontkoombaar dat in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, inhoudende het negatieve keuzerecht. In dat geval zal de patiënt immers worden behandeld zonder dat daarvoor toestemming is gegeven. Een dergelijke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht is gerechtvaardigd indien dit bijvoorbeeld nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel van de patiënt. Sterker nog, op grond van andere grondwettelijke bepalingen is de Staat zelfs verplicht om in die gevallen in te grijpen.

Bij de vraag of een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht gerechtvaardigd is, is ook van belang of de inbreuk proportioneel en subsidiair is. In dat kader is – bij de inzet van gedwongen zorg – essentieel dat zo min mogelijk inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de beoordeling of de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht bij de inzet van gedwongen zorg is gerechtvaardigd ook dient te worden gekeken naar het positieve keuzerecht van de patiënt; is de patiënt in de gelegenheid gesteld om zijn wensen en voorkeuren kenbaar te maken met betrekking tot de inzet van de gedwongen zorg?

Uit deel C van het onderzoek volgt de conclusie dat de keuzevrijheid van de patiënt (het positieve keuzerecht) onder de Wvggz beter is gewaarborgd, dan onder de Wzd. Op grond van de Wvggz dienen de wensen en voorkeuren van de patiënt – bij alle vormen van gedwongen zorg – in beginsel te worden gehonoreerd. Dat sluit aan bij het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Onder de Wzd is dat anders en wordt slechts – voor zover mogelijk – rekening gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het is aan de zorgverantwoordelijke om dat te beoordelen en mee te wegen in het zorgplan.

Opvallend is dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis van de Wzd voor zover het gaat om de keuzevrijheid van de patiënt dit ook niet relateert aan het zelfbeschikkingsrecht.

In het algemeen concludeer ik dat bij de inzet van gedwongen zorg – indien dit noodzakelijk is – de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt is gerechtvaardigd. Met het oog op het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel dient die inbreuk echter wel – voor zover mogelijk – te worden beperkt. In dat kader dient ook

rekening te worden gehouden met het positieve keuzerecht van de patiënt dat eveneens onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht. Dat inbreuk wordt gemaakt op het negatief keuzerecht van de patiënt, wil niet zeggen dat het positief keuzerecht van de patiënt niet kan worden gewaarborgd.

Het onderscheid tussen de waarborging van het positief keuzerecht van de patiënt tussen de Wvggz enerzijds en de Wzd anderzijds, is inhoudelijk – op grond van de wetsgeschiedenis van beide wetten – niet goed te volgen. Ook op materiële gronden – de verschillen tussen de doelgroepen die centraal staan in beide wetten – is het onderscheid niet goed te volgen. Dat komt mede omdat het verschil in problematiek van personen met een ernstige psychische stoornis of personen met een verstandelijke beperking steeds minder duidelijk is, ook omdat mensen met een verstandelijke beperking bijvoorbeeld psychische problematiek kunnen hebben. Daarbij komt dat het ook onjuist is dat iedere persoon met een verstandelijke beperking geen eigen keuze zou kunnen maken voor een arts en/of hulpverlener. Naar mijn oordeel zou derhalve ook onder de Wzd maximaal rekening moeten worden gehouden met de wensen van de patiënt ter voorkoming van een ongerechtvaardigde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Daarbij is het resultaat van het hebben van twee wetten binnen de gedwongen zorg – evenzo als bij de zorgspecifieke wetten die centraal staan in deel B van dit onderzoek – dat cliënten tussen ‘wal en schip’ geraken omdat de wetgeving niet aansluit op de rechtspraktijk.<sup>614</sup>

## Aanbeveling 6

In het kader van de wetsevaluatie van de Wvggz en Wzd adviseer ik de wijze waarop het zelfbeschikkingsrecht (zowel het negatieve als positieve keuzerecht) is uitgewerkt te evalueren op basis van de conclusies zoals volgen uit deel C van dit onderzoek. Het huidige onderscheid tussen de Wvggz en Wzd met betrekking tot het positieve keuzerecht van de patiënt is in dat kader naar mijn oordeel niet houdbaar.

Op grond van de rechtspraak van het ERHM kan slechts gedwongen zorg worden opgelegd indien en voor zover daarbij – voor zover dat mogelijk is – rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Alwaar dit laatste recht duidelijk in de Wvggz is verankerd en uitgewerkt, ontbreekt dit gedeeltelijk in de Wzd. Het gevolg hiervan is dat in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Een inbreuk die in dat geval niet kan worden gerechtvaardigd.

De aanbeveling richt zich derhalve op de wetgever om in dat kader de Wzd te wijzigen op dit onderdeel en zodoende deze omissie in de rechtspositie van de patiënt te herstellen. Art. 2.1 lid 5 van de Wvggz kan in de uitwerking van deze wijziging van de Wzd als leidraad dienen. Dat betekent concreet dat ook onder de Wzd het uitgangspunt dient te gelden dat de wensen en voorkeuren van de patiënt bij de inzet

<sup>614</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb Amsterdam 24 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:1231, Rb Noord-Holland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2772 en Rb Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:10247



van verplichte zorg dienen te worden gehonoreerd, tenzij dat gezien de situatie van de patiënt echt niet mogelijk is.

### Aanbeveling 7. Een stelselbrede aanbeveling

Op dit moment wordt de keuzevrijheid van de cliënt stelselbreed grotendeels gewaarborgd door middel van het pgb. Het pgb is echter een omslachtig instrument, waarbij de cliënt diverse administratieve verplichtingen en verantwoordelijkheden krijgt. Hierbij valt te denken aan het maandelijks declareren van de ingekochte zorg, het aansturen van de zorgverleners en het controleren van de ontvangen declaraties van de zorgaanbieders. Het verbaast om die reden niet dat door de pgb-houder fouten worden gemaakt bij de inkoop van zorg op basis van een pgb en dat dit instrument ook fraudegevoelig is. Voor een bepaalde groep cliënten is het pgb – ondanks dat het pgb ook door een derde mag worden beheerd – nauwelijks te gebruiken, aangezien het pgb niet zelfstandig kan worden beheerd.

Daarnaast biedt het pgb ook het nadeel dat tussen de zorginkopende organisatie en de zorgaanbieder niet rechtstreeks een overeenkomst tot stand komt. Vooral in het geval de zorgaanbieder heeft gefraudeerd is dat voor de zorginkopende organisatie problematisch. De wetgever heeft – zo volgt uit hoofdstuk 7 – zelf ook de voordelen gezien van de introductie van de verplichting tot maatwerkcontractering (ofwel: ‘zorg-op-maat-contractering’). Voordelen hiervan – zo overweegt de wetgever – zijn dat de cliënt zelf geen opdrachtgever is, geen onderhandelingen hoeft te voeren en geen contracten hoeft af te sluiten. Ook blijft het zorgkantoor verantwoordelijk en aanspreekbaar voor de kwaliteit van de geleverde zorg. Het door de wetgever beschreven nadeel, namelijk dat maatwerkcontractering zich slecht verhoudt tot de beheersystematiek in de Wlz, is zoals in hoofdstuk 7 toegelicht op onderdelen niet goed te volgen. In de maatwerkovereenkomst kunnen immers ook tariefafspraken worden gemaakt en kan – zo ligt voor de hand – worden aangesloten bij het (laagst) gecontracteerde tarief.

