

commentaar op	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18-11-2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895, (CrisisCare/Achmea c.s.)
datum	17-02-2015
auteur	B.A. van Schelven

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18-11-2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895, (CrisisCare/Achmea c.s.)

De vrije artskenkeuze – wat is dat eigenlijk?

1. Deze uitspraak is de eerste nadat de Hoge Raad op 11 juli jl. oordeelde dat artikel 13 Zorgverzekeringswet ('Zvw') zo moet worden uitgelegd dat het hinderpaalcriterium daar onderdeel van uitmaakt (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 m.nt. J.J. Rijken). De casus is als volgt.
2. CrisisCare B.V. is een GGZ-instelling die onder andere zorg levert aan verzekerden van Achmea en haar labels ('Achmea c.s.'). CrisisCare heeft geen contracten met Achmea c.s. Voor de zorg die CrisisCare aan naturaverzekerden van Achmea c.s. levert, vergoeden Achmea c.s. zestig procent van het tarief dat CrisisCare daarvoor in rekening brengt.
3. In eerste aanleg heeft CrisisCare de voorzieningenrechter verzocht Achmea c.s. – kort gezegd – te gebieden tachtig procent van het tarief te vergoeden, omdat een vergoedingspercentage van zestig een feitelijke hinderpaal zou vormen om de zorg te betrekken van CrisisCare en voor CrisisCare om die zorg te blijven leveren. De voorzieningenrechter heeft die vordering afgewezen (Rb. Midden-Nederland (vzr.) 23 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1578, *TvGR* 2014/30, m.nt. B.A. van Schelven). CrisisCare is vervolgens van die uitspraak in beroep gekomen.
4. Het hof stelt vast dat Achmea c.s. hun vergoedingsbeleid voor niet-gecontracteerde zorg hebben aangepast naar aanleiding van voornoemd arrest van de Hoge Raad. Zij vergoeden thans 75 procent van het marktconforme tarief voor de door CrisisCare geleverde zorg. De vorderingen van CrisisCare ontberen daardoor spoedeisend belang, omdat door CrisisCare niet aannemelijk is gemaakt waarom een verschil van vijf procentpunt in het vergoedingspercentage voor haar potentiële cliënten tot een feitelijke hinderpaal leidt om zorg van haar te betrekken, en waarom dit verschil tot een nijpende financiële situatie van CrisisCare leidt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Regering wil schrapping vrije artskenkeuze alsnog doorvoeren

5. In het publieke debat heet het dat het hier centraal staande artikel 13 Zvw en het daarvan deel uitmakende hinderpaalcriterium 'de vrije artskenkeuze' waarborgt. Het wetsvoorstel waarmee het hinderpaalcriterium uit artikel 13 Zvw zou worden geschrapt – 'de schrapping van de vrije artskenkeuze' –, ondervond veel weerstand (*Kamerstukken I* 2013/14, 33362, A). Dat wetsvoorstel strandde in december 2014 onverwachts in de Eerste Kamer. Voor de regering is deze wetswijziging echter zo belangrijk dat zij bij monde van de minister-president direct aankondigde het verworpen wetsvoorstel aan te passen om het vervolgens wederom te zullen indienen (*Kamerstukken II* 2014/15, 33362, 48). Voor het geval ook dat mislukt, is de regering voornemens een en ander bij algemene maatregel van bestuur te bewerkstelligen (dat lijkt overigens een lastig begaanbare route: B.A. van Schelven, 'De vrije artskenkeuze schrappen bij AMvB?', *GZR* 2015/8). Naar verwachting zal derhalve wederom uitvoerig worden gedebatteerd over de consequenties van de wijziging van artikel 13 Zvw voor de vrije artskenkeuze. Ten behoeve van die discussie is het goed scherp te krijgen wat de vrije artskenkeuze precies inhoudt.

Vrije artskenkeuze vloeit voort uit de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst

6. Hoewel het publieke debat over de wijziging van artikel 13 Zvw wel duidelijk maakt dat in de maatschappij veel waarde wordt gehecht aan de vrije artskenkeuze, is het geen gecodificeerd grond- of mensenrecht. In de Grondwet ('Gw'), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en/of het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ('het EU-Handvest') zoekt men tevergeefs naar een artikel waar de vrije artskenkeuze in is opgenomen. Wel bepaalt artikel 22 lid 1 Gw dat de overheid 'maatregelen [treft] ter bevordering van de volksgezondheid'. Voorts bepaalt artikel 35 van het EU-Handvest dat eenieder recht heeft 'op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder door nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden'. Terecht meent de Afdeling advisering Raad van State dat hieruit echter niet valt af te leiden dat een verzekerde recht heeft op een arts naar keuze (*Kamerstukken I* 2014/15, 33362, D).

