



VERENIGING VOOR
GEZONDHEIDSRECHT

Zorg, schaarste en recht

**Solidariteit en individuele vrijheid:
vrijheid in gebondenheid**

Mw prof. mr H.D.C. Roscam Abbing

De (dubbel)rol van de arts

Prof. mr J. Legemaate

**Verantwoordelijkheid en
aansprakelijkheid voor tekorten
in de zorg**

Prof. mr G.R.J. de Groot

Preadvies uitgebracht ten behoeve van het Jubileumsymposium
van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 23 mei 2002

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ZORG, SCHAARSTE EN RECHT

Solidariteit en individuele vrijheid: vrijheid in gebondenheid

Mw prof. mr H.D.C. Roscam Abbing

De (dubbel)rol van de arts

Prof. mr J. Legemaate

**Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de
zorg**

Prof. mr G.R.J. de Groot

Preadvies uitgebracht ten behoeve van het
Jubileumsymposium van de Vereniging voor Gezondheidsrecht
op 23 mei 2002

VOORWOORD

Vanwege het 35-jarig bestaan van de Vereniging voor Gezondheidsrecht heeft de jaarvergadering dit jaar een andere opzet dan doorgaans het geval is. Gekozen is voor een breed thema dat naast juridische nadrukkelijk ook ethische, maatschappelijke en politieke aspecten heeft en dat aan de orde wordt gesteld op een symposium dat ook voor niet-leden toegankelijk is.

Het thema is 'Zorg, schaarste en recht'. Dit klassieke en tegelijk actuele onderwerp wordt uitgewerkt in drie subthema's die in opeenvolgende sessies aan de orde zullen komen.

Het eerste subthema heeft betrekking op solidariteit en individuele vrijheid bij de toegang tot de gezondheidszorg: (op welke wijze) kan gelijke toegang tot gezondheidszorg gewaarborgd worden? Kan anderzijds de vrijheid om de zorg te zoeken die men wenst niet in het gedrang komen vanwege het beroep op solidariteit? Wat is de invloed van de ontwikkeling van een Europa zonder grenzen op dit spanningsveld tussen vrijheid en gelijkheid?

Het tweede betreft de (dubbel)rol van de hulpverleners, zowel de individuele beroepsbeoefenaar als de instelling: welke dilemma's doen zich voor hen voor in situaties van schaarste en hoe dienen zij zich daarin op te stellen? In hoeverre hebben zij een verantwoordelijkheid jegens de samenleving en in zoverre dat het geval is, mag die afdoen aan hun verantwoordelijkheid jegens de patiënt.

Het laatste subthema ziet op de verantwoordelijkheid respectievelijk aansprakelijkheid bij het ontbreken van voldoende adequate zorg; op wie berusten die op: op de hulpverlener?; verzekeraars?; de overheid?; anderen?

Het bestuur heeft drie auteurs - prof. mr H.D.C. Roscam Abbing, prof. mr J. Legemaate en prof. mr G.R.J. de Groot - bereid gevonden om elk over een van die drie deelonderwerpen een beknopt preadvies te schrijven. Die preadviezen zullen worden becommentarieerd door coreferenten en zijn uitgangspunt voor verdere discussie. In deze uitgave zijn de desbetreffende beschouwingen van de preadviseurs te vinden. Het bestuur is hen zeer erkentelijk voor die bijdragen, waarin een goede basis voor de bespreking van de materie is gelegd.

prof. mr J.K.M. Gevers,
voorzitter

maart 2002

INHOUDSOPGAVE

ZORG, SCHAARSTE EN RECHT

Solidariteit en individuele vrijheid: vrijheid in gebondenheid

Mw prof. mr H.D.C. Roscam Abbing:

1. Vooraf 1
2. Inleiding 2
3. Solidariteit: waar gaat het over? 4
4. Individuele vrijheid: waar gaat het over? 7
5. Solidariteit: hoe te organiseren? 10
6. Kring van rechthebbenden 12
 - 6.1 Verschillende opties 12
 - 6.2 Sociale ziektekostenverzekering 13
7. Dekking ten laste van de solidariteit 16
 - 7.1 Afpalen van solidaire dekking 16
 - 7.2 Pakketmaatregelen 18
 - 7.3 Beslissysteem 19
8. Zuinige en zinnige besteding van collectieve middelen 21
 - 8.1 Vermijdbare kosten: een gezamenlijke verantwoordelijkheid 21
 - 8.2 Vermijdbare kosten: overheidsverantwoordelijkheid 23
9. Individuele vrijheid: welke keuzes? 27
 - 9.1 Omschrijving aanspraken 27
 - 9.2 Polisdifferentiatie 29
10. Solidariteit en individuele vrijheid: vrijheid in gebondenheid 32

De (dubbel)rol van de arts
Prof. mr J. Legemaate:

1.	Inleiding	36
2.	De eigenlijke rol van de arts	39
2.1	De kerntaak van de arts	39
2.2	Arts en schaarste: algemeen	40
2.3	Arts en schaarste: de Commissie-Dunning	43
3.	Specifieke situaties waarin de arts met het schaarste- probleem wordt geconfronteerd	45
3.1	Wachtlijsten en selectie	45
3.2	Budgetoverschrijding en hulpverleningsplicht	49
3.3	Professionele richtlijnen en kosteneffectiviteit	52
4.	Beschouwing en conclusies	59

**Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten
in de zorg**
Prof. mr G.R.J. de Groot:

1.	Inleiding	64
1.1	Tekorten in vier varianten	64
1.2	Plan van behandeling	65
2.	Politieke verantwoordelijkheid	66
3.	Normen voor de voorziening in de gezondheidszorg	69
3.1	Overheid en zelfstandige bestuursorganen	69
3.2	Zorgverzekeraars	74
3.3	Organisaties van instellingen en beroepsbeoefenaren	77
3.4	De hulpverlener	79
3.5	De patiënt	80
4.	Beschikbaarheid van onderzoek en behandeling	81
4.1	Inleiding	81
4.2	Beperkingen vanuit de professie	81
4.3	Beperkingen als gevolg van overheidsmaatregelen	83

5.	Financiële toegankelijkheid	85	
5.1	Inleiding	85	
5.2	Een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen		86
5.3	De 'trechter van Dunning'	87	
5.4	Operationalisering van verzekeringsaanspraken		89
5.5	Verzekeringsaanspraken en behandelings- overeenkomst	92	
5.6	Financiële verplichtingen van de patiënt		94
6.	Feitelijke toegankelijkheid	95	
6.1	Inleiding	95	
6.2	De hulpverlener	96	
6.3	Sociale ziektekostenverzekeringen	99	
6.4	Particuliere ziektekostenverzekeringen	100	
6.5	Capaciteit en bouw	101	
6.6	Tarieven en budgetten	106	
6.7	Personeelsschaarste	111	
6.8	Gevolgen van tekortkoming	111	
7.	Kwaliteit van de zorg	113	
7.1	De hulpverlener	113	
7.2	De zorgverzekeraar	115	
7.3	Overheidsinterventie en aansprakelijkheid		118
8.	Tot slot	120	

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ZORG, SCHAARSTE EN RECHT

Solidariteit en individuele vrijheid: vrijheid in gebondenheid

Mw prof. mr H.D.C. Roscam Abbing*

* Hoogleraar Gezondheidsrecht, Universiteit Utrecht, Juridische Faculteit,
Molengraaff Instituut voor Privaatrecht

1. VOORAF

Het thema “Zorg, schaarste en recht” dat is gekozen voor de 35^e jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht anno 2002 is actueel en voor de toekomst van groot belang. Gezond zijn en gezond blijven is voor ieder individu een belangrijk goed. Maar ook voor de samenleving. Het voor langere termijn waarborgen van een rechtvaardig, doelmatig en algemeen toegankelijk gezondheidszorgstelsel van goede kwaliteit, met de nodige individuele vrijheidsgraden is geen makkelijke opgave. Het verdient de aandacht van gezondheidsjuristen. Zij moeten deelnemen aan het debat. Op dat terrein valt een achterstand in te lopen. Met name Henk Leenen heeft aan de gedachteontwikkeling over het onderwerp bijgedragen. Voor de Vereniging Gezondheidsrecht nog vrij recent, met het preadvies “Zorg voor de gezondheid” van 1997. De gezondheidsrechtelijke discussie mag daar niet blijven steken.

In het kader van het “jaar”- dag - thema staat “solidariteit en keuzevrijheid” als eerste onderwerp geagendeerd. Het is niet de bedoeling en niet doenlijk in een beknopt preadvies tot een uitputtende behandeling te komen. Mij is in het bijzonder gevraagd aan de orde te stellen of er in de toekomst nog wel ruimte is voor een op solidariteit gestoeld stelsel van gezondheidszorg in een Europa zonder grenzen en hoe zich het beginsel van solidariteit verhoudt ten opzichte van het beginsel van eigen verantwoordelijkheid. Ik heb getracht aan dit verzoek te voldoen mede vanuit een toekomstgericht perspectief. Ik heb de nodige keuzes moeten maken. Niet aan de orde komen bijvoorbeeld randvoorwaarden die voor de toegankelijkheid van gezondheidszorg op basis van solidariteit van belang zijn, zoals planning van hulpaanbod en tariefstelling. Buiten beschouwing blijven de invloed van medisch wetenschappelijk onderzoek op de toegankelijkheid en bijzondere kwesties zoals toegankelijkheid van gezondheidszorg voor asielzoekers tijdens de toelatingsprocedure. Dit soort vraagstukken vergt aparte analyse en studie. De Europese dimensie wordt genoemd, maar niet uitgediept. Dat heb ik elders gedaan.¹ Die dimensie is zeker van belang voor de patiënt, maar relevant voor het door mij te bespreken onderwerp.

¹ H.D.C. Roscam Abbing, patiënt in het Europa van de 21^e eeuw: een gezondheidsrechtelijke beschouwing, *Ars Aequi* 2001, p. 72-80. *RZA* 2001, nr. 115, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, zaak C-157/99 (Geraets-Smits/Peerbooms), noot, p. 536-543.

Aan rapporten en adviezen die raakvlakken hebben met het onderwerp is geen gebrek. Veel materiaal is beperkt tot deelaspecten. Zicht op de gehele problematiek wordt node gemist. De beleidsadviezen en rapportages excelleren ook niet altijd door diepgang. Indien gericht op “de waan van de dag” gaan ze al gauw voorbij aan de kern van de problematiek.² Het rapport “Volksgezondheidszorg” van de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid (WRR) uit 1997 vormt een gunstige uitzondering. Sinds het advies van de Commissie structuur en functioneren gezondheidszorg (zgn. Commissie Dekker)³ uit 1987, is het vraagstuk van solidariteit en individuele vrijheid in relatie tot toegang tot de gezondheidszorg in feite alleen nog door die Raad integraal en diepgaand geanalyseerd.⁴ Het verdient het boven het niveau van de tekentafel uit te komen.

Ik beoog met dit preadvies de gezondheidsrechtelijke discussie te prikkelen. Ik ben daarbij als volgt te werk gegaan.

Na een algemene inleiding plaats ik achtereenvolgens solidariteit en individuele vrijheid in het algemeen in relatie tot het recht op zorg voor de gezondheid. Vervolgens komt aan de orde hoe solidariteit in de huidige maatschappelijke context te organiseren zou zijn voor wat betreft de reikwijdte (achtereenvolgens vanuit het perspectief van de kring van rechthebbenden en de dekking). Gegeven een op solidariteit gebaseerd gezondheidszorgsysteem, bespreek ik daarna enkele aan besteding van publieke middelen inherente voorwaarden, alsmede aspecten van vormgeving aan individuele vrijheid. Daarna volgt een afrondende paragraaf.

2. INLEIDING

Nederland is een relatief welvarend land. De burger kan zich in het algemeen financieel wel wat veroorloven en is gewend geraakt aan een ruime sortering consumptiegoederen. Een welvarende samenleving wordt gekenmerkt door individualisering en econo-

² Hoewel per definitie ook op deelaspecten gericht, vormen de uitvoeringstoetsen van het College voor de zorgverzekeringen (CVZ) en de toezichttoetsen van het College toezicht zorgverzekeringen (CTZ) meestal een gelukkige uitzondering.

³ Commissie Structuur en Functioneren Gezondheidszorg, Bereidheid tot verandering, Distributiecentrum Overheidspublikaties, den Haag, 1987.

⁴ WRR, Volksgezondheidszorg, Sdu uitgevers, den Haag, 1997, nr. 52.

misering.⁵ Dit patroon ziet men ook in de gezondheidszorg. Op dat terrein zijn er in toenemende mate mogelijkheden voor individuele keuzes en geïndividualiseerde zorg. Die zullen verder uitbreiden zodra de kennisvermeerdering op het terrein van humane genetica, biotechnologie en tissue-engineering (vervangingsgeneeskunde) in gezondheidsproducten wordt vertaald.

De aan genetische kennis inherente ontwikkeling biedt de patiënt weliswaar in principe meer keuzes, die keuzes kunnen het individu ook tot last zijn. Meer potentieel beschikbare informatie kan leiden tot meer niet te ontlopen gevolgen.

Een relevante vraag is hoe het individu en de maatschappij om zullen gaan met de nieuwe mogelijkheden van met name voorspellende geneeskunde. Een aandachtspunt daarbij voor het solidariteits-element is dat niet-symptomatische “patiënten” vroegtijdig afhankelijk kunnen worden van het zorgsysteem.

Het wettelijke ziektekostenverzekeringssysteem dat de toegankelijkheid tot noodzakelijke zorg moet garanderen is niet achter gebleven bij individualiseringstrend. Ziekenfondsverzekerden mogen een maal per jaar van verzekeraar wisselen, hebben recht op een second opinion, kunnen, zeker bij lange wachttijden, uitwijken naar buiten de eigen regio of over de grens gaan,⁶ hebben in bepaalde situaties de mogelijkheid te opteren voor een patiëntgebonden budget⁷ en kunnen zich aanvullend verzekeren.

Marktwerking in de gezondheidszorg en bij de wettelijke ziektekosten zou, zo menen sommigen, de burger nog meer kansen bieden voor individuele (keuze)vrijheid. Daar past de kanttekening bij dat de mogelijkheid daartoe mede afhankelijk is van individuele financiële draagkracht. Beschikbaarheid van menskracht en middelen in de gezondheidszorg speelt voorts een rol. In dat opzicht heerst schaarste en personele lasten drukken zwaar op het beschikbare budget.⁸ Ook aan de verwachte individualisering van gezondheidszorgverlening (geneeskunde op maat) hangt een fors prijskaartje. Omdat bovendien de bevolking vergrijst en het aantal chronisch zieken toeneemt, zal in zo'n situatie individuele keuzevrijheid wel eens beperkt kunnen blijven tot kleine kring.

⁵ P.F. van der Heijden, F. M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 131^e jaargang, 200-I, WEJ Tjeenk Willink, Deventer, 2001, p.1.

⁶ Gebeurt dit in omvangrijke mate dan kan dit er toe leiden dat de voorzieningen elders ook dichtslibben.

⁷ Ook AWBZ verzekerden wordt deze optie geboden. Tegenover de voordelen staan vaak wel knellende administratieve lasten.

⁸ Vormen personele lasten de grootste kostenpost in de gezondheidszorg, ook bureaucratische lasten zijn soms knellend hoog.

Daar komt bij dat de wijze waarop de zorgverlening binnen het collectieve deel wordt gefinancierd (budget, per verrichting, abonnementshonorarium e.d.) van invloed is op de organisatie van de zorg. De invloed van voorkeuren van patiënten op die organisatie is vooralsnog beperkt. Zorgaanbieders worden vooral aangestuurd door een management dat primair op de organisatie is gericht (en veel kost).⁹ De behoefte van de patiënt is secundair.

Zullen nieuwe mogelijkheden van biotechnologie volgens de verwachting meer individuele keuzes bieden,¹⁰ individuele verantwoordelijkheden komen dan wel in ander perspectief te staan. Ook dit raakt aan het solidariteitsvraagstuk. Die ontwikkelingen maken het temeer noodzakelijk tijdig tot keuzes te komen ten aanzien van voorzieningen die, ook in financieel opzicht, voor een ieder toegankelijk moeten zijn.

De volksgezondheidsdoelen, een belangrijk element van het recht op zorg voor de gezondheid, mogen in het debat niet naar de achtergrond schuiven door betogen over markt en individualisering in de gezondheidszorg. Tegelijkertijd moet er oog zijn voor het feit dat bij de toegang tot gezondheidszorgvoorzieningen de verhouding tussen solidariteit en rechtvaardigheid aan de ene kant en individuele vrijheid aan de andere kant geen statische is. Die verhouding verschuift met veranderende visies over de rol van de staat, van het individu en de functie van het recht daarbij. Het vinden van de juiste balans is een weerbarstig vraagstuk. Dat vraagstuk wordt nog lastiger als de beloftes van voorspellende geneeskunde en van nieuwe vormen van preventie en therapie op maat bewaarheid worden en tegelijkertijd de behoefte aan verpleging en verzorging toeneemt. Een extra complicatie is dat de gezondheidszorg verstrengeld is met veel tegenstrijdige belangen. Die staan vaak in de weg aan rechtvaardige verdeling van de mogelijkheden.

3. SOLIDARITEIT: WAAR GAAT HET OVER?

Solidariteit met betrekking tot gezondheid(szorg) komt in de kern neer op de collectieve, publiek georganiseerde inspanning om

⁹ H.J.J. Leenen, Alleen met visie op de zorg is het tij te keren, interview, Huisarts, 2002, nr. 2, p. 30-32, wijst er ook op dat veel personeel vanwege het managementsysteem weg loopt.

¹⁰ Toekomstschetsen geven aan dat zorg een individueler karakter zal krijgen en dat er meer ruimte zal zijn voor "zelfmanagement", bijvoorbeeld in de vorm van medicamenteuze compensatie van risicogedrag. Stichting Toekomstscenario's Gezondheidszorg, Schetsen en etsen, Verkenning biotechnologie en de organisatie van de gezondheidszorg, Elsevier, Maarssen, 2002, p. 13-14.

tweedeling bij toegang tot de gezondheidszorg te voorkomen. Het principe dat een ieder zonder financieel onoverkomelijke barrières gelijke toegangsmogelijkheden tot noodzakelijke gezondheidszorg van goede kwaliteit moet hebben is in Nederland algemeen onderschreven. Niemand zal ter discussie willen stellen dat daartoe een collectieve inspanning nodig is. Gezondheidsvoorzieningen enkel toegankelijk maken op marktbasis op geleide van individuele voorkeuren en financiële draagkracht, leidt tot sociaal onrecht, is een bedreiging voor individuele gezondheid en raakt fundamentele waarden van de samenleving.

Gezondheid wordt algemeen beschouwd als een belangrijke waarde. Een gezonde bevolking is voorwaarde voor sociale cohesie en economische welvaart. Iedere burger moet in principe deel kunnen hebben in de aanwezige mogelijkheden op het terrein van de gezondheidszorg.¹¹ De Staat draagt verantwoordelijkheid voor het bieden van deze vorm van bestaanszekerheid, stelt vast welke gezondheidsdoelen bereikt moeten worden, bepaalt hoe individuele rechten op participatie in de sociale goederen moeten worden omlijnd en hoe die in juridische “aanspraken” (dat wil zeggen op basis van solidariteit te garanderen toegankelijkheid tot zorgvoorzieningen) worden omgezet.¹² De kernvraag is niet *of* collectief geïnvesteerd moet worden om toegangsmogelijkheden tot zorg voor een ieder te garanderen, maar *hoe*. De beantwoording van die vraag hangt mede af van het economische en politieke klimaat.

Ongelijkheid in gezondheid is een gegeven dat slechts voor een deel beïnvloedbaar is. De Staat heeft als taak op het terrein van de gezondheidszorg compensatie te organiseren voor diegenen die geboren zijn met “pech”, die sociaal-maatschappelijk en economisch minder bedeeld zijn, en daardoor vaak een hoger ziekterisico hebben. Niet verlangd kan worden dat ongelijke verdeling in gezondheid door biologische, psychische of sociale factoren, of door de risico's van een samenleving, volledig wordt gecompenseerd door inspanningen van de Staat. Kan alles omvattende solidariteit niet worden verwacht, te grote toename van ongelijkheid wordt in het

¹¹ H.J.J. Leenen noemt ze participatierechten. Sociale grondrechten en gezondheidszorg, C. de Boer jr/Paul Brand, Hilversum, 1966, p. 169.

¹² H.J.J. Leenen, Rechtvaardige verdeling van gezondheidszorg, Grondslagen van het rapport “Kiezen en delen”, Tijdschrift voor geneeskunde en ethiek, 1992, nr. 4, p. 98-102.

algemeen ongewenst geacht.¹³ Het vergt (collectieve) inspanningen om minder ongelijke verdeling van gezondheid te bereiken.¹⁴

Waar de grens van toegang tot zorgvoorzieningen (zorgverdeling) op basis van solidariteit moet liggen, is moeilijk exact aan te geven. Die grens ligt in ieder geval daar waar uitsluiting van noodzakelijke voorzieningen dreigt op te treden.¹⁵ Geheel vrijblijvend is de verplichting van de Staat in dit opzicht niet. Sociale grondrechten, waaronder het recht op zorg voor de gezondheid valt, krijgen onder meer door strengere controle van het orgaan belast met toezicht op implementatie van een internationaal verdrag een minder vrijblijvend karakter. Jurisprudentie over individuele grond(mensen)rechten leidt soms ook tot positieve verplichtingen van de Staat ten aanzien van het recht op zorg voor de gezondheid.¹⁶ Voor het overige zal de Staat, gegeven de op basis van solidariteit beschikbare mogelijkheden,¹⁷ moeten streven naar het zo veel mogelijk verminderen van onrechtvaardigheid.^{18, 19}

¹³ Maximale gezondheidswinst en minimale ongelijkheid.

¹⁴ Aldus kunnen ook bestaande verschillen tussen sociale klassen worden verkleind.

¹⁵ Op de dekking wordt later ingegaan.

¹⁶ Het is niet de juiste gelegenheid om op dit vraagstuk in te gaan. Ik volsta met te wijzen op de verplichtingen die terzake uit internationaal verdragsrecht voortvloeien. Verwezen wordt voorts naar de literatuur, onder andere H.J.J. Leenen, *Recht op gezondheidszorg, overheid en stelsel van ziektekostenverzekering*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1995, nr. 7, p. 398-400. Voorts meer in het algemeen, Heringa, A. W. *Sociale grondrechten*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.

¹⁷ Dat wil zeggen de door de overheid te bepalen macro voor de gezondheidszorg op basis van solidariteit beschikbare collectieve middelen.

¹⁸ H.J.J. Leenen, *De verdeling van de schaarse middelen in de gezondheidszorg*, Ned. Tijdschr. Geneeskunde, 1991; 135, nr. 20, p. 904-908.

¹⁹ De WHO beschrijft in *The World Health Report 2000*, "health systems: improving performance", negen keuze criteria: kosteneffectiviteit, bescherming bevolking tegen financiële risico's, horizontale equity (mensen met het zelfde gezondheidsprobleem worden gelijkelijk geholpen), verticale equity (degenen met de grootste behoefte worden vooral geholpen), solidariteit van gezonden met zieken, solidariteit naar financiële draagkracht, noodzakelijke voorzieningen waarnaar geen spontane vraag en waarvan geen spontaan aanbod is, voorzieningen met een openbaar karakter, voorzieningen met een sociaal karakter en die in het belang zijn van volgende generaties.

4. INDIVIDUELE VRIJHEID: WAAR GAAT HET OVER?

Individuele vrijheid ten aanzien van gezondheid en gezondheidszorg betekent dat men keuzemogelijkheden heeft, zoals keuze van hulpverlener, hier of over de grens, keuze van verzekeraar, dekkingskeuze, keuze met betrekking tot aard en vorm van behandeling (voorzover er meerdere mogelijkheden zijn) en van zorgvorm bij hulpbehoevendheid. Er is ook vrijheid aangeboden zorg te weigeren. Deze keuzevrijheid is gebaseerd op de vrijheid van de autonome mens die naar eigen inzicht zijn leven kan inrichten. Deze vrijheid betekent nog niet dat er een claimrecht is te kunnen beschikken over gezondheidsproducten en -diensten. Dan gaat het immers niet om een individueel, maar een sociaal grondrecht. Het laatste heeft een zwakker juridisch karakter dan het eerste, is afhankelijk van de economische situatie en van de feitelijk beschikbare mogelijkheden.²⁰ Binnen zo'n stelsel hangt de ruimte voor individueel "claimgedrag" af van de mate waarin beperkingen zijn gesteld aan verstrekkingen en van de mate waarin ruimte is voor persoonlijke verantwoordelijkheid.²¹ De individuele vrijheid kan overigens in omstandigheden ingeperkt (moeten) worden om maatschappelijke waarden (sociaal goed) voor anderen (iedereen) vorm te kunnen geven.

Is solidariteit met betrekking tot gezondheid en toegang tot gezondheidsvoorzieningen niet onbegrensd, ook individuele vrijheid is relatief. Individuele keuzevrijheid is vaak meer theorie dan praktijk, immers afhankelijk van de mate van wils(on)bekwaamheid, de individuele draagkracht, de individuele ziekerisico's en ziektebelast. Dergelijke factoren kunnen de keuzevrijheid aanmerkelijk inperken. Daar komt bij dat de keuzevrijheid aanzienlijke beperking kan ondergaan door de ontwikkelingen op het terrein van de genetica. Die maken het mogelijk dat het individu meer over ziekteaanleg en gezondheidsrisico's te weten kan komen. Dat is van invloed op de ruimte om naar eigen inzicht en voorkeuren te handelen. Ziekterisico kan weliswaar iedereen treffen en neemt toe

²⁰ Door wettelijke regeling van aanspraken (positivering) ontstaan wel rechten die bij de rechter inroepbaar zijn.

²¹ H.J.J. Leenen, 1992, o.c. p. 99 is om die reden kritisch over de feitelijke beschrijving van de individuele dimensie in het rapport Kiezen en delen van de zgn. Commissie Dunning, 1992.

met leeftijd, de voorspelbaarheid wordt wel steeds groter.²² De verhouding tussen reële verhoogde risico's en veronderstelde (verhoogde) risico's zal daardoor merkbaar verschuiven. Medische risico - inschatting komt in ander daglicht te staan indien per individu een reëler risico - profiel kan worden geschetst. Dit kan de deur open zetten voor een acceptatiebeleid door verzekeraars, waarbij risico's worden onderzocht of (over verwanten bekende) risicoinformatie moet worden meegedeeld als voorwaarde voor een verzekering. Verdergaande premiedifferentiatie op de particuliere markt ligt dan voor de hand. Een praktijk die zo de individuele vrijheid onder druk zet, wijst op het belang van goede vormgeving aan solidariteit en rechtvaardigheid. Spelen binnen de gezondheidszorg zonder meer al vele financiële belangen,²³ dat een verdergaande commerciële benadering leidt tot meer individuele vrijheid is niet bewezen, wel heeft dit consequenties voor de financiële toegankelijkheid. Nu al zijn de gevolgen voor keuzevrijheid van verzekerden van het dragen van risico door ziekenfondsen merkbaar. Zo kan de verzekerde over de grens hulp halen voor zover ziekenfondsen zich aan de regels houden.²⁴ Wel moet soms de rechter er aan te pas komen wil een verzekerde de ruimte die het EG-recht biedt voor keuze van zorgaanbieder buiten eigen land kunnen benutten.²⁵ Anderzijds komt het voor dat het ziekenfonds om kosten te beperken juist over de grens contracteert. Dan kan er druk op de verzekerde zijn niet hier in eigen vertrouwde

²² Die mogelijkheid wordt ontwikkeld in het medisch wetenschappelijk onderzoek bij de mens. Ook bij onderzoek op het terrein van farmacogenetica, dat is gericht op het genetisch bepalen van positieve en negatieve reacties op geneesmiddelen.

²³ Zeker waar het een grote afzetmarkt voor producten is.

²⁴ Momenteel stellen ziekenfondsen zich terughoudend op vanwege het feit dat ze gebudgetteerd worden en risicodragend zijn. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 21 501-19, nr. 52, p. 4. Soms moet de rechter er bij te pas komen om een verzekerde keuze te bieden

²⁵ De lijn in de uitspraak uitgezet door het Hof van Justitie EG in de zaken Kohll en Decker, 28 april 1998, (Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1998, p. 384 e.v. (met noot van G.J.A. Hamilton)) dat vormen van extramurale hulp (in casu brilaanschaf en gespecialiseerde tandheelkunde) in andere lidstaten van de EU moet kunnen worden verkregen onder dezelfde toestemmingsvoorwaarden als in de eigen lidstaat, is onlangs doorgetrokken door de rechtbank Maastricht voor huisarts, apotheek en fysiotherapeut. De enkeling die dergelijke vormen van extramurale zorg zoekt over de grens ondermijnt niet zo gauw het stelsel en evenmin daarbinnen, het systeem van overeenkomsten. Afstand, taal, kwaliteit en andere benadering van patiënten(rechten) zijn elementen die al van nature beperkingen vormen voor medisch toerisme op grote schaal.

omgeving, maar over de grens hulp te halen.²⁶ Het een maal per jaar kunnen kiezen van een andere verzekeraar is ook al meer schijn dan werkelijkheid; immers, verzekeraars fuseren tot grote schaal. Als dit proces doorzet zal binnenkort de markt in handen zijn van enkele grote maatschappijen en is stemmen met de voeten er niet meer bij. Ook hier blijkt weer dat de praktijk vaak sterker is dan de leer.

Vragen en beslissingen van de patiënt worden toch al steeds meer gestuurd.²⁷ Zo komt de individuele vrije beslissing bepaalde medische diagnostische verrichtingen te ondergaan onder invloed te staan van het aanbod van nieuwe diagnostische, prospectieve en predictieve onderzoeksmogelijkheden.²⁸ Naarmate er meer commerciële belangen in het geding zijn zal ook het aanbod van testen, ook als er bij een positieve uitslag geen zinvolle handelingsopties zijn, wervender worden. Dat laatste zal toenemen met de uitdijende wereldhandel.²⁹ De markt laat zich niet gemakkelijk beperkingen opleggen uit bestwil-overwegingen. De consument moet sterk in zijn schoenen staan om een spontaan aanbod vanuit de gezondheidszorgmarkt te negeren. Dit kan ook gaan spelen bij de risicodragende verzekeraar met acceptatieplicht. Die heeft juist dan immers belang bij sturen van het gedrag en van de medische consumptie van de verzekerde op basis van diens risicoprofiel. Ook een klimaat van maatschappelijk conformisme (“maatschappelijk correct gedrag”) kan klemmend zijn voor individuele vrijheid.³⁰ Dat de patiënt het aanbod in medisch-technische zin niet goed kan overzien en op waarde kan inschatten, maakt hem voorts in de curatieve zorg afhankelijk van de hulpverlener. Ook al zijn de mogelijkheden zich goed te informeren met name via internet aanzienlijk toe genomen, de gezonde burger heeft voorkeuren, de patiënt met een gezondheidsklacht heeft vage wensen, maar wil wel

²⁶ Het vergt maatregelen van overheidswege om er voor te zorgen dat de verzekeraar ook voldoende aanbod in eigen land contracteert.

²⁷ H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt*. Oratie. Bohn, Stafleu, van Lochem, Houten, 1994, p.6.

²⁸ Er is ook te weinig aandacht voor de mogelijke nevengevolgen (werk, verzekering) van medisch wetenschappelijk onderzoek dat is gericht op dergelijke risico-profilering.

²⁹ In het 2001-2002 Annual Report van Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PHARMA) wordt dit aldus verwoord: (We will) “work with appropriate industry groups to promote the adoption of more private-sector elements in the health care systems of Europe”.

³⁰ Bijvoorbeeld druk ongunstige uitslag van prenatale screening te laten volgen door abortus provocatus.

goede zorg, liefst direct en in de buurt.³¹ Daar komt bij dat hulpverleners uit vrees voor aansprakelijkheidstelling wel eens meer verrichtingen voorstellen aan de patiënt dan medisch noodzakelijk. De ontwikkelingen leggen steeds meer een hypotheek op de individuele vrijheid.

Er is veel retoriek als men het heeft over vraaggestuurde zorg als middel om keuzes en voorkeuren van patiënten vorm te geven. Die geeft zich in ieder geval onvoldoende rekenschap van de mogelijke discrepantie tussen vraag in de betekenis van wensen van patiënten en vraag in de betekenis van professioneel gedefinieerde behoeften.³² Is voor bepaalde groepen die op verpleging, verzorging en zorgondersteuning door anderen zijn aangewezen meer individuele keuze mogelijk, individuele variatie wordt al gauw in de kiem gesmoord door bureaucratische indicatieorganen³³ en het contracteerbeleid van de risicodragende gebudgetteerde verzekeraar.

5. SOLIDARITEIT: HOE TE ORGANISEREN?

De kosten van de gezondheidszorg stijgen, terwijl de collectief beschikbare financiële ruimte die te verdelen valt binnen de gezondheidszorg begrensd is. De collectieve verantwoordelijkheid voor toegankelijkheid van gezondheidszorg van goede kwaliteit vergt, aldus de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid ((WRR), draagvlak voor het opleggen van noodzakelijke financiële solidariteit. Ook al legt de overheid solidariteitsbijdragen op (in welke vorm dan ook), uiteindelijk bepaalt de maatschappelijke bereidheid mee te doen aan financiële solidariteit in hoge mate de grens van de algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid.

Om solidariteit bij toegang tot gezondheidszorg te organiseren moet de Staat het kader bepalen. Dat wil zeggen de kring van rechthebbenden (het deel van de bevolking dat onder de collectieve paraplu komt) en het beschermingsniveau (voorzieningen waartoe toegang wordt gegeven, het zgn. pakket, en per voorziening het concrete niveau van de bescherming, dat wil zeggen, alle of een deel van de kosten van een voorziening). Zijn rechthebbenden en hun aanspraken bepaald, dan moet nog de aard van de solidariteit

³¹ Zie ook de kritische kanttekeningen van Stricker. B.H.Ch. Stricker, Geneesmiddelenbewaking in Nederland, oratie, 2001.

³² Differentiatie in de Ziekenfondsverzekering, College voor Zorgverzekeringen, Amstelveen, 2002, nr. 85 bijlage 2.

³³ RIO, in het kader van de AWBZ. Binnenkort met beslissende stem.

(inkomenssolidariteit, risicosolidariteit)³⁴ benodigd om het beoogde doel te bereiken en de wijze van vormgeving daaraan (premie, belasting, subsidie, mengvorm) worden vastgesteld. Hier past vanzelfsprekend ook een macrobudgettair kader bij. De bereidheid voor anderen mee te betalen (hetzij direct, hetzij indirect) aan steeds meer medische mogelijkheden tegen steeds hogere kosten kan immers een grens bereiken. Bovendien zal het aantal burgers dat een bijdrage kan leveren aan die solidariteit mede door de veroudering van de bevolking (groter aantal niet-actieven) niet groeien.³⁵ Een overmatig beroep op inkomenssolidariteit kan worden tegengegaan door toereikende risicosolidariteit.³⁶

De keuzes met betrekking tot inrichting van de solidariteit moeten en maatschappelijk draagvlak hebben, en beantwoorden aan gezondheidsdoelen en voldoen aan eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid. Voor gelijke rechtsbedeling en sociale rechtvaardigheid³⁷ is doelmatige en doeltreffende inzet van beschikbare middelen essentieel. Met middelen van anderen en met schaarste moet zuinig worden omgesprongen. Geld kan maar een keer worden uitgegeven, besteding aan vermijdbare ziektelast of ondoelmatigheid betekent dat er minder beschikbaar is voor noodzakelijke zorg elders³⁸. Daartoe moeten voor de toegang tot gezondheidszorgvoorzieningen op basis van solidariteit de meest rationele instrumenten worden ingezet. Dogma en partijpolitiek belang staan, zo leert de praktijk, nogal eens in de weg aan rationele keuzes. Nodig is een systeem waarin beslissingen over de toegankelijkheid en de kwaliteit niet berusten op willekeur, maar daadwerkelijk bereikt worden via een rechtmatig beleid op basis van algemeen geldende normen, aldus de WRR.³⁹ Staat Europees recht al gauw in de weg aan regulering van de particuliere commerciële ziektekostenverzekering, dit ligt anders bij een sociaal systeem, dat geënt is op

³⁴ Solidariteit kent diverse vormen: tussen ziek en gezond, jong en oud, rijk en arm, werkende en niet werkende, huidige en toekomstige generaties.

³⁵ WRR, 1997, o.c. p. 14.

³⁶ De WRR ziet dit als een centrale voorwaarde om in de toekomst de toegang tot de zorg te kunnen blijven waarborgen. WRR, 1997, o.c. p.93.

³⁷ H.J.J. Leenen, Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1984, p. 53-68.

³⁸ Inefficiëntie en ondoelmatigheid bij zorg, beheer, bestuur en financiering onttrekt kostbare middelen aan medisch noodzakelijke hulp.

³⁹ WRR, 1997, o.c. p. 89.

solidariteit, en bij de uitvoering waarvan de regels van het Europees recht worden gerespecteerd.⁴⁰

6. KRING VAN RECHTHEBBENDEN

Om de gedachten over de inrichting van de solidariteit te bepalen ga ik in deze en de volgende paragraaf eerst in op de *reikwijdte* van de solidariteit, en wel voor wat betreft de kring van rechthebbenden in het kader van een collectieve voorziening en de collectieve dekking en de daartoe benodigde prioriteitenbepaling. Daarna volgen enkele kanttekeningen over de *besteding* van de collectieve middelen.

6.1 Verschillende opties

Hoe geringer het collectieve budget hoe groter de ruimte voor zelf op de markt te verzekeren zorg. Individuele vrijheid komt in theorie het meest aan zijn trekken door solidariteit enkel te richten op de meest behoeftige groep met de hoogste gezondheidsrisico's.⁴¹ Maar ook in een dergelijke situatie zullen de zelf kiezende burgers beschermd moeten worden. De individuele vrijheid met het oog op keuzes (op de markt) voor toegang tot zorg moge er de jure zijn, de facto is deze in de praktijk vaak niet te realiseren. In Nederland heeft het betrekken van particuliere verzekeraars bij het stelsel door hen de standaardpolis op grond van de Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekeringen (WTZ) op te leggen niet geleid tot doelmatigheidswinst en bij overheveling van tandheelkunde van de ziekenfondsdekking naar de particuliere verzekeringsmarkt was er een flinke stijging van kosten.⁴² Keuzes hangen dan mede af van financiële draagkracht. Andere beperkingen zijn vooral bekend uit de Verenigde Staten.⁴³ Als werknemer is men daar al gauw veroordeeld tot de Health Maintenance Organisation (HMO) waar de werkgever zaken mee doet. Wie zijn werkgever kiest, kiest zijn verzekeraar. De

⁴⁰ Staat bij de Europese Gemeenschap solidariteit centraal, het EG Verdrag geeft geen ongebreidelde mogelijkheden. De inrichting van het stelsel van sociale zekerheid is als zodanig een bevoegdheid van de lidstaten.

Vormgeving aan solidariteit moet voldoen aan algemene beginselen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Het Gemeenschapsrecht moet bij de uitoefening van hun bevoegdheid door de lidstaten in acht worden genomen.

⁴¹ Waarvoor dan enkel een kale bodem voorziening beschikbaar zal zijn.

⁴² H.J.J. Leenen, 1997, o.c., p. 46-47.

⁴³ Medicare en Medicaid behoeftigen, Health Maintenance Organisations voor werknemers en verder particuliere voorzieningen.

werknemer is overgeleverd aan het beleid van zijn werkgever voor wat betreft dekking (meer kosten,⁴⁴ minder dekking) en de beperkende condities die deze met de verzekeraar heeft afgesproken (zoals verplichte deelname aan periodieke preventieve screening, verplicht volgen van medicatievoorschrift etc). Deze situatie kan zich ook bij ons voordoen. Collectieve contracten zijn al enige tijd in zwang.⁴⁵ De eerste signalen van beïnvloeding door werkgevers van individuele vrijheid zijn er ook al, getuige praktijkvoorbeelden van een nog wel niet dwingend, maar wel dringend aanbod van preventieve activiteiten (waaronder naast de al lang bekende medische check-up, “leefstijltrainingen” en grieprikken). Dit nog afgezien van een dreigende risicoselectie (en daardoor verkleining van de risicosolidariteit) bij verdere doorwerking van het concurrentiemodel bij de ziektekostenverzekering die wordt verkregen via de werkgever. Daarvoor waarschuwt de WRR.⁴⁶

6.2 Sociale ziektekostenverzekering

Tot de Tweede Wereldoorlog lag het accent voor het bieden van bepaalde bestaanszekerheid bij onderling georganiseerde solidariteit. Met eerst het Ziekenfondsenbesluit en daarna de Ziekenfondswet is het accent van de zekerheidsregeling van privaat verschoven naar de publieke sfeer.⁴⁷ Sinds invoering van de Ziekenfondswet 1964 is er voor ziekenfondsverzekerden een publieke garantie voor toegankelijkheid van noodzakelijke zorg via een wettelijk ziektekostenverzekeringssysteem.⁴⁸ Een recht op verzekering dat, anders

⁴⁴ Meer kosten voor de verzekeraar leidt tot hogere premie voor de werknemer, risicosolidariteit is beperkt tot een in principe gezonde groep werknemers. WRR, 1997, o.c. p. 108.

⁴⁵ Collectieve contracten bieden - vaak aanzienlijke - aanvullende diensten als secundaire arbeidsvoorwaarden naast de verplichte basisvoorziening voor ziektekosten. In “Zorg aan bod” wordt een aantal aandachtspunten genoemd. Tweede Kamer vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2, p. 47-48. Collectieve contracten hebben overigens negatieve invloed op de arbeidsmobiliteit.

⁴⁶ WRR, 1997, o.c. 110.

⁴⁷ J. van Gerwen, schetst een beeld van de ontwikkelingen in “Zoeken naar Zekerheid”, risico's, preventie, verzekeringen en andere zekerheidsregelingen in Nederland 1500-2000, deel IV, De welvaartsstaat, Verbond van Verzekeraars / NEHA, den Haag / Amsterdam, 2000, p. 112-175.