Een groot voordeel van de verplichting tot het sluiten van een maatwerkovereenkomst door de zorginkopende organisatie is daarnaast dat de rechtmatigheid en doelmatigheid van de zorg – in vergelijking met het pgb – zelfs beter kan worden gewaarborgd aangezien tussen de zorginkopende organisatie en de zorgaanbieder in dat geval wel een overeenkomst tot stand komt. In deze overeenkomst zouden dan ook afspraken kunnen worden gemaakt over tarieven en budgetplafonds.

Dat wil overigens niet zeggen dat het pgb helemaal uit het gezondheidsstelsel dient te verdwijnen, alhoewel het pgb – gezien het voorgaande – naar mijn oordeel niet geschikt is als middel om de keuzevrijheid van de cliënt daadwerkelijk te waarborgen. Indien en voor zover de cliënt het pgb niet kan beheren, wordt de keuzevrijheid immers reeds belemmerd. Beide varianten zouden eventueel naast elkaar kunnen bestaan, al is een harmonisatie van de verschillende instrumenten binnen het

gezondheidsstelsel om de keuzevrijheid van de cliënt te waarborgen in dat geval wel wenselijk. Ook met het oog op de rechtsgelijkheid van de betrokkenen binnen het gezondheidsrecht.

Zoals centraal staat in mijn onderzoek is de keuzevrijheid van de patiënt, cliënt of betrokkene een voorwaarde om de toegang en continuïteit van de gezondheidszorg te kunnen waarborgen. Indien een individuele patiënt immers niet behandeld wenst te worden door een specifieke arts of zorgaanbieder betekent dit in dat individuele geval dat de patiënt daarmee een gezondheidsrisico loopt. Indien meer mensen om die reden zich niet wenden tot een arts of zorgaanbieder terwijl dat op grond van medische redenen wel nodig is – komt de volksgezondheid op collectief niveau in het geding. Om die reden zou verwacht worden dat in de zorgspecifieke wet- en regelgeving meer aandacht zou worden besteed aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt om een keuze te kunnen maken voor een arts of zorgaanbieder naar voorkeur. Sterker nog, de verschillende zorgspecifieke wetten – die centraal staan in dit onderzoek belemmeren de keuzevrijheid van de patiënt gedeeltelijk zonder dat de overwegingen hieromtrent duidelijk naar voren zijn gebracht in de parlementaire geschiedenis.

Gezien het voorgaande is het een sterke aanbeveling om het Nederlandse gezondheidsstelsel te evalueren op dit onderwerp – waarbij de harmonisatie van de verschillende stelselwetten op dit onderwerp centraal dient te staan.

Een aanbeveling is daarnaast om de zorgplicht van de zorginkopende organisatie te verbreden inhoudende onder andere een continuïteitsgarantie. In het huidige gezondheidsstelsel dat vier stelselwetten kent, komt het te vaak voor dat de hulpverlening door aan aanbieder naar keuze niet kan worden gecontinueerd doordat sprake is van de overgang naar een andere stelselwet.<sup>615</sup> Ook in dat geval is het recht op vrije artsenkeuze direct in het geding, met het risico dat een zeer kwetsbare groep cliënten onthouden blijft van de nodige zorgverlening.

---

615 CRvB 9 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2719 en Rb. Overijssel 23 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2773.



# 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 artskeuze 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 artskeuze. De wetgever heeft het recht op vrije artskeuze 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 artskeuze. 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.

## Literatuurlijst

### **Barkhuysen & Bos, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2011, p. 3-34**

T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2011, p. 3-34.

### **Barkhuysen & Emmerik 2011**

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Barkhuysen & Emmerik 2017**

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Kluwer 2017.

### **Barkhuysen 2004**

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht: preadviezen*. VAR-reeks/Vereniging voor Administratief Recht nr. 132 Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

### **Bertens & Huisman, NTVG 2016/160**

R.M. Bertens en F.G. Huisman, 'Vrije artsenkeuze: recht of macht?', *NTVG* 2016/160.

### **Blok, *NTM/NJCM-Bull.* 2004/1**

P. Blok, 'bowers versus lawrence': de grenzen van de privé-sfeer herzien', *NTM/NJCM-Bull.* 2004/1.

### **Boerefijn & Dute, *NTM* 2017/1**

I. Boerefijn en J.C.J. Dute, 'mensenrechten in verpleeghuizen', *NTM* 2017/1, p. 27-46.

### **Bolt & Ceulen, *Gst.* 2016/4.**

A.T. Bolt en E.P. Ceulen, 'Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', *Gst.* 2016/4.

### **Boogaard, *NJB* 2021/2599**

G. Boogaard e.a., 'Kroniek van het constitutioneel recht', *NJB* 2021/2599.

**Boogaard, *NJB* 2013/2112**

G. Boogaard e.a., 'Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht', *NJB* 2013/2112.

**Bruggeman, *Gst.* 2016/11**

C.W.C.A Bruggeman, 'Woelige tijden in het sociaal domein', *Gst.* 2016/11.

**Bruggeman, *Gst.* 2020/82**

C.W.C.A. Bruggeman e.a., 'Kroniek van het gemeentelijk sociaal domein (deel 2)', *Gst.* 2020/82.

**Buijsen, *Medisch Contact* 2011, afl. 66, p. 2442-2443**

M. Buijsen, 'Burger verliest invloed op zorglandschap', *Medisch Contact* 2011, afl. 66, p.2442-2443.

**Buijsen, *AA* 2006/55**

M.A.J.M. Buijsen, 'De betekenis van gelijkheid en rechtvaardigheid in de gezondheidszorg: De Zorgverzekeringswet rechtsfilosofisch gezien', *AA* 2006/55, p.609-613.

**Buijsen *TvGR* 2005, afl. 1, p. 609-613**

M.A.J.M. Buijsen, 'Keuze voor solidariteit. Kanttekeningen bij het voorstel Zorgverzekeringswet', *TvGR* 2005, afl. 1, p. 111-117.

**Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987**

Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, *Bereidheid tot verandering*, s-Gravenhage: Distributiecentrum overheidspublicaties, 1987.

**Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 1987**

Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, *Bereidheid tot verandering*, s-Gravenhage: Distributiecentrum overheidspublicaties, 1987.

**Companje 1997**

K.P. Companje, *Over artsen en verzekeraars* (oratie Utrecht), Twello: Van Tricht Uitgeverij 1997.

**Companje 2001**

K.P. Companje, *Convergerende belangen, belangenbehartiging van de zorgverzekeraars in historisch perspectief 1900-2001*, Zeist: Zorgverzekeraars Nederland 2001.

**Companje 2008**

K.P. Companje, 'Verzekering van zorg 1943-2007: gezondheidszorg of sociale zekerheid?' in: K.P. Companje, *Tussen volksverzekering en vrije markt. Verzekering van zorg op het snijvlak van sociale verzekering en gezondheidszorg 1880-2006*, Amsterdam: Uitgeverij Aksant 2008.

**De Jong 2017**

C.J.J.M de Jong, *Procedurele waarborgen in materiele EVRM-rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**De Kinderombudsman 2016**

De Kinderombudsman, *Mijn belang voorop?*, Den Haag: De Kinderombudsman 2016.

**De Lange, TvGR 1990/2.2**

S.A. de Lange, 'De reikwijdte van fundamentele rechten en de daarvan afgeleide rechten in de gezondheidszorg', *TvGR 1990/2.2*.

**De Nationale Ombudsman 2017**

De Nationale Ombudsman, *Terug aan tafel, samen de klacht oplossen*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2017.

**De Nationale Ombudsman 2018**

De Nationale Ombudsman, *Zorgen voor burgers*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2018.

**De Nederlandse Grondwet: quo vadis?, NTM 2007/4**

De Nederlandse Grondwet: quo vadis?, *NTM 2007/4*, p. 417-419.

**Den Hartogh, *Ars Aequi* 2003, afl. 52, p. 96-104**

G.A. den Hartogh, 'Het Europese Hof over hulp bij suicide', *Ars Aequi* 2003, afl. 52, p. 96-104.

**Dörenberg, *TvGR* 2007/31**

V.E.T. Dörenberg, 'Dwangbehandeling in de kinder- en jeugdpsychiatrie', *TvGR 2007/31*, afl. 1, p. 10-18.

**Dörenberg, *TvGR* 2018/42**

V.E.T. Dörenberg, 'De Jeugdwet: financiële risico's belemmeren toegang', *TvGR 2018/42*, afl. 5.

**Dute, TvCR 2017, p. 128-132**

J.C.J. Dute, 'Het initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie is in strijd met artikel 11 Grondwet', *TvCR* 2017, p. 128-132.

**Elferink, Gst. 2018/55**

W. Elferink, 'Jeugdwet, drie jaren jurisprudentie', *Gst.* 2018/55.

**Emaus 2013**

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Emaus, NTBR 2018/8**

J.M. Emaus, 'Bescherming van goodwill op grond van het EVRM', *NTBR* 2018/8, afl. 2.

**Engberts en Kalkman-Bogerd 2006**

D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd, *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.

**Festen 1974**

H. Festen, *125 jaar Geneeskunst en Maatschappij, Geschiedenis van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst*, Utrecht: KNMG 1974.

**Frederiks & Steen, TvGR 2018/42**

B.J.M. Frederiks en S.M. Steen, 'De Wet zorg en dwang is aangenomen, en nu?', *TvGR* 2018/42, afl. 2, p. 156-163.

**Frederiks, TvGR 2019/43**

B.J.M. Frederiks, 'De Wet zorg en dwang treedt op 1 januari 2020 in werking', *TvGR* 2019/43, afl. 5, p. 337-358.

**Gerards e.a. 2015**

J.H. Gerards e.a., *Vijf jaar bindend EU-grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Gerards & Fleuren 2013**

J.H. Gerards en J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2013.

**Hamilton, TvGR 2002/26**

G.J.A. Hamilton, 'Publiek belang en mededinging in de gezondheidszorg', *TvGR 2002/26*, afl. 3, p. 51-65.

**Hendriks 2013**

A.C. Hendriks, 'De invloed van fundamentele rechten op het gezondheidsrecht', in: J. Gerards & C. Sieburgh, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: *Kluwer* 2013.

**Hendriks, JGGZR 2020/5**

A.C. Hendriks, 'De Wvvgz en Wzd in de rechtspraak – een half jaar op de goede weg?', *JGGZR 2020/5*, p.10-12.

**Hendriks, TvCR 2017, afl. 2, p. 133-136**

A.C. Hendriks, 'Initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie doet grondrechten geen geweld aan', *TvCR 2017*, afl. 2, p. 133-136.

**Hendriks, TvGR 2008, p. 2-18**

A.C. Hendriks, B. Frederiks en M. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR 2008*, afl. 1, p. 2-18.

**Hendriks, TvGR 2015/7**

A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR 2015/7*, p. 535-554.

**Hendriks, TvGR 2017/41**

A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR 2017/41*, afl. 2, p. 143-161.

**Hendriks, Veraghtert & Wildershoven 2009**

R.H.M. Hendriks, K.F.E. Veraghtert en B.E.M. Widdershoven, *Two centuries of solidarity. German, Belgian and Dutch social health insurance 1770-2008*, Amsterdam: Aksant 2009.

**Heringa 1989**

A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedheidskist van de rechter, dissertatie Leiden*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1989.

**Huibers, Ars Aequi 2018, p. 77-85**

L. Huijbers, 'Procedurele toetsing, het EHRM en rechtseenheid en diversiteit', *Ars Aequi* 2018, p. 77-85.

**Hulst, TGMA 2014/28**

E.H. Hulst, 'Vrije artsenkeuze: recht of gunst?' *TGMA* 2014/28, afl. 3, p. 119-129.

**Hulst, TMA 2005/1**

E.H. Hulst, 'De Wvggz: doodacht of verdwaald?', *TMA* 2020/1.

**IGJ 2020**

IGJ, *De zorgvuldige uitvoering van dwang in de zorg echt goed regelen, kan alleen regionaal*, 2020.

**Inzicht in het overstapeseizoen. Verzekerden in beeld 2019**

*Inzicht in het overstapeseizoen. Verzekerden in beeld 2019*, Zeist: Vektis 2019, p. 16.

**Kind en ziekenhuis 1994**

Kind en ziekenhuis, *Ouders ontevreden over ziekenhuizen*, (themanummer 3), Den Haag: Pasmans Offsetdrukkerij 1994.

**Klein Egelink & Lunenburg, JBplus 2016/2**

E. Klein Egelink en I.M. Lunenburg, 'Biedt de Wmo 2015 voldoende rechtsbescherming?', *JBplus* 2016/2, afl. 1.

**Knapen, SC 2015, afl. 1**

M. Knapen, 'Wetswijziging Koninklijke weg bij kwestie artsenkeuze', *SC* 2015, afl. 1.

**KNMG-richtlijn 2021**

*KNMG-richtlijn: Niet-aangaan of beëindigen van de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, 2021.

**Kottenhagen, TvGR 2008/7**

R.J.P. Kottenhagen, 'Botsende rechten van moeder en ongeboren kind', *TvGR* 2008/7, p. 492-503.

**Lavrysen 2016**

L. Lavrysen, *Huan Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2016.

**Lawson, NJCM-Bull. 1995.**

R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test', *NJCM-Bull.* 1995, p. 749.

**Leenen & Roscam Abbing 1986**

H.J.J. Leenen en H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk Gezondheidsrecht*, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

**Leenen e.a. 2007**

H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht, Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007

**Leenen e.a. 2017**

H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

**Leenen e.a. 2020**

H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

**Legemaate, TvGR 2004/28**

J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: een oud debat in nieuw licht', *TvGR 2004/28*, afl. 1.3, p. 11-13.

**Leijten, TvCR 2017/8**

A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *TvCR 2017/8*, afl. 1, p. 49-54.

**Marseille, NTB 2015/1**

A.T. Marseille, 'Geschilbeslechting in het sociaal domein', *NTB 2015/1*.

**Neerhof, O&A 2007/106.**

A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A 2007/106*, p. 184-200.

**Mendelts 2002**

P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer 2002.

**Meulemans, TvGR 2005, afl. 1, p. 61-79**

E.W.M. Meulemans, 'Het overeenkomstenstelsel onder de nieuwe zorgverzekeringswet', *TvGR 2005*, afl. 1, p. 61-79.

**Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2021**

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Handreiking Constitutionele Toetsing, Praktische handvatten voor wet- en regelgeving*, 2021.



