



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).

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^e eeuw kende het Nederlandse zorgstelsel verzekeringsregimes. De burgers die het konden betalen en die voldoende vermogend waren konden gebruik maken van particuliere zorgverzekeringen.¹ De burgers met weinig financiële draagkracht konden op grond van de Armenwet gebruik maken van de gemeentelijke armenzorg.² De minvermogenden, de middelste groep, konden gebruik maken van ziekenfondsen.³ 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.⁴ 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.⁵ 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.⁶

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.⁷ 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.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰

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 ingevolge 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.¹¹ 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.¹² Om die reden besloten veertig medische hoogleraren een brief aan de Tweede Kamer te sturen.¹³ In deze brief werd kritiek geuit op het zorgstelsel en de concurrentie tussen artsen (zonder contracteverplichting):

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”¹⁴.

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.¹⁵ 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.¹⁶ 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”*.¹⁷ 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.¹⁸

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.¹⁹ Daarop volgend werd in 1992 de contracteerplicht jegens individuele zorgverleners voor ziekenfondsen afgeschaft²⁰ en zijn de in de Wet tarieven gezondheidszorg opgenomen vaste tarieven voor beroepsbeoefenaren vervangen door maximum-, minimum- of gemiddelde tarieven.²¹ 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.²² Ten opzichte van zorginstellingen is de contracteerplicht onder de Ziekenfondswet tot en met 2006 blijven bestaan.²³

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.²⁴ Met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw') in 2006 is uiteindelijk aan dit plan uitvoering gegeven.²⁵

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.²⁶ De contracteerverplichting is dan ook logischerwijs komen te vervallen.²⁷ 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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰ Dat gaat sinds de inwerkingtreding van de Zvw gedeeltelijk ten koste van de keuzevrijheid van de patiënt.

1.1 Het recht op vrije artskenkeuze: een grondrecht?

Overheidswaarborgen voor en regulering van een stelsel van gezondheidszorg reiken terug tot het grondwettelijk recht op gezondheidszorg ex. art. 22 Gw.³¹ 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.³² 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.³³ 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.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ Het zelfbeschikkingsrecht in de zorg is vaak onderwerp van juridische discussies en is diverse malen erkend in de rechtspraak.³⁷ Het gezondheidsrecht als zelfstandig rechtsgebied is vanaf de jaren zeventig gericht op het beschermen en het bevorderen van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.³⁸ Binnen het gezondheidsrecht wordt het zelfbeschikkingsrecht geassocieerd met twee vormen van vrijheid.³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹

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.⁴²

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 gezondheidstelsel.

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 Statuut⁴³, internationale verdragen⁴⁴ en het gewoonterecht.⁴⁵ 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.⁴⁶ Nederland heeft in dat kader een gematigd monistisch stelsel, waarbij internationaal recht in beginsel voorrang heeft op nationaal recht.⁴⁷

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.⁴⁸ 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; *EHRM* 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.⁴⁹

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.⁵⁰ 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.⁵¹ Zo benoemt hij de situatie waarin ouders ontevreden zijn over een ziekenhuis en om die reden naar een andere zorgaanbieder willen gaan.⁵² 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.⁵³ 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.⁵⁴ 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.

⁵⁴ 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 artskeuze 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 artskeuze 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 artskeuze 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 artskeuze 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 artskeuze en in hoeverre maakt het recht op vrije artskeuze onderdeel uit van de Nederlandse constitutie?
2. Uit welke stelselwetten bestaat het Nederlandse gezondheidsstelsel?
3. In hoeverre is het recht op vrije artskeuze respectievelijk aanbiederskeuze gewaarborgd voor verzekerden die zijn aangewezen op verzekerde zorg onder de Zorgverzekeringswet?
4. In hoeverre is het recht op vrije artskeuze 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 artskeuze 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 artskeuze 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,⁵⁵ ligt de focus in dit proefschrift op de doorwerking van het EVRM.

Daarbij wordt in de parlementaire geschiedenis van de Zvw⁵⁶ 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’).⁵⁷ 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”.⁵⁸

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.⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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).⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴

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.⁶⁵ 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.

⁶² Van de Gronden, *TvGR* 2013/37.

⁶³ 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*).

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

⁶⁵ 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?”*

