

# De Staat waarborgt het recht op vrije artskeuze onvoldoende

Bastiaan Wallage<sup>1</sup>

Het recht op vrije artskeuze wordt gezien als een fundamenteel recht van de patiënt. Op grond hiervan kan de patiënt zich wenden tot een arts of andere zorgaanbieder naar keuze. Door het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 staat het recht op vrije artskeuze volop in de belangstelling maar in de rechtspraak blijft, ondanks dit arrest, toch onduidelijkheid bestaan over de invulling van dit recht. Een zaak die vraagt om stappen van de wetgever, gelet op de verplichtingen die op de overheid rusten.

## 1. Inleiding

Het zelfbeschikkingsrecht wordt in de wetenschappelijke literatuur wel gezien als het belangrijkste beginsel binnen het gezondheidsrecht.<sup>2</sup> Het zelfbeschikkingsrecht houdt onder andere het recht in van de patiënt om zelf over het lichaam te beschikken en te bepalen of en zo ja door welke hulpverlener de patiënt geneeskundige verrichtingen laat uitvoeren.<sup>3</sup> Dit laatste recht wordt ook wel aangeduid als het recht op vrije artskeuze<sup>4</sup> en vloeit voort uit het zelfbeschikkingsrecht, dat onder meer ten grondslag ligt aan artikel 8 lid 1 EVRM (recht op privéleven).<sup>5</sup>

Het recht op vrije artskeuze is binnen het Nederlandse rechtsstelsel uitgewerkt in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en in artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw'). Daarmee lijkt het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse rechtsstelsel een stevige verankering te hebben. Nauwkeurige lezing van artikel 13 lid 1 Zvw laat echter zien dat niet alle verzekerden, in alle gevallen, aanspraak kunnen maken op een volledige vergoeding van een behandeling

door de zorgverzekeraar. Meer in het bijzonder geldt dat voor verzekerden met een naturapolis in geval van een behandeling door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het is al enige jaren de vraag in hoeverre dergelijke kortingen toelaatbaar zijn.<sup>6</sup>

De uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019 biedt geen helder antwoord op deze vraag en daarmee blijft in de rechtspraak onduidelijkheid bestaan over de invulling van het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis.<sup>7</sup> In dit artikel onderzoek ik wat deze onduidelijkheid voor de overheid betekent, mede gelet op de grondwettelijke verankering van het recht op vrije artskeuze.

## 2. De zorgverzekeringsmarkt en het recht op vrije artskeuze

Met de inwerkingtreding van de Zvw in 2006 heeft de wetgever beoogd om de gelijke toegang tot basiszorg voor alle ingezetenen te realiseren.<sup>8</sup> Deze wet regelt de verzekering en de vergoeding van de zorgkosten van en

### Auteur

1. Mr. B. Wallage is advocaat te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden. Daarnaast is hij als docent werkzaam aan de Universiteit van Amsterdam. De auteur bedankt Aart Hendriks en Wouter Koelewijn voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

### Noten

- H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht, Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 36 e.v.
- Leenen 2007, p. 49.
- EHRM 4 juni 2019, *EHC* 2019/157, m.nt. A.C. Hendriks, r.o. 66 (*Kosaitė-Čypienė e.a./Litouwen*), EHRM 4 oktober 2018, *EHC* 2018/247, m.nt. A.C. Hendriks en EHRM 15 november 2016, *EHC*

- 2017/38, m.nt. Hendriks. Zie ook B. Wallage, A.C. Hendriks & W.I. Koelewijn, 'Vrije artskeuze: een onderdeel van de Nederlandse constitutie?', *TvCR* 2019, afl. 1, p. 12 e.v.
- EHRM 15 november 2016, *EHC* 2017/38, m.nt. A.C. Hendriks (*Dubská & Krejzová/Tsjechië*) en EHRM 14 december 2010, *EHC* 2011/44, m.nt. H.M. Griffioen, *GJ* 2011/35, m.nt. A.C. Hendriks (*Ternovszky/Hongarije*).