7. Waaruit vloeit de vrije artskenkeuze dan wel voort? Voor het antwoord op die vraag is de toelichting bij het Vergoedingsbesluit Ziekenfondswet ('het Vergoedingsbesluit') uit 2005 interessant. Daarin is opgenomen: 'Het doorgaan van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (...) afgeleide beginsel van vrije artskenkeuze houdt (...) in, dat een patiënt kan kiezen door welke arts hij zich laat behandelen' (*Stb.* 2005, 213, p. 4). De geneeskundige behandelingsovereenkomst is de overeenkomst 'waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of

bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op [de patiënt]' (art. 7:446 BW). Een geneeskundige behandelingsovereenkomst komt reeds tot stand wanneer de patiënt zich met een concrete hulpvraag tot de hulpverlener wendt en de hulpverlener daarop ingaat, hetgeen al zo is 'als de patiënt in de wachtkamer of wachtruimte op zijn afspraak met de (...) hulpverlener wacht' (Standpunt KNMG, *Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, 2005, p. 4).

Regardeert de vrije artskeuze enkel de relatie patiënt-hulpverlener?

8. In 2005 ging men er dus kennelijk van uit dat de vrije artskeuze enkel inhield dat de patiënt niets in de weg mag worden gelegd bij zijn keuze voor een hulpverlener naar wens: de vrije artskeuze waarborgt de contractsvrijheid van de patiënt bij het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. De vrije artskeuze regardeert zo gezien enkel de relatie patiënt-hulpverlener. Dat wordt onderstreept door de volgende opmerking in de toelichting bij het Vergoedingsbesluit: 'Het beginsel van vrije artskeuze zegt echter niets over de financiering van de door de verkozen arts geleverde zorg' (*Stb.* 2005, 213, p. 4). Ook het Standpunt van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst over de vrije artskeuze uit 2008 onderstreept dit, nu daar de zorgverzekeraar niet wordt genoemd als partij die een taak heeft als het gaat om de vrije artskeuze (Standpunt KNMG over vrije artskeuze, 7 februari 2008, p. 4-5).

9. De tegenstanders van het verworpen wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 13 Zvw staan echter een andere uitleg van de vrije artskeuze voor. Deze thans dominante uitleg bestaat erin dat de patiënt niet alleen vrij moet zijn een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan met de hulpverlener die hij wenst, maar ook dat derden hem in staat moeten stellen die vrijheid te verwezenlijken, in de zin dat zorgverzekeraars die keuze moeten financieren. Indien zorgverzekeraars niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet (grotendeels) zouden moeten vergoeden, zou geen sprake meer zijn van een vrije artskeuze, zo wordt geredeneerd. De vrije artskeuze regardeert dan niet enkel de relatie patiënt-hulpverlener, maar verwordt tot een soort van driehoeksrelatie waarbij ook voor de zorgverzekeraar een rol is weggelegd.

10. Hoewel uit de toelichting op het Vergoedingsbesluit dus kan worden afgeleid dat de vrije artskeuze enkel de relatie patiënt-hulpverlener regardeert, lijkt artikel 1 lid 2 Vergoedingsbesluit meer aan te sluiten bij de thans dominante uitleg: 'Het ziekenfonds stelt de hoogte van de vergoeding zodanig vast, dat de verzekerde niet wezenlijk wordt belemmerd in zijn keuze tussen zorg die door zijn ziekenfonds ten behoeve van hem is overeengekomen en zorg waarvoor hij een vergoeding kan krijgen'. Het ziekenfonds is hiermee verplicht zodanig te handelen dat de verzekerde niet wordt belemmerd in zijn keuze voor een hulpverlener die hij wenst, ongeacht of het ziekenfonds daar wel of geen overeenkomst mee heeft: het ziekenfonds moet handelen opdat de verzekerde zijn keuzevrijheid kan verwezenlijken.

11. Deze verplichting voor het ziekenfonds valt echter lastig te rijmen met de opmerking in de toelichting dat de vrije artskeuze niets zegt over de financiering van de gekozen arts, althans lijkt de tekst van artikel 1 lid 2 Vergoedingsbesluit niet van een dergelijke harde knip tussen keuzevrijheid en financiering uit te gaan. Verderop in de toelichting staat voorts dat geen sprake kan zijn 'van volledige vrijheid van het ziekenfonds bij het vaststellen van de hoogte van de restitutie' en dat daarom is 'bepaald dat de ziekenfondsen de vergoeding niet zo laag mogen vaststellen, dat de keuze tussen zorgaanbieders in feite wordt belemmerd' (*Stb.* 2005, 213, p. 5). Ook die opmerking doet twijfelen of destijds inderdaad is bedoeld dat de vrije artskeuze enkel de relatie patiënt-hulpverlener regardeert.

12. Als er echter van wordt uitgegaan dat de vrije artskeuze zo moet worden begrepen dat deze enkel de relatie patiënt-hulpverlener regardeert, valt niet goed in te zien hoe met het verworpen wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Zvw de vrije artskeuze zou zijn beperkt, laat staan dat met dat wetsvoorstel de vrije artskeuze zou zijn geschrapt. De verzekerde die een zogeheten budgetpolis afsluit, wordt bij afschaffing van het hinderpaalcriterium sec juridisch gezien immers niet beperkt in zijn vrijheid tot het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst met de hulpverlener die hij wil. Dat hij bij gebreke aan financiering door zijn zorgverzekeraar van bepaalde keuzes wellicht minder snel geneigd zal zijn een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan met een niet-gecontracteerde hulpverlener, doet er niet aan af dat hij de juridische mogelijkheid behoudt ook met hem een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan.