



VERENIGING VOOR
GEZONDHEIDSRECHT

Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering

Recht op zorg voor de gezondheid

van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 25 april 1997

Prof. dr. H.J.J. Leenen

RECHT OP ZORG VOOR DE GEZONDHEID

Prof. Dr. H.J.J. Leenen

Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht

Jaarvergadering 25 april 1997

Recht op zorg voor de gezondheid
Prof. Dr. H.J.J. Leenen

Vereniging voor Gezondheidsrecht
Jaarvergadering 25 april 1997

ISBN 90-73923-05-0

VOORWOORD

Omdat Prof. Dr. C. Schuyt, die twee jaren geleden het preadvies voor de jaarvergadering van 1997 over het recht op gezondheidszorg had toegezegd, op het moment dat het naar de drukker moest, mededeelde zich niet in staat te achten de verhandeling schrijven, was de ruimte voor het schrijven van een vervangende studie uiterst beperkt. Dit preadvies is dan ook in minder dan een week tot stand gekomen.

Dat betekent dat ik noodgedwongen ruim gebruik heb moeten maken van eigen publikaties die verschenen of in voorbereiding zijn, geen gelegenheid heb gehad om naast de literatuur waarover ik beschik literatuuronderzoek te doen, niet systematisch andere bronnen zoals parlementaire stukken heb kunnen bestuderen, niet de meest recente (financiële) gegevens heb kunnen verzamelen en aan het notenapparaat geen aandacht heb kunnen besteden.

Een en ander is weinig bevredigend omdat aldus geen preadvies kon worden geschreven volgens de daaraan te stellen eisen. Dit is temeer jammer omdat er over het recht op zorg voor de gezondheid nog veel is uit te zoeken en theoretisch uit te werken.

Het recht op zorg voor de gezondheid is in het gezondheidsrecht een centraal thema. Door de ontwikkelingen in o.a. de gezondheidszorg en de ziektekostenverzekeringen komt met name een onderdeel daarvan, het recht op gezondheidszorg en de daarmee samenhangende verdelende rechtvaardigheid, steeds meer onder druk te staan.

Het recht op zorg voor de gezondheid zou een betere behandeling verdienen.

Prof. Dr. H.J.J. Leenen

Inhoudsopgave

| | pg. |
|---|-----|
| 1. Inleiding | 5 |
| 2. Recht op zorg voor de gezondheid: recht op gezondheidszorg en recht op gezondheidsbescherming en -bevordering | 7 |
| 3. Recht op gezondheidszorg | 13 |
| 3.1. Schaarste | 13 |
| 3.2. Overheid, recht op gezondheidszorg en grenzen | 18 |
| 3.3. Sterker rechtskarakter van het recht op gezondheidszorg | 23 |
| 4. Recht op gezondheidszorg in de gezondheidszorg | 28 |
| 4.1. Kwaliteit van zorg | 28 |
| 4.2. Wachtlijsten en voorrang | 31 |
| 4.3. Stelsel van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering | 38 |
| 4.3.1. Eenheid van stelsel | 40 |
| 4.3.2. Uitvoering van de verzekering; de markt | 43 |
| 5. Besluit | 50 |
| Literatuur | 52 |

1. INLEIDING

Gezondheidszorg berust op twee pijlers: a) het bevorderen van de gezondheid van mensen en het behandelen, verplegen en verzorgen van zieken en b) de doelmatige en rechtvaardige verdeling van de beperkte daarvoor beschikbare middelen.

Alle taken in de gezondheidszorg moeten daarvan worden afgeleid en alle beschouwingen over gezondheidszorg moeten dat in het oog houden. Het gaat in de gezondheidszorg niet om strategie, management, markt en wat voor dingen men al bedenkt. Die kunnen soms van belang zijn bij het inzetten van de beschikbare middelen ter bereiking van het doel maar zij zijn van secundair belang. Als men echter de publikaties leest, lijken zij vaak zelfstandige doelen en benaderingen van de gezondheidszorg te zijn geworden. Publikaties en rapporten over dergelijke onderwerpen schieten naar mijn mening tekort als zij niet aantonen welk bijdrage hun beschouwingen en voorstellen leveren aan een betere gezondheid of een betere zorg. Dat wordt al te vaak vergeten.

Ondanks verbale rituelen is de onderlinge verbinding tussen inhoudelijk gezondheidsbeleid, de inrichting van het systeem van gezondheidszorg en de financiering daarvan, de verdelende rechtvaardigheid en de normatieve aspecten van het recht op zorg voor de gezondheid nooit goed tot ontwikkeling gekomen. Een coherent beleid dat alle aspecten omvat, werd steeds weer belemmerd door het overheersen van economische overwegingen en van groeps- en andere belangen, door strijd tussen disciplines, politieke opvattingen en door bestuurlijke en departementale fragmentatie.

Het nalaten van een adequate aanpak heeft geleid tot een gezondheidszorg die bestaat uit een betrekkelijk ongeordend complex van tegen elkaar hangende gebouwen en gebouwtjes, het ene in betere staat dan het andere, met veel muren ertussen en onder een overheidsdak dat steeds schever gaat hangen en steeds meer gaat lekken. De enige oplossing is grondige reconstructie van het geheel, maar die stuit op gevestigde belangen en daarom wordt in de praktijk bij problemen een gat gedicht, soms een kleine doorbraak gemaakt, soms een gebouwtje bijgebouwd met als gevolg dat het geheel steeds ingewikkelder wordt.

Sturen van de gezondheidszorg naar gezondheidsdoelen is door de genoemde - en andere - factoren moeilijk geworden en het recht op zorg voor de gezondheid kan in deze situatie niet goed tot ontwikkeling komen.

2. RECHT OP ZORG VOOR DE GEZONDHEID: RECHT OP GEZONDHEIDSZORG EN RECHT OP GEZONDHEIDSBESCHERMING EN -BEVORDERING

In het gezondheidsrecht is het recht op gezondheidszorg van oudsher een belangrijk onderwerp. Het heeft betrekking op de kwaliteit van de gezondheidszorg en op de feitelijke en financiële toegankelijkheid. Het gaat daarbij o.a. om wachtlijsten en de financiering.

Juridisch is het recht op gezondheidszorg een instructienorm voor de overheid, moreel een aanspraak van de burger. Het recht op gezondheidszorg bevat een inspanningsverplichting voor de overheid. De overheid hoeft niet zelf de verwerkelijking ter hand te nemen, dat kan door anderen gebeuren maar de overheid behoudt in dat geval wel haar eigen verantwoordelijkheid en de taak er op toe te zien dat aan de eisen wordt voldaan.

Over het recht op gezondheidszorg zal dit preadvies hoofdzakelijk gaan.

Daarnaast kan naar mijn mening van een recht op gezondheidsbescherming en -bevordering worden gesproken. Die beiden zou men onder het koepelbegrip 'recht op zorg voor de gezondheid' kunnen brengen.

Hoewel gezondheidsbescherming en -bevordering ook het doel zijn van de hulpverlening en care (gezondheidszorg in engere zin), hebben zij als activiteiten van public health een eigen karakter. Zij zijn in beginsel op de collectiviteit gericht en betreffen vaak ook gezondheidsaspecten in andere maatschappelijke sectoren dan de gezondheidszorg, zoals bijvoorbeeld milieu en de produktie van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen. Ook andere dan medische factoren komen aan de orde zoals sociale en sociaal-economische invloeden op gezondheid. De afbakening tussen gezondheidszorg in engere zin en gezondheidsbescherming en -bevordering is overigens niet altijd scherp. Preventie bijvoorbeeld valt onder beide categorieën en de veiligheid van bloed is voor de medische behandeling van belang, terwijl de public health-benadering ook in de individuele hulpverlening doordringt. De begripsafbakening hoeft echter naar mijn mening geen onderwerp van veel discussie te zijn.

Het gaat om twee typen benaderingen ten aanzien van de zorg voor de gezondheid.

Valt naar algemene opvatting het recht op gezondheidszorg onder artikel 22 van de grondwet (luidende: De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid), ook voor een recht op gezondheidsbescherming en -bevordering als sociaal grondrecht biedt art. 22 GW een basis. Volksgezondheid omvat immers meer dan gezondheidszorg in engere zin en wordt ook door bijvoorbeeld de eerder genoemde milieu- en sociaal-economische factoren beïnvloed. Maatregelen om die in voor de gezondheid positieve zin te beïnvloeden, vallen ook onder art. 22 GW. Dat betekent dat de overheid zich dus ook op het gebied van de public health moet inspannen ¹⁾. In dit verband is overigens ook art. 21 GW dat betrekking heeft op de zorg van de overheid voor het leefmilieu, van belang ²⁾.

Nog afgezien van art. 22 GW, valt ook niet goed in te zien waarom, nu het recht op gezondheidszorg als sociaal grondrecht is erkend, de theorie van de sociale grondrechten zich ook niet zou uitstrekken over andere voor de gezondheid belangrijke aspecten dan individuele hulpverlening en care. Bovendien komen die aspecten, zoals gezegd, vanwege hun invloed op gezondheid meer en meer ook in de hulpverlening aan de orde. De eerste lijns gezondheidszorg heeft daarvoor al enige decennia geleden aandacht gekregen, in de tweede lijn begint dat inzicht door te dringen.

Het verdient in dit verband vermelding dat in het rapport van de Nationale Ombudsman van 18 Juli 1995 over de veiligheid van bloed in verband met HIV-besmetting van hemofiliepatiënten de overheidsverantwoordelijkheid ten aanzien van gezondheidsbescher-

-
- 1) Art. 129 van het Verdrag van de Europese Unie besteedt expliciet aandacht aan de bescherming van gezondheid en veiligheid.
 - 2) Op onderdelen heeft de verantwoordelijkheid van de overheid voor gezondheidsbescherming en -bevordering geleid tot wettelijke regelingen, bijvoorbeeld de Wet collectieve preventie volksgezondheid, de wetgeving met betrekking tot de bestrijding van besmettelijke ziekten, milieuregels en regels ter bescherming van de gezondheid bij de arbeid, maar door die regels wordt het terrein niet geheel bestreken.

ming werd gestipuleerd ³⁾.

Er zijn ook internationaalrechtelijke argumenten voor een recht op gezondheidsbescherming en -bevordering. In de preambule van het statuut van de WHO wordt de 'highest attainable standard of health' als een fundamenteel human right aangemerkt. Ook al is er op de definitie van health in die preambule kritiek te leveren en kan een recht op gezondheid niet bestaan omdat de gezondheid zelf geen goed is dat kan worden verstrekt, dat neemt niet weg dat het in het statuut van de WHO om meer dan gezondheidszorg in de engere zin gaat. Dat blijkt ook daaruit dat het statuut uitspreekt dat 'the achievement of any State in the promotion and protection of health' voor eenieder van betekenis is.

In art. 25 van de Universal Declaration of Human Rights van de UN (1948) wordt gesproken over een 'right to a standard of living adequate for the health and well-being'. Standard of living omvat in het artikel voeding, kleding, huisvesting en medische en sociale diensten, aspecten van gezondheidsbevordering.

Art. 12 van de International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) bevat 'the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health', waarbij in het verdere artikel omgevingsfactoren uitdrukkelijk worden genoemd.

Op Europees niveau zijn er eveneens verdragsrechtelijke verplichtingen. Art. 3 van het Verdrag van de Europese Unie spreekt over 'the attainment of a high level of health protection'. De EU heeft voor de gezondheidsbescherming relevante regelingen getroffen en naar aanleiding van de BSE-affaire (gekke koeienziekte) is de EU voornemens aan dit aspect meer aandacht te besteden. Art. 11 van het European Social Charter handelt over bescherming van de gezondheid en, onder andere, over de verplichting van de Staat om, naar de mate van het mogelijke de oorzaken van ongezondheid weg te nemen.

3) TvGR, 1996/5. Op de vraag hoever die overheidsverantwoordelijkheid reikt (maximaal/optimaal; afhankelijk van wetenschappelijke consensus) wordt niet ingegaan. Zie daarover o.a. H. Roscam Abbing, Human tissue and consumer protection from a European perspective, *European Journal of Health Law*, 1995,4, 295-307.

Ook in andere internationale regelingen, zoals bijvoorbeeld van de ILO, komen bepalingen met betrekking tot de gezondheidsbescherming voor.

Het rechtskarakter van sociale grondrechten en daarmee ook van het recht op gezondheidszorg en het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering is, anders dan dat van individuele grondrechten, juridisch zwak ⁴⁾. Naarmate zij in wetgeving verder worden uitgewerkt kunnen zij juridisch sterker worden. Maar er is ook een ontwikkeling gaande om de sociale grondrechten, ook wel tweede generatie-grondrechten genoemd, als zodanig een sterker juridisch karakter te geven. Heringa en Alkemade hebben er op gewezen dat de betrekkelijke vrijblijvendheid van de sociale rechten passé aan het raken is ⁵⁾. De betreffende internationale organen (bijvoorbeeld van de International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights en van het European Social Charter) maken zich op om strenger te gaan controleren. Ook via de handhavingsmogelijkheden van het Europees gemeenschapsrecht kunnen sociale rechten een sterker karakter krijgen. Dit zal consequenties hebben voor de rechtspraak, maar meer nog voor beleids- en regelmakers en de sociale partners, aldus de genoemde auteurs.

Ook de rechter kan een rol spelen. Een voorbeeld ten aanzien van het recht op gezondheidszorg als hulpverlening is het vonnis van de Rechtbank Den Haag die de Staat veroordeelde tot een kostenvergoeding wegens niet beschikbaar zijn van een verpleeghuisbed ⁶⁾. Soms kan de rechter naar internationale regels verwijzen en er zijn

4) H. Leenen, Handboek Gezondheidsrecht, deel I, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, 1994, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Hoofdstuk II, par 1. Daar wordt ook aangegeven het verschil in de mogelijkheid van handhaving voor de Europese rechter.