- B.A. van Schelven & M.M. Janssen, 'Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/Momentum', *TvGR* 2017, p. 479-491.
- HR 7 juni 2019, *ECLI:NL:HR:2019:853*.
- E.W.M. Meulemans, 'Het overeenkomstenstelsel onder de nieuwe zorgverzekeringswet', *TvGR* 2005 (29) 41, p. 61-79 en M. van der Most, 'De Zorgverzekeringswet en de zelfverzekerde burger', *TvGR* 2005 (29) 12, p. 17-39.

voor de patiënt.<sup>9</sup> Uitgangspunt van de Zvw is dat de zorgverzekeraar de zorg voor zijn verzekerden inkoop (zorg in natura) en dat de patiënt c.q. verzekerde hiervoor een (periodieke) premie betaalt. Zorgverzekeraars zijn verplicht om voor alle verzekerden dezelfde premie te rekenen voor de (basis)verzekering.<sup>10</sup> Het Nederlandse zorgstelsel is namelijk gebaseerd op (risico)solidariteit, waarbij zorgverzekeraars bij onder andere het bepalen van de premie geen rekening mogen houden met verzekerdenkenmerken, zoals ziekte, inkomen, leeftijd en ras.<sup>11</sup>

De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 Zvw jegens zijn verzekerden een zorgplicht. Deze verplichting houdt in dat de zorgverzekeraar de 'verzekerde prestaties', die zijn opgenomen in het (basis)pakket, toegankelijk moet maken voor zijn verzekerden. De zorgverzekeraar levert deze zorg binnen het huidige stelsel niet zelf maar laat deze zorg uitvoeren door artsen en zorgaanbieders. Of de zorgverzekeraar de kosten rechtstreeks vergoedt aan de zorgaanbieder of dat de verzekerde zijn behandelkosten eerst moet afrekenen en vervolgens kan declareren bij de zorgverzekeraar is afhankelijk van de soort verzekeringspolis die partijen zijn aangegaan.<sup>12</sup> Bij een naturapolis heeft de verzekerde tegenover de zorgverzekeraar een recht op de door de zorgverzekeraar ingekochte prestatie zelf. Heeft de verzekerde een restitutiepolis afgesloten dan maakt hij in beginsel geen aanspraak op een door zijn verzekeraar gecontracteerde zorgprestatie, maar op restitutie van de kosten van de genoten behandeling.<sup>13</sup>

Verzekerden met een restitutiepolis zijn binnen het huidige stelsel daarmee verzekerd van een volledig vrije artsenkeuze. Zij kunnen zelf een zorgaanbieder kiezen en maken aanspraak op een volledige vergoeding van de behandelkosten.<sup>14</sup> De verzekerden met een naturapolis worden beperkt in hun keuzevrijheid doordat zij in beginsel moeten kiezen voor een zorgaanbieder waarmee de zorgverzekeraar een contract heeft gesloten.<sup>15</sup> Het is zorgverzekeraars in dat kader toegestaan een lagere premie in rekening te brengen bij verzekerden met een naturapolis.<sup>16</sup> De premie voor een restitutiepolis is echter maar beperkt hoger in vergelijking met de premie voor een naturapolis.<sup>17</sup> Uit onderzoek van Vektis blijkt desondanks dat de meeste verzekerden in 2019 (rond de 76%) hebben gekozen voor een naturapolis.<sup>18</sup>

### 2.1. Vrije artsenkeuze voor verzekerden met een naturapolis

De wetgever heeft het recht op vrije artsenkeuze op grond van artikel 13 lid 1 Zvw ook (gedeeltelijk) willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis.<sup>19</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis van de Zvw is de zorgverzekeraar niet verplicht de kosten van een behandeling van een verzekerde met een naturapolis volledig te vergoeden, indien de verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van keuze.<sup>20</sup> Maar de Zvw bepaalt niet hoeveel de zorgverzekeraar minimaal wel moet vergoeden. Dit is evenmin (nader) uitgewerkt in lagere regelgeving.

Een lange tijd bestond in de rechtspraak een discussie over de vraag of zorgverzekeraars zelf de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg mogen bepalen. De Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: 'NZa')



© 4x6 / Getty Images

nam dit aanvankelijk aan, zolang de vergoeding maar hoger was dan nihil.<sup>21</sup> Dit riep de vraag op hoe dit standpunt zich verhiel tot het recht op vrije artsenkeuze en de parlementaire geschiedenis van de Zvw. De Hoge Raad heeft hierover op 7 juli 2014 voor het eerst enige duidelijkheid verschaft in het arrest *CZ/Momentum*:

'Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat art. 13 lid 1 Zvw aldus moet worden uitgelegd, dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturapolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zo laag mag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.'<sup>22</sup>

# Het hinderpaalcriterium wordt door de Hoge Raad ingezet als een belangrijke waarborg voor het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis

De Hoge Raad baseert zich hierbij op de parlementaire geschiedenis bij de Zvw. Hierin is door de wetgever ten aanzien van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg het volgende aangegeven: 'De vergoeding mag overigens niet zodanig laag zijn, dat een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het inroepen van zorg bij een niet gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder.'<sup>23</sup>

De Hoge Raad wijst er expliciet op dat aan het hinderpaalcriterium het belang van een vrije artskeuze ten grondslag ligt.<sup>24</sup> De Hoge Raad beschouwt, mede omdat deze stelling in de betreffende procedure niet ter discussie stond, een vergoeding van 75-80% van het marktconforme tarief vervolgens als een breed gedragen praktijknorm die geen feitelijke hinderpaal oplevert en na dit arrest van de Hoge Raad heeft deze norm in de rechtspraak lange tijd standgehouden.<sup>25</sup> Het hinderpaalcriterium wordt daarmee door de Hoge Raad ingezet als een belangrijke waarborg voor het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis.

## 2.2. Onduidelijkheid in de parlementaire geschiedenis

Zoals hierboven beschreven volgt uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw, dat de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis niet mag worden belemmerd door de hoogte van de vergoeding van de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg. De toepassing van het hinderpaalcriterium zou daarmee de keuzevrijheid van verzekerden met een naturapolis moeten waarborgen.

Uit artikel 13 lid 2 Zvw volgt dat de zorgverzekeraars de wijze waarop de vergoeding wordt berekend dienen op te nemen in de polisvoorwaarden en op grond van artikel 13 lid 4 Zvw dient de manier waarop de vergoeding wordt

berekend voor alle verzekerden onder dezelfde polis gelijk te zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw volgt daarnaast dat de vergoeding door de zorgverzekeraar voor niet-gecontracteerde zorg niet 'volledig' hoeft te zijn.<sup>26</sup> Het toepassen van een lagere vergoeding door de zorgverzekeraars ten opzichte van het marktconforme tarief is gezien het onderscheid tussen een natura- en restitutieverzekering te verklaren.<sup>27</sup> De gecontracteerde zorgaanbieders zijn op grond van de gesloten zorgovereenkomsten immers veelal gebonden aan omzetplafonds en overige contractuele verplichtingen.<sup>28</sup> Indien bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg geen korting zou mogen worden toegepast ten opzichte van het gecontracteerde tarief, kan het voor een zorgaanbieder zelfs gunstiger zijn om geen zorgovereenkomst te sluiten met de zorgverzekeraar. Dat zou geen recht doen aan het doel van de Zvw, waarin zorgverzekeraars de (regie)taak hebben gekregen om door middel van contracteren de kwaliteit, doelmatigheid en kosten van de zorg te beïnvloeden.<sup>29</sup>

Ik constateer dat de overwegingen van de wetgever in de parlementaire geschiedenis op dit punt onduidelijk zijn. Aan de ene kant is het de bedoeling van de wetgever om het recht op vrije artskeuze ook voor verzekerden met een naturapolis te waarborgen, terwijl aan de andere kant wordt aangegeven dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg veelal niet volledig zal zijn. Deze onduidelijkheid in de parlementaire geschiedenis leidt eveneens tot onduidelijkheid in de rechtspraak.

## 3. De uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019

De Hoge Raad oordeelde op 7 juni 2019 dat een verzekerde met een naturapolis op grond van artikel 13 lid 1 Zvw bij een keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder geen aanspraak kan maken op een 'nagenoeg' volledige vergoeding.<sup>30</sup> De Hoge Raad oordeelde daarnaast dat het hinderpaalcriterium zich 'in algemene zin' niet verzet tegen het toepassen van een vaste c.q. generieke korting (ook wel 'vlaktaks' genoemd) van in de praktijk 20-25% ten opzichte van het door de zorgverzekeraars gemiddeld gecontracteerde tarief.

De Hoge Raad oordeelde verder dat op grond van artikel 13 lid 1 Zvw slechts aan de hand van 'concrete feiten en omstandigheden' kan worden bepaald of sprake is

9. Art. 2 en 3 Zvw.

10. Dit wordt ook wel het verbod op premiedifferentiatie genoemd, zie art. 17 Zvw.

11. Kamerstukken II 2004/05, 29763, 26, p. 35.

12. Art. 11 Zvw. Zie ook: H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 674 e.v.

Kamerstukken II 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v.

13. Art. 16 Zvw e.v. Zie ook: Leenen e.a. 2017, p. 674 e.v.

14. Kamerstukken II 2004/05, 29763, 26, p. 28 e.v.

15. Idem, p. 32.

16. Idem, p. 86.

17. NZa, *Monitor Zorgverzekeringen 2018*, 5 november 2018, p. 19.

18. *Inzicht in het overstapeseizoen. Verzekerden in beeld 2019*, Zeist: Vektis 2019, p. 16.

19. Schelven & Janssen, 2017, p. 479-491.

20. Kamerstukken II 2003/04, 29763, 3, p. 30-31. Zie ook: HR 11 juli 2014,

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

21. Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36.

22. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, r.o. 3.5.7.

23. Kamerstukken II 2004/05, 29763, 7, p. 99.

24. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, r.o. 3.5.6.

25. Schelven & Janssen, 2017, p. 485.

26. Kamerstukken II 2003/04, 29763, 3, p. 109.

27. Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Zvw: 'Bovendien zou een volledige of hoge vergoeding ertoe kunnen leiden dat ook mensen met een zorgverzekering krachtens welke ze in prin-

cipe naar een gecontracteerde zorgaanbieder moeten, toch in de praktijk een volledig vrije keuze tussen zorgaanbieders hebben. Daarmee zou het contracteren van zorg ondergraven worden', (Kamerstukken II 2004/05, 29763, 26, p. 32).

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710 r.o. 4.10.

29. Kamerstukken II 2003/04, 29763, 3, p. 26.

30. HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853, r.o. 3.1.3.

## De Hoge Raad lijkt welbewust af te wijken van andere interpretaties die eerder, in de lagere rechtspraak, waren ontwikkeld

van een feitelijke hinderpaal.<sup>31</sup> De Hoge Raad lijkt welbewust af te wijken van andere interpretaties die eerder, in de lagere rechtspraak, waren ontwikkeld. Ik wijs in dit verband op de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 1 februari 2019 waarin de rechtbank het tegenovergestelde oordeelde.<sup>32</sup> Ook A-G Timmerman concludeert met het oog op artikel 13 lid 4 Zvw dat een individuele beoordeling van de feiten en omstandigheden niet mogelijk is: 'Moet de hoogte van de korting dan maar per geval, dus per verzekerde, worden bepaald? Hieraan staat artikel 13 lid 4 Zvw in de weg. Bovendien kan niet uitgesloten worden dat een 'per verzekerde'-criterium onwerkbaar is voor de praktijk.'<sup>33</sup>

De Hoge Raad gaat in het arrest van 7 juni 2019 niet in op de uitleg van artikel 13 lid 2 en 4 Zvw en oordeelt slechts dat de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw zich in algemene zin niet verzet tegen het door de zorgverzekeraars toepassen van een generieke korting. Dat is naar mijn oordeel een gemiste kans van de Hoge Raad en hierdoor blijft de invulling van het hinderpaalcriterium in de rechtspraak op dit punt onduidelijk.

Artikel 13 Zvw laat naar mijn oordeel, gelet op lid 4 van dit artikel, een 'maatwerkbeoordeling' in individuele gevallen namelijk niet toe.<sup>34</sup> Dit omdat de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg voor een ieder op eenzelfde manier dient te worden berekend. Artikel 13 lid 4 Zvw sluit in dat kader aan bij het verbod op premie-differentiatie, op grond waarvan geldt dat een zorgverzekeraar geen afwijkende premie in rekening mag brengen bij verzekerden op basis van verzekerdenkenmerken. De premie voor de basisverzekeringen is daarmee voor iedereen gelijk.<sup>35</sup> De uitleg door de Hoge Raad, dat het hinderpaalcriterium aan de hand van 'concrete feiten en omstandigheden' dient te worden ingevuld en derhalve per verzekerde kan verschillen is daarmee wettelijk gezien in feite niet houdbaar.

Met het oog op het recht op vrije artskeuze is van belang in welk geval sprake is van een schending van het hinderpaalcriterium. De Hoge Raad oordeelt in het arrest van 7 juni 2019 slechts dat dit dient te worden bepaald aan de hand van 'concrete feiten en omstandigheden'. Daarmee blijft echter onduidelijk onder welke feiten en omstandigheden dan sprake is van een feitelijke hinderpaal c.q. een onrechtmatige belemmering van de keuzevrijheid.

Wel oordeelt de Hoge Raad in voornoemd arrest dat bij de invulling van de concrete feiten en omstandigheden ook de eventuele beleidsregels van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: 'NZa') een rol kunnen spelen.<sup>36</sup> De Hoge Raad motiveert niet om welke reden deze beleidsregels van belang zijn bij de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw. Het voorgaande is ook discutabel aangezien de invul-

ling en uitwerking van het fundamentele recht op vrije artskeuze niet aan de NZa is maar aan de overheid. De NZa is slechts bevoegd om toezicht te houden en handhavend op te treden bij een overtreding van een zorgverzekeraar van de Zvw, waaronder artikel 13, maar gaat niet over de invulling van het recht op vrije artskeuze.<sup>37</sup>

Tot op heden heeft alleen de Rechtbank Noord-Nederland zich bij uitspraak van 30 januari 2018 uitgelaten over de vraag op welke wijze, met inachtneming van artikel 13 lid 2 en 4 Zvw, door een zorgverzekeraar invulling dient te worden gegeven aan het hinderpaalcriterium.<sup>38</sup>

Ook de Rechtbank Noord-Nederland oordeelde in deze uitspraak dat het met het oog op artikel 13 lid 4 Zvw niet mogelijk is om de individuele kenmerken of omstandigheden van de verzekerde te betrekken bij de invulling van het hinderpaalcriterium. De Rechtbank Noord-Nederland sluit in dat kader bij gebreke van een wettelijke maatstaf aan bij het bedrag van het hoogste in de Zvw genoemde vrijwillige eigen risico (€ 500, bovenop de € 385 aan verplicht eigen risico dat geldt voor iedere verzekerde).<sup>39</sup> De rechtbank is daarmee van oordeel dat indien een verzekerde méér dan € 500 zelf moet bijdragen aan de behandeling, daarmee in elk geval sprake is van een feitelijke hinderpaal. Indien deze lijn op grond van artikel 13 lid 4 Zvw wordt gevolgd is geen sprake meer van een beoordeling in het individuele geval maar is sprake van een generieke vuistregel. Deze uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland is op dat punt inmiddels achterhaald door het hiervoor behandelde arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019<sup>40</sup> en inmiddels heeft het Hof Arnhem bij uitspraken van 3 september 2019, op grond van voornoemd arrest van de Hoge Raad en de beleidsregels van de NZa, geoordeeld dat bij een vergoeding van 75% van het marktconforme tarief geen sprake is van een feitelijke hinderpaal.<sup>41</sup> Alhoewel in dat geval ook sprake is van een generieke vuistregel, is dit uitgangspunt met het oog op het recht op vrije artskeuze van de verzekerde met een naturapolis discutabel en naar mijn oordeel ook niet in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad, aangezien de door de verzekerde te betalen vergoeding van 25% van het marktconforme tarief in gevallen mogelijk wel degelijk een feitelijke hinderpaal opwerpt voor deze verzekerde om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze. In de beleidsregels van de NZa staat hierover dat de vergoeding door de zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg niet dusdanig laag mag zijn dat de verzekerde met een naturapolis niet meer kan kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze.<sup>42</sup> In de beleidsregels wordt in dat kader vervolgens verwezen naar het arrest *CZ/Momentum*. Echter, op basis van dit arrest kan niet in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat bij een vergoeding door een zorgverzekeraar van 75-80% nooit sprake kan zijn van een feitelijke hinderpaal.<sup>43</sup>

### 4. Artikel 13 lid 1 Zvw: een schending van het recht op vrije artskeuze?

Het recht op vrije artskeuze is, zoals hiervoor reeds beschreven, grondrechtelijk verankerd en vloeit voort uit onder andere artikel 8 lid 1 EVRM. Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM heeft de wetgever de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die verankerd zijn in artikel



# Door onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag in welk geval sprake is van een schending van het recht op vrije artskeuze c.q. sprake is van een feitelijke hinderpaal schendt de overheid de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot bescherming van het recht op vrije artskeuze

8 lid 1 EVRM ook procedureel worden gewaarborgd, in die zin dat deze rechten op basis van een (nationaal) wettelijk kader dienen te worden gerealiseerd.<sup>44</sup> Van belang is in dat kader de zaak *Marckx*, waarin door het EHRM op grond van artikel 8 lid 1 EVRM een positieve verplichting voor de betreffende lidstaat werd aangenomen.<sup>45</sup> Het EHRM formuleerde in deze uitspraak een (positieve) verplichting voor de lidstaat om in het nationale recht te voorzien in een 'legislative and administrative framework', waarmee in dat specifieke geval het recht van een kind wordt gewaarborgd om vanaf zijn geboorte onderdeel uit te maken van het gezin waarin hij wordt geboren.<sup>46</sup> Analoog aan deze uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting kan naar mijn oordeel worden gesteld dat lidstaten op gelijke wijze het uit artikel 8 lid 1 EVRM voortvloeiende recht op vrije artskeuze dienen te beschermen.

De wetgever heeft met artikel 13 lid 1 Zvw enerzijds het recht op vrije artskeuze willen waarborgen voor verzekerden met een naturapolis. Anderzijds heeft de wetgever het zorgverzekeraars willen toestaan slechts een gedeelte van de behandelkosten te vergoeden, indien een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Deze verschillende uitgangspunten met betrekking tot de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw leiden in de rechtspraak tot onduidelijkheid. Door onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag in welk geval sprake is van een schending van het recht op vrije artskeuze c.q. sprake is van een feitelijke hinderpaal schendt de overheid mijns inziens de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot bescherming van het recht op vrije artskeuze.

In de nota naar aanleiding van het verslag betreffende de Zvw heeft de minister aangegeven dat het ongewenst is voorschriften te stellen ten aanzien van de feitelijke hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, aangezien dit een element kan zijn waarmee zorgverzekeraars zich op de markt kunnen profileren.<sup>47</sup> Dit is begrijpelijk waar het gaat om het stellen van voorschriften aan de maximum vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, aangezien het de zorgverzekeraar vanzelfsprekend is toegestaan om geen korting toe te passen. Het is met het oog op het recht op vrije artskeuze naar mijn oordeel juist wel aan de overheid om nadere voorschriften op te stellen ten aanzien van de hoogte van de minimale vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Dat vraagt om een nadere concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving.

## 4.1. Artikel 13 lid 1 Zvw: een gerechtvaardigde beperking van het recht op vrije artskeuze?

Indien en voor zover de wetgever het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis daadwerkelijk wenst te beperken, is dit alleen toegestaan in het geval deze beperking voldoet aan de eisen uit artikel 8 lid 2 EVRM waaronder het noodzakelijkheidsvereiste.<sup>48</sup> Toepassing van dit noodzakelijkheidsvereiste op de beperking van de vrije artskeuze betekent dat de Nederlandse overheid moet kunnen uitleggen waarom een beperking van het recht van vrije artskeuze via de toepassing of interpretatie van het hinderpaalcriterium nu noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op het waarborgen van het economische welzijn

31. Zie ook Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578.

32. Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, *GZR-Updates.nl* 2019-0140, m.nt. B. Wallage en *GJ* 2018/52, m.nt. J.G. Sijmons.

33. Parket bij de Hoge Raad 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266 r.o. 4.9.

34. Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380 en Parket bij de Hoge Raad 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266.

35. Art. 17 Zvw.

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

37. E. Pietermaat, 'De NZa: de marktmeester en toezichthouder', *TvT* 2015-2,

p. 7-14.

38. Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245 *GZR-Updates.nl* 2018-0097, m.nt. B. Wallage en *GJ* 2018/53, m.nt. M.F. van der Mersch.

39. Dit betreft de wettelijke grens voor wat de verzekerde zelf geacht kan worden bij te dragen aan de zorgkosten, zie ook: Leenen 2017, p. 712 e.v.

40. Ook de Rechtbank Gelderland volgt in een recente uitspraak inmiddels het arrest van de Hoge Raad (Rb. Gelderland 13 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2689).

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

ECLI:NL:GHARL:2019:7109, ECLI:NL:GHARL:2019:7108.

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

43. Zie ook: Rb. Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, r.o. 5.40.

44. L. Lavrysen, *Huan Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2016.

45. EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*). Alhoewel het in deze zaak gaat om een positieve verplichting in het kader van de bescherming van 'family life', is de positieve verplichting ook aangenomen op andere fundamentele rechten die voortvloeien uit

artikel 8 lid 1 EVRM. Zie bijvoorbeeld: EHRM 4 december 2007, *EHRC* 2008/13, m.nt. E. Brems, *NJ* 2008/363 m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-bull.* 2008/3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

46. J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar. Positieve verplichtingen*, Sdu, 2009, p. 1-2.

47. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 7, p. 29, 98 en 99.

48. EHRM 27 augustus 2015, *EHRC* 2015/12, m.nt. B.C. van Beers (*Parillo/Italië*).

en/of de bescherming van de gezondheid. Naar mijn oordeel wordt noch in de huidige wetgeving, noch in de parlementaire geschiedenis, noch in de rechtspraak van de Hoge Raad daaraan aandacht besteed, laat staan dat op dit punt sprake is van een overtuigende onderbouwing. Bij de onderbouwing van het noodzakelijkheidsvereiste zal tenminste ook aandacht besteed moeten worden aan de proportionaliteit van de beperking en zal de wetgever moeten uitleggen dat er in redelijkheid geen minder ingrijpende alternatieven zijn dan de beperking van het fundamentele recht.<sup>49</sup> Ik ben er op voorhand niet van overtuigd dat de wetgever erin zal kunnen slagen om de beperking van het recht op een vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis op een zodanige wijze te onderbouwen dat het voldoet aan de eisen die door het EHRM aan deze onderbouwing worden gesteld. Voor zover de overheid die onderbouwing zoekt in een noodzaak met het oog op het economische welzijn, meer in het bijzonder de houdbaarheid van het financiële evenwicht van het zorgverzekeringsstelsel, wijs ik erop dat die houdbaarheid naar mijn oordeel niet in het geding is, nu een verdere beperking van het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturapolis hooguit zou betekenen dat – strikt genomen – sprake zou zijn van een verschuiving van het aandeel naturapolissen naar het aandeel restitutiepolissen. Nu een dergelijke verschuiving binnen het huidige stelsel reeds mogelijk is kan daarin naar mijn oordeel nimmer een onderbouwing van de noodzaak van een beperking van het recht op vrije artskeuze gevonden worden.

## 5. Conclusie en aanbeveling

Onduidelijk is voor de verzekerde met een naturapolis in welk geval sprake is van een belemmering van het recht op vrije artskeuze. Dat vraagt met het oog op de positieve verplichtingen voor de overheid om een nadere concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving. Indien de wetgever in dat kader artikel 13 lid 4 Zvw zou schrappen en de invulling van het hinderpaalcriterium, in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019, afhankelijk zou maken van concrete feiten en omstandigheden, heeft dit tot gevolg dat op basis van verzekerdenkenmerken door de zorgverzekeraar onderscheid kan worden gemaakt bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Dat is naar mijn oordeel echter niet verenigbaar met de solidariteitsprincipes die ten grondslag liggen aan het zorgverzekeringsstelsel. Het verdient daarom aanbeveling om bij een concretisering van het hinderpaalcriterium in wet- en regelgeving, anders dan de Hoge Raad oordeelt, de invulling van het hinderpaalcriterium niet afhankelijk te maken van ‘concrete feiten en omstandigheden’ die betrekking hebben op de individuele verzekerden. In dat opzicht biedt de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 30 januari 2018, waarin door de recht-

bank op grond van artikel 13 Zvw en met inachtneming van het hinderpaalcriterium een nieuwe generieke vuistregel werd geformuleerd, naar mijn oordeel een veel beter aanknopingspunt voor concretisering van het hinderpaalcriterium.

Het gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2019, en in het bijzonder de verwijzing van de Hoge Raad naar de beleidsregels van de NZa, is naar mijn verwachting dat in de rechtspraak de vuistregel zal worden gehanteerd dat bij een vergoeding door de zorgverzekeraar van 75-80% van het marktconforme tarief voor niet-gecontracteerde zorg geen sprake is van een feitelijke hinderpaal. In dat geval is, anders dan de Hoge Raad oordeelt, geen sprake meer van een beoordeling van ‘concrete feiten en omstandigheden’ maar is sprake van een generieke vuistregel. Deze vuistregel is echter naar mijn oordeel niet in lijn met het hinderpaalcriterium en belemmert in gevallen het recht op vrije artskeuze van verzekerden met een naturapolis, aangezien bij een vergoeding door de zorgverzekeraar van 75-80% van het marktconforme tarief wel degelijk de keuzevrijheid van deze verzekerden kan worden belemmerd om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Daarbij merk ik op dat deze vuistregel ook niet volgt uit de beleidsregels van de NZa en/of de rechtspraak van de Hoge Raad. Het is daarnaast ook niet aan de NZa maar aan de overheid om het fundamentele recht op vrije artskeuze te waarborgen. De wetgever is derhalve aan zet.

Met een door de wetgever vast te stellen generieke vuistregel, waarbij de verzekerde met een naturapolis zelf een beperkt bedrag dient te vergoeden voor de behandeling, kunnen de verschillende belangen die volgen uit de parlementaire geschiedenis van de Zvw worden gewaarborgd. Zo kan enerzijds de keuzevrijheid voor verzekerden met een naturapolis worden gewaarborgd aangezien slechts een beperkt bedrag dient te worden bijbetaald voor niet-gecontracteerde zorg. Anderzijds vormt het een financiële prikkel voor deze verzekerden om niet te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder aangezien door de verzekerde zelf dient te worden bijgedragen aan de behandeling. Op deze wijze blijft het voor zorgaanbieders aantrekkelijk om met zorgverzekeraars te contracteren en behouden de zorgverzekeraars dit middel om de zorg te regisseren. Een verdergaande beperking van het recht op vrije artskeuze via een financieel ontmoedigingsbeleid, waarbij bijvoorbeeld in elk geval een generieke korting wordt toegepast van 20-25% van het gemiddeld gecontracteerd tarief, acht ik onverenigbaar met de hoge noodzakelijkheidseisen die gesteld worden aan een eventuele beperking van dit recht. •

<sup>49</sup> EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485, m.nt. Kn. (Funke), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995/594, m.nt. JdB (McMichael),

EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999/464, m.nt. Dute (M.S./Zweden) en EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999/710 (Worm).