



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Stelsel onder stress

P R E A D V I E S 2 0 1 1

De cure: transitie en onbalans
prof. mr. J.G. Sijmons

**De care: voortvarend na
bedachtzaam wegen**
mr. T.A.M. van den Ende

**De schuivende panelen
van de zorgverzekering**
mr. G.R.J. de Groot

STELSEL ONDER STRESS

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

STELSEL ONDER STRESS

Deel 1 De cure: transitie en onbalans

PROF. MR. J.G. SIJMONS

*Deel 2 De care: voortvarend na
bedachtzaam wegen*

MR. T.A.M. VAN DEN ENDE

*Deel 3 De schuivende panelen van
de zorgverzekering*

MR. G.R.J. DE GROOT

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 15 april 2011

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2011

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

e-mail: sdu@sdu.nl

www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2011

ISBN 978 90 12 385 77 0

NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

VOORWOORD

De afgelopen jaren hebben belangrijke wijzigingen plaatsgevonden met betrekking tot de regulering van het stelsel van zorg. Dit heeft geleid tot een complexe wetgevingsoperatie. De organisatie en financiering van het zorgstelsel, waaronder begrepen de samenstelling van het verzekerde pakket, zijn in een ander licht komen te staan. Veel meer dan vroeger staan vraagsturing en marktwerking centraal. De positie van de patiënt is versterkt. Het gaat om een ontwikkeling die nog niet is uitgekristalliseerd. De Zorgverzekeringswet en de Wet marktordening gezondheidszorg zijn inmiddels geëvalueerd, maar deze evaluaties wijzen uit dat de door de stelselwijziging van 2006 ontstane stofwolk nog steeds niet geheel is neergedaald. Er is meer tijd nodig om te kunnen beoordelen of de beleidsdoelen van de stelselwijziging zijn gerealiseerd.

De aangebrachte wijzigingen in het stelsel van zorg raken aan tal van gezondheidsrechtelijke vragen. Deze vragen betreffen zowel fundamentele noties als rechtvaardigheid, toegankelijkheid en solidariteit als aan de meer instrumentele aspecten van de nu geldende wet- en regelgeving. Tezamen gaat het daarbij om de wijze waarop heden ten dage, zowel normatief als feitelijk, invulling wordt gegeven aan het recht op gezondheidszorg, van oudsher binnen ons vakgebied een buitengewoon belangrijk grondrecht. In het verleden is in het kader van de aan de vereniging uitgebrachte preadviezen meermalen aandacht besteed aan het stelsel van zorg. De ontwikkelingen van de afgelopen jaren gaven alle aanleiding dat opnieuw te doen.

Dit preadvies bestaat uit drie delen. In het eerste, meer algemene deel gaat prof. mr. J.G. Sijmons nader in op de theorie achter het huidige stelsel en op de praktijk van de stelselwijziging. Vervolgens richt mw. mr. T.A.M. van den Ende zich ondermeer op de vraag hoe houdbaar de Awbz is. Tenslotte schetst mr. G.R.J. de Groot de inhoud van en de ervaringen met de zorgverzekering zoals deze sinds 2006 geldt. Alle preadviseurs leggen tal van verbanden tussen de aan het stelsel van zorg ten grondslag liggende juridische uitgangspunten en de ontwikkelingen die zich in beleid en praktijk hebben voorgedaan.

De preadviseurs bieden ons veel stof voor discussie. Het bestuur verwacht tijdens de jaarvergadering dan ook een interessante en nuttige discussie over zowel de uitgangspunten van het nieuwe zorgstelsel als de ontwikkelingen in de praktijk.

Prof. mr. J. Legemaate
voorzitter

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	5
Lijst van afkortingen	11
Deel 1 De cure: transitie en onbalans	
<i>Prof. mr. J.G. Sijmons</i>	13
Inleiding Preadvies	15
1 De theorie achter het stelsel	19
1.1 Stelsel en zorgwetgeving	19
1.2 Publieke belangen	19
1.3 Rechtvaardigheid en legitimeren overheidsingrijpen	21
1.4 De 'hoe vraag': gereguleerde marktwerking	25
1.4.1 Overheidsingrijpen versus marktwerking	26
1.4.2 Prijsconcurrentie op de markt	26
1.4.3 Dynamische marktwerking	27
1.5 Markt onder permanente controle	28
1.6 Hoe diep zit het probleem?	30
1.7 Herbezinning marktwerkingoperatie	33
1.8 Oplossingsrichtingen	34
2 Stelselwijziging in de praktijk	37
2.1 Inzet stelselwijziging overheidsfalen	37
2.2 Opdracht in het zorgstelsel	44
2.3 'Stuck in the middle'	46
2.4 Porter's challenge	47
2.5 Kwaliteitsregulering en marktordening	48
2.6 Prijsregulering	55
2.6.1 Ad a) Tarieven medisch specialistische zorg	56
2.6.2 Ad b) Inkomensbeleid in de zorg	59
2.6.3 Ad c) Tarieven medisch specialisten	61
2.6.4 Ad d) Het budgettair kader zorg	62
2.7 Informatieregulering	67
2.8 Toezicht door de NZa	70
2.9 Volume: productiviteit en preventie	74
2.10 Slotbeschouwing	76
Literatuur	80

Deel 2 De care: voortvarend na bedachtzaam wegen

<i>Mr. T.A.M. van den Ende</i>	89
1 Onhoudbaarheid AWBZ	91
1.1 Inleiding	91
1.2 Gezichtspunten	91
2 Een toekomstbestendige AWBZ bestaat niet?	92
2.1 Canon van de AWBZ	92
2.2 Strategieën door de jaren heen	96
2.3 Politieke keuzes	98
3 Eerste peiler: de zorg	102
3.1 Recht op gezondheidszorg en solidariteit	102
3.2 Keuzen in de care	106
3.3 Prioritering en positionering	108
4 Tweede peiler: de cliënt en het recht op zorg over de band van de indicatie	110
4.1 Inleiding	110
4.2 Zzp: een gestandaardiseerd risicoprofiel	111
4.3 Ezp: oplossing voor wat?	114
4.4 Het zorgplan	116
5 Derde peiler: zorgkantoor en zorginkoop	121
5.1 Inleiding	121
5.2 Het zorgkantoor: een vreemde eend in de bijt	122
5.3 Zorginkoop: financieel gedreven	123
5.4 Daadwerkelijke sturing op vraag, doelmatigheid en kwaliteit minimaal	128
5.5 Zorgkantoren: het roer om?	129
5.6 Richtinggevende uitvoeringsindicatoren	131
6 Ter overweging	132
Literatuur	134

Deel 3 De schuivende panelen van de zorgverzekering

<i>Mr. G.R.J. de Groot</i>	139
1 Inleiding	141
2 Historie en ambities	142

2.1	Voorgeschiedenis	142
2.2	Grote ambities	146
3	De zorgverzekering in hoofdlijnen	148
3.1	Privaat met publieke waarborgen	148
3.2	Regels die direct op de verzekeringsverhoudingen van invloed zijn	149
3.3	De publiekrechtelijke ‘ombouw’ van de zorgverzekering	152
3.4	Een zeer hybride stelsel	158
4	De verbintenis van de zorgverzekeraar	158
4.1	De overbodige zorgplicht	158
4.2	Natura en restitutie	160
4.3	Naturamodel en behandelingsovereenkomst	163
4.4	Verzekerde en verzekeringsmodel	165
5	Samenstelling van het verzekerde pakket	168
5.1	Inleiding	168
5.2	De regeling van de Zorgverzekeringswet	170
5.3	De criteria van Dunning	173
5.4	Na Dunning	174
5.5	Geen (wettelijk) kader	178
6	Het verzekerde pakket: het wettelijk stelsel	180
6.1	Functiegerichte omschrijving	180
6.2	‘Plegen te bieden’	186
6.3	Stand van de wetenschap en praktijk	188
6.4	Ethische overwegingen	196
6.5	Verzekerde prestatie en indicatie	198
6.6	Zorg tussen gunst en recht	200
7	Persoonlijke verantwoordelijkheid en preventie	204
7.1	Inleiding	204
7.2	De goede verzekerde	204
7.3	Preventie in de zorgverzekering	209
8	Op zoek naar doelmatige zorg	215
8.1	Onderscheidende kwaliteit	215
8.2	Kwaliteit en informatie	218
8.3	Indicatoren	219
8.4	Informatieuitvraag	221
8.5	Informatie verwerken	223
8.6	Informatie toepassen	223
8.7	Een gemeenschappelijk belang	226
9	Tot slot	228

LIJST VAN AFKORTINGEN

AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Amvb	Algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene wet bijzondere ziektekosten
BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
BKZ	Budgettair Kader Zorg
BOPZ	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Cbz	College bouw ziekenhuisvoorzieningen
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTG	College tarieven gezondheidszorg
CVZ	College voor zorgverzekeringen
DBC	Diagnose behandeling combinatie
DNB	De Nederlandsche Bank
DOT	DBC's op weg naar transparantie
EC	Europese Commissie
EK	Eerste Kamer
EMU	Europese Monetaire Unie
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de rechten van de mens
GGz	geestelijke gezondheidszorg
GJ	Gezondheidszorg Jurisprudentie
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
HSMR	Hospital standardized mortality rate
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IGZ	Inspectie voor de gezondheidszorg
ILO	International Labour Organisation
JGR	Jurisprudentie Geneesmiddelenrecht
Kwz	Kwaliteitswet zorginstellingen
k.b.	koninklijk besluit
MvT	memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NV	nota naar aanleiding van het verslag
NvT	nota van toelichting
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit

LIJST VAN AFKORTINGEN

OK	Ondernemingskamer
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschappen
Rb.	Arrondissementsrechtbank
Rv.	(Wetboek van) Rechtsvordering
RVZ	Raad voor de Volksgezondheid en Zorg
RZA	Rechtspraak zorgverzekering
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
SKGZ	Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sr.	(Wetboek van) Strafrecht
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
VGR	Vereniging voor Gezondheidsrecht
VIM	Veilig incidenten melden
VMS	Veiligheidsmanagementsysteem
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WAV	Wet ambulancevervoer
WBMV	Wet op bijzondere medische verrichtingen
Wft	Wet op het financieel toezicht
WIVB	Wet inkomens vrije beroepsbeoefenaren
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wopt	Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wtg	Wet tarieven gezondheidszorg
Wtz	Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
WVG	Wet voorzieningen gezondheidszorg
WZV	Wet ziekenhuisvoorzieningen
Zfw	Ziekenfondswet
Zvw	Zorgverzekeringswet

Deel 1
De cure: transitie en onbalans

Prof. mr. J.G. Sijmons*

* Jaap Sijmons is bijzonder hoogleraar bij de Universiteit Utrecht en advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.

Inleiding Preadvies

Het is al weer enige tijd geleden dat binnen de *Vereniging voor Gezondheidsrecht* het zorgstelsel, het stelsel van gezondheidsrecht als zodanig op de agenda stond. Te noemen zijn het preadvies uit 1972 van Cornelis en Frowijn, *De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg* uit de beginfase van het stelsel, het 'dialogisch' preadvies (in 'brieven') van Brasz en Ruiters, *Het plansysteem van de Wet Voorzieningen Gezondheidszorg* (1983), waarin zowel scherpe kritiek als berustend pragmatisme ten aanzien van de reguleringszucht van de overheid te beluisteren viel, alsmede de preadviezen van Roscam Abbing, *Overheid en het recht op gezondheidszorg* (1984) en Kasdorp, *Grenzen aan het recht op de gezondheidszorg* (1988), die beide alweer de beperkingen aan de zorg binnen het stelsel tot onderwerp hadden. Voor de jaarvergadering van 1997 schreef Leenen een indringend preadvies met de titel *Recht op zorg voor de gezondheid*, met daarin de conclusie:

'Het beleid ten aanzien van het stelsel van gezondheidszorg en ziektekosten in ons land vertoont al geruime tijd een uitermate inconsistent karakter, zoals de geschiedenis laat zien. Alleen al in het laatste decennium is dat beleid een aantal keren grondig veranderd. De gezondheidszorg is een roeiboortje geworden dat heen en weer wordt gezwiept in het kielzog van het zwalkende schip van de Staat. Dat heeft niet alleen beleidsmatig en in de regelgeving, maar ook in het functioneren van de gezondheidszorg en de afstemming op volksgezondheidsdoelen tot grote problemen geleid. Het is in Nederland niet gelukt tot een adequaat stelsel van gezondheidszorg te komen.¹

Ongeveer veertien jaar na dato zijn wij inmiddels een stelselwijziging verder. Het landschap van het gezondheidsrecht is ten opzichte van veertien jaar geleden onherkenbaar gewijzigd. Zijn de problemen opgelost? Dat zou in ieder geval niet Leenens verwachting zijn geweest, want naar zijn mening waren overtrokken deregulering, privatisering en aanbidding van het dogma van de markt juist oorzaken van het niet tot stand komen van een adequaat stelsel.² Als er nu iets leidraad is geworden voor de stelselwijziging in het dominante neoliberale politieke denken (op de vleugels van het Europese recht overigens) dan zijn dat de deregulering en de gereguleerde marktwerking. Aan Adam Smith's '*invisible hand*', die volgens Leenen in de zorg niet meer zou zijn dan een 'lam handje'³, wordt het nodige toevertrouwd. Overigens niet zonder horten en stoten, hetgeen inderdaad debet is aan het veranderlijke politieke klimaat (waarop Leenen doelde). Over de

1 Leenen 1997, p. 38-39.

2 T.a.p., p. 39, noot 47 en verder p. 43-51.

3 T.a.p., p. 47.

wetenswaardigheden daarvan en het wisselen van de ideologische veren in de opeenvolgende regeringen zal het preadvies niet hebben te gaan. Daarvoor zijn andere fora beter geschikt ('voer voor sociologen'). Aan de discussie over de bijdrage van het stelsel aan de zorgverlening en met name ook aan het recht op gezondheidszorg als sociaal grondrecht voor de Nederlandse burger, is echter met de stelselwijziging allerm minst een einde gekomen. Het is deze discussie die in het kader van de Vereniging voor Gezondheidsrecht thuishoort. Niet alleen de juridisch instrumentalistische benadering is daarbij aan de orde. Als voorheen blijft het stelsel overigens zelf ook een bron van zorg, gelet op de doelstellingen van de gezondheidszorgwetgeving. Tijd voor een nieuw preadvies derhalve.

In 2006 vond een ingrijpende stelselwijziging plaats met een lange aanloop, waarvan men de kiem overigens al kan vinden in de tegenstem van Leenen begin jaren tachtig tegen de ongebreidelde beheersingsideologie van de overheidsplanning die toen zelfs nog goed op stoom moest komen.⁴

De patiënt of cliënt heeft de zorg inmiddels ingrijpend zien veranderen. Ging het de wetgever tot in de jaren negentig nog om de rechtspositie van de patiënt of cliënt ten opzichte van de hulpverlener te versterken om aldus de paternalistische gezagsverhoudingen in de zorg af te breken en de gelijkwaardigheid te herstellen, na de eeuwwisseling zijn aanhoudende groei en transparantie het sleutelwoord geworden en er bleek voor de cliënt meer te kiezen dan het bewaren van zijn zelfrespect in de afhankelijke zorgcontext. De ontwikkeling drijft hier mee op de grote onderstromen van de maatschappij, waarbij met name gewezen kan worden op de informatisering van de samenleving via het internet. De toegang tot kennis over gezondheid en ziekte over verschillende therapieën, tot patiëntenorganisaties en lotgenoten en tot de reputaties van hulpverleners, met name instellingen en ziekenhuizen om maar enkele voorbeelden te noemen, is onvergelykbaar met twintig jaar geleden toen het plan Simons van de tekentafel kwam de *Nota Werken aan Zorgvernieuwing*⁵ en zal de zorg nog veel meer gaan omvormen dan zij al heeft gedaan.⁶ De aanhoudende groei van de zorguitgaven is een andere realiteit, die de agenda bepaalt. De zorguitgaven zijn gemeten in prijzen van 2010 sinds 1950 met een factor 10 gegroeid en het einde is nog niet in zicht. Met spreekt daarom niet zonder reden van de 'zorgexplosie'.⁷ In deze dynamische context probeert dit preadvies enkele hoofdlijnen te distilleren die het meest relevant lijken te zijn voor de vraag hoe het zorgstelsel functioneert, of de wetgeving consistent blijkt en haar doelstellingen kan realiseren.

Voor dit deel van het preadvies hebben ondergetekenden gemeend het onderwerp niet in afzonderlijke wetten, maar in zorggebieden probleemgericht te benaderen en de taken verdeeld volgens de hoofdindeling van de zorg: het eerste deel

4 Leenen, 1984, p. 403-407.

5 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 545, nr. 1 en 2.

6 RvZ 2010.

7 Vgl. Pomp 2010, p. 27 e.v.

van dit preadvies betreft de cure, het tweede deel van Tessa van den Ende en behandelt de care. Zo verschillend als deze gebieden ook zijn, onze conclusies zijn verwant. Wij zien ook een vrij spontane convergentie naar de conclusies van het onderdeel van Rolf de Groot over de Zorgverzekeringswet: vanuit de zorgverzekeringen moet een nieuwe impuls voor de sturing in het stelsel uitgaan.

Wij stellen ons voor, dat het debat over het zorgstelsel niet alleen in de Tweede Kamer en electorale fora moet worden gevoerd, niet alleen thuishoort bij de diverse adviesorganen van de overheid, patiëntenorganisaties en branchevereniging, noch uitsluitend het domein is van de bestuurskunde en economische wetenschap, maar bij uitstek op zijn plaats is in het gremium waar men de collectieve aanspraak uit hoofde van sociale grondrechten met de individuele rechten van patiënten en cliënten in verbinding wil brengen, namelijk binnen de Vereniging voor Gezondheidsrecht.

1 De theorie achter het stelsel

1.1 *Stelsel en zorgwetgeving*

In het algemeen kan gezegd worden dat gezondheidswetgeving door de wetgever als een systematisch geheel is opgezet. In de *Structuurnota Gezondheidszorg* uit 1974⁸ wordt reeds uitdrukkelijk de noodzaak geconstateerd van de gezondheidszorgwetgeving een systematisch geheel te maken: “voor het goed functioneren en de beheersbaarheid van de gezondheidsvoorzieningen is het nodig dat de wettelijke regelingen zo worden aangevuld en opgezet, dat zij tezamen een volledige regeling van deze voorzieningen inhouden”⁹. Het wetgevingsprogramma sedert de jaren zestig geeft er blijk van: de Ziekenfondswet, de AWBZ, de WZV, de WTG, de Wet BIG, de Kwaliteitswet zorginstellingen, de BOPZ, de WGBO tot en met het klachtrecht en medezeggenschapsrecht. Zelfs de Gezondheidswet uit 1956 wilde al een overkoepelende organisatie van de zorg bewerkstellingen. Het gezondheidsrecht is in zijn ontwikkeling reeds een ‘systeem’ van wetten met een eigen ‘logica’¹⁰ en daardoor ook een ‘stelsel’, dat zijn uitgangspunt heeft in het private initiatief met een collectieve, verplichte zorgverzekering en een financieringswet voor onverzekerbare risico’s (de AWBZ), waarbij de overheid controle uitoefent op de kwaliteit. Het stelsel is een instrument voor de overheid om haar doelstellingen voor de gezondheidszorg te bereiken en het belichaamt de publieke belangen die daarmee zijn gemoeid.

1.2 *Publieke belangen*

Het recht op gezondheidszorg in het algemeen is als sociaal grondrecht opgenomen in de Grondwet (Gw). Artikel 22, eerste lid, Gw luidt: ‘De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid’. Als ‘instructienorm aan de overheid’¹¹ is het sociale grondrecht nogal onbestemd¹², maar inmiddels is daaraan een invulling gegeven, waardoor de overheid moeilijk terug kan. De

8 *Kamerstukken II, 1973/74, 13 012, nr. 1 en 2, door de toenmalig Staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, J.P.M. Hendriks, aan de Tweede Kamer, verzonden op 9 augustus 1974.*

9 *Kamerstukken II, 1973/74, 13 012, nr. 2, p. 22.* Het systematisch samenhangend karakter van de verschillende wetten werd nog eens onderstreept: ‘De desbetreffende wetten dienen systematisch op elkaar te worden afgestemd. Gezamenlijk moeten zij de nodige instrumenten bevatten. Deze moeten zo zijn opgezet, dat hun toepassing in samenhang en wisselwerking kan geschieden’ (idem, p. 24).

10 Hubben & Van Zenderen, 2002, p. 16-17.

11 Leenen & Roscam Abbing 1986, p. 19. Zie ook Leenen 1996, zie ook Burkens 1989, p. 78 en 79.

12 Sijmons 2006, p. 43-44.

overheidswaarborgen voor een stelsel van gezondheidszorg reiken terug tot de Volksgezondheidsnota 1966 en de Structuurnota 1974, waarin de overheid richting en invulling gaf aan het grondwettelijke recht op gezondheidszorg, door het te bepalen als het recht op kwalitatief goede, geografisch bereikbare en financieel toegankelijke gezondheidszorg.¹³

Bij publieke belangen onderscheidt men wel de 'wat-vraag' van de 'hoe-vraag'.¹⁴ Wat: welke publieke belangen moeten worden geborgd? Hoe: welke maatregelen moet de overheid nemen om de volksgezondheid te bevorderen. In grote lijnen kan gezegd worden dat de publieke belangen met het zorgstelsel zijn geëvolueerd.¹⁵ Aanvankelijk werd vooral de kwaliteitsborging als publiek belang herkend. De gezondheidszorg was aanvankelijk vooral een zaak van particulier initiatief en impliciete solidariteit, bewaakt door de Maatschappelijke Geneeskunst en wettelijke tuchtcolleges als 'marktmeesters'. De toegankelijkheid van de zorg door invoering van de ziekenfondsverzekering kwam in nauwe samenwerking met de artsen en andere beroepsgroepen tot stand. Stapsgewijs werd bij de opkomst van de verzorgingsstaat het stelsel van zorg een systeem van overheidsregulering met centrale aanbod- en prijsregulering waaruit alle concurrentie was verbannen.¹⁶ Het duurde nog lange tijd voor men zich van de tekortkomingen daarvan bewust werd, maar het rapport van de Commissie Dekker *Bereidheid tot verandering* (1987) bracht acceptatie van de gedachte, dat de overheidsregulering doorgeschoten was en met de Nota *Vraag aan Bod* van het Kabinet Paars II werd collectief schuld beleden: het systeem van overheidsregulering moest worden teruggedraaid.¹⁷ Goed beschouwd betrof deze constatering de 'hoe-vraag', want dat de staat in de zorg de publieke belangen heeft te borgen, was inmiddels vanzelfsprekend geworden. De overheid is verantwoordelijk – in welke precieze betekenis dat dan ook zou moeten zijn, was nog de vraag – voor de toegankelijkheid en betaalbaarheid van alle noodzakelijke zorg en moet toezien op de kwaliteit van zorg als algemeen, publiek belang.¹⁸ Deze belangen waren niet een zuiver nationale aangelegenheid, waardoor zij ook in verschillende verdragen zijn opgenomen, waarvan kunnen worden genoemd het Europees Sociaal Handvest (artikel 11), het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten uit 1966 (met name artikel 12) en de Europese conventie voor de bescher-

13 Leenen & Roscam Abbing 1986, p. 19 en Sijmons 2006, p. 43-50.

14 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2000, alsmede het kabinetsstandpunt naar aanleiding van dit rapport: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1.

15 Hamilton 2002, p. 142-162.

16 Zie voor een overzicht, dat hier te ver zou voeren: Sijmons 2006, p. 113-150.

17 Overigens gold dat niet alleen voor het zorgstelsel, maar past binnen een algehele kentering in het denken over de 'verzorgingsstaat', die zich in Europa voordeed: zie Palier e.a. 2010 en voor Nederland, Fluit 2001.

18 Zie Leenen en Roscam Abbing 1986, p. 19.

ming van de rechten van mensen en de menselijke waardigheid bij de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Oviedo 1997).¹⁹ De internationale consensus gaat nog verder terug op gedeelde notie van rechtvaardigheid en berust niet op een toevallige uitkomst van een nationaal politieke besluitvormingsprocedure of een onderhandelingsproces tussen de verdragsluitende landen.

1.3 *Rechtvaardigheid en legitimeren overheidsingrijpen*

De zorgwetgeving en het recht op gezondheidszorg vroegen uiteraard om politieke en theoretische legitimatie. Waarom was het particulier initiatief niet toereikend en waarom kan 'de markt' niet de volle verantwoordelijkheid voor de zorg nemen en treedt de staat op via het instrument van het (gezondheids)recht? De antwoorden werden gezocht in de beginselen van (verdelende en compenserende) rechtvaardigheid, die de markt (transactiemodel) als zodanig niet kent. In het reeds genoemde preadvies van Kasdorp uit 1988 voor de vereniging werden reeds de contouren hiervan verkend. Slechts in enkele korte stappen kan daarover hier nog het volgende gezegd worden.

Als volgens de rechtvaardigheidstheorieën de uitkomsten van de markt niet optimaal zouden zijn in termen van rechtvaardigheid, ligt overheidsingrijpen uit hoofde van diezelfde rechtvaardigheid in de rede. Omdat rechtvaardigheid in termen van een gelijke verdeling van overheidswege (die niet alleen technisch, maar waardetechnisch principieel onmogelijk wordt geacht²⁰) alle vrijheid uitsluit, zoeken rechtvaardigheidstheorieën naar beginselen die vrijheid (die op een vrije markt gestalte krijgt²¹) en rechtvaardigheidseisen verzoenen. Het gehele politieke spectrum van progressief tot conservatief oriënteerde zich aanvankelijk op Rawls' *A Theory of Justice* (1971).²² Rawls' betoog – dat verder achterwege moet blijven – komt uit de formulering van een dubbel rechtvaardigheidsbeginsel, ofwel zijn *'two principles of justice'*²³:

1. Een ieder heeft een gelijk recht op een zo uitgebreid mogelijk geheel aan wettelijke vrijheden als maar verenigbaar is met de gelijke aanspraken op vrijheden van anderen;
2. Sociale en economische ongelijkheid zijn slechts aanvaardbaar onder de voorwaarden dat a) ambten en posities open zijn voor een ieder en b) de ongelijkheid in het voordeel van de minstbedeelden werkt.²⁴

19 Zie Hendriks 1997, p. 72-94. Toebes 2000, p. 1158-1169. Voorts over dit verdrag de beschouwingen in Gevers, Hondius en Hubben 2005.

20 Zie Dworkin 1981, p. 185-246.

21 Een belangrijke filosofische overweging van de 'Chicago School' (Friedman) en de 'Oostenrijkse School' (Hayek) in de economische wetenschap.

22 Rawls Herziene uitgave, Oxford University Press: 1999.

23 Vergelijkbaar met het "Leximin" – concept van Kolm 1972 Zie ook Kolm 1996, p. 153-168.

24 Rawls 1999, p. 52 e.v. Zie verder Höffe 1997 voor een discussie over de waarde van deze theorie.

Ofwel maximale vrijheid voor allen en ongelijkheid niet ten nadele van de minst-bedeelden (ofwel, zij zijn uiteindelijk ook beter af door de uitoefening van de in ongelijkheid uitmondende vrijheid). Als de tolerantie van ongelijkheid afhankelijk is van het voordeel van de minstbedeelden, moet wel de lastige vraag beantwoord worden wat hier het relevante voordeel is en in het extreme zou dat betekenen dat de verbetering van de positie van de groepen geïnvallideerde of oudere chronisch zieken en gehandicapten de toetssteen is voor alle ontwikkeling van markt.²⁵ Omgekeerd benaderd, leren deze twee beginselen, dat de prijs van de ongelijkheid betaald mag worden indien vrijheid wordt gebruikt op een wijze waar per saldo iedereen beter van wordt (het differentiebeginsel). De theorie van Rawls is door anderen toegepast op de gezondheidszorg.²⁶ Onder andere Green beargumenteerde op grond van Rawls' rechtvaardigheidstheorie, dat ongelijkheid in toegang tot de zorg (collectief *primary good*) in strijd is met rechtvaardigheid, omdat deze toegankelijkheid van zorg een sociaal minimum inhoudt, die door het uitoefenen van vrijheid (marktwerking) niet teloor mag gaan (benadeling van minstbedeelden). De overheid is dus gelegitimeerd gelijke toegang in zowel formeel als materieel opzicht door wetgeving af te dwingen (zoals bij ons door een verplichte collectieve zorgverzekering).²⁷ Dergelijke benaderingen – zo signaleerde Kasdorp reeds – overtuigen niet, doordat zij een ongelimiteerde claim voor de gezondheidszorg op de nationale middelen doen en geen criterium geven voor het stellen van prioriteiten.²⁸ In deze benadering lijkt met andere woorden het beginsel van rechtvaardigheid geheel los te staan van de vraag naar de economische haalbaarheid (in termen van markt en welvaart).

De veelvuldig aangehaalde Daniels is in dit verband voorzichtiger met Rawls' rechtvaardigheidsbeginsel toe te passen op de gezondheidszorg.²⁹ Uitgaande van de kernwaarde dat mensen streven naar zelfontplooiing, moeten ziekte en handicaps als beperkingen van het normale functioneren op basis van onze soort-specifieke eigenschappen worden aangemerkt.³⁰ Daarom kunnen wij redelijk objectief bepalen wat onze redelijkerwijs te dekken zorgbehoefte is. De staat heeft tot taak de *fair equality of opportunity* te waarborgen, waarop ziekte en handicaps een inbreuk maken.³¹ Volgens het differentiebeginsel zijn namelijk ongelijkheden alleen dan aanvaardbaar, wanneer degenen die het slechtst af zijn (de zieken en gehandicapten) nog profiteren van de ongelijke verdeling, wat dus betekent dat zij moeten kunnen profiteren van de draagkracht die de markteconomie kan opbrengen voor hun zorg. Bijgevolg kan het waarborgen van zorg door de over-

25 Het bekende argument van Nozick 1974, p. 190.

26 Kasdorp 1988, p. 11-14.

27 Kasdorp 1988, p. 12-13.

28 Kasdorp 1988, p. 13.

29 Daniels 1985.

30 Daniels 1985, p. 28.

31 Daniels 1985, p. 34.

heid geen onbegrensde financiële claim op alle burgers inhouden. Er zijn meer ongelijkheden te compenseren en de kosten van de zorg mogen in ieder geval het economisch draagvlak niet ondergraven, waardoor de zorg zelf weer bedreigd zou worden.³² Een concreet percentage zorgkosten in het nationaal product levert ook deze theorie niet op³³, maar rechtvaardigheid (in de gezondheidszorg) en markt worden al nader tot elkaar gebracht.

Kasdorp lijkt te stellen, dat het niet zozeer in de lijn van dergelijke egalitaire theorieën, maar meer utilitaristisch redenerend, mogelijk moet zijn volgens het utilitaristische beginsel van nutsmaximalisatie de waarde te bepalen die aan de gezondheidszorg moet worden toegekend. Volgens Kasdorp is de norm: de omvang van de nationale middelen die we (egalitair) aan de zorg besteden kan worden afgeleid uit hun bijdrage aan de maximalisatie van het totale nut binnen de maatschappij. Het nut van de zorg (in vergelijking tot de nuttigheid van andere keuzes) is met andere woorden beslissend. Deze benadering is recentelijk op initiatief van VWS weer in de aandacht gekomen door aandacht te besteden aan de baten van de zorg. Die zijn groot. Gekwantificeerd in euro's levert elke zorgeuro zelfs €1,3 op. Een rendement van (circa) 130%.³⁴ Gemeten aan dit nut, zou het flink verhogen van de zorguitgaven gerechtvaardigd zijn. Toch ontbreken de afweging van de nadelen van het verdringen van andere collectieve uitgaven en de effecten op onze concurrentiepositie en overige economische activiteiten, die het totale maatschappelijk rendement mogelijk onbepaalbaar maken.³⁵ In ieder geval leidt deze benadering voorlopig nog niet tot een antwoord op de vraag waar de grenzen van de zorg uit hoofde van rechtvaardigheidsoverwegingen liggen.

We kunnen de markt en rechtvaardigheid echter nog dichter bij elkaar brengen op de wijze waarop Dworkin dat heeft ondernomen.³⁶ Ook Dworkin gaat ervan uit dat gelijkheid in termen van de uitkomst van het maatschappelijke proces niet verenigbaar is met het respecteren van de vrijheid van individuele keuzes (bijvoorbeeld om genoeg te nemen met minder). Rechtvaardigheid moet daarom worden gedefinieerd in termen van *equality of resources*, ofwel gelijkheid in keuzemogelijkheden of middelen ten behoeve van het uitoefenen van vrijheid. Dworkin kan dit rechtvaardigheidsconcept in verband brengen met het principe van het marktmodel. Een overheidsvoorziening is rechtvaardig als wij deze zouden kopen op een hypothetische, transparante en eerlijke markt (veiling) vóór wij de consequenties van onze individuele keuzes zouden ervaren en vóór wij onze concrete posities van hun individuele levensomstandigheden (waaronder lichamelijke gezondheid of ziekte) innemen (variant op Rawls *original position* achter de

32 Daniels 1985, p. 53-54.

33 Daniels 1985, p. 79.

34 Pomp 2010, p. 192-196.

35 Pomp 2010, p. 199-201.

36 Dworkin 2000.

veil of ignorance).³⁷ Toegepast op de gezondheidszorg volgt daaruit het *prudent insurance principle*.³⁸ Moet de hulpverlener het *rescue principle* (zuivere patiëntenbelang) volgen, dan is er geen limiet aan de aan de patiënt te besteden zorg (daarom is ook het beginsel van Daniels onbegrensd). Een zuiver private verzekeringsmarkt voor de gezondheidszorg werkt niet goed (onbekendheid concrete gezondheidsrisico's bij de consument en risicoselectie door verzekeraars)³⁹, maar een verplichte collectieve verzekering en de omvang daarvan volgt in beginsel uit de vrije beslissingen die verstandige burgers zouden nemen in bezit van de volle wetenschap over de te verzekeren risico's en met toepassing van inkomens- en risicosolidariteit op de hypothetische rechtvaardige markt.⁴⁰ Wij zouden daar de kosten van de verzekering afwegen tegen de dekking. Het is ongeveer de stelling, dat een verstandige en welgeïnformeerde commissie, die afziet van haar eigen persoonlijke positie, een redelijke keuze zal maken wat een verstandige burger zou moeten verzekeren (vergelijk de Commissie Dunning met haar Rapport *Keuzen in de zorg*, 1991). Dworkin neemt met andere woorden een voor iedereen in beginsel verstandige private verzekering als maatstaf van de financiering van de ziektekosten. Ideale markt en rechtvaardigheid zijn op deze wijze constitutief voor elkaar. De universaliseerbaarheid van de verzekering geeft de maat voor wat redelijke kosten voor de zorg zijn en hoe die solidair, rechtvaardig te dekken. Een volgende stap in het denken over rechtvaardigheid komt onder meer tot uitdrukking in Amartya Sen's *The Idea of Justice*.⁴¹ Sen werkte nauw samen met Rawls en Arrow. Zijn relativisering van rechtvaardigheidstheorieën is geen externe kritiek, maar een waarschuwing van binnenuit. Tegenover de abstractere en mathematische benadering van rechtvaardigheid en welvaart, de *welfare economics*⁴², stelt hij zijn meer realistische benadering, waarbij het niet gaat om kwantitatieve maximering, maar veeleer om concrete rechtvaardigheid in termen van het bevorderen van capaciteiten van mensen (handelingsvrijheid). Sen meent dat een correctie of herinterpretatie van Rawls naar wellicht de achterliggende bedoeling van diens *primary goods* in termen van capaciteiten in de rede ligt (p. 62-66). Sen is sceptisch over het nut van de utilistische berekeningen om beslissingen op te baseren, omdat de objectiviteit daarvan niet vast te stellen is, al helemaal niet bij ziekte, waar de perceptie van de patiënt van de hulpverlener aanzienlijk kunnen verschillen: wiens *assessment* van nut of waarde geldt dan?⁴³ Bovendien zijn niet het genot van de goederen en diensten het doel. Deze zijn middel, 'capaciteiten' om eigen keuzes te verwezenlijken. In hoeverre we daartoe in staat zijn bepaalt ons welzijn, niet ons bezit of 'vermogen' in enge zin. Dat is bij gezondheid natuur-

37 Dworkin 2000, p. 6-119, en met name p. 112-119.

38 Dworkin 2000, p. 307-319.

39 Dworkin 2000, p. 311.

40 Dworkin 2000, p. 311-313.

41 Sen 2009.

42 Sen 1970.

43 Sen 2009, p. 284-286.

lijk bij uitstek het geval. Wij zijn niet zozeer geïnteresseerd in zoveel mogelijk geneesmiddelen, operaties, therapieën en verzorging, maar in precies datgene wat nodig is om gezond te worden of als dat niet gaat, in zoveel daarvan dat wij onze persoonlijke ontplooiing en zelfstandigheid zoveel mogelijk overeind houden.

Tegenover de reconstruerende, theoretische rechtvaardigheidstheorie, stelt Sen juist vanwege de theoretische tekortkomingen in het utilistisch-economische model (o.a. de paradox van Concordet, Arrows '*impossibility theorem in social choice*' en Sens eigen '*impossibility of the Paretian liberal*')⁴⁴ de praktische benadering zonder principiële 'troefkaarten', waarbij concretere verbeteringen zwaarder wegen dan de theoretische zuiverheid van benadering (zijn economische voorbeelden zijn ook vaak niet meer de luxeproblemen van de succesvolle westerling). Zijn benadering ziet af van een externe 'ideale' positie ('*original position*'), maar pleit voor de kritische analyse vanuit de rol van een concrete onpartijdige derde buiten de eigen belangengroep (Adam Smiths '*impartial spectator*'). Sens argument relateert theoretische (mathematische) zuiverheid, maar niet de rationele discussie (waarbij *economics* wel degelijk een instrumentele, verhelderende waarde heeft). De overall rechtvaardiging zoeken we echter tevergeefs, zoals in de wiskunde er niet één overkoepelend axiomatisch systeem is (maar niettemin het wiskundig argument geformaliseerd moet blijven). Als Sen de stand van zaken vertegenwoordigt dan lijkt die het primaat van de politiek te herstellen, zonder te willen afdoen aan het belang van economische argumentatie. Rechtvaardigheid is (politiek) maatwerk. Deze benadering geeft eveneens aan waar we staan in de ontwikkeling van de economische theorievorming. Na de hoogtij van de econometrie is er meer bescheidenheid over wat deze vermag. De ideologie (macht) van de perfecte markt (Greenspan's strategie in het Federal Reserve System 'Fed') is mede debet geworden aan de uiteengespatte '*bubble*' op de financiële markten en is niet heilig meer. De economische theorie moet pragmatischer worden.⁴⁵ Deze les kan ook voor de zorg worden getrokken, doch eerst nog enkele opmerkingen over 'de markt'.

1.4 De 'hoe vraag': gereguleerde marktwerking

De invoering van gereguleerde marktwerking in de zorg aan de start van deze eeuw – na een aantal decennia overheidssturing – begon behoedzaam en dat is niet verwonderlijk, omdat op de vrijste markt bij uitstek die van de Verenigde Staten, de discipline van de *health economics* vooral met de vraag leek te kampen, waarom de markt *niet* zijn werk doet zoals in andere sectoren van de economie. Het beginpunt van de discipline wordt namelijk gezien in het artikel van de latere Nobelprijswinnaar Kenneth Arrow uit 1963 in *The American Economic*

44 Vergelijk ook Screpanti & Zamagni 2005, p. 404-409.

45 De strekking van het overzicht van Cassidy 2010.

Review⁴⁶ over de vraag waarom het gewone marktmechanisme in de zorg niet werkt. De recente studie van Michael Porter en Elisabeth Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care* uit 2006, een ander *landmark* van de *health economics* uit de Harvard Business School, dat in verregaande mate tegenwoordig het debat over de marktwerking in de zorg bepaalt, gaat over de vraag hoe het komt dat in de zorgsector door competitie de kwaliteit niet stijgt en de prijzen niet dalen zoals in andere sectoren.⁴⁷ Nadat de geesten rijp waren om de centrale sturing door de overheid terug te nemen, kwam de vraag op *hoe* de vruchten van de marktwerking in de zorg te plukken, want vanzelfsprekend zijn die kennelijk niet. Wat moet eigenlijk onder marktwerking, die de stelselwijzing zou brengen worden verstaan? Men kan drie betekenissen of aspecten van 'marktwerking' onderscheiden:

1.4.1 *Overheidsingrijpen versus marktwerking*

In de eerste betekenis ontbreekt marktwerking overal waar de overheid de diensten levert, het aanbod en/of de prijs bepaalt. Marktwerking is aldus het tegendeel van overheidsregulering. Deze dichotomie van overheid en markt valt niet helemaal samen met die van overheidsdiensten versus particulier initiatief. Op enkele uitzonderingen na is de Nederlandse zorg gebaseerd op particulier initiatief. De Engelse National Health Service is een voorbeeld van een gezondheidszorg die door de overheid wordt uitgevoerd. Tussen overheid en markt bevindt zich een spectrum aan overheidsbemoeienis met de markt. De invoering van marktwerking in de zorg betekende in Nederland vooral dat de overheid het aanbod van de zorg niet meer aan een centrale planning onderwierp en de prijzen zou liberaliseren. Planning in combinatie met de strikte tariefregulering is de meest vergaande vorm van marktregulering (na uitvoering door de staat) die in de vorige eeuw werd gerealiseerd door toepassing van de Wet ziekenhuisvoorzieningen (planning met capaciteit- en bouwvergunningen) en de Wet tarieven gezondheidszorg (door de overheid vastgestelde budgetten voor de instellingen en vaste prijzen voor de beroepsbeoefenaren). Een geheel van de overheid onafhankelijke markt is overigens niet denkbaar (denk aan het benodigde contractenrecht, regulering van het geld en consumentenveiligheid) en zo is er ondanks de theoretische dichotomie in de praktijk steeds een glijdende schaal van overheidsdiensten naar vrije markten, waarop de overheid aan het aanbod nog tal van eisen stelt en als 'marktmeester' toezicht houdt.

1.4.2 *Prijsconcurrentie op de markt*

Een tweede aspect betreft het element van de concurrentie op de markt. Bij marktwerking in zorg bedoelen wij meestal deze concurrentie onder aanbieders en verzekeraars die tot een evenwicht en meest doelmatige prijs moet leiden.

46 Arrow 1963, p. 941-973.

47 Porter & Teisberg 2006, p. 32.

Voor Adam Smith in *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) stond en viel het zelfregulerende karakter van de markt met de concurrentie, die prijzen opstuwt (tekort) of laat dalen (overschot) en door de prijs het aanbod reguleert (uitlokt door winst of afremt door verlies).⁴⁸ De prijzen behoeven niet te worden gereguleerd door de overheid als vraag en aanbod in competitie op de markt voor een prijsevenwicht zorgen. In de neoklassieke markttheorie (o.a. Walras en Pareto) ontstaat op een markt met volkomen concurrentie een evenwicht van vraag en aanbod, alsook van prijs en productievolume. Het prijsevenwicht impliceert een efficiënt gebruik van productiemiddelen en efficiënte allocatie van producten en diensten ('statische efficiëntie'). De economische welvaartstheorie leidt uit dit evenwicht optimale welvaart af (optimaal gebruik van productiemiddelen en optimale allocatie van producten en diensten). De schaarse middelen worden maximaal benut. Dit theoretische resultaat staat bekend als het eerste fundamentele welvaartstheorama (aangetoond door Arrow en Debreu in 1951/1952).⁴⁹ Als in de werkelijkheid niet alle noodzakelijke voorwaarden van het model voldoen (geen evenwicht) spreekt men van "marktfalen" en ziet men een rol voor de overheid om het marktfalen te corrigeren.

Nu staat men nooit voor de vraag 'hoe de markt in te richten?', omdat zij altijd al is begonnen, evenals de overheid met haar regulering van de markten. Aanknopingspunt voor overheidsbeleid zijn daarom het falen en corrigeren van de markt. De vraagstelling van Porter knoopt aan bij een te corrigeren marktfalen in de zorg: 'why is competition not working in healthcare?'⁵⁰ Waarom zien we op de zorgmarkt de zegeningen van het model van de vrije markt niet optreden? De vraag is of door overheidsregulering de marktwerking in de zorg geholpen moet worden als zij niet vanzelf ontstaat of wordt gecorrigeerd als zij niet in de gewenste richting werkt.

1.4.3 Dynamische marktwerking

Een derde aspect van marktwerking betreft niet de prijsvorming in concurrentie, maar veeleer de aanbodstructuur van de markt en hoe het aanbod effectief op de vraag reageert. Het gaat er dan niet om dat bestaande producten en diensten in prijs en kwaliteit aansluiten bij de vraag (allocatieve of statische efficiency), maar of het aanbod op de markt zich ontwikkelt in de richting dat aan (nieuwe) wensen van consumenten tegemoet wordt gekomen en efficiëntere manieren van productie worden ontwikkeld ('dynamische efficiency'). Een prijsevenwicht is wel een optimale verdeling van bestaande productie, maar zegt niets over innovatie. Volledige concurrentie betekent zelfs minimale winst. Het kortetermijnbelang van de vraagzijde is dat de aanbieders door concurrentie tegen een minimale fractie boven de kostprijs leveren en (praktisch) niets voor zich kunnen houden door de

48 Smith 2007, v.1.0p., p. 82-93.

49 Screpanti & Zamagni 2005, p. 396-400. Baarsma en Theeuwes 2009, p. 23-51.

50 Porter & Teisberg 2006, p. 33 – 45.

druk van de markt. Het langetermijnbelang van de consument is echter dat ondernemingen met de opbrengst niet alleen de kosten van levering van diensten en producten dekken, maar deze investeren in ontwikkeling en productinnovatie. Alleen dan wordt voor nieuwe (andere) vragen nieuw aanbod gecreëerd. Dit aspect van marktwerking stond steeds centraal in de ‘Oostenrijkse school’ (Hayek en Schumpeter). In de zorg is het standaardvoorbeeld de farmaceutische markt⁵¹, waar enerzijds door octrooien op nieuwe geneesmiddelen grote winsten worden gegenereerd, hetgeen in termen van de vorige definitie van marktwerking bepaald geen blijk geeft van statische efficiency en een belemmering van de competitie inhoudt door overheidsingrijpen (namelijk de octrooiverlening), maar waar anderzijds in de twintigste eeuw een spectrum van geneesmiddelen op de markt is gebracht ondanks sterk oplopende productiekosten, die men schat op honderden miljoenen euro’s per nieuw geneesmiddel. Bij produceren tegen kostprijs zou deze productontwikkeling uiteraard onmogelijk zijn geweest. De economische politiek stelt daarom soms andere belangen dan het onmiddellijke consumentenbelang van lage prijzen voorop. Dynamische efficiëntie valt dus niet samen, maar legt beperkingen op aan statische efficiëntie.

1.5 *Markt onder permanente controle*

De theoretische economie kreeg in de tweede helft van de twintigste eeuw (na de periode Keynesiaanse monetaire benadering) oog voor de inherente problemen van de markten. Bator is de auctor intellectualis van de term ‘market failure’.⁵² Realiter voldoen markten niet aan de theoretische veronderstellingen, waarin elke beslissing om te kopen of te verkopen een vergelijking met een concurrerend aanbod veronderstelt en bovendien een beslissing waarin steeds het eigen belang goed begrepen wordt en alle transacties daarop beoordeeld worden. De concurrentie kan ontbreken (monopolies) of de informatie om het aanbod te doen en te beoordelen (onzekerheden/gebrek aan transparantie). Sommige producten of diensten zijn eenvoudigweg geen handelswaar, maar publieke goederen (gekenmerkt door non-exclusiviteit: van schone lucht profiteren we allemaal, en door non-rivaliteit: dat ene burger schone lucht ademt sluit hetzelfde voor de andere niet uit), waardoor de betaling ook niet via de markt kan lopen. Ten slotte zijn er ‘externe effecten’ (term Bator), waarmee zoveel wordt bedoeld als dat het marktgedrag niet met alle effecten rekening houdt of kan houden. Klassiek voorbeeld: de fruitteiler en de naburige imker stimuleren elkaars product, maar vergoeden elkaars bijdrage daarin niet. Externe effecten kunnen negatief zijn in de zin dat kosten worden afgewenteld op derden (vervuiling) of positief in de zin dat de marktprijs niet de grotere waarde voor de samenleving weerspiegelt met als gevolg onderinvestering in deze goederen (zoals vaak in onderwijs).⁵³

51 *Handelingen II* 2004, 93 6035 en 6038 en *Handelingen I* 2005, 3 143.

52 Bator 1958, Zie Cassidy 2010, p. 125-128.

53 Zie o.a. Baarsma en Theeuwes 2009, p. 33-37.

In de zorg komen veelvuldig ‘publieke goederen’ en ‘externe effecten’ voor.⁵⁴ Een vrije markt voor vaccinaties en therapeutische maatregelen tegen zeer besmettelijke infectieziekten brengt onvoldoende oplossing voor het algemene publieke goed van de afweer van een epidemie (waarvan wij allen profiteren zonder elkaar te verdringen), terwijl bij individuele keuzes om maatschappelijk te blijven participeren met bijvoorbeeld TBC (therapie te hoge ‘kosten’ door het al dan niet tijdelijk moeten opgeven van het gewone leven) de gevolgen als een ‘extern effect’ worden afgewenteld op de sociale omgeving (in potentie iedereen). De *Wet publieke zorg* moet hier dan ook uitkomst bieden en voorziet in maatregelen in het algemeen belang, zoals het in quarantaine nemen.⁵⁵

De beschikbaarheidfunctie van de spoedeisende hulp (‘brandweerfunctie’ in de zorg) wordt vaak als een voorbeeld van een publiek goed beschouwd. Pomp berekende in opdracht van VWS de externe effecten door te becijferen dat de gezondheidszorg meer oplevert dan zij kost.⁵⁶ Dat blijkt onvoldoende legitiemer (zie Kasdorp). De zorg en in het bijzonder de zorgverzekeringsmarkt was overigens een van de eerste markten die aldus tegen het licht werd gehouden op ‘markfalen’, want precies daarop zag het al eerder aangehaalde artikel van Arrow uit 1963. Arrow constateerde dat op de eerste plaats door de onzekerheid waarmee ziekte en herstel zijn omgeven, de kosten (prijs en volume) daarvan zich lastig laten vaststellen in vraag en aanbod. Ziekte is grillig en onvoorspelbaar en het effect van de zorgverlening is eveneens met onzekerheden omgeven. Gezondheidsrisico’s zijn maar beperkt verzekeraar (in ieder geval collectieve en individuele preventieprogramma’s, maar verder ook handicaps en reeds ingetreden chronische aandoeningen die onverzekerbaar zijn als ‘brandende huizen’). Het grote verschil in deskundigheid (informatie asymmetrie) tussen patiënt en hulpverlener maakt het vaststellen van de therapie als onderhandeling in vraag en aanbod problematisch. De hulpverlener is gebonden aan een professionele standaard die non-commercieel is, waar tegenover staat dat de patiënt zich in vertrouwen aan de arts min of meer overgeeft. Het aantal aanbieders onder artsen is niet vrij door restricties op de toetreding tot de opleiding, die door de overheid in stand wordt gehouden. Zo er dan toch een ziektekostenverzekering kan worden gesloten, ontstaat het probleem van ‘*moral hazard*’, dat wil zeggen dat de patiënt en ook de hulpverlener zonder een kosten-batenanalyse de kosten van de behandeling kunnen opdrijven zonder daarvan enig nadeel te dragen (zorg na premiebetaling en eigen risico is verder ‘gratis’). Arrow ging zelfs zover daaraan de ‘observatie’ te verbinden dat verzekeringen de vraag naar medische zorg opdrijven. Arrow bleef daarom zijn leven lang overtuigd dat de overheid in het verzekeringsprogramma grenzen moet stellen aan de kosten.⁵⁷ Dit beeld werd in

54 Zie o.a. Lapré, Rutten en Schut 2001.

55 Dute 2005.

56 Pomp 2010.

57 Cassidy 2010, p. 156-159.

Nederland herkend en overgenomen.⁵⁸ Het is niet uit gebrek aan inzicht in deze beperkingen van de gezondheidszorg, maar veeleer vanwege de ervaringen die wij met ons zorgstelsel hebben opgedaan, dat de overheid meende het roer te moeten omgooien. Tenminste elementen van marktwerking zouden toch nuttig kunnen zijn als correctie op een doorschietende overheidsregulering naar oud-communistische snit. Dat is de inzet van de stelselwijziging, maar alvorens ons daaraan te zetten nog enkele opmerkingen om naïeve hoop in dit correctiemechanisme van de marktwerking te neutraliseren.

1.6 *Hoe diep zit het probleem?*

De meer algemene problemen van de markteconomie die stelselmatig de welvaartsoptimalisering ondergraven, zijn de inherente beperkingen op informatie en concurrentie en het daarop reagerende onvolkomen rationele gedrag van de actoren op de markt.

De kracht van de markt houdt in dat een vergelijkbaar product bij volledige transparantie van het aanbod, niet tegen meer ongunstige voorwaarden kan worden aangeboden. Het is echter een illusie dat inzicht in de markt en het aanbod (de transparantie) gratis zijn. De veronderstelling van perfecte informatie over het aanbod op de markt, de inhoud van de producten en diensten en inzicht in de eigen vraag (behoefte) is zelden vervuld. Dit is het leerstuk van de 'transactiekosten' op de markt, kosten die voor een match tussen vraag en aanbod moeten worden gemaakt (kosten van informatievergaring en contractering). Ex post kosten kunnen zijn de kosten van het afdwingen van contracten, de garanties en dergelijke. De veronderstelling van de optimale efficiency van de vrije markt springt af op het feit dat in de praktijk informatieproblemen onoverkomelijk zijn en daarmee het eerste fundamentele welvaartstheorema op losse schroeven staat. Als er een onvermijdelijk informatieprobleem is, ligt het niet direct voor de hand dat overheidscorrectie een betere allocatie teweeg brengt. Het pessimisme over de transparantie en optimale allocatie leiden tot een onvermijdelijk falen van zowel markt en overheid, aldus het Greenwald-Stiglitz theorema.⁵⁹ Als nu ergens dit theorema opgaat, dan is het wel in de zorg, zowel op de zorginkoopmarkt als de zorgverzekeringsmarkt.

Wat een tekort is voor statistische efficiency, onvolledige concurrentie, kan echter juist een zegen zijn in de dynamische efficiency. Als er geen momentane transparantie is die het aanbod afstemt op de vraag, zou men kunnen concurreren in de marge van de invloeden van de perceptie op het aanbod (reclame) en het aftroeven van de concurrentie. Innoveren geeft een voorsprong op de markt, dankzij een voorsprong in kennis (dus niet algemeen transparant) en organisatie.

58 Zie RVZ 1998, p. 26. Lapré, Rutten en Schut 2001, p. 47-48 en 220-223. CPB 2003 en Koopmans e.a., 2005, p. 176-178.

59 Baarsma en Theeuwes 2009, p. 43 en Cassidy 2010, p. 162-165.

Volgens *The Nature of the Firm* van Ronald Coase uit 1937 worden ondernemingen als organisaties verklaard door het besparen van transactiekosten op de externe markt vanwege de interne vastgelegde verhoudingen (niet onderhandelbare transacties). Een onderneming die een concurrerende voorsprong neemt maakt dus gebruik van een organisatieprincipe dat efficiënter is dan de markt en het feit dat informatie exclusief bezit kan zijn of blijven respectievelijk door het recht wordt beschermd (bedrijfsgeheimen c.q. octrooien en licenties). De toegang tot informatie in de zorg zal bij het toenemen van de specialisatiegraad groter worden en de organisatiekosten om duurdere innovaties te realiseren pleiten voor een *economy of scale*. Van technologische innovatie – en dat zal ook gelden voor medisch-technische vernieuwing – profiteren grote kapitaalintensieve ondernemingen meer dan kleine. Volgens recent onderzoek blijkt dat een markt van concurrentiële oligopolisten het meest gunstige is voor innovatie en productvernieuwing.⁶⁰ Het innovatietempo zou daarom bij de grotere ziekenhuizen hoger kunnen liggen dan de perifere kleine ziekenhuizen en ZBC's. Bij de grotere GGZ-instellingen hoger dan bij de kleine praktijken (vrijgevestigden). Dat is wel een voordeel voor de breedte van het aanbod, maar een ander voordeel dan prijsconcurrentie. In de zorg zal het ook niet anders zijn, dan in de rest van de economie, waarbij niet alleen producten op den duur beter en goedkoper worden, maar vooral ook het spectrum aan producten zich verbreedt, waardoor per saldo de totale kosten van de sector kunnen stijgen.

Tot slot nog een opmerking over financiering van innovatie. Op de financiële markt waar men wil investeren in ondernemingen respectievelijk innovaties die het vooruitzicht hebben om de investering met winst terug te betalen, is de marge van onzekerheid inherent nog groter. De markt is hier alles behalve een stabiel systeem en het inschatten van risico's kan men moeilijk 'naïef' aan de waardering van de markt overlaten, zoals de recente financiële crisis liet zien (en daarbij min of meer de theoretische voorspellingen van Hyman Minski uit de tachtiger jaren deed uitkomen).⁶¹ Wanneer het sentiment omslaat wordt het financieren van de innovatie met vermeend vermogen of nieuw risicodragend kapitaal lastig en vallen bedrijven meer terug op het financieren uit eigen middelen. Gelet op de onzekerheidsmarges en ten prooi aan de conjunctuur in het waarderen van risico's, wordt het lastig zowel van binnen als van buiten de markt zicht te verkrijgen op wat de kosten van innovatie mogen zijn. De pas op de plaats die ziekenhuizen bij de banken ervaren, is in ieder geval deels verklaarbaar door de onzekerheid die investeringen in de zorg op dit moment omgeeft.

60 Baarsma en Theeuwes 2009, p. 42-43.

61 Screpanti & Zamagni, p. 358-360 en Cassidy 2010, p. 205-217. In Minsky's analyse wordt het financiële systeem instabiel, doordat bij toenemende groei en expansie van de reële economie de risico-inschatting vanuit de financiële sector door gewenning aan succes minder goed wordt: 'stabiliteit creëert instabiliteit'.

Tot slot zien we de psychologie terugkeren in de economische wetenschap. Gedragseconomie heeft de wind mee. Zowel aanbieders als consumenten blijken geen strikte rationele agenten die hun lange termijn of zelfs maar hun kortetermijnvoordeel juist inschatten. Aan de kant van de aanbieders maakte het onderzoek van Richard Roll indruk, dat veel bedrijfsovernames irrationele besluiten van bestuurders zijn (*The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers*).⁶² Dit onderzoek is overgedaan en in zekere zin bevestigd door Schenk e.a. en door Opheij (Twynstra Gudde) voor de zorgsector in Nederland.⁶³ De megafusies in de zorg, zoals van Meavita en het Espria zijn in dit verband veelbetekenend.⁶⁴ Ook aan de kant van de consument laat onderzoek zien dat gedragingen vaak niet rationeel zijn, impulsief (korte termijn), generaliserend (beperkte ervaring) en willekeurig, waardoor op tucht van de markt het nodige valt af te dingen (grillen van de markt?).⁶⁵ Consumenten lijden aan keuzestress (kwaliteit van keuze verslechtert bij te veel opties), kiezen daarom relatief vaak voor ‘niet kiezen’ (‘default effect’), zijn vaak niet bereid te investeren in het maken van een goede keuze, onderschatten risico’s (bijvoorbeeld ziektekansen) en overschatten kansen (bijvoorbeeld therapieën) en laten zowel rationele argumenten als emotionele impulsen toe (veld van de ‘neuroeconomics’). Al deze effecten doen zich volgens onderzoekers voor in de zorg (‘Millecam-effect’) en maken dat sommigen pleiten voor meer correctief beleid uit gerechtvaardigd paternalisme om bestwil (libertarian paternalism).⁶⁶ In de zorg zagen we recentelijk dat bij de keuze van een verzekeraar de inschatting van de toekomstige ziektelast en de dan relevante behoefte aan dekking en ondersteuning te weinig wordt meegewogen (verzekerden letten kennelijk vooral op de premievoorstellen).⁶⁷ Omdat – zoals al gememoreerd – door de patiënt of de zorgafhankelijke in een belastende situatie objectiviteit moeilijk op te brengen is, wordt de sturende rol van de patiënt via de verzekeraar geacht te lopen, die voor zijn verzekerden kwalitatief goede zorg doelmatig inkoop. Als op de zorgverzekeringmarkt de verzekerde echter te weinig rekening houdt met zijn (toekomstige) positie als gebruiker van de verzekering schuilt hier een serieus probleem, waarvoor inmiddels de nodige aandacht bestaat.⁶⁸ De kracht van de marktwerking is dus alles behalve vanzelfsprekend, niet alleen in de zorg, maar überhaupt.⁶⁹ De vrije markt is een metafoor.⁷⁰ Alleen, de nuch-

62 Cassidy 2010, p. 198-199.

63 Opheij 2007.

64 Zorgvisie 2008-11, p. 13-17.

65 Cassidy 2010, p. 192-284.

66 Kooreman en Prast 2010, p. 101-122 en Prast 2010, p. 163-185.

67 Zie Evaluatie Zvw 2009, Den Haag: ZonMW 2009.

68 Zie daarvoor het preadvies van De Groot.

69 Cassidy 2010, p. 338: ‘The idealist free market is a fiction, an invention: It has never existed, and it will never exist’.

70 Screpanti en Zamagni 2005, p. 389.

tere werkelijkheid is dat overheidsfalen evenmin vermijdbaar is, omdat er noch in de besluitvorming gegeven alle individuele voorkeuren, noch in de dosering van haar instrumentarium een optimum tevoren kan worden aangewezen.⁷¹

1.7 Herbezinning marktwerkingoperatie

De kritiek op de marktwerking is aan de politiek natuurlijk niet voorbij gegaan. De paarse Kabinetten hadden de marktwerkinggedachte omarmd (de operatie Marktwerking Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) met een zeventigtal projecten⁷²). De MDW operatie werd in 2003 beëindigd en in 2007 vroeg de vakbeweging om een *time out*. De discussie sloeg over naar de Tweede Kamer, die van de Minister van Economische Zaken (EZ) een onderzoek naar de effecten van het gevoerde marktwerkingbeleid vroeg en kreeg, waarbij ook de zorg was inbegrepen.⁷³ De uitkomsten van het onderzoek waren positief voor het marktwerkingbeleid,⁷⁴ maar overtuigden de Tweede Kamer nog niet en dat leidde tot een formele adviesaanvraag aan de SER, dat in maart 2010 verscheen: *Overheid en Markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*.⁷⁵ Het SER-advies spreekt zich niet in algemene zin uit voor of tegen overheidsingrijpen of marktwerking, doch ziet het ordeningsbeleid van de overheid als instrumenteel voor de te bereiken doelen. De SER ziet vanuit normatief standpunt drie categorieën van argumenten die pleiten voor overheidsingrijpen:

- kenmerken van de sector en van de desbetreffende activiteiten die het risico van marktfalen in zich bergen,
- sociale overwegingen en
- situaties waarin de consument de neiging heeft onvoldoende in zijn eigen belang te handelen.

Daarbij tekent de SER aan dat overheidsingrijpen ook kan leiden tot overheidsfalen.⁷⁶ De democratisch vast te stellen publieke belangen moeten op een realistische wijze door overheidsmaatregelen worden gediend door verbetering van het functioneren van de desbetreffende sector. Aan het ingrijpen worden ook grenzen gesteld door het Europese Recht, volgens welke de lidstaten het principe van een goedwerkende interne markt zonder verstoring van de mededinging dienen te eerbiedigen. Maatregelen kunnen daarop een inbreuk maken om een bepaald publiek belang te borgen, mits noodzakelijk en proportioneel (artikel 106 lid 2 VWEU). Een en ander leidt tot een gevarieerd beeld van ordeningskeuzes in een

71 Vgl. het door Baarsma & Theeuwes genoemde onderzoek van Clifford Winston. Baarsma & Theeuwes 2009, p. 39.

72 *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 036, nr. 1 t/m 378.

73 Van Damme en Schinkel 2009, p. 1 t/m 21, met name p. 2 t/m 5.

74 *Kamerstukken* 2007/08, 24 036, nr. 343.

75 SER 2010.

76 Vgl. Koopmans e.a. 2005, p. 24-25.

mix van instrumenten van meer of minder overheidscoördinatie en marktcoördinatie. Ongewenste gevolgen van ordeningsbeleid (te veel of te weinig overheidsinterventie respectievelijk marktwerking) worden als volgt ingedeeld (analoog aan de publieke belangen om in te grijpen):

- de (productieve, allocatieve of dynamische) efficiency in de sector gaat erop achteruit;
- er kan een inkomens- of vermogensdeling ontstaan die als sociaal onrechtvaardig wordt gezien;
- de uitkomsten kunnen op basis van politieke overwegingen ongewenst zijn (bemoeigoederen: ‘merit goods’ en ‘demerit goods’).

1.8 Oplossingsrichtingen

Verrassend is de analyse van de SER niet, maar hij legt wel de nadruk op maatwerk en analyse in plaats van het terugdringen of uitbreiden van markt en overheid aan het slingeren van de pendule van het politiek klimaat over te laten⁷⁷ Omdat de keuzes niet tevoren eenduidig behoeven te zijn en waarborging van publieke belangen maatwerk is, moet de inzet afhankelijk worden gemaakt van een effecten- en risicoanalyse vooraf. De SER sluit voor de structuur van een dergelijke analyse aan bij de Impact Assessment zoals door de Europese Commissie ontwikkeld⁷⁸ en meer algemene economische theorievorming.⁷⁹ De effectenanalyse van ordeningsbeleid, zoals de SER die voorstaat, kent 24 vraagpunten ondergebracht in zes onderdelen:

1. analyse van de uitgangssituatie en identificatie van publieke belangen;
2. definiëren van de doeleinden;
3. ontwikkeling van beleidsvarianten, gewenste eindsituatie en transitie;
4. analyse van de effecten van de beleidsvarianten;
5. vergelijken (ranking) van de beleidsvarianten;
6. ontwikkelen van monitoring en evaluatie.⁸⁰

Het vierde en vijfde punt zijn uiteraard het meest interessant. Een MKBA werkt met het algemene instrumentarium van de economische theorie (wij zagen daarvan de beperkingen). Zij probeert vooral de juiste vragen te stellen en de lessen uit het verleden te benutten. De effectenanalyse zou in staat moeten zijn ideologische voorkeuren te neutraliseren en het debat over de inzet van marktwerking door operationaliseren van de argumentatie te beslissen. Met het onderzoeks-

77 Koopmans e.a. 2005, p. 26.

78 Zie de website met documenten voorbeelden van uitgevoerde IA's: http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/commission_guidelines_en.htm

79 Baarsma & Theeuwes 2009, p. 45-46 over de maatschappelijke kosten-batenanalyse van overheidsingrijpen ('MKBA').

80 *Overheid en Markt. Het resultaat telt 2010*, p. 175-200.

rapport van EZ uit 2008 concludeert de SER dat in het algemeen terugblikkend geen conclusies over de causale relatie tussen het marktwerkingbeleid en de ontwikkeling van de publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid getrokken kunnen worden. De data zijn daarvoor onvoldoende (ontbrekende nulmeting en onvolledige monitoring) en in het bijzonder niet omdat niet altijd duidelijk is hoe de publieke belangen zich bij ongewijzigd beleid zouden hebben ontwikkeld ("de *counterfactual* ontbreekt").⁸¹ De effectenrapportage zou volgens de SER daarom met name *vooraf* dienen plaats te vinden (waardoor het onderzoek volgens mij niet eenvoudiger wordt).⁸²

De SER veronderstelt in zijn analysemodel:

- a. dat is vast te stellen dat de efficiëntie minder is dan zij realiter *kan* en *behoort* te zijn,
- b. dat de rechtvaardigere verdeling duidelijk is,
- c. dat de overheid individueel onwenselijk gedrag kan benoemen en paternalisme om bestwil uitvoerbaar is.

Hier passen drie kanttekeningen.

Ad a) Kunnen we (in)efficiëntie wel beoordelen zonder overtuigende theoretische en praktische maatstaf? Internationale empirische vergelijkingen zijn schaars. Wij zagen, dat de markt een procedure is om de optimale efficiency vast te stellen, doch deze procedure is zelf in beginsel niet meer dan een (nuttige) fictie. Juist omdat we de *counterfactual* (wat zou de uitkomst geweest zijn bij een systeem met meer of juist minder marktwerking) niet kennen, is de beoordeling per sector lastig. Een decentrale uitvraag van gegevens (die de markt tot stand moet brengen) kan niet eenvoudig worden gesimuleerd. Is dan op voorhand de uitruil van bijvoorbeeld doelmatigheid met kwaliteit wel inzichtelijk? Is een orthodontiepraktijk met vijf tot zes stoelen 'beter' (want efficiënter), dan één met drie tot vijf stoelen? Is een medisch specialist die meer tijd aan zijn patiënten besteedt op onwenselijke manier minder efficiënt (welk laatste hij op korte termijn stellig is)? Als experts de nodige inefficiency in de zorg vaststellen, is dan ook duidelijk dat dit het resultaat is van meer of minder marktwerking c.q. overheidsingrijpen? Zal marktwerking haar opheffen? Het uitbouwen van de effectenrapportage naar doelstelling, randvoorwaarden en alternatieven doet niet af aan de principiële hindernissen in het springende punt van de *ex ante* toets van de markt- en reguleringseffecten. Marktwerking beoordelen blijft lastig.

81 Problemen bij de evaluatie van gezondheidswetten werd al eerder uitvoerig gesignaleerd: Olsthoorn-Heim 2003, p. 17-22 en Leenen, Gevers en Legemaate 2007, p. 22-24.

82 Zie overigens al Leenen, die pleitte voor een effectenrapportage *vooraf*: Leenen, 1984, p. 403-407.

- Ad b) Waaraan meten we wat de rechtvaardigheid gebiedt? We zagen hiervoor dat het rechtvaardigheidsconcept van een egalitaire toets (abstracte gelijkheid) beweegt naar een invulling op een ideale marktsituatie (Dworkin). Als we gelijkheid terugbrengen naar gelijke kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid, valt rechtvaardigheid dan samen met de minimale kwaliteit voor een ieder en een toegankelijkheid die omwille van de algemene betaalbaarheid beperkt is tot €80.000 per 'qaly', zoals de RvZ voorstelt⁸³ of is de circa €40.000 van de NICE in het NHS-systeem van de UK al rechtvaardig genoeg (halve solidariteit)? Of is rechtvaardig alleen maximale kwaliteit en toegankelijkheid (beschikbare zorg), al dan niet een gegeven financieringslast? Of is het steeds onrechtvaardig de gemiddeld genomen beste zorg aan de verzekerde te onthouden, omdat de financiering slechts een restprobleem van overheid, verzekeraars en zorgveld is? Of verlangt rechtvaardigheid dat degene die het slechts af zijn de nodige zorg ontvangen om hen in een vergelijkbare positie te brengen als de gemiddelde burger om maatschappelijk te participeren (gelijke capaciteiten). Of is de keuze uiteindelijk geen zaak van rechtvaardigheid met een hoofdletter, maar van politieke keuzen in het spectrum van op zich voldoende solidaire mogelijkheden?⁸⁴ Het zal onder omstandigheden wel eenvoudiger zijn het onrecht te benoemen (Sen), dan de ideale uitkomst van een rechtvaardige verdeling aan te wijzen (Daniëls).
- Ad c) Paternalisme om schade te voorkomen is één ding (vergelijk het gevaar- en schadecriterium bij gedwongen opnamen en behandeling⁸⁵), paternalisme als interveniërende correctie op de markt een ander. Als we lifestyle (roken, overgewicht, alcohol- en drugsgebruik) niet corrigeren in de verzekering, dirigeren we dan wel zorgconsumenten paternalistisch tot rationelere keuzen op de zorgmarkt? Veronderstellen we dan niet dat de overheid de ideale consumentenkeuzes ongeveer wel kent? Waarvoor diende dan de invoering van de vraagsturing? In het zorgstelsel stelt paternalisme eerder op ethische gronden grenzen de vraagsturing (stamceltechnieken en genetische screening etc.), dan dat het de gedragseconomische tekorten kan opheffen.

83 RVZ 2007, p. 17.

84 Over het pluriforme solidariteitsbegrip: Jeurissen 2006.

85 Vergelijk art. 2 BOPZ lid 2 jo art. 1 lid 1 sub f BOPZ, art. 7: 465 lid 6 en 466 BW, art. 3.3 voorstel Wet verplichte GGz (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 399, nr. 2) en art. 8, 10 en 12 voorstel Wet zorg en dwang (*Kamerstukken II*, 2008/09, 31 996, nr. 2).

Het is dus moeilijk, maar in beginsel ook weer niet onmogelijk te markt te beoordelen. De SER volgt EZ in haar MET met het trekken van voorzichtige conclusies te trekken met betrekking tot de zorg: het gaat in ieder geval niet slechter! De verzekeraars zijn in beweging gekomen en naar het ervaringsoordeel van de gebruikers is de zorg licht verbeterd. De belangrijkste conclusie is wellicht dat er geen eenduidige conclusie te trekken valt over kwaliteit en prijs,⁸⁶ waarom het mijns inziens allemaal begonnen was. De Evaluatie Wet marktordening gezondheidszorg (ZonMw 2009) signaleert dat de invoering van de Wmg betrekkelijk geruisloos is verlopen (ook daar: slechter is het niet geworden). De analyse van het instrumentarium ziet op *mogelijke* knelpunten, omdat er weinig harde uitspraken te doen zijn over de effectiviteit op de korte termijn en het zuinige gebruik door de NZa van haar nieuwe instrumentarium. Het is te vroeg om het stelsel af te rekenen op zijn consequenties.⁸⁷ Een andere benadering is de spanningen in het stelsel te sonderen en juridische geschillen en problemen in de praktijk op te vatten als signalen over de breuklijnen in de ondergrond en een vermoedelijke tektoniek. Het algemene theoretische kader, de onderzoekspunten van de SER en bevindingen uit de wetevaluatie Wmg geven enige steun voor een dergelijke operatie.⁸⁸

2 Stelselwijziging in de praktijk

2.1 *Inzet stelselwijziging overheidsfalen*

Een beschouwing van de praktijk van de stelselwijziging van 2006 moet beginnen met de reden waarom de overheid in 2006 in de aanbodregulering in de zorg (verder) heeft willen terugtreden en daarvoor de marktregulering door de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), de WTZi en de Zvw in de plaats heeft gesteld. De overheid nam hiermee afstand van haar eerdere beleid, omdat – na lang aandringen van diverse adviescolleges – zij erkende tekort te hebben geschoten in een effectieve sturing van de zorg. Het beeld hierover wordt geschetst in de regeringsnota *Vraag aan bod*.⁸⁹ Waarom wilde zij eerder overigens aanvankelijk de zorg centraal aansturen? Veertig jaar geleden hadden de toen nieuwe Ziekenfondswet en Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten bijgedragen aan een snelle en ongebreidelde groei van de kosten.⁹⁰ Het aantal ziekenhuisbedden, verpleeghuisbedden en plaatsen in psychiatrische inrichtingen had zich explosief ontwik-

86 SER 2010, p. 141-142.

87 Evaluatie Wmg 2009, p. 21.

88 Mijn analyse is zowel gevoed als wellicht gekleurd door mijn ervaringen als advocaat met het stelsel. De in het volgende hoofdstuk aangehaalde jurisprudentie bevat waar nodig daarvan zelf de 'disclosure'.

89 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 855, nr. 2.

90 *Kamerstukken II*, 1973-1974, 13 012, nr. 1 en 2.

keld.⁹¹ De overheid voelde zich gelegitimeerd de zorg te ordenen en aan te sturen, omdat ze door de financiering met een werknemersverzekering en volksverzekering deze zelf zo groot had laten worden. Ze nam min of meer zo de verantwoordelijkheid voor de gevolgen. In plaats van ongebreidelde groei moest er orde komen en gemeenschapsvoorzieningen op basis van sociale rechtvaardigheid. De markt ageert irrationeel en zonder oog voor sociale rechtvaardigheid, zo – meende men – had een onevenwichtige ontwikkeling immers laten zien. Voor rationaliteit en rechtvaardigheid moest de overheid zorgen. Het idee was om voorzieningen te ordenen en regionaal op elkaar af te stemmen binnen de kaders van een grotere planmatige samenhang onder overheidsverantwoordelijkheid. Door rationeel en geordend te werk te gaan zouden tegelijkertijd de kosten tevens kunnen worden beheerst.⁹² Beter is goedkoper (ook dat credo gold toen reeds).

Het beheersen van de kosten was niet zonder succes⁹³, maar het ordenen bleek evenwel moeilijker dan gedacht en het ambitieuze planningsconcept kwam maar moeizaam op gang, zonder ooit volledig ingevoerd te raken. Tegen de tijd dat er allerlei landelijke plannen voor capaciteit en spreiding voor de diverse zorgsectoren waren opgesteld, was met het rapport van de Commissie Dekker *Bereidheid tot verandering* het enthousiasme ervoor alweer voorbij.⁹⁴ De commissie stelde een brede basisverzekering voor met concurrerende verzekeraars in plaats van de oude regionaal monopolistisch werkende ziekenfondsen naast particuliere verzekeraars. De aanbodsturing door de overheid zou worden beperkt tot dure infrastructuur (onder andere ziekenhuizen). Het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) *Volksgezondheid* uit 1997 zette de plannen van de Commissie Dekker kracht bij. De WRR wilde de doelmatigheid van de markt verbinden met de solidariteit van de sociale verzekering. De verantwoordelijkheid voor de uitvoering van een verplichte verzekering zou moeten worden gedelegeerd aan de zorgverzekeraars.⁹⁵ Deze visie werd ondersteund door het rapport van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg ('RVZ') *De rollen verdeeld*⁹⁶

91 Van 1950 naar 1980 was het totale aandeel van de zorg in het BBP meer dan verdubbeld van 2,9 naar 8,3%. De collectief gefinancierde zorg steeg in deze periode van 0,9 naar ruim 4% (zie Bos 2006, p. 39-40). Daarmee viel Nederland geenszins uit de toon ten opzichte van de omringende landen (alleen het UK groeide verhoudingsgewijs minder) en het patroon was vergelijkbaar met de kostenontwikkeling van andere sociale verzekeringen: zie De Gooijer 2007, p. 170-174.

92 *Kamerstukken II*, 1973-1974, 13 012, nr. 2, p. 5.

93 De Gooijer 2007, p. 247-251: de kostenontwikkeling van de zorg hielden in de jaren 1980-2000 gelijke tred met het BBP (per capita) en lag zelfs onder de kostenontwikkeling van de overige sociale verzekeringen.

94 Over deze geschiedenis van de aanbodregulering, zie Sijmons 2006, Hfstk. V. Voor de historie van de tariefregulering, zie De Groot 1998.

95 WRR 1997.

96 RVZ 2000.

en het rapport van de SER *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*.⁹⁷ Na de commissie, de WRR, de RVZ en de SER volgde ten slotte de politiek met de genoemde nota *Vraag aan bod*. De analyse van *Vraag aan bod* legt in wezen het eigen overheidsfalen bloot. De centrale aanbodregulering en financiering hadden volgens de nota geleid tot:

- geringe vraaggerichtheid van het zorgaanbod;
- beperkte ruimte voor ondernemerschap, flexibiliteit en innovatie;
- geringe doelmatigheid (tegenstrijdige instrumenten);
- onvoldoende informatie over en te weinig transparantie van het zorgaanbod.

Met andere woorden: overheidsingrijpen had geleid tot een gebrek aan zowel statische als dynamische efficiëntie in de zorg. Dat de ‘zorgmarkt’ niet transparant was, lag niet aan de zorg (zoals in Arrows analyse), maar aan hoe de overheid had ingegrepen in het aanbod en de prijzen. De kosten waren daardoor te hoog (hoger dan ideale statische efficiëntie van de markt). Ook de ontwikkeling van de zorg, de innovatie, liep te traag (gebrek aan dynamische efficiëntie). En dat overigens ondanks het feit, dat bijvoorbeeld begin jaren negentig in een Databank Zorgvernieuwing (onder andere van het NIVEL) in vijf jaar tijd meer dan 4000 zorgvernieuwingprojecten konden worden geregistreerd, die de zorg meer ‘op maat’ over de grenzen van de organisaties heen moesten innoveren.⁹⁸ Terugkijkend kon men zeggen dat het ontbrak aan de verspreiding en implementatie van de vele goede suggesties. De oorzaken werden als complex ervaren, maar de aanbodregulering door de overheid hielp bepaald niet.⁹⁹

Vraag aan bod wilde – zoals de titel suggereert – overheidsgeruleerde aanbodsturing vervangen door vraaggerichte marktwerking in zes stappen:

1. de overheid zou een level playing field creëren tussen verzekeraars (toen nog particuliere ziektekostenverzekeraars en ziekenfondsen) aan wie een winstmotief zou worden toegestaan en die voldoende prikkels voelen om bij zorgaanbieders dat aanbod te contracteren dat aansluit bij de preferenties van hun verzekerden;
2. als voorwaarde voor de werking van concurrentie zou de transparantie van zorgmarkt en zorgverzekeringsmarkt moeten worden vergroot;
3. omdat concurrentie vrije prijsvorming verlangt, zou de overheid de prijzen – stapsgewijs (voldoende aanbod en transparantie) – liberaliseren;
4. verruiming van het zorgaanbod zou worden gerealiseerd door bestaande aanbieders in principe over hun investeringen te laten beslissen en door vrije toetreding van nieuwe aanbieders;
5. de overheid zou de institutionele waarden bevorderen door het versterken van normen binnen organisaties die de behartiging van het publieke belang ondersteunen. Daarvoor zouden de jaarlijkse verantwoording, health care governance en eisen van goed verzekeraarschap dienen;

97 SER 2000.

98 De Groot 1996.

99 Schrijvers, Oudendijk, De Vries en Hageman 2002.

6. de macrokostenbeheersing zou niet moeten interveniëren met de mogelijkheden tot sturing van de zorg door verzekeraars. Overheidssturing door ingrijpen in tarieven en budgetten van zorgaanbieders en instellingen zou plaatsmaken voor instrumenten als het wijzigen in de zorgaanspraken krachtens de wettelijke ziektekostenverzekering en/of eigen betalingen en wijziging in de structuur van het zorgstelsel.¹⁰⁰

Uit deze opsomming is al wel duidelijk dat de overheid zijn verantwoordelijkheid in belangrijke mate wilde overdragen aan de zorgverzekeraar (met een 'regierol'), doch de primaire sturing bij de consumenten wilde leggen, die 'met de voeten stemmen'.¹⁰¹ In hoeverre zijn deze voornemens omgezet in de wetgeving en beleid? In de stelselwijziging van 2006 werden deze zes stappen als volgt ingevuld:

Ad. 1 Met de invoering van de nieuwe zorgverzekeringswet is het level playing field tussen alle zorgverzekeraars (met overheidsdwang) gerealiseerd. De zorgverzekeraars hebben thans de mogelijkheid om met een winstoogmerk te werken en te concurreren met elkaar binnen de kaders van de wettelijke zorgverzekering met hun polissen en premies om de gunst van de verzekerden (zie hierover verder het preadvies van De Groot). Het stelsel gaat ervan uit dat voor een (over-)groot deel de zorgverzekeraar voor zijn verzekerde de zorg contracteert (artikel 11 lid 1 sub a ZVW: 'de naturapolis'). Niet alleen concurreren de zorgaanbieders om de gunst van de cliënt, zij concurreren vooral om het contractaanbod van de zorgverzekeraars. De Wet toelating zorginstellingen (WTZi) heeft als kernbepaling dat zorginstellingen om te contracteren met de zorgverzekeraars een toelating (vergunning) behoeven van de minister van VWS (artikel 5 lid 1 WTZi).

Ad. 2 De transparantie van de zorgmarkt (en zorgverzekeringsmarkt) wordt gewaarborgd door eisen die de Wmg aan de zorgaanbieders (respectievelijk de ziektekostenverzekeraars, die ik weer met verwijzing naar het preadvies van De Groot hier verder buiten beschouwing laat) stelt in artikel 38 lid 4 (respectievelijk artikel 40) Wmg. Verplicht bekend te maken informatie van zorgaanbieders aan consumenten betreft in ieder geval de tarieven en de kwaliteit van de aangeboden prestaties en diensten. Primair is daarbij de verplichting om patiënten tijdig en zorgvuldig te informeren over de voor prestaties in rekening te brengen tarieven (artikel 38 lid 1 Wmg). In de wet is vastgelegd dat de openbaar te maken informatie zodanig moet zijn, dat deze voor consumenten gemakkelijk vergelijkbaar is (artikel 38 lid 4 Wmg). De NZa kan regels stellen betreffende informatievoorziening met het oog op de doeltreffendheid, juistheid, inzichtelijkheid en vergelijkbaarheid daarvan. Blijven de zorgaanbieders in gebreke, dan kan de NZa ambtshalve zelf ingewonnen informatie openbaar maken. De vergelijkende informatie moet het marktgedrag van vragers

100 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 855, nr. 2, pag. 24-32.

101 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 54, zie ook p. 7 (MvT).

en aanbieders stimuleren. De bevoegdheid van de NZa om informatie openbaar te maken is overigens een uiterste middel om marktgedrag te stimuleren.¹⁰² De verplichte informatievoorziening betreft zowel kwaliteit als prijs om te voorkomen dat een te sterke focus op de prijsconcurrentie ten koste van de kwaliteit ontstaat. Omwille van de vergelijkbaarheid wordt de markt voorgeschreven om uitsluitend tarieven in rekening te brengen voor door de NZa beschreven prestaties (artikel 35 lid 1 juncto artikel 56 Wmg). Prijzen zijn vergelijkbaar door de wettelijke regeling van de munteenheid en evenzo wordt de zorg pas vergelijkbaar wanneer die in van overheidswege vastgestelde zorgprestaties (eenheden onder andere 'DBC's en ZZP's') wordt aangeboden. Indien zorgaanbieders informatie zouden achterhouden, kan de NZa deze opvragen (artikelen 61 en 62 Wmg). Informatievoorziening wordt uiteindelijk niet aan de markt overgelaten, want de betrokkene heeft de plicht jegens de NZa kosteloos alle gegevens en inlichtingen te verstrekken welke redelijkerwijs nodig zijn voor de uitvoering van de wet (die de NZa dus redelijkerwijs kan vragen).¹⁰³ Inmiddels heeft de NZa een visiedocument *Transparantie. Helderheid over transparantie* (maart 2009) afgegeven met uitgangspunten voor een toetsingskader voor eventuele nadere regelgeving, maatregelen en handhaving. Tevens is in de Wmg opgenomen een *lex specialis* ten opzichte van het artikel 6:194 BW (aansprakelijkheid wegens misleidende reclame). Artikel 39 Wmg legt zorgaanbieders de verplichting op ervoor te zorgen dat informatie ter zake van de producten of diensten, waaronder reclame-uitingen, niet misleidend zijn en dat verstrekte informatie geen afbreuk doet aan de Wmg, de Zvw of AWBZ. Ter meerdere waarborg is ook bij artikel 39 bepaald dat de zorgautoriteit regels kan stellen betreffende deze informatievoorziening (ook als deze niet openbaar is). Met betrekking tot de transparantie van de markt kan de NZa regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van de overeenkomsten inzake de zorg of tarieven (en de voorwaarden daarvan). De regels gelden voor partijen op de desbetreffende (deel)markt, want voor individuele gevallen heeft de NZa een apart instrument verplichtingen op te leggen (artikel 47 Wmg) in geval van aanmerkelijke marktmacht. Die individuele verplichtingen kunnen behalve contracteren en het hanteren van bepaalde voorwaarden onder meer het verstrekken van informatie behelzen (artikel 48 lid 1 sub a Wmg). Deze informatie moet dan van belang zijn voor de concurrentie, bijvoorbeeld het publiceren van de aanbestedingsprocedure in het kader van de zorginkoop bij zorgverzekeraars en wellicht te beschouwen als het spiegelbeeld van de contracteringsvoor-

102 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 62-63 (MvT).

103 Een uitvraag is een beschikking in de zin van artikel 1:3 Awb en de betrokkene geniet daardoor rechtsbescherming van de administratieve rechter. Vgl. CBb

waarden die een zorgaanbieder hanteert (vergelijk 48 lid 1 sub b Wmg). Aldus kan men zeggen dat de nieuwe Wmg een samenhangende set van gerichte bepalingen voor het tot stand brengen van transparantie op de zorgmarkt bevat.

- Ad. 3 Een nieuwe regeling om zorgaanbieders te laten concurreren behoeft uiteraard niet te worden ingevoerd, aangezien contractsvrijheid (in concurrentie) reeds het uitgangspunt is van het algemene contractrecht. Met afgedwongen transparantie zou concurrentie ook bij vaste prijzen kunnen werken (alleen concurrentie op de kwaliteit, niet op de prijs). Een effectievere concurrentie ontstaat wanneer zowel op prijs als op kwaliteit wordt geconcurrerd, waarbij de ondernemer wordt aangezet om niet alleen kwaliteit maar ook doelmatigheid te realiseren, niet alleen kwaliteitswinst, doch tevens lagere kosten voor de contractant (opdrachtgever/verzekeraar). De voorwaarde daarvoor is het liberaliseren van de tarieven, hetgeen bij de stelselwijziging niet als zodanig direct heeft plaatsgevonden. De Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg) werd ingetrokken, maar de tariefregulering daaruit is overgeheveld naar de Wmg (om te worden uitgevoerd door de NZa). Nog steeds bestaat het hele spectrum van tariefinstrumenten van vaste tarieven (artikel 57 lid 4 sub a) tot en met vrije tarieven (artikel 57 lid 4 sub c Wmg). Bij algemene maatregel van bestuur kunnen bepaalde vormen van zorg geheel of gedeeltelijk worden uitgezonderd van de wet (artikel 2 lid 2 Wmg), maar het ligt niet voor de hand dat deze route wordt gekozen voor liberalisatie als men de ontwikkeling in de richting van een transparante markt nog wil 'begeleiden'.¹⁰⁴ De zorgautoriteit stelt beleidsregels voor de tariefregulering op, doch niet dan op aanwijzing van de minister van VWS op grond van artikel 7 Wmg.
- Ad. 4 De WTZi integreert de regeling voor de toelating van zorginstellingen tot het verlenen van (verplicht) verzekerde zorg (voorheen in Ziekenfondswet en AWBZ) en het vergunningenregime voor zorgbouw ofwel het gebruik van gebouwde voorzieningen voor de zorg (voorheen via de Wet ziekenhuisvoorzieningen). Toetreding tot de markt van verzekerde zorg verlangt een vergunning ex artikel 9 WTZi (toelating zonder bouw) of artikel 7 WTZi (toelating met bouw). De WTZi werd als 'proceswet' ingevoerd, als een bewust dereguleringsinstrument. Op basis van artikel 9 wordt een toelating tot de markt niet langer geweigerd, omdat er voldoende capaciteit beschikbaar is. Een toelating ex artikel 9 kan slechts worden geweigerd door de minister van VWS op basis van beleidsregels opgesteld op grond van artikel 4 WTZi. De betreffende Regeling vaststelling van beleidsregels ex artikel 4 en 13 WTZi kent voor de cure een dergelijk capaciteitsbeleid niet meer (behoudens voor AWBZ-functies met verblijf of ZVW-functies met verblijf in verband met een psychiatrische

104 *Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 51 (MvT).*

aandoening of bij kinderdagverblijven).¹⁰⁵ Uitdrukkelijk heeft de wetgever afgezien van het voeren van een financieel capaciteitsbeleid en daar biedt de wet dan inmiddels ook geen basis meer voor.¹⁰⁶ De concurrentie onder zorginstellingen in de cure (behoudens dus de intramurale psychiatrie) werkt niet alleen tussen instellingen die op de markt actief zijn, maar steeds eveneens met ondernemingen die tot de zorgmarkt zouden willen toetreden met concurrerend aanbod. Een grens wordt enkel nog gesteld ten aanzien van bepaalde verrichtingen die zich beperken tot curatieve somatische zorg middels de Wet bijzondere medische verrichtingen. De wet verbiedt aangewezen verrichtingen uit te voeren zonder vergunning van de minister van VWS.¹⁰⁷ Door het buiten werking stellen van de toelating met bouw (artikel 7 WTZi) is toezicht op investeringen, maar dan ook de automatische verwerking van de investeringslasten in de tarieven van de instellingen, beëindigd.¹⁰⁸ De deregulering van het vergunningenregime over de zorginvesteringen is daarmee grotendeels afgerond.

Ad. 5 De institutionele waarden zijn bevorderd in de WTZi door aan de toelating eisen van bestuurlijke transparantie te verbinden (artikel 9 lid 1 sub b, zie ook artikel 7 lid 3 sub b alsmede het Uitvoeringsbesluit WTZi artikelen 6 en 7). Artikel 15 WTZi stelt de financiële verantwoording na jaarverslaggeving verplicht.¹⁰⁹ De kwaliteitsverslaggeving is verplicht op grond van artikel 5 lid 3 Kwz. Verder worden de institutionele waarden actief vanuit de overheid bevorderd door het stimuleren van de Zorgbrede Governancecode, die door de brancheorganisaties in de zorg (verenigd in de BoZ) in 2007 tot stand kwam en in 2010 werd hernieuwd. Een institutionele normering bij toetreding tot de markt is overigens nog dat een winstoogetekening voor zorginstellingen voor medisch specialistische zorg met de functie verblijf (klinische voorzieningen) verboden is.¹¹⁰ Het

105 Regeling van 28 september 2009, Stcrt. 2009, nr. 14 401, art. 1.1 jo Bijlage 1, art. 2.1,

106 Afdeling Rechtspraak RvS 19 november 2008, 200804090/1, JB 2009/33 m.nt. M.A. Heldeweg.

107 Besluit aanwijzing bijzondere medische verrichten 2007, Stb. 19 juni 2007, 238.

108 Derde Wijzigingsbesluit Uitvoeringsbesluit WTZi, 28 november 2008, Stb. 2009, 19, in werking getreden 1 januari 2009 (Stb. 2009, 181).

109 Zie verder de ministeriële Regeling verslaggeving WTZi, 13 december 2005, Stcrt. 21 december 2005, nr. 248.

110 (artikel 5 lid 2 WTZi juncto artikel 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi). Een gelijk verbod van winstoogetekening geldt nog voor AWBZ-instellingen met verblijf. Ik laat dit thema verder rusten onder verwijzing naar mijn ongewijzigde standpunt over de onrechtmatigheid ervan (Sijmons 2007, p. 217-222 en 308-311). De vraag is veeleer onder welke voorwaarden de winstuifkering wordt toegestaan: zie E. Plomp 2009 (en haar binnenkort te verschijnen dissertatie). De opheffing is met het regeerakkoord Kabinet Rutte op de agenda geplaatst.

institutionele zorgkader zal te zijner tijd van de WTZi worden overgeheveld naar de Wet cliëntenrechten zorg.¹¹¹

- Ad. 6 Sluitstuk is de kostenbeheersing van de totale zorgkosten. Hier was het idee de zorgverzekeraars niet voor de voeten te lopen, maar daarin is de wetgever bij de stelselwijziging op zijn minst halfhartig geweest. Het ‘macrobudget artikel’ van artikel 11 lid 2 Wtg keert niet terug in de Wmg in vergelijkbare bewoordingen, doch artikel 57 lid 6 Wmg bepaalt ‘dat beleidsregels [van de NZa] kunnen inhouden onder welke voorwaarde of met inachtneming van welke voorschriften en beperkingen voor in die regel te onderscheiden delen van een prestatie of geheel van prestaties daarbij nader aangegeven beleidsregels van toepassing zijn’. Hierin moet worden gelezen dat het tarief volgens de ene beleidsregel kan zijn vastgesteld, maar door de andere beleidsregel strekkende tot een korting op de prijs vanwege beheersing van het macrobudget kan worden toegepast.¹¹² In de jurisprudentie van het CBb en de civiele rechter is de Memorie van Toelichting aanleiding geweest om hier een ononderbroken geldigheid van het instrument van de makrokortingen aan te nemen.¹¹³

Uit het overzicht moge blijken dat de stelselwijziging is ingevoerd door wetgeving met een hoog instrumenteel karakter. Daarmee kan de aanbodregulering worden afgebouwd, doch dat traject kan ook worden opgehouden. Wie de stelselwijziging wil beoordelen alleen op basis van de wettelijke regeling, beoordeelt het vakmanschap van de timmerman op basis van zijn gereedschapskist. De wetgeving geeft aanleiding voor een paar structurele vragen ten aanzien van de dubbelrol van de NZa als tariefregulator en marktmeester alsmede haar onderlinge verantwoordelijkheidsverdeling voor kwaliteit en informatie, dat wil zeggen transparantie van de zorgmarkt en de zorgverlening in bredere zin. Een beoordeling van de stelselwijziging betreft vooral de wijze waarop VWS en de NZa het wettelijke instrumentarium inzetten. Ik zal eerst daarop ingaan en vervolgens vandaar uit nog vragen stellen aan de structuur van de wetgeving en de wijzigingsvoorstellen voor de WMG.

2.2 *Opdracht in het zorgstelsel*

De stelselwijziging heeft een interne en externe opdracht. Wat men een interne aanleiding kan noemen is de verbetering van het stelsel zoals dat onder de aanbodregulering bestond (meer vraaggericht, meer innovatie en doelmatigheid). De externe opdracht is geen antwoord op het verleden, maar op de toekomst van de

111 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 012, nr. 1 en 4 alsmede het wetsvoorstel van de ‘Wcz’ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 1-4.

112 *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 17 (MvT).

113 CBb 29 januari 2009, GJ 2009, 47 (OLVG/NZa) en voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 20 november 2007, NJ 2007, 32 (NVZ/Staat).

114 RvZ 2003.

'zorgexplosie'.¹¹⁴ Vanaf 2000 zijn de kosten van de zorg harder gaan stijgen dan het bruto binnenlands product. De zorgkosten zijn vanaf 2004 scherp gestegen (wat een inhaal zou kunnen zijn met betrekking tot de wachtlijsten door 'boter bij de vis' beleid). Sinds 2004 stijgen de kosten jaarlijks met circa 5% en dat is meer dan de stijging van het BBP, zeker sinds de crisis de groei van het BBP remde. Het BBP kan de komende jaren weer bijtrekken en de onderlinge verhouding iets gunstiger worden, maar dan nog zullen de zorgkosten in de periode 2011-2015 blijven stijgen met 4% per jaar.¹¹⁵ De volumegroei wordt voor een klein deel verklaard door de groei van het aantal personen (0,2%), meer door de vergrijzing en nog meer door de volumegroei door nieuwe medische technologieën en geneesmiddelen, betere diagnostiek en eenvoudigweg meer beschikbaarheid en toegankelijkheid van de zorg voor een in welvaart toenemende bevolking en dergelijke.¹¹⁶ Het RIVM voorspelt in de Volksgezondheid Toekomstverkenning (2010) de zorguitgaven met 4 à 5% blijven doorgroeien tot 2040, wanneer de zorguitgaven ongeveer 30% van het BBP zullen uitmaken. Dat is geen exclusief Nederlands probleem, omdat deze groei zich voordoet in alle welvarende landen. Sinds 1950 is de levensverwachting geboorte met circa negen jaar gestegen.¹¹⁷ Het effect van de gezondheidszorg is daarbij circa vier jaar in de toegenomen levensverwachting.¹¹⁸ Langer leven betekent niet alleen een grotere pensioenlast, maar ook meer zorgkosten, omdat de toegenomen levensduur niet vrij is van ziekte, maar integendeel daar onherroepelijk mee gepaard lijkt te gaan (boven 65 jaar heeft meer dan de helft chronische aandoeningen en circa de helft daarvan nog met comorbiditeit). Extrapoleren we deze tendensen dan verdringen de collectieve lasten van de zorg in rap tempo andere collectieve uitgaven als onderwijs en andere sociale verzekeringen. Het gevoel is dat de zorg dan onbetaalbaar zal worden. Als dat zo is, zal de wal uiteraard eerder het schip keren en zal de groei afvlakken (de vraag is hoe). Als wij de groeicijfers extrapoleren en ook de verhouding van het aantal personen werkzaam in de zorg, in combinatie met het gegeven dat het aantal werknemers bij de toenemende vergrijzing gaat dalen, ontstaat ook de vraag waar het personeel van de zorg vandaan zou moeten komen (arbeidskrachten uit het buitenland?). Nu al zijn Duitse, Oost-Europese en Aziatische arbeidskrachten werkzaam in de zorg vanwege tekorten op de lokale arbeidsmarkt. Dit dubbele scenario vormt een externe reden om het zorgstelsel in te richten op een grotere prestatie voor minder geld, dus meer doelmatigheid. Deze doelmatigheid zal een betere arbeidsproductiviteit moeten behelzen, waardoor tevens verhoudingsgewijs met minder arbeidskrachten zou kunnen worden gewerkt.

115 CPB, *Economische Verkenningen 2011-2015* (www.cpb.nl).

116 Van oneigenlijke 'aanbodinductie' en 'upcoding' bleek bij onderzoek door Gupta Strategists in opdracht van VWS en NVZ niet veel: Gupta 2009.

117 Pomp 2010, p. 49. Mackenbach 2010, p.62.

118 Mackenbach 2010, p. 218. Pomp 2010, p. 60.

2.3 'Stuck in the middle'

Naar aanleiding van de financiële crisis heeft de overheid door middel van een interdepartementale werkgroep de curatieve zorg in het kader van de brede heroverwegingen onderzocht.¹¹⁹ Bij deze 'brede heroverweging' heeft de werkgroep geconcludeerd dat de stelselherziening een aantal publieke doelen naderbij heeft gebracht. De toegankelijkheid is verbeterd dankzij een 'brede en diepe' basisverzekering voor iedereen en daarmee is een voorwaarde voor meer doelmatigheid gecreëerd. De 'oversteek naar een nieuw stelsel' is echter niet gemaakt en daarmee bevindt de zorg zich door het oude model van aanbodbudgettering en het nieuwe model van gereguleerde concurrentie in: 'stuck in the middle'. De werkgroep lijkt geen effectenanalyse aan haar oplossingen ten grondslag te leggen zoals de SER die adviseert (deze is althans niet bekend). Integendeel, zij beroept zich erop dat de economische modellen en empirie geen eenduidige conclusies toelaten.

Problematisch aan de situatie van het stelsel en de transitie is volgens de werkgroep cure dat is ingezet op vrije contractering, liberalisering van prijzen en vrije toetreding tot de zorgmarkt,¹²⁰ – het succes op de geneesmiddelenmarkt (met aanzienlijke prijsdalingen) smaakt naar meer – doch het sturingsmodel voor de cure ligt in tussen het oude model met instellingsbudgettering en het nieuwe model van selectieve zorginkoop via gereguleerde concurrentie. De stelselwijziging gaat in kleine stappen: voor de ziekenhuiszorg (die ik hoofdzakelijk als voorbeeld neem) in trapsgewijze vergroting van 'het B-segment' (DBC's met vrije prijzen) ten opzichte van het 'A-segment' (DBC's met door de NZa vastgestelde prijzen, een invullingsbudget en een verrekenpercentage om beide af te stemmen). De analyse steunt verder op het oordeel van het CPB dat (alternatieve) instrumenten voor kostenbeheersing en krachtige prikkels voor verzekeraars om een gewicht te bieden aan de zorgaanbieders (countervailing power) nog onvoldoende tot ontwikkeling zijn gekomen.¹²¹ De analyse stelt vast dat Nederlanders geen grootverbruikers van zorg zijn als het gaat om het aantal consulten, ziekenhuisopnames, verpleegdagen (en geneesmiddelengebruik kan men toevoegen) per hoofd van de bevolking. Dit geldt ook voor een aantal dure verrichtingen zoals openhartoperaties, dotterbehandelingen en nierdialyses. Het aantal specialisten, huisartsen, tandartsen en apothekers is relatief laag. Toch zijn onze zorgkosten gemiddeld hoog en dit leidt tot de conclusie dat de zorg te duur wordt betaald (met de lakmoesproef de hoge inkomens van vrijgevestigd medisch specialisten en andere ziekenhuisfuncties). Hier ziet de overheid een kans: de prijs kan naar beneden en de marktwerking moet daarbij helpen.

119 *Curatieve Zorg 2.0. 11 Curatieve Zorg*, Den Haag: Min. Fin. april 2010.

120 Verwezen wordt naar de brief *Waardering voor betere zorg IV, Kamerstukken II 2009/10, 29 248, nr. 109 en 113*.

121 CPB, *Economische Verkenningen 2011-2015* (www.cpb.nl). Document 203, maart 2010, p. 54-55.

2.4 Porter's challenge

Er is inderdaad geen reden om terug te schrikken van het uitgangspunt van de stelselwijziging dat marktwerking een bijdrage kan leveren aan een meer effectieve gezondheidszorg dan bij de aanbodregulering door de overheid. Hiervoor is het niet nodig dat de zorg alle kenmerken van de vrije markt heeft, maar slechts dat de doelmatigheid decentraal sneller tot stand komt dan door overheidsregulering, zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen. Deze aanname wordt wel door enig bewijs ondersteund.¹²² Canoy spreekt daarom van intermediaire doelen, zoals meer ondernemerschap, transparantie van informatie en motivatie van de zorgwerkers.¹²³ Intussen heeft de overheid kennelijk een ambitieuzer doel voor ogen, dat theoretisch wordt onderbouwd door het model van Michael Porter.¹²⁴ Het perspectief dat Porter de zorg voorhoudt is dat op de zorgmarkt concurrerend georganiseerd moet worden door middel van een aantal maatregelen.¹²⁵ Deze zijn geënt op de situatie in de Verenigde Staten, waarbij zij lezen als een pleidooi voor *andere* marktwerking als antwoord op marktfalen door een onjuiste organisatie van de zorg. Men kan marktwerking in de zorg ook verkeerd organiseren, namelijk samengevat als een verrichtingenmarkt met verondersteld gelijke aanbieders en consumenten, met als doel op korte termijn kostenreductie (statische efficiency) op een te lokale markt, met inzet op beheersing van administratieve kosten, op basis van verkeerde informatie (zoals onder andere patiëntentevredenheid), met prijsincentives op verrichtingen voor aanbieders en met teveel consumentisme bij gebrek aan eigen verantwoordelijkheid van patiënten.¹²⁶ In plaats daarvan wil Porter de competitie organiseren op basis van toegevoegde waarde in gezondheid, dus van gezondheidsresultaten en niet door minimaliseren van directe kosten. Deze waarde moet worden gemeten in gezondheidswinst voor de patiënt, niet in doelmatigheid voor anderen. Om te kunnen concurreren op resultaten moet de overheid informatieverschaffing over deze resultaten afdwingen. Niet de enkele verrichting, maar de uitkomst van een samenhangend geheel van behandelingen telt. Centraal in Porters concept is de gedachte dat kostenbeheersing niet wordt uitgeruild tegen kwaliteit, maar omgekeerd de kwaliteitsverbetering de kosten verlaagt (respectievelijk hand in hand gaan).¹²⁷ Het kernpunt is verder dat de kwaliteitsverbetering vooral tot stand komt door specialisatie en ervaring. Volume en ervaring maken het verschil.¹²⁸ Specialisatie

122 Baarsma & Theeuwes 2009, p. 45 voetnoot 16, waaronder de verwijzing naar een onderzoek van EZ en resultaten van marktwerking.

123 Canoy 2009, p. 15.

124 Porter & Teisberg 2006.

125 Zie voorts Porter 2009, Vol.361: p. 109-112.

126 Porter & Teisberg 2006, p. 33-70.

127 Porter & Teisberg 2006, p. 107-111.

128 Porter & Teisberg 2006, p. 111-117.

moet afrekenen met het te brede aanbod 'om de hoek' en de grenzen van de geografische markten verruimen. De allerbelangrijkste rol voor de overheid ziet Porter in het verzekeren dat de informatie over de resultaten algemeen beschikbaar is. De overheid moet een norm stellen voor de indicatoren.¹²⁹ Dit concept voor een effectieve marktwerking zou bij ons stelsel op drie onderdelen ingrijpend moeten wijzigen: op het gebied van kwaliteit, prijs en informatie. Deze zal ik hierna behandelen in de drie opeenvolgende paragrafen.

2.5 *Kwaliteitsregulering en marktordening*

De normering van kwaliteit is als voorwaarde voor het stelsel te beschouwen.¹³⁰ De vraag wat goede zorg is en wat de hoogste kwaliteit betekent, is alles behalve triviaal. Het is een ingewikkelde vraag die in beginsel wetenschappelijk vanuit de betrokken beroepsgroepen en door patiëntenervaring moet worden beantwoord. Is zij niettemin niet alleen voor insiders, maar op basis van een aantal overzichtelijke data voor iedereen vast te stellen, omdat immers niet eindelijk 'het resultaat telt'?¹³¹ Is zij toch niet meetbaar aan de hand van de prestatie-indicatoren, zoals die inmiddels verplicht worden gepubliceerd?¹³² De overheid heeft ingezet op 'zichtbare zorg'.

De meest in het oog springende indicator is de ziekenhuissterfte (*hospital standardized mortality rate*: HSMR). Inmiddels (in 2010) zijn deze sterftecijfers voor de Nederlandse ziekenhuizen openbaar gemaakt. Het gemiddelde voor 2009 is 2,3%. De top 5 van ziekenhuizen doet het beter met ca 1,5%, de hekkensluiters rond de 2,6%. Verhoudingsgewijs onderling een groot verschil (ruim 70% slechter), maar op het totale risico valt de variatie op het oog weer mee (ca 1%), indachtig de te betrachten voorzichtigheid om daaruit al te stellige uitspraken te doen over de kwaliteit¹³³ en zeker wanneer dat wordt vergeleken met de gemiddelde sterftecijfer van tien jaar geleden (3,3%) of met dat van Engeland (6,5%).¹³⁴ De vraag is bovendien uiteindelijk hoeveel van deze sterftegevallen in het ziekenhuis hadden kunnen worden voorkomen (anders dan de terminale patiënt snel naar het verpleeghuis/hospice te verwijzen). Daarom zijn de verplichte calamiteitenmeldingen ingevolge artikel 4a Kwz een relevantere indicatie, want bij een calamiteit was sterfte, althans ernstige schade voor de patiënt kennelijk vermijdbaar. De wetgeving is er dan ook op ingericht dat de Inspectie in actie kan komen om de

129 Porter & Teisberg 2006, p. 343-346.

130 Zie recentelijk nog weer SER 2010, p. 140-148.

131 *Het resultaat telt*. 2003 e.v.

132 Regeling kwaliteitsjaarverslag zorginstellingen 2010, Stcrt. 2009, 19705.

133 Voor pittige kritiek: Liford en Pronovost 2010; 340:c2016. Zie verder de website www.hsmr.nl voor de inhoudelijke discussie over de waarde van de HSMR.

134 Scholtens 2010.

kwaliteit te onderzoeken. Op een hoger dan gemiddelde HSMR kan, maar hoeft IGZ niet met onderzoek of maatregelen te ageren.¹³⁵

De overige prestatie-indicatoren, zoals nu door de IGZ worden ontwikkeld in samenspraak met NVZ, NFU en OMS, geven een breder beeld van kwaliteit maar per indicator is er een vergelijkbaar meetprobleem. Een afwijkende score geeft niet aan dat de zorg per se onverantwoord is. Het is een indicatie voor nader onderzoek.¹³⁶ Als de prestatie-indicatoren voor de IGZ niet een oordeel kunnen funderen over de kwaliteit, dan nog minder voor de patiënt die bovendien niet voor een ziekenhuis kiest maar voor het specialisme van zijn aandoening en dan nog in het bijzonder als hij in de op het algemene specialisme gerichte prestatie-indicator geen informatie vindt over de kwaliteit van zijn specifieke behandeling (hoe relevant zijn de gekwantificeerde risico's voor betrokkene?), zo de patiënt al niet doorverwezen is naar een individuele specialist, voor wie de prestatie van het ziekenhuis of vakgroep in het geheel niet alles hoeft te zeggen. Kwaliteit van zorg heeft een dieptedimensie die zich kennelijk voorlopig niet laat vangen in eenvoudige getallen en indicatoren. De asymmetrie van interne en externe kennis van de kwaliteit van de zorg is voorlopig nog wel een gegeven. Als zelfs de Inspectie niet op afstand de kwaliteit kan beoordelen, maar daar nader onderzoek voor nodig heeft, is vooralsnog de informatie over de kwaliteit voor derden in het algemeen stellig 'imperfect'. De vraag is of dat zo dramatisch is, dat patiënten en zorgverzekeraars niet zinvol zouden *kunnen* kiezen op basis van globalere kwaliteit (al is deze informatie gebrekkig), zodat de tucht van de markt op dit onderdeel niet zou worden gevoeld. Het antwoord luidt volgens mij – mede op basis van empirische gegevens – dat de dreiging van deze keuzes al effectieve druk oplevert.¹³⁷

Toch is het algemene beeld dat wettelijke kwaliteitsregulering zoals zij tot nu toe functioneerde, onvoldoende bijdraagt aan de reductie van het zorgvolume door snellere en betere (maar dan ook goedkopere) zorg.¹³⁸ Dat zij geen bijdrage levert aan competitie op kwaliteit is verklaarbaar, aangezien de kwaliteitswetgeving in het geheel niet gebaseerd is op onderscheidende kwaliteit, maar op de notie van 'verantwoorde zorg' (art. 2 Kwz), die in de Wcz wordt uitgebreid met het onderdeel 'veilige zorg' (impliciet in het eerdere begrip), die het wettelijk minimum vormt, waaraan *iedere* zorginstelling moet voldoen. De individuele beroepsbeoefenaar moet *altijd* voldoen aan de professionele standaard, waarin de richtlijnen en protocollen van de beroepsgroep vervat zijn en de zorgvuldigheidseis van een redelijk en bekwaam handelend vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden (art. 7: 453 BW en HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, Speeckaert/Gradener). Verant-

135 Vgl. Borghans e.a. 2008, m.n. p. 62-63 en *Veiligheidsindicatoren ziekenhuizen 2010 t/m 2012. Toezicht op het VMS Veiligheidsprogramma 'Voorkom schade, werk veilig'* 2010, p. 9 en *Prestatie-indicatoren ziekenhuizen. Basisset 2010 2009*, p. 9.

136 *Zorg rond operaties voor borstkanker is verantwoord*, 2010, p. 13.

137 Bijlsma en Pomp 2008.

138 Evaluatie Wmg, p. 103-109 en 117-118.

woorde en veilige zorg in deze zin is een normatief gegeven en kan niet afhankelijk worden gemaakt van competitie op de markt. Op kwaliteitswinst door onderlinge wedijver kan de kwaliteitswetgeving dan ook geen betrekking hebben en zij kan niet worden gebruikt om de marktwerking te simuleren of haar uitkomsten imiteren zonder de eigen normatieve insteek te ondergraven. Porter neemt dan ook aan dat het kwaliteitseffect van concurrentie los staat van de (minimale) medische standaard. Het verhogen van de kwaliteitsstandaard (als geprojecteerde uitkomst van marktwerking) vermindert juist de concurrentie, want sluit bij voorbaat degenen uit die pas langs de weg van de geleidelijkheid zich zouden verbeteren.

Het heeft verder niet veel zin in de kwaliteitsnorm de economische doelmatigheidsis te stellen. Artikel 2 Kwz neemt 'doelmatig' op in de definitie van verantwoorde zorg. Geen instelling die verlies heeft gedraaid wordt er echter op aangesproken niet aan de norm van *doelmatige* verantwoorde zorg te hebben voldaan. De doelmatigheidsis in deze kwaliteitsnorm verraadt slechts, dat de Kwaliteitswet zorginstellingen de kwaliteitsregulering uit het erkenningstelsel van de Ziekenfondswet en AWBZ vervangen. In dat kader was de doelmatigheidsis (zuinig met verzekerde zorg) zinvol. Nadien gaf het de instelling een zekere bescherming, dat het haar middelen doelmatig mag inzetten en de cliënten dus niet persoonlijk alle aandacht kunnen opeisen uit hoofde van de eis van verantwoorde zorg, omdat de instelling in gelijke mate aan alle cliënten verantwoorde zorg moet bieden en daarom individueel op zo doelmatige wijze als mogelijk. Er is de nieuwe Beginselenwet zorginstellingen voor de AWBZ-zorg voor nodig om binnen de instellingen een grens te stellen aan deze doelmatigheidsis en om eigen regie, respect en privacy te waarborgen tegen de druk van de uniformerende en disciplinerende doelmatigheid in. Voor de individuele beroepsbeoefenaar betekent doelmatigheid meer de proportionaliteit van therapeutische doelen en middelen.¹³⁹

De grote programma's van systematische kwaliteitsbewaking (kwaliteitsmanagement; vergelijk art. 3 Kwz en 40 lid 2 BIG), het Veiligheid Management Systeem (VMS) en Veilig Incident Melden (VIM) gelden eveneens algemeen en beogen een bodem te leggen in de zorg, waar 'iedere vermijdbare dode er één teveel is'. Het streven naar deze kwaliteit geldt voor alle betreffende zorgaanbieders. In de ziekenhuizen is de doelstelling door invoering van een VMS per ultimo 2012 de onbedoelde vermijdbare schade voor patiënten met 50% te reduceren.¹⁴⁰ Hier doorheen speelt het onderscheid tussen de zorg die de overheid verzekeren wil en de zorg die door kwaliteit onderscheidend en preferent is. De borstkankerzorg in Nederland is volgens de IGZ bijvoorbeeld van voldoende kwaliteit ('verantwoorde zorg'), ondanks het feit dat variatie werd geconstateerd in de wijze van behandelen en de kwaliteit (uitkomsten).¹⁴¹ De CZ-groep mocht in het kader van

139 Leenen, Dute en Kastelein 2008, p. 33-34.

140 Voor informatie zie de website: www.vsmzorg.nl.

141 *Zorg rond operaties voor borstkanker is verantwoord* 2010, p. 13 en 21.

haar zorginkoop hogere eisen stellen en zich daarmee profileren als zorgverzekeraar die voor haar verzekerden slechts de betere zorg contracteert.¹⁴² De inkoopvoorwaarden van een zorgverzekeraar zijn echter niet gelijk aan de eisen van verantwoorde zorg of andere kwaliteitseisen die de wetgever als een minimaal niveau kan afdwingen (ook al betekent een minimaal toegestaan niveau niet in kwalitatieve zin een slecht of matig niveau, doch integendeel op zich reeds een 'goed niveau', zoals de wet zegt¹⁴³). Er is daarom ook een verschil tussen de minimaal verantwoorde score op een prestatie-indicator en de uitkomst waarmee de betere zorg zich van de mindere (maar toch nog 'goede' zorg) onderscheidt. De markt waardeert op verschillende wijze: Menzis waardeerde borstkankerzorg bij het Bethesda Ziekenhuis te Hoogeveen als 'Top Zorg' terwijl CZ het ziekenhuis uit kwaliteitsoverwegingen juist liet afvallen.¹⁴⁴ Het toont alleen maar aan dat de marktnormen zich gevarieerd zullen ontwikkelen.

Via de band van de veiligheid kan de norm voor verantwoorde zorg uiteraard worden verhoogd. De juridische norm van een redelijk bekwaam handelende hulpverlener gaat thans slechts uit van een redelijk gemiddelde. Als nu bekend wordt, dat door expertise en schaaleffecten de vermijdbare schade en sterfte kan worden beperkt, kan het een eis van verantwoorde zorg en veiligheid worden, dat alleen gespecialiseerde teams en artsen bepaalde zorg verlenen. De gedachte achter Porters model, dat de markt zich herschikt op expertise ter verbetering van de kwaliteit, wordt dan op een andere manier afgedwongen. Er wordt een bodem in de markt gelegd: bepaalde verrichtingen vergen bijvoorbeeld de ervaring van een minimaal aantal ingrepen per jaar. Daarmee worden zorgaanbieders die deze minimale volumina niet halen uitgesloten. De markt wordt verkleind in het belang van de minimale zorgkwaliteit. Het programma van het verminderen van het aantal vermijdbare doden en schade is even noodzakelijk en ethisch vanzelfsprekend als dat het problematisch is. Als gedachte-experiment: als de mindere dan de hoogst haalbare zorg een risico op overlijden en schade in het leven roept, dan zouden wij volgens de strikte ethische imperatief van een consequent veiligheidsprogramma uitsluitend de hoogst haalbare zorg mogen leveren. Concurrentie op de kwaliteit is dan niet denkbaar, want geschiedt op risico van de gezondheidsschade van de patiënt. Het ondernemingsbelang van de instelling, respectievelijk de hulpverlener om extra volume te scoren of kosten te beperken, is ongelijksoortig van aard en dan van minder gewicht. Het impliceert zelfs een vorm van *moral hazard* bij de aanbieder: als de patiënt zou weten, dat hij niet de best mogelijke zorg krijgt, die naar ethische standaard wel zou behoren, zou hij zich wel bedenken om zich toe te vertrouwen aan de betreffende zorgaanbieder. Concurrentie zou alleen denkbaar zijn dankzij de informatieasymmetrie en op kosten

142 Vznr. Rb Breda, 7 oktober 2010, TvGr 2010-8, GJ 2010/53 (m.nt. G.R.J. de Groot).

143 *Kamerstukken II, 1994/95, 23 633, nr. 17.*

144 www.zorgmarkt.nl, 11 januari 2011 en Vznr Rb Breda 23 november 2010, LJN BO 4755.

van de patiënt. Een marktimperfectie bij uitstek die zou roepen om normatieve correctie. Iets anders is dat de zorgconsument of zijn verzekeraar kiest uit de variatie in toegestane (getolereerde) kwaliteit. De NZa houdt niet maximale kwaliteit, maar optimale kwaliteit voor het meest wenselijk, waarbij de marginale baten en kosten van kwaliteit elkaar in evenwicht houden. De bepaling daarvan kan lastig zijn, maar het pleidooi behelst een economische afweging uit overweging van solidariteit (betaalbaarheid).¹⁴⁵ Perfectie is te duur.

De wet verlangt noch zuiverheid, noch perfectie van kwaliteit van zorg. De norm is dat slechts delen van de zorg expliciet zijn voorbehouden aan BIG-geregisteerde beroepsbeoefenaren (art. 36 BIG). De zelfstandig handelende moet wel 'bekwaam' zijn (art. 36 lid 15 BIG), doch daaronder wordt in de regel niet meer en anders verstaan dan 'to know how' en volgens de professionele standaard kunnen handelen. De arts dient deze bekwaamheid in beginsel zelf te beoordelen.¹⁴⁶ De beroepenregeling is van algemene aard met een beperkt aantal voorbehouden handelingen. Zij differentieert niet naar specialismen (uitsluitend naar art. 3 BIG beroepen) en niet naar bijzondere medische verrichtingen (op bijvoorbeeld oncologisch gebied of thoraxchirurgie). Zij is er niet op ingericht voorbehouden handelingen via volumecriteria te reserveren voor subspecialismen met bijzondere ervarings- en expertise-eisen. Het wettelijk systeem van periodieke herregistratie van zowel de artikel 3-registratie als de specialismenregistratie vraagt slechts werkervaring op het gebied van het beroep op specialisme in algemene zin, die bovendien met opleiding kan worden gecompenseerd. Met deze regeling van de kwaliteit van de beroepsuitoefening staat op gespannen voet via art. 2 Kwz. een extra categorie voorbehouden handelingen over de band van de zorginstelling in te voeren. Als een bepaalde categorie handelingen (operaties) niet is 'voorbehouden' uit hoofde van bekwaamheid, is lastig te begrijpen dat zij niettemin tegelijkertijd in het algemeen 'onverantwoord' en daarom voorbehouden is aan bepaalde instellingen vanwege volumenormen. De beroepsbeoefenaar heeft een met artikel 2 Kwz vergelijkbare kwaliteitsnorm in artikel 40 BIG, maar daarin ontbreekt nu juist het aspect van persoonlijke ervaring en bekwaamheid (deze ziet op de organisatie van de zorg). Het is ongerijmd via de omweg van de bepaling voor de zorginstellingen de beroepsbeoefenaren een strengere bekwaamheidseis op te leggen, die hun beroepenwetgeving niet kent. Een volumenorm is niet meer dan een indicatie over organisatiegraad en deskundigheid.¹⁴⁷

Voor een restrictiever beleid dan de Kwz fungeert de Wet bijzondere medische verrichtingen ('WBMV') als vangnet voor zorgfuncties, waarvan het maatschappe-

145 Vgl. Halbersma (NZa) 2008, p. 7.

146 Leenen, Dute en Kastelein 2008, p. 87.

147 En uiteraard als zodanig wel een relevante aanwijzing bij de beoordeling van de bekwaamheid. De tuchtrechter weegt de ervaringsfactor reeds mee: RTC Eindhoven 5 januari 2009, GJ 2009, 37, maar is daarin tot voor kort erg mild: Bulstra, Wiggers & Hubben, 2008, p. 160-161 en p. 167-168.

lijk onverantwoord zou zijn om deze aan de zorgmarkt over te laten. In de laatste evaluatie van deze wet in 2001 werden vraagtekens gesteld bij haar effectiviteit. Daarop heeft het kabinet tijdens de stelselherziening het beleid voor de toepassing nog eens aangescherpt en van een stelsel van toepassingscriteria voorzien.¹⁴⁸ Met de deregulering van de WBMV loopt het opeens niet meer zo'n vaart, omdat de verleiding groot is te sturen op de introductie van nieuwe technieken, zoals recentelijk bleek bij de haastig ingevoerde vergunningplicht voor de inmiddels in de praktijk reeds toegepaste THI's in de cardiologie.¹⁴⁹ De vergunningplicht verbaast op zijn minst, omdat de daarbij toegepaste catheterisatietechniek ('dottertechniek') inmiddels allang op de nominatie stond vrijgegeven te worden van vergunningplicht¹⁵⁰ en de THI's meer ingrijpende chirurgische technieken vervangen, waarvoor de hartcentra die nu om de THI-vergunning moeten concurreren, reeds vergunningen bezitten. Het lijkt alsof VWS het potentieel van de WBMV heeft herontdekt voor ordening van de markt, maar een concentratie- en spreidingsbeleid om redenen van kostenbeheersing in plaats van zuiver medisch-technische motieven roept vraagtekens op ten aanzien van de juridische houdbaarheid en heeft dan ook geleid tot massaal protest van de instellingen die bij de THI's buiten de boot vielen en tot procedures. De zorgbehoefte speelt hier in beginsel geen doorslaggevende rol, want daartoe diende het capaciteitsbeleid in het kader van de WTZi, dat inmiddels voor de meeste zorg in de cure is afgebouwd. De 'gewichtige belangen' vereist voor een vergunningplicht ex artikel 2 lid 1 WBMV (vergelijk de 'maatschappelijke, ethische of juridische aspecten': art. 3 lid 1) kunnen niet in feite een marktordeningdoelstelling zijn die in de daartoe geëigende wetgeving (WTZi) is gedereguleerd. Een volumebeleid via de WBMV is niet juist.

Is dan de norm van 'verantwoorde zorg' (Kwz) om kwaliteitsredenen wel een reden voor een concentratie- en spreidingsbeleid? Zo wordt het door de Inspectie en VWS thans wel gezien. Het voornemen van IGZ om voor hoogcomplexen en 'hoogrisico' vormen van zorg als borstkankerzorg minimumnormen voor behandeling te introduceren is daar het begin van.¹⁵¹ Al langere tijd is de concentratie van kankerzorg een onderwerp van onderzoek en bespreking (sedert o.a. een advies van de Gezondheidsraad uit 1993 en van het NKI in 2003). De IKC's registreren en onderzoeken de oncologische zorg in Nederland en daaruit komt naar voren, dat er relatief grote variatie in kwaliteit bestaat. Deze is niet goed verklaarbaar (ook niet uit behandelde volumes). De Signaleringscommissie Kanker van

148 *Kamerstukken II*, 2006/07, 38 800 XVI en 29 214, nr. 150: de (negatieve) criteria voor een vergunningplicht zijn: beschikbaarheid, voorhanden zijn kwaliteitsstelsel, inzichtelijke kwaliteitseisen en geen onaanvaardbare situaties. De vergunningplicht is een *last resort* (p. 3).

149 Zie Planningsbesluit 1 december 2009, Stcrt nr. 18730 en Vzng. Rb Rotterdam 13 augustus 2010, TvGr 2010, 12.

150 *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 800 XVI, nr. 177.

151 IGZ Nieuwsbericht 02-12-2010, www.igz.nl.

het KWF concludeerde dat de verschillen voornamelijk schuilen in de zorgprocessen en pleitte voor nadere ontsluiting van kwaliteitsinformatie.¹⁵² Het rapport bevestigt de conclusie dat voor de patiënt geen eenduidige en betrouwbare informatie over de kwaliteit beschikbaar is. Niet mag hier onvermeld blijven de eveneens belangrijke conclusie, dat ondanks de variatie de kwaliteit van de oncologische zorg van hoog niveau is in vergelijking met andere Europese landen. IGZ heeft het rapport aangegrepen voor de concretere maatregel om de zorg te concentreren. IGZ hinkt daarbij op twee gedachten. Enerzijds wil zij de wetenschappelijke verenigingen vragen de minimum volumennormen vast te stellen (het KWF rapport liet echter zien dat er wel een statistisch, maar geen dwingend causaal verband tussen volume en kwaliteit werd gezien) en wil deze als toezichtnormen gaan handhaven, en anderzijds stelt zij: "meer is beter". Dat betekent niet dat ziekenhuizen die op dit moment slechts weinig van deze ingrepen doen per jaar, daarmee slechte zorg leveren. Het gaat erom dat we in Nederland de patiënt de beste kans op succes willen geven en het minste risico op schade".¹⁵³ De patiënt heeft geen toegang tot deze informatie, zodat die keuze voor hem wordt gemaakt. Een eerlijk statement van IGZ, maar daarmee tegelijkertijd de juridische zwakte blootleggend van de eerste mededeling. Als de volumennorm geen bekwaamheidseis is, noch een ondubbelzinnige norm voor verantwoorde zorg, maar een wenselijke uitkomst van onderlinge afspraken die ziekenhuizen in de regio moeten maken om de zorg te verbeteren, dan is de volumennorm mogelijk helemaal niet afdwingbaar en heeft zij in het stelsel geen duidelijke juridische plaats. Het is dan niet aan IGZ om een concentratiespreidingsbeleid te gaan voeren. In het kader van concentratiebeleid komt het instrument van de concentratienorm eveneens voor, maar de criteria zouden niet geschikt zijn om de complete oncologische zorg te herstructureren (de WBMV is niet bedoeld de kwaliteit te bewaken¹⁵⁴), hetgeen de consequentie is van het volumebeleid.

Terug naar het probleem van de beschikbare informatie over kwaliteit. Goede zorg is uiteindelijk zorg die de patiënt het meeste helpt weer gezond te worden of als dat niet mogelijk is, zo min mogelijk beperkingen te ondervinden van zijn aandoening (vergelijk de capaciteitsbenadering van A. Sen). Langs deze lijn vindt onderzoek plaats naar de productiviteit en kwaliteit van zorg.¹⁵⁵ Het onderzoek heeft eerder greep op wijzen van behandelen dan op de uitkomsten daarvan. In het KWF-rapport komt dit als een zeer significante factor, zo niet de meest dominante, naar voren. De oprichting van een Nationaal Kwaliteitsinstituut Gezondheidszorg kan bevorderen dat in ieder geval vanuit de medische wetenschap en de praktijk (best practises) de ontwikkeling van de professionele standaard en kwaliteitsricht-

152 *Kwaliteit van kankerzorg in Nederland*, Rapport Signaleringscommissie Kanker van KWF Kankerbestrijding juli 2010.

153 IGZ Nieuwsbericht 02-12-2010, www.igz.nl.

154 *Kamerstukken II*, 2006/07, 38 800 XVI en 29 214, nr. 150, p. 2.

155 Zie o.a. Blank en Valdmanis (red 2008), m.n. R. Färe, S. Grosskopf, M. Lundström en P. Roos, *Evaluating Health Care Efficiency*, p. 209-228.

lijnen internationaal niet achterblijft en deze primair voor de zorgaanbieders, toezichthouders en andere marktpartijen (zorgverzekeraars en consumenten) bekend zijn.¹⁵⁶ Het geplande kwaliteitsinstituut krijgt een zekere doorzettingsmacht om richtlijnen en protocollen tot stand te brengen na te lang delibereren van de veldpartijen. Een wetsvoorstel wordt niet vóór 2012 ingediend.¹⁵⁷

Interessante informatie over de kwaliteit van zorgaanbieders naast bijvoorbeeld informatie over calamiteiten lijkt mij nog informatie over welke wijze van behandelingen worden toegepast door instelling en beroepsbeoefenaar en de motivering daarvan (structuur en proceskwaliteit van de zorg). Van dergelijke soorten behandelingen zal wetenschappelijk informatie over de doelmatigheid bekend kunnen zijn en dus een zinvolle indruk kunnen ontstaan van de mate waarin een zorgaanbieder met de innovaties in de zorg meegaat en/of de 'state of the art' van gisteren of volgens nieuwste inzichten. Dat is uiteindelijk wat wij over de kwaliteit willen weten: is de zorgaanbieder een *fast adapter* of een *slow adapter*? In welk tempo worden *best practices* geïntegreerd? Ik zou haast pleiten voor een *provider standardized innovation rate* ('PSIR').

2.6 Prijsregulering

De transparantie van de prijs als zodanig lijkt juridisch geen ingewikkeld vraagstuk. De wet schrijft openbaarmaking aan zorgaanbieders voor (art. 38 leden 1 en 2 Wmg). De tarieven die de NZa vaststelt, zijn eveneens openbaar en toegankelijk. Niet is altijd helder waarvoor precies wordt betaald, maar dat is in wezen een technisch probleem van de (eventueel verplicht voorgeschreven) inrichting van de declaraties. Voor de prijs/kwaliteitverhouding ligt dat anders, omdat, zoals gezien, de kwaliteit niet eenvoudig is vast te stellen. De Evaluatie Wmg en andere studies laten zien dat de zorgconsument overigens weinig belangstelling heeft voor de prijs/kwaliteitverhouding, tenminste wat betreft de verzekerde zorg. De zorg is reeds door de verzekeringspremies (in het verleden) betaald, zodat de zorgconsument geen direct belang heeft bij een scherpe prijs (*Arrows moral hazard* bij de patiënt).¹⁵⁸ Dat wil niet zeggen dat prijsconcurrentie niet werkt, maar dan vooral op geaggregeerde schaal via de zorgverzekeringen (waarvan de collectieve polissen de hoofdmoot zijn gaan uitmaken) en op de markt van onverze-

156 *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 765, nr. 19 en 2010/11, 32 500 XVI, nr. 13, p. 8. Het faillissement en de doorstart van het CBO eind 2010 binnen TNO geven wel aan dat de functie van richtlijnontwikkeling kwetsbaar is en het voor de hand ligt deze van overheidswege te stimuleren. Wel moet gewaakt worden voor het tegenoverliggende risico van verambtelijking en het vervangen van de oorspronkelijke veldnormen naar zuivere toezicht- en handhavingsnormen. De eisen voor beide zijn – zoals toegelicht – verschillend.

157 Brief minister VWS d.d. 26 januari 2011 aan de Tweede Kamer ('Zorg die werkt'), kenmerk MC-U-3048431, p. 7-8.

158 Evaluatie Wmg 2009, p. 52.

kerde zorg ('derde compartiment'). De monitoren van de NZa over de vrije tarieven voor de fysiotherapeuten¹⁵⁹ en het geliberaliseerde B-segment, laten zien dat de veronderstelling van het prijsevenwicht hier benaderd wordt.¹⁶⁰ Het B-segment van vrije prijzen in de medisch specialistische zorg is stapsgewijs uitgebreid en de zorgverzekeraars bieden kennelijk tegenwicht tegen prijsstijging in een concurrerend aanbod. In de niet verplicht verzekerde mondzorg zou de NZa bij wijze van experiment de tarieven willen vrijgeven, omdat er een voldoende prijs-prikkel bij de consument zal bestaan.¹⁶¹

Structurele problemen in de prijsregulering zijn er op vier terreinen te signaleren: a) meer dan elders zit er een klem op de liberalisatie vanwege het gevaar van kostenstijging en onvoldoende kostenbeheersing (waarborgen toegankelijkheid en betaalbaarheid), daarom is de liberalisering traag en dat is een probleem op zich, b) de liberalisering van de tarieven wordt doorkruist door een onuitgesproken inkomenspolitiek voor de vrije beroepsbeoefenaren, c) bij medisch specialisten in het bijzonder en d) de tarieven blijven de sluitpost van de begrotingsproblemen van de overheid. Ik zal deze hierna behandelen.

2.6.1 *Ad a) Tarieven medisch specialistische zorg*

De tarieven voor de instellingen startten als vergoedingen achteraf voor werkelijk gemaakte kosten. Uit het totaal aan kosten werd een tarief per verpleegdag afgeleid. Dit stimuleerde oneigenlijk de klinische productie, want te weinig verpleegdagen leidde tot een tekort aan dekking voor de vaste lasten, een hogere productie in verpleegdagen juist tot overdekking en winst. Om deze prikkel weg te nemen werd een stelsel van functiegerichte budgettering (het 'FB-budget': thans het 'A-segment') ingevoerd, waarmee in beginsel een jaarlijks vast budget 'aanvaardbare kosten' werd vastgesteld door het COTG (voorganger van de NZa). Onder- en overdekking werden zo gecorrigeerd.¹⁶² Deze logische oplossing bleek de slechts denkbare vanuit een ander economisch perspectief. Belonen van productie leidt tot productie, niet tot betere zorg (Porters gelijk). Na onderwerp te zijn geweest van vele commissies en werkgroepen vatte de Algemene Rekenkamer de problemen met de budgettering aldus samen:

159 NZa Monitor Fysiotherapie 2007, Utrecht: juni 2007, p. 23 en 26. Zie ook de Evaluatie Wmg 2009, p. 77-79, waarbij men de door de NZa gesignaleerde prijsstijging aan het begin van het 'experiment' vermeld, zonder te noemen, dat pal voor ingang van het experiment de NZa een fikse tariefverlaging had doorgevoerd.

160 O.a. NZa monitor ziekenhuiscare 2007, p. 8, NZa monitor ziekenhuiscare 2009, p. 69 en NZa Visiedocument, *Inkoopmacht en collectief onderhandelen. De verhoudingen op de zorginkoopmarkt*, Utrecht: januari 2010, p. 11 en 14.

161 NZa Visiedocument, *Bekostigingsstructuur mondzorg. Transparante mondzorg met vrije prijzen; de consument kiest*, Utrecht: maart 2009.

162 De Groot 1998, blz. 287-296.

- er is een kloof tussen de tussen ziekenhuis en zorgverzekeraars afgesproken zorg volgens het budget (rekenfunctie FB systeem) en de gerealiseerde productie;
- er is een kloof tussen de normtarieven in het FB systeem en de werkelijke kosten (laatste koppeling in 1992);
- historische kostenverdeling werkt door als historische ballast in het FB systeem.
- het FB systeem werkt vernieuwing en efficiëntie tegen;
- het FB systeem is niet transparant over kwaliteit, doelmatigheid en toegankelijkheid.
- het tarieforgaan is onvoldoende in staat het systeem te verbeteren;
- de minister van VWS heeft een wisselende koers gevaren (gebrek aan consistentie).¹⁶³

Er is nog enig onderhoudswerk verricht (waarvan de belangrijkste dat onderproductie niet meer werd vergoed), maar de input pricing is in wezen sedertdien slechts aangehouden bij gebrek aan beter en uit kostenbeheersing oogpunt. Vanaf 1994 is reeds nagedacht over output pricing en een vorm van prestatiebekostiging voor ziekenhuiszorg op basis van zorgproducten. Aan de producttypering is invulling gegeven door het formuleren van diagnose-behandeling-combinaties (DBC's), die per 1 januari 2005 zijn ingevoerd zonder het FB-systeem los te laten. Het budget wordt sedertdien in het A-segment van de DBC's uitgedeclareerd op basis van geproduceerde DBC's. Daarnaast is stapsgewijs een percentage van de DBC's aan vrije prijsvorming tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraars overgelaten (van 10% in 2005 naar thans 34%). Een vrije prijzen-experiment bij de Sint Maartenskliniek werd positief geëvalueerd. De discussie betreft – naast de transitieproblemen als stapsgewijze opschoning, kapitaallasten en het compensatiemechanisme voor te grote schokken (Z-waardemodel) – vooral het tempo van de verdere overheveling van DBC's naar het geliberaliseerd B-segment. Minister Schipper was voornemens 50% in het vrije segment onder te brengen per 2012.¹⁶⁴ Voor een aantal componenten van de zorg waar de markt niet werkt (beschikbaarheidsfuncties van bijvoorbeeld spoedeisende eerste hulp, intensive care faciliteiten, de kosten van opleiding van medisch specialisten e.d.), blijven vaste vergoedingen bestaan. Deze liberalisering van de prijzen door afschaffing van budgettering en invoering prestatiebekostiging was de inzet van de stelselwijziging¹⁶⁵ en een belangrijke doelstelling van de Wmg.¹⁶⁶ Het daarvoor gehanteerde DBC-systeem is buitengewoon complex (30.000 DBC's) en weinig transparant gebleken. Reden voor het project 'DOT' (DBC's op weg naar transparantie), waarbij de producttypering wordt overgedaan en met andere systematiek tot ruim 3000 producten

163 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 490, nr. 1-2, blz. 11 t/m 13.

164 Volgens de brief 26 januari 2011 (*Zorg die werkt*) wil de minister het B-segment 'maximaal uitbreiden' (p.68).

165 O.a. *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 248, nr. 30 en *Kamerstukken II* 2006-2007, 27 659, nr. 80.

166 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 186, nr. 3, blz. 3.

wordt teruggebracht.¹⁶⁷ Een principieel punt is hier dat we nog steeds spreken over de prestatiebeschrijvingen in de zin van artikel 56 Wmg. De transparantie van de productstructuur mag dan wel toenemen, de NZa rust de markt nog steeds niet uit met een systeem van producten, waarbij tarieven worden verbonden aan de gemeten waarde van de geleverde zorg. Daarmee lijkt de oplossing voor de aanvankelijke kostenopdrijvende *output pricing*, die gevonden werd in de budgettering, weer te worden afgebouwd naar een vorm van *output pricing*, die nog geen *value based pricing* (Porter) behelst. Zeker wanneer de tarieven onder druk zouden staan, wordt de vlucht in het volume aantrekkelijk. De meerwaarde van de marktwerking schuilt echter voornamelijk in de verbetering van de kwaliteit en daardoor in de prijs/kwaliteitverhouding, waardoor naar verwachting de prijzen over het algemeen dalen. Het lijkt geheel aan de zorgverzekeraars te worden overgelaten om systemen van waardevergoeding te ontwikkelen om aan de nieuwe prestatiebeschrijvingen in onderhandeling tarieven te verbinden. Het lijkt mij een tekort, dat met de liberalisering van de markt de NZa geen aanknopingspunten voor 'pay for performance' biedt. Hiermee sluit ik aan op het slot van de vorige paragraaf. Prijzen in de markt zouden bij voorkeur een prikkel moeten zijn, waarmee meetbare of in ieder geval zichtbare kwaliteitsverbetering en innovatie worden beloond. De focus ligt nog te veel eenzijdig bij productkosten in plaats van investeringskosten en toegevoegde waarde voor de gezondheid. Een bevestiging daarvan kan men zien in de uitspraak van het CBb van 28 januari 2010¹⁶⁸, waarbij de rechter een tekort in de beoordeling van het bezwaar van een medisch specialist signaleerde, die opkwam tegen het feit dat op normtijden van diverse specialismen in de DBC wordt gedeclareerd, ook wanneer sommige van de betrokken specialisten in een individueel geval geen feitelijke betrokkenheid bij de behandeling hebben gehad. De NZa en de minister van VWS trokken daaruit de conclusie, dat het DBC-systeem zich niet met het rechtstreeks declareren van de medisch specialisten parallel aan het ziekenhuis verdraagt.¹⁶⁹ De oplossing wordt gezocht in een ziekenhuisgebonden budget voor de aldaar werkzame medisch specialisten, veel gelijkend op het kort geleden afgeschafte lumpsum systeem met het oog op prestatiebekostiging.¹⁷⁰ Ook hier beweegt de tariefregulering zich teveel in een cirkel. De specialistenbudgettering compliceert de budgetteringsafbouw. Een indicatie dat niet echt gebroken wordt met de dominante kostenbeheersingstrategie en nog niet de oversteek naar effectieve marktprijzen wordt gemaakt. De invoering van de Wmg brengt evenwel de verantwoordelijkheid met zich deze overgang succesvol te maken.

167 Zie voor informatie www.werkenmetdot.nl en voor de gehele *Werdegang* het artikel van Hermans en Goemans, TvGr 2010-1, p. 2-16 en de Evaluatie Wmg 2009, p. 68-76.

168 M.nt. J.G. Sijmons, GJ 2010-3, 46, p. 352-375.

169 *Kamerstukken II*, 2009/10, 29 248, nr. 117, p.8.

170 Zoals mogelijk gemaakt bij brieven van minister Borst-Eilers van 17 november 1994, kenmerk VMP/O-943377 en 13 februari 1995, kenmerk VMP/O-95351.

2.6.2 *Ad b) Inkomensbeleid in de zorg*

Op dezelfde voet is het merkwaardig dat VWS en de NZa nog steeds een hardnekkig inkomensbeleid in de zorg voeren, dat rechtstreeks terug te voeren is op het nivelleringsbeleid van het Kabinet Den Uyl in de jaren zeventig.¹⁷¹ Bij de invoering van de voorganger van de Wmg, de WTG, werd het beleid gericht op rechtvaardige inkomensverhoudingen verankerd in de wet. Inkomens van de beroepsbeoefenaren in de zorg werden geïjkt op een door de overheid redelijk geacht inkomen, het 'norminkomen'. Nog steeds hanteert de NZa bij de niet geliberaliseerde tarieven voor beroepsbeoefenaren (medisch specialisten, huisartsen, tandartsen, orthodontisten, apothekers et cetera.) een norminkomen bij de berekening van het maximumtarief. De gemiddelde opbrengst moet na aftrek van genormeerde gemiddelde kosten uitkomen op het norminkomen. Na vaststelling van de kosten kan worden uitgerekend wat bij een gegeven norminkomen het tarief moet zijn bij een gemiddeld aantal verrichtingen in de normpraktijk. De eerste opmerking is gelijk aan de conclusie in de vorige paragraaf, dat het verrichtingentarief niet beantwoordt aan het juiste competitie-model: behoudens abonnementvergoedingen is er een incentive voor het verrichten in plaats van leveren van gezondheidswaarde. De tweede opmerking is dat het sturen op inkomens in de zorg zo langzamerhand een anomalie aan het worden is. Bij de inkomenspolitiek wordt de zorg als publiek terrein beschouwd.¹⁷²

De geschiedenis van de norminkomens in de zorg is elders beschreven.¹⁷³ De Wet Inkomens vrije beroepsbeoefenaren (1987: 'WIVB') was het laatste station voordat de norminkomenspolitiek gecamoufleerd in de tariefregulering werd voortgezet.¹⁷⁴ De overheid had met name geen vertrouwen in de marktwerking in de gezondheidszorg, zodat de WIVB vrijwel alleen in deze sector is ingezet, met een beroep op het doel van beheersing van de collectieve lasten.¹⁷⁵ De ambtelijke salarisschalen werden de maatstaf voor de inkomens in de zorg. Vanwege geschillen hierover¹⁷⁶ werd – nadat de meeste beroepen waren ingeschaald – de WIVB in 1992 ingetrokken, maar de norminkomens bleven op de genoemde wijze de tarieven

171 De Consumentenbond beschouwt inkomensverdeling in de zorg als een wezenlijk element van de solidariteitsgedachte achter ons zorgstelsel (Consumentenbond, *Bezuiniging gezondheidszorg*, Position Paper maart 2010, par. 2.5), maar dat waag ik juridisch te betwijfelen.

172 De zorg bijvoorbeeld valt onder reikwijdte van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (zie art. 1a Aanwijzingsbesluit Wopt 21 augustus 2006). Deze moet vervangen worden door een (thans bij de Tweede Kamer als voorstel ingediende) Wet normering bezoldiging topfunctionarissen, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 600, nr. 1-3. publieke en semipublieke sector,

173 De Groot 1998, p. 323-324.

174 Wet van 21 april 1987, Stb. 186.

175 De Groot 1998, p. 325, voetnoot 233.

176 De Groot, 1998, p. 326-330.

sturen.¹⁷⁷ Handhaven van de norminkomens acht de rechter merkwaardigerwijze geen inkomenspolitiek: 'De tariefbeschikking waarop de verzoeken betrekking hebben laat het inkomensbestanddeel van de sinds 1999 gehanteerde normatieve tariefonderbouwing ongemoeid en berust op de opvatting van verweerster [NZa, JGS] dat dit inkomen kan worden gerealiseerd met de door haar berekende gemiddelde inspanning en met inachtneming van door haar berekende gemiddelde kosten ...'¹⁷⁸ Handhaven van aan de ambtenarensalarissen gerelateerde norminkomens is echter een slechte politiek om innovatie en ondernemerschap te bevorderen. Begrijpelijk is nog dat de NZa riante inkoopvoordelen van apothekers wilde verhalen in lagere apothekerstarieven (waarin immers ook een vergoeding voor de kosten was opgenomen).¹⁷⁹ Van andere orde is de voorgenomen tariefkorting bij de orthodontisten van (aanvankelijk) 29% in opeenvolgende jaren, dat de NZa motiveerde met het argument van schaalvergroting en technologische vernieuwing in de orthodontiepraktijken. De orthodontisten realiseerden daardoor een meerwinst ten opzichte van het norminkomen. De NZa had moeite deze stelling goed te onderbouwen en het CBb vernietigde een initiële verlaging vanaf 2008. Argumenten dat hier sprake was van inkomenspolitiek en strijdigheid met de vrije markt en de vrijheden op interne markt van de EU, althans van disproportionele eigendomsregulering in strijd met artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM deden het allemaal niet bij de rechter.¹⁸⁰ Ruimte voor vergoeding van het ondernemerschap werd niet gezien en dat is gelet op het uitgangspunt dat de zorg gestimuleerd moet worden innovatiever te zijn niet gunstig. Volgens de evaluatie van de Wmg uit 2009 laat de casus zien dat "met de nodige zorg een effectief prijsbeleid mogelijk is".¹⁸¹ Zeker, maar dat is de gevaarlijke prijs die voor *containment* wordt betaald. De orthodontisten zijn harder en efficiënter gaan werken (meer stoelen in de praktijk), maar worden teruggezet op het oude norminkomen. Er blijft dus geen beloning voor hun efficiency en ondernemerschap over. Resultaat was dat de toeloop voor de opleiding orthodontie flink terugliep en uit een enquête bleek dat veel orthodontisten (vroegtijdig) dreigden te stoppen.¹⁸² De NZa zag voorlopig van de aangekondigde verdere tariefverlaging van 34% per 1 januari 2011 af (al is niet duidelijk hoe dit dossier verdergaat).¹⁸³ De volgende casus van de inkomens medisch specialisten is in dit opzicht eveneens veelzeggend.

177 CBb 28 februari 1989, RZA 1989, 114 en CBb 10 april 1990, RZA 1990, 144: kunnen realiseren norminkomen rechtvaardigt overige tariefmaatregelen.

178 Voorzieningenrechter CBb 24 september 2007, LJN B4112, GJ 2007-8, 162, p. 1032.

179 CBb 31 augustus 2010, m.nt. J.G. Sijmons, GJ 2010-8, 146, p. 911-926.

180 CBb 18 december 2008, GJ 2009-3, 46, p. 258-275.

181 Evaluatie Wmg 2009, p. 68.

182 Bron: enquêtegegevens Associatie Nederlandse Tandartsen.

183 NZa nieuwsbericht 16 december 2010, www.nza.nl en besluit van 17 december 2010, TB/CU-7012-01.

2.6.3 *Ad c) Tarieven medisch specialisten*

Een hardnekkige breuklijn in het nieuwe stelsel loopt tussen de bekostiging van enerzijds de ziekenhuizen en anderzijds de medisch specialisten, namelijk op het ontmoetingsvlak van beide instrumenten van de budgettering en de inkomensregulering. Na afscheid van het verrichtingentarief vond vanaf midden jaren negentig tot 2008 de bekostiging van vrijgevestigde medisch specialisten plaats op basis van een lumpsumregeling. Ziekenhuizen, medisch specialisten en verzekeraars kwamen in 'locale initiatieven' een 'lumpsum' (honorariumbudget geënt op het basisjaar 1994) voor de medisch specialisten per ziekenhuis overeen met het doel volumegroei van de honorariumomzet te beperken (terwijl al gesproken werd over het afschaffen van de budgetten in ziekenhuizen). De lumpsumregeling werd per 1 januari 2008 afgeschaft. Sedertdien declareren de medisch specialisten ongelimiteerd de honorariumdelen van de DBC's. Hier ontstond een spanning met de ziekenhuizen die de kostendelen van dezelfde DBC's binnen de grenzen van hun ziekenhuisbudget in het A-segment moesten declareren. Het heeft tot opvallend weinig geschillen geleid. Het normuurtarief en de gevalideerde normtijden (van meerdere specialismen per DBC), zoals vastgesteld door de NZa, bepalen de hoogte van de honorariumdelen. Het normatieve uurtarief was gebaseerd op een akkoord met de minister van VWS.¹⁸⁴ Het gevolg was een fikse overschrijding van het macrobudgettair kader honoraria medisch specialisten, hetgeen de Orde van Medisch Specialisten in hoofdzaak weet aan het feit dat de gevolgen van de vaststelling van het uurtarief te laag waren ingeschat en het ook door de NZa erkende feit dat de normtijden herijking behoeften. Op korte termijn was de NZa vanwege de complexiteit niet in staat deze operatie uit te voeren. De voorzieningenrechter signaleerde in een opvallend direct geformuleerde uitspraak van een ernstig gebrek in het zelfcorrigerende vermogen van het nieuwe tariefstelsel: 'in het DBC-systeem lijkt, gelet op vorengaande, besloten te liggen dat men voor het vaststellen van ongewenste omzetteffecten bij medisch specialistische zorg altijd achter de feiten aanhobbelt.'¹⁸⁵ Vanwege het publieke belang gemoeid met redresseren van de overschrijding kwam de NZa in die procedure met de schrik vrij en zij moest veel tijd en moeite besteden aan het oplossen van de systeemfouten. Er kwamen nieuwe tarieven, maar de juridische procedures lopen door. Dit lijkt meer dan een incident. Het oude honorariumsysteem komt aan de grenzen van de beheersbaarheid, want het moet daarin een afspiegeling zijn van gemiddelde kosten en norminkomen. De werkelijke kosten blijken niet goed genoeg in de declarabele DBC's te zijn vertaald. De algemenere DBC's met DOT maken dit vast niet gemakkelijker. Gegeven ook de eerder genoemde

184 Op grond van een op 17 januari 2007 gesloten overeenkomst tussen de minister van VWS en de Orde van Medisch Specialisten ('de gezamenlijke verklaring'), die later door VWS vanwege de tariefconsequenties weer werd opgezegd.

185 Voorzieningenrechter CBb 27 januari 2010, LJN BL0808, GJ 2010-2, 32, r.o. 6.24, p. 255.

uitspraak van het CBB over de onrechtmatigheid van een honorariumdeclaratie van een specialist voor een patiënt die hij niet heeft behandeld, wankelt het systeem (dat al de draagtijd van een mammoet had doorlopen). Althans zo wordt dat gevoeld en daarom is niet minder dan een wetswijziging van de Wmg voorgesteld om de rechtstreekse declaraties van de medisch specialisten onmogelijk te maken. Het ziekenhuis moet als enige de gehele DBC declareren en moet zelf tarieven afspreken en afrekenen met de medisch specialisten, maar krijgt daarvoor ... een lumpsum ('referentieomzet').¹⁸⁶ Budget gekoppeld aan norminkomen: *the worst of both worlds*. De overheid maakt het zich wel erg moeilijk van hieruit nog de oversteek te kunnen maken naar liberalisering van de tarieven.

2.6.4 Ad d) Het budgettair kader zorg

Het vierde en laatste te benoemen probleem is het macrobudget. De begrotingsdiscipline van het kabinet¹⁸⁷ heeft verstrekkende gevolgen voor de zorg. Als de minister van VWS het verzekerde volume niet goed begroot en het financiële beslag van de ziekenhuiszorg, de honoraria medisch specialisten of de GGz overschrijden het kader, dan vergt de budgetdiscipline dat de overschrijding wordt geredresseerd. De rechter pleegt, als gezegd, deze politieke keuze te honoreren.¹⁸⁸ De vraag naar de verantwoordelijkheid van de overschrijding speelde aanvankelijk niet. De begrotingssystematiek was beslissend¹⁸⁹, maar dat impliceerde dat een krappe begroting een aardig bezuinigingsinstrument is en de vraag naar de realiteit van de begroting onbeantwoord kan laten. Er zijn aanwijzingen dat het inderdaad zo werkt. Het beleid van 'realistische ramingen' is in *Vraag aan bod* met de mond beleden,¹⁹⁰ maar in de praktijk daarna niet gehandhaafd, ondanks waarschuwingen.¹⁹¹ 'Met de kennis van toen' is ingezet op een mogelijk te krap budget. De motivering voor de sobere begroting van de cure is, dat de minister de kosten van de zorgverzekering wenst te beheersen. Een reëlere of ruime begro-

186 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 393, nr. 3, p. 28-29, *Kamerstukken II* 2010/11, 29 248, nr. 117 en de NZa Uitvoeringstoets Budgettering honoraria medisch specialisten, Utrecht: juni 2010.

187 Voor een beschrijving zie Koopmans, Wellink, De Kam & Sterks 2005, p. 57-72 en 101-102 en reeds de nota *De prijs die zorg verdient*, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 478, nr. 2.

188 Zie o.a. CBB uitspraken van 29 januari 2009, AWB 08/30 (GJ 2009-3, 47 en LJN: BH3020), 08/43 (LJN: BH3017), 08/77 (LJN: BH3023), 08/78 (LJN: BH:3025) en 08/80 (LJN: BH 2992) en o.a. Vzng. Rb 's-Gravenhage 26 oktober 2009, GJ 2009-8, 137 (GGz), Vzng. CBB 27 januari 2010, LJN BLN808, GJ 2010-2, 32 (medisch specialisten) en Gerechtshof 's-Gravenhage, 9 november 2010, GJ 2010-8, 151 (ziekenhuizen).

189 Zie o.a. CBB 29 januari 2009, GJ 2009, 47.

190 Vgl. *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 855, nr. 2, p. 28 en 69.

191 Min. VWS en Fin 2003, p. 16-17 en Prismant 2007, p. 39-44.

ting betekent toestaan van meer kosten en deze moeten dan uit de premies en rijksbijdragen via de zorgverzekering worden vergoed. Dat er geen toets plaatsvindt (bijvoorbeeld door de Algemene Rekenkamer¹⁹²) anders dan door het parlement, dat feitelijk nauwelijks in staat is het ministerie tegenwicht te bieden, is een systeemzwakte die zich vertaalt in vele, jaarlijks terugkerende kortingen. De rechter plaatste vraagtekens bij de transparantie in besluitvorming bij het tot stand komen van BKZ en kortingsmaatregel, maar verbond aan de schending van het transparantiebeginsel in kort geding geen consequenties.¹⁹³ De Tweede Kamer heeft in het gebrek aan transparantie geen reden gezien de minister tijdens de voorhangperiode (zie artikel 8 Wmg) te vragen de korting achterwege te laten. Een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage¹⁹⁴ doorbrak vorig jaar de vanzelfsprekendheid van het macrokortingenmechanisme, maar werd in hoger beroep vernietigd.¹⁹⁵ Toch kan het daar nauwelijks bij worden gelaten, wil men ernst maken met de stelselwijziging. De NZa stelt tarieven vast of zij komen door marktwerking tot stand. Als deze door generieke kortingen vanwege overschrijdingen worden aangetast, doet dat in beide gevallen afbreuk aan de tarieven. In het eerste geval omdat het tarief dan lager wordt dan de tarievenautoriteit kennelijk voor juist hield. In het tweede geval wordt het prijsevenwicht op de markt verstoord. In beide gevallen is er voor de zorgaanbieder geen zekerheid voor zijn opbrengsten uitgaande van deze tarieven, waarop hij zijn investeringen afstemt. Aldus ook de argumentatie in de Memorie van Toelichting van de Wmg.¹⁹⁶ De tarieven blijven kwetsbaar. In het vrije prijssegment zullen aanbieders kunnen proberen de kortingen uit het prijsgereguleerde segment (bij ziekenhuizen B-segment) door hogere prijzen te onderhandelen terug te verdienen of anders het met extra volume te compenseren, wat kan leiden tot nieuwe overschrijding en een negatieve spiraal inzet. Reguleringzekerheid ontbreekt, zoals de NZa signaleert.¹⁹⁷ De NZa pleit daarom zelf voor een terughoudend gebruik van kortingen, omdat de goede effecten van vrije prijsvorming erdoor te niet worden gedaan.¹⁹⁸ Desgevraagd verklaarde een zorginvesteerder Röhn Klinikum geen belangstelling te hebben voor investeringen in Nederland

192 De Algemene Rekenkamer toetst wel de begroting op transparantie en haalbaarheid, maar niet het BKZ. De Algemene Rekenkamer is voornemens dit jaar wel een integraal onderzoek uit te voeren naar de kostenbeheersingmaatregelen van de afgelopen jaren. Zie daarvoor www.rekenkamer.nl/Actueel/Lopend_onderzoek/Tweede_helft_2011/Uitgavenbeheersing_in_de_zorg.

193 Vzng. Rb 's-Gravenhage 26 oktober 2009, GJ 2009-8, 137, r.o. 4.4.

194 Vzng. Rb 's-Gravenhage 14 september 2010, TvGr 2010-7, 33 en GJ 2010-7, 127.

195 Gerechtshof 's-Gravenhage, 9 november 2010, GJ 2010-8, 151.

196 *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 17.

197 NZa, *Uitvoeringstoets van Prestatie naar budget. Prestatiebepaling binnen de medisch specialistische zorg*, Utrecht: oktober 2009.

198 Zie Evaluatie Wmg 2009, p. 36 en de verwijzingen in voetnoot 51.

vanwege de tarifaire onzekerheden, die aan investeerders niet is uit te leggen (nog los van het winstverbod). De steeds hoger oplopende kortingen geven haar gelijk.

Een ander argument is, dat een generieke korting de efficiënte aanbieders straft en de niet-efficiënte aanbieders belooft. De efficiënte hebben ‘het vet’ al weggesneden. De andere aanbieders kennelijk niet. De efficiënte komen dan op een te laag tarief en krijgen de ‘perverse prikkel’ om wat vet aan te houden. Wederom een argumentatie uit de Memorie van Toelichting,¹⁹⁹ die bewijst dat de budgetdiscipline sterker is dan het vertrouwen in de marktwerking.

De eerder eens opgevoerde redenering van de minister van VWS ter verdediging van macrokortingen: *“maatregelen om de inefficiency in de sector terug te dringen hebben momenteel de voorkeur boven maatregelen als pakketverkleining of ophoging van de eigen bijdragen. Laatstgenoemde maatregelen hebben als consequentie dat de patiënt of premiebetaler betaalt voor het instandhouden van de bestaande inefficiency van ziekenhuizen”*,²⁰⁰ getuigt van de *Catch 22* waarin de overheid zich gevangen ziet. Overheidsregulering betekent theoretisch minder efficiencydruk. Minder efficiencydruk suggereert meer inefficiency. Dit leidt tot meer nader overheidsingrijpen (generieke kortingen), maar ook tot minder kunnen voorsorteren op de markt, hetgeen leidt tot meer uitgestelde efficiency, hetgeen leidt tot nieuwe overheidskortingen om deze inefficiency weer uit de tarieven te snijden et cetera een spiraal weg van het effect van de marktwerking, dat in interactie het vraag en aanbod een optimale benutting van middelen en investeringen tot stand brengt.

De rechtspraak heeft een bodem gelegd voor het kortingsinstrument. ‘Verantwoorde zorg’ moet voor de overblijvende tarieven wel mogelijk zijn.²⁰¹ Die lat ligt wel erg laag. In de praktijk is er een absolute grens door de wettelijke kwaliteitsnorm van art. 2 Kwz: de zorg mag niet onverantwoord zijn. Een instelling (of een sector) zal dus niet bewijs van de stelling kunnen leveren door te laten zien dat in de praktijk het gevolg van de korting onverantwoorde zorg oplevert, omdat dit gevolg niet *mag* optreden. De zorg moet dus eerst haar verlies nemen. Dat is bijvoorbeeld voor financiers weer geen optie. Een duivelskring. Kosten beheersen met de rug tegen de muur is geen ondernemen. Een systeem dat op deze wijze toestaat de financiering van het volume op deze afwentelt op de kwaliteitsmarge van de zorg is niet in orde.

Bij herhaling wordt om genoemde redenen gepleit om het botte instrument van de macrokortingen achterwege te laten. De ZonMw evaluatie van de Wmg sug-

199 *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 17.

200 Brief aan voorzitter TK d.d. 3 december 2007, kenmerk CZ-CB-U-2808017, p. 3.

201 Zie o.a. CbB 27 januari 1987, RZA 1987, 61 en TvGr 1987, 68, Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 1989, RZA 1990, 32, CbB 30 december 2009, GJ 2010-5, 91 en Gerechtshof 's-Gravenhage, 9 november 2010, GJ 2010-8, 151, r.o. 13.

gereerde delen van de cure buiten het BKZ te plaatsen en zo aan de budgetdiscipline te onttrekken.²⁰²

Een andere oplossing is de band tussen tarief en realisatie van volume door te snijden. Als de prijzen zich beheerst en evenwichtig ontwikkelen, is er geen reden voor de overheid om in de prijzen in te grijpen (immers geen marktfalen). De prijzen zijn dan optimaal (althans komen het dichtst in de buurt van wat een goede prijs zou kunnen zijn). Als dan de zorg in totaal te duur is, wordt er teveel van gebruikt. Als er niet teveel van wordt gebruikt, maar de solidariteit onder druk komt door te hoge premies, moet de noodzakelijke zorg gescheiden worden van de toch niet echt noodzakelijke zorg die men privé kan betalen. Uiteindelijk betaalt de gebruiker tegen de beste prijs zijn zorg, collectief waar nodig en zelf uit eigen preferentie. Deze oplossing stond de wetgever bij invoering van het nieuwe stelsel voor ogen. Zie hiervoor de analyse en opdracht onder 6 aan het stelsel van *Vraag aan bod*. Het vraagt kennelijk politieke moed het electoraat met de prijs van zijn zorgbehoefte te confronteren. Uitstel van doorvoeren van de stelselwijziging kan echter betekenen dat de zorg niet voldoende innoveert en verhoudingsgewijs alleen maar duurder en minder internationaal concurrerend wordt.

Uiteindelijk zal het ook niet anders kunnen. Waar prijsbeheersing leidt tot een minder goed en minder efficiënt aanbod (en bij beperkt budget dan tot wachtlijsten) heeft de cliënt het recht uit te wijken naar het buitenland.²⁰³ Hier geldt niet alleen een recht op internationale zorg, vanuit Europa wordt het grensoverschrijdend verkeer gericht gestimuleerd. Zo zal de EU-richtlijn grensoverschrijdende patiëntenzorg hieraan verder moeten bijdragen.²⁰⁴ De grensoverschrijdende zorg is de afgelopen tien jaar met meer dan een factor 15 gegroeid van circa €15 mln. tot €260 mln. in 2010.²⁰⁵ Binnen enkele jaren zal dit een half tot een heel miljard euro kunnen zijn.²⁰⁶ Een enquête van de EC kwam voor Nederland uit op een gemiddelde van 4% van de ondervraagden die aangaven zorg in een andere EU lidstaat te hebben genoten en een reisbereidheid voor zorg in het buitenland van 77%.²⁰⁷ Het is met name de electieve (waarschijnlijk kortdurende) cure en dan de

202 Evaluatie Wmg 2009, p. 85-86 en o.a. recentelijk Schut, Van de Ven en Varkevisser 2010, p.376.

203 HvJEU, 16 mei 2006, C-372/04, NJ 2006, 361 (Watts/UK).

204 <http://ec.europa.eu/health-eu/doc/com2008415.nl.pdf>.

205 Zorgcijfers www.cvz.nl.

206 De rechter toonde zich niet gevoelig voor dit effect (Gerechtshof 's-Gravenhage, 9 november 2010, GJ 2010-8, 151, r.o. 13), maar mijn voorspelling is, dat dit standpunt – zelfs wanneer in rechte onaantastbaar – het in de praktijk niet zal houden.

207 http://ec.europa.eu/health-eu/care_for_me/mobility_in_europe/index_nl.htm, met name het rapport *Cross-border health services in the EU 2007* en de mededeling van de EC COM(2008)415, waarin het percentage van grensoverschrijdende zorg op het totaal aan zorg reeds op 1% wordt geschat. Afhankelijk van de definities voor Nederland dan €0,4 tot 0,6 mrd.

medisch specialistische zorg waarvoor men over de grens gaat, geheel conform de voorspelling van Porter, dat door specialisatie de markten steeds minder lokaal zullen blijken. Het is een illusie dat de keuze voor zorg tot Nederland beperkt blijft en zeker, wanneer de systeemvoorwaarden voor de Nederlandse zorg zodanig zijn dat de electieve zorg zich hier minder gunstig ontwikkelt dan in de buurlanden of niet meer kan concurreren met zorg achter de luchtbrug naar Azië of de VS. Als niet op het verzekerde pakket wordt ingegrepen, zal alle (internationaal, in ieder geval West-Europees) gebruikelijke zorg verzekerd blijven en in het buitenland kunnen worden betrokken. Het effect van de tariefkortingen (die nationaal zijn) zijn voor de algehele besteding vanuit de collectieve middelen bij zorg in het buitenland nihil. Overschrijdingen van het budget genereren volgens de budgetdiscipline nieuwe kortingen die alleen kunnen neerslaan in de Nederlandse tarieven (niet bij buitenlandse zorgleveranciers) en een nieuwe spiraal in werking zetten.

Inmiddels heeft de overheid erover nagedacht hoe zij het systeem van macrokortingen in stand kan houden, terwijl toch doorgedaan wordt met de liberalisering van de tarieven. Daartoe is een wetsvoorstel ingediend dat de Wmg moet wijzigen.²⁰⁸ De minister van VWS kan ingevolge artikel 7 Wmg (na een voorhangprocedure bij de Eerste en Tweede Kamer: art. 8 Wmg) de NZa een aanwijzing geven (art. 59 onderdeel c) om voor een bepaalde tariefsoort of een tarief voor individuele prestaties een vaste onder-, boven- of bandbreedtegrens vast te stellen voor het totaal van de tarieven die in een aangegeven periode (jaar) mogen worden gedeclareerd. Ook kan de NZa een dergelijke grens stellen (zie art. 50 tweede lid nieuw). Bij overschrijding van de bovengrens kan de NZa bepalen dat de zorgaanbieder de ‘overschrijding’ afdraagt aan het Zorgverzekeringsfonds of het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten (art. 37 lid 1 en 50 lid 3 nieuw). Bij opzettelijke overschrijding van de grens kan de NZa een boete opleggen (art. 85 juncto 35 lid 6 nieuw). Daarmee wordt het systeem van macrokortingen (art. 11 lid 2 Wtg) dat uit de wet was gehouden bij de stelselwijziging, er uitdrukkelijk opnieuw ingevoegd. In het licht van vorenstaande is dat merkwaardig en naar mij voorkomt principiële onjuist, ook al stelt de minister dat het niet meer dan een ‘extra veiligheidsmaatregel’ betreft.²⁰⁹ Met de liberalisering van de tarieven blijft er altijd een stok achter de deur dat bij ongunstige ontwikkeling (marktfalen) de tarieven weer onder controle van de prijsregulering door de NZa worden gebracht. Dat is het geëigende instrument voor een beheerste prijsontwikkeling. Wordt het totaal aan uitgaven desondanks overschreden, dan is dat in beginsel een volumevraagstuk, zodat het kostenbeheersingmechanisme moet worden verlegd naar de uitgaven van de Zorgverzekeringswet. In de ex post correctie mechanismen zou men eerder een correctiemogelijkheid kunnen inbouwen wanneer zorgverzekeraars teveel besteden. Anders blijft de nieuwe macrokortingsystematiek precies een van de afwentelingmechanismen, die Porter verantwoordelijk stelde voor de stagnatie van de zorg.

208 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 393, nr. 1-3.

209 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 393, nr. 3, p. 32.

2.7 *Informatieregulering*

Zonder informatie kunnen de consument en de patiënt geen keuzes maken die hun heilzame werking in de markt moeten doen gelden. Hier zit nog een lacune in het systeem. De informatievoorziening aan de patiënt in het kader van een geneeskundige behandeling (art. 7:448 BW) is daarvoor te beperkt.²¹⁰ De Kwaliteitswet zorginstellingen bevat een bepaling over openbaarmaking van het kwaliteitsjaarverslag (art. 5 Kwz), maar deze heeft in beginsel slechts de beperkte strekking om eenmaal per jaar verslag te doen van de interne kwaliteitsbewaking (hieronder is thans de verplichting gebracht de prestatie-indicatoren openbaar te maken). Aanvullend daarop is art. 38 lid 4 Wmg, doch deze schrijft niet voor *welke* informatie onder meer betreffende kwaliteit openbaar moet worden gemaakt en de kwaliteit is ook niet het domein van de NZa (maar van VWS en IGZ). Er is daardoor een lacune, die door de Wcz wordt opgevuld.²¹¹ Artikel 13 Wcz zal de basis leggen voor het recht op keuze-informatie, die dan ook vergelijkbaar moet zijn met informatie die op andere plaatsen in de zorg in te winnen is. Het zijn zeven soorten informatie die de cliënt op zijn verzoek bij een zorgaanbieder kan verkrijgen (dus anders dan door jaarlijkse verslaglegging enerzijds of algemene openbaarmaking), namelijk informatie over

1. de zorg,
2. de kwaliteit van de prestaties van de zorgaanbieder,
3. de tarieven,
4. de ervaringen van andere cliënten met de zorg,
5. de wetenschappelijke bewezen werkzaamheid van de prestaties en diensten,
6. de wachttijd
7. de rechtspositie uit hoofde van de Wcz.²¹²

Aan dit artikel moet een praktische toepassing worden gegeven in die zin dat in eerste instantie een zorgaanbieder mag volstaan met informatie op zijn website, maar indien de cliënt dat wenst moet hij de informatie schriftelijk of mondeling (aanvullend) aan de (potentiële) cliënt verschaffen.

Hendriks heeft de vraag opgeworpen of patiënten wel zitten te wachten op een recht op keuze-informatie, omdat dit ook al leidde tot keuzestress, terwijl mensen lang niet altijd rationeel kiezen.²¹³ De gedragseconomie wijst uiteraard met recht op dit probleem in de zorg.²¹⁴ Te snel wordt wel eens verondersteld dat de patiënt moeiteloos de slag heeft gemaakt naar de rol van kritische zorgconsument. De patiënt is daar lang niet altijd toe in staat. Er zijn ook grote groepen, meer kwetsbare zorggebruikers, minder goed geïnformeerde, lager opgeleide, eenvoudig weg meer onzeker of minder goed maatschappelijk geïntegreerde zorggebruikers

210 Hendriks 2010-8, p. 605-615, met name p. 610, alsmede Sijmons 2008, p. 24.

211 Sijmons 2008, p. 26.

212 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 49.

213 Hendriks 2010a, p. 610.

214 Zie met name recentelijk Grit, Van de Bovenkamp, Bal 2008.

(allochtoon), of mensen die eenvoudigweg onvoldoende in staat zijn hun belangen te behartigen. Het geeft natuurlijk geen pas patiënten in deze zin verantwoordelijk te maken voor onvolkomenheden in hun keuzes die kunnen resulteren in een slechte behandeling.²¹⁵ Het recht op informatie impliceert geen gebruiksplicht. Voor het stelsel is het recht op informatie wezenlijk en kan niet worden gerelativeerd. Het is ook niet nodig dat alle patiënten van alle informatie gebruik maken in plaats van bijvoorbeeld vertrouwen te stellen in hun verwijzend huisarts en zich vervolgens in goed vertrouwen overgeven aan de tweedelijns zorgaanbieder. Voldoende is dat cliënten uit welbegrepen eigenbelang informatie *kunnen* opvragen en dat ook vaak doen. Het zal stellig zo zijn dat relatief gezien de beter opgeleiden hier een voorsprong nemen. Indachtig Rawls differentiatiebeginsel kunnen wij daar vrede mee hebben, want ook de anderen worden daar beter van. Wie investeert als zorgaanbieder in zijn product, zal streven naar een zo goed mogelijke benutting van zijn investeringen. Een verloop van 10 tot 20% van de patiënten maakt voor een businesscase vaak al het verschil. Als gezegd in § 2.5 is de keuze-informatie niet volledig, maar dat is ook niet nodig om toch betere keuzes te maken (zoals dat op andere markten net zo gebeurt). De publicatie van volumennormen voor kwaliteit door bijvoorbeeld de Vereniging voor Heelkunde kan een ziekenhuis moeilijk negeren. De wetenschap dat het minimumvolume niet gehaald wordt – los van de vraag hoe goed de zorg feitelijk is – zal uiteindelijk niet achtergehouden kunnen worden en deze informatie zal keuzes (kunnen) sturen. De dreiging die uitgaat van geïnformeerde keuzes van een beperkte groep cliënten zal reeds een kwaliteitsverhogend effect hebben. Ongetwijfeld is het zo dat de zorgaanbieders niet op alle individuele keuzes kunnen reageren, maar wel moeten zij waken voor een goede reputatie en daarvoor is compliance op tal van transparantieprogramma's van wezenlijk belang. Ook imperfecte informatie stuurt de zorg op een vrije markt richting kwaliteit. In het stelsel ligt een belangrijke rol voor de patiëntenbeweging in het kader van de 'democratisering' van de zorg. Met de Wet cliëntenrechten zorg wordt daaraan een nieuwe impuls gegeven (onder andere versterking van de positie van de cliëntenraad). Simultaan aan de (voorbereiding van) de stelselwijziging is in ons land een behoorlijke slag gemaakt en daar zijn wel relativerende opmerkingen bij te plaatsen.²¹⁶ Van de patiëntenbeweging en democratisering hoeft ook niet alles te worden verwacht. Vanuit een veel breder front staat er keuzedruk op de aanbieders, doordat meer openbare informatie beschikbaar komt. Een sterke impuls zal kunnen uitgaan van de overheidsbronnen met keuze-informatie te stimuleren door onder meer de website www.kiesbeter.nl. De informatievoorziening wordt opgepakt door private initiatieven, waarvan bijvoorbeeld vermelding verdient Dr. Yep jaargids voor de zorg (www.dr-yep.nl). Door professionele input zijn de ranglijstjes van beste zorgverleners (ziekenhuizen: AD en Elsevier)

215 Hendriks 2010b, p. 57-68, met name p. 63.

216 Trappenburg 2008.

hiermee op een hoger niveau getild en voorzien van praktische zorgconsumenteninformatie. Mijn voorspelling is dat er meer zullen volgen. Er ontwikkelt zich parallel een niche voor healthchecks (met namen als PreventieConsult, Preventiekompas en GezondheidsRisicoTest²¹⁷). Er ontstaat met andere woorden een gezondheidsinformatie- en zorginformatiemarkt, waar de consumenten voor toegang tot goede keuze-informatie zo nodig betalen. In combinatie met betere toegankelijkheid van medische informatie zal men mogen verwachten dat de beperkingen van de individuele zorgconsument om effectief met keuze-informatie om te gaan en druk uit te oefenen in de markt, ruimschoots wordt gecompenseerd door de ontwikkeling van de zorginformatiemarkt, waarbij van de potentiële beschikbaarheid van vergaarde, geordende en hanteerbaar gemaakte informatie voor cliënten die betere informatie over hun aandoeningen hebben, voldoende pressie uitgaat op de zorgaanbieders om hun kwaliteit te verbeteren en om te innoveren.

Een voorbeeld van private kwaliteitsinformatie vanuit de zijde van de aanbieders wordt verder reeds gevormd door de certificering op basis van kwaliteitstandaarden van de Stichting KHZ of (voor de ziekenhuizen) van het NIAZ. Deze certificering is inmiddels al wat ouder (1994 respectievelijk 1998) en zal nog wel verder evalueren.

Ten slotte is er de niet te onderschatten restcategorie van de informatie via de algemene nieuwsvergarende media. Reputatieschade willen ziekenhuizen en zorgaanbieders te allen tijde voorkomen. De mediastrategie is daarbij dikwijls openheid betrachten en direct zichtbare maatregelen nemen. Met het oog daarop is een afbakening tussen openbare informatie in het kader van het kwaliteitstoezicht en vertrouwelijke informatie voor kwaliteitsbewaking van wezenlijk belang.²¹⁸ De vraag is daarbij in hoeverre transparantie van het overheidstoezicht via de Wet openbaarheid van bestuur ('Wob') tevens transparantie moet betekenen van de zorg op individueel niveau op de werkvloer, met name daar waar fouten worden gemaakt of calamiteiten plaatsvinden. Die vraag is naar mijn mening nog onvoldoende beantwoord.²¹⁹ De Wob bepaalt in artikel 3.3 dat degenen die informatie opvraagt over bestuurlijke aangelegenheden op basis van deze wet. Welke belangen van de zorgaanbieder vormen een weigeringsgrond ex artikel 10 lid 2 Wob? Is er sprake van 'onevenredige benadeling' (artikel 10 lid 2 aanhef en onder g Wob) als de buitenwereld via IGZ mee kan kijken bij elk incident? Hebben de werkers in zorg recht op eerbiediging van persoonlijke levenssfeer in hun werkomgeving, zodat zij via de Wob tenminste anoniem kunnen blijven (art. 10, aanhef en onder e Wob)? Op zich is de minister van VWS niet tegen transparantie bij incidenten en wil enerzijds op korte termijn maatregelen die door IGZ of de tuchtrechter zijn opgelegd openbaar maken.²²⁰ De Wcz beschermt het belang van

217 Zie o.a. www.preventieweb.nl en verder RVZ 2008.

218 Artikel lid 2 en 3 Wcz.

219 Zie o.a. Vzng. Rb.'s Gravenhage 18 juni 2010, AWB 10/2969, 10/3000-3002, 10/3005, 10/3007-3008 WOB.

220 Brief aan TK d.d. 26 januari 2011, *Zorg die werkt*, p. 9.

veilig en niet openbaar melden (art. 11 Wcz), maar de vervolgens verplichte melding van een calamiteit aan de IGZ (art. 12 Wcz) leidt mogelijk tot *exposure* via de Wob. Waar de grenzen ook precies worden getrokken, hier ligt een bron van informatie, waarvoor de zorgaanbieder buitengewoon beducht zal zijn.

Uit verschillende bronnen kunnen cliënt en zorgverzekeraar informatie vergaren. De zorgaanbieder komt steeds meer in de publieke ruimte. Hoewel het niet direct een grote vlucht zal nemen verwacht ik toch dat de meer nadrukkelijke aanwezigheid in de publieke ruimte de *countermove* door de zorgaanbieders van de reclame zal oproepen (zie de eerste voorzichtige schreden van Haaglanden, het Westfriesgasthuis en Maasstad ziekenhuizen). De zorgverzekeraars gingen reeds voor met sponsoring en shirtreclame in de sport. Een grensafbakening op voorhand door de NZa is in dit verband wellicht nuttig.²²¹

Al met al is uit de evaluaties naar voren gekomen dat een start gemaakt is met de beschikbaarheid voor keuze-informatie, die voor de uitvoering van de stelselwijziging noodzakelijk is. Er gaat nog niet direct door het exitmechanisme een grote druk uit op de zorgverleningmarkt, maar de potentiële dreiging ervan bestaat al wel. Verdere ontwikkeling van het keuzegedrag lijkt mij vooral een kwestie van tijd.²²²

2.8 Toezicht door de NZa

Het markttoezicht in de zorg wordt voornamelijk uitgeoefend door de NZa die krachtens de Wmg belast is met zowel markttoezicht, als marktontwikkeling en de tarief- en prestatieregulering (art. 16 sub a Wmg). Daarnaast houdt de NZa toezicht op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet en AWBZ. De NZa is ingesteld als een sectorspecifieke toezichthouder naast de IGZ en de NMa. De IGZ, of eigenlijk het Staatstoezicht op de volksgezondheid, houdt volgens artikel 36 lid 1 onder a Gezondheidswet, overkoepelend toezicht op de zorg. In de praktijk is het epidemiologisch toezicht op ziekte in Nederland ondergebracht bij het RIVM (Wet op het RIVM) en richt de IGZ zich op het toezicht op de kwaliteit van de zorg. De NMa houdt toezicht op een kernaspect van de marktwerking, namelijk de mededinging volgens de Mededingingswet ('Mw'), maar bestrijkt daarmee toch slechts een deelaspect van de zorgmarkt. Gelet op het majeure karakter van de wetgevingsoperatie was het instellen van een bredere sectorspecifieke toezichthouder voor de zorg een logische keuze. De NZa is op deze wijze ingeklemd tussen het algemene toezicht (IGZ) en het bijzondere (NMa), tussen inhoudelijk toezicht op de zorgverlening en een specifieke bewaking op het functioneren van de markt als zodanig. De Wmg regelt de verhouding aldus dat de NZa het oordeel over de kwaliteit van zorg van de IGZ (art. 19 Wmg) volgt en tegenover de

221 Artikel 39 lid 2 Wmg. Vergelijk hoofdstuk 9 van de Geneesmiddelenwet. Zie voorts Nieuwsbericht RVZ, 11 april 2006, *Mogen ziekenhuizen reclame maken?*, www.rvz.nl.

222 Evaluatie Wmg 2009, p. 87-119.

NMa de NZa voorrang heeft (art. 18 Wmg), behoudens uiteraard de specifieke wetgebonden instrumenten als concentratietoezicht (art. 37 en 42 Mw) en kartelbestrijding (handhaving door NMa krachtens art. 56 Mw). Naast de prijsregulering houdt de NZa daardoor slechts over als instrumenten de algemene verplichtingen die zij generiek aan de contracten in de zorgmarkt oplegt (art. 45 Wmg) en de op te leggen verplichtingen bij aanmerkelijke marktmacht ('AMM'; art. 48 Wmg). Voor de cure is van generieke maatregelen nauwelijks sprake. Het AMM-instrument is bij hoge uitzondering toegepast, zodat vooralsnog op de huidige markt dit een weinig inzetbaar instrument lijkt (de markt is kennelijk redelijk evenwichtig, ondanks bijvoorbeeld de grote concentratie en inkoopmacht van de verzekeraars). De toepassing betrof een spoedvoorziening ingevolge artikel 49 Wmg, waarbij de boycot van een apotheker (met uitstralingseffect) van het preferentiebeleid gebroken werd.²²³ De voorzieningenrechter schorste dit besluit vanwege een inmiddels afgesloten overeenkomst met de dominante zorgverzekeraar zonder preferentiebeleid, maar wel voorzien van een gebondenheid aan een beperkend inkoopmandaat.²²⁴ Het sturen door de NZa is dus – behoudens de tariefregulering – tot nu toe beperkt en behoedzaam. Toch zou men verwachten dat het accent van de NZa eerder hier naar toe zou verschuiven. Een indicatie voor een redelijk functionerende markt of van eenzijdige oriëntatie op kostenbeheersing bij de NZa?

De Raad van State plaatste indertijd wel een kanttekening bij de onwenselijkheid van de combinatie van de regulerende en toezichthoudende taken van de NZa. Dit dilemma is blijkens de evaluatie in 2009 niet goed opgelost.²²⁵ In het theoretisch deel zagen wij dat voor de ontwikkeling van markten en de invoering van marktwerking het van wezenlijk belang is om goede maatschappelijke kosten-baten analyse ('MKBA') uit te voeren. In een aantal research papers en daarop voortbouwende visiedocumenten heeft de NZa invulling trachten te geven aan haar wettelijke taak om aan de marktontwikkeling bij te dragen. Het is bij uitstek immers de NZa als een zelfstandig bestuursorgaan die een visie op de zorgmarkt ontwikkelt en effectenanalyses uitvoert in de vorm van uitvoeringstoetsen. Deze toets is wel belast door de dubbele functie van de NZa. Toen de TK vroeg aan de minister van Financiën om een toets op de marktwerking, klonk bij de presentatie van dit onderzoek, uitgevoerd in eigen beheer, direct het verwijt, dat 'de slager zijn eigen vlees heeft gekeurd'. Hetzelfde doet zich voor waar de NZa de markt die zij ordent, tevens beoordeelt op rijpheid voor marktwerking. De SER voorzag niet voor niets in de effectentoets in stap vier een van de overheid onafhankelijke, externe toets.²²⁶

223 NZa, Besluit 18 november 2009, inzake Apotheek Van Dalen (Breskens). Openbare versie: www.nza.nl.

224 Vznr. CBb 12 mei 2010, GJ 2010-6, 110.

225 Evaluatie Wmg 2009, p. 136.

226 SER 2010, p. 196.

Van de aanvankelijke doelstelling van de Wmg om terughoudend te zijn met politieke inmenging op de zorgmarkten en ingetogenheid te betrachten ten opzichte van de toezichthouder (NZa) is waarschijnlijk toch minder terecht gekomen dan verwacht.²²⁷ Dit komt met name doordat de minister van VWS uitvoerig gebruikgemaakt heeft van zijn aanwijzingbevoegdheid in het kader van de tariefregulering. Zoals wij zagen ligt daar toch een belangrijke reden voor de vertraging in de liberalisering van de zorgmarkt. Ook in incidentele casus is van de ingetogenheid minder gebleken.²²⁸ De wet heeft de macht tot wijziging van de tariefstructuur overigens eenduidig bij de Minister van VWS belegd (zie art. 59 lid 1 en 2 Wmg). Het is slechts via exceptieve toetsing dat telkens via besluiten van de NVZ – die heel wat af procedeed – over de band van de rechter maatregelen van de minister worden gewogen. De NZa brandt zich daar niet aan. Daarmee is echter wel een politieke klem gezet op de ontwikkelingstaak van de NZa. Hoewel de NZa of de Evaluatie wmg uit 2009 het niet zo duidelijk uitspreken, zou de stelselontwikkeling toch voortvarender hebben kunnen lopen, indien de NMa zich wat meer op afstand had kunnen voelen staan.

Ten aanzien van de rolverdeling van het toezicht ten opzichte van IGZ en NMa kan nog worden opgemerkt dat de drie dimensies van toezicht betreffende a) de kwaliteit, b) de aanbod- en vraagontwikkeling en c) de mededinging in de zorg op zich niet problematisch hoeven zijn of de manier waarop de wet ze heeft belegd bij respectievelijk de IGZ, de NZa en de NMa. Aan de onderlinge afstemming is veel tijd en moeite besteed door de verschillende samenwerkingsprotocollen (uit hoofde van art. 17 Wmg). Maar zoals ook de perikelen rond de fusie van de Zeeuwse ziekenhuizen laat zien, wordt de eigen rol van de NZa als marktmeester tussen het IGZ toezicht en het mededingingstoezicht van de NMa niet altijd voldoende ruimte gegeven.²²⁹ Deze positie verdient versterking om de stelselwijziging tot een succes te maken. In het kader van artikel 3 WTZi (op de nominatie om te verdwijnen) was het aan de minister van VWS om tenminste eenmaal in de vier jaar zijn visie op een kwalitatief goed, doelmatig, evenwichtig en voor ieder toegankelijk stelsel van gezondheidszorg bekend te maken. De minister heeft deze taak opgegeven in het kader van de WTZi. Dat wil niet zeggen dat de minister geen visie heeft, zoals hij met name ontvouwt in verschillende brieven aan de Kamer.²³⁰ De gedachte was echter dat gewenste ontwikkelingen op de bouwkundige infrastructuur, personeelsinfrastructuur en informatietechnologische infrastructuur gepaard zouden gaan met een sectorale beschrijving van de beleidsmatig gewenste situatie in de zorg.²³¹ De positie van de NZa zou wellicht

227 Evaluatie Wmg 2009, p. 127-128.

228 Evaluatie Wmg 2009, p. 140-141.

229 Korthedshalve verwijs ik naar de bijdragen over deze casus in Verloren van Themaat (red.): Elsevier congressen 2010 en Canoy en Sauter 2009-2, p. 54-61.

230 De serie *Waardering voor betere zorg I-IV*, *Kamerstukken II*, 29248, nr. 37, 47, 74 en 109 en de meermaals genoemde brief van 26 januari 2011, *Zorg die werkt*.

231 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 9-10.

kunnen worden verbeterd als de NZa een sectorale beleidsvisie kan neerleggen, waaraan de markt zich kan ontwikkelen. Wij staan voor een herschikking van taken in de zorg en mogelijk redelijk ingrijpende effecten van spreiding en concentratie van de tweedelijns zorg. Volumennormen in de kwaliteitsregulering zijn daarvoor niet geschikt, maar geven de zorgaanbieders in de markt wel de richting aan. Om de spreiding en concentratie tot stand te brengen in vrije onderhandeling moet er onderhandeld kunnen worden over de uitruil van functies op de regionale zorgmarkt, maar dat is precies het terrein waar de Mededingingswet beperkingen oplegt (het 'kartelverbod' van art. 6).

Dit is de komende werkelijkheid, die voor een deel gerealiseerd is door de functionele omschrijving in de toelatingen van de zorginstellingen tot het stelsel (art. 1 Uitvoeringsbesluit WTZi). De wet kent niet langer 'het ziekenhuis', de 'dialyse-kliniek', de 'Riagg' en 'het psychiatrisch ziekenhuis' et cetera., maar bijvoorbeeld 'instellingen voor medisch specialistische zorg'. Bovendien is het bouwregime losgelaten, zodat de instelling ook niet meer gebonden is aan haar jarenlang vrijwel onbeweeglijke stenen infrastructuur. Dat betekent dat de zorginstellingen kunnen uitwaaieren over het land, niet alleen met een full service aanbod, maar ook met deelfuncties (waarvoor zij bijvoorbeeld speciale WBMV-vergunningen hebben). Een zorgaanbieder als de Sint Maartenskliniek acht zich niet langer gebonden aan zijn vestigingsplaats Nijmegen. Lokale samenwerking is een voor de handliggende optie voor verspreiding van bijzondere functies (vgl. verder bijvoorbeeld het recente 'Oogzorgnetwerk' van het Oogziekenhuis Rotterdam met een franchiseformule). Zorgaanbieders gaan allianties aan voor inkoop, maar in toenemende mate ook voor het aanbod. Bij verdergaande liberalisering moet men ook rekening houden met buitenlandse zorgaanbieders die naar Nederland komen en met zorgverzekeraars die ook zorg contracteren in de grensgebieden in de buurlanden. De grenzen tussen eerste en tweede lijn kunnen door nieuwe ontwikkelingen daarbij eveneens opnieuw worden bepaald of diffuus worden. Deze nieuwe bewegelijkheid van de markt is één van de belangrijkste toekomstige ontwikkelingen (naast de voortschrijdende vernieuwing van de zorg die een meer internationale *pace* heeft). Deze herschikking in de markt is niet centraal te registreren. De transactiekosten van deze operatie zijn hoog en de overheid zou niet wijs doen deze op te jagen door het verder compliceren van dit op zich reeds ingewikkelde proces. In dat kader is niet te betreuren, dat het capaciteitsbeleid in het kader van de artikelen 5 en 9 WTZi van de WTZi is gedereguleerd. Deze deregulering moet dan niet op andere wijze weer te niet worden gedaan.

Het lijkt noch de bedoeling dat IGZ de herschikking en de concentratiebeweging regisseert, noch dat de NMa alle transacties met een strikte marktanalyse op zijn competitie-effect toetst. Hier ligt de uitdaging om in het belang van de goede werking van de zorgmarkt en uiteindelijk dus het consumentenbelang met een visie ruimte te creëren, die de NMa bij de mededingingtoets zou kunnen respecteren. De NMa heeft immers ruimte om het consumentenvoordeel te laten prevaleren boven merkbare beperkingen van de mededinging (art. 6 lid 3 Mededingingswet). Een dergelijke visie zou een ruimere opzet van NMa Richtsnoeren

voor de zorg vergen, aangezien zij deze duidelijkheid nu nog niet geven.²³² Nu zijn de mogelijkheden van uitruil beperkt door het verbod van o.a. marktverdelingsafspraken. De NZa zou de contouren van een te individualiseren 'efficiency-verweer' in het belang van de marktontwikkeling en het consumentenvoordeel kunnen aangeven, dat voor de NMa dan het kader biedt voor beoordeling en eventuele vrijstelling van hergroeperingen in de markt.²³³ Er blijft dan nog voldoende marge om te sturen op de verzekering.²³⁴

2.9 *Volume: productiviteit en preventie*

Doelmatigheid is een resultante van een goed functionerend stelsel, maar juist daar waar men zich alleen zou vastklampen aan de reddingsboei van de productiviteit, is het verdrinkingsgevaar des te meer nabij. Enkele relativerende opmerkingen. Ten eerste is daar de befaamde 'Wet van Baumol', Ten tweede wijs ik op een ander meer algemeen verschijnsel betreffende doelmatigheid.

Doelmatigheid is er op gericht dat we taken sneller kunnen afwikkelen. Uiteindelijk is de arbeid een zeer dominante factor in de prijs. In ieder geval is dat zo in de zorg (al neemt bij de medisch specialistische zorg de kapitaalintensiteit wel toe). In de arbeid in zorg zitten tal van taken waarvoor een grotere efficiency niet eenvoudig haalbaar is. Het voorbeeld voor het Baumol-effect is de kwartet van Mozart die men niet efficiënter (sneller en met minder mensen) kan uitvoeren. Waar tijd om na te denken, te overleggen en te communiceren met de patiënt nodig is, zal dit Baumol-effect zich doen gelden. Het zijn gebieden waar de productiviteit achterblijft bij de voortdurende productiviteitsstijging van de algehele economie en de technologische en logistieke vernieuwing in de zorg. Pomp schat het effect in de zorg daarvan in de afgelopen tien jaar op 0,5 % prijsstijging per jaar.²³⁵ Vermeend en Van Boxtel komen op basis van de vergelijking in de afgelopen veertig jaar op 1,5%²³⁶ (wijst het verschil op een stijging de overige productiviteit in de zorg door afbouw van het oude stelsel?). Zij pleiten voor een behoudende inschatting voor de stijging van de arbeidsproductiviteit met tussen de 0,5 en 1,0% per jaar.²³⁷ De snelle productiviteitsstijging bij de ziekenhuizen in het midden van het afgelopen decennium zou in ieder geval een tijdelijke opleving en inhaal kunnen zijn na jaren van relatieve stilstand²³⁸, zodat inderdaad de verwachtingen niet al te zeer moeten worden opgeschroefd.

232 Van de Gronden 2010, p.209.

233 De NZa lijkt die rol niet te zien, gelet op de gezamenlijk met de NMa opgestelde *Richtsnoeren Zorggroepen*, Den Haag/Utrecht augustus 2010.

234 De effecten van verzekering op de zorg zijn aanwijsbaar bij de introductie van nieuwe technieken. Zie daarvoor Aarden 2010, p. 149-164.

235 Pomp 2010, p. 33-34.

236 Vermeend & Van Boxtel 2010, p. 92-93.

237 Vermeend & Van Boxtel 2010, p. 97.

238 Vandermeulen (Prismant) 2009, p. 26-27.

Het is vooral de medische technologie waarvan een productiviteitsstijging mag worden verwacht. Daar geldt een tweede caveat. Alles kan steeds sneller. Als dat zo is, waarom komen wij dan toch altijd tijd tekort? Deze vraag is inmiddels onderwerp van onderzoek en kan op tal van manieren worden gesteld: als wij steeds sneller kunnen reizen, waarom staan wij dan langer in de file dan voorheen en wachten urenlang op vliegvelden, zijn wij verder overall meer tijd kwijt aan reizen? Als wij sneller communiceren (bellen, e-mailen, sms-en en twitteren), waarom neemt dan het communiceren steeds meer tijd in beslag? De wetmatigheid achter deze fenomenen is steeds, dat het algehele maatschappelijke verschijnsel van versnelling ons niet aan extra tijd (meer uren in een dag) helpt, maar wel aan extra taken (mogelijkheden, projecten, reisdoelen en communicatiepartners doet toenemen). Het aantal taken groeit door de productiviteit vaak sneller dan de tijdwinst die door de productiviteitsstijging wordt geboekt.²³⁹ In de zorg gaat de medisch-technologische vooruitgang er waarschijnlijk voor zorgen, dat er méér diagnostische mogelijkheden zijn, méér ziekten en beperkingen kunnen worden behandeld, méér therapeutische opties ontstaan. Het één is met het ander verbonden. Met de oplossing van de productiviteitsverbetering wordt waarschijnlijk tegelijk het aanbod in den brede vergroot. Doelmatigheid is dus geen panacee voor kostenbeheersing. Efficiency is vreemd genoeg zo tevens een bedreiging. Terugkijkend is de grootste kostenbesparing in het verleden immers te schrijven op conto van het wetenschappelijk en technisch onvermogen in onder andere beeldvormende technieken en behandelopties. Die begrenzing valt steeds meer weg.²⁴⁰ Vooruitkijkend is dan niet moeilijk te voorspellen, dat met de medisch-technische vooruitgang en de hogere eisen die wij zullen stellen het volume groeit. Daarom is voor een evenwichtig stelsel het beheersen van de kosten van het aanbod niet de enige weg. De vraag wat wij willen uitgeven aan de zorg moet daarom vooral en in toenemende mate een vraagstuk van de omvang van de verzekering worden. Niet al het aanbod behoeft redelijkerwijs te worden vergoed. De stelselwijziging is incompleet zonder dat aan de verzekeringszijde de kostenbeheersing tot ontwikkeling komt.²⁴¹

De dialectiek van de versnelling houdt in, dat de versnelling tegelijkertijd stilstand in de verandering van grondstructuren kan betekenen.²⁴² Voor de zorg: een eenzijdige occupatie met doelmatigheid en pakketbeheer kan doen vergeten, dat de eigenlijk winst moet schuilen in het voorkomen van ziekte. Volgens Mackenbach is de helft van alle ziekte potentieel vermijdbaar door primaire preventie.²⁴³ De preventie is nog steeds onvoldoende betrokken bij de zorgverlening gericht op cure. Wel zet de overheid steeds meer in op het voorkomen van ziekte door

239 Rosa 2005, p. 112-123.

240 Hoewel sommigen daar weer somber over zijn: Le Fanu 1999.

241 RVZ 2006, RVZ 2007 en RVZ 2008 (advies 08/11).

242 Rosa 2005, p. 428 e.v.

243 Mackenbach 2010, p. 293.

voor de hand liggende zaken als roken, te veel vet eten, onmatig alcoholgebruik, onveilige seks en te weinig bewegen. De combinatie met de uitvoering van de zorg en de zorgverzekering wordt mijns inziens nog onvoldoende gezocht. Verder zal een heroriëntatie in de zorg in de laatste levensfase bij kunnen dragen aan ontmedicalisering van het onvermijdelijke: ons wisse einde. Deze onderwerpen gaan dit preadvies te buiten.

2.10 Slotbeschouwing

Het stelsel is er voor de zorg en niet omgekeerd. Leidend in de cure moeten zijn de vrije keuzes van de patiënt en het professionele oordeel van de zorgprofessionals. De overheid normeert en controleert de kwaliteit, waar de patiënt dit niet kan. De toegankelijkheid en financierbaarheid is daarentegen een zaak van solidariteit, waarvan de eisen niet per se met de belangen van de individuele patiënt samenvallen. De grenzen van de solidariteit zijn niet anders dan omgekeerde solidariteit van de kostenmakende patiënt met alle premiedragers, de publieke belangen van onderwijs, veiligheid en sociale zekerheid, van de draagkracht van een concurrerende economie en de kansen van de gezondere jeugd en de toekomstige generaties. Het ligt in de aard van de zaak besloten dat de ferm in de Grondwet verankerde zelfbeschikkingsrechten geen directe aanspraken opleveren in het sociale grondrecht op een solidair stelsel van kwalitatief, toegankelijk en betaalbaar stelsel van zorg. Het complex aan collectieve normatieve afwegingen is immers niet aan het individu. Wel is het niet meer dan logisch dat van beide kanten de rechten worden geoptimaliseerd. Dit pleit voor een stelsel met maximale keuzevrijheid voor de patiënt en ruimte voor de professionals om de zorg te ontwikkelen en een optimale organisatie van het stelsel, waar bureaucratie en de budgetteringslogica de ontwikkeling niet remmen. Omdat de kosten daarvan niet onbegrensd kunnen zijn, moeten grenzen worden gesteld aan de verzekering van deze zorg (niet aan de zorg zelf). Het optimale midden dat in *Vraag aan bod* op basis van jarenlange ervaring met de zorgregulering door de overheid werd geschetst, is nog steeds een valide concept. Het moraliseren en ideologiseren van de stelsel discussie doet deze geen goed. Te hopen valt dat het SER-advies over markt en overheid hier de basis van een toereikende politieke consensus kan vormen. Het MKBA-model kan in handen van de NZa en kabinet tot weloverwogen verdere stappen leiden. Economiseren van het gezondheidsrecht is echter ook niet alles en de rol van de gezondheidsrechtjurist en van de Vereniging voor Gezondheidsrecht blijkt het normatieve kader kritisch te toetsen en te bevragen. De grenzen van grondrechten zijn daarbij scherper dan van sociale rechten, marktordening en organisatorische regelgeving, maar het belang bij het kritisch volgen van de deze laatste categorie is daarom niet minder belangrijk. In zijn afscheidsrede vroeg Gevers aandacht voor de spanning tussen de beroeps-ethiek en de markt, tussen medische motieven en economische belangen, die in de regulering van het zorgstelsel moeten zijn geadresseerd. Het zorgstelsel moet zo worden ingericht, dat de professionele ethiek niet door de markt op de proef

wordt gesteld, zodat bijvoorbeeld terughoudend met financiële incentives moet worden omgegaan.²⁴⁴ Het stelsel zet in op financiële prikkels, maar dat wil niet zeggen dat geld het organiserend beginsel van de zorg moet zijn. Integendeel. De tegenstelling tussen de zorgbelangen en financiële belangen liggen primair reeds bij de cliënten en de grotere groep van verplicht verzekerden. Deze tegenstelling geeft de spanning aan het systeem. Voor een effectief stelsel is vooral nodig dat de ontwikkeling niet wordt geremd door averechtse prikkels. Zorg wordt daarmee nog geen *commodity*. De oplossing is het zoveel mogelijk parallel schakelen van de financiële belangen van zorgverleners en de belangen van de cliënten in de zorg. Dit zou beter kunnen door eerder geleverde gezondheidswinst te belonen in plaats van productievolume. Het versterken van de kwaliteitsnormen en de onafhankelijkheid van de professional maken wezenlijk onderdeel uit van het stelsel.²⁴⁵ De 'cliëntenrechten' worden versterkt door de Wcz. In de discussie daarover zal in de komende tijd nog blijken in hoeverre de klassieke rechten herdefiniëring behoeven in hun gewijzigde feitelijke context. Zij vormen geen principieel beletsel voor de meer gereguleerde marktwerking. Eerder betekent vraagsturing effectieve uitoefening van deze rechten.

De stelselwijziging is intussen een buitengewoon complex gebeuren. Te complex zou het haast kunnen lijken om door te gaan met het plan zoals het in de stelselwijziging vervat lag. De afweging van de belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid lopen niet synchroon en vergen soms lastige afwegingen. Dat kan de vrees voor de marktwerking oproepen, maar economen houden ons voor dat juist de markt decentraal tot uitruil van belangen in staat is, die met moeite centraal kunnen worden beslist.²⁴⁶ De operatie van de stelselwijziging is immers ingezet vanuit het besef dat de overheid de ontwikkelingen in de zorg meer begon tegen te houden dan te bevorderen. Kritisch volgen lijkt mij het motto. Met een tiental conclusies besluit ik dit onderdeel over de cure.

1. De stelselwijziging zoals deze is aangelegd in de Zvw, WTZi en Wmg is onvoltooid en de oorzaak daarvoor is met name de dominante invloed van de kostenbeheersing via de tariefregulering. Het volumebeleid van de minister van VWS via de krappe BKZ-begrotingen en de tariefregulering is een oneigenlijk en ondoelmatig instrument van sturen van de zorg. Het bedreigt de ontwikkeling van de kwaliteit en de efficiency in de zorg.
2. Het kostenbeheersingvraagstuk is en zal in toenemende mate een volumevraagstuk worden. De voorspelde kostenstijging wordt niet veroorzaakt door steeds minder ondoelmatige zorg (het Baumol-effect ligt rond de 1% per jaar),

244 Gevers 2010, p.14-16. Zie daarover ook reeds Legemaate 2002, p. 34-63, met name p. 59-63, met verwijzing naar o.a. Gevers, 2000, p. 1662-4 en het hiervoor aangehaalde preadvies van Leenen 1997, p. 37.

245 Zie ook Sijmons 2008, p. 18-19 en 28-29.

246 Janssen, Schep en Van Sinderen 2009, p. 186-187 en Dworkin 2000, p.309-318.

maar vooral door uitdijende verzekeringsaanspraken. Het stelsel is niet in balans voor de komende decennia, omdat de kostenbeheersing via de verzekeringswetgeving nog onvoldoende tot ontwikkeling is gekomen (anders dan voorzien in *Vraag aan bod*).

3. De kwaliteitsregulering is geen zelfstandige ingang om een efficiëntere en goedlopende marktordering tot stand te brengen. Daarvoor zijn noch de Kwz (en de Wcz), noch de WBMV bedoeld en geschikt.
4. Budgettering en inkomensbeleid zijn retarderende elementen in het stelsel geworden. De voorstellen tot wijziging van de Wmg om de medisch specialisten aan een honorariumbudget te binden en het instrument van de generieke macrokortingen te versterken handhaven de problematische elementen van het oude stelsel.
5. De NZa zal in nieuwe prestatiebeschrijvingen de elementen van de kwaliteit en de resultaten van de zorg in de structuur dienen op te nemen, zodat de tariefstructuur de richting wijst van een concurrentie op de prijs-kwaliteit verhouding ('Porter's challenge').
6. De stelselwijziging behoeft een versterking op het onderdeel keuze-informatie voor de (zorg-)consument. Deze functie is het fundament van de stelselwijziging en verdient daarom een regeling, waarvoor de Wcz een voorstel bevat. Stimuleer verder in het verlengde daarvan de ontwikkeling van de zorginformatiemarkt, zodat sprake wordt niet van een systeem van drie markten maar van vier markten: zorgverleningsmarkt – zorginkoopmarkt – zorgverzekeringsmarkt en zorginformatiemarkt. De keuze-informatie behoeft niet perfect te zijn, noch de werking van de zorginformatiemarkt, om toch te sturen in de richting van betere kwaliteit. Benut de mogelijkheid om tijdig grenzen te stellen aan zorgreclame (artikel 40 Wmg).
7. De NZa verdient tussen IGZ en NMa meer ruimte om zijn rol als vroedvrouw van de marktwerking te kunnen waarmaken. Als onafhankelijk bestuursorgaan is zij bij uitstek in de positie een voortdurende effectenrapportage ('MKBA') uit te voeren als bedoeld in het SER-advies *Markt en overheid*. De aansturing door de minister van VWS door aanwijzingen en objectief onderzoek naar de markt ('MKBA') staan echter op gespannen voet met elkaar.
8. In haar specifieke positie tussen IGZ en NMa heeft de NZa de taak het consumentenvoordeel te bepalen dat de NMa zou dienen te respecteren bij beperkingen in de mededinging in het kader van uitruil van functies en samenwerking ten behoeve van concentratie, spreiding en herschikking van taken in van zorg.

9. Productiviteit is geen vanzelfsprekend substituut voor volume. Productiviteitsstijging zal immers in het algemeen ook leiden tot uitbreiding van het zorgaanbod. Van preventie mag voor de volumebeheersing uiteindelijk meer worden verwacht. In het stelsel is daarvoor nog onvoldoende aandacht.

10. De 'zorgexplosie' is ten onrechte uitsluitend als een doemscenario gepresenteerd. De zorg gaat zich verder uitbreiden en wordt duurder. Niet omdat dit onvermijdelijk is, maar omdat wij dit kennelijk zullen willen en te zijner tijd bereid zullen zijn deze zorg te betalen. Voor zover dat niet het geval is, keert de wal het schip.

Literatuur

E. Aarden, *Politics of provision*, (proefschrift Universiteit Maastricht), Ridderkerk: Ridderprint BV 2010.

K.J. Arrow, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, *The American Economic Review* 1963, vol. LIII, nr. 5, p. 941-973.

B. Baarsma en J. Theeuwes, 'Publiek belang en marktwerking: argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', in E. van Damme en M.P. Schinkel, (red.) *Marktwerking en Publieke Belangen. Koninklijke Vereniging voor Staatshuishoudkunde*, Preadviezen 2009, p. 23-51.

F. Bator, 'The Anatomy of Market Failure', *The Quarterly Journal of Economics* 1958.

M. Bijlsma en M. Pomp, *Kwaliteitstransparantie en concurrentie in de ziekenhuiszorg. Kansen en dilemma's*, CPB Document no. 164, Den Haag: CPB 2008.

J. Blank en V. Valdmanis (red.), *Evaluating Hospital Policy and Performance: contributions from Hospital Policy and Productivity Research*, Advances in Health Economics and Health Services Research, vol. 18, Amsterdam-Boston etc.: 2008, m.n. R. Färe, S. Grosskopf, M. Lundström en P. Roos, *Evaluating Health Care Efficiency*, p. 269-228.

H.J. Borghans, D. Pieter, J.A.J.H. Koenen en R.B. Kool, *De toepasbaarheid van de HSMR in het toezicht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg*, Utrecht: Prismant september 2008.

F. Bos, *De Nederlandse collectieve uitgaven in historisch perspectief*, CPB Document nr. 109, Den Haag: Centraal Planbureau februari 2006.

G. Bulstra, T. Wiggers & J.H. Hubben, *Chirurg en tuchtrecht 1996-2007*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008.

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

M.F.M. Canoy, *Zorgende Ondernemers of Ondernemende Zorg?* Tilburg: Tilburg University press 2009.

M.F.M. Canoy en W. Sauter, *Ziekenhuisfusies en publicatiebelangen*, M&M april 2009-2.

J. Cassidy, *How markets fail. The logic of economic calamities*, London: Penquin Books 2010.

CPB documenten, *Zorg voor concurrentie*, januari 2003, nr. 28.

CPB, *Economische Verkenningen 2011-2015* (www.cpb.nl).

CPB, *Economische Verkenningen 2011-2015* (www.cpb.nl). Document 203, maart 2010.

Curatieve Zorg 2.0. 11 Curatieve Zorg, Rapport Brede heroverwegingen, april 2010, Rapport Inspectie der Rijksfinanciën, bureau beleidsonderzoek.

E. van Damme en M.P. Schinkel, 'Marktwerking en borging van publieke belangen', E. van Damme en M.P. Schinkel (red.) *Marktwerking en Publieke Belangen* Preadvies van de Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde 2009, Amsterdam 2009.

N. Daniels, *Just Health Care*, Cambridge: Cambridge University Press 1985.

J.C.J. Dute, 'Infectieziekten, dwang en drang', W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute (red.) *Preventieve Gezondheidszorg*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2005.

R. Dworkin, 'What is Equality? Part I: Equality of Welfare', *Philosophy and Public Affairs* (10) 1981-3, p. 185-246.

R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (MA) / London: Harvard University Press 2000.

J. Le Fanu, *The Rise & Fall of Modern Medicine*, Great Britain: Little, Brown and Company 1999.

P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, uit de serie Monografieën sociaal recht nr. 4, Deventer: Kluwer 2001.

R. Friele, *Wet en werkelijkheid in de gezondheidszorg* (inaugurale rede bij de aanvaarding van de leerstoel Speciaal wetenschappelijke aspecten van wet- en regelgeving in de gezondheidszorg aan de Universiteit van Tilburg), Tilburg/Utrecht: UvT/Nivel 2009.

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

J.K.M. Gevers, *Medisch professionaliteit en recht* (afscheidsrede uitgesproken op 18 juni 2010, UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2010.

J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (red.), *Health Law Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in honour of Henriëtte Roscam Abbing*, Leiden: Koninklijke Brill NV 2005.

W. de Gooijer, *Trends in EU Health Care Systems*, New York: Springer Science+Business Media 2007.

K. Grit, H. van de Bovenkamp, R. Bal, *De positie van de zorggebruiker in een veranderd stelsel. Een quickscan van aandachtspunten en wetenschappelijke inzichten* Rotterdam: iBMG 2008.

J.W. van de Gronden, *Een upgrade van het zorgbeleid van de NMa: de derde versie van de Richtsnoeren voor de zorgsector*, M.& M 2010-6, p. 209.

R. de Groot (red.), *Innovatie in de zorgsector. Jaarboek 1996*, Utrecht: De Tijdstroom 1996.

G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Leiden: Kluwer 1998.

The Gallup Organization, *Cross-border health services in the EU*, Analytical report, juni 2007.

Gupta Strategists, *Volumeonderzoek Ziekenhuizen. Wat is de verklaring voor de stijgende zorgkosten?*, april 2009.

R. Halbersma (NZa), *Kwaliteit van zorg & marktwerking. Een overzicht van de economische literatuur*, Utrecht: mei 2008.

G.J.A. Hamilton, 'Publiek belang en mededinging in de gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2002- 3, p. 142-162.

A.C. Hendriks, 'Conventie inzake de rechten van de mens en biogeneeskunde (Biogeneeskunde conventie)' *NJCM-bulletin* (22) 1997-1, p. 72-94.

A.C. Hendriks, 'Van patiënten- naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?' *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 605-615.

A.C. Hendriks, "Het recht op gezondheidsinformatie als overheidsplicht", in *Grondrechten in de gezondheidszorg. Liber amicorum voor prof.mr. J.K.M. Gevers* (Hendriks, Hubben, Legemaate & Sluijters red.), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 57-68.

H.E.G.M. Hermans en L.A.C. Goemans, *Financiering Ziekenhuiszorg*, TvGr 2010-1, p. 2-16.

O. Höffe, *Über John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997.

J.H. Hubben & L.A.M. Van Zenderen (red.), *Het stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg en jurisprudentie-overzicht*, reeks Gezondheidsrecht nr. 18, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002.

M.C.W. Janssen, K. Schep en J. van Sinderen, *Over het borgen van publieke belangen in de zorg*, in Van Damme en Schinkel 2009, p. 179-199.

P. Jeurissen, *Houdbare solidariteit in de gezondheidszorg*, Zoetermeer: RVZ 2006.

J.M. Kasdorp, *Grenzen aan het recht op gezondheidszorg*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 15 april 1988.

S. Kolm, *Modern theories of justice*, Cambridge (MA): MIT Press 1996.

S. Kolm, *Justice et Équité*, Paris: 1972, Engelse vertaling van H.F. See, *Justice and Equity*, Cambridge (MA): MIT Press 2002.

L. Koopmans, A.H.E.M. Wellink, C.A. De Kam & C.G.M. Sterks, *Overheidsfinanciën*, Groningen: Stenfert Kroese 2005.

P. Kooreman en H. Prast, 'What does behavioral economics mean for policy? Challenges to savings and health policies in The Netherlands', *De Economist, Nederlands Economic Review*, vol. 158, 2010-2, p. 101-122.

Kwaliteit van kankerzorg in Nederland, Rapport Signaleringscommissie Kanker van KWF Kankerbestrijding juli 2010.

R. Lapré, F. Rutten en E. Schut, *Algemene Economie van de Gezondheidszorg. Boek voor universiteit en hoger beroepsonderwijs en management opleidingen*, Maarsen: Elsevier Gezondheidszorg 2001.

H.J.J. Leenen, 'Reguleren en dereguleren in de gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Sociale Gezondheidszorg* 1984-10, p. 403-407.

H.J.J. Leenen, *Sociale Grondrechten en Gezondheidszorg*, Hilversum: De Boer-Brand 1996.

H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, Preadvies Vereniging van Gezondheidsrecht, jaarvergadering 25 april 1997.

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek Gezondheidsrecht Deel I*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek Gezondheidsrecht Deel II, Gezondheidszorg en Recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.

H.J.J. Leenen en H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk Gezondheidsrecht*, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

J. Legemaate, *Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening*, Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1994.

J. Legemaate, 'De (dubbel)rol van de arts', in H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot (red.), *Zorg, schaarste en recht*, Preadvies Vereniging van Gezondheidsrecht 23 mei 2002.

R. Liford en P. Pronovost, 'Using hospitalmortality rates to judge hospital performance: a bad idea that just won't go away', *Brit. Med. Journal* 2010; 340:c2016.

J. Mackenbach, *Ziekte in Nederland. Gezondheid tussen politiek en biologie*, Amsterdam: Elsevier gezondheidszorg/Mouria 2010.

Ministerie van VWS en Financiën., *Financiële Bouwstenen Zorg. Rapportage voor de kabinetsformatie*, 4 februari 2003.

R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books 1974.

NZa monitor ziekenhuiszorg 2007.

NZa monitor ziekenhuiszorg 2009.

NZa, *Uitvoeringstoets van Prestatie naar budget. Prestatiebepaling binnen de medisch specialistische zorg*, Utrecht: oktober 2009.

NZa Visiedocument, *Bekostigingstructuur mondzorg. Transparante mondzorg met vrije prijzen; de consument kiest*, Utrecht: maart 2009.

NZa Visiedocument, *Inkoopmacht en collectief onderhandelen. De verhoudingen op de zorginkoopmarkt*, Utrecht: januari 2010.

NZa Uitvoeringstoets Budgettering honoraria medisch specialisten, Utrecht: juni 2010.

G.H. Okma, *Studies on Dutch health politics, policies and law* (dissertatie. UvA), Rijswijk: Second print 1997.

E.T.M. Olsthoornheim, *Vijf jaar evaluatie regelgeving via ZonMw*, Den Haag: ZonMw 2003.

- W. Opheij, 'Een existentiële keuze. Overwegingen van bestuurders bij samenwerken is concurrentie', *HMF Magazine*, april 2007.
- B. Palier e.a., *A long Goodbye to Bismarck? The Politics of Welfare Reform in Continental Europe*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010.
- E. Plomp, *Winstuitkering door zorginstellingen*, TvGr 2009-7, p. 517-530.
- M. Pomp, *Een beter Nederland. De gouden eieren van de gezondheidszorg*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2010.
- M.E. Porter, 'A Strategy for Health Care Reform – Toward a Value-Based System', *The New England Journal of Medicine*, 9 juli 2009, Vol.361, p. 109-112.
- M.E. Porter & E. Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value – Based Competition on Resultats*, Boston, Massachusetts: Harvard business school press 2006.
- H. Prast, *Gedragseconomie en financiële crisis voor een overzicht van enkele algemene leerstukken van de gedragseconomie*, in *Nederland na de crisis*, Preadviezen 2010 van de Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde, Den Haag: Sdu uitgevers 2010.
- Prestatie-indicatoren ziekenhuizen. Basisset 2010*, Rapport IGZ e.a., Utrecht: september 2009.
- Prismant, *Ramingen uitgaven ziekenhuiszorg, 2008-2011*, 2007.
- J. Rawls *A Theory of Justice*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1971.
Herziene uitgave, Oxford: Oxford University Press 1999.
- H. Rosa, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2005.
- RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Tussen markt en overheid*, Advies uitgebracht aan de Minister van VWS, Zoetermeer december 1998.
- RVZ (Raad voor de Volksgezondheid en Zorg), *De rollen verdeeld. Burger, ondernemer en overheid in de gezondheidszorg*, advies uitgebracht aan de Minister van VWS, Zoetermeer: RVZ 2000.
- RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Exploderende zorguitgaven*, Signalement, Zoetermeer 2003.
- RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Zinnige en duurzame zorg*, Advies aan de minister van VWS, nr. 06/06, Den Haag 2006.

RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Rechtvaardige en duurzame zorg*, Advies aan de minister van VWS, nr. 07/04, Den Haag 2007.

RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Screening en de rol van de overheid*, Advies aan de minister van VWS, nr. 08/03, Den Haag 2008.

RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Uitgavenbeheer in de zorg*, Advies aan de minister van VWS, nr. 08/11, Den Haag 2008.

RVZ (Raad voor Volksgezondheid en Zorg), *Gezondheidszorg 2.0. U bent aan zet*, Advies uitgebracht aan de Minister van VWS, Den Haag: 2010.

B. Scholtens, *Sterftecijfers bekend, maar weinigzeggend*, MC 15 juni 2010.

G. Schrijvers, N. Oudendijk, P. de Vries, Margriet Hageman (red.), *Moderne patiëntenzorg in Nederland; van kennis naar actie*. Maarssen: Elsevier Gezondheidszorg 2002.

E. Schut, W van De Ven en M. Varkevisser, 'Prijsconcurrentie gaat niet samen met macrobudget ziekenhuizen', *ESB Economisch Statistische Berichten* (95) 2010-45876, p. 376.

E. Screpanti & S. Zamagni, *An Outline of the History of Economic Thought*, New York: Oxford University Press 2005.

A. Sen, 'Impossibility of the Paretian liberal', *The Journal of Political Economy*, The University of Chicago Press, 1970.

A. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco: Holden-Day 1970; republished Amsterdam: North-Holland 1979.

A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2009.

SER (Sociaal Economische Raad), *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, rapport uitgebracht aan de Minister van VWS, publicatienummer 00.12, Den Haag 15 december 2000.

SER, *Overheid en Markt. Het resultaat telt*, advies maart 2010.

J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet Toelating Zorginstellingen* (juridisch proefschrift, verdedigd op 6 november 2006 Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: Sdu uitgevers 2006.

J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever. Ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008.

A. Smith, *Inquiry into the Nature and Causes of the wealth of nations*, Edited by Sálvio M. Soares. MetaLibri, 2007.

Staatstoezicht op de volksgezondheid, *Het resultaat telt. Prestatie-indicatoren als onafhankelijke graadmeter voor de kwaliteit van in ziekenhuizen verleende zorg*, Rapport IGZ, Den Haag: 2003 e.v.

M. Trappenburg, *Genoeg is genoeg. Over gezondheidszorg en democratie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

B.C.A. Toebes, 'Het recht op gezondheidszorg: zoektocht naar de betekenis van een norm', *NJCM-bulletin* (25) 2000-7/8, p. 1158-1169.

Veiligheidsindicatoren ziekenhuizen 2010 t/m 2012. Toezicht op het VMS Veiligheidsprogramma 'Voorkom schade, werk veilig', Rapport IGZ e.a., Utrecht: maart 2010.

W. Verloren van Themaat (red.), *Ontwikkelingen mededingingsrecht 2009. Actuele beleidsvragen en praktijk*; Elsevier congressen 2010.

W. Vermeend & R. Van Boxtel, *Uitdagingen voor een gezonde zorg*, Amsterdam: Lebowski Publishers 2010.

Waardering voor betere zorg, brieven Ministerie van VWS.

WRR (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), *Volksgezondheidszorg*, rapport nr. 52, Den Haag: Sdu uitgevers 1997.

WRR (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu uitgevers, 2000.

Zorg rond operaties voor borstkanker is verantwoord, Rapport IGZ, Den Haag: oktober 2010.

Deel 2

De care: voortvarend na bedachtzaam wegen

Mr. T.A.M. van den Ende*

* Tessa van den Ende is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.

1 Onhoudbaarheid AWBZ¹

1.1 Inleiding²

De houdbaarheid van de care³ en in het bijzonder van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), is binnen de Nederlandse gezondheidszorg voortdurend onderwerp van discussie. Niet in de laatste plaats vanwege de demografische samenstelling van de bevolking, de stijging van de absolute levensverwachting, voortdurende ontwikkelingen in de gezondheidszorg en de vraag naar en behoefte aan zorg. Alhoewel politieke consensus over de toekomst van de care en in het bijzonder de AWBZ ontbreekt, is daarentegen wel consensus ten aanzien van de houdbaarheid, of beter gezegd onhoudbaarheid van de AWBZ zoals Nederland die thans kent.⁴

Bij invoering van de AWBZ in 1968 maakten 55.000 mensen aanspraak op zorg op basis van de AWBZ. Anno 2010 zijn dat er ruim 600.000.⁵ Uitgaven stegen van 1 miljard euro, naar ruim 22,3 miljard euro. Uitgavenontwikkeling en doelmatigheid zijn door de jaren heen tot speerpunten verworden, om zo het hoofd te bieden aan de meer dan evenredige kostenstijging. Dat, terwijl oplossingen veelal zijn gezocht in het uitbreiden van de AWBZ met lichtere vormen van zorg om benutting van de zwaardere, duurdere vormen tegen te gaan.⁶

1.2 Gezichtspunten

In dit deel van het preadvies zal de AWBZ worden belicht vanuit een drietal peilers: de zorg, de cliënt en de organisatie. Bij elk van die peilers zal een aantal gezichtspunten worden behandeld aan de hand waarvan de invulling van de

1 De tekst is afgesloten op 30 januari 2011.

2 Alle lof gaat uit naar Luc Jacobs en mijn dochter Puck Jacobs, zij geven mij alle ruimte mijn nimmer aflatende werkvreugde tot het uiterste te kunnen exploreren.

3 In mijn preadvies neem ik als uitgangspunt de care met als focus de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten. De Wet maatschappelijke ondersteuning zal niet nader worden verkend op knelpunten.

4 Onder andere RVZ 2005a; CVZ 2004; CPB Juni 2006; NZa 2007; *Toekomst AWBZ*, Eindrapportage van de werkgroep organisatie romp AWBZ, juni 2008 bij brief 9 juni 2006 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30597, nr. 1; brief 13 juni 2008 *Zeker van zorg, nu en straks*, Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

5 Zie uitgebreid *Zorgbalans 2010* en SER 2008a.

6 1970 medische kindertehuizen, 1971 medische kleuterdagverblijven, 1973 dagverblijven, 1974 preventie/screening en vaccinatieprogramma's, 1976 gezinsvervangende tehuizen, 1977 dagbehandeling in verpleeginrichtingen, 1980 kruiswerk, 1982 ambulante geestelijke gezondheidszorg, 1989 gezinsverzorging, hulpmiddelen en psychiatrische hulp en 1997 verzorgingshuizen.

AWBZ wordt geanalyseerd met het oog op de cliënt. Daarbij pretendeer ik geen oplossing te bieden voor de kostenbeheersing of een perfecte AWBZ, doch tracht ik de lezer aan te moedigen de care te beoordelen op zijn merites: welke zorg, de plaats van de verschillende vormen van zorg binnen het stelsel en de rol van de indicatie en de zorgkantoren. De peilers zijn ingericht met het oog op de belangen van de cliënt⁷: een houdbaar carestelsel, een deugdelijke grondslag voor de zorg en kwaliteit van de zorg. De care bezien vanuit de belangen van de zorgaanbieder past in dit kader niet in de omvang van onderhavig preadvies, maar is het meer dan waard eveneens uit te worden gediept.

2 Een toekomstbestendige AWBZ bestaat niet?

2.1 *Canon van de AWBZ*⁸

Het overheidsbeleid heeft zich lange tijd niet of nauwelijks beziggehouden met de zware geneeskundige risico's of de regulering daarvan. Wat ooit in de Middeleeuwen begonnen is als zogenaemde Godshuizen en gasthuizen, groeide na de Tweede Wereldoorlog uit tot ziekenhuizen en verpleeghuizen.⁹ Pas in 1966 lanceerde toenmalig minister Veldkamp zijn idee voor een volksverzekering tegen zware medische risico's. In de adviesaanvraag destijds aan de SER inzake een verzekering tegen zware geneeskundige risico's, valt te lezen dat de verzekering bedoeld was voor de zeer zware lasten die uit hoofde van ernstige langdurige ziekten en gebreken op iedereen kunnen komen te drukken en door niemand zonder bijstand van de overheid of van derden kunnen worden gedragen.¹⁰ Veldkamps'opvolger heeft de wet onder politieke druk in de richting van de terreinen welzijn en maatschappelijk werk omgevormd. Mede om die reden is de titel gewijzigd in 'Algemene wet bijzondere ziektekosten'. Doelstelling werd: "Verzekerden hebben aanspraak op zorg ter voorkoming van ziekten en ter voorziening in hun geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging. Tot die zorg behoren voorzieningen tot behoud, herstel of ter bevordering van arbeidsgeschiktheid of strekkende tot verbetering van levensomstandigheden, alsmede maatschappelijke dienstverlening".¹¹

7 De cliënt binnen de care kan uiteraard in sommige gevallen getypeerd worden als patiënt, doch in de care en in dit preadvies ga ik uit van beiden onder de noemer 'cliënt'.

8 Zie voor een uitvoerig overzicht van de ontwikkelingen in de Nederlandse gezondheidszorg: Boot en Knapen 2005.

9 Querido, 1967.

10 SER 1965.

11 *Kamerstukken II* 1967-1986, 8457 nr. 17.

De invoering van de AWBZ op 1 januari 1968 voorzag in financiering van intramurale zorg in verpleeginrichtingen, zwakzinnigeninrichtingen en inrichtingen voor lichamelijk en zintuiglijk gebrekkigen.¹² Niet lang daarna noopten knelpunten van structurele en financiële aard al tot een eerste herbezinning. De sterke stijging van de kosten van de gezondheidszorg, voor de AWBZ voornamelijk op het vlak van de intramurale voorzieningen, brachten toenmalig staatssecretaris Hendriks tot de *Structuurnota Gezondheidszorg*.¹³ Principieel werd gekozen voor het ordeningsprincipe: eerste en tweede lijn, regionale indeling van de gezondheidszorg en een centrale planning van premies, volumes en tarieven. Het ordeningsprincipe ten spijt, in 1987 kwam de Commissie Dekker met het advies *Bereidheid tot verandering*. Dat was de aanleiding voor het toenmalige kabinet in de *Nota Verandering verzekerd*, om de marktwerking ten tonele te voeren. Invoering van de marktwerking zou volgens het kabinet een fundamentele herziening van relaties tussen overheid, verzekeraars, aanbieders van zorg en de gebruikers betekenen. Langs die weg zou de flexibiliteit, doelmatigheid, keuzevrijheid, eigen verantwoordelijkheid en kostenbeheersing in de zorg beter te bevorderen zijn dan via een weg van centrale sturing door de overheid.¹⁴ Een korte periode daarna verscheen het plan Simons. De *Nota Werken aan zorgvernieuwing* (1990) beperkt de insteek op de marktwerking in die zin dat meer wordt ingestoken op regionale samenwerking en minder op marktwerking. De voorgestelde stelselwijziging had tot doel het vormen van één basisverzekering tegen ziektekosten voor iedereen, uit te voeren binnen een meer marktgericht stelsel. Om dat te bereiken moest de scheiding Ziekenfondswet – AWBZ worden opgeheven. Eind jaren negentig bleek dat het aanbodgestuurde stelsel grote tekortkomingen kende. De vorming van wachtlijsten (met soms lange wachttijden) is daarvan de bekendste. Maar ook de generieke beheersing van het aanbod van de zorg liet de lokale partners te weinig ruimte tot het bieden van maatwerk op de steeds grotere diversiteit in de vraag naar zorg. Het politieke spectrum bleek uiteindelijk niet klaar voor het plan Simons. Voornaamste reden was de kostenbeheersing, ofwel het gebrek daaraan door vraag en aanbod los te laten.

Een meer fundamentele visie op welke zorg de burger recht zou hebben, treffen we in het in 1991 uitgebrachte rapport *Kiezen en delen*, van de commissie Keuzen in de zorg – ook wel commissie Dunning.¹⁵ Vanuit schaarste, concludeerde de commissie tot het kiezen van de noodzakelijke zorg bij wege van rangordebepa-

12 De SER overwoog expliciet om kunst- en hulpmiddelen niet onder de AWBZ te brengen vanwege niet te overziene financiële consequenties.

13 Hendriks, *Structuurnota Gezondheidszorg, Kamerstukken II 1973-1974, 13012, nr. 2*.

14 Nota 2000. Over de ontwikkeling van gezondheidsbeleid: feiten, beschouwingen en beleidsvoornemens, *Kamerstukken II 1985-1986, 19500 nrs. 1-2 en Kamerstukken II, 1986-1987, 19945, nrs. 4-5*.

15 *Kiezen en delen*, 1991.

ling: kortom prioriteitenstelling. Het toenmalige kabinet koos, anders dan de commissie Dunning, niet voor een fundamentele herbezinning op overheidsniveau, doch voor een bewustwordingsproces van de burger en hulpverlener voor ‘gepast gebruik’.¹⁶ In de hoop door middel van sturing van de burger doelmatigheid en gepast gebruik als oplossing voor de schaarste te bewerkstelligen. In de nota *Modernisering zorgsector: Weloverwogen verder* (1992), benadrukte kabinet-Lubbers III een route waarbij invoeringsstrategie en tactiek werden bijgesteld.¹⁷ Feitelijk kwam een fundamentele herziening tot een halt. In de periode 1995-1998 is van overheidswege mede om die reden ingezet op maatregelen die ontwikkelingen zouden volgen en implementeren indien nodig.¹⁸ Van een omslag in het pakket van de AWBZ-zorg of het gebruik ervan was geen sprake. Verzekeraars en aanbieders kenden nauwelijks eigen verantwoordelijkheid, wat doelmatigheid en afstemming van zorgaanbod niet stimuleerde. Noemenswaardige maatregelen waarbij de positie van de cliënt werd versterkt zijn de invoering van het persoonsgebonden budget (Pgb) in 1995 en de introductie van een onafhankelijke indicatiestelling in 1996 met het oog op keuzevrijheid van de cliënt met aan de andere kant het kanaliseren van de toegang tot de AWBZ-zorg.¹⁹ De artikelen 9a en 9b AWBZ zijn in 1996 aan de AWBZ toegevoegd door de Overgangswet verzorgingshuizen.²⁰ De in die artikelen genoemde amvb is uiteindelijk het Zorgindicatiebesluit geworden.²¹ Artikel 9b AWBZ stelde als eis dat een verzekerde een advies van het indicatiorgaan moest overleggen, waaruit bleek van de aangewezen zorg. Sprak artikel 9b AWBZ nog van een advies, het Zib kwalificeerde de indicatie als indicatiebesluit. De Nota van toelichting op het Zib zoals dat in 1997 werd vastgesteld, omschrijft de indicatie als een beoordeling op grond waarvan AWBZ-zorg kan worden ontvangen. Zonder indicatie, geen AWBZ-zorg en dus een rechtsgevolg in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).²² Alhoewel algemeen aanvaard als besluit in de Awb, heeft de Centrale Raad van Beroep aan die algemene aanvaarding een einde gemaakt.²³ Een wetswijziging kwam er aan te pas om de indicatiestelling zoals wij die thans kennen wettelijke basis te geven als besluit in de zin van de Awb.²⁴ Sinds 2005 voert het Centrum indicatiestelling zorg (het CIZ) namens de gemeenten de indicatiestelling uit.

16 ‘Gepast gebruik’, het kabinetsstandpunt op de rapporten Kiezen en delen van de commissie Keuzen in de zorg, en Medisch handelen op een tweesprong van de Gezondheidsraad, in *Modernisering zorgsector: Weloverwogen verder*, 's Gravenhage: Sdu 1992.

17 *Modernisering zorgsector: Weloverwogen verder* 1992.

18 *Zorg in het regeerakkoord, bestuurlijk/wetgevend programma zorgsector 1995-1998* 1995.

19 Zorgindicatiebesluit 2 oktober 1997, Stb. 1997, nr. 447.

20 Stb. 1996, 478.

21 Stb. 1997, 447 en voor het thans geldende Zib: Stb. 2010, 764 en *Kamerstukken II*, 2010–2011, 29 689, nr. 314

22 Nota van toelichting, Stb. 1997, 447, p. 14.

23 Centrale Raad van Beroep 19 december 2000, *TvGR* 2001/12.

24 Stb. 2002, 241.

De verhouding tussen vraag en aanbod in de AWBZ-sector was tegen die tijd dermate scheefgegroeid dat wachtlijsten de boventoon voerden. In antwoord op die buitenproportionele wachtlijsten werd in 2000 het boter-bij-de-vis-principe geïntroduceerd. Productie ongeacht productieafpraak werd volledig nagecalculeerd. De aanbodgestuurde AWBZ in combinatie met het AWBZ-verstrekkingenpakket bleek niet meer aan te sluiten op de zorgvraag van de cliënt. De modernisering van de AWBZ volgde en werd 1 april 2003 geïmplementeerd met als doel doelmatige besteding van beschikbare collectieve middelen.²⁵ Spelers binnen de modernisering zijn aanbieders van zorg, de zorgkantoren, indicatieorganen en de cliënten. Het speelveld werd ingericht met behulp van een jaarlijks vastgesteld macrokader, verdeling over regio's van dat macrokader over zorgkantoren die op hun beurt overeenkomsten sluiten met zorgaanbieders, die op hun beurt zorg leveren aan geïndiceerde cliënten. Per 1 april 2003 zijn functiegerichte omschrijvingen van de zorg ingevoerd, waarbij de nadruk werd gelegd op de vraag van de cliënt. Zeven zorgfuncties werden geïntroduceerd: huishoudelijke verzorging, persoonlijke verzorging, verpleging, ondersteunende begeleiding (OB), activerende begeleiding (AB), behandeling en verblijf. De zogenoemde 'ontschotting' was bedoeld om zorgaanbieders meer ruimte te geven op de AWBZ-deelmarkten.

Sinds het aantreden van voormalig staatssecretaris Bussemaker is getracht de aanspraken op grond van de AWBZ te kanaliseren. De huishoudelijke zorg is per 2007 van de AWBZ overgeheveld naar de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), uitgevoerd door de gemeenten.²⁶ De AWBZ is voorliggend op de Wmo.²⁷ Anders dan de AWBZ, gaat de Wmo uit van het compensatiebeginsel, welke invulling wordt overgelaten aan de betrokken gemeenten.²⁸ In 2007 zijn de functies OB en AB van de AWBZ opgegaan in één functie begeleiding en de ggz voor de duur van één jaar is naar de Zorgverzekeringswet (Zvw) overgeheveld. Sinds 2009 kent de sector bekostiging op basis van zorgzwaartepakketten (zzp) op basis waarvan wordt geïndiceerd.

Maken we de balans op, dan kan worden geconstateerd dat Nederland anno 2010 is beland in een noodzakelijke herbezinning op de AWBZ. De SER constateert zorginhoudelijke knelpunten, onvoldoende beheersbaarheid van de zorgkosten, ontbreken van voldoende doelmatigheidsprikkels in de uitvoering en knelpunten in verband met het financiële draagvlak voor de AWBZ.²⁹ Kortom: de AWBZ is niet toekomstbestendig. Lange termijn financiering is onhoudbaar als je uitgaat van een realistisch scenario voor de zorguitgaven. Anno 2010 is budgettering geen redmiddel (meer).

25 *Zicht op zorg*, 1999.

26 Stb. 2007, 351.

27 Artikel 2 Wmo.

28 Artikel 4 Wmo.

29 Advies SER 2008b.

2.2 *Strategieën door de jaren heen*

Beschouwen we de maatregelen rondom de AWBZ ten aanzien van kostenbeheersing, dan kunnen een aantal strategieën³⁰ worden gesignaleerd.

Van 1968 tot en met 1997 is de AWBZ uitgebreid met een groot aantal grondslagen. Daar waar in den beginne bewust werd gekozen voor de niet te verzekeren zware geneeskundige risico's en dan nog slechts voor de intramurale zorg, is de AWBZ, althans de grondslag ervan, van 1968 tot nu tien keer uitgebreid. De meeste van die uitbreidingen zijn gedaan onder het mom het beslag op de intramurale zorg te verkleinen met het doel kosten te besparen. Intramurale zorg was gebleken de duurste AWBZ-zorg te zijn. Door als het ware goedkopere delen van die zorg te introduceren die ook extramuraal door de cliënt konden worden ontvangen, verwachtte men dat de cliënt als vanzelf voor substitutie zou kiezen. Dat doel is gezien het verloop van de uitgaven AWBZ niet gerealiseerd. In tegendeel, meer dan ooit dan was voorzien maakten en maken mensen gebruik van de extramurale AWBZ.

Na 1997 is van overheidswege ingezet op een doelmatig gebruik door zowel zorgaanbieders als cliënten. Door regionale aansturing via uitvoeringsorganen – en later zorgkantoren – met behulp van de indicatiestelling, is getracht de toegang tot de AWBZ te stroomlijnen en de kosten te beheersen. Onder grote druk van de Tweede Kamer – onder het mom van de solidariteit en rechten op zorg – heeft deze strategie – die uiteindelijk leidde tot (te) lange wachtlijsten – geleid tot het boter-bij-de-vis-principe.

Vanaf 2000 neemt de overheid de eerste stappen om in de AWBZ van aanbodsturing naar vraagsturing te geraken. Dit nog altijd aangestuurd door de zorgkantoren. Eigen bijdragen worden verhoogd of ingesteld en de indicatiestelling wordt aangescherpt. De ingezette modernisering van de AWBZ resulteerde uiteindelijk in de ontschotting van de AWBZ door het instellen van functiegerichte aanspraken. De functiegerichte aanspraken zijn niet de oplossing gebleken voor afdoende kostenbeheersing. Spelers in het veld constateerden juist een te ruime mogelijkheid om de zorgvraag onder de AWBZ te brengen. Een en ander heeft ervoor gezorgd dat vanaf 2007 een voorzichtig begin is gemaakt met het beperken van de aanspraken en het overhevelen van gedeelten van de AWBZ naar de Zvw en de Wmo.

Alle pogingen om de kosten van de AWBZ te beheersen hebben niet kunnen leiden tot het beheersen van het onvermijdelijke: ongeveer 1/3^e van alle kosten in de gezondheidszorg heeft betrekking op zorg zonder relatie met genezing, herstel of verbetering.³¹ Wat vijftig jaar AWBZ ons heeft geleerd, is dat de kosten niet ad

30 Van Doorne-Huiskes e.a. 1999, p. 39-62, waarin Schnabel een zestal strategieën onderscheid, die kunnen worden ingezet om de kosten van de gezondheidszorg te trachten te beheersen.

31 Rijksbegroting 2011, Volksgezondheid, Welzijn en Sport: *Kamerstukken II* 2010-2011, 32500 XVI, nr. 1, p. 80.

hoc, en gezien de demografische ontwikkelingen ook in de toekomst nauwelijks te beheersen zijn met de strategieën zoals die door de jaren heen zijn ingezet.³² De politieke focus heeft al die jaren gelegen op de kostenbeheersing, zonder daarbij een meer fundamentele visie op de care te ontwikkelen als het gaat om de toegankelijkheid, de kwaliteit en de betaalbaarheid van zorg. Constante factor bij welke visie en keuze voor een stelsel dan ook, zal altijd de kostenbeheersing zijn. Maar een visie en maatregelen alleen om de kosten te beheersen – zoals de inzet van de overheidsmaatregelen tot nu toe zijn geweest – doen juist geen recht aan de taak van de overheid om de toegankelijkheid en de kwaliteit van zorg te garanderen. Kostenbeheersing heeft de overheid geleid naar cirkelredeneringen in plaats van het stellen van de fundamentele vraag: welke zorg in de care ziet de overheid ter invulling van haar taak als noodzakelijk en van welke kwaliteit dient de zorg te zijn?

Inmiddels scheidt het huidige financieel economische klimaat voor diezelfde overheid een nog grotere uitdaging en noodzaak. In de taakstelling aan de heroverwegingswerkgroep langdurige zorg in het kader van de bezuinigingsmaatregelen kabinet Balkenende IV, werd de werkgroep verzocht te onderzoeken op welke wijze een besparing van 20 procent op de kosten van langdurige zorg kan worden gerealiseerd in 2015. Dit, bovenop de ontwikkelingen zoals hiervoor gesignaleerd. Enigszins voorspelbaar geeft de werkgroep op voorhand al aan dat een dergelijke taakstelling uitsluitend haalbaar is met voorstellen die de wettelijke aanspraken op zorg beperken en eigen bijdragen verhogen. Maatregelen zoals die door de werkgroep³³ worden voorgesteld hebben hoofdzakelijk ten doel de toegang tot de zorg te beperken – geen persoonlijke verzorging bij indicatie korter dan zes maanden³⁴, eerste negentig minuten persoonlijke verzorging per week niet vergoed³⁵, alleen verblijf bij intensieve zorgbehoefte, 80%-regeling ter vervanging van eigen bijdragen en ter bevordering van doelmatigheid – en zijn niet, althans nagenoeg niet solidariteitsgedreven met het oog op de *sociale* taak van de overheid. Het rapport is voornamelijk gericht op het structureel kunnen voldoen aan de taakstelling: 4,2 miljard euro besparen.

Hoe dan wel? Daar waar burgers de zorg vanuit de AWBZ vanzelfsprekend vinden, sijpelt langzaam het besef door dat niet alleen nu, maar ook later de samenleving onbetaalbare zware zorg zal moeten kunnen blijven opbrengen. *Sense of urgency* wordt meer en meer gevoeld en is ook inzet van het politieke speelveld. Centrale vraag die ik mij daarbij stel, is op welke wijze die *sense of*

32 Daarbij speelt de Wet van Baumol ontegenzeggelijk een rol: de collectieve sector kent een kleinere efficiencyontwikkeling dan de marktsector en wordt daardoor relatief duurder.

33 12. *Langdurige zorg*, april 2010.

34 Met uitzondering van de palliatieve zorg.

35 In Duitsland wordt de eis van 90 minuten per dag als gebruikelijke zorg aangehouden.

urgency kan worden vertaald in (wijzigingen van) het huidige carestelsel. Daartoe is het startpunt het politieke spectrum, althans datgene wat de politiek zich de komende jaren ten doel stelt wat het stelsel van de care betreft.

2.3 Politieke keuzes

Als startpunt neem ik het SER-advies 2008, nu dit het meest omvattende advies is waarin een doorkijk op de lange termijn van het carestelsel is gegeven. Noemenswaardige voorlopers van het advies van de SER 2008 zijn er uiteraard, doch ik zal deze niet de revue laten passeren.³⁶ De aanvraag aan de SER betrof een vergezicht voor de care op lange termijn. Daarbij werd de vraag gesteld of op de lange duur een afzonderlijke AWBZ zal kunnen blijven bestaan of dat de AWBZ-aanspraken konden worden overgeheveld naar de Zvw of de Wmo. Het SER-advies omvat het signaleren van knelpunten en aanpassingen van het carestelsel van meer fundamentele aard. Ik noem de voornaamste uitdagingen³⁷:

- Het centraal stellen van de positie van de cliënt door het bieden van meer keuzevrijheid (zorg in natura dan wel een Pgb en regiemogelijkheden);
- Het vergroten van de samenhang tussen cure, care en participatie;
- Beschikbaarheid van de zorg en het voorkomen van personeelstekorten;
- Eigen verantwoordelijkheid wat de woonomgeving en de eventueel extra faciliteiten betreft zonder voor de zorg een onderscheid naar inkomenspositie te maken;
- Ondernemerschap en innovatie wat tot uitdrukking zou behoren te komen in nieuwe zorgvormen en technologieën en het verbeteren van de productiviteit;
- De houdbaarheid van de zorguitgaven, door een duidelijk omschreven en goed afgebakende AWBZ-polis.

De SER geeft evenwel ook aan dat het alle voornoemde uitdagingen ten spijt, nog te vroeg is om definitieve uitspraken te doen over het eindperspectief voor de care. Opvallend genoeg en ongetwijfeld vanwege de grenzen van de adviesaanvraag, doet de SER een aantal aanbevelingen tot verschuiving en stroomlijning van zorg met als kader Zvw – Wmo – AWBZ. Alle adviezen en rapporten ten spijt de afgelopen vijftig jaar, neemt ook de SER de zorgaanspraken als uitgangspunt zoals die thans bestaan.

Het kabinet Balkenende IV heeft over de jaren 2008 tot en met de eerste helft van 2010 aan de hand van de diverse rapporten een aantal uitgangspunten geformuleerd voor een toekomstbestendige AWBZ. Het voert te ver in deze bijdrage de

36 Centraal Plan Bureau, juni 2006; College voor zorgverzekeringen 2004; College voor zorgverzekeringen 2005; Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2005b; Interdepartementale Werkgroep *Organisatie romp AWBZ, Toekomst AWBZ*: Eindrapportage van de werkgroep *Organisatie romp AWBZ*, Interdepartementaal Beleidsonderzoek, 2004-2005, nr. 4 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30897, nr. 1; Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2008.

37 Zie uitvoerig pagina's 73-83 SER 2008.

gehele beleidsmatige ontwikkeling van kabinetswege weer te geven. Ik volsta om die reden met het weergeven van de grote lijnen met hier en daar nu reeds enige kanttekeningen.³⁸

Het eerste thema ‘versterken positie van de cliënt’, wordt nader ingevuld door onder andere het zelf kunnen kiezen van de zorgverlener, het beter aansluiten van de care op de complexe zorg en het zelf invloed uit kunnen oefenen op de zorg door de cliënt. Als maatregel wordt stevast genoemd de verdere omslag van aanbodsturing naar vraagsturing, vorm te geven door introductie van persoonsvolgende bekostiging van de zorg in natura.³⁹ Betoogd wordt dat het budget de cliënt volgt. Daarbij wordt uitgegaan van de premisse dat kapitaalslasten niet (meer) worden nagecalculeerd. Een volledige invoering van persoonsvolgende bekostiging ligt niet in de rede, zo stelt de toenmalige staatssecretaris Bussemaker. Achterliggende reden is de vraag of de zorginkoop dan niet al te zeer wordt gefrustreerd, nu persoonsvolgende bekostiging maakt dat de cliënt volledig vrij is voor elke gekwalificeerde zorgaanbieder te kiezen.⁴⁰ De zorgkantoren hebben in die verhouding voornamelijk tot taak de kwaliteit en veiligheid van de zorg te waarborgen en afspraken te maken rondom tariefstelling door middel van raamafspraken met zorgaanbieders.

AWBZ-zorg wordt ingekocht door zorgkantoren, waarbij regionaal van overheidswege een budget is bepaald waarbinnen de zorg in de betreffende regio dient te blijven. Cliënten hebben jegens het zorgkantoor van hun regio op grond van de indicatie van het CIZ recht op verzilvering van de indicatie. Dat recht is neergelegd in artikel 6 AWBZ. Het uitgangspunt van de AWBZ is, dat indien het zorgkantoor rechtstreeks wordt aangesproken door een geïndiceerde, deze wettelijk verplicht is tot onmiddellijke nakoming van het voorzien in de geïndiceerde zorg. De AWBZ spreekt niet letterlijk van een zorgplicht. In jurisprudentie wordt het recht op het doen realiseren van de zorg wel aangeduid als ‘zorgplicht’.⁴¹ Die verzilvering wordt bewerkstelligd door zorginkoop door het zorgkantoor met de in

38 *Kamerstukken II 2008-2009, 30597, nr. 15 (Zeker van zorg, nu en straks); Kamerstukken II 2008-2009, 30597, nr. 73 (Toekomst AWBZ); Kamerstukken II 2009-2010, 30597, nr. 128; Kamerstukken II 2009-2010, 30597, nr. 134; 12. Langdurige zorg, april 201, Regeerakkoord VVD-CDA 2010, Gedoogakkoord VVD-CDA-PVV 2010, Rijksbegroting 2011 ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Begroting XVI, p. 77 – 107.*

39 Naast de zorg in natura, bestaat thans de Pgb-subsidieregeling op grond waarvan cliënten een persoonsgebonden budget ontvangen waarmee zij zelf naar eigen keuze zorg in kunnen kopen. De subsidieregeling kent een plafond, waarboven geen recht meer bestaat op een Pgb en cliënten terugvallen op zorg in natura.

40 Zie voor het persoonsvolgend budget in de vorm van een voucher ook: *Naar een toekomstbestendige AWBZ: een christendemocratische visie op de langdurige zorg*, 2008.

41 Zie ook De Groot 2000, p. 20-21.

de regio gevestigde en gekwalificeerde zorgaanbieders. Een persoonsvolgend budget zou die inkoop per definitie verstoren, nu de keuze voor dat budget maakt dat de cliënt en de zorgaanbieder gezamenlijk afspraken zullen moeten maken over de zorginvulling en specifieke keuzes daarin van de cliënt. Een persoonsvolgend budget verschilt in die zin van de indicatie en zorg in natura, dat voornog vanuit de wetgever wordt uitgegaan van de indicatiestelling die leidend is voor de zorgverlening, zonder dat de cliënt actief wordt gevraagd afspraken met de zorgaanbieder te maken wat de zorgverlening zal omvatten. Zoals ik hierop hierna in Hoofdstuk 4 in zal gaan, is gezien de omkating van de indicatiestelling naar zorgzwaartepakketten, voor de hand liggend de afspraken tussen cliënt en zorgaanbieder een meer wettelijke houvast te geven om zo de cliënt invloed te laten uitoefenen op de afspraken over de zorginvulling.

Het thema keuzevrijheid en diversiteit van wonen, wordt nader ingevuld door de keuzevrijheid van cliënten als het gaat om het soort huisvesting te vergroten. Voor cliënten met de behoefte aan ‘verblijf’- 24 uur toezicht beschermde woonomgeving’, is inmiddels het ‘Volledig Pakket Thuis’ (VPT) geïntroduceerd. Woonkosten dienen in dat geval door de cliënt zelf te worden gedragen en de zorg kan worden afgenomen bij een zorgaanbieder met een intramurale setting. Scheiden van wonen en zorg wordt beoogd door het financieel scheiden van wonen en zorg. Dat zou betekenen dat cliënten in dat geval de bekostiging van het wonen niet langer ten laste kunnen brengen van de AWBZ.

Het derde thema, dat van de kwaliteit van zorg en bevorderen innovatie, valt uiteen in twee delen. Een deel gericht op kwaliteitsbevordering en de regierol daarin voor cliënten en een deel innovatie en arbeidsmarkt, waarbij de focus ligt op de uitdagingen wat handen in de zorg betreft. Kwaliteit zou moeten worden aangestuurd op transparantie van de kwaliteit, veiligheid in de care, cliëntgerichtheid en professionaliteit van de medewerker. Inmiddels zijn voor de sectoren verzorging en verpleging en gehandicaptenbeleid kwaliteitsindicatoren opgesteld.⁴² De waardering van die indicatoren – uitkomst in sterren – en het aanleveren van prestaties pleegt door zorgkantoren sinds kort bij de zorginkoop als voorwaarde te worden gesteld aan zorgaanbieders. De informatie is voor cliënten niet te doorgronden, laat staan dat een keuze kan worden gemaakt op grond van die informatie. Anders dan zorgverzekeraars bij de uitvoering van de Zvw al wel plegen te doen⁴³, informeren zorgkantoren op geen enkele wijze AWBZ-clieñten bij het maken van hun keuze. De cliënt op zijn beurt heeft die mogelijkheden niet. De op de care aangewezen cliënt kiest veelal afhankelijk van woonplaatsgebondenheid. Door onder andere de vergrijzing, de snelle ontwikkeling van behandelmethoden en een toename van chronische ziekten verandert en neemt de zorgvraag toe. De verwachting dat één op de vier mensen van de Nederlandse beroepsbevolking in

42 Zie ook www.zichtbarezorg.nl.

43 Zie CZ wat zelfs zo ver gaat dat zorginstellingen worden uitgesloten van contractering, Menzis met het predikaat Topzorg waarbij gevarieerd wordt in vergoedingen voor de zorginstellingen.

de zorg zal moeten werken om de toekomst aan te kunnen, maakt dat niet anders dan kan worden ingezet op maatregelen die zien op innovatie en het investeren in behoud en grotere instroom van personeel.⁴⁴

Vierde thema is dat van de budgettaire houdbaarheid. De houdbaarheid van het AWBZ-stelsel wordt in het licht geplaagd van de solidariteit. De solidariteit wordt nader ingevuld door de constatering dat solidariteit is op te brengen zolang het gaat om geloofwaardige en onbetwistbare vormen van zorg. Die onbetwistbare vormen van zorg worden beleidsmatig gekoppeld aan de groep mensen voor wie de AWBZ oorspronkelijk bedoeld is. De solidariteit lijkt de overheid niet zozeer te sturen in de richting van welke zorg, maar de mensen voor wie de zorg oorspronkelijk bedoeld is. Daarmee wordt misschien wel de reikwijdte van de AWBZ verhelderd en versmald, de maatregelen die reeds zijn ingezet geven echter het beeld dat de overheid alle vormen van zorg zoals die thans onder de AWBZ en de Wmo vallen juist op grond van de solidariteit wenst te behouden. Met andere woorden: niet zozeer zorg uit het 'care-pakket' – lees AWBZ, Wmo – maar uit de AWBZ in een andere regeling die in meer of mindere mate voorziet in die uit de AWBZ verwijderde zorg. Zo zijn huishoudelijke hulp, ondersteunende begeleiding voor mensen met een lichamelijke beperking en de grondslag psychosociale zorg al overgeheveld naar de Wmo. Weliswaar is die overheveling gegrond op de aanname dat er sprake zou zijn van 'onbedoeld gebruik', veeleer is sprake van een 'bedoelde' ruime aanspraak op grond van de AWBZ. Geconstateerd kan worden dat de overheid de kennelijk onbedoelde aanspraak wél terug laat keren in de Wmo.

Sluitstuk vormt het thema verminderen van bureaucratie door kwaliteit en eenvoud van de uitvoering van de AWBZ. De indicatiestelling moet eenvoudiger en objectief. Het CIZ zou in dit thema een wettelijke basis moeten krijgen. De uitvoering van de AWBZ is nu door de overheid als het ware op afstand gezet door deze uit te laten voeren door zorgkantoren – gevoerd door zorgverzekeraars – in een 32-tal regio's. De zorgverzekeraars lopen hierover geen risico's. Zorgverzekeraars zijn ervoor verantwoordelijk dat de verzekerden hun aanspraken op AWBZ-zorg kunnen realiseren.⁴⁵ Indien de cliënt kiest voor zorg in natura dient de zorgverzekeraar voldoende zorg in te kopen en de cliënt desgewenst te helpen bij het vinden van een geschikte aanbieder. Op grond van de AWBZ heeft de zorgverzekeraar (het zorgkantoor) de plicht cliënten tijdig te voorzien van geïndiceerde zorg. Tijdigheid is in de AWBZ niet nader bepaald en wordt in de praktijk ingevuld door zorgkantoren door via de zorginkoop een zorggarantie te bedingen van zorgaanbieders en overigens om te bedingen dat de zorg binnen de in het veld overeengekomen Treeknormen⁴⁶ wordt geleverd.

44 Voor een uitvoerige analyse van de arbeidsmarkt zie *Kamerstukken II 2008-2009, 29282, nr. 79*.

45 Artikel 6, lid 3 AWBZ.

46 *Notitie Treekoverleg*, 3 april 2000.

Maken we de balans op van mei 2007 tot nu, dan kan worden geconstateerd dat beleidsmatig een groot aantal gedachten het papier heeft weten te vinden. Tot werkelijke grondige herbezinning op en herziening van het carestelsel hebben de jaren niet geleid.⁴⁷ Gezien de huidige staat van het carestelsel met daarbij de voor- spelde toekomst, is het zeer de vraag of de uitzettende kracht van het carestelsel zich nog laat beteugelen.^{48,49} Kwaliteitsdenken heeft de afgelopen jaren meer post- gevat en vindt langzaam de weg van de tekentafel naar de praktijk.

3 Eerste peiler: de zorg

3.1 *Recht op gezondheidszorg⁵⁰ en solidariteit*

Recht op gezondheidszorg, althans het grondrecht daarop zoals vastgelegd in artikel 22 van de Grondwet (Gw), vormt het nationale kader van waaruit de invul-

47 Afkijken van wat werkt kan als het Duitse carestelsel wordt bekeken. De AWBZ heet in Duitsland Pflegeversicherung. De Pflegeversicherung regelt de zorg bij beperkingen en handicaps. Toen de wet in 1995 tot stand kwam, heeft het parlement gesteld dat er sprake is van een gedeelde verantwoordelijkheid. Ook de burger zelf moet maatregelen treffen en is financieel verantwoordelijk voor deze zorg. De Duitse burgers kunnen voor elke voorziening binnen de Pflegeversicherung kiezen voor ofwel zorg in natura ofwel een belastingvrije, niet gecontroleerd persoonsgebonden budget. De vergoeding vanuit de overheid betreft een bijdrage in de kosten. Duitsland kent strenge toegangscriteria, een hoge eigen bijdrage en uitsluitend toegang tot een intramurale voorziening als thuiszorg niet mogelijk is. Thuiszorg is slechts mogelijk als er sprake is van een substantiële behoefte aan zorg die naar verwachting minimaal zes maanden zal duren. De zorg is verdeeld in een drietal klassen met bijbehorend aantal uren en vastgestelde vergoeding. Zie Pflegeversicherungsgesetz, <http://www.leverkusen.de/vv/312.pdf>.

48 Het carestelsel laat zich goed omschrijven aan de hand van de eerste wet van Zymurgy over de uitzettende kracht van een systeem. Als je een pot wormen geopend hebt, kun je ze alleen nog maar in een grotere pot terugstoppen, zegt men.

49 Gezien de demissionaire status van het kabinet voor dat van Rutte, is de Rijksbegroting Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2011 zeer beperkt ingevuld. Het demissionaire kabinet heeft voor wat betreft de langdurige zorg en maatschappelijke ondersteuning – de care – getracht het beleid door te voeren zoals al was ingezet, maar dan met ‘no regret’ maatregelen.

50 Leenen spreekt over recht op de gezondheid of recht op zorg voor de gezondheid, zie *Leenen* 1997, p 7 e.v.. Gevers spreekt over het recht op gezondheidszorg, *Gevers* 2004, p. 29 e.v.. De World Health Organization beschrijft het recht als “the right to the highest attainable standard of physical and mental health”, in plaats van het recht om gezond te blijven. World Health Organization 2008 no. 31, p. 5.

ling van de care vorm wordt gegeven. Bij de invoering van het sociale grondrecht van artikel 22, lid 1 van de Gw in 1983 werd beoogd de reeds bestaande maatschappelijke achtergrond van al bestaande wetten waaronder de AWBZ te codificeren.⁵¹ Niet alleen nationaal, maar ook internationaal heeft de Staat zich verbonden aan verplichtingen die ten aanzien van het recht op gezondheidszorg in verdragen zijn opgenomen en door behoren te werken op nationaal niveau.^{52 53} Internationale verankering van de overheidsverantwoordelijkheid voor de volksgezondheid vinden we bijvoorbeeld terug in artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) – recht op bescherming van de gezondheid – en artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) – recht op lichamelijke en geestelijke gezondheid.⁵⁴

Vraag die opkomt, is of een drastische wijziging of inperking van het sociale zekerheidssysteem, in het bijzonder de inrichting van de care, niet met een ondersteunend beroep op artikel 22, lid 1 Gw en de internationaalrechtelijke verdragen aan datzelfde recht op gezondheidszorg zou kunnen getoetst.⁵⁵ Bij de behandeling in de Tweede Kamer van artikel 22, lid 1 Gw werd zelfs benadrukt dat reeds bestaande wetgeving hierdoor op een bijzondere wijze tegen intrekking werd beschermd. Weliswaar zal de rechter een grote mate van terughoudendheid dienen te betrachten bij de beoordeling van vorderingen die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van de gezondheidszorg als onrechtmatig aan te merken, dat neemt niet weg dat die ruimte er is.^{56 57} Uiteraard zal artikel 120 Gw de rechter verbieden te treden in de grondwettigheid van wetten in formele zin. Een intrekking van de AWBZ zal geen beoordeling door de rechter mogelijk maken. Het is echter niet onvoorstelbaar dat de thans ingevulde zorg in de care en daarmee de AWBZ niet zozeer zal worden ingetrokken, maar op geheel andere wijze vorm zal worden gegeven. Een overheveling van een aanspraak van de AWBZ naar het basispakket van de Zvw, zal niet snel tot inperking van het recht op gezondheidszorg worden aangemerkt. Het overhevelen van onderdelen van de AWBZ naar de Wmo zouden het recht op gezondheidszorg mogelijk wél kunnen inperken. De toegankelijkheid van de

51 *Kamerstukken II 1975-1976, 13873, nr. 3, p.14.*

52 Leenen 1997, p. 23 e.v..

53 Zie voor een uitgebreide selectie van internationale documenten waarin *the right to health* aan de orde komt, World Health Organization 2008, no. 31, p. 41– 44.

54 Zie voor een overzicht terzake Hendriks 2009, p. 23.

55 Zie *Kamerstukken II 1975-1976, 13873, nr. 3, p. 7.*

56 Rechtbank 's-Gravenhage 7 april 2004, *GJ 2004/18.*

57 De Raad van State kan bij de adviserende taak wat wetsvoorstellen betreft wel degelijk ook sturen op het waarborgen van het nationaal en internationaal rechtelijk vastgelegde recht op gezondheidszorg. Zie daarvoor bijvoorbeeld het Advies over de Wet stelselwijziging ziektekostenverzekering, tweede fase 9 maart 1990, *Kamerstukken II 1989-1990, 21592, B, p.18.*

Wmo en de AWBZ zijn immers verschillend en beperken mogelijk rechten op gezondheidszorg voor een grote groep burgers. In dat kader merkte Leenen al terecht op dat de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de overheid, deregulering en privatisering limiteert. De overheid behoort zich niet teveel terug te trekken uit de publieke taak. Daarbij ware des te meer stil te staan, gezien de omvorming van het stelsel van aanbod- naar vraagsturing. De overheid kan bij het voldoen aan haar wettelijke taak gebruikmaken van andere middelen of constructies, dat neemt niet weg dat de balans als het gaat om de verplichtingen van de overheid op basis van de Gw en de internationale verdragen niet te zeer buiten de beïnvloedingssfeer van de overheid kunnen worden gebracht.

Alhoewel niet specifiek gericht op een recht op gezondheidszorg noem ik artikel 3 van het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa (Biogeneeskunde Verdrag). Artikel 3 bevat een sociaal patiëntenrecht, waarin naar mijn mening tot uitdrukking komt op welke wijze de solidariteit in de care samen met de burger kan worden ingevuld met eerbiediging van het recht op gezondheidszorg. Artikel 3 luidt: "De verdragspartijen nemen, rekening houdend met de gezondheidsnoden en de beschikbare middelen, de gepaste maatregelen om te voorzien in een billijke toegang tot gezondheidszorg van een gepaste kwaliteit".

De invulling die van overheidswege aan het recht op gezondheidszorg wordt gegeven, zal altijd afhangen van de solidariteit die in de maatschappij ten aanzien van dat recht op gezondheidszorg wordt gevoeld.^{58 59} De overheid zou zich bij de invulling van het recht op gezondheidszorg allereerst zelf een invulling moeten voorstaan van dat recht alvorens de solidariteit nadere invulling te geven. De vraag is immers of de bevolking zelf kan komen tot een gerechtvaardigde solidariteit zonder dat daaraan van overheidswege beleidsmatig invulling wordt gegeven. Als het aan de bevolking ligt zal alle zorg voor haar beschikbaar moeten zijn. Los van de financiële invulling van het recht op gezondheidszorg en de solidariteit, is het aan de overheid om in de basis keuzes te maken ten aanzien van welke zorg onder het recht op gezondheidszorg zou behoren te vallen. Een belangrijk aspect daarbij is de notie dat de beschikbare middelen worden verdeeld over het

58 Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2005a.

59 In de term 'solidariteit' kunnen een drietal betekenisniveaus worden herkend. Allereerst het descriptieve niveau waarin solidariteit wordt geduid als een feitelijk besef van verbondenheid tussen mensen aan en de daaruit volgende bereidheid het bestaan, met alle risico's van dien, met anderen te delen. Het tweede, analytische niveau structureert solidariteit als kernnotie van sociologische theorieën van samenleven. Het derde betekenisniveau ziet dan op het normatieve niveau wat functioneert als maatstaf ter beoordeling van de kwaliteit van intermenselijke betrekkingen. Zie ook Buijsen, 2005, p. 123-128.

leed. Keuzen zullen uiteindelijk doorwerken in het pakket voor de care. Daarmee worden de grenzen van het recht op gezondheidszorg vormgegeven.⁶⁰ Solidariteit met betrekking tot de zorg omschreef Roscam Abbing als ‘de collectieve, publiek georganiseerde inspanning om tweedeling bij toegang tot de gezondheidszorg te voorkomen’. De overheid draagt de verantwoordelijkheid daarvoor.⁶¹ Constateerde Roscam Abbing reeds in 2002 dat steeds een enkele voorziening ter discussie is gesteld in plaats van vast te stellen welke zorg de samenleving voor alle burgers toegankelijk wil houden. Ook nu in 2011 gaat die constatering op. Een discussie over voorzieningen in relatie tot elkaar heeft marginaal en dan nog slechts op het politieke vlak plaatsgevonden.⁶² Prioriteiten zijn niet of nauwelijks van tevoren bepaald.⁶³ Dat betekent uiteraard niet dat een enkele voorziening niet op basis van de solidariteit ter discussie kan worden gesteld. Maar dat is juist niet op basis waarvan in de afgelopen decennia uitbreidingen van het carepakket of de inperking ervan zijn beargumenteerd. Argumentatie is veelal gestoeld op het grote gebruik dat van een bepaalde voorziening wordt gemaakt. De solidariteit en de invulling van het recht op gezondheidszorg zijn binnen de care in de loop van de jaren versterkt. Dat is voornamelijk toe te schrijven aan de steeds herhalende uitbreiding van de werkingssfeer van de AWBZ. De functionele beschrijving van de aanspraken van de AWBZ in 2003 heeft het voor grote groepen bovendien interessanter gemaakt een beroep op de AWBZ te doen. De geschiedenis geplaatst in het licht van de solidariteit maakt zichtbaar dat het overheidsbeleid de afgelopen vijftig jaar gericht is geweest op de financiële toegankelijkheid van de zorg zonder dat in de basis de vraag is gesteld op welke wijze het recht op gezondheidszorg kan matchen met de solidariteit. De overheid 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 worden omgezet. De kernvraag is niet *of* collectief geïnvesteerd moet worden om toegangsmogelijkheden tot zorg voor een ieder te garanderen, de vraag is *waarin* collectief wordt geïnvesteerd. Niet voor alles wat kan is aanspraak op de collectieve middelen mogelijk of noodzakelijk.⁶⁴

60 Leenen 1997, p. 17-18.

61 Roscam Abbing e.a. 2002, p. 5 en 20.

62 Roscam Abbing e.a. 2002, p. 20.

63 Hoewel minstens interessant om uit te diepen laat ik het vraagstuk van het moreel risico – het willens en wetens ongezond leven – buiten beschouwing. Vastgesteld kan worden dat het voorkomen van moreel risico nagenoeg heeft ontbroken en nog altijd ontbreekt in de care. Kennelijk ziet de burger dat (nog) niet als reden de maatschappelijke solidariteit daarvan (deels) te laten afhangen.

64 Roscam Abbing e.a. 2002, p. 5.

3.2 *Keuzen in de care*

In de care is gedurende vijftig jaar geen bewuste keuze gemaakt voor wat betreft wat wel en wat niet in het 'carepakket' zou behoren te vallen. Ad hoc zijn weliswaar delen van de AWBZ-zorg overgeheveld naar de Wmo, dat is niet hetzelfde als een visie voor wat betreft keuzen in de care. Filosoof Daniel Callahan huldigt een visie waarin een politieke gemeenschap collectief prioriteiten zou moeten stellen in de zorg.⁶⁵ Het is gezien de ontwikkeling van de care geen optie meer om de solidariteit te laten concluderen tot integrale handhaving of zelfs uitbreiding van het pakket. De overheid dient het collectief bewust te maken van de noodzaak tot het maken van keuzes.

De uitdaging zit 'm dan in het maken van bewuste keuzes. Eerste aanzet voor een dergelijke keuze is gegeven door de commissie keuzen in de zorg⁶⁶ (commissie Dunning). De commissie ging in 1991 in op welke wijze keuzevraagstukken in de gezondheidszorg op de verschillende niveaus hanteerbaar konden worden gemaakt. In het rapport van de commissie Dunning werd de care buiten de trechter van Dunning gehouden. Achterliggende reden was de aanname dat alle financiële claims uit de hoek van de care eerst zouden moeten worden gehonoreerd voordat curatieve voorzieningen voor financiering in aanmerking kwamen. Vermoedelijk staan velen in beginsel achter deze keuze, vol te houden lijkt het niet. Alhoewel de commissie Dunning de trechter van Dunning uitsluitend opgesteld lijkt te hebben voor de cure, is het verkennen van het nut van die criteria voor de care een poging waard. De commissie Dunning stelde een viertal criteria voor.⁶⁷

1. Noodzakelijke zorg;
2. Werkzaamheid;
3. Doelmatigheid;
4. Eigen rekening en verantwoording.

65 Vergelijk Callahan 1989.

66 *Kiezen en delen* 1991.

67 Ik laat de discussie als het gaat om wat onder gezondheid moet worden verstaan rusten. De commissie Dunning ziet gezondheid als het vermogen normaal te kunnen functioneren. Het normaal functioneren wordt afgezet tegen de perceptie van gezondheid op een bepaald moment in de samenleving. Dat zou betekenen dat de perceptie van nu over de care zou maken dat gezondheid mede omvat die voorzieningen die thans al bestaan in de care. Het is nu juist van belang die perceptie los te koppelen van de zorg die de overheid onder het carepakket met het oog op het recht op gezondheidszorg en solidariteit mogelijk zou kunnen laten. Zie o.a.: Gevers. 'Kiezen en delen. Kanttekeningen bij het advies van de Commissie Keuzen in de Zorg', *Nederlands Juristen Blad*, 14 november 1991, blz. 1619-1623; Van Willigenburg, 1993; Stronks, Gunning-Schepers en Den Hartogh, 1995, p. 1370- 1372.

Als eerste criterium geldt of een voorziening kan worden gerekend tot noodzakelijke zorg. De commissie Dunning onderscheidt daarbij:

- Die voorzieningen zijn noodzakelijk die zorg garanderen voor die leden van de samenleving die niet voor zichzelf kunnen zorgen;
- Zorg die is gericht op het behouden of herstellen van de mogelijkheden aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen;
- Zorg waarbij de noodzaak van zorg kan worden ingeschat door de ernst van een ziekte waarvoor de zorg nodig is en die af te zetten tegen het aantal personen dat aan die ziekte of gebrek leidt.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) merkte in 1997 in het rapport Volksgezondheidszorg op dat het noodzakelijkheidscriterium weinig beperkend zou zijn, als gevolg van het feit dat uitgegaan wordt van een (te) ruime definitie van gezondheid.⁶⁸ De definitie volgend, zou dat voor de care betekenen dat de gehele care onder noodzakelijke zorg te scharen zou zijn. Gezien het belang van een houdbare cure en care, leent het eerste criterium van de trechter van Dunning zich moeilijk voor het maken van keuzes over het carepakket.

Leenen concludeerde in het verlengde daarvan al dat de grens tussen behoeften waar de collectiviteit voor moet opkomen en andere behoeften in het noodzakelijkheidsbeginsel ligt. Hij omschrijft die noodzakelijkheid van behoeften als volgt⁶⁹:

- Voorzieningen voor degenen die wegens ziekte of gebrek niet zelfstandig kunnen bestaan;
- Beschikbaarheid van algemene gezondheidszorgvoorzieningen waarover iedere burger moet kunnen beschikken;
- Voorzieningen voor degenen die door aangeboren achterstand of door pech een ernstig medisch probleem of gebrek hebben, terwijl zij wel zelfstandig kunnen bestaan.

De noodzakelijkheid van behoeften zoals door Leenen onderscheiden, lenen zich weliswaar gemakkelijker voor het beoordelen van het noodzakelijkheidscriterium ten aanzien van vormen van zorg in de care. Ook dan blijft het criterium van de noodzakelijkheid ruim. Nagenoeg alle voorzieningen zoals de AWBZ die thans kent zijn wel onder het noodzakelijkheidscriterium van Leenen te brengen.

Het tweede criterium van de commissie Dunning behelst het vaststellen van de werkzaamheid van de betreffende voorziening. Nu zal het aantonen van werkzaamheid in de care moeilijker zijn dan in de cure. Werkzaamheid in de cure kan worden omschreven als 'herstellen of beter worden', terwijl de werkzaamheid in de care zich hoofdzakelijk richt op 'het zo goed mogelijk kunnen leiden van een eigen leven'. Veeleer zal in de care sprake kunnen zijn van een combinatie van werkzaamheid en doelmatigheid. Doelmatigheid – het derde criterium van de commissie Dunning – past in die zin beter bij de AWBZ en is met zoveel woorden ook daarin neergelegd.⁷⁰ Onder doelmatigheid pleegt niet altijd ook de stand van

68 WRR 1997.

69 Leenen 1997 (preadvis), p. 21.

70 Artikel 9b, lid 3 AWBZ.

de wetenschap en praktijk te worden geschaard. Het criterium 'stand van de wetenschap en praktijk' is als zodanig in het Besluit zorgverzekering behorend bij de Zvw opgenomen. Voor de in de AWBZ geregelde verzekering is dit niet het geval. Toch vindt dit criterium ook in de AWBZ al wel toepassing als het gaat om de functies 'behandeling' en 'begeleiding'. Het College voor zorgverzekeringen (CVZ) brengt advies uit over indicatiegeschillen die de AWBZ betreffen. In dat kader komt in steeds grotere mate de vraag aan de orde in hoeverre een interventie evidence based is. Het CVZ heeft in 2006 bijvoorbeeld beoordeeld of dolfijntherapie voldoende evidence based is.⁷¹ Het CVZ kwam tot de slotsom van niet en bestempelde deze vorm van interventie als ondoelmatige zorg in het kader van de AWBZ. Bij de hanteerbaarheid van het criterium doelmatigheid dienen kanttekeningen te worden geplaatst gezien in het systeem van de AWBZ. Nu de zorgaanpakken in het Bza slechts in algemene termen zijn verrat, is het ondoelmatig alle vormen van zorgaanpakken te identificeren en te selecteren op doelmatigheid. Doelmatigheid zal eerder een criterium kunnen zijn voor juist het indiceren van vormen van zorg en voor het CVZ bij indicatiegeschillen.⁷²

Het vierde criterium van de commissie Dunning ziet op de eigen rekening en verantwoording. Zorg die uiteindelijk voor eigen rekening en verantwoording dient te komen, komt in de visie van de commissie niet voor het pakket in aanmerking. In de care plegen zorgaanpakken niet zelden van lange onbepaalde duur te zijn. In dat licht bezien zal die zorg niet snel geheel voor eigen rekening en risico dienen te komen. Veeleer zal worden gedacht aan gedeeltelijke eigen rekening en verantwoording.

3.3 *Prioritering en positionering*

Het stelsel van de AWBZ en de Wmo maakt dat het welhaast onmogelijk is op basis van de trechter van Dunning te komen tot een herindeling van het carepakket. Sinds de commissie Dunning in 1991 hebben de verschillende gremia met uitzondering van de WRR geen fundamentele uitspraak gedaan over de eerste vraag: wat behoort het carepakket te omvatten gegeven de invulling van het recht op gezondheidszorg en de maatschappelijke solidariteit? De WRR verkoos in 1997 expliciet ordening c.q. het rangschikken naar hiërarchie in plaats van te kiezen tussen noodzakelijke en niet-noodzakelijke zorg. Vervolgens kan dan de prioritering worden bepaald van de voorzieningen binnen en over elk van de categorieën. De benadering van de WRR schept een kader met behulp waarvan anno 2011 het huidige carepakket kan worden geordend. De WRR oppert een discussie over wat wel tot het basispakket zou moeten behoren en wat niet, door vast te

71 CVZ 25111116 21 februari 2006, RZA 2006/36 en Rb. Rotterdam 18 juli 2007, RZA 2007/144 (inzake PGB voor deze zorg).

72 CVZ stelt zich overigens voor om ook voor andere AWBZ-functies dan behandeling en begeleiding het criterium stand van de wetenschap en praktijk te gebruiken.

stellen welke zorg de samenleving voor alle burgers toegankelijk wil houden. Dit vereist een discussie over voorzieningen in relatie tot elkaar, waarbij de vraag is wat wordt *opgenomen*, niet wat wordt uitgesloten. Het gaat er dus om vast te stellen welke zorg voor iedereen toegankelijk dient te blijven en waar de grens ligt waarvoorbij de baten van de collectieve verantwoordelijkheid niet meer opwegen tegen de kosten.

De omvang van een collectief gegarandeerd pakket kan overigens geen statisch gegeven zijn. Het verschuift in de tijd, afhankelijk van veranderingen in de mogelijkheden die de gezondheidszorg biedt, maar ook van het welvaartsniveau op een bepaald moment. Om dergelijke grensverschuivingen weloverwogen te doen plaatsvinden, zal binnen het pakket van gezondheidszorgvoorzieningen een ordening moeten worden aangebracht in termen van een hiërarchie, in plaats van een verdeling tussen noodzakelijke en niet-noodzakelijke zorg.

Om te komen tot een carepakket onderscheidt de WRR twee stappen⁷³:

1. Het rangschikken van grote groepen gezondheidszorgvoorzieningen naar de mate waarin het van belang is hiervoor collectieve verantwoordelijkheid te nemen. Deze hiërarchie is beperkt tot die voorzieningen die nu in het pakket zitten. Ingeval de samenleving een groter budget aan collectieve voorzieningen zou willen besteden, kan deze hiërarchie wellicht nog worden uitgebreid. In de omgekeerde situatie, wanneer veel minder middelen beschikbaar zijn, verandert niet de volgorde. Wel kunnen dan eventueel sommige groepen voorzieningen van collectieve verantwoordelijkheid worden uitgezonderd;
2. Ten slotte zal bepaald moeten worden hoe voorzieningen binnen en over elk van de categorieën worden geprioriteerd.

De prioritering zoals beschreven door de WRR zal gezien de huidige samenstelling van het carepakket toe te passen zijn. De AWBZ met de huidige functiegerichte omschrijving van de vormen van zorg kan worden geprioriteerd. Persoonlijke verzorging en begeleiding zouden dan een lagere prioriteit toegekend krijgen dan verpleging of behandeling. Thuiszorg zou een hogere prioritering krijgen dan persoonlijke verzorging en begeleiding. Maar ook prioritering binnen voornoemde categorieën is mogelijk. Om te komen tot een carepakket houdbaar voor de toekomst, zal de (dubbele) prioritering betekenen dat mede aan de hand van het financiële kader wordt beoordeeld welke vormen van zorg de eindstreep halen. Met het niet behalen van de eindstreep is niet gezegd dat die vormen van zorg niet een plaats kunnen krijgen in de aanvullende verzekeringen van de Zvw. Een veel gehoord bezwaar is de niet verzekerbaarheid van de care. Niet verzekerbaarheid zal voor de lagere prioriteringen niet snel aan de orde zijn. Die zorg zal in intensiteit en kosten lager zijn. AWBZ-zorg is niet onverzekerbaar, zij is dat alleen niet meer als het zover is gekomen.⁷⁴ Mensen betalen hun hele leven premies, meestal met gedurende een lange tijd een beperkte zorgconsumptie. De kosten met het oog op ziekte, ouderdom of gebrek kunnen in de premie worden

73 WRR 1997, p. 121.

74 Leenen 1997 (preadvies), p. 43.

verwerkt. Ná prioritering kan worden beoordeeld of de zorgaanspraken via de AWBZ, de Wmo of de Zvw gerealiseerd dienen te worden.⁷⁵ De positionering zoals de WRR in 1997 voorstond doet recht aan de aard van de zorgaanspraken en de samenhang ervan in het carestelsel. Uiteindelijk zal dit kunnen leiden tot een stelsel waarin aan het recht op gezondheidszorg en solidariteit recht wordt gedaan, ook op de lange(re) termijn.

4 Tweede peiler: de cliënt en het recht op zorg over de band van de indicatie

4.1 Inleiding

In de care is veelal sprake van zorgverlening niet gericht op de geneeskundige behandeling. De zorgverlening kwalificeert in veel gevallen niet als een behandelingsovereenkomst in de zin van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO). Wel is sprake van een civielrechtelijke verhouding die kan worden gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht. Deze wordt gevuld met de verwachtingen over en weer wat betreft de inrichting van de zorg. Het grootste deel van de zorg in de care, evenals die in de cure, wordt verleend op basis van een aanspraak op zorg in natura. Dat is het recht van de cliënt jegens het zorgkantoor op levering van de zorg door personen of instellingen die het zorgkantoor daartoe heeft gecontracteerd. De cliënt ontvangt de zorg in een dergelijke situatie in juridisch opzicht van het zorgkantoor en treedt derhalve niet op als opdrachtgever van de zorgaanbieder waarbij prijs en inhoud worden bepaald. De zorg wordt in dat geval verleend op basis van de overeenkomst die het zorgkantoor ten behoeve van de cliënt met de zorgaanbieder heeft gesloten. Toegang tot de AWBZ vormt het indicatiebesluit. De vulling van het indicatiebesluit bepaalt op welke vormen van zorg de cliënt recht heeft. In paragraaf 4.4 zal ik nader ingaan op het belang van de zorgovereenkomst in de care en hoe deze verder een wettelijke basis kan worden gegeven.

Het vraaggestuurde denken in de care heeft bij de indicatiestelling geleid tot een geleidelijke wijziging van de vulling van de publiekrechtelijke aanspraak van de cliënt op het zorgkantoor. Die wijziging is in hoofdzaak gericht op de financiële afwikkeling tussen zorgkantoor en zorgaanbieder en niet op de invulling van de zorg waar de cliënt op grond van het indicatiebesluit recht op heeft. Indicaties zijn verworpen tot een niet inhoudelijk voor de cliënt te onderscheiden zorgaanspraak. De functionele omschrijving van aanspraken zoals in 2003 in de AWBZ is ingevoerd biedt weliswaar ruimte, daar staan tegenover de geringere rechts-

75 In de Uitvoeringstoets *Overheveling somatische revalidatiezorg van AWBZ naar Zvw Tweede deel* december 2010, adviseert de NZa de minister van VWS om de somatische revalidatiezorg over te hevelen naar de Zvw.

zekerheid, onzekere kostenbeheersing en in de care heeft de indicatiesteller de touwtjes in handen, niet de zorgkantoren. De norm ligt dan bij de indicatiesteller en de zorgaanbieder. Die laatste komt tot een zorginvulling met de cliënt op basis van het indicatiebesluit. Die invulling vindt plaats in de civiele sfeer. De indicatie daarentegen vindt plaats in de publiekrechtelijke sfeer, waarbij de zorgverzekeraar die publiekrechtelijke aanspraak dient te erkennen en het ertoe dient te brengen de indicatie om te zetten in zorg. In paragraaf 4.2 en 4.3 zal ik nader ingaan op de zorgeloze indicatiestelling – zzp voor intramurale zorg en ezp voor extramurale zorg – en het belang de cliënt handvatten te geven ter verwezenlijking van de zorg in de relatie cliënt – zorgaanbieder. Oorspronkelijk was de indicatiestelling ontwikkeld ten behoeve van de kostenbesparing.⁷⁶ In de loop van de twaalf jaren dat reeds wordt geïndiceerd is gebleken dat de figuur ‘indicatie’ daartoe niet heeft kunnen leiden.^{77 78} Het indicatieorgaan functioneert als poortwachter van de AWBZ-verzekerden, maar hoeft voor de toegang die zij verleent geen verantwoordelijkheid af te leggen, anders dan de verantwoordelijkheid inzake door cliënten opgeworpen indicatiengeschillen. Het resultaat is een systeem waarin de een bepaalt zonder te hoeven betalen en de ander betaalt zonder te hoeven bepalen.^{79 80} Dit vraagstuk zal in hoofdstuk 5 hierna aan de orde komen, waarbij de mogelijkheid tot het realiseren van kwaliteit bij de zorginkoop door de zorgkantoren de nodige aandacht zal krijgen.

4.2 Zzp een gestandaardiseerd risicoprofiel

Verschil tussen de ‘oude’ indicatiewijze en de effectieve⁸¹ invoering van zzp’s in 2009 voor de intramurale zorg, is het uitgangspunt: van geïndiceerde zorg naar de daadwerkelijk geleverde zorg binnen de verschillende sectoren. Met de zzp’s werd een systeem geïntroduceerd gebaseerd op doelgroepen. De kern van de systematiek van de zzp’s is dat verzekerden zijn te segmenteren in een aantal groepen met eenzelfde zorgprobleem. De omschrijving van zo’n groep heet cliëntprofiel. Bij elk profiel past een bepaalde mix van functies in een bepaalde omvang.^{82 83} In de indicaties worden functies benoemd met een voor alle functies

76 De Nationale Raad voor de Volksgezondheid introduceerde de kenmerken objectief, onafhankelijk en integraal: zie NRV 1994.

77 Zie ook *Kamerstukken II 1995-1996*, 24608 nr.1.

78 Zie voor een treffende vergelijking van de bedreigingen van de vraaggestuurde werking van de AWBZ en de gevolgen voor de indicatiestelling en het beslag op de kosten, De Groot 1998, p. 377 e.v.

79 Van der Most 1999, p. 13.

80 Geconstateerd kan worden dat de ‘ouderwetse’ indicatie wél heeft geleid tot tevredenheid onder cliënten. Jedeloo en Schrijvers 2007 en Onderzoeksrapport Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling juni 2010.

81 Er is vanaf 1 januari 2007 mee ‘geoefend’, vanaf 1 januari 2009 wordt op basis van zzp’s geïndiceerd en afgerekend.

82 Vergelijkbaar met DBC’s in de ziekenhuiszorg.

83 Zie ook Rapport College voor zorgverzekeringen 1 november 2010.

samen vast te stellen omvang. Was de 'oude' indicatiestelling nog gebaseerd op een bandbreedte, bij de indicatiestelling in zzp's bereikt de cliënt 'eerder' de grens van de indicatiestelling, nu de indicatiestelling gestandaardiseerd en globaal is. Per sector – verzorging en verpleging, gehandicapten en de geestelijke gezondheidszorg – is een set zzp's vastgesteld. Aan de zzp's is een maximumtarief gekoppeld vastgesteld door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). Zzp's zijn combinaties van verzekerde zorgvormen, niet de zorgvormen zelf. Zorgaanbieders en zorgkantoren maken afspraken over de prijs, waarbij het maximumtarief als plafond geldt. De concretisering van de zorg op individueel niveau zou idealiter plaats behoren te vinden in een overleg tussen zorgaanbieder en cliënt. De uitwisseling van wensen en behoeften om zo de zorg in te richten kwam maar moeizaam tot stand. In 2009 is om die reden het zorgplan geïntroduceerd.⁸⁴ In paragraaf 4.4 zal ik nader op de rol en (on)mogelijkheden van het zorgplan ingaan. Zonder genoegzame indicatie geen genoegzame zorg. Eerste schakel voor de cliënt vormt dan ook de indicatiestelling zelf.

Zzp's zijn geen wettelijke aanspraak. De beleidsregels voor zzp's berusten op artikel 9a, lid 2 AWBZ. Zij zijn bedoeld om de werkwijze van het CIZ te regelen. Inwerkingtreding van de zzp's lijken in de praktijk uit te vallen als verkapte 'pakketbeslissingen'⁸⁵ Cliënten hebben geen zicht op de afspraken waar zij op grond van de indicatie recht op hebben. De zzp's geven geen zicht op de aanspraak. Daarentegen is de aanspraak door middel van zorgovereenkomsten met zorgaanbieders, wel bepaald tussen die laatsten en de zorgkantoren. Deze impasse heeft inmiddels na een reeks uitspraken geleid tot een wijziging van het Besluit zorgaanspraken⁸⁶ (Bza) en het Zib. De uitspraken⁸⁷ kwamen erop neer dat het indiceren in zzp's zich niet verdraagt met het Bza en het Zib. De voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep stelde vast dat in het voorliggende geval niet per zorgvorm de objectieve zorgbehoefte als bedoeld in artikel 6 van het Zib was geïnterpreteerd, maar dat ermee was volstaan te onderzoeken met welk cliëntprofiel van de in beginsel in aanmerking komende zzp's de situatie het meeste overeenkwam. Deze wijze van indiceren, zo stelt de voorzieningenrechter, kan ertoe leiden dat een zzp wordt aangewezen dat niet overeenkomt met de objectieve, per zorgvorm bepaalde zorgbehoefte van de verzekerde. Daarbij overwoog de voorzieningenrechter dat de bewoording van die besluiten veronderstelt dat eerst de hoeveelheid tijd per zorgfunctie in kaart moeten worden gebracht. Met de door het CIZ gevolgde wijze van indicatiestelling kan, aldus de voorzienin-

84 Besluit zorgplanbespreking AWBZ-zorg, Stb. 2009, 131.

85 Van der Most signaleerde de trend in verband met de verantwoordelijkheids-toedeling. In Van der Most 2009, p. 258 e.v.

86 Stb. 2002, 527.

87 CRvB 29 september 2009, LJN: BO1797; CRvB 28 oktober 2009, LJN: BK4423; Vzng. Rb. 's-Hertogenbosch 11 november 2010, AWV 09/2851 niet gepubliceerd.

genrechter, niet worden vastgesteld of de objectieve zorgbehoefte per zorgvorm groter is dan het totaal in een zzp.

Met de wijziging is het in rechterlijke uitspraken geconstateerde probleem dat het CIZ niet mag indiceren voor het bij het cliëntprofiel best passende zzp zonder de volledige zorgbehoefte van de cliënt te indiceren, volgens de staatssecretaris van VWS opgelost. Op die stelling valt het een en ander af te dingen. Niet alleen gaat die 'reparatie' voorbij aan het van overheidswege gestelde uitgangspunt dat de vraag van de cliënt als leidraad dient te worden genomen. De staatssecretaris gaat zelfs zo ver dat voor de ongeveer 3% van cliënten wiens zorgbehoefte niet kan worden uitgedrukt in een zzp, voorbij wordt gegaan aan het recht op een indicatie van juist de individuele zorgbehoefte. Voor die gevallen verwijst de staatssecretaris naar de kennelijke toverformule van artikel 4:84 Awb. Op grond van artikel 4:84 Awb is het CIZ slechts gehouden van de beleidsregels af te wijken indien handelen volgens de beleidsregels voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen. Daarbij geldt volgens vaste jurisprudentie dat bijzondere omstandigheden niet zijn die omstandigheden die reeds in de betreffende beleidsregels worden geacht te zijn verdisconteerd.⁸⁸ Het is zeer de vraag of de toverformule in dit geval en daarmee (de bijlage bij) de ministeriële regeling met bijbehorende beleidsregels stand zal kunnen houden. Wanneer een beleidsregel in normale gevallen zou leiden tot uitkomsten die voor een of meer belanghebbenden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, kan geconcludeerd worden dat de beleidsregel in kwestie onverbindend is en behoort deze te worden ingetrokken.^{89 90} Dat maakt dat de staatssecretaris van VWS, indien zij vooraf al van mening is dat voor een reeks van gevallen – 3% van alle gevallen – met een beroep op artikel 4:84 Awb van de beleidsregel af dient te worden geweken c.q. het CIZ zal moeten afwijken, de regeling met bijbehorende beleidsregels in die vorm niet zal kunnen handhaven.

Op dit moment is de financiering van zorg voor AWBZ-cliënten waarbij er sprake is van een uitzonderlijke situatie geregeld in beleidsregels van de NZa. Er is voorzien in een toeslag extreme zorgzwaarte⁹¹. Het gaat om geoordeelde gelden die buiten de reguliere contracteerruimte AWBZ vallen. Of sprake is van extreme zorgzwaarte wordt niet getoetst noch geïndiceerd door het CIZ, maar door het Centrum voor Consultatie en Expertise (CCE).⁹² Cliënten kunnen niet rechtstreeks terecht bij het CCE. Met andere woorden, de bekostiging is geregeld, de zorgvraag niet.

88 ABRvS 16 februari 2005, 200403595/1 en ABRvS 6 februari 2008, JB 2008/2.

89 NnavV, *Kamerstukken II* 1994-1995, 23700, nr. 5, p. 37.

90 ABRvS 10 juli 2002, JB 2002/245 en JB 2002/269.

91 NZa Beleidsregel CA-425.

92 Op grond van de NZa Beleidsregel extreme zorgzwaarte CA-417, artikel 3 sub a en b.

Na de reparatie van het Biz en Zib in januari 2011 zal de cliënt met een zorgprofiel wat niet past binnen de zzp-kaders zonder een gegrond beroep op artikel 4:84 Awb, geen indicatie ontvangen waarin de extreme zorgzwaarte zit verwerkt. Als ook de zorgaanbieder voorbij ziet aan de mogelijkheid die bijzondere omstandigheden om te zetten in extra financieringsaanspraken, valt de betrokken cliënt tussen wal en schip. Er is immers geen recht op die *zzp-pluszorg*, want er is geen indicatie en de cliënt kan een beroep op de extreme zorgzwaarte niet afdwingen, als deze de weg al zou weten. Het ligt voor de hand de omstandigheden van de cliënten die niet onder een cliëntprofiel van een zzp vallen eveneens door het CIZ te laten indiceren. Niet op grond van bijzondere omstandigheden, maar op grond van het advies van het CCE. De beleidsregel van de NZa zou slechts een tussenstation behoren te zijn voor een financieringswijze. Voor die verhouding geldt immers dat de taken en bevoegdheden van de NZa en het CIZ geheel van andere aard en dus gescheiden behoren te zijn.

Alle beleidsstukken van de overheid zetten in op de rechten en de positie van de cliënt uitgaande van de zorgvraag van de cliënt. Het systeem van de zzp's louter om financiële aard past goed in een vraaggestuurde AWBZ. De inrichting van dat financiële stelsel is echter verbonden aan de zorgvraag van de cliënt. De vertaling van de zorgvraag komt in de zzp's en cliëntprofielen niet op aanspraak en persoonsniveau tot uitdrukking. Daar is in zoverre niets op tegen zolang de vertaling van de zorgvraag op andere wijze is gewaarborgd. Zonder een dergelijke waarborg dreigt de cliënt tot een gestandaardiseerd risicoprofiel te worden gemarginaliseerd. Daar staat tegenover het wankel evenwicht wat in dat geval dient te worden gevormd door de invulling van de zorgvraag tussen cliënt en zorgaanbieder.⁹³ Op de wijze waarop te komen tot voornoemd evenwicht zal ik in Hoofdstuk 5, paragrafen 3 en 5 nader ingaan.

4.3 *Ezp: oplossing voor wat?*

Net als in de intramurale zorg, geldt voor zorg in de extramurale zorg de indicatie als toegangspoort tot de zorgverlening voor de cliënt. In het indicatiebesluit wordt een indicatie afgegeven op basis van de indeling in een zorgklasse, waarin binnen een bepaalde bandbreedte van uren wordt uitgegaan. Op basis hiervan wordt per klasse uitgegaan van een landelijk gemiddelde van geleverde zorg. Dit geeft niet de feitelijk geleverde zorg weer. Jaarlijks maken zo'n 600.000 mensen gebruik van diensten van de thuiszorg. Vanuit kostenoogpunt wordt beleidsmatig ingezet op extramuralisering van de zorg. Dat is ook de trend van de afgelopen jaren: verzorgingshuiszorg daalt en thuiszorg groeit. Geconstateerd kan worden dat de inzet op extramuralisering heeft gewerkt.⁹⁴ De aandacht in de

93 In deze bijdrage laat ik de problematiek ten aanzien van het pgb-zzp buiten beschouwing.

94 *Zorgbalans 2010*, p. 159.

thuiszorg lijkt voornamelijk uit te gaan naar de wijze waarop instellingen en zorgverleners de zorg dienen te registreren en minder naar de zorginvulling voor de cliënt zelf. Opvallend fenomeen daarbij is de ‘stopwatch zorg’, althans het bezwaar tegen het registreren in tijdseenheden.⁹⁵ ⁹⁶ Veelvuldig wordt aandacht gevraagd voor de onnodige bureaucratie die het gevolg is van de verplichting tot registratie in minuten voor zorg zonder verblijf, ofwel de thuiszorg.⁹⁷ Minder in de belangstelling staat de beleving van de cliënt van de thuiszorg en de vraag op welke wijze die zorgvraag te vertalen naar zorginhoud. De minutenregistratie is net zoals het indiceren in zzp’s bedoeld als middel om tot afrekening met de zorgaanbieder te komen.

Gevolg van de minutenregistratie is de splitsing door de zorgaanbieder van de per functie uit te voeren verschillende handelingen met bijbehorende inzet van personeel. Niet elke handeling kan worden uitgevoerd door elk personeelslid en niet elke handeling wordt beloond met eenzelfde tarief. De geleverde zorg zoals persoonlijke verzorging, verpleging en begeleiding kent verschillende tarieven. Net als voor de intramurale zorg geldt, is het ook voor de extramurale zorg de bedoeling zorgzwaartepakketten in te voeren; de ezp’s. Bij een ezp zal niet langer sprake zijn van registratie van zorg in een bepaalde tijdseenheid. Ezp’s lossen niet op dat een cliënt meerdere medewerkers over de vloer krijgt. De kwaliteit van de zorg kan daaronder leiden, dat geldt vooral voor cliënten met een complexe zorgvraag. De veelal gestandaardiseerde praktijk laat nog geen ruimte voor de menselijke kant van de zorgverlening. Het gevolg is dat systeemnormen de zorg domineren en dienstverlening te ver af komt te staan van de cliënten en werknemers.⁹⁸ Wat schiet de cliënt daarmee op? De zorgaanbieder krijgt met de invoering van ezp’s de ruimte de cliënt te benaderen als cliënt met een allesomvattende zorgvraag. Of de zorgaanbieder die systeemnormen loslaat is vrijwillig en zou van de zijde van de overheid een zekere stimulans kunnen gebruiken. Het hierna in paragraaf 4.4 te behandelen zorgplan biedt de cliënt die thuiszorg ontvangt meer inzicht en controle op het ‘menu’ van de thuiszorg. Op die wijze

95 In de thuiszorg wordt geregistreerd in tijdseenheden van 5 minuten met een toegestane afronding naar boven.

96 Hiervoor is een standaard vastgesteld (in 2000), de zogenoemde registratierichtlijn. Deze is destijds vastgesteld door de koepel van de zorgaanbieders (de toenmalige Landelijke Vereniging voor Thuiszorg) in overleg met de toenmalige Ziekenfondsraad, het toenmalige Centrale Orgaan Tarieven Gezondheidszorg en het ministerie van VWS. De richtlijn geldt nog altijd en biedt een standaard voor de zorgaanbieders tot registratie van zorg voor de genoemde doeleinden.

97 Zie o.a. de brief van de Staatssecretaris van VWS, 15 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008-2009, 30597, nr. 61 en de door de Tweede Kamer aanvaarde motie *De Vries Kamerstukken II*, 30 597, nr. 59, waarin wordt verzocht iedere registratie in minuten per direct te schrappen.

98 Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, Sent e.a. 2010, p. 82 e.v..

zou betrokkenheid bij de te verlenen zorg in ieder geval een juridische basis krijgen. Voor de zorgaanbieder zou het denken in systeemnormen kunnen afnemen als de functiegerichte bekostiging los wordt gelaten, niet alleen wat indicering betreft maar ook wat vergoeding van de verschillende vormen van zorg betreft. Daarbij kan worden gedacht aan een gemiddeld tarief voor alle thuiszorghandelingen. Op die wijze zal de zorginstelling bij de inrichting van de zorgverlening minder geneigd zijn de zorg te zien in minuten.

Sent, Noordegraaf-Eelens en Van Vliet menen dat de declaratiesystematiek het streven naar omzetting met zich brengt. Daarbij dringt ongemerkt de vergelijking op van de DBC-systematiek in de ziekenhuiszorg. Dat lijkt een onterechte vergelijking te zijn. Thuiszorgorganisaties leveren gemiddeld 53 procent van de zorg waar cliënten recht op hebben. Dat blijkt uit de benchmark van brancheorganisatie ActiZ.⁹⁹ Het gaat om de volledige indicatie van uren maal weken. Uit de benchmark blijkt geen relatie tussen het 'uitvulpercentage' van de indicatie en de cliënttevredenheid.

Voornoemd uitvulpercentage lijkt eveneens te duiden op de waarde van de indicering, de wijze van tarifiering en budgettering voor de zorgconsumptie: zorgverlening laat zich kennelijk niet vangen in een financieel gedreven houdbaarheid of financieel gedreven maatregelen.

4.4 *Het zorgplan*

In beginsel was de WGBO niet van toepassing op een groot deel van de zorgverlening die werd verleend vanwege de AWBZ.¹⁰⁰ De schakelbepaling van artikel 7: 464, lid 1 BW heeft dat opgelost. Langs die weg pleegt de rechter bij conflicten tussen cliënt en zorgaanbieder aan de WGBO ontleende regels toe.^{101 102} Het aangaan van een behandelingsovereenkomst is niet wettelijk verplicht voor die gevallen waarin niet gesproken kan worden over een geneeskundige behandelovereenkomst in de zin van de WGBO. Bij de zorgverlening op grond van de AWBZ komt – zoals ik hiervoor al schetste – in ieder geval een mondelinge overeenkomst van opdracht tot stand. De opdracht van de cliënt aan de zorgaanbieder luidt de zorg zoals die op grond van het indicatiebesluit is toegewezen uit te voeren. De financiële zijde van de opdracht wordt ingevuld door de zorgovereenkomsten en productieafspraken die zorgaanbieders en zorgkantoren jaarlijks dienen te maken.¹⁰³ Vanwege het ontbreken van de behandelingsovereenkomst in de zin van de WGBO voor de AWBZ, stellen sommige zorgkantoren in zorginkoopvoorwaarden het sluiten van een zorgovereenkomst tussen zorgaanbieder en de

99 *Achtergrondrapportage en benchmark Transitie naar toekomstbestendige zorg*, 1 oktober 2010.
 100 Sluijters en Biesart 2005, p. 137 e.v. en Gevers 2010, 8, p. 589 e.v.
 101 Gevers 1996, p. 9-10.
 102 Vzng. Rb. Dordrecht 30 juli 2009, LJN: BJ4249.
 103 Artikel 15 AWBZ.

cliënt verplicht. De invulling ervan wordt in de regel door de zorgkantoren vrijgelaten. Om die reden hebben LOC en ActiZ ook de Model zorgleveringsovereenkomst met verblijf opgesteld.¹⁰⁴ In de praktijk komt het overleg met de cliënt en de vertaling van de zorgvraag maar moeizaam tot stand. Dat geldt vooral als het gaat om de extramurale zorg. De inmiddels ingevoerde zzp's en aangekondigde ezp's maken de noodzaak de cliënt de handvatten te geven de indicatie ook deugdelijk te kunnen verzilveren, waarbij rekening wordt gehouden met de zorgvraag en aanspraken van de cliënt, des te pregnanter. Zorg op grond van de AWBZ is in de meerderheid van de gevallen van lange(re) duur. De zorgvraag van cliënten is in de regel complex en hangt samen met meerdere vormen van zorg. In de cure staat de noodzaak tot afstemming en het verzilveren van rechten minder op de voorgrond. In die setting is zorgverlening niet gericht op het op een zo gunstig mogelijke wijze indelen van het leven, maar op genezing.

Het wetsvoorstel¹⁰⁵ Wet cliëntenrechten zorg (Wcz)¹⁰⁶ laat de vraag wat voor een overeenkomst en tussen wie ongemoeid. De Wcz gaat uit van rechtstreeks afdwingbare aanspraken, zonder dat de cliënt zich af hoeft te vragen of deze een overeenkomst heeft en hoe deze gekwalificeerd dient te worden. Daarbij wordt voorbijgegaan aan het vanzelfsprekende belang, dat cliënten in de care bij de aanvang van de zorgverlening weten op welke wijze de zorgverlening zal worden ingevuld. Het aan de zorgaanbieder overlaten op welke wijze de zorg wordt ingevuld, past niet bij de vraaggestuurde werking van de AWBZ en juist de focus op de rechten van de cliënt. De in de Wcz opgenomen rechten voor de cliënt¹⁰⁷ veronderstellen een zekere mondigheid bij de cliënt. Dat is voor cliënten in de care, waarbij in veel gevallen sprake is van vertegenwoordigers en mentoren, niet altijd even makkelijk. Om die reden is in 2009 het Besluit zorgplanbespreking AWBZ-zorg in het leven geroepen. Het besluit schept een verplichting voor alle instellingen die zorg aanbieden vanwege de AWBZ een *bespreking* met de cliënt te houden over de zorg, mits die zorg meer dan drie maanden duurt. Op zorg die niet langer zal duren dan drie maanden, is het besluit niet van toepassing. Uit het besluit volgen een aantal onderwerpen die tijdens de bespreking met de cliënt aan de orde dienen te komen:

- Welke doelen worden met betrekking tot de zorgverlening voor een bepaalde periode gesteld, gebaseerd op de wensen, mogelijkheden en beperkingen van de cliënt,
- Op welke concrete wijze de zorgaanbieder en de cliënt de gestelde doelen zullen trachten te bereiken;
- Wie verantwoordelijk is voor de verschillende onderdelen van de zorgverlening, op welke wijze vindt afstemming tussen meerdere zorgverleners plaats, en wie kan de cliënt op die afstemming aanspreken;

104 www.loc.nl en www.actiz.nl.

105 Hierna zal ik het wetsvoorstel Wcz aanduiden als 'de Wcz'.

106 *Kamerstukken II 2009-2010, 32402, nr.2.*

107 Zie artikelen 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22 en 32 Wcz.

- Met welke frequentie en onder welke omstandigheden gaat de zorgaanbieder de zorgverlening in samenspraak met de cliënt evalueren en actualiseren.

Het resultaat van de bespreking pleegt te worden neergelegd in een zorgplan.¹⁰⁸ De bedoeling van de wetgever was te komen tot overleg van de zorg en dit overleg formele basis te geven. In de toelichting bij het Besluit zorgplanbespreking AWBZ-zorg valt te lezen dat vooral is gedacht aan het willen verankeren van verantwoorde zorg en niet zozeer om de cliënt expliciet een grondslag te geven de zorgaanbieder tot nakoming van de ‘overeengekomen’ zorginvulling te kunnen aanspreken. Op grond van het bevorderen van ‘verantwoorde zorg’, is destijds gekozen voor een besluit dat strekt ter uitvoering van artikel 6, eerste lid, van de Kwaliteitswet zorginstellingen. Dit artikellid biedt de mogelijkheid regels te stellen, indien het niveau van de zorg verleend in een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van instellingen, dit vereist. De te stellen regels moeten betrekking hebben op het door de zorgaanbieder organiseren van de zorgverlening, het voorzien van personeel, en het zorgdragen van verantwoordelijkheidstoedeling op een zodanige wijze dat het een en ander leidt tot verantwoorde zorg. De regels omvatten eveneens het bewaken en verbeteren van de kwaliteit daarvan. De Raad van State gaf destijds in zijn advies aan die grondslag een ongelukkige te vinden en zag liever de verwerking van de zorgplanbespreking in de AWBZ zelf.¹⁰⁹

Bij invoering van het besluit werd vooral het belang voor de cliënt vanuit de verantwoorde zorg benadrukt. Voldoet een zorgaanbieder niet aan het besluit, dan kan de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen optreden. Geen aandacht is destijds besteed aan de mogelijk nuttige waarde van de ‘afspraken’ die worden neergelegd in het zorgplan voor de verhouding cliënt – zorgaanbieder. In de toelichting op het besluit is juist opgenomen dat met het verplicht stellen van een bespreking die ziet op invulling van een zorgplan *geenszins* werd beoogd een soort zorgovereenkomst te introduceren. Het in het geheel niet voldoen aan het besluit is wel voorzien. In dat geval kan ook de cliënt zelf actie ondernemen, zowel richting de zorgaanbieder, de cliëntenraad, de klachtencommissie op grond van artikel 2 van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ) of de IGZ. Nu de verplichting ziet op de bespreking en niet zozeer op het ook daadwerkelijk invullen van de zorg, zal een gebod bij de Voorlopige voorzieningenrechter de cliënt niet veel verder brengen dan een bespreking.

Komt een zorgplan tot stand, dan wordt dat anders dan de wetgever destijds beoogde, onvermijdelijk onderdeel van de overeenkomst van opdracht of de tussen partijen gesloten zorgovereenkomst zoals deze in de care wel wordt geduid. Anders dan de wetgever destijds beoogde, zal het zorgplan gezien de inbedding

108 Artikel 2 Besluit zorgplanbespreking AWBZ-zorg.

109 Stcrt. 2009, nr. 14585.

in de zorg vanwege de AWBZ juist als zorginhoudelijke verzilvering van de indicatie tussen cliënt en zorgaanbieder mogen worden gezien. Het weigeren een zorgplan uit te voeren komt neer op het niet nakomen van tussen cliënt en zorgaanbieder overeengekomen afspraken. Nakoming kan worden afgedwongen bij de burgerlijke rechter en zal veelal in kort geding plaatsvinden vanwege de spoedeisende aard van de omstandigheden die alsdan aan de orde kunnen zijn. Jurisprudentie over het (niet) nakomen van inhoudelijke vastgestelde zorgplannen is (nog) niet voor handen.¹¹⁰ Kunnen cliënt en zorgaanbieder niet tot vulling of wijziging van het zorgplan komen vanwege een verschil van mening, dan zal eveneens aan de burgerlijke rechter in kort geding kunnen worden verzocht de zorgaanbieder te gebiedten die zorgvulling te bepalen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid en zorginhoudelijke afwegingen daarbij. Het weigeren nog langer zorg te verlenen als een zorgplan niet tot stand komt, behoort niet snel tot de mogelijkheden. Het Besluit zorgplanbespreking AWBZ voorziet immers in voortzetting van de zorg naar de veronderstelde wens van de cliënt.¹¹¹

De wetgever heeft het zorgplan uiteindelijk gepositioneerd onder de verantwoordelijkheid van de zorg. In de Memorie van Toelichting op de Wcz¹¹² valt te lezen dat de bedoeling is dat dat onder de Wcz evenzeer het geval zal zijn. Dat lijkt gezien artikel 5 van de Wcz een onlogische plaats.¹¹³ In dat artikel zal immers tot uitdrukking komen dat onder goede zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht is, die tijdig wordt verleend en is afgestemd op de reële behoefte van de cliënte, en waarbij de personen die de zorg verlenen, handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard. Als het zorgplan ook in de Wcz uitdrukkelijk geen zorgovereenkomst of afspraken die nagekomen dienen te worden beoogd te zijn, zou juist de bespreking reeds te vatten zijn onder het begrip goede zorg.

Evenwichtiger oplossing zou zijn *alle* zorg zoals die vanwege de AWBZ wordt verleend moeten in aarde te geven door het expliciet opstellen en vullen van een zorgplan en niet uitsluitend *de bespreking*. Het zorgplan verdient om die reden een plaats in de AWBZ. Het zorgplan zal gevuld dienen te worden met de zorg zoals die met de cliënt overeen wordt gekomen ter verzilvering van het indicatiebesluit, waarbij een midden gevonden kan worden als het gaat om de mate van detaillering op te nemen in de AWBZ ten aanzien van de zorg. Afspraken die afwijken van de in de Wcz opgenomen rechten van de cliënt zijn nietig. De thans

110 Mijn mening wijkt af van de mening van Offerman 2009, p. 266-276.

111 Artikel 2, lid 3 Besluit zorgplanbespreking AWBZ.

112 Zie de toelichting bij artikel 8 Wcz, *Kamerstukken II* 2009-2010, 32402, nr. 3.

113 In het voorstel van Wcz blijft het Besluit zorgplanbespreking AWBZ-zorg echter gehandhaafd en zal alsdan berusten op de Wcz daar waar het de kwaliteit van zorg betreft. Artikel 64 Voorstel van wet Wcz, *Kamerstukken II* 2009-2010, 32402, nr. 2.

voorziene verankering van de rechten voor de cliënt in de Wcz, bieden niet voldoende gewicht om tot verzilvering van het indicatiebesluit te komen. Het indicatiebesluit of de verschillen in toegang tot de zorg in cure en care komen in de Wcz niet tot uitdrukking.

Inmiddels heeft het kabinet Rutte een houtskoolschets voor een Beginselenwet zorginstellingen gegeven.¹¹⁴ In de houtskoolschets wordt het zorgplan een sterkere werking toegedicht dan thans aan de orde is. Niet alleen de bespreking is van belang, maar de focus zou behoren komen te liggen op de wensen van de cliënt. Met de Beginselenwet zorginstellingen zal worden beoogd het zorgplan te vullen met een minimum aantal basale rechten. Kabinet Rutte denkt aan het recht op dagelijkse lichamelijke hygiëne, het recht op gezonde en voldoende voeding en drinken, recht op een eigen kamer, recht op respectvolle bejegening, recht op een zinvolle daginvulling en recht op aandacht voor ontwikkeling en ontplooiing. Voornoemde rechten worden binnen het kader geplaatst van de grenzen van het redelijke en van verantwoorde zorg.

Anders dan thans is opgenomen in de Wcz, ziet het kabinet Rutte de plaats van het zorgplan overgeheveld naar de Beginselenwet zorginstellingen. De (acht) rechten zoals deze in de Beginselenwet zorginstellingen een plaats zullen krijgen, zullen evenwel slechts voor de intramurale verplichte en onverplichte zorg gelden. De vraag is of de rechten van de cliënt in een wet naast de Wcz op zijn plaats zijn. De plaats van de rechten zou in de Wcz een logischer aansluiting vormen met de reeds daarin opgenomen rechten van de cliënt. Op die wijze strekken de rechten zoals gewenst door kabinet Rutte zich uit over alle zorgsectoren. Naar ik aanneem wordt met de plaats van het zorgplan in een Beginselenwet zorginstellingen bedoeld de cliënt die zorg ontvangt vanwege de AWBZ een bijzondere waarborg te geven: een plaats in de AWBZ voor het zorgplan zoals ik hiervoor heb voorgesteld lijkt dan meer aangewezen.¹¹⁵ Voor die gevallen waar onverhoopt geen zorgplan tot stand mocht kunnen komen, kan artikel 2, lid 3 van het Besluit zorgplanbespreking AWBZ worden toegevoegd aan de AWBZ: in het geval geen zorgplan tot stand kan komen, houdt de zorgaanbieder bij de vastlegging, evaluatie of actualisering van het zorgplan zoveel mogelijk rekening met de veronderstelde wensen en de bekende mogelijkheden en beperkingen van de cliënt.

Ik juich de meer centrale en inhoudelijke rol die het zorgplan thans door kabinet Rutte wordt toegedicht toe. Het zorgplan wordt beoogd te kwalificeren als zorgovereenkomst. Verankering van het zorgplan in de AWBZ waarbij wordt voorgeschreven dat zorgaanbieder en cliënt op basis van het indicatiebesluit komen tot een invulling van de zorg die in redelijkheid en billijkheid rekening houdt met de mogelijkheden, wensen en beperkingen van de cliënt binnen de reikwijdte van de indicatie, voorziet in een evenwichtigere inbedding van de bijzondere zorg-

114 Brief staatssecretaris VWS 17 januari 2011, *Houtskoolschets Beginselenwet zorginstellingen*, kenmerk MC-U-3040773.

115 Vergelijk Sijmons 2010.

verlening in de AWBZ. Op die wijze wordt recht gedaan aan de verantwoorde zorg in de AWBZ, de bijzondere wijze waarop de cliënt op grond van de AWBZ de zorg kan verkrijgen – zzp's en ezp's – en de focus die in de AWBZ bestaat en nog nadrukkelijker zal worden gelegd op de vraaggerichte werking van de AWBZ en de afhankelijkheid van de cliënt van het CIZ, het zorgkantoor en de zorgaanbieder.¹¹⁶

5 Derde peiler: Zorgkantoor en zorginkoop

5.1 Inleiding

De uitvoering van de AWBZ is sinds 1998 belegd bij de zorgkantoren.¹¹⁷ Zorgkantoren zijn zelfstandig werkende organen nauw verbonden met de grootste zorgverzekeraar in de regio.¹¹⁸ Per regio voert één zorgkantoor namens alle zorgverzekeraars de gehele AWBZ uit voor de betreffende regio. Een belangrijke kerntaak in de uitvoering van de AWBZ is de inkoop van AWBZ-zorg bij de zorgaanbieders in de regio van het betreffende zorgkantoor. Zoals hiervoor in paragraaf 4.1 toegelicht lopen zorgkantoren geen financieel risico bij de uitvoering van de AWBZ, hebben zorgkantoren geen invloed op de indicatiestelling zoals uitgevoerd door het CIZ¹¹⁹, heeft het CIZ geen invloed op de zorginkoop zoals uitgevoerd door de zorgkantoren en de cliënt heeft uiteindelijk slechts een directe relatie met de zorgaanbieder. Het resultaat is een systeem waarin de een bepaalt zonder te hoeven betalen en de ander betaalt zonder te hoeven bepalen.

116 Tegenwoordig worden trainingen aangeboden voor zorgaanbieders om te 'onderhandelen' met cliënten over de invulling van de zorg.

117 Formeel gezien zijn de zorgkantoren niet de uitvoerders van de AWBZ. De formele juridische verantwoordelijkheid ligt bij de zorgverzekeraars die zich hiertoe hebben aangemeld, zie artikel 33 AWBZ jo. 1, b Zvw. De zorgverzekeraars voeren de inkoop van AWBZ-zorg niet zelf feitelijk uit, maar besteden deze uit aan de zorgkantoren via een mandaat- en volmachtconstructie. De zorgkantoren zijn op hun beurt zelf ook zorgverzekeraars die zich voor de uitvoering van de AWBZ hebben aangemeld. Naast de uitvoering voor de eigen verzekerden nemen zij als zorgkantoor ook de uitvoering voor alle andere verzekeraars voor hun rekening voor één of meerdere regio's. De AWBZ-verzekeraars dragen de daadwerkelijke uitvoering van hun AWBZ-taken vervolgens op aan verbindingkantoren. Elk zorgkantoor wordt gevoerd door een verbindingkantoor dat door de Minister van VWS is aangewezen. Het verbindingkantoor wordt gehouden door een AWBZ-verzekeraar. De figuur 'zorgkantoor' is in de AWBZ niet geformaliseerd.

118 De huidige concessie voor de zorgkantoren loopt tot 2012.

119 Artikelen 9 a, lid 1 en 9b, lid 1 AWBZ.

5.2 *Het zorgkantoor: een vreemde eend in de bijt*

Bijzonder is de positie van de zorgverzekeraars in het kader van de AWBZ. Weliswaar geldt ook 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 de zorgkantoren.^{120 121} Die situatie is opmerkelijk, te meer gezien de sinds 2003 ingezette vraaggerichte oriëntatie van de zorg.¹²² Zorgverzekeraars zijn ten eerste geen gesprekspartners van de zorgaanbieders die de zorg moeten verlenen, dat zijn de zorgkantoren. Zorgkantoren zijn op hun beurt afhankelijk van de indicaties zoals cliënten die toegewezen hebben gekregen van het CIZ. Cliënten zijn op hun beurt afhankelijk van het zorgkantoor in de regio waar zij wonen voor de inkoop van AWBZ-zorg. Zij hebben geen keus en kunnen niet 'stemmen met de voeten' als zij ontevreden zijn.¹²³ Voor het betreffende zorgkantoor is het niet mogelijk de wettelijke aanspraken van cliënten te beperken of uit te breiden.¹²⁴ De wetgever heeft bij de invoering van artikel 9a van de AWBZ tot uitdrukking gebracht dat de taak van het indicatieorgaan om de zorgbehoefte van de cliënt te beoordelen nadrukkelijk moet worden onderscheiden van de taak van de zorgkantoren om de aanspraak op zorg tot gelding te brengen. De scheiding tussen objectieve vaststelling van de zorgbehoefte en toewijzing daarvan is destijds aangemerkt als essentieel kenmerk van de keten van zorgvraag tot zorgconsumptie. Deze uitdrukkelijk beoogde scheiding van taken en bevoegdheden heeft de Centrale Raad van Beroep er zelfs toe geleid dat zorgkantoren geen belanghebbende in de zin van de Awb kunnen zijn bij een indicatiebesluit.¹²⁵ Zorgkantoren hebben dus ook geen beïnvloedingsmogelijkheden over die band. Het zorgplan, waaruit de te verlenen zorg aan de cliënt zou behoren te volgen, speelt feitelijk geen rol in de verantwoording van de zorgaanbieder aan het zorgkantoor over de geleverde zorg. Wat overblijft, is de invloed die zorgkantoren kunnen uitoefenen op de kwaliteit en omvang van de zorgverlening bij het inkopen van zorg via een overeenkomst met de zorgaanbieder.

120 Artikelen 15, 16 en 34 AWBZ.

121 Zie brief Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer 28 september 2001, *Kamerstukken II* 2001-2002, 26631, nr. 15.

122 De Groot 2002, p. 76.

123 Bij invoering van artikel 15 AWBZ werd expliciet overwogen dat een bepaling op basis waarvan een zorgkantoor op eigen naam een overeenkomst kan sluiten mede ten behoeve van verzekerden die niet bij dat zorgkantoor maar bij andere uitvoeringsorganen van de AWBZ zijn ingeschreven, niet past binnen de AWBZ. Vgl. MvT *Kamerstukken II*, nr. 3, p. 34 (MvT).

124 Meulemans 1995 en Van der Most 1995.

125 CRvB 1 april 2009, *JB* 2009,148.

5.3 *Zorginkoop: financieel gedreven*

Sinds 2005 krijgen zorgkantoren jaarlijks een regionaal budget toegewezen door de NZa.¹²⁶ Binnen vooraf bepaalde financiële kaders hebben zorgkantoren de ruimte om productieafspraken te maken met de zorgaanbieders in de regio. Productieafspraken omvatten een afspraak over de p , de prijs, en een q , de hoeveelheid. Sinds 2004 is de contracteerplicht voor de extramurale zorg afgeschaft. Voor de intramurale zorg bestaat nog altijd een contracteerplicht, zij het dat bij de zorginkoop vanuit de zorgkantoren met een bandbreedte van 6% mag worden ingekocht. De afwezigheid van een contracteerplichting, heeft niet zonder meer tot gevolg dat zorgkantoren zonder grondslag of reden kunnen besluiten niet te contracteren met een zorgaanbieder. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid en zorgvuldigheidseisen in relatie tot de bijzondere contractuele houding waarin partijen zich al kunnen bevinden – op grond van een eerder wel tot stand gekomen overeenkomst – maken dat het ‘at random’ of zelfs in geval van onvolkomenheden in de nakoming van de overeenkomst, het niet aangaan van een contract niet zonder meer tot de mogelijkheden behoort.¹²⁷ En zijn de omstandigheden van dien aard dat voortijdig mag worden beëindigd danwel de mogelijkheid bestaat om niet opnieuw een overeenkomst aan te gaan, dan voorziet artikel 15, lid 4 van de AWBZ in een regeling in het belang van de cliënt. De cliënt heeft, zolang de zorg *noodzakelijk* is, recht op ononderbroken voortzetting van die vorm van zorg, te verlenen door dezelfde aanbieder, wanneer die zorg is aangevangen vóór de datum waarop de overeenkomst met die zorgaanbieder voor die desbetreffende vorm van zorg is beëindigd. De Memorie van Toelichting geeft geen nadere toelichting op de kwalificatie *noodzakelijk*. Kennelijk heeft de wetgever er destijds bewust voor gekozen de kwalificatie *noodzakelijk* als voorwaarde aan de voortzetting van de zorg te verbinden. Geen (productie)overeenkomst, geen vergoeding en dus zal de zorgaanbieder zonder overeenkomst in zijn voortbestaan kunnen worden bedreigd. Het is de vraag wat het artikel in dat geval nog waarborgt en of het zorgkantoor er in ieder geval goed aan zou doen de cliënten elders onder te brengen. Zowel in de intramurale- als de extramurale setting zal de AWBZ-zorg in ieder geval op onderdelen als medisch *noodzakelijk* kunnen worden bestempeld. Die zorg komt in ieder geval voor voortzetting in aanmerking. Wat als deze niet medisch *noodzakelijk* is? Te denken valt aan begeleiding bij het boodschappen doen, aantrekken van steunkousen en dergelijke. Kennelijk heeft de wetgever bedoeld de cliënt te beschermen. Naar gelang de zorg kwalificeert als *noodzakelijk* is dat te billijken. Maar voor niet-*noodzakelijke* zorg, wat in de ogen van cliënten evenzeer *noodzakelijk* zal zijn of er nu wel of geen overeenkomst tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder aan de orde is, biedt de AWBZ

126 Zie voor 2011 Beleidsregel CA-300-460, www.nza.nl.

127 Vzng. Rb. Amsterdam 29 oktober 2009, LJN: BK1681 en Vzng. Rb. Breda 12 maart 2009, LJN: BH5880.

geen bescherming. Cliënten zijn afhankelijk van de voorwaarden in de civiele sfeer die hun zorgkantoor daaromtrent overeen is gekomen met de zorgaanbieder in kwestie. En dan nog is de vraag of de cliënt met die afspraken de zekerheid heeft zolang zijn noodzakelijke zorgvraag duurt die zorg ook te ontvangen. De in de wet opgenomen garantie van artikel 15, lid 4 AWBZ, heeft er in de zorginkoop toe geleid dat alle zorgkantoren een zorggarantie in de zorgovereenkomst met de zorgaanbieder opnemen ongeacht uitnutting van de productieafpraak.

De productieafspraken plegen in een aantal rondes te worden ingediend bij de NZa, op grond waarvan tariefbeschikking en rekenstaat worden vastgesteld voor de betreffende zorgaanbieder. De productieafspraken vormen het *zorgplafond* voor de zorgaanbieder. Hoe is de situatie als regionaal het budget is uitgeput? Het is de vraag of het recht op levering van de zorg door personen of instellingen die het zorgkantoor daartoe heeft gecontracteerd op grond van artikel 42 AWBZ¹²⁸ ¹²⁹ voor een zorgkantoor in dat geval verder reikt dan het vooraf door de NZa toegewezen niet onderhandelbare regionale budget. De basis van de verantwoordelijkheid van het zorgkantoor is vastgelegd in artikel 6 AWBZ. De cliënt heeft met de indicatie in de hand een onmiddellijk inroepbare aanspraak op zorg binnen een redelijke termijn.¹³⁰ Wat onder een redelijke termijn wordt verstaan is in het veld ingevuld aan de hand van de Treeknormen.¹³¹ Daaronder wordt niet verstaan de aanspraak op zorg bij de zorgaanbieder waar de voorkeur van de cliënt naar uitgaat. Het gaat om het ontvangen van de geïndiceerde zorg. Het systeem van de productieafspraken tussen zorgkantoor en zorgaanbieder en de regio-budgettering, hebben er in 2006 toe geleid dat zorgaanbieders ofwel cliëntenstops op grote schaal aan het einde van het jaar afkondigden voor zover mogelijk bij vormen van zorgverlening (extramurale zorg), ofwel de zorg wel moesten continueren nu de cliënt al in zorg was genomen zonder dat daartegenover een toereikende productieafpraak stond. Vanwege politieke druk op de staatssecretaris is voor 2006 een herschikkingsronde in het leven geroepen. Eenmalig ontvingen zorgaanbieders onder (te) stringente voorwaarden toch vergoeding voor zorg geleverd zonder dekking van een productieafpraak.¹³² Oordeelde de rechter in 1999 al dat het zorgkantoor zich niet kan beroepen op een ontoereikend regio-budget zonder daartoe eerst de Staat aan te spreken¹³³, in 2007 oordeelde de rech-

128 De Groot karakteriseert de zorgplicht als garantieplicht. Zorgkantoren zijn niet zelf verplicht tot de wettelijk omschreven prestatie, maar dienen in te staan voor de levering van de prestatie door een derde. Zie preadvies De Groot 2002.

129 De wetgever benoemt de plicht wel degelijk als 'zorgplicht', zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28994, nr. 3, p. 38.

130 De Groot 1996, p.59.

131 *Notitie Treekoverleg*, 3 april 2000 en brief minister van VWS, *Redelijke termijnen voor zorgverlening*, Tweede Kamer 26 maart 2002, p. 1.

132 CBb 30 december 2009, LJN: BL5513.

133 President Arrondissementsrechtbank Amsterdam 7 maart 1990, *TvGR* 1990/54.

ter in het verlengde daarvan dat in dit geval zorgkantoor Achmea, voordat zij de Staat kon aanspreken, allereerst de in allerijl door de NZa ingeroepen knelpuntenprocedure had behoren te doorlopen.¹³⁴ Achmea maakte zich hard voor de zorg die zorgaanbieders in haar regio boven de productieafspraken hadden verleend, overigens zonder dat Achmea daar zelf schade aan ondervond. Het zorgkantoor bleef immers binnen het toegekende regiobudget; cliënten ontvingen geen zorg of de zorgaanbieders die die zorg ongeacht productieafpraak verleenden, ontvingen geen vergoeding.¹³⁵

De plicht van het zorgkantoor is nader uitgewerkt in de nu jaarlijks terugkerende Knelpuntenprocedure.¹³⁶ Voor knelpunten heeft de NZa eind 2006 een zogenoemde knelpuntenprocedure in het leven geroepen. Daaruit volgt dat slechts als er landelijk geen budget meer zou resteren, de NZa de staatssecretaris kan adviseren eenmalig budget aan het landelijk budget toe te voegen. Voordat aan toevoeging kan worden toegekomen, schrijft de knelpuntenprocedure voor dat zorgkantoren eerst onderling ruimte in de regionale budgetten dienen over te hevelen. Dat laatste is gezien het systeem van de productieafspraken onbegonnen werk. Zorgkantoren maken immers productieafspraken met de in de regio gevestigde zorgaanbieders op basis van het regiobudget. Zorgkantoren hebben geen grip op de vraag naar zorg en kunnen om die reden ook geen overheveling toestaan zonder dat zij zeker weten dat er in de eigen regio voldoende regiobudget is voor de zorgvraag gedurende het hele jaar.¹³⁷ ¹³⁸ De NZa fungeert voor de productieafspraken als zogenoemd administratiekantoor en bewaakt de grenzen van de regionale contracterruimten.¹³⁹ De zorgverzekeraar is formeel verantwoordelijk, maar kan formeel niet worden aangesproken. In de praktijk wordt algemeen aanvaard dat die verantwoordelijkheid op het zorgkantoor rust. Verantwoordelijkheidsbesef voor de uitgavenbeheersing in de uitvoeringsorganisatie is ver te zoeken.¹⁴⁰ De zorginkoop is in de wet ingevuld in artikelen 15, 16 en 34 AWBZ. Uitgangspunten bij zorginkoop dienen te zijn:

134 Vgl. CBB 30 december 2009, *GJ* 2010/71.

135 De eigen bijdrage werd wél van de betrokken cliënten die zorg ontvingen geïnd.

136 Knelpuntenprocedure 2011, NZa beleidsregel CA-441.

137 Zie voor de werking van de budgettaire beperkingen en (on)mogelijke oplossingen ook Vznr. Rb. 's-Gravenhage 13 november 2007, *NJ* 2008/47.

138 Vgl. CBB 30 december 2009, *GJ* 2010/71.

139 Zie bijvoorbeeld beleidsregels NZa www.nza.nl.

140 Van der Most 2009/4, p. 247 – 248.

- Inhoud van de overeenkomst: maximale duur¹⁴¹, aanvang en tussentijdse beëindiging van de overeenkomst, prijs van de te verlenen zorg, informatievoorziening van cliënten en controle op de naleving van de overeenkomst;
- Het uitvoeren van de zorginkoop op een doelmatige wijze;
- Het treffen van de nodige maatregelen ter voorkoming van de verstrekking van onnodige zorg en van uitgaven die hoger dan noodzakelijk zijn.

De wettelijke uitgangspunten zoals die volgen uit de AWBZ, geven zorgkantoren grote vrijheid bij de inrichting van de zorginkoop. Die vrijheid is nader ingevuld in afspraken tussen het ministerie van VWS en de zorgverzekeraars.¹⁴² In die afspraken, zoals die tot 2012 gelden, is neergelegd dat zorgkantoren zorgvuldige uitvoering dienen te geven aan alle taken die zijn opgenomen in de uitvoeringsopdracht 2009-2011. De afspraken zijn vormgegeven als inspanningsverplichting, wat maakt dat zorgkantoren nog altijd marginaal worden gestimuleerd kosten te besparen en de kwaliteit van zorg te bevorderen op een wijze waarop recht wordt gedaan aan de vraaggestuurde zorginvulling door en voor de cliënt.¹⁴³

Een deel van de afspraken zoals gemaakt in de uitvoeringsopdracht 2009-2011 passen goed in de mogelijkheid die de wetgever heeft opengelaten om nadere regels te bepalen over de inhoud van de overeenkomsten, zoals opgenomen in artikel 16, lid 2 AWBZ. Dergelijke nadere regels zouden ook nu reeds de nog wat afwachtende houding van zorgkantoren bij de zorginkoop kunnen formaliseren en stimuleren. De concessie¹⁴⁴ voor de verbindingskantoren van de zorgverzekeraars verloopt eind 2011. Al sinds de invoering van de zorgkantoren begin 2005 is van overheidswege aangekondigd de constructie van de zorgkantoren niet te laten voortbestaan. Het is zeer de vraag of de ambitieuze doelstelling zoals kabinet Rutte zich heeft gesteld voor de verdwijning van de zorgkantoren, ook dit jaar tot uitvoering zal kunnen komen. In afwachting daarvan, bieden nadere regels de benodigde op resultaat gerichte incentives bij de zorgkantoren als het gaat om het vraaggestuurd uitvoeren van de zorginkoop.

141 De overeenkomsten mogen – inclusief eventuele verlengingen – niet langer duren dan vijf jaar. Hiervoor heeft de wetgever gekozen om te bewerkstelligen dat partijen zich tenminste eenmaal in de vijf jaar beraden over de inhoud van hun contract. Zie *Kamerstukken II 2004-2005*, 30124, nr. 3, p. 46 (MvT). In de praktijk wordt gebruik gemaakt van verlengingen en jaarcontracten.

142 Rapportage van de werkgroep uitvoering AWBZ vanaf 2009: *hoofdpijnen Uitvoering AWBZ 2009-2011* en *Kamerstukken II 2008/2009*, 30579 nr. 63.

143 Vgl. Onderzoek ten behoeve van Cliëntenmonitor AWBZ een project van samenwerkende landelijke cliëntenorganisaties, *Vraaggerichte zorginkoop voor langdurige zorg in de AWBZ 2010*.

144 De term concessie strookt niet met mandaat en volmacht: in die laatste twee gevallen is immers geen sprake van voor eigen rekening en risico uitvoeren, hetgeen ‘concessie’ wel doet vermoeden.

Zorginkoop is door de zorgkantoren in de praktijk vormgegeven in een onverplichte aanbestedingsprocedure.¹⁴⁵ De aanbestedingsbeginselen spelen echter wel een rol bij de verhouding tussen zorgaanbieder en zorgkantoor. Daarbij is van belang dat zorgkantoren beschikken over een machtspositie ten opzichte van zorgaanbieders en dat zorgkantoren bij de inkoop van zorg een procedure hanteren die sterke gelijkenissen vertoont met een overheidsaanbesteding; inschrijvers dienen gelijk te worden behandeld en gelijke kansen te worden geboden. De zorginkoopprocedure dient objectief, transparant en non-discriminatoir te zijn. Uiteindelijk is de verhouding zorgaanbieder-zorgkantoor van civiele aard en spelen de redelijkheid en billijkheid eveneens een rol.¹⁴⁶ Zoveel zorgkantoren, zoveel zorginkoopprocedures en dito voorwaarden.¹⁴⁷ ¹⁴⁸ De zorginkoop van alle zorgkantoren heeft gemeen dat concurrentie voor zorgaanbieders op voorhand wordt beperkt, nu zorgkantoren onderscheid tussen zorgaanbieders niet of nauwelijks maken en productieafspraken veelal gebaseerd worden op een deel basisbudget (gebaseerd op het jaar t-1) met opslagen indien wordt voldaan aan bepaalde zorginhoudelijke vereisten, zoals cliënttevredenheidsonderzoeken en doelmatigheid bij zorgverlening in relatie tot de bandbreedte van de indicaties. De productieafpraak wordt door nagenoeg alle zorgkantoren als plafond beschouwd. Ook al doet een bepaalde zorgaanbieder het nog zo goed, als zijn productieafpraak is benut zal zijn inspanning nog slechts beloond worden door de keuze van de cliënt, maar niet door vergoeding van de zorg die dan is geleverd. Concurreren loont niet, althans niet voldoende. Zorginkoopbeleid heeft geleid tot meerdere juridische procedures van zorgaanbieders tegen zorgkantoren over uiteenlopende onderwerpen. Ik noem vergoeding van geleverde geïndiceerde zorg zonder dekkende productieafpraak, niet voldoen aan zorginkoopvoorwaarden en ten onrechte niet toegekende opslagen.¹⁴⁹ Nagenoeg alle uitspraken komen neer op een geschil ten aanzien van productieafspraken of prijs. Geschillen ten aanzien van het voldoen – of juist niet – aan de overeengekomen kwaliteit van zorg of doelmatigheid, zijn er niet.

145 Zorgkantoren danwel de zorgverzekeraars zijn geen aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/18 EG of in de zin van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten.

146 Vznr. Rb. Amsterdam 29 oktober 2009, LJN: BK1681.

147 Vgl. Zorginkoopbeleid www.menziszorgkantoren.nl en zorginkoopbeleid www.uvitzorgkantoren.nl.

148 Zorgverzekeraars Nederland heeft in het kader van de zorginkoop een gezamenlijke leidraad voor de zorgkantoren opgesteld, *Zorginkoop AWBZ 2011, gezamenlijke leidraad voor de zorgkantoren*, 2010.

149 Vznr. Rb. Amsterdam 15 mei 2008, RZA 2008, 97; Vznr. Rb. Utrecht 31 maart 2008, LJN: BC9277; Vznr. Rb. Maastricht 30 augustus 2007, LJN: BB2601; Vznr. Rb. Arnhem 10 december 2010, LJN: BO9057.

5.4 *Daadwerkelijke sturing op vraag, doelmatigheid en kwaliteit minimaal*

De zorg pleegt te worden ingekocht in kavels waar het aanbodgerichte stelsel nog in terug te vinden is. Op zeer beperkte wijze wordt rekening gehouden met de wens van de cliënt of de samenhang van de zorgvraag met aanpalende zorg zoals de Wmo en de Zvw. Feitelijk plegen de zorginkoopvoorwaarden zoals die nu in de AWBZ en de nadere afspraken zijn neergelegd, die criteria te omvatten waaraan de betrokken zorgaanbieder op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen al aan dient te voldoen. Het huidige systeem in de care prikkelt de zorgverzekeraars onvoldoende om via de zorgkantoren de zorgaanbieders echt aan te zetten tot zuinige, zinnige en doelmatige zorg. Het systeem vormt een *counterveiling power* ten opzichte van de doelstelling van het inkoopstelsel zelf.

In de AWBZ is van een vrije keuze voor een bepaalde zorgverzekering geen sprake. Cliënten zijn afhankelijk van hun woonplaats voor het voorzien in de AWBZ-zorg. Het enige alternatief wat thans bestaat is het zelf zorg inkopen door middel van een Pgb. De omvang van een Pgb wordt uitgekeerd door het zorgkantoor, terwijl de hoogte van het Pgb lager is dan de kosten voor de zorg in natura zouden bedragen. De prikkels voor het zorgkantoor om goede en doelmatige zorg in te kopen en die zorg af te stemmen op de wens van de cliënt zijn minimaal. Dat wordt nog eens versterkt door het geheel ontbreken van financieel risico voor het zorgkantoor bij de uitvoering van de AWBZ. De juridische inbedding van verantwoordelijkheidsverdeling in de AWBZ is *houtje-touwtje* geconstrueerd. Zorgkantoren leggen geen verantwoording af voor de uitvoering van de AWBZ, dat zouden de individueel verantwoordelijke uitvoeringsorganen, de AWBZ-verzekeraars, moeten zijn. Uitvoeringsorganen zijn niet in staat om controle uit te oefenen op de manier waarop de zorgkantoren hun mandaat en volmacht uitoefenen. Tegelijkertijd is het toezicht van de NZa voor wat betreft uitvoeringstaken gebrekkig. De instelling van het Administratiebesluit op grond van artikel 40 AWBZ, voorziet slechts in controle op administratieve taken. De NZa kwalificeert deze situatie (terecht) zelf als een verantwoordingsvacuüm en een toezichtsvacuüm.¹⁵⁰ Vraagtekens kunnen eveneens worden gezet bij de rechtspositie van cliënten. De plicht zoals opgenomen in artikel 6, lid 3 AWBZ, is neergelegd bij de AWBZ-verzekeraar als uitvoeringsorgaan. De AWBZ-verzekeraar heeft echter het zorgkantoor gemachtigd om klachten van cliënten inhoudelijk te behandelen 'conform de Awb'. Cliënten zijn klagers en het uitvoeringsorgaan neemt beslissingen, gemandateerd aan het zorgkantoor. Weliswaar is de behandeling ingevuld aan de hand van de Awb, dat wil nog niet zeggen dat de Awb van toepassing is op beslissingen van het zorgkantoor, lees uitvoeringsorgaan, als het

150 Voor een uitgebreid overzicht van onmogelijkheden wat verantwoording en toezicht betreft vergelijk NZa-rapport: *Care voor de Toekomst: Uitvoeringstoets Overheveling zorgkantootaken: Voorstellen voor de korte en lange termijn 2007*.

gaat om het effectueren van de plicht tot het doen leveren van zorg. Uit de over de jaren gevoerde juridische procedures om effectuering van de zorg te bewerkstelligen, valt op te maken dat het niet voldoen aan de plicht tot het doen leveren van zorg in kort geding succesvol ter discussie kan worden gesteld. Verweren die zien op ontbrekend budget of ontbrekende plekken, kunnen de zorgkantoren in dat kader niet baten.¹⁵¹

Naast beperkingen in de verhouding zorgkantoor met binnen de regio gevestigde zorgaanbieders, biedt het systeem op dit ogenblik onvoldoende prikkels om toetreding van nieuwe zorgaanbieders of het toetreden van bovenregionale toetreders te bevorderen.¹⁵² Niet alleen maakt dat, dat gevestigde zorgaanbieders geen prikkels voelen om te ‘concurreren’, zorgkantoren maken het nieuwe zorgaanbieders bijzonder moeilijk tot de regio toe te treden door het hanteren van een zogenaamd minimaal ‘startbudget’. Eén van de voor de cliënt belangrijkste nadelen in het huidige systeem, is het gebrek aan uitkomstindicatoren, gebrek aan service en de beperkte mogelijkheden tot sturing van cliënten. Zorgkantoren sturen niet of nauwelijks op kwalitatief goede zorg (buiten de kaders van de Kwaliteitswet zorginstellingen), service, inzicht in wachtlijsten, kiesbeter.nl, innovaties (domotica), zorgbemiddeling en ketenzorg (dementie, CVA). Er is groot gebrek aan objectieve vergelijkende informatie van cliënten over de uiteenlopende kwaliteit en de resultaten van de ingekochte zorg.

5.5 *Zorgkantoren: het roer om?*

Alles bij elkaar is sprake van vermenging van verzekeringsaspecten en een voorzieningenwet.¹⁵³ Zowel de SER, de NZa als de Staatssecretaris van VWS zelf, zien de oplossing in een constructie waarvan de zorgkantoren of uitvoeringsorganen zoals thans bij AWBZ voorzien, geen onderdeel meer uitmaken.¹⁵⁴ Geen overheveling van de AWBZ naar de Zvw, maar de uitvoering door zorgverzekeraars van de AWBZ naast de Zvw voor eigen verzekerden ten aanzien waarvan een acceptatieplicht geldt. Een dergelijke constructie lost weliswaar een groot deel van de in paragraaf 5.3 gesignaleerde knelpunten op. Het roept ook nieuwe knelpunten op en laat reeds gesignaleerde knelpunten onaangeroerd.

151 Vgl. Vzng. Rb. Haarlem 7 december 2007, *RZA* 2008,5; Vzng. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, LJN: AA1045; Vzng. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, *JB* 1999/295; Hof 's-Gravenhage 23 december 1999, *RZA* 2000,23.

152 Bovenregionale overheveling van budgetten vindt zeer moeizaam plaats. Zorgkantoren zijn vaak niet bereid om een deel van hun contracteerruimte af te staan.

153 SER 2008, nr. 3.

154 SER 2008, nr. 3, p. 113 e.v.; NZA-rapport: *Care voor de Toekomst: Uitvoeringstoets Overheveling zorgkantoortaken: Voorstellen voor de korte en lange termijn* 2007, p. 47 e.v. en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31700 XVI, nr. 56; *Kamerstukken II* 2008-2009, 30597, nr. 128 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 30597, nr. 109.

Als *pro's* kunnen worden genoemd: één loket voor de cliënt/patiënt, samenhang tussen AWBZ en Zvw wat de ontwikkeling van ketenzorg ten goede zal komen, meer kansen voor nieuwe aanbieders en regionale aanbieders en verduidelijking van wettelijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Nieuwe kansen hebben onvermijdelijk ook *threats*.¹⁵⁵ Zo zal tegenover acceptatieplicht en financieel risico¹⁵⁶ sprake moeten zijn van een risicovereveningssysteem waaraan hoge eisen zullen moeten worden gesteld. Om risicoselectie te voorkomen moet de voorspelkracht van de ex-ante risicoverevening afdoende zijn gewaarborgd.¹⁵⁷ De huidige indicatiestelling zou bij die risicoverevening een rol kunnen spelen.¹⁵⁸ Er zijn vier specifieke kenmerken van de kostenstructuur in de AWBZ in vergelijking tot de Zvw:

- Grote verschillen in gemiddelde AWBZ-kosten per verzekerde tussen zorgverzekeraars onderling;
- Een relatief kleine groep gebruikers van AWBZ-zorg;
- Hoge kosten per gebruiker;
- Een hoge mate van voorspelbaarheid van AWBZ-kosten per individuele verzekerde.

Risicoverevening voor de AWBZ-kosten wordt wel bestempeld als complexer dan de risicoverevening voor het huidige basispakket van de Zvw.¹⁵⁹ Een dergelijk gewaarborgd AWBZ-risicovereveningssysteem is in de praktijk nog niet gerealiseerd. De overheveling van de GGZ-zorg naar de Zvw is nog altijd 100% ex-post gecompenseerd. Een realistisch perspectief lijkt nog niet voor handen al is vanuit Zorgverzekeraars Nederland een risicoverevening voor de GGZ volop in ontwikkeling.¹⁶⁰ Het is de vraag of een geborgde risicoverevening of bij gebreke van een deugdelijke verevening, budgettering, ook voldoende maakt dat zorgverzekeraars de zorginkoop zullen inrichten op basis van de kwaliteit van de zorg met bijbehorende vergoeding, zonder de financiële gevolgen de beslissende stem te geven. Zorgverzekeraars Nederland kwalificeert de overheveling als een

155 In de uitvoering van de overheveling ware eveneens aandacht te besteden aan de eventuele aanbestedingsplicht. Vergelijk ZN-circulaire van 14 oktober 2005.

156 In vergelijkende zin Schut, Van de Ven en Varkevisser 2010 wat het samengaan van prijsconcurrentie en een macrobudget betreft, in Prijsconcurrentie gaat niet samen met macrobudget ziekenhuizen, *ESB* 95(4587) 11 juni 2010.

157 Mogelijke beperkingen op grond van EU-regels aan de inrichting van een dergelijk systeem laat ik in mijn bijdrage buiten beschouwing. Het gaat dan om regels voor diensten van algemeen economisch belang, respectievelijk staatssteun, bijzondere en exclusieve rechten in samenhang met vrij verkeer en misbruik van economische machtspositie en de schadeverzekeringsrichtlijnen.

158 In die zin ook Schut en Van de Ven 2010.

159 Van de Ven 2005.

160 Vergelijk Schut en Van de Ven 2010.

grote druk om tot goede en doelmatige zorg te komen.¹⁶¹ De druk zal in ieder geval wel gevoeld worden daar waar het goedkopere en efficiëntere inzet van zorg betreft. Of de druk ook wordt gevoeld als het gaat om de kwaliteit van zorg, zorgbemiddeling, service e.a., is en blijft ook na de overheveling of het behouden van de budgettering afhankelijk van de inspanningsverplichtingen van zorgverzekeraars: de overheveling lost die knelpunten niet of nauwelijks op. Zoals ik hiervoor al in paragraaf 5.3 uiteen heb gezet biedt het wettelijk kader ook ná overheveling onvoldoende duidelijke normen of vastgelegde prestaties met het oog op de toegankelijkheid, kwaliteit en de doelmatigheid van de zorg.

Tot nog toe gaan alle adviezen en beleidsstukken uit van het belang van een publiekrechtelijk verankerde indicatiestelling. Daarmee blijft de ongelijkheid in het systeem bestaan waarin de een bepaalt zonder te hoeven betalen en de ander betaalt zonder te hoeven bepalen. Een overheveling voorzien van een gewaarborgde risicoverevening maakt dat niet anders. Noch maakt publiekrechtelijke verankering van het CIZ de huidige werkwijze bij het indiceren anders. Wettelijke verankering lost niet op dat de zorgkantoren en zorgverzekeraars (in geval van overheveling) zelf de beslissing zouden behoren te nemen waaruit het recht op zorg bestaat, waarvoor zij betaalt. Het recht op zorg en de toegang tot dat recht zijn zo verknocht, dat zij idealiter tot eenzelfde verantwoordelijkheid zouden behoren te worden gerekend.¹⁶² Het beslissen en betalen in één hand vormen een incentive voor de zorgkantoren en zorgverzekeraars (na overheveling¹⁶³) verantwoordelijkheid te nemen en te voelen voor de zorg die zij inkopen voor hun verzekerden. De taak van het CIZ zou dan de oorspronkelijk in de AWBZ toebedeelde adviestaak zijn. Daarmee zou de *financiële drive* kunnen worden gelardeerd met een *zorginhoudelijke drive*. Verzekerden hebben in dat geval daadwerkelijk één loket: het zorgkantoor c.q. de zorgverzekeraar. Het verschil is dat de zorgverzekeraar de beslissing neemt, waarmee deze verantwoordelijk wordt voor indicatiebesluit en zorgtoewijzing. De Awb voorziet de zorgverzekeraar van de wettelijke waarborgen hoe om te gaan met het CIZ-advies: artikelen 2:4 (verbod vooringenomenheid), 3:9 (onderzoeksplicht), 3:49, 3:50 (motiveringsplicht) en 3:5 (zorgvuldige voorbereiding) Awb.

5.6 Richtinggevende uitvoeringsindicatoren

Concrete invulling van een kwaliteitskader – wat verder dient te gaan dan een minimaal aanvaardbaar kwaliteitsniveau – is van belang ongeacht overheveling naar de zorgverzekeraars of indicatiestelling in handen van zorgkantoren of zorgverzekeraars. Kwaliteit zit in het product en niet als iets dat erbij wordt gecon-

161 Hasekamp en Verbeek 2010.

162 Van der Most 1999, p.14.

163 De AWBZ verzet zich niet tegen het ook na overheveling uit blijven laten voeren van de AWBZ door een ander dan de betrokken zorgverzekeraar.

tracteerd. Dat kwaliteitskader legt de basis voor een evenwichtigere zorginkoop door invulling te geven aan het startpunt voor de eerder genoemde *zorginhoudelijke drive*. Verankering kan worden nagestreefd van indicatoren waaraan uitvoering van de AWBZ zowel wat betreft invulling van de zorgplicht als de zorginkoop dient te voldoen: te denken valt dan aan preventie, innovatie, ketenzorg, prestatie-indicatoren, bemiddeling en ondersteuning bij de keuze voor de zorg e.a.. Een wettelijke basis met toezicht op dat richtinggevend kader verdient gezien de gebrekkige totstandkoming van inkoop gericht op kwaliteit de voorkeur.¹⁶⁴ Het ligt voor de hand de wettelijke verankering rondom artikel 16 AWBZ te bewerkstelligen en het toezicht daarop onder te brengen bij de NZa. De aansluiting tussen zorgkantoor of zorgverzekeraar en cliënt in de AWBZ-zorg, dient op die wijze tot stand te worden gebracht dat de betrokkenheid van de zorgverzekeraar bij de cliënt zichtbaar en voelbaar is. Zorgkantoren en zorgverzekeraars zijn nauwelijks op de hoogte van de cliënt en diens voorkeuren. Het adagium ‘Ken je cliënt’, zou invulling kunnen krijgen door op actieve wijze te doen aan *health intelligence*: het op structurele wijze in kaart brengen van de wensen van de cliënt, mogelijkheden op de zorgmarkt en het meten van kwaliteit bij wege van uitkomstdata. Een deel van die *health intelligence* kan in het verlengde van hetgeen De Groot in zijn preadvies voorstelt gezamenlijk worden verzameld. Een groot deel ook niet, nu de kenmerken van de care-populatie en de benodigde zorg zich moeilijk laat vatten in termen van aantallen operaties en mortaliteit. Gezien het politieke spectrum en de stroperigheid van besluitvorming, is het de vraag of de AWBZ-zorg nog zou moeten wachten met het invullen van de *health intelligence*: 1 miljoen indicaties per jaar, 600.000 extramurale cliënten, ruim 250.000 intramurale cliënten. Een kwetsbare groep mensen zou niet langer behoren te wachten op de invulling van de eigen belangen gemoeid met de zorginkoop (door nu nog de zorgkantoren). Daar is des te meer reden voor in het tijdperk vóór de overheveling, nu met de voeten stemmen niet tot de mogelijkheden behoort en zorgkantoren geen enkel financieel risico lopen.

6 Ter overweging

Nog al te vaak wordt de care verdrongen door het belang dat de cure in het Nederlandse gezondheidstelsel inneemt. Ten onrechte naar mijn smaak. In de care dient voortvarend te werk te worden gegaan. Ik heb getracht peilers te belichten waarin vraaggestuurde transformatie van de care voor de cliënt van wezenlijk belang is. Belangen die ook een verankering behoren te krijgen in het carestelsel zelf. Voortvarend te werk gaan kan eerst na bedachtzaam wegen, wegen welk

164 Voorheen werden afspraken gemaakt bij wege van convenant waarin bovendien nog eens werd benadrukt dat aan de inhoud ervan partijen niet juridisch waren gebonden.

pakket nog tot de care zou behoren en vanuit welke wettelijke basis in die zorg ware te voorzien. De wettelijke basis van de care heeft zich gedurende een halve eeuw als vanzelf ingericht, emerging solutions hebben gemaakt dat het wettelijke stelsel met de AWBZ, Wmo en Zvw als uitgangspunt kan gelden. Of het huidige kabinet voortvarend te werk zal gaan bij de positionering van het carestelsel is nagenoeg onbekend. Inmiddels heeft de staatssecretaris van VWS de beleidsdoelstellingen bekend gemaakt.¹⁶⁵ Eén ding is zeker: bedachtzaam wegen is een vereiste en vergt daadkracht!

Stellingen

1. Prioritering en positionering van het huidige carepakket is geboden. Dat houdt in dat het carepakket los van de wettelijke verankering zal moeten worden herzien.
2. Indicering van de zorg bij wege van zzp's en ezp's zonder flankerende waarborgen voor de zorginhoud stimuleren het vraaggestuurde streven in de AWBZ-zorg gestoeld op persoonsvolgende bekostiging niet, maar maken cliënten louter tot een risicoprofiel. De plaats van een zorgplan en een zorgovereenkomst behoort een centrale te zijn in een vraaggestuurde AWBZ-zorg. De zorgvraag van de cliënt dient te worden ingevuld om zo cliënten (of hun vertegenwoordigers) bewust te maken van de mogelijkheden binnen het beschikbare zorgaanbod. Op die wijze geef je de cliënt ook een keuze, waaronder de keuze om de zorg beter afgestemd op de persoonlijke situatie af te nemen van een andere zorgaanbieder.
4. Voor een vruchtbare overheveling van de AWBZ naar de zorgverzekeraars zonder bedreiging in de vorm van risicoselectie is een geborgd risicovereveningssysteem van groot belang. Een dergelijk systeem zou mede kunnen worden gestoeld op de indicatiestelling in de vorm van zzp's en ezp's.
5. Het recht op zorg en de toegang tot dat recht zijn zo verknocht, dat zij idealiter tot eenzelfde verantwoordelijkheid zouden behoren te worden gerekend. Het beslissen en betalen in één hand vormen een incentive voor de zorgkantoren van nu en zorgverzekeraars (na overheveling) verantwoordelijkheid te nemen en te voelen voor de zorg die zij inkopen voor hun verzekerden. Daarmee zou de *financiële drive* kunnen worden gelardeerd met een *zorginhoudelijke drive*. Verzekerden hebben in dat geval daadwerkelijk één loket: het zorgkantoor c.q. de zorgverzekeraar.
6. De spelers in de care zouden gestimuleerd dienen te worden bij het sturen van de zorginkoop op basis van *health intelligence*. Die zorginkoop dient met de nodige zorginhoudelijke waarborgen te worden ingekleed, bij voorkeur via de AWBZ zelf. Dit geldt ongeacht of de AWBZ en de zorginkoop worden uitgevoerd door zorgkantoren of de betrokken zorgverzekeraars zelf naast de Zvw.

165 Brief staatssecretaris van VWS 28 januari 2011, *Vertrouwen in de zorg*, kenmerk MEVA/AEB-3048722.

Literatuur

Achtergrondrapportage en benchmark, Transitie naar toekomstbestendige zorg, Utrecht: Actiz, organisatie van zorgondernemers, 1 oktober 2010.

J.M. Boot en M.H.J.M. Knapen, *De Nederlandse Gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2005.

M.A.J.M. Buijsen, 'Solidariteit in de zorg op de helling', *PVH* 12^e jaargang 2005.

D. Callahan, *Setting Limits, Medical Goals in an Aging Society*, New York: Simon and Schuster 1989.

CPB-document, no 122, *Handle with care! Sturingsmodellen voor een doelmatige ouderenzorg*, Den Haag: CBP juni 2006.

College voor Zorgverzekeringen, *Toekomst AWBZ*, rapport uitgebracht aan de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Diemen, 26 augustus 2004.

College voor zorgverzekeringen, *Zorg en participatie gegarandeerd: Een uitwerking van het rapport toekomst AWBZ*, Diemen, november 2005.

College voor zorgverzekeringen, *Van grondslagen naar cliëntprofielen, een oplossing voor onnodige bureaucratie*, Diemen 1 november 2010.

J. van Doorne-Huiskes e.a., *Moderne sociale dilemma's*, Amsterdam: SISWO/NSV-reeks 1999.

J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, H. Nys en H.D.C. Roscam Abbing, *European Journal of Health Law* 2004, Martinus Nijhoff Publishers 2004.

Kiezen en delen. Rapport van de commissie Keuzen in de Zorg. Den Haag: Distributiecentrum DOP, 1991.

J.K.M. Gevers, De toepassing van de WGBO in a-typische situaties, *TvGR* 1996 nr. 1.

J.K.M. Gevers, 'The Right to Health Care in Dute e.a.' *European Journal of Health Law*, Koninklijke Brill N.V. 2004.

J.K.M. Gevers, 'De Wcz; achtergrond, opzet en reikwijdte', *TvGR* 2010, 8.

G.R.J. de Groot, 'Wachlijsten in de gezondheidszorg', *TvGR* 1996-2.

G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 1998.

G.R.J. de Groot, *Aanspraken op zorg ingevolge de AWBZ en kostenbeheersing*, Den Haag, 2000, p. 20-21.

G.R.J. De Groot, *Zorg, Schaarste en Recht: Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg*, (preadvies) Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht 2002.

P.F. Hasekamp en M.C.M. Verbeek in reactie op: 'Uitvoering AWBZ door zorgverzekeraars onverstandig', *ESB* 95(4593) 17 september 2010.

A.C. Hendriks, *De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2009.

S. Jedeloo en A.J.P. Schrijvers, *Landelijk klanttevredenheidsonderzoek CIZ onder AWBZ-aanvragers*, Utrecht: Julius Centrum voor Gezondheidswetenschappen en Eerstelijngeneeskunde UMC Utrecht januari 2007.

Kiezen en delen; rapport van de commissie Keuzen in de zorg (Commissie Dunning), Rijswijk: ministerie van Welzijn Volksgezondheid Cultuur, 1991.

Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, Sent e.a., *Crisisrisico's in het publieke domein*, dat deel uitmaakt van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde. Preadviezen 2010, *Nederland na de crisis*, Den Haag: SDU Uitgevers 2010.

12. *Langdurige zorg. Rapport brede heroverwegingen*, april 2010, Rapport Inspectie der Rijksfinanciën, Bureau Beleidsonderzoek.

H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1997.

E.W.M. Meulemans, 'De zorgplicht van de staat', *TvGR* 1995, nr. 3, p. 265.

Modernisering zorgsector: Weloverwogen verder, 's Gravenhage: Sdu 1992.

J.M. van der Most, 'De zorgplicht en zijn grenzen', *Zorg en Verzekering*, 1995, maart 96-108.

J.M. van der Most, 'Indicatieadvisering in de AWBZ. Wettelijk geregelde duisternis', *TvGR* 1999, nr.1.

J.M. van der Most, 'De zorgelijke staat van de AWBZ', *TvGR* 2009/4.

Naar een toekomstbestendige AWBZ: een christendemocratische visie op de langdurige zorg, 30 juni 2008, publicatie van het Wetenschappelijk Instituut van het CDA.

NRV (Nationale Raad voor de Volksgezondheid) *Indicatiestelling en zorg op maat*, Zoetermeer: 1994

Notitie Treekoverleg, 3 april 2000, zoals tot stand gekomen tussen KNMG, Orde van Medisch Specialisten, LHV, VAZ, KNMP, het Paramedisch Verband, NMT, LVT, Arcares, GGZn, VGN en Zorgverzekeraars Nederland.

NZa-rapporten

Uitvoeringstoets Care voor de toekomst. Voorstellen voor de korte en de lange termijn, Utrecht: NZa 2007

Uitvoeringstoets Overheveling somatische revalidatiezorg van AWBZ naar Zvw Tweede deel, Utrecht NZa december 2010.

M. Offerman, 'Invoering van de zorgzwaartebekostiging in de intramurale AWBZ', *TvGR* 4 juli 2009, nr. 4.

A. Querido, *Godshuizen en gasthuizen. Een geschiedenis van de ziekenverpleging in West-Europa*, Wetenschappelijke Uitgeverij Amsterdam, 1967 2^e druk.

Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, *Indicatiestelling Omstreden toegang tot de zorg*, Den Haag: juni 2010.

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Signalementen RVZ, *Houdbare solidariteit in de gezondheidszorg*, Zoetermeer 2005. (a)

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Mensen met een beperking in Nederland, De AWBZ in perspectief*, advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Zoetermeer: 2005. (b)

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Signalementen RVZ, *Houdbare solidariteit in de gezondheidszorg*, door drs. P.P.T. Jeurissen, Zoetermeer 2005.

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2008, *Beter zonder AWBZ?*, advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Zoetermeer 2008.

H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot, *Zorg, schaarste en recht, Solidariteit en individuele vrijheid: vrijheid in gebondenheid*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2002.

F.T. Schut, W.P.M.M. van de Ven en M. Varkevisser, 'Prijsconcurrentie gaat niet samen met macrobudget ziekenhuizen', *ESB* 95(4587) 11 juni 2010.

F.T. Schut en W.P.M.M. van de Ven, 'Uitvoering AWBZ door zorgverzekeraars onverstandig', *ESB* 95(4591), 20 augustus 2010.

SER, *Advies inzake een verzekering tegen zware geneeskundige risico's*, advies uitgebracht aan de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, 1965.

SER, *Langdurige zorg verzekerd: Over de toekomst van de AWBZ*, advies uitgebracht aan de Staatssecretaris van VWS, 2008.

SER, *Evenwichtig Ondernemingsbestuur*, advies uitgebracht aan de Minister van Economische Zaken, de Minister van Financiën, de Minister van Justitie en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag: 2008.

J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling', *TvGR* 2010-8.

B. Sluijters en M. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005.

K. Stronks, L.J. Gunning-Schepers en G.A. den Hartogh, 'Selectie van basisvoorzieningen met de trechter van Dunning. Toch een politieke discussie'; *Medisch Contact*, 50e jaargang nr. 43. 1995.

Tweede Kamer der Staten-Generaal. 1992a. *Modernisering Zorgsector. Weloverwogen Verder*. Kamerstukken II, 1991-1992, 22393, nr. 20. 's-Gravenhage: SDU.

W.P.M.M. van de Ven, *Second Opinion "Risicoverevening AWBZ. Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het secretariaat van de IBO-werkgroep "Romp-AWBZ"*, december 2005.

Vraaggerichte zorginkoop voor langdurige zorg in de AWBZ, Onderzoek ten behoeve van 'Cliëntenmonitor AWBZ' een project van samenwerkende landelijke cliëntenorganisaties, Barneveld: Significant B.V. juni 2010.

Werkgroep langdurige zorg, *Rapport brede heroverwegingen*, april 2010.

T. van Willigenburg, *Communitarian Illusions. Or why the Dutch proposal for setting priorities in health care must fail*, blz. 49-52, *Health Care Analysis*. 1993.

World Health Organization, *The Right to Health*: 2008, no. 31.

WRR (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), *Volksgezondheidszorg*, rapport nr. 52, Den Haag: SDU uitgevers 1997 no. 5.

Zicht op zorg. Plan van aanpak Modernisering AWBZ, Den Haag: Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport 1999.

Zorg in het regeerakkoord, bestuurlijk/wetgevend programma zorgsector 1995-1998, Den Haag: Sdu 1995.

Zorgbalans 2010. De prestaties van de Nederlandse Zorg, Bilthoven: Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu 2010.

Zorginkoop AWBZ 2011, gezamenlijke leidraad voor de zorgkantoren, Zorgverzekeraars Nederland April 2010.

Deel 3

De schuivende panelen van de zorgverzekering

Mr. G.R.J. de Groot*

* Rolf de Groot is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag.

1 Inleiding

Op 1 januari 2006 traden de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi) in werking, later dat jaar gevolgd door de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Dit samenstel van wetgevende maatregelen wordt vaak, zonder onderscheid naar de samenstellende delen ervan, aangeduid als 'het nieuwe zorgstelsel'. Na vijf jaar is het zeker een geschikt moment voor reflectie. Dit deel van het preadvies beoogt die reflectie te bieden met betrekking tot de zorgverzekering. Het is geen wetsevaluatie in de gangbare betekenis van systematische evaluatie van de doeltreffendheid en effecten van een wettelijke regeling. Allereerst heeft een dergelijke evaluatie al plaatsgevonden¹ en herhaling daarvan ligt niet voor de hand. Bovendien is de juridische invalshoek, van waaruit dit preadvies is geschreven, te beperkt om daarop een wetsevaluatie in de ware zin te grondvesten. In het bijzonder een bijdrage vanuit de (gezondheids)economische discipline zou daarbij immers niet mogen ontbreken.

Een preadvies dwingt tot keuzes en beperkingen. De reflectie heeft dan ook allerm minst de ambitie alle facetten van de zorgverzekering te omvatten. Er zijn veel boeiende onderwerpen die moeten blijven rusten, zoals de risicoverevening, het zorginkoopproces, verticale integratie, de verzekerde in het buitenland, privacyvragen en menig ander thema. De keuze was onvermijdelijk een enigszins subjectieve, maar was gericht op die onderwerpen die het meest direct de consument, verzekerde en patiënt raken of verband houden met diens relatie met de zorgverlener. Men kan ook zeggen: de onderwerpen die het meest verwant zijn aan het klassieke gezondheidsrecht. Centraal staat daarbij de vraag: welke ontwikkelingen, knelpunten en perspectieven hebben zich afgetekend in de ontwikkeling van de centrale begrippen van de zorgverzekering?

Na een terugblik op de lange voorgeschiedenis wordt in § 2 kort ingegaan op de ambities die de wetgever voor ogen stonden, in § 3 gevolgd door een beknopte schets van opzet en rechtskarakter van de verzekering. In § 4 gaat het om de 'moleculaire structuur' van de zorgverzekering, de rechtsverhouding tussen verzekerde, zorgverzekeraar en zorgaanbieder. Vervolgens wordt in § 5 vrij uitgebreid ingegaan op de criteria voor de bepaling van de verzekeringsdekking, in

1 W.P.M.M. van de Ven e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, Den Haag: ZonMw 2009; tegelijkertijd verscheen R.D. Friele (red.), *Evaluatie Wet marktordening gezondheidszorg*, Den Haag: ZonMw 2009. Artikel 125 Zvw schreef voor dat de minister binnen vijf jaar na inwerkingtreding een verslag over de doeltreffendheid en effecten van de wet aan de Staten-Generaal diende toe te zenden. Zie voor de kabinetsreactie op de evaluaties brief minister van VWS aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689 en 32 123 XVI, nr. 282. Zie ten slotte voor commentaar op de evaluatie J.M. van der Most, 'De gezondheid van de zorgverzekering. Een evaluatie van de Zorgverzekeringswet', *TvGR* 2010, p. 426-443.

§ 6 gevolgd door een bespreking van de belangrijke ontwikkelingen in de toepassing van het verzekeringsstelsel. Vervolgens wordt in § 7 de aandacht op de rol van de verzekerde gericht en de mogelijkheden die de zorgverzekering biedt voor ziektepreventie. § 8 betreft het ontluikende perspectief van kwaliteitsgerichte competitie en de rol die zorgverzekeraars daarbij kunnen vervullen. In § 9 worden de ‘schuivende panelen’ nog eens kort belicht en samengevat.²

2 Historie en ambities

2.1 Voorgeschiedenis

Beleid ten aanzien van ziektekostenverzekeringen is in Nederland een zaak van lange adem. Nadat in o.a. Duitsland al sinds 1883 de arbeidersverzekering tegen de gevolgen van ziekte wettelijk was geregeld, bleef in Nederland het ziekenfondsstelsel tot in de eerste helft van de 20e eeuw onderontwikkeld.³ Voor het eerst kwam wetgeving tot stand, doordat de Duitse bezetter in 1941 de totstandkoming daarvan afdwong in het streven naar ‘wirtschaftliche Eingliederung der Niederlande in den großeuropäischen Wirtschaftsraum.’⁴ Het Ziekenfondsenbesluit 1941, met drie Uitvoeringsbesluiten, introduceerde voor verzekerden beneden de loongrens de verplichting zich aan te sluiten bij een ziekenfonds. Niet alleen voor de premiestelling maar ook voor de verstrekkingen werd een voor iedereen gelijke regeling getroffen. Deze regeling bleef ruim 20 jaar van kracht, tot de inwerkingtreding van de Ziekenfondswet (Zfw) in 1965. Voor alle ingezetenen gold vanaf 1968 bovendien de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), die dekking ging bieden voor risico’s die moeilijk of niet verzekeraar werden geacht, zoals langdurige verpleeghuis- of gehandicaptenzorg.

Aan de sociale ziektekostenverzekeringen is zonder twijfel te danken dat de gezondheidszorg zich in de na-oorlogse jaren heeft kunnen ontwikkelen tot het nu bereikte niveau van voorzieningen. Zonder deze zou de ziekenhuiszorg letterlijk de ruïnes van de oorlogsjaren niet te boven zijn gekomen. Financiële drempels van enige betekenis stonden niet langer in de weg aan het gebruik maken

2 Dit preadvies zou zeker niet binnen de beschikbare tijd gereed zijn gekomen zonder de niet aflatende steun en toewijding van Elize Michels, support lawyer bij de sectie Gezondheidszorg van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

3 Zie voor de geschiedenis van het ziekenfondswezen L.S. Godefroi, *Het ziekenfondswezen in Nederland*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1963; H. Roscam Abbing en F.F.H. Rutten, *Verleden en toekomst van het ziektekostenverzekeringsstelsel in Nederland*, Deventer: Kluwer 1985; K.P. Companje (red.), *Tussen volksverzekering en vrije markt*, Amsterdam: Aksant 2008.

4 K.P. Companje (red.), *Tussen volksverzekering en vrije markt*, p. 482-488; M. van Bottenburg, G. de Vries en A. Mooij, *Zorg tussen staat en markt*, p. 54-55.

van de zich steeds uitbreidende voorzieningen. Door de uitbreiding van het aanbod van zorg en de stijging van de kosten daarvan werd voor nagenoeg alle niet-ziektenfondsverzekerden het sluiten van een ziektekostenverzekering met een toereikende dekking noodzakelijk. Daardoor ontwikkelde zich in de naoorlogse jaren een stelsel van particuliere ziektekostenverzekeringen, uitgevoerd door verzekeraars die voor een deel voortkwamen uit de ziekenfondsen. De tweedeling in de ziektekostenverzekering werd daarmee bestendigd.

De ontwikkeling van het verzekeringsstelsel werkte een voortdurende kostenstijging in de hand. Daarom werd wetgeving geïntroduceerd om de kosten van gezondheidszorg te beteugelen. Die tendens zien we in nagenoeg alle West-Europese landen: de eerste fase van de opbouw van een sociaal ziektekostenstelsel werd gevolgd door een tweede fase van wetgeving waarmee het aanbod van zorg aan tal van regels werd onderworpen: regulering van de prijzen en instellingsbudgetten,⁵ de arbeidsvoorwaarden,⁶ de inkomens van vrije beroepsbeoefenaren,⁷ de bouw van zorginstellingen,⁸ de planning van de ziekenhuiscapaciteit⁹ en de kostbare topklinische zorg;¹⁰ wetgeving die erop gericht was de kosten van de zorg te beheersen en tegelijkertijd een toereikend en kwalitatief goed zorgaanbod te waarborgen. In de geest van het poldermodel werd de toepassing van deze wetgeving omgeven met diverse overlegstructuren waarin de organisaties van zorgaanbieders, ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars participeerden. Het steeds dichter geworden web van plannen, wetten, regels en afspraken bracht echter niet wat ervan werd verwacht. Vanaf medio jaren '80 werd daarom gezocht naar nieuwe wegen om te komen tot een beheerste kostenontwikkeling met behoud van de verworvenheden van de gezondheidszorg. Een markant moment in deze ontwikkeling is het rapport van de Commissie-Dekker uit 1987.¹¹ Daarin werd een ingrijpende herziening van het stelsel van ziektekostenverzekeringen geadviseerd. Er zou een basisverzekering moeten komen,

-
- 5 Aanvankelijk door toepassing van de Prijzenwet, later via de Wet ziekenhuistarieven (WZT) en vanaf 1982 de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG).
 - 6 Regulering van arbeidsvoorwaarden heeft plaatsgevonden op grond van de Tijdelijke Wet Arbeidsvoorwaarden collectieve sector (TWACS) en daarna de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS).
 - 7 Aanvankelijk eveneens door toepassing van de Prijzenwet, vervolgens via de Tijdelijke Wet normering inkomens vrije-beroepsbeoefenaren (TWN), daarna de Wet inkomens vrije beroepsbeoefenaren.
 - 8 Op grond van de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV), vervangen door de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi).
 - 9 Op grond van de WZV.
 - 10 Aanvankelijk op grond van de WZV, later op grond van de Wet bijzondere medische verrichtingen (WBMV).
 - 11 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, *Bereidheid tot verandering*, Den Haag: 1987.

die van rechtswege verplicht zou zijn voor iedere ingezetene. De nieuwe verzekering zou het grootste deel van het ziekenfonds- en AWBZ-pakket moeten omvatten. Om een evenwichtige verhouding tussen vraag en aanbod te bevorderen, zouden verzekeraars met elkaar moeten concurreren om de gunst van de verzekerden; tegelijk zou het aan verzekeraars worden overgelaten in vrije onderhandeling te komen tot overeenkomsten met zorgaanbieders; ook tussen aanbieders onderling zou daardoor concurrentie ontstaan. Door de concurrentie op twee vlakken – verzekeraars onderling en aanbieders onderling – zouden, zo werd verwacht, kostenverlaging en lagere premies resulteren. Veel van het gedachtegoed van de Commissie-Dekker zien wij bijna twintig jaar later terug in de Zvw en Wmg. Deze ontwikkeling markeert een derde fase in de historie van de zorgstelsels: na de fase van opbouw van het sociale ziektekostenstelsel en de fase van aanbodregulering ter beheersing van de kosten en tot bevordering van doelmatigheid, volgt in Nederland, net als in tal van andere West-Europese landen, een derde fase waarin het streven is de regels uit te dunnen en ruimte te bieden voor ondernemerschap en concurrentie.¹²

In de periode 1987-1993 hebben de achtereenvolgende staatssecretarissen Dees en Simons hervormingsplannen het licht doen zien, die waren geïnspireerd op het plan-Dekker.¹³ Het bleef echter bij partiële hervormingen. Ziekenfondsverzekerden kregen de vrijheid zelf hun ziekenfonds te kiezen. Voor de ziekenfondsen ging een stelsel van normuitkeringen gelden, via de centrale kas gefinancierd met inkomensafhankelijke premies. Ter aanvulling daarvan ging het ziekenfonds een nominale premie vaststellen. Deze duale financieringsmethode komt terug in de Zvw. Het in 1994 aangetreden kabinet-Kok nam afstand van de ambitie te komen tot een brede basisverzekering, maar koos voor de weg van geleidelijkheid.¹⁴ In de curatieve sector ('tweede compartiment') werd 'convergentie' beoogd van ziekenfonds- en particuliere ziektekostenverzekering. Beide verzekeringen zouden eenzelfde verzekerd pakket moeten kennen. Ook de methoden van premieheffing zouden naar elkaar toe moeten groeien.¹⁵ De convergentie werd niet wettelijk geregeld, maar werd in stilte tot stand gebracht door de particuliere ziektekostenverzekeraars.

12 Zie uitvoeriger over deze 'drie-fasen theorie' David M. Cutler, 'Equality, Efficiency, and Market Fundamentals: The Dynamics of International Medical-Care Reform', *Journal of Economic Literature*, Vol. 40, No. 3 (Sep. 2002), p. 881-906.

13 Zie achtereenvolgens 'Verandering verzekerd', *Kamerstukken II* 1987/88, 19 945, nrs. 27-28 en 'Werken aan zorgvernieuwing', *Kamerstukken II* 1989/90, 21 545, nr. 2.

14 'Zorg in het regeerakkoord', *Kamerstukken II* 1994/95, 24 124, nr. 2.

15 Zie ook 'Kostenbeheersing in de zorgsector', *Kamerstukken II* 1994/95, 24 124, nr. 2, p. 45-53.

In 2001, tegen het einde van de regeerperiode van het tweede paarse kabinet, verscheen de nota 'Vraag aan bod'.¹⁶ Deze nota bevatte opnieuw de twee sporen die al in 'Bereidheid tot verandering' waren ontvouwd: het tot stand brengen van een verplichte algemene verzekering tegen ziektekosten, alsmede herziening van de sturing van de zorg. De zorgverzekeraars zouden een regierol gaan vervullen en zowel tussen verzekeraars onderling als tussen zorgaanbieders onderling zou concurrentie op gang moeten komen. Er moesten belangrijke keuzes worden gemaakt. Niet de geringste daarvan was de keuze van het rechtskarakter van de nieuwe verzekering: publiekrechtelijk, zoals in alle eerdere beleidsvoornemens stond, of privaatrechtelijk, waarnaar de voorkeur van het inmiddels aangetreden kabinet-Balkenende uitging? Een privaatrechtelijke uitvoering door schadeverzekeraars riep echter de vraag op of de zorgverzekering inpasbaar zou zijn in het stelsel van de Europese richtlijnen inzake het directe schadeverzekeringsbedrijf. Met name de derde richtlijn is hierbij van belang.¹⁷ De richtlijnen behelzen een harmonisatie van de voorwaarden voor het verzekeringsbedrijf en stellen onder andere eisen aan de financiële bedrijfsvoering, solvabiliteitsmarges en reservevorming. Wanneer een schadeverzekeraar eenmaal aan de eisen van de richtlijnen voldoet, komt hem alle vrijheid toe bij de uitoefening van het verzekeringsbedrijf, een vrijheid die de lidstaten in principe niet mogen beperken. Voor de ziektekostenverzekering zijn dergelijke beperkingen echter wel nodig, bijvoorbeeld ten aanzien van de acceptatieplicht, de omvang van de verzekeringsdekking en de premiestelling. De toetsing aan de richtlijnen dreigde dus een *show stopper* te worden. Het beeld leek niet rooskleurig.¹⁸

Minister Hoogervorst trok echter de stoute schoenen aan en trad in overleg met de toenmalige Eurocommissaris Bolkestein. Deze bevestigde zijn conclusies met een brief van 25 november 2003. De Eurocommissaris vertolkte daarin met 'sprankelende lichtvoetigheid'¹⁹ zijn zienswijze dat een uitzonderingsbepaling in artikel 54 van de Derde richtlijn schadeverzekeringen ruimte bood voor verdergaande voorwaarden en beperkingen dan overigens uit de richtlijnen voortvloeide; de bepaling was speciaal geschreven voor ziektekostenverzekeringen. Zij liet de lidstaten een zekere ruimte om ter bescherming van het algemeen belang

16 'Vraag aan bod', *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 1.

17 Richtlijn 92/49/EEG, Pb EEG 1992, L228/1.

18 Interdepartementale Commissie Europees Recht, *Europeesrechtelijke aspecten van het stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag: ministerie van VWS 2001; Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Gezondheidszorg in Europa: een kwestie van kiezen*, Zoetermeer: 2002; B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht*, Den Haag: 2002. Zie ook J.W. van de Gronden, A. Klink, *Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004.

19 G. Vonk, 'Europees sein op groen voor het nieuwe Nederlandse zorgverzekeringsstelsel', *SEW* 2004, p. 472.

dat met de ziektekostenverzekering is gemoeid nadere wettelijke bepalingen vast te stellen waaraan deze verzekering moet voldoen. Gegeven de ruime uitleg waarvoor de Eurocommissaris koos, zou Nederland de noodzakelijke voorwaarden op het punt van onder andere acceptatieplicht, de omvang van de verzekeringsdekking en de premiestelling kunnen invoeren. Bolkestein voegde daaraan wel de waarschuwing toe dat dergelijke voorwaarden en beperkingen ‘objectively necessary and proportionate tot the objective pursued’ moesten zijn.

De brief van Bolkestein, hoe lichtvoetig ook, werd voldoende geacht om het wetgevingsproces ter hand te nemen.²⁰ Na een jaar van voorbereiding werd het voorstel van Zvw op 17 december 2004 bij de Tweede Kamer ingediend. Hoewel het een bewerkelijk wetgevingstraject was – de parlementaire geschiedenis omvat drie ordners – haalde het wetsvoorstel met verbluffend tempo de eindstreep: op 14 juni 2005 werd het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen, op 1 november 2005 verscheen de Zvw in het Staatsblad.²¹ Op 1 januari 2006 trad de Zvw in werking.

Het was duidelijk dat de geesten rijp waren voor hervorming. Niettemin, een klein wonder was geschied.

2.2 *Grote ambities*

Vertrekpunt in de memorie van toelichting op de Zvw is dat de overheid, op grond van de Grondwet en internationale verdragen, zorg moet dragen voor een stelsel van gezondheidszorg dat de burger toegang geeft tot noodzakelijke, kwalitatief goede medische zorg.²² De publieke belangen die bij de stelselherziening zijn betrokken, worden ook wel aangeduid met de begrippen kwaliteit, doelmatigheid en betaalbaarheid;²³ begrippen met een hoge abstractiegraad die in de toelichting nauwelijks nader worden gespecificeerd.²⁴ Zo wordt ten aanzien van ‘kwaliteit’ van de zorg volstaan met de opmerking dat om de kwaliteit ook in de toekomst te kunnen waarborgen, het ‘veranderend vermogen’ van de zorgsector

20 Zie hierover verder I.A. van Houten en J.W. van de Gronden, ‘De nieuwe Nederlandse Zorgverzekeringswet en EG-recht’, *SMA* 2004, p. 513-525; G.J.A. Hamilton, ‘Een zorgverzekering die past in Europa’, *SEW* 2005, p. 411-421; G.J.A. Hamilton en E.B. van Veen, ‘De zorgverzekeringswet in Europees(rechtelijk) perspectief’, *TvGR* 2005, p. 80-97; B.H. ter Kuile, ‘Zorgverzekeringswet en Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Nieuwe Nederlandse sociale zekerheidswetgeving en het Europees recht’, *SEW* 2005, p. 422-432; A. den Exter, ‘Iedereen gelijk. Zorgverzekeringswet nog niet Europa-proof’, *Medisch Contact* 2005, p. 414-415.

21 *Stb.* 2005, 358.

22 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2.

23 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 8.

24 Aldus ook W.P.M.M. van de Ven e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, p. 26, noot 13.

moet groeien. In verband met de 'betaalbaarheid' wordt opgemerkt dat doelmatige verlening van zorg en een gepast zorggebruik nodig zijn.²⁵ Vager kan het nauwelijks. Kwaliteit, doelmatigheid en betaalbaarheid zijn dan ook niet meer dan een algemene typering van de belangen waarvoor de overheid zich verantwoordelijk acht.

De belangrijkste vernieuwing die de Zvw bracht is de invoering van één verzekeringsregime voor alle ingezetenen. Vóór 2006 was tweederde deel van de bevolking verplicht verzekerd op grond van de Zfw. Daarnaast was een grote groep ambtenaren verplicht opgenomen in publiekrechtelijke ziektekostenregelingen. De overige ingezetenen waren aangewezen op particuliere ziektekostenverzekeringen. Bepaalde categorieën, zoals niet-verplicht verzekerden van 65 jaar en ouder, konden aanspraak maken op een particuliere ziektekostenverzekering op grond van de Wtz (1998). Een verbrokkeld landschap dus, waarin met de Zvw eenheid werd geschapen. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat in het stelsel vóór 2006 de wijze waarop iemand verzekerd is en de premies die hij betaalt, afhankelijk is van omstandigheden als zijn werksituatie, zijn inkomen, zijn burgerlijke staat en soms ook zijn gezondheidstoestand. De toelichting merkt terecht op dat voor deze verbrokkelde structuur geen positieve argumenten (meer) voorhanden zijn. Eén verzekeringsregime voor alle ingezetenen draagt belangrijk bij aan het maatschappelijk ideaal van gelijke rechten en plichten voor iedereen en aan maatschappelijke solidariteit.

De ambitie van de wetgever was daartoe echter niet beperkt. De wijziging staat niet op zichzelf, 'maar maakt deel uit van een breder georiënteerde herziening van de sturing en verantwoordelijkheidsverdeling van de gezondheidszorg'.²⁶ Het systeem van centrale overheidssturing moest waar mogelijk plaats maken voor een meer decentraal georganiseerd stelsel van gereguleerde concurrentie. Daartoe is vereist, aldus opnieuw de toelichting, dat actoren in de zorg meer vrijheden en verantwoordelijkheden krijgen en dat zij onder gelijkwaardige condities hun rol kunnen vervullen, een noodzaak die, zo zegt de toelichting, in de sector en de samenleving breed wordt onderschreven. Daaraan voegt de toelichting de cruciale zin toe: 'Het verzekeringsstelsel dient deze wijziging in de sturing van de zorg te ondersteunen.' Hiermee wordt duidelijk dat wat de verhouding is tussen de twee doeleinden. Een nieuw verzekeringsstelsel is nodig, of tenminste gewenst, om effectieve gereguleerde concurrentie mogelijk te maken. In dit verband wordt er in de memorie van toelichting op gewezen dat de voorheen bestaande structuur te kort schoot omdat verschillende verzekeringsarrangementen, met uiteenlopende prikkels, naast elkaar bestonden: in de particuliere ziektekostenverzekering was risicoselectie mogelijk, in de ziekenfondsverzekering niet. Ook waren de mogelijkheden om van verzekeraar te veranderen, verschillend.²⁷ Versterking van

25 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 8.

26 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 2.

27 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 9 en 14.

marktprikkels vergde in de zienswijze van de regering dat er één homogene markt zou zijn voor verzekeraars en dat alle verzekeraars aan dezelfde spelregels zijn onderworpen.²⁸ In de toelichting lezen we: ‘Samensmelting van de verschillende verzekeringsregimes leidt [...] tot het voor verdere deregulering noodzakelijke gelijke speelveld voor verzekerden en verzekeraars’.²⁹

Opvallend is hoe zeer in de toelichting beide doelstellingen met elkaar verweven worden – en hoe onnodig. Ook zonder een ‘decentraal georganiseerd stelsel van gereguleerde concurrentie’ is hervorming van de sociale ziektekostenverzekering een groot goed. De nieuwe zorgverzekering is naar inhoud ‘stelselneutraal’. Het loslaten van centrale aanbod- en tariefregulering is geen *condicio sine qua non* voor het functioneren van het zorgverzekeringsstelsel. Ook voor zover de overheid vasthoudt aan centrale aanbod- en tariefregulering of wanneer gereguleerde concurrentie niet in voldoende mate op gang komt, dan nog is een zorgverzekering die meebrengt dat eenzelfde basispakket voor iedereen onder gelijke voorwaarden beschikbaar is, noodzakelijk en zinvol.³⁰

3 De zorgverzekering in hoofdlijnen

3.1 *Privaat met publieke waarborgen*

De keuze voor een privaat stelsel is zeer summier gemotiveerd. De regering is van oordeel, aldus de toelichting, ‘dat de gewenste helderheid van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid, burgers en zorgverzekeraars langs die weg het beste tot haar recht komt.’³¹ Wat zou echter het verschil zijn tussen een publiekrechtelijke verzekering met privaatrechtelijke uitvoering en een privaat-

28 Vgl. ook Centraal Planbureau, *Zorg voor concurrentie, een analyse van het nieuwe zorgstelsel*, rapport nr. 28, Den Haag: 2003, o.a. p. 197.

29 MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 15.

30 Zie voor de hoofdlijnen en de systematiek van de zorgverzekering o.a. J. Borgesius, ‘Uitgangspunten van de verplichte verzekering van ziektekosten’, *Verzekerings-Archief* 2005, p. 16-25; N.J.E.G. Cremers en G.J. de Groot, *Handboek zorgverzekeringen: de Zorgverzekeringswet in de praktijk*, Den Haag: Sdu 2006; G.R.J. de Groot, ‘De zorgverzekeraar: spin in het web?’, *TvGR* 2005, p. 40-60; G.J.A. Hamilton, ‘Een zorgverzekering voor iedereen: Zorgverzekeringswet en Wet op de Zorgtoeslag’, *PS-Special* 2005-3, Deventer: Kluwer 2005; J.M. van der Most, ‘De Zorgverzekeringswet en de zelfverzekerde burger’, *TvGR* 2005, p. 17-39; E. van Schooneveld, ‘De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag in vogelvlucht’, *TvGR* 2005, p. 3-16; C.C. Beerepoot, *De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2006; G.R.J. de Groot, ‘De nieuwe zorgverzekering: tussen sociale doeleinden en markt oriëntatie’, *SMA* 2006, p. 5-15.

31 MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 21.

rechtelijke verzekering met publiekrechtelijke waarborgen? De regering relateert dit verschil zó ver dat zij dit 'lood om oud ijzer' noemt.³² Zoals hierna ter sprake zal komen, is er inderdaad sprake van een zo sterke publiekrechtelijke inbedding van de zorgverzekering, dat het onderscheid tussen privaat en publiek weinig pregnant is.

De keuze voor een privaatrechtelijke vormgeving brengt mee dat de verzekeringsrelatie, behalve door de Zvw, wordt beheerst door de algemene bepalingen van vermogensrecht in Boek 3 BW en de algemene bepalingen van verbintenissenrecht in Boek 6 BW. Ook zijn van toepassing de bepalingen van Titel 7.17 BW over de verzekering, die grotendeels bestaat uit bepalingen van dwingend recht ter bescherming van de consument. De zorgverzekering is immers een species van de schadeverzekering, die weer een species is van de verzekering.

In de Zvw zelf kan een onderscheid worden gemaakt tussen (a) het geheel van regels die direct op de verzekeringsrelatie van invloed zijn en (b) de publiekrechtelijke structuur die als het ware daarom heen gebouwd is. Bij de regels die direct op de verzekeringsrelatie van invloed zijn, kan weer een verdeling in drie groepen worden gemaakt: (a) regels die de inhoud van de verzekeringsrelatie volledig bepalen (b) regels die partieel aan de verzekeringsrelatie invulling geven en aan partijen speelruimte laten en (c) onderwerpen die de wetgever geheel of grotendeels ongeregeld heeft gelaten.

In deze indeling is de balans te herkennen tussen ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van burgers, zorgverzekeraars en zorgaanbieders en aan de andere kant de sociale doeleinden van de Zvw, het tot stand brengen van een solidaire zorgverzekering die (tenminste financiële) toegankelijkheid van zorg waarborgt. Die balanceerkunst moest de wetgever ook daarom moest beoefenen omdat bij té verstreckende regulering van de zorgverzekering de grenzen van de regelingsbevoegdheid die de Derde richtlijn schadeverzekering toestaat, zouden worden overschreden. De balans is soms delicaat.

3.2. *Regels die direct op de verzekeringsverhoudingen van invloed zijn*

a) *Regels strekkend tot bescherming van cruciale belangen van de zorgverzekering*
Allereerst kent de Zvw een aantal regels die strekken tot bescherming van cruciale belangen van de zorgverzekering en die daarom zorgverzekeraar en consument (nagenoeg) geen enkele ruimte laten.

Dit geldt voor de verzekerings- en acceptatieplicht: elke ingezetene is verplicht zich te verzekeren (of te laten verzekeren) tegen het risico van ziektekosten. Daartegenover is elke zorgverzekeraar verplicht met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige desgevraagd een zorgverzekering te sluiten.³³ Onder de publiek-

32 NV II, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 7, p. 22.

33 Artikel 3 lid 1 Zvw. Het werkgebied van een zorgverzekeraar is Nederland. Kleine verzekeraars mogen hun werkgebied echter beperken tot een of meer provincies (artikel 29 Zvw).

rechtelijke ziekenfondsverzekering was men van rechtswege verzekerd, zij het dat de verzekerde, om zijn rechten geldend te kunnen maken, zich nog wel bij een ziekenfonds moest aanmelden. In wezen hoeft de verzekeringsplichtige onder de Zvw niet méér te doen dan dat. Men ziet dat privaat en publiek elkaar niet veel hoeven te ontlopen.

Niet alleen de aanvang, ook het eindigen van de zorgverzekering is dwingend geregeld.³⁴

Ook de regels over de verzekeringsdekking laten partijen (nagenoeg) geen vrijheid.³⁵ In een wat moeizame formulering zegt artikel 10 Zvw dat het te verzekeren risico 'de behoefte' is aan de soorten zorg, die vervolgens in dat artikel in zeven onderdelen worden opgesomd. Hiermee is kennelijk mede beoogd een globale typering te geven van de soorten schade ter dekking waarvan de zorgverzekering moet strekken. Volgens artikel 11 lid 1 ontstaat immers een recht op prestaties als zich bij een verzekerde het verzekerde risico voordoet. Bij elk risico behoren dus een of meer te verzekeren prestaties. Daarvoor komt men vervolgens bij artikel 11 lid 3, waar voor de te verzekeren prestaties wordt verwezen naar een algemene maatregel van bestuur (het Besluit zorgverzekering), met een gelimiteerde mogelijkheid tot subdelegatie (in de Regeling zorgverzekering).

b) *Regels die een balans nastreven tussen regels en vrijheid, tussen sociale doeleinden en marktwerking*

In deze categorie ziet men telkens een mix van dwingende regeling en speelruimte. Soms komt het voor dat de wet minimumeisen stelt en de zorgverzekeraar de vrijheid laat de verzekeringnemer of verzekerde verder tegemoet te komen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de regeling van de opzegging in artikel 7 Zvw. Daar is bepaald – met het oog op de gewenste mobiliteit van verzekerden – dat de zorgverzekering steeds per 1 januari kan worden opgezegd, maar de wet laat de ruimte om desgewenst ook tussentijdse opzegging overeen te komen.³⁶ Interessanter zijn de bepalingen waarin de wetgever zelf nauwkeurig de vrijheidsgraden van partijen omlijnt. Een van de belangrijkste bepalingen op dit vlak is de regeling van de premie. De zorgverzekering wordt gefinancierd met inkomensafhankelijke bijdragen,³⁷ belastingopbrengsten³⁸ en, voor ongeveer de helft, door premies die verzekeringnemers contractueel verschuldigd zijn aan de zorgverzekeraars.³⁹ In de vaststelling van de premie is de zorgverzekeraar volkomen

34 Artikel 6 Zvw.

35 Beter gezegd: 'nagenoeg' geen vrijheid laten; ten aanzien van geneesmiddelen laat het Besluit zorgverzekering aan de zorgverzekeraars een zekere contractsvrijheid.

36 Vgl. MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 78.

37 Artikelen 41-47 Zvw.

38 Artikelen 39 lid 2 onder b en 54 Zvw.

39 Artikel 16 lid 1 Zvw bepaalt, enigszins overbodig, dat de verzekeringnemer premie verschuldigd is.

vrij, zij het dat voor elke variant die de zorgverzekeraar aanbiedt een uniforme premiegrondslag moet gelden.⁴⁰ Onderscheid naar gelang het schaderisico, naar leeftijd, geslacht, regionale herkomst of anderszins is niet toegestaan. Een van de kortingen die kunnen worden toegepast, is de zg. collectiviteitskorting, die een zorgverzekeraar bijvoorbeeld met een werkgever kan overeenkomen als zijn werknemers bij hem verzekerd worden.⁴¹ Ook hier 'vrijheid in gebondenheid': de korting mag niet meer dan 10% van de premiegrondslag belopen, waarmee voorkomen moet worden dat collectiviteitskortingen in te sterke mate worden afgewenteld op niet-collectief verzekerden, hetgeen het solidaire karakter van de zorgverzekering zou kunnen ondergraven.

Een volgend voorbeeld is het eigen risico, te onderscheiden in het verplichte en het vrijwillige eigen risico. Het verplichte eigen risico (van €170) bevat in zoverre een vrijwillig element, dat de zorgverzekeraar kan 'bepalen'⁴² dat kosten buiten het eigen risico vallen; zij het dat die vrijheid dan weer gelimiteerd is, doordat de wetgever nauwgezet de drie gevallen omschrijft waarin de zorgverzekeraar die vrijheid heeft (bijvoorbeeld als de verzekerde een preventieprogramma heeft gevolgd).⁴³ Voor discussie vatbaar is of dit micromanagement nodig is. Bij het vrijwillig eigen risico (waarvan overigens spaarzaam gebruik wordt gemaakt) geldt dat dit gemaximeerd is op €500 per jaar, waarmee het risico wordt beperkt dat consumenten, aangelokt door de premiekorting, eigen risico's op zich laden die zij niet kunnen dragen. Ook hier is weer een balans gezocht tussen ruimte voor individuele keuzes en de bescherming van consumenten.

c) *Onderwerpen die de wetgever (nagenoeg) ongeregeld heeft gelaten*

Het betreft hier niet de geringste: om te beginnen is opengelaten welk *verzekeringsmodel* zal worden toegepast: het *naturamodel*, waarin de verzekerde tegenover de zorgverzekeraar recht heeft op zorg, of het *restitutiemodel*, waarin zijn aanspraak zich in beginsel beperkt tot de vergoeding van kosten. Het is geheel aan de zorgverzekeraar welk model hij in zijn zorgverzekering aanbiedt; hij kan voor het ene of het andere kiezen, hij kan beide modellen aanbieden of hij kan natura en restitutie in één zorgverzekering combineren. Dit is te verklaren doordat de nieuwe zorgverzekering de samensmelting is van de ziekenfondsverzeke-

40 Artikel 17 lid 2 Zvw.

41 Artikel 18 Zvw.

42 Op sommige plaatsen zegt de wet dat de zorgverzekeraar iets kan 'bepalen', als zou hem de bevoegdheid tot eenzijdige vaststelling van de rechten en plichten van de verzekerde zijn gegeven (zie artikelen 13 lid 1 en 21 lid 3 Zvw alsmede artikel 2.17 lid 2 Besluit zorgverzekering). Zo mag de term 'bepalen' echter niet worden opgevat; bedoeld is klaarblijkelijk dat de zorgverzekeraar de vrijheid heeft met de verzekeringnemer *overeen te komen* binnen de ruimte die de wetgever hem toemeet.

43 Artikel 21 lid 3 Zvw in samenhang met artikel 2.17 lid 2 Besluit zorgverzekering.

ring (natura) en de vroegere particuliere ziektekostenverzekering (restitutie), doordat de wetgever zorgverzekeraars en consumenten ruimte heeft willen bieden hun eigen keuzen te maken⁴⁴ en, hoewel in de toelichting niet vermeld, doordat in de zienswijze van Eurocommissaris Bolkestein het dwingend opleggen van één bepaald model een brug te ver zou zijn in de beperking van de vrijheid die verzekeraars bij de uitoefening van hun bedrijf toekomt. Met het voorgaande hangt een tweede onderwerp samen dat nagenoeg geheel ongeregeld is gebleven: de *overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders*. Anders dan in de Zfw, legt de Zvw aan zorgverzekeraars niet de verplichting op overeenkomsten aan te gaan en bepaalt de Zvw ook niets over de inhoud van eventuele overeenkomsten.⁴⁵ Er schuilt iets paradoxaals in het gegeven dat over overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders niets is geregeld, zelfs niet de plicht om dergelijke overeenkomsten te sluiten, terwijl die overeenkomsten juist het staketsel moeten vormen van het stelsel van gereguleerde concurrentie; de zorgverzekeraars moeten optreden als 'klantgerichte regisseurs van de zorg'⁴⁶ en daartoe onderhandelen en contracteren met zorgaanbieders om zo een concurrerend aanbod aan de verzekerden kunnen doen. Méér dan een paradox is het echter niet; men kan immers ook zeggen het de ultieme consequentie van marktwerking kan zijn dat overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders niet, of niet over de hele linie, tot stand komen. Kennelijk heeft de wetgever er echter op vertrouwd dat de marktverhoudingen vanzelf tot voldoende overeenkomsten zullen leiden, een verwachting die, uitzonderingen daargelaten, lijkt te zijn uitgekomen.

3.3 De publiekrechtelijke 'ombouw' van de zorgverzekering

Zoals hiervoor aangegeven wordt de inhoud van de verzekeringsrelatie in hoge mate door de wet bepaald. De publieke invloed op het zorgverzekeringsstelsel gaat echter nog veel verder, zoals duidelijk wordt bij beschouwing van de publiekrechtelijke voorzieningen met betrekking tot de financiering, voorzieningen met sociale doeleinden en bestuurlijke voorzieningen.

a) Voorzieningen met betrekking tot de financiering

In de financiering van de zorgverzekering wordt voor een belangrijk deel voorzien met een publiek stelsel van *inkomensafhankelijke bijdragen*. Iedere verzekeringsplichtige is deze bijdrage verschuldigd.⁴⁷ De bijdrage bedraagt een percen-

44 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 19.

45 Wel biedt artikel 12 Zvw de mogelijkheid ter bescherming van het algemeen belang bij a.m.v.b. vormen van zorg aan te wijzen die slechts kunnen worden verstrekt of vergoed als daarover tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder een overeenkomst is gesloten. Van deze mogelijkheid is (nog) geen gebruik gemaakt.

46 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 9.

47 Artikel 41 Zvw.

tage van het inkomen tot een bepaald maximum.⁴⁸ De inkomensafhankelijke bijdrage wordt op dezelfde wijze als de loonbelasting geheven, namelijk door inhouding op loon of uitkering.⁴⁹ De werkgever of uitkeringsinstantie vergoedt vervolgens de inkomensafhankelijke bijdrage.⁵⁰ Het gevolg is dat de inkomensafhankelijke bijdragen voor een groot deel voor rekening van werkgevers en uitkeringsinstanties komt. Het totaal van de inkomensafhankelijke bijdragen wordt voor 2011 geraamd op €19,8 miljard.⁵¹ De inkomensafhankelijke bijdragen komen ten gunste van het Zorgverzekeringsfonds, in feite een bankrekening die wordt beheerd door het College voor zorgverzekeringen (CVZ).⁵²

Voorts verleent de minister van VWS elk jaar een *rijksbijdrage* aan het Zorgverzekeringsfonds voor de financiering van de zorgverzekeringen voor verzekerden jonger dan 18 jaar.⁵³ Voor deze verzekerden is geen premie verschuldigd.⁵⁴ Hiermee is voor 2011 een bedrag van €2,3 miljard gemeoid, dat wordt opgebracht via de belastingheffing.

Ten laste van het Zorgverzekeringsfonds komen de *vereveningsbijdragen* voor zorgverzekeraars. Daarmee wordt ruwweg de helft van de zorgkosten gefinancierd.⁵⁵ Voor 2011 gaat het om een bedrag van €18,3 miljard. De vereveningsregeling vormt in zekere zin een compensatie voor de acceptatieplicht.⁵⁶ De acceptatieplicht kan ertoe leiden dat er zorgverzekeraars zijn die een onevenredig groot aantal mensen met een slecht verzekeringsrisico in hun portefeuille krijgen. De wetgever kan bezwaarlijk verzekeraars verplichten 'slechte risico's' te accepteren zonder daar een compensatie tegenover te stellen. Risicoverevening houdt in dat de middelen uit het Zorgverzekeringsfonds jaarlijks verdeeld worden volgens een risicomodel, waarmee rekening wordt gehouden met de relevante achtergrondkenmerken van verzekerden en op basis daarvan per zorgverzekeraar een bedrag wordt vastgesteld dat berust op een inschatting van de te verwachten kosten.⁵⁷ Aan dit model wordt voortdurend geschaafd en geslepen. Ook in het buitenland bestaan soortgelijke methodieken ('risk-adjusted capitation payments').⁵⁸ In het verdeelmodel worden parameters gehanteerd als leeftijd, geslacht,

48 Artikel 43 Zvw.

49 Artikel 49 Zvw.

50 Artikel 46 lid 1 Zvw.

51 Zie voor dit en de hierna genoemde cijfers MvT begroting ministerie van VWS, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 XVI, nr. 2, p. 190 e.v.

52 Artikelen 39 lid 2 onder a en 40 leden 1-3 Zvw.

53 Artikel 54 lid 1 Zvw.

54 Artikel 16 lid 2 aanhef en onder a Zvw.

55 Artikelen 32 lid 1 en 39 lid 3 aanhef en onder a Zvw.

56 Beschikking Europese Commissie 3 mei 2005, nr. C(2005)1329, RZA 2005, 162.

57 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 49-51.

58 Zie o.a. Wynand P.M.M. van de Ven, Konstantin Beck, Carine Van de Voorde, Jürgen Wasem, Irit Zmora, 'Risk adjustment and risk selection in Europe: 6 years later', *Health Policy*, Volume 83, Issue 2, p. 162-179 (October 2007).

aard van het inkomen, sociaal-economische status, voorafgaand medicijngebruik en voorafgaande diagnoses.⁵⁹ Een adequaat vereveningssysteem is niet alleen nodig om zorgverzekeraars te compenseren voor lastenverschillen, maar ook om tendensen tot al dan niet verkapte risicoselectie te voorkomen, in feite door deze overbodig te maken.⁶⁰ Het vereveningssysteem is voor de primaire doelstelling van de Zvw van cruciaal belang, maar is ook een zeer gecompliceerd stelsel dat de exacte denker menige uitdaging biedt.

Van geheel andere aard is *publiekrechtelijke premie-inning*, ingevoerd in 2009.⁶¹ Na twee maanden premieachterstand krijgt de verzekeringnemer een aanbod voor een betalingsregeling;⁶² wordt die niet aanvaard en loopt de premieachterstand op tot zes maanden, dan volgt een 'melding' van de zorgverzekeraar.⁶³ Deze 'melding' doet de rechtsverhouding van kleur verschieten: voor de toekomst is niet meer sprake van een privaatrechtelijke verbintenis tot premiebetaling aan de zorgverzekeraar, maar een bestuursrechtelijke premieschuld aan het CVZ.⁶⁴ Het CVZ is vervolgens toegerust met krachtige middelen van heffing en inning van deze premieschuld,⁶⁵ die blijft gelden totdat de verzekeringnemer alles in het reine heeft gebracht.⁶⁶ Een vernuftige constructie, die opnieuw de betrekkelijkheid van het onderscheid publiek-privaat illustreert, maar ook laat zien welke kunstgrepen nodig kunnen zijn om minder geslaagde aspecten van de privaatrechtelijke zorgverzekering te corrigeren.

b) *Voorzieningen met sociale oogmerken*

Deze voorzieningen zijn drieërlei. Genoemd werd al de rijksbijdrage die in de plaats treedt voor premie voor *kinderen tot 18 jaar*. Deze regeling is getroffen om ongewenste inkomenseffecten te voorkomen, vooral voor gezinnen met kinderen.⁶⁷ Daarnaast is er de *zorgtoeslag*, afzonderlijk geregeld in de Wet op de zorgtoeslag. De zorgtoeslag waarborgt dat niemand een groter deel van zijn inkomen aan ziektekostenpremie hoeft te betalen dan de daarvoor in de wet gestelde norm. De lasten van premies die daar boven uitstijgen worden gecompenseerd via de zorgtoeslag. Met de zorgtoeslag wordt een belangrijke relatie gelegd tussen draag-

-
- 59 Zie § 1.2 Besluit zorgverzekering en Hoofdstuk 3 Regeling zorgverzekering.
 60 W.P.M.M. van de Ven e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, Den Haag: ZonMw 2009, p. 127-131.
 61 Wet van 18 juli 2009, *Stb.* 356, tot wijziging van de Zorgverzekeringswet, de Wet op de zorgtoeslag en enige andere wetten, houdende maatregelen om ook wanbetalers voor hun zorgverzekering te laten betalen (structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering).
 62 Artikel 18a lid 1 Zvw.
 63 Artikel 18c lid 1 Zvw.
 64 Artikel 18d lid 1 Zvw.
 65 Artikel 18e Zvw.
 66 Artikel 18d lid 3 Zvw.
 67 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 46.

kracht en de berekende premielast. De regeling is bedoeld om de solidariteit een duidelijke en herkenbare plaats in het nieuwe stelsel te geven.⁶⁸

Ten slotte kan worden gewezen op de *compensatie van het eigen risico*.⁶⁹ Verzekerden 'met meerjarige, onvermijdbare zorgkosten' of verblijvend in een AWBZ-instelling hebben recht op een gedeeltelijke compensatie voor het eigen risico.⁷⁰

De regeling wordt uitgevoerd door CAK B.V. Per individu gaat het slechts om enkele tientjes per jaar, maar de regeling blijkt tamelijk conflictgevoelig.⁷¹

Daarnaast verdient vermelding dat bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ahangig is waarmee wordt beoogd het aantal onverzekerden terug te brengen.⁷²

Het CVZ moet op basis van vergelijking van geautomatiseerde bestanden nagaan welke verzekeringsplichtigen niet verzekerd zijn. Een onverzekerde ontvangt een aanmaning; indien hij daaraan niet voldoet, legt het CVZ twee achtereenvolgende bestuurlijke boetes op. Als ook dan geen zorgverzekering is gesloten, sluit het CVZ zelf namens de verzekeringsplichtige een zorgverzekering.⁷³ Dit is opnieuw een creatieve oplossing voor een probleem dat inherent is aan de privaatrechtelijke zorgverzekering en bij een publiekrechtelijke sociale verzekering niet voorkomt, omdat daar eenieder van rechtswege verzekerd is.

c) Bestuurlijke voorzieningen

Regering en minister hebben op tal van punten de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels. De vrijheid van de minister is wel aan banden gelegd met betrekking tot de te verzekeren prestaties. Allereerst bepaalt artikel 11 lid 3 Zvw dat deze bij a.m.v.b. worden geregeld. Voor een dergelijke a.m.v.b. geldt een voorhangprocedure, in de wet geïntroduceerd bij amendement.⁷⁴ Bovendien is bij amendement de aanvankelijk ongeclauseerde mogelijkheid van subdelegatie aan de minister ingeperkt.⁷⁵ De Kamer heeft zich daarmee van wezenlijke invloed op de verzekeringsdekking van de zorgverzekering voorzien. Het pakket is daarmee politiek.

68 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 762, nr. 3, p. 1-2.

69 Ingevoerd tegelijk met het eigen risico bij wet van 15 november 2007, *Stb.* 490, zie artikel 118a Zvw.

70 Voor de eerste categorie is bepalend of de verzekerde in twee achtereenvolgende jaren was ingedeeld in een door de minister aangewezen farmaceutische kostengroep (FKG) of diagnose kostengroep (DKG), met andere woorden of bepaalde geneesmiddelen zijn gebruikt dan wel een bepaalde diagnose is gesteld. Dit type gegevens is beschikbaar via het vereveningssysteem.

71 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 9 april 2009, *LJN*: BI0652, *RZA* 2009, 63; Rb. Breda 20 januari 2010, *LJN*: BL5271; Rb. Arnhem 26 januari 2010, *LJN*: BL2976, *RZA* 2010, 36; CRvB 19 oktober 2010, *LJN*: BN9985. CRvB 20 december 2010, *LJN*: BO9364, CRvB 26 januari 2011, *LJN*: BP2691.

72 Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2009/10, 32 150, A.

73 Artikelen 9a-9d van het wetsvoorstel.

74 Zie artikel 124 Zvw, ingevoegd bij amendement-Rouvoet c.s., *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 27.

75 Amendement-Omtzigt, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 40.

Een belangrijke bestuurlijke voorziening is de regeling van taken en bevoegdheden van het CVZ. Het CVZ heeft geen toezichthoudende, maar een ondersteunende en uitvoerende taak. Kern van de ondersteunende taak is het bevorderen van ‘de eenduidige uitleg van de aard, inhoud en omvang van de prestaties’.⁷⁶ Het CVZ kan de zorgverzekeraar zelfs richtlijnen geven, die echter niet bindend zijn.⁷⁷ Daarnaast geeft het CVZ aan zorgverzekeraars, zorgaanbieders en burgers voorlichting over het zorgverzekeringspakket en rapporteert het CVZ aan de minister van VWS over voorgenomen beleid op dit vlak.⁷⁸ Deze taken worden gewoonlijk samengevat met de term ‘pakketbeheer’. Een bijzondere adviserende taak heeft het CVZ bij geschillen, waarover de Geschillencommissie Zorgverzekeringen beslist.⁷⁹ Heeft het geschil betrekking op de verzekerde zorg, dan moet het CVZ om advies worden gevraagd.⁸⁰ Adviezen van het CVZ worden nagenoeg altijd gevolgd. Al met al neemt het CVZ hiermee een zeer gezaghebbende en verantwoordelijke positie in.

De uitvoerende taken van het CVZ zijn talrijk. De belangrijkste is wel de uitvoering van de risicoverevening. Andere uitvoeringstaken zijn, zonder pretentie van volledigheid, de uitvoering van de publiekrechtelijke premie-inning,⁸¹ het beheer van het Zorgverzekeringsfonds,⁸² het verlenen van subsidies voor innovatieve vormen van zorg,⁸³ de uitvoering van de regeling inzake zg. verdragsgerechtigden,⁸⁴ het opleggen van boetes aan onverzekerden⁸⁵ en het verstrekken van bijdragen aan zorgaanbieders die zorg hebben verleend aan, kort gezegd, illegalen.⁸⁶ Na regelgeving, ondersteuning en uitvoering tenslotte het toezicht. Op grond van de Wmg is de NZa belast met het toezicht op ‘de rechtmatige uitvoering door de zorgverzekeraars van hetgeen bij en krachtens de Zorgverzekeringswet is geregeld’. Dit toezicht heeft in meerdere opzichten een beperkt karakter. Het toezicht omvat niet de *doelmatigheid* van de wijze waarop een verzekeraar de zorgverzekering uitvoert; waar de tucht van de markt geldt, hoeft de overheid de verzekeraar niet bij de hand te nemen, aldus de toelichting.⁸⁷ Ook treedt de NZa met haar toe-

76 Artikel 64 lid 1 Zvw.

77 Artikel 64 lid 2 Zvw; zie MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 161.

78 Artikelen 65-66 Zvw.

79 De Geschillencommissie Zorgverzekeringen maakt deel uit van de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ). In alle modelovereenkomsten van zorgverzekeraars wordt zij bevoegd verklaard bij wijze van bindend advies geschillen tussen verzekerden en zorgverzekeraars te beslechten.

80 Artikel 114 lid 3 Zvw.

81 Artikel 18a e.v. Zvw.

82 Artikel 40 Zvw.

83 Artikel 68 Zvw.

84 Artikel 69 Zvw.

85 Zoals thans nog geregeld in artikel 96 Zvw.

86 Artikel 122a Zvw.

87 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 53.

zicht niet in de toezichhoudende taken van De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM), voortvloeiend uit de Wet op het financieel toezicht (Wft). Het toezicht van de NZa beperkt zich dus tot de vraag of aan de publieke randvoorwaarden die de Zvw stelt, wordt voldaan.⁸⁸ De NZa controleert niet of zorgverzekeraars méér uitkeren of méér kosten maken dan voor een rechtmatige uitvoering van de Zvw nodig is. Blijkbaar is de wetgever ervan uitgegaan dat de concurrentie tussen zorgverzekeraars voldoende is om buitenwettelijke uitgaven tegen te gaan.

Een belangrijke verbijzondering van deze taak van de NZa is de beoordeling van modelovereenkomsten. Een modelovereenkomst is, zoals de naam zegt, het model voor een door de verzekeraar aangeboden zorgverzekering,⁸⁹ en omvat zowel de door de Zvw vereiste bepalingen als (verdere) algemene voorwaarden. De zorgverzekeraar moet elke modelovereenkomst voorleggen aan de NZa, die vervolgens de modelovereenkomst beoordeelt op conformiteit met de Zvw.⁹⁰ Bij de beoordeling doet de NZa zich bijstaan door het CVZ, voor zover het gaat om de juistheid van de omschrijving van de verzekerde prestaties. Wellicht uit vrees voor artikel 29 van de Derde richtlijn schadeverzekering, dat de lidstaten verbiedt verzekeringsvoorwaarden aan voorafgaande goedkeuring te onderwerpen, heeft de wetgever volstaan met de eis van voorlegging aan de NZa. De voorlegging van een modelovereenkomst eindigt niet met een besluit van de NZa, maar alleen met een standpuntbepaling. De facto is er echter sprake van een goedkeuring. Niet alleen beoordelen NZa en CVZ de modelovereenkomsten zeer minutieus, bovendien zal geen enkele zorgverzekeraar het risico willen lopen dat achteraf blijkt dat de door hem aangeboden verzekering zich niet als zorgverzekering kwalificeert. Zuiverder zou het zijn de procedure ook formeel als een goedkeuringsprocedure te regelen. Een rechtvaardiging, zoals vereist om gebruik te kunnen maken van de uitzonderingsbepaling van artikel 54 van de Derde richtlijn schadeverzekering, lijkt niet moeilijk te geven: niet alleen dringt zich het belang van bescherming van consumenten op, bovendien is een goedkeuringsprocedure een sluitende methode om te verzekeren dat vereveningsbijdragen slechts worden toegekend voor de uitvoering van werkelijke zorgverzekeringen, zodat geen strijd met het staatssteunregime ontstaat.

Tot slot moet hier nog worden vermeld dat de NZa beschikt over een ruim arsenaal aan handhavingsbevoegdheden tegenover zorgverzekeraars, variërend van aanwijzingen tot bestuursdwang, last onder dwangsom en bestuurlijke boete.⁹¹ Formele sancties zijn nog nooit opgelegd. Blijkbaar is de bereidheid tot *compliance* groot.

88 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 168.

89 Artikel 1 onder j Zvw.

90 Artikel 25 leden 2 en 3 Zvw.

91 Artikelen 76, 77, 79, 80, 82, 83, 86, 87 en 88 Zvw.

3.4 Een zeer hybride stelsel

De zorgverzekering is een privaatrechtelijke schadeverzekering; zij komt langs privaatrechtelijke weg tot stand, zij wordt uitgevoerd door private zorgverzekeraars en geschillen worden langs privaatrechtelijke weg beoordeeld. Daar houdt het privaatrechtelijke karakter van de verzekering ook wel ongeveer mee op. Tal van publieke regels dicteren de inhoud van de verzekering, zodat deze voldoet aan de doeleinden van de wettelijke regeling; tal van publiekrechtelijke regels en instituties vormen de onmisbare ombouw van de verzekeringsrelatie.

De basisgedachte van de zorgverzekering was: beslist niet méér regelen dan strikt nodig is gelet op de doelstellingen van de Zvw, en al het overige overlaten aan de eigen verantwoordelijkheid van zorgverzekeraars, consumenten en zorgaanbieders, zo men wil, aan de markt. We zien echter gaandeweg, ook al in de loop van het parlementaire proces van de oorspronkelijke Zvw, dat de wens tot detaillering soms de overhand heeft gekregen. Daarnaast is duidelijk dat de Zvw na 2006 is opgeschoven in de richting van de publiekrechtelijke sociale verzekering. Illustratief daarvoor zijn de regelingen voor de inning van premies en de (komende) regeling om onverzekerden te voorkomen.

De uitspraak van de regering dat privaats-publiek 'lood om oud ijzer' is, is misschien iets te kras, het is echter geen onderscheid dat bepalend is voor de maatschappelijke betekenis van de zorgverzekering en de rollen van de diverse actoren. Het verschil is in elk geval *niet* dat er minder regels zijn.

4 De verbintenis van de zorgverzekeraar

4.1 De overbodige zorgplicht

Artikel 11 lid 1 Zvw legt aan de zorgverzekeraar een 'zorgplicht' op 'die zodanig wordt vormgegeven' dat de verzekerde recht heeft op hetzij zorg (naturaverzekering), hetzij vergoeding van de kosten van zorg (restitutieverzekering). De Zvw laat dus de keuze tussen natura en restitutie open, maar verbindt beide door middel van de 'zorgplicht'. Hoe komt de zorgplicht terecht in de sociale ziektekostenverzekering? 'Zorgplicht' is sinds jaren in de bancaire wereld bekend in de betekenis dat de bank gehouden is zich bij haar beheer en dienstenaanbod mede te laten leiden door de belangen van haar klanten. We komen het begrip intussen op tal van plaatsen tegen, bijvoorbeeld in het openbaar bestuur (De gemeente heeft met betrekking tot de inzameling van stedelijk afvalwater een zorgplicht') en in de Flora- en faunawet ('Een ieder moet voldoende zorg in acht moet nemen voor de in het wild levende dieren en planten').⁹² Het is een sympathieke term die voor gevarieerde doeleinden wordt gebruikt.⁹³

92 Artikel 2 lid 1 Flora- en faunawet.

93 Zie voor een juridische analyse van het begrip zorgplicht: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

In 'Vraag aan bod' uit 2001 wordt de zorgplicht van de verzekeraar omschreven als 'de plicht van de zorgverzekeraar om voldoende zorg van voldoende kwaliteit in te kopen'. De kern van de zorgplicht lijkt in de visie van de regering te bestaan uit de zorg voor de beschikbaarheid van verzekerde gezondheidszorgdiensten. Evenals het SER-advies dat aan 'Vraag aan bod' voorafging,⁹⁴ laat de regering de keuze tussen de natura- en restitutieverzekering in deze nota vooralsnog open, maar zij kiest er anders dan de SER wel voor 'de zorgplicht wettelijk te regelen'. Merkwaardigerwijs wordt daaraan toegevoegd dat wettelijke regeling gewenst is 'mede gelet op recente rechtelijke uitspraken, dat uit de aanspraak op zorg van de verzekerde zorgplicht van de verzekeraar voortvloeit'.⁹⁵ Dit is enigszins wonderlijk, aangezien de hier bedoelde uitspraken betrekking hadden op de AWBZ, waar net zoals destijds in de Zfw een naturastelsel geldt dat reeds sinds 1968 aan de verzekerde een afdwingbaar recht op zorg tegenover de verzekeraar toekent.⁹⁶

De keuzevragen rondom natura en restitutie zijn in 2003 ook besproken met Eurocommissaris Bolkestein, aan wie de vraag was voorgelegd of de beoogde nieuwe privaatrechtelijke zorgverzekering verenigbaar zou zijn met het gemeenschapsrecht. Bolkestein geeft dan een diplomatieke doch duidelijke waarschuwing. Over een mogelijk wettelijk voorgeschreven naturaverplichting zegt hij: '... it cannot be excluded that such a requirement could be in conflict with the provisions om the freedom to provide services [...] It is not excluded that the burdens of such a requirement could have a dissuasive effect on these [non Dutch] insurers who would then be in a difficult position to provide their insurance cover in the Netherlands'.⁹⁷

De moeilijkheid waarmee de regering klaarblijkelijk heeft geworsteld, is dat zij aan de ene kant als *doelstelling* van de Zvw zag het waarborgen dat burgers de nodige zorg kunnen krijgen,⁹⁸ maar aan de andere kant een *vorm* had gekozen die daarvoor niet geschikt was. Een privaatrechtelijke verzekering strekt immers tot vergoeding van vermogensschade in natura of in geld, en de keuze daartussen moest aan de markt worden overgelaten. Dit liet de mogelijkheid open dat zorgverzekeraars kiezen voor het restitutiemodel, waarin verzekerden geen afdwingbaar recht op zorg hebben. Met de introductie van het private stelsel kon dus de gewenste 'waarborg' niet worden gegeven. Dit gat moest blijkbaar gedicht worden met de zorgplicht. Voor zover zorgverzekeraar en consument een natura-verzekering hebben gesloten, voegt het begrip in het geheel niets toe aan het

94 Sociaal-Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag: SER 2000.

95 'Vraag aan bod', *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 2, p. 41-42.

96 Pres. Utrecht 20 oktober 1999, *RZA* 1999, 192; Hof Den Haag 23 december 1999, *RZA* 2000, 23 m.nt. J.M. van der Most; Pres. Zwolle 14 februari 2000, *RZA* 2000, 53.

97 Brief Eurocommissaris Bolkestein 25 november 2003, p. 3.

98 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, nr. 3, p. 28 opent hiermee zelfs letterlijk.

recht op zorg dat de verzekerde aan de verzekeringsovereenkomst ontleent. Wat voegt het begrip toe in het geval van een restitutieverzekering? Naar de tekst van de wet betekent zorgplicht in dit geval dat de zorgverzekeraar ‘desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten’ moet ondernemen. In de toelichting is vermeld dat de verzekerde nu een afdwingbaar recht op ‘zorgbemiddeling’ krijgt. De Tweede Kamer vond de zorgplicht onduidelijk en vroeg om opheldering.⁹⁹ Zij kreeg als antwoord: ‘Die nadere invulling acht ik, ofschoon in theoretische zin schijnbaar wenselijk vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, in de praktijk niet te geven. Voor iedere zorgvorm zal immers, in relatie tot de feitelijke gezondheidstoestand van de patiënt en het te verwachten verloop daarvan, een andere, op die patiënt toegesneden norm gelden.’ Hieruit, en ook uit diverse andere uitlatingen tijdens de parlementaire behandeling, krijgt men de indruk dat het begrip regelmatig wordt gebruikt als containerbegrip voor het geheel van de verplichtingen die op een (natura)verzekeraar tegenover de verzekerde rust. Het begrip ‘zorgplicht’ heeft, afgezien dan van de eis van bemiddeling bij restitutieverzekeringen, geen zelfstandige betekenis. Dat zorgverzekeraars bij de uitvoering de verzekeringsovereenkomst moeten handelen met oog voor de gerechtvaardigde belangen van verzekerden, spreekt krachtens het BW vanzelf; evenzeer spreekt vanzelf dat zorgverzekeraars zich in de (extra) service bij de nakoming van hun contractuele verplichtingen van elkaar kunnen onderscheiden; dáárvoor is een wettelijke zorgplicht al evenzeer overbodig.¹⁰⁰ Aanscherping van dit begrip is bepleit;¹⁰¹ afschaffing is beter.

4.2 *Natura en restitutie*

a) *Naturamodel*

In het naturamodel heeft de verzekerde aanspraak op zorg tegenover de zorgverzekeraar. Hij heeft geen kosten en ook geen recht op vergoeding van kosten. De prestatieplicht van de zorgverzekeraar betreft de zorg zelf, de zorgverzekeraar moet ervoor zorgen dat de prestatie deugdelijk wordt verleend en dat deze tijdig wordt verleend. Op de zorgverzekeraar rust in deze drie opzichten een resultaatverbintenis.

Dat de zorgverzekeraar verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de te verlenen zorg, staat niet met zoveel woorden in de wet, en hoeft daar ook niet te staan, omdat het vanzelf spreekt dat wie krachtens verbintenis tot een prestatie gehouden is, een prestatie moet leveren die voldoet aan de eisen die daaraan redelijker-

99 Verslag, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 6, p. 19.

100 In dezelfde zin J.M. van der Most, *De zorg of het geld. Natura en restitutie in de zorgverzekering*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2007, p. 12-15; idem, ‘De gezondheid van de zorgverzekering. Een evaluatie van de Zorgverzekeringswet’, *TvGR* 2010, p. 428-429.

101 W.P.M.M. van de Ven e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, Den Haag: ZonMw 2009, p. 141-142.

wijs gesteld kunnen worden. Die eisen, tot uiting komend in onder andere de norm 'verantwoorde zorg'¹⁰² en 'goed hulpverlenerschap', behoeven hier geen nadere toelichting. Deze verplichtingen worden, doordat de zorgverzekeraar gehouden is tot levering van zorg, onderdeel van de op hem rustende verbintenis, met het gevolg dat hij tegenover de verzekerde aansprakelijk is voor tekortschietende zorg. De zorgverzekeraar kan overigens deze aansprakelijkheid in zijn verzekeringsvoorwaarden beperken.¹⁰³

Tijdigheid van de zorgverlening is één aspect van de prestatieplicht van de zorgverzekeraar. Op dit punt bevat de Zvw geen regeling. Bijgevolg zijn hier de gewone bepalingen van het BW van toepassing. Artikel 6:38 BW bepaalt dat 'terstond' nakoming van een verbintenis kan worden gevorderd, tenzij een termijn voor de nakoming is bepaald. 'Terstond' moet aldus worden opgevat dat aan de prestatieplichtige zoveel tijd moet worden gelaten als hij redelijkerwijs nodig heeft, maar dat hij geen recht op uitstel heeft.¹⁰⁴ Van de ruimte om anders overeen te komen wordt in de praktijk inderdaad gebruik gemaakt. Soms wordt de medisch maximaal aanvaardbare wachttijd als norm gekozen,¹⁰⁵ soms wordt verwezen naar 'maatschappelijk aanvaardbare wachttijden',¹⁰⁶ waarmee impliciet naar de zg. Treeknormen¹⁰⁷ wordt verwezen zonder de daarin voorkomende 'harde' termijnen over te nemen. Enigerlei contractuele regeling is inderdaad gewenst; de eis dat 'terstond' zorg wordt verleend, is buiten het geval van acute zorg niet realistisch.

De zorgverzekeraar moet zich in staat stellen zijn verbintenis na te komen en zal dat op drie manieren kunnen doen: (a) door zorg in eigen beheer te verlenen, dat wil zeggen dat de zorgverzekeraar binnen zijn organisatie daadwerkelijk zorg

102 Artikel 2 Kwaliteitswet zorginstellingen; artikel 40 lid 1 Wet-BIG; artikel 7:453 BW.

103 Zie bijvoorbeeld artikel A22 Verzekeringsvoorwaarden 'Zorgverzorgd' 2010, www.menzis.nl. Een dergelijk exoneratiebeding staat op de grijze lijst van de algemene voorwaarden in artikel 6:237 onder f BW. Dit betekent dat een dergelijk beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn, welk vermoeden echter weerlegbaar is.

104 Valk 2009 (T&C BW) artikel 6:38, aant. 2.

105 Zie bijvoorbeeld artikel A22 Verzekeringsvoorwaarden 'Zorgverzorgd' 2010, www.menzis.nl: 'U heeft recht op zorg binnen een redelijke termijn en binnen een redelijke afstand van uw huisadres. Wat redelijk is, hangt af van de vorm en de urgentie van de zorg. U heeft in elk geval recht op zorg binnen de termijn die medisch gezien als maximaal aanvaardbaar wordt beschouwd.'

106 Vgl. Verzekeringsvoorwaarden VGZ Zorgverzekering, www.vgz.nl: 'Om te bepalen of er sprake is van tijdige zorgverlening, gaan wij uit van: (-) medisch inhoudelijke factoren; (-) algemene, maatschappelijk aanvaardbare wachttijden op basis van psychosociale, ethische en maatschappelijke factoren.'

107 Treekoverleg, *Streefnormstelling wachttijden curatieve sector*, 19 januari 2000.

verleent, hetgeen niet meer voorkomt;¹⁰⁸ (b) door zorg uit te besteden aan een zorgaanbieder in een rechtspersoon waarin de zorgverzekeraar zeggenschap of een financieel belang heeft, of (c) de meest voorkomende situatie: door overeenkomsten te sluiten met zelfstandig opererende zorgaanbieders. De zorgverzekeraar zal een overeenkomst van opdracht met de zorgaanbieder moeten sluiten. Daarbij verplicht de zorgverlener zich tegenover de zorgverzekeraar om zorg te verlenen; doordat de zorgverlener de zorg verleent is zorgverzekeraar gekwetten van zijn natuurverplichting; de zorgverzekeraar voldoet de kosten aan zorgverlener op grond van hetgeen tussen beiden daarover is overeengekomen. Omdat de zorgverzekeraar in dit model verantwoordelijk is voor de kwaliteit en tijdigheid van de zorg, ligt het voor de hand dat hij daarover in de overeenkomst met de zorgaanbieder afspraken opneemt. Een consequentie van het naturamodel is dat de verzekerde contractueel gehouden is zich te wenden tot een door de zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder; daarmee is een beperking van de keuzevrijheid gegeven.

b) Restitutiemodel

Het restitutiemodel is principieel anders: daar is de verzekerde prestatie niet de zorg zélf, maar de vergoeding van de kosten daarvan. In het klassieke restitutiemodel heeft de zorgverzekeraar geen overeenkomst met de zorgaanbieder, maar alleen met de verzekeringnemer. De verzekerde roept zorg in, ontvangt daarvoor een nota van de zorgaanbieder en declareert de nota bij de zorgverzekeraar.

In het zuivere restitutiemodel rust op de zorgverzekeraar geen verantwoordelijkheid voor de verlening van zorg en de kwaliteit of de tijdigheid daarvan. In dit zuivere restitutiemodel is de verzekerde volledig vrij in de keuze van de zorgaanbieder, uiteraard zo lang het gaat om zorg die onder de dekkingsomvang van de verzekering valt.

Uitgangspunt is dat de (= alle) door de verzekerde gemaakte kosten worden vergoed. Hierop worden echter 'de kosten die hoger zijn dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten' in mindering gebracht.¹⁰⁹ Deze bepaling geeft soms aanleiding tot discussie. Wanneer een bepaalde vorm van zorg in Nederland in Nederland niet wordt aangeboden en de patiënt zich daarvoor naar het buitenland moet begeven, ontbreekt de vergelijkingsmaatstaf van het Nederlandse marktconforme tarief. Niettemin wordt in die situatie het tarief vergoed dat hoort bij een DBC die 'passend' wordt geacht.¹¹⁰ Deze gedragslijn is niet juist. Bij het ontbreken van een Nederlands tarief voor de prestatie kan niet worden vastgesteld dat de kosten 'boven marktconform' zijn en valt er dus niets op de vergoeding in mindering te brengen.

108 Het klassieke voorbeeld was de Azivo Apotheek, www.apotheekazivo.nl.

109 Artikel 2.2 lid 2 Besluit zorgverzekering. Ook wordt een eventuele bijdrage in mindering gebracht.

110 Vgl. SKGZ 10 maart 2010, «GJ» 2010, 108 m.nt. G.R.J. de Groot.

4.3 *Naturamodel en behandelingsovereenkomst*

Een reeds langer openstaand punt van discussie is de vraag of in het naturamodel sprake is van een behandelingsovereenkomst tussen zorgverlener en patiënt/verzekerde en of er een behandelingsovereenkomst bestaat tussen verzekerde en zorgverzekeraar.¹¹¹ Men kan dit zien als een debat voor de juridische fijnproevers, waaraan men zonder veel schade voorbij kan gaan omdat de uitkomst ervan uit praktisch oogpunt weinig verschil maakt. Tegelijk is het ook wel merkwaardig dat deze heel basale vraag niet eenduidig op grond van de wet kan worden beantwoord.

Volgens Van der Most is in het naturamodel de verhouding tussen verzekerde en zorgverlener van louter *feitelijke* aard. De zorgverlener verricht prestaties ten behoeve van de verzekerde en doet dat op grond van een overeenkomst met de zorgverzekeraar, die op grond van diezelfde overeenkomst voor de verleende diensten betaalt. Door de feitelijke verlening van zorg door de zorgverlener wordt voldaan aan de leveringsplicht die op grond van de verzekeringsovereenkomst op de zorgverzekeraar rust. Van der Most verbindt hieraan twee conclusies, namelijk (a) tussen zorgverzekeraar en verzekerde bestaat een behandelingsovereenkomst en (b) tussen verzekerde en zorgverlener bestaat géén behandelingsovereenkomst. Beide zienswijzen kan ik niet delen. De eerste niet, omdat de geneeskundige behandelingsovereenkomst volgens de wettelijke definitie een overeenkomst is die wordt aangegaan door een hulpverlener in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf. Een zorgverzekeraar oefent geen geneeskundig beroep of bedrijf uit.^{112 113}

De tweede zienswijze deel ik evenmin. Het enkele feit dat de zorgverlener zich tegenover de zorgverzekeraar verbindt aan diens verzekerde zorg te verlenen, sluit geenszins uit dat tussen zorgverlener en patiënt/verzekerde een genees-

111 J.M. van der Most, *De zorg of het geld. Natura en restitutie in de zorgverzekering*, p. 45. Zie voor de verdere discussie o.a. J.H. Hubben en J.G. Sijmons, 'Herpositionering van ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist in hun civielrechtelijke verhouding', *TvGR* 2009, p. 2-16; J.M. van der Most, 'Zorgverzekering en behandelingsovereenkomst', met naschrift van J.H. Hubben en J.G. Sijmons, *TvGR* 2009, p. 377-383.

112 Het (zelf) verlenen van zorg aan eigen verzekerden behoort voor de natura-verzekeraar tot de nakoming van zijn verplichtingen op grond van de verzekeringsovereenkomst en daarmee tot de (toegestane) uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Vgl. J.J. Rijken, 'Verticale integratie – une liaison dangeuse?', *TvGR* 2009, p. 337.

113 De enige uitzondering hierop is het geval dat de zorgverzekeraar in eigen beheer zorg verleent, bijvoorbeeld in de vorm van een huisartsenpraktijk die onderdeel vormt van de rechtspersoon die de zorgverzekeraar is.

kundige behandelingsovereenkomst tot stand komt.¹¹⁴ De vraag of er in het natu-ramodel sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen zorgverlener en patiënt/verzekerde, zal moeten worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Het meest concreet is de vraag beantwoord indien partijen *uitdrukkelijk* een overeenkomst zijn aangegaan. In hoeverre dergelijke overeenkomsten in de curatieve sector voorkomen, is niet duidelijk; wel plegen in de AWBZ-sector (waar eveneens een naturaverzekering geldt) uitdrukkelijk dergelijke overeenkomsten te worden gesloten. Ontbreekt een uitdrukkelijke overeenkomst, dan zijn de feitelijke verhoudingen van belang en de verwachtingen die partijen daaraan jegens elkaar mochten ontlenuen.

Allereerst is hier van belang dat de patiënt/verzekerde zich zelf, gewoonlijk ook zonder tussenkomst van de zorgverzekeraar, wendt tot de zorgverlener. Het inroepen van zorg gaat in verreweg de meeste gevallen buiten de verzekeraar om.¹¹⁵ De patiënt/verzekerde is vrij in de keuze van de zorgverlener, in elk geval zo lang hij kiest uit de zorgverleners die zijn verzekeraar heeft gecontracteerd.¹¹⁶ Met de keuze van de patiënt en de acceptatie door de zorgverlener ontstaat een wederkerige relatie. De patiënt/verzekerde bespreekt met de zorgverlener het probleem; met toestemming van de patiënt kan nader onderzoek plaatsvinden; aan de patiënt moet de nodige informatie worden verstrekt; na het stellen van een diagnose wordt mogelijk een bepaalde behandeling geadviseerd en daarover kunnen afspraken tussen patiënt en zorgverlener worden gemaakt.

Er is dus geen sprake van een door een derde geleverde prestatie waarvan de inhoud tevoren vaststaat; de prestaties die de zorgverlener zal verrichten, worden in een wisselwerking tussen zorgverlener en patiënt gespecificeerd en afgesproken. Door deze op zorgverlening gerichte interactie is sprake van een relatie die niet als vrijblijvend en evenmin als louter feitelijk kan worden beschouwd.¹¹⁷ Voor

114 In het bijzonder hoeft hieraan niet in de weg te staan dat zowel op de zorgverzekeraar als op de hulpverlener aansprakelijkheid rust voor de deugdelijkheid van de verleende zorg; dat meerdere partijen voor eenzelfde schade aansprakelijk zijn, is in het burgerlijk recht niet ongewoon.

115 Vgl. artikel 15 lid 1 Zvw, waar artikel 7:941 lid 1 BW buiten toepassing is verklaard. Daardoor hoeft de verzekerde de zorgverzekeraar niet eens op de hoogte te stellen van het intreden van het verzekerd risico. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 112.

116 De verzekerde kan ingevolge artikel 13 Zvw zich ook wenden tot een zorgverlener met wie zijn zorgverzekeraar geen overeenkomst heeft gesloten, maar dan kan in de verzekeringsvoorwaarden bepaald zijn dat de vergoeding beperkt blijft tot een deel van de kosten.

117 In dezelfde zin reeds J.R. Boerlage, 'Ziektelkostenverzekering – een grensgebied tussen privaatrecht en publiekrecht', *Tijdschrift voor sociale geneeskunde* 1971, p. 723-725. In dezelfde zin CBb 28 januari 2010, *LJN*: BL2085, «GJ» 2010, 46; Gerechtshof Arnhem 4 januari 2011, *LJN*: BO9731. Zie ook de regeling van het overleg tussen cliënt en zorgaanbieder in artikel 14 van het voorstel van Wet cliëntenrechten zorg, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 2.

de zorgverlener geldt dat hij tegenover de patiënt verantwoordelijk is voor de nakoming van de professionele plichten, die hij met de aanvaarding van een persoon als zijn patiënt op zich heeft genomen.

Alleen hieruit volgt dat de verhouding tussen zorgverlener en patiënt (ook) in het naturamodel als een contractuele verhouding moet worden gezien. Zo ook de wetgever, maar dan impliciet. Toen de wetgever in 1995 de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst invoerde, is aan de gevolgen van het naturamodel nauwelijks aandacht besteed. Het is echter weinig aannemelijk dat de wetgever er bij de totstandbrenging van deze regeling van is uitgegaan dat zij op ruim tweederde van de Nederlandse bevolking – alle ziekenfondsverzekerden namelijk – niet toepasselijk zou zijn. Dat de wetgever wel degelijk van het bestaan van een behandelingsovereenkomst tussen patiënt en hulpverlener is uitgegaan, blijkt uit artikel 7:461 BW. Daar is bepaald dat de hulpverlener recht op loon heeft, *tenzij* hij loon ontvangt ‘op grond van het bij of krachtens de wet bepaalde’. Daarmee werd bedoeld op de wettelijk verplichte ziektekostenverzekeringen (Zfw en AWBZ, die beide het naturamodel kenden). De wetgever ging blijkbaar uit van de toepasselijkheid van de bepalingen over de geneeskundige behandelingsovereenkomst bij toepassing van het naturamodel, anders was de uitzondering op de loonbetalingsplicht zinledig.^{118 119}

4.4 Verzekerde en verzekeringsmodel

Bij beschouwing van het natura- en het restitutiemodel vanuit het perspectief van de consument dringt zich al snel de gedachte op dat het naturamodel sterke voordelen heeft. De verzekerde heeft immers recht op zorg, zijn verzekeraar is verplicht daarvoor de nodige voorzieningen te treffen, en hij staat volledig buiten het betalingsverkeer. De verplichtingen van de zorgverzekeraar zijn verstrekkend en een sterkere rechtspositie van de consument is nauwelijks denkbaar. Wie zou verwachten dat het verzekeringsmodel een belangrijk motief in de keuze voor een bepaalde zorgverzekering is, vergist zich echter. De belangrijkste keuzespec-ten zijn de premie, de dekking van de aanvullende verzekering en de mogelijkheid om aan een collectiviteit deel te nemen. Daarnaast spelen de reputatie van

118 Deze bepaling was en is niet goed geformuleerd. Ook onder de Zfw en de AWBZ ontleende de hulpverlener zijn (recht op) betaling niet aan ‘het bij of krachtens de wet bepaalde’, maar aan de overeenkomst met het ziekenfonds of het uitvoeringsorgaan van de AWBZ zorgverzekeraar.

119 De wetgever had overigens zelf iedere onduidelijkheid kunnen en moeten vermijden. De invoering van de Zvw had gepaard kunnen gaan met een bepaling die uitdrukkelijk de verschuldigdheid van loon uitsluit in geval de zorgverlener voor verleende zorg recht heeft op betaling door de zorgverzekeraar.

de zorgverzekeraar en de service van de zorgverzekeraar een rol.¹²⁰ Het onderscheid natura/restitutie leeft bij consumenten blijkbaar nauwelijks of niet. Dit is begrijpelijk, omdat de praktische betekenis van het onderscheid beperkt is.

Met een gezondheidsklacht wendt men zich tot een zorgaanbieder, gewoonlijk niet tot de zorgverzekeraar. Het zijn de diensten van de hulpverlener die in de beleving van een patiënt centraal staan. Hij verwacht op dezelfde wijze te worden behandeld als iedere andere patiënt, ongeacht het type verzekering. Omgekeerd is de perceptie van de aanbieder niet anders. De zorgaanbieder zal aan elke patiënt die zich tot hem wendt zorg willen verlenen – mits hij ergens verzekerd is – en zal zeker elke patiënt gelijk willen behandelen. Geen zorgaanbieder zal in de kwaliteit van de dienstverlening onderscheid mogen (en willen) maken naar gelang het toepasselijke verzekeringsmodel of de afspraken die met de zorgverzekeraar zijn gemaakt.

Is alleen in zoverre het onderscheid natura/restitutie al naar de achtergrond verdrongen, ook bij verdere beschouwing is dat het geval. Allereerst heeft de Zvw zelf het onderscheid tussen beide gerelativeerd: door de hantering van het begrip 'zorgplicht' dat – hoe vaag ook – in elk geval duidelijk maakt dat de restitutieverzekeraar niet met het enkele betalen van rekeningen kan volstaan. Bovendien is in de Zvw uitdrukkelijk voor degenen die zich krachtens de zorgverzekering moeten wenden tot een gecontracteerde aanbieder, tevens de mogelijkheid geopend om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder – zij het dat dan de mogelijkheid bestaat dat de kosten slechts gedeeltelijk worden vergoed.¹²¹

Ook in de praktijk van de zorgverzekering is het onderscheid hoogst betrekkelijk geworden. Om te beginnen was het al vóór 2006 algemeen gebruikelijk dat kosten van ziekenhuiszorg rechtstreeks door de particuliere ziektekostenverzekeraar aan het ziekenhuis werd voldaan; een gewoonte die is voortgezet en uitgebreid.¹²² Na de invoering van de Zvw zijn mengvormen van beide modellen ontstaan: met name in de vorm van de restitutieverzekering met gecontracteerde aanbieders, een verzekering die in zoverre vergelijkbaar is met een naturaverzekering dat (a) de verzekerde zich in principe slechts kan wenden tot gecontracteerde aanbieders (b) de zorgverzekeraar in verband daarmee ook genoodzaakt is te contracteren. Er zijn ook mengvormen in die zin dat bij sommige prestaties uit de zorgverzekering de zorg zélf de verzekerde prestatie is en bij andere de vergoeding van kosten. In een groot aantal gevallen biedt een zorgverzekeraar zowel een natura- als een restitutieverzekering aan. In de regel sluit hij dan ten behoeve van al zijn verzekerden, natura- én restitutieverzekerden, overeenkomsten met zorgaanbieders.

120 Nederlandse Zorgautoriteit, *Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2009*, Utrecht: NZa 2009, p. 22-23; NIVEL en Centrum Klantervaringen Zorg, *Ervaringen van verzekerden met de zorg en de zorgverzekeraars*, Utrecht: 2010, p. 42-43.

121 Artikel 13 lid 1 Zvw.

122 Het gaat dan in de restitutieverzekering om betaling van een schuld door een derde, voorzien in artikel 6:30 lid 1 BW.

Daarbij bedingt de zorgverzekeraar dat de zorgaanbieder aan alle daarvoor in aanmerking komende verzekerden, zonder onderscheid, zorg zal verlenen;¹²³ daartegenover verbindt de zorgverzekeraar zich de kosten aan de zorgaanbieder te voldoen. De zorgverzekeraar voldoet dan aan een eigen contractuele verplichting, hetgeen tevens leidt tot voldoening van de schuld van de restitutieverzekerde aan de hulpverlener. Ook kwaliteits- en prijsafspraken hebben dan zonder onderscheid op beide categorieën verzekerden betrekking. De zorgverzekeraar is ook wel genooddaakt overeenkomsten van deze strekking te sluiten mede ten behoeve van restitutieverzekerden, althans wat de ziekenhuiszorg betreft. Doet hij dat niet, dan zal de zorgaanbieder aan de restitutieverzekerden in het zg. B-segment de zg. passantentarieven in rekening brengen, die hoger zijn dan de gemiddeld gecontracteerde tarieven;¹²⁴ tarieven, die vervolgens voor rekening van de zorgverzekeraar komen.

Het idee van de wetgever dat zorgverzekeraars en consumenten heldere keuzes zouden gaan maken tussen natura- en restitutiemodel, is niet uitgekomen. Juist doordat de wetgever om overigens legitieme redenen aan zorgverzekeraars de vrije keuze liet, zijn gaandeweg de verhoudingen bij restitutie en natura steeds meer gelijkennis gaan vertonen. Op het punt van de verzekeringsmodellen is met de Zvw een troebele en ambigue situatie ontstaan, die overigens buiten de kring van juristen slechts zelden iemand belang inboezemt. Daar hoeft dan ook niet getreurd om te worden. Een en ander neemt echter niet weg dat tussen beide verzekeringsmodellen een fundamenteel verschil blijft bestaan in die zin dat slechts in de naturaverzekering de verzekerde de zorgverzekeraar rechtstreeks tot de levering van zorg kan aanspreken. In een incidenteel geval kan het daar wel op aankomen.¹²⁵

123 Nederlandse Zorgautoriteit, *Thematisch onderzoek zorgplicht*, Utrecht: NZa februari 2010, p. 18: bij de zorginkoop maken zorgverzekeraars geen onderscheid tussen natura- en restitutieverzekerden.

124 Zorgaanbieders maken deze passantentarieven (ook wel 'spijkerprijzen' genaamd) veelal bekend op hun websites.

125 Vgl. Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 26 februari 2010, *LJN*: BL7616. Een verzekerde sprak haar zorgverzekeraar aan tot nakoming van haar verplichtingen voortvloeiend uit de naturaverzekering, in die zin dat de patiënte in een instelling met het dure geneesmiddel infliximab kon worden behandeld; de zorgverzekeraar sprak het gecontracteerde ziekenhuis (dat de behandeling uit kostenoverwegingen weigerde) in vrijwaring aan tot verlening van de gewenste zorg. Zie ook Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 28 december 2010, *LJN*: BP1806.

5 Samenstelling van het verzekerde pakket

5.1 Inleiding

Het sociaal grondrecht op gezondheidszorg is in abstracte en algemene termen geformuleerd; grondwettelijke en verdragsbepalingen bevatten geen concrete normen voor beslissingen over inhoud en omvang van het verzekeringspakket. Een moderne vertolking van het recht op gezondheidszorg is vervat in artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.¹²⁶ Hierin wordt expliciet aan de verdragsstaten voorgeschreven een afweging te maken tussen behoeften en beschikbare middelen. Vanwege de beperkte beschikbare middelen kunnen grenzen aan de verzekerde zorg worden gesteld.

Diverse sociale zekerheidsverdragen bevatten meer concrete minimumnormen. Het betreft hier de voor Nederland geldende ILO-Verdragen,¹²⁷ het Europees Sociaal Handvest¹²⁸ en de Europese Code inzake sociale zekerheid.¹²⁹ Hoewel tussen de verdragsteksten enige verschillen bestaan – deze blijven hier verder buiten beschouwing – hebben zij gemeen dat zij de verdragsstaten verplichten te voorzien in de gangbare vormen van curatieve zorg, zoals zorg van huisartsen, ziekenhuiszorg, verloskundige zorg en noodzakelijke geneesmiddelen.¹³⁰ Niettemin formuleren ook deze verdragen rechten veelal in algemene termen die om nadere interpretatie vragen, zoals ‘noodzakelijke geneesmiddelen’ en ‘geen te zware

126 ‘De Partijen nemen, rekening houdend met de behoefte aan gezondheidszorg en met de beschikbare middelen, de nodige maatregelen teneinde, binnen hun jurisdictie, zorg te dragen voor gelijke toegangsmogelijkheden tot gezondheidszorg van passende kwaliteit.’ Zie ook Rolf de Groot, ‘Right to Health Care and Scarcity of Resources’, in: J.K.M. Gevers, E.H. Hondius, J.H. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2005, p. 49-59.

127 Verdrag betreffende minimumnormen van sociale zekerheid (ILO-verdrag nr. 102), *Trb.* 1953, 69; Verdrag betreffende de prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten (ILO-verdrag nr. 121), *Trb.* 1966, 137.

128 Wet van 1 december 2005 tot goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en het van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten (*Trb.* 2004, 13 en *Trb.* 2004, 14) is in werking getreden op 1 juli 2006, *Stb.* 2005, 694.

129 Europese Code inzake sociale zekerheid, *Trb.* 1965, 47; Europese Code inzake sociale zekerheid (herzien), *Trb.* 1993, 123. Op 23 oktober 2009 is de Wet van 1 oktober 2009 tot goedkeuring van de op 6 november 1990 te Rome tot stand gekomen Europese Code inzake sociale zekerheid (herzien) in werking getreden, *Stb.* 2009, 421.

130 Zie voor een opsomming MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 39-40.

last’;¹³¹ die nadere interpretatie is overgelaten aan de verdragsstaten, die daardoor een aanzienlijke ruimte voor nationaal beleid behouden.¹³²

Unierechtelijk uitgangspunt is dat de lidstaten vrij zijn in de inrichting van hun sociaal-zekerheidsstelsel. Waar het vrij verkeer van goederen of diensten in het geding is – en dat is in de zorgsector snel het geval – heeft het Hof van Justitie al in het Duphar-arrest¹³³ ten aanzien van de uitsluiting van geneesmiddelen van het verzekeringspakket beslist dat de aanwijzing van geneesmiddelen moet geschieden zonder discriminatie naar de oorsprong van de producten en ‘op grond van objectieve en controleerbare criteria’.¹³⁴ Het ligt voor de hand dat ook voor andere – eveneens potentieel grensoverschrijdende – vormen van zorg de regel te hanteren dat beslissingen om zorg wel of niet in het pakket van de verplichte ziektekostenverzekering op te nemen, moeten worden gebaseerd op objectieve en controleerbare criteria. Welke criteria dat zijn, is aan de lidstaat.

Ook het nationale recht stelt eisen aan de wetgever bij de inrichting van het stelsel van gezondheidszorg, zij het dat bepalingen van een wet in formele zin niet aan nationaalrechtelijke normen kunnen worden getoetst.¹³⁵ Keuze in lagere regelgeving over bijvoorbeeld de verzekerde prestaties krachtens de verplichte ziektekostenverzekering kunnen echter wel worden getoetst aan ongeschreven rechtsbeginselen.¹³⁶ De rechterlijke toetsing is evenwel een terughoudende; het is niet aan de rechter zelf de waarde of het maatschappelijk gewicht van de betrokken belangen vast te stellen. De redelijkheid van een wettelijke maatregel kan, aldus de HR, mede worden getoetst aan de hand van de motivering waarop de maatregel berust. Behalve aan het verbod van willekeur kunnen lagere wettelijke rege-

131 Bijvoorbeeld in artikel 10 ILO-Verdrag no. 102.

132 Lang niet alle bepalingen van ILO-Verdragen en de Europese Code inzake sociale zekerheid kunnen dan ook worden beschouwd als verdragsbepalingen met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde, vgl. CRvB 4 november 1998, AB 1999, 352. Voor sommige bepalingen ligt dit echter anders. Vgl. CRvB 29 mei 1996, RZA 1996, 134 (kraamzorg); CRvB 8 september 2006, AB 2006, 417, RZA 2007, 58 (beroepsziekte en arbeidsongeval); M.W. Wetters-Bronsgest, ‘Eigen bijdrage aan een zijden draadje?’, in: *RZA Klassiek*, Deventer: Kluwer 2004, p. 972-980.

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

134 Deze formulering heeft later een plaats gekregen in de zg. Transparantierichtlijn, Richtlijn 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemng daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg, Pb. 1989, L40/8.

135 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. M. Scheltema.

136 De rechter kan een wettelijke regeling, niet zijnde een wet in formele zin, als onverbindend aanmerken omdat de overheid die in redelijkheid niet kon vaststellen, zie HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, NJ 1987, 251.

lingen ook worden getoetst aan andere ongeschreven rechtsbeginselen, zoals dat van de rechtszekerheid.¹³⁷

De samenstelling van het verplichte pakket is een zo essentieel element van de zorgverzekering dat de overheid in afwijking van de hoofdregel van de Derde richtlijn schadeverzekering de zorgverzekeraars voorschriften over de dekking van zorgverzekeringen mag opleggen. De wetgever behoudt zich de afweging over de samenstelling van het te verzekeren pakket niet zonder reden voor. Vanwege de aard van de diensten, die voor patiënten van vitaal belang zijn, en omdat de kosten van zorg door de verzekering worden gedekt en daarmee de band tussen consumeren en betalen is 'doorgeknipt', ontbreekt zonder overheidsinterventie de kosten-batenafweging die in normale marktomstandigheden door consumenten zelf wordt gemaakt. Aldus ontstaat een in beginsel ongeremde dynamiek, die zijn weerslag krijgt in voortdurend stijgende kosten die via collectieve financiering moeten worden opgebracht. Een door overheidsinterventie gemaakte afweging van maatschappelijk nut en kosten is dan ook nodig en gerechtvaardigd.¹³⁸

5.2 De regeling van de Zorgverzekeringswet

Uitgangspunt was dat het pakket van de nieuwe zorgverzekering in grote trekken zou aansluiten bij dat van de ziekenfondsverzekering.¹³⁹ Het onderscheid tussen de Zfw en de AWBZ bleef in stand, en evenzeer de afbakening tussen verplichte 'basis'verzekering en aanvullende ziektekostenverzekering. Wat de AWBZ betreft, zijn in de loop van de tijd de ambities vergaand bijgesteld. Had de Commissie-Dekker nog voorgesteld het grootste deel van de AWBZ-zorg in de algemene ziektekostenverzekering op te nemen,¹⁴⁰ de SER was in zijn advies uit 2000 terughoudender; enkele kort durende, op herstel gerichte zorgvormen zouden naar de nieuwe zorgverzekering kunnen worden overgeheveld.¹⁴¹ Bij de Zvw bleef in eerste instantie alles bij het oude; wel werd de overheveling aangekondigd van onderdelen van de ggz, die uiteindelijk in 2008 is geëffectueerd. Men

137 Zie voor de toetsing van 'pakketbeslissingen' door de burgerlijke rechter o.a. pres. Den Haag 22 oktober 1993, *RZA* 1993, 182 (homeopathische middelen); Hof Den Haag 10 februari 2000, *RZA* 2000, 45 (niet-UR geneesmiddelen); Hof Den Haag 29 juni 2000, «*JGR*» 2000, 23 (middel tegen vetzucht); Hof Den Haag 28 maart 2002, *RZA* 2003, 153 (Viagra).

138 Zie voor een uitvoeriger beschouwing Commissie Keuzen in de zorg, *Kiezen en delen*, Rijswijk: Ministerie van WVC 1991, p. 96-110.

139 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 40.

140 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, *Bereidheid tot verandering*, Den Haag: 1987, p. 11-12.

141 Sociaal-Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag: SER 2000, p. 97-99.

kan hier spreken van een gemiste kans om 'door te pakken'. Het gevolg is immers dat de inmiddels met vele gebreken kampende AWBZ is blijven voortbestaan en dat herziening nog geruime tijd op zich zal laten wachten.¹⁴² Aan de andere kant zou integratie van (een groot deel van) de AWBZ in de Zvw zowel het politieke proces als de daadwerkelijke invoering van de zorgverzekering aanmerkelijk hebben gecompliceerd.

Ook is in het onderscheid met de aanvullende verzekering geen verandering gekomen. Van de aanvullende verzekering maken voorzieningen deel uit waarvan de regering vindt dat die voor rekening en verantwoordelijkheid van de verzekerde zelf kunnen komen.¹⁴³ Pakketsamenstelling, polisvoorwaarden, acceptatiebeleid en premiestelling behoren tot de eigen bevoegdheden van de verzekeraar die de aanvullende verzekering aanbiedt. Wettelijke regeling daarvan is op grond van de Europese schaderichtlijnen niet mogelijk. Ook Eurocommissaris Bolkestein was daar duidelijk over.¹⁴⁴

Niet is overgenomen het voorstel van de SER om een differentiatie aan te brengen tussen een basispolis met een minimale dekking van hoge kosten en een standaardpolis met een meer uitgebreide dekking, inclusief relatief goedkope zorg zoals die van de huisarts.¹⁴⁵ Deze differentiatie achtte de regering niet in overeenstemming met de gewenste solidariteit in de verzekering.¹⁴⁶

Mogelijk heeft het feit dat het ziekenfondspakket 'met huid en haar' werd overgenomen in de zorgverzekering, bijgedragen tot de relatieve rust waarmee de invoering voor zorgaanbieders en patiënten gepaard is gegaan. Was vóór 1 januari 2006 een vorm van zorg in algemene termen omschreven, zoals medisch specialistische zorg, na 1 januari 2006 kwam daar geen verandering in. Was een vorm van zorg tot in het kleinste detail omschreven, zoals de geneesmiddelen, dan kwam daar evenmin verandering in. De wetgever heeft de omschrijvingen slechts partieel gewijzigd, hij heeft niet van de gelegenheid gebruik gemaakt het pakket en de omschrijving daarvan grondig te herzien; ook in dit opzicht een gemiste kans. Zo is sinds jaar en dag de farmaceutische zorg onevenwichtig geregeld: een geneesmiddel dat in het ziekenhuis wordt toegediend in het kader van

142 Zie o.a. Sociaal-Economische Raad, *Langdurige zorg verzekerd: over de toekomst van de AWBZ*, Den Haag: SER 2008; brief staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer 13 juni 2008, *Kamerstukken II 2007/08 30 597*, nr. 15; J.M. van der Most, 'De zorgelijke staat van de AWBZ', *TvGR 2009*, p. 238-265.

143 MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 44-45.

144 'I do not think that it would be proportionate to apply the requirements to any complementary insurance cover offered by private insurers which goes beyond the basic social security package of cover laid down by the legislation', brief Eurocommissaris Bolkestein 23 november 2003, p. 3.

145 Sociaal-Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag: SER 2000, p. 106-109.

146 MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 41.

medisch specialistische zorg, hoeft niet product voor product in het pakket te worden opgenomen, maar valt onder de paraplu van de algemene omschrijving van medisch specialistische zorg; wordt exact hetzelfde geneesmiddel extramuraal voorgeschreven en bij de apotheek betrokken, dan komt het alleen voor rekening van de zorgverzekeraar indien het specifieke, individuele product een uitgebreide beoordelingsprocedure met goed gevolg heeft doorstaan.¹⁴⁷ Dit voorbeeld is met diverse andere uit te breiden.

De bepaling van inhoud en omvang van de te verzekeren prestaties is in artikel 11 lid 3 Zvw aan de lagere wetgever opgedragen. De vrijheid van de lagere wetgever is echter op twee manieren aan banden gelegd. Materieel, omdat artikel 10 de verzekerde risico's omschrijft, maar daarmee ook heeft beoogd de aard van de te verzekeren zorg te omlijnen.¹⁴⁸ Procedureel, omdat pakketbeslissingen in beginsel bij a.m.v.b. moeten worden geregeld¹⁴⁹ en voor de totstandkoming van die a.m.v.b. een voorhangprocedure geldt waarmee de betrokkenheid van het parlement wordt gewaarborgd.¹⁵⁰ Daarnaast is een kwalitatieve waarborg voorhanden doordat de overheid zich kan laten leiden door de deskundige adviezen van het CVZ.¹⁵¹

Pakketbeslissingen hebben niet altijd een alles-of-niets karakter. Bij lagere regelgeving – het Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering – kan de wetgever diverse nuanceringen en schakeringen toepassen:

- het integraal opnemen van een subcategorie zorg (bijvoorbeeld 'zorg zoals huisartsen die plegen te bieden');
 - het selectief aanwijzen van bepaalde diensten of producten (bijvoorbeeld hulpmiddelen);
 - het specifiek uitsluiten van bepaalde diensten (bijvoorbeeld liposuctie van de buik);
 - het verbinden van de dekking aan strikte indicatievoorwaarden (bijvoorbeeld het vereiste van een ernstige ontwikkelingsstoornis voor mondzorg);
 - het maximeren van de omvang van de te verzekeren zorg (bijvoorbeeld tien behandelingen per jaar voor ergotherapie);
 - het opleggen van een eigen bijdrage (bijvoorbeeld voor 'zittend ziekenvervoer').
- Slechts op één punt heeft de wetgever zijn regelingsbevoegdheid afgestaan. Bij de farmaceutische zorg is sprake van een tweetrapsraket: verzekerd is de aflevering

147 M.F. van der Mersch, C. Velink, 'Het recht op geneesmiddelen', in: *De toelating van geneesmiddelen*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2006, p. 150-152.

148 Dit valt af te leiden uit de verwijzing naar de in artikel 10 genoemde risico's in artikel 11 lid 1 en lid 4 onder b Zvw.

149 De regeling vloeit voort uit het amendement-Omtzigt, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 763, nr. 40.

150 Artikel 124 Zvw.

151 Artikel 66 lid 1 Zvw.

van de geneesmiddelen die door de zorgverzekeraar zijn aangewezen, waarbij de zorgverzekeraar een selectie moet maken uit de door de minister van VWS aangewezen geneesmiddelen. De zorgverzekeraar moet bij de aanwijzing zodanig te werk gaan dat van alle werkzame stoffen die voorkomen in de door de minister aangewezen geneesmiddelen, tenminste één geneesmiddel voor de verzekerde beschikbaar is. Als behandeling met een door de zorgverzekeraar geselecteerd geneesmiddel medisch niet verantwoord is, heeft de verzekerde recht op (vergoeding van) een ander geneesmiddel.¹⁵² Deze regeling is de grondslag voor het zg. preferentiebeleid, inhoudend dat de zorgverzekeraar uit een aantal geneesmiddelen met dezelfde werkzame stof het goedkoopste product aanwijst; omdat dit product tijdelijke exclusiviteit verwerft, worden door deze werkwijze leveranciers van geneesmiddelen aangezet om hun prijzen te verlagen.¹⁵³

5.3 *De criteria van Dunning*

Aan de hand van welke criteria en volgens welke procedure beslissingen moeten worden genomen over de samenstelling van het verplicht verzekerde pakket, is veelvuldig besproken zonder dat het resultaat zijn neerslag in regelgeving heeft gevonden. Inmiddels kunnen wij terugkijken op 20 jaar studie naar de mogelijkheden pakketbeslissingen op verantwoorde wijze te normeren. De Commissie Keuzen in de zorg (Commissie-Dunning) bracht in 1991 een rapport uit dat grote impact heeft gehad. Heel kort samengevat stelde de commissie voor beslissingen te nemen aan de hand van vier, achtereenvolgens toe te passen criteria, ook wel aangeduid als de 'trechter van Dunning':

1. gaat het om noodzakelijke zorg, gezien vanuit de gemeenschapsgerichte benadering?
2. is de werkzaamheid aangetoond?
3. is de zorg doelmatig?
4. kan de zorg voor eigen rekening en verantwoording blijven?

Alleen als het antwoord op de eerste drie vragen 'ja' is en het antwoord op de vierde vraag 'nee', zou zorg in het verplichte basispakket moeten worden opgeno-

152 Artikel 2.8 lid 1 onder a en leden 3 en 4 Besluit zorgverzekering.

153 Zie over het preferentiebeleid M.F. van der Mersch, C. Velink, 'Het recht op geneesmiddelen', p. 186-189. Thans voeren diverse zorgverzekeraars preferentiebeleid met betrekking tot een groot aantal uiteenlopende geneesmiddelen. Het preferentiebeleid is in de rechtszaal menigmaal bestreden, meestal echter tevergeefs. Rb. Zwolle 26 augustus 2008, *LJN*: BE9192, *RZA* 2008, 133, «*GJ*» 2008, 134 en Rb. Utrecht 15 augustus 2008, *LJN*: BE2719, *RZA* 2008, 114, «*JGR*» 2008, 36.

men.¹⁵⁴ De overheid heeft dit advies omarmd en de 'Dunning-criteria' bij diverse gelegenheden toegepast, in het bijzonder ten aanzien van geneesmiddelen.¹⁵⁵

5.4 Na Dunning

Bij Dunning bleef het niet. Zonder te vervallen in een opsomming van alle rapporten en geschriften over dit onderwerp, valt te wijzen op het rapport 'Volksgezondheidszorg' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) uit 1997;¹⁵⁶ daarin wordt een prioritering van zorg voorgesteld, waarbij de onherroepelijkheid van de uitkomst en het acuut karakter bepalende factoren zijn. Acute zorg bij levensbedreigende ziekten staat boven aan in de hiërarchie en zorg voor chronisch zieken lager. Aan de hand van prioritering zou dan kunnen worden uitgemaakt in welke gevallen kan worden overwogen bepaalde voorzieningen niet meer in het collectief gefinancierde verzekeringspakket op te nemen. Hoe ver per categorie de collectieve verantwoordelijkheid zich uitstrekt, zou moeten worden bepaald aan de hand van kosten-effectiviteitsanalyses. Daarbij zouden de effecten van voorzieningen vergelijkbaar moeten worden gemaakt door de effecten uit te drukken in *Quality Adjusted Life Years* (QALYs) of *Disability Adjusted Life Years* (DALYs). Daarmee zou objectivering van de besluitvorming kunnen worden bevorderd.

Het CVZ bracht in 2001 een rapport 'Het basispakket: inhoud en grenzen' uit, waarin het CVZ zich mede baseerde op de ervaringen met en resultaten van (inmiddels) tien jaar pakketdiscussie.¹⁵⁷ Die ervaringen stemmen het CVZ niet optimistisch. In het rapport worden kritische kanttekeningen geplaatst bij de aanpak van de Commissie-Dunning, met name bij het (eerste) criterium ('noodzakelijke zorg'). Dit zou moeilijk te interpreteren en toe te passen zijn; als het erop aankomt het financiële beslag van de basisverzekering te verkleinen, zou het beter zijn grote stukken, ook noodzakelijke, zorg uit het pakket te verwijderen. Enkel het verwijderen van 'niet noodzakelijke zorg' zou ook in financiële termen weinig opleveren. Per saldo blijft het CVZ voorstander van een 'breed samengesteld, samenhangend basispakket'.

154 Zie hierover verder G.R.J. de Groot, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg', in: *Zorg, schaarste en recht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2002, p. 87-89.

155 O.a. bij de uitsluiting van homeopathische middelen (pres. Den Haag 22 oktober 1993, *RZA* 1993, 182), niet UR-geneesmiddelen (Hof Den Haag 10 februari 2000, *RZA* 2000, 45), een middel tegen vetzucht (Hof Den Haag 29 juni 2000, «*JGR*» 2000, 23) en Viagra (Hof Den Haag 28 maart 2002, *RZA* 2003, 153).

156 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Volksgezondheidszorg*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

157 College voor zorgverzekeringen, *Het basispakket: inhoud en grenzen. Rapport naar aanleiding van de evaluatie van '10 jaar pakketdiscussie'*, Amstelveen: CVZ 2001, publicatienr. 01/46.

In het in 2003 verschenen 'Contouren van het basispakket' kiest de Gezondheidsraad, ondanks overeenstemming op bepaalde punten, een andere benadering dan de Commissie-Dunning.¹⁵⁸ De Gezondheidsraad onderscheidt 'criteria voor een solidair pakket' en 'criteria voor een verplicht pakket'. De eerstgenoemde criteria geven aan ten aanzien van welke voorzieningen men kan verwachten dat mensen bereid zijn solidariteit met elkaar op te brengen. 'Ziektebelasting' en 'kosteneffectiviteit' zijn daarvoor volgens de Gezondheidsraad de meest geschikte criteria. De vraag of bepaalde voorzieningen onderdeel moeten vormen van het verplicht verzekerde pakket, is een andere vraag, waarbij andere criteria een rol moeten spelen zoals de kosten van behandeling, de mate waarin de te voorkomen of te behandelen aandoening ziektebelasting en hinder voor anderen kan veroorzaken, het preventieve effect en het effect dat het gebruik van voorzieningen heeft op de doelmatigheid van de gezondheidszorg als geheel. Voor de toepassing van de criteria op diverse voorzieningen is een 'nationaal beoordelingskader' nodig ter ondersteuning van pakketbeslissingen. Bij elke voorziening is een zorgvuldige weging vereist, aldus de Gezondheidsraad, die wijst op de afgrenzing van de begrippen gezondheid en ziekte, het multidimensionale karakter van ziektebelasting, en effectiviteit. De Gezondheidsraad bepleit verder onderzoek, maar wijst erop dat de besluitvorming slechts ten dele vanuit de wetenschap gefundeerd kan worden; maatschappelijke opvattingen en keuzen spelen bij pakketbeslissingen evenzeer een rol.

In 2006 bracht de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (RVZ) het rapport 'Zinnige en duurzame zorg' uit.¹⁵⁹ Ook dit rapport neemt tot vertrekpunt dat in Nederland, net als in andere landen er een grens is aan de collectieve middelen die aan gezondheidszorg besteed kunnen worden, zodat niet in alle gevallen voldaan kan worden aan de vraag naar zorg en er, hoe men het ook wendt of keert, grenzen moeten worden gesteld aan het uit collectieve middelen betalen van zorg. Bij de vraag hoe die grenzen moeten worden getrokken bestaat, aldus de RVZ, een grote mate van consensus over de criteria voor de prioriteitenstelling, namelijk:

- noodzakelijkheid/zorgbehoefte: hoe hoger deze is, hoe eerder de zorg voor financiering uit collectieve middelen in aanmerking komt;
- effectiviteit en kosten: hoe meer waar de zorg voor zijn geld biedt ('value for money') en hoe lager de kosten, des te eerder komt zorg voor financiering uit collectieve middelen in aanmerking;
- de criteria moeten rechtvaardigheid weerspiegelen, zoals door de burger waargenomen; zij moeten gelijke toegang tot zorg waarborgen.

158 Gezondheidsraad, *Contouren van het basispakket*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003.

159 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Zinnige en duurzame zorg*, Zoetermeer: RVZ 2006. Het is in 2007 gevolgd door het rapport 'Rechtvaardige en duurzame zorg', waarin de RVZ tracht een antwoord te geven op de vraag naar de inhoud van het begrip 'rechtvaardigheid' en ingaat op de rollen en verantwoordelijkheden van de onderscheiden partijen.

De RVZ wijst erop dat onder andere de Commissie-Dunning een sequentiële toepassing van de criteria heeft voorgesteld; de RVZ adviseert een samenhangende toepassing, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen kwantificeerbare en niet kwantificeerbare criteria. Een beslissing over het vergoeden van een interventie begint met een analyse op basis van kwantificeerbare criteria: het criterium 'noodzakelijkheid', geoperationaliseerd als ziektelast en het criterium 'effectiviteit en kosten'. Deze samenhangende afweging leidt tot een principebesluit tot al dan niet vergoeden uit collectieve middelen. Tot zover spreekt de RVZ van *assessment*. Vervolgens dient een maatschappelijke toetsing plaats te vinden van het resultaat van de assessmentfase. Dit is de fase van *appraisal*. Daarin komen de niet kwantificeerbare criteria aan de orde, waardoor een maatschappelijke correctie op het 'technisch' verkregen principebesluit mogelijk wordt. Een daartoe geautoriseerde instantie moet erop toezien dat de besluitvorming ordentelijk verloopt. Er moeten richtlijnen voor onderzoeksmethoden komen zodat de uitkomsten van onderzoek onderling vergelijkbaar zijn. De RVZ beveelt aan het principebesluit om een interventie al dan niet uit collectieve middelen te vergoeden te baseren op een drempel voor de ziektelast en een plafond voor de kosten van een interventie per QALY per jaar, gerelateerd aan de ziektelast met een nader te stellen maximum. Daarbij denkt de RVZ – om het debat te stimuleren – aan een drempel van 0,1 voor de ziektelast – interventies bij aandoeningen met een ziektelast van 0,1 of minder worden dan niet vergoed – en een plafond van €80.000 per QALY per jaar als maximum bij een ziektelast van 1,0 voor de kosten van een interventie. Waren de tot nu toe genoemde rapporten sterk gericht op het ontwerpen van een brede en fundamentele criteria, het CVZ is met een meer praktische inslag te werk gegaan. In het bondige rapport 'Pakketbeheer in de praktijk'¹⁶⁰ schetst het CVZ een werkwijze die zich voor praktische toepassing leent bij de uitoefening van zijn wettelijke taak van 'pakketbeheerder'. Het CVZ ziet pakketbeheer als een cyclisch proces, beginnend met het signaleren van ontwikkelingen en vragen, bijvoorbeeld aan de hand van vragen die opkomen bij het adviseren over geschillen. Deze signalering kan leiden tot beoordelingen, hetzij in de vorm van 'verduidelijking' van hetgeen wel en niet tot het verzekerde pakket behoort, dan wel in de vorm van advisering om bepaalde zorg expliciet in het pakket op te nemen of daarvan uit te sluiten. Een derde fase in de cyclus is de evaluatie van pakketmaatregelen: krijgt de burger de zorg die hij nodig heeft en wat zijn de financiële gevolgen van een pakketbeslissing? Voor het nemen van expliciete pakketbeslissingen hanteert het CVZ vier 'pakketprincipes':

1. *noodzakelijkheid*: rechtvaardigt de ziekte of benodigde zorg een claim op solidariteit, gegeven de culturele context?

160 College voor zorgverzekeringen, *Pakketbeheer in de praktijk*, Diemen: CVZ 2006, publicatienr. 245.

2. *effectiviteit*: doet de interventie of zorgvorm wat er in de breedste zin van wordt verwacht?
3. *kosteneffectiviteit*: is de verhouding tussen de kosten en de baten in de breedste zin acceptabel?
4. *uitvoerbaarheid*: is het nu en later haalbaar en houdbaar om de interventie of zorgvorm op te nemen in het pakket?

Deze criteria vertonen gelijkenis, maar op onderdelen ook verschillen met de criteria die de Commissie-Dunning had voorgesteld; wellicht kan men spreken van een ‘doorontwikkeling’ van de Dunning-criteria. Bij het principe ‘noodzakelijkheid’ dient volgens het CVZ de mate van ziektelast en de zorgbehoefte bepalend te zijn voor de vraag of zorg verzekerd moet worden. Het principe ‘effectiviteit’ komt nagenoeg overeen met ‘aangetoonde werkzaamheid’ van de Commissie-Dunning, en het sluit ook nauw aan bij de maatstaf van de stand van de wetenschap en praktijk. ‘Kosteneffectiviteit’ vertoont nauwe verwantschap met ‘doelmatigheid’ van de Commissie-Dunning. ‘Uitvoerbaarheid’ is daarentegen een nieuw principe; het is niet zozeer een principe als wel een paraplubegrip voor diverse andere facetten die bij pakketbeslissingen gewicht in de schaal kunnen leggen, zoals financiële haalbaarheid, indirecte effecten (bijvoorbeeld substitutie naar duurder zorgvormen), gevolgen voor de vereveningssysteem en administratieve belasting. Aldus is dit principe veel breder en meer multi-interpretabel dan het vierde criterium van de Commissie-Dunning, of de zorg voor eigen rekening van de verzekerde kan blijven.

In een vervolgrapport¹⁶¹ heeft het CVZ zijn werkwijze aangepast naar aanleiding van het hiervoor besproken advies van de RVZ. Het pakketprincipe ‘noodzakelijkheid’ heeft – aldus het CVZ – twee incongruente dimensies: ‘ziektelast’ en ‘noodzakelijk te verzekeren’. Het CVZ plaatst de beoordeling op de dimensie ‘ziektelast’ in de *assessment* en de beoordeling op de dimensie ‘noodzakelijk’ in de *appraisal*. Bij ‘noodzakelijk te verzekeren’ zijn vooral maatschappelijke overwegingen aan de orde, overigens onder aantekening dat *assessment* en *appraisal* niet geheel te scheiden zijn.¹⁶² Bij de bepaling van de kosteneffectiviteit van een interventie hanteert het CVZ een bandbreedte van €10.000 per QALY bij lage ziektelast tot €80.000 per QALY bij hoge ziektelast. De beoordeling op kosteneffectiviteit heeft een indicatief karakter en is niet voorspellend voor de uiteindelijke beoordeling; daarin worden alle andere overwegingen betrokken.

Voorbeelden van een benadering waarin (lage) ziektelast de argumentatie oplevert om het verzekerde pakket te beperken zijn te vinden in de ‘Brede heroverwe-

161 College voor zorgverzekeringen, *Pakketbeheer in de praktijk 2*, Diemen: CVZ 2009.

162 Zo bevat de *assessment* ook waarderingsaspecten – bijvoorbeeld in de concepten ziektelast en kosteneffectiviteit – en kan tijdens de *appraisal* nog discussie plaatsvinden over de kwaliteit van de gebruikte gegevens, aldus het CVZ.

gingen' die het laatste kabinet-Balkenende in 2010 presenteerde.¹⁶³ Dergelijke voorbeelden zijn het schrappen van de behandeling van chronische voorhoofds-holteontsteking, voetafwijkingen en lichte vormen van incontinentie, alcoholstoornissen en depressie. De gedachte is dat de patiënt deze zorg, die in omvang beperkt, dan wel eenmalig is, voor eigen rekening moet kunnen nemen.

5.5 Geen (wettelijk) kader

Tot wettelijke criteria voor pakketbeslissingen is het nooit gekomen. Het wetsvoorstel voor de Zvw bevatte dergelijke criteria niet. Wel werd in de toelichting opgemerkt dat het te verzekeren pakket betrekking moet hebben op noodzakelijke zorg, getoetst aan aantoonbare werking, kosteneffectiviteit en noodzaak van collectieve financiering; om dit te bereiken, aldus de toelichting, 'sluit de regering aan bij de criteria van de Commissie-Dunning'.¹⁶⁴ Later werd een amendement voorgesteld dat ertoe strekte om bij a.m.v.b. de criteria noodzakelijkheid, werkzaamheid, doelmatigheid en eigen verantwoordelijkheid te verankeren. Het amendement werd verworpen.¹⁶⁵

Bij nadere beschouwing vallen enkele paradoxen op. Ten eerste, met name de adviesorganen hebben op consciëntieuze wijze getracht een samenstel van criteria te ontwerpen, aan de hand waarvan over het te verzekeren pakket zou kunnen worden beslist; zij hebben zich die inspanningen getroost mede met het oog op de invoering van de nieuwe zorgverzekering. De aandacht die daaraan in het wetgevingsproces is besteed, grenst echter aan het nulpunt, terwijl het opzetten van een nieuwe verzekeringsstelsel bij uitstek de gelegenheid zou zijn criteria en procedures voor de pakketsamenstelling nader vast te stellen. Zoals eerder opgemerkt, is er echter voor gekozen het ziekenfondspakket, met nauwelijks enige nadere toetsing, 'met huid en haar' over te nemen. Ook bij de presentatie van de diverse rapporten en standpunten over de 'pakketprincipes' aan de Tweede Kamer is de regering veelal kort van stof. Ten tweede, diverse voorstellen (waaronder ook die van de Commissie-Dunning) zijn ontworpen met de ambitie het kader te vormen voor een *voortdurende* toetsing van het *gehele* verzekeringspakket;^{166 167} in werkelijkheid is het medisch en paramedisch handelen zo veelvormig en complex dat een continue, expliciete toetsing van het geheel een fictie is. In feite is

163 *Curatieve zorg 2.0*, rapport brede heroverwegingen, Den Haag: Inspectie der Rijksfinanciën april 2010, p. 45-47.

164 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 40.

165 Amendement-Heemskerk, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 33; brief minister van VWS aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 762 en 29 763, nr. 26, bijlage.

166 In deze zin ook MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 40.

167 Alleen het CVZ is op dit vlak realistischer, doordat in *Pakketbeheer in de praktijk* wordt voorzien in een cyclisch proces op geleide van signalementen.

slechts sprake van een incidentele benadering. Telkens wanneer zich een concrete aanleiding aandient – die aanleiding wordt begrijpelijkerwijs nogal eens gevonden op zoek naar bezuinigingsmogelijkheden – wordt een gerichte, expliciete pakketbeslissing genomen. Voor 2010 betroffen de pakketbeslissingen onder andere aanpassing in verband met medische ontwikkelingen met betrekking tot in-vitrofertilisatiepoging; regelen dat transplantaties buiten de landen van de Europese Unie van de te verzekeren prestaties worden uitgesloten en het opnemen van zorg bij een stoppen-met-rokenprogramma.¹⁶⁸ Voor 2011 werd onder andere geregeld dat de eerste twaalf behandelingen fysiotherapie ter behandeling van een chronische aandoening niet in het basispakket zitten (in plaats van negen) en dat de farmaceutische zorg ook advies en begeleiding bij het gebruik van het geneesmiddel omvat.¹⁶⁹ Zelden worden dergelijke maatregelen expliciet en in detail aan de Dunning-criteria getoetst.¹⁷⁰

Hoe vreemd het klinkt, het bestaan van tariefregulering biedt de consument tot op zekere hoogte bescherming tegen (forse) pakketmaatregelen. Overschrijding van de kosten die volgens het Budgettair Kader Zorg (BKZ) aanvaardbaar worden geacht kan op verschillende manieren worden geredresseerd; één daarvan is snoeien in het verplichte pakket, een andere is toepassing van de Wmg door het opleggen van kortingen op tarieven of budgetten. Bij de keuze van de maatregel – waarbij de overheid beleidsvrijheid toekomt – is een plausibele afweging die waarbij een ingreep in het verzekerde pakket eerst dan wordt overwogen wanneer het onmogelijk blijkt de gewenste kostenreductie te verwezenlijken door tariefmaatregelen.¹⁷¹ Het valt immers moeilijk in te zien waarom kostenbeheersing zou moeten leiden tot verkorting van de rechten van verzekerden, wanneer de zorgaanbieders redelijkerwijs in staat zijn kostenbeperkende maatregelen te dragen.

De vraag resteert wat de (wenselijke) juridische status van de pakketcriteria is. De gedachte dat de hier het 'primaat van de politiek' heerst,¹⁷² is in zoverre juist dat de minister pakketbeslissingen vooraf aan het parlement moet voorleggen en daarover verantwoording verschuldigd is, maar tevens in zoverre tekortschietend, dat het óók gaat om beslissingen die in rechte verantwoord moeten kunnen worden: dat wil zeggen dat zij moeten berusten op objectieve en controleerbare

168 K.b. van 31 augustus 2009, *Stb.* 381.

169 K.b. van 2 november 2010, *Stb.* 764.

170 Hetgeen uiteraard niet uitsluit dat deze criteria wel degelijk bij de voorbereiding een rol hebben gespeeld. In de toelichting vindt men ze echter niet terug.

171 Vgl. Hof Den Haag 9 november 2010, «GJ» 2010, 151, r.o. 12 en 13.

172 Aldus – in enigszins genuanceerde bewoordingen – G.J.A. Hamilton, 'Overheidsverantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg', in: G.R.J. de Groot, G.J.A. Hamilton en J. Legemaate, 'Zorgkwaliteit in een competitieve verzekeringsmarkt', *Zorg & Financiering* 2005, p. 18.

criteria en op een consistente, redelijke motivering. Dergelijke criteria zullen altijd het karakter van vage normen hebben, die beoordelingsvrijheid en ruimte voor politieke afweging laten. Met de criteria van de Commissie-Dunning is een helder en rationeel schema daarvoor gegeven dat vanzelfsprekend verdere ontwikkeling behoeft. Vastlegging bij wet is wellicht niet nodig en misschien zelfs niet aangewezen, explicitering van dergelijke criteria in enigerlei vorm wél, bijvoorbeeld in een plan, een beleidsregel of een met het parlement te bespreken ander beleidsdocument. Hier ligt niet alleen een verantwoordelijkheid voor adviesorganen zoals het CVZ. Vooralsnog betreft het politieke debat telkens de incidentele maatregelen – de pil, ivf, de rollator – en niet het bredere kader waarbinnen die maatregelen passen. Naarmate de noodzaak van pakketmaatregelen toeneemt, zal ook vanuit juridisch oogpunt een dergelijk kader aan belang toenemen.

6 Het verzekerde pakket: het wettelijk stelsel

6.1 *Functiegerichte omschrijving*

Een wijziging ten opzichte van de ziekenfondsverzekering is de zg. functiegerichte omschrijving van de verzekeringsprestaties. Daarmee wordt bedoeld dat de wettelijke regeling zich bepaalt tot omschrijving van de zorg, zonder dat daarbij tevens wordt geregeld door wie, waar of onder welke voorwaarden de zorg ten laste van de verzekering kan worden verleend.¹⁷³ Vroeger was dit anders. Zo kende het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering de verstrekking ‘huisartsenzorg’, hetgeen per definitie zorg is die door een huisarts wordt verleend,¹⁷⁴ waren er – overigens vage – bepalingen over de plaats waar de zorg moest worden verleend,¹⁷⁵ en bepaalde de wetgever in een aantal gevallen dat voorafgaande toestemming van het ziekenfonds nodig was.¹⁷⁶ Deze regelingsmethode bracht een zekere starheid te weeg. Al in het rapport van de Commissie-Dekker is de

173 Zie over dit onderwerp Marianne Maijer, *De functiegerichte omschrijving van de aanspraken in de Zorgverzekeringswet*, Masterscriptie Vrije Universiteit, 2006.

174 Artikel 3 lid 1 Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering bepaalde: ‘Huisartsenzorg te verlenen door een huisarts omvat genees- en heelkundige zorg naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is [...]’

175 Vgl. artikel 3 lid 2 Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering: ‘De plaats waar de in het eerste lid bedoelde zorg wordt verleend, wordt bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is.’

176 Bijvoorbeeld artikel 5 lid 1 Regeling paramedische hulp ziekenfondsverzekering: ‘Voor het tot gelding brengen van de aanspraak op de hulp, bedoeld in artikel 1, onder c, is voorafgaande toestemming van het ziekenfonds vereist.’

functiegerichte omschrijving bepleit om flexibiliteit mogelijk te maken.¹⁷⁷ In de (grotendeels mislukte) stelselherziening van staatssecretaris Simons uit 1990-1992 kwam dit idee terug¹⁷⁸ en het werd vervolgens in 2003 in de AWBZ toegepast.¹⁷⁹ ¹⁸⁰ In de nieuwe zorgverzekering werd de functiegerichte omschrijving geplaatst in de sleutel van vermindering van overheidsregulering en verruiming van keuzemogelijkheden, beleids- en beslissingsruimte en meer concurrentieprikkels, dat alles, zo staat er tot twee keer toe, ‘binnen de door de wetgever geformuleerde kaders’.¹⁸¹

Aan nadere regeling door partijen zelf zijn in ieder geval die facetten onttrokken waarvan de wet een uitdrukkelijke regeling bevat. Dat geldt achtereenvolgens voor het verzekerde risico,¹⁸² inhoud en omvang van de te verzekeren prestaties,¹⁸³ met inbegrip van de daar soms opgenomen indicatiegebieden¹⁸⁴ alsmede het algemene indicatievereiste, inhoudend dat een verzekerde recht op verzekerde zorg heeft ‘voor zover hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen’.¹⁸⁵

De wetgever laat wél aan contracterende partijen over (a) het al dan niet gecombineerd aanbieden van zorgvormen (b) de kwalificatie van de zorgaanbieder die elke afzonderlijke vorm van zorg ten laste van de verzekering zorg kan verlenen (c) de identiteit van de zorgaanbieder (d) de plaats waar zorg wordt verleend en (e) de eventuele procedurele voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil zorg voor rekening van de zorgverzekeraar verleend kunnen worden.

(a) *Combineren en splitsen*

Het is niet noodzakelijk is dat één type zorg zoals omschreven in het Besluit zorgverzekering door één type aanbieder wordt verleend. Een vorm van te verzeke-

177 Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, *Bereidheid tot verandering*, Den Haag: 1987, p. 11, 51-52 en 205-206.

178 ‘Werken aan zorgvernieuwing’, *Kamerstukken II* 1989/90, 21545, nr. 2, § 7.1.

179 K.b. van 20 november 1991, *Stb.* 590, NvT, p. 34-37.

180 Zie over de methodiek verder J.M. van der Most, ‘Functiegerichte verstrekking-omschrijving’, *TvGR* 1991, p. 464-480; J.M. van der Most, ‘Vraaggestuurde zorg als recht vanuit verzekeringsperspectief (ZFW en AWBZ)’, *TvGR* 2003, p. 160-173; J.M. van der Most, ‘Functiegericht omschreven zorgaanspraken en indicatie’, *TvGR* 1994, p. 54-67.

181 NvT, *Stb.* 2005, 389, p. 18-19; zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 103; NV II, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 7, p. 47.

182 Artikel 10 Zvw.

183 Zoals door de zorgverzekeraar over te nemen uit artikel 11 lid 3 Zvw en het Besluit zorgverzekering.

184 Bijvoorbeeld de beperking van plastische chirurgie tot een aantal met name genoemde afwijkingen, misvormingen en verminkingen in artikel 2.4 lid 1 onder b Besluit zorgverzekering.

185 Artikel 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering.

ren zorg kan in meerdere stukken worden opgeknipt, waarbij per onderdeel een afzonderlijke aanbieder wordt aangewezen. Omgekeerd is het mogelijk eenzelfde aanbieder aan te wijzen voor meerdere vormen van zorg. Ook is het mogelijk dat een bepaalde vorm van zorg moet worden verleend in samenwerking tussen meerdere disciplines, zodat de zorg slechts tot de verzekerde prestaties behoort wanneer deze wordt verleend door deze, in de modelovereenkomst te noemen, disciplines. De zorgverzekeraar heeft de mogelijkheid in de modelovereenkomst zelf gestalte te geven aan keten- en netwerkzorg.

(b) *Kwalificatie van de zorgaanbieder*

Formeel is het aan verzekeraar en verzekeringnemer gezamenlijk overeen te komen door welk type zorgaanbieder een bepaalde vorm van zorg kan worden verleend; aangezien de consument tevoren veelal niet kan overzien welk soort zorg hij nodig zal hebben, is het in feite aan de zorgverzekeraar welk type zorgaanbieder invulling zal geven aan de verzekerde prestaties. Per te onderscheiden (onderdeel van) zorg moet telkens tenminste één type zorgaanbieder in de modelovereenkomst worden genoemd. De methode laat daarmee aan de zorgverzekeraar de ruimte om op trends en veranderende behoeften van consumenten in te spelen. In dit verband kent de methode van de functiegerichte omschrijving een belangrijke beperking. Hoewel de Zvw daarover niets regelt, zal de zorgverzekeraar erop moeten letten dat elke vorm van zorg in de modelovereenkomst wordt 'toebedeeld' aan een type zorgaanbieder die wettelijk bevoegd en in staat is de zorg in kwestie te verlenen. Hierbij kan worden gedacht aan de regeling van de voorbehouden handelingen in de Wet BIG en hetgeen daar over de bekwaamheid in relatie tot bevoegdheid is geregeld.¹⁸⁶ En zo is de aflevering van geneesmiddelen in principe voorbehouden aan apothekers en apotheehoudende huisartsen.¹⁸⁷ In feite is de keuze daardoor aanzienlijk beperkt.

De methode van de functiegerichte omschrijving heeft, behalve flexibiliteit, het voordeel dat aan de kwalificatie van de zorgaanbieder in de modelovereenkomst criteria kunnen worden verbonden waarmee kwaliteit of doelmatigheid van de zorg kunnen worden bevorderd. Voorheen moest dit steeds op het niveau van de wetgever worden beoordeeld.

186 Artikel 36 Wet BIG.

187 Artikel 61 lid 1 Geneesmiddelenwet.

Volgens artikel 20 Verzekeringsvoorwaarden VGZ Zorgverzekering (www.vgz.nl) kan dyslexiezorg worden verleend door: 'Kinder- en jeugdpsycholoog, orthopedagoog-generalist of gezondheidszorgpsycholoog die werkt in een multidisciplinair team van deskundigen, onder leiding van een gezondheidszorgpsycholoog die is ingeschreven in het Register van het Nationaal Referentiecentrum Dyslexie (NRD) of die het keurmerk Kwaliteitsregister Dyslexie heeft. De kinder- en jeugdpsycholoog moet ingeschreven zijn in het Register van het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP). De orthopedagoog-generalist moet ingeschreven zijn in het Register van de Nederlandse Vereniging van pedagogen en onderwijskundigen (NVO).'

De beperking van de typen zorgaanbieders die zorg voor rekening van de verzekeraar kunnen verlenen, heeft een absoluut karakter. Wie zorg krijgt van een aanbieder zonder de vereiste kwalificatie, heeft geen recht op vergoeding van de kosten daarvan. Er is op dit punt een verschil met geval dat een verzekerde zich wendt tot een hulpverlener behorend tot een type dat in de modelovereenkomst wél wordt genoemd, maar met wie de zorgverzekeraar geen overeenkomst heeft gesloten. In dat geval heeft de verzekerde ten minste recht op gedeeltelijke vergoeding van de kosten.¹⁸⁸

(c) *Identiteit van de zorgaanbieder*

Het komt voor dat in de verzekeringsvoorwaarden uitdrukkelijk de *naam* van één aanbieder wordt vermeld. Meestal volstaan de zorgverzekeraars in de verzekeringsvoorwaarden echter met vermelding van de *kwalificatie* van de zorgaanbieder. In de klassieke restitutieverzekering heeft de verzekerde dan de keuze uit alle zorgaanbieders die de kwalificatie bezitten die in de modelovereenkomst wordt verlangd. Als sprake is van een naturaverzekering of de restitutieverzekering met gecontracteerde zorgaanbieders, zal in de modelovereenkomst moeten worden verwezen naar een lijst van aanbieders met wie de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten. De zorgverzekeraar zal ervoor moeten zorgen dat hij met vertegenwoordigers van elke in de modelovereenkomst genoemde discipline overeenkomsten heeft gesloten.

(d) *Plaats*

Het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering bevatte hierover een enigszins wollige formulering, die vooral bedoeld was om onnodig huisbezoek, tegen nave-

188 Artikel 13 lid 1 Zvw.

nant hogere tarieven, te voorkomen.¹⁸⁹ In de modelovereenkomsten komen weinig bepalingen voor die restricties stellen aan de locatie van zorgverlening. Dergelijke restricties zijn overigens wel denkbaar, bijvoorbeeld als het gaat om een medicamenteuze behandeling die uit doelmatigheidsoogpunt beter in een ziekenhuis dan thuis kan plaatsvinden.

(e) *Procedurele voorwaarden*

In de modelovereenkomst kunnen verschillende voorwaarden van procedurele aard zijn opgenomen. De belangrijkste vormen daarvan zijn de voorafgaande *toestemming* en de *verwijzing*. Voorafgaande toestemming wordt wel geëist in gevallen waarin het van de specifieke omstandigheden van het geval afhangt of aan de toepasselijke indicatie-eis is voldaan, bijvoorbeeld bij plastische chirurgie, die alleen in een zeer beperkt aantal gevallen voor rekening van de zorgverzekeraar komt. Is de toestemmingseis gesteld, dan zal de beoordeling van de zorgverzekeraar zich in principe moeten beperken tot de vraag of het gaat om verzekerde zorg en of voor het verlenen van die zorg de vereiste indicatie bestaat. Daarbij gaat het er om of de verzekerde 'redelijkerwijs is aangewezen' op de verzekerde zorg.¹⁹⁰ Dit is een objectief maar tegelijk vaag criterium dat invulling vergt aan de concrete omstandigheden van het geval. Hoewel de wetgever hierover niet heel duidelijk is geweest, mag worden aangenomen dat het criterium ook ruimte laat voor de beoordeling of de beoogde zorg doelmatig is. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer een minder kostbare andere behandeling beschikbaar is met een vergelijkbaar resultaat en vergelijkbare belasting voor de patiënt.

Een toestemmingsvereiste is een contractsvoorwaarde die zich tot de verzekerde richt: zonder (voorafgaande) toestemming heeft hij geen recht op (vergoeding van de kosten van) zorg. Deze voorwaarde is in de afgelopen jaren in toenemende mate als een belasting van én de verzekerde én de verzekeraar beschouwd. Van de verzekerde omdat hij moet slagen in een bewijslast waarvoor hij tenminste de bijstand van de zorgaanbieder nodig heeft; van de zorgverzekeraar omdat hij kosten voor de beoordeling moet maken en zich met een toestemmingseis noch bij verzekerden noch bij zorgaanbieders geliefd maakt. Tegen deze achtergrond hebben de meeste zorgverzekeraars toestemmingseisen tot een minimum gereduceerd en deze soms vervangen door afspraken met zorgaanbieders. In dit opzicht werkt de concurrentie, zoals de wetgever ook had beoogd.¹⁹¹

189 Bijvoorbeeld artikel 3 lid 2 Verstrekkingsbesluit ziekenfondsverzekering: 'De plaats waar de in het eerste lid bedoelde zorg wordt verleend, wordt bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is.'

190 Zie artikel 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering

191 Een zorgverzekeraar die in teveel gevallen formele toegangsvoorwaarden stelt, loopt in de gedachte van de wetgever het risico dat de consument gaat omkijken naar een andere verzekeraar die minder van dergelijke eisen stelt. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 110; NV II, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 7, p. 56.

Ook ten aanzien van de verwijzing kan de zorgaanbieder zijn eigen beleid voeren. Verwijzingen worden bijvoorbeeld verlangd voor fysiotherapie, gespecialiseerde tandheelkunde of voor het verkrijgen van hulpmiddelen. Dit uitgangspunt is echter niet consequent toegepast. Tijdens de parlementaire behandeling werd groot belang gehecht aan het systeem van verwijzing door de huisarts, als 'poortwachter van de zorg'.¹⁹² De Kamer drong er bij de regering op aan, voor medisch specialistische zorg 'een verwijzing van een hiertoe bekwaam en bevoegd eerstelijnszorgverlener' wettelijk voor te schrijven. De minister gaf daaraan toe.¹⁹³

Het verwijzingsvereiste kan in de praktijk vooral een obstakel vormen wanneer de verzekerde vergoeding vraagt van kosten van een buitenlandse zorgaanbieder en de zorgverzekeraar een 'gerichte' verwijzing eist naar een met name genoemde zorgaanbieder.¹⁹⁴ Voor in Nederland gevestigde zorgaanbieders ligt dat in de praktijk anders: wie zich met een verwijsbriefje wendt tot de specialist, krijgt specialistische zorg; daarvoor wordt na afloop een DBC gedeclareerd die gewoonlijk zonder nadere toetsing op de aanwezigheid van een verwijzing rechtstreeks door de verzekeraar aan het ziekenhuis zal worden voldaan.

De functiegerichte omschrijving is in de toelichting op het Besluit zorgverzekering met enig tromgeroffel aangekondigd. Zij biedt, zo lezen we daar, de ruimte aan verzekerden, zorgverzekeraars en aanbieders om het verzekeringspakket naar eigen keuze in te vullen; hun wens zou zijn 'niet alles in starre centrale regelgeving vast te leggen'.¹⁹⁵ In feite moet de methodiek wat nuchterder worden beoordeeld. De functiegerichte omschrijving is vooral een instrument ten behoeve van zorgverzekeraars, die zich bij de invulling daarvan slechts in beperkte mate van elkaar (kunnen) onderscheiden. Gelet op de beperkingen die uit de beroepenwetgeving voortvloeit en de algemeen aanvaarde kwaliteitseisen is de speelruimte niet groot.

192 Dat de huisarts beslist over verwijzing naar de specialist, is een waardevolle bijdrage aan de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de Nederlandse gezondheidszorg, aldus de met algemene stemmen aangenomen motie-Schippers en Smilde, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 88.

193 Een wetswijziging werd in het vooruitzicht gesteld. Bij de Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet werd aan artikel 14 Zvw een artikellid toegevoegd: 'De zorgverzekeraar neemt in zijn modelovereenkomst op dat geneeskundige zorg zoals medisch-specialisten die plegen te bieden, met uitzondering van acute zorg, slechts toegankelijk is na verwijzing door in die overeenkomst aangewezen categorieën zorgaanbieders, waaronder in ieder geval de huisarts.'

194 SKGZ 1 oktober 2007, «GJ» 2008, 33 m.nt. G.R.J. de Groot. Zie verder SKGZ 4 juli 2007, nr. ANO07.118 en SKGZ 17 oktober 2007, nr. ANO07.265. In dezelfde zin Rb. Arnhem 12 maart 2008, rolnr. 157270/HA ZA 07-1034, r.o. 4.5, waar wordt verwezen naar een circulaire van het CVZ uit 2004 (dus daterend van vóór de invoering van de Zvw), waarin aan het vereiste van verwijzing dezelfde uitleg wordt gegeven.

195 NvT, k.b. van 28 juni 2005, *Stb.* 389, p. 19.

Het is bovendien buitengewoon onwaarschijnlijk dat de subtiele verschillen in de invulling van de functiegerichte omschrijving door consumenten die staan voor de keuze van een zorgverzekering, worden waargenomen, laat staan dat die beslissend zouden zijn voor hun keuze van de zorgverzekering. Ook het argument van de flexibiliteit is weinig overtuigend. Modelovereenkomsten, die uit praktische overwegingen maar een maal per jaar kunnen worden gewijzigd, zijn niet werkelijk flexibeler dan een ministeriële regeling of een a.m.v.b.

Niettemin is het een juiste keuze, wettelijk niet méér dan inhoud en omvang van de zorg te regelen. Vertrekpunt bij de Europeesrechtelijke beoordeling is immers dat de nationale wetgever niet meer dient te regelen dan uit het oogpunt van algemeen belang strikt nodig is. Dat het niet nodig is wettelijk te regelen door wie ten laste van de zorgverzekering zorg kan worden verleend, kan alleen al hieruit worden afgeleid, dat noch in de evaluatie van de Zvw noch elders signalen zijn gebleken dat het overlaten van regelingsbevoegdheid aan zorgverzekeraars problemen of knelpunten heeft veroorzaakt.

6.2 *'Plegen te bieden'*

De te verzekeren prestaties zijn in hoofdzaak in het Besluit zorgverzekering geregeld.¹⁹⁶ De regeling vergt 'close reading'. In artikel 2.1 lid 1 wordt voor de te verzekeren zorg verwezen naar de artikelen 2.4 tot en met 2.15. In elk van die bepalingen wordt een vorm van zorg in meer of minder detail geregeld, met op onderdelen een nadere uitwerking in de Regeling zorgverzekering. De wijze van formulering is tweeledig. Voor de meeste vormen van zorg die worden verleend door beroepsbeoefenaren wordt de bestaat de omschrijving uit 'zorg zoals ... die plegen te bieden';¹⁹⁷ voor andere vormen van zorg wordt in plaats daarvan een meer of minder gedetailleerde opsomming gegeven van hetgeen de te verzekeren zorg omvat.¹⁹⁸

Met deze omschrijving wordt echter niet volstaan; artikel 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering voegt hieraan toe dat de inhoud en omvang van de zorg 'mede' worden bepaald door 'de stand van de wetenschap en praktijk', waarover zo meteen meer.¹⁹⁹

196 Zie artikel 11 lid 3 Zvw.

197 Dit geldt voor geneeskundige zorg (zorg zoals huisartsen, medisch-specialisten, klinisch-psychologen en verloskundigen die plegen te bieden), paramedische zorg, mondzorg en kraamzorg.

198 Dit geldt voor dyslexiezorg, farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg, verblijf, verpleging en ziekenvervoer.

199 Volledigheidshalve, artikel 2.1 lid 2 voegt daaraan toe: 'en, bij het ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten.'

Een mystificerende indruk maken de woorden ‘zoals ... plegen te bieden’. Uit de nota van toelichting blijkt dat deze formulering is gekozen om de inhoud van de te verzekeren zorg te typeren aan de hand van het gebruikelijke handelen van een bepaalde beroepsgroep zónder daarbij vast te leggen dat die zorg slechts door een lid van die beroepsgroep kan worden verleend.²⁰⁰ Zorg ‘zoals huisartsen die plegen te bieden’ kan dus ook door een basisarts, een gezondheidscentrum of een ziekenhuis worden verleend; zorg ‘zoals verloskundigen die plegen te bieden’ kan ook door huisartsen worden verleend; welke beroepsgroepen in aanmerking komen, hangt af van de invulling die de zorgverzekeraar in de modelovereenkomst aan de functiegerichte omschrijving heeft gegeven.

Het CVZ heeft in een rapport aan de uitdrukking een verder strekkende betekenis toegekend.²⁰¹ Kort samengevat meent het CVZ dat ‘plegen te bieden’ een zelfstandig criterium is: zorg die niet ‘pleegt te worden geboden’ is geen verzekerde zorg, ook al zou het gaan om zorg die overeenstemt met de stand van de wetenschap en praktijk. Of een beroepsgroep een bepaalde vorm van zorg ‘pleegt te bieden’, zou moeten worden vastgesteld hetzij aan de hand van de richtlijnen en standaarden van die beroepsgroep hetzij door bij de beroepsgroep na te gaan of men de zorg in kwestie rekent tot ‘het door de eigen beroepsgroep te leveren zorgarsenaal’. Wanneer een vorm van zorg niet ‘pleegt’ te worden verleend, komt men in de visie van het CVZ niet toe aan toepassing van de maatstaf ‘stand van de wetenschap en praktijk’. Deze zienswijze is niet in overeenstemming met de wettelijke regel dat *alle* vormen van zorg naar inhoud ‘mede’ worden bepaald door die maatstaf. Dit is in het bijzonder van belang voor innovatieve zorg die, hoewel overeenkomend met de stand van wetenschap en praktijk, nog geen algemene toepassing heeft plaats heeft gevonden. Een tweede bezwaar tegen de zienswijze van het CVZ is dat de mate van daadwerkelijke acceptatie in de beroepsgroep – zoals hierna uitgebreider aan de orde zal komen – een element is van de maatstaf ‘stand van de wetenschap en praktijk’ en dus in dát kader aan de orde moet komen. ‘Plegen te bieden’ moet dan ook niet worden gezien als een zelfstandig criterium, maar enkel als globale typering van zorg aan de hand van het normale deskundigheidsgebied van de in het Besluit zorgverzekering genoemde zorgverleners.²⁰²

200 NvT, p. 38: ‘Met de formulering «plegen te bieden» met daaraan gekoppeld de aanduiding van een beroepsbeoefenaar» worden de inhoud en omvang van de zorg bepaald. Door in de omschrijving de maat te nemen van voor iedereen kenbare hulpverleners, is het duidelijk welke zorg het betreft.’

201 College voor zorgverzekeringen, *Betekenis en beoordeling criterium ‘plegen te bieden’*, Diemen: CVZ 2008, publicatienr. 268 (herziene druk 28 januari 2009).

202 In deze zin College voor zorgverzekeringen, *Van preventie verzekerd*, Diemen: CVZ 2007, publicatienr. 250, p. 10.

Voor de nadere precisering van de te verzekerde prestaties geldt de stand van de wetenschap en praktijk als maatstaf. Indien de beroepsgroep een vorm van zorg niet pleegt te bieden, terwijl die zorg wel overeenkomt met de stand van wetenschap en praktijk, is dat laatste beslissend en is de zorg verzekerd.²⁰³ De verzekerde kan zich dan eventueel wenden tot een zorgverlener in het buitenland, die de desbetreffende zorg wel aanbiedt.²⁰⁴

De benadering van het CVZ roept ten slotte ook nog de vraag op of 'pleegt te bieden' moet worden beoordeeld aan de hand van de Nederlandse omstandigheden, dan wel breder. Het CVZ gaat op dit punt niet in. Indien de beoordeling beperkt zou worden tot de Nederlandse praktijk, dan zou dit leiden tot een wettelijke maatstaf die, in strijd met het oordeel van het Hof in *Smits-Peerbooms*,²⁰⁵ de verzekeringsdekking afhankelijk stelt van opvattingen en gebruiken binnen Nederland.

6.3 *Stand van de wetenschap en praktijk*

Zoals hiervoor opgemerkt, dient de maatstaf 'de stand van de wetenschap en praktijk' ertoe de te verzekeren zorg nader te preciseren. De wetgever biedt hiermee een maatstaf aan de hand waarvan bepaalbaar is welke zorg wel en niet onder de verzekeringsdekking valt, zonder dat het nodig is elke afzonderlijke vorm van zorg tot in detail tot onderwerp van wettelijke regeling te maken. De vraag is gerezen of deze maatstaf alleen geldt voor de vormen van zorg die in algemene termen zijn geregeld (met de formule 'plegen te bieden') of óók voor zorg die in gedetailleerd of zelfs zeer gedetailleerd is omschreven, zoals hulpmiddelenzorg, waarbij de te verzekeren soorten hulpmiddelen in grote mate van finesse zijn omschreven.²⁰⁶ Deze vraag is bevestigend beantwoord: het in algemene bewoordingen gestelde criterium van 'de stand van de wetenschap en praktijk' heeft, gelezen in samenhang met het artikel 2.1 lid 1, betrekking op *alle* in de omschreven vormen van zorg.²⁰⁷ De wettelijke omschrijving en stand van de wetenschap en praktijk zijn communicerende vaten: hoe ruimer de zorg is omschreven, hoe sterker de inhoud van de verzekeringsprestatie wordt bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk, en omgekeerd. De stand van de

203 Vgl. G.R.J. de Groot, 'De stand van de wetenschap en praktijk', *TvGR* 2006, p. 329-330.

204 Vgl. SKGZ 8 augustus 2007, «GJ» 2008, 12 (vergoeding combinatiebehandeling die niet in Nederland wordt toegepast).

205 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (*Smits en Peerbooms*), *RZA* 2001, 114 m.nt. H.D.C. Roscam Abbing.

206 Artikel 2.9 Besluit zorgverzekering en artikelen 2.6-2.36 Regeling zorgverzekering.

207 Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *RZA* 2008, 53. Het hof verwijst ook naar de NvT, waar is opgemerkt: 'Deze toevoeging is noodzakelijk omdat deze bepaling thans betrekking heeft op alle zorgvormen'.

wetenschap en praktijk is een nieuwe term voor het vroegere gebruikelijkheids-criterium.²⁰⁸

‘De stand van de wetenschap en praktijk’ heeft drie belangrijke kenmerken. In de eerste plaats heeft deze maatstaf een complementair karakter ten opzichte van de wettelijke regeling. Punten waarover de wetgever heeft beslist, bijvoorbeeld het wel of niet opnemen van een hulpmiddel in het pakket of het uitsluiten van borstcorrectie, zijn aan toetsing aan de hand van deze maatstaf onttrokken. Op alle andere punten dient de stand van de wetenschap en praktijk tot precisering van de verzekeringsaanspraken. In de tweede plaats wordt bij de maatstaf aansluiting gezocht bij de dynamiek van het medisch-wetenschappelijk bedrijf en de ontwikkeling van de professionele standaard. Medisch-wetenschappelijk geaccepteerde ontwikkelingen worden van rechtswege, zonder dat daartoe enig overheidsbesluit of enige (nadere) overeenkomst met de zorgverzekeraar nodig is, onderdeel van de zorgverzekering, terwijl omgekeerd obsoleet geworden zorg automatisch uit het pakket verdwijnt. Ten slotte is een derde kenmerk dat de kosten van zorg geen factor in de beoordeling vormen. Dit neemt niet weg dat kosten- of doelmatigheidsoverwegingen wel een grond kunnen vormen een van het verzekeringspakket deel uitmakende vorm van zorg daar vervolgens uit te verwijderen. Voor de interpretatie van de ‘stand van de wetenschap en praktijk’ is het volgende van belang.

(a) *De wetgever*

In de toelichting op het Besluit zorgverzekering wordt de ‘stand van de wetenschap en praktijk’ onder verwijzing naar het vroegere gebruikelijkheids criterium als volgt toegelicht. ‘Het verklaart die zorg tot dat deel van het pakket, welke de betrokken beroepsgroep tot het aanvaarde arsenaal van medische onderzoeks- en behandelingsmogelijkheden rekent. Daarbij zijn zowel de stand van de medische wetenschap als de mate van acceptatie in de medische praktijk belangrijke graadmeters. In dit opzicht heeft het criterium veel gemeen met de rechtspraak welke het gebruikelijk zijn afmeet aan de houding in de kringen van de medische wetenschap en praktijkuitoefening. Het woord houding maakt duidelijk dat niet bepalend is hoe vaak bepaalde zorg toepassing vindt, doch in welke mate beroepsbeoefenaren dergelijke hulp als een professioneel juiste handelwijze beschouwen.’

(b) *Centrale Raad van Beroep*

In een eerst na de invoering van de Zvw gegeven uitspraak, die echter op eerdere rechtspraak voortborduurde, vat de Centrale Raad van Beroep (CRvB) samen hoe

208 Naar inhoud en strekking komen de oude en de nieuwe maatstaf echter met elkaar overeen. Dat blijkt al uit het enkele feit dat de toelichting die is gegeven bij de uitbreiding van het toepassingsgebied van het gebruikelijkheids criterium bij k.b. van 22 juni 1999, *Stb.* 272 letterlijk is overgenomen in de NvT op het Besluit zorgverzekering (*Stb.* 2005, 389, p. 35-36).

het gebruikelijkheids criterium moet worden uitgelegd.²⁰⁹ Onder verwijzing naar *Smits-Peerbooms* overweegt de CRvB dat moet worden uitgegaan van 'hetgeen door de internationale medische wetenschap voldoende beproefd en deugdelijk is bevonden'; daartoe moeten alle beschikbare gegevens in aanmerking worden genomen waaronder de literatuur en de bestaande wetenschappelijke onderzoeken, gezaghebbende meningen van specialisten, alsmede de vraag of de betrokken behandeling door een buitenlands ziektekostenstelsel wordt vergoed.

(c) *College voor zorgverzekeringen*

In het kader van zijn adviestaak²¹⁰ moet het CVZ vaak beoordelen of een vorm van zorg overeenkomt met de stand van de wetenschap en praktijk. Met het oog daarop heeft het CVZ een methodiek ontwikkeld die wordt verantwoord in de in 2007 verschenen uitgave *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk*.²¹¹ (Nieuwe) vormen van zorg worden beoordeeld aan de hand van de uitkomsten van medisch-wetenschappelijk onderzoek naar de werkzaamheid, de effectiviteit, de bijwerkingen en mogelijke ongewenste neveneffecten.

Daarbij is het uitgangspunt voor de beoordeling dat de interventie gelijkwaardig moet zijn aan, of meerwaarde moet hebben ten opzichte van de standaardbehandeling. Wordt op basis van de beoordeelde gegevens de conclusie 'gelijkwaardig' of 'meerwaarde' getrokken, dan betreft het zorg conform de stand van de wetenschap en praktijk, anders niet.

Voor de beoordeling wordt elke studie ingedeeld naar de mate van bewijs volgens onderstaande classificatie:

- A1: systematische review van tenminste twee onafhankelijk van elkaar uitgevoerde onderzoeken van A2-niveau;
- A2: gerandomiseerd dubbelblind vergelijkend klinisch onderzoek van goede kwaliteit en voldoende omvang (RCT);²¹²

209 CRvB 5 december 2008, «GJ» 2009, 25, RZA 2009, 8 m.nt. G.R.J. de Groot; zie ook CRvB 18 februari 2009, *LJN*: BH3855.

210 Artikelen 64 lid 1 en 114 leden 3 en 4 Zvw.

211 College voor zorgverzekeringen, *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk*, Diemen: CVZ 2007, publicatienr. 254.

212 Bij een gerandomiseerd onderzoek met controlegroep (RCT, Randomized Controlled Trial) wordt te testen behandeling uitgevoerd bij een testgroep en vergeleken met een controlegroep, een vergelijkbare groep patiënten met dezelfde klacht of hetzelfde probleem, maar die niet of op andere wijze worden behandeld. Om te zorgen dat er bij het indelen van de groepen geen verschil optreedt tussen de groepen waardoor de kans op succes van de behandeling kan worden beïnvloed, wordt de toewijzing van de patiënten aan de verschillende groepen door het lot bepaald. Dit wordt bedoeld met *gerandomiseerd*. Bij voorkeur wordt een dergelijk onderzoek ook nog *dubbelblind* worden uitgevoerd: doordat noch de arts, noch de patiënt weet welke van de twee behandelingen iemand krijgt, wordt uitgesloten dat de verwachtingen van een van beiden het resultaat beïnvloeden.

- B: vergelijkend onderzoek, maar niet met alle kenmerken van A2;
- C: niet-vergelijkend onderzoek;
- D: mening van deskundigen.

Bij studies met dezelfde uitkomstmaten verdringt in principe evidence van hogere orde (bewijskracht van een hoger niveau) evidence van lagere orde.²¹³ De benaderingswijze van het CVZ is verder als volgt:

- als één studie van A1-niveau of tenminste twee studies op A2-niveau met concordante uitkomsten beschikbaar is/zijn, is dit in principe voldoende voor een ondubbelzinnige beslissing (wel/niet zorg conform stand van de wetenschap en praktijk);
- als meerdere reviews of RCT's beschikbaar zijn met discordante uitkomsten, kan eventueel aanwezige evidence van een lagere orde die de uitkomsten van één/meerdere van de discordante reviews/RCT's ondersteunt, de doorslag geven;
- als geen studie van niveau A1 of (afgeronde) studies op A2-niveau gepubliceerd zijn, betreft het CVZ in zijn beoordeling evidence van lagere orde (onderzoeken van niveau B, C en D).

Lagere evidence wordt echter alleen onder strikte voorwaarden in de beoordeling betrokken: zo moeten er plausibele, zwaarwegende argumenten zijn die verklaren waarom geen bewijskracht van het hoogste niveau bestaat. Alleen dan wordt op basis van lagere evidence de conclusie getrokken dat er sprake is van zorg conform stand van de wetenschap en praktijk. Een argument kan bijvoorbeeld zijn dat gezien de aard van de interventie blindering niet mogelijk is; ook wordt bewijs van hoog niveau niet verlangd voor interventies die al lang worden toegepast en waarbij internationale consensus bestaat over de effectiviteit.²¹⁴

Mandometermethode

Een 32-jarige vrouw lijdt sinds 21 jaar aan anorexia nervosa. Zij is daarvoor in diverse klinieken in binnen- en buitenland behandeld. Geen van de behandelingen sorteerde effect. Patiënte heeft zich uiteindelijk laten behandelen in het Karolinska Instituut in Zweden. De daar toegepaste mandometermethode berust op de gedachte – te kort weergegeven – dat de patiënt eerst moet leren te eten, en dat daarna de psychische aandoening die het eetgedrag veroorzaakt moet worden aangepakt, in plaats van de

213 Het CVZ (*Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk*, p. 16) voegt hieraan toe: 'Echter: met name rapportages van ernstige bijwerkingen kunnen een laag niveau van evidence hebben (case reports). Deze evidence (van laag niveau) kan niet worden genegeerd, maar wordt meegenomen in de afweging of er een juiste balans is tussen effectiviteit en bijwerking.'

214 *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk*, p. 18-19.

gangbare aanpak, die van het omgekeerde uitgaat. De mandometer is een computergestuurd trainingsprogramma dat de patiënt moet leren om een gezonde hoeveelheid voedsel te gebruiken door interactieve feedback te geven tijdens de maaltijd over de gegeten hoeveelheid en de snelheid van eten. De patiënte verzocht haar zorgverzekeraar om vergoeding van de – overigens aanzienlijke – kosten van de behandeling in Zweden. Bij onderzoek door het CVZ bleek dat er over de mandometermethode een RCT van slechte kwaliteit was en twee grotere onderzoeken, waaruit echter geen conclusie kon worden getrokken over de effectiviteit van de methode. In recente (evidence based) richtlijnen voor de behandeling van anorexia nervosa uit Nederland, Groot-Britannie en de Verenigde Staten werd de mandometermethode niet genoemd. In Nederland werd de methode niet toegepast, behalve in een onderzoeksopzet met minderjarigen. Het CVZ concludeerde dat de methode niet overeenkwam met de stand van de wetenschap en praktijk.²¹⁵

(d) *Geschillencommissie zorgverzekeringen*

De Geschillencommissie volgt in hoofdzaak de aanpak van het CVZ. Zij komt in de regel tot dezelfde conclusie.²¹⁶

(e) *'Passend bewijs'*

In het signalement 'Passend bewijs',²¹⁷ een coproductie van de Gezondheidsraad en Raad voor de Volksgezondheid, worden kritische kanttekeningen geplaatst bij het gebruik van medisch-wetenschappelijk bewijs, in het bijzonder in het kader van zorgverzekeringen. Hoewel het streven naar onderbouwing van medische beslissingen met wetenschappelijke kennis wordt toegejuicht, moet er ook rekening mee worden gehouden dat niet alle vormen en elementen van de zorg zich volgens de regels van de kunst wetenschappelijk laten onderzoeken, vanwege methodologische, financiële of ethische redenen. Het risico bestaat dat zorg waarvan gemakkelijker bewezen kan worden dat zij tot gezondheidswinst leidt, meer

215 Zie Voorzieningenrechter Leeuwarden 20 februari 2008, «GJ» 2008, 54. De vordering van patiënte tot vergoeding van de mandometermethode werd afgewezen.

216 Vgl. SKGZ 7 november 2006, RZA 2007, 3 m.nt. G.R.J. de Groot; SKGZ 9 juni 2010, RZA 2010, 91 m.nt. G.R.J. de Groot.

217 D.W. Willems, R. Vos, G. Palmboom, P. Lips, *Passend bewijs. Ethische vragen bij het gebruik van evidence in het zorgbeleid*, Signalering ethiek en gezondheid 2007/4, Den Haag: Centrum voor ethiek en gezondheid, 2007.

aandacht krijgen, terwijl andere bij gebrek aan hard bewijs inboeten aan status. In dat verband verdient aandacht dat slechts 10 tot 25% van de huidige medische behandelingen gebaseerd is op *evidence*. Bij een te eenzijdige nadruk op hard bewijs, zeker waar dat niet te verkrijgen is, kunnen belangrijke waarden in de zorg verloren gaan, zo is de kritiek. Voor het basispakket zullen daarom ook andere vormen van kennis geaccepteerd moeten worden en zou de dominante positie van RCT's genuanceerd moeten worden, aldus nog steeds het signalement.²¹⁸ Wat voor het basispakket beschouwd wordt als passend bewijs kan ruimer ingevuld worden dan tot nu toe het geval is. Zo kan recht worden gedaan aan de complexiteit en waarde van behandelingen die zich minder gemakkelijk laten vangen in harde cijfers.

(f) *Beschouwing*

Vanuit juridisch oogpunt is kritiek mogelijk op de door het CVZ gehanteerde uitleg van de stand van de wetenschap en praktijk. Alleen al het gebruik van een enkel lidwoord in de uitdrukking 'de wetenschap en praktijk' maakt duidelijk dat er niet twee maatstaven zijn, namelijk 'de wetenschap' en 'de praktijk', maar dat er sprake is van één maatstaf, die de integratie vormt van wetenschap en praktijk. Volgens de toelichting komt het erop aan in welke mate beroepsbeoefenaren een vorm van zorg als een professioneel juiste handelwijze beschouwen, niet enkel het inzicht volgens de medische wetenschap of enkel de acceptatie in de medische praktijk telt. Dat sluit aan bij het perspectief van *evidence based medicine*, dat volgens de klassieke definitie van Sackett e.a.²¹⁹ moet worden verstaan als 'the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients. The practice of evidence based medicine means integrating individual clinical expertise with the best available external clinical evidence from systematic research.' *Evidence based medicine* betekent dus niet dat slechts zorg wordt verleend waarvan de werkzaamheid en effectiviteit bewezen zijn,²²⁰ maar dat medisch-wetenschappelijke inzichten, indien

218 *Passend bewijs. Ethische vragen bij het gebruik van evidence in het zorgbeleid*, p. 47.

219 David L. Sackett, William M.C. Rosenberg, J.A. Muir Gray, R. Brian Haynes, W. Scott Richardson, 'Evidence based medicine: what it is and what it isn't', *BMJ* 1996;312:71-72 (13 January); M. Offringa, W.J.J. Assendelft en R.J.P.M. Scholten, *Inleiding in evidence-based medicine: klinisch handelen gebaseerd op bewijsmateriaal*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.

220 De opmerking in de toelichting op het Besluit zorgverzekering (*Stb.* 2005, 389, p. 36), dat de woorden 'en praktijk' zijn toegevoegd omdat het pakket anders versmald zou zijn tot enkel *evidence based medicine*, is naar mijn mening een 'slip of the pen'; daarmee wordt ten onrechte gesuggereerd dat *evidence based medicine* slechts medisch handelen op basis van medisch-wetenschappelijk onderzoek zou omvatten. Dat is blijkens de gangbare definitie niet het geval.

beschikbaar, gebruikt worden om het medisch handelen te ondersteunen en de kwaliteit ervan te verhogen.

Bij uitstek vindt de integratie van wetenschap en praktijk plaats bij het opstellen van richtlijnen. Een richtlijn bevat aanbevelingen ‘ter ondersteuning van de besluitvorming door professionals in de zorg en patiënten, en berust op de resultaten van wetenschappelijk onderzoek met daarop gebaseerde discussie en aansluitende meningsvorming, gericht op het expliciteren van doeltreffend en doelmatig handelen.’ Als er onvoldoende bewijsmateriaal beschikbaar is, geeft de mening van de verschillende experts de doorslag. De methode is nog steeds evidence-based: waar mogelijk zijn immers aanbevelingen onderbouwd met door experts gewogen wetenschappelijk bewijs en is inzichtelijk gemaakt dat met de gekozen zoekmethoden geen evidence voorhanden is, aldus het voormalige Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg in zijn algemeen aanvaarde handleiding.²²¹

De door het CVZ gekozen uitwerking van ‘de stand van de wetenschap en praktijk’ kent niet het hiervoor beschreven integrale perspectief op het medisch handelen. Daarin wordt immers de aanvaardbaarheid van een (nieuwe) vorm van zorg in beginsel afhankelijk gesteld van aanwezigheid van medisch-wetenschappelijk bewijs van zo hoog mogelijk niveau. Bij het ontbreken van dat bewijs wordt soms evidence met lagere bewijskracht aanvaard, zij het alleen in nauw omschreven uitzonderingsgevallen. Het geval dat geen wetenschappelijke bewijs wordt verlangd omdat de zorg is ingeburgerd, wordt behandeld als uitzonderingsgeval, terwijl het hier om 75-90% van de zorg gaat. Dit is kenmerkend voor de benadering waarin het perspectief van de wetenschap centraal staat, niet dat van de arts die zich mede laat leiden door medisch-wetenschappelijke bevindingen.

Dat het integrale perspectief ontbreekt, blijkt ook hieruit dat ‘meningen van deskundigen’ weliswaar soms worden genoemd als mogelijke evidence, maar uitsluitend als bewijs van het laagste niveau, waarmee slechts bij wijze van hoge uitzondering genoeg wordt genomen. Hetzelfde blijkt bovendien hieruit, dat bij de beoordeling aan de hand van ‘de stand van de wetenschap en praktijk’ weliswaar experts worden geraadpleegd; dat gebeurt echter primair om behulpzaam te zijn bij de waardering van het medisch wetenschappelijk bewijs.²²² Opmerking verdient in dit verband ten slotte ook dat in de methodiek van het CVZ de hoofdplaats is gereserveerd voor medisch-wetenschappelijke bronnen en dat richtlijnen en standaarden als secundaire informatie worden beschouwd, hoewel die het

221 Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, *Evidence-based Richtlijnontwikkeling Handleiding voor werkgroepleden*, Utrecht, oorspronkelijke publicatie april 2005, update november 2007, hoofdstuk 1-1.

222 *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk*, p. 21: om ‘eventueel ontbrekende relevante informatie of literatuur aan te vullen of bij technische interpretatie van gegevens behulpzaam te zijn.’ Zie in deze zin ook College voor zorgverzekeringen, *Meerwaarde bilaterale cochleaire implantatie bij kinderen en volwassenen*, Diemen: CVZ 2009.

resultaat zijn van weging van wetenschappelijk inzicht en de vertaalslag maken naar een medisch beleid dat in de praktijk van elke dag kan worden toegepast. Wie wil weten 'in welke mate beroepsbeoefenaren een vorm van zorg als een professioneel juiste handelwijze beschouwen', zou bij uitstek bij richtlijnen en standaarden te rade moeten gaan; zo actueel mogelijke richtlijnen en standaarden en niet beperkt tot de Nederlandse medische praktijk.

Het vorenstaande wijst op een discrepantie tussen de methodiek van het CVZ en de stand van de wetenschap en praktijk, zoals die maatstaf volgens de toelichting moet worden uitgelegd; 'wetenschap, tenzij' (de toepassingspraktijk van het CVZ) is niet hetzelfde als de integratie van wetenschap en praktijk (het criterium van de wetgever). Aan een te eenzijdig op medisch-wetenschappelijke analyse gerichte benadering kleeft het risico dat aan verzekerden zorg wordt onthouden waarop zij gezien de houding in medische kring wel aanspraak zouden hebben. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt verdedigd dat de uitdrukking 'plegen te bieden' moet worden opgevat als een zelfstandig criterium dat voorafgaat aan de toetsing aan stand van de wetenschap en praktijk. Welke zorg beroepsbeoefenaren 'plegen te bieden' zou moeten worden vastgesteld hetzij aan de hand van de richtlijnen en standaarden van die beroepsgroep hetzij door bij de beroepsgroep na te gaan of men de zorg in kwestie rekent tot 'het door de eigen beroepsgroep te leveren zorgarsenaal'. Het zal duidelijk zijn waarom deze uitleg afbreuk doet aan de wettelijke regeling. Wat richtlijnen en standaarden inhouden of wat men rekent tot 'het door de eigen beroepsgroep te leveren zorgarsenaal', vormt typisch onderdeel van de toetsing aan 'de stand van de wetenschap en praktijk'; sterker, het is de praktijkdimensie van die maatstaf. Hanteert men, zoals het CVZ, twee cumulatieve criteria in plaats van één integrale maatstaf, dan kan verzekerbare zorg tussen wal en schip vallen.²²³

De aansluiting bij de integrale benadering vanuit wetenschap én praktijk kan worden bereikt door in die gevallen waarin recente, *evidence based* richtlijnen of standaarden voorhanden zijn, daarbij zo veel mogelijk daarbij aansluiting te zoeken en in andere gevallen, in aanvulling op de analyse van medisch-wetenschappelijke gegevens, door bij een panel van deskundigen na te gaan hoe naar hun mening de medisch-wetenschappelijke bevindingen in de praktijk (moeten) worden toegepast. Zo nodig zou nadere regelgeving de hier bedoelde integrale benadering dichterbij kunnen brengen.

Nog een aspect verdient de aandacht. *Evidence based medicine* omvat, zoals aangegeven, het integreren van individuele klinische expertise met het beste externe bewijsmateriaal; de voorkeuren, wensen en verwachtingen van de patiënt moeten in de besluitvorming een rol spelen.²²⁴ Het patiëntenperspectief heeft echter in de CVZ-methodiek geen herkenbare fase dat een standpunt wordt ingenomen over

223 Vgl. College voor Zorgverzekeringen 19 december 2006, nr. GS/26100379, RZA 2007, 4.

224 *Passend bewijs*, p. 17.

de verzekeringsstatus van een zorgvorm géén rol.²²⁵ Ook al is het de vraag of het mogelijk is stelselmatig inzichten van patiënten te wegen bij het ex ante bepalen van de conformiteit van zorg met de stand van de wetenschap en praktijk wensen en verwachtingen van patiënten zouden weerspiegeld moeten worden in de houding van beroepsbeoefenaren, die samen met de medisch-wetenschappelijke *evidence* de input vormt voor toetsing aan de stand van de wetenschap en praktijk. Wordt de grens van de te verzekeren zorg té strak getrokken aan de hand van technische, medisch-wetenschappelijke scheidslijnen, dan verdwijnt daarmee het patiëntenperspectief achter de horizon.

Aan een bredere benadering, die behalve resultaten van onderzoek op hoog niveau ook de klinische expertise van de arts en daarmee het perspectief van patiënten omvat, kleeft ogenschijnlijk het risico van het verdwijnen van objectiviteit in het verzekeringsstelsel en daarmee het risico van beslissingen waarbij rijp en groen het verzekeringspakket binnenstromen. Dit is al daarom niet sterk omdat ook de CVZ-benadering niet-mathematisch te verantwoorden afwegingen kent, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag wanneer met *evidence* op lager niveau rekening wordt gehouden en bij de weging van onderzoeksresultaten; bovendien valt wat de houding van beroepsbeoefenaren is, wel degelijk te objectiveren. Natuurlijk kan het voorkomen dat een arts niet overtuigd is van de effectiviteit van een nieuwe zorgvorm, maar toch graag ziet dat die zorg voor zijn patiënten beschikbaar komt; de wens patiënten geen mogelijke zorg te onthouden kan ertoe leiden dat sneller dan verantwoord is de houding van de arts zich ten faveure van een nieuwe zorgvorm ontwikkelt. Om het risico van onvoldoende gefundeerde uitbreiding van het verzekeringspakket te vermijden zijn als kenbron vooral richtlijnen en standaarden van belang, en zullen pleidooien uit medische kring om een bepaalde vorm van zorg vooral toch in het pakket op te nemen, met passende kritische zin tegemoet getreden moeten worden.

6.4 Ethische overwegingen

Een patiënte die leed aan een ernstige nieraandoening stond voor de keuze tussen dialysebehandelingen en transplantatie. Vanwege slechte ervaringen van familieleden gaf zij de voorkeur aan transplantatie. In haar omgeving was echter geen donornier beschikbaar. De patiënte wendde zich vervolgens tot een gespecialiseerde kliniek in Pakistan. Een levende donor was bereid tegen betaling een

225 Nog wel werd daaraan betekenis toegekend in het beoordelingsproces in College voor zorgverzekeringen, *NESS Handmaster*, Diemen: CVZ 2006, p. 19 en 23. In de algemene publicatie *Beoordeling stand van de wetenschap en praktijk* (2007) komt het patiëntenperspectief niet ter sprake.

nier af te staan.²²⁶ De transplantatie vond plaats. Patiënte verzocht aan haar zorgverzekeraar om toestemming voor de transplantatie in Pakistan, die echter werd geweigerd. Voor zorgverzekeraars was dit een dilemma: de technisch correcte en geïndiceerde behandeling vergoeden maar meewerken aan onethisch handelen? Voor de niertransplantatie kan een geschikt juridisch referentiekader worden gevonden in de *Convention on Human Rights and Biomedicine* (1997) en het *Additional Protocol to the convention on human rights and biomedicine concerning transplantation of organs and tissues of human origin* (2002). Deze omschrijven de internationaal algemeen aanvaarde voorwaarden waaronder orgaantransplantatie toelaatbaar is; voorwaarden die nu buiten beschouwing blijven maar waarvoor geldt dat deze in het gegeven voorbeeld niet in acht genomen waren.²²⁷ Men kan de kwestie vanaf de schrijftafel bekijken, zoals de Geschillencommissie deed, door zich te beperken tot de vaststelling dat een niertransplantatie een verzekerde prestatie is en dat de patiënte daarvoor een indicatie had. Daarmee wordt aan de maatstaf 'stand van de wetenschap en praktijk' geen recht gedaan. Die maatstaf strekt zich niet slechts uit tot de strikt technische aspecten van een medische interventie, zij ziet ook op de condities waaronder die interventie plaatsvindt. Het gaat er om in welke mate beroepsbeoefenaren hulp als een professioneel juiste handelwijze beschouwen. Daarbij spelen niet alleen medisch-technische overwegingen een rol, maar ook ethische aspecten. Hierbij zijn de in Nederland geldende normen niet doorslaggevend, maar wordt acht geslagen op hetgeen internationaal geldt als norm voor verantwoord medisch handelen. In dit verband kan ook worden gewezen op de nauwe verwantschap tussen het criterium van 'de stand van de wetenschap en praktijk' en de norm van het 'goed hulpverlenerschap' en de 'professionele standaard' (artikel 7:453 BW). Tot het goed hulpverlenerschap behoort zonder enige twijfel dat de arts de in de beroepsgroep geldende ethische normen in acht moet nemen. Het dringt zich dan ook op dat diezelfde normen in aanmerking moeten worden genomen bij de beantwoording van de vraag welke vormen van zorg overeenkomen met de stand van de wetenschap en praktijk. Bij de stand van de wetenschap en praktijk gaat het, kortom, niet alleen om *wat* je doet (het transplanteren van een nier), maar ook *hoe* (met welke techniek) en onder *welke omstandigheden* (een regulier of onethisch verkregen nier). Daarom zijn in de breedste zin van de verzekeringsdekking al die prestaties uitgesloten die als onethisch moeten worden aangemerkt. Dat is naar mijn mening een zuiver en bevredigend resultaat van de maatstaf die de wetgever gekozen heeft om de ver-

226 Een veel voorkomende praktijk is dat westerse patiënten zich wenden tot een ziekenhuis in Pakistan, waarna via tussenpersonen wordt gezocht naar een geschikte donor die zijn nier tegen betaling afstaat. De patiënt betaalt, veelal als onderdeel van de nota van het ziekenhuis, enkele duizenden dollars voor de nier; de donor ontvangt daarvan een (klein) deel en de rest gaat naar tussenpersonen. Op internet zijn vele berichten en rapporten te vinden waarin deze gang van zaken wordt beschreven.

227 Zie verder SKGZ 2 december 2009, «GJ» 2010, 49 m.nt. G.R.J. de Groot.

zekeringsdekking ten nauwste te doen aansluiten bij hetgeen in medische kring geaccepteerd is. Weliswaar zijn ethische oordelen niet altijd gemakkelijk te geven en kunnen zij aanleiding vormen tot betwistbare keuzes. Dit is echter bezwaarlijk een argument om bij de vraag wat de 'stand van de wetenschap en praktijk' meebrengt ethische overwegingen buiten beschouwing te laten.

Voor de transplantaties is intussen een specifieke oplossing gekozen. Om paal en perk te stellen aan medisch toerisme op het vlak van transplantaties is vanaf 1 januari 2010 de omschrijving van de te verzekeren prestaties gewijzigd.²²⁸

6.5 Verzekerde prestatie en indicatie

Traditioneel wordt in de zorgverzekering onderscheid gemaakt tussen verzekerde prestaties en indicatie. Om recht op zorg of vergoeding daarvan te hebben, heeft men beide nodig.

Allereerst zegt artikel 14 lid 1 dat de vraag of een verzekerde behoefte heeft aan een bepaalde vorm van zorg, slechts op basis van 'zorginhoudelijke criteria' wordt beantwoord. Ook afgezien van het taalgebruik is dit een vreemde bepaling. Volgens de toelichting wordt bedoeld dat bij de beoordeling slechts de zorgbehoefte van de verzekerde mag worden afgezet tegen de beschikbare mogelijkheden om die behoefte te lenigen. Het categorisch weigeren van bepaalde zorg op grond van algemene verzekerdenkenmerken (bijvoorbeeld leeftijd) of uit financiële overwegingen, is niet toegestaan.²²⁹ Wanneer met artikel 14 wordt bedoeld het categorisch weigeren van (vergoeding van) zorg op ontoelaatbaar geachte gronden tegen te gaan, vraagt men zich af waarom de wetgever dat dan niet duidelijk formuleert. Wat men de bepaling op zoals zij volgens de toelichting bedoeld is, dan is de bepaling kwestieus. Nog afgezien van het feit dat de zorgverzekeraar gehouden is de discriminatieverboden van de Algemene wet gelijke behandeling in acht te nemen geldt dat alle verzekerden gelijke contractuele rechten hebben en

228 Transplantaties van weefsels en organen behoren nu nog alleen tot de verzekerde zorg 'indien de transplantatie is verricht in een lidstaat van de Europese Unie, in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte of in een andere staat indien de donor woonachtig is in die staat en de echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant in de eerste, tweede of derde graad van de verzekerde is' (artikel 2.4 lid 1 onder c Besluit zorgverzekering). Zie hiervoor de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 3 november 2008 (*Kamerstukken II 2008/09*, 28 140, nr. 62) en de NvT bij het k.b. van 31 augustus 2009, *Stb.* 381, waar wordt gezegd dat beoogd is de regelgeving 'zodanig aan te vullen dat de zorgverzekeraar in die gevallen dat ernstig twijfel bestaat over de ethische aanvaardbaarheid van een transplantatie de vergoeding voor rekening van de zorgverzekering moet weigeren.'

229 MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 111-112.

voorts dat ‘redelijkerwijs aangewezen’ in het algemeen aan uitsluiting van verzekeren van zorg op onredelijke gronden in de weg staat. In zoverre lijkt artikel 14 Zvw overbodig.

Vervolgens bepaalt artikel 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering dat de verzekerde op een vorm van zorg slechts recht heeft ‘voor zover hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen’. Dit criterium is zo vaag, dat men het met de inhoud daarvan moeilijk oneens kan zijn. Het woord ‘redelijkerwijs’ kan worden geduid als een poging tot objectivering, maar tegelijk ook als aanduiding dat alle omstandigheden van het individuele geval een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de indicatie. De formulering is overgenomen uit de ziekenfondsverzekering,²³⁰ zij het dat daarbij de uitdrukking ‘uit een oogpunt van doelmatige zorgverlening’ is weggelaten. Dat is gebeurd omdat in de Zvw de doelmatigheid een onderwerp is dat behoort tot de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar en dus niet het onderwerp van wettelijke voorschriften moet zijn, aldus de toelichting.²³¹ Het is aan de zorgverzekeraar en de verzekerden om daarover afspraken te maken. Met de schrapping van de uitdrukking ‘uit een oogpunt van doelmatige zorgverlening’ heeft de wetgever dus niet bedoeld dat een afweging van kosten en baten ontoelaatbaar zou zijn. Hoever de zorgverzekeraar mag gaan met een contractuele doelmatigheidseis, is echter onduidelijk, te meer omdat volgens artikel 14 Zvw alleen ‘zorginhoudelijke’ overwegingen tellen. Bij een doelmatigheidscriterium komen echter allicht financiële overwegingen aan de orde; het ligt voor de hand dat aan een patiënt een dure vorm van zorg geweigerd wordt wanneer een even geschikt maar goedkoper alternatief voorhanden is. Artikel 14 Zvw moet wellicht zo worden opgevat dat het niet is toegestaan (vergoeding van) zorg *louter* vanwege financiële overwegingen te weigeren. Wat hiervan zij, veel helderheid over de mogelijkheden en grenzen van ‘doelmatigheid’ heeft de wetgever niet geschapen.

Naast de algemene indicatiebepaling van artikel 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering zijn er bijzondere indicatiebepalingen in de artikelen 2.4 tot en met 2.15.²³² Hetgeen in die artikelen over de indicatie is bepaald, gaat vóór het algemene indicatievereiste. Voorbeelden van wettelijke indicatievereisten zijn de vereisten voor plastisch chirurgische zorg, zoals de aanwezigheid van bepaalde aangeboren misvormingen²³³ of de ziekte multiple sclerose als mogelijke indicatie voor fysiotherapie.²³⁴ Om bij het laatste voorbeeld te blijven: multiple sclerose is weliswaar een indicatie voor fysiotherapie, maar dat wil niet zeggen dat iedereen met multiple sclerose fysiotherapie krijgt. Dat hangt ervan af of de patiënt

230 Artikel 2a Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering.

231 NvT, k.b. van 28 juni 2005, *Stb.* 389, p. 37.

232 Artikel 2.1 lid 3 vangt aan met ‘Onverminderd hetgeen is bepaald in de artikelen 2.4 tot en met 2.15’.

233 Artikel 2.4 lid 1 onder b Besluit zorgverzekering.

234 Artikel 2.6 lid 2 Besluit zorgverzekering.

daarop ‘redelijkerwijs aangewezen’ is. Er is dus sprake van complementaire criteria. Deze verhouding tussen het algemene indicatievereiste van artikel 2.1 lid 3 Besluit zorgverzekering en de bijzondere indicatievereisten is op zichzelf niet problematisch.

Tot slot komt de indicatie, zonder dat dit wettelijk geregeld is, nog aan de orde bij de ‘stand van de wetenschap en praktijk’. In medisch-wetenschappelijk wordt de effectiviteit van zorg immers niet in abstracto onderzocht, maar bij een welomschreven patiëntengroep. De vaststelling dat een vorm van zorg effectief is, levert dus automatisch informatie op voor welke gevallen de zorg bestemd is. Ook de Geschillencommissie Zorgverzekeringen pleegt verzekeringsdekking en indicatie met elkaar te verbinden, wanneer zij vaststelt of een bepaalde vorm van zorg bij een bepaalde aandoening ‘gebruikelijk’ en verzekerd is.²³⁵ Dit betekent dat de maatstaf van ‘de stand van de wetenschap en praktijk’ ook zijn invloed doet gelden wanneer het gaat om de vraag of een verzekerde een indicatie heeft voor een bepaalde vorm van zorg. Gevolg daarvan zou zijn dat de zeer stringente toetsing van het medisch-wetenschappelijk bewijs in zoverre ook geldt bij de indicatiebeoordeling, in plaats van het soepeler en meer ruimte voor individuele omstandigheden latende ‘redelijkerwijs aangewezen’.

Op de kwaliteit van de regelgeving met betrekking tot de indicatiestelling valt het nodige aan te merken. Er zijn echter weinig signalen uit de praktijk dat de toepassing ervan problematisch is. Een plausibele verklaring is dat het stellen van indicaties in de praktijk aan de zorgaanbieder wordt overgelaten.

6.6 *Zorg tussen gunst en recht*

In beginsel is de contractueel vastgelegde verzekeringsdekking – overeenkomend met de wettelijke regeling – bepalend voor de rechten van de verzekerde. Wie in een terminaal stadium een laatste-kans-behandeling in het buitenland wenst waarvan vaststaat dat deze niet overeenkomt met de stand van de wetenschap en praktijk, zal in het ongelijk gesteld worden.²³⁶ Wie volgens de verzekeringsvoorwaarden op (vergoeding van) zorg geen recht heeft, zal aan het kortste eind trekken ook wanneer hij meent zelf bij die zorg baat te vinden. Subjectieve oordelen en willekeur passen niet bij een verzekering, laat staan een sociale verzekering. Toch is daarmee het laatste woord niet gezegd.

235 SKGZ 23 augustus 2006, «GJ» 2006, 142 m.nt. G.R.J. de Groot.

236 Vgl. Voorzieningenrechter Arnhem 23 januari 2007, RZA 2007, 44 en CVZ 31 januari 2007, RZA 2007, 45 (extended resectie voor patiënten met pancreascarcinoom).

Een jonge vrouw (16 jaar) heeft een congenitale hypoplasie: haar linkerborst is als gevolg van een aangeboren afwijking nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. Dat betekent voor haar een ernstige belasting, niet alleen vanwege de daaruit voortvloeiende fysieke klachten maar ook vanwege het psychische leed dat haar afwijking teweeg brengt. Haar behandelend specialist heeft een operatieve borstcorrectie voorgesteld. De zorgverzekeraar weigert echter de vergoeding daarvan. De toepasselijke verzekeringsvoorwaarden – die op dit punt in overeenstemming zijn met het Besluit zorgverzekering – geven slechts recht op (vergoeding van) een borstcorrectie in geval van borstamputatie. Zo is bijvoorbeeld aan de orde gekomen dat borstimplantaten in het kader van een behandeling van transsexualiteit niet meer kunnen worden geplaatst. Het geval dat slechts één borst tot ontwikkeling is gekomen, is echter niet met zoveel woorden voorzien.²³⁷

In sommige ‘lastige’ gevallen passen zorgverzekeraars ‘coulance’ toe. Coulance wordt toegepast om commerciële redenen, ter voorkoming van ontevreden verzekerden of negatieve publiciteit.²³⁸ Coulance wordt ook toegepast wanneer de zorgverzekeraar bij een verschil van inzicht over de verzekeringsdekking bereid is toe te geven zonder dat daarin een erkenning van het gelijk van de verzekerde kan worden gezien.²³⁹ En ten slotte kan coulance worden toegepast in zeer bijzondere gevallen waarin een afwijzende beslissing een bijzondere hardheid zou betekenen. Coulance is echter een gunst, geen recht. De verzekerde is afhankelijk van de goede wil van de zorgverzekeraar en er is een risico van (rechts)ongelijkheid: de ene verzekeraar vergoedt wel, de andere niet. Ook is er een risico voor de verzekeraar: ontwikkelt coulance zich tot een vaste gedragslijn, dan kan er sprake zijn van een ‘gewoonte’ in de zin van artikel 6:248 lid 1 BW, die mede bepalend wordt voor de rechten en verplichtingen op grond van de overeenkomst; resultaat is een overeenkomst die méér rechten biedt dan in de Zvw voorzien, hetgeen niet is toegestaan. Het ligt dan ook voor de hand dat zorgverzekeraars met cou-

237 Zie SKGZ 10 januari 2007, RZA 2007, 41 m.nt. G.R.J. de Groot. De vrouw werd in het gelijk gesteld.

238 Zie hierover uitgebreid L. Mok, *Verzekeringsrecht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998, p. 99-106.

239 De suggestie van een coulance-uitkering zou heel goed kunnen passen in de bemiddelende rol van de Ombudsman Zorgverzekeringen, die naar aanleiding van een klacht een met redenen omkleed niet-bindend advies kan geven.

lance terughoudendheid betrachten; precedentes zijn nu eenmaal snel geschapen. Onder de Zfw heeft de CRvB de mogelijkheid erkend dat toepassing van dwingendrechtelijke wetsbepalingen in die mate in strijd komt met regels van ongeschreven recht, dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht meer kan zijn. Daarvan kan onder omstandigheden sprake zijn als zich een levensbedreigende situatie voordoet, dan wel van een medisch ernstig bedreigende situatie, met mogelijk onherstelbare gevolgen, voor een of meer vitale organen van de betrokken verzekerde, aldus de CRvB. Dit kan leiden tot een aanspraak op een vorm van zorg, voortvloeiend uit het ongeschreven recht.²⁴⁰ Deze *contra legem*-rechtspraak is typisch bestuursrechtelijk van aard; zij berust op een lange historie, beginnend met fiscale jurisprudentie uit de jaren '70.²⁴¹ In een privaatrechtelijke context is zij niet zonder meer toepasbaar.

In contractuele verhoudingen kan soms worden geoordeeld dat de toepassing van de desbetreffende contractuele bepaling in het concrete geval naar redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. De jurisprudentie van de HR maakt echter duidelijk dat aan zware eisen moet worden voldaan, wil een beroep op een dwingend voorgeschreven bepaling als onaanvaardbaar worden aangemerkt.²⁴² ²⁴³ Dit geldt ook voor de contractsbepalingen van de zorgverzekering, die immers exact *moeten* overeenkomen met de wettelijke regeling. Artikel 6:248 lid 2 BW geeft de rechter – en dus ook de Geschillencommissie Zorgverzekeringen – niet de bevoegdheid een contractuele bepaling opzij te zetten op de enkele grond dat hij deze voor één van partijen bezwaarlijk acht; de rechter mag niet de redelijkheid van de contractuele bepaling *op zichzelf* beoordelen.²⁴⁴ Met name is er ook dan geen ruimte om een contractuele bepaling op grond van redelijkheid en billijkheid terzijde te schuiven wanneer de uitsluiting van een specifieke vorm van zorg zeer bewust is geschied, zodat in de zorgverzekering de overwegingen die aan de uitsluiting ten grondslag liggen zijn verdisconteerd.²⁴⁵

Uiteraard kan onder omstandigheden ook toepassing van verzekeringsovereenkomsten in strijd komen met redelijkheid en billijkheid. Dat is echter nauwelijks of niet mogelijk wanneer het gaat om beperkingen die voortvloeien uit de pri-

240 Zie CRvB 28 september 2000, *RZA* 2001, 30 (Cellcept); CRvB 8 december 2004, «*GJ*» 2005, 75 m.nt. F. Moss; CRvB 26 april 2006, «*GJ*» 2006, 82 m.nt. G.R.J. de Groot.

241 Hierover o.a. E.J. Daalder, 'Corrigerende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: *RZA Klassiek*, Deventer: Kluwer/College voor zorgverzekeringen 2004, p. 965-971.

242 Vgl. HR 2 april 2004, *NJ* 2006, 212 m.nt. E. Verhulp.

243 Zie hierover uitgebreider *Asser-Hartkamp 4-II (Algemene leer der overeenkomsten)*, nr. 316 en de daar aangehaalde rechtspraak.

244 Zie hierover *Asser-Hartkamp 4-II*, nr. 318; In deze zin ook T. Hartlief, 'Iustum Pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht', in: T. Hartlief, C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

245 Zie artikel 6:258 lid 1 BW; *Asser-Hartkamp 4-II*, nr. 333.

maire dekking van de verzekering.²⁴⁶ Voor een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is geen plaats, omdat met de dekkingsomschrijving de grenzen worden omschreven waarbinnen de verzekeraar dekking biedt; die grenzen kunnen niet worden opgerekt met een beroep op redelijkheid en billijkheid.

Het spanningsveld tussen recht en redelijkheid leidt soms tot vreemde oplossingen. Een voorbeeld. Kinderen met gehoorstoornissen komen, zo oordeelde de Geschillencommissie zorgverzekeringen, op grond van de stand van de wetenschap en praktijk niet in aanmerking voor een tweede cochleair implantaat. Er is dus in de visie van de commissie géén sprake van een verzekerde prestatie. Niettemin kent de commissie de verzekerde op grond van ‘redelijkheid en billijkheid’ tóch recht toe op het tweede cochleair implantaat.²⁴⁷ Sterker nog, eveneens op grond van redelijkheid en billijkheid formuleert de commissie daarvoor zelfstandig en los van de stand van de wetenschap en praktijk, een algemene regel. Met een dergelijke benadering wordt het verzekeringsstelsel ondergraven en ontstaat het risico van willekeur.²⁴⁸

Een ordentelijke oplossing voor moeilijke incidentele gevallen kan slechts door de wetgever worden geboden. De *contra legem*-leer van de CRvB kan, in aangepaste vorm, eigenlijk niet gemist worden. Er is daarom aanleiding de verzekerde tevens recht te bieden op *andere* dan de verzekerde vormen van zorg, wanneer deze zorg binnen de beroepsgroep wordt gezien als een professioneel juiste handelwijze, de verzekerde op die zorg aangewezen is en het onthouden daarvan vanwege uitzonderlijke omstandigheden een bijzondere hardheid zou betekenen. Wettelijke regeling is nodig;²⁴⁹ de formulering verdient zorgvuldige overweging. In beginsel horen immers de weloverwogen grenzen van de verzekeringsdekking te worden gerespecteerd. Gewrongen constructies zijn daarna niet meer nodig om met zeer bijzondere (individuele) omstandigheden rekening te houden; de verzekerde heeft er ook recht op dat dat gebeurt.

246 Vgl. HR 27 oktober 2000, NJ 2000, 120, HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326, en HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel.

247 Een elektronisch apparaat dat geluid omzet in elektronische pulsen die de gehoorzenuw in de cochlea (slakkenhuis) direct stimuleren, waardoor een slecht gehoor verbeterd kan worden.

248 SKGZ 9 juni 2010, RZA 2010, 91 m.nt. G.R.J. de Groot. Een typisch geval van *Einzelfallgerechtigheit*, met een eveneens gekunstelde redenering, treft men aan in Voorzieningenrechter Breda 22 december 2009, «GJ» 2010, 28 m.nt. G.R.J. de Groot (vergoeding adalimumab bij sarcoidose).

249 De wettelijke regel kent een precedent, zij het in een iets andere context. De zorgverzekeraar kan zelf per werkzame stof de geneesmiddelen aanwijzen waarop de verzekerde recht heeft (artikel 2.8 lid 1 aanhef en onder a Besluit zorgverzekering). Artikel 2.8 lid 4 kent echter een ontsnappingsclausule: ‘Farmaceutische zorg omvat ook een ander bij ministeriële regeling aangewezen geneesmiddel dan het door de zorgverzekeraar aangewezen geneesmiddel, voor zover behandeling met het door de zorgverzekeraar aangewezen geneesmiddel voor de verzekerde medisch niet verantwoord is.’

7 Persoonlijke verantwoordelijkheid en preventie

7.1 Inleiding

De getallen zijn indrukwekkend en tegelijk weinig opwekkend. Leefstijl draagt voor een niet onaanzienlijk deel bij aan ziekte. Roken, excessief alcoholgebruik, verkeerde voeding, fysieke inactiviteit, overgewicht, al dan niet in combinatie, zijn de belangrijkste gedragsfactoren als determinanten van gezondheid, zich uitend in coronaire hartziekten, depressies, angststoornissen, beroertes, chronische luchtwegaandoeningen (COPD), diabetes mellitus, longkanker, alcoholverslaving, artrose en dementie. Deze problemen nemen toe, zijn chronisch en leggen een toenemend beslag op de financiële middelen die voor de zorg beschikbaar zijn.²⁵⁰

Hierna zal worden besproken welke rol de zorgverzekering kan vervullen: welke verplichtingen rusten op de verzekerde of zouden op hem gelegd kunnen worden, en in hoeverre kan de zorgverzekering dienen ter dekking van kosten van preventieve zorg?

7.2 De goede verzekerde

Artikel 15 Zvw stelt enkele bepalingen van het gewone verzekeringsrecht buiten toepassing. Een daarvan is artikel 7:957 BW. Dit artikel regelt de zg. bereddingsplicht. Als de verzekerde van de verwezenlijking van het verzekerd risico op de hoogte is of behoort te zijn, is hij verplicht binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen die tot voorkoming of vermindering van schade kunnen leiden. De kosten van die maatregelen komen voor rekening van de verzekeraar.²⁵¹

De niet-toepasselijkheid van deze bepaling is in de toelichting gemotiveerd met de wat vreemde redenering dat een verzekerde zich verplicht zou voelen hulp te zoeken zodra hij zorg nodig heeft, hetgeen een extra druk zou leggen op de capaciteit van zorgaanbieders en zou leiden tot een onnodige kostenstijging.²⁵² Verder wordt verwezen naar de Hoge Raad, die oordeelde dat het niet met de 'aard van ziektekostenverzekeringen' zou stroken als de verzekerde zou kunnen worden tegengeworpen dat kosten vermeden hadden kunnen worden indien de verzekerde meer adequaat op gezondheidsklachten had gereageerd.²⁵³ Het komt mij

250 Vgl. Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Leefstijl en de zorgverzekering. Achtergrondstudie*, Den Haag: RVZ 2010, p. 7-10.

251 Vgl. N. Frenk, 'De Zorgverzekeringwet: sociale zekerheid langs privaatrechtelijke weg', in: D. Busch en H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs* (afscheidsbundel Ewoud Hondius), Deventer: Kluwer 2007, p. 167-180.

252 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 112.

253 HR 11 september 1998, NJ 1999, 664 m.nt. M.M. Mendel. Deze noemt dit oordeel 'in het algemeen in overeenstemming met wat wel genoemd wordt de maatschappelijke, sociale zekerheidsfunctie die de ziektekostenverzekering in onze tijd vervult'.

voor dat het doorslaggevende argument niet gezocht moet worden in de aard van ziektekostenverzekeringen, maar in het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Toepasselijkheid van artikel 7:957 lid 1 BW impliceert immers een – daarmee niet te verenigen – behandelplicht. Overigens is de bereddingsplicht slechts van toepassing wanneer sprake is van een ‘onmiddellijk dreigend gevaar’ of een ‘acute schadeoorzaak’,²⁵⁴ omstandigheden waarin men zich gewoonlijk zonder verdere aansporing van de wetgever toch al tot een hulpverlener pleegt te wenden. De bereddingsplicht, indien al van toepassing, helpt niet wanneer het er om gaat burgers aan te zetten tot een gezonde leefwijze.

Eveneens van toepasselijkheid is uitgezonderd artikel 7:952 BW, waar is bepaald dat de verzekeraar geen schade vergoedt aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt. De Zvw gaat nog een stapje verder door te bepalen dat de zorgverzekeraar niet bevoegd is een prestatie te weigeren indien het intreden van het verzekerde risico aan de verzekerde is te wijten. Deze formulering brengt mee dat ook lichtere vormen van schuld niet tot weigering van uitkering kunnen leiden. Deze bepaling is kernachtig gemotiveerd met de overweging dat het recht op zorg te belangrijk is om artikel 7:952 BW te laten gelden voor de zorgverzekering.²⁵⁵ Het onderhouden van leefgewoonten waarvan de schadelijkheid voor de gezondheid algemeen bekend is, zou weliswaar als roekeloos gedrag kunnen worden aangemerkt, maar het is moeilijk aanvaardbaar iemand die als gevolg daarvan gezondheidsproblemen ondervindt, behandeling of vergoeding van kosten daarvan te weigeren. De Zvw kent dus geen sanctie op tegen beter weten in ongezond leven.

De sanctie ís er niet, zou zij er kunnen zijn? Kan in de verzekeringswetgeving een stimulans kan worden opgenomen om verzekerden aan te zetten tot verbetering van leefstijl en daarmee vermindering van gezondheidsrisico's?

Allereerst is het de vraag of de wetgever zo ver zou kunnen gaan dat (vergoeding van) zorg wordt geweigerd wanneer de aandoening waarvoor hulp wordt gezocht, te wijten is aan eigen schuld. Het is niet moeilijk een reeks van ethische, maatschappelijke en praktische bezwaren hiertegen te bedenken. Maar zou een dergelijke aanpak – geheel in overeenstemming met hetgeen gebruikelijk is in schadeverzekeringen – *juridisch* onmogelijk zijn? Deze exercitie moge puur hypothetisch lijken, zij is mede van belang om de juridische grenzen vast te stellen waarbinnen in de zorgverzekering consequenties aan een ongezonde levensstijl kunnen worden verbonden.

Naar mijn mening dringen zich twee bezwaren op, beide ontleend aan internationaal recht, nu de wet in formele zin niet toetsbaar is aan nationaal geschreven of ongeschreven recht. Het eerste bezwaar volgt uit de verdragen die minimumnormen stellen aan de inrichting van het ziektekostenstelsel. Deze verdragen laten de mogelijkheid open dat de gerechtigde gehouden wordt zelf een bijdrage te leve-

254 *Parl. Gesch. Verzekering*, Hendrikse/Martius/Rinkes, p. 177.

255 *MvT, Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, nr. 3, p. 113.

ren in de kosten van geneeskundige zorg. De regels over deze deelneming in de kosten moeten echter zodanig worden vastgesteld 'dat zij geen te zware last met zich brengen'.²⁵⁶ In de herziene Europese Code inzake sociale zekerheid wordt deze formulering eveneens gebruikt, met de toevoeging 'en dat zij aan de doelmatigheid van de medische en sociale bescherming geen afbreuk doet'.²⁵⁷ Bij beide bepalingen heeft men vermoedelijk het oog gehad op (vooral elders van oudsher veel voorkomende) eigen-bijdrageregelingen, maar zij zijn even goed van toepassing wanneer de bijdrage van de individuele verzekerde op 100% wordt gesteld in een geval waarin ziekte gerelateerd is aan eigen schuld in de vorm van een ongezonde levensstijl. Het dringt zich op dat een dergelijke last bij een medische behandeling van ernstige aandoeningen heel snel als een 'te zware last' moet worden aangemerkt; aangezien het voor eigen rekening laten van de kosten van behandeling er vrijwel onvermijdelijk toe leidt dat behandeling achterwege blijft, doet dit ernstig af aan de doeltreffendheid van de medische en sociale bescherming die wordt beoogd.²⁵⁸

Een tweede bezwaar valt te ontleen aan het discriminatieverbod als vervat in artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 2 lid 2 in verbinding met artikel 12 lid 2 aanhef en onder (d) Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.²⁵⁹ Het is onmiskenbaar dat uitsluiting van (vergoeding van) zorg tot een onderscheid leidt op grond van enig kenmerk van de verzekerde (in casu: zijn leefstijl of daaraan gerelateerd gezondheidsrisico); een onderscheid dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging behoeft, zodanig dat er sprake is van proportionaliteit tussen het nagestreefde doel en het daarvoor toegepaste middel.²⁶⁰ Het doel van verbetering van

256 Artikel 10 lid 2 Verdrag betreffende minimum-normen van sociale zekerheid (Verdrag C-102), Genève 28 juni 1952, *Trb.* 1953, 69. Gelijkkluidend is artikel 10 lid 2 Europese Code inzake sociale zekerheid, Straatsburg 16 april 1964, *Trb.* 1965, 47. Vgl. over 'te zware last' in verband met de vroegere no-claimterug-gave Hof Den Haag 3 april 2008, *LJN*: BC8719.

257 Artikel 10 lid 2 Europese Code inzake sociale zekerheid (herzien), Rome, 6 november 1990, *Trb.* 1993, 123.

258 Vanwege het effect op de 'equitable access to health care' zou een uitsluiting van (vergoeding van) zorg ook niet stroken met artikel 3 Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, Oviedo 4 april 1997, *Trb.* 1999, 58. Dit artikel 3 is echter geen rechtstreeks inroepbare bepaling.

259 Artikel 12 lid 2 aanhef en onder (d) legt op de verdragsstaten de plicht omstandigheden te scheppen die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen. Artikel 2 lid 2 waarborgt dat de in het verdrag opgesomde rechten zonder discriminatie van welke aard ook worden uitgeoefend.

260 Matthew C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 164-165.

leefstijl en dientengevolge een verbetering van gezondheid en vermindering van ziektekosten is op zichzelf zonder twijfel legitiem, algehele uitsluiting van het recht op (vergoeding van) zorg op grond van eigen schuld, bestaande in een roekeloze ongezonde leefstijl, kan gezien het doel van de sociale ziektekostenverzekering bezwaarlijk als een proportioneel middel worden gezien. Anders gezegd, internationaal recht sluit op dit punt uit dat een sociale ziektekostenverzekering wordt ingericht overeenkomstig de principes van een gewone schadeverzekering. Met het vorenstaande is wel een juridisch kader gegeven aan de hand waarvan andere, minder draconische maatregelen kunnen worden getoetst. Binnen het kader van de zorgverzekering kan aan drie instrumenten worden gedacht die direct in verband staan met de leefstijl van de verzekerde: premiedifferentiatie, eigen risico en eigen bijdragen. Premiedifferentiatie houdt in dat een premieverschil wordt toegepast in die zin dat verzekerden die blijkens bepaalde gezondheidsparameters een (leefstijlgerelateerd) gezondheidsrisico in zich dragen, een hogere premie verschuldigd zijn (bijvoorbeeld bij een body-mass index (BMI) van meer dan 30). Een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt wanneer voor personen met vastgestelde gezondheidsrisico's een hoger verplicht eigen risico geldt.²⁶¹ Aan eigen bijdragen kan worden gedacht wanneer wordt beoogd de verzekerde de kosten te laten dragen van de specifieke vormen van zorg met betrekking tot leefstijlgerelateerde aandoeningen (bijvoorbeeld behandeling van botbreuken bij deelname aan gevaarlijke sporten).

Maatregelen als premiedifferentiatie zijn in het particuliere verzekeringsbedrijf heel normaal. Volgens het zg. equivalentiebeginsel wordt de door de verzekeringnemer te betalen premie gerelateerd aan het risico dat hij door de verzekering wenst te dekken.²⁶² Opmerking verdient dat het equivalentiebeginsel in de particuliere verzekering het resultaat is van vrije marktwerking – de markt vraagt kennelijk om premies die gerelateerd zijn aan het risico – terwijl het in de zorgverzekering zou gaan om premiedifferentiatie met het oog op de daarvan verwachte *gedragseffecten* (namelijk gezonder gaan leven). Invoering van het equivalentiebeginsel in de zorgverzekering betekent het (deels) terzijdestellen van risicosolidariteit. Er zijn geen (internationaalrechtelijke) regels die zich tegen een dergelijke aanpassing van de Zvw verzetten. Niettemin zijn daartegen enkele bedenkingen

261 Het verschil is uiteraard dat een hogere premie te allen tijde geldt, dus ongeacht de vraag of de verzekerde ziektekosten maakt, terwijl een eigen risico zich alleen doet gevoelen wanneer sprake is van ziektekosten.

262 Zie www.assurantietermen.nl. Dit beginsel staat tegenover het draagkrachtbeginsel, volgens hetwelk de door de verzekeringnemer te betalen premie wordt gerelateerd aan zijn inkomen. Het draagkrachtbeginsel wordt in het algemeen toegepast in de sociale verzekering. Zie over dit onderwerp verder Elise Hooijmaijers, *Solidariteit in de zorg. Het effect van ongezond gedrag op de solidariteit*, bachelorscriptie, Erasmus Universiteit Rotterdam 2008, te raadplegen via <http://oathesis.eur.nl/ir/repub/asset/4597/HooijmaijersE..pdf>.

aan te voeren die ook juridische consequenties kunnen hebben. Allereerst zal het niet gemakkelijk zijn objectieve en voldoende parameters te vinden voor de classificatie van verzekerden. Overgewicht laat zich vermoedelijk goed vatten in een hanteerbare parameter. Andere leefstijlfactoren, zoals te weinig bewegen of gevaarlijk sporten, zullen nauwelijks in een objectieve maatstaf zijn te gieten. Op sommige factoren is controle eenvoudig – de lengtemaat en de weegschaal bij overgewicht – andere zijn moeilijker te controleren of zijn manipuleerbaar of fraudegevoelig ('rookt u? Nee, al lang niet meer'). Controle vergt bovendien een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Wanneer premiedifferentiatie (of modaliteiten met het eigen risico of eigen bijdragen) is ingegeven door de wens gedragsveranderingen te bewerkstelligen, moet worden bedacht dat ongezond gedrag niet altijd gemakkelijk door de betrokkene kan worden veranderd (alcohol- en drugsverslaving) of zelfs helemaal niet (zeer ernstige obesitas). In hoeverre moet verwijtbaarheid een rol spelen? Veel ongezonde gewoonten zijn niet in vrijheid gekozen, maar sociaal, genetisch of psychologisch bepaald. Hoewel veel ongezond gedrag vermijdbaar is, zijn er heel wat gradaties tussen lichte eigen schuld ('een ongeluk in een klein hoekje'), bewust risico's nemen (parachutespringen?) en roekeloos gedrag. Het is niet gemakkelijk aan te geven wanneer persoonlijk gedrag wel en wanneer niet zou moeten leiden tot, bijvoorbeeld, hogere premies voor de zorgverzekering.²⁶³ Hoe wordt de premieverhoging berekend om daarin de kans op hogere zorgkosten voor, bijvoorbeeld, mensen met overgewicht te verdisconteren? En hoe effectief zijn financiële *incentives* eigenlijk? Gaan mensen hun (rook-, eet-, drink- of ander) gedrag veranderen wanneer de premie voor de zorgverzekering daardoor wordt bepaald? Helpt het om eigen bijdragen in te voeren voor behandeling van leefstijlgerelateerde kwalen?

Een beleid dat erop gericht is met de Zvw burgers aan te zetten tot een gezonde leefstijl, lijkt aantrekkelijk, maar wordt bij nadere beschouwing omgeven met voetangels en klemmen. Opvallend is dat al meer dan 20 jaar met de gedachte wordt gespeeld, maar dat het niet wezenlijk verder dan tot losse gedachten is gekomen. Voor onderscheid in financiële lasten van de burger zal een rechtvaardiging nodig zijn die duidelijk maakt dat juist *déze* maatregel nodig en proportioneel is. Een zorgvuldig onderzoek naar mogelijke financiële differentiaties, voor- en nadelen, de mogelijke uitvoering en de risico's en effecten daarvan, zou nodig zijn. Bij gebreke daarvan behoort financiële differentiatie met het oog op vermindering van ongezonde leefgewoonten en de daaraan inherente risico's op dit moment niet tot de reële mogelijkheden.

Een variatie op het thema is een verplichting van de verzekerde zich als 'goed patiënt' te gedragen. Volgens de RVZ mag van patiënten worden verwacht dat zij

263 Vgl. I.D. de Beaufort, ' "Eigen schuld, dikke bult"; een pijnlijke kwestie?', in: Commissie Keuzen in de zorg, *Kiezen en delen*, Rijswijk: Ministerie van WVC 1991, Achtergrondstudie, nr. 6.

de zorgverlener zo goed mogelijk informeren, meedenken en meebeslissen over de behandeling, instructies en adviezen opvolgen en leefregels in acht nemen.²⁶⁴ Ook kan worden gedacht aan therapietrouw en deelname aan screeningsprogramma's. Goed patiëntschap zou een polisvoorwaarde moeten worden.²⁶⁵ Ook hier opnieuw een aantrekkelijke gedachte; zowel uit een oogpunt van schadeverzekering als met het oog op het volksgezondheidsbeleid is het niet vreemd van de verzekerde te verlangen dat hij zich zo gedraagt dat de schade zoveel mogelijk wordt beperkt en dat toekomstige schade wordt voorkomen. Doen wat de dokter je zegt, kan daaraan bijdragen. Maar ook hier een idee dat onvoldoende doordacht is. In de behandelrelatie rust op de patiënt de verplichting aan de hulpverlener de medewerking te verlenen die hij nodig heeft,²⁶⁶ maar nakoming daarvan kan niet worden afgedwongen.²⁶⁷ Zou dat in de zorgverzekeringsovereenkomst wel kunnen? Een afdwingbare behandelingsplicht in de verzekeringsovereenkomst met het gevolg dat niet-nakoming als wanprestatie wordt aangemerkt, leidt tot een zo forse ingreep in de persoonlijke levenssfeer en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt dat een dergelijke contractsbepaling in overeenstemming met de openbare orde en goede zeden is.²⁶⁸

Het is (ook) juridisch een weerbarstige materie, wanneer men de consument/verzekerde/patiënt langs de weg van de zorgverzekering wil nopen te doen wat goed voor hemzelf is. De consument wordt wellicht overvraagd en de mogelijkheden van wetgeving worden wellicht overschat wanneer wordt gemeend dat met wetgeving onverstandig en ongezond gedrag kan worden gecorrigeerd. Aan goed voorlichten en een gezonde leefstijl stimuleren staat intussen niets in de weg, integendeel.

7.3 Preventie in de zorgverzekering

De overheid hecht groot belang aan preventie,²⁶⁹ maar bij de totstandkoming van de Zvw is er niet meer dan marginale aandacht aan besteed. In de toelichting wordt geconstateerd dat op grond van internationale verdragen preventieve zorg in een sociale verzekering moeten zijn opgenomen; na de opmerking dat alle ver-

264 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Goed patiëntschap*, Den Haag: RVZ 2007.

265 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Perspectief op gezondheid 20/20*, Den Haag: RVZ 2010, p. 24.

266 Artikel 7:452 BW; artikel 6 voorstel van Wet cliëntenrechten zorg, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nrs. 1-3.

267 B. Sluyters en M.C.I.H. Biesaat, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 53-55.

268 Artikel 3:40 BW.

269 Preventienota kiezen voor gezond leven, *Kamerstukken II 2006/07 22 894*, nr. 110; Nota Overgewicht, *Kamerstukken II 2008/09 31 899*, nr. 1.

dragsrechtelijk voorgeschreven zorgvormen verdeeld zijn over Zvw en AWBZ, verdwijnt het onderwerp achter de coulissen.²⁷⁰

Preventie omvat, kort gezegd, alle maatregelen die gericht zijn op het voorkómen van ziekten. Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen primaire, secundaire en tertiaire preventie.^{271 272} *Primaire preventie* heeft als doel het voorkomen van ziekten door de oorzaken weg te nemen. Dan moeten de oorzaken van ziekten bekend en behandelbaar zijn. Zo is longkanker grotendeels te voorkomen door primaire preventie (door niet te roken); borstkanker daarentegen is niet te voorkomen. Bekende preventiemethoden zijn vaccinaties, hygiëne, gezondheidsvoorziening en -opvoeding.

Secundaire preventie richt zich op de opsporing van mensen met een vroeg stadium van een ziekte of met een bepaalde risicofactor, zoals verhoogde bloeddruk, verhoogd cholesterol, roken of lichamelijke inactiviteit. De ziekte is nog niet vastgesteld en de persoon is dan ook niet 'bewust' drager van de ziekte. Het doel is de ziekte vroegtijdig te herkennen ('screening') en eventueel te behandelen. Het opsporen is bevolkingsonderzoek, als het programmatisch bij zoveel mogelijk individuen uit een bepaalde groep plaatsvindt. Hierbij wordt met een test gezocht naar één bepaalde ziekte. Voorbeelden zijn onderzoek van alle pasgeborenen op fenylketonurie of bevolkingsonderzoek op baarmoederhalskanker. Vroegtijdige opsporing heeft plaats in de algemene bevolking of bij speciale groepen. Secundaire preventie kan echter ook een individueel karakter hebben (het 'voor de zekerheid' meten van de bloeddruk als je voor een andere klacht bij de huisarts komt).

Tertiaire preventie is het voorkomen van verergering of van complicaties van een reeds gediagnosticeerde aandoening of ziekte bij een individuele patiënt. Tertiaire preventie is in de curatieve zorg een onderdeel van de reguliere zorg voor een patiënt, bijvoorbeeld het stoppen-met-roken advies van de huisarts bij een patiënt met hart- en vaatklachten die in behandeling is.

Vorenstaande korte schets maakt duidelijk dat het niet eenvoudig is preventie in de context van de zorgverzekering te plaatsen. Voor een niet onbelangrijk deel behoort preventie tot het normale medisch handelen. Primaire preventie vindt in de curatieve zorg bijvoorbeeld plaats door verloskundigen bij de begeleiding en

270 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 39-40.

271 De beschrijving van de vormen van preventie is deels ontleend aan TNO, 'Preventie in de verzekerde zorg', bijlage bij College voor zorgverzekeringen, *Van preventie verzekerd*, Diemen: CVZ 2007, publicatienr. 250.

272 In de geestelijke gezondheidszorg worden vier vormen van preventie onderscheiden die met de klassieke indeling verwant zijn: universele preventie, gericht op de algemene bevolking; selectieve preventie, gericht op een subgroep of individuen met een geestelijk gezondheidsrisico; geïndiceerde preventie, gericht op groepen met een hoog-risico en tot slot zorggerichte preventie.

controle van zwangere vrouwen. In de huisartsenpraktijk vindt primaire preventie plaats wanneer cholesterolverlagende middelen ter voorkoming van hart- en vaatziekten worden voorgeschreven aan een verder gezonde 55-plusser. Secundaire preventie vindt plaats wanneer screening min of meer opportunistisch plaatsvindt bij patiënten die om een andere reden een arts bezoeken ('case finding'). Een voorbeeld is bloeddrukmeting bij een patiënt met overgewicht. Tertiaire preventie – voorkoming van verergering en complicaties – is uiteraard dagelijkse praktijk in de curatieve zorg.

Past hulp met een preventief karakter eigenlijk in de zorgverzekering, die immers een schadeverzekering is? Het gebruik van het woord 'preventief' kan aanleiding geven tot de gedachte dat wanneer preventieve hulp wordt verleend, er nog geen sprake van schade is, zodat preventie niet te verzekeren valt.²⁷³ Dit beeld is niet juist. Schadeverzekering strekt tot vergoeding van vermogensschade.²⁷⁴ Voor uitering op grond van de zorgverzekering (in natura of in geld) is niet nodig dat bij de verzekerde sprake is van een gezondheidsprobleem, een ziekte of gebrek; daarvoor is nodig én voldoende dat er vermogensschade intreedt ten gevolge van bepaalde voorvallen of omstandigheden. Deze vermogensschade treedt ook dan in wanneer een patiënt zich voor geïndiceerde preventieve zorg tot een hulpverlener wendt. Dat preventie (per definitie) beoogt ziekten te voorkomen, brengt dus niet mee dat daarvoor in de zorgverzekering geen plaats is.

Wel moet met twee facetten rekening worden gehouden. De eerste is dat voor een verzekeringsovereenkomst het element van *onzekerheid* kenmerkend is. Het gaat er daarbij om dat bij het sluiten van de overeenkomst geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag uitkering moet worden gedaan.²⁷⁵ Bepaalde vormen van preventieve zorg, zoals het stelselmatig inenten van alle zuigelingen tegen hepatitis B,²⁷⁶ zijn met dat onzekerheidsvereiste moeilijk te verenigen. Bij het voorschrijven van cholesterolverlagende middelen aan 55-plussers met verhoogd cholesterolgehalte ter voorkoming van cardiovasculaire aandoeningen, daarentegen wel; de vereiste onzekerheid over de noodzaak van medicatie de prestatie zal immers bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst hebben bestaan.

Een tweede bijzonderheid is deze. Het verzekeren van (de kosten van) zorg leidt ertoe dat een verzekerde recht op een prestatie verkrijgt zodra het verzekerde risico intreedt en aan de verdere voorwaarden is voldaan. De verzekerde prestatie bestaat echter altijd uit een (individueel) claimrecht. Het past wél in een zorgverzekering dat de zorgverzekeraar de verzekerde goed inlicht over inhoud en omvang van de verzekerde prestaties, maar *niet* dat de zorgverzekeraar aan de verzekerde prestaties opdringt waarom de laatste niet heeft gevraagd en die hij

273 TNO, 'Preventie in de verzekerde zorg', p. 70.

274 Aldus artikel 7:944 BW.

275 Artikel 7:925 lid 1 BW. Zie verder Asser-Clausing-Wansink, *Bijzondere overeenkomsten*, Deel VI, *De verzekeringsovereenkomst*, nrs. 18-24.

276 Vast onderdeel Rijksvaccinatieprogramma vanaf 2012, zie <http://www.rivm.nl>.

niet wenst; het blijft in elk geval altijd de verzekerde die beslist of hij zich door een preventiecampagne laat overtuigen. Of, in welke mate en hoe op preventie gerichte activiteiten worden ondernomen, onttrekt zich aan 'sturing' door de zorgverzekeraar en de overheid, en is overgelaten aan zorgverlener en patiënt. Daarbij komt dat de indicatie voor een preventieve interventie vaak minder evident zal zijn dan voor een curatieve interventie naar aanleiding van een klacht van de patiënt. Ook al geldt het voorschrijven van cholesterolverlagende middelen onder bepaalde omstandigheden als verantwoorde preventieve zorg, daarmee is nog niet gezegd dat alle huisartsen het aangewezen achten spontaan hun patiënten die zorg aan te bieden.

De interactie tussen hulpverlener en patiënt om maatregelen te nemen van preventieve aard, kan langs verschillende juridische wegen worden gestimuleerd. Eén daarvan is het afzonderlijk in de zorgverzekering regelen van vormen van preventieve zorg. Een voorbeeld hiervan is het stoppen-met-rokenprogramma.²⁷⁷ Deze verzekerde prestatie omvat 'geneeskundige en farmacotherapeutische interventies ter ondersteuning van gedragsverandering met als doel te stoppen met roken'. Wie dit voor het eerst leest, wordt niet getroffen door de 'transparantie' waarop de toelichting zich beroept. Zoals altijd geldt ook hier dat de inhoud en omvang van de zorg mede wordt bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk. In dit verband wordt verwezen naar richtlijnen van het Nederlands Huisartsen Genootschap en het voormalige Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg CBO. In deze *evidence based* richtlijnen worden diverse interventies aanbevolen, zoals intensieve begeleiding, al dan niet met farmacotherapeutische ondersteuning. Aan de hand hiervan kan aan de prestatie nadere invulling worden gegeven; door de omschrijving in algemene termen kent die invulling flexibiliteit en gaat zij van zelf met haar tijd mee. Evenals elders in de regelgeving, is niet vastgelegd door wie de zorg kan worden verleend: ggz-instellingen, huisartsen en eerstelijnspsychologen zijn de meest voor de hand liggende zorgverleners, maar de zorgverzekeraar heeft op dit punt een eigen regelingsbevoegdheid.²⁷⁸ Er zijn mogelijk meer soortgelijke interventies op komst.²⁷⁹ De nieuwste vinding is de *gecombineerde leefstijlinterventie* (GLI). Het gaat hier om (ernstig) overgewicht, gevolg van te veel en te energierijk eten en te weinig bewegen. Overgewicht is de laatste decennia dramatisch toegenomen, vooral ook bij jeugdigen,

277 Artikel 2.5b Besluit zorgverzekering, ingevoerd per 1 januari 2011 (zie artikelen I en II k.b. van 31 augustus 2009, *Stb.* 2009, 381 en k.b. van 7 juli 2010, *Stb.* 2010, 303). Zie verder College voor zorgverzekeringen, *Begeleiding bij stoppen met roken: verzekerde zorg?*, Diemen: CVZ 2008, publicatienr. 262.

278 Zie bijvoorbeeld artikel 21 Verzekeringsvoorwaarden VGZ Zorgverzekering: de zorg wordt verleend door 'STIVORO en GGZ-instellingen die werken volgens de Zorgmodule Stoppen met Roken'.

279 Vgl. College voor zorgverzekeringen, *Preventie van depressie: verzekerde zorg?*, Diemen: CVZ 2008, publicatienr. 264.

en leidt tot aanzienlijke gezondheidsrisico's, onder andere in de vorm van hart- en vaatziekten. De behandeling kent drie pijlers: meer verantwoorde voeding, grotere lichamelijke activiteit en gedragsverandering. De GLI omvat hulp bij die drie elementen.²⁸⁰ Elk van deze vormen van hulp is op zichzelf al verzekerde zorg. Zij behoren tot de zorg die diëtisten, huisartsen, medisch specialisten en fysiotherapeuten plegen te bieden. De GLI bestaat uit interventies gericht op het verminderen van de energie-inname, het verhogen van de lichamelijke activiteit en eventuele psychologische interventies ter ondersteuning van de gedragsverandering. Voor volwassenen kan hierbij ook medicatie aan de orde komen. Bij de GLI+ (intensieve gecombineerde leefstijlinterventie) is cognitieve gedragstherapie altijd onderdeel van de behandeling, eventueel met medicatie in een vroeg stadium. Als GLI+ niet succesvol is na één jaar behandeling, kunnen aanvullende behandelingen overwogen worden, zoals opname, medicatie of bariatrische chirurgie.²⁸¹ Voorgesteld is de GLI als afzonderlijke prestatie in het Besluit zorgverzekering op te nemen, zodat deze zorg ook als zodanig herkenbaar een plaats krijgt in de modelovereenkomsten van de zorgverzekeraars.²⁸²

Een opmerkelijk facet van het hiervoor besproken type interventies is dat het telkens gaat om zorg die op zichzelf reeds verzekerd is,²⁸³ maar waarvan niettemin vastlegging in een afzonderlijke verzekerde prestatie wordt voorgesteld. Met andere woorden, de wetgever doet hier wat in de opzet van de functiegerichte omschrijving in principe is voorbehouden aan de zorgverzekeraar, namelijk het splitsen van zorg in verschillende elementen en het combineren daarvan in één in de modelovereenkomst aangeboden prestatie. Ontoelaatbaar is dat niet; het is de wetgever die zelf bij de regeling van de te verzekeren prestaties kan bepalen hoe ver de regulering en hoever de regelingsbevoegdheid van de zorgverzekeraars zich moet uitstrekken. Intussen is de nieuwe prestatie wel typisch functiegericht doordat daarin wordt aangeduid welk *resultaat* wordt beoogd, namelijk telkens het verwerven en behouden van gezond gedrag. De (voorgestelde) omschrijvingen zijn zo ruim gekozen dat deze ruimte voor zekere variaties in de invulling daarvan laten en de inhoud van de zorg, zonder dat nadere regelgeving nodig is, 'meegroeien' met de ontwikkelingen in wetenschap en praktijk.

Als bijvoorbeeld een GLI al bestaat uit (verschillende vormen van) verzekerde zorg, waarom dan die afzonderlijke, geïntegreerde prestatie? Als argument wordt aangevoerd dat bij aparte vermelding als te verzekeren prestatie zorgverzeke-

280 College voor zorgverzekeringen, *Preventie bij overgewicht en obesitas: de gecombineerde leefstijlinterventie*, Diemen: CVZ 2009.

281 Partnerschap Overgewicht Nederland, *Zorgstandaard Obesitas*, 2010, te raadplegen via www.partnerschapovergewicht.nl.

282 College voor zorgverzekeringen, *De gecombineerde leefstijlinterventie: kosten, opbrengsten en de praktijk*, Diemen: CVZ 2010, nr. 2010047390, p. 12-17.

283 Enigszins anders ligt dit bij de medicatie in het kader van het stoppen-met-rokenprogramma.

raars 'de plicht hebben om de interventie als samenhangend geheel aan te bieden in de polis'.²⁸⁴ Dit zal dan wel expliciet in de regelgeving duidelijk moeten worden gemaakt. Het argument van de herkenbaarheid als samenhangend geheel heeft een zekere overtuigingskracht; als prestaties, hoe samenhangend ook, als zodanig in de polis voor de consument terug te vinden zijn, wordt de kans wellicht groter dat de verzekerde van deze prestaties gebruik gaat maken. Aan de andere kant kunnen ook zorgverzekeraars en zorgaanbieders, zélf s zonder dat sprake is van overheidsregulering, samengestelde zorgvormen ontwikkelen en 'in de markt zetten', zoals bijvoorbeeld bij diabeteszorg is gebeurd.²⁸⁵ Klaarblijkelijk is ten aanzien van geïntegreerde preventieve zorgvormen het vertrouwen onvoldoende aanwezig dat de markt zal leiden tot het beleidsmatige gewenste aanbod en gebruik van zorg.

Wij raken hier aan de zwakke plek van dit type preventieve interventies in het kader van de zorgverzekering. Het nut van preventie staat of valt met de mate waarin de doelgroep gemotiveerd is daarvan gebruik te maken. Verzekerde zorg is zorg op afroep; geen enkele verzekerde is verplicht gebruik te maken van beschikbare preventieve zorg.²⁸⁶ Menig risicopatiënt zal in de situatie dat nog geen sprake is van manifeste gezondheidsklachten niet in die mate als bij gewone curatieve zorg het geval is, zich bewust zijn van de noodzaak van preventieve zorg. Bovendien bestaat de doelgroep niet alleen uit de mondige, zich van hun verantwoordelijkheid bewuste consumenten die de wetgever zich wellicht als ideaaltype voorstelt; sociaal-economische gezondheidsverschillen zijn er in aanzienlijke mate.²⁸⁷

En wat is dan de rol van de zorgverzekeraar? Tot de verplichtingen van de zorgverzekeraar hoort zorg in natura te leveren of kosten van zorg te vergoeden; bovendien moet hij de consumenten voor en na het sluiten van een zorgverzekering duidelijk informeren over wat de zorgverzekering inhoudt, onder andere welke prestaties verzekerd zijn. Hij hoeft echter niet verzekerde preventieve zorg expliciet aan de verzekerden aan te bieden. Tot 'bemoeizorg' is hij al in het geheel niet gehouden. Ook is de zorgverzekeraar niet gehouden collectief zijn verzekerden te benaderen met een proactief aanbod van preventieve zorg, dat voor hem op de korte termijn slechts tot kostenstijging leidt. Verplichtingen om toch zo te handelen kunnen niet op de zorgverzekeraar worden gelegd; daartegen verzet zich de Derde richtlijn schadeverzekering. In zekere zin wreekt zich hier de keuze voor een privaatrechtelijk stelsel, waarin de zorgverzekeraar een 'gewone' schade-

284 College voor zorgverzekeringen, *De gecombineerde leefstijlinterventie: kosten, opbrengsten en de praktijk*, p. 13.

285 Zie o.a. <http://www.diabeteszorgbeter.nl>.

286 Althans juridisch is hij dat niet; moreel wellicht wel.

287 Vgl. Johan Mackenbach, *Ziekte in Nederland. Volksgezondheid tussen biologie en politiek*, Amsterdam: Elsevier gezondheidszorg/Uitgeverij Mouria 2010, p. 102-116.

verzekeraar is en hem geen verder strekkende verplichtingen kunnen worden opgelegd dan voortvloeien uit de verzekeringsrelatie. Aan publieke uitvoeringsorganen zouden op dit vlak bredere en verder strekkende taken kunnen worden opgelegd.

Men kan hiertegen ook anders aankijken. Het succes van van bovenaf tot in de puntjes gereguleerde preventie staat niet bij voorbaat vast. Niet alles reguleren biedt ook kansen. Een toenemend accent op preventie in het verzekerde pakket in de vorm van weloverwogen en *evidence based* zorgvormen zoals hiervoor beschreven – natuurlijk binnen de grenzen van verzekeraarbaarheid – biedt zorgverzekeraars ook de mogelijkheid zich geleidelijk van *insurance organizations* tot *health organizations* te ontwikkelen en zich van elkaar te onderscheiden. In die zienswijze is niet de *gezondheidszorg*, maar de *gezondheid* van de verzekerden de drijvende kracht achter de zorgverzekeraar.²⁸⁸ Daarin past niet alleen het streven naar optimale resultaten van zorg, maar ook het voorkomen van ziekte. In een privaat stelsel is het echter aan zorgverzekeraars zelf of zij deze omslag willen maken en willen investeren in preventie. De wetgever kan de ontwikkelingen niet sturen maar alleen ondersteunen, door het wettelijk omschrijven van vormen van preventieve zorg, maar bijvoorbeeld ook door het faciliteren daarvan in de vorm van hetzij generieke subsidieregelingen.

8 Op zoek naar doelmatige zorg

8.1 Onderscheidende kwaliteit

Het initiatief van zorgverzekeraar CZ bleef niet onopgemerkt. De bestuursvoorzitter van CZ kondigde op 27 september 2010 in Pauw & Witteman aan dat CZ op 1 oktober een lijst bekend zou maken waarop ziekenhuizen zouden worden ingedeeld in categorieën ‘beste borstkankerzorg’, ‘goed’, ‘matig’ en ‘onvoldoende’. Deze indeling hing af van de score die een ziekenhuis haalde op criteria die CZ hanteerde voor zorg bij borstkanker. De criteria waren bedoeld om de kwaliteit van de borstkankerzorg aan te geven. Het initiatief leidde tot diverse procedures in kort geding.²⁸⁹ CZ staat echter niet alleen. Meerdere zorgverzekeraars trachten op enige wijze onderscheid tussen aanbieders te maken op andere aspecten dan de prijs van de dienstverlening. Dit beleid is er mede op gericht vast te stellen en publiek kenbaar te maken welke kwaliteitsverschillen er bij de behandeling van

288 Michael E. Porter, Elizabeth Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value-Based Competition on Results*, Harvard: Harvard Business Press 2006, p. 229-281.

289 Voorzieningenrechter Rb. Breda 7 oktober 2010, L/JN: BN9701, Voorzieningenrechter Rb. Breda 23 november 2010, L/JN: BO4755, Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 30 november 2010, L/JN: BO5512.

bepaalde aandoeeningen tussen ziekenhuizen zijn en daarop keuzes te baseren. Kwaliteitsverschillen zijn er in aanzienlijke mate. Het maakt voor de patiënt werkelijk verschil waar hij behandeld wordt.

Hartfalen. Nederlands onderzoek bij hartpatiënten heeft laten zien dat behandeling door een gespecialiseerde hartfalenkliniek met systematische follow up gedurende een jaar leidt tot vergroting van de overlevingskansen, verkleining van de kans op verergering van hartziekten en verbetering van de levenskwaliteit.²⁹⁰

De ziekte van Parkinson. Bij de behandeling van deze complexe aandoening zijn verscheidene medische en paramedische professionals betrokken, zoals neurologen, gespecialiseerde verpleegkundigen, fysiotherapeuten, logopedisten en ergotherapeuten. Om te zorgen dat al deze zorgverleners voldoende kennis en ervaring hebben, is concentratie van de zorg belangrijk. ParkinsonNet selecteert in elke regio een beperkt aantal zorgverleners. Zij krijgen specifieke bijscholing en continue nascholing over de behandeling van de ziekte van Parkinson volgens de meest recente wetenschappelijke inzichten en de richtlijnen van de diverse beroepsorganisaties. Patiënten in de regio komen vervolgens bij voorkeur bij deze zorgverleners in behandeling. Uit onderzoek bleek dat de zorg zowel objectief (beoordeeld naar de richtlijnen) als subjectief (tevredenheid patiënten) verbeterde, terwijl de kosten daalden met ruim 700 euro per patiënt per jaar. ParkinsonNet is inmiddels in 41 regio's ingevoerd.²⁹¹

Migraine. In een Duits instituut gespecialiseerd in de behandeling van migraine werken uiteenlopende disciplines systematisch en gecoördineerd samen bij de behandeling van migraine. In vergelijking met de traditionele werkwijze worden betere uitkomsten bereikt in termen van gezondheidswinst en ziekteverzuim, tegen lagere kosten per patiënt.²⁹²

290 Pieta W.F. Bruggink-André de la Porte *et al.*, 'Added value of a physician-and-nurse-directed heart failure clinic: results from the Deventer-Alkmaar heart failure study', *Heart* 2007; 93:819-825.

291 Zie <http://www.zonmw.nl/nl/onderwerpen/parels/parkinsonnet>.

292 Michael E. Porter, Clemens Guth, Elisa Dannemuller, 'The West German Headache Center: Integrated Migraine Care', Harvard 2007, www.hbsp.harvard.edu.

Veilig opereren. In het AMC is de SURPASS© checklist ontwikkeld en gevalideerd: een veiligheidschecklist die het gehele ziekenhuistrject van de chirurgische patiënt volgt (van opname tot ontslag) en de informatieoverdracht bij iedere transfer van de patiënt bewaakt. De checklist is ontwikkeld naar analogie van de lucht- en ruimtevaart en gebaseerd op internationale data over fouten en complicaties in de chirurgie. Bij ziekenhuizen die de SURPASS© checklist toepasten is het aantal sterfgevallen bij operaties met ongeveer de helft gedaald.²⁹³

Sinds enkele jaren wint de zienswijze aan kracht dat concurrentie op kwaliteit van cruciaal belang is voor de verdere ontwikkeling van het zorgstelsel. Michael Porter en Elizabeth Teisberg hebben die zienswijze op onovertroffen wijze vertolkt in hun boek *Redefining Health Care*²⁹⁴ en andere publicaties. Centraal in de ideeën van Porter en Teisberg staat 'value based competition on results'.²⁹⁵ Het doel van een zorgaanbieder moet zijn: het toevoegen van waarde voor patiënten ('value for patients'). 'Waarde' wordt hierbij gezien als gezondheidsresultaat per uitgegeven dollar. Concurrentie moet plaatsvinden op basis van uitkomsten. Waarde moet worden gemeten over het gehele zorgproces ('full cycle of care') en niet voor afzonderlijke interventies. De zorgaanbieder die over de hele keten van zorg gericht op een specifieke aandoening de beste resultaten in verhouding tot de kosten van zorg euro behaalt, is de concurrent altijd vóór, zo stellen Porter en Teisberg. Aanbieders moeten gaan denken in termen van totaalconcepten en programma's, voor specifieke aandoeningen of situaties, zoals diabetes, nierdialyse en zwangerschap en niet meer in termen van aparte specialismen en verrichtingen. Zorgaanbieders en met name ziekenhuizen moeten het idee loslaten dat zij alle voorkomende zorg moeten aanbieden en zich niet vastklampen aan de pretentie dat alle geboden zorg van even goede kwaliteit is. Specialisatie en differentiatie zijn noodzakelijk.

293 Zie <http://www.surpass-checklist.nl>; Eefje N. de Vries *et al.*, 'Effect of a Comprehensive Surgical Safety System on Patient Outcomes', *The New England Journal of Medicine* 2010; 363: 1928-37.

294 Michael E. Porter, Elizabeth Olmsted Teisberg. *Redefining Health Care. Creating Value-Based Competition on Results*, Boston: Harvard Business School Press 2006.

295 De hierna volgende samenvatting is voor een groot deel gebaseerd op Y.W. van Kemenade, 'Het creëren van toegevoegde waarde voor de patiënt (1)', *Zorgmarkt* 2008, p. 34-37.

Porter en Teisberg onderscheiden acht principes voor concurrentie tussen zorgaanbieders op de toegevoegde waarde voor de patiënt:

1. Centraal moet de *waarde* voor patiënten staan, niet enkel het verlagen van de kosten van medische interventies.
2. Concurrentie moet plaatsvinden op basis van de *uitkomsten* van behandeling, en moet niet gaan over het volgen van richtlijnen.
3. De zorgorganisatie moet gericht zijn op de *totale* keten van zorg en behandeling van een specifieke medische aandoening, niet op afzonderlijke (deel)interventies. Het zorgaanbod moet georganiseerd worden rondom medische aandoeningen en niet rondom (deel)specialismen.
4. Zorg van hoge kwaliteit is *minder kostbaar* omdat sneller de juiste diagnose wordt gesteld en medische fouten, suboptimaal beleid, complicaties, over- of onderbehandeling en de daarmee samenhangende kosten worden vermeden.
5. Er ontstaat een *virtuous circle* doordat specialisatie leidt tot meer expertise, meer expertise tot het aantrekken van meer patiënten, meer patiënten tot verdieping van de expertise (schaalgrootte en leereffecten), enzovoort.
6. Concurrentie moet niet alleen regionaal maar ook landelijk plaatsvinden; patiënten moeten gestimuleerd worden voor hun aandoening de beste aanbieder te kiezen, niet degene die het meest dichtbij is.
7. Informatie over uitkomsten van zorg moet breed beschikbaar en voor verzekeraars, verwijzers en patiënten gemakkelijk toegankelijk zijn.
8. Innovaties die extra waarde toevoegen, moeten sterk worden gestimuleerd en beloond.

Het idee dat onderscheidende kwaliteit in relatie tot kosten ('value') de dominante concurrentieparameter voor zorgaanbieders moet zijn, heeft ook in Nederland weerklank gevonden, bij de overheid, maar ook bij zorgverzekeraars, zij het in uiteenlopende mate. Voor de zorgaanbieders geldt dat de een de kritische vergelijking van kwaliteit als een kans ziet, de ander als een bedreiging. Mede omdat hier de nodige conflictstof voorhanden is, met name in de verhouding tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars, mag een juridische omlijsting van het fenomeen concurrentie op kwaliteit niet ontbreken.

8.2 *Kwaliteit en informatie*

Normering van de kwaliteit van zorg vindt van oudsher plaats aan de hand van blanco normen die verwijzen naar hetgeen gangbaar is in de beroepsgroep. De norm 'verantwoorde zorg' duidt een minimumniveau van zorg aan dat door niemand mag worden onderschreden. Eenzelfde strekking hebben de normen 'goed hulpverlener' en 'professionele standaard'. Vanuit het aansprakelijkheidsrecht kennen we de norm van de 'redelijk bekwame arts'. Vanzelfsprekend is het van het grootste belang dat er normen zijn die het minimumniveau van zorg aanduiden dat in elk geval gewaarborgd moet zijn. Binnen de range van zorg die 'verantwoord' is, bestaan intussen grote verschillen in kwaliteit en doelmatigheid van de geboden zorg. De patiënt, de verwijzende huisarts en de zorgverzekeraar

zaak hebben er een gemeenschappelijk belang bij de zorgaanbieder te kiezen die zorg van onderscheidende kwaliteit verleent. Het is niet nodig genoeg te nemen met een dokter die slechts ‘redelijk’ bekwaam is.

Boven de (minimum)standaard uitstijgende kwaliteit leent zich niet per definitie niet voor normering. Het sleutelwoord hierbij is *informatie*. Informatie over kwaliteit en kwaliteitsverschillen tussen aanbieders is voor patiënten, verwijzers en zorgverzekeraars van cruciaal belang. Welke informatie is nodig, en hoe wordt die verkregen, verwerkt en toegepast?

8.3 *Indicatoren*

Het is van belang kwaliteit(sverschillen) te onderzoeken per specifieke aandoening, zoals borstkanker. Het is weinig zinvol keuzes te bepalen aan de hand van top-100 lijstjes die iets pretenderen te zeggen over de kwaliteit van een ziekenhuis *in het algemeen*.²⁹⁶ Een algemene goede reputatie zegt nog niets over de kwaliteit van een ziekenhuis – in vergelijking met andere – bij de behandeling van specifieke aandoeningen zoals de ziekte van Parkinson, migraine of hartinfarcten. Doorsnee scores zijn dan ook ongeschikt als keuze-informatie.

Men kan het zorgaanbod vanuit verschillende invalshoeken vergelijken. Er kunnen vier soorten indicatoren worden onderscheiden:

- *structuurindicatoren*: men kijkt dan naar de voorwaarden waarbinnen zorgverlening plaatsvindt, bijvoorbeeld naar ‘het aantal verpleegkundigen in verhouding tot het aantal patiënten’ of de getroffen fysieke voorzieningen;
- *procesindicatoren*: daarbij wordt een serie gebeurtenissen tijdens een onderzoek en/of behandeling gevolgd; een belangrijke procesindicator is het volgen van richtlijnen en protocollen;
- *uitkomstindicatoren*; met een uitkomstindicator meet men gewenste of ongewenste resultaat van de zorgverlening, aan de hand van gezondheidscriteria. Bijvoorbeeld: het uitblijven van complicaties na staaroperatie, mortaliteit na acute beroerte, gerealiseerde mobiliteit bij behandeling Parkinsonpatiënten;
- tot slot wat men kan aanduiden als *belevingsindicatoren*, waar het juist niet gaat om harde resultaten maar om de subjectieve belevingen en ervaringen van patiënten. Bijvoorbeeld ambiance van de instelling, bejegening en communicatie kunnen daarin punten van aandacht zijn. In Nederland wordt hiervoor de CQ-Index gebruikt.

Deze indicatoren zijn niet in gelijke mate geschikt ter ondersteuning van de keuze van een zorgaanbieder. Structuurindicatoren zijn vooral geschikt om inzicht te krijgen of de randvoorwaarden voor verantwoorde zorg zijn vervuld, maar bieden geen basis voor de keuze van de aanbieder: immers bij elke zorgaanbieder moeten die randvoorwaarden vervuld zijn. Procesindicatoren hebben eveneens

296 ‘De beste ziekenhuizen 2010’, onderzoek uitgevoerd door Elsevier en bureau SiRM, *Weekblad Elsevier*, 2010, nr. 42, p. 73 e.v.

hun waarde als instrument om ‘verantwoorde zorg’ te bewaken, maar handelen ‘volgens het boekje’ blijkt slechts beperkte voorspellende waarde te hebben ten aanzien van de uitkomsten van de behandeling. Ook belevingsindicatoren zeggen daarover weinig. Hoe belangrijk een goede bejegening ook is, dat is niet waar het werkelijk op aan komt. Op uitkomsten daarentegen wel: uitkomstindicatoren meten de mate waarin het doel waarvoor de patiënt de dokter consulteert, wordt bereikt. ‘The real proof of success is better patient results (quality versus cost), not compliance with processes’.²⁹⁷ Hoewel het ontwerpen van goede uitkomstindicatoren niet eenvoudig is, moet worden bedacht dat onderzoek gericht op de uitkomsten van behandeling de essentie van medisch-wetenschappelijk onderzoek vormt, en dus algemeen gangbaar is. Wel is het noodzakelijk dat uitkomstindicatoren ‘risk adjusted’ worden; anders is een faire vergelijking tussen aanbieders niet mogelijk en kunnen onbedoelde effecten voorkomen, zoals het weigeren van hoogrisicopatiënten.

Kiest een zorgverzekeraar ervoor de kwaliteit van zorg te kwalificeren in termen zoals ‘goed’ of ‘onvoldoende’, dan zal transparant moeten zijn welke indicatoren zijn toegepast om tot die kwalificatie te komen. In de praktijk worden wel meerdere indicatoren in onderling verband gebruikt zoals, in het voorbeeld van CZ met betrekking tot de behandeling van borstkanker, ‘begeleiding door mamma verpleegkundige’ (structuurindicator), ‘uitslag diagnose binnen 5 werkdagen’ (procesindicator) of ‘score op patiënttevredenheid’ (belevingsindicator). Daarnaast is echter ook het ‘aantal borstkankeroperaties per jaar’ gehanteerd. Wanneer op grond van wetenschappelijk in onderzoek een verband kan worden gelegd tussen het aantal operaties per ziekenhuis en de uitkomsten, bijvoorbeeld in vijfjaarsoverleving, fungeert het aantal operaties als surrogaat-uitkomstindicator.

In principe is een zorgverzekeraar vrij in de keuze van de indicatoren waarop hij de kwalificatie van een zorgaanbieder baseert. Als de zorgverzekeraar in een (regionale) markt voor medisch specialistische zorg een dominante positie inneemt, dan brengt het verbod van misbruik van economische machtspositie mee dat de gehanteerde criteria objectief en transparant moeten zijn.²⁹⁸ Daarnaast kan aansluiting worden gezocht bij de regeling in het BW van de vergelijkende reclame.²⁹⁹ Deze regeling berust op de gedachte dat onjuiste voorlichting van het publiek een ongeoorloofde voorsprong op de concurrentie kan meebrengen. De regeling beschermt concurrenten ten opzichte van elkaar en is niet rechtstreeks toepasselijk in de verhouding tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder, die immers geen concurrenten van elkaar zijn. Niettemin bevat de regeling diverse elementen die zich lenen voor analoge toepassing. Eén daarvan is de eis dat ‘een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken’ van de geboden

297 *Redefining Health Care*, p. 86-88 en 102.

298 Artikel 24 Mededingingswet.

299 Artikel 6:194a BW.

diensten 'op objectieve wijze' met elkaar worden vergeleken.³⁰⁰ De zorgverzeekerder zal dus moeten kunnen verantwoorden dat de publieke kwalificatie waartoe de vergelijking leidt, wordt gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde gegevens. Vergelijkende reclame is ook niet geoorloofd als deze misleidend is.³⁰¹ Het is verboden informatie aan de consument te geven die niet juist is, informatie te geven die feitelijk correct is, maar die de gemiddelde consument op enigerlei wijze misleidt en nalaten informatie te geven die voor de gemiddelde consument belangrijk is om een goede keuze te maken ('misleidende ommissie').³⁰² Misleidend zou bijvoorbeeld een negatieve kwalificatie van borstkankerzorg zijn, wanneer deze *uitsluitend* zou berusten op gegevens over de subjectieve ervaringen van de patiënten met de bejegening in het ziekenhuis.

8.4 Informatieuitvraag

Vanzelfsprekend kan een zorgaanbieder ook zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat, aan het publiek, verwijzende huisartsen en zorgverzekeraars informatie over de kwaliteit van zijn diensten verstrekken. In een concurrerende markt zou het niet meer dan normaal zijn dat een aanbieder over het voetlicht probeert te brengen hoe hij op diverse gebieden presteert, zodat de betrokken partijen op basis daarvan hun keuze kunnen bepalen. Zo ver is het echter in de zorgsector niet over de hele linie. Van inspanningen van zorgaanbieders om patiënten, huisartsen of zorgverzekeraars te overtuigen van de eigen onderscheidende kwaliteit van zorgverlening verneemt men weinig. Klaarblijkelijk zien nog niet alle zorgaanbieders patiënten als (potentiële) klanten, om wiens gunst men zich moet beijveren. Wettelijke of contractuele bepalingen kunnen dan een steun in de rug zijn.³⁰³

Op grond van artikel 38 lid 4 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is een zorgaanbieder verplicht informatie openbaar te maken over de eigenschappen van aangeboden prestaties en diensten 'op een zodanige wijze dat deze gegevens voor consumenten gemakkelijk vergelijkbaar zijn'. Deze informatie betreft 'in ieder geval ... de kwaliteit van de aangeboden prestaties'. Wie de website van een willekeurig ziekenhuis raadpleegt, zal echter meestal vergeefs zoeken naar informatie over de kwaliteit van zorg op het niveau van specifieke aandoeningen die een vergelijking van zorgaanbieders mogelijk maakt. De NZa kan regels stellen over de informatievoorziening door zorgaanbieders, maar deze regels beperken

300 Artikel 6:194a lid 2 onder c BW.

301 Artikel 194a lid 2 onder a BW in verbinding met artikel 6:193c BW, waar het begrip 'misleiding' nader is uitgewerkt; vgl. ook artikel 40 lid 3 Wmg.

302 Artikelen 6:193c en 6:193d BW.

303 Zie hierover Michiel Bijlsma en Marc Plomp, *Kwaliteitstransparantie en concurrentie in de ziekenhuiszorg*, Den Haag: CPB Document no. 164, p. 39-40.

zich vooralsnog tot de bekendmaking van prijzen en gegevens over wachttijden.³⁰⁴ Het belang van (vergelijkende) informatie over kwaliteit wordt door de NZa overigens wel degelijk onderkend.³⁰⁵

Daarnaast kan op een zorgaanbieder een contractuele verplichting rusten aan de zorgverzekeraar, of aan een derde, gegevens te verstrekken die een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van zorg mogelijk maken. Dergelijke contractuele verplichtingen kunnen in diverse varianten voorkomen. Daarbij zullen partijen uiteraard rekening moeten houden met de beperkingen die gelden met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Voor vergelijking van de kwaliteit van zorg lijkt het overigens niet nodig te beschikken over gegevens betreffende de gezondheid die op individuele personen herleidbaar zijn.

Tot slot verdient vermelding dat onder de vlag van het ministerie van VWS en meer speciaal de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) sinds 2007 in de projectorganisatie 'Zichtbare Zorg' wordt gewerkt aan een programma dat moet voorzien in het verkrijgen van valide, betrouwbare en vergelijkbare kwaliteitsinformatie. In dit programma werken verzekeraars, zorgaanbieders, cliëntenorganisaties, brancheorganisaties en de IGZ samen. Het programma is ambitieus. Men beoogt dat in iedere sector een breed gedragen set openbaar gepubliceerde informatie over kwaliteit van de geleverde zorg wordt vastgesteld. Deze informatie moet kunnen worden gebruikt als keuze-informatie voor cliënten, inkoopinformatie voor zorgverzekeraars, toezichtinformatie voor de IGZ en spiegel- en sturingsinformatie voor zorgverleners voor het verbeteren van de eigen prestaties.³⁰⁶ Dit zijn zeer verschillende doeleinden, waarvoor uiteenlopende informatie nodig is en waarvan bij de huidige stand van zaken de juridische basis onzeker is. In het voorstel van Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) wordt ervan uitgegaan dat artikel 38 Wmg de grondslag zal vormen voor het bekend maken van de gegevens die een zorgaanbieder heeft geregistreerd over de kwaliteit van de zorg; expliciet wordt 'verbetering' van de kwaliteit van zorg als wettelijke plicht van de zorgaanbieder vastgelegd.³⁰⁷

304 Zie artikel 38 lid 7 Wmg en bijvoorbeeld de Regeling standaardprijzlijst B-segment en de Regeling verplichte publicatie wachttijden somatische zorg.

305 Nederlandse Zorgautoriteit, *Richtsnoer Informatieverstrekking Zorgaanbieders. Informatieverstrekking door zorgaanbieders aan consumenten*, Utrecht: NZa 2010, p. 8. Zie verder *Visiedocument Transparantie. Helderheid over transparantie*, Utrecht: NZa 2009.

306 Zie voor verdere informatie www.zichtbarezorg.nl.

307 Artikelen 10 en 11 lid 1 Wcz; MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 107-108.

Zichtbare Zorg is een zeer complex project. Het is voor de consument niet mogelijk via Zichtbare Zorg rechtstreeks vergelijkende informatie over zorgaanbieders te verkrijgen. Wel kan de zorgverzekeraar uit deze bron gegevens putten.³⁰⁸

8.5 Informatie verwerken

Gezien de betrokken belangen van patiënten en zorgaanbieders spreekt het vanzelf dat de zorgverzekeraar bij de verwerking van gegevens op zorgvuldige wijze te werk moet gaan. Onder omstandigheden – met name wanneer gegevens niet eenduidig te interpreteren zijn – kan de zorgvuldigheid vereisen dat de zorgverzekeraar zorgaanbieders in de gelegenheid stelt hun gemotiveerde zienswijzen kenbaar te maken voordat hij publiekelijk kwalificaties verbindt aan de vastgestelde gegevens. Een algemene regel is dit niet; ook bij vergelijkende reclame geldt een dergelijke eis niet. Wel leent zich mogelijk voor analoge toepassing de regel die geldt voor vergelijkende reclame, volgens welke op degene die tot publicatie overgaat de bewijslast rust ter zake van de juistheid en volledigheid van de feiten die bij de vergelijking zijn gebruikt.³⁰⁹ In zoverre kan de zorgverzekeraar er onder omstandigheden zelf belang bij hebben zorgaanbieders gelegenheid tot commentaar te geven voordat (negatieve) kwalificaties publiek worden gemaakt.

8.6 Informatie toepassen

De consequenties die aan kwaliteitsdata kunnen worden verbonden, kunnen uiteenlopen. Men hoeft er echter niet echt iets mee te 'doen': het enkele publiceren van vergelijkende uitkomst- of andere kwaliteitsinformatie kan al tot effect hebben dat aanbieders hun prestaties verbeteren.³¹⁰ In de meeste gevallen zullen zorgverzekeraars vergelijkende kwaliteitsinformatie willen gebruiken voor keuzeondersteuning ('sturing') van verzekerden. Daarbij doen zich de volgende modaliteiten voor.

1. De zorgverzekeraar contracteert voor een bepaalde vorm van zorg alle aanbieders, zodat de verzekerden de vrije keuze hebben tot wie zij zich wenden, maar *adviseert* de verzekerden bijvoorbeeld via de website of een telefonische

308 De overheid staat de oprichting voor van een nationaal kwaliteitsinstituut. Dit zou onder andere het monitoren en openbaar maken van zorguitkomsten tot taak krijgen, zie brief minister van VWS aan de Tweede Kamer 28 mei 2010, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 765, nr. 19.

309 Artikel 6:195 lid 1 BW. Hier blijft overigens in het midden of voor analoge toepassing van deze regel plaats is.

310 Vgl. Elizabeth Olmsted Teisberg, *Opportunities for Value-Based Competition in Swiss Health Care*, Zurich/Basel/Bern 2008, p. 29: 'Measuring outcomes creates the motivation to improve results. This motivation need not be actuated by having consumers shop for the best care'.

helpdesk over kwaliteitsverschillen tussen de aanbieders (de zogeheten ‘zachte sturing’). In een aanbiedersvriendelijke variant beperkt de zorgverzekeraar zich tot het uitdelen van positieve kwalificaties aan ziekenhuizen die zich bij de behandeling van bepaalde aandoeningen in positieve zin onderscheiden. Het TopZorgmodel van Menzis is daarvan een voorbeeld (zie kader). Een variant is dat de verzekerde via een afdeling zorgbemiddeling voor een bepaalde behandeling informatie kan krijgen over kwaliteitsverschillen tussen ziekenhuizen en assistentie bij het maken van een afspraak (Achmea).³¹¹

2. Een meer ingrijpend karakter krijgt de advisering aan verzekerden wanneer de zorgverzekeraar ziekenhuizen behalve van positieve kwalificaties in voorkomende gevallen ook van een *negatieve* kwalificatie voorziet.³¹²
3. De zorgverzekeraar contracteert voor een bepaalde vorm van zorg alle aanbieders, zodat de verzekerden de vrije keuze hebben tot wie zij zich wenden, maar kent wel *voorkeursaanbieders*; de kosten van zorg van een voorkeursaanbieder komen niet ten laste van het verplicht eigen risico.³¹³
4. De zorgverzekeraar contracteert voor een bepaalde vorm van zorg slechts een deel van de aanbieders, maar biedt de verzekerden de vrije keuze tot wie zij zich wenden, doordat de marktconforme kosten van de niet-gecontracteerde aanbieders volledig worden vergoed. Tegelijk voorziet de zorgverzekeraar zijn verzekerden, waar van toepassing, van positieve of negatieve adviezen over de kwaliteit van de aangeboden zorg.
5. De zorgverzekeraar contracteert voor een bepaalde vorm van zorg slechts een selectie van de aanbieders, en biedt de verzekerden slechts een gedeeltelijke vergoeding van de marktconforme kosten als zij zich wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Dit is de meest krachtige vorm van sturing, die gepaard gaat met beperking van de keuzevrijheid van verzekerden. Wanneer volgens de verzekeringsvoorwaarden de vergoeding van kosten van een niet-gecontracteerde aanbieder substantieel lager is dan de volledige kosten, zullen verzekerden dan immers nauwelijks of niet gebruik maken van de diensten van een niet-gecontracteerd ziekenhuis.

311 <http://www.zilverenkruis.nl/consumenten/zoek-een-zorgverlener/zorgbemiddeling/Pages/default.aspx>.

312 Zoals bij CZ het geval was.

313 Deze mogelijkheid is uitdrukkelijk voorzien in artikel 2.17 lid 2 aanhef en onder a Besluit zorgverzekering.

Topzorg. Menzis verleent aan ziekenhuizen het keurmerk TopZorg voor een bepaalde behandeling als ze voldoen aan een aantal door deze verzekeraar geformuleerde eisen op het punt van informatievoorziening, snelheid en medische kwaliteit van de behandeling. Voor de medische kwaliteit van TopZorg wordt uitgegaan van landelijke kwaliteitsnormen, zoals de norm dat meer dan 95% van de patiënten die een amandeloperatie moeten ondergaan voor de operatie eerst beoordeeld wordt op een anesthesiologische polikliniek. Bij de vaststelling van de criteria is overleg gepleegd met de betrokken patiëntenorganisaties. Over de snelheid van behandeling worden met het TopZorg-ziekenhuis afspraken gemaakt, bijvoorbeeld dat een patiënt met staar in minimaal 95% van de gevallen binnen drie weken na aanmelding op de polikliniek door de oogarts is gezien. Bij borstkanker heeft de verzekerde een case manager in het ziekenhuis die de patiënte begeleidt bij de gehele behandeling, vanaf de eerste diagnose tot na de laatste oncologische behandeling.³¹⁴

De publieke kwalificatie 'onvoldoende' voor een bepaald soort ziekenhuiszorg is vanzelfsprekend vérstrekkend. Die kwalificatie zal immers er op neerkomen dat het ziekenhuis in de opvatting van de zorgverzekeraar niet aan de minimumeisen van verantwoorde zorg voldoet. De kans bestaat dat verzekeraar en IGZ in elkaars vaarwater komen. Het behoort immers tot de taak van de IGZ erop toe te zien dat 'verantwoorde zorg' wordt verleend. De zorgverzekeraar is echter niet verplicht zich te onthouden van een onderdeel van onderwerp ten aanzien waarvan de IGZ een publieke taak heeft. Aan de andere kant verdient het uiteraard de voorkeur zo enigszins mogelijk uiteenlopende kwalificaties, waaraan het risico van verwarring bij het publiek inherent is, te vermijden.

Aandacht verdient ook dat de zorgverzekeraar die een ziekenhuis voor een bepaalde vorm van zorg de kwalificatie 'onvoldoende' geeft, niet alleen bevoegd maar ook genoodzaakt is met dat ziekenhuis voor de desbetreffende zorg niet langer te contracteren. De zorgverzekeraar die een naturaverzekering aanbiedt, is tegenover zijn verzekerden immers gehouden zorg van voldoende kwaliteit aan te bieden; hij is in gebreke wanneer hij krachtens contract met een zorgaanbieder aan zijn verzekerden zorg blijft aanbieden die onder de maat blijkt te zijn.

314 Bron: <http://www.menzis.nl/web/Consumenten/TopZorg/HetKeurmerk-TopZorg.htm>.

8.7 Een gemeenschappelijk belang

Vergelijking van gegevens over de kwaliteit van zorg en het publiceren van de bevindingen is een taak, waarvan men zich kan afvragen of die bij de overheid of bij marktpartijen thuishoort. Die vraag is in zoverre irrelevant, dat het zorgverzekeraars – ongeacht wat de overheid doet – vrijstaat informatie over de kwaliteit van zorg te verwerven en daaraan conclusies te verbinden. De keuze voor een privaat verzekeringsstelsel brengt dit mee. Op grond van de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf – zoals door Eurocommissaris Bolkestein geïnterpreteerd – kunnen aan zorgverzekeraars immers geen beperkingen worden opgelegd die niet uit de richtlijnen voortvloeien of die beslist vereist zijn met het oog op de sociale doeleinden van de zorgverzekering. Bovendien staat vast dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd dat zorgverzekeraars een ‘regierol’ op zich zouden nemen en een actief en kritisch inkoopbeleid zouden volgen. Wellicht maatschappelijk nog belangrijker dan (selectieve) inkoop van zorg is de ondersteuning die zorgverzekeraars aan hun verzekerden en aan verwijzers kunnen bieden bij het maken van een keuze voor de ene of de andere zorgaanbieder; een ondersteuning waarmee zorgverzekeraars daadwerkelijk concurrentie op de aanbiedermarkt op gang kunnen brengen gericht op kwaliteit en uitkomsten van zorg. Dit betekent bovendien een fundamentele rolverandering, passend in een ontwikkeling van *insurance organization* naar *health organization*, van wederpartij tot ‘bondgenoot’ van de consument. Kenmerkend voor het private verzekeringsstelsel is overigens wél dat elke verzekeraar zelf beslist welke invulling hij aan zijn maatschappelijke rol geeft.³¹⁵

Menig verzekeraar hecht belang aan vergelijking van kwaliteit en aan ondersteuning van verzekerden bij het maken van de beste keuze. Hoewel natuurlijk elke zorgverzekeraar zijn eigen initiatieven kan nemen, heeft het praktische bezwaren wanneer een ziekenhuis voor de behandeling van een bepaalde aandoening door individuele zorgverzekeraars aan de hand van uiteenlopende gegevens en met uiteenlopende maatstaven wordt beoordeeld. Die bezwaren betreffen niet alleen de administratieve belasting van aanbieders en, bij het hanteren van uiteenlopende indicatoren, vooral ook de verwarring die bij het publiek kan ontstaan. Samenwerking tussen zorgverzekeraars bij in elk geval het verzamelen en verwerken van informatie ligt dan ook voor de hand. Het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) hoeft daaraan niet in de weg te staan. Bij analyse van de gevolgen van dergelijke samenwerking dringt zich op dat slechts op één punt de concurrentie tussen zorgaanbieders door de samenwerking van zorgverzekeraars wordt verhinderd. Het collectief optreden van de zorgverzekeraars bij de informatie-uitvraag sluit voor de zorgaanbieders alternatieven uit, die er zonder dat collectief optreden wel zouden zijn. Zonder samenwerking zou de ene

315 Vgl. Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *De verzekeraar en de patiënt: een succesvolle coalitie*, Den Haag: RVZ 2009.

zorgverzekeraar wél bedingen dat de zorgaanbieder kwaliteitsgegevens verstrekt en de andere niet; ook zou de aard en inhoud van de informatie per zorgverzekeraar kunnen verschillen. Het ecarteren van dergelijke verschillen zou wellicht kunnen worden opgevat als een mededingingsbeperking. Zelfs als dat het geval zou zijn, is het verbod van mededingingsbeperkende afspraken niet van toepassing als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.³¹⁶ Ten *eerste* moet de samenwerking bijdragen aan verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Gezamenlijke gegevensuitvraag door zorgverzekeraars moeten dus economische voordelen opleveren, die opwegen tegen de nadelige gevolgen voor de concurrentie. In de theorie van Porter en Teisberg is dit evident het geval. Die voordelen kunnen bestaan uit: verbetering van de kwaliteit van zorg, verlaging van de kosten van zorg, of een combinatie van beide. Deze voordelen zijn dan het gevolg van het transparant maken van verschillen tussen zorgaanbieders in kwaliteit en de daarmee versterkte competitie tussen aanbieders om de gunst van patiënten en zorgverzekeraars.³¹⁷ Ten *tweede* moet een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede komen. Wanneer met de samenwerking tussen de zorgverzekeraars en de daardoor teweeg gebrachte vergrote transparantie en competitie tussen aanbieders inderdaad het effect wordt bereikt dat de kwaliteit van de zorg beter wordt, de kosten van gezondheidszorg dalen, of beide, is duidelijk dat de voordelen ervan in overwegende mate ten goede komen aan de gebruikers. Vanwege de concurrentie tussen zorgverzekeraars onderling is bovendien aannemelijk dat concurrentievoordelen worden doorgegeven aan de consumenten. Ten *derde* is vereist dat de betrokken zorgverzekeraars worden geen beperkingen opgelegd die voor het bereiken van de eerste twee doelstellingen onmisbaar zijn. Ook hieraan is voldaan; als iedere zorgverzekeraar op individuele basis kwaliteitsinformatie verzamelt, is te verwachten dat tussen verzekeraars aanzienlijke verschillen ontstaan in aard, soort, reikwijdte en kwaliteit van de informatie, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de transparantie die noodzakelijk is voor een effectieve concurrentie tussen zorgaanbieders er niet komt. Hiervoor is bovendien al gewezen op het bezwaar van de onevenredige administratieve belasting van zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars, wanneer elke zorg-

316 Zie behalve artikel 6 lid 3 Mw en artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en ook de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PbEG 2011, C11/1).

317 De NMa heeft in het verleden het op verbeterde wijze aanbieden van nieuwe diensten, de vergroting van de diversiteit van het aanbod en de prikkel om kwalitatief hoogstaande producten aan te bieden, als verbetering van de productie aangemerkt. Vgl. NMa 20 november 1998, zaaknummer 681 (ASV Diensten); NMa 19 april 1999, zaaknummer 304 (Algemene voorwaarden overeenkomsten PVV/IKB Varkens 1991). Voor de zorg geldt stellig hetzelfde.

verzekeraar bij elke zorgaanbieder op individuele basis uiteenlopende kwaliteitsinformatie opvraagt. In de *vierde* plaats mag de betrokken zorgverzekeraars niet de mogelijkheid worden gegeven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Dit is niet het geval. De samenwerking heeft slechts betrekking op één specifiek onderdeel van de activiteiten van de zorgverzekeraars. Op tal van andere punten kunnen de zorgverzekeraars blijven concurreren, zowel op de zorginkoopmarkt als op de zorgverzekeringmarkt.

Samenwerking van zorgverzekeraars bij het opvragen van gegevens die inzicht bieden in de kwaliteit van zorg – bij voorkeur uitkomstdata – is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt goed te verdedigen wanneer het op uniforme wijze opvragen van gegevens geschiedt met het oogmerk de concurrentie op de zorgverlenings- en zorgverzekeringmarkt te versterken en afspraken tussen verzekeraars niet betrekking hebben op de wijze waarop zorgverzekeraars de verkregen informatie gebruiken.

Tot dergelijke samenwerking lijkt het te komen. Inmiddