



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel

Wallage, B.

Citation

Wallage, B. (2022, July 5). *Het recht op vrije artskeuze 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 9:

Actualiteiten

Actualiteiten bij hoofdstuk 4

De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 lid 1 Zvw de verplichting om voor zijn verzekerden de zorg uit het basispakket te leveren. De uitwerking van de verplichting zoals opgenomen in voornoemd artikel is afhankelijk van de soort polis waarvoor de verzekerde heeft gekozen. De verzekerde kan namelijk kiezen voor een natura- of een restitutieverzekering. Indien wordt gekozen voor een naturaverzekering heeft de verzekerde in beginsel keuze om de zorg af te nemen bij een door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder. De keuzevrijheid van de verzekerde is bij die keuze beperkt tot een keuze voor een gecontracteerde zorgaanbieder.

Bij een restitutieverzekering heeft de verzekerde daarentegen geen recht op zorg van een gecontracteerde aanbieder maar recht op een vergoeding van de nodige zorg onder het basispakket. Verzekerden met een restitutieverzekering hebben volledige vrije artskeuze, aangezien zij zich kunnen wenden tot een (niet-gecontracteerde) arts en/of (zorg)aanbieder naar keuze en de zorgverzekeraar vervolgens de volledige zorgkosten vergoedt.⁵⁸⁵

Uit hoofdstuk 4 van dit onderzoek volgt dat de Nederlandse wetgever het recht op vrije artskeuze ook (gedeeltelijk) heeft willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis. Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw dienen zorgverzekeraars namelijk ook een – niet nader gereguleerde bijdrage – te betalen indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dat roept natuurlijk de vraag op hoe hoog deze vergoeding dan dient te zijn.

Uit de rechtspraak volgt dat de vergoeding op grond van artikel 13 lid 1 Zvw, hetgeen een uitwerking betreft van het recht op vrije artskeuze, niet zo laag mag zijn dat daarmee de keuzevrijheid van de verzekerde wordt belemmerd om te kunnen kiezen voor een niet-gecontracteerde aanbieder.⁵⁸⁶ Dit wordt aangeduid als het hinderpaalcriterium. Zoals volgt uit dit onderzoek bestaat in de rechtspraak onduidelijkheid over de invulling van het hinderpaalcriterium.

Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM – en het daarin verankerde recht op vrije artskeuze – bestaat er naar mijn oordeel geen verplichting voor de Staat om ook voor verzekerden met een naturapolis de zorgkosten volledig te laten vergoeden, indien en voor zover deze verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Een dergelijke inbreuk valt met het oog op de belangen van de Staat – in het bijzonder met het oog op de (financiële) houdbaarheid van het stelsel van de gezondheidszorg

⁵⁸⁵ Zie ook: CbB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370 AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.
⁵⁸⁶ HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, GJ 2014/121 m.nt. J.J. Rijken.

– te rechtvaardigen. Met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM en de positieve verplichting van de Staat voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM is het in dat geval wel van belang dat de inbreuk, de rechtvaardiging op die inbreuk en de afweging die in dat kader is gemaakt, zorgvuldig is uitgewerkt in het nationaal wettelijk stelsel en bovenal duidelijkheid bestaat voor de betrokkene op welke wijze de voornoemde afweging is gemaakt.

Met betrekking tot artikel 13 lid 1 Zvw ontbreekt die duidelijkheid in de rechtspraak grotendeels, nu voor de verzekerde met een naturaverzekering onduidelijk is welke vergoeding kan worden verkregen indien en voor zover hij zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Alleen duidelijk is dat de hoogte van die vergoeding de keuzevrijheid van de verzekerde niet mag belemmeren. Om die reden kan artikel 13 lid 1 Zvw de grondrechtelijke toets van artikel 8 EVRM niet doorstaan. Hieronder zal ik een aantal actualiteiten beschrijven die zich hebben voorgedaan na de publicatie van de bijdrage die in dit proefschrift hoofdstuk 4 vormt.