⁴⁸ In 1967 kwam daar de AWBZ als volksverzekering bij. Sinds 1986 biedt de WTZ de voormalig vrijwillig en bejaarde ziekenfondsverzekerden een noodzakelijke opvang. Die drijft op verplichte heffingen bij particulier verzekerden.

dan bij een plicht tot verzekeren, uit de wet voortvloeit (van rechtswege verzekering) en (na aanmelding bij een ziekenfonds) automatisch leidt tot door de wetgever vastgestelde dekking van kosten voor gebruik (in natura) van gezondheidszorgvoorzieningen en daarmee toegang tot zorg garandeert aan de wettelijk omschreven kring van rechthebbenden.

Solidariteit georganiseerd in het kader van een wettelijk ziektekostenverzekeringssysteem op basis van inkomens- en risico-solidariteit⁴⁹ is een uiterst nuttig gebleken vormgeving om ongelijke toegang tot essentiële gezondheidszorgvoorzieningen te voorkomen.⁵⁰ De lange wachttijden en -lijsten doen daar niet aan af. Dat heeft oorzaken die los staan van het systeem (zoals beperkte menskracht, te krappe budgetten waarbinnen instellingen zorg moeten verlenen en ondoelmatige inzet van middelen).⁵¹

Los hiervan is solidariteit door een wettelijke regeling voor verzekering van ziektekosten zodanig geworteld in onze samenleving dat zij in deze beschouwing geen punt van discussie is. Alleen al de voordelen die uit een oogpunt van rechtszekerheid en duurzaamheid in toegankelijkheid inherent zijn aan een op solidariteit geënte wettelijke regeling van rechtswege, met acceptatieplicht voor de verzekeraar, zijn dusdanig dat andere oplossingen daar niet tegen opwegen. De verzekerde heeft publiekrechtelijke beroepsmogelijkheden en zekerheid van zorgverlening omdat de verzekeraar

⁴⁹ Het huidige ziektekostenstelsel is overwegend gebaseerd op deze vormen van solidariteit: voor de onder de AWBZ vallende voorzieningen voor de hele bevolking, voor het overige is er naast de in de Ziekenfondswet geregelde solidariteit tussen diegenen die vallen onder een bepaalde inkomensgrens gericht op primair de curatieve zorg, voor bepaalde groepen particulier verzekerden met in principe een hoge ziektelast, een vereveningssysteem (WTZ). Daarnaast zijn er subsidieregelingen (zoals voor kunstmatige voortplanting en screeningsprogramma's). Die regelingen zijn al geruime tijd van toepassing en hebben mede daardoor min of meer het karakter gekregen van aanspraken.

⁵⁰ Het huidige kabinet heeft geopteerd voor een algemene zorgverzekering op publiekrechtelijke grondslag, van rechtswege, uit te voeren door private partijen, waaronder partijen met winstoogmerk. Risicosolidariteit, wettelijke zorgplicht verzekeraar, die risicodragend en gebudgetteerd is, vereenigingssystematiek om risicoselectie ten te gaan, inkomensafhankelijke premieheffing en een nominale premie dusdanig dat deze effectief concurrentie kan bevorderen, alsmede verplichte eigen betalingen zijn richtsnoer. Evenals keuzemogelijkheden in de vorm van vrijwillige risico's, preferred provider arrangementen en collectieve contracten. "Vraag aan bod", Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2.

⁵¹ Keuze tussen wachten of zorg over de grens is dan weliswaar aan de patiënt, maar niet een vrije beslissing in de ware betekenis van het woord.

niet mag selecteren. Ook indien de wettelijk uitvoerder van de verzekering niet meer solvabel is of onvoldoende slaagt in het contracteren van hulpverleners blijven de wettelijke garanties gelden. De ervaring elders met directe begrotingsfinanciering uit belastingopbrengsten⁵² leert dat daaraan nogal wat risico's kleven. De "conjunctuurgevoeligheid" van begrotingsfinanciering met name is problematisch; het terrein van ziektekosten moet dan ten principale dingen om de gunst van financiële ruimte met andere terreinen, zoals onderwijs en defensie.⁵³ Een andere optie is compensatie op individueel resp. groepsniveau voor te hoge premielast in de particuliere sector⁵⁴ in de vorm van overheidssubsidies of wettelijk opgelegde solidariteitsbijdragen.⁵⁵ Maar dat is reparatiewerk. Deze vormgeving aan solidariteit is niet doeltreffend, ondoelmatig en weinig transparant. Het waarborgen van het recht op zorg voor de gezondheid via een particulier verzekeringsstelsel (een regeling naar het model van de Wettelijke Aansprakelijkheid) vraagt gedetailleerde regeling en concessies aan de solidariteit, aldus destijds de VNZ⁵⁶. Het is zeker geen garantie voor doelmatige besteding van middelen. Bovendien geeft het de particuliere verzekeraars de voordelen van de goede risico's, terwijl de overheid de kwade risico's draagt. Risicoschatting in handen van een particulier verzekeraar hangt in een dergelijk stelsel als een zwaard van Damocles boven de overheid.

Hoe dan vorm gegeven aan de solidariteit in een wettelijk ziektekostenverzekeringssysteem dat toekomstbestendig moet zijn en individuele vrijheid niet te veel laat inboeten? Compensatie van hoog ziekterisico en laag inkomen op basis van solidariteit is het meest gebaat bij een zo breed mogelijke groep van rechthebbenden.⁵⁷

⁵² Bijvoorbeeld een systeem als de National Health Service in Engeland.

⁵³ De begroting van President Bush (VS) voor 2002 toont aan hoe makkelijk de bakens kunnen worden verzet; de Engelse National Health Service is evenmin een lichtend voorbeeld.

⁵⁴ Bij een hoge nominale premie (naast een inkomensafhankelijk deel) in een publiek stelsel zal ook gecompenseerd moeten worden.

⁵⁵ De verplichte bijdrage van particulier verzekerden aan verzekerden op basis van de WTZ.

⁵⁶ Vereniging van Nederlandse ziekenfondsen, Stap voor stap naar een volksverzekering, 1984-1994, Zeist, 1984. Zie ook G.R.J. de Groot voor voor- en nadelen in: Driehoeksverhoudingen in de nieuwe basisverzekering: een terreinverkenning, Z&V, nr. 7/8, 2000, p. 690-702.

⁵⁷ Politiek heeft het huidige kabinet er voor gekozen de hele bevolking onder de collectieve ziektekosten- paraplu te brengen, dat wil zeggen in een basisverzekering op publiekrechtelijke grondslag. In een dergelijk systeem zouden de huidige wettelijke voorzieningen (Ziekenfondswet en AWBZ) een plek moeten krijgen.

Solidariteit in het systeem wordt bereikt, aldus de Commissie structuur en financiering gezondheidszorg door een van overheidswege vastgesteld pakket, een door de overheid vastgestelde premie naar draagkracht, een verplichting tot acceptatie van verzekerden ongeacht leeftijd en gezondheidsrisico, aangevuld met de mogelijkheid om van verzekeraar te wisselen.⁵⁸

Aan de huidige situatie, van alles wat, met verschillende modaliteiten voor dekking van ziektekosten, afhankelijk van iemands sociaal-economische positie, kleven te veel nadelen om daadwerkelijk houdbaar te kunnen zijn en op langere termijn te kunnen blijven. Het gebrek aan eenheid in het wettelijke ziektekostenverzekeringssysteem is bovendien een belangrijke belemmering gebleken voor inhoudelijke afstemming van zorg, voor substitutie, inhoudelijke doelmatigheid en beheersing van bureaucratische kosten. Het staat daarmee ook in de weg aan individuele keuzevrijheid. De vele al jaren gesignaleerde gebreken in het systeem doen dan ook in de kern afbreuk aan de solidariteitsgedachte. Daar komen als argument bij aan de ene kant de ontwikkelingen in presymptomatisch diagnostisch aanbod (inclusief genetisch) die negatief kunnen uitwerken op de risicosolidariteit, en aan de andere kant de met een vergrijzende bevolking veranderende zorgvraag waar bij de dekking mee rekening moet worden gehouden.

Niet alleen de optimale rechtvaardigheid en rechtszekerheid, maar ook de voordelen van eenheid, inzichtelijkheid, eenvoud en flexibiliteit van een wettelijk stelsel met een enkel sturingsmechanisme,⁵⁹ wettigen naar mijn oordeel de beperking van individuele vrijheid die dit met zich brengt.⁶⁰ Het systeem kan voor dat laatste wel zo groot mogelijke ruimte laten.

7. DEKKING TEN LASTE VAN DE SOLIDARITEIT

7.1 Afpalen van solidaire dekking

Het recht op zorg is niet onbegrensd. Bij financiële solidariteit met het oog op toegankelijkheid van gezondheidszorg past een macro-

⁵⁸ Commissie structuur en financiering gezondheidszorg, 1987, o.c. p. 33.

⁵⁹ H.J.J. Leenen, Volksgezondheid in het perspectief van de burger, Wetenschappelijk Bureau D66, 's-Gravenhage, 2000, p. 24.

⁶⁰ De keuze voor een basisverzekering komt tegemoet aan hetgeen de WRR heeft opgemerkt over toereikende risico-solidariteit als centrale voorwaarde om de toegang tot de zorg blijvend te kunnen waarborgen zonder overmatig beroep te hoeven doen op inkomenssolidariteit. WRR, 1997, o.c. p. 93.

budgettair kader. Geld volgt niet zomaar de zorg.⁶¹ Het spreekt voor zich dat hulpverleners vanwege hun grote invloed op toedeling van zorg op microniveau, een grote verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van de verantwoorde besteding van de beschikbare middelen en de eerlijke verdeling van schaarste.⁶² Zorg moet eerlijk worden verdeeld naar gelang schaarste aan menskracht en middelen. En niet elk individueel gevoeld gezondheidsprobleem wettigt een claim op de collectiviteit.⁶³ Dit geldt op micro en op macroniveau. Niet voor alles wat kan is aanspraak via de collectieve inspanning mogelijk, collectieve dekking is niet voor alles noodzakelijk en niet voor alles medisch aangewezen. Medische noodzaak moet onderscheiden worden van wensgeneeskunde. Een medische voorziening met geringe bijdrage aan de volksgezondheid hoeft niet ten laste te komen van de collectieve middelen. Er zijn ook nu al meer (technologische) mogelijkheden voor behandeling, preventie en zorg dan we financieel aankunnen. In de toekomst zal die situatie niet beter worden.

Zoals een maatschappelijk draagvlak nodig is voor de financiële solidariteit, zo moet er ook voor de verdeling van de schaarste binnen het collectief te financieren deel draagvlak zijn. Aanspraken (het pakket) moeten zo worden geformuleerd dat het voor de justitiabele duidelijk is waar recht op bestaat. Wat niet onder het pakket valt kan naar eigen keuze op de markt worden verzekerd, hier of elders.

Bepaalt het nationaal vastgestelde, collectief voor de zorg beschikbare budget de bovengrens van de collectieve uitgaven en daarmee ook de eventuele mogelijkheid voor uitbreiding (of noodzaak van beperking) van wettelijke aanspraken, de benedengrens van de aanspraken is in die zin een gegeven, dat verplichtingen voortvloeien uit internationaal verdragsrecht, internationale jurisprudentie en EG-regels op het terrein van sociale zekerheid.

In het pakket hoort thuis noodzakelijke zorg die uit een oogpunt van volksgezondheid toegankelijk moet zijn. Die zorg moet volgens de Commissie Keuzen in de Zorg⁶⁴ in ieder geval bewezen werkzaam zijn, doelmatig georganiseerd en toegepast worden, en niet in aanmerking komen voor eigen financiering. In de overwegingen moet voorts betrokken worden dat als gevolg van technologische

⁶¹ B.V.M. Crul, Bijzondere overeenkomsten, Medisch Contact, 1 maart 2002, p. 315.

⁶² Ik ga daar niet op in. Dit onderwerp wordt door een van de andere preadviseurs behandeld.

⁶³ H.J.J. Leenen, 1991, o.c. p. 904.

⁶⁴ Commissie keuzen in de zorg, Kiezen en delen, 1992, Ministerie van VWS, Rijswijk.

innovaties in de gezondheidszorg,⁶⁵ het beroep op verzorgen en verplegen zal toenemen. In de kern gaat het om het op rechtvaardige wijze formuleren van gelijke rechten voor mensen met verschillende zorgbehoeften en om het verminderen van ongelijkheid in gezondheid.

7.2. Pakketmaatregelen

Op het terrein van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen worden de eisen van noodzaak en doelmatigheid concreet vertaald in de aanspraken en functioneert er een “wachregiem”. Een dergelijk wachregiem is straks zeker ook aangewezen voor nieuwe diagnostische mogelijkheden, bijvoorbeeld met behulp van DNA, al dan niet risicoschattend en waar bij een positieve uitslag geen interventies tegenover staan.⁶⁶ Wil de collectief toegankelijke zorg toegankelijk blijven dan moet nu al bij vormgeving aan de solidariteitsdekking geanticipeerd worden op de ontwikkelingen. Nieuwe methoden zouden alleen geïntroduceerd mogen worden indien ze aantoonbaar gezondheidswinst opleveren en oude moeten verdwijnen als de nieuwe nuttiger zijn. Voor nieuwe vormen van verzorging en zorgondersteuning zal het accent vooral liggen bij patiëntensatisfactie, bejegening en kwaliteit van zorg. Voor andere voorzieningen ligt het minder eenvoudig. De meeste aanspraken zijn vrij open omschreven en mede daardoor omvangrijk, zij het voor de invulling afhankelijk van medisch professioneel oordeel en indicatiestelling en machtiging vooraf. Inperking van de huidige dekking door het schrappen van niet noodzakelijke voorzieningen ligt voor de hand. Buiten het pakket moet blijven zorg die geen of nauwelijks een oplossing biedt voor een gezondheidsprobleem. Dat zou men kunnen zeggen van kunstmatige voortplantingstechnieken die geen oplossing zijn voor een gezondheidsprobleem in enge zin. Maar dan wordt de discussie al snel lastig. Verworven aanspraken blijken vrij onaantastbaar. Belangen staan veelal in de weg aan

⁶⁵ Daar komt als factor bij de korte verblijfsduur in het ziekenhuis. H.J.J. Leenen, 1997, o.c. p. 45.

⁶⁶ Stichting Toekomstscenario's Gezondheidszorg, 2002, o.c. p. 145. Dit is de grondgedachte achter de aanbevelingen in het evaluatierapport Wet op het bevolkingsonderzoek over beoordeling voorafgaand aan de introductie van systematische onderzoek van klachtvrije personen op basis van een aan hen gericht aanbod: afweging verhouding tussen gezondheidswinst en gezondheidsschade als zodanig, potentiële bijdrage aan de gezondheid van de doelgroep en de condities waaronder. P.J. van der Maas e.a. Evaluatie Wet op het bevolkingsonderzoek, ZorgOnderzoek Nederland, den Haag, 2001, reeks evaluatie regelgeving: deel 5.

inperking van rechten. Wordt daartoe toch overgegaan, bijvoorbeeld ingeval de gezondheidswinst van een aanspraak in de praktijk tegen blijkt te vallen, dan weet men toch wel weer argumenten te vinden om de situatie te redresseren. Bovendien kunnen belangen van patiëntengroepen die zich drijvende moeten houden via subsidies met die van de farmaceutische industrie verweven zijn.⁶⁷ Producenten zullen - via die patiëntengroepen - druk uitoefenen om hun producten in het collectieve vergoedingssysteem opgenomen te krijgen.

Een achtergrondstudie 10 jaar pakketdiscussie⁶⁸ wijst uit dat er grote variatie is in de manier waarop pakketmaatregelen zijn ingevoerd. Zelfs pogingen tot wettelijke beperking van indicatiestelling hebben weinig effect gehad. Emotie en irrationaliteit winnen het al gauw van rationele argumenten, zoals de discussie over het middel Taxol uitwijst. Belangen van professionele groepen en politieke partijen spelen ook een rol. In feite wordt al bij subsidietoekenning voor wetenschappelijk onderzoek de prioriteitenstelling beïnvloed. Leenen's stelling uit 1984 dat de prioriteiten in belangrijke mate worden bepaald door de wetenschappelijke ontwikkeling en niet in de eerste plaats door de behoeften van de bevolking⁶⁹ vertolkt dunkt me nog steeds de realiteit. Bovendien wordt niet systematisch de meerwaarde van nieuwe mogelijkheden afgewogen tegenover bestaande.⁷⁰

7.3 Beslissysteem

De WRR wijst op het probleem dat steeds een enkele voorziening ter discussie wordt gesteld, in plaats van vast te stellen welke zorg de samenleving voor alle burgers toegankelijk wil houden, een discussie over voorzieningen in relatie tot elkaar. Bij een serieuze aanpak van de solidariteit bij de toegang tot gezondheidszorgvoorzieningen kan men niet om dit probleem heen. Om de collectieve verantwoor-

⁶⁷ Dit is de reden waarom de overheid die graag de positie van de patiënt versterkt ziet, moet zorgdragen voor voldoende ongebonden financiering.

⁶⁸ College voor Zorgverzekeringen, 10 jaar pakketdiscussie, Amstelveen, 2001, nr. 46.

⁶⁹ H.J.J. Leenen, Grenzen van het recht op gezondheidszorg, Stichting Gezondheidszorg 82, De grenzen van de gezondheidszorg, 1984, p. 60.

⁷⁰ Bovendien verdwijnen effectieve producten nog wel eens bij afloop van een octrooi.

delijkheid af te kunnen grenzen stelt de WRR voor⁷¹ doelstellingen van het gezondheidsbeleid⁷² (bevorderen van de volksgezondheid, verzorgen en verplegen van zieken) te formuleren, die de toetsstenen voor beleidskeuzes bieden. Verder zou men de grote groepen gezondheidszorgvoorzieningen die nu in het pakket zitten kunnen rangschikken naar de mate waarin het van belang is hiervoor de collectieve verantwoordelijkheid te nemen. Dat komt, aldus de WRR, neer op een ordening in termen van hiërarchie, in plaats van een tussen noodzakelijke en niet-noodzakelijke zorg. Vervolgens kan men de prioritering bepalen van voorzieningen binnen, en over elk van de categorieën. Met het oog hierop komt de WRR met een voorstel voor een gestandaardiseerde kosten effectiviteit afweging voor de verschillende vorm van zorg. Dit ligt in lijn met een pleidooi van Leenen voor een beslissysteem, waarin alle in aanmerking komende factoren worden samengenomen, te beginnen met het medisch nut, en waarbij alle relevante factoren worden meegewogen.⁷³ Maatschappelijke acceptatie moet verkregen worden door bij de bevolking het besef te ontwikkelen dat er grenzen zijn aan aanspraken ten laste van een sociale ziektekostenregeling, dat er naast persoonlijke noden ook andere noden zijn die evenzeer aanspraak kunnen maken op een rechtvaardige verdeling van de beschikbare middelen en dat de burgers zelf ook hun steentje kunnen bijdragen aan beperken van de schaarste.⁷⁴

Wil de bepaling van een basispakket van aanspraken blijven voldoen zowel aan gezondheidszorgdoelen, als aan rechtvaardigheidsoverwegingen, dan kan bij politieke besluitvorming niet worden volstaan met het met de mond belijden van de gebondenheid aan een prioriteitenbeslissysteem. De discussie zou bovendien niet pas gevoerd moeten worden op het moment dat er een financieel probleem is bij een bepaalde voorziening. De WRR bepleit een jaarlijkse discussie bij vaststelling van het financiële kader voor de gezondheidszorg. Ik steun dit van harte. Prioriteiten moeten van te voren worden bepaald, mede op basis van te verwachten ontwikkelingen in aanbod en vraag, regelmatig daarop bijgesteld en

⁷¹ WRR, 1997, o.c. hfst. 5. De WRR geeft voor deze drie stappen keuzecriteria, waarbij de uitwerking voor de eerste twee een vrij technische aangelegenheid is en de derde een politieke afweging vereist, die in principe elk jaar gemaakt zou moeten worden op het moment van vaststelling van het financieel kader volksgezondheid.

⁷² De WRR bepleit het hanteren van een beperkte definitie van gezondheid.

⁷³ H.J.J. Leenen, 1991, o.c. p. 906.

⁷⁴ H.J.J. Leenen, 1991, o.c. p. 904-908.

vorm krijgen in aanpassingen van dekking.⁷⁵ De (morele) verplichting daartoe zou naar mijn mening vorm moeten krijgen van een *sociaal contract*. Men kan denken aan het opnemen, als bijlage, bij de wettelijke regeling van de basisverzekering voor ziektekosten van een beslissysteem, waarin de doelen, uitgangspunten en toetsingcriteria zijn opgenomen, een beslissysteem, dat steeds bij de begrotingsbesprekingen aan de orde moet komen. Dat vergroot het meest de kans dat er iets komt van de afspraak de solidariteit op basis van inhoudelijke, rationele keuzes met rationele instrumenten vorm te geven. Bovendien is monitoren van de afspraak dan mogelijk.

8. ZUINIGE EN ZINNIGE BESTEDING VAN COLLECTIEVE MIDDELEN

8.1 Vermijdbare kosten: een gezamenlijke verantwoordelijkheid

Collectieve lasten moeten in de hand worden gehouden. Met middelen die op basis van solidariteit zijn opgebracht moet zuinig worden omgegaan. Een onnodig beroep op de gezondheidszorg leidt tot verspilling. Op andere dan zuinige en zinnige zorg bestaat naar mijn mening geen aanspraak.⁷⁶ Is de verzekeraar als uitvoerder van de wettelijke ziektekostenverzekering de poortwachter tot de aanspraak, die verzekeraar heeft om dezelfde reden de verplichting de hulpverlener aan te zetten tot zuinige, zinnige en doelmatige zorg. Dit wel met garanties van tijdige noodzakelijke zorg voor de verzekerde van goede kwaliteit en voor klacht- en klant gerichte benadering (juiste zorg op vanuit patiënt gezien juiste moment). De WRR wijst op twee groepen specifieke vragen die spelen bij vertaling van het collectief gegarandeerde pakket naar een efficiënte en effectieve zorgverlening. De vraag wie van de voorziening gebruik kunnen maken (de indicatiestelling) en de wijze waarop de zorg geleverd wordt.⁷⁷ Deze vragen zijn deels van medisch

⁷⁵ Bijstelling van de premie is ook een mogelijkheid. Tegelijkertijd is een visie over de langere termijn nodig, mede vanwege het benodigde hulpaanbod.

⁷⁶ Het CVZ ziet ruimte voor differentiatie. Bijvoorbeeld door zo te contracteren dat gewerkt wordt op basis van delegatie resp. verschuiving van taken naar een lichter niveau. Dit komt dan neer op substitutie van duurdere naar minder dure zorgverlening. Alleen de minst dure zorg zou naar mijn mening ten laste van de collectiviteit mogen komen. Differentiatie in de ziekenfondsverzekering, Amstelveen, 2002, nr. 85, p. 26.

⁷⁷ Richtlijnen en protocollen zijn van belang. WRR, 1997, o.c. p. 162.

professionele aard en vallen onder de verantwoordelijkheid van beroepsbeoefenaars. Daar wordt hier niet op ingegaan.⁷⁸

Dan is er de kwestie van leefstijl. Gezondheidsgevolgen van ongezonde leefstijl belasten de collectieve middelen onnodig. Gezonde leefstijl en deelname aan preventieve interventies (zoals vaccinaties) leidt tot zinnige besteding van collectieve middelen. Wel moet overigens rekening worden gehouden met zgn. ‘uitgestelde ziektelast’, ziekten op latere leeftijd die relatief kostbaar kunnen zijn. Opleggen van gedragsnormen en plichten ten aanzien van (voor) zorg voor de eigen gezondheid is problematisch omdat het vrijheid beperkt, de morele pluriformiteit van de samenleving onder druk kan zetten en vanwege afdwingbaarheid.⁷⁹ Wettelijke regels zijn niet geschikt als instrument om gedrag te sturen. Dit neemt niet weg dat alles in het werk moet worden gesteld om vermijdbare ziekte te voorkomen. De overheid heeft verantwoordelijkheid voor effectieve educatie en voorlichting, met nadruk op eigen verantwoordelijkheid van de burger. Een zekere mate van drang hoeft niet ongeoorloofd te zijn bij de morele verantwoordelijkheid jegens de samenleving ziektelast waar mogelijk te vermijden. Nodeloos belasten van de collectieve ruimte beschikbaar voor de gezondheidszorg gaat immers ten koste van andere patiënten.⁸⁰

Bepaalde vermijdbare ziektelast zou zelfs helemaal niet ten laste van de collectiviteit hoeven te komen. Andere kan gecompenseerd worden door een concrete gezondheidshewing, bijvoorbeeld via accijnzen op tabak en alcohol. Bij het eerste valt met name te denken aan ziekten die te wijten zijn aan riskante sportbeoefening.⁸¹ Voor recreatieve bezigheden die dusdanig risicovol zijn dat de kans dat een beroep moet worden gedaan op de gezondheidszorg reëel aanwezig is, zoals bij zgn. ‘huispartijen’, kan men kiezen tussen een gezondheidshewing (als onderdeel van de toegangsprijs) of uitsluiting van de wettelijke ziektekostenregeling.⁸² Tegenover uitsluiting van de sociale zekerheidsregeling kan in omstandigheden

⁷⁸ Dit onderwerp wordt behandeld door een van de andere preadviseurs.

⁷⁹ H.J.J. Leenen, H.D.C. Roscam Abbing, Bestuurlijk Gezondheidsrecht, Samsom, Tjeenk Willink, Alphen a.d Rijn, 1986, p.30.

⁸⁰ Zonder meer geboden is dat sociale ziektekostenverzekeraars de mogelijkheden van regres optimaal benutten.

⁸¹ Dergelijke voorstellen zijn steeds gestrand op discussies over waar de grenzen liggen en waarom het ene wel, en iets anders niet. “Jeder Konsekwenz fuhr zum Teufel”. Die discussies moeten er niet zijn. Er moeten knopen worden doorgehakt.

⁸² H.D.C. Roscam Abbing, Gezondheidsrecht en preventieve maatregelen, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2001, speciaal nummer, p. 23.

een verplichting tot particuliere verzekering staan, bijvoorbeeld in het verband van een sportvereniging. Het voorstel van de commissie Dekker tot uitbreiding van de verplichte WA-verzekering voor deelname aan gemotoriseerd verkeer tot een verzekering die ook de kosten van persoonlijk letsel als gevolg van een verkeersongeval dekt, verdient navolging.⁸³

8.2 Vermijdbare kosten: overheidsverantwoordelijkheid

Een sociale zekerheidsregeling moet zo zijn ingericht dat het doelmatig is (rationele omgang met publieke middelen) en prikkels bevat om doelmatigheid te bevorderen en ondoelmatigheid tot het minimum te beperken.⁸⁴ Hiervoor is al ingegaan op de noodzaak (inhoud van) aanspraken te beperken tot nuttige interventies, de eis van toegevoegde waarde vanuit gezondheids-perspectief. Voor de verzorging en verpleging ligt dit van-zelfsprekend anders. Daar ligt als gezegd het accent bij kwaliteit, bejegening en patiëntensatisfactie. Eigen bijdragen kunnen de individuele voorkeur van patiënten vorm geven, bijvoorbeeld met het oog op extra's, boven hetgeen wettelijk geboden moet worden. Een persoonsgebonden budget leidt tot kostenbeperking, bijv. indien als alternatief voor verpleeghuiszorg, het budget onder de prijs daarvan blijft.⁸⁵

Elementen van concurrentie, destijds voorgesteld door de Commissie structuur en financiering Gezondheidszorg, worden als belangrijk vehikel gezien om efficiëntie te bevorderen. Door accenten te verleggen in de verhouding overheid en veldpartijen, zou meer verantwoordelijkheid kunnen komen te liggen bij de consument, de aanbieder en de verzekeraar van zorg en zouden meer "check and balances" kunnen ontstaan.⁸⁶ Dat laatste is overigens de vraag. Consumptie wordt hoofdzakelijk door de zorgaanbieder bepaald. En een patiënt met gezondheidsklacht of ziekte is meestal niet in de gelegenheid uitvoerig te winkelen in de gezondheidszorg, maar zoekt direct hulp. Bovendien, wil men wel kiezen, dan moet er wat te

⁸³ Commissie structuur en financiering gezondheidszorg, 1987, o.c. p. 161

⁸⁴ Bekostigingssystematiek moet niet dusdanig zijn ingericht dat dit onnodige verrichtingen en declaraties in de hand werkt. Of het voorgestane systeem van diagnose behandeling combinaties aan die eis voldoet kan in twiifel worden getrokken. De ervaring met een vergelijkbaar systeem (diagnose gerelateerde groep) stemt niet tot optimisme.

⁸⁵ WRR, 1997, o.c. p. 115.

⁸⁶ "Vraag aan bod", Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2, p. 4 en 19.

kiezen zijn. Daartoe moet het hulpaanbod voldoende ruim zijn. Commercie binnensluizen in de gezondheidszorg zoals wel wordt gepropageerd,⁸⁷ zal de huidige krapte in het zorgaanbod niet verkleinen, maar roept wel andere problemen op. Winst maken, als ware de gezondheidszorg een normale markt,⁸⁸ op het verlenen van medische diensten die ten laste komen van de solidariteit, is meeliften op de rug van de publieke middelen en staat op gespannen voet met de solidariteitsgedachte, de rechtvaardigheid en de rechtsgelijkheid. Zo kan het voorkeur voor patiënten zonder intensieve hulpvraag (krenten uit de pap) en voorrangszorg (via afspraken met de verzekeraar) in de hand werken.⁸⁹ Streven naar winstmaximalisatie en investeren in kwaliteit van zorg staan al gauw met elkaar op gespannen voet. Het is niet bewezen dat commercie binnen de gezondheidszorg tot goedkopere zorg leidt, wel dat het leidt tot selectieve zorg. Het blijft onvermijdelijk te reguleren. Door het streven de producten te maximaliseren zal bovendien de tijd voor informatie aan, en aandacht voor de patiënt onder druk komen te staan. De belangen van commerciële instellingen lopen niet parallel aan die van patiënten. Het is niet per definitie zo dat op de markt de klant koning is. Winstoogmerk en marktmechanismen zijn niet op goede gezondheidszorg gericht, aldus Leenen in 1984.⁹⁰ Speculeren met winst verkregen dankzij collectieve middelen voor een sociaal doel is een volgende stap. Die is riskant, kan leiden tot faillissement en de patiënt duperen.⁹¹ Dit risico geldt overigens in versterkte mate voor ziekenfondsen.⁹² Indien de risico's zich

⁸⁷ Het meest recent door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Winst en gezondheidszorg, Zoetermeer, 2002, nr. 1.

⁸⁸ Dat industrieel vervaardigde producten hun weg binnen de gezondheidszorg vinden als een marktproduct maakt de gezondheidszorg als zodanig nog niet tot een product voor de markt.

⁸⁹ Er is aanbod op de verzekeringsmarkt voor "bijverzekeren" om voorrang te krijgen op de wachtlijst. Dit zet de solidariteitsgedachte onder druk en is strijdig met grondwettelijke waarden. In de thuiszorg lopen "winst" en "not for profit" naast elkaar, ook binnen een zelfde organisatie. Op zich is daar niets op tegen, onder voorwaarde dat het publiek gefinancierde deel en het particuliere deel in de boeken gescheiden blijven. Dat dit niet altijd eenvoudig is blijkt uit ervaringen bij verzekeringsmaatschappijen waar de zaken nog wel eens door elkaar willen lopen. Winst op "not for profit" basis behaald moet worden aangewend ten gunste van het publieke deel.

⁹⁰ H.J.J. Leenen, 1984, o.c. p. 65.

⁹¹ Betrokkenen moeten weliswaar zelf de gevolgen dragen, maar faillissement treft altijd de consument, brengt de continuïteit van zorg in gevaar terwijl er voor de patiënt toch al weinig keuze is van hulpaanbieders.

⁹² Het CVZ heeft een beleggingstoets met risiconormen geformuleerd. Door optimaal rendement van beleggingen zouden ziekenfondsen de nominale

daadwerkelijk realiseren zal de overheid moeten bijspringen ten behoeve van de wettelijk verzekerden. Dit alles brengt ons wel ver af van de solidariteitsgedachte.

Meer verantwoordelijkheid bij veldpartijen en meer markt vergt in ieder geval andere invulling van het toezicht⁹³ wil de marktgedachte niet uitmonden in ondermijning van de solidariteit (en keuzevrijheid), toezicht op ziekenfondsen voor wat betreft de behoorlijke uitvoering van de hen wettelijk opgedragen, publieke taak, en ook op zorgaanbieders voor wat betreft de nakoming van hun afspraken met het ziekenfonds.⁹⁴

Diverse voorstellen van de Commissie Dekker om concurrentie tussen verzekeraars op kwaliteit en kostenbeheersing tot stand te brengen⁹⁵ zijn (soms deels) ingevoerd. Ik noem met name een nominaal premiedeel en de mogelijkheid voor verzekerden van ziekenfonds te wisselen. Budgettering van het ziekenfonds (dat risicodragend wordt) is in gang gezet. Dat moet niet zo uitwerken dat ziekenfondsen liever de strategie kiezen van risicoselectie dan van doelmatige inkoop van zorg.⁹⁶ Onderdeel van het onderling concurreren van ziekenfondsen om de gunst van de verzekerden vormt ook het geleidelijk verdwijnen van de wettelijke verplichting om op verzoek te contracteren. Om concurrentie tussen hulpaanbieders, als vliegwielen voor concurrentie tussen verzekeraars, van de grond te krijgen moet het aanbod voldoende ruim zijn. Aanbod creëert wel vraag.⁹⁷ Dan keert de concurrentie zich tegen de solidariteit. Regulering van het hulpaanbod zal niet gemist kunnen worden.

De premieheffing voor het inkomensafhankelijk deel zou volgens de Commissie Dekker⁹⁸ geïnd moeten worden door de belastingdienst,

premies lager kunnen houden, waardoor ze meer zouden kunnen concurreren. Naar analogie zouden ziekenfondsen die met winstmakende (al dan niet in de vorm van not for profit) hulpaanbieders contracteren ook tot een beleggingstoets bij hulpaanbieders moeten overgaan. Zij zijn dit verplicht jegens hun verzekerden.

⁹³ College Toezicht Zorgverzekeringen, CTZ.

⁹⁴ Toetsen niet alleen aan de voordeur, maar ook aan de achterdeur, aldus de voorzitter van het CTZ in een interview in "Toezicht in uitvoering", maart 2002, p.4-6.

⁹⁵ En niet op selectie van risico's, zoals in de particuliere markt het geval is.

⁹⁶ Gedachten om dit te voorkomen worden aangereikt in het ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, 2001. R.C.M.H. Douwen e.a.: Gereguleerde concurrentie, te mooi om waar te zijn? P. D24

⁹⁷ H.J.J. Leenen, 1997, o.c. p. 45.

⁹⁸ Commissie structuur en financiering gezondheidszorg, 1987, o.c. p. 55.

ten behoeve van de centrale kas. Overwegingen van privacy en eenvoud, dat onttrekking aan premieheffing in beginsel is uitgesloten en een ingewikkeld vereveningssysteem tussen verzekeraars wordt vermeden, liggen aan dit voorstel ten grondslag. Het nominale deel⁹⁹ met als doel verantwoord gebruik en doelmatige uitvoering van de basisverzekering, wordt door de verzekeraar geïnd. De hoogte daarvan is in de visie van de Commissie Dekker afhankelijk van de doelmatigheid waarmee de basisverzekering wordt uitgevoerd, alsmede de keuze van de verzekerde voor een eigen risico. Ondoelmatige uitvoering van de verzekering, hoge administratiekosten of excessieve winstvorming zouden worden bestraft met verlies van verzekerden.

De veronderstelling dat stemmen met de voeten door verzekerden bevorderd zou worden met een nominaal premiedeel heeft zich in de praktijk nauwelijks bewaarheid. Uit onderzoek blijkt dat ziekenfondsverzekerden vinden dat de verschillen tussen verzekeraars klein zijn, dat als ze er wel zijn de verzekerden daar nauwelijks gevoelig voor zijn en dat de administratieve rompslomp niet opweegt tegen eventuele voordelen van een wisseling. Particulier verzekerden kiezen niet primair op prijs, maar op service en keuze van pakket.¹⁰⁰

Een volledige nominale premie zou de concurrentie en daarmee de doelmatigheid en keuzevrijheid optimaal tot uitdrukking brengen, aldus de Sociaal Economische Raad (SER).¹⁰¹ Ook wordt wel gewezen op de bijdrage die een nominale premie levert aan risicosolidariteit en op de ruimte die nominale premieheffing biedt om eigen risico's te kiezen, waartegenover premiekortingen. Dat zou ook weer aanzetten tot extra besparingen.¹⁰² Aan bezwaren die dit oproept, met name voor de sociaal economisch zwakkere verzekerden, wordt helaas voorbij gegaan. Compensatie van minder draagkrachtigen is zonder meer nodig in een nominaal premie systeem, het sluisstelt mensen de bijstand in of vergt fiscale

⁹⁹ Om risicoselectie te voorkomen zou er gelijke premie moeten zijn voor nieuwe toetreders en "oude klanten" en geen (nauwelijks) een verband tussen de hoogte van die premie en de leeftijd van de verzekerde. WRR, 1997, o.c. p. 111.

¹⁰⁰ R. C.M. H. Douven e.a., Gereguleerde concurrentie, te mooi om waar te zijn? ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, 2001, p. D23-D25 J.J. Kerssens e.a. De keuze van ziekenfondsverzekerden voor een zorgverzekeraar, TSG, 2002, p.35 -42.

¹⁰¹ SER, Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen, 2000, nr. 12.

¹⁰² A. Kolnaar, Een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen, ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen 2001. P. D22.

compensatie. Doelmatigheidswinst, zo die al optreedt, verdwijnt met de lasten die hieraan verbonden zijn. Compensatie prikkelt verzekeraars niet bepaald tot zuinigheid. Met een nominale premie halen we ineffectiviteit, kosten en bureaucratische complexiteit binnen het collectieve stelsel.¹⁰³ Tegen dergelijke ondoelmatige lasten heeft de Commissie Dekker terecht gewaarschuwd. Het is een onnodige en onnutte besteding van publieke middelen. Hetzelfde geldt voor voorstellen voor een combinatie van een hoge nominale premie en een gering inkomensafhankelijke. De WRR benadrukt dat het nominale premie- deel niet zo omvangrijk mag zijn dat de nuttige kanten worden overschaduwed door de nadelen. Die waarschuwing moet ter harte worden genomen bij de vormgeving aan het wettelijk systeem van ziektekostenverzekeringen. Premiediscussies dienen geïntendeerd te zijn op solidariteit, moeten niet worden versmald tot inkomenspolitiek en mogen ook zeker niet het debat domineren.

9. INDIVIDUELE VRIJHEID: WELKE KEUZES?

9.1 Omschrijving aanspraken

Functionele omschrijving van aanspraken¹⁰⁴ zou de overgang van aanbod- gerichte regulering naar vraaggeïntendeerde zorg in principe kunnen steunen.¹⁰⁵ Functionele omschrijving biedt zo te zien ruimte voor op individuele behoeften aangepaste keuzen. Daar staan tegenover de geringere rechtszekerheid, dat kostenbeheersing niet bij voorbaat is gegeven en vooral dat de verzekeraar de touwtjes van inhoudelijke zorgverlening in handen heeft.¹⁰⁶ Een functionele omschrijving is bovendien minder bestand tegen afwenteling op het

¹⁰³ E. Schut, Grote sprong voorwaarts, ESB-dossier zorgvuldig vernieuwen, 2001, p. D18.

¹⁰⁴ De keuze van het huidige kabinet, "Vraag aan bod", Tweede kamer, vergaderjaar 2000-20001, 27 855., nr. 2, p. 37. Voor een begripsomschrijving verwijs ik naar Ziekenfondsraad, achtergrondstudie over functiegerichte omschrijving bij het advies stelselwijziging 2^e fase, Amstelveen, 1990, nr. 490.

¹⁰⁵ Het persoonsgebonden budget geeft optimale vrijheid. Daar wordt hier niet op ingegaan.

¹⁰⁶ Dit naar analogie van de managed care organisaties in de Verenigde Staten. Zie ook Werner Brouwer en Erik Schut, Ethische dilemma's in het nieuwe zorgstelsel, ESB, dossier zorgvuldig vernieuwen, juni 2001, nr. 43 14, p. D7. De huidige omschrijving van de curatieve aanspraken zijn voorzieningengericht (persoon of instelling), meestal "open" en afhankelijk van professionele invulling. Een ziekenfonds kan ook dan met gebruikmaking van het overeenkomstenstelsel doelmatige zorg afspreken.

wettelijk gegarandeerde deel van vormen van zorg die buiten het collectieve deel vallen. Functionele omschrijving als instrument voor keuzevrijheid is voor het individu vooral aantrekkelijk bij verzorging en verpleging, doch de keuze kan dan wel stuiten op het maximumbedrag dat een voorziening mag kosten. Dan moet het bovendien niet zo zijn dat het indicatieorgaan toewijst zonder rekening te houden met preferenties van verzekerden. In de curatieve sector is het zaak toepassing van daartoe in aanmerking komende medische mogelijkheden aan strikte criteria van gezondheidswinst te binden. In een collectief stelsel dat is gebaseerd op onderlinge concurrentie valt immers niet te veel te verwachten van professionele zelfbeperking. Naarmate de verzekeraar risicodragend is en via de nominale premie concurreert, is bovendien te verwachten dat de eigen positie eerder leidraad vormt dan de voor de verzekerde meest passende invulling van de functioneel omschreven aanspraak.

Functionele omschrijvingen zijn geen garantie dat verzekerden daadwerkelijke keuzen krijgen van hun verzekeraar zonder te hoeven bijbetalen of bijverzekeren. Biedt een functioneel omschreven aanspraak mogelijkheid van keuze tussen meer en mindere luxe, of duurdere en minder dure zorgvormen, dan is de individuele keuzevrijheid even groot als de individuele draagkracht toelaat. Mag het wettelijk te garanderen pakket inhoudelijk qua aard, inhoud en omvang, niet verschillen per verzekeraar,¹⁰⁷ beoordelingsvrijheid in de functionele omschrijving voor de verzekeraar zal de verzekerde minder inzicht geven in wat de dekking precies betekent; de norm in het concrete geval ligt dan in feite bij degene die haar toepast.¹⁰⁸ Het vergt indicatievereisten en machtigingen om het proces te regelen.¹⁰⁹ Rechtszekerheid vraagt veeleer een stringente regeling van het type voorziening waarop men recht heeft.¹¹⁰

Volstaan met een wettelijke eis dat de functioneel omschreven aanspraak naar omvang en kwaliteit van de zorg moet voldoen aan

¹⁰⁷ Dit is het uitgangspunt van de nota "Vraag aan bod", Tweede Kamer, Vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2.