**Munneke, *Regelmaat* 2013/5**

S.A.J. Munneke, 'Decentralisatie op grote schaal', *Regelmaat* 2013/5, p. 283-297

**NZa 2018**

NZa, *Monitor Zorgverzekeringen 2018*, 5 november 2018.

**Pietermaat, *TvT* 2015/2**

E. Pietermaat, 'De NZa: de marktmeester en toezichthouder', *TvT* 2015/2, p. 7-14

**Puijk, Meijer & Baas 2018**

L. Puijk, R. Meijer en N. Baas, 'Keuzevrijheid in de wijkverpleging', *Arteriaconsulting* 16 februari 2018.

**Raad van State 2016**

Raad van State, Afdeling advisering, *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*, Den Haag: Raad van State 2016

**Raad voor Volksgezondheid en Samenleving 2018**

Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Leeftijdsgrenzen*, Den Haag: RVS 2018.

**Rijken, *TvGR* 2012/36**

J.J. Rijken, 'De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw – een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering', *TvGR* 2012/36, afl. 6, p. 475-481.

**Rijken, *TvGR* 2017/41**

J.J. Rijken, 'Terug naar een recht op jeugdhulp', *TvGR* 2017/41, afl. 4-5, p. 291.

**Roscam Abbing, *NTvG* 1987/26**

H.D.C. Roscam Abbing, 'De wet naar een gezond bestel; het advies van de Commissie Dekker', *NTvG* 1987/26, afl. 131, p. 1136-1140.

**Sanderink, *O&A* 2016/2**

D.G.J. Sanderink, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schending van een positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen', *O&A* 2016/2.

**Sauter 2011**

W. Sauter, *Europees recht in de zorg*, Den Haag: Sdu 2011.

**Schooneveld, TvGR 2005, afl. 1, p. 3-16**

E. van Schooneveld, 'De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag in vogelvlucht', *TvGR* 2005, afl. 1, p. 3-16.

**Schut 2003**

F.T. Schut, *De zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfaalen en overheidsfaalen in de gezondheidszorg*, (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam 2003), p.10.

**Sijmons 2006**

J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet Toelating Zorginstellingen* (Proefschrift Groningen), Den Haag: Sdu uitgevers 2006.

**Sijmons 2008**

J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever* (oratie Universiteit Utrecht), Den Haag: SDU uitgevers 2008.

**Sijmons 2011**

J.G. Sijmons, 'De cure: transitie en onbalans', in: *Stelsel onder stress. Preadvies 2011* (preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht 2011-1), Den Haag: SDU uitgevers 2011. p.13-88

**Sijmons, AV&S 2016/14**

J.G. Sijmons, 'Sturen in de zorg met de zorgverzekering. De perikelen rond de wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet', *AV&S* 2016/14.

**Sociaal en Cultureel Planbureau 2018**

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Veranderde zorg en ondersteuning voor mensen met een beperking*, Den Haag: SCP 2018.

**Steyger e.a. 2015**

E. Steyger e.a., 'Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug en vooruitblik', (Preadvies VGR), Utrecht: VGR 2015.

**Steyger, TvGR 2015/39**

E. Steyger, 'Toepassing van het VWEU in het zorgstelsel: van zorgen verzekerd', *TvGR* 2015/39, afl. 6, p. 403-409.

**Tichem en Sauter, M&M 2017, afl. 3, p. 88-97**

Jan Tichem en Wolf Sauter, 'Transparantie van ziekenhuistarieven: een wazige spiegel of oog in oog?', *M&M* 2017, afl. 3, p. 88-97.

**Tjong Tjin Tai 2014**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7-IV. Bijzondere overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2014.

**Van Balen & Michels, TvGR 2019, afl. 3, p. 234-260**

C. van Balen en C.M.E. Michels, 'Kroniek rechtspraak zorgverzekeringsrecht', *TvGR* 2019, afl. 3, p. 234-260.

**Van Beers, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet**

B.C. van Beers, 'Commentaar op artikel 11 van de Grondwet', in E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, (webeditie: [www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)).

**Van de Gronden, TvGR 2013/37**

J.W. van de Gronden, 'Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringwet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?', *TvGR* 2013/37, afl. 1, p. 4-17.

**Van der Jagt-Jobsen, Rijken & Verduijn, TvGR 2014/38**

J.A.E. van der Jagt-Jobsen, J.J. Rijken en M.A.M. Verduijn, 'Van AWBZ naar Wlz: een trendbreuk met het verleden?', *TvGR* 2014/38, afl. 7, p. 540-552.

**Van der Most, TvGR 2005/29**

M. van der Most, 'De Zorgverzekeringwet en de zelfverzekerde burger', *TvGR* 2005/29, afl. 12, p. 17-39.

**Van der Velde 2009**

J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar. Positieve verplichtingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

**Van der Ven 2015**

W. van der Ven, Het beste zorgstelsel? Afscheidscollege 2 oktober 2015, Rotterdam: *iBMG* 2015.

**Van Emmerik, O&A 2010/2**

M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaat- en publiekrecht', *O&A* 2010/2, p. 69-74.

**Van Emmerik, *RM Themis* 2008/4**

M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RM Themis* 2008/4, p. 145-161.

**Van Noorloos, *NJB* 2010/2294**

M. van Noorloos, 'Het toetsingsverbod en de tijdgeest', *NJB* 2010/2284.

**Van Sasse van Ysselt, *Regelmaat* 2017/32**

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Realisering van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam door middel van wetgeving', *Regelmaat* 2017/32, afl. 6, p. 403-418.

**Van Sasse van Ysselt, *TvCR* 2013, p. 224-233.**

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Handhaving van voorschriften in de Engelse taal met inachtneming van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel', *TvCR* 2013, p. 224-233.

**Van Schelven & Janssen, *TvGR* 2017/41**

B.A. van Schelven en M.M. Janssen, 'Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/ Momentum', *TvGR* 2017/41, afl. 7, p. 479-491.

**Van Schelven, *GZR-Updates* 2014/0466**

B.A. van Schelven, 'De vrije artsenukeuze – wat is dat eigenlijk?', *GZR-Updates* 2014/0466.

**Verhey, *NTM* 2003/3a**

L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?' *NTM* 2003/3a, p. 216-232.

**Vermaat 2020**

M.F. Vermaat, 'Maatwerk in het sociaal domein', in: *Maatwerk in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020.

**Vermaat, *NTB* 2018/6**

M.F. Vermaat, 'Resultaatgericht indiceren: je weet pas wat je krijgt als je het hebt', *NTB* 2018/6.

**Wallage, *NJB* 2019/2417**

B. Wallage, 'De Staat waarborgt het recht op vrije artsenukeuze onvoldoende', *NJB* 2019/2417, afl. 39, p. 2945-2950.

**Wallage, TvCR 2019, afl. 1, p. 1-20**

B. Wallage, A.C. Hendriks en W.I. Koelewijn, 'Vrije artsenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?', *TvCR 2019*, afl. 1, p. 1-20.

**ZonMw 2013**

ZonMw, *Achtergrondstudies Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMw 2013.

**ZonMw 2018**

ZonMw, *Eerste evaluatie Jeugdwet*, Den Haag: ZonMw 2018.

## Jurisprudentielijst

- EHRM 7 december 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0070.
- EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090.
- EHRM 24 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173.
- EHRM 26 maart 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8813, *NJ* 1985/525, m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9903, *NJ* 1991/659 m.nt. E.J. Dommering.
- EHRM 21 februari 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD000931081.
- EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800, *NJ* 1993/400.
- EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, *NJ* 1993/485, m.nt. Kn.
- EHRM 9 december 1994, ECLI:NL:XX:1994:AC1181, *NJ* 1996/506 m.nt. E.J. Dommering.
- EHRM 24 februari 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2307, *NJ* 1995/594 m.nt. J. de Boer.
- EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94.
- EHRM 25 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2614, *NJ* 1997/555, m.nt. E.J. Dommering.
- EHRM 22 oktober 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD4440, *NJ* 1997/449 m.nt. J. de Boer.
- EHRM 28 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD4446, *NJ* 1998/1 mt.n. C.A. Groenendijk.
- EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93.
- EHRM 27 augustus 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4543, *NJ* 1999/464 m.nt. Dute.
- EHRM 29 augustus 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4544, *NJ* 1999/710.
- EHRM 24 februari 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4548, *NJ* 1999/691 m.nt. E.J. Dommering.
- EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, *NJ* 2000/134, m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 4 april 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995.
- EHRM 11 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD002919295, *AB* 2001/117, m.nt. L.F.M. Verhey.
- EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003136596.
- EHRM 21 maart 2002, nr.65653/01.
- EHRM 29 april 2002, ECLI:NL:XX:2002:AP0678.
- EHRM 12 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, *AB* 2003/437 m.nt. B.C. van Beers.
- EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297.
- EHRM 31 oktober 2003, ECLI:NL:XX:2003:AP0921, *NTM/NJCM-Bull* 2004, p. 54 m.nt. A.C. Hendriks.
- EHRM 27 november 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601.
- EHRM 27 november 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD002662495.
- EHRM 9 maart 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2227, *NJ* 2005/14.

EHRM 29 september 2005, nr. 24919/03, *NJB* 2005/662, *GJ* 2005/124, m.nt. A.C. Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 529, m.nt. C. Kelk, *EHRC* 2005/111.

EHRM 28 februari 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0228DEC001465902.

EHRM 7 maart 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0307JUD000633905, *EHRC* 2006/47, m.nt. E. Brems; *NJCM-Bull.* 2006, p. 863, m.nt. C. Forder en J. Whittingham.

EHRM 5 oktober 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1005JUD007572501, *EHRC* 2007/23 m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 20 maart 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, *NJCM-Bulletin* 2007, p.497, m.nt. A.C. Hendriks; *EHRC* 2007/70, m.nt. H.L. Janssen.

EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2006:0307JUD000633905, *NJ* 2007/459, m.nt. J. De Boer; *EHRC* 2007/73, m.nt. E. Brems.

EHRM 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905, *NJ* 2007/459, m.nt. J. de Boer; *NJCM-Bulletin* 2007, p. 872, m.nt. M. Kütthe en M. Turvey.

EHRM 26 april 2007, nr. 16351/03.

EHRM 4 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1884, *EHCR* 2008/13 m.nt. E. Brems; *NJ* 2008/363 m.nt. E.A. Alkema; *NJCM-Bull.* 2008/3, p. 293 m.nt. A.C. Hendriks en F.M.J. den Houdijker.

EHRM 4 januari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, *EHRC* 2008/61 m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 13 mei 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD3994, *EHRC* 2008/82 m.nt. E. Brems.

EHRM 7 oktober 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803.

EHRM 2 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1202JUD000287202.

EHRM 16 december 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH1809, *EHRC* 2009/17 m.nt. Gerards; *AB* 2009/286 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

EHRM 16 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306.

EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05.

EHRM 1 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BM6912, *EHRC* 2010/64, m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 1 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300.

EHRM 10 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202, *EHRC* 2010/89 m.nt. J. Gerards.

EHRM 2 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0902JUD001137304.

EHRM 14 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509, *EHRC* 2011/44 m.nt. H.M. Griffioen; *GJ* 2011/35 m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 20 januari 2011, ECLI:NL:XX:2011:BP9299, *GJ* 2011/53 m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 26 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704, *EHRC* 2011/109 m.nt. A.C. Hendriks; *NTM-NJCM-Bull.* 2011, p. 882 m.nt. E.C.C. van Os.

EHRM 20 september 2011, ECLI:NL:XX:2011:BU6293.

EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300, *EHRC* 2012/38, m.nt. B.C. van Beers.

EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, *EHRC* 2012/39, m.nt. M.A.K. Klaassen.

EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

EHRM 24 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW9646.

EHRM 19 juni 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX9096.

EHRM 3 juli 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX3398, *EHRC* 2012/157, m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 19 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0719JUD000049709, *EHRC* 2012/220; *GJ* 2012/147 m.nt. J.H.H.M. Dorscheidt.

EHRM 28 augustus 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0828JUD005427010, *EHRC* 2012/222, m.nt. N.R. Koffeman; *NTM/NJCM-Bull.* 2013/6 m.nt. R.E. van Hellemond en A.C. Hendriks.

EHRM 22 april 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608.

EHRM 27 augustus 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011, *EHRC* 2015/12, m.nt. B.C. van Beers.

EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911, *EHRC* 2017/38, m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 23 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0323JUD005325113.

EHRM 4 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1004JUD001856812, *EHRC* 2018/247 m.nt. A.C. Hendriks.

EHRM 4 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD006948912, *EHRC* 2019/157 m.nt. A.C. Hendriks.

  

HvJEU 13 juli 1989, ECLI:EU:C:1989:321.

HvJEU 18 juni 1991, ECLI:EU:C:1991:254.

HvJEU 18 december 1997, ECLI:EU:C:1997:631.

HvJEU 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, *Jur.* 2003, p. I-4509; *NJ* 2003/673, m.nt. M.R. Mok.

HvJEU 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, *Jur.* 2006, p. I-4325.

HvJEU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105.

HvJEU 29 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:872, *EHRC* 2020/275, m.nt. M. Beijer en J.W. van den Gronden.

  

HR 5 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB9113, *AB* 1988/276.

HR 20 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0002, *NJ* 1988/447, m.nt. A.C. 't Hart.

HR 9 januari 1989, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928 m.nt. E.A. Alkema; *AB*, 1987/231 m.nt. F.H. van der Burg.

HR 4 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0251, *NJ* 1991/706, m.nt. P.A. Stein.

HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347.

HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963.



HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, *NJ* 2002/386 en 387 m.nt. Vranken.  
HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117.  
HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4882, *JA* 2010/97 m.nt. L.G.J. Hendrix.  
HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876.  
HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.  
HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, *GJ* 2016/33, m.nt J.G. Sijmons.  
HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724.  
PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266  
HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853.  
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *Men R* 2020/8, m.nt. T.J. Thurlings-Rassa.

ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, *AB* 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.  
CRvB 19 september 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX8897.  
CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477.  
CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.  
CRvB 23 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1525.  
CRvB 19 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2829.  
CRvB 10 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3102.  
CRvB 19 december 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3933.  
CRvB 7 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:467.  
CRvB 9 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2719.  
CRvB 2 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3171.  
CRvB 30 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3396.  
CRvB 26 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:456.  
CRvB 5 augustus 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1747.  
CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, *AB* 2016/106, m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.  
Gemeenschappelijk Hof van Aruba Curaco, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba 24 januari 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:62.

Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH6413, *NJ* 2010/657, m.nt. E.A. Alkema.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. T.M. Schalken.  
Hof Den Haag, 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2241, *GZR-Updates.nl*, 2016-0325, m.nt. B.A. van Schelven.

Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2668, *GJ* 2017/140, m.nt. P. Vlaardingerbroek.

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710.

Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:1995.

Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *AB* 2018/417 m.nt. Ch.W Backes en G.A. van der Veen.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4554.

Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

Hof Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:BV7524.

Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:828.

Hof Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:BV7524.

Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028.

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030.

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031.

Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578.

Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6768.

Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5015.

Rb. Amsterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6345.

Rb. Overijssel 24 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4171.

Rb. Zeeland-West-Brabant 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12.

Rb. Zeeland-West-Brabant 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12.

Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:917.

Rb. Noord-Holland 12 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2838.

Rb. Overijssel 23 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2773.

Rb. Amsterdam 20 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5190.

Rb. Zeeland-West-Brabant 20 juli 2017, ECLI:NL:RBZWEB:2017:4537.

Rb. Gelderland 20 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5379.

Rb. Overijssel 29 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3709.

Rb. Noord-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4989.

Rb. Noord-Nederland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:162.

Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245 *GZR-Updates.nl* 2018-0097 m.nt. B. Wallage; *GJ* 2018/53 m.nt. M.F. van der Mersch.

Rb. Den Haag 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6611, *GZR-Updates.nl* 2018-0296 m.nt. M.F. van der Mersch.

Rb. Gelderland 22 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:217.

Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, *GJ* 2019/52, m.nt. J.G. Sijmons

Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380.

Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, *GZR-Updates.nl* 2019-0140 m.nt. B. Wallage; *GJ* 2018/52 m.nt. J.G. Sijmons.

Rb. Rotterdam 29 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2379.

Rb. Gelderland 13 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2689.

Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3825.

Rb. Rotterdam 18 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8557.

Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096.

Rb. Overijssel 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4220.

Rb. Amsterdam 27 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8852.

Rb. Rotterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:441.

Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:578.

Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

Rb. Amsterdam 24 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:1231.

Rb. Oost-Brabant 26 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1761.

Rb. Noord-Holland 10 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2812.

Rb. Noord-Holland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2772.

Rb. Limburg 23 april 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3415.

Rb. Den Haag 9 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6249.

Rb. Rotterdam 22 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6412.

Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10247.

Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10247.

De Nationale Ombudsman 2 maart 2017, 2017/035, *AB* 2017/219 m.nt. P.J. Stolk.

Geschillencommissie Ziekenhuizen, 6 juli 2017, 109246, *GJ* 2018/38.

## Afkortingen

<b>Awb</b>	Algemene wet bestuursrecht
<b>BW</b>	Burgerlijk Wetboek
<b>College</b>	College van burgemeester en wethouders
<b>EHRM</b>	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
<b>EVRM</b>	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
<b>GW</b>	Grondwet
<b>Handvest</b>	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
<b>Hof</b>	Gerechtshof
<b>IGJ</b>	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
<b>KNMG</b>	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
<b>NZa</b>	Nederlandse Zorgautoriteit
<b>PGB</b>	Persoonsgebonden budget
<b>Rb</b>	Rechtbank
<b>VWEU</b>	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
<b>Wet BOPZ</b>	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
<b>WGBO</b>	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
<b>Wlz</b>	Wet langdurige zorg
<b>Wmo 2015</b>	Wet maatschappelijke ondersteuning
<b>Wvggz</b>	Wet verplichte ggz
<b>Wzd</b>	Wet zorg en dwang
<b>ZN</b>	Zorginstituut Nederland
<b>Zvw</b>	Zorgverzekeringswet

## Summary (Engelse samenvatting)

The right to have a free choice of doctor, as a right that belongs to the patient, client or other person involved, is regularly described in Dutch legal literature, case law and legislative history as the right to choose for a preferred doctor or other healthcare provider. Therefore, it is remarkable that no previous research has been performed in legal science concerning the legal basis of the right to have a free choice of doctor. Even more, considering that in current legal literature the patient's right to self-determination is commonly referred as the most important right in health law.

Rationale behind this can be found in the circumstance that patients would possibly not see another doctor or healthcare provider instead of the preferred one, because of a lack of trust. If and insofar patients will be restrained because of this to visit a healthcare professional at all, this causes a direct threat for the right to have access to healthcare services, as well as it – considered from macro-perspective – causes a threat to public health.

Taking this in consideration, the main objective of this thesis is to determine if, and to what extent the right to have a free choice of doctor is constitutionally embedded, and if so, whether this has any consequences for the Dutch healthcare system.

In chapter 1 the author starts with a general introduction of the central theme, explains the outline of this thesis, discusses the scope of the thesis, and describes how main and sub questions are methodologically analyzed and answered in subsequent chapters. Additionally, in this chapter the author discusses the importance of, and attention for case law of the European Convention on Human Right (ECHR) for this thesis.

Chapter 2 analyzes the question what should be considered as the legal basis of the right to have a free choice of doctor, and consequently, if this right should therefore be considered as constitutionally embedded.

In conclusion, there are indications that the right to have a free choice of doctor should be considered as a constitutionally embedded right. Within this chapter the right to have a free choice of doctor is approached as the right to choose freely for a preferred healthcare professional. The patient's confidence in the care provided by this healthcare professional is of great importance. Under these circumstances, the right to have a free choice of doctor is based on the right to self-determination under the constitutional safeguards of Article 8, paragraph 1 ECHR. As mentioned in chapter 2, the right to self-determination is not absolute. Member states are allowed to interfere with these rights, as far as it is in accordance with the law and it should be considered necessary according to paragraph 2 Article 8 ECHR. In this perspective, it is conceivable that the right to have a free choice of doctor may be subjected to restrictions in favor of financial sustainability of the national healthcare system.

Under the regime of Article 8 (1) ECHR positive obligations exist for member states to provide a legislative and administrative framework so that the rights under article 8 (1) ECHR are given effect under national law.

Notably, the Dutch legislator had the intention to implement the right to have a free choice of doctor under the regime of Article 13 (1) private healthcare insurance act (in Dutch: Zorgverzekeringswet (Zvw), even for patients with a natura-insurance. Article 13 (1) Zvw is practically implemented and given effect by health insurers. Since the rights deriving from Article 8 (1) ECHR even have horizontal effect – with regard to the contractual relationship between insurers and insured individuals – it is assumable that if and insofar insurers do not respect the concerned freedom of choice it will result in an unlawful act as a violation of Article 8 (1) ECHR.

Regarding chapter 2 and the conclusion that there are indications that the right to have a free choice of doctor should be considered as a constitutionally embedded right under Article 8 ECHR, the subsequent question arises what kind of consequences this does imply for the Dutch healthcare system. Merely, this depends on the organization of the legal healthcare framework. As discussed in chapter 3, the organization of the Dutch legal healthcare system is based on a framework of four individual healthcare acts, namely (1) the Zvw (private healthcare insurance act), (2) the public long-term care act (in Dutch: Wet langdurige zorg, Wlz), (3) the youth care act (in Dutch: Jeugdwet), and the social care and support act (in Dutch: Wet maatschappelijke ondersteuning, Wmo 2015).

As described in chapter 3, each scope of the foregoing healthcare acts is precisely demarcated. Therefore, only insurers or municipal administrations are exclusively responsible – based on the applicable and demarcated healthcare act – to organize and finance necessary care. At the same time, when patients can successfully benefit from (insurance) claims based on one healthcare act, no other healthcare financiers – as mentioned in the other healthcare acts – are responsible to provide the same necessary care. Nevertheless, sometimes this results in confusing situations, since there is overlap between covered care based on the various healthcare acts. Consequently, for some of them involved in these situations, this results in deprivation from adequate and necessary healthcare.

In chapter 4 this thesis focusses on the question to what extent the right to have a free choice of doctor is guaranteed within the scope of the Zvw and how this relates to the effect of Article 8 (1) ECHR. Under the Zvw, insured individuals with a restitution (reimbursement) insurance can absolutely benefit the right to have a free choice of doctor as a result of the nature of that kind of insurances. Regarding Article 13 (1) Zvw, the legislator apparently also guaranteed this right for Individuals with a natura-assurance, so that they can visit both contracted and non-contracted healthcare

providers. It follows from case law concerning Article 13 (1) Zvw, that an insured individual based on a natura-insurance is entitled to such an amount of reimbursement of the costs for a non-contracted healthcare provider that this shall not prevent them from visiting the preferred provider, also known as the ‘hinderpaalcriterium’ (dutch).

In practice, health insurers regularly cut on the amount of reimbursement, if and insofar an insured individual visits a non-contracted healthcare provider. This reduction varies from 25-30% of the market rate, which means that the rate is no longer in line with the market. Such a cut on the amount of reimbursement is in the opinion of the author in conflict with the ‘hinderpaalcriterium’ and therefore it constitutes a violation of the right to have a free choice of doctor. In legal practice currently no consensus exists on the minimal amount of reimbursement under Article 13 (1) Zvw. Regarding Article 8 (1) ECHR the legislator of the national member state is primarily responsible to implement and to give effect to the underlying rights of Article 8 (1) ECHR.

In addition to chapter 4, chapter 5 focusses on the sub question whether the healthcare provider is legally obligated to inform patients about the amount of reimbursement that the insured individual may receive from his healthcare insurer, and specifically if the healthcare provider is obligated to inform patients about unlawful cuts on the amount of reimbursement. The conclusion of this chapter is that the legal obligation to inform patients under the Wmg does not include the obligation to inform patients on the foregoing aspects. After all, this is the primary responsibility of health insurers, noting that a generic cut on the amount of reimbursement – as it follows from chapter 4 – is definitely a violation of the concerned right to have free choice of doctor.

Subsequently, chapter 6 analyzes the right to have a free choice of doctor within the – so called – social domain (Jeugdwet and Wmo 2015). Within the social domain (health)care professionals are generally employed by youth or social care providers. In this perspective, this thesis also refers to the right to have a free choice of care provider instead of doctors.

Following this thesis, the right to have a free choice of care provider is embedded within the legal framework of the social domain via personal budgets (pgb). Based on a pgb, the client can involve any preferred non-contracted care provider who can be paid by the provided personal budget. Therefore, the question arises whether the ‘hinderpaalcriterium’ – that applies for the minimal amount of reimbursement under Article 13 (1) Zvw – equally applies for non-contracted care providers within the social domain.

Regarding case law on the minimal amount of budget, personal budgets could be seen as sufficient when they are in line with usual contracted rates. If these budgets are lower than the usual contracted rates, it follows from case law that the hourly rate for a

personal budget must reasonably enable the client to achieve self-reliance and participation. In other words, even within the social domain the provided financial means to involve non-contracted care providers should be sufficient and may not constitute an actual obstacle to visit preferred non-contracted care providers. It is up to the municipal administration to perform in each case an individual assessment.

It should be noted that the right to have a free choice of care provider is guaranteed differently under the legal framework of the social domain in comparison with the Zvw. Within the social domain, the right to have a free choice of doctor/care provider is only guaranteed by means of pgb, which can be used for all youth and social care services under the Jeugdwet or Wmo 2015. In this context, the applied rates are legally regulated. On the other hand, within the Zvw the right to have a free choice of doctor is guaranteed by the ability to choose for a restitution insurance or to choose and apply for reimbursement under a natura insurance pursuant Article 13 (1) Zvw. In this context, it should be noted that health insurers structurally act in conflict with this Article by applying a generic cut on average contracted rates. Moreover, it is remarkable that the pgb as instrument is recently introduced within de Zvw too. However, the scope of the Zvw-pgb is limited to the use for district nursing services. It is unclear what the Zvw-pgb adds as value for the freedom of choice of the insured individual – regarding the right to have a free choice of doctor and the intentions of the legislator in this context – in addition to the options under Article 13 (1) Zvw. The legislator's principal argument for the introduction of the Zvw-pgb seems to be harmonization of the legal healthcare framework, since the pgb also exists under other healthcare acts. These considerations are hard to follow, since the implementation and realization of the right to have a free choice of doctor/care provider within the Dutch legal healthcare framework is anything but harmonized.

Subsequently, in chapter 7 it is studied how the right to have a free choice of doctor is guaranteed within long-term care – the Wlz-act – and how this relates to Article 8 (1) ECHR. Even in this context, the right to have a free choice of doctor is guaranteed by means of the pgb. It is remarkable that the scope of the Wlz-pgb is limited since it cannot be used for residential care facilities. In other words, the pgb can only be used if and insofar the client receives extramural care services. Following this chapter, this limitation is possibly not justifiable. Moreover, under all other foregoing healthcare acts the legislator did not apply this kind of limitation to the scope of the pgb. Based on legislative history it remains unclear why this restriction is justified within this context, whereas the legislator failed to explain why this restriction is applied. The underlying legislative considerations within the various healthcare acts are not easy to follow and remain largely unclear. Regarding to Article 8 ECHR, this could lead to the conclusion that de Dutch legislator violates its positive obligations under Article 8 ECHR to guarantee the right to have a free choice of doctor.



Chapter 8 examines the right to have a free choice of doctor within the legal context of involuntary treatments/care. There is a group of patients who – because they are considered decisionally incompetent – are not able to determine what is in their own interest and therefore to choose adequately for specific healthcare providers. If necessary, under the Wzd and the Wvvggz involuntary treatments/care can be imposed on these individuals. The principle of ‘informed consent’ does not apply to this kind of healthcare. Therefore, the question arises whether the right to have a free choice of doctor applies in equally to this group of individuals.

Regarding analysis in this chapter the conclusion can be drawn that the right to have a free choice of doctor within the context of involuntary care is of great importance. After all, by imposing involuntary care the state infringes already client’s rights to self-determination. In perspective of the principle of proportionality and subsidiarity, necessarily within this group of clients it is important to assess whether the right to have a free choice of doctor can be guaranteed either way. If the clients’ choice is not taken into consideration while imposing involuntary care, the infringement of the right to self-determination cannot be justified.

While applying the foregoing framework on the Wzd or the Wvvggz, it should be noted that the client’s freedom of choice under regime of the Wvvggz is guaranteed as far as possible. Following the legislative history of the Wvvggz, this was explicitly done to guarantee the client’s freedom of choice following from Article 8 (1) ECHR. Therefore, it is curious why the freedom of choice is guaranteed to a lesser extent under the Wzd. From a legal perspective, the difference between the implementation of the positive right of choice under the Wvvggz and the Wzd cannot be defended.

Chapter 9 discusses some current topics within the context of chapter 4.

Chapter 10 contains this thesis’ main conclusions and some concluding remarks. It is argued that there are convincing arguments for assuming that the right to have a free choice of doctor is constitutionally guaranteed, mainly under Article 8 (1) ECHR. This conclusion implies certain consequences for the Dutch healthcare legal framework, even more because actual implementation and realization of the right to have a free choice of doctor appeared to be legally vulnerable. In particular when it is about the implementation and realization of this right under regime of the Zvw, especially for those with an *natura* insurance, and the Wlz, whereas the concerned right exclusively applies for extramural care. An important recommendation is to harmonize the healthcare legal framework with regard to the patient’s freedom of choice, while critically assessing the pgb as instrument. In the opinion of the author, it could be beneficial to introduce a certain ‘obligation to contract’ as instrument to guarantee the implementation and realization of patient’s freedom of choice in individual cases.

## Curriculum vitae

Bastiaan Wallage is – nadat hij zijn studie ondernemingsrecht en staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden heeft afgerond – gestart als advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht. Bastiaan is daar gespecialiseerd in het gezondheidsrecht en algemeen bestuursrecht. Hij is als advocaat werkzaam voor gemeentelijke overheden (waaronder zorgregio's), bestuursorganen, wetenschappelijke verenigingen en zorg- en welzijnsinstellingen, waaronder ziekenhuizen en farmaceuten.

Bastiaan is naast zijn werk in de advocatuur als docent en onderzoeker verbonden aan de Universiteit van Amsterdam. Tevens neemt hij plaats in de raad van commissarissen van een zorgaanbieder in de geestelijke gezondheidszorg en is hij lid van de raad van toezicht van een gemeentelijke stichting, die de werkzaamheden uitvoert in het sociaal domein. Ook is hij lid van de geschillencommissie sociaal domein.

Bastiaan is gestart met zijn onderzoek (2017) als buitenpromovendus aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden onder de begeleiding van Aart Hendriks en Wouter Koelewijn.

Naast bovenstaande werkzaamheden doceert en publiceert Bastiaan regelmatig over onderwerpen binnen het gezondheidsrecht en/of bestuursrecht.

## Publicaties

- B. Wallage, 'Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg', TvGR 2021, p. p. 580-593.
- B. Wallage en A.C. Hendriks, 'Het recht op vrije artsenkeuze bij gedwongen zorg: 'kiezen zonder keuze'?', *Journaal Ggz en recht* 2021 (1): 5-16.
- B. Wallage en W.I. Koelewijn, 'Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: van het kastje naar de muur?' in *Juridische vragen in het sociaal domein*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
- B. Wallage en W.I. Koelewijn, 'Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium', TvGR 2020, p. 594-605.
- B. Wallage, *De Staat waarborgt het recht op vrije artsenkeuze onvoldoende*, NJB 2019/2417.
- B. Wallage, A.C. Hendriks en W.I. Koelewijn, 'Vrije artsenkeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?', TvCR 2019, afl. 1, p. 1-20.
- W.I. Koelewijn en B. Wallage, 'De informatieverplichting van de zorgaanbieder: een wettelijke verplichting?', ZIP 2018, p. 12-15.
- B. Wallage en W.I. Koelewijn, *Resultaatgericht indiceren op grond van de Wmo 2015 niet langer mogelijk? Een botsing tussen maatwerk en rechtszekerheid*, Gst. 2019/37.
- A. Stupers, A. Tsheichvili en B. Wallage, *Bed, Bad en Brood: Rijk en gemeente op weg naar een sluitend opvangbeleid*, NTM-NJCM Bull. 2017/38.

- B. Wallage, L. van Wijnbergen en R. van Binsbergen, Het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag, NJB 2017/1703.
- B. Wallage en W.I. Koelewijn, Naschrift op reactie Onrechtmatig Wmo-beleid, NJB 2016/1889.
- B. Wallage en W.I. Koelewijn, Onrechtmatig Wmo-beleid, NJB 2016/1394.
- B. Wallage en R. van Binsbergen, Artikel 4.1 Wro: onduidelijkheden voor de rechtspraak door een onzorgvuldig wetgevingsproces, Gst. 2016/8.
- B. Wallage en J. Slobbe, Een aantekening bij uitspraak over digitale hondenriem, NJB 2016/400.
- B. Wallage, J. Slobbe en S. Verberkt, Non-proliferation of cyber weapons with a CBRN consequence: An exploratory analysis, Forum of EthnoGeoPolitics Vol. 3 No. 2 Autumn 2015.
- B. Wallage, Boete Wet arbeid vreemdelingen: een tewerkstellingsvergunning vereist voor Bulgaren en Roemenen? NJBblog 31 augustus 2015.
- B. Wallage, De Dublinverordening, NJB 2015/1094.
- B. Wallage, Artikel 1F Vluchtelingenverdrag, NJB 2015/816.
- B. Wallage en L. van Wijnbergen, Naschrift, NJB 2014/2212.
- B. Wallage en P. Habers, De legale vreemdeling zonder documenten, NJB 2014/1961.
- B. Wallage en L. van Wijnbergen, Verruiming bevoegdheden vreemdelingentoezicht: een beperking van mensenrechten, NJB 2014/1417.
- J. Slobbe, B. Wallage en S. Verberkt, Culpa in causa in technica: een verkenning van de schuldvraag in het strafrecht bij een gehackt hersenimplantaat, Computerrecht 2014/114.
- B. Wallage, Inhumaan vreemdelingenrecht: de zieke vreemdeling, NJB 2014/12.
- J. Slobbe, S. Verberkt en B. Wallage, Digitaal Demonstreren: Cybercrime of online activisme, NJB 2013/658.

### **Annotaties**

- CRvB 26 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1327 *GZR-Updates.nl* 2021-0248 m.nt. B. Wallage.
- Rb. Oost-Brabant 26 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1761 *GZR-Updates.nl* 2020-0181 m.nt. B. Wallage.
- Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380 *GZR-Updates.nl* 2019-0140 m.nt. B. Wallage en E. Jacobs.
- Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245 *GZR-Updates.nl* 2018-0097 m.nt. B. Wallage en E. Jacobs.
- CBb 12 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:91 *GZR-Updates.nl* 2017-0253 m.nt. B. Wallage en W.I. Koelewijn.

- CBB 12 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:376 AB 2016/139 m.nt. W.I. Koelewijn, H. van Noort en B. Wallage.
- CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370 AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.
- CBB 24 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:428 m.nt. *GZR-Updates.nl* 2016-010 W.I. Koelewijn en B. Wallage.
- ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3367 AB 2016/62 m.nt. B. Wallage.
- ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3182 TBR 2016/13 m.nt. F.A. Mulder en B. Wallage.
- ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2442 TBR 2015/178 m.nt. F.A. Mulder en B. Wallage.
- ABRvS 13 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:246 AB 2015/459 m.nt. W.I. Koelewijn, B. Wallage.
- ABRvS 29 april 2015, AB 2015/328 m.nt. B. Wallage.