5) A. Heringa, Sociale grondrechten; E. Alkemade, De reikwijdte van fundamentele rechten, zegt op pag. 89: 'Toch lijkt de betrekkelijke vrijblijvendheid van de sociale rechten passé. De organen van het IVESCR en het ESH maken zich op strenger te controleren; Europees gemeenschapsrecht kan nu al effectief gehandhaafd worden.' 'Dergelijke kritiek zal consequenties kunnen hebben voor de rechtspraak, maar meer nog voor beleids- en regelmakers en de sociale partners.'

6) D.d. 11 maart 1992, TvGR, 1993/32.

gevallen waarin hij aan internationale verdragen kan toetsen ⁷⁾. Het rechtskarakter van sociale grondrechten kan soms ook worden versterkt door een beroep te doen op individuele grondrechten die in de Grondwet en internationale verdragen zijn neergelegd en juridisch sterker van aard zijn ⁸⁾. Bij de gezondheidsbescherming - bij gezondheidsbevordering zal de redenering niet gauw opgaan - kan aan de lichamelijke integriteit en de privacy worden gedacht. Bij ernstige ziekmakende milieu-vervuiling bijvoorbeeld kan worden bepleit dat die vervuiling de lichamelijke integriteit aantast en de overheid daartegen maatregelen moet treffen. Schending van de privacy vanwege milieuvervuiling werd door López Ostra met succes aangevoerd voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ⁹⁾. Het Hof oordeelde dat 'severe environmental pollution may affect individuals' wellbeing and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health.' Spanje werd veroordeeld wegens inbreuk op art. 8 van het verdrag. In het kader van de individuele grondrechten in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden heeft de overheid bovendien een positieve beschermingsplicht ¹⁰⁾. In de zaak-Ostra had, aldus het Hof, de Staat geen juist evenwicht getroffen tussen het economisch belang en het belang van de klager bij een effectief genot van het recht op het respect voor huis en privé- en familielevens. Een beroep op individuele beschermingsrechten is ook bij ziekmakende arbeidsomstandigheden denkbaar.

-
- 7) Bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep d.d. 29 mei 1996, nog niet gepubliceerd, ten aanzien van ILO-verdragen 102 en 103 d.d. 28 juni 1952 (Trb. 1953, 69 en Trb. 1953, 129) met betrekking tot eigen bijdrage bij kraamzorg.
 - 8) Dit onderwerp komt hierna ook nog aan de orde in par. 3.3. bij het recht op gezondheidszorg.
 - 9) D.d. 9 december 1994 (41/1993/436/515); H. Roscam Abbing, Jurisprudentieoverzicht inzake Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (1994), Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1995/6, 369-372.
 - 10) Eur. Hof. Rechten van de Mens d.d. 26 maart 1985, TvGR, 1985/43, en de uitspraak, genoemd in de voorgaande noot.

Ook al hoeft de overheid, zoals gezegd, de activiteiten op grond van sociale grondrechten niet zelf uit te voeren, zij heeft wel een duidelijke eigen verantwoordelijkheid en daarmee is er een grens aan wat zij aan anderen kan overlaten. Het gaat daarbij met name om de inhoudelijke normering (de eisen waar aan moet worden voldaan) en de procedurele bescherming (hoe de gedupeerde zijn recht kan halen). Met andere woorden: de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de overheid limiteert deregulering en privatisering. Ten aanzien van het recht op gezondheidszorg als hulpverlening en het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering behoort de overheid zich dan ook niet teveel terug te trekken uit de publieke taak, alle modieuze en overdreven deregulering- en privatiseringdogma's ten spijt ¹¹⁾.

11) Het dereguleringsargument wordt vaak selectief gebruikt. De overheid maakt wetten in grote hoeveelheid.

3. RECHT OP GEZONDHEIDSZORG

In dit preadvies zal, zoals gezegd, de aandacht met name zijn gericht op het recht op gezondheidszorg. In deze paragraaf wordt het normatieve kader besproken. Ingegaan zal worden op de schaarsteproblematiek, de verdelende rechtvaardigheid, de overheidsverantwoordelijkheid voor de gezondheidszorg, de aanspraak van de burger en de grenzen van het recht op gezondheidszorg. In paragraaf 4 komt de toepassing aan de orde.

3.1 Schaarste

Ondanks de enorme stijging van de aan de gezondheidszorg beschikbaar gestelde middelen kan aan de vraag naar gezondheidszorg niet worden voldaan. Die stijging beliep van 2,2 mld of 4,3% van het BNP in 1963 tot 61,6 mld in 1996 of ongeveer 9,5% van het BNP. Het is niet te verwachten dat, hoewel de absolute bedragen toenemen (1.3% op grond van het regeerakkoord 1994), het procentuele aandeel van het BNP voor de gezondheidszorg noemenswaard zal kunnen stijgen nog afgezien wat zou gebeuren als het BNP zou gaan afnemen.

De vraag naar gezondheidszorg - die kostenstijging tot gevolg heeft - zal naar het zich laat aanzien blijven toenemen. Dat wordt o.a. veroorzaakt door vergroting van het aanbod van gezondheidszorg. Het is bekend dat in de gezondheidszorg de vraag in belangrijke mate door het aanbod wordt bepaald. Bij de toenemende vraag spelen ook de vergrijzing en de ontwikkeling van de moderne medische wetenschap en technologie een rol en voorts het feit dat onderzoekers, producenten en aanbieders via de media de vraag aanwakkeren.

Vaak wordt gezegd dat de bevolking teveel gezondheidszorg vraagt. Een dergelijke opvatting heeft voor een deel het karakter van blaming the victim. Immers de bevolking verzint geen medische technologieën en wordt in zijn vraag in belangrijke mate geleid door de medische wetenschap en de professie. Voor een ander deel echter kan wel worden gezegd dat de vraag naar gezondheidszorg veroorzaakt wordt door opvattingen die bij de bevolking leven over aanspraken op de collectiviteit ten aanzien van gezondheidszorg.

Een factor bij de kostenstijging is ook het prijskaartje dat hangt aan de toepassing van nieuwe technologieën en nieuwe geneesmiddelen wordt hoger.

Doch hoe dan ook, feitelijk kunnen niet alle vragen worden gehonoreerd omdat er niet voldoende mensen, organen en geldmiddelen voor aanwezig zijn. Het gelijkheidsbeginsel vergt dat alle patiënten op redelijke gelijke wijze aan hun trekken komen ¹²⁾. Dat is ook vanuit het patiëntenperspectief de meest eerlijke benadering.

Het schaarsteprobleem in de gezondheidszorg is op drie niveaus zichtbaar: op micro-, meso- en macrovlak. Op microvlak worden de hulpverlener en patiënt ermee geconfronteerd als aan een concrete hulpvraag niet binnen redelijke tijd kan worden voldaan; dan komen wachtlijsten, selectie en voorrang van patiënten aan de orde. Zie par. 4.2. Op mesovlak gaat vooral om instellingen van gezondheidszorg. Ik laat in deze paragraaf de schaarste op meso-niveau en op microvlak buiten beschouwing.

De verdeling van de schaarse middelen op macroniveau is in belangrijke mate een vraagstuk van prioriteiten en een politiek probleem ¹³⁾. Ik merk daarbij wel op dat het benoemen van een probleem als politiek niet betekent dat het daarmee kan worden afgeschoven naar regering en parlement. Ook al hebben die in laatste instantie te beslissen, er is een draagvlak in de bevolking en bij de hulpverleners vereist. Om tot een eerlijke verdeling van de voor de gezondheidszorg beschikbare middelen te komen zal het nodig zijn

12) Gelijkheid betekent niet het nastreven van feitelijke gelijkheid tussen mensen. Die is niet alleen ondenkbaar maar niemand zou die ook wensen. Het niet accepteren van ongelijkheid is een normatief oordeel dat wij aan bepaalde feitelijkeheden verbinden. Niet alle feitelijke ongelijkheid is dus een aantasting van het gelijkheidsbeginsel. In Nederland is aanvaard dat er geen ongelijkheid mag bestaan in de toegang tot noodzakelijke gezondheidszorg.

Dat neemt niet weg dat het aanbod van gezondheidszorg ongelijk over de behoeften is verdeeld. Over de aldus aanwezige ongelijkheid is nog wel het nodige op te merken.

13) Bij prioriteiten moet ook rekening worden gehouden bij de toewijzing van middelen aan wetenschappelijk onderzoek. De uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek beïnvloeden de prioriteitendiscussie.

om zowel bij de bevolking als bij de medische professie, instellingen van gezondheidszorg, ziektekostenverzekeraars en wetenschappelijke onderzoekers tot verandering van mentaliteit te komen. Bij de bevolking zal het besef moeten worden ontwikkeld dat er grenzen zijn aan de gezondheidszorg en het recht op gezondheidszorg en dat er naast de eigen nood andere noden zijn die evenzeer aanspraak kunnen maken op een rechtvaardig deel van de beschikbare middelen. Verder is het van belang meer aandacht te besteden aan het verminderen van zorgafhankelijkheid en het vergroten van zelfredzaamheid. De medische professie zal daaraan zijn bijdrage moeten leveren. De zorgafhankelijkheid wordt immers mede door die professie veroorzaakt.

De medische professie, onderzoekers en aanbieders zullen zich moeten bezinnen op hun rol bij de introductie van nieuwe technologieën en bij het bewerken van de bevolking o.a. via de media waardoor vraag naar gezondheidszorg wordt gekweekt. Nog bedenkelijke is dat ook propaganda wordt gemaakt voor half ontwikkelde technologieën met een beperkte kans van slagen en dat in de media soms alleen de successen worden getoond en niet de mislukkingen. J.Evers heeft in zijn oratie, getiteld *Festina Lente*, met voorbeelden aangetoond hoe ondoordacht en op onvoldoende wetenschappelijke basis nieuwe medische methoden soms worden geïntroduceerd. Letterlijk zei hij: 'Wij artsen moeten niet toegeven aan de verleiding van het korte termijn succes van het snel introduceren van een onvoldoende geëvalueerde nieuwe techniek, maar moeten ons de tijd gunnen voor het van degelijke bewijskracht voorzien van de effectiviteit van nieuwe onderzoeks-of behandelingsmethoden.' Voorlichting is van groot belang maar niet iedere voorlichting is verantwoord.

Politieke beslissingen zijn geen vrije beslissingen in die zin dat zij niet zouden zijn gebonden aan medisch-wetenschappelijke kennis, aan juridische en ethische analyse en aan rechtsnormen. Politieke besluitvorming over rechtvaardige verdeling van de middelen in de gezondheidszorg op macrovlak vereist gezondheidsrechtelijk, gezondheidsethisch en gezondheidszorgonderzoek. Het gezondheidszorgonderzoek zal - afgezien nog van de evaluatie van individuele medische technologieën - gegevens en inzichten moeten aandragen

om normen van rechtvaardigheid op een eerlijke wijze toe te passen. Omdat het gaat om de verdelingsvraag op macrovlak zal het onderzoek zich met name moeten richten op de problematiek op populatieniveau.

Het gezondheidsrechtelijk en ethisch onderzoek betreft o.a. rechtvaardigheidstheorieën en de daaruit voortvloeiende normen, patiëntenrechten, de relatie tussen individuele aanspraken en de verantwoordelijkheid van de collectiviteit en de grenzen van de gezondheidszorg en van het recht op gezondheidszorg.

Doch ook als een medisch-wetenschappelijk, ethisch en gezondheidsrechtelijk onderzoek gegevens en normen ter tafel heeft gebracht - ik vermoed overigens dat, gegeven de aard van het probleem, men niet veel verder zal kunnen komen dan het minimaliseren van onrechtvaardigheid - zullen keuzen moeten worden gemaakt. Het is niet zo dat wetenschappelijke onderzoek op het gebied van geneeskunde en gezondheid, het gezondheidsrecht en de ethiek de beleidsbeslissingen over prioriteiten automatisch zullen genereren. Menselijke keuze en de politieke beslissing, hoe pijnlijk die op dit gebied ook kunnen zijn, blijven onvermijdelijk.

Welk soort gezondheidkundige gegevens zijn van belang bij de prioriteitenbepaling op macrovlak? Zonder op volledigheid aanspraak te willen maken worden hierna ter bepaling van de gedachten een aantal voorbeelden genoemd. Belangrijk zijn de verspreiding van ziekten onder de bevolking (omvang) en de gemiddelde ernst van de ziekten. In dat verband zijn naast medische ernst een aantal factoren van belang zoals de mate van afhankelijkheid dan wel mogelijkheid van zelfstandigheid, de belasting van het professionele systeem, de belasting van het niet-professionele systeem, de mogelijkheden voor alternatieve oplossingen (o.a. substitutie van care), de chroniciteit van de ziekte en de duur ervan. Misschien kunnen ook Qaly's een rol spelen.

Ook moet worden gekeken naar de effectiviteit van de medische behandeling en of zij wel voldoende oplevert en het succespercentage (misluktingspercentage) dan wel, bij de introductie van een nieuwe methode, het binnen redelijke tijd te verwachten succespercentage. In het laatste geval is evaluatie nodig of de verwachtingen zijn uitgekomen, hetgeen eventueel kan leiden tot bijsturing van het

beleid. Ook is het gewenst dat het indicatiegebied voor de nieuwe methode goed worden omschreven; bijvoorbeeld bij geneesmiddelen komt niet onderbouwde uitbreiding van het toepassingsgebied voor. Bij invoering van een nieuwe behandelingsmethode moet voorts worden vastgesteld of zij oude methoden overbodig maakt.

Op macro-niveau is het niet ongeoorloofd om ook naar de kosten/baten te kijken. Daarbij moeten dan wel alle relevante factoren in aanmerking worden genomen. Dat wordt soms maar in beperkte mate gedaan. Zo gaat het bijvoorbeeld niet alleen om medische kosten ten opzichte van de verlenging van de levensduur en herstel van arbeidsgeschiktheid, maar ook om meer beroep op medische voorzieningen door langere levensduur, om meer of minder nazorg en voorzieningen, meer of minder gebruik van geneesmiddelen, om meer of minder langdurige zorgbehoefte en om meer of minder beslag op verpleeghuisbedden in de toekomst.