¹⁰⁸ Raad van State, Advies ontwerp Zorgbesluit Zorgaanspraken, 30 oktober 1991, bijvoegsel Staatscourant 1991, nr 240.

¹⁰⁹ Ziekenfondsraad, advies functiegerichte omschrijving van aanspraken op het terrein van verzorging en verpleging, Amstelveen, 1990, nr. 458; advies Ontwerp besluit zorgaanspraken, 1991, nr. 527; Nota inzake evaluatie stelselwijziging, 1993, nr. 576.

¹¹⁰ WRR, 1997, o.c. p. 107.

de notie “algemeen aanvaarde standaard” om ontoelaatbare verschraling van kwaliteit van zorg te voorkomen¹¹¹ biedt de verzekerde naar mijn mening onvoldoende soelaas.¹¹² Die eis is weliswaar inherent aan professioneel handelen,¹¹³ maar voorkomt uiteindelijk niet dat de verzekerde tussen de wal en het schip kan raken in een situatie waar twee tot elkaar veroordeelde groepen (hulpaanbieders en verzekeraars) binnen eigen kring moeten concurreren om de gunst van de andere partij te verwerven.¹¹⁴ De belangen van de patiënt komen dan al gauw niet meer op de eerste plaats. Als de rechter of de toezichthouder de verzekerde te hulp moeten schieten is het kwaad al geschiedt. Dat geldt ook de mogelijkheid van verzekeraar te veranderen,¹¹⁵ een ander instrument genoemd in de nota “Vraag aan bod” om verschraling van zorg tegen te gaan.

De functionele omschrijving geeft de verzekeraar wel prikkels tot substitutie. Geen intensieve zorg, als het met lichtere ook verantwoord kan. Dan bestaat enkel aanspraak ten laste van de collectieve middelen op het laatste. Is de bijdrage van de functionele omschrijving aan de individuele keuzevrijheid relatief, dit laatste is wel een bijdrage aan de solidariteit.

9.2 Polisdifferentiatie

Keuzevrijheid kan, zeker bij open resp. functioneel omschreven aanspraken, ook vorm krijgen met zgn. polisdifferentiatie. Een zgn. minimumpolis (zorgselect polis) moet tot maximaal doelmatige zorg leiden (zelfde aanspraken, maar minder service, minder keuze van hulpverleners door scherpe inkoop door verzekeraar en eventueel

¹¹¹ Tweede Kamer, Vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2, p. 44. Werner Brouwer en Eric Schut wijzen op het risico van rantsoeneringsbeslissingen op microniveau, ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, 2001, p. D7.

¹¹² Over algemene standaard kan men van mening verschillen. Het Hof van Justitie, EG, vindt toetsing van de gebruikelijkheid van een behandeling aan internationale consensus noodzakelijk. Hof van Justitie EG, zaak C-157/99 (Smits en Peerbooms), RZA 2001, nr. 115, p. 499 – 543 (met noot van H.D.C. Roscam Abbing)

¹¹³ In de WGBO vastgelegd.

¹¹⁴ Is de aanspraak onscherp geformuleerd, dan biedt dit in principe hulpverleners, al dan niet op geleide van de verzekeraar, opening zieken met hoge ziektelast niet als klant te accepteren (de gbo komt dan niet tot stand) of bepaalde zorg (bijvoorbeeld dure medicijnen) te onthouden. De medewerkersovereenkomst zou als instrument door de overheid moeten worden ingezet om dit te voorkomen.

¹¹⁵ Zo die er in de praktijk al is.

meer eigen risico) om aldus het nominale premiedeel laag te houden. Dit wel onder de voorwaarde dat alle varianten toegankelijk zijn voor iedereen, dat het niet leidt tot risicoselectie en ook niet ten koste gaat van investering in kwaliteit. Zou dat het geval zijn, dan keert de onderlinge concurrentie (tussen verzekeraars en tussen hulpaanbieders) zich tegen de verzekerde.¹¹⁶ Ruimere polisvarianten houden rekening met voorkeur (vraagpreferenties) van de verzekerde.¹¹⁷ Daar zal een hoger prijskaartje aan vastzitten, bijvoorbeeld voor alternatieve methoden (zorgvernieuwing), organisatorische vormen van zorgverlening (ketenzorg) en service. Dat extra kostendeel valt naar mijn mening wel buiten de aanspraak en moet apart betaald worden. Immers, ten laste van de collectieve middelen zou alleen doelmatig verleende, medisch noodzakelijke, verantwoorde zorg tegen de minste kosten moeten komen en niet de hogere lasten van voorkeuren van verzekerden uit hoofde van varianten.¹¹⁸ Zijn er alternatieven met prijsverschillen, dan moet de

¹¹⁶ De concurrentie die niet investeert profiteert van de resultaten, heeft de lusten en niet de lasten. De investerende zorgverzekeraar verliest daardoor markt, aldus E. van Amerongen, E.A.P. van der Heyden in: Niet de lusten, wel de lasten, Medisch contact, 2002, nr. 9, p. 340-341.

¹¹⁷ Het huidige kabinet ziet hier in het kader van preferred provider arrangementen toekomstmuziek in. Kiest de verzekerde voor een arrangement met door de verzekeraar selectief gekozen hulpaanbieders primair gericht op doelmatige en doeltreffende zorgverlening dan kan door kwantumkortingen en doelmatigheidswinst noodzakelijke zorg voor een lagere nominale premie worden verstrekt. De individuele vrijheid wordt beperkt tot het geselecteerde aantal hulpaanbieders en de primair op doelmatigheid en niet op wensen van verzekerden georiënteerde zorg. Nota "Vraag aan bod", vernieuwing van het zorgstelsel, 2001, o.c. p. 47.

¹¹⁸ Het CVZ ziet kwantificeren van behaalde doelmatigheidswinst niet als een realiteit. Kosten van de "kale polis" zullen toch wel te berekenen zijn? Ook beschouwt het CVZ een verbod op premiesubsidie tussen diverse polissen als een ontmoediging een "kale polis" aan te bieden. Daar kan tegenin worden gebracht dat een "kale polis", dat wil zeggen een polis die voldoet aan eisen van noodzakelijke, doelmatige, evidence based enz. zorg, datgene is waar verzekeraars nu juist toe verplicht zijn om ten laste van de publieke middelen aan te bieden. Dat geeft het CVZ later ook toe waar het stelt dat gepaste zorg al in de zorgverzekering vervat moet zitten (p. 38). Voorts wijst het CVZ er op dat er voldoende ruim aanbod moet zijn om selectief te kunnen contracteren. Dit onderschrijft ik. Uiteindelijk heeft het CVZ geen hoge verwachtingen van polisdifferentiaties. Dat er niet te veel van verwacht kan worden zou wel eens de werkelijkheid kunnen zijn, onder andere ook vanwege de potentiële opstelling van professionele hulpverleners. Hoewel (of omdat?) het CVZ de nodige risico's en bezwaren noemt, adviseert het College een experiment te doen met dergelijke "polis

hulpverlener de patiënt hierover overigens wel informeren, ook wat betreft de mogelijke extra betaling. Polisdifferentiatie is vooral aantrekkelijk voor diegenen met ruime beurs en geringe ziektelast.¹¹⁹ Teveel variatiemogelijkheden in een stelsel inbouwen heeft als nadelen minder transparantie en meer administratieve lasten.¹²⁰ Het zou ook kunnen leiden tot “uitruil” tussen risicosolidariteit en vrijheid.¹²¹ Die weeffout zit ook in het voorstel van de SER voor een verzekering die minder biedt tegen lagere premie dan de voor iedereen verplicht toegankelijke voorgestelde standaardpolis.¹²² Dan

differentiatie”. College voor Zorgverzekeringen, Differentiatie in de Ziekenfondsverzekering, Amstelveen, 2002, nr. 85. De discussie over polisdifferentiaties zoals die nu wordt gevoerd is naar mijn mening weinig helder. Dan zie ik nog af van de complicaties die verbonden zullen zijn aan een combinatie van polisdifferentiaties en collectieve contracten. Het NIVEL wijst daar op. CVZ, 2002, o.c. bijlage 2.

¹¹⁹ Dit omdat kiezen voor een “select polis” een hogere nominale premie voor eigen rekening betekent. Dit is alsdan in mijn ogen een aanvullend verzekeren op het wettelijke basispakket waarbij het naar mijn mening niet voor de hand ligt een acceptatieplicht op te leggen aan de verzekeraar. Het voorstel van de SER in zijn advies “Naar een gezond stelsel van Ziektekostenverzekeringen” (publicatie nr. 12, 2000) binnen de vaste standaardverzekering de keuze mogelijkheid te bieden delen voor eigen rekening te nemen waartegenover een lagere premie spreekt mij niet aan omdat het de financiële solidariteitsbijdrage vermindert en alleen een optie is voor “jong en gezond.” In de Nota “Vraag aan bod”, Vernieuwing van het zorgstelsel, 2001, wordt er niet van uitgegaan dat de aanspraken uit hoofde van de basisverzekering beperkt zijn tot arrangementen die doelmatige zorg bieden, waartegenover een lage nominale premie en minder kosten voor de verzekeraar. Er wordt uitgegaan van meerdere varianten binnen de basisverzekering, die tot uitdrukking komen in de nominale premie, zonder dat bij voorbaat duidelijk is wat bij de verzekeraar blijft hangen en wat op de collectiviteit drukt. Misbruik en oneigenlijk gebruik (onheldere financiële structuur, verkapte risicoselectie) liggen op de loer. Het NIVEL constateert overigens dat in andere landen met name goede risico’s kiezen voor beperktere keuze omwille van een lagere nominale premie. CVZ, 2002, o.c. p. 36.

¹²⁰ Risicoselectie bij de aangeboden arrangementen en bijbehorende premiekortingen valt ook volgens de nota “Vraag aan bod” niet bij voorbaat uit te sluiten. Transparantie is een aandachtspunt. Tweede kamer, vergaderjaar 200-2001, 27 855, nr. 2, p. 47.

¹²¹ P. van Lieshout, Stelselmatig herzien, ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, p. D3-D6.

¹²² A. Boer, Wie krijgt welke zorg? ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, 2001, p. 9.

is er nog een risico dat verkeerde keuzes worden gemaakt.¹²³ Dit alles pleit er voor de keuzes beperkt te houden, in ieder geval te toetsen op de vraag of de variaties verantwoord zijn, zowel vanuit het perspectief van solidariteit als van keuzevrijheid, en om keuzemogelijkheden binnen een en dezelfde basisverzekering een plek te geven¹²⁴ en niet in de vorm van een keuze tussen ‘standaard’ en “kale polis”. De tot nu toe gelanceerde keuzeopties ten aanzien van aanspraken zijn niet voldoende doordacht en onvoldoende geplaatst in de sleutel van solidariteit.¹²⁵

10. SOLIDARITEIT EN INDIVIDUELE VRIJHEID: VRIJHEID IN GEBONDENHEID

Beginselen van sociale rechtvaardigheid spelen een belangrijke rol bij verzekeren van gelijke toegang tot noodzakelijke gezondheidszorg van goede kwaliteit voor iedereen. Sociale rechtvaardigheid krijgt vorm door solidariteit voor diegenen die de meeste behoefte en de minste mogelijkheden hebben. Bij gemeenschapssolidariteit met het oog op gelijke toegangsmogelijkheden kunnen persoonlijke voorkeuren een rol spelen. Individuele vrijheid is een belangrijke waarde. Die vrijheid moet primair gestalte krijgen bij individuele keuzes op het niveau van de behandeling. Wel of niet onderzocht en behandeld worden, wel of niet kennis willen hebben over ziekterisico's en wel of niet zorg aanvullend verzekeren zijn persoonlijke beslissingen. Meer vrijheidsgraden voor zorgaanbieders en verzekeraars zijn geen garanties voor meer daadwerkelijke keuzevrijheid en eigen verantwoordelijkheid voor de verzekerde.

De mate waarin ruimte kan bestaan voor persoonlijke keuzes ten aanzien van de financiële toegankelijkheid tot gezondheidszorgvoorzieningen hangt af van de gevolgen die dat kan hebben voor de collectief te garanderen financiële toegankelijkheid van noodzakelijke voorzieningen. De besteding van de collectieve middelen moet de toets aan doelmatigheid kunnen doorstaan. Bij doelmatige besteding van collectieve middelen vraagt ook persoonlijk gedrag de aandacht.

¹²³ J. Bolweg, Niet kunnen kiezen heeft ook zo zijn voordelen, ESB-dossier Zorgvuldig vernieuwen, p. D 12.

¹²⁴ Uiteraard blijft dan wel de mogelijkheid van aanvullend verzekeren.

¹²⁵ Het CTZ signaleert de nodige problemen voor het toezicht, onder meer met financiële verantwoording (wat is waar aan toe te rekenen). Toezicht in uitvoering, maart 2002, Keuzevrijheid ziekenfondsverzekerde nader bekeken, p. 12.

Bij solidariteit gaat het om de belangen van alle patiënten. Meerdere belangen moeten tegen elkaar worden gewogen, zelden geeft een enkel argument de doorslag. Adequate regeling van solidariteit is een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid. Daarbinnen komen het algemeen belang en het individuele belang samen. De collectieve verantwoordelijkheid strekt zich uit tot het bevorderen van de volksgezondheid en het leveren van zorg aan personen die als gevolg van ziekte of ander gezondheidsprobleem niet voor zich zelf kunnen zorgen (verplegen en verzorgen van zieken). De inhoud van die collectieve verantwoordelijkheid wijzigt naar gelang de omstandigheden. Niet alle problemen zijn voorwerp van bemoeienis van de gezondheidszorg. De overheid moet grenzen stellen en bewaken. Medicaliserende effecten van een onbepaalde omschrijving van het doel van de gezondheidszorg en onduidelijkheid over de verantwoordelijkheden op verschillende terreinen vormen geen nuttige bijdrage aan gezondheidswinst. Draagvlak voor solidariteit is gebaat bij een heldere afbakening van de competentie van de gezondheidszorg, een beperkte opvatting van gezondheid aldus de WRR. De keuzes voor de collectieve dekking mogen niet berusten op willekeur, maar moeten ingegeven zijn door volksgezondheidsbelangen.¹²⁶ Er valt ook wat uit te leggen als omwille van individuele vrijheid solidariteit niet in voldoende mate en niet doelmatig wordt georganiseerd. Zo moet marktwerking ten dienste staan van solidariteit en keuzevrijheid. Dat beperkt de mogelijkheden voor commercie en concurrentie in de zorg. Teveel markt leidt tot rampzalige gevolgen, zowel voor de solidariteit als voor de individuele vrijheid. Is marktwerking in de gezondheidszorg geen doel op zich, marktelementen die een nuttige bijdrage kunnen leveren aan solidariteit moeten worden benut.

Een stelsel moet voldoen aan de eisen die voortvloeien uit solidariteit bij toegang tot kwalitatief goede en tijdige zorg en het moet goed functioneren. Voor het laatste moet het stelsel controleerbaar zijn en gecontroleerd worden. Het eerste vergt periodiek een debat over de rechtvaardigheid en houdbaarheid van het collectieve stelsel op basis van grondige integrale en toekomstgerichte externe analyses, zoals die van de WRR. Het moet daarbij niet enkel gaan over onderdelen, zoals premie, pakket en individuele vrijheid. Centraal moeten staan vragen als, wat is het publieke belang in de gezondheidszorg, hoe dat moet worden gerealiseerd, wat daarbij de rol van de overheid en veldpartijen is, wat de instrumenten zijn die kunnen bijdragen om en

¹²⁶ WRR, 1997, o.c. hfst. 5.

het publieke belang en individuele vrijheid verantwoord te realiseren.¹²⁷

Een op solidariteit gebaseerd wettelijk ziektekostensysteem kan voorts niet zonder een door de overheid vastgesteld budgettair kader.¹²⁸ Zonder budgetdiscipline een open eindregeling, zonder beheersing van de collectieve bestedingen een ontsprende solidariteit. Het verleggen van verantwoordelijkheden naar een risicodragende verzekeraar brengt als zodanig geen wijziging in de publieke verantwoordelijkheid voor verantwoorde omgang met publieke middelen. De overheid moet eisen blijven stellen aan zowel hulpaanbieders als verzekeraars en verantwoording van hen vragen. Wordt de verantwoordelijkheid van overheid naar veldpartijen geschoven, dan is maatvoering daarbij noodzakelijk en moeten de wettelijke touwtjes worden aangetrokken.¹²⁹ Dan is de noodzaak die er toch al is groter om de verzekeraar te binden aan wettelijke eisen voor goed verzekeraarschap.¹³⁰ De verwachtingen dat bij een wettelijk ziektekostenverzekeringssysteem met ruimte om op individuele voorkeuren in te spelen en met verzekeraars aan het roer, de gelijke toegangsmogelijkheden optimaal gegarandeerd zijn, zijn op drijfzand gebouwd. De ervaring leert dat de praktijk vaak sterker is dan de leer.

Verantwoord vernieuwen betekent dat een integrale analyse van de potentiële gevolgen voor de op solidariteit drijvende toegankelijkheid en de keuzemogelijkheden vooraf gaat aan eventuele veranderingen. Daarbij moet ook gekeken worden naar verandering in behoeften van patiënten, nieuwe ontwikkelingen in de geneeskunde, tendensen van individualisering van de gezondheidszorg en veranderingen op het terrein van verzorging en verpleging. Ik wees al op de behoefte aan binding aan een beslissysteem met betrekking tot prioriteiten en posterioriteiten (sociaal contract).¹³¹ Zo is er ook noodzaak voor een verplichte periodieke herijkingsdiscussie om het collectieve stelsel aan te passen aan de (maatschappelijke) ontwikkelingen. Voorstellen voor wijzigingen moeten altijd aan een onafhankelijke audit worden onderworpen voor wat betreft

¹²⁷ E. Borst-Eilers, *Zorgvuldig vernieuwen*, ESB-dossier *Zorgvuldig vernieuwen*, p.D1.

¹²⁸ F. de Kam, *Zorgen om het zorgbudget*, ESB-dossier *Zorgvuldig vernieuwen*, 2001, p. D19-D21

¹²⁹ H.D.C. Roscam Abbing, *Goed verzekeraarschap en wettelijke ziektekostenverzekeringen*, RZA 10 jaar, 1997, p. 52-61.

¹³⁰ H.D.C. Roscam Abbing, *De patiënt en recht op kwaliteit van zorg: voldoet het kwaliteitsbeleid?* *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1996, nr. 4, p. 207.

¹³¹ Zie hierover slot van par. 8.

doeltreffendheid en doelmatigheid. Over de inrichting van de solidariteit en de besteding van uitgaven moet jaarlijks verantwoording worden afgelegd.

Om de kwetsbaren versmalling van toegankelijkheid en vermindering van rechtszekerheid¹³² te besparen is ook overigens meer en niet minder wettelijke inkadering nodig in een markt georiënteerd stelsel.¹³³ Anders is er individuele vrijheid in relatie tot gezondheid en gezondheidszorg voor kanshebbers en niet voor de niet kanshebbers. Terwijl de maatschappelijke doelstelling is de gelijke toegankelijkheid van de noodzakelijke zorg ongeacht inkomen of sociale status.

¹³² En ook vergroting van uitvoeringsproblemen. Ziekenfondsraad, Advies functiegerichte omschrijving van aanspraken op het terrein van verzorging en verpleging, Amstelveen, 1990, nr. 458; Advies Ontwerp besluit zorgaanspraken, 1991, nr. 527; Nota inzake evaluatie stelselwijziging, 1993, nr. 576.

¹³³ Zie hiervoor bijvoorbeeld L.F. Markenstein, M.J.J. Ververs, De inhoudelijke toegankelijkheid van de zorg, achtergrondstudie bij rechtspositie van de verzekerde in het Nederlands Ziektekostenverzekeringssysteem, Sectie Gezondheidsrecht Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht, september 1995, p. 19. Ook strakkere, meer overheidsgestuurde implementatie van de beroepen en kwaliteitswetgeving kan dan noodzakelijk zijn.

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ZORG, SCHAARSTE EN RECHT

De (dubbel)rol van de arts

Prof. mr J. Legemaate*

* Hoogleraar Gezondheidsrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam,
instituut Beleid en Management

1. Inleiding

In het kader van het overkoepelende thema van het symposium ter viering van het 35-jarig bestaan van de Vereniging voor Gezondheidsrecht (VGR), ‘Zorg, schaarste en recht’, verzocht het bestuur van de vereniging mij een beknopt preadvies te schrijven over de (dubbel)rol van de hulpverlener. Het bestuur vroeg mij in elk geval de volgende vragen aan bod te laten komen:

- Hoe gaat de hulpverlener -zowel de individuele hulpverlener als de instelling- te werk bij schaarste?
- Hoe verhoudt de verantwoordelijkheid van de hulpverlener jegens de patiënt zich tot diens verantwoordelijkheid jegens de samenleving?
- In hoeverre mag/moet de hulpverlener zich bedienen van kosteneffectiviteitsanalyses?

De eerstgenoemde vraag zal grotendeels onbeantwoord blijven. Dat is een feitelijke vraag, die onderzoek vereist dat als zodanig buiten het gezondheidsrechtelijke kader valt. Ik vat die vraag maar op vanuit een normatieve invalshoek: hoe *behoren* individuele hulpverlener en instelling te werk te gaan bij schaarste?

Het gaat om actuele problematiek. Ik roep in herinnering de commotie die in januari van dit jaar, niet voor het eerst overigens, ontstond over de beddenschaarste op ziekenhuisafdelingen voor intensive care. De Inspecteur-Generaal voor de Gezondheidszorg J.H. Kingma riep artsen naar aanleiding daarvan in het tv-programma Nova op de indicatiestelling aan te passen, door patiënten op de operatielijst kritischer te beoordelen, en patiënten met een hoog risico niet langer te behandelen.¹³⁴ “Heel wat collega’s vielen over Kingma heen”, merkte de hoofdredacteur van Medisch Contact een ruime week later in zijn hoofdredactioneel op. Om daaraan toe te voegen: “Men wil niet voor God spelen: kans op complicaties is geen reden om niet te opereren. Cardioloog De Boer zegt –ook in Nova- zijn bul aan de wilgen te zullen hangen als hij keuzes zou moeten maken: ‘ik ben ervoor om mensen beter te maken en niet om te

¹³⁴ ‘Operatie weigeren om IC te ontlasten’, Het Parool, 8 januari 2002. Zie ook J.H. Kingma, Intensive care ... Medisch Contact 2002; 57: 90.

selecteren”¹³⁵. De voorzitter van de Orde van Medisch Specialisten betitelde de oproep van Kingma als een onterechte poging om met capaciteitsargumenten de individuele indicatiestelling te sturen.¹³⁶ Geheel onvermeld bleef dat de artsenorganisatie KNMG al in 1990 een rapport uitbracht over ‘Selectie van patiënten, met name op de Intensive Care’, met daarin ethische en juridische handreikingen voor artsen die ook nu nog de moeite van het (na)lezen waard zijn¹³⁷, maar met ons historisch besef is het wel vaker slecht gesteld. Er is al langer een debat gaande over de vraag wie in een context van schaarste welke beslissing moet nemen. Uit de hoek van de onder meer de gezondheidseconomie is erop gewezen dat het lastig blijft op politiek niveau prioriteiten te stellen: “Derhalve mag verwacht worden dat de tendens wordt doorgezet om de verantwoordelijkheid te verschuiven naar de zorgverleners in de praktijk”.¹³⁸ In dezelfde lijn liggen recente pleidooien om medische indicaties en financiële verantwoordelijkheid bij elkaar te brengen, onder meer door economische doelstellingen mee te wegen in richtlijnen voor hulpverleners.¹³⁹ Koopmans kiest een andere invalshoek en wijst nadrukkelijk op de verantwoordelijkheid van de overheid: “Dat dit (bepaling inhoud basispakket en/of invoering eigen bijdragen – JL) politiek een moeilijke weg is, doet daar niets aan af. Het legt de keuzen op de plek waar ze thuishoren, namelijk bij het kabinet en het parlement, en niet, zoals nu, bij de artsen en de ziekenhuisdirecties”.¹⁴⁰ Eerder werd erop gewezen dat het expliciet invoeren van economische argumenten in de spreekkamer problematisch is en brede discussie verdient.¹⁴¹ Ook gezondheidsjuristen hebben zich hierover uitgelaten. Nog niet zo lang geleden hield preadviseur Van Wijmen onze vereniging voor: “Als schaarste en kostenbeheersing domineren -en dus de rechtvaardige verdeling in het geding is- dient

¹³⁵ B.V.M. Crul, Triage of indicatiestelling. *Medisch Contact* 2002; 57: 79.

¹³⁶ R.M. Valentijn, Indiciestelling: keuzen of gewoon rantsoenering. *Medisch Contact* 2002;57: 189.

¹³⁷ *Medisch Contact* 1990;45: 497-500.

¹³⁸ F.F.H. Rutten en E.W.M. Grijseels, De voorwaarden voor invoering en financiering van nieuwe technieken. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999;143: 2231.

¹³⁹ L. Bonneux, Toenemende ongelijkheid in de zorg door splitsing van medische indicaties en financiële verantwoordelijkheid. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2000;144: 1660-2.

¹⁴⁰ L. Koopmans, Opgelegde schaarste verlaten – Invoering van de DBC’s is een breuk met het verleden. *Medisch Contact* 2002; 57: 148.

¹⁴¹ C.D.A. Stehouwer, Beleidsadviezen aan artsen en economische overwegingen daarbij; verdiensten en bezwaren. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999;143: 776-8

de beslissing niet te worden overgelaten aan de partijen in de zorgsector, maar dient de overheid te beslissen".¹⁴² Gevers wees erop dat met betrekking tot kostenbeheersing een vermenging van medische en maatschappelijke verantwoordelijkheden ongewenst is.¹⁴³ Hij en anderen waarschuwen voor ontwikkelingen in de richting van 'managed care': zorg-systemen waarbij niet de arts de inhoud van de zorg bepaalt, maar andere partijen, zoals bijvoorbeeld de zorgverzekeraar.¹⁴⁴

Dit zijn maar een paar willekeurige typeringen van de problematiek, maar zij wijzen erop hoe lastig de positie van de hulpverlener kan worden op het vlak van zorg, schaarste en recht. Bovendien is er een directe verbinding tussen de verantwoordelijkheden van de hulpverlener terzake en de (on)mogelijkheid om het recht op gezondheidszorg te realiseren. Dit belangrijke recht veronderstelt een rechtvaardige verdeling van en een gelijke toegang van verzekerden tot voorzieningen van gezondheidszorg. In het navolgende beschouw ik de (dubbel)rol van de hulpverlener in de context van zorg, schaarste en recht vanuit een gezondheidsrechtelijk perspectief. De vraag die ik mij daarbij stel luidt: welke verantwoordelijkheid heeft een hulpverlener met betrekking tot vraagstukken van schaarste in gezondheidszorg? De door het bestuur van de vereniging aangedragen kapstok voor dit preadvies, de (dubbel)rol van de hulpverlener, impliceert een zekere spanning tussen taken en verantwoordelijkheden. Om te weten of werkelijk van spanning sprake is, is het nodig de eigenlijke rol van de hulpverlener te omschrijven. Daar begin ik mee. In relatie daarmee ga ik na hoe de hulpverlener, gelet op die eigenlijke rol, zich zou moeten opstellen met betrekking tot vraagstukken van schaarste (par. 2). Vervolgens analyseer ik een aantal situaties waarin van een (dubbel)rol van de hulpverlener sprake kan zijn (par. 3). Ik sluit af met een beschouwing en conclusies (par. 4).

¹⁴² F.C.B. van Wijmen, Richtlijnen voor verantwoorde zorg. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2000, p. 98.

¹⁴³ J.K.M. Gevers, Vermenging van medische en maatschappelijke verantwoordelijkheden ongewenst. Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde 2000;144: 1662-4.

¹⁴⁴ J.T.M. van der Heyden en E.H. Hulst, Managed care en disease management, in: E.H. Hulst en I. Tiems (red.), Het domein van de arts. Maarssen: Elsevier/De Tijdstroom; 1999: 71-88. Een overzicht van de ethische ontwikkelingen in de Verenigde Staten geven J.J. Paris en S.G. Post, Managed care, cost control and the common good, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 2000; 9: 182-8.

Mede gelet op het verzoek van het bestuur te komen tot een beknopt preadvies breng ik één beperking aan, namelijk dat ik hierna de beschouwingen toespits op de positie van de arts. Weliswaar is het zo dat ook andere hulpverleners met betrekking tot vraagstukken van schaarste dilemma's en dubbelrollen kunnen ervaren, maar het lijkt me dat dit risico bij de arts het grootst is. Daar komt bij dat beschouwingen die tot op heden over deze problematiek zijn gegeven, zowel in de gezondheidsrechtelijke literatuur als daarbuiten, vrijwel uitsluitend de positie van de arts betreffen.

2. DE EIGENLIJKE ROL VAN DE ARTS

2.1 De kerntaak van de arts

In wettelijke termen verricht de arts handelingen op het gebied van de geneeskunst. Hieronder worden verstaan volgens art. 7: 446 lid 2 BW verstaan:

- a. alle verrichtingen - het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen - rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel deze verloskundige bijstand te verlenen;
- b. andere dan de onder a bedoelde handelingen, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon, die worden verricht door een arts (...) in die hoedanigheid.

Deze omschrijvingen accentueren de gerichtheid van de arts op de individuele patiënt. Ten aanzien van de wijze waarop de arts dient te handelen, is in algemene zin art. 7:453 BW bepalend: de arts behoort de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hem geldende professionele standaard. Hiermee geeft de wetgever een algemeen kader, dat op bepaalde onderdelen door wetgeving nader wordt ingevuld of afgebakend (waar het gaat om de algemene patiëntenrechten en om de regels inzake bijzondere situaties als orgaandonatie, medisch-wetenschappelijk onderzoek, medische keuringen e.d.) maar dat in hoge mate randvoorwaardelijk van karakter is en de kern van het handelen van de arts niet regelt. Die kern wordt bepaald door het domein van de medische beroepsgroep en de daaruit voortvloeiende

beroepsprofessionaliteit van de arts.¹⁴⁵ Regels vanuit de medische professie zelf, zoals gedragsregels en richtlijnen, geven daaraan nadere invulling en uitwerking. Leenen noemt dit de medisch-professionele standaard, die in zijn visie tezamen met de rechten van de patiënt en andere maatschappelijke normen de (bredere) professionele standaard vormt.¹⁴⁶ Centraal staat dat de arts het belang van zijn patiënt moet dienen, zoals tot uitdrukking komt in het aloude adagium *salus aegri suprema lex*. De arts verleent aan de patiënt zonder aanzien des persoons de noodzakelijke behandeling, begeleiding en adviezen, overeenkomstig de eisen die hem op grond van zijn beroep en individuele deskundigheid mogen worden gesteld. Aldus Gedragsregel I.2 van de KNMG. En een andere regel van de KNMG stelt: “Het hoofddoel van de relatie tussen arts en patiënt wordt gevormd door adequate hulpverlening (...)” (Gedragsregel II.1). Dit betekent uiteraard niet dat de arts een geïsoleerde positie inneemt, los van maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen. Weliswaar wordt het handelen van de arts in zeer belangrijke mate genormeerd door en vanuit de eigen professie, de arts heeft ook te maken met maatschappelijke aspecten en opvattingen. Deze zijn bijvoorbeeld te vinden in wetgeving waaraan de arts zich moet houden. De arts heeft voorts een algemene maatschappelijke verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld -om in de sfeer van het onderwerp te blijven- om kosten ten gevolge van onnodig onderzoek of onnodige behandeling tegen te gaan.¹⁴⁷

2.2 Arts en schaarste: algemeen

Wat betekent het zojuist gestelde voor de verantwoordelijkheid van de arts met betrekking tot schaarste in de gezondheidszorg? Ook de arts behoort bij te dragen aan een gezondheidszorg die niet alleen kwalitatief goed is, maar ook zo doelmatig mogelijk waar het gaat om de inzet van beschikbare middelen. Zoals gezegd behoort de arts eraan mee te werken dat onnodige kosten worden voorkomen, onder meer door een goede indicatiestelling en diagnostiek. Zo niet, dan verbruikt de arts middelen tot schade van volgende patiënten en alle verzekerden.¹⁴⁸ Bestaan er voor de behandeling van een bepaalde aandoening verschillende gelijkwaardige methoden, maar is methode

¹⁴⁵ H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht II – Gezondheidszorg en recht. Houten: Bohn Stafleu Van Loghum; 1996, p. 14. e.v. Zie ook de verschillende bijdragen in Hulst en Tiems (red.), o.c.

¹⁴⁶ O.c. p. 34-35.

¹⁴⁷ O.c., p. 42.

¹⁴⁸ Commissie Keuzen in de Zorg, Kiezen en delen. Den Haag; 1991, p. 63.

A goedkoper dan methode B, dan mag van de arts worden verwacht dat hij voor methode A kiest.¹⁴⁹ Daarmee hangt samen dat de patiënt de arts er niet toe kan dwingen de duurste behandeling te kiezen. Artsen zijn niet gehouden om ongeacht de financiële consequenties al het denkbare te doen om de zorg voor de patiënt te maximaliseren.¹⁵⁰

Over hoe de arts zich, gelet op zijn verantwoordelijkheid voor het belang van de patiënt, moet opstellen in situaties van schaarste wordt in de gedragsregels van de artsorganisatie KNMG geen expliciete aandacht besteed. In het algemeen bepaalt art. 1.3 van deze gedragsregels dat de arts onder meer rekening houdt met 'doeltreffendheid en doelmatigheid'. In de 'Modelregeling arts-patiënt' van KNMG en NPCF krijgt deze problematiek iets meer aandacht. Art. 15 van deze modelregeling luidt als volgt: "Arts en patiënt hebben een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid bij het streven naar een zo groot mogelijke doelmatigheid bij onderzoek en behandeling met behoud van kwaliteit". Wel is er het rapport 'Professioneel kiezen' van de Commissie Medische Ethiek van de KNMG uit 1992, waarin uitvoerig wordt ingegaan op de rol van de arts betreffende keuzen in de zorg. Daarin wordt benadrukt de verantwoordelijkheid van de arts jegens zijn patiënt: "Wanneer volgens de professionele standaard medisch handelen of medische zorg noodzakelijk is, zal de zorgplicht van de arts ertoe moeten leiden dat deze zorg ook wordt aangeboden. Dat geldt uiteraard vooral wanneer er sprake is van zorg waarop een patiënt vanwege zijn verzekering recht heeft". De commissie stelt dat van artsen niet kan worden verlangd dat zij op grond van (financiële) beleidskeuzen afwijken van de professionele standaard, daarmee wettelijke aanspraken van patiënten/verzekerden negerend.¹⁵¹

¹⁴⁹ Vgl. H.D.C. Roscam Abbing, Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief. Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde 1998; 142: 2482.

¹⁵⁰ J.K.M. Gevers en M.C.I.H. Biesart, Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht. Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde 1999; 143: 2630. Zij wijzen op een uitspraak van het Centraal Medisch Tuchtcollege (3 februari 1994), betreffende het aan een patiënt toedienen van een hoog-osmolair contrastmiddel. De risico's van dit goedkope middel waren veel hoger dan die van het (zeven maal zo dure) laag-osmolaire contrastmiddel, maar nog steeds uiterst gering. De tuchtrechter maakt de arts van het gebruik van het goedkopere middel geen verwijt.

¹⁵¹ KNMG (Commissie Medische Ethiek), Professioneel kiezen. Medisch Contact 1992; 47: 87-96.

Het vraagstuk komt voorts aan de orde in diverse richtlijnen van de World Medical Association (WMA).¹⁵² Relevant zijn de WMA-Declaration on the Rights of Patients (1981), de WMA-Declaration on Physician Independence and Professional Freedom (1986) en de WMA-Declaration on Professional Autonomy and Self-Regulation (1987). In de Declaratie van 1981 worden de uitgangspunten vermeld. Deze Declaratie stelt voorop dat ‘the patient shall always be treated in accordance with his/her best interests. The treatment applied shall be in accordance with generally approved medical principles’ (Principle 1, c). Daaraan wordt toegevoegd: “In circumstances where a choice must be made between potential patients for a particular treatment which is in limited supply, all such patients are entitled to a fair selection procedure for that treatment. That choice must be based on medical criteria and made without discrimination” (Principle 1, e). In de Declaratie van 1986 wordt specifiek aandacht besteed aan de noodzaak tot het voorkomen van een dubbelrol voor de arts:

“Physicians must have the professional independence to represent and defend the health needs of patients against all who would deny or restrict needed care for those who are sick or injured. Within the context of their medical practice and the care of their patients, physicians should not be expected to administer governmental or social priorities in the allocation of scarce health resources. To do so would be to create a conflict of interest with the physician’s obligation to his patients, and would effectively destroy the physician’s professional independence, upon which the patient relies. While physicians must be conscious of the cost of medical treatment and actively participate in cost containment efforts within medicine, it is the physician’s primary obligation to represent the interests of the sick and injured against demands by society for cost containment that would endanger patients’ health and perhaps patients’ life”.

In de Declaratie van 1987, tenslotte, wordt hierop voortgeborduurd. Enerzijds wordt hierin aangegeven dat kostenbeheersing ook een verantwoordelijkheid van de medische professie is: “National

¹⁵² Deze Declaraties zijn te vinden via <www.wma.net>. Zie ook J.K.M. Gevers, Appropriate care: the position of the physician. *International Journal of Health Law* 1997; 4: 1-4.

Medical Associations must, therefore, include cost containment activities in their respective system of self-regulation. Common issues in cost containment activities relate to methods of delivery of medical care, access to hospital and surgery, and the appropriate use of technology”. Maar daaraan wordt meteen toegevoegd: “Cost containment activities must not be used to deny patients needing access to necessary medical care”. Deze Declaraties van de WMA zijn geen bindende teksten. Het belang van deze Declaraties is gelegen in het feit dat ze aangeven wat de overheersende opvatting binnen de medische professie is over de rol van de arts bij vraagstukken van schaarste. Zij duiden op het bestaan van een grens die een arts niet behoort te overschrijden. Die grens wordt bepaald door het belang van de patiënt. In 1995 liet de American Medical Association (AMA) –zij het in de specifieke context van de managed care- zich in vergelijkbare bewoordingen uit. Ook de AMA erkent dat artsen een verantwoordelijkheid hebben op het terrein van de kostenbeheersing, maar “they must remain primarily dedicated to the health care needs of the individual patients” (...) Regardless of any allocation guidelines or gatekeeper directives, physicians must advocate for any care they believe will materially benefit their patients”.¹⁵³

2.3 Arts en schaarste: de Commissie-Dunning

Dit beknopte preadvies biedt geen ruimte voor een uitvoerige terugblik op eerdere discussies en publicaties over de rol van de arts in de context van zorg, schaarste en recht. Ik maak één uitzondering. Een van de momenten waarop de discussie over schaarste een hoogtepunt bereikte was de publicatie, in 1991, van het rapport van de Commissie Keuzen in de Zorg (naar haar voorzitter de Commissie-Dunning genoemd).¹⁵⁴ De betekenis van het rapport van de Commissie-Dunning in dit verband is tweemaal. In de eerste plaats vormde de publicatie van dit rapport een belangrijk kristallisatiepunt in de (overigens eeuwige) discussie over zorg, schaarste en recht. In de tweede plaats vormde het rapport een belangrijke aanzet voor de ontwikkeling van onderzoeksprogramma's betreffende 'gepaste zorg' of 'gepast gebruik', waarin werd en wordt nagegaan in hoeverre aspecten van doelmatigheid, in

¹⁵³ American Medical Association (Council on Ethical and Juridical Affairs), Ethical issues in managed care. JAMA 1995; 273: 330-5.

¹⁵⁴ Commissie Keuzen in de Zorg, o.c. De samenvatting van de opvattingen van de commissie is ontleend aan hoofdstuk 9 van het rapport, getiteld 'Verantwoorde zorg: kaf en koren'.

de zin van kosteneffectiviteit, kunnen worden verdisconteerd in richtlijnen voor medisch handelen. Ik kom daar later, in par. 3.3, nog op terug.

De Commissie-Dunning bepleitte een gemeenschapsgerichte benadering, waarin niet alleen hulpverleners maar ook anderen (zoals verzekeraars, instellingen en patiënten/verzekerden) betrokken zijn bij het opstellen van normen en richtlijnen voor passende zorg. Kritisch was de commissie over een zodanige invulling door de arts van zijn professionele autonomie dat uitsluitend het belang van de individuele patiënt voorop staat. De commissie verwees met kennelijke instemming naar een Amerikaanse auteur¹⁵⁵: “Zijn stelling is, dat schaarste en kostenbeheersing van invloed zijn op de arts-patiënt relatie. De hulpverlener komt erdoor in een positie, waarin hij de behoeften van de ene patiënt moet afwegen tegen die van andere of tegen die van de samenleving in haar geheel. De rol van de arts gaat hierdoor verschuiven. Hij moet niet alleen de belangen van zijn patiënt behartigen, maar wordt ook verantwoordelijk voor de verdeling van de zorg”.¹⁵⁶ De commissie kwam in het verlengde hiervan tot krachtige statements, zoals: “De medici, met alle andere beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg, dienen mede de verantwoordelijkheid voor de geldelijke gevolgen van hun handelen te dragen, omdat daarbij zowel de enkele patiënt als de gezondheidszorg als geheel wordt gediend”. Dit statement klinkt echter algemener dan de commissie het bedoelde. De commissie had vooral het oog op het tegengaan van behandelingen met een marginaal nut of een geringe kans op succes. De middelen die dergelijke behandelingen verbruiken, aldus de commissie, kunnen wellicht met meer effect bij andere patiënten worden ingezet. De commissie wees op de noodzaak dat artsen zich bewust zijn van de kosten van hun handelen en van hun verantwoordingsplicht terzake, maar stelde tegelijkertijd: “De commissie wil uitdrukkelijk het voortouw bij de vaststelling wat gepaste zorg is, aan de professe geven. Indien de overheid of de verzekeraars die verantwoordelijkheid op zich nemen, bestaat het gevaar dat niet inhoudelijke, maar financiële grenzen de normen voor gepaste zorg gaan bepalen, waardoor de patiënt tekort zou komen” (p. 190).