Zoals reeds voorzien in voornoemde bijdrage heeft ook het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 niet voor de gewenste duidelijkheid gezorgd.⁵⁸⁷ Zoals eveneens voorzien in voornoemde bijdrage is de verwachting uitgekomen dat in de rechtspraak zou worden geoordeeld dat dit arrest zo dient te worden uitgelegd dat het is toegestaan voor zorgverzekeraars om voor verzekerden met een naturapolis een generieke korting van 25 tot 30% toe te passen ten opzichte van het gemiddeld gecontracteerde tarief, indien en voor zover zij zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder wenden.⁵⁸⁸

Door de Hoge Raad wordt in het arrest van 7 juni 2019 geoordeeld dat de beoordeling van het hinderpaalcriterium – in het bijzonder de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal – slechts kan worden bepaald ‘aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa’. In de beleidsregels van de NZa staat echter dat een generieke korting van 25 tot 30% is toegestaan op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.⁵⁸⁹ De NZa baseert zich daarbij echter op een onjuiste uitleg van het arrest CZ/Momentum, waarin niet is geoordeeld dat een generieke korting is toegestaan.⁵⁹⁰ In dit arrest stond tussen partijen niet ter discussie dat bij een vergoeding van 25 tot 30% van het gemiddeld gecontracteerde tarief in die casus geen sprake zou zijn van een feitelijke hinderpaal. Door de Hoge Raad is die stelling inhoudelijk niet beoordeeld. Daarmee is de cirkelredenering weliswaar rond maar is met de uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019 en de hiernavolgende rechtspraak nog geen duidelijkheid verkregen voor de rechtspraak. Dit volgt ook uit de rechtspraak die hierna is verschenen, waarin door verschillende gerechtshoven artikel 13 lid 1 Zvw weer op verschillende manieren wordt uitgelegd. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde namelijk bij arresten van 6 oktober 2020 dat een generiek

587 HR 7 juni 2019, ECLI:N:HR:2019:853.

588 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

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

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

kortingspercentage van 25 tot 30% ten opzichte van het gemiddeld gecontracteerde tarief in strijd is met artikel 13 lid 1 Zvw.⁵⁹¹ Het hof overweegt daarbij dat zorgverzekeraars een vergoedingssystematiek zouden kunnen ontwikkelen waarbij rekening wordt gehouden met de zorgvorm/type en de daaraan gerelateerde zorgkosten.

Het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat het in procedures op grond van artikel 150 Rv aan de patiënt of zorgaanbieder is om te bewijzen dat – bij de te betalen vergoeding door de zorgverzekeraar – sprake is van een feitelijke hinderpaal.⁵⁹² Vervolgens sluit het hof zich aan in haar uitspraak bij de onjuiste redenering van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 september 2019.⁵⁹³ Door het hof wordt namelijk aangesloten bij de NZa-beleidsregels waarin in het kader van de generieke korting ten onrechte wordt verwezen naar het arrest *CZ/Momentum*. Opvallend daarbij is dat het hof de onduidelijkheid in de rechtspraak bevestigt maar het niet aan hem acht om hierin duidelijkheid te verschaffen: *“Het is niet aan de civiele rechter om daarin ambtshalve politieke of beleidsmatige keuzes te maken. Zo is pleitbaar dat wordt uitgegaan van gangbare uitgavenpatronen (met uitgaven aan vakantie en ontspanning e.d.). Maar evenzeer is pleitbaar dat wordt gerekend met een uitgavenpatroon op bijstandsniveau. Dit vraagt een politieke afweging, waarbij de civiele rechter zich terughoudend dient op te stellen”*. Het oordeel van het hof sluit daarbij aan bij de conclusies uit dit onderzoek, namelijk: ‘de wetgever is aan zet’.

In recente rechtspraak wordt daarnaast ook ingegaan op de vraag of artikel 13 lid 1 Zvw een uitwerking betreft van het recht op vrije artskeuze. Door het Gerechtshof Den Haag wordt deze vraag ontkennend beantwoord.⁵⁹⁴ Het hof overweegt dat het recht van iemand die ziek is om zich te kunnen wenden tot de arts naar eigen keuze weliswaar volgt uit artikel 11 van de Grondwet (en waarschijnlijk daarmee ook onder artikel 8 lid 1 EVRM is beschermd) maar dat dit niet betekent dat dit dan ook het recht inhoudt op een volledige vergoeding door de overheid of zorgverzekeraar van de kosten die door de zelf uitgekozen artsen in rekening worden gebracht bij de verzekerde. Het hof verwijst daarbij naar de conclusie van de advocaat-generaal van de Hoge Raad van 22 maart 2019,⁵⁹⁵ die door de Hoge Raad niet is gevolgd bij arrest van 7 juni 2019.⁵⁹⁶

Allereerst plaats ik de kanttekening dat met voornoemde onderscheid tussen de keuzevrijheid van de patiënt en de bekostiging van de te leveren zorg ook door het Gerechtshof Den Haag en de Advocaat-Generaal wordt aangenomen dat het keuzerecht van de patiënt op zichzelf gezien wel onderdeel uitmaakt van het grondwettelijk

591 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8030, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8031, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8028.

592 Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

593 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7106.

594 Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

595 PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266.

596 HR 7 juni 2019, ECLI:N:HR:2019:853

beschermde recht op vrije artsenukeuze. Dat betekent naar het oordeel van het hof echter niet dat ook de volledige kosten van de te leveren zorg dient te worden vergoed.

De Advocaat-Generaal baseert zich bij voornoemde analyse en het gemaakte onderscheid op de advisering van de Raad van State naar aanleiding van een wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 13 lid 1 Zvw.⁵⁹⁷ De Raad van State geeft aan dat er geen juridisch kader bestaat dat zich verzet tegen aanpassing van artikel 13 lid 1 Zvw, nu binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel het recht op vrije artsenukeuze volledig wordt gewaarborgd met een keuze voor een restitutiepolis. Naar mijn oordeel is die redenering van de Raad van State begrijpelijk met het oog op de toentertijd vigerende wetswijziging, die uiteindelijk in de Eerste Kamer is gestrand. Aangezien daardoor het huidige artikel 13 lid 1 Zvw nog steeds bestaat, en dit artikel wel degelijk wordt gezien als een uitwerking van het recht op artsenukeuze,⁵⁹⁸ is daarmee de beoordeling van de Advocaat-Generaal en het Gerechtshof Den Haag mijns inziens juridisch niet houdbaar.

Ook op inhoudelijke gronden is voornoemde beoordeling vanuit een juridisch perspectief niet logisch. Indien bij een verzekerde met een naturapolis namelijk de wens bestaat om zorg af te nemen van een door de zorgverzekeraar niet-gecontracteerde aanbieder en bij een dergelijke keuze geen enkele vergoeding wordt verkregen van de zorgverzekeraar voor de te leveren zorg, betekent dit veelal dat de verzekerde een dergelijke keuze niet kan maken. Dit is alleen anders indien de verzekerde de zorg zelfstandig kan bekostigen. De keuzevrijheid van de verzekerde komt daarmee, indien in het geheel geen vergoeding wordt verkregen bij een keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder, veelal in het geding. Los van het gegeven dat mede om die reden artikel 13 lid 1 Zvw onderdeel is gemaakt van het wettelijk stelsel, ligt het daarmee naar mijn oordeel voor de hand dat artikel 13 lid 1 Zvw wel degelijk een uitwerking betreft van het recht op vrije artsenukeuze. Het voorgaande betekent overigens ook naar mijn oordeel niet dat het recht op vrije artsenukeuze betekent dat alle kosten van de verzekerde bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder dienen te worden vergoed.

Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM en de positieve verplichting van de Staat voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM is de uitwerking van het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel allereerst een afweging die door de nationale wetgever dient te worden gemaakt. Op dit moment maakt artikel 13 lid 1 Zvw onderdeel uit van die uitwerking, evenals de bedoeling van de wetgever – dat de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg aan verzekerden met een naturapolis de keuzevrijheid van deze verzekerden niet mag belemmeren. Aangezien

⁵⁹⁷ *Kamerstukken I 2014/15, 33362, D, p. 10-12*

⁵⁹⁸ Althans dit is zoals de Hoge Raad de parlementaire geschiedenis uitlegt in het arrest van 11 juli 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1646). In dit arrest overweegt de Hoge Raad: “Voor deze afweging is, naast enerzijds de wens om de kosten van de zorg te beheersen en anderzijds de (vermeende) gevolgen die uit het Unierecht voortvloeien, mede van belang geweest de wens om de vrije artsenukeuze ook bij een naturapolis in bepaalde mate te waarborgen”.

in de rechtspraak onduidelijk is wat dit precies betekent voor de verzekerde met een naturapolis, is en blijft naar mijn oordeel met het oog op artikel 8 EVRM primair de wetgever aan zet om voor duidelijkheid in de rechtspraak te zorgen.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Dit sluit aan bij Concl. B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2022:75 van 28 januari 2022. Hierin wordt geconcludeerd: “*Tegen deze achtergrond is er iets voor te zeggen dat de wetgever het initiatief voor het vinden van een oplossing aan zich zou trekken*” (r.o. 6.2).

