



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).

Hoofdstuk 6: het sociaal domein

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

Samenvatting

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

Publicatie

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

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

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

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

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

357 Steyger e.a. 2015.

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

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

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

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

betrokkene heeft willen waarborgen binnen het sociaal domein, in het geval de belanghebbende ondersteuning wil afnemen van een (niet-gecontracteerde) aanbieder naar voorkeur. De aanbieder³⁶² binnen het sociaal domein betreft de rechtspersoon of natuurlijke persoon die (jeugdhulp)voorzieningen levert.³⁶³ Wij onderzoeken deze vraag aan de hand van de mogelijkheden en beperkingen van het persoonsgebonden budget (pgb). Binnen de zorg is het pgb namelijk een belangrijk instrument voor het behoud van de eigen regie. Dit instrument is ingevoerd ter waarborging van het zelfbeschikkingsrecht van een betrokkene.³⁶⁴ Hierbij zullen wij onderzoeken of het gezondheidsrechtelijke hinderpaalcriterium, zoals voortvloeit uit artikel 13 lid 1 Zvw, eveneens op vergelijkbare wijze geldt binnen het sociaal domein en maken wij een vergelijking met de wijze waarop het zelfbeschikkingsrecht van verzekerden is gewaarborgd via de Zvw.³⁶⁵

1. Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein

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

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

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

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

364 ZonMw 2013, p. 119-120.

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

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

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

368 ZonMw 2013, p. 112 e.v.

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

370 Zie art. 7:446 lid 1 BW.

371 Zie art. 7:446 lid 2 BW.

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

Voor de beantwoording van de vraag of een inwoner op grond van het zelfbeschikkingsrecht binnen het sociaal domein zelf mag kiezen voor een niet door de gemeente gecontracteerde aanbieder is naar ons oordeel echter niet bepalend of een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt. Op grond van het zelfbeschikkingsrecht is met name de aard en zwaarte van de voorziening bepalend.³⁷⁶ Op basis van de Wmo 2015 en de Jeugdwet kan bijvoorbeeld een intensieve vorm van beschermd wonen³⁷⁷ of persoonlijke begeleiding³⁷⁸ worden geïndiceerd. Voor deze vorm van begeleiding wordt, vergelijkbaar als bij een geneeskundige behandeling, gevoelige informatie betreffende de gezondheid gedeeld met de aanbieder. Het vertrouwen van de betrokkene in de aanbieder van eigen keuze is in dat geval, op vergelijkbare wijze als in de arts-behandelrelatie, ook binnen het sociaal domein onontbeerlijk.

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

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

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

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

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

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

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

377 Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015.

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

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

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

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

Anders dan onder het stelsel van de Zvw³⁸³ ontstaat binnen het sociaal domein echter pas toegang tot zorgverlening nadat door het college van burgemeester en wethouders (hierna: 'het college') is vastgesteld dat de betrokkene daadwerkelijk is aangewezen op deze zorgverlening. In dat kader is in artikel 2.3.2 lid 4 Wmo 2015 en artikel 2.3 Jeugdwet een onderzoeksverplichting opgenomen voor het college. Als uitgangspunt geldt daarbij dat de zorgverlening in natura wordt geleverd.³⁸⁴ Dat roept de vraag op of het college, met het oog op het zelfbeschikkingsrecht, rekening dient te houden met de keuzevrijheid van een betrokkene om te kunnen kiezen voor een aanbieder van zijn voorkeur.

2.1 Het onderzoek door het college

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 De voorwaarden voor het verkrijgen van een pgb

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

2.2.1 Taken pgb

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

2.2.2 Motiveringsbeginsel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

399 Art. 2.3.6 lid 2 onder b Wmo 2015.

400 Art. 8.1.1 lid 2 onder b Jeugdwet.

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

2.2.3 Kwaliteit van de zorgverlening

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1 Een vergelijking met het hinderpaalcriterium

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 Het Zvw-pgb

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

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

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

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

⁴²⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34233, nr. 4.

⁴²⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34233, nr. 4.

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

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

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

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

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

3.3 Het wetsvoorstel Bevorderen contracteren

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

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

429 Art. 3.3.3 lid 1 Wlz.

430 *Stb.* 2016, 484.

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

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

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

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

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

4. Conclusie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