Ook de algemene beschikbaarheid van een voorziening kan een overweging vormen. Kan die vanwege personele problemen, gebrek aan voldoende organen of gebrek aan financiële middelen op langere termijn - in de aanvang is een technologische vernieuwing veelal tijdelijk slechts beperkt voorhanden - niet algemeen beschikbaar komen, dan kan dat soms een reden zijn om hem niet in te voeren. Immers alle burgers hebben een in principe gelijke toegang tot de gezondheidszorg en zoveel mogelijk moet voorkomen worden dat zich nieuwe selectiegebieden of ernstige wachtlijsten in de gezondheidszorg ontwikkelen respectievelijk bestaande problemen worden verergerd. Dat neemt niet weg dat de vraag blijft staan of men niemand moet helpen omdat men niet iedereen kan helpen.

Een belangrijk aspect is ook dat het niet alleen gaat om verdeling van de beschikbare middelen over de bestaande voorzieningen maar ook om de eerlijke verdeling van het leed. De huidige Nederlandse gezondheidszorg kan in dit opzicht de rechtvaardigheidstoets naar mijn mening niet doorstaan bijvoorbeeld ten aanzien van de toedeling van middelen aan de zorg voor chronisch zieken en verpleeghuispatiënten.

Ook kan naar het vergelijkbare buitenland worden gekeken. Als daar een bepaalde behandeling aanmerkelijk minder frequent wordt gegeven dan in ons land, moet de vraag worden gesteld welke redenen voor die hogere toepassing in ons land bestaan. Het zou dan

wel eens kunnen blijken dat meer met belangen en decisionmaking by decibels dan met gezondheidkundige factoren te maken heeft.

In het oog moet voorts worden gehouden dat de beschikbare middelen maar één keer kunnen worden besteed. Een kostbare behandeling voor de een betekent dat die niet aan een ander kan worden gegeven respectievelijk dat minder kostbare behandelingen niet aan anderen kunnen worden verstrekt of dat er minder voor care-voorzieningen beschikbaar is. Daarmee is niet gezegd dat de kosten van een behandeling altijd tegen deze behandeling pleiten, maar wel dat in het geheel van de wegingen deze overweging mee in aanmerking mag worden genomen. Voorts kunnen de ethische en gezondheidsrechtelijke aspecten van behandelingsmethoden tot beslissing over al dan niet gebruik leiden.

Al deze factoren zouden moeten worden samengebracht in een beslissingssysteem, dat te beginnen met de gezondheidkundige evaluatie - als dat nut niet aanwezig is komen andere wegingen niet aan de orde - alle relevante factoren laat meewegen. De constructie van een dergelijk systeem vraagt de nodige inspanning terwijl van tevoren vast staat dat een aantal factoren zal moeten worden geschat. Die schatting zou bijvoorbeeld door een breed samengesteld panel kunnen gebeuren. Maar ook als een dergelijk prioriteitenbeslissingssysteem zou zijn tot stand gekomen, zal, zoals eerder gezegd, uiteindelijk aan de menselijke keuze en aan de politieke besluitvorming een finale rol toekomen. Deze keuzen zullen vervolgens moeten doorwerken in het verstrekkingspakket van de wettelijke ziektekostenverzekeringen. Daarmee komen de grenzen van het recht op gezondheidszorg in zicht.

3.2. Overheid, recht op gezondheidszorg en grenzen

In Nederland werd einde zeventiger jaren het probleem van de grenzen van de gezondheidszorg aan de orde gesteld, voor het eerst binnen de Vereniging voor Gezondheidsrecht en in breder verband later door het Nederlands Congres voor Openbare Gezondheidsregeling in 1982. Bij grenzen aan de gezondheidszorg gaat het ook om grenzen aan het recht op gezondheidszorg. In de jaren daarna is het probleem aan de orde gebleven en het heeft geleid tot de instelling van de Commissie Keuzen in de zorg (Commissie-Dunning).

Bij grenzen aan een maatschappelijke dienst als de gezondheidszorg gaat het in wezen over de rechtvaardige verdeling van de beschikbare middelen en over de vraag wat het recht op gezondheidszorg inhoudt.

Over rechtvaardige verdeling in het algemeen bestaat een omvangrijke (rechts)filosofische literatuur. Ook al lost die het probleem niet op, dat neemt niet weg dat er veel belangrijke gedachten in zijn te vinden. Een aspect van het probleem is de relatie tussen individu en gemeenschap. De rechtsfilosoof G.Jellinek heeft daarover opgemerkt: 'Die richtigen Grenzen zwischen dem Ich und der Gesamtheit zu erkennen, ist das höchste Problem, das denkende Betrachtung der menschlichen Gemeinschaft zu lösen hat.' ¹⁴⁾

In het opzicht van plichten is de relatie tussen individu en de gemeenschap bij individuele rechten een andere dan bij sociale rechten. Omdat het bij individuele rechten gaat om de afscherming van het eigen vrijheidsgebied, staan er geen plichten tegenover. Tegenover de plicht van de ander mijn vrijheid te respecteren, staat geen plicht van mij. Het gaat er om dat de ander zich onthoudt van inbreuken ¹⁵⁾. Bij sociale rechten ligt dat anders. Daar kan tegenover de aanspraak een plicht staan. Meer in het algemeen kan worden gezegd dat participatierechten, zoals ik sociale grondrechten heb genoemd, naast aanspraken ook het bijdragen aan de samenleving inhouden ¹⁶⁾. Daarin verschillen zij van individuele rechten. Men kan, bijvoorbeeld met een beroep op individuele rechten, niet stellen dat tegenover het recht op gezondheidszorg geen eigen bijdrage behoort te staan. Zo'n stelling berust op een onjuist inzicht in het verschil tussen beide typen rechten.

Hoe hoog eigen bijdragen mogen zijn in verhouding tot het inkomen, is een vraag van sociaal beleid. Maar zij mogen niet zo hoog zijn dat de toegang tot of het gebruik van gezondheidsvoorzieningen

14) Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1927, pag. 77.

15) Ik laat buiten beschouwing wettelijk opgelegde verplichtingen en het zelf aanvaarden van inbreuken op eigen autonomie.

16) H. Leenen, Sociale grondrechten en gezondheidszorg, 1966.

er door zou worden belemmerd. Ik ga op deze problematiek verder niet in.

Bij de verdeling van de beschikbare gezondheidszorg is ook de vraag aan de orde of ieder ervaren gezondheidsprobleem een claim op de gemeenschap tot oplossing daarvan constitueert. Er nog van afgezien dat feitelijk niet aan alle vragen kan worden voldaan en dat waar niet is de keizer zijn recht verliest, moet naar mijn mening die vraag ontkennend worden beantwoord. Sociale grondrechten zijn naar hun aard gelimiteerd tot de beschikbare middelen en het recht op gezondheidszorg kent ook als aanspraak op de gemeenschap zijn grenzen.

De grens tussen behoeften waar de collectiviteit voor moet opkomen, en andere behoeften ligt naar mijn mening in het noodzakelijkheidsbeginsel. Iedereen heeft recht op de noodzakelijke gezondheidszorg, hoe moeilijk dat criterium ook te omschrijven en uit te werken is. Daar hebben de Commissie-Dekker en later de Commissie Keuzen in de zorg mee geworsteld.

Naast deze meer ethisch-juridische grens zijn er ook beperkingen mogelijk wanneer het gaat om het creëren van juridische aanspraken, in feite bij de vraag of zij in het verstrekkingspakket van de wettelijke ziektekostenverzekeringen moeten worden opgenomen. Bij de opname in dat pakket moet bijvoorbeeld ook worden overwogen of aan de (gelijke) aanspraken van alle rechthebbenden op redelijke wijze kan worden voldaan en kunnen draagkrachtproblemen en de verdeling van de lasten over de bevolking een rol spelen. De verhouding tussen de collectief en individueel gefinancierde zorg kan door dergelijke overwegingen worden beïnvloed en daaruit kan in omstandigheden een nadere begrenzing van het recht op gezondheidszorg voortvloeien.

Het is overigens goed er op attent te blijven dat het trekken van grenzen aan de overheidsverantwoordelijkheid en het recht op gezondheidszorg gemakkelijk kan doorschieten naar een sterkere begrenzing van de solidariteit dan gerechtvaardigd is.

Omdat het bij het recht op gezondheidszorg gaat om een instructienorm voor de overheid, wordt de inhoud van dat recht in belang-

rijke mate bepaald en begrensd door de staatstaak op dit gebied ¹⁷⁾. Vraag is dan voor welke gezondheidszorg de overheid op grond van het noodzakelijkheidsbeginsel moet opkomen.

Een omschrijving van die verantwoordelijkheid van de staat zou de volgende kunnen zijn:

a) Voorzieningen voor degenen die wegens ziekte of gebrek niet zelfstandig kunnen bestaan.

b) Beschikbaarheid van algemene gezondheidszorgvoorzieningen waarover iedere burger moet kunnen beschikken. Te denken valt bijvoorbeeld aan eerstelijnsgezondheidszorg en preventie, acute en normale medische zorg en zorg bij het einde van het leven.

c) Voorzieningen voor degenen die door aangeboren achterstand of door pech een ernstig medisch probleem of gebrek hebben, terwijl zij wel zelfstandig kunnen bestaan. De tegemoetkoming in hun behoeften kan niet anders dan partieel zijn. Het is geen eis van rechtvaardigheid dat de staat verschillen in gezondheid geheel 'compenseert', ook al kan men het 'onrechtvaardig' vinden dat door de natuur en andere factoren gezondheid en ongezondheid ongelijk zijn verdeeld ¹⁸⁾. Voor een belangrijk deel zal die tegemoetkoming plaats vinden door meer gebruik van de algemene voorzieningen, soms door het scheppen van specifieke hulpverlening.

Het lijkt niet goed mogelijk theoretisch prioriteiten tussen deze taken aan te geven, ook al heeft, zoals ook de Commissie-Dunning heeft betoogd, de categorie sub a) een groot gewicht.

Met een dergelijke omschrijving is het verstrekkingenpakket op grond van het noodzakelijkheidsbeginsel nog niet concreet vastgesteld maar wel het normatieve kader aangegeven waaraan dat pakket

17) Voorbij wordt gegaan aan de, op zichzelf niet onbelangrijke, vraag wat wel of niet tot de gezondheidszorg behoort. Uit het antwoord op die vraag zou een begrenzing, vergeleken met de thans gevoerde brede beleid in dit opzicht, kunnen voortvloeien.

18) Gelijkheid in gezondheid is niet te verwezenlijken. Wel moet de toegang tot noodzakelijke gezondheidszorg voor iedere burger aanwezig zijn binnen het kader van een in verhouding tot het inkomen redelijke lastenverdeling. In die zin werkt het gelijkheidsbeginsel ook in het recht op gezondheidszorg door.

moet voldoen ¹⁹⁾. Wat noodzakelijke gezondheidsvoorzieningen zijn, kan tot verschil van inzicht leiden. Naar mijn mening vormen daarbij de in paragraaf 3.1. besproken gezondheidkundige criteria en prioriteiten en de rechtvaardige verdeling van de beschikbare middelen de leidraad, ook al gaat het in laatste instantie om een politieke beslissing.

Bij de feitelijke uitwerking zal ook worden gestuit op het probleem van de verkregen rechten. Maar ik meen dat die niet zonder meer de doorslag mogen geven, in de eerste plaats omdat er 'onverkregen rechten' zijn, zoals eerder gesignaleerd ten aanzien van chronisch zieken en verpleeghuispatienten, en in de tweede plaats omdat het bestaande verstrekkingenpakket van de wettelijke ziektekostenverzekeringen niet systematisch op gezondheidkundige overwegingen is tot stand gekomen maar vooral ook door allerlei historische en machtsfactoren. Aan 'onverkregen rechten' die in het bestaande verstrekkingenpakket zijn onderbedeeld, zal - tijdelijk - een hogere prioriteit behoren te worden geven. Chronisch zieken thuis krijgen vaak onvoldoende hulp en het is soms beschamend hoe in verpleeghuizen mensen met onvoldoende verzorging en privacy aan hun einde komen.

Bij de discussie over wat tot het recht op gezondheidszorg behoort zijn ook nog andere factoren van belang.

Zo bestaat er naar mijn mening geen aanspraak op een voorziening die de oplossing van het gezondheidsprobleem niet of te weinig bewerkstelligt, dus niet-werkzame en niet-effectieve verrichtingen en hulp. Die behoeven dan ook niet te worden vergoed. In dat opzicht wijk ik enigszins af van de 'trechter van Dunning' die werkzaamheid als tweede criterium voorstelt ²⁰⁾. Niet-werkzame en niet-effectieve verrichtingen komen in mijn opvatting in het geheel niet voor zeving in aanmerking omdat er geen recht op bestaat. Men zou ook

19) Verder zijn ook de juridische aspecten en regels van par. 3.3. van belang.

20) Het rapport Keuzen in de zorg noemt een viertal criteria die achtereenvolgens moeten worden gehanteerd: 1) noodzakelijkheid van zorg, 2) werkzaamheid, 3) doelmatigheid en 4) voor eigen rekening en verantwoording komen.

kunnen zeggen dat werkzaamheid het eerste criterium is. Ook onnodige diagnostische en therapeutische verrichtingen vallen buiten het recht op gezondheidszorg en komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Voor het toepassen van onvoldoende effectieve methoden en (laten) doen van onnodige verrichtingen dragen de beroepsbeoefenaren verantwoordelijkheid. Op die verantwoordelijkheid kunnen zij worden aangesproken.

3.3. Sterker rechtskarakter van het recht op gezondheidszorg

Een sociaal grondrecht heeft, zoals in par. 2 gezegd, een juridisch - niet moreel - zwakker karakter dan individuele grondrechten. Dat komt omdat sociale grondrechten, anders dan individuele, afhankelijk zijn van de feitelijk beschikbare goederen, van schaarste dus. Een sociaal grondrecht kan naar gelang de economische groei van een land uitbreiden of krimpen. Dat betekent echter niet dat de aard en omvang van het verstrekkingenpakket voor de overheid een geheel vrije aangelegenheid zijn. De overheid is gebonden aan het in de vorige paragraaf genoemde normatieve kader.

In paragraaf 2 kwam ook de tendentie aan de orde om de sociale grondrechten, ook wel tweede generatie-grondrechten genoemd, als zodanig een sterker juridisch karakter te geven. Het rechtskarakter van aanspraken in het kader van sociale grondrechten wordt ook verstevigd door wettelijke regeling van aanspraken, door de rechtspraak en in internationaal verdragsrecht.

De nationale rechter heeft, zij het nog op bescheiden wijze, aan de juridische versterking van sociale grondrechten bijgedragen ²¹⁾. In de gezondheidszorg is dat hoofdzakelijk op meer indirecte wijze gebeurd. In de beide dotterzaken kreeg de aanspraak van de verzekerde een sterker profiel ²²⁾, de Rechtbank Den Haag veroordeelde de Staat tot een kostenvergoeding wegens niet beschikbaar zijn van

21) Heringa A, Sociale grondrechten, Hoofdstuk V.

22) Rechtbank Den Bosch d.d. 24 november 1989, TvGR 1990/9; Hof Den Bosch d.d. 2 juli 1990, TvGR 1990/81.

een verpleeghuisbed²³⁾.

In het internationaal verdragsrecht zijn verplichtingen voor de Staat ten aanzien van het recht op gezondheidszorg neergelegd. De International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) bevat in artikel 12 lid 2 dat recht als een instructienorm voor de overheid; in de Convenant is echter het individuele claimkarakter geaccentueerd doordat de plichten van de overheid een uitwerking zijn van het individuele recht op gezondheid in het eerste lid van dat artikel. In de Universal Declaration of Human Rights (1948) is in artikel 25 het recht op gezondheidszorg als een recht geformuleerd²⁴⁾. Dat is ook in het European Social Charter (1961) het geval (recht 13 en het daarmee corresponderende artikel 13). Omdat artikel 12 van het European Social Charter (right to social security) verwijst naar het, hierna te vermelden, ILO-Verdrag betreffende minimum-normen van sociale zekerheid, zijn die normen ook van toepassing op de ziektekostenverzekering voor zover die ook valt onder artikel 12. Al deze verdragen zijn door Nederland getekend en geratificeerd. Dat betekent dat Nederland is 'bound by the obligations laid down in the following Articles and paragraphs' (Inleiding Part II European Social Charter) en dat het is overeengekomen de rechten te onderwerpen 'only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare...' (art. 4 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Voorts wijs ik op art. 3 van de Convention on Human rights and biomedicine (1996) van de Raad van Europa waarin 'equitable access to health care of appropriate quality' is neergelegd. De rechter kan aan dergelijke verdragsbepalingen refereren.

Nederland heeft voorts de Declaration on the promotion of patients'rights in Europe van de WHO, Regional Office for Europe, onderschreven die bevat in art. 5 het recht op gezondheidszorg.

23) D.d. 11 maart 1992, TvGR 1993/32.

24) Als onderdeel van 'the right to a standard of living adequate for the health and well-being...!.

Het recht op gezondheidszorg komt via de sociale zekerheid ook in andere internationale verdragen aan de orde. In de ILO-verdragen betreffende ziekteverzekering van arbeiders in de industrie en de handel en van huispersoneel (Trb. 1957, 27) en betreffende de ziekteverzekering van landarbeiders (Trb. 1957, 28) zijn bepalingen opgenomen over het invoeren van een verplichte ziektekostenverzekering met recht op onder meer geneeskundige verzorging voor bepaalde categorieën werknemers. Het verstrekkingenpakket moet omvatten behandeling door een geneeskundige, het verstrekken van geneesmiddelen en van therapeutische middelen. De verdragen bestrijken een belangrijk deel van de bevolking. De Raad van State concludeerde op grond daarvan dat bijvoorbeeld tandheelkundige zorg en extramuraal geneesmiddelen niet van de verplichte ziektekostenverzekering mogen worden uitgesloten ²⁵⁾. Het ILO-Verdrag betreffende de prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten (Trb. 1966, 137) bevat verplichtingen en aanspraken (o.a. tandheelkundige zorg, tandheelkundige, farmaceutische en andere medische of chirurgische verstrekkingen (prothesen) en paramedische hulp) die gevolgen hebben voor het nationale verstrekkingenpakket ²⁶⁾. Het ILO-Verdrag betreffende minimum-normen van sociale zekerheid (Trb. 1953,69) verplicht de Staat aan beschermde personen verstrekkingen te waarborgen als geneeskundige zorg van preventieve of curatieve aard noodzakelijk is. Ook hier omvatten de beschermde personen een groot deel van de bevolking.

Voorts is er de Europese Code inzake sociale zekerheid van de Raad van Europa van 1964 (Trb. 1965, 47). Deze code is in 1990 herzien, maar die herziening is nog niet van kracht ²⁷⁾. In Part II van de herziene code is de medical care neergelegd. De bepalingen van dat deel hebben (optioneel) betrekking op werknemers en hun echtgenoten en kinderen of alle economisch actieven en hun echtgenoten

25) Advies over Wet stelselwijziging ziektekostenverzekering tweede fase d.d. 8 maart 1990, Tweede Kamer 1989-1990, 21592, B, p. 18.

26) Raad van State, o.c. p. 23.

27) De partijen kunnen onderdelen van de code optioneel aanvaarden.

en kinderen of alle inwoners (art. 9)²⁸⁾. Dat betekent dat onder Part II een groot deel van de bevolking valt²⁹⁾. De voorzieningen betreffen intra- en extramurale zorg, noodzakelijke geneesmiddelen, opname in een inrichting, tandheelkunde, revalidatie en ziekenvervoer (art. 10 lid 1). Eigen bijdragen zijn mogelijk, zij het dat die geen te zware last mogen vormen en de medische en sociale bescherming niet minder doeltreffend mogen maken (art. 10 lid 2).

Door al deze verdragen is voor grote delen van de bevolking het recht op gezondheidszorg naar karakter van de verzekering (verplicht) en naar verstrekkingenpakket geconcretiseerd. De Staat heeft zich aan die verdragen gebonden. Zij moeten dus doorwerken op nationaal niveau. De rechter kan er naar verwijzen en er zijn gevallen waarin hij aan verdragen kan toetsen.

Zie bijvoorbeeld de in paragraaf 2 (noot 7) vermelde (nog niet gepubliceerde) uitspraak van de Centrale Raad van Beroep d.d. 29 mei 1996.

Zoals in paragraaf 2 ook al aan de orde kwam, kan het rechtskarakter van sociale grondrechten soms worden versterkt door een beroep op individuele grondrechten, zoals die in de Grondwet en internationale verdragen zijn neergelegd. Daar werd de schending van de privacy bij ernstige milieu-vervuiling genoemd (zaak-Ostra). Voor de gezondheidszorg zou men ook kunnen denken aan het recht op leven, het recht op lichamelijke integriteit, het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatie-beginsel.

Het beroep op die rechten zou rechtstreeks kunnen gebeuren of via de zogenoemde complementariteit tussen beide typen grondrechten³⁰⁾. Bij complementariteit zou moeten worden aangetoond dat het individuele recht niet kan worden gehandhaafd zonder de voorziening op grond van het recht op gezondheidszorg. Die weg is moei-

28) In beperkte mate kunnen uitzonderingen worden gemaakt, gerelateerd aan percentages van de betreffende groepen.

29) Temeer omdat ook voormalige werknemers of economisch actieven met een invaliditeits- of pensioenuitkering, inclusief weduwen en wezen, er met hun gezinsleden onder vallen.

30) H. Leenen, Handboek Gezondheidsrecht, deel I, Hoofdstuk II par. 1.

lijk. Een individueel recht is namelijk een afweerrecht. Maar het kan zijn dat maatregelen van een ander nodig zijn om schending van een individuele recht te voorkomen.

Een rechtstreeks beroep zou bijvoorbeeld op het gelijkheidsbeginsel of non-discriminatie-beginsel kunnen worden gedaan. Het gaat daarbij in wezen om gelijke behandeling. Er is dus een vergelijking nodig. De Rechtbank te Den Haag in de eerder genoemde verpleeghuiszaak deed een beroep op het gelijkheidsbeginsel.

Het recht op leven kan bij dringende en spoedeisende hulp in het geding zijn. Verder zou in omstandigheden ten opzichte van de Staat een beroep kunnen worden gedaan op art. 3 EVRM (onmenselijke of vernederende behandeling), bijvoorbeeld indien wegens ontbreken van zorgmogelijkheden het zorgniveau zover daalt dat zwakzinnige of psychogeriatrische patiënten worden vastgebonden. Indien de inrichting kan aantonen dat de beschikbare middelen doelmatig zijn besteed, zou op de zorgplicht van de Staat ten aanzien van art. 3 EVRM een beroep denkbaar zijn.

Er ligt, ook al blijft er in internationale verdragen ruimte voor aanpassing aan de nationale omstandigheden en ook al zijn sociale grondrechten zwakker dan individuele, onder belangrijke delen van het recht op gezondheidszorg een steviger juridische basis dan soms wel wordt aangenomen. Een aantal internationale regelingen gelden weliswaar niet voor alle burgers, maar wel voor het grootste deel daarvan. Op grond van het gelijkheidsbeginsel kan worden betoogd dat ook de andere burgers gelijke rechten op gezondheidszorg hebben. De UN-verdragen, het European Social Charter en de Convention on Human rights and biomedicine van de Raad van Europa betreffen zonder meer alle burgers.

4: RECHT OP GEZONDHEIDSZORG IN DE GEZONDHEIDSZORG

Het recht op gezondheidszorg omvat, zoals gezegd, het recht op een goede kwaliteit van zorg en op toegankelijkheid van zorg, zowel feitelijk als financieel. Het moet binnen het geschetste normatieve kader naar de praktijk worden vertaald. In deze paragraaf komt deze toepassing aan de orde. Op een aantal aspecten daarvan zal worden ingegaan, te weten de kwaliteit van zorg, wachtlijsten en voorrang en het stelsel van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering.

4.1. Kwaliteit van zorg

Kwaliteit is een basisvereiste voor gezondheidszorg en daarmee een element van het recht op gezondheidszorg³¹⁾. Vanwege de beperktheid van de voor de gezondheidszorg beschikbare middelen bestaat het risico dat de kwaliteit onder druk komt te staan. De betrokken partijen (beroepsbeoefenaren, zorginstellingen, verzekeraars) behoren dat te voorkomen en de overheid is, o.a. op grond van artikel 22 GW, gehouden maatregelen te treffen om de kwaliteit te verzekeren. De patiënt mag de kwaliteit van de zorgverlening verwachten en hij kan die claimen op basis van zijn recht op gezondheidszorg en zijn, veelal contractuele, rechtsbetrekking met de hulpverlening (art. 7:453 BW). Ook de artikelen 10 en 11 van de modelregeling arts-patiënt, opgesteld door de KNMG en het Landelijk Patiënten- en Cliëntenplatform (1990), bevatten het recht van de patiënt op kwalitatief goede zorg.

Het gaat bij kwaliteit niet alleen om de medisch-technische kanten. Kwaliteit van zorg heeft ook betrekking op de wijze van hulpverlening, de interprofessionele samenwerking, de effectiviteit, de afstemming op de behoeften van de patiënt, de omgang met de patiënt en het respecteren van diens rechten, de accommodatie waarin de zorg wordt verleend, het functioneren van de instelling inclusief het

31) Zie over dit onderwerp uitvoeriger H. Leenen, Handboek Gezondheidsrecht, deel II, Hoofdstuk VIII par. 1. Daar is ook een literatuur-opgave te vinden.

management, de bereikbaarheid van de zorg, de service en het voorkomen van tijdverlies bij de patiënt door onvoldoende patiëntgerichte organisatie, het voorkomen van verspilling door onnodig onderzoek en verwijzing, de kwaliteit van de gebruikte middelen en de aansluiting tussen de onderscheiden zorgsystemen. Kwaliteit, kortom, wordt uitgemaakt door het geheel van mensen, relaties, middelen en institutionele kaders dat bij de zorg betrokken is.

Voor de kwaliteit van de hulpverlening is in de eerste plaats de persoon of instelling die de hulp verleent, verantwoordelijk. Daarbij moet worden voldaan aan het goed hulpverlenerschap (de medisch-professionele standaard) en de overige beroepsplichten. In zorginstellingen zullen beroepsgroepen samen met de instelling de bevordering en bewaking van de kwaliteit van de dienstverlening ter hand moeten nemen en zorg dragen voor de aanwezigheid en het functioneren van toetsingsmechanismen.

De zorginstellingen dragen een eigen verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de hulpverlening, de door de instelling ter beschikking gestelde middelen, de bevordering van bijscholing, de handhaving van de rechten van de patiënt, de doelmatigheid, het functioneren van de hulpverlening, de interprofessionele samenwerking en de aansluiting met andere vormen van zorgverlening.

De BIG bestrijkt de individuele beroepsbeoefening, de Wet Kwaliteit Zorginstellingen (WKZ) heeft betrekking op instellingen, ook als die door een natuurlijke persoon in stand wordt gehouden. Ook vallen er onder individuele beroepsbeoefenaren die gezamenlijk gezondheidszorg verlenen (art. 1, eerste lid onder c, 2e). Te denken valt bijvoorbeeld aan een gezondheidscentrum of een groepspraktijk die geen rechtspersoonlijkheid bezitten. De samenwerking moet zijn gericht op verlenen van zorg. Dat is niet het geval als uitsluitend gebruik wordt gemaakt van hetzelfde gebouw of dezelfde administratie. Incidentele samenwerking valt niet onder de WKZ. Op een op hulpverlening gericht samenwerkingsverband van individuele beroepsbeoefenaren zijn dus zowel de BIG als de WKZ van toepassing. De uit de WKZ voortvloeiende verplichtingen richten zich tot ieder van de deelnemers in een dergelijk verband.

De WKZ bestrijkt alle instellingen die zorg verlenen zoals die in de Ziekenfondswet, AWBZ en de Wet op de bejaardenoorden is neer-

gelegd, ongeacht of die instellingen uit die wetten worden bekostigd³²⁾. Bij AMvB kunnen ook andere vormen van hulpverlening worden aangewezen.

De instelling moet voorzieningen treffen voor het verstrekken van verantwoorde zorg, dat is zorg van goed niveau, die in ieder geval doelmatig en patiëntgericht is en is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt (art. 2). Naast de organisatie van de zorgverlening moeten systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit plaats hebben (artt. 3 en 4). Daaronder valt het verzamelen en registreren van gegevens over de kwaliteit, het systematisch toetsen en het zonedig aanbrengen van veranderingen (art.4). Verder moeten de patiënten/consumenten bij het kwaliteitsbeleid worden betrokken en moet jaarlijks een kwaliteitsverslag worden gemaakt dat ter openbare inzage ligt en wordt toegezonden aan de minister, de inspecties respectievelijk de toezichhouders op de bejaarden-oorden en aan de organisatie die in de regio de belangen van de patiënten in algemene zin behartigt (art.5). In het verslag moet worden aangegeven op welke wijze de patiënten/consumenten bij het kwaliteitsbeleid zijn betrokken, en verslag worden gedaan van de toetsingen en van de gevolgen die zijn verbonden aan klachten en meldingen over de kwaliteit van de verleende zorg. Bij AMvB kunnen nadere regels worden gesteld (art. 6).

Als een beroepsbeoefenaar in een ziekenhuis niet voldoet aan de in de BIG gestelde eisen, verleent de instelling geen verantwoorde zorg. Zij kan daarop worden aangesproken. De instelling zal dan dus maatregelen tegen de beroepsbeoefenaar moeten nemen. De instelling kan zelfs een aanwijzing of bevel krijgen. In de aanstellings- of toelatingsovereenkomsten zal met deze verantwoordelijkheid van de instelling op grond van de WKZ rekening moeten worden gehouden. De WKZ werkt volgens het systeem van geconditioneerde zelfregulering, waarbij de overheid instrumenten houdt om de ontwikkeling normatief en in wijze van uitvoering te leiden en zonedig kan ingrijpen.

Ook de financiers van de gezondheidszorg (verzekeraars) hebben een verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorgverlening

32) Bij AMVB kunnen uitzonderingen worden gemaakt.

(goed medewerkerschap, goed verzekeraarschap). Zij contracteren dan wel betalen ten behoeve van de verzekerden. In de overeenkomsten met de zorgverleners of op grond van betaling hebben zij te bedingen dat de geleverde diensten aan kwaliteitseisen voldoen. De rol van de verzekeraars is niet zonder problemen met name als zij zich instellen op marktwerking waarbij de kwaliteit in het gedrang kan komen. Contracteren van kwaliteit hoeft niet te stroken met de economische bedrijfsvoering van de verzekeraars en mikken op goedkope zorg kan aan de kwaliteit afbreuk doen. In dit verband is het van belang er op te wijzen dat in het kader van de wettelijke ziektekostenverzekeringen verzekeraars ten aanzien van wettelijk geregelde verstrekkingen gebonden zijn aan de wettelijke aanspraken en omschrijvingen van de te leveren zorg.

In het kader van de kwaliteit moet ook worden gewezen op het medisch tuchtrecht en de wettelijke regelingen betreffende de kwalificatie beroepsbeoefenaren (BIG), geneesmiddelen, hulpmiddelen en bloed. Ook in wetten met een ander onderwerp dan kwaliteit zijn kwaliteitsbepalingen opgenomen, zoals bijvoorbeeld art. 29, derde lid, van de Wet orgaandonatie (1995) en art. 7:453 BW (geneeskundige behandelingsovereenkomst, 1994) dat de hulpverlener verplicht om de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen. Ook het civiele en het strafrecht en klachtenprocedures hebben invloed op de kwaliteit van het medisch handelen. Het Staatstoezicht op de Volksgezondheid heeft in het toezicht op de kwaliteit (sbewaking) een belangrijke functie.

4.2. Wachtlijsten en voorrang

Ook al betekent het recht op gezondheidszorg, afgezien van acute gevallen, niet altijd recht op onmiddellijke zorg, de zorg moet goed toegankelijk zijn. Bij wachtlijsten is die toegankelijkheid in het geding.

Wachten kan worden veroorzaakt door de beperktheid van de beschikbare middelen maar ook doordat er vaak een zeker verschil bestaat tussen de vraag en de mogelijkheid om aan die vraag op dat moment te voldoen. In het eerste geval zijn wachtlijsten bij noodzakelijke zorg in principe onaanvaardbaar en moet in ieder geval

binnen redelijke tijd behandeling beschikbaar zijn, in het tweede geval gaat het meer om het aanbrengen van een ordening in de zich aanbiedende patiënten en blijft de wachttijd beperkt. Het hierna volgende beperkt zich tot wachtlijsten van het eerste type bij noodzakelijke gezondheidsvoorzieningen ³³⁾.

Het centrale probleem bij wachtlijsten is dat de patiënt, naarmate hij langer moet wachten, langer zijn ziektelast zonder de benodigde hulp moet dragen terwijl hij recht op zorg heeft en de aanspraken in het kader van de ziektekostenverzekering, dit er nog van afgezien dat uitstel van behandeling tot hogere kosten later kan leiden.

Voor een deel zijn wachtlijsten onnodig. Zij zijn niet alleen het gevolg van een tekort aan middelen en organen, maar ook van gebrek aan organisatie en efficiency in de hulpverlening, van onvoldoende gebruik van de beschikbare faciliteiten, van onnodige medische verrichtingen die een onnodig beslag leggen op menskracht en middelen, van onvoldoende beleid en coördinatie tussen de betreffende instellingen van gezondheidszorg e.d. Ook belangen van hulpverleners, bijvoorbeeld de toekenning van budgetten, kunnen van invloed zijn.

Hulpverleners en hulpverlenende instellingen hebben de plicht wachtlijsten zoveel mogelijk te voorkomen. Daarvan afgeleide plichten zijn onder andere: inzet om patiënten zo spoedig mogelijk te helpen, doelmatige besteding van de beschikbare middelen, doelmatig organiseren van de zorg en geen onnodige verrichtingen (laten) doen.

Ziekenfondsen hebben een rol o.a. op grond van art. 13 Ziekenfondswet dat hen verplicht maatregelen te nemen ter voorkoming van onnodige verstrekkingen en onnodige uitgaven.

Ook de overheid is gerechtigd maatregelen te nemen om verspilling in de gezondheidszorg te voorkomen.

Bij wachtlijsten, de verdeling van de schaarse middelen in de

33) Op de criteria voor de selectie van patiënten wordt niet ingegaan. Zie daarover en over wachtlijsten verder H. Leenen, Handboek Gezondheidsrecht, Gezondheidszorg en recht, deel II, Hoofdstuk V par. 2.

gezondheidszorg, spelen het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het gelijke recht op toegang tot de gezondheidszorg een rol ³⁴⁾. Alle burgers hebben recht op gelijke toegang tot de gezondheidszorg en op een gelijke kans op medische behandeling als niet aan alle behoeften kan worden voldaan.

Voorrang voor bepaalde groepen is niet aanvaardbaar en zou, zeker als het om grotere groepen voorrang-krijgers zou gaan, de wachttijden voor de anderen aanmerkelijk verlengen. Bij voorrang voor bijvoorbeeld werknemers zouden bejaarden en niet werkende chronisch zieken die vaak juist een grote behoefte aan gezondheidszorg hebben, ernstig de dupe worden. Meer in het algemeen gezegd, de lasten zouden worden gelegd bij degenen die toch al in een nadeelpositie verkeren. Bovendien kan uitstel van behandeling bij chronisch zieken en bejaarden betekenen dat daarna hun beroep op de gezondheidszorg groter wordt waardoor de schaarste nog zou worden verergerd.

De verzekerden houden tezamen via premiebetaling het stelsel van gezondheidszorg financieel in stand. Voorrangsregelingen zouden betekenen dat bepaalde verzekerden méér van dat stelsel zouden profiteren ten koste van de andere patiënten die volledig meebetalen voor de instandhouding van de voorzieningen en, als het ouderen betreft, hun hele leven meebetaald hebben. Verzekeraars behoren daaraan niet mee te werken. Bovendien zouden de benadeelden de verzekeraar er op kunnen aanspreken als zij bepaalde groepen van hun verzekerden zouden bevoordelen ten koste van en mede op kosten van de andere verzekerden.

Voorrang kan voortvloeien uit wensen van werkgevers, uit collectieve contracten tussen bedrijven en ziektekostenverzekeraars, uit extra zorginkoop door verzekeraars en uit bedrijvenpoliklinieken ³⁵⁾.

Over voorrang van werknemers is discussie ontstaan sinds vanwege de invoering van de Wet terugdringing ziekteverzuim per 1 januari 1994 werkgevers een deel van de kosten van ziekteverzuim van

34) Art. 1 Grondwet; art. 26 BUPO; Wet gelijke behandeling.

35) Ik laat voorrang bij privé-klinieken buiten beschouwing.

werknemers voor hun rekening moeten nemen. Druk om voorrang kan ook uit de verzekeringshoek komen omdat risico's (ziekte, arbeidsongeschiktheid) bij hen verzekerd zijn ³⁶). Bovendien nemen verzekeraars belangen in Arbodiensten. Tegen voorrang voor werknemers zijn vele bezwaren aan te voeren en de regering heeft zich in 1997 er duidelijk tegen uitgesproken.

Tegen collectieve contracten kan, afgezien van andere bezwaren, ook worden aangevoerd dat zij meestal premiereductie inhouden, op grond waarvan, indien men enkel financieel zou redeneren, men eerder zou moeten stellen dat degenen die onder zo'n contract vallen, minder aanspraak hebben omdat zij minder betalen. Bij voorrang op grond van een collectief contract moeten de anderen langer wachten en meer betalen.

Bij bedrijvenpoliklinieken wordt wel gesteld dat die de overige zorg ontlasten. Nog buiten beschouwing gelaten dat bedrijvenpoliklinieken ook de extra kosten, inclusief de zogenoemde beschikbaarheidskosten die uit het totaal van de premies worden gefinancierd, zouden moeten betalen, betekent eerder diagnose in de praktijk eerdere behandeling. Daardoor ontstaat voorrang. Het argument dat de overige zorg wordt ontlast, geldt veelal niet omdat voorrang juist wordt nagestreefd bij voorzieningen waar een capaciteitstekort is. Er wordt juist beslag gelegd op schaarse voorzieningen en men kan schaarse hulpverleners niet alsmaar inzetten. Andere problemen van bedrijvenpoliklinieken zijn het risico van behandeling op andere dan medische criteria, het mogelijk interveniëren in de relatie tussen huisarts en patiënt en tussen specialist en patiënt en druk op de vrijheid van de patiënt.

Voorrang voor werknemers wordt ook wel bepleit op sociaal-medische gronden. Nog afgezien van de definiëring van dat begrip, als men sociaal-medische gronden als voorranggrond zou accepteren, zouden vooral chronisch zieken en care-patiënten voorrang moeten krijgen.

Wachlijsten hebben te maken met de macro-allocatie van de be-

36) Maatregelen buiten de gezondheidszorg hebben vaak gevolgen voor de gezondheidszorg. Ook in dit geval van privatisering elders wordt de gezondheidszorg weer met effecten opgezadeld.

schikbare middelen en prioriteiten. Feitelijk spelen daarbij presiegroepen een niet onbelangrijke rol; minder luidruchtige groepen worden gemakkelijk onderbedeeld. Decisionmaking by decibels leidt niet tot een rechtvaardige verdeling van schaarse gezondheidszorg³⁷⁾.

Voor de oplossing van het dilemma dat er meer patiënten moet worden geholpen dan mogelijk is, bestaat geen materiële rechtvaardigheidstoets; het is niet rechtvaardig dat iemand geen behandeling krijgt en ook niet dat een ander die wel krijgt. Er is geen goede keuze, alleen een minst slechte. Het gaat om het zoveel mogelijk beperken van onrechtvaardigheid. Bij een tekort aan middelen kan niemand claimen dat hij of zij een speciaal recht heeft of dat de arts speciaal aan hem of haar het middel moet geven; ieder die aanspraak heeft, heeft een gelijke claim. Doch niet alle claims kunnen worden gehonoreerd. In een dergelijke situatie is ook de procedurele rechtvaardigheid van belang, namelijk een beslissingsprocedure van fair play met gelijke kansen bij de toedeling van het schaarse goed.

In verband met wachtlijsten is het nuttig er op te wijzen dat op grond van de Ziekenfondswet en de AWBZ de verzekerde juridisch aanspraak heeft op de verzekerde zorg³⁸⁾. De verzekeraar kan die wettelijke aanspraken, bijvoorbeeld in de privaatrechtelijke overeenkomsten met hulpverleners, niet beperken³⁹⁾. Daar doet de budgetproblematiek van instellingen en budgettering van verzekeraars niet

37) De term is van J. Comaish, How to set priorities in medicine, The Lancet, 1976, 4, 512.

38) Op de jurisprudentie ten aanzien van aanspraken en wachttijden wordt niet ingegaan.

39) Meulemans E, De zorgplicht van de staat, TvGR 1995,3, 265; Most J. van der, De zorgplicht en zijn grenzen, Zorg en Verzekering, 1995, maart, 96-108; Sijmons J, De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis, TvGR 1995,6, 322-345; Roscam Abbing H, Noot onder President Rechtbank Maastricht d.d. 30 maart 1995, TvGR 1995/46, TvGR 1995,5, 327-328; id, De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis in een publiekrechtelijk jasje, TvGR 1995,6, 346-347.

aan af ⁴⁰⁾. De zorgverzekeraar moet het recht van de verzekerde verwezenlijken door het sluiten van voldoende overeenkomsten met aanbieders en voor het aanvaarden van wachttijden is, zoals hierboven gezegd, maar beperkte ruimte. Soms kan de verzekeraar een beroep doen op overmacht; dat werd door de rechter aanvaard bij een tekort aan verpleeghuisbedden, echter met veroordeling van de Staat in de kosten van verder ziekenhuisverblijf ⁴¹⁾.

Uitgangspunt is dat het tekort niet ten laste van de patiënt behoort te komen maar voor rekening is van de verzekeraar die voor wettelijk verzekerden ook op grond van de wet zorg moet dragen dat de verzekerde zijn aanspraken tot gelding kan brengen (art. 8 juncto art. 44 Ziekenfondswet) ⁴²⁾.

40) Er bestaat een spanning tussen het budgetsysteem en de aanspraken uit de wettelijke ziektekostenverzekeringen. Dat is bij de invoering van het budgetsysteem reeds opgemerkt o.a. door A. v.d. Eyden, Budgettering gezondheidsrechtelijk gezien, TvGR 1984,3,105-116, en H. Roscam Abbing, Budget en protocol, Tijdschrift voor Sociale Gezondheidszorg, 1984,16, 630-634. Aan die waarschuwingen is echter geen aandacht besteed.

41) Rechtbank Den Haag d.d. 18 juni 1987, TvGR 1987/62.

42) Zie ook G. de Groot, Wachttijden in de gezondheidszorg. De rechter in kort geding kan wel in het kader van de belangenafweging het belang van andere wachtende patiënten meewegen.

Hulpverleners kunnen bij wachtlijsten en met name de selectie van patiënten die op de wachtlijst staan, in een moeilijke positie komen⁴³⁾. Het selecteren van een patiënt die op de wachtlijst staat, (mede) door de behandelend arts van de patiënt past niet in het goed hulpverlenerschap van art. 7:453 BW (WGBO), de medisch-professionele standaard. Het goed hulpverlenerschap is gericht op het belang van de betreffende patiënt; die is, als hij op de wachtlijst staat, geïndiceerd voor de behandeling en de arts moet dus alles in het werk stellen dat de patiënt die krijgt. Gevers heeft er terecht op gewezen dat de beslissing van het selecteren van patiënten die op de wachtlijst staan, geen medisch-professionele aangelegenheid is, ook al spelen medische factoren bij selectie een doorslaggevende rol. Men zou wel kunnen zeggen dat de vaststelling van die medische factoren op een medisch-professionele wijze moet geschieden.

Hoe is de situatie als het budget is uitgeput? Naar mijn oordeel kan van een arts niet worden gevergd dat hij vanwege de uitputting van het budget onder de medisch-professionele standaard gaat werken respectievelijk patiënten die hulp nodig hebben, in de kou laat staan⁴⁴⁾. Voorwaarden zijn uiteraard wel dat hij zuinig met het budget is omgegaan en de zorg doelmatig is georganiseerd. De arts dient op te komen voor zijn patiënt en het niveau van zijn beroepsbeoefening. Hij kan zich daarbij beroepen op art. 7:453 BW (WGBO) over het goed hulpverlenerschap, de medisch-professionele standaard waaraan hij moet voldoen. Het spreekt vanzelf dat andere overwegingen dan

43) Naar mijn oordeel behoort een arts bij beperkt budget niet te weigeren een behandelingsovereenkomst aan te gaan. De WGBO slaat niet op het aangaan van de overeenkomst. Art. 3 lid 1 van de modelregeling die tussen KNMG en LPCP is overeengekomen, gaat uit van een acceptatieplicht van de arts maar kent in lid 2 een uitzondering als het verzoek van de patiënt redelijkerwijze niet van de arts kan worden gevergd. Daarbij is echter niet aan het budget gedacht maar aan het niet bevoegd of bekwaam zijn van de arts en de aanwezigheid van verwachting dat er geen vertrouwensrelatie kan ontstaan. De gezondheidstoestand van de patiënt is geen weigeringsmotief (lid 3). Daarbij komt dat de verzekerde recht heeft op behandeling en de verzekeraar daaraan voldoet door de medewerkers-overeenkomst met de arts.

44) Het is wel aanvaardbaar dat hij een minder dure behandelingswijze kiest als dat medisch-professioneel is te verantwoorden.

de genoemde uiteraard geen rol kunnen spelen.

Als het budget ondanks verantwoord beheer ontoereikend is, is dat een zaak van het macro- en meso-niveau. Die problematiek dient niet op de individuele arts te worden afgewenteld.

Als met de patiënt een behandeling is overeengekomen, moet die ook worden uitgevoerd. In een zaak in kort geding voor de rechtbank te Utrecht werd het ziekenhuis veroordeeld tot nakoming van de behandelingsovereenkomst die betrekking had op een dubbelzijdige longtransplantatie ⁴⁵⁾. Een beroep op overmacht werd verworpen. Een overeenkomst tot behandeling kan niet terzijde worden gesteld omdat zich een patiënt met een hogere prioriteit meldt. Dat zou alleen kunnen als daar een afspraak over zou zijn gemaakt en wellicht in zeer bijzondere omstandigheden. Een behandelingsovereenkomst met een patiënt reduceert de kansen voor een andere patiënt.

4.3. Stelsel van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering

Uit de gegeven beschouwingen vloeien normatieve en juridische toetsingscriteria voort voor het stelsel van gezondheidszorg en de ziektekostenverzekering. In dat stelsel wordt aan (aspecten van) het recht op gezondheidszorg vorm gegeven. Er kan echter niet rechtlijnig één systeem van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering uit worden afgeleid. Bij het feitelijk voldoen aan het recht op gezondheidszorg door de overheid spelen beleid en keuzen een rol. Maar welke keuzen ook worden gemaakt, zij moeten passen binnen het geschetste normatieve kader. Deze paragraaf bevat beschouwingen over gezondheidszorgstelsel en ziektekostenverzekering in Nederland in dat licht.

Het beleid ten aanzien van het stelsel van gezondheidszorg en ziektekosten in ons land vertoont al geruime tijd een uitermate inconsistent karakter, zoals de geschiedenis laat zien. Alleen al in het laatste decennium is dat beleid een aantal keren grondig veranderd. De gezondheidszorg is een roeiboortje geworden dat heen en

45) Pr. Rechtbank te Utrecht d.d. 20 mei 1991, TvGR 1991/53.

weer wordt gezwiept in het kielzog van het zwalkende schip van Staat. Dat heeft niet alleen beleidsmatig en in de regelgeving maar ook in het functioneren van de gezondheidszorg en de afstemming op volksgezondheidsdoelen tot grote problemen geleid.

Het is in Nederland niet gelukt tot een adequaat stelsel van gezondheidszorg te komen. Pogingen via o.a. de Commissie-Festen (1973) en de daarop gebaseerde Structuurnota gezondheidszorg van 1974 en van de Commissie-Dekker (1987) hebben niet tot het gewenste resultaat geleid ⁴⁶⁾. Er gebeurde wat met een kaas en muizen gebeurt: elke muis hapt een stukje weg en op een gegeven moment is de hele kaas verdwenen ⁴⁷⁾.

Het uit de weg gaan van beslissingen in een eerdere fase leidt tot grotere ingrepen - en meer kosten - in latere fasen. Dat wordt ten aanzien van het stelsel van gezondheidszorg ook steeds meer zichtbaar. Niettemin is men niet verder gekomen dan wat gemetsel in de marge. De problemen zijn niet opgelost, zelfs toegenomen en de verbrokkeling gaat steeds verder. Zo is nu weer de thuiszorg in twee stukken geknipt. Dat zal ook weer tot afschuiven en meer bureau-

46) Dat de gezondheidszorg door de Commissie-Dekker werd overgelaten aan de markt, zoals nog al eens wordt beweerd, kan iemand die het rapport heeft bestudeerd, niet staande houden.

Het rapport begint met de plicht van de overheid het recht op gezondheidszorg te garanderen. Over de marktwerking twee citaten: 'Een van de middelen hiertoe is versterking van de marktgerichtheid... De commissie acht handhaving van de solidariteit en rechtvaardigheid, die met recht hoofdkenmerken zijn van het huidige stelsel, van essentieel belang.'(p. 9). 'Marktwerking is geen doel op zich en zal in de zorg slechts op bijzondere wijze en in beperkte mate toepassing kunnen vinden.'(p. 32).

47) Voor het mislukken van de beide genoemde plannen zijn allerlei oorzaken te noemen, zoals: het uit elkaar trekken van de systematiek van de voorstellen en het los daarvan behandelen van onderdelen, de eigen sporen die de ambtelijke bureaucratie trok, de autonome opstelling en belangenbehartiging van de gezondheidszorgorganisaties en het feit dat de verandering niet binnen de voor een verandering beschikbare psychologische tijd tot stand kwam. Zie daarover Leenen H, Sturen van de gezondheidszorg, Ned. T.v. Geneeskunde, 1989,20, 1020-1025.

In de huidige situatie zijn ook overtrokken deregulering en privatisering en de aanbidding van het dogma van de markt oorzaken van het niet tot stand komen van een adequaat stelsel.

cratie leiden. De problemen zijn al begonnen.

Wat wel veranderde was een enorme groei van de bureaucratie, ook wel management geheten, zowel bij overheid als in de private sector. Daardoor nam de flexibiliteit in en rond het stelsel nog verder af en werden particularistische standpunten versterkt.

In een incoherent stelsel krijgt bureaucrativering een extra impuls. Dan doen zich telkens weer separate problemen voor en besluit men aparte regelingen en structuren in het leven te roepen die weer nieuwe bureaucratie met zich meebrengen. Een voorbeeld is de WTZ en de standaardpakketpolis. Bij een goed verzekeringsstelsel is die regeling niet nodig.

Hoe de bureaucratie kan toeslaan is ook zichtbaar bij het persoonsgebonden budget. Het is werkelijk ongelofelijk hoe de beleidsmakers - van overheid en particuliere organen - het voor elkaar hebben gekregen om het pgb bureaucratisch te compliceren en te verstarren.

De bureaucratie heeft zich steeds meer als een kankergezwell in de Nederlandse gezondheidszorg ontwikkeld en die verder verlamd. Het reduceren daarvan is een aparte opgave geworden. Zij kost heel veel geld dat niet voor zorg beschikbaar is ⁴⁸⁾

4.3.1. Eenheid van stelsel

Het stelsel van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering moet zodanig zijn ingericht dat het op doelmatige wijze is afgestemd op optimale bevordering van gezondheid en hulp bij ziekte en gebrek. Organisatie en ziektekostenverzekering zijn instrumenten van volksgezondheidsbeleid. Dat lijkt in Nederland langzamerhand te worden vergeten. Economische en andere belangen voeren sinds enige tijd veel te veel de boventoon.

48) Een zekere mate van bureaucratie is natuurlijk nodig. Maar zoals Max Weber in het begin van deze eeuw al heeft uiteengezet moet er een directe relatie bestaan tussen het doel en de interne doeltreffendheid van de organisatie in het bereiken van het doel.

Een tweede uitgangspunt is dat het recht op gezondheidszorg zoals dat in de voorgaande paragrafen is beschreven, binnen dat stelsel moet worden gerealiseerd. Het gaat om een ongedeeld recht dat voor alle burgers gelijkelijk geldt.

Volksgezondheidsoverwegingen, het ongedeeld recht op gezondheidszorg en de noodzaak het stelsel te kunnen sturen naar de gestelde doelen vergen een coherent stelsel. Daarvoor pleiten ook argumenten van doelmatigheid en flexibiliteit. Dat betekent een structuur die samenhang vertoont en coherentie van beslissingen. Die laatste ontstaat bij uiteenlopende belangen niet uit zichzelf.

Dat de gezondheidszorg een samenhangend systeem dient te vormen waarvan de regeling en regelgeving en de subsystemen conceptueel en naar uitwerking en werking samenhangen, houdt overigens niet in dat de gezondheidszorg één formele organisatie moet zijn ⁴⁹⁾.

Wel is een belangrijke overheidsrol onmisbaar vanwege de eigen wettelijke verantwoordelijkheid van de overheid voor de volksgezondheid, de vereiste bevoegdheden om het stelsel naar gezondheidsdoelen te sturen, de taak van de overheid - ook verdragsrechtelijk - om het recht op gezondheidszorg te realiseren en de noodzaak om uiteenlopende en tegengestelde belangen te overkoepelen.

Dat wil niet zeggen dat de overheid alleen bepalend zou moeten zijn, er moet een balans worden tot stand gebracht tussen de eigen impulsen van het veld en de overheidstaak. Tot de verantwoordelijkheid van de overheid behoren het uitzetten van de grote lijnen, het beleid, het maken van de belangrijke keuzen, het verstrekkingenpakket en de vaststelling van premiesysteem en premie. Zij moet dat alles, onder andere via wetgeving, in rechten en aanspraken vastleggen.

Ten aanzien van de ziektekostenverzekering, waartoe ik me verder zal beperken, ligt het - vanwege het ongedeeld recht op gezondheidszorg en uit een oogpunt van sturing naar volksgezondheidsdoelen en doelmatigheid (waaronder begrepen zorg op maat van de patiënt) - voor de hand het pakket verstrekkingen, zoals dat in het

49) Zie over gezondheidszorg als systeem H. Leenen, Structuur en functioneren van de gezondheidszorg, 2e druk, 1981, Samsom.

voorafgaande is omschreven (noodzakelijke voorzieningen) in één ongedeelde verzekeringsstelsel voor de gehele bevolking onder te brengen. Voor een splitsing tussen ABWZ en overige ziektekostenverzekering zouden overtuigende argumenten moeten worden aangevoerd. Er zijn belangrijke tegenargumenten.

Het opdelen van de ziektekostenverzekering in AWBZ en overige ziektekosten betekent het optrekken van een schot in een in wezen samenhangende gezondheidszorg, het creëren van twee financieringsbronnen en van twee verschillend werkende systemen met twee beslissingsstelsels en uiteenlopende belangen⁵⁰⁾. Daardoor ontstaat ondoelmatigheid, gebrek aan onderlinge afstemming en inflexibiliteit. In literatuur en praktijk en in vrijwel alle reorganisatievoorstellen is deze problematiek steeds weer gesignaleerd.

De splitsing belemmert ook een adequate en samenhangende gezondheidszorg omdat zorgaansluiting en substitutie over de grenzen van de stelsels heen weinig kans krijgen. In het verleden zijn veel initiatieven op die splitsing stukgelopen. Onder de problemen van onvoldoende zorgaansluiting en substitutie lijden patiënten reeds decennia lang. Omdat recht op gezondheidszorg voor het individu recht op aangepaste zorg is, betekent dit dat aan hun recht op gezondheidszorg wordt afgedaan.

De splitsing leidt er ook gemakkelijk toe dat opname in een inrichting plaats vindt waar thuiszorg aangewezen is en bovendien dat dure zorg wordt gegeven waar eenvoudiger zorg gewenst is.

Een ander bezwaar is dat het bestaan van onderscheiden financieringsstelsels afwentelingsmechanismen oproept. Verzekeraars van ziektekosten buiten de AWBZ hebben - zeker bij budgettering - er belang bij zoveel mogelijk kosten af te schuiven naar de AWBZ. Een voorbeeld van een afschuivingsmechanisme is te zien bij de WTZ-regeling (met wettelijke heffing op particuliere ziektekostenpolissen) die als een apart systeem functioneert en waarin de particuliere ziektekostenverzekeraars geen risico dragen. Nog afgezien van het private karakter van de uitvoeringsorganisatie SUO waarin de overheid geen invloed heeft op de hoogte van de omslag,

50) In regeringsstukken wordt over drie compartimenten gesproken: AWBZ, ZFW/KPZ/particulieren en de aanvullende verzekering. Het gaat bij deze problematiek alleen om de eerste twee.

hebben particuliere verzekeraars er belang bij zoveel mogelijk risico's, ook particulier verzekerde 65-jarigen die meer dan gemiddelde kosten veroorzaken, naar dit systeem af te schuiven. Zij zijn er inmiddels in geslaagd ruim 40% van de schade op de particuliere verzekeringen in de omslagregeling onder te brengen. Daarvoor was de omslagregeling niet bedoeld.

Voor afsplitsing van een apart AWBZ-compartiment wordt wel aangevoerd dat de zorg in het AWBZ-compartiment niet verzekeraar is. Dat argument kan worden betwist. Afgezien van een kleine categorie ernstig gehandicapt geboren - die kan gemakkelijk in het totaal worden meegenomen - worden mensen gezond geboren. Zij betalen hun hele leven verzekeringspremies, meestal met gedurende lange tijd een beperkte medische consumptie, onder andere met het oog op de kosten die komen door ziekte, gebrek of ouderdom. Die kunnen in de premie worden verwerkt. AWBZ-zorg is niet onverzekerbaar, zij is dat alleen niet meer als het zover is gekomen. Maar dat is wat anders.

Een doorlopende verzekering over het gehele leven voor alle risico's is veel logischer dan een gesplitst stelsel. Maar verzekeraars willen liever jonge mensen met weinig risico verzekeren en liever niet opdraaien voor de hogere kosten van ziekte en verpleging bij ouderdom of gebrek.

Een ander aspect is dat splitsing van het verzekeringsstelsel er gemakkelijk toe leidt dat voor AWBZ-voorzieningen relatief weinig middelen beschikbaar zijn, zoals ook in het verleden is gebleken. Het recht op gezondheidszorg komt daardoor in die sector extra onder druk te staan.

4.3.2. Uitvoering van de verzekering; de markt

De uitvoering van de verzekering kan geschieden in een publiek-rechtelijk, privaatrechtelijk of gemengd stelsel. Welke uitvoeringsvorm wordt gekozen is op zichzelf niet zo relevant. Een geheel particulier verzekeringsstelsel kan niet dan onder sterke overheidsregulering aan de normatieve voorwaarden en de eisen van de

volksgezondheid en doelmatigheid voldoen ⁵¹⁾. Dit vloeit voort uit de overheidsverantwoordelijkheid voor het nakomen door de particuliere verzekeraars van de (o.a. verdragsrechtelijke) verplichtingen en het in de vorige paragraaf beschreven normatieve kader en uit de noodzaak het stelsel af te stemmen op volksgezondheidsdoelen ⁵²⁾.

Een geheel publiekrechtelijke uitvoeringsvorm leidt gemakkelijk tot verstarring en bureaucratie ⁵³⁾. Deze overweging is echter niet zo sterk nu, ook in Nederland, blijkt dat in de private sector hoge uitvoeringskosten worden gemaakt en veel bureaucratische procedures worden ingevoerd.

In een gemengd systeem kunnen de voor- en nadelen van de beide andere vormen zo goed mogelijk worden gecombineerd, respectievelijk ondervangen. Een gemengd systeem werd aanbevolen door de Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg (Commissie-Dekker, 1987) ⁵⁴⁾.

Bij privatisering is marktwerking aan de orde. In de gezondheidszorg is de verhouding tussen vraag en aanbod, vergeleken met bijvoorbeeld marktsectoren, anders en de gewone marktmechanismen werken er niet. Een patiënt kiest niet voor gebruikmaken van

51) Ik laat buiten beschouwing dat het Verdrag betreffende de ziekteverzekering en de handel en van huispersoneel, alsook het Verdrag betreffende de ziekteverzekering van arbeiders de bepaling bevatten dat de uitvoerende instellingen geen winst mogen beogen (Raad van State o.c. p. 18/19).

52) Private convenanten met de particuliere sector - nog afgezien of die sector zichzelf zal willen en kunnen binden - geven onvoldoende garantie voor de verplichtingen die de overheid, ook op basis van (grond)wet en verdragsrecht, heeft. Voorkomen moet bovendien worden dat in het publieke stelsel wordt geknepen en in het private stelsel niet omdat de overheid maatregelen die in de publieke sector worden genomen, in de private niet kan afdwingen.

53) Hoewel ziekenfondsen privaatrechtelijke instellingen zijn, zijn zij uitvoeringsorganen van een publiekrechtelijke verzekering.

54) Een dergelijk systeem vereist wel een duidelijk toezicht. Zie het rapport 'Zicht en toezicht op gevolgen van concernvorming zorgverzekeraars, 1997, Algemene Rekenkamer.

gezondheidszorg - het liefst zou hij er helemaal geen gebruik van hoeven maken - en moet hij er gebruik van maken, dan heeft hij nauwelijks keuzemogelijkheid omdat zijn 'consumptie' hoofdzakelijk door de aanbieders wordt bepaald.

Bovendien roept, zoals in paragraaf 3.1. is uiteengezet, in de gezondheidszorg aanbod vraag op. Meer aanbod en investeringen die vergroting van het aanbod tot gevolg hebben, leiden tot een toename van de vraag. Toedeling van nieuwe middelen aan een bepaalde voorziening lost het probleem dan ook niet op als door het meerdere aanbod ook de vraag toeneemt. Immers de daardoor gestimuleerde vraag veroorzaakt weer een nieuw tekort aan hulp en dat leidt weer tot nieuwe de druk om nieuwe investeringen enz. Het aanbod moet dus - nog afgezien van volksgezondheidsoverwegingen - worden gereguleerd.

In dit verband is nog een ander aspect van betekenis. Het gevolg van het in de vorige alinea beschreven mechanisme, dat mede in stand wordt gehouden door decisionmaking by decibels, is dat, als het totaal van de middelen niet navenant stijgt, minder beschikbaar is voor andere voorzieningen, in de praktijk vaak vooral care-voorzieningen. Die worden bovendien door aanbodsvergroting in de curatieve sector vaak extra belast omdat de behoefte aan verpleeghuisbedden en aan thuiszorg door meer (intramurale) curatieve ingrepen - en ook door de kortere verblijfsduur in ziekenhuizen - toeneemt. De care-sector komt dus in een dubbel nadeel te verkeren. Ook om die reden is het onvermijdelijk het aanbod in de curatieve sector te reguleren en tot noodzakelijke zorg te beperken.

Ten voordele van particuliere markt worden efficiëntie en doelmatigheid aangevoerd. Als dat juist blijkt te zijn, kan dat een reden vormen om de particuliere verzekeraars, mits aan de normatieve voorwaarden en de eisen van de volksgezondheid is voldaan, bij de uitvoering van de verzekering in te schakelen, ook al is hun doel omzetvergroting (uitbreiding van diensten), in de gezondheidszorg in het algemeen niet nagestreefd, en winst. Bij een tekort aan middelen is winst te rechtvaardigen als daar een grotere doelmatigheidstoename tegenover staat. Is dat niet het geval dan betekent winst meer kosten. Dat is bij de tekorten in de zorg schrijnend en voorts een onnodige belasting van de burger en van de economie.

Dat de particuliere verzekeraars efficiënter en doelmatiger werken, is tot nu toe niet gebleken, integendeel.

Het in hoofdzaak privaatrechtelijke Noord-Amerikaanse verzekeringssysteem in de gezondheidszorg is zeer ondoelmatig. De volksgezondheidsindicatoren (o.a. ziekte, sterfte) zijn in verhouding tot West-Europa ongunstig, de kosten van de gezondheidszorg zijn uitermate hoog (14% BNP tegen 9,5% in Nederland ⁵⁵⁾), de uitvoeringskosten zijn zeer hoog en bovendien zijn ook nog 40 miljoen Amerikanen onverzekerd. Een oneconomisch en duur stelsel derhalve.

Ook in Nederland heeft de inschakeling van particuliere verzekeraars niet tot verhoging van de doelmatigheid geleid. Enkele feiten:

- De geneesmiddelenmarkt is in Nederland een particuliere markt. Daar zou dus de kostenverlaging door concurrentie volop tot stand kunnen komen. Dat is echter niet gebeurd. De regering heeft in 1996 met een prijsmaatregel moeten ingrijpen omdat de geneesmiddelen in Nederland in vergelijking met andere landen veel te hoog waren. Bij een uitgave voor geneesmiddelen van ongeveer 5,3 miljard gulden gaat het om een geschatte besparing van ongeveer 500 miljoen gulden op jaarbasis. Begin 1997 heeft de minister van economische zaken prijsafspraken over de drogisterij-geneesmiddelen moeten verbieden. Een en ander betekent dat in Nederland gedurende lange tijd honderden miljoenen guldens teveel zijn uitgegeven. Terwijl elders moest worden bezuinigd.
- Toen begin 1992 de geneesmiddelen werden overgeheveld naar de AWBZ zou de daardoor 15% mindere dekking van de particuliere polissen tot een premiedaling hebben moeten leiden. Dat geschiedde niet en de kosten stegen dus ⁵⁶⁾.
- Per 1 januari 1995 verdween de tandheelkundige zorg voor volwassenen uit het ziekenfondspakket. De kosten daarvan bedroegen

55) Volgens krantenberichten staan bovendien Medicare en Medicaid ook nog aan de rand van faillissement.

56) Er volgde een discussie tussen overheid en verzekeraars over volgens de verzekeraars niet verrekende kostenstijging in de voorgaande jaren die toen ineens werd geconstateerd.

450 miljoen gulden. De kosten van premies en eigen betalingen na onderbrenging bij de particuliere verzekeraars bedragen naar schatting 750 miljoen gulden. Een flinke toename van de kosten derhalve. Bovendien nam een aantal mensen onvoldoende dekking wat er toe leidde dat begin 1997 de kunstgebitten maar weer naar de wettelijke verzekering werden overgebracht.

- De omslag voor de standaardpakket-polis op grond van de WTZ is onevenredig gestegen. Zie het rapport van de Algemene Rekenkamer van begin februari 1997. De wettelijke heffing bleek hoger vastgesteld dan nodig. De reserve van de verzekeraars bij de omslagregeling bedraagt inmiddels ongeveer 900 miljoen gulden. En dit terwijl in de gezondheidszorg moeilijke bezuinigingen aan de orde zijn voor heel wat kleinere bedragen. Nog afgezien van de risico's die zijn afgeschoven, zoals hiervoor vermeld, is dit geen voorbeeld van efficiency en doelmatigheidsbevordering.

Ik laat nog buiten beschouwing de kosten van gebouwen, reclame en andere kosten die sinds de markt op de gezondheidszorg is losgelaten, zijn ontstaan, en de vervaging van de relatie tussen ziekenfondsen en particuliere verzekeraars, door de Algemene Rekenkamer onlangs aan de orde gesteld, waardoor het zicht op de besteding van de premies onvoldoende is en onduidelijk is waar geld blijft.

De inschakeling van respectievelijk het overlaten aan de particuliere sector heeft vele - waarschijnlijk heel veel - honderden miljoenen guldens gekost en de gezondheidszorg is er niet doelmatiger door geworden. Ook bij verdere privatisering zal dat niet gebeuren. De onzichtbare hand van de markt werkt in de gezondheidszorg niet, noch theoretisch noch praktisch, zij is daar een lam handje. Dit nog ervan afgezien dat volksgezondheidsbeleid andere instrumenten vereist dan de markt biedt ⁵⁷⁾.

Ook het volume van de gezondheidszorg zal waarschijnlijk meer toenemen dan dat de door de overheid nagestreefde beperking zich

57) Ook wordt bij hun inschakeling intersectorale coördinatie, vooral ook van belang in verband met sociaal-economische gezondheidsverschillen, moeilijk (J. Ovreteit, Values in European health care markets, p. 298).

zal voordoen; het is wat merkwaardig te denken dat het volume zal worden beheerst door inschakeling van degenen die de omzet willen vergroten.

Het dogma van de markt in de gezondheidszorg is zoals alle dogma's irrationeel. Door privatisering zullen weliswaar de collectieve lasten afnemen, maar de lasten voor de Nederlandse economie zullen niet verminderen, ze zullen waarschijnlijk zelfs sterker stijgen. De Nederlandse overheid lijdt aan de fictie van de collectieve lasten, zij kijkt te zeer naar de collectieve druk en niet naar de werkelijke kosten. In de VS is de druk van de gezondheidszorg op de economie een groot probleem geworden. Om het laatste gaat het. Bij overlaten aan de markt zullen - ook bij een verplicht basispakket - bovendien voor de economisch zwakkeren voorzieningen moeten worden getroffen. Zou men dat niet doen, dan zou er een onaanvaardbare tweedeling in de samenleving ontstaan die op den duur onvermijdelijk tot overheidsingrijpen moet leiden. Het schenken van de draagkrachtigen aan de markt en het houden van de economische zwakkeren ten laste van de overheid of enige andere vorm van collectieve voorziening staat haaks op het geschetste normatieve kader en leidt niet tot een goede lastenverdeling.

In dat verband van dat laatste maak ik tenslotte nog een opmerking over convergentie en nominale premies ⁵⁸⁾. In het regeerakkoord-1994 is convergentie tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke ziektekostenverzekeringen in het zogenoemde tweede compartiment als beleidspunt opgenomen. Hoe, afgezien van andere problemen, convergentie ten aanzien van de premie (nominaal bij particuliere verzekeraars, grotendeels inkomensafhankelijk in de Ziekenfondswet) moet worden tot stand gebracht, is onduidelijk. Dan moeten er maar geheel nominale premies komen, zeggen onder

58) Helaas is het onderscheid tussen non-profit en profit-verzekeraars in Nederland aan het verdwijnen terwijl juist het non-profit karakter van de ziekenfondsen zo'n belangrijke functie had. De ziekenfondsen kropen met de particuliere verzekeraars in één bed. Daarmee kwam het voordeel van naast elkaar functioneren van profit- en non-profit-ziektekostenverzekeringen op de tocht te staan.

andere de particuliere verzekeraars. Maar geheel nominale premies voor beide verzekeringen leiden tot grote sociale problemen.

Voor nominale premies wordt ook wel aangevoerd dat de ziektekostenverzekering geen inkomensherverdelingseffecten dient te hebben. Maar er bestaat geen ziektekostenverzekering die geen inkomensherverdelingseffecten heeft. Het gaat er om bij wie je herverdeeld, aan de bovenkant of de onderkant; nominaal doet het onder en inkomensafhankelijk boven.

Voor de door nominale premies veroorzaakte draagkrachtproblemen moet de overheid maar opdraaien, wordt dan gezegd. Maar dat betekent inkomensherverdeling - die juist niet moest volgens de voorstanders van nominale premies - nu alleen via de collectieve middelen. Nominalisering van de premie brengt geen oplossing, het betekent alleen dat de verzekeraars van problemen af zijn.

Als voordeel van nominale premies wordt ook aangevoerd dat geen verevening nodig is. Dat is maar de vraag. Vanwege gezondheidsverschillen - en dus consumptieverschillen - op grond van sociaal-economische status, ouderdom en geslacht, is een vorm van verevening nodig omdat anders de verzekeraars met veel mensen aan de bovenkant voor dezelfde premie minder risico hoeven te dragen, en om te voorkomen dat verzekeraars vanwege de nadelen van een ongunstig verzekerdenbestand de ongunstige risico's proberen weg te selecteren.

Als men deze problemen overziet, dan doemt een ingewikkeld en onduidelijk traject van naar elkaar toe buigen van de twee typen verzekeringen op en rijst de vraag of niet eenvoudiger de weg van het invoeren van een basisverzekering kan worden gevolgd, waarbij de particuliere verzekeraars desgewenst als uitvoeringsorgaan kunnen fungeren. Dat betekent ook onderworpen zijn aan het vereveningssysteem dat voor het inkomensafhankelijk deel van de premie noodzakelijk is.

5. BESLUIT

Het recht op zorg voor de gezondheid is letterlijk en figuurlijk van vitale waarde. In het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering en het recht op gezondheidszorg en de in dat kader te nemen maatregelen krijgt dat recht gestalte.

De rechtvaardige of beter de minst onrechtvaardige verdeling van de beschikbare middelen in het verband van het recht op gezondheidszorg komt tot stand op grond van een samenstel van volksgezondheidsdoelen en ethische en gezondheidsrechtelijke normen.

Voor wat betreft opname in het wettelijke verstrekkingenpakket is er zelden één bepaald argument dat de discussie beslecht. Het ene argument kan daar naast het andere staan omdat de aanspraken van allen in het geding zijn en de middelen ontoereikend. In die discussie kan een opponent gelijk hebben doch slechts deels gelijk in het perspectief van andere argumenten. De discussie over de toedeling van middelen is mede daardoor nogal eens verward en emotioneel. Toch zal die discussie in wetenschap en samenleving moeten worden gevoerd.

Als er geen fundamentele aanpak van het stelsel van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering komt, gebaseerd op volksgezondheidsoverweging en het in paragraaf 3 geschetste normatieve kader, kan dat uitdraaien op een forse afbraak van het sociale karakter van de gezondheidszorg en van het recht op gezondheidszorg.

Omdat de problemen door het ontbreken van een coherent stelsel alsmaar toenemen, dreigen we langzamerhand in de fase te komen dat de overheid op een gegeven moment wanhopig de handen in de lucht heft en de zaak maar op zijn beloop laat, met andere woorden, op de markt gooit, een majeure operatie. De problemen zullen dan nog groter worden.

De overheid kan en mag de eigen verantwoordelijkheid voor de volksgezondheid niet ontlopen en de wetgever behoort niet grotendeels achter het gordijn te verdwijnen. De modieuze deregulerings- en privatiseringsrage krijgt in de gezondheidszorg langzamerhand een gevaarlijk cachet omdat zij gepaard gaat met afbraak van de mogelijkheden tot een volksgezondheidsbeleid, het naar de achtergrond schuiven van rechtvaardigheidsoverwegingen en het verleggen

van de macht, ongecontroleerde macht, naar de verzekeraars.

Als deze ontwikkeling doorzet, is het te voorzien dat er een reactie zal komen en het is te voorspellen dat bij overlaten van de gezondheidszorg aan de markt na verloop van tijd een grondige reorganisatie noodzakelijk zal zijn. Het zal enorme inspanningen, ellende en kosten vragen om het na de invoering van de markt alleen maar nog groter geworden probleem weer in goede banen te krijgen, het stelsel bestuurbaar en de kosten weer beheersbaar te maken. Het is beter dat te voorkomen.

Ook ten aanzien van gezondheidsbescherming en -bevordering moet de overheid haar verantwoordelijkheid kennen en nemen. Bescherming van gezondheid, ook in het kader van andere maatschappelijke sectoren dan de gezondheidszorg, zal naar verwacht mag worden steeds meer aandacht van de overheid vragen.

Kortom, ten aanzien van het recht op zorg voor de gezondheid mag de overheid zich niet op de achtergrond houden, noch naar de achtergrond laten dringen.

LITTERATUUR

Alkema E, De reikwijdte van fundamentele rechten, Preadvies Ned. Jur. Ver. 1995, Tjeenk Willink;

Bereidheid tot verandering, Rapport van de Commissie Structuur en Financiering gezondheidszorg 1987, Distributiecentrum DOP;

Chapman A., Exploring a human rights approach to health care reform, 1993, Am. Ass. Advancement of Science;

Daniels N, Equity of acces to health care, Milbank Memorial Fund Quarterly, 1982, 1, 51-81;

Daniels N, Just health care, 1985, Cambridge University Press;

Doyal L, Needs, rights, and equity: moral quality in healthcare rationing, Quality in Health Care, 1995,4, 273-283;

Gevers J, Rechtvaardigheid en doelmatigheid in het gezondheidsrecht, in C. Maris e.a. Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid, 1990, Kluwer;

Gevers J. en J. Hubben, Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens, 1990, Samsom H.D. Tjeenk Willink;

Gevers J, Het recht op gezondheidszorg; beschouwingen over een sociaal grondrecht, in Hoogenboom T. e.a. In de sfeer van administratief recht, 1994, Lemma;

Giesen D, Health care as a right: some practical implications, Med. Law, 1994, 13, 285-296;

Grenzen van de gezondheidszorg, 1984, Stichting Gezondheidszorg 1982;

Groot G. de, Wachttijsten in de gezondheidszorg, TvGR 1996, 2, 58-70;

Gutmann A, For and against equal access to health care, Milbank Memorial Fund Quarterly, 1981,4, 542-560;

Hadorn D, Emerging parallels in the American health care and legal-judicial systems, Am. J. Law Med. 1992, 1/2, 73-96;

Häyry Matti, Heta Häyry, Health as a right, fairness and medical resources, Bioethics, 1990,1, 1-21, p.12;

Heringa A, Sociale grondrechten, 1989, Tjeenk Willink;

Hermans H, Zorg en markt in historisch en huidig perspectief, 1994, Kluwer;

Kasdorp J, Grenzen aan het recht op gezondheidszorg, preadvies Ver. Gez. recht, 1988;

Kassirer J, Managed care and the morality of the marketplace, New. Engl.J.Med. 1995,1, 50-52;

Kiezen en delen, Rapport Commissie Keuzen in de zorg, 1991, Distributiecentrum DOP;

Leenen H, Sociale grondrechten en gezondheidszorg, 1966, De Boer/P. Brand;

Leenen H, Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg, TvGR 1984, 2, 53-68;

Leenen H, Equality and equity in health care, Paper presented at the WHO/ Nuffield Centre for Health Services Studies meeting, Leeds, 1985;

Leenen H, Mensen, rechten, instituties en de Staat in de gezondheidszorg, 1990, Samsom H.D. Tjeenk Willink;

Leenen H, Verdeling van de schaarse middelen in de gezondheidszorg, Ned. Tijdschrift Geneeskunde, 1991, 20, 904-908;

Leenen H, Keuzen in de zorg; gemeenschapsbenadering en keuze-systeem, TvGR 1993, 2, 75-82;

Leenen H, Naar een ondoelmatige en dure gezondheidszorg, Med. Cont. 1996, 38, 1195-1197;

Leenen H, Handboek Gezondheidsrecht, deel II, Gezondheidszorg en recht, 1996, Bohn Stafleu Van Loghum;

Mooney G, Equity in health care: confronting the confusion, Eff. Health Care, 1983,4, 179-184;

Musschenga A. en J. de Neeling, Verdeling van schaarse middelen in de gezondheidszorg, 1987, VU-uitgeverij;

Ovretveit J, Values in European health care markets, Eur. J. Publ. Health, 1994,4, 294-300;

Ozar D, Justice and a universal right to basic health care, Soc. Sci. Med. 1981, 135-141;

Patientenbeleid en toegankelijkheid, 1990, Nat. Raad Volksgezondheid; Priorities in health care, 1995, Swedish Parliamentary Priorities Commission;

Roscam Abbing H., International organizations in Europe and the right to health care, 1979, Kluwer;

Roscam Abbing H., Overheid en het recht op gezondheidszorg, preadvies Ver. Gez. recht, 1985;

Roscam Abbing H., Het kraptemodel in de gezondheidszorg en de rechten van verzekerden, T.v. Openbaar Bestuur 1990, 11, 240-243;

Roscam Abbing H., Patient en gezondheidszorg in het recht van de Europese gemeenschap, preadvies Ver. Gez. recht, 1993;

Roscam Abbing H., Blijft de gezondheidszorg toegankelijk voor iedereen? TvGR 1994,4, 204-208;

Roscam Abbing H., Overheid en recht op gezondheidszorg, 1997, Consumentenboek Gezondheidszorg, De Tijdstroom;

Roscam Abbing H. en G. Hamilton-van Hest, L. Markenstein, De rechtspositie van de verzekerde in het Nederlandse ziektekostenverzekeringssysteem, 1995, Sectie Gezondheidsrecht, Molengraaff Instituut, Juridische Faculteit, Universiteit Utrecht (met vier achtergrondstudies);

T Stronks K. en L. Gunning-Schepers, Should equity in health be target number 1? Eur. J. Publ. Health, 1993,2, 104-111;

Whitehead M., Wat can be done about inequalities in health? Lancet, 1991, oct. 26, 1059-1063;

Whitehead M., The concepts and principles of equity and health, 1990, WHO, Regional office for Europe.

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT
1968 - 1996

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht - een poging tot plaatsbepaling. Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG. (uitverkocht)
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd. (uitverkocht)
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team. (uitverkocht)
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening. (uitverkocht)
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg. (uitverkocht)
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland. Op deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep over de juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers-verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken. (uitverkocht)
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht. (uitverkocht)
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling. (uitverkocht)
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht. (uitverkocht)
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht. (uitverkocht)
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling. (uitverkocht)
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en mevr. E. Dil-Stork. (uitverkocht)
- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft.
- 1981 M.N.G. Duker: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over de samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 Dialogisch preadvies van H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plan-systeem van de Wet Voorzieningen Gezondheidszorg.
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten. (uitverkocht)

- 1986 J.C.M. Leijten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileum Congres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom, Utrecht 1993.
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.
- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend medisch onderzoek; mogelijkheden, verwachtingen en toegang; rechtsbescherming.