



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het recht op vrije artsenkeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel

Wallage, B.

Citation

Wallage, B. (2022, July 5). *Het recht op vrije artsenkeuze 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).

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').⁶⁶ Deze wet bevat de verplichting voor alle ingezetenen om een zorgverzekering af te sluiten en de verplichting voor zorgverzekeraars om bepaalde zorg te vergoeden.⁶⁷ Aldus beoogt de privaatrechtelijke Zvw ook allerlei publiekrechtelijke belangen te waarborgen, waaronder het in het recht op gezondheid⁶⁸ besloten liggende recht op toegang tot noodzakelijke, kwalitatief verantwoorde en betaalbare zorg.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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 kabinetsscrisis, 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.⁷¹ 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.⁷² De hoogte van deze vergoeding mag de keuzevrijheid van de verzekerde c.q. patiënt niet belemmeren.⁷³

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.⁷⁴ Wij bespreken de rol van (de artikelen 3 en 4 van) het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: ‘het Handvest’) niet⁷⁵, 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.⁷⁶ Het stelsel van de gezondheidszorg van de nationale lidstaten is een nationale aangelegenheid, dat niet Europeesrechtelijk is gereguleerd.⁷⁷ 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, *AV&S* 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.⁷⁸

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.⁷⁹ Dat neemt niet weg dat in rechtspraak en literatuur veelvuldig wordt gerefereerd aan het recht op vrije artskenkeuze.⁸⁰ 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.⁸¹ 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.⁸² Zo ook door de regering en de (mede)wetgever.⁸³ 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.⁸⁴ De Lange maakt in zijn definitie van het recht op een vrije artskenkeuze onderscheid tussen een positief en een negatief keuzerecht.⁸⁵ Ook andere auteurs maken een vergelijkbaar onderscheid tussen een positief en negatief zelfbeschikkingsrecht.⁸⁶ 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.⁸⁷

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.⁸⁸ 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.⁸⁹ 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.⁹⁰

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.⁹¹ 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.⁹² 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.⁹³

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.⁹⁴ De nadruk van het zelfbeschikkingsrecht binnen de zorg ligt op het zelf nemen van beslissingen door de patiënt zonder externe bemoeienis.⁹⁵ 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.⁹⁶ 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, *AVeS* 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 deskundigenbijeenkomst).

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').⁹⁷ 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

In de rechtspraak komt het zelfbeschikkingsrecht ook terug als 'zelfstandig recht'.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ Dat een dergelijke keuze schadelijk kan zijn voor de eigen gezondheid doet hier niets aan af.¹⁰²

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.¹⁰³ 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.¹⁰⁴ Het Kamerlid Kappeyne van de Coppello c.s. heeft in het kader van de grondwetsherziening een motie ingediend, waardoor dit alsnog werd gedaan.¹⁰⁵ 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 (*Tysiag/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 beperkingsclausule¹⁰⁶ en zijn primair een afweerrecht.¹⁰⁷ Uit de grondwetsgeschiedenis volgt dat de persoonlijke autonomie en zelfbeschikking inherent zijn aan de artikelen 10 en 11 Gw.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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”.¹¹¹

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.¹¹² 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.¹¹³ Het eerste terrein sluit aan bij het afweerrecht, terwijl het tweede terrein ziet op een keuze-recht (‘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.¹¹⁴ 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. 403-418 en 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.¹¹⁵ 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).¹¹⁶ 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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ 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.¹¹⁹ 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 rechtspraktijk biedt derhalve weinig aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag of vrije artskenkeuze 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.¹²⁰ 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').¹²¹ Het uitgangspunt van deze wet is dat de patiënt een bijzondere overeenkomst van opdracht, de geneeskundige behandelingsovereenkomst, aangaat met zijn opdrachtnemer, de hulpverlener.¹²² Dit impliceert dat de patiënt, als opdrachtgever, zelf mag en kan kiezen naar welke arts hij gaat. Dit ligt besloten in de contractsvrijheid.¹²³

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.¹²⁴ 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.¹²⁵ 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.¹²⁶

In de memorie van toelichting van de WGBO gaat de regering in op het belang van de positieve keuzevrijheid van de patiënt.¹²⁷ 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 omstreden. 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”.¹²⁸

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”.¹²⁹

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 regelt¹³⁰, 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.¹³¹ 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 vertrouwenseis) 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 artskenkeuze houdt (...) in, dat een patiënt kan kiezen door welke arts hij zich laat behandelen”.¹³²

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.¹³³ 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.¹³⁴ Het EHRM heeft bijvoorbeeld vergaand geoordeeld met betrekking tot het respect voor individuele keuzen rondom voortplanting¹³⁵ en levensbeëindiging.¹³⁶ 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.¹³⁷

Het EHRM heeft in meerdere uitspraken het zelfbeschikkingsrecht en de hieruit voortvloeiende positieve keuzevrijheid voor een individu in zijn rechtspraak als recht erkend.¹³⁸ Het EHRM heeft het bijvoorbeeld over het recht op persoonlijke autonomie¹³⁹, alsmede over het recht op zelfbeschikking als invulling van artikel 8 lid 1 EVRM.¹⁴⁰ Het EHRM heeft in zijn rechtspraak bevestigd dat artikel 8 lid 1 EVRM zowel positieve als negatieve verplichtingen voor de staat omvat.¹⁴¹ Indien het recht op vrije artskenkeuze 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 (*Stubblings*), EHRM 28 november 1996, *NJ* 1998/1 m.nt. 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.¹⁴² De grondrechten onder artikel 8 lid 1 EVRM hebben daarnaast ook (indirecte) horizontale werking, in de verhouding tussen (rechts)personen onderling.¹⁴³

Kortom, het EHRM heeft de keuzevrijheid van de mens als onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht onomwonden erkend.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ Het EHRM beoordeelt in zijn rechtspraak aangaande zwangerschap ook de belangen van het ongeboren kind.¹⁴⁶ 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”*.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ 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, *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.

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 casus 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.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰

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.¹⁵¹ 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).¹⁵² 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.¹⁵³ De vrijheid van de patiënt om een arts te kiezen van eigen voorkeur raken de persoonlijke autonomie en zelfbeschikking van de patiënt volledig.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ Tevens dient in de wet waarmee artikel 11 Gw wordt beperkt voldoende formele waarborgen te bieden.¹⁵⁷ Artikel 10 Gw bevat een identieke beperkingsclausule.¹⁵⁸ 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 rechtspraktijk groter.¹⁵⁹ 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 artskenkeuze

Indien we aannemen dat het recht op vrije artskenkeuze 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 praktijk¹⁶⁰, slecht gedrag van de patiënt in het verleden¹⁶¹ of het hanteren van wachtlijsten door de zorgaanbieder.¹⁶² 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 artskenkeuze als volgt uitgewerkt.

De Zvw regelt primair de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde.¹⁶³ 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 artskenkeuze van de verzekerde in bepaalde mate heeft willen waarborgen.¹⁶⁴ 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”.¹⁶⁵

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.¹⁶⁶ 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’*.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ Ook bestaan er materiële positieve verplichtingen voor de staat op grond van artikel 8 lid 1 EVRM. Deze materiële verplichtingen zijn zeer divers.¹⁶⁹ De toets bij de invulling van materiële positieve verplichtingen is gebaseerd op een *‘fair balance’* tussen conflicterende belangen.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ 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*).

individueel enerzijds en het algemeen belang anderzijds.¹⁷² 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.¹⁷³ 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'.¹⁷⁴ (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).¹⁷⁵ Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat het proportionaliteitsvereiste ook het subsidiariteitsbeginsel omvat.¹⁷⁶ Een ieder moet zich daarbij effectief kunnen verweren bij een rechter tegen een inbreuk op een recht zoals opgenomen in het EVRM.¹⁷⁷ Het EHRM toetst uiteindelijk of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd.¹⁷⁸

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 artskeuze op grond van artikel 8 lid 2 EVRM mag worden beperkt, aangezien de wetgever met de beperking van het recht op vrije artskeuze streeft naar toegankelijke en kwalitatief goede gezondheidszorg en beheersing van de kosten daarvan.¹⁷⁹ Het Gemeenschappelijk Hof oordeelt, in lijn met de rechtspraak van het EHRM¹⁸⁰, 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. Kütte & M. Turvey, paragraaf 75.

173 EHRM 4 januari 2008, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006 *EHRC* 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, *EHRC* 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, *EHRC* 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, *EHRC* 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.¹⁸¹ 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 terughoudend¹⁸² en laat verdragsstaten een ruime ‘margin of appreciation’.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ Ook is de noodzakelijkheidstoets van het EHRM bij positieve verplichtingen van de staat minder streng.¹⁸⁵ Ten aanzien van de positieve materiele verplichtingen voortvloeiende uit een verdragsbepaling oordeelde het EHRM: “*the State is only required to take those measures which are reasonably available*”.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ De nationale regelgever heeft een grote mate van vrijheid om de hierboven genoemde belangen tegen elkaar af te wegen.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰

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.¹⁹¹ 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 artskeuze betekent dit het volgende. Indien het recht op vrije artskeuze 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.¹⁹² In het onderhavige geval is het recht op vrije artskeuze 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.¹⁹³ In het Nederlandse rechtstelsel geldt dit voor het recht op vrije artskeuze 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.¹⁹⁴ Indien en voor zover de zorgverzekeraar het recht op vrije artskeuze 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.¹⁹⁵ Indien sprake is van toezichts- en handhavingsfalen kan dit eveneens leiden tot overheidsaansprakelijkheid.¹⁹⁶

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 artskeuze 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 artskenkeuze moeten waarborgen, ook al is dat wellicht gedeeltelijk.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ Het voorgaande kan, indien wij dit toepassen op het recht van de patiënt op vrije artskenkeuze, betekenen dat, indien een zorgverzekeraar handelt in strijd met het recht van de verzekerde c.q. de patiënt op vrije artskenkeuze, zoals mogelijk voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM en artikel 13 lid 1 Zvw, zij door zowel de patiënt als zorgaanbieder¹⁹⁹ aansprakelijk kan worden gehouden voor de hierdoor ontstane schade.²⁰⁰ 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 artskenkeuze van de verzekerde c.q. patiënt.

6. Conclusie

Het recht op vrije artskenkeuze 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 artskenkeuze 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.²⁰¹

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

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

¹⁹⁸ 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.

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

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

²⁰¹ 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 beperken²⁰², 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.²⁰³

Indien we aannemen dat het recht op vrije artskenkeuze 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.²⁰⁴ In het Nederlandse zorgstelsel heeft de wetgever het recht op vrije artskenkeuze 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 artskenkeuze.

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

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.