¹⁵⁵ O.c., p. 188. Het gaat om een publicatie van D. Mechanic, *The transformation of health providers*. Health Affairs 1984: 65.

¹⁵⁶ Dit punt is nadien in de literatuur wel vaker gemaakt. Zie bijvoorbeeld Paris en Post, o.c., p. 187: “The emphasis can no longer be exclusively on patient autonomy or even the physician’s personal responsibility for the well-being of an individual indifferent to cost or other social considerations”.

Anderzijds, aldus de commissie, moet de medische professie het initiatief nemen tot het opstellen van beslissingsprocedures in situaties waarin de kans op medisch succes laag of praktisch nihil is, en daarover met patiëntenorganisaties en zo nodig met verzekeraars maatschappelijke consensus trachten te bereiken.

3. SPECIFIEKE SITUATIES WAARIN DE ARTS MET HET SCHAARSTEBROBLEEM WORDT GECONFRONTEERD

In de voorgaande paragraaf is een algemeen beeld gegeven van de eigenlijke rol van de arts en van de houding die de arts zou moeten aannemen ten aanzien van schaarstevraagstukken. Schaarstevraagstukken kunnen in de praktijk van de gezondheidszorg in verschillende vormen aan de orde komen. Hieronder ga ik op een aantal van deze vormen nader in, teneinde te bezien welke verantwoordelijkheden de arts terzake wel en niet heeft. Waar nodig komt ook de verantwoordelijkheid van de instelling (de andere 'hulpverlener' zoals bedoeld door het bestuur van de vereniging) aan de orde. Drie situaties worden behandeld:

- wachtlijsten en selectie;
- budgetoverschrijding en hulpverleningsplicht;
- professionele richtlijnen en kosteneffectiviteit.

3.1. Wachtlijsten en selectie

Een reeds lang bestaande uiting van de schaarsteproblematiek in de gezondheidszorg zijn de wachtlijsten. Het mechanisme is eenvoudig. Zodra de vraag om gezondheidszorg het aanbod overtreft, ontstaan wachtlijsten. Wachtlijsten vergen selectie en prioritering, en dat is in de gezondheidszorg een precaire kwestie. Aan de ene kant zijn wachtlijsten soms onvermijdelijk en kunnen zij zelfs een nuttige functie vervullen bij het reguleren van de vraag om zorg, aan de andere kant worden artsen door wachtlijsten en de daarmee verbonden selectie van patiënten in een lastig parket gebracht.¹⁵⁷ Zelfs bij selectie op grond van medische criteria, de enige breed aanvaarde norm voor selectie, gaat het per definitie om een voor de arts moeilijke keuze. Een goede oplossing is er dan nooit, het gaat altijd om het kiezen van de minst slechte van een aantal kwaden.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Leenen, o.c., p. 109.

¹⁵⁸ J.K.M. Gevers, Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen, in: H.D.C. Roscam Abbing en F.C.B.

De arts kan de omstandigheden die tot de wachtlijst hebben geleid doorgaans niet of maar beperkt beïnvloeden of wegnemen en moet roeien met de riemen die hij heeft. De idee is dat de nadelen van het bestaan van een wachtlijst als het ware gelijkelijk worden verdeeld over de patiënten die het aangaat. Het proces van selectie mag er niet toe leiden dat het recht van verzekerden op gelijke toegang tot de zorg wordt beperkt, en evenmin tot het toepassen door de arts van overwegingen die niet tot zijn domein en verantwoordelijkheid behoren.

De wachtlijstproblematiek vormt een mer-à-boire van juridische vragen en dilemma's. De meeste daarvan gaan het bestek van dit preadvies te buiten. Ik verwijs naar de interessante en nog steeds actuele beschouwing die De Groot enkele jaren geleden aan dit vraagstuk wijdde.¹⁵⁹ Van belang in dit kader is de vraag hoe arts en instelling in het situaties van wachtlijstvorming moeten handelen. De Groot koppelt de wachtlijstproblematiek aan het gelijkheidsbeginsel en leidt daaruit de maatstaf af die de arts moet hanteren bij zijn beslissing welke patiënt behandeld wordt en welke patiënt eerder of later aan de beurt komt. Het moet gaan om selectiecriteria die een objectieve en zakelijke rechtvaardiging geven voor de beslissing van de arts. Algemeen aanvaard als basis voor selectie zijn medische criteria, en in het bijzonder de kans op succes. Voor niet-medische criteria (zoals leeftijd, 'eigen schuld', levensstijl e.d.) laten het gelijkheidsbeginsel en de professionele verantwoordelijkheid van de arts geen ruimte. Deze criteria kunnen hooguit een indirecte rol spelen, bijvoorbeeld omdat zij de kans op succes (mede) bepalen.¹⁶⁰ Selectie en plaatsing op de wachtlijst betekent niet dat de patiënt geen zorg krijgt.¹⁶¹ Hij krijgt die zorg wel, maar (veel) later dan eigenlijk geïndiceerd is. In die zin houdt plaatsing op een wachtlijst dan ook in dat de patiënt/verzekerde zijn wettelijke aanspraken niet terstond kan realiseren. De effectuering van die aanspraken wordt uitgesteld. Dat is een verschil met de problematiek die in par. 3.3 aan de orde zal komen.

van Wijmen (red.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*. Deventer: Kluwer; 1989, p. 75.

¹⁵⁹ G.R.J. de Groot, *Wachtlijsten in de gezondheidszorg*. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1996; 20: 58-70.

¹⁶⁰ O.c., p. 65.

¹⁶¹ Althans, dat is niet de intentie. Het komt natuurlijk voor dat patiënten overlijden aan de aandoening die hen op de wachtlijst heeft doen belanden, en waaraan zij ten gevolge van die wachtlijst niet tijdig geholpen kunnen worden.

Hoe moeten artsen en instellingen met deze problematiek omgaan? *In de eerste plaats* behoren zij de zorgverlening zo te organiseren dat de beschikbare tijd en behandelcapaciteit zo goed mogelijk kan worden benut. Dit heeft te maken met tal van aspecten, waaronder niet alleen de beschikbare menskracht en apparatuur, maar ook een zorgvuldige indicatiestelling, de samenwerking tussen mensen en afdelingen, de organisatie van het zorgproces, de bedrijfsprocessen van de instelling, de relatie en afstemming tussen zorgverlening en ondersteunende diensten etc. etc. Dit vergt inzicht zowel in de medisch-inhoudelijke kant van de problematiek als in bedrijfskundige en bedrijfseconomische processen. Door een goede organisatie van de zorg, wettelijk vereist door de Kwaliteitswet en art. 40 Big, kunnen wachtlijsten worden verkleind of tegengegaan. Uit politieke hoek wordt wel eens iets te gemakkelijk geroepen dat wachtlijsten vooral te maken hebben met ondoelmatig en inefficiënt werken in de zorg. Aan de andere kant zijn zeker verbeteringen realiseerbaar, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zogenaamde Doorbraakprojecten van het CBO.¹⁶² Blijkt een instelling de zorg ondoelmatig te organiseren, en ontstaan mede daardoor wachtlijsten, dan kan dat een aanleiding zijn voor Inspectie of overheid om het wettelijk instrumentarium van de Kwaliteitswet toe te passen (bevel of aanwijzing).¹⁶³ *In de tweede plaats* zijn van belang goede en duidelijke criteria voor selectie en plaatsing op een wachtlijst. Deze verantwoordelijkheid ligt in overwegende mate bij de medische professie. De Groot wijst er terecht op dat heldere criteria ook een juridisch vereiste zijn: alleen op basis daarvan kan worden verdedigd dat selectie is gebaseerd op zakelijke en objectieve argumenten, en (dus) niet in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel.¹⁶⁴ *In de derde plaats* is van belang een specifiek onderdeel van verantwoorde zorg, namelijk een goede wachtlijstregistratie en -coördinatie. Een heldere procedure voor registratie moet voorkomen dat wachtlijsten vervuild raken of blijven, en patiënten langer op de wachtlijst staan dan redelijkerwijs nodig is. Ook kan aldus zicht worden verkregen op de vermoedelijke wachttijd. Van groot belang is voorts wachtlijst-coördinatie. Hierbij gaat het erom dat zo min mogelijk situaties bestaan waarin een patiënt op een wachtlijst staat terwijl elders

¹⁶² L.M.T. Schouten e.a., Intensive care aanzienlijk verbeterd. Medisch Contact; 2002: 57: 91.

¹⁶³ Ik laat even buiten beschouwing dat de recente evaluatie van de Kwaliteitswet zorginstellingen leert dat dit instrumentarium nog met de nodige praktische en juridische onhelderheid is omgeven (zie A.F. Casparie, J. Legemaate, R. Rijkschroeff e.a, Evaluatie Kwaliteitswet Zorginstellingen. Den Haag: ZonMw; 2001).

¹⁶⁴ De Groot, o.c., p. 68.

(bijvoorbeeld in een naburig ziekenhuis) wel capaciteit beschikbaar is¹⁶⁵. Wachtlijstcoördinatie is een taak die de verantwoordelijkheid en de mogelijkheden van individuele beroepsbeoefenaar of instelling overstijgt. Wachtlijstcoördinatie vergt beschikbaarheid, transparantie en vergelijkbaarheid van gegevens, maar bovenal een regionale of, afhankelijk van de problematiek, soms zelfs landelijke aanpak. Naar te verwachten valt neemt het belang van een dergelijke instellings-overstijgende aanpak alleen maar toe. *In de vierde plaats* moeten de mogelijkheden worden verbeterd om wachtlijst- en andere schaarsteproblemen grensoverschrijdend op te lossen. Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan het gebruiken van overcapaciteit in land A ten behoeve van patiënten uit land B, maar ook aan het plaatsen van zeer dure apparatuur op één locatie (bijvoorbeeld het ziekenhuis in Aken), ten behoeve van meerdere grensoverschrijdende regio's (in dit voorbeeld zuidoost Nederland en delen van België en Duitsland). Dergelijke ontwikkelingen doen zich reeds voor, maar lopen deels nog steeds vooruit op faciliterende (Europese) regelgeving, onder meer op het gebied van de vergoedingen, de kwaliteit van zorg en de patiëntenrechten. Het gaat om twee invalshoeken:

- die van het *recht van de patiënt/verzekerde op behandeling in het buitenland*. Door jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, en in bijzonder de uitspraak in de zaak-Vanbraekel¹⁶⁶, is het voor ziekenfondsverzekerden al iets eenvoudiger geworden om vanwege het bestaan van een wachtlijst naar het buitenland uit te wijken;¹⁶⁷
- die van de *mogelijkheden van zorgverzekeraars om te contracteren met buitenlandse instellingen*.¹⁶⁸

Beide opties verdienen de aandacht, hetgeen onder meer inhoudt dat waar nodig belemmerende regelgeving moet worden aangepast.

¹⁶⁵ Denk aan de radioreclame van een zorgverzekeraar die belooft wachttijden te zullen verkorten door gebruik te maken van beschikbare capaciteit buiten het woon-/leefgebied van de verzekerde.

¹⁶⁶ Arrest van 12 juli 2001, zaak C-368/98.

¹⁶⁷ In gelijke zin G.J. de Groot, Grenzeloze zorg(en), Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2002; 26: 10-20 en H.E.G.M. Hermans, Europese regelgeving en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving, in: C. Bronkhorst e.a., Jaaroverzicht wetgeving gezondheidszorg 2001. Maarssen: Elsevier; 2001, p. 314-18.

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld het bericht in NRC-Handelsblad van 1 februari 2002, over een zorgverzekeraar (een andere dan die bedoeld in noot 32) die contracten heeft gesloten met een aantal Duitse ziekenhuizen en een Duitse ziektekostenverzekeraar.

Het op een wachtlijst plaatsen van patiënten heeft gevolgen voor de informatieplicht van arts en instelling. De patiënt zal moeten worden geïnformeerd over de redenen voor de wachtlijst, over de selectiecriteria, over de te verwachten wachttijd en zo mogelijk ook over alternatieven (een andere behandeling, of de behandeling waarvoor de wachttijd geldt, maar dan in een andere instelling, verder van huis). Het gaat hierbij om een uitwerking van de informatieplicht van art. 7:448 BW, gericht op de specifieke aspecten van de wachtlijstproblematiek.

3.2 Budgetoverschrijding en hulpverleningsplicht

De schaarsteproblematiek is ook duidelijk zichtbaar in situaties van 'op=op'. Anders dan bij de wachtlijstproblematiek gaat het er dan niet zozeer om dat de zorg wel verleend wordt, maar op een later moment. Centraal staat veel meer dat het beschikbare budget een maximaal aantal interventies van type A of type B toelaat en dat dit maximum is bereikt. Hier zijn aan de orde de -laat ik het voorzichtig zeggen- niet altijd even heldere juridische posities van en verhoudingen tussen drie partijen: de patiënt, de zorgaanbieder en de zorgverzekeraar. Kort gezegd komt het erop neer dat de ziekenfondsverzekerde recht heeft op de bij wet genoemde aanspraken. De zorgverzekeraar (het ziekenfonds) is wettelijk gehouden deze aanspraken te realiseren. Daartoe sluit de zorgverzekeraar contracten met zorgaanbieders. Met die zorgaanbieders worden door de zorgverzekeraars afspraken gemaakt over productie en budget. De patiënt/verzekerde heeft in een situatie van (dreigende) 'op=op' dus te maken met twee juridische verhoudingen: de juridische relatie met de zorgverzekeraar en de juridische relatie met de hulpverlener c.q. de instelling. Waar dit in het geval van een conflict allemaal toe kan leiden, wordt fraai geïllustreerd door de (al weer ruim tien jaar oude) Dotter-zaak.¹⁶⁹ Naar aanleiding hiervan betoogt Hamilton dat de 'Dotter-doctrine' meebrengt dat zorgverzekeraars zich voortdurend moeten inspannen om verzekerden behandeld te krijgen.¹⁷⁰ Ik ga op de juridische positie van de zorgverzekeraar als zodanig niet nader in. In de relatie tussen zorgverzekeraar en ziekenhuis zullen zodanige productieafspraken moeten worden gemaakt, dat situaties van

¹⁶⁹ Zie onder meer G.J.A. Hamilton, *Zorgplicht en hulpverleningsplichten binnen het kader van de wettelijke ziektekostenverzekeringen*. RZA 1997, jubileumnummer, p. 11-12 en J.G. Sijmons, *De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis*. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1995; 19: 332-45.

¹⁷⁰ Hamilton, o.c.

'op=op' worden vermeden. Ontstaan deze toch, bijvoorbeeld omdat van onjuiste aannames is uitgegaan, dan zal aanpassing van de afspraken moeten plaatsvinden. Aldus zouden 'op=op'-situaties zoveel mogelijk voorkomen moeten worden door de twee partijen met een primaire verantwoordelijkheid op dit gebied: de zorgverzekeraar, die de wettelijke plicht heeft om de afspraken van de verzekerden te garanderen, en het ziekenhuis, met welke instelling de zorgverzekeraar -ter verkrijging van zorgcapaciteit- een medewerkersovereenkomst sluit.¹⁷¹

Maar 'what about the doctor'? Om te beginnen zal de medische staf van het ziekenhuis, voorafgaand aan de onderhandelingen ziekenhuis-ziekenfonds over de productie in het komende jaar, het ziekenhuismanagement zo precies mogelijke informatie dienen te geven over de verwachte c.q. verlangde capaciteit op verschillende terreinen. Beide partijen zijn in dit opzicht aan elkaar 'gebonden': de medisch specialist zal bij de behandeling en verzorging van patiënten het door het ziekenhuis aangegeven organisatorische en financiële kader in acht moeten nemen, terwijl het ziekenhuis het door de specialisten aangegeven zorginhoudelijke kader moet respecteren.¹⁷² Dat laatste houdt naar mijn mening in, dat het ziekenhuis geen maatregelen mag treffen die de specialist belemmeren in het handelen conform de professionele standaard.¹⁷³ Van belemmering is ook sprake in gevallen waarin de arts een patiënt die hij in behandeling heeft om financiële redenen niet de interventie kan bieden die geïndiceerd is. Hieraan zitten twee kanten. Enerzijds moet ook dit voorbeeld worden geplaatst in de juridische driehoeksverhouding patiënt-arts/ziekenhuis-zorgverzekeraar. Anderzijds heeft de in behandeling zijnde patiënt een behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis, en in veel gevallen ook -indien deze vrijgevestigd is- met de medisch specialist. Is de patiënt in behandeling genomen, en wordt dus een aangegane behandelingsovereenkomst uitgevoerd, dan moet worden aangenomen dat arts en ziekenhuis een hulpverleningsplicht hebben,

¹⁷¹ Ik doel uiteraard op het ziekenhuis als geïntegreerd medisch-specialistisch bedrijf. Door de inwerkingtreding in 2000 van de zogenaamde Integratiewet is de situatie op dit vlak enigszins vereenvoudigd en sluit het ziekenfonds niet langer medewerkersovereenkomsten met ziekenhuis *en* zelfstandige gevestigde medisch specialist, maar alleen met het ziekenhuis.

¹⁷² J.H. Hubben en E.W.M. Meulemans, De Integratiewet – Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patiënt-verzekeraar. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1999; 23: 354.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld Medisch Tuchtcollege Den Haag 3 september 1997, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1998; 22: 154-7.

behoudens overmacht. Het is echter -blijkens de rechtspraak- de vraag of budgettaire beperkingen in het geval van een lopende behandelingsovereenkomst een grond voor overmacht opleveren.¹⁷⁴

Anders ligt het indien nog geen behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen en in gevallen waarin een vervolgbehandeling van een patiënt moet worden getypeerd als een nieuwe behandelingsovereenkomst.¹⁷⁵ De discussie daarover is tot op heden vooral gevoerd onder de vlag van de hulpverleningsplicht van de instelling. Mag de instelling die plicht beperken of niet? We komen dan in de sfeer van de ‘opnamestop’: een duidelijke en tijdige aankondiging vanwege het ziekenhuis dat bepaalde verrichtingen kortere of langere tijd niet kunnen worden uitgevoerd. Onder verwijzing naar rechtspraak acht Sijmons dit mogelijk en ziet hij in de Ziekenfondswet en de AWBZ geen belemmeringen. Dit standpunt wordt door Roscam Abbing van de hand gewezen. In haar visie moet het samenstel van overeenkomsten, mede in het licht van de deels publiekrechtelijke context, zo worden gezien dat verzekerden hun aanspraken onder alle omstandigheden moeten kunnen waarmaken: “Wordt daarin onvoldoende voorzien door de productieafspraken tussen partijen, dan is het aan partijen om gemaakte afspraken bij te stellen. De aanspraken van verzekerden zijn de norm, waarop de productie afgesproken en de budgetten vastgesteld moeten worden”.¹⁷⁶ Het lijkt me, dat in deze redenering voor zoiets als een opnamestop geen plaats is. Ik erken het doel dat Roscam Abbing voor ogen staat (afstemming van budgetten en capaciteit op zorgbehoefte en dus op aanspraken) maar vraag mij af of dat dwingend uit de huidige regelgeving voortvloeit. Het komt mij voor dat de wettelijke regelingen inzake de behandelingsovereenkomst, de aanspraken van verzekerden en de financiering van de zorg niet voldoende op elkaar zijn afgestemd. De ene wet kan tot verplichtingen leiden die door toedoen van een andere wet niet realiseerbaar zijn.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Zie Sijmons, o.c., p. 339-41 en door hem genoemde rechtspraak

¹⁷⁵ O.c. p. 341, i.h.b. ook noot 37.

¹⁷⁶ Roscam Abbing (1995), o.c., p. 347. Zij meent dan ook tussen ziekenhuis en verzekeraar gemaakte productieafspraken geen juridische grond opleveren het aangaan van een behandelingsovereenkomst met een patiënt te weigeren.

¹⁷⁷ Zie ook Hamilton, o.c. alsmede R.J.M. Dillmann, Argumenten voor een uniek systeem – DBC’s als uitweg uit de performancecrisis in de zorg. Medisch Contact 2002; 57: 323-6.

Een opnamestop, indien al nodig en gerechtvaardigd, stelt hoge eisen aan de zorgvuldigheid en tijdigheid van de besluitvorming, alleen al om patiënten in de gelegenheid te stellen zich te wenden tot een andere hulpverlener of instelling. Dit vraagt dat instellingen, en dus ook artsen, anticiperen op budgettaire problemen. Voor de arts kan ook hier een selectieprobleem opdoemen. Wetende dat het productieplafond van een bepaalde verrichting nadert, zou de arts dat bewust of onbewust kunnen laten 'doorwerken' in de behandelingsadviezen die hij geeft. Er kan dan gemakkelijk een situatie ontstaan die vergelijkbaar is met het voorbeeld over de IC-selectie uit de inleiding: een striktere invulling van de indicatie dan uit medisch-inhoudelijke overwegingen voortvloeit. Dit zijn situaties waarin de arts zoveel mogelijk moet tegengaan maar overigens niet altijd zal kunnen vermijden dat hij niet-professioneel moet handelen.¹⁷⁸

3.3 Professionele richtlijnen en kosteneffectiviteit

Eén van de vragen die het bestuur van de VGR mij stelde was: in hoeverre mag/moet de hulpverlener zich bedienen van kosteneffectiviteitsanalyses (KEA's)? Deze vraag is al enige tijd actueel door ontwikkelingen op het terrein van onderzoek naar 'gepaste zorg', waarin nadrukkelijk de invalshoek van de kosteneffectiviteit wordt verdisconteerd.¹⁷⁹ Enige deining ontstond naar aanleiding van één van de producten uit dit onderzoek, de zogenaamde 'cholesterolrichtlijn'.

Laten we beginnen met de achtergrond van het verhaal. Deze is gelegen in de sterk toegenomen belangstelling van beleidsmakers voor doelmatigheidsonderzoek. Dit soort onderzoek wordt al uitgevoerd sinds de jaren tachtig, maar kwam de afgelopen jaren sterker in de belangstelling te staan, met als voornaamste reden de wens tot kostenbeheersing. In 1997 werd met forse financiële steun van het ministerie van VWS het zogenaamde 'Richtlijnen-programma' gestart. Dit programma is erop gericht om richtlijnen voor medisch handelen op te stellen waarin een kosteneffectiviteitsonderdeel is opgenomen en om strategieën te

¹⁷⁸ Aldus ook KNMG (Commissie Medische Ethiek), o.c., p. 94-95.

¹⁷⁹ Deze problematiek was in wisselende gedaanten natuurlijk al vele malen aan de orde. Enkele bekende voorbeelden uit eerdere jaren zijn de betrokkenheid van de medische professie bij de indicatiestelling voor harttransplantaties door middel van een landelijk protocol (hierover Van Wijmen, o.c., p. 33-34) en de Taxol-casus (id, o.c., p. 35-38, alsmede Hamilton, o.c.).

ontwikkelen die de implementatie van deze richtlijnen in de dagelijkse praktijk bevorderen. Bij diverse gelegenheden sprak de minister van VWS een voorkeur uit voor de totstandkoming van tripartite-richtlijnen (d.w.z. door vertegenwoordigers van geneeskundigen, verzekeraars en patiënten/consumenten), mede gebaseerd op een KEA. Het genoemde Richtlijnenprogramma is uitgevoerd door het *Institute for Medical Technology Assessment (iMTA)* van de Erasmus Universiteit, in nauwe samenwerking met (onder meer) medisch-wetenschappelijke verenigingen, het Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO en het Nederlands Huisartsen-genootschap.¹⁸⁰ Inmiddels is er in het kader van dit programma een aanzienlijk aantal richtlijnen met een kosteneffectiviteitscomponent ontwikkeld, onder meer op de volgende gebieden: beroerte, cholesterol, depressie, diabetes mellitus, lage rugklachten, mammacarcinoom en osteoporose.

Kosteneffectiviteitsanalyses (KEA's) worden verricht aan de hand van een binnen de gezondheidseconomie ontwikkelde methodologie.¹⁸¹ Een KEA is een analyse waarbij de kosten van twee of meer alternatieven worden uitgedrukt in geld en in de opbrengsten in natuurlijke eenheden (bijvoorbeeld gewonnen levensjaren en/of kwaliteit van leven). Met een KEA wordt getracht in beeld te krijgen wat de optimale verhouding is tussen opbrengst en prijs, gelet op wat men met dezelfde middelen bij andere patiënten kan bereiken. In het algemeen wordt daarbij het maatschappelijk perspectief gehanteerd, hetgeen inhoudt dat alle mogelijke gezondheidseffecten worden meegenomen, alsmede alle kosten: "Een berekening vanuit het maatschappelijk perspectief dient (...) een reëel en objectief beeld van alle consequenties van een interventie te geven. Vanuit dit perspectief gezien zijn kosten die middelen die uiteindelijk verbruikt worden ten behoeve van de interventie en dus niet meer voor een ander doel kunnen worden ingezet. Voorts gaat het om alle kostenconsequenties binnen onze maatschappij, ongeacht wie de kosten draagt". Daarnaast kunnen andere perspectieven worden gehanteerd, zoals die van de verzekeraar, de zorgaanbieder, de patiënt of de werkgever.¹⁸² KEA's kunnen worden uitgevoerd om verschillende redenen. Soms gaat het

¹⁸⁰ E.W.M. Grijseels e.a. Het Richtlijnenprogramma: stand van zaken en voortgang. Aangeboden ter publicatie.

¹⁸¹ Zie M.P.M.H. Rutten-van Mólken e.a. (red.), Van kosten tot effecten – Een handleiding voor evaluatiestudies in de gezondheidszorg. Maarssen: Elsevier; 2000.

¹⁸² F.F.H. Rutten, J.B. Oostenbrink en M.A. Koopmanschap. Directe kosten van gezondheidszorg, in: Rutten-van Mólken e.a. (red.), o.c., p. 32.

om de vraag of een nieuwe verstrekking aan het pakket moet worden toegevoegd, in andere gevallen kan een KEA het verschil in kosten en baten van twee bestaande, op dezelfde aandoening gerichte behandelingsmethoden betreffen.

Er zijn dus de afgelopen jaren, in samenwerking met de medische professie, verschillende richtlijnen voor medisch handelen ontwikkeld waarin een KEA is opgenomen. Dit is in alle rust verlopen, met uitzondering van de introductie van de al genoemde cholesterolrichtlijn. Deze richtlijn betreft de behandeling met cholesterolremmers van patiënten met:

- c. een voorgaand hartinfarct of anderszins symptomatische vaataandoening;
- d. een risico op het ontstaan van coronaire vaatzieken.

Met betrekking tot de indicatie voor de verstrekking van cholesterolremmers hanteren de opstellers mede op basis van kosteneffectiviteitsanalyses gebaseerde afkappunten: een serumtotaalcholesterolconcentratie > 5,0 mmol/l en een levensverwachting van tenminste 5 jaar in situatie (a) en een 10-jaarsrisico op het ontstaan van coronaire hartzieken van tenminste 25% (bij een leeftijd van 40 jaar) tot tenminste 35% (bij een leeftijd van 70 jaar) in situatie (b).¹⁸³ Dit komt neer op een beperking van de indicatie voor een behandeling met cholesterolremmers, op grond van economische overwegingen. Die economische overwegingen hangen samen met het feit dat cholesterolremmers zeer werkzaam zijn, maar ook bijzonder prijzig. Het voorschrijven ervan aan alle patiënten die er baat bij kunnen hebben zou jaarlijks een bedrag vergen dat hoger is dan het huidige totaalbudget voor farmaceutische hulp.¹⁸⁴

In het rijtje van richtlijnen voor medisch handelen waarin inmiddels een KEA is verdisconteerd is de cholesterolrichtlijn enigszins atypisch. Deze richtlijn heeft een curatieve kant (hierboven onder a.) en een preventieve kant (hierboven onder b.). De curatieve kant heeft

¹⁸³ Ontleend aan Stehouwer, o.c., p. 776.

¹⁸⁴ Bonneux, o.c., p. 1660. In het algemeen stelt hij zich op het standpunt dat het goed en onvermijdelijk is dat artsen doelmatigheidsoverwegingen in hun richtlijnen en hun handelen verdisconteren. Bonneux was één van de leden van een commissie van de Gezondheidsraad, die in het advies *Cholesterolverlagende therapie* uit 2000 een minderheidsstandpunt innemen. De meerderheid van de betreffende commissie propageert op inhoudelijke gronden een indicatiegebied voor cholesterolremmers dat op onderdelen zelfs nog iets ruimer is dan de Cholesterolrichtlijn 1998. Een minderheid van de commissie wijst op de zeer hoge kosten daarvan en bepleit om die reden een beperking van het indicatiegebied. Zie in het bijzonder de pp. 54-61 van het advies.

algemeen instemming ontvangen. Het ‘preventieve deel’ van de richtlijn heeft echter nogal wat vragen opgeroepen. De internist Stehouwer uit principiële bezwaren tegen dit aspect van de richtlijn, omdat het gevolg ervan is dat de behandelend arts in individuele gevallen voortdurend economische tegen patiëntgebonden belangen moet afwegen, “waardoor de patiënt eraan zal twijfelen of de arts wel steeds exclusief als zijn of haar advocaat optreedt”. Hij voegt daar aan toe:

“Volgens de richtlijn moet een patiënt met een 10-jaarsrisico op coronaire hartziekten van 30% wél behandeld worden (dat risico daalt dan naar 20%), maar een patiënt met een risico van 20%, bij wie het risico dan zou dalen naar 13%, niet. Het moet mijns inziens niet de rol van de arts zijn te bepalen dat een risicoreductie van 20 naar 13% niet de moeite waard is. Zo’n houding druist ook in tegen het algemene streven een patiënt zoveel mogelijk te betrekken bij beslissingen over het instellen van behandelingen. In een begeleidend commentaar [bij de richtlijn – JL] wordt gesteld dat ‘artsen altijd al keuzen tussen individuele patiënten hebben gemaakt waar het ging om de voor hen beschikbare tijd en middelen’. Dat moge zo zijn, maar dan toch à contrecoeur en zoveel mogelijk trachtend de schade te beperken”.¹⁸⁵

Vanuit een gezondheidsrechtelijke invalshoek heeft Gevers kritisch gereageerd naar aanleiding van (onder meer) de cholesterolrichtlijn. Zijn –meer algemene- stelling is dat een consensusgroep het conflict tussen geneeskunde en financieel beheer niet kan oplossen:

“Als (...) indicatiegebieden worden ingeperkt in de zin dat zorg waarvan het medisch belang vaststaat, van financiering via de wettelijke ziektekostenverzekeringen wordt uitgesloten omdat zij (te) duur is en niet echt als noodzakelijk wordt beschouwd (als voorbeeld daarvan wordt (...) de cholesterolcasus opgevoerd), dan is dat een maatschappelijke beslissing die een verdergaande legitimatie vergt dan een consensusgroep kan bieden. Het inperken van medische hulp, anders dan op medisch-professionele gronden, komt neer op een beperking van wettelijke aanspraken van verzekerden. Een richtlijn die opgesteld is door een consensusgroep waarin meerdere partijen

¹⁸⁵ Stehouwer, o.c., p. 777.

vertegenwoordigd zijn en waarin kosteneffectiviteit een dominante rol speelt, is daartoe geen geëigend instrument”.¹⁸⁶

Gevers keert zich hier vooral tegen de door hem als ongewenst beschouwde vermenging van medische en maatschappelijke verantwoordelijkheden. Onderscheiding en scheiding van verantwoordelijkheden is geboden, zo stelt hij, wil transparant blijven welke keuzen door wie op welke gronden zijn gemaakt. Gevers benadrukt dat bij het bepalen van ‘goede’ of ‘verantwoorde’ zorg het kostenaspect mag meewegen, mits de werkzaamheid of doeltreffendheid uitgangspunt blijft: “Iets anders is echter dat de arts zelf als ‘goed rentmeester’ van geval tot geval gaat afwegen welke kosten bij deze specifieke patiënt uit maatschappelijk oogpunt nog verantwoord zijn”.¹⁸⁷ Ik leid uit zijn betoog af dat naar zijn mening de cholesterolasus een voorbeeld van het laatste is. In de ogen van Gevers zijn richtlijnen die vanwege de kosten geen ruimte laten voor bepaalde medisch zinvolle interventies geen professionele richtlijnen meer, “maar veeleer een ‘allocatierichtlijn’”.

De vraag is niet OF een arts doelmatigheid mag betrekken bij het goed hulpverlenerschap. Algemeen wordt aangenomen dat een arts dit mag, en soms zelfs behoort te doen. De vraag is wel hoeveel ruimte een arts mag geven aan het aspect doelmatigheid. De opstellers van de cholesterolrichtlijn lijken op die vraag het antwoord ‘behoorlijk veel’ te geven. Stehouwer, Gevers en andere critici¹⁸⁸ neigen meer tot het antwoord ‘zo weinig mogelijk’. De huidige regelgeving geeft niet zonder meer een antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre, een arts gebruik mag maken van richtlijnen waarin een KEA is verdisconteerd. Voor instellingen geldt de norm dat verantwoorde zorg moet worden geboden (art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen). Het moet daarbij gaan om “zorg van een goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, *doelmatig* (cursivering JL) en patiëntgericht wordt verleend en die is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt”. In dat kader betekent ‘doelmatig’, aldus de wetgever, dat de baten van de zorg moeten worden afgezet tegen de

¹⁸⁶ Gevers (2000), o.c., p. 1663.

¹⁸⁷ O.c.

¹⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Roscam Abbing, (1998) o.c., p. 2482, die het ongewenst acht dat andere partijen, zoals overheid en zorgverzekeraar, deelnemen aan de totstandkoming van richtlijnen voor medisch handelen: “Zij hebben andere belangen dan enkel medisch-inhoudelijke, en benadrukken vooral de doelmatigheid en de kostenbeheersing”. Zie ook het eerder genoemde standpunt van de Commissie-Dunning.

kosten in geld, menskracht, middelen en tijd.¹⁸⁹ Via art. 40 van de Wet Big zijn ook artsen die werken buiten een instelling als bedoeld in de Kwaliteitswet zorginstellingen, aan dit gedachtegoed gebonden.¹⁹⁰ De zorgverzekeraars zijn wettelijk gehouden tot het sluiten van contracten waarin in elk geval bepalingen zijn opgenomen inzake *kwaliteit en doelmatigheid* (art. 44 lid 3 Ziekenfondswet). De aard en omvang van de wettelijke aanspraken van ziekenfondsverzekerden zijn deels in regelgeving gepreciseerd, maar deels afhankelijk van 'hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is'.¹⁹¹ Dit laat zien dat de wetgever heeft gekozen voor een systeem waarin de aanspraken van verzekerden bij wet globaal zijn omschreven, en dat nadere invulling van die afspraken in een aantal gevallen wordt overgelaten aan de medische professie.

De genoemde wettelijke formuleringen kunnen licht de indruk wekken dat verdiscontering van doelmatigheidsaspecten in richtlijnen voor medisch handelen past binnen het wettelijk systeem. Daar kan evenwel het nodige tegenin worden gebracht. De genoemde wettelijke bepalingen betreffen vooral de verantwoordelijkheden van andere partijen dan de arts (zoals de instelling en de zorgverzekeraar). Deze verantwoordelijkheden kunnen van invloed zijn op het handelen van de arts, maar ontnemen hem niet de eigen professionele verantwoordelijkheid. Die professionele verantwoordelijkheid moet worden gezien in het licht van hetgeen ik hiervoor (in par. 2.1) heb gekarakteriseerd als de eigenlijke rol van de arts: een primaire gerichtheid op het belang van de patiënt, op basis van medisch-inhoudelijke overwegingen. Het is van groot belang dat deze primaire gerichtheid niet erodeert. Daar komt nog een separaat argument bij, door andere auteurs al genoemd: richtlijnen voor medisch handelen waarin doelmatigheidsaspecten tot een beperking van de indicatie leiden, houden tevens een beperking van de wettelijke aanspraken van verzekerden in, op andere gronden dan medisch-inhoudelijke. Daar behoren artsen niet over te beslissen. De aanname daarbij is dat het wettelijk criterium 'hetgeen in de kring

¹⁸⁹ Tweede Kamer, 1993-1994, 23633, nr. 3, p. 25.

¹⁹⁰ Weliswaar spreekt art. 40 Big alleen van 'verantwoorde zorg' en wordt daarin niet de nadere opsomming gegeven die wel in art. 2 Kwaliteitswet te vinden is, maar de wetgever bedoelt hetzelfde.

¹⁹¹ Zie verschillende bepalingen uit het Verstrekkingbesluit ziekenfondsverzekering (Besluit van 4 januari 1966, laatstelijk gewijzigd Stb. 2001, 411). Het gebruikelijkheids criterium wordt getoetst aan de vraag of naar de stand van de medische wetenschap en praktijk sprake is van een adequate behandeling (zie Roscam Abbing (1998), o.c., p. 2482).

der beroepsgenoten gebruikelijk is' ruimte laat voor het verdisconteren van kosteneffectiviteit, maar binnen grenzen.

De vraag of een arts gebruik mag maken van richtlijnen waarin een KEA is verdisconteerd, is niet met een simpel 'ja' of 'neen' te beantwoorden. Stel dat er twee behandelingen zijn voor aandoening X. Een KEA wijst uit dat behandeling A iets beter werkt dan behandeling B (maar niet veel beter), maar aanzienlijk duurder is. Ervan uitgaande dat de arts de patiënt een werkzame behandeling moet geven, maar niet persé de best werkzame of de duurste, is een richtlijn voor medisch handelen waarin op grond van een KEA behandeling B tot preferente optie wordt verklaard, naar mijn mening aanvaardbaar. In dat geval immers blijft de werkzaamheid het overheersende argument. De arts blijft dan binnen zijn eigenlijke rol, zoals deze besloten ligt in de medisch-professionele standaard. Maar waar ligt de grens? Hoe groot moet -in het zojuist genoemde voorbeeld- het verschil in werkzaamheid tussen de goedkopere methode B en de veel duurdere methode A zijn om te kunnen stellen dat het afwijzen van A in een richtlijn voor medisch handelen afbreuk doet de medisch-professionele standaard? En is het eigenlijk wel mogelijk een bepaald afkappunt te bepalen -bijvoorbeeld een geldbedrag per gewonnen levensjaar- en/of daarover consensus te bereiken? Wat moet, bij gelijke kosten, prevaleren: het winnen van 1 levensjaar bij 10 patiënten, of het winnen van 10 levensjaren bij 1 patiënt? Dat is een netelige discussie. Pogingen in andere landen hebben niet tot een eenduidige opvatting geleid.¹⁹² Vaak spelen verschillende criteria een rol in de besluitvorming (zoals ernst van de ziekte, mate van eigen verantwoordelijkheid van de patiënt, financiële gevolgen voor een patiënt e.d.). Een zorgvuldige operationalisatie van deze aspecten kan leiden tot een toetsingskader dat bijdraagt aan beslissingen die niet louter op economische overwegingen zijn gebaseerd en dat kosteneffectiviteitsanalyses beter in balans brengt met overwegingen inzake werkzaamheid.¹⁹³

¹⁹² A. Harris et al, Using economic evidence in reimbursement decisions for health technologies: the experience in four countries. *Expert Rev. Pharmacoeconomics Outcomes Research* 2001; 1: 7-12: "None of the jurisdictions have an explicit cut off cost per QALY or cost per life year gained above which they will not recommend a drug or other medical technology. (...) a single implied threshold value is not likely to be meaningful".

¹⁹³ Zie nader E. Stolk e.a., *Uitwerking criteria noodzakelijkheid, eigen rekening en verantwoording en lifestyle*. Rotterdam; 2001 (bijlage bij: College voor Zorgverzekeringen, *Rapport breedte geneesmiddelenpakket*. Amstelveen; 2001). Stolk e.a. ontwikkelen onder meer de gedachte dat de

Gezien vanuit de verantwoordelijkheid van de arts zijn grensoverschrijdend de gevallen waarin de werkzaamheid het moet 'afleggen' tegen de kostenbeheersing en interventies die op zich werkzaam zijn, om financiële redenen aan patiënten/verzekerden worden onthouden. Dan zijn de door de WMA geformuleerde standpunten alsmede de hiervoor genoemde kritiekpunten van Gevers zonder meer van kracht. Het gaat er dan immers niet om werkzame van niet-werkzame zorg te scheiden (het lijkt me -in het voetspoor van de Commissie-Dunning- dat artsen daaraan mogen meewerken), maar om beperking van het indicatiegebied op grond van (overheersend) economische overwegingen. Dat is een type beslissing die niet aan artsen is of behoort te zijn. Het is niet zo dat indicaties niet mogen worden beperkt op grond van kostenbeheersingsargumenten. Echter, de besluitvorming daarover moet niet bij artsen of groepen artsen worden gelegd.

In het geval waarin in het kader van richtlijnen voor medisch handelen een KEA aan de orde is, is de vraag welke gevolgen dat moet hebben voor de informatieplicht van de arts. Is het kostenaspect in marginale zin in de richtlijn verdisconteerd, dan zal de arts dat niet standaard behoeven te melden.¹⁹⁴ Naarmate echter de impact van het kostenaspect voor het handelen van de arts toeneemt, zal deze de patiënt duidelijk moeten maken welke afwegingen aan de orde zijn geweest bij het opstellen van de richtlijn, en wie daarvoor verantwoordelijkheid hebben gedragen. Gevers en Biesart gaan nog een stap verder, en suggereren aansprakelijkheidsrisico's voor de arts in gevallen waarin hij zich baseert op richtlijnen die zich niet verdragen met de medisch-professionele standaard.¹⁹⁵

4. BESCHOUWING EN CONCLUSIES

Het is de primaire taak van de arts om zijn patiënten zo goed mogelijk te helpen. In situaties van schaarste kan de arts gemakkelijk in een dubbelrol belanden. Daarvan is sprake als de arts bij zijn beslissingen of interventies andere overwegingen dan medisch-inhoudelijke laat prevaleren. Dat risico is, in meer of mindere mate, aanwezig bij alle drie de situaties die ik in par. 3 heb behandeld. Het gaat er dan om dat artsen te veel waarde gaan hechten aan financiële

afkappingen voor kosteneffectiviteit hoger moet zijn naarmate de ziekte ernstiger is.

