



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 10:

Conclusies en aanbevelingen

10.1 Introductie

Dit proefschrift bevat de bevindingen van het onderzoek naar de centrale onderzoeksvraag of het recht op vrije artsenkeuze onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie en in dat geval wat hiervan de gevolgen zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel. Dit onderzoek is uitgevoerd in de periode van januari 2017 tot en met december 2021.

Het recht op vrije artsenkeuze is in de 20^e eeuw bovenal afgedwongen door de artsen die daarmee probeerden te voorkomen dat zij met elkaar moesten concurreren om een contract van het ziekenfonds. Alhoewel met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet dit uitgangspunt is verlaten, aangezien vanaf dat moment concurrentie in de gezondheidszorg tussen aanbieders namelijk de bedoeling is, is het recht op vrije artsenkeuze in de afgelopen tientallen jaren juridisch van kleur verschoten. In het huidige gezondheidsstelsel is het recht op vrije artsenkeuze niet geïnitieerd door de artsen en/of overige zorgaanbieders in de gezondheidszorg maar wordt dit primair gezien als individueel recht van de patiënt. Dat kan anno 2022 overigens wel worden genuanceerd nu in procedures omtrent bijvoorbeeld artikel 13 lid 1 Zvw het vooral de zorgaanbieders zijn die procederen en niet de patiënten.⁶⁰⁰ Naar mijn oordeel is dit te verklaren omdat zorgaanbieders in het huidige stelsel – net zoals in de twintigste eeuw – ook een financieel belang kunnen hebben bij het recht op vrije artsenkeuze, te meer als zorg is geleverd door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Naar mijn oordeel blijft echter ook in de rechtsverhouding tussen zorgverzekeraar, zorgaanbieder en verzekerde het recht op vrije artsenkeuze vooral een keuzerecht van de patiënt. Ik wijs in dit verband ook op de rechtspraak van het College voor Beroep op het bedrijfsleven (hierna: 'CBB'), waaruit volgt dat de regels zoals opgenomen in de Zvw primair de rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en verzekerde reguleert maar daarmee ook wordt beoogd voorwaarden te scheppen voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg.⁶⁰¹ Het CBB oordeelt: *“De in de daarmee ontstane driehoeksverhouding verzekerde-zorgaanbieder-zorgverzekeraar verbonden relaties zijn zo nauw met elkaar verweven dat een beroep op artikel 13, eerste lid, Zvw voor elk van de drie partijen moet openstaan”*.

Met de ontwikkeling van het recht op vrije artsenkeuze van artsenbelang naar individueel keuzerecht van de patiënt, is het onderzoek gestart vanuit de hypothese dat

⁶⁰⁰ Zie bijvoorbeeld de recente uitspraken: Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:828 en Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:548.

⁶⁰¹ Zie bijvoorbeeld: CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage.

het recht op vrije artskenkeuze daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie, namelijk voortvloeit uit het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Deze onderzoeksvraag staat centraal in dit onderzoek en wordt uitgewerkt in deel A van dit onderzoek. Het tweede doel van dit onderzoek is om, uitgaande van de juistheid van deze hypothese, te onderzoeken wat de gevolgen van het recht op vrije artskenkeuze als onderdeel van de Nederlandse constitutie zijn voor het Nederlandse gezondheidsstelsel. De onderzoeksresultaten van dit deel van het onderzoek zijn uitgewerkt in deel B.

In deel C wordt tot slot onderzocht wat het recht op vrije artskenkeuze betekent voor personen die gedwongen zorg krijgen opgelegd, om ernstig nadeel te voorkomen. Het recht op zelfbeschikking en vrije artskenkeuze knelt bij dit onderwerp omdat bij deze patiënten noodzakelijkerwijs inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht, aangezien tegen de wil van deze personen in (zonder informed consent) zorg wordt opgelegd maar dit nog niets zegt over door wie deze zorg wordt geleverd. De vraag die centraal staat tijdens dit deel van het onderzoek is of deze personen, in een situatie van gedwongen zorg, wel het recht hebben om te kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze. In dit hoofdstuk vat ik de belangrijkste conclusie van mijn onderzoek samen, formuleer ik aanbevelingen en rond ik af met een slotbeschouwing.

10.2 Het belang van het recht op vrije artskenkeuze

Het zelfbeschikkingsrecht binnen de gezondheidszorg geldt als één van de belangrijkste rechtsbeginselen en vanwege het juridische feit dat het recht op vrije artskenkeuze in ieder geval als een afgeleide kan worden beschouwd van het zelfbeschikkingsrecht, vormt ook dit laatste recht een fundamenteel gezondheidsrechtelijk rechtsprincipe. Daarover het volgende.

Door een patiënt wordt in het kader van onder andere een (medische) behandeling zeer gevoelige medische informatie gedeeld met de arts en/of zorgaanbieder. Indien een patiënt geen vertrouwen heeft in de arts en daardoor bijvoorbeeld de noodzakelijke zorg niet afneemt heeft dit allereerst gevolgen voor de patiënt zelf. Die ontvangt in dat geval namelijk niet de nodige behandeling. Dit kan ook effecten hebben voor de omgeving van een patiënt. Denk aan een patiënt die veel ondersteuning behoeft van zijn naasten, een besmettelijk ziekte heeft of van wie de gezondheid anderszins gevolgen heeft voor zijn omgeving. Op collectief niveau betekent het voorgaande echter dat ook de toegang tot de gezondheidszorg in het geding komt en risico's ontstaan voor de volksgezondheid. Het risico ontstaat namelijk op collectief niveau dat personen zich niet laten behandelen. Er is daarmee een groot maatschappelijk belang om de patiënt die vormen van hulpverlening nodig heeft (onder één van de stelselwetten), te kunnen laten kiezen voor een hulpverlener waar die betrokkene vertrouwen in heeft om zodoende ook langs deze weg de toegang tot de gezondheidszorg te waarborgen. Het voorgaande roept de vraag op of het recht op vrije artskenkeuze ook mensenrechtelijk is beschermd, maakt dit recht onderdeel uit van de Nederlandse constitutie?

Conclusies - Deel A

Hoofdstuk 2. Vrije artskeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?

Uit het eerste deel van dit onderzoek volgt dat er verschillende juridische aanknopingspunten bestaan op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat het recht op vrije artskeuze ook grondwettelijk is beschermd en daarmee onderdeel uitmaakt van de Nederlandse constitutie. In het bijzonder vloeit het recht op vrije artskeuze voort uit het zelfbeschikkingsrecht, dat weer ligt besloten in de artikelen 8 lid 1 EVRM en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De Nederlandse staat heeft op grond van artikel 8 lid 1 EVRM de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die onderdeel uitmaken van dit artikel worden nageleefd. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM is het de staat echter toegestaan om deze rechten ook te beperken, bijvoorbeeld in het belang van het economische welzijn van het land of de bescherming van de gezondheid. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM kan een inbreuk alleen zijn gerechtvaardigd indien de inbreuk in het nationale recht is voorzien. De afweging of een recht zoals voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM op grond van lid 2 dient te worden beperkt is een afweging die primair de nationale autoriteiten toekomt. Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM betekent dit echter wel dat deze autoriteiten de verplichting hebben om voornoemde afweging te maken in het nationale stelsel. Indien voornoemd wettelijk kader in het geheel ontbreekt en over de voornoemde afweging in het geheel niet is nagedacht, kan dit betekenen dat sprake is van een schending van artikel 8 lid 1 EVRM.

Daarbij wordt opgemerkt dat bij de beoordeling of sprake is van een schending van artikel 8 EVRM een onderscheid kan worden gemaakt tussen negatieve en positieve verplichtingen van de staat.⁶⁰² Alwaar bij een negatieve verplichting dient te worden beoordeeld of sprake is van een rechtvaardiging op grond van artikel 8 lid 2 EVRM, wordt bij een positieve verplichting de zogenoemde 'fair balance' toets toegepast.⁶⁰³ Alhoewel het onderscheid tussen een negatieve en positieve verplichting niet altijd goed is te maken⁶⁰⁴, toetst het EHRM minder streng alwaar het gaat om de beoordeling of een positieve verplichting is geschonden.⁶⁰⁵ Aangezien in veel uitspraken het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen niet goed kan worden gemaakt geldt in die zaken eenzelfde beoordelingskader: *"In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin*

602 Zie bijvoorbeeld: EHRM 11 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD002919295, AB 2001/117, m.nt. L.F.M. Verhey (*Ciliz/Nederland*).

603 Lawson, *NJCM-Bull.* 1995, p. 749.

604 Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94 (*Gül/Zwitserland*) en EHRM 26 april 2007, nr. 16351/03 (*Konstatinov/Nederland*).

605 Zie bijvoorbeeld: EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08 (*A.A./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 3 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, EHRC 2012/39, m.nt. M.A.K. Klaassen (*Arvelo Aponte/Nederland*).

of appreciation”.⁶⁰⁶ In het kader van het recht op vrije artskeuze is het aannemelijk dat de staat een grote mate van ‘margin of appreciation’ toekomt bij de inrichting van het stelsel van de gezondheidszorg gezien de financiële houdbaarheid van dat stelsel. Op grond van de positieve verplichtingen van de staat betekent dit wel dat de uiteindelijk gemaakte afweging dient te zijn voorzien in het nationaal wettelijk kader.

Overigens wordt daarnaast opgemerkt dat de overheid op grond van artikel 8 EVRM ook de verplichting heeft om toezicht te houden en actief te handhaven, indien en voor zover een van de beschermde rechten in het geding komt.⁶⁰⁷ In dat kader is vooral artikel 8 lid 2 EVRM van belang. De in dit lid genoemde belangen – waaronder het economisch welzijn van een land – worden namelijk afgewogen tegen de in lid 1 beschermde individuele belangen.⁶⁰⁸ Bij die beoordeling is de ‘fair balance’ toets het afwegingskader.⁶⁰⁹ Voor de gezondheidszorg betekent dit zelfs dat de overheid in uitzonderlijke gevallen zorg dient te bekostigen, terwijl dit primair niet was voorzien.⁶¹⁰

Aanbeveling 1

Op grond van deel A van dit onderzoek valt te concluderen dat het recht op vrije artskeuze onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht, dat onder andere voortvloeit uit artikel 8 lid 1 EVRM. Het voorgaande betekent dat lidstaten in dat geval tevens de positieve verplichting hebben om te voorzien in een nationaal stelsel waarin de grondrechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM worden gewaarborgd. Voor de wetgever betekent dit dat bij de uitwerking van het nationale gezondheidsstelsel rekening dient te worden gehouden met het zelfbeschikkingsrecht en het daaruit voortvloeiende recht op vrije artskeuze. De wetgever dient zodoende bij de uitwerking van het stelsel – in die gevallen alwaar de keuzevrijheid van de betrokkene potentieel wordt belemmerd – een afweging te maken (op grond van artikel 8 lid 2 EVRM) – of die belemmering te rechtvaardigen valt. Een aanbeveling aan de wetgever is dan ook om bij stelselwijzigingen of aanpassingen van de zorgspecifieke wet- en regelgeving die momenteel het gezondheidsstelsel vormgeven op een actieve wijze rekening te houden met dit specifieke grondrecht.

606 EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94.

607 Bolt & Ceulen, *Gst.* 2016/4.

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

609 Zie bijvoorbeeld: EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton/Verenigd Koninkrijk*).

610 Barkhuysen & Emmerik 2011, p. 90 en EHRM 12 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, *AB* 2003/437 m.nt. B.C. van Beers (*Kuck/Duitsland*).

Conclusies – Deel B

Hoofdstuk 3. Afbakeningsgeschillen in de gezondheidszorg: ‘van het kastje naar de muur?’

In het kader van de probleemstelling is vervolgens in het eerste artikel, dat onderdeel uitmaakt van deel B van het onderzoek, het antwoord op de vraag uitgewerkt wat de belangrijkste stelselwetten zijn en wat daarin is geregeld.

Uit dit onderdeel van het onderzoek volgt dat het Nederlandse gezondheidsstelsel voor wat betreft de zorgaanspraken bestaat uit de Zvw, Wlz, Jeugdwet en Wmo 2015 (deze laatste wetten tezamen vormen ‘het sociaal domein’). Vervolgens is een vergelijking gemaakt tussen deze stelselwetten en is geconcludeerd dat er overlap zit in zorgaanspraken in de stelselwetten, maar dat er ook verschillen zijn.

Binnen het gezondheidsstelsel zijn er verschillende soorten zorginkopende organisaties: de zorgverzekeraar onder de Zvw, het zorgkantoor onder de Wlz en het college van burgemeester en wethouders (‘het college’) binnen het sociaal domein. Deze organisaties hebben de wettelijke opdracht meegekregen om de doelmatigheid van de zorg te waarborgen door middel van het maken van contractafspraken met zorgaanbieders. Gezien deze wettelijke opdracht en het gegeven dat het stelsel in de diverse deelsectoren financieel zwaar onder druk is komen te staan leidt dit in de praktijk tot een stelsel waarbij de zorginkopende organisaties betrokkenen met een zorgbehoefte afhouden en voor wat betreft de inzet van hulpverlening naar elkaar verwijzen. Dit leidt ertoe dat de betrokkene in gevallen wordt verwezen van het spreekwoordelijke ‘kastje naar de muur’. Het gaat daarbij niet alleen om stelseloverstijgende verwijzingen, ook gemeenten verwijzen betrokkenen bijvoorbeeld naar elkaar door voor de bekostiging van nodige hulpverlening.⁶¹¹

Daarbij is opvallend dat op grond van de Zvw de zorgprofessional (bijvoorbeeld de wijkverpleegkundige) bevoegd is om de aard en omvang van de zorg te bepalen. Binnen het sociaal domein is dat niet de zorgprofessional maar het college van burgemeester en wethouders, waardoor het ‘verwijsgedrag’ vooral binnen dit domein ontstaat. De indicatiesteller – in dit geval het college – heeft namelijk een financieel belang om de zorg niet te willen indiceren en in dat kader door te verwijzen.

Op grond van de Wlz is het indiceren voorbehouden aan een onafhankelijk indicatieorgaan, namelijk het CIZ. Met deze verschillen in de indicatiestelling, het bepalen van de aard en omvang van de zorg, is het gezondheidsstelsel niet in evenwicht. Dit geldt te meer nu binnen het sociaal domein grote financiële tekorten zijn ontstaan en gemeenten een financieel belang hebben om de kosten in het sociaal domein – voor zover mogelijk – te beperken.

611 Daarbij gaat het vooral om discussies omtrent het woonplaatsbeginsel in de zin van de Jeugdwet. Gemeenten leggen dergelijke verschillen bijvoorbeeld voor aan de Geschillencommissie Sociaal Domein: <https://www.geschillencommissiesociaaldomein.nl/bestanden/type/adviezen/>.

Met de huidige rechtspraak komt ook de keuzevrijheid van de betrokkene in het geding, aangezien – bij doorverwijsgedrag van een zorginkopende organisatie – niet de nodige hulpverlening wordt verkregen, laat staan dat de betrokkene dan kan kiezen voor een hulpverlener naar keuze.

Aanbeveling 2

Een aanbeveling aan de wetgever is om bij een aankomende wetwijziging het CIZ te positioneren als escalatieorgaan. De stelselwetten zouden alsdan zo kunnen worden ingericht dat het CIZ – als onafhankelijk indicatieorgaan – bij onduidelijkheden over de afbakening van een stelselwet, in het bijzonder binnen het sociaal domein, bij wijze van escalatieorgaan bindend zou kunnen adviseren. Op die manier kan voor een betrokkene die hulpverlening nodig heeft snel duidelijkheid worden verkregen onder welke stelselwet de hulpverlening dient te worden ingezet en welke zorginkopende organisatie daarvoor verantwoordelijk is. In de uitwerking van deze aanbeveling door de wetgever zou ook het zorginstituut kunnen worden betrokken.

Hoofdstuk 4. De Staat waarborgt het recht op vrije artsenkeuze onvoldoende

In hoofdstuk 4 zijn de gevolgen van het recht op vrije artsenkeuze onderzocht op allereerst de Zvw. Uit dit hoofdstuk volgt dat de nationale autoriteiten – in het bijzonder de wetgever – met het huidige artikel 13 lid 1 Zvw haar positieve verplichting schendt om het recht op vrije artsenkeuze af te wegen en te verdisconteren in het nationale recht.

Daarbij wordt geconstateerd dat artikel 13 lid 1 Zvw momenteel beperkt tegemoetkomt aan de wens van zorgverzekeraars – en de wetgever – om de doelmatigheid van de zorg te kunnen reguleren door middel van het contracteren door de zorgverzekeraars met zorgaanbieders en het in het bijzonder het overeenkomen van budgetplafonds. Dat leidt ertoe dat artikel 13 lid 1 Zvw regelmatig onderwerp is van parlementaire discussies.⁶¹²

Aangezien deze discussies niet hebben geleid tot aanpassing van voornoemd artikel blijft de stand van de rechtspraak tot op heden dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis zwaarder weegt, dan het voornoemde belang van de staat en zorgverzekeraars – inhoudende het algemeen belang van een financieel houdbaar gezondheidsstelsel. Aan de andere kant is het keuzerecht van de verzekerde met een naturapolis vooral een theoretisch recht, nu in de rechtspraak door zorgverzekeraars op onrechtmatige gronden de keuzevrijheid van een verzekerde veelal wordt beperkt door een generieke korting te hanteren. Uit dit onderzoek blijkt namelijk dat alle zorgverzekeraars indien een naturaverzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder een generieke korting toepassen van circa 25% ten opzichte van het marktconforme tarief.

⁶¹² Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 362, nr. 2 en *Kamerstukken II* 2019/20, 31765, nr. 480.

De hierboven beschreven onduidelijkheid die is ontstaan in de rechtspraak – met als gevolg dat de keuzevrijheid van naturaverzekerden op onrechtmatige gronden wordt beperkt – is bovenal de wetgever te verwijten, aangezien artikel 13 lid 1 Zvw geen invulling geeft aan de hoogte van de vergoeding die zorgverzekeraars dienen te vergoeden indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder.

Gezien het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de staat handelt in strijd met haar positieve verplichting om op grond van artikel 8 EVRM te voorzien in een grondwettelijke afweging. Of de huidige rechtspraak daarmee eveneens in strijd is met artikel 13 lid 1 Zvw is onduidelijk; dat is nou net het grondwettelijke hiaat.

Aanbeveling 3

Aangezien het op grond van artikel 8 EVRM aan wetgever – van de verdragslidstaten – is om de afweging tussen enerzijds de keuzevrijheid van de verzekerde en anderzijds de financiële houdbaarheid van het gezondheidsstelsel tegen elkaar af te wegen beveel ik aan dat de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw door de wetgever wordt geconcretiseerd. Daarbij wordt in het onderzoek uitgegaan van de huidige stand van de rechtspraak. Het is in dat kader aan te bevelen dat de wetgever in lijn met de huidige uitleg van artikel 13 lid 1 Zvw een generieke vuistregel opstelt en wettelijk verankert, op grond waarvan de verzekerde met een naturapolis bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder zelf een beperkt bedrag dient bij te dragen aan de behandeling. Deze beperkte bijdrage mag de keuzevrijheid van de verzekerde niet beperken en anderzijds stimuleert die bijdrage verzekerden met een naturapolis wel om zich te wenden tot een gecontracteerde aanbieder. Artikel 13 lid 1 Zvw zou in dat kader bijvoorbeeld als volgt kunnen worden gewijzigd:

“Indien een verzekerde krachtens zijn zorgverzekering een bepaalde vorm van zorg of een andere dienst dient te betrekken van een aanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een overeenkomst over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs heeft gesloten of van een aanbieder die bij zijn zorgverzekeraar in dienst is, en hij deze zorg of andere dienst desalniettemin betreft van een andere aanbieder, heeft hij recht op een vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten die gelijk is aan de hoogte van de vergoeding die door de zorgverzekeraar zou zijn betaald aan de aanbieder met wie een overeenkomst is afgesloten”.

Aan artikel 13 zou dan het volgende tweede lid kunnen worden toegevoegd:

“Het is de zorgverzekeraar toegestaan om – in afwijking van lid 1 van dit artikel – een lagere vergoeding te betalen aan de verzekerde, indien en voor zover deze afwijking beperkt blijft tot maximaal een bedrag van EUR <...>”.

De hoogte van de generieke korting die de zorgverzekeraars kan worden gehanteerd dient – in lijn met het huidige artikel 13 lid 1 Zvw en de afweging om het recht op vrije artskenkeuze ook te waarborgen voor verzekerden met een naturapolis – in dat geval beperkt te blijven.

Op voornoemde wijze kunnen beide belangen – de keuzevrijheid versus de betaalbaarheid van het gezondheidsstelsel – maximaal worden gewaarborgd. Voornoemd tweede lid sluit daarbij aan bij de huidige marktwerking binnen de Zvw. Zorgverzekeraars kunnen op grond van dit voorstel met elkaar concurreren. De zorgverzekeraar zou er namelijk ook voor kunnen kiezen om geen korting toe te passen ten opzichte van het gecontracteerde tarief.

Een dergelijke aanpassing van artikel 13 Zvw leidt tot meer duidelijkheid voor de rechtspraktijk, zodat ook de juridische vraag welke partij – de zorgverzekeraar of de zorgaanbieder – de verzekerde dient te informeren zoals beschreven in hoofdstuk 5 van dit proefschrift voor de rechtspraktijk minder problematisch zal zijn.

Hoofdstuk 6. Vrije aanbiederskeuze binnen het sociaal domein: een vergelijking met het hinderpaalcriterium

In hoofdstuk 6 zijn de gevolgen van het recht op vrije artskenkeuze onderzocht binnen het sociaal domein. Alwaar binnen de Zvw de keuzevrijheid van verzekerden is gewaarborgd door een keuze te kunnen maken voor een restitutiepolis en voor de verzekerde met een naturapolis met artikel 13 lid 1 Zvw, de mogelijkheid om zorg af te nemen van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, is dat binnen het sociaal domein anders geregeld. De betrokkene die de hulpverlening binnen het sociaal domein niet wenst af te nemen bij een door de gemeente gecontracteerde aanbieder kan de zorg namelijk zelf inkopen op grond van een pgb. Met het budget dat daarmee valt te besteden, kan de betrokkene zich ook wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. De keuzevrijheid van een inwoner om te kiezen voor een aanbieder naar keuze is binnen het sociaal domein daarom gewaarborgd met de mogelijkheid voor de betrokkene om de hulpverlening zelf in te kopen op grond van een pgb.

Het voorgaande roept de vraag op of het pgb – vergelijkbaar met het hinderpaalcriterium binnen de Zvw – de keuzevrijheid van de betrokkene dient te garanderen. In dat kader valt op dat het pgb op grond van de Jeugdwet en Wmo 2015 in beginsel dient aan te sluiten bij het door de gemeente gecontracteerde tarief – althans het college kan een pgb weigeren voor zover het aangevraagde pgb hoger is dan de kosten van de gecontracteerde voorziening. Vervolgens is onderzocht of het de gemeenteraad is toegestaan om in de verordening een korting aan te brengen op het pgb-tarief, ten opzichte van het gecontracteerde tarief. Uit de rechtspraak volgt dat dit in beginsel het geval is. Daarbij geldt de rechtsregel dat het pgb, ondanks de korting, de betrokkene redelijkerwijs in staat dient te stellen de ondersteuning te kunnen inkopen bij een zorgaanbieder naar keuze. In zoverre geldt binnen het sociaal domein een soortgelijke

rechtsregel als binnen de Zvw (artikel 13 lid 1 Zvw). Indien en voor zover een betrokkene zich wil wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder dient de hoogte van de vergoeding hoog genoeg te zijn, zodat door de betrokkene de zorg daadwerkelijk kan worden afgenomen. Indien dat niet het geval is komt de keuzevrijheid van de betrokkene in het geding.

Daarbij valt op dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis onder de Zvw – bij een keuze voor een niet-gecontracteerde aanbieder – niet alleen gewaarborgd is op grond van artikel 13 lid 1 Zvw. Verzekerden die behoefte hebben aan verpleging en verzorging die niet gepaard gaat met verblijf in verband met geneeskundige zorg, heeft op grond van artikel 13a lid 1 Zvw ook de mogelijkheid om de zorg in te kopen op grond van een pgb. Opmerkelijk is dat met de introductie van het Zvw-rgb geen rekening is gehouden met de mogelijkheid voor verzekerden met een naturapolis om reeds zorg af te nemen bij een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Daarbij volgt uit de parlementaire geschiedenis van artikel 13a Zvw dat het Zvw-rgb vooral is ingevoerd om de verschillende stelselwetten binnen de gezondheidszorg op dit punt te harmoniseren. Binnen het sociaal domein en de Wlz heeft een betrokkene immers ook de keuze om de zorg zelf in te kopen op basis van een pgb. Daarmee miskent de wetgever echter dat de verschillende stelselwetten in de gezondheidszorg de keuzevrijheid van een betrokkene op verschillende wijze waarborgen en de Zvw voor verzekerden met een naturapolis ook de mogelijkheid biedt om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Dat sprake is van andere stelselwetten volgt bijvoorbeeld ook uit het gegeven dat onder de Zvw een verzekerde is verzekerd bij een private ‘schadeverzekeraar’. In dat kader dient – anders dan onder het sociaal domein – een premie worden betaald. Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat de zorgverzekeraar een pgb mag weigeren, indien en voor zover de verzekerde een premieachterstand heeft.⁶¹³ Dat is een weigeringsgrond die niet zou passen binnen de andere stelselwetten.

Toch zijn er – zoals volgt uit dit onderzoek – ook overeenkomsten tussen de verschillende stelselwetten. Een belangrijke overeenkomst is dat de zorgverzekeraar en gemeente – als zorginkopende organisatie – ook de wettelijke taak heeft om de doelmatigheid van de zorg te waarborgen. In dat kader hebben zij de mogelijkheid om bij overeenkomst afspraken te maken met (zorg)aanbieders, zodat bijvoorbeeld afspraken kunnen worden gemaakt over de hoogte van de tarieven voor de te leveren zorg. In dat kader is opvallend dat het Zvw-rgb – in vergelijking met het sociaal domein – maar beperkt is gereguleerd en bijvoorbeeld geen rechtsregel kent waaruit volgt dat de hoogte van het Zvw-rgb tarief niet hoger kan zijn dan het gecontracteerde tarief.

⁶¹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4554.

Aanbeveling 4

De wetgever heeft ervoor gekozen om het pgb ook te introduceren onder de Zvw om het gezondheidsstelsel op dit punt te harmoniseren. Dat is enigszins bijzonder te noemen nu de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis onder de Zvw reeds is gewaarborgd op grond van artikel 13 lid 1 Zvw.

Het is aan te bevelen om de keuzevrijheid van de betrokkene binnen de gezondheidszorg op één manier te waarborgen en te reguleren, ter voorkoming van rechtsongelijkheid tussen de verschillende zorgstelselwetten. Te meer nu de afweging van de wetgever op grond van artikel 8 EVRM binnen de verschillende stelselwetten grotendeels gelijk is, namelijk de afweging tussen enerzijds het belang van de keuzevrijheid van de betrokkene en anderzijds de betaalbaarheid van het gezondheidsstelsel en de financiële houdbaarheid daarvan.

Indien en voor zover in dat kader gekeken wordt naar het pgb als instrument is alleen al aan te bevelen om de regulering van het pgb te harmoniseren binnen de verschillende stelselwetten. Hierbij valt te denken aan de reikwijdte van het pgb (voor welke voorzieningen kan het budget worden besteed), de hoogte van het pgb-tarief (hoe komen deze tarieven tot stand) en de wijze waarop de aard en omvang van het budget wordt vastgesteld. Te denken valt aan een stelsel waarbij het persoonsgebonden budget wordt verankerd in slechts één stelselwet en één partij verantwoordelijk wordt voor de verstrekking van het pgb. In dat laatste geval is een herziening van het gehele stelsel aan te bevelen, waarbij – ook gezien de conclusies uit hoofdstuk 3 – wordt toegewerkt naar een bredere harmonisatie van de verschillende stelselwetten, bijvoorbeeld met de introductie van één zorgbrede stelselwet.

Hoofdstuk 7. Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg

In hoofdstuk 7 zijn de gevolgen van het recht op vrije artsenkeuze onderzocht ten aanzien van de Wlz. Binnen de Wlz wordt de keuzevrijheid van de verzekerde om te kunnen kiezen voor een (niet-gecontracteerde) zorgaanbieder – vergelijkbaar als binnen het sociaal domein – gewaarborgd middels het pgb. Opmerkelijk is dat de keuzevrijheid van de verzekerde is beperkt en dat deze verzekerde het pgb niet kan inzetten voor de zorgverlening door een verblijfsinstelling. Het pgb is derhalve in reikwijdte beperkt en kan alleen worden ingezet indien en voor zover de zorg thuis kan worden georganiseerd. Uit de rechtspraak volgt in dat kader dat het pgb – voor het inrichten van de zorgverlening thuis – niet toereikend is en hoeft te zijn om de Wlz-zorg volledig in te regelen maar dat de cliënt ook gebruik moet kunnen maken van het eigen netwerk. Indien dat netwerk gedeeltelijk of in het geheel ontbreekt is het niet mogelijk om de nodige zorgverlening middels een pgb in te kopen en is de verzekerde daarom beperkt in zijn keuze voor een door het zorgkantoor gecontracteerde zorgaanbieder.

Interessant is dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis heeft aangekondigd een pilot te verrichten waarbij zorgkantoren maatwerkcontracten zouden sluiten met niet-gecontracteerde zorgaanbieders, indien en voor zover de verzekerde zich zou willen wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Deze pilot heeft tot op heden niet plaatsgevonden. Een dergelijke ‘contracteerverplichting’ lijkt op de verplichting zoals die bestond voor de inwerkingtreding van de Zvw maar is toch anders. Met een maatwerkovereenkomst wordt immers niet gecontracteerd voor een specifiek te leveren product maar wordt gecontracteerd voor de hulpverlening aan een specifieke cliënt. In dat kader zou voor wat betreft het product en tarief kunnen worden aangesloten bij het pgb.

Geconcludeerd wordt dat de afweging door de wetgever of de keuzevrijheid van de cliënt – voortvloeiende uit het zelfbeschikkingsrecht – dient te worden beperkt met het oog op de financiële houdbaarheid van het stelsel van de gezondheidszorg per stelselwet anders is gemaakt. Alhoewel dat in beginsel zou kunnen, het gaat om andere wetten waarin andere vormen van zorg centraal staan, is dit verschil naar mijn oordeel merkwaardig en valt de vergaande beperking van de keuzevrijheid van een cliënt binnen de Wlz om te kunnen kiezen voor een verblijfsinstelling naar keuze naar mijn oordeel nauwelijks te rechtvaardigen en wel om de volgende redenen.

Binnen de verschillende stelselwetten die onderdeel uitmaken van het Nederlandse gezondheidsstelsel, te weten de Zvw, Wlz, Jeugdwet en Wmo 2015 staan twee argumenten centraal die de wetgever gebruikt ter rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt, te weten 1) het belang van selectieve zorginkoop om zodoende – ook via het contract – de doelmatigheid van de zorgverlening door de zorginkopende organisatie te kunnen waarborgen en 2) het belang van dit contract voor de zorginkopende organisatie om zodoende de kwaliteit van de zorgverlening te kunnen waarborgen.

Aangezien voornoemde argumenten onder de verschillende stelselwetten vergelijkbaar zijn, is het opmerkelijk dat door de wetgever per stelselwet toch een andere afweging is gemaakt en per stelselwet de keuzevrijheid van de cliënt op een andere wijze is gewaarborgd. Dat geldt te meer nu een groep Wlz-cliënten redelijk zelfstandig kan functioneren en het onderscheid tussen de Wlz, Wmo 2015 en Jeugdwet in gevallen beperkt is.

Zoals volgt uit hoofdstuk 6 zou het gebrek aan harmonisatie – en de door de wetgever zonder enige motivering gemaakte onderscheid – met het oog op art. 8 lid 1 EVRM tot de conclusie kunnen leiden, dat de Nederlandse staat handelt in strijd met haar positieve verplichting om het recht op vrije artskeuze te waarborgen.

Aanbeveling 5

Aangezien de zorgvraag van de cliënt niet in stelselwetten valt op te knippen en er een grote overlap zit tussen de verschillende stelselwetten, dient de keuzevrijheid van de

cliënt te worden geharmoniseerd (zie ook aanbeveling 4). Gezien de in dit hoofdstuk van het onderzoek beschreven grote voordelen van de maatwerkovereenkomst ten opzichte van het pgb beveel ik aan om bij wijze van pilot te onderzoeken of de maatwerkovereenkomst in dat kader centraal kan staan in de uitwerking van de bescherming van de keuzevrijheid van de cliënt op basis van het zelfbeschikkingsrecht.

Conclusies - Deel C

Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: 'kiezen zonder keuze'?

Indien en voor zover het noodzakelijk is om gedwongen zorg in te zetten op grond van de Wvggz of Wzd is het onontkoombaar dat in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, inhoudende het negatieve keuzerecht. In dat geval zal de patiënt immers worden behandeld zonder dat daarvoor toestemming is gegeven. Een dergelijke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht is gerechtvaardigd indien dit bijvoorbeeld nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel van de patiënt. Sterker nog, op grond van andere grondwettelijke bepalingen is de Staat zelfs verplicht om in die gevallen in te grijpen.

Bij de vraag of een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht gerechtvaardigd is, is ook van belang of de inbreuk proportioneel en subsidiair is. In dat kader is – bij de inzet van gedwongen zorg – essentieel dat zo min mogelijk inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de beoordeling of de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht bij de inzet van gedwongen zorg is gerechtvaardigd ook dient te worden gekeken naar het positieve keuzerecht van de patiënt; is de patiënt in de gelegenheid gesteld om zijn wensen en voorkeuren kenbaar te maken met betrekking tot de inzet van de gedwongen zorg?

Uit deel C van het onderzoek volgt de conclusie dat de keuzevrijheid van de patiënt (het positieve keuzerecht) onder de Wvggz beter is gewaarborgd, dan onder de Wzd. Op grond van de Wvggz dienen de wensen en voorkeuren van de patiënt – bij alle vormen van gedwongen zorg – in beginsel te worden gehonoreerd. Dat sluit aan bij het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Onder de Wzd is dat anders en wordt slechts – voor zover mogelijk – rekening gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het is aan de zorgverantwoordelijke om dat te beoordelen en mee te wegen in het zorgplan.

Opvallend is dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis van de Wzd voor zover het gaat om de keuzevrijheid van de patiënt dit ook niet relateert aan het zelfbeschikkingsrecht.

In het algemeen concludeer ik dat bij de inzet van gedwongen zorg – indien dit noodzakelijk is – de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt is gerechtvaardigd. Met het oog op het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel dient die inbreuk echter wel – voor zover mogelijk – te worden beperkt. In dat kader dient ook

rekening te worden gehouden met het positieve keuzerecht van de patiënt dat eveneens onderdeel uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht. Dat inbreuk wordt gemaakt op het negatief keuzerecht van de patiënt, wil niet zeggen dat het positief keuzerecht van de patiënt niet kan worden gewaarborgd.

Het onderscheid tussen de waarborging van het positief keuzerecht van de patiënt tussen de Wvggz enerzijds en de Wzd anderzijds, is inhoudelijk – op grond van de wetsgeschiedenis van beide wetten – niet goed te volgen. Ook op materiële gronden – de verschillen tussen de doelgroepen die centraal staan in beide wetten – is het onderscheid niet goed te volgen. Dat komt mede omdat het verschil in problematiek van personen met een ernstige psychische stoornis of personen met een verstandelijke beperking steeds minder duidelijk is, ook omdat mensen met een verstandelijke beperking bijvoorbeeld psychische problematiek kunnen hebben. Daarbij komt dat het ook onjuist is dat iedere persoon met een verstandelijke beperking geen eigen keuze zou kunnen maken voor een arts en/of hulpverlener. Naar mijn oordeel zou derhalve ook onder de Wzd maximaal rekening moeten worden gehouden met de wensen van de patiënt ter voorkoming van een ongerechtvaardigde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Daarbij is het resultaat van het hebben van twee wetten binnen de gedwongen zorg – evenzo als bij de zorgspecifieke wetten die centraal staan in deel B van dit onderzoek – dat cliënten tussen ‘wal en schip’ geraken omdat de wetgeving niet aansluit op de rechtspraktijk.⁶¹⁴

Aanbeveling 6

In het kader van de wetsevaluatie van de Wvggz en Wzd adviseer ik de wijze waarop het zelfbeschikkingsrecht (zowel het negatieve als positieve keuzerecht) is uitgewerkt te evalueren op basis van de conclusies zoals volgen uit deel C van dit onderzoek. Het huidige onderscheid tussen de Wvggz en Wzd met betrekking tot het positieve keuzerecht van de patiënt is in dat kader naar mijn oordeel niet houdbaar.

Op grond van de rechtspraak van het ERHM kan slechts gedwongen zorg worden opgelegd indien en voor zover daarbij – voor zover dat mogelijk is – rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Alwaar dit laatste recht duidelijk in de Wvggz is verankerd en uitgewerkt, ontbreekt dit gedeeltelijk in de Wzd. Het gevolg hiervan is dat in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Een inbreuk die in dat geval niet kan worden gerechtvaardigd.

De aanbeveling richt zich derhalve op de wetgever om in dat kader de Wzd te wijzigen op dit onderdeel en zodoende deze omissie in de rechtspositie van de patiënt te herstellen. Art. 2.1 lid 5 van de Wvggz kan in de uitwerking van deze wijziging van de Wzd als leidraad dienen. Dat betekent concreet dat ook onder de Wzd het uitgangspunt dient te gelden dat de wensen en voorkeuren van de patiënt bij de inzet

⁶¹⁴ Zie bijvoorbeeld: Rb Amsterdam 24 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:1231, Rb Noord-Holland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2772 en Rb Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:10247

van verplichte zorg dienen te worden gehonoreerd, tenzij dat gezien de situatie van de patiënt echt niet mogelijk is.

Aanbeveling 7. Een stelselbrede aanbeveling

Op dit moment wordt de keuzevrijheid van de cliënt stelselbreed grotendeels gewaarborgd door middel van het pgb. Het pgb is echter een omslachtig instrument, waarbij de cliënt diverse administratieve verplichtingen en verantwoordelijkheden krijgt. Hierbij valt te denken aan het maandelijks declareren van de ingekochte zorg, het aansturen van de zorgverleners en het controleren van de ontvangen declaraties van de zorgaanbieders. Het verbaast om die reden niet dat door de pgb-houder fouten worden gemaakt bij de inkoop van zorg op basis van een pgb en dat dit instrument ook fraudegevoelig is. Voor een bepaalde groep cliënten is het pgb – ondanks dat het pgb ook door een derde mag worden beheerd – nauwelijks te gebruiken, aangezien het pgb niet zelfstandig kan worden beheerd.

Daarnaast biedt het pgb ook het nadeel dat tussen de zorginkopende organisatie en de zorgaanbieder niet rechtstreeks een overeenkomst tot stand komt. Vooral in het geval de zorgaanbieder heeft gefraudeerd is dat voor de zorginkopende organisatie problematisch. De wetgever heeft – zo volgt uit hoofdstuk 7 – zelf ook de voordelen gezien van de introductie van de verplichting tot maatwerkcontractering (ofwel: ‘zorg-op-maat-contractering’). Voordelen hiervan – zo overweegt de wetgever – zijn dat de cliënt zelf geen opdrachtgever is, geen onderhandelingen hoeft te voeren en geen contracten hoeft af te sluiten. Ook blijft het zorgkantoor verantwoordelijk en aanspreekbaar voor de kwaliteit van de geleverde zorg. Het door de wetgever beschreven nadeel, namelijk dat maatwerkcontractering zich slecht verhoudt tot de beheersystematiek in de Wlz, is zoals in hoofdstuk 7 toegelicht op onderdelen niet goed te volgen. In de maatwerkovereenkomst kunnen immers ook tariefafspraken worden gemaakt en kan – zo ligt voor de hand – worden aangesloten bij het (laagst) gecontracteerde tarief.

Een groot voordeel van de verplichting tot het sluiten van een maatwerkovereenkomst door de zorginkopende organisatie is daarnaast dat de rechtmatigheid en doelmatigheid van de zorg – in vergelijking met het pgb – zelfs beter kan worden gewaarborgd aangezien tussen de zorginkopende organisatie en de zorgaanbieder in dat geval wel een overeenkomst tot stand komt. In deze overeenkomst zouden dan ook afspraken kunnen worden gemaakt over tarieven en budgetplafonds.

Dat wil overigens niet zeggen dat het pgb helemaal uit het gezondheidsstelsel dient te verdwijnen, alhoewel het pgb – gezien het voorgaande – naar mijn oordeel niet geschikt is als middel om de keuzevrijheid van de cliënt daadwerkelijk te waarborgen. Indien en voor zover de cliënt het pgb niet kan beheren, wordt de keuzevrijheid immers reeds belemmerd. Beide varianten zouden eventueel naast elkaar kunnen bestaan, al is een harmonisatie van de verschillende instrumenten binnen het

gezondheidsstelsel om de keuzevrijheid van de cliënt te waarborgen in dat geval wel wenselijk. Ook met het oog op de rechtsgelijkheid van de betrokkenen binnen het gezondheidsrecht.

Zoals centraal staat in mijn onderzoek is de keuzevrijheid van de patiënt, cliënt of betrokkene een voorwaarde om de toegang en continuïteit van de gezondheidszorg te kunnen waarborgen. Indien een individuele patiënt immers niet behandeld wenst te worden door een specifieke arts of zorgaanbieder betekent dit in dat individuele geval dat de patiënt daarmee een gezondheidsrisico loopt. Indien meer mensen om die reden zich niet wenden tot een arts of zorgaanbieder terwijl dat op grond van medische redenen wel nodig is – komt de volksgezondheid op collectief niveau in het geding. Om die reden zou verwacht worden dat in de zorgspecifieke wet- en regelgeving meer aandacht zou worden besteed aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt om een keuze te kunnen maken voor een arts of zorgaanbieder naar voorkeur. Sterker nog, de verschillende zorgspecifieke wetten – die centraal staan in dit onderzoek belemmeren de keuzevrijheid van de patiënt gedeeltelijk zonder dat de overwegingen hieromtrent duidelijk naar voren zijn gebracht in de parlementaire geschiedenis.

Gezien het voorgaande is het een sterke aanbeveling om het Nederlandse gezondheidsstelsel te evalueren op dit onderwerp – waarbij de harmonisatie van de verschillende stelselwetten op dit onderwerp centraal dient te staan.

Een aanbeveling is daarnaast om de zorgplicht van de zorginkopende organisatie te verbreden inhoudende onder andere een continuïteitsgarantie. In het huidige gezondheidsstelsel dat vier stelselwetten kent, komt het te vaak voor dat de hulpverlening door aan aanbieder naar keuze niet kan worden gecontinueerd doordat sprake is van de overgang naar een andere stelselwet.⁶¹⁵ Ook in dat geval is het recht op vrije artsenkeuze direct in het geding, met het risico dat een zeer kwetsbare groep cliënten onthouden blijft van de nodige zorgverlening.

615 CRvB 9 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2719 en Rb. Overijssel 23 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2773.