¹⁹⁴ Gevers en Biesart, o.c., p. 2631.

¹⁹⁵ O.c., p. 2632.

overwegingen en daarbij hun primaire taak (steeds meer) uit het oog verliezen.

In het kader van het eerder genoemde Richtlijnenprogramma is de medische professie thans nauw betrokken bij het ontwikkelen van richtlijnen met een kosteneffectiviteitscomponent. De medische professie kan om verschillende redenen besluiten in die ontwikkeling te participeren. Men kan van mening zijn dat een dergelijke aanpak, mits zekere grenzen niet overschreden worden, compatibel is met de medisch-professionele verantwoordelijkheid. Een ander motief kan zijn dat je maar beter zelf kunt sturen en meedoen, met een zeker risico op 'vuile handen', dan dat anderen gaan voorschrijven hoe de arts zich moet gaan opstellen.¹⁹⁶ Zo'n gekke gedachte is dat misschien nog niet, ook al omdat gesteld zou kunnen worden dat betrokkenheid van artsen juist onvermijdelijk is om te bereiken dat overwegingen van doelmatigheid en effectiviteit in een goede balans blijven. Beter dat, zo kan men stellen, dan dat artsen de dictaten van anderen moeten volgen. Daar komt nog eens bij dat bij het opstellen van normen voor medisch handelen op microniveau een zodanig niveau van verfijning aan de orde is, dat het maar zeer de vraag is er wel een alternatief bestaat voor richtlijnontwikkeling (mede) door artsen zelf. Verfijning in wetgeving is haalbaar noch wenselijk. En: de wetgever heeft niet voor niets ruimte gelaten aan de medische professie, door de concretisering van wettelijke aanspraken deels afhankelijk te maken van 'hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is'. Betrokkenheid van artsen is onvermijdelijk, met andere woorden. En ook kan de vraag worden gesteld of artsen er wel wijs aan doen *niet* in deze discussies te participeren.

Aan de andere kant zijn zowel vanuit de medische professie zelf als vanuit het recht vraagtekens geplaatst bij het incorporeren van een kosteneffectiviteitscomponent in richtlijnen voor medisch handelen. De bezwaren kunnen als volgt worden gecategoriseerd:

1. Het in richtlijnen vermengen van medische en maatschappelijke aspecten leidt tot onhelderheid over wie waarvoor verantwoordelijk is. Richtlijnen voor medisch handelen die uit de professie zelf komen, behoren zich te beperken tot medisch-professionele normen. Alleen dan

¹⁹⁶ Dit is de tenor van het betoog van E.M. de Bruijn, N.S. Klazinga en R.J.M. Dillmann. Passend kiezen in de gezondheidszorg – Wie maakt uiteindelijk de keuzen? Medisch Contact 1998; 53: 586-8.

kunnen ze blijven gelden als maatstaf voor en ijkpunt van uit professioneel oogpunt verantwoorde zorg¹⁹⁷;

2. Door situaties te creëren waarin de arts maatschappelijke aspecten behoort mee te wegen in de vraag of en hoe hij een bepaalde patiënt moet behandelen, komt de arts in een dubbelrol terecht, en wijkt hij af van zijn eigenlijke taak;
3. Beslissingen om, mede om financiële redenen, indicaties scherper te omschrijven kunnen een beperking inhouden van de wettelijke aanspraken van verzekerden. De beslissing daarover is niet aan artsen of hun organisaties.

De bottom-line is dat artsen zich behoren te richten op medisch-inhoudelijke overwegingen, op het belang van de patiënt, en op de werkzaamheid van interventies. Dit spoort naar het mij voorkomt zowel met medisch-ethische opvattingen als met de juridische regels betreffende de taak en verantwoordelijkheden van de arts (en in het bijzonder art. 7:453 BW, de zorg van een goed hulpverlener, in relatie tot de professionele standaard).

Negeert de arts daarmee zijn verantwoordelijkheid jegens de samenleving? Het lijkt mij van niet. Die verantwoordelijkheid zal eerst en vooral moeten worden gezien in het licht van de primaire verantwoordelijkheid van de arts, namelijk die jegens de patiënt. De arts heeft ook een verantwoordelijkheid jegens de samenleving, maar die verantwoordelijkheid heeft een secundair karakter. Daarmee bedoel ik dat de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de arts nooit zo mag worden ingevuld of gedefinieerd dat het belang van de patiënt of –algemener- van een goede hulpverlening, daardoor wordt geschaad. Dat betekent niet dat de arts zich geen rekenschap hoeft te geven van kostenaspecten in de gezondheidszorg. Ik zou zelfs willen stellen dat de arts meer dan marginale aandacht moet geven aan kostenaspecten¹⁹⁸, en wel in de volgende betekenis:

- Artsen behoren te streven naar een zo goed mogelijke indicatiestelling;

¹⁹⁷ Gevers en Biesart, o.c., p. 2631.

¹⁹⁸ Gevers heeft herhaalde malen gesteld dat de arts niet meer dan marginale aandacht aan kostenoverwegingen moet geven (Gevers (1997), o.c., p. 3: 'Giving more than marginal weight to cost considerations will detract from good care in stead of promoting it'; Gevers en Biesart, o.c., 2631). Zo algemeen gesteld kan die formulering verwarring wekken. De arts moet m.i. juist veel aandacht geven aan kostenaspecten, zolang hij overwegingen van werkzaamheid daaraan niet ondergeschikt maakt.

- Artsen behoren geen onnodige verrichtingen te doen of anderszins onnodige kosten te maken¹⁹⁹;
- Artsen behoren terughoudend te zijn bij het uitvoeren van verrichtingen met een twijfelachtig of gering nut;
- Artsen behoren bij een gering verschil in werkzaamheid te opteren voor de goedkoopste interventie.²⁰⁰

Dit past naar mijn mening binnen het wettelijk systeem (de professionele standaard van art. 7:453 BW en de norm 'hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is' uit de Ziekenfondswet).

De grens ligt bij het laten van betere op grond van kostenaspecten en bij het op economische gronden beperkter omschrijven van indicaties dan medisch-inhoudelijk aangewezen is.²⁰¹ Voor velen doemt dan het spookbeeld van de Amerikaanse 'managed care' op.²⁰² Gevers, die van de Nederlandse gezondheidsjuristen het meest indringend over de problematiek gepubliceerd heeft, citeert in een van zijn artikelen met instemming de Duitse auteur Steffen, die het kort en krachtig als volgt zegt: "Op de nut-risicoafweging bij het stellen van een medische indicatie kan de kostenbatenanalyse, die vereist is door het gebod tot zuinigheid, alleen invloed hebben voor zover deze de vervulling van de taak te genezen niet in gevaar brengt".²⁰³

De schaarsteproblematiek in de gezondheidszorg stelt zowel de medische professie als individuele artsen voor lastige situaties. Hoe duidelijk ook moge zijn dat de primaire verantwoordelijkheid van de

¹⁹⁹ Zie het experiment in Zuid-Limburg, alwaar een zorgverzekeraar bij wijze van proef het bedrag dat huisartsen weten te besparen op de kosten van geneesmiddelen deels aan hen uitkeert. "Een financiële prikkel stimuleert huisartsen om zinniger en zuiniger medicijnen voor te schrijven. (...) De artsen keken onder meer kritisch naar de middelen die zij voorschreven, zochten goedkopere alternatieven die even goed waren, en waren terughoudend met nieuwe middelen waarvan de toegevoegde waarde nog onbekend is", aldus het Brabants Dagblad van 5 maart 2002. Is zorgvuldig voorschrijfgedrag afhankelijk van een financiële prikkel? Ik hoop het niet. Dezelfde krant meldt dat de aanleiding voor het experiment de onvrede van de huisartsen was over de matige betaling van weekend- en avonddiensten!

²⁰⁰ Zie ook KNMG (Commissie Medische Ethiek), o.c., p. 95: "Het behoort (...) tot deze [professionele] standaard doelmatigheidsoverwegingen een plaats te geven in de besluitvorming, wanneer er verschillende doeltreffende mogelijkheden bestaan".

²⁰¹ Gevers en Biesart, o.c.

²⁰² Zie onder meer Roscam Abbing (1998), o.c. en Van der Heyden en Hulst, o.c.

²⁰³ Gevers en Biesart, o.c., p. 2631 en hun voetnoot 20.

arts zijn patiënt betreft, het is onvermijdelijk dat artsen in de praktijk 'vuile handen' moeten maken, of het nu gaat om de wachtlijst-problematiek, om situaties van 'op=op' of om andere vormen van schaarste en rantsoenering. Niet-professionele beslissingen zijn dan soms nodig om erger te voorkomen. Op beleidsmatig niveau moet het ontstaan en het bestaan van dergelijke situaties zoveel mogelijk worden tegengegaan, teneinde het recht op gezondheidszorg (in de zin van een rechtvaardige verdeling van voorzieningen en een gelijke toegang) veilig te stellen. Betrokkenheid van artsen bij het opstellen van richtlijnen waarin op basis van een kosteneffectiviteitsanalyse een verantwoorde keuze wordt gemaakt uit verschillende doeltreffende interventies is geen probleem. Te verdedigen valt dat dit blijft binnen een aanvaardbare interpretatie van het criterium 'hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is'. Is het om financiële redenen wenselijk of noodzakelijk om aanspraken op werkzame zorg te beperken, dan gaat het om een beslissing die niet - verstoort in een richtlijn of anderszins- op het bord van de medische professie en/of de individuele arts thuishoort. Het probleem is naar mijn mening niet zozeer betrokkenheid van artsen in het proces dat tot zo'n beslissing kan leiden, als wel het aan hen toedelen van de verantwoordelijkheid om te beslissen. Het gaat om transparantie en om het tegengaan van een onzalige vermenging van medische en maatschappelijke verantwoordelijkheden. En wie moet dan de beslissing nemen? Ik denk dat de overheid aan die verantwoordelijkheid niet ontkomt.

Met dank aan Sjef Gevers en Frans Rutten voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze tekst

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ZORG, SCHAARSTE EN RECHT

**Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de
zorg**

Prof. mr G.R.J. de Groot*

* Advocaat Pels, Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag , bijzonder hoogleraar
Zorgverzekeringsrecht, VU Amsterdam

1. INLEIDING

1.1 Tekorten in vier varianten

‘Tekorten in de zorg’: voor West-Europese landen zoals Nederland een betrekkelijk begrip. Wij kennen gezondheidszorg op een hoog peil; de Nederlandse gezondheidszorg omvat een breed scala aan voorzieningen die in het algemeen goed toegankelijk zijn. Onze gezondheidszorg steekt ver uit boven het niveau van de zorg die grote delen van de wereldbevolking in minder ontwikkelde landen ter beschikking staat.²⁰⁴ Maar ‘tekorten in de zorg’ zijn er wel.

Zo blijven de wachtlijsten een doorn in het oog: op 1 november 2001 stonden 159.630 patiënten op een wachtlijst.²⁰⁵ Daarbij komt dat wij in toenemende mate *zero tolerance*²⁰⁶ kennen. Iedereen wil de beste en snelste zorg voor zichzelf en zijn naasten. Daar passen niet bij: lang wachten op een plaats in een revalidatieinrichting, een verpleeghuis met weinig privacy, geneesmiddelen die je in Nederland niet vergoed krijgt, wachten op een donorlong, en veel meer. Er is sprake van een ‘tekort’ als niet de zorg wordt geboden die de burgers redelijkerwijs kunnen verwachten. ‘Tekorten in de zorg’ kunnen zich in verschillende vormen voordoen, of worden gepercipieerd.

1. Een eerste categorie ‘tekorten’ betreft het feitelijk niet beschikbaar zijn van vormen van onderzoek of behandeling. Denkbaar is dat in Nederland bepaalde vormen van onderzoek of behandeling ontbreken, die op zichzelf wel tot het medisch arsenaal behoren en elders ter wereld wel beschikbaar zijn. Ook is denkbaar dat vormen van onderzoek of behandeling voor bepaalde groepen patiënten niet beschikbaar zijn.
2. Een tweede categorie vormen die methoden van onderzoek en behandeling, die op zichzelf in Nederland wel beschikbaar zijn, maar die financieel niet of moeilijk toegankelijk zijn. Bepalend voor de toegankelijkheid is de financiering via de sociale ziektekostenverzekeringen en, aansluitend, de particuliere ziektekostenverzekeringen. Het kan zijn dat patiënten van gewenste en op zichzelf beschikbare vormen van onderzoek niet

²⁰⁴ De Nederlandse gezondheidszorg wordt beschreven als in lijn met het West-Europese niveau, met als opvallend kenmerk de wachtlijst-problematiek, zie OECD, Economic Surveys, Netherlands, maart 2000, p. 79-111.

²⁰⁵ Dit blijkt uit een onderzoek van Prismant in opdracht van Zorgverzekeraars Nederland, zie <www.zn.nl>.

²⁰⁶ Vgl. in verband met medische fouten J.H. Kingma, Zero risk, Medisch Contact 2002, p. 25.

- kunnen profiteren omdat zij niet tot het gangbare verzekeringspakket behoren.
3. Een derde categorie tekorten omvat de gevallen waarin vormen van onderzoek en behandeling én in Nederland mogelijk zijn én financieel toegankelijk zijn, maar waarbij gewenste zorg om andere redenen niet of niet tijdig toegankelijk is. In het bijzonder kan dat het geval zijn bij een te beperkte capaciteit in instellingen, een tekort aan beroepsbeoefenaren, een gebrek aan financiële middelen, schaarste op de arbeidsmarkt of een tekort aan donororganen. Tot deze categorie behoort de ‘wachtlijstproblematiek’.
 4. Tenslotte een vierde categorie: een tekort aan zorg kan zich ook manifesteren doordat de zorg die én voorhanden én financieel én anderszins toegankelijk is, in kwalitatieve zin ontoereikend is. Het gaat hier om een scala van tekortschietende dienstverlening, variërend van onvoldoende service tot ernstige medische missers.

1.2 Plan van behandeling

Na deze introductie wordt in § 2 eerst ingegaan op de politieke verantwoordelijkheid voor tekorten in de gezondheidszorg, waarna in dit preadvies de aandacht verder wordt gericht op de juridische verantwoordelijkheden jegens de patiënt. Daartoe worden in § 3 eerst in algemene termen de verdragsrechtelijke en wettelijke bepalingen behandeld die op overheid en zelfstandige bestuursorganen, zorgverzekeraars, organisaties van instellingen en beroepsbeoefenaren en hulpverleners verantwoordelijkheden leggen voor (het voorkomen van) tekorten in de zorg. Daaraan worden enkele opmerkingen over de positie van de patiënt toegevoegd. Daarna worden in §§ 4, 5, 6 en 7 achtereenvolgens de vier hiervoor omschreven varianten behandeld waarin tekorten in de zorg zich kunnen manifesteren. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de diverse bij de gezondheidszorg betrokken partijen worden daar nader besproken. § 8 besluit het preadvies met enkele slotopmerkingen.²⁰⁷

²⁰⁷ Graag dank ik de leden van de sectie gezondheidsrecht van mijn kantoor, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, voor hun hulp bij de voorbereiding van dit preadvies en voor hun constructieve commentaar op het concept ervan.

2. POLITIEKE VERANTWOORDELIJKHEID

Najaar 2001 werd een tekort aan IC-plaatsen manifest. Een probleem van de ziekenhuizen? Ja, maar niet alléén. Zo vroeg het Kamerlid Kant aan de minister van VWS: '.... waarom heeft de minister niet haar verantwoordelijkheid genomen? Waarom is de Kamer niet eerder geïnformeerd, en belangrijker nog, waarom heeft zij niet gehandeld? Waarom heeft zij niet veel eerder een deltaplan gemaakt om samen met het veld naar een oplossing te zoeken voor dit probleem? waarom komt de minister niet met geld over de brug dat wordt gevraagd voor de opleidingsfondsen? Waarom wordt er niet meer gedaan aan de arbeidsvoorwaarden van dit personeel? Waarom verwijst de minister steeds naar zorgverzekeraars als ziekenhuizen aangeven dat zij meer geld nodig hebben voor IC-zorg? Waarom heeft zij niet zelf het heft in hand genomen na dit soort noodkreten?'²⁰⁸

De politieke verantwoordelijkheid voor tekorten in de zorg berust bij de minister van VWS en het kabinet. Bij de politieke verantwoordelijkheid worden gewoonlijk drie fasen onderscheiden: de inlichtingenfase, de debatfase en de sanctioneringsfase. De grondwettelijke plicht van de ministers tot het verstrekken van inlichtingen²⁰⁹ en de daaromheen gewezen geschreven en ongeschreven regels vormen een belangrijk middel om de politieke ministeriële verantwoordelijkheid te activeren.²¹⁰ Een misstand in de gezondheidszorg geeft allicht aanleiding tot Kamervragen. Tot het geven van inlichtingen is de minister verplicht, en daarmee is zijn of haar beleid en positie bij welhaast elke (al dan niet vermeende) misstand potentieel in geding.

Daarbij is van belang dat de minister van VWS, óók wanneer het om kwesties gaat buiten het directe gezichtsveld van de minister, over ruime mogelijkheden geschikt zich informatie te verschaffen, mede als basis voor de politieke verantwoording aan de Kamer. Primair moet hierbij worden gedacht aan de Gezondheidswet: het Staatstoezicht op de volksgezondheid heeft onder andere tot taak het uitbrengen van adviezen en het verstrekken van inlichtingen aan de minister van VWS. Die inlichtingen betreffen de bevindingen van het Staatstoezicht bij onderzoek naar de 'staat van de

²⁰⁸ Zie verslag van een algemeen overleg, Kamerstukken II 2001-2002, 28 008, nr. 17, p. 2.

²⁰⁹ Artikel 68 Grondwet.

²¹⁰ Zie hierover verder D.J. Elzinga, De politieke ministeriële verantwoordelijkheid. In D.J. Elzinga e.a. (red.), Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994, p. 31-43.

volksgezondheid' en bij het uitoefenen van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften en EG-verordeningen.²¹¹ De inspecteurs van het Staatstoezicht zijn belast met tal van toezichtstaken, onder andere betreffende de naleving van de Wet BIG²¹², de Kwaliteitswet zorginstellingen²¹³, de Wet op de geneesmiddelenvoorziening²¹⁴ en de Wet inzake bloedvoorziening.²¹⁵ Toezicht impliceert dat de toezichthouder recht op informatie heeft van en over degene op wie het toezicht betrekking heeft.²¹⁶

Door de informatieplicht van het Staatstoezicht jegens de minister ontstaat een sluis waardoor de Kamer op een veelheid van informatie over de gang van zaken in de gezondheidszorg aanspraak kan maken. Strikt genomen betreffen deze toezichtstaken – en de daaruit voortvloeiende aanspraken op informatie – alleen de naleving van de wettelijke voorschriften, maar bij potentiële misstanden kan allicht twijfel bestaan over de naleving daarvan en is al snel het informatierecht van het Staatstoezicht – en bij gevolg het inlichtingenrecht van de Kamer – geactiveerd. Behalve het kanaal van het Staatstoezicht zijn er andere kanalen. Zo hebben het College voor zorgverzekeringen en het College van toezicht op de zorgverzekeringen jegens de uitvoeringsorganen aanspraak op alle gegevens en inlichtingen die deze colleges voor de uitoefening van hun taak nodig achten, terwijl dezelfde colleges een informatieplicht jegens de minister van VWS hebben.²¹⁷ Een vergelijkbare en gedetailleerd geregelde systematiek kennen de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV)²¹⁸ en de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG).²¹⁹ Het resultaat van deze geschakelde informatieplichten is dat de minister van VWS desgevraagd verplicht is de Kamer over praktisch alles wat zich in de gezondheidszorg voordoet dan wel misgaat, te informeren. Dat hierdoor in politiek en media gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat de minister voor werkelijk iedere misstand verantwoordelijk is, laat zich raden. Dit klemt temeer omdat inlichtingen kunnen, en vaak zullen worden gevolgd door debat, wanneer gebruik wordt gemaakt van het interpellatierecht. Daarnaast kan de politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het reilen en zeilen van de gezondheidszorg

²¹¹ Artikel 36 Gezondheidswet.

²¹² Artikel 86 Wet-BIG en de Regeling toezicht BIG.

²¹³ Artikel 8 Kwaliteitswet zorginstellingen.

²¹⁴ Artikel 22 Wet op de geneesmiddelenvoorziening.

²¹⁵ Artikel 20 Wet inzake bloedvoorziening.

²¹⁶ Vgl. artikelen 5:16 en 5:17 Awb.

²¹⁷ Artikelen 1x11 en 1y Ziekenfondswet.

²¹⁸ Artikelen 20, 22 en 23 WZV.

²¹⁹ Artikelen 29a, lid 2, 29b, 30 en 34 WTG.

worden geaccentueerd in diverse vormen van overleg met het parlement, zoals het uitvoerige overleg dat steeds naar aanleiding van de Zorgnota wordt gepleegd.²²⁰

Hoezeer inlichtingenplicht en politieke verantwoordelijkheid in elkaar overlopen, toch moet tussen beide een onderscheid worden gemaakt. Gezondheidszorg wordt voor het overgrote deel niet van overheidswege verleend, maar door private rechtspersonen en beroepsbeoefenaren. Men moet ervoor oppassen de politieke verantwoordelijkheid van de minister niet te identificeren met de – zeer ruime – inlichtingenplicht. De grens van de politieke verantwoordelijkheid ligt daar waar de *bevoegdheid* van de minister eindigt. Er is geen verantwoordelijkheid als er in het geheel geen bevoegdheid is.²²¹

Als (bijvoorbeeld) ziekenhuizen en medisch specialisten structureel voorrang geven aan werknemers boven ander patiënten, kan dan de minister daarop worden aangesproken? Het antwoord daarop hangt af van de vraag welke bevoegdheden de minister heeft. De minister is *niet* bevoegd op de stoel van ziekenhuisbesturen en medische staven te gaan zitten, maar de minister kan misschien aan een ‘zorgaanbieder’ wél een aanwijzing geven. De minister kan *niet* bepalen hoe een ziekenhuis intern zijn budget moet aanwenden, maar is wél verantwoordelijk voor de regels die de hoogte en wijze van berekening van de ziekenhuisbudgetten bepalen.²²² De wettelijke bevoegdheden van de minister, hoewel op onderdelen vaak beperkt, zijn breed geschakeerd. Zij betreffen elke vorm van zorg, nagenoeg ieder type instelling en beroepsbeoefenaar en elk zelfstandig bestuursorgaan in de gezondheidszorg. Er zijn weinig situaties waarin de minister niet tenminste ‘iets’ kan doen. De wettelijke bevoegdheden kunnen dan ook in tal van situaties aanleiding geven tot de vraag waarom de minister niet, of juist wél, heeft ‘ingegrepen’. Weliswaar is de overheid voor de uitvoering van het beleid in hoge mate afhankelijk van de activiteiten van private deelnemers (zorgverzekeraars, instellingen, beroepsbeoefenaren), maar de

²²⁰ Zo werden naar aanleiding van de Zorgnota 2002 liefst 247 vragen gesteld over een rijke schakering van deelonderwerpen, zie Lijst van vragen en antwoorden, Kamerstukken II 2001-2002, 28 008, nr. 8, naast het gebruikelijke algemeen overleg, zie Verslag van een algemeen overleg, Kamerstukken II 2001-2002, 28 008, nr. 17.

²²¹ Elzinga, De politieke ministeriële verantwoordelijkheid, p. 37-38.

²²² De beleidsregels van het College tarieven gezondheidszorg zijn onderworpen aan goedkeuring van de minister van VWS (artikel 12 WTG) en moeten in voorkomende gevallen overeenkomen met door de minister vastgestelde beleidsregels (‘aanwijzingen’, artikel 13, lid 1, WTG).

politieke verantwoordelijkheid van de minister van VWS voor het reilen en zeilen van de gezondheidszorg is aldus veelomvattend.

3. NORMEN VOOR DE VOORZIENING IN DE GEZONDHEIDSZORG

3.1 Overheid en zelfstandige bestuursorganen

Allereerst komen aan de orde de normen die zich richten tot de centrale overheid (ministerie van VWS) en de zelfstandige bestuursorganen in de gezondheidszorg, zoals het College voor zorgverzekeringen, het College tarieven gezondheidszorg en het College bouw ziekenhuisvoorzieningen. De normen die zich tot de overheid richten kunnen in een aantal categorieën worden verdeeld.

1. Allereerst zijn er – algemeen geformuleerde – verdragsrechtelijke bepalingen ter bevordering van de volksgezondheid en de gezondheidszorg. De Universele Verklaring van de rechten van de mens kent eenieder een recht op maatschappelijke zekerheid toe en recht op een levensstandaard die hoog genoeg is voor geneeskundige verzorging.²²³ Het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESC) verschaft een recht op sociale zekerheid en een recht op een behoorlijke levensstandaard²²⁴; artikel 12 IVESC spreekt van een ‘recht op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid’ en legt de verdragstaten de verplichting op maatregelen ter verwezenlijking van dit recht te nemen, waarbij preventie een belangrijke rol speelt, maar waartoe ook behoort ‘het scheppen van omstandigheden die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen’.²²⁵

Nog iets specifiekier is het Europees Sociaal Handvest (ESH). Het verdrag kent een recht op bescherming van de gezondheid, waarbij (eveneens) de nadruk op preventie ligt²²⁶; daarnaast een recht op sociale zekerheid ‘op een bevredigend peil’, tenminste volgens de normen van ILO-verdrag nr. 102 en met de verplichting de sociale zekerheidsnormen geleidelijk te verbeteren²²⁷; ten aanzien van de gezondheidszorg bevat het ESH de verplichting te waarborgen dat een ieder die geen toereikende

²²³ Artikelen 22 en 25.

²²⁴ Artikelen 9 en 11.

²²⁵ Artikel 12, lid 2, aanhef en onder d.

²²⁶ Artikel 11.

²²⁷ Artikel 12

inkomsten heeft of kan verwerven, in het bijzonder door een stelsel van sociale zekerheid, in geval van ziekte de nodige verzorging geniet.²²⁸

Het EG-verdrag kent een afzonderlijke titel over volksgezondheid, evenwel slechts uit één artikel bestaande²²⁹, dat het doel van 'een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid' vooropstelt.²³⁰ Daaraan wordt echter meteen toegevoegd dat het optreden van de Gemeenschap een aanvulling vormt op het nationale beleid (subsidiariteitsbeginsel) en dat de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging worden geëerbiedigd. Min of meer specifieke rechten voor de burger bevat het verdrag niet. Een anders geformuleerde maar vergelijkbare bepaling kent het Handvest van grondrechten van de Europese Unie.²³¹ Daarnaast is er een spinrag van Europese regelgeving voor specifieke onderdelen van het gezondheidszorgbeleid, zoals over geneesmiddelen, medische hulpmiddelen, medische diploma's en (particuliere) ziektekostenverzekeringen.²³² Rechten op zorg kunnen daaraan echter niet worden ontleend, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de kwaliteit van de zorg volgen daaruit wél.

Vanzelfsprekend is Nederland als verdragsstaat gebonden aan de hiervoor weergegeven verdragsbepalingen. Al maken de bepalingen duidelijk dat de gezondheidszorg onderwerp van positieve aandacht van de overheid moet zijn – en leggen zij dus in zoverre een verantwoordelijkheid bij de overheid – specifieke richtsnoeren voor de verantwoordelijkheden van de overheid bevatten zij niet. In de relatie tussen overheid en burger spelen de verdragsbepalingen nauwelijks of niet een rol. Zij zijn zo algemeen geformuleerd dat hier geen sprake is van bepalingen die 'naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden', in de woorden van artikel 93 Grondwet. Die bepalingen kunnen dan ook voor de nationale rechter niet met succes worden ingeroepen

²²⁸ Artikel 13.

²²⁹ Titel XIII, artikel 152.

²³⁰ Zie H.D.C. Roscam Abbing, Volksgezondheid in het verdrag van Amsterdam, TvGR 1998, p. 75-80.

²³¹ PbEG 2000/C 36-4/01 van 18 december 2000, zie artikel 35. Zie over dit handvest T. van Peijpe, Sociale grondrechten in het nieuwe handvest van de EU, SMA 2001, p. 3-4.

²³² Zie H.D.C. Roscam Abbing, Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1993; idem, Patiënt in het Europa van de 21 e eeuw: een gezondheidsrechtelijke beschouwing, AA 2001, p. 72- 80

- als de discussie gaat om de vraag precies welke vormen van zorg, en onder welke condities, de overheid moet waarborgen.²³³
2. Een evenzeer principiële als in praktisch opzicht beperkte betekenis hebben de bepalingen van de Grondwet over sociale grondrechten. Hier is in het bijzonder artikel 20 van belang, dat de bestaanszekerheid tot onderwerp van aandacht van de overheid verklaart en voorschrijft dat de wet regels stelt over aanspraken op sociale zekerheid; evenals uiteraard artikel 22, lid 1, volgens welke bepaling de overheid maatregelen treft 'ter bevordering van de volksgezondheid'. Ook die bepalingen leggen verantwoordelijkheden bij de overheid zónder dat daarmee specifieke aanspraken van burgers corresponderen. Wel dringen zich diverse aspecten op waarmee dit sociaal grondrecht tot op zekere hoogte kan worden geconcretiseerd: recht op gezondheid(*szorg*), *beschikbaarheid* van diensten (voldoende ziekenhuisbedden, voldoende instroom van beroepsbeoefenaren), *gelijkheid* (eenieder moet op gelijke voet toegang hebben tot gezondheidszorg), *toegankelijkheid* in geografische zin (voldoende spreiding van de voorzieningen) en in financiële zin (regelingen, bijvoorbeeld in de vorm van zorgverzekeringen, voor degenen die de zorg niet kunnen betalen), alsmede de overheidsverantwoordelijkheid voor de *kwaliteit* van de zorg.²³⁴ Ook dan gaat het nog om algemene gezichtspunten met een abstract karakter, die de overheid een hoge mate van vrijheid laten en waaraan geen concrete aanspraken kunnen worden ontleend.²³⁵
3. Een andere categorie (verdrags)bepalingen zijn die welke zodanig specifiek zijn geformuleerd dat daaruit niet alleen een verplichting van de overheid volgt, maar ook rechten van burgers. Daarbij moet aan heel uiteenlopende bepalingen worden gedacht. In de eerste plaats kunnen de mensenrechtenverdragen worden genoemd. Zo beschermt artikel 2 EVRM het recht op leven.²³⁶ Dat impliceert niet alleen de verplichting van de verdragsstaten zich te onthouden van levensberoving, maar ook de plicht rechtswaarborgen te scheppen tegen levensbedreiging door anderen; zelfs kan daarin een verplichting van de

²³³ Vgl. CRvB 21 januari 1994, AB 1994, 504; CRvB 22 april 1997, AB 1997, 283.

²³⁴ Vgl. B. Toebes, Het recht op gezondheid: zoektocht naar de betekenis van een *norm*, NJCM-Bulletin 2000, p. 1167.

²³⁵ Zie o.a. H.D.C. Roscam Abbing, Overheid en het recht op gezondheidszorg, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1984, p. 10-15.

²³⁶ Een vergelijkbare bepaling is vervat in artikel 6 IVBP.

verdragsstaten worden gelezen om op het gebied van geneeskundige verzorging maatregelen te nemen ter bescherming van het leven.²³⁷ Het nalaten van dergelijke maatregelen kan onder omstandigheden een verdragsschending opleveren, waarop de burger zich rechtstreeks kan beroepen.²³⁸

4. Daarnaast zijn er verdragsbepalingen die vrij specifieke voorschriften bevatten over de inrichting van de sociale zekerheid. Genoemd moeten worden ILO-verdrag nr. 102²³⁹ en de Europese Code inzake sociale zekerheid.²⁴⁰ Daarin worden minimumeisen aan de stelsels van sociale zekerheid gesteld, ook aan de stelsels van sociale ziektekostenverzekeringen. Hoewel deze verdragen de verdragsstaten een grote mate van vrijheid laten (o.a. de vrijheid te bepalen welke onderdelen van de verdragen worden toegepast), kunnen de bepalingen ervan voor de burger rechtstreeks afdwingbaar zijn.²⁴¹
5. Op nationaal niveau schept de wetgeving verplichtingen voor overheid en zelfstandige bestuursorganen. Veelal bevat wetgeving een combinatie van de verplichting tot regelgeving en besluitvorming enerzijds en een grote mate van beleidsvrijheid anderzijds. Zo bepaalt artikel 8 Ziekenfondswet dat de verzekerden aanspraak hebben op een aantal met name genoemde verstrekkingen, zoals medisch-specialistische zorg en farmaceutische zorg, maar de wetgever komt een grote mate van vrijheid toe bij de nadere invulling van die aanspraken.²⁴² Zijn hier de kernaanspraken nog op wetsniveau vastgelegd, daarnaast is er wetgeving die overheid en zelfstandige bestuursorganen wel dwingt tot toepassing ervan maar die niets zegt over de wijze van toepassing.

Zo bepaalt de WZV wel dat er beleidsregels moeten zijn voor beslissingen over bouw, maar zonder iets te zeggen over de inhoud daarvan.²⁴³ Uit de WTG vloeit wel voort dat

²³⁷ J.A. Frowein, W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, N.P. Engel Verlag 1996, p. 33.

²³⁸ Vgl. EHRM 9 juni 1998, NJ 1999, 131.

²³⁹ Trb. 1953, 69; zie voor de bekrachtiging door Nederland Trb. 1963, 37.

²⁴⁰ Trb. 1965, 47; zie voor de bekrachtiging door Nederland Trb. 1967, 53.

Er is een herziene Europese Code inzake sociale zekerheid (Trb. 1993, 123), maar deze is nog niet in werking getreden.

²⁴¹ Vgl. CRvB 29 mei 1996, RZA 1996, 134.

²⁴² Bij (of krachtens) amvb kan aanspraak op andere zorg dan de wettelijk geregelde verstrekkingen worden verleend (lid 2), kunnen inhoud en omvang van de aanspraken nader worden geregeld en kunnen voorwaarden worden gesteld (lid 3) en kan een eigen bijdrage worden opgelegd (lid 4).

²⁴³ Zie artikel 3 WZV.

tariefbeslissingen moeten worden genomen, maar in de inrichting van het tariefstelsel laat de wetgever de overheid en het College tarieven gezondheidszorg vrij. Nog een gradatie 'vrijer' is wetgeving die de overheid alleen instrumenten biedt, zonder de toepassing ervan voor te schrijven (laat staan de wijze van toepassing). Zo kan de minister van VWS ingevolge de Wet op bijzondere medische verrichtingen (WBMV), indien gewichtige belangen daartoe aanleiding geven, bij ministeriële regeling bepalen dat het verboden is zonder zijn vergunning medische verrichtingen van een bij de regeling aangegeven aard uit te voeren.²⁴⁴

De vrijheid die de overheid krachtens de wetgeving toekomt, is echter niet onbeperkt. Wetgeving moet overeenkomstig de strekking ervan worden toegepast en de toepassing moet binnen de doeleinden ervan blijven. Dat betekent bijvoorbeeld dat de tariefstelling ingevolge de WTG niet zodanig mag zijn dat de facto medische verrichtingen onmogelijk worden gemaakt. Elke wettelijke regeling moet binnen zijn eigen context worden toegepast; de afstemming tussen de diverse wettelijke regelingen is soms problematisch.

6. Naast verdragen en nationale wetgeving is er sprake van zelfbinding van de overheid en gebondenheid van bestuursorganen door wetgeving en door beleid, waarbij de overheidsbinding ontstaat door de werking van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

Overheid en zelfstandige bestuursorganen zijn gebonden door uitvoeringsregelingen, zoals subsidie-regelingen, aanwijzingen inzake de tariefstelling of beleidsregels op grond van de WZV. Soms dienen deze regelingen ter concretisering van aanspraken, zoals het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering en de daarop gebaseerde ministeriële regelingen. Veelal kunnen burgers aan dergelijke uitvoeringsregelingen echter geen rechtstreekse aanspraken ontlenen, omdat zij zich richten tot (andere) bestuursorganen of zorgverzekeraars dan wel betrekking hebben op de rechten en plichten van hulpverleners (instellingen en beroepsbeoefenaren), bijvoorbeeld ten aanzien van bouw, capaciteit, bijzondere verrichtingen en tarieven. Hetzelfde geldt voor nota's, brieven aan de Tweede Kamer of incidentele toezeggingen, waarmee de overheid zich soms zelf in haar beleid bindt. Een belangrijke rol speelt hierin de Zorgnota, waarmee wordt beoogd een samenhangend beeld te geven van

²⁴⁴ Artikel 2, lid 1, aanhef en onder a, WBMV.

het voorgenomen overheidsbeleid in de gezondheidszorg. Veelal zullen dergelijke beleidsuitspraken betrekking hebben op het beleid dat de overheid jegens instellingen, beroepsbeoefenaren of zorgverzekeraars wil voeren, maar onder omstandigheden kan ook de burger daaraan aanspraken ontlenen. Zou de overheid bijvoorbeeld uitspreken dat een bepaald geneesmiddel in de verstrekkingen krachtens de Ziekenfondswet wordt opgenomen, dan heeft de verzekerde daarmee weliswaar nog niet tegenover het ziekenfonds aanspraak op verstrekking daarvan, maar er is dan wel sprake van een toezegging waarop (ook) de burger zich jegens de overheid kan beroepen.

3.2 Zorgverzekeraars

Tot de sociale ziektekostenverzekeraars²⁴⁵ richt zich de prestatie- en vergoedingsplicht van Ziekenfondswet en AWBZ: een prestatieplicht, voor zover het gaat om aanspraken op hulp in natura, en een vergoedingsplicht, voor zover de zorgverzekeraars verplicht zijn tot uitkeringen in geld. Ziekenfondsen, zo bepaalt artikel 8, lid 5, Ziekenfondswet, dragen er zorg voor dat de bij hen ingeschreven verzekerden hun aanspraken tot gelding kunnen brengen.²⁴⁶ Kenmerkend voor het stelsel van de Ziekenfondswet, en voor ieder ander stelsel van sociale zekerheid, is dat de verzekerde op grond van de wet jegens het uitvoeringsorgaan recht op prestaties heeft, als aan de wettelijk omschreven voorwaarden daarvoor is voldaan. Jegens het ziekenfonds heeft de verzekerde in beginsel aanspraak op verstrekkingen in natura. Dat betekent dat de verzekerde geen recht op vergoeding van kosten heeft, maar op daadwerkelijke verlening van zorg, overigens een hoofdregel met diverse uitzonderingen.²⁴⁷ Over het karakter van de natura-aanspraak heeft niet altijd duidelijkheid bestaan. Verdedigd is wel het standpunt dat hier sprake zou zijn van een inspannings- en niet van een resultaatsverbintenis. Een ziekenfonds zou alléén iets te verwijten zijn als het is tekortgeschoten in het sluiten van overeenkomsten met voldoende

²⁴⁵ Onder sociale ziektekostenverzekeraars moeten, voor zover het de uitvoering van de AWBZ betreft, ook de particuliere ziektekostenverzekeraars worden gerekend.

²⁴⁶ Zie voor de AWBZ artikel 6, lid 2.

²⁴⁷ Recht op vergoeding van kosten kan bestaan bij zorg door een niet-gecontracteerde hulpverlener of een in het buitenland gevestigde hulpverlener (artikel 9, lid 4, Ziekenfondswet) of wanneer de minister, bij het ontbreken van voldoende overeenkomsten, een zg. restitutiebesluit heeft genomen (artikel 11 Ziekenfondswet).

medewerkers.²⁴⁸ In de zgn. dotterzaak (betreffende een patiënt die een noodzakelijke dotterbehandeling niet tijdig kon krijgen omdat het ziekenhuisbudget uitgeput zou zijn) werd deze opvatting door het ziekenfonds verdedigd, maar door de rechter verworpen. Het ziekenfonds dient, aldus de rechter, ook toe te zien op nakoming van de gesloten overeenkomsten door instellingen en beroepsbeoefenaren jegens zijn verzekerden.²⁴⁹ In latere rechtspraak – tot stand gekomen onder invloed van de toegenomen wachtlijstproblematiek – is ondubbelzinnig komen vast te staan dat de verzekerde jegens het ziekenfonds een afdwingbare aanspraak heeft op de verstrekkingen waarvoor hij wettelijk in aanmerking komt.²⁵⁰

De juridische constructie van de eigen prestatieplicht van de zorgverzekeraar is eigenlijk vreemd. Er ontstaat aanspraak op een prestatie jegens een wederpartij, van wie op voorhand vaststaat dat hij die prestatie in de regel niet zelf kan en mag verlenen. Behoudens ontheffing mag een ziekenfonds tot dusver immers niet zelf diensten of zaken leveren om in verstrekkingen te voorzien.²⁵¹ Een meer aan de realiteit aangepaste kwalificatie van de relatie tussen verzekerde en zorgverzekeraar is die van een *garantieplicht*. ‘Garantie’ impliceert dat de zorgverzekeraar niet zelf verplicht is tot de wettelijk omschreven prestatie, maar dat hij voor de levering van de prestatie door een derde heeft *in te staan*.²⁵²

Geheel anders is de positie van de particuliere ziektekostenverzekeraars. Deze zijn vrij in de keuze van de verzekeringsvorm – natura- of restitutiestelsel – en hanteren in de praktijk steeds het restitutiestelsel: zij vergoeden aan, of ten behoeve van, de patiënt de gemaakte ziektekosten. Het al dan niet invoeren en verkrijgen van de nodige hulp is de verantwoordelijkheid van de patiënt. Op de particuliere ziektekostenverzekeraar rusten jegens de patiënt naar geldend recht geen andere verplichtingen dan contractuele betalingsverplichtingen. Wel kunnen de particuliere ziektekostenverzekeraars op grond van de WTG tariefovereenkomsten sluiten met instellingen en tariefverzoeken indienen, maar een wettelijke verplichting rust in

²⁴⁸ Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1974, p. 104.

²⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1990, RZA 1990, 127.

²⁵⁰ Pres. Utrecht 29 oktober 1999, RZA 1999, 192; Hof Den Haag 23 december 1999, RZA 2000, 23; pres. Zwolle 14 februari 2000, RZA 2000, 53.

²⁵¹ Zie artikel 42, lid 1, Ziekenfondswet; hierover H.D.C. Roscam Abbing, Goed verzekeraarschap, TvGR 2000, p. 139-148.

²⁵² G.R.J. de Groot, Driehoeksverhoudingen in de nieuwe basisverzekering: een terreinverkenning, Zorg & Verzekering 2000, p. 694-695.

dit opzicht niet op hen.²⁵³ In het bijzonder bij de (zeer) partiële stelselherziening van 1992 ('plan-Simons') is de gedachte geuit dat ook particuliere ziektekostenverzekeraars over de zorg zouden moeten contracteren met instellingen en beroepsbeoefenaren, maar dit is (afgezien van de WTG) op geen enkele wijze in de wet verankerd.²⁵⁴

Bijzonder is de positie van de ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars in het kader van de AWBZ. Weliswaar geldt ook daar dat zij jegens hun verzekerden verplicht zijn ervoor te zorgen dat de aanspraken op hulp worden verwezenlijkt, maar de 'regie' is welbewust in handen gelegd van een beperkt aantal zorgkantoren.²⁵⁵ Deze situatie is eigenlijk heel merkwaardig: de juridische verantwoordelijkheid rust op de zorgverzekeraar die, behalve wanneer hij toevallig het betrokken zorgkantoor is, feitelijk geen gesprekspartner is van de instellingen die de zorg moeten verlenen, zodat hij zelf niet rechtstreeks invloed kan uitoefenen op kwaliteit en omvang van de dienstverlening. De overheid is overigens voornemens op termijn in deze situatie verandering te brengen.²⁵⁶

In samenhang met de herziening van het stelsel van gezondheidszorg is een punt van aandacht of zorgverzekeraars zich zouden mogen laten leiden door het winstmotief, zoals thans bij de particuliere ziektekostenverzekeraars het geval is. In dat geval staat niet langer de verantwoordelijkheid jegens de verzekerde centraal in het beleid van de verzekeraar, maar de verantwoordelijkheid jegens de aandeelhouders, wat overigens maatschappelijk zorgvuldig ondernemen niet hoeft uit te sluiten. De regering neemt daarover in de nota *Vraag aan bod* een wat dualistisch standpunt in. Enerzijds worden zorgverzekeraars gezien als 'belangenbehartigers' van de

²⁵³ In de regel vindt geen tariefoverleg plaats tussen individuele particuliere ziektekostenverzekeraars en instellingen, maar worden deze verzekeraars vertegenwoordigd door Zorgverzekeraars Nederland.

²⁵⁴ Zie G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Kluwer 1998, p. 174-175 en 397-399.

²⁵⁵ Zorgkantoren zijn de verbindingskantoren als genoemd in het Administratiebesluit Bijzondere Ziektekostenverzekering. De overige zorgverzekeraars hebben aan deze verbindingskantoren volmacht verleend tot het aangaan van overeenkomsten met hulpverleners en mandaat tot het nemen van besluiten jegens verzekerden. Zie verder brief staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer 28 september 2001, Kamerstukken II 2001-2002, 26 631, nr. 15, p. 13-14.

²⁵⁶ *Vraag aan bod*, Kamerstukken II 2000-2001, 27 855, p. 70-71; brief staatssecretaris van VWS aan Tweede Kamer 28 september 2001, Kamerstukken II 2001-2002, 26 631, nr. 15, p. 13.

verzekerden, anderzijds wordt geen bezwaar tegen het winstmotief gezien.²⁵⁷ In de ene benadering is sprake van een sterk geaccentueerde verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraars voor een optimale verwezenlijking van publiekrechtelijke aanspraken van verzekerden; in de andere van een primaire oriëntatie op rendement, waarin de tevredenheid en de gunst van de consument geen doel op zichzelf zijn maar instrumenteel zijn voor winstoptimalisatie. Enige nadere bezinning op de rol van de zorgverzekeraars in een nieuw stelsel lijkt wenselijk én van belang voor de juridische vormgeving van hun verantwoordelijkheden.

3.3 Organisaties van instellingen en beroepsbeoefenaren

Op organisaties van instellingen (zoals de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen) en van beroepsbeoefenaren (zoals de Landelijke Huisartsen Vereniging) rusten in het algemeen geen wettelijke verplichtingen jegens patiënten. Dit neemt niet weg dat er normen zijn die hun verantwoordelijkheid voor een goede en toereikende gezondheidszorg accentueren.

Tot 2000 participeerden deze organisaties in de Ziekenfondsraad²⁵⁸, in de zgn. Kamers van het toenmalige Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg²⁵⁹ en in het toenmalige College voor ziekenhuisvoorzieningen.²⁶⁰ Aan dit ‘participatiemodel’ heeft de wetgever echter in 2000 een einde gemaakt, met dien verstande dat het bestuursreglement van het College tarieven gezondheidszorg nog steeds Kamers kent waarin bedoelde organisaties vertegenwoordigd zijn. De rol van de organisaties is hier van adviserende aard.²⁶¹ Hoewel de organisaties materieel een belangrijke invloed op de besluitvorming kunnen hebben – en zich in hun optreden daar door eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid moeten laten leiden – berust de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming niet bij hen. Een prominente rol spelen de organisaties van instellingen en beroepsbeoefenaren tot dusver bij de totstandbrenging van uitkomsten van overleg. Ingevolge de Ziekenfondswet moeten individuele medewerkersovereenkomsten tussen ziekenfondsen enerzijds en instellingen en beroepsbeoefenaren anderzijds overeenkomen met een door het College voor zorgverzekeringen goedgekeurde uitkomst van overleg of, bij gebreke daarvan, een door

²⁵⁷ Vraag aan bod, p. 31.

²⁵⁸ Zie het toenmalige artikel 51, lid 1, onder d, Ziekenfondswet.

²⁵⁹ Zie het toenmalige artikel 23, lid 3, WTG.

²⁶⁰ Zie het toenmalige artikel 2, lid 3, WZV.

²⁶¹ De Groot, Tarieven in de gezondheidszorg, p. 263-264.

het College voor zorgverzekeringen vastgestelde modelovereenkomst. In het overleg dat is gericht op de totstandkoming van een uitkomst van overleg moeten de organisaties zich richten naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase, maar rust op hen ook de maatstaf van de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens patiënten. Dit geldt echter met dien verstande dat ook hier de eindverantwoordelijkheid niet bij de organisaties berust, maar bij het College voor zorgverzekeringen, dat immers de uitkomst van overleg al dan niet moet goedkeuren. Deze rol van de organisaties zal evenwel in de naaste toekomst verdwijnen, in het kader van de aanpassing van de wetgeving aan de Mededingingswet.²⁶² De organisaties van instellingen en, vooral, beroepsbeoefenaren rekenen het tot hun taak de kwaliteit van de gezondheidszorg te bevorderen. Een specifieke wettelijke verantwoordelijkheid rust op de organisaties van de medisch specialisten, die in de Wet BIG²⁶³ in staat zijn gesteld personen een erkenning als specialist op een deelgebied te geven. Dit leidt tevens tot verantwoordelijkheid van de betrokken organisaties voor de kwaliteit van de opleiding en de toetsing van de kwaliteiten van aankomende specialisten.²⁶⁴ Met periodieke herregistratie kunnen vervolgens zekere waarborgen voor de handhaving van de kwaliteit worden geboden. In de relatie tot patiënten is dit handelen van de betrokken organisaties onderworpen aan de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid.

Daarnaast ondernemen deze organisaties activiteiten die gericht zijn op handhaving en verbetering van de kwaliteit van de gezondheidszorg, zoals de opstelling van standaarden en protocollen, nascholing, intercollegiale toetsing en farmacotherapeutisch overleg. Daarop gerichte afspraken zijn niet in strijd met het verbod van mededingingsbeperkende afspraken, zoals neergelegd in de Mededingingswet, wanneer het doel van de afspraken is via objectieve en transparante criteria het algemene kwaliteitsniveau te

²⁶² Artikel 16 Mededingingswet zondert van het verbod van mededingingsbeperkende afspraken o.a. die overeenkomsten uit die krachtens een andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring. Deze overgangsbepaling geldt tot 1 januari 2003. Zie hierover College voor zorgverzekeringen, Herziening overeenkomstenstelsel, publicatie nr. 41, Amstelveen 2001, p. 19-35.

²⁶³ Artikelen 14 e.v.

²⁶⁴ Zie artikel 14, lid 2, onder c, Wet BIG.

bevorderen.²⁶⁵ Ook voor deze activiteiten geldt in elk geval ook de eis van maatschappelijke zorgvuldigheid. Meer in het bijzonder zal mogen worden verlangd dat standaarden en protocollen medisch-wetenschappelijk verantwoord zijn.

3.4 De hulpverlener

Voor hulpverleners – instellingen en beroepsbeoefenaren – gelden zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen die in de verhouding met patiënten in acht moeten worden genomen. Privaatrechtelijk zijn van toepassing de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid als neergelegd in artikel 6:162 BW, voor zover het gaat om personen met wie (nog) geen behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen, en de bepalingen over de geneeskundige behandelingsovereenkomst wanneer een dergelijke overeenkomst wel tot stand is gekomen. Daartoe behoort onder andere de eis dat de hulpverlener de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt en handelt in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de professionele standaard.²⁶⁶

Parallel daarmee gelden publiekrechtelijke normen. Voor de instellingen de norm van artikel 2 Kwaliteitswet zorginstellingen dat de ‘zorgaanbieder’ verantwoorde zorg dient aan te bieden, met de daarmee samenhangende eisen op het punt van de organisatie van de zorgverlening en de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van de zorg.²⁶⁷ Voor de beroepsbeoefenaar geldt de publiekrechtelijke norm van artikel 40, lid 1, Wet BIG: hierin is een maatstaf voor de beroepsuitoefening vervat die nagenoeg parallel loopt met die van de Kwaliteitswet zorginstellingen. Voor zowel de eis van het goed hulpverlenerschap uit het BW als voor de genoemde publiekrechtelijke maatstaven geldt dat zij een hoog abstractieniveau hebben. De wetgever heeft echter voor ogen gestaan dat die maatstaven concrete invulling krijgen met behulp van diverse ‘kenbronnen’: afspraken van koepels,

²⁶⁵ D.-g. NMa 15 december 2000, RZA 2001, 16; d.-g. NMa 11 april 2001, RZA 2001, 82; d.-g. NMa 6 juli 2001, RZA 2001, 148; d.g. NMa 21 december 2001, nr. 2513/40, te raadplegen op <www.nma-org.nl>; J.W. van de Gronden, Mededingingsrecht en gezondheidszorg, Markt & Mededinging 2002, p. 272-273; G.J.A. Hamilton, Gezondheidszorg en mededingingsrecht. In: A.T. Ottow, A.F. Eeken, De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten, Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 208.

²⁶⁶ Artikel 7:453 BW.

²⁶⁷ Artikelen 3 en 4 Kwaliteitswet zorginstellingen.

adviezen van de Gezondheidsraad, overeenkomsten met verzekeraars, wetenschappelijke rapporten, consensusrichtlijnen, en protocollen en standaarden van de beroepsorganisaties.²⁶⁸

3.5 De patiënt

Het beeld dat uit de voorafgaande terreinverkenning naar voren komt, is dat waarbij iedereen – overheid, zorgverzekeraars, instellingen, beroepsbeoefenaren en hun organisaties – verantwoordelijkheid draagt voor de gezondheidszorg *behalve* de patiënt zelf. In juridische termen gesproken is dat beeld juist. Het staat de patiënt vrij zich wel of niet voor ziektekosten te verzekeren of zich bij een ziekenfonds in te schrijven; het staat hem vrij al dan niet medische hulp in te roepen; onderzoek of behandeling mag vervolgens slechts plaatsvinden met zijn toestemming. De enige wettelijke verplichting van de patiënt is de verplichting de hulpverlener naar beste weten de inlichtingen medewerking te geven die deze nodig heeft.²⁶⁹ Wel is in het kader van de stelselherziening voorgesteld een wettelijke verplichting voor de burger in te voeren tot het sluiten van privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomsten.²⁷⁰ De regering heeft vooralsnog echter gekozen voor een publiekrechtelijk stelsel.

De wetgeving voorziet in een zekere participatie van patiënten. De Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen voorziet in een cliëntenraad, die een advies- en inlichtingenrecht heeft²⁷¹, terwijl cliënten ook invloed op de samenstelling van het bestuur van de instelling wordt toegekend.²⁷² Ingevolge de Kwaliteitswet zorginstellingen moet de instelling bij de organisatie van de zorgverlening de resultaten betrekken van overleg tussen zorgaanbieders, zorgverzekeraars en patiënten/consumentenorganisaties.²⁷³ Specifieke verantwoordelijkheden voor patiënten of hun organisaties kunnen hieruit echter niet worden afgeleid.

Voor zover van verantwoordelijkheid van patiënten sprake is, gaat het om een morele verantwoordelijkheid om maatregelen te treffen waardoor hij gebruik kan maken van voorzieningen (ziektekostenverzekering sluiten; zich bij een huisarts laten inschrijven) en

²⁶⁸ Zie MvT, Kamerstukken II 1989-1990, 21 561, nr. 3, p. 33; MvT, Kamerstukken II 1993-1994, 23 633, nr. 3, p. 9-11; J. Legemaate, Goed recht, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1994, p. 25 e.v.

²⁶⁹ Artikel 7:452 BW.

²⁷⁰ Sociaal-Economische Raad, Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen, publicatienr. 12, Den Haag 2000, p. 102-103.

²⁷¹ Artikelen 3, 4 en 5 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen.

²⁷² Artikel 7 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen.

²⁷³ Artikel 3 Kwaliteitswet zorginstellingen.

een verantwoordelijkheid voor het bewaken van de eigen gezondheid. Aanspraken op zorg zouden naar algemene opvatting van dat laatste niet afhankelijk moeten zijn.²⁷⁴

4. BESCHIKBAARHEID VAN ONDERZOEK EN BEHANDELING

4.1 Inleiding

De medische wetenschap en technologie houden niet op bij de grens. Niettemin kan het voorkomen dat bepaalde vormen van onderzoek en behandeling – die elders wel worden toegepast – in de Nederlandse gezondheidszorg niet beschikbaar zijn. Dat laatste kan berusten op een keuze die binnen de betrokken beroepsgroep is gemaakt, maar kan ook het gevolg zijn van overheidsmaatregelen. Het kan vooral bij ernstige en levensbedreigende aandoeningen voorkomen dat patiënten of hun naasten op zoek gaan (bijvoorbeeld via internet) naar behandelwijzen elders, omdat men geen mogelijkheid onbenut wil laten. Wat is de positie van de patiënt, die wordt geconfronteerd met een ‘tekort aan zorg’ omdat die behandeling in Nederland niet wordt toegepast?

4.2 Beperkingen vanuit de professie

De patiënt heeft jegens de hulpverlener recht op onderzoek en behandeling overeenkomstig de professionele standaard. Nu vergt het begrip ‘professionele standaard’ invulling. Zoals eerder opgemerkt, zal die invulling veelal worden gevonden in binnen Nederland opgestelde en gangbare richtlijnen, protocollen en standaarden. De inhoud daarvan wordt uiteraard mede, zo niet voor een belangrijk deel, bepaald door de internationale medische wetenschap, zodat de kans niet groot is dat elders gangbare behandelwijzen in Nederland van toepassing zijn uitgesloten. Niettemin kan het voorkomen dat er binnen een beroepsgroep – in een richtlijn, standaard of protocol – bewust voor is gekozen een bepaalde behandeling niet toe te passen, of niet toe te passen in bepaalde gevallen waarin die methode elders wel wordt toegepast. Gedacht kan worden aan zware chemotherapieën waarvan de balans tussen voor- en nadelen in Nederland anders worden beoordeeld dan in het buitenland of aan uitsluitingscriteria voor orgaan-

²⁷⁴ Vgl. Commissie Keuzen in de zorg (Commissie-Dunning), Kiezen en delen, Rijswijk 1991, p. 127-129.

transplantaties. Of de patiënt zich moet neerleggen bij dergelijke beperkingen, is een vraag waarop geen algemeen antwoord valt te geven. De individuele hulpverlener heeft een eigen professionele verantwoordelijkheid die door wensen van de patiënt niet zonder meer opzij kan worden gezet.²⁷⁵ De arts is niet gehouden een behandeling uit te voeren die hij medisch niet zinvol acht en in de rechtspraak wordt zijn oordeel daarover in de regel gerespecteerd.²⁷⁶ Dit oordeel zal wel moeten zijn voorzien van een deugdelijke motivering. De enkele verwijzing naar in Nederland toegepaste richtlijnen, standaarden of protocollen lijkt te mager, wanneer internationaal in het concrete geval duidelijk sprake is van een afwijkende handelwijze.

Uitgangspunt zal moeten zijn dat de patiënt zo veel mogelijk de behandeling krijgt die tot genezing of verbetering van zijn gezondheidstoestand leidt. Niettemin is er in het licht van de wettelijke normen beslist ruimte voor eigen afweging door de arts, in het bijzonder wanneer deze berust op een zorgvuldige afweging binnen de beroepsgroep. Eenzelfde benadering lijkt aangewezen ten aanzien van criteria in binnen Nederland gangbare richtlijnen, protocollen en standaarden die patiënten onder bepaalde omstandigheden van behandeling uitsluiten.

Richtlijnen, standaarden en protocollen zijn niet bij voorbaat onttrokken aan rechterlijke toetsing. De beroepsorganisaties waarbinnen dergelijke documenten worden vastgesteld kunnen aansprakelijk zijn wegens onrechtmatige daad als een richtlijn, standaard of protocol duidelijk te kort schiet.²⁷⁷ Dit geldt vooral omdat dergelijke documenten niet vrijblijvend zijn, maar worden opgesteld met de bedoeling en veelal de gerechtvaardigde verwachting dat zij in de praktijk zullen worden gevolgd.²⁷⁸ De beoordelingsmaatstaf zal bezwaarlijk de in Nederlandse medische kring gangbare opvatting kunnen zijn; de inhoud van richtlijnen, standaarden en protocollen zal slechts aan de hand van de

²⁷⁵ Vgl. H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, deel I, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 187.

²⁷⁶ Vgl. Hof Arnhem 16 januari 1990, TvGR 1990, 39; pres. Utrecht 11 januari 1991, TvGR 1991, 28; J.K.M. Gevers, Beslissingen niet te behandelen: de positie van de patiënt, TvGR 2000, p. 221-226.

²⁷⁷ Zie M.A.J.M. Buijsen, Schade door gebrekkige medische protocollen, NTBR 2000, p. 57-62. Een andere vraag is of er causaal verband is tussen de gebrekkige richtlijn en de schade die de patiënt lijdt: het is tenslotte de arts die verantwoordelijk is voor het al dan niet toepassing geven aan een richtlijn.

²⁷⁸ Vgl. F.C.B. van Wijmen, Richtlijnen voor verantwoorde zorg, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2000, p. 73 e.v.

internationale medische wetenschap kunnen worden getoetst. Gezien het karakter ervan gelden voor medisch-wetenschappelijke beroepsorganisaties bijzondere eisen ten aanzien van het wetenschappelijk verantwoord zijn van richtlijnen, standaarden en protocollen.²⁷⁹ Zouden bepaalde methoden van onderzoek en behandeling in Nederland worden uitgesloten in evidente afwijking van de internationale medische wetenschap, dan is aansprakelijkheid niet uitgesloten, uiteraard afhankelijk van de motivering die daaraan ten grondslag ligt. Het is niet uitgesloten dat in richtlijnen, standaarden en protocollen beperkende keuzes worden gemaakt *niet* op grond van medisch-wetenschappelijke overwegingen, maar met het oog op de kosten van behandeling, de verhouding tussen kosten en baten of schaarsheid van de capaciteit in Nederland. Binnen zekere grenzen kan een dergelijke motivering afwijkingen of verbijzonderingen ten opzichte van de internationale medische wetenschap rechtvaardigen. Het gaat in richtlijnen, standaarden en protocollen om criteria en maatstaven die binnen de Nederlandse gezondheidszorg praktisch toepasbaar moeten zijn. Dat laatste is niet het geval wanneer methoden van onderzoek en behandeling worden geadviseerd die wegens praktische of financiële beperkingen niet realiseerbaar zijn. Een door kosten of capaciteitsbeperkingen ingegeven gedragslijn zou zo veel mogelijk moeten worden neergelegd in zorgvuldig voorbereide, landelijk toegepaste gedragsnormen en niet ad hoc in de spreekkamer van de arts moeten worden bepaald.²⁸⁰

4.3 Beperkingen als gevolg van overheidsmaatregelen

Op zichzelf wel mogelijke vormen van onderzoek of behandeling kunnen ook voor de patiënt niet beschikbaar zijn als gevolg van overheidsmaatregelen.²⁸¹ In de eerste plaats moet hierbij worden gedacht aan de toepassing van artikel 3 WBMV. Volgens deze bepaling kan een algeheel verbod worden uitgevaardigd op een medische verrichting die gezien de maatschappelijke, ethische of juridische aspecten ongewenst is. Aan deze bepaling is tot dusver toepassing gegeven met betrekking tot niet-medische geslachtskeuze

²⁷⁹ Vgl. pres. Utrecht 3 november 1994, TvGR 1995, 39.

²⁸⁰ Zie over deze materie H.D.C. Roscam Abbing, Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief, NTvG 1998, p. 2480-2484; J.K.M. Gevers, M.C.I.H. Biesart, Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht, NTvG 1999, p. 2619-2632.

²⁸¹ De vraag of onderzoek of behandeling, hoewel op zichzelf beschikbaar, financieel of anderszins niet toegankelijk is, komt hierna aan de orde.

en xenotransplantatie, waarbij de politiek een belangrijke rol heeft gespeeld.²⁸² Dat is ook de bedoeling van de regeling, die uitdrukkelijk consultatie van het parlement eist. De overheid kan aansprakelijk zijn jegens patiënten aan wie met toepassing van artikel 3 WBMV een mogelijke behandeling wordt onthouden – in het kader waarvan ook buitenwerkingstelling van een dergelijk besluit kan worden gevorderd – maar de kans van toewijzing van een dergelijke vordering is, gegeven het parlementaire draagvlak, op het eerste oog niet erg groot.

Een tweede mogelijk gebied van aansprakelijkheid vormt de toelating van geneesmiddelen. De procedures en criteria daarvoor zijn in Europees verband geharmoniseerd.²⁸³ Er is een gecentraliseerde toelatingsprocedure voor bepaalde via hoog-waardige technologie tot stand gekomen geneesmiddelen en andere innovatieve geneesmiddelen, en een gedecentraliseerde procedure voor andere geneesmiddelen, met dien verstande dat een stelsel geldt van onderlinge erkenning van vergunningen die in andere lidstaten zijn verleend. Slechts voor zover het College ter beoordeling van geneesmiddelen een eigen beoordelingsruimte heeft²⁸⁴, is er ruimte voor een aansprakelijkheidsactie wegens het ten onrechte niet toelaten van een geneesmiddel en daarmee het verhinderen van een behandelingsmogelijkheid.

Soms kan aansprakelijkstelling uit onverwachte hoek komen. Zo heeft een ALS-patient van zowel de betrokken farmaceutische onderneming als van de overheid gevorderd dat voor hem de invoer en daarmee de toepassing mogelijk zou worden gemaakt van een niet-geregistreerd geneesmiddel dat zich nog in een experimenteel stadium bevond, maar dat voor hem de ‘laatste strohalm’ was. Jegens de producent kon slechts een beroep op de algemene eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid worden gedaan; een producent is niet verplicht een geneesmiddel in Nederland in te voeren. Ook hier

²⁸² Vgl. H. Rosendal, W.T. van Beekum, A.B.W.M. Quaak, J.E.M. Akveld, J.T.A. van Maurik, M.A.J.M. Buijsen en G.C.J.M. Cleophas, Evaluatie Wet op bijzondere medische verrichtingen, ZonMw, Reeks evaluatie regelgeving, deel 7, Den Haag 2001, p. 22-24; idem, De Wet op bijzondere medische verrichtingen (WBMV): waardevol, maar onderbenut, Zorg & Verzekering 2001, p. 884-885.

²⁸³ Zie Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik, PbEG L311/74 van 28 november 2001.

²⁸⁴ Dat is het geval wanneer een aanvraag voor het eerst in Nederland wordt ingediend of wanneer er aanleiding is de toelating in een andere lidstaat niet te erkennen vanwege de risico's voor de volksgezondheid.

speelde de meningsvorming binnen de beroepsgroep een belangrijke rol: de vordering werd afgewezen in het bijzonder omdat een onderbouwd en door de beroepsgroep van de neurologen gedragen advies ontbrak waaruit zou blijken dat het betrokken geneesmiddel al in dit vroëge stadium beschikbaar zou moeten zijn.²⁸⁵ De conclusie uit één en ander is dat aansprakelijkheid wegens het niet beschikbaar zijn van vormen van onderzoek en behandeling wel mogelijk is, maar beperkt zal blijven tot uitzonderlijke gevallen.

5. FINANCIËLE TOEGANKELIJKHEID

5.1 Inleiding

Eén dag opname in een ziekenhuis kost al snel € 400; een maand verblijf in een verpleeghuis al snel € 4.000. Het gaat om kosten die de overgrote meerderheid van de bevolking niet zelf kan dragen. Het betreft bovendien geen consumptieve uitgaven waarvoor de burger zelf kiest, op de wijze als waarop hij kiest voor een vakantie, nieuwe meubels of kleding. De noodzaak van medische hulp dringt zich veelal onvoorspelbaar op; de patiënt kan de aard en de omvang van de noodzakelijke hulp niet of nauwelijks zelf beoordelen, maar is daarvoor afhankelijk van oordeel en advies van professionals. Hiermee dringt zich met evidentie de noodzaak op zorg te dragen voor enige vorm van risicospreiding door collectieve financiering, als voorwaarde voor financiële toegankelijkheid van gezondheidszorg. In ons huidige stelsel kennen wij collectieve financiering in diverse varianten: de publiekrechtelijke verzekering voor werknemers en andere groepen in de Ziekenfondswet, de publiekrechtelijke verzekering voor alle ingezetenen in de AWBZ, de privaatrechtelijke verzekering met een acceptatieplicht voor specifieke groepen in de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 (WTZ 1998), de gewone privaatrechtelijke ziektekostenverzekering, de publiekrechtelijke ziektekostenregelingen voor ambtenaren, alsmede subsidie-regelingen. Met uitzondering van de gewone privaatrechtelijke ziektekostenverzekering is in alle varianten sprake van overheidsinterventie en dus politieke keuzes.²⁸⁶ Die interventie kan worden gezien als in lijn met de verdragsrechtelijke en grondwettelijke opdracht regels te stellen inzake sociale zekerheid en

²⁸⁵ Hof Den Haag 31 mei 2001, JGR 2001, 27.

²⁸⁶ Bij de privaatrechtelijke ziektekostenverzekeringen is daarvan in zoverre sprake dat hierop de algemene regels van toepassing zijn zoals neergelegd in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.

maatregelen te nemen ter bevordering van de volksgezondheid. In de vorm en mate van interventie heeft de nationale overheid een grote mate van vrijheid. Dit geldt met dien verstande dat (voor zover van toepassing) wel moet worden voldaan aan de minimumeisen die voortvloeien uit internationale verdragen zoals de Europese Code inzake sociale zekerheid.

5.2 Een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen

Het huidige stelsel is sterk verbrokken. Naar vrij algemene opvatting leidt het stelsel tot te beperkte keuzemogelijkheden voor de verzekerden, een ongelijke verdeling van lasten en tot ondoorzichtige solidariteitsverhoudingen, tot inconsistentie, fricties en afwentelingsmechanismen.²⁸⁷ Tegen deze achtergrond wordt een stelselherziening beoogd, die moet uitmonden in een verplichte algemene verzekering die 'noodzakelijke zorg' omvat. De voorkeur van de regering gaat vooralsnog uit naar een publiekrechtelijk stelsel, zij het met uitvoering in privaatrechtelijke vorm. De keuze voor een publiekrechtelijk stelsel is vooral verklaarbaar vanuit het EG-recht. Zo lang een ziektekostenverzekering het karakter heeft van 'sociale zekerheid' profiteert de overheid van de relatieve vrijheid die de lidstaten volgens de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gelaten bij de inrichting van een stelsel van sociale zekerheid, in het bijzonder wanneer grensoverschrijdende dienstverlening of goederenverkeer in het geding zijn.²⁸⁸

Daarnaast is de kwalificatie 'sociale zekerheid' van groot belang met het oog op de Europese richtlijnen over schadeverzekering.²⁸⁹ Deze richtlijnen, in het bijzonder de derde schaderichtlijn, beperken de mogelijkheid van overheidsinterventie in een particulier stelsel van ziektekostenverzekeringen in belangrijke mate, met name ten aanzien van de polisvoorwaarden, de inhoud van het te verzekeren pakket, het al dan niet sluiten van overeenkomsten tussen verzekeraars en instellingen en beroepsbeoefenaren, en de premies. Dit geldt ook wanneer een privaatrechtelijk stelsel bij wet zou worden voorgeschreven. In de derde schaderichtlijn is weliswaar een uitzondering voorzien die specifiek van belang is voor de WTZ 1998, maar het is onaannemelijk dat dáárop een nieuw, al omvattend

²⁸⁷ Vraag aan bod, p. 11-26.

²⁸⁸ Zie o.a. HvJ EG 7 februari 1984, zaak 238/82 (Duphar), Jurispr. 1984, p. 523; HvJ EG 17 juni 1997, zaak C-70/95 (Sodemare), Jurispr. 1997, p. I-3395.

²⁸⁹ Richtlijn 73/239/EEG, Richtlijn 88/357/EEG en Richtlijn 92/49/EEG.

stelsel van verzekering zou kunnen worden gebaseerd.²⁹⁰ Anders gezegd, wil de overheid in een nieuw stelsel op wezenlijke punten kunnen interveniëren én verantwoordelijkheid dragen, dan is de keuze voor een publiekrechtelijk, tot de sociale zekerheid te rekenen stelsel onontkoombaar.

5.3 De ‘trechter van Dunning’

In een publiekrechtelijk stelsel zijn het wetgever en de overheid die beslissen wat het verzekerde pakket omvat. Als eerder aangegeven, leggen Ziekenfondswet en AWBZ in algemene termen vast welke hulp onder de verzekeringsdekking valt. Sinds 1992 baseert de overheid de besluitvorming over het wettelijk verzekerd pakket op de criteria die de Commissie Keuzen in de zorg (Commissie-Dunning) heeft ontwikkeld.²⁹¹ Het gaat daarbij om de volgende vragen:

1. Is de verstrekking noodzakelijk uit een oogpunt van gezondheid?
2. Zo ja, is de werkzaamheid van de verstrekking voldoende aangetoond?
3. Zo ja, is het ook een doelmatige verstrekking (kosten/baten-verhouding)?
4. Zo ja, kan deze verstrekking in alle redelijkheid voor eigen rekening en verantwoording van de verzekerde komen?

Deze ‘trechter van Dunning’ geeft in principe een rationeel kader waarbinnen de overheid ‘pakketbeslissingen’ kan nemen én kan verantwoorden dat de genomen besluiten berusten op een redelijke belangenafweging. Een dergelijk rationeel kader is ook uit Europeesrechtelijk oogpunt noodzakelijk. Dit volgt uit het Duphar-arrest²⁹², gewezen naar aanleiding van de uitsluiting van geneesmiddelen uit het ziekenfondspakket, en de daarop gevolgde verdere rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof stelt daarin voorop dat het gemeenschapsrecht niet afdoet aan de bevoegdheid van de lidstaten ten aanzien van de inrichting van hun stelsels van sociale zekerheid en aan hun bevoegdheid om maatregelen te nemen ter regulering van het gebruik van farmaceutische producten. Maar uitsluiting van een geneesmiddel betekent onvermijdelijk vermindering van de afzet en – dus – ook beperking van de invoer.

²⁹⁰ Zie hierover Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), Europeesrechtelijke aspecten van het stelsel van ziektekostenverzekeringen, eindrapport 3 april 2001, uitgave ministerie van VWS; E. Steyger, De communautaire inhoud van het begrip ‘sociale zekerheid’ (verschijnt in 2002 in TvGR).

²⁹¹ Zie het rapport *Kiezen en delen*, Den Haag 1991. Ook in *Vraag aan bod* wordt teruggegrepen op de ‘Dunning-criteria’, zie p. 52-53.

²⁹² HvJ EG 7 februari 1984, zaak 238/82 (Duphar), Jurispr. 1984, p. 523.

Het Hof formuleert vervolgens een specifieke regel voor deze situatie waarvan, aldus het Hof, 'een kenmerkende bijzonderheid is dat de medische kosten worden gedragen door de sociale-zekerheidsinstellingen in plaats van door de verbruikers'. Die regel houdt in dat 'negatieve lijsten' moeten worden opgesteld 'volgens objectieve criteria die geen verband houden met de oorsprong van de producten en voor iedere importeur controleerbaar zijn'. Deze regel heeft verder strekkende betekenis dan alleen voor de in- en uitvoer van geneesmiddelen: zij is eveneens toepasbaar op andere producten, maar in het bijzonder ook op de dienstverlening in de gezondheidszorg. Een objectief kader voor pakketbeslissingen is dan ook noodzakelijk, wil een publiekrechtelijk stelsel houdbaar zijn. Wettelijke vastlegging van dat beslissingskader zou wenselijk zijn, om een raamwerk te scheppen aan de hand waarvan de overheid 'pakketbeslissingen' kan verantwoorden en de rechter zo nodig de rechtmatigheid ervan kan toetsen. Het is uiteraard ook van belang dat de criteria op duidelijke en eenduidige wijze worden uitgewerkt. Zo worden specifiek voor beslissingen over het opnemen van geneesmiddelen in het ziekenfondspakket thans als criteria gehanteerd: noodzaak van medische interventie, werkzaamheid, effectiviteit, therapeutische waarde, doelmatigheid en de vraag of het middel voor eigen rekening en verantwoording kan blijven, criteria die een verbijzondering én aanvulling vormen van de 'Dunning-criteria'.²⁹³ Ook terwille van de eenduidigheid zou wettelijke verankering wenselijk zijn.

De hiervoor geschetste Europeesrechtelijke achtergrond vergt wel objectieve en controleerbare criteria²⁹⁴, maar geeft geen verdere richting aan het beleid: die richting zal moeten worden bepaald aan de hand van criteria zoals door de Commissie-Dunning ontwikkeld en door achtereenvolgende kabinetten overgenomen. Maar dergelijke criteria laten de overheid nog steeds grote vrijheid, zo lang keuzes binnen het kader van die criteria kunnen worden verantwoord. En ook de wet zelf laat ruime marges. Wanneer in de Ziekenfondswet wordt bepaald dat de verzekerde aanspraak heeft op farmaceutische hulp, volgt daaruit nog niet op welke geneesmiddelen hij aanspraak heeft. Het Europeesrechtelijk en wettelijk kader laat de vrijheid

²⁹³ Zie NvT bij k.b. van 15 februari 1999, Stb. 109.

²⁹⁴ Voor de geneesmiddelen zijn er bovendien de procedurele regels, zoals neergelegd in de Transparantierichtlijn, Richtlijn 89/105 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemings daarvan in nationale stelsels van gezondheidszorg, PbEG L040 van 11 februari 1989.

homeopathische middelen²⁹⁵, Xenical (vetzucht)²⁹⁶ of Viagra (erectiestoornissen)²⁹⁷ wel of niet in het pakket op te nemen. Hetzelfde geldt voor andere vormen van behandeling, voor zover zij specifiek in een uitvoeringsregeling worden toegekend of uitgesloten. Het spreekt vanzelf dat de toekenning van verzekeringsaanspraken primair moet zijn ingegeven door de centrale doelstelling van Ziekenfondswet en AWBZ, het realiseren van voorzieningen die uit een oogpunt van goede gezondheidszorg noodzakelijk zijn. De parlementaire geschiedenis laat er intussen geen twijfel over bestaan dat de toekenning van aanspraken mede afhankelijk kan worden gesteld van de financiële mogelijkheden.²⁹⁸ Ook in de rechtspraak is aanvaard dat de omlijning van het verstrekkingenpakket ingevolge de sociale ziektekostenverzekeringen mede kan worden ingegeven door financiële overwegingen.²⁹⁹ Ziekenfondswet en AWBZ gaat ervan uit dat bij de toekenning van aanspraken een afweging plaatsvindt van enerzijds het belang dat uit een oogpunt van volksgezondheid met een aanspraak is gemoeid en anderzijds het belang van beheersing van de collectieve lasten.

5.4 Operationalisering van verzekeringsaanspraken

In de meerderheid van de gevallen verschuift de discussie naar een ander niveau. Dat bijvoorbeeld medisch-specialistische zorg noodzakelijk is en de toets aan de 'Dunning-criteria' doorstaat, is onbetwist, maar daarmee staat nog niet vast op welke specialistische hulp de patiënt aanspraak heeft. Soms, maar lang niet altijd heeft de wetgever de aanspraken gepreciseerd. De omschrijvingen van de

²⁹⁵ Zie pres. Den Haag 22 oktober 1993, RZA 1993, 182

²⁹⁶ Zie Hof Den Haag 29 juni 2000, JGR 2000, 23.

²⁹⁷ Zie pres. Den Haag 2 november 2000, JGR 2001, 3.

²⁹⁸ In de MvT, Kamerstukken II 1965-1966, 8457, nr. 3, is herhaaldelijk gewezen op de noodzaak van een 'geleidelijke' ontwikkeling van de aanspraken. Zie verder o.a. Vierde nota van wijzigingen, Kamerstukken 1967, 8457, nr. 16, p. 5 r.k.; MvA, Kamerstukken I 1967-1968, 8457, nr. 28a, p. 5; in dezelfde zin de parlementaire geschiedenis van de Ziekenfondswet, waarnaar bij de AWBZ herhaaldelijk is verwezen, zie i.h.b. MvT, Kamerstukken 1961-1962, 6808, nr. 3, p. 15. Onderstreept moet overigens wel worden dat de wetgever primair voor ogen stond de verzekeren bescherming te bieden tegen financiële lasten van zodanige omvang dat zij zonder collectieve voorziening niet te dragen zijn, zie MvT, Kamerstukken II 1965-1966, 8457, nr. 3, p. 1 en 8.

²⁹⁹ Zie bijv. (in het kader van de Ziekenfondswet) Hof Den Haag 10 februari 2000, RZA 2000, 45 (uitsluiting niet-UR geneesmiddelen van het ziekenfondspakket).

prestaties lopen in het kader van de Ziekenfondswet sterk uiteen: van uiterst globaal (bijvoorbeeld ‘zorg naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is’) tot uiterst precies (bijvoorbeeld de opsomming van geneesmiddelen in de Regeling farmaceutische hulp). Wie is juridisch aanspreekbaar als het op de precieze afbakening aankomt? Verdedigd is wel dat de nadere interpretatie die ziekenfondsen en hulpverleners in hun contracten aan de te verlenen zorg geven, ‘mede’ de inhoud van de verstrekking bepaalt.³⁰⁰ Dat standpunt lijkt niet goed houdbaar. Algemeen gestelde omschrijvingen zoals ‘zorg naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is’ of blanco formuleringen kunnen door de rechter zelfstandig worden geïnterpreteerd, zonder dat deze zich daarbij hoeft te laten leiden door wat zorgverzekeraar en hulpverlener over de toepassing daarvan zijn overeengekomen. De rechtspraak laat tal van voorbeelden zien van gevallen waarin de rechter zelfstandig, veelal op basis van het advies van deskundigen, beoordeelt of een bepaalde behandelwijze binnen de algemene wettelijke omschrijving valt.³⁰¹ Aanspreekbaar is dus, althans in het naturastelsel van de sociale ziektekostenverzekeringen, het ziekenfonds of (in de AWBZ) de particuliere ziektekostenverzekeraar. In essentie zal steeds moeten vaststaan dat de patiënt op de hulp in kwestie aangewezen is en voorts zijn specifieke wettelijke limiteringen van belang, zoals die bijvoorbeeld voorkomen bij thuiszorg, tandheelkundige hulp of psychiatrische hulp.

In het kader van de Europeesrechtelijke beoordeling van de eis van toestemming voor hulp in het buitenland heeft het Hof van Justitie bepaald dat bij de toepassing van criteria als ‘in de kring van de beroepsgenoten gebruikelijk’ rekening moet worden gehouden met de behandelingen die volgens de *internationale* medische wetenschap voldoende beproefd en deugdelijk zijn bevonden, en niet (alleen) op behandelingen die in Nederland gangbaar zijn.³⁰² Vermoedelijk zal deze internationaal georiënteerde toepassing van het gebruikelijkheids criterium ook toepassing vinden buiten de context van de toestemmingseis³⁰³, dus ook in de gevallen waarin in Nederland een verstrekking wordt verlangd die hier (nog) niet, maar

³⁰⁰ Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde, p.107.

³⁰¹ Zie als (willekeurig) voorbeeld CRvB 8 mei 2001, RZA 2001, 66.

³⁰² HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-157/99 (Smits en Peerbooms), RZA 2001, 115 m.n. H.D.C. Roscam Abbing.

³⁰³ De CRvB hanteert tot dusver als maatstaf dat de behandeling gebruikelijk moet zijn in de kring van de Nederlandse beroepsgenoten, zie o.a. CRvB 9 april 1999, RZA 1999, 110; CRvB 8 mei 2001, RZA 2001, 66.

in een of meer andere lidstaten wel gebruikelijk is. In de adviesprocedure over verstrekkingengeschillen neemt het College voor zorgverzekeringen steeds de internationale gezaghebbende wetenschappelijke literatuur in ogenschouw als het gaat om de vraag of een behandeling als ‘gebruikelijk’ kan worden beschouwd.³⁰⁴

Hantering van de internationale medische wetenschap is ook daarom aangewezen, omdat een behandelwijze niet snel in Nederland gangbaar zal worden zo lang geen vergoeding ten laste van de sociale ziektekostenverzekering kan plaatsvinden. Een beperking tot hetgeen in Nederland gebruikelijk is, zou remmend kunnen werken op de dynamiek die eigen is aan een open norm als het gebruikelijkheids criterium. Weliswaar hoeft men ‘gebruikelijk’ niet enkel op te vatten in de betekenis ‘in Nederland feitelijk toegepast’ en zou als gebruikelijk ook kunnen worden gezien een methode die in Nederland ‘aanvaard’ is.³⁰⁵ De kans dat een behandelwijze in medische kring wordt aanvaard die feitelijk niet of nauwelijks kan worden toegepast, lijkt echter niet zo groot. Een beperking tot de opvattingen in Nederlandse medische kringen ligt dus niet voor de hand.

In de particuliere sector is de ziektekostenverzekeraar vrij in de bepaling van het pakket dat hij op de markt aanbiedt, met uitzondering dan van de standaardpakketpolis volgens welke ingevolge de WTZ 1998 specifieke groepen in de verzekering moeten worden geaccepteerd. Aansprakelijk voor aard en omvang van de hulp die wordt verleend, is uitsluitend de hulpverlenende instelling of beroepsbeoefenaar. Er is op dit punt sprake van een mededingingsrechtelijk kwetsbare situatie. De overheid was destijds voorstander van convergentie tussen ziekenfondsverzekering en particuliere ziektekostenverzekering, wat ertoe heeft geleid dat de basispakketten van de particuliere ziektekostenverzekeraars zijn afgestemd op het ziekenfondspakket. Bij de beperking van de aanspraak op tandheelkundige hulp in de ziekenfondsverzekering zijn in de sfeer van de aanvullende verzekering oplossingen gezocht die vrijwel naadloos de vroegere ziekenfondsanspraken aanvulden.³⁰⁶ Dergelijke afspraken of onderling afgestemde gedragingen lijken op gespannen voet met de Mededingingswet te staan, en zij maken daardoor tegelijk de positie van de verzekerde onzeker. Slechts een algemene (wettelijk verplichte) verzekering kan de

³⁰⁴ College voor zorgverzekeringen, circulaire 01/033, losbladige uitgave Sociale verzekeringswetten, deel 8, Ziekenfondswet, ad artikel 9.

³⁰⁵ Zie J.M. van der Most, annotatie onder rb. Roermond 6 december 2001, RZA 2002, 15 (p. 41-42).

³⁰⁶ Hamilton, Gezondheidszorg en mededingingsrecht, p. 204.

burger voldoende zekere, uniforme aanspraken op hulp bieden. De wettelijke begrenzing van de verzekeringsaanspraken is niet sacrosanct. Naar nationaal recht kan onder omstandigheden de weigering van een verstrekking, op grond dat de regelgeving daarin niet voorziet, in die mate in strijd komen met regels van ongeschreven recht dat die weigering niet toelaatbaar is. Het gaat dan om uitzonderlijke gevallen waarin de weigering van een verstrekking tot een levensbedreigende situatie dan wel medisch ernstig bedreigende situatie zou leiden.³⁰⁷ Ook in de particuliere ziektekostenverzekering zijn limiteringen in de verzekeringsvoorwaarden niet altijd heilig: redelijkheid en billijkheid kunnen onder bijzondere omstandigheden meebrengen dat een ziektekostenverzekeraar daarop geen beroep kan doen.³⁰⁸ De marges voor afwijking van de verzekeringsaanspraken lijken overigens in de particuliere ziektekostenverzekering iets ruimer dan in de sociale ziektekostenverzekering.

5.5 Verzekeringsaanspraken en behandelingsovereenkomst

De patiënt heeft zowel aanspraken tegenover het ziekenfonds als (op grond van de behandelingsovereenkomst) tegenover de hulpverlener. Hoe verhouden die aanspraken zich tot elkaar? De stelling is wel verdedigd dat de verzekerde jegens de hulpverlener niet méér aanspraken heeft dan voortvloeit uit de overeenkomst tussen ziekenfonds en hulpverlener.³⁰⁹ Dat lijkt echter iets te simpel geredeneerd. Is er eenmaal een behandelingsovereenkomst tot stand gekomen, dan vloeit daaruit voor de hulpverlener de verplichting

³⁰⁷ CRvB 28 september 2000, RZA 2001, 30; ook kan aanleiding bestaan tot een verstrekking contra legem als het uitvoeringsorgaan bij de verzekerde de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat een verstrekking zou worden verleend; vgl. rb. Haarlem 6 juli 1994, RZA 1994, 136.

³⁰⁸ Vgl. pres. Den Haag 31 augustus 1994, RZA 1994, 146

(harttransplantatie in België; ziektekostenverzekeraar kan zich naar redelijkheid en billijkheid niet op de polisvoorwaarden beroepen); Beroepscommissie WTZ 18 juli 2001, RZA 2001, 145.

³⁰⁹ J.G. Sijmons, De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis, TvGR 1995, p. 344; zie ook expliciet in deze zin pres. Haarlem 17 september 1993, TvGR 1994, 25. In de conclusie van de A.-G. vóór HR 11 mei 2001, RZA 2001, 80 wordt zelfs het standpunt ingenomen dat een ziekenhuis niet tot een bepaalde verrichting gehouden was omdat die verrichting niet behoorde tot het verstrekkingenpakket waarop het ziekenhuisbudget 'mede' was afgestemd. Die gedachtegang lijkt onhoudbaar (zie conclusie onder 3.5 e.v. en annotatie onder 6; zie ook Sijmons, De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis, p. 342).

voort de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en te handelen in overeenstemming met zijn verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Die verplichting vindt geen begrenzing in de verzekeringsaanspraken of in contractuele beperkingen in de overeenkomst tussen ziekenfonds en hulpverlener. Nu zal de aanspraak van de patiënt op grond van de behandelingsovereenkomst in veel gevallen (in het bijzonder als een algemeen geformuleerd criterium als ‘in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk’ van toepassing is) overeenkomen met de verzekeringsaanspraak. Maar er kunnen discrepanties zijn. Zo kan het voorkomen dat de hulpverlener een geneesmiddel geïndiceerd acht dat weliswaar geregistreerd is, maar dat niet behoort tot de farmaceutische hulp waarop de verzekerde wettelijk recht heeft. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat tandheelkundige hulp nodig is die niet behoort tot het sterk beperkte ziekenfondspakket of de situatie dat langer durende psychiatrische hulp nodig is dan de 90 consulten waarop de verzekerde aanspraak heeft. In dergelijke situaties derogeren beperkingen die uit de sociale ziektekostenverzekeringen voortvloeien niet aan de contractuele aanspraak van de patiënt jegens de hulpverlener.

Dat betekent niet dat die beperkingen voor de hulpverlener irrelevant zijn. Van de hulpverlener mag worden verwacht dat hij waar mogelijk tracht binnen de grens van de verzekeringsaanspraken een behandelwijze te kiezen die professioneel verantwoord is en dat hij, waar dat niet mogelijk is, de patiënt duidelijk voorlicht over wat voor rekening van de zorgverzekeraar komt en wat niet. Aan de patiënt is dan de keuze een mogelijk geprefereerde, maar niet-verzekerde behandeling al dan niet voor eigen rekening te nemen. Discrepanties als deze kunnen in de toekomst vaker voorkomen, naarmate de zorgverzekeraars meer vrijheid krijgen in de overeenkomsten met hulpverleners zelf de verzekeringsaanspraken te specificeren (bijvoorbeeld: welke geneesmiddelen worden wel en niet gebruikt?³¹⁰) en zgn. selectieve zorg ‘in te kopen’ (bijvoorbeeld door over bepaalde soorten operaties met het ene ziekenhuis wel en met het andere ziekenhuis niet te contracteren). In de hier besproken situatie – de wetgever laat de omschrijving van de aanspraak nagenoeg open – zou het wenselijk zijn de aanspraken van de patiënt uit hoofde van de behandelingsovereenkomst en de aanspraken uit

³¹⁰ Zoals voorgesteld door de Begeleidingscommissie uitvoering geneesmiddelenbeleid (commissie-De Vries), Een helder recept, Den Haag 1999, p. 63-64; dit voorstel is vooralsnog door het kabinet niet overgenomen, zie Kabinetsstandpunt op rapporten geneesmiddelenbeleid, Kamerstukken II 1999-2000, 24 124 en 24 036, nr. 101, p. 35-36.

hoofde van de verzekering in een nieuw stelsel zoveel mogelijk te synchroniseren, en wel in die zin dat uit de verzekering het recht voortvloeit op behandeling overeenkomstig de in artikel 7:453 BW bedoelde professionele standaard, behoudens eventuele uitsluitingen en beperkingen die uit kostenoverwegingen nodig worden geacht en die wettelijk zijn vastgelegd. De toetssteen voor zowel de patiënt, de hulpverlener als de zorgverzekeraar is dan één criterium, waarvan de inhoud zich, ondanks bij een dergelijke vage norm onvermijdelijke interpretatieverschillen, uiteindelijk objectief laat vaststellen, zoals zo dikwijls gebeurt in rechtspraak van de bestuursrechter over inhoud en reikwijdte van de verstrekkingen. Specifiek voor de huisartsenzorg, de medisch specialistische en ziekenhuiszorg lijkt een dergelijk eenduidig criterium aangewezen, en het sluit ook goed aan bij het tot dusver (deels) toepasselijke gebruikelijkheids-criterium.

5.6 Financiële verplichtingen van de patiënt

In het kader van de financiële toegankelijkheid zijn ook de betalingsverplichtingen van de patiënt van belang. Een 'tekort aan zorg' kan ontstaan als de patiënt zich gesteld ziet voor kosten die prohibitief zijn voor een toereikende verzekering of voor het inroepen van hulp. Wat de Ziekenfondswet betreft, vormt de premiedruk een aspect dat uiteraard de nodige aandacht krijgt in cao-onderhandelingen.

Daarnaast zijn de ziekenfondsverzekerden een nominale premie verschuldigd, die door het ziekenfonds vrij kan worden vastgesteld, mits de hoogte ervan per ziekenfonds voor alle verzekerden gelijk is. Met het laatste is premiedifferentiatie naar gelang het schaderisico uitgesloten en wordt de aan de ziekenfondsverzekering ten grondslag liggende solidariteitsgedachte tot uitdrukking gebracht. Dit sluit niet uit dat de nominale premie een hoogte bereikt die aansluiting bij een ziekenfonds bemoeilijkt, en daartegen kan de verzekerde niets ondernemen; in dat kader is het van belang dat de sociale ziektekostenverzekering in concurrentie tussen zorgverzekeraars wordt uitgevoerd en de verzekerde periodiek gemakkelijk van verzekeraar kan veranderen, wanneer de thans toegepaste instrumenten van kostenbeheersing (WZV, WTG) worden losgelaten en de kans ontstaat op een opwaartse druk op de premies. In de particuliere sector is de ziektekostenverzekeraar vrij in de vaststelling van de premiehoogte en is overheidsinterventie daarin krachtens de Europese richtlijnen niet mogelijk. Hier kunnen alleen het marktmechanisme en, zoals tot nu toe, een beleid van

kostenbeheersing matigend werken op de premiehoogte en daarmee de particuliere verzekeringen toegankelijk houden.

Een mogelijke andere bron van ontoegankelijkheid kan in de toekomst vrije prijsvorming zijn voor die voorzieningen die geen deel uitmaken van het verplichte basispakket en waarvoor de patiënt geen aanvullende verzekering heeft gesloten. Zo lang het daarbij gaat om niet-essentiële voorzieningen, behoeft er geen bezwaar tegen te bestaan dat hier de markt zijn werk doet. Aansprakelijk is daarvoor dan niemand, behoudens de toepassing van de Mededingingswet als er sprake is van een machtspositie van hulpverleners, waarvan misbruik wordt gemaakt door een onredelijk bezwarende prijsstelling. Een risico kan wel ontstaan ten aanzien van die voorzieningen die de wetgever weliswaar noodzakelijk acht maar uit kostenoverwegingen niet in het basispakket opneemt, zoals nu bijvoorbeeld het geval is met een belangrijk deel van de tandheelkundige hulp. In het huidige stelsel worden excessieve kostenontwikkelingen tegengegaan door de tariefbeheersing op grond van de WTG.

6. FEITELIJKE TOEGANKELIJKHEID

6.1 Inleiding

Een groep patiënten, reeds lang op de wachtlijst voor een longtransplantatie, was het wachten moe. Zij spanden een kort geding aan tegen én het Academisch Ziekenhuis Groningen én de ziektekostenverzekeraars én de Staat. Zij voerden aan ten onrechte nog geen longtransplantatie te hebben ondergaan en dagvaardden elk van de drie partijen omdat voor hen 'niet valt uit te maken wie de zwakste schakel is'. Het voor de patiënten teleurstellende resultaat was dat elk van de gedaagden met succes kon toelichten dat hij niet de zwakste schakel was; de vordering strandde.³¹¹ Het probleem is herkenbaar.

Behoort een vorm van onderzoek of behandeling tot de in Nederland beschikbare voorzieningen, en is de financiële toegankelijkheid gewaarborgd, in het bijzonder via een verzekering, dan staat daarmee nog niet vast dat de patiënt de noodzakelijke hulp tijdig en in voldoende omvang kan verkrijgen. Een scala aan factoren kan daaraan in de weg staan. Onvoldoende plaatsen en capaciteit, onvoldoende financiële middelen, onvoldoende donororganen, onvoldoende gekwalificeerd personeel zijn de meest voorkomende

³¹¹ Pres. Den Haag 1 juni 2001, RZA 2001, 73.

oorzaken, naast mogelijke organisatorische oorzaken bij de instellingen.

6.2 De hulpverlener

In hoeverre is de hulpverlener (instelling of beroepsbeoefenaar) verantwoordelijk en aansprakelijk voor (tijds) verlening van de (noodzakelijke) zorg? Daarbij moet onderscheid worden gemaakt naar gelang de vraag of reeds een behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen.

Als de patiënt een klacht heeft die (naar zijn mening) onderzoek en behandeling nodig maakt, zal hij zich in de regel tot zijn huisarts (kunnen) wenden, die hem zo nodig naar een ziekenhuis zal doorverwijzen. Maar heeft de patiënt recht op onderzoek en behandeling, anders gezegd, heeft hij er jegens een hulpverlener recht op dat een behandelingsovereenkomst tot stand komt?

Civielrechtelijk is de contractsvrijheid het uitgangspunt, maar dat uitgangspunt moet vérgaand worden gerelativeerd. Allereerst bestaat er geen twijfel over dat een verplichting tot hulpverlening (en daarmee het aangaan van een behandelingsrelatie) bestaat in acute situaties. Tuchtrechtelijk verwijtbaar is het nalaten van zorg jegens degene die 'in nood verkerende, bijstand met betrekking tot zijn gezondheidstoestand behoeft'.³¹² Datzelfde nalaten is strafrechtelijk verwijtbaar krachtens artikel 450 Sr. (nalaten van hulp aan iemand die in onmiddellijk levensgevaar verkeert), alsmede artikelen 307 en 308 Sr. (dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld; indien begaan in de uitoefening van een beroep is dat een strafverzwarende omstandigheid).³¹³ Het is evident dat wanneer bijvoorbeeld een ernstig gewonde patiënt bij de afdeling spoedeisende hulp wordt binnengebracht, er van contractsvrijheid in het geheel geen sprake is. Maar ook buiten het geval van acute omstandigheden moet het principe van de contractsvrijheid worden gerelativeerd. Allereerst is in rechtspraak over collectieve acties meer dan eens onderstreept dat hulpverleners niet zonder meer vrij zijn hun diensten al dan niet te verlenen. Collectieve acties in de gezondheidszorg zijn (bij wijze van uitzondering op het in het ESH gewaarborgde collectieve actierecht) niet toelaatbaar 'wanneer de acties leiden tot een vermindering van de mogelijkheid tot medische verzorging, in dier voege dat patiënten daardoor komen bloot te staan aan het gevaar dat zij – mogelijk

³¹² Artikel 47, lid 1, onder a, 2, Wet-BIG; zie hierover W.G. Brands, *Behandeling na afspraak*, Koninklijke Vermande 1997, p. 34-36.

³¹³ Zie hierover verder Brands, *Behandeling na afspraak*, p. 250-313.

onherstelbare – schade lijden doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven.³¹⁴

Verder is de (mede door de KNMG tot stand gebrachte) modelregeling arts-patiënt van belang. Daarin is expliciet neergelegd dat de arts met een patiënt die de wens te kennen heeft gegeven medische hulp of advies te willen ontvangen, een daarop gerichte overeenkomst zal aangaan.³¹⁵ Deze modelregeling heeft op zichzelf geen verder strekkende betekenis dan die van een gemeenschappelijke opvatting van KNMG en patiënten/consumentenorganisaties. Zij belichaamt echter tevens de vigerende maatschappelijke opvattingen en is daarmee tevens van belang voor de toetsing aan de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer op grond van artikel 6:162 BW. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat een hulpverlener, ongeacht of het om een instelling of een beroepsbeoefenaar gaat, in strijd met de vereiste zorgvuldigheid en dus jegens de patiënt onrechtmatig handelt in de zin van artikel 6:162 BW, als hij zonder gegronde reden geen behandelingsovereenkomst aangaat. Het zal van de omstandigheden van het concrete geval afhangen of een weigering om een behandelingsovereenkomst aan te gaan rechtmatig is. Relevante omstandigheden zouden kunnen zijn: (buiten acute situaties) het niet verzekerd zijn van betaling voor de te verrichten diensten; een andere hulpverlener komt gezien de aard van de klachten meer in aanmerking; de behandelcapaciteit bij de betrokken hulpverlener is geheel benut en er bestaat voor de patiënt een geschikt alternatief. Dit laatste is vooral bij wachtlijsten van belang. Het ligt niet voor de hand dat een instelling een nieuwe patiënt weigert omdat er een zeer lange wachtlijst is van bestaande patiënten, tenzij de patiënt naar een andere instelling kan worden verwezen waar hij tijdig of althans eerder hulp kan verwachten.

In de sfeer van de sociale ziektekostenverzekeringen kan daarenboven wellicht van een directe aanspraak jegens de gecontracteerde hulpverleners worden gesproken. Over de verhouding tussen verzekerde en hulpverlener kennen Ziekenfondswet en AWBZ alleen het enigszins mysterieuze voorschrift dat de verzekerde zich ‘wendt’ tot een gecontracteerde hulpverlener om zijn aanspraken geldend te maken.³¹⁶ De bepaling is veeleer geformuleerd als een verplichting dan als een recht van de verzekerde, en is wellicht te verklaren vanuit de gedachte dat de verzekerde primair jegens het ziekenfonds aanspraak op hulp heeft. Ondanks het ontbreken van duidelijkheid

³¹⁴ HR 22 november 1991, NJ 1992, 508 m.n. P.A. Stein.

³¹⁵ Zie artikel 2 modelregeling arts-patiënt, te vinden op <www.knmg.nl>.

³¹⁶ Artikel 9, lid 1, Ziekenfondswet.

daarover in parlementaire geschiedenis en rechtspraak is alleszins denkbaar dat de verplichting die de hulpverlener jegens het ziekenfonds op zich neemt om aan diens verzekerden hulp te verlenen, tevens moet worden gezien als derdenbeding, waaraan de verzekerde jegens die hulpverlener recht ontleent op de totstandkoming van een behandelingsovereenkomst.³¹⁷ In het systeem van Ziekenfondswet en AWBZ heeft de verzekerde in principe recht op behandeling door een instelling of beroepsbeoefenaar van zijn keuze, mits deze behoort tot degenen die een overeenkomst met de zorgverzekeraar hebben gesloten. Tussen zorgverzekeraar en instelling of beroepsbeoefenaar wordt steeds uitdrukkelijk overeengekomen dat de hulpverlener zijn hulp zal bieden aan degenen die bij de desbetreffende zorgverzekeraar zijn ingeschreven. Onder die omstandigheden wordt de gedachte dat de verzekerde daarop (behoudens eventuele contractueel voorziene beperkingen) jegens de gecontracteerde hulpverlener ook een afdwingbare aanspraak heeft, nog meer plausibel. Overweging verdient de aanspraak van de verzekerde in een toekomstig naturastelsel (als daarvoor wordt gekozen) de vorm te geven van een, door de verzekerde in te roepen en waar nodig geclausuleerd, derdenbeding.³¹⁸

In de relatie tussen patiënt en hulpverlener geldt, mede gezien diens maatschappelijke functie, het verbod van ongelijke behandeling. Het discriminatieverbod verzet zich tegen 'onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken die voor het bepalen van rechten en verplichtingen op een bepaald terrein niet ter zake, niet relevant zijn.'³¹⁹ De vereiste objectieve en zakelijke rechtvaardiging zal een hulpverlener alleen kunnen ontlenen aan de maatstaven waardoor hij zijn handelen en beslissen moet laten bepalen. Dat is, zoals artikel 7:453 BW het formuleert, de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Van de hulpverlener mag worden verwacht dat hij zich uitsluitend door professionele overwegingen laat leiden als het niet mogelijk is patiënten aanstonds de vereiste hulp te verlenen en dus selectie en een wachtlijst onvermijdelijk zijn. Bepalend behoort dus de medische maatstaf te zijn, die zich verzet tegen voorrang voor

³¹⁷ Zie artikel 6:253 BW.

³¹⁸ De Groot, Driehoeksverhoudingen in de nieuwe basisverzekering, p. 698-700; zie ook Ph. S. Kahn, De juridische relatie ziekenhuis-medisch specialist en kwaliteit van zorg, Koninklijke Vermande 2001, p. 156.

³¹⁹ MvT Algemene wet gelijke behandeling, Kamerstukken II 1990-1991, nr. 3, p. 4; vgl. ook HR 17 november 1993, AB 1994, 383.

patiënten op andere dan medisch-inhoudelijke gronden.³²⁰ De hulpverlener is verantwoordelijk en aansprakelijk als ten onrechte voorrang aan andere patiënten wordt verleend.

6.3 Sociale ziektekostenverzekeringen

Krachtens de sociale ziektekostenverzekeringen heeft de verzekerde jegens de zorgverzekeraar een wettelijke aanspraak, met modaliteiten die globaal als volgt kunnen worden samengevat: het moet gaan om zorg die valt binnen de wettelijke aanspraken; de verzekerde moet op de zorg in kwestie aangewezen zijn (indicatie); voor de aanspraak is bepalend welke zorg de verzekerde naar professionele maatstaven nodig heeft.

Uit het wettelijk stelsel volgt dat de verzekerde een aanspraak heeft jegens de verzekeraar waarbij hij is ingeschreven. Die aanspraak levert, wanneer aan de wettelijke voorwaarden is voldaan, een verbintenis op van de verzekeraar jegens de verzekerde. Van die verbintenis kan de verzekerde nakoming vorderen.³²¹ Ook al zijn in het wettelijk stelsel de overeenkomsten tussen verzekeraars en hulpverleners van groot belang, met het enkele sluiten daarvan heeft de verzekeraar niet aan zijn wettelijke plicht voldaan. Op de verbintenis van de verzekeraar jegens de verzekerde zijn de gewone bepalingen van het verbintennisrecht van toepassing. Volgens artikel 6:38 BW kan in beginsel 'terstond' nakoming van een verbintenis kan worden gevorderd. 'Terstond' moet weliswaar niet letterlijk worden genomen, d.w.z. aan de prestatieplichtige moet zoveel tijd worden gelaten als hij redelijkerwijs voor het verrichten van de prestatie nodig heeft³²², maar recht op uitstel heeft hij niet.³²³

De termijn waarbinnen nakoming van de wettelijke aanspraken kan worden verlangd, hangt dus niet af van hetgeen als 'aanvaardbare wachttijd' valt te aan te merken. Men kan het ook aldus formuleren dat de wettelijke regeling géén rekening houdt met de realiteit dat

³²⁰ G.R.J. de Groot, Wachttijsten in de gezondheidszorg, TvGR 1996, p. 63-70.

³²¹ Zie pres. Utrecht 29 oktober 1999, RZA 1999, 192, TvGr 2000, 28; Hof Den Haag 23 december 1999, RZA 2000, 23 m.n. J.M. van der Most, TvGr 2000, 27; pres. Zwolle 14 februari 2000, RZA 2000, 53, TvGr 2000, 29.

³²² Zie Parl. Gesch. NBW Boek 6, artikel 6.1.6.9, p. 170-171.

³²³ In dit licht valt te plaatsen de overweging van het Haagse Hof in het eerder genoemde arrest van 23 december 1999, waarin het Hof, na te hebben vastgesteld dat de betrokken patiënten recht hadden op thuiszorg, kernachtig overweegt: 'Daarmee verdraagt zich niet dat ze op een wachttijd worden gezet.'

althans enige wachttijd onvermijdelijk en acceptabel kan zijn.³²⁴ De wetgever wil daarin overigens verandering brengen door in Ziekenfondswet en AWBZ neer te leggen dat de verzekerde recht heeft op hulp binnen een 'redelijke termijn'.³²⁵

De verzekeraar is aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis. Als een patiënt niet tijdig de juiste zorg krijgt, kan bij de rechter nakoming of schadevergoeding worden gevorderd. De verzekeraar is alleen dan niet of beperkt aansprakelijk als hij zich kan beroepen op overmacht. Dat laatste is mogelijk als de niet-nakoming van de verbintenis 'niet is te wijten aan diens schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'.³²⁶

6.4 Particuliere ziektekostenverzekeringen

Voor zover het gaat om hulp die onder de dekking van een particuliere ziektekostenverzekering valt, hangt het van de polisvoorwaarden af welke aanspraken de patiënt jegens de verzekeraar heeft. In de regel wordt het restitutiestelsel gehanteerd. Dat betekent dat de patiënt uitsluitend recht heeft op vergoeding van gemaakte kosten. Het staat de ziektekostenverzekeraar vrij verder strekkende aanspraken aan te bieden – zoals ook een aanspraak op hulp in natura, of bemiddeling bij wachtlijsten – maar daar is de verzekeraar vrij in. In het restitutiestelsel heeft de verzekerde in elk geval geen aanspraak op hulp zoals in de ziekenfondsverzekering. Voor zover een particuliere ziektekostenverzekeraar de nota van (bijvoorbeeld) een ziekenhuis rechtstreeks voldoet, voldoet hij daarmee geen eigen schuld, maar die van de verzekerde. Een wat diffuse situatie ontstaat wanneer een verzekerde voor bepaalde vormen van zorg een aanvullende verzekering heeft gesloten. Voor de zorg die onder de ziekenfondsverzekering valt, is er een natura-aanspraak, voor de aanvullende zorg alleen een recht op vergoeding. In de praktijk hoeft de verzekerde van het verschil niets te merken, als de hulpverlener de nota's naar hetzelfde adres van de verzekeraar zendt.

³²⁴ Een verdere bijzonderheid is nog dat artikelen 9, lid 2, Ziekenfondswet en 10, lid 1, AWBZ aan de verzekerde expliciet de keuze laten van welke (gecontracteerde) instelling hij hulp wenst te verkrijgen; een keuzevrijheid waarvan het realiteitsgehalte bij omvangrijke wachtlijsten en een urgente behoefte aan zorg hoogst betrekkelijk is.

³²⁵ Actieplan Zorg Verzekerd, Kamerstukken II 2000-2001, 27 488, nr. 1, p. 3. Zie (kritisch) hierover College voor zorgverzekeringen, Wettelijke voor regeling redelijke termijn zorgverlening, rapport 01/69, Amstelveen 2001.

³²⁶ Artikel 6:75 BW.

6.5 Capaciteit en bouw

Een instelling die zorg verleent waarop ingevolge Ziekenfondswet of AWBZ aanspraak bestaat, moet als zodanig zijn toegelaten. Het College voor zorgverzekeringen beslist op aanvragen om toelating.³²⁷

De sanctie op het ontbreken van toelating is dat de instelling geen overeenkomst met een verzekeraar kan sluiten en geen toegang heeft tot de financiering op grond van Ziekenfondswet of AWBZ.

De toelating is niet alleen van belang voor de toegang tot overeenkomsten en financiering, maar ook voor de capaciteit van de instelling. De grondslag daarvoor zou moeten worden gezocht in artikel 8f Ziekenfondswet.³²⁸ De gedachte is dat de instelling door deze bepaling van rechtswege aan de bedoelde gegevens, waaronder in het bijzonder de gegevens over haar capaciteit, is gebonden. Bij wijziging van capaciteit zou de instelling een nieuwe aanvraag om toelating moeten doen waarna, bij inwilliging van de aanvraag, de in dat kader verstrekte gegevens maatgevend voor de capaciteit worden. Specifiek voor bouw is de WZV van belang.³²⁹ De WZV is bedoeld als instrument om de groei die de wettelijke ziektekostenverzekeringen te weeg brachten, in goede banen te leiden³³⁰

³²⁷ Artikel 8a, leden 1 en 3, Ziekenfondswet en artikel 8, leden 1 en AWBZ.

³²⁸ Daar is bepaald: 'Behoudens voor zover bij de toelating anders is aangegeven, worden de werkzaamheden van de instelling ter zake van de verlening van verstrekkingen verricht op de wijze en in de omvang overeenkomstig de gegevens, verstrekt bij de aanvraag om toelating.' Zie in gelijke zin artikel 8e AWBZ.

³²⁹ Zie over de wettelijke systematiek S. Boersma, Aanbodbepaling intramurale gezondheidszorg: de WZV. In: T.E.D. van der Grinten e.a. (red.), Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, band 1, Elsevier/De Tijdstroom; L.A.M. van Zenderen, Wet ziekenhuisvoorzieningen. In: Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht, Kluwer 1999, p. 741 e.v.

³³⁰ Bij de totstandkoming van de AWBZ werd vanuit de Kamer herhaaldelijk gewezen op de kostenontwikkeling waartoe de in de AWBZ zou leiden. In reactie daarop heeft de regering de noodzaak beaamd om 'de bouw van nieuwe inrichtingen in de hand te houden' en verwezen naar de te verwachten indiening van het wetsvoorstel inzake ziekenhuisbouw. Zie verslag van mondeling overleg na het eindverslag, Kamerstukken II 1967-1968, 9717, nr. 21, p. 3 r.k.; Handelingen II 24 oktober 1967, p. 303 r.k.; Handelingen I 12 december 1967, p. 203 l.k.

'Doelmatig' betekent in dit verband onder meer: met vermindering van onnodige kosten en met optimale aanwending van schaarse middelen.³³¹ Voor bouw van ziekenhuisvoorzieningen, waaronder begrepen uitbreiding van een bestaande voorziening, is een vergunning vereist.³³² Zonder vergunning is het verboden een ziekenhuisvoorziening te bouwen en een ziekenhuisvoorziening te exploiteren, voor zover is gehandeld in strijd met het bouwverbod.³³³

De wettelijke systematiek houdt in dat voor bouw eerst een verklaring moet worden afgegeven.³³⁴ Deze verklaring houdt in dat 'de beoogde bouw past in een plan voor ziekenhuisvoorzieningen'.

Voor zover nog geen plan is vastgesteld, geldt in plaats van de zojuist geciteerde passage bij wijze van overgangsbepaling de eis dat 'aan de beoogde bouw behoefte bestaat.'³³⁵ Het begrip 'behoefte' staat centraal in deze systematiek.³³⁶ Hierbij is opgemerkt dat de behoeftecriteria een gedifferentieerd en dynamisch karakter zouden hebben en onder andere door demografische en medische ontwikkelingen aan wijziging onderhevig zouden zijn.³³⁷ Bij de ontwikkeling van de criteria zouden mede wetenschappelijke inzichten worden betrokken.³³⁸ Het gaat in de WZV om 'behoefte', vertaald in normatieve criteria.³³⁹

De uitvoering van de WZV geschiedt niet volgens de plansystematiek. Voor ziekenhuisvoorzieningen zijn er weinig of geen vigerende plannen. In feite is het proces van planvorming omstreeks

³³¹ MvT, Kamerstukken II 1967-1968, 9717, nr. 3, p. 5-7.

³³² Volledigheidshalve verdient opmerking dat bouwkundige investeringen van beperkte omvang van het vergunningvereiste zijn uitgezonderd, zie Besluit uitzondering toestemmingsprocedures WZV, besluit van 19 juli 1979, Stcrt. 152, nadien gewijzigd.

³³³ Artikel 6, lid 1, WZV.

³³⁴ Artikel 7, lid 1, aanhef en onder a, WZV.

³³⁵ Artikel 29, lid 1, aanhef en onder b, WZV.

³³⁶ Zie over het behoeftebegrip ook J.M. van der Most, De behoefte aan ziekenhuisvoorzieningen, een veranderend perspectief. In: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen, Wet ziekenhuisvoorzieningen, Vermande 1996, p. 17-25.

³³⁷ Als gronden tot herziening van de beleidsregels zijn genoemd: verandering in het heersende ziektepatroon, verandering in de mogelijke geneeswijzen, verandering in de bevolkingsontwikkeling, verandering in het functiepakket van instellingen, verandering in de inzichten over de gewenste omvang van de voorzieningen en verandering van gebiedsindeling, zie MvA, Kamerstukken II 1975-1976, 13 796, nr. 7, p. 6.

³³⁸ MvA, Kamerstukken I 1970-1971, 9717, nr. 119, p. 1-2.

³³⁹ MvA, Kamerstukken II 1989-1990, 21 200, nr. 6, p. 5.

1991 tot een einde gekomen.³⁴⁰ Omdat plannen als toetsingsmaatstaf ontbreken, wordt thans – veelal aan de hand van de beleidsregels op grond van de WZV of andere beleidsdocumenten – beoordeeld of er behoefte aan een nieuwe bouwkundige voorziening bestaat en wordt vervolgens een beroep gedaan op de 'uitstelbepaling' die thans is vervat in artikel 10, lid 5, WZV.³⁴¹

Volgens deze bepaling kan de minister, indien het algemeen belang dit vereist, bij het afgeven van een verklaring bepalen dat binnen een door hem te bepalen termijn een aanvraag om goedkeuring van het programma van eisen en het schetsontwerp resp. de aanvraag voor de bouwvergunning niet in behandeling wordt genomen. Deze bepaling is de basis voor het thans gehanteerde systeem van *bouwprioriteiten*.³⁴² In de toelichting bij artikel 10, lid 5 is daarover opgemerkt: 'Dit stelsel houdt in dat bouwprojecten waaraan op zich behoefte is, tegen elkaar worden afgewogen om de onderlinge prioriteit te bepalen en daarmee de volgorde waarin en de periode waarna zij, gelet op de volgens het Jaaroverzicht zorg (JOZ) beschikbare middelen, verwezenlijkt kunnen worden'.³⁴³ Zoals in het citaat tot uitdrukking komt, zijn de beschikbare middelen zoals aangegeven in (thans) de Zorgnota bepalend voor de prioriteitstelling en fasering bij het toestaan van bouw. Dit laat onverlet het uitgangspunt van de WZV dat de behoefte bepalend is voor het al dan niet toestaan van bouw; in feite zal het zwaartepunt veelal liggen bij de prioriteitstelling, die zal moeten worden bepaald op grond van de urgentie van de realisatie van de voorzieningen. Het ligt voor de hand dat een tekortschietend aanbod van zorg kan ontstaan wanneer de financiële ruimte voor de tijdige realisatie van voorzieningen waaraan behoefte bestaat, niet toereikend is.

De wettelijke systematiek voorziet niet in een rol van instellingen en van zorgverzekeraars, hetgeen uiteraard consultatie vóór de besluitvorming niet uitsluit. Dit brengt mee dat capaciteits- en bouwbeslissingen voor instellingen en zorgverzekeraars in zekere zin een

³⁴⁰ Van Zenderen 1999 (T&C Gezondheidsrecht), Inleidende opmerkingen Wet Ziekenhuisvoorzieningen, aant. 1.

³⁴¹ Deze bepaling is op 1 januari 2000 in de plaats getreden van artikel 15, lid 6, WZV. Daar was bepaald dat de minister bij de verlening van de bouwvergunning, indien het algemeen belang dit vereist, kan bepalen dat met de bouw niet mag worden begonnen binnen een door hem vast te stellen termijn. Met de wetwijziging is de uitstelbeslissing 'naar voren gehaald' doordat deze in de verklaring kan worden opgenomen en niet eerst in de vergunning.

³⁴² Zie voor een uiteenzetting over het planning- en bouwbeleid *Zorgnota 2000*, p. B25-B37.

³⁴³ MvT, Kamerstukken II 1997-1998, 26 011, nr. 3, p. 28.

gegeven zijn. Daaraan is wel de conclusie verbonden dat wanneer het niet tijdig verwezenlijken van aanspraak op zorg het gevolg is van een tekort schietende capaciteit, dit laatste voor de zorgverzekeraar overmacht oplevert, als gevolg waarvan hij niet aansprakelijk is voor het tekort aan zorg.³⁴⁴ Niet elke discussie hierover is uitgesloten. In de eerste plaats is in overeenkomsten tussen instellingen en zorgverzekeraars voorzien in overleg over investeringen, dus ook over eventuele uitbreidingsbouw; in de tweede plaats kan een zorgverzekeraar informeel zijn invloed aanwenden bij het College bouw ziekenhuisvoorzieningen en het ministerie van VWS om de nodige aandacht te vragen voor eventuele capaciteitstekorten; in de derde plaats kan een zorgverzekeraar beroep instellen tegen beslissingen op grond van de WZV, als die naar zijn mening niet toereikend zijn om adequate, tijdige zorg te waarborgen³⁴⁵. De bepalingen over toelating in Ziekenfondswet en AWBZ en de WZV zullen, naar wordt beoogd, worden vervangen door de Wet exploitatie zorginstellingen (WEZ)³⁴⁶. Het wetsvoorstel voorziet erin dat een instelling een exploitatietoestemming nodig heeft en een bouwvergunning, maar alleen als het gaat om bij amvb aangewezen vormen van bouw.³⁴⁷ Daarbij heeft de regering het oog op 'geheel nieuw toetredende ziekenhuizen en plannen voor volledig vervangende nieuwbouw'.³⁴⁸ Het wetsvoorstel is ingediend in een overgangsfase van een sterk gereguleerde gezondheidszorg naar een stelsel dat wordt gekenmerkt door een grote mate van vrijheid voor instellingen en zorgverzekeraars. Daarom voorziet het wetsvoorstel in flexibele instrumenten, die de overheid in staat moeten stellen de (financiële) teugels geleidelijk lossen te laten. Een belangrijke plaats neemt het door de minister van VWS vast te stellen beleidskader in, dat tevens een financieel kader omvat. Het beleidskader bevat ook criteria voor de prioriteit van aanvragen. Deze criteria moeten in elk geval betrekking hebben op de aard van de zorg, de spreiding en de doelmatigheid van instellingen alsmede op de bouwkundige en

³⁴⁴ Vgl. pres. Zwolle 14 februari 2000, RZA 2000, 53; pres. Den Haag 1 juni 2001, RZA 2001, 73.

³⁴⁵ Zie artikel 19 WZV; een ziekenfonds of een particuliere ziektekostenverzekeraar als uitvoerder van de AWBZ is ongetwijfeld 'belanghebbende' in de zin van deze bepaling en artikel 1:2 Awb.

³⁴⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 27 659, nrs. 1-8.

³⁴⁷ Artikelen 4 en 10 WEZ.

³⁴⁸ Brief minister van VWS aan de Tweede Kamer 25 september 2001, Kamerstukken II 2001-2002, 27 659, nr. 5, p. 4-5.

functionele staat.³⁴⁹ Het financieel kader fungeert als maatstaf voor het al dan niet verlenen van toestemming voor exploitatie.³⁵⁰

Het beleidskader moet verder de basis zijn voor regiovisies, waarin provincies resp. grote gemeenten, patiënten en consumentenorganisaties, instellingen en ziektekostenverzekeraars hun visie neerleggen over ‘een doelmatig, evenwichtig en voor eenieder toegankelijk stelsel van gezondheidszorg’.³⁵¹ De WEZ is, aldus de regering, ontworpen om een verdere verruiming van verantwoordelijkheden van de zorgverzekeraars te ondersteunen.³⁵² Niet alleen daar spelen de zorgverzekeraars een rol, maar ook moeten zij over een aanvraag voor exploitatietoestemming worden geconsulteerd.³⁵³ Ook onder de WEZ zal een zorgverzekeraar zo nodig beroep kunnen instellen tegen besluiten van de minister of het College bouw zorginstellingen. Het valt te bezien in hoeverre tekort schietende capaciteit van instellingen onder dit nieuwe regime – indien ingevoerd – voor de zorgverzekeraar als ‘overmachtsexcuus’ kan gelden. Gebrek aan bedden of plaatsen louter omdat financiële begrenzingsen zoals voortvloeiend uit de Zorgnota uitbreiding verhinderen, kan ook in het nieuwe stelsel problematisch blijven. Er blijft een zekere spanning bestaan tussen het concept waarin de zorgverzekeraar volledige verantwoordelijkheid draagt voor de verlening van de zorg waarop de verzekerde recht heeft, en een stelsel waarin van bovenaf (om overigens volstrekt legitieme redenen) financiële beperkingen worden gesteld aan de mogelijkheden door bouw en uitbreiding in de behoeften te voorzien. In de onzekere situatie van de overgang naar een nieuw stelsel is het op zichzelf begrijpelijk dat wordt gekozen voor een regime dat de overheid in staat stelt tot stringente kostenbeheersing, maar het ook mogelijk maakt geleidelijk aan instellingen en zorgverzekeraars nagenoeg volledig de verantwoordelijkheid voor de capaciteit van de instellingen en bouw over te laten.

Zo lang de overheid zelf financiële grenzen stelt en voor zover deze duidelijk kunnen worden aangewezen als oorzaak van tekort schietende zorg, is de overheid daarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk. Uit de onderlinge verhouding tussen WZV (en in de

³⁴⁹ Artikel 2, leden 1 en 2, WEZ.

³⁵⁰ Artikel 6, lid 3, WEZ.

³⁵¹ Artikel 3, lid 1, WEZ.

³⁵² Brief minister van VWS aan de Tweede Kamer 25 september 2001, Kamerstukken II 2001-2002, 27 659, nr. 5, p. 2.

³⁵³ Artikel 6, lid 1, WEZ; zie ook artikel 13 WEZ, volgens welke bepaling aan een toestemming beperkingen kunnen worden verbonden, beperkingen kunnen worden ingetrokken en een toestemming kan worden ingetrokken. Ook daarbij moeten de zorgverzekeraars worden betrokken.

toekomst WEZ) enerzijds en Ziekenfondswet en AWBZ anderzijds vloeit voort dat de besluitvorming over capaciteit en bouw moet worden afgestemd op de behoefte en op de aanspraken die verzekerden ingevolge die wetten hebben; een toepassing van de WZV (of WEZ) waarvan te verwachten valt dat die aanspraken worden gefrustreerd, zal moeten worden vermeden.

6.6 Tarieven en budgetten

De WTG is van toepassing op een reeks van instellingen in de gezondheidszorg, waaronder de instellingen die zorg verlenen ingevolge Ziekenfondswet en AWBZ.³⁵⁴ Ingevolge artikel 2 WTG is het verboden een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomstig de WTG is goedgekeurd of vastgesteld. Anders dan bij de vrije beroepsbeoefenaren, voor wie een stelsel van maximumtarieven geldt³⁵⁵, kan voor instellingen van het goedgekeurde of vastgestelde tarief nóch naar boven, nóch naar beneden worden afgeweken.³⁵⁶

De WTG is niet uitsluitend bedoeld voor kostenbeheersing. Het is niet zonder betekenis dat in de considerans het oogmerk van 'evenwichtige tarieven' is vooropgesteld en de beheersing van de kostenontwikkeling als nevenmotief is genoemd.³⁵⁷ De wetgever heeft de WTG gezien als één van de instrumenten om de doelstellingen van volksgezondheidsbeleid te verwezenlijken. Bij de totstandkoming

³⁵⁴ Dit is een welbewuste keuze, zie NvT bij k.b. van 20 januari 1989, Stb. 26, p. 2.

³⁵⁵ Zie artikel 17a WTG e.v. en het Besluit werkingssfeer maximumtarieven WTG.

³⁵⁶ Nader rapport, uitgebracht op 14 oktober 1976, waarin is opgemerkt dat '[...] dat ook benedenwaartse afwijkingen van goedgekeurde of vastgestelde tarieven verboden dienen te worden ter voorkoming van de verstoring van de juiste concurrentieverhoudingen. De mogelijkheid dat door lagere tarieven ook kwaliteitsverlaging in de gezondheidszorg geoorloofd zou zijn, moet uitgesloten worden. De wetstekst is daar dan ook op afgestemd.' Bij de wijziging van de WTG in 1992 is er vervolgens expliciet voor gekozen het stelsel van maximumtarieven niet toe te passen op gebudgetteerde instellingen voor gezondheidszorg. Zou een verzekeraar met een instelling een lager tarief overeenkomen dan andere verzekeraars, dan zou dat de evenredige verdeling van lasten over de verzekeraars verstoren; zouden over de gehele linie lagere tarieven worden overeengekomen, dan zou de dekking van het budget niet langer gewaarborgd zijn. Zie hierover MvT, Kamerstukken II 1989-1990, 21 357, nr. 3, p. 26.

³⁵⁷ Volgens de considerans van de WTG is het wenselijk 'regelen te stellen ter bevordering van een evenwichtig stelsel van tarieven mede met het oog op de beheersing van de kostenontwikkeling'.

van de WTG is daartoe gerekend dat de gezondheidszorg aan kwaliteits-eisen moet voldoen, doelmatig moet zijn, moet aansluiten op de behoeften en voor eenieder toegankelijk moet zijn.³⁵⁸

De WTG voorziet erin dat de tarieven worden beoordeeld en berekend aan de hand van algemeen geldende maatstaven, neergelegd in beleidsregels. De beleidsregels worden door het College tarieven gezondheidszorg vastgesteld, met betrokkenheid vooraf van de representatieve organisaties van zorgverzekeraars en hulpverleners. Zij moeten betrekking hebben op de hoogte, de opbouw en de wijze van berekening van de tarieven.³⁵⁹ Ook de centrale overheid kan het initiatief nemen tot vaststelling van beleidsregels.

De overheid kan het College verplichten over bepaalde onderwerpen beleidsregels vast te stellen.³⁶⁰ De door het College vastgestelde beleidsregels zijn in alle gevallen onderworpen aan de goedkeuring van de centrale overheid. Een bijzonder type beleidsregels zijn die waarbij een *macrobudget* aan de tarieven ten grondslag wordt gelegd.³⁶¹ Het tarief wordt dan (mede) bepaald door het maximum aan kosten dat de centrale overheid voor enige sector van de gezondheidszorg aanvaardbaar acht. Het macrobudget is bij uitstek een instrument van de centrale overheid voor kostenbeheersing. Het is als zodanig ook in de rechtspraak aanvaard.³⁶²

De WTG gaat voor de bepaling van de tarieven uit van het 'overlegmodel'. Uitgangspunt is dat instellingen en verzekeraars — binnen de grenzen die de beleidsregels stellen — in onderhandelingen over de tarieven overeenstemming bereiken. De wetgever heeft in zoverre aansluiting gezocht bij het stelsel van Ziekenfondswet en AWBZ, dat eveneens is gebaseerd op het principe van overleg en overeenstemming tussen verzekeraar en hulpverleners.³⁶³ De overeengekomen tarieven zijn vervolgens

³⁵⁸ Zie NMvA, Kamerstukken II 1979-1980, 14 182, nr. 9, p. 5. Daar wordt verwezen naar MvT Rijksbegroting 1980, Kamerstukken II 1979-1980, 15 800 hoofdstuk XVII, nr. 2, p. 8-9, waar enkele meer fundamentele beschouwingen worden gewijd aan de doelstellingen van het volksgezondheidsbeleid.

³⁵⁹ Artikel 11 WTG.

³⁶⁰ Zie artikel 13 WTG. Tot 1 januari 2000 kende de wet hiervoor de term 'aanwijzingen'. Sindsdien bepaalt het eerste lid van artikel 13: 'Onze Minister kan beleidsregels vaststellen ten aanzien van de onderwerpen, waaromtrent [...] door het College beleidsregels worden of kunnen worden vastgesteld.'

³⁶¹ Artikel 11, lid 2, WTG.

³⁶² Zie m.n. CBB 22 november 1994, RZA 1995, 34.

³⁶³ MvT, Kamerstukken II 1976-1977, 14 182, nr. 3, p. 18.

onderworpen aan de goedkeuring van het College tarieven gezondheidszorg.³⁶⁴

Aan de beleidsregels ingevolge de WTG is eigen dat daarvan onder bijzondere omstandigheden kan of moet worden afgeweken.³⁶⁵ Voor afwijking van beleidsregels kan aanleiding bestaan als de daarin vervatte financiële grenzen de instelling niet in staat stellen te voldoen aan haar verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van de zorg of hulp te verlenen in de vereiste omvang.³⁶⁶

De tarieven van de instellingen worden berekend op basis van een jaarlijks vastgesteld budget. Het budget geeft de omvang aan van de financiële middelen waarover de instelling kan beschikken. Bij de instellingen mag niet neerwaarts worden afgeweken van de tarieven die het College tarieven gezondheidszorg heeft vastgesteld of goedgekeurd. Dit betekent dat het budget (en het daarvan afgeleide tarief) niet alleen een maximum vormt, maar tevens een garantie voor de inkomsten van de instelling.³⁶⁷ De aanwending van het budget staat ter beoordeling van het instellingsmanagement. Wel is het mogelijk dat de overeenkomsten tussen instellingen en verzekeraars aan de laatste invloed op de aanwending van het budget bieden. In verschillende overeenkomsten voorzien in regelmatig overleg over het (financieel) beleid van de instelling.³⁶⁸

Een belangrijk deel van het budget is productiegebonden. Uitgangspunt van de beleidsregels inzake budgettering is dat de individuele instelling en de verzekeraar jaarlijks komen tot zg. productieafspraken. Deze productieafspraken hebben geen andere betekenis dan die van een gezamenlijke *raming* van aard en omvang van de dienstverlening van de instelling in het jaar waarop het budget betrekking moet hebben. De WTG biedt geen grondslag om aan de productieafspraken een verder strekkende betekenis toe te kennen.³⁶⁹

³⁶⁴ Artikelen 4 en 5 WTG.

³⁶⁵ Artikel 4:84 Awb.

³⁶⁶ CBB 27 januari 1987, RZA 1987, 147; CBB 16 november 1993, RZA 1994, 29; CBB 1 maart 1994, RZA 1994, 87; CBB 27 september 1994, RZA 1994, 174; CBB 25 april 1995, RZA 1995, 116.

³⁶⁷ Vgl. MvT, Kamerstukken II 1989-1990, 21 357, nr. 3, p. 26.

³⁶⁸ Zo is in artikel 9 overeenkomst zorgkantoor-thuiszorginstelling overleg voorzien over o.a. aard en omvang van de activiteiten van de instelling, versterking van doelmatigheid, zorgvernieuwing, financieel beleid en beleid met betrekking tot aard, omvang en kwaliteit van de hulpverlening. Andere overeenkomsten kennen soortgelijke bepalingen.

³⁶⁹ Uitgangspunt is immers dat via de WTG aard en omvang van de dienstverlening niet kunnen worden geregeld, zie o.a. MvA, Kamerstukken II 1978-1979, 14 182, nr. 6, p. 16 en 39.

Dit betekent dat noch zorgverzekeraar noch instelling zich jegens de patiënt kunnen beroepen op de omstandigheid dat in enig jaar de grens van de productieafspraken is bereikt. De productieafspraken vormen een mechanisme om, binnen de grenzen van de capaciteit, verwachte veranderingen in aard en omvang van de dienstverlening in het budget te laten doorwerken.

Een in de parlementaire geschiedenis meermalen terugkerend element is dat de tariefstelling niet in de weg mag staan aan de verwezenlijking van aanspraken op gezondheidszorg zoals die in het bijzonder uit de sociale ziektekostenverzekeringen voortvloeien. Ook de rechtspraak laat zien dat beleidsregels en tariefbeslissingen niet zodanig mogen worden vastgesteld dat de instellingen buiten staat zijn te voldoen aan de eisen van verantwoorde zorg of buiten staat zijn zorg te verlenen in voldoende omvang.³⁷⁰ Mocht te voorzien zijn dat beleidsregels een dergelijk gevolg hebben, dan bestaat de kans dat de rechter die beleidsregels onverbindend acht.³⁷¹ Mocht het budget in een individueel geval aantoonbaar ontoereikend zijn, dan kan de rechter tot de conclusie komen dat het College tarieven gezondheidszorg ten gunste van de instelling van de beleidsregel had moeten afwijken. Hierbij wordt niet alleen op het budget gelet, maar op de gehele financiële positie van de instelling.³⁷² Daarbij moet worden aangetekend dat de rechter vooral let op hetgeen wettelijk aan aanspraken en verplichtingen is vastgelegd. Zo zal er in een situatie waarin de zorg wellicht niet voldoet aan hetgeen de betrokken instelling als wenselijk of ideaal ziet, maar wél blijft binnen de maatstaf van 'verantwoorde zorg', geen aanleiding zijn van beleidsregels over budgettering af te wijken.³⁷³ In voorkomend geval zal het op de weg van instelling en verzekeraar liggen omstandigheden aan te voeren (en aan te tonen) die meebrengen dat een volgens de beleidsregels berekend budget ontoereikend zal zijn. Deze 'bewijslast' zal in de regel niet eenvoudig zijn.

Wat betekent dit voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van instellingen en zorgverzekeraars? Duidelijkheid daarover is gegeven in een kort geding, aanhangig gemaakt door een groep

³⁷⁰ CBB 27 januari 1987, RZA 1987, 61; CBB 19 mei 1987, RZA 1987, 147; Hof Den Haag 17 november 1988, RZA 1989, 31; CBB 16 november 1993, RZA 1994, 29; CBB 1 maart 1994, RZA 1994, 87; CBB 3 maart 1996, RZA 1996, 93.

³⁷¹ Vgl. Hof Den Haag 16 november 1989, NJ 1990, 446, RZA 1990, 32.

³⁷² CBB 31 augustus 1988, RZA 1988, 232; CBB 16 november 1993, RZA 1994, 29; CBB 27 september 1994, RZA 1994, 174; CBB 25 oktober 1994, RZA 1995, 32; CBB 5 maart 1996, RZA 1996, 93; CBB 17 december 1996, RZA 1997, 55.

³⁷³ Vgl. CBB 25 april 1995, RZA 1995, 116.

patiënten die een indicatie hadden voor thuiszorg. De betrokken thuiszorginstellingen zagen geen kans tijdig hulp te verlenen, naar werd gesteld om budgettaire redenen. De patiënten dagvaardden de Staat in kort geding. Zij vorderden dat de Staat binnen een week zodanige maatregelen zou treffen dat de thuiszorginstellingen hen daadwerkelijk hulp konden verlenen. De president te Den Haag wees hun vorderingen af.³⁷⁴ Dat vonnis werd in hoger beroep bekrachtigd.³⁷⁵ Het Hof stelt voorop dat de verzekerden recht hebben op thuiszorg en, zoals het Hof overweegt, daarmee verdraagt zich niet dat zij op een wachtlijst zijn geplaatst.

De vordering tegen de Staat wordt niettemin afgewezen omdat de verzekerden jegens de Staat geen rechtstreekse aanspraak hebben om voor voldoende middelen van de zorgverzekeraar te zorgen. Het Hof verwijst hierbij naar het wettelijk stelsel. Daarin is, zo zegt het Hof, de wijze waarop de voor de zorg bestemde middelen worden verdeeld, uitgewerkt in een complex van wettelijke regelingen waarin aan de Staat geen directe bemoeienis is toegedacht, maar waarbij het College tarieven gezondheidszorg bij de vaststelling van de budgetten een rol speelt en het College voor zorgverzekeringen de kosten aan de zorgverzekeraar vergoedt. Als er spanning ontstaat omdat de werkelijke kosten de budgetten overschrijden, dan berust het risico daarvoor bij de zorgverzekeraars. De zorgverzekeraars kunnen voor het uitblijven van zorg worden aangesproken. Het ontbreken van een voldoende budget kunnen zij niet aan de verzekerden tegenwerpen.

Dat is begrijpelijk vanuit de systematiek van de WTG, waarin van de zorgverzekeraars uitdrukkelijk wordt verwacht dat zij in de totstandkoming van de tarieven participeren en waarbij hen ook het recht van beroep tegen tariefbeslissingen toekomt, juist met het oog op hun verantwoordelijkheid voor een toereikende zorg.

Het spreekt vanzelf dat bij een liberalisering van de tariefstelling aan ieder beroep van sociale ziektekostenverzekeraars op financiële en budgettaire argumenten de grondslag komt te ontvallen. Hetzelfde geldt voor de instellingen. Een in dit verband relevante ontwikkeling is de ontwikkeling van de systematiek van diagnosebehandelingscombinaties (DBC's), waarbij niet alleen de prijs, maar ook soorten en aantallen van de DBC's onderwerp van contractsvorming zijn en

³⁷⁴ Pres. Den Haag 18 december 1998, RZA 1999, 23.

³⁷⁵ Hof Den Haag 23 december 1999, RZA 2000, 23 m.n. J.M. van der Most, TvGr 2000, 27. Tegen het arrest van het

Hof is geen cassatieberoep ingesteld. Zie in gelijke zin pres. Utrecht 29 oktober 1999, RZA 1999, 192, TvGr 2000, 28. Zie ook J.M. van der Most, *De zorgplicht en zijn grenzen, Zorg & Verzekering* 1995, p. 96-108.

waarbij niet bij voorbaat vaststaat dat een zorgverzekeraar bij elk ziekenhuis alle vormen van dienstverlening ‘inkoopt’.³⁷⁶

Tegen dergelijk selectief contracteren behoeven geen doorslaggevende bezwaren te bestaan, zolang de zorgverzekeraar zich van zodanige contracten voorziet dat hij kan blijven voldoen aan zijn prestatie- of garantieplicht jegens de verzekerden.

6.7 Personeelsschaarste

De verantwoordelijkheid voor voldoende en voldoende gekwalificeerd personeel berust primair bij de instellingen. De Kwaliteitswet zorginstellingen accentueert die verantwoordelijkheid: de zorgaanbieder moet de instelling kwalitatief en kwantitatief zodanig van personeel voorzien dat verantwoorde zorg wordt geboden.³⁷⁷ Diverse factoren kunnen daaraan in de weg staan, in het bijzonder algemene schaarste op de arbeidsmarkt, onvoldoende opleidingscapaciteit, hoge werkbelasting of onvoldoende aantrekkelijke arbeidsvoorwaarden, dan wel een combinatie van deze factoren. Voor sommige factoren draagt de overheid (mede)verantwoordelijkheid, zoals voor de opleidingscapaciteit en voor het totaal van de financiële middelen die voor de arbeidsvoorwaarden beschikbaar zijn. Het zal niet eenvoudig zijn een eenduidige relatie te leggen tussen één of meer factoren en een tekort aan zorg als gevolg van personeelsschaarste, en daaruit te concluderen tot juridische aansprakelijkheid van (bijvoorbeeld) de overheid.

Voor zover aantoonbaar een personeelstekort er de oorzaak van is dat patiënten niet tijdig de gewenste hulp kunnen ontvangen, lijkt dat een factor te zijn die niet in de risicosfeer van de ziekenfondsen ligt. Directe invloed op de opleidingen, het personeelsbeleid en de werving van personeel hebben zij niet; ook zijn zij geen partij bij cao-onderhandelingen. Een beroep op overmacht in geval van personeelstekort als oorzaak van wachtlijsten is dan ook plausibel.

6.8 Gevolgen van tekortkoming

Bij niet (tijdige) verlening van de zorg waarop de verzekerde krachtens Ziekenfondswet of AWBZ aanspraak heeft, heeft hij de keuze tussen een vordering tot nakoming en een vordering tot

³⁷⁶ Zie voor verdere informatie <www.dbc2003.nl> en brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer 21 december 2001, Kamerstukken II 2001-2002, 28 008, nr. 16.

³⁷⁷ Artikel 3 Kwaliteitswet zorginstellingen.

schadevergoeding. In veel gevallen zal de verzekerde, die bijvoorbeeld thuiszorg nodig heeft of die moet worden opgenomen in een verpleeghuis, het meeste belang hebben bij nakoming. Omdat het ziekenfonds (of, in voorkomend geval, de particuliere ziektekostenverzekeraar) niet zélf de prestatie mag en kan verlenen waarop aanspraak bestaat, kan de patiënt slechts vorderen dat de zorgverzekeraar wordt veroordeeld binnen een bepaalde termijn 'zorg te dragen' voor de nodige hulp. Het kan zijn dat de zorgverzekeraar, ook al kan hij zich niet met succes op overmacht beroepen, feitelijk niet in staat is aan het gevorderde te voldoen. Een actie van een patiënt kan bij toewijzing bovendien ertoe leiden dat andere patiënten met een hogere plaats op de wachtlijst nog langer op hulp moeten wachten³⁷⁸. In het kader van een kort geding – en meestal zal het gezien de spoedeisendheid om een kort geding gaan – kan de voorzieningenrechter eventueel een vordering, ook al is zij gegrond, afwijzen op grond van een belangenafweging. Deze belangenafweging is in de aangegeven omstandigheden ook de enige 'escape'. In een bodemprocedure is geen plaats voor afwijzing van een gegronde vordering op grond van een belangenafweging. Ook schadevergoeding kan onder omstandigheden een oplossing zijn, bijvoorbeeld wanneer de verzekerde zelf een (niet onder de verzekering vallend) alternatief voor thuiszorg heeft weten te vinden of in het buitenland een operatie heeft ondergaan. Of het zelf gevonden alternatief duurder is dan de zorg die volgens de sociale ziektekostenverzekering had moeten worden verleend, is niet van belang: voor schadevergoeding komen de kosten in aanmerking die de verzekerde redelijkerwijs heeft moeten maken doordat de zorgverzekeraar niet of niet tijdig aan zijn prestatieplicht voldeed. Voor een schadevergoedingsactie is óók plaats wanneer de zorgverzekeraar zich op overmacht kan beroepen.³⁷⁹ In dat geval verkrijgt de zorgverzekeraar immers een voordeel, doordat hij zich kosten uitspaart. De schadevergoeding belooft dan ten hoogste het bedrag van dit voordeel, dus een bedrag gelijk aan de kosten die de zorgverzekeraar bij nakoming van zijn verplichting had moeten maken.

Deze civielrechtelijke benadering is eenvoudig en rechtlijnig, maar de toepasselijkheid ervan is enigszins onzeker vanwege de bepalingen die Ziekenfondswet en AWBZ bevatten over toestemming voor (en dus vergoeding van) hulp door een niet-

³⁷⁸ Vgl. Hof Den Haag 22 september 1995, TvGr 1996, 4 (bevel in kort geding tot opname zou ten onrechte leiden tot voorrang boven andere op de wachtlijst geplaatsten).

³⁷⁹ Zie artikel 6:78 BW.

gecontracteerde hulpverlener, al dan niet in het buitenland.³⁸⁰ Bezien vanuit het systeem van de Ziekenfondswet ligt een vergoedingsplicht niet voor de hand, omdat die wet voorziet in een discretionaire bevoegdheid om toestemming te verlenen voor behandeling in een niet-gecontracteerde instelling. In dit kader wordt van de verzekerde verlangd dat hij een wachttijd aanvaardt, zo lang een medisch aanvaardbare wachttijd niet wordt overschreden.³⁸¹ Vanuit verbintenisrechtelijk oogpunt hoeft de verzekerde in het geheel geen wachttijd te accepteren. Het is de vraag of de regeling van de Ziekenfondswet derogeert aan de civielrechtelijke bepalingen over schadevergoeding bij niet-nakoming van een verbintenis. De samenloop van beide wettelijke regelingen heeft zelden aandacht gehad.³⁸² In een nieuwe wettelijke regeling zou, in geval de zorgverzekeraar niet in staat is tot tijdige en adequate nakoming van zijn verplichtingen, de toestemmingseis heel goed kunnen worden gemist: als prestaties in natura niet tijdig of niet adequaat worden verleend, kan de verzekerde bij wijze van schadevergoeding betaling van de kosten van vervangende voorzieningen vorderen. Het valt niet in te zien waarom de zorgverzekeraar uit civielrechtelijk oogpunt een 'status aparte' zou moeten innemen als hij niet tijdig aan zijn wettelijke verbintenis voldoet. Vanzelfsprekend is de verzekerde verplicht de schade zoveel mogelijk te beperken. Daartoe kan ook de zorgverzekeraar bijdragen door in overleg met de verzekerde te treden over alternatieven.

7. KWALITEIT VAN DE ZORG

7.1 De hulpverlener

Een tekort in de zorg kan zich ook voordoen wanneer incidenteel dan wel structureel de kwaliteit van de hulp aan patiënten tekortschiet. Zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk draagt de hulpverlener verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg en is hij aansprakelijk bij het tekortschieten daarvan. Publiekrechtelijke normen zijn vervat in de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet BIG, zoals aangehaald in § 3.4. Privaatrechtelijk is er de in artikel

³⁸⁰ Zie artikel 9, lid 4, Ziekenfondswet en artikel 10, lid 2, AWBZ.

³⁸¹ Zie o.m. CRvB 12 december 1997, RZA 1998, 47.

³⁸² Een schadevergoedingsplicht van de Staat is aangenomen in het geval van patiënten die niet tijdig in een verpleeghuis konden worden opgenomen en daardoor extra kosten moesten maken (ook wel de 'verkeerde bed'-problematiek genoemd), zie pres. Den Haag 18 juni 1987, KG 1987, 282; rb. Den Haag 11 maart 1992, TvGr1993, 32.

7:453 BW neergelegde maatstaf van goed hulpverlenerschap. Ten aanzien van medische fouten kennen wetgeving en rechtspraak duidelijke lijnen, al is de casuïstiek veelal gecompliceerd. De norm is dat beroepsbeoefenaren zo moeten handelen als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.³⁸³

De rechter hanteert daarbij algemeen gangbare normen, zoals in het bijzonder neergelegd in standaarden, richtlijnen en protocollen, als bouwstenen voor de beoordeling. De bewijslast van onjuist medisch handelen rust op de patiënt, maar wel wordt van de arts verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijislevering te verschaffen.³⁸⁴

In het kader van de ziekenhuiszorg geldt de zgn. centrale aansprakelijkheid: als verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat zelf niet partij is bij de behandelingsovereenkomst, dan is het ziekenhuis niettemin mede aansprakelijk, als ware het zelf partij bij de overeenkomst.³⁸⁵ De bepaling is bedoeld om zo veel mogelijk te voorkomen dat de patiënt met zijn aansprakelijkstelling bij het verkeerde loket komt omdat voor hem soms moeilijk vast te stellen is wie jegens hem, uit overeenkomst dan wel onrechtmatige daad, aansprakelijk moet worden gehouden. De schade wordt vrijwel zonder uitzondering gedekt door een aansprakelijkheidsverzekering, die in de sfeer van de ziekenhuiszorg door het ziekenhuis wordt afgesloten mede ten behoeve van de in het ziekenhuis werkzame medisch specialisten. Het is overigens de vraag of de constructie van een wettelijke medeaansprakelijkheid nodig is. De constructie hangt samen met de opvatting dat een vrijgevestigde medisch specialist een eigen, afzonderlijke behandelingsovereenkomst met de patiënt heeft.³⁸⁶ Sinds het zgn. integratiewetje contracteert het ziekenfonds alleen met het ziekenhuis, maar zou de patiënt met zowel het ziekenhuis als de medisch specialist een overeenkomst hebben. Een – ook uit oogpunt van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid – eenvoudiger constructie is die waarin de patiënt alleen een overeenkomst met het ziekenhuis heeft en de medisch specialist in de verhouding met de patiënt als hulppersoon van het ziekenhuis wordt

³⁸³ O.a. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26; C.J.J.M. Stolker, *Wgbo en aansprakelijkheid*. In: J. Legemaate (red.), *De Wgbo: van tekst naar toepassing*, derde druk, Bohn Stafleu Van Loghum 1998, p. 127-139.

³⁸⁴ O.a. HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368.

³⁸⁵ Artikel 7:462 BW.

³⁸⁶ Zie expliciet NMvA, Kamerstukken I 1998-1999, 25 258, nr. 61, p. 5.

aangemerkt.³⁸⁷ Voor de toepasselijkheid van de ter bescherming van de patiënt geschreven bepalingen is het niet nodig een afzonderlijke behandelingsovereenkomst met de vrijgevestigde medisch specialist aan te nemen. Uit de behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis vloeit voort dat het ziekenhuis ervoor verantwoordelijk is dat alle in het ziekenhuis werkzame personen, waaronder vrijgevestigde medisch specialisten, die bepalingen naleven. Het ziekenhuis is jegens de patiënt aansprakelijk voor het handelen van (niet in loondienst zijnde) hulppersonen.³⁸⁸ Naleving van de verplichtingen op grond van de behandelingsovereenkomst wordt bovendien expliciet gewaarborgd door de model-toelatingsovereenkomst ziekenhuis-medisch specialist. Daarin verbindt de medisch specialist zich jegens het ziekenhuis zich als 'goed hulpverlener' te gedragen.³⁸⁹

7.2 De zorgverzekeraar

Het ziekenfonds (of ook de particuliere ziektekostenverzekeraar als uitvoeringsorgaan van de AWBZ) is jegens de patiënt verantwoordelijk voor verlening van hulp van behoorlijke kwaliteit en moet daarin voorzien door een stelsel van overeenkomsten, op de naleving waarvan het ziekenfonds moet toezien. Daarin kan worden onderscheiden tussen de precontractuele fase, de inhoud van de overeenkomst, het toezicht op de naleving ervan en de beëindiging van de overeenkomst. In de precontractuele fase kan en mag het ziekenfonds waarborgen voor de kwaliteit van de zorg verlangen, door bijvoorbeeld alleen te contracteren met huisartsen die deel uitmaken van een waarneemgroep. In de overeenkomst kunnen ook eisen worden opgenomen, gericht op handhaving en verbetering van de kwaliteit, zoals bijvoorbeeld (bij de huisartsen) deelname aan deskundigheidsbevordering, verwijzing naar standaarden en protocollen, deelname aan overlegstructuren van huisartsen, deelname aan Farmacotherapeutisch overleg en waarneming. Toezicht op de naleving is uiteraard ook nodig, en niet alleen wanneer incidenten daartoe aanleiding geven. Periodiek overleg gericht op het kwaliteitsaspect lijkt wenselijk, omdat het ziekenfonds anders allicht het zicht verliest op de wijze van uitvoering van de

³⁸⁷ Ter vergelijking: in de zakelijke dienstverlening (advocatuur, notariaat) is veelal in de algemene voorwaarden voorzien dat er niet tussen de cliënt en de vrijgevestigde beroepsbeoefenaar zelf, maar alleen tussen de cliënt en het betrokken kantoor een overeenkomst van opdracht bestaat.

³⁸⁸ Artikel 6:76 BW.

³⁸⁹ Zie over de model-toelatingsovereenkomst Kahn, De juridische relatie ziekenhuis-medisch specialist en kwaliteit van zorg, p. 59-71.

overeenkomst. Een ziekenfonds kan ook statistische gegevens gebruiken om op het spoor te komen van substantiële afwijkingen in bijvoorbeeld verwijzingen naar de specialist of voorschrijfgedrag. Ernstige en niet voor verbetering vatbare tekortkomingen in de zorgverlening kunnen – en moeten – uiteraard aanleiding zijn tot beëindiging van de overeenkomst. Via het overeenkomstenstelsel beschikt het ziekenfonds in elk geval over een aantal instrumenten met behulp waarvan het zijn verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg kan realiseren.

In een toekomstig stelsel, gekenmerkt door sterkere concurrentie tussen zorgverzekeraars, verdient de wijze waarop de zorgverzekeraar de kwaliteit van de te verlenen hulp waarborgt, beslist de aandacht. Een verzekeraar die investeert in kwaliteit, speelt de concurrentie in de kaart.³⁹⁰ Dit lijkt wat overdreven, omdat de verzekerde in een nieuw stelsel toch de vrije keuze van verzekeraar zou moeten krijgen en jaarlijks van verzekeraar zou moeten kunnen veranderen.³⁹¹ Bij de selectie van een verzekeraar zal de verzekerde echter moeilijk de kwaliteit van de gecontracteerde hulpverleners en de wijze waarop de verzekeraar de kwaliteit van de hulp waarborgt kunnen beoordelen. De belangrijkste drijfveer om voor een bepaalde verzekeraar te kiezen zal de premie zijn, uiteraard mede afhankelijk van hoe zich inkomensafhankelijke en nominale premie zullen verhouden. Het kan dan ook de vraag zijn of in een nieuw stelsel toch niet bepaalde eisen aan de kwaliteiten van de te contracteren hulpverleners moeten worden gesteld om te verzekeren dat de premieconcurrentie niet ten koste gaat van de kwaliteit van de zorg. Dergelijke eisen vloeien nu voort uit de uitkomsten van overleg (uvo's) en de modelovereenkomsten, waarvan de ziekenfondsen in principe niet kunnen afwijken, maar de uvo's en modelovereenkomsten zullen worden afgeschaft met het oog op het einde van de overgangstermijn van artikel 16 Mededingingswet. Het is echter zeer wel mogelijk in een nieuw stelsel collectieve afspraken te maken over bewaking en bevordering van de kwaliteit. Dergelijke afspraken worden in het algemeen niet beschouwd als een mede-

³⁹⁰ Dit is de subtitel van het artikel van E. van Amerongen en E.A.P. van der Heijden, Niet de lusten, wel de lasten, Medisch Contact 2002, p. 340-341, over een kwaliteitsproject (implementatie NHG-standaard Orale anticonceptie).

³⁹¹ Vraag aan bod, p. 47.

dingingsbeperking.³⁹² Dit sluit niet uit dat aan zorgverzekeraars ook wettelijke verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit zouden kunnen worden opgelegd die bij het contracteren met hulpverleners en de uitvoering van overeenkomsten in acht moeten worden genomen.

Parallel hieraan kan de vraag worden gesteld of in een nieuw stelsel niet toezicht gewenst is op de kwaliteitsaspecten van de contractuele relaties die zorgverzekeraars met hulpverleners aangaan. Het College van toezicht op de zorgverzekeringen is thans belast met het toezicht op de rechtmatige en doelmatige uitvoering van deze wet en de AWBZ door de uitvoeringsorganen.³⁹³ Dit toezicht kent een sterk financiële oriëntatie, maar is daartoe volgens de wetgever niet beperkt. Behalve de financiële recht- en doelmatigheid zou het toezicht zich ook kunnen uitstrekken tot 'het sluiten van overeenkomsten met zorgaanbieders die een kwalitatief goed en doelmatig zorgaanbod tegen een redelijke prijs garanderen'.³⁹⁴ Specifiek op de kwaliteit gericht toezicht op het contracteerbeleid van de zorgverzekeraars lijkt in een door premieconcurrentie gekenmerkt stelsel van groot belang om te voorkomen dat de concurrentiestrijd te zeer ten koste gaat van de bereidheid van de zorgverzekeraar om bij te dragen, ook in overeen te komen prijzen, aan de handhaving en verbetering van de kwaliteit van de zorg.

Wat is de positie van de zorgverzekeraar als het gaat om aansprakelijkheid in concrete gevallen? De particuliere ziektekostenverzekeraar kan, voor zover het particuliere ziektekostenverzekeringen betreft, buiten beschouwing blijven: op grond van de verzekeringsovereenkomst is hij tot niet méér verplicht dan vergoeding van kosten. De opvatting is wel verdedigd dat de aansprakelijkheid van het ziekenfonds voor schade als gevolg van onzorgvuldigheid of nalatigheid van een gecontracteerde instelling of beroepsbeoefenaar beperkt is tot *culpa in eligendo*: een aansprakelijkheid, beperkt tot gevallen waarin het ziekenfonds heeft gecontracteerd met iemand van wie, naar het ziekenfonds wist of had moeten weten, geen hulp van voldoende kwaliteit kon worden ver-

³⁹² De besluiten van de d.-g. NMa hebben tot dusver betrekking op kwaliteitsbevorderende collectieve afspraken tussen hulpverleners, maar niet valt in te zien waarom hetzelfde niet zou gelden voor collectieve afspraken tussen zorgverzekeraars zo lang deze zich beperken tot de zorg voor de kwaliteit van de dienstverlening.

³⁹³ Artikel 1u Ziekenfondswet.

³⁹⁴ MvT, Kamerstukken II 1999-2000, 27 038, nr. 3, p. 3-4.

wacht.³⁹⁵ Voor een dergelijke beperking bestaat echter geen grond. Voor tekortkomingen bij de verlening van een verstrekking – dat is immers de prestatie waartoe het ziekenfonds jegens de verzekerde verplicht is – is het ziekenfonds aansprakelijk, evenals het ziekenfonds aansprakelijk is in geval van niet-tijdige verlening van hulp. In de praktijk bestaat aan aansprakelijkheid voor medische fouten overigens weinig behoefte, omdat de hulpverlener in elk geval zelf aansprakelijk is én gewoonlijk voor die aansprakelijkheid verzekerd is. Alleen in uitzonderlijke gevallen zou er uit praktisch oogpunt reden zijn een ziekenfonds aan te spreken, bijvoorbeeld als een hulpverlener (ten onrechte) niet verzekerd is of wanneer sprake is van dusdanige schade dat het maximum van de verzekeringsdekking wordt overschreden. Wordt een ziekenfonds voor medische fouten aansprakelijk gesteld, dan zal het de schade overigens op grond van de overeenkomst met de hulpverlener op deze kunnen verhalen.

7.3 Overheidsinterventie en aansprakelijkheid

De overheid heeft diverse bevoegdheden om te interveniëren in de gezondheidszorg met het oog op de bewaking en verbetering van de kwaliteit van de gezondheidszorg. Soms gaat het om algemeen geformuleerde bevoegdheden. Wat de instellingen voor gezondheidszorg betreft, is de minister van VWS bevoegd een schriftelijke aanwijzing te geven, waarin wordt aangegeven welke maatregelen de instellingen met het oog op ‘verantwoorde zorg’ moeten nemen.

In spoedeisende gevallen kunnen ambtenaren van het Staatstoezicht op de volksgezondheid een bevel geven.³⁹⁶ Eveneens met het oog op ‘verantwoorde zorg’ kunnen de inspecteurs voor de volksgezondheid aan beroepsbeoefenaren een schriftelijk bevel geven, waaraan binnen de gestelde termijn moet worden voldaan.³⁹⁷ Daarnaast heeft de overheid een aantal meer specifieke bevoegdheden. Genoemd kunnen worden de bevoegdheid tot registratie van geneesmiddelen, waarbij de beoordeling van werkzaamheid en schadelijkheid van een geneesmiddel een belangrijke plaats inneemt; de bevoegdheid de inschrijving van een apotheker te weigeren³⁹⁸; de bevoegdheid

³⁹⁵ Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde, p. 105; A.H.J. Lugtenberg, J.M. van der Most, J.L.P.G. van Thiel, *Het recht van de ziekenfonds- en de bijzondere ziektekostenverzekering*, Kluwer 1988, p. 54.

³⁹⁶ Artikel 7, leden 1, 2 en 4, Kwaliteitswet zorginstellingen.

³⁹⁷ Artikel 87a Wet BIG.

³⁹⁸ Artikel 15 Wet op de geneesmiddelenvoorziening.

medische hulpmiddelen aan een vergunningvereiste te onderwerpen en vervolgens de bevoegdheid die vergunning al dan niet te verlenen³⁹⁹; en de bevoegdheid regels te stellen als de Bloedvoorzieningsorganisatie haar taken niet op verantwoorde wijze vervult.⁴⁰⁰ Deze opsomming is verre van volledig: op diverse gebieden heeft de overheid uiteenlopend vormgegeven interventiemogelijkheden. Soms gaat het om een bevoegdheid in concrete gevallen besluiten te nemen, bijvoorbeeld een aanwijzing aan een bepaald ziekenhuis; in andere gevallen is de overheid bevoegd regels te stellen, zoals het aan het vergunningvereiste onderwerpen van medische hulpmiddelen. Soms is de overheidstaak strikt gebonden aan wettelijke normen, zoals bij de registratie van geneesmiddelen; in veel gevallen zijn de interventiemogelijkheden echter blanco omschreven. In die gevallen kan de overheid zich gesteld zien voor de soms lastige afweging tussen de terughoudendheid die past bij de toepassing van toezichtbevoegdheden en de risico's die verbonden zijn aan niet, foutief of te laat ingrijpen. In principe mag gezien de opdracht in artikel 22, lid 1, Grondwet – de overheid moet maatregelen nemen ter bescherming van de volksgezondheid – een actieve overheidsopstelling worden verwacht. Toezicht op het handelen en nalaten van andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer staat bovendien hoog op de agenda, vooral na de rampen in Enschede en Volendam.

Het ligt voor de hand dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor schade die het gevolg is van het achterwege laten van interventie of het niet juist of niet tijdig interveniëren. In andere sectoren van de samenleving komt het regelmatig voor dat de overheid wegens onvoldoende toezicht aansprakelijk wordt gesteld.⁴⁰¹ In de gezondheidszorg is dat tot dusver zelden het geval geweest; het meest notoire voorbeeld is de aansprakelijkstelling van de overheid toen zij, naar werd gesteld, onvoldoende tijdig en actief in de distributie van bloed en bloedproducten had ingegrepen na signalen over risico's van besmetting met het aidsvirus.⁴⁰² In de lagere rechtspraak is voor de overheidsaansprakelijkheid wel de maatstaf van een 'redelijk handelend toezichthouder' gehanteerd, een maatstaf die kennelijk ontleend is aan de aansprakelijkheid van (medische en andere) professionals. Deze maatstaf is echter inadequaaf omdat elke

³⁹⁹ Artikelen 2 en 3 Wet op de medische hulpmiddelen.

⁴⁰⁰ Artikel 11 Wet inzake bloedvoorziening.

⁴⁰¹ 'Enschede' en 'Volendam' hebben inmiddels tot civielrechtelijke procedures tegen de Staat geleid; daarnaast is de overheid aansprakelijk gesteld voor de Vie d'or-affaire en andere financiële debacles.

⁴⁰² Zie Nationale ombudsman 18 juli 1995, TvGR 1996, 5 m.n. C.J.J.M. Stolker. De annotator gaat onder 5 in op de overheidsaansprakelijkheid.

toezichtbevoegdheid een unieke overheidsbevoegdheid is en dus, anders dan bij de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld artsen, de ‘redelijk handelende’ vergelijkingsfiguur ontbreekt. De mogelijke overheidsaansprakelijkheid voor niet, niet tijdig of niet adequaat ingrijpen in de gezondheidszorg zal van geval tot geval moeten worden gezien, afhankelijk van de concrete aard van het toezicht, het doel ervan, de aard van de overheidsbevoegdheid, en de mate waarin de overheid over informatie beschikte dan wel had behoren te beschikken.⁴⁰³ Uiteraard zal de overheid ook bij toezicht prioriteiten moeten stellen; zo kunnen gradaties tussen incidentele en structurele tekortkomingen, geringe fouten of fatale blunders, ondoeltreffend en minder wenselijk handelen, vage of concreet onderbouwde klachten mede bepalend zijn voor de beslissing wel of niet, en zo ja, hoe in te grijpen. Een beroep op prioriteitstelling en beperkte middelen en menskracht disculperen de overheid echter niet als bij serieuze misstanden ingrijpen is nagelaten of niet tijdig of niet juist heeft plaatsgevonden.⁴⁰⁴

8. TOT SLOT

Onderzoek naar de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg lijkt als een zoektocht in een polderlandschap. De zorg voor de gezondheidszorg is in handen van een groot aantal spelers – overheid, zelfstandige bestuursorganen, zorgverzekeraars, instellingen, beroepsbeoefenaren en hun organisaties – die allen hun eigen taak én belangen hebben. Maar zij zijn tegelijk afhankelijk van elkaar, zo men wil tot elkaar veroordeeld. Ondanks veranderingen in het stelsel zal de gezondheidszorg nooit het karakter krijgen van een normale markteconomie. De afhankelijkheid van de burger en potentiële patiënt van de gezondheidszorg is daarvoor te groot. Jegens de patiënt dragen alle spelers in het spel verantwoordelijkheden, die kunnen variëren naar gelang het accent wordt verlegd van centrale regie door de overheid naar wat wel ‘vraagsturing’ wordt genoemd. Zo veel is zeker dat ook bij een herziening van ons stelsel van gezondheidszorg geen van de betrokken partijen bij voorbaat juridisch vrijuit gaat wanneer zich tekorten voordoen. Overzichtelijk is het terrein niet: er is een juridische botaniseertrommel voor nodig om – en dan nog met allerlei onzekerheden – uit te maken wie waarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk is. De komende

⁴⁰³ A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 13-14.

⁴⁰⁴ Van Rossum, *Falend toezicht*, p. 23.

stelselherziening biedt wél een uitstekende gelegenheid op onderdelen de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden opnieuw te definiëren en vast te leggen.
Het wordt boeiend, dat zeker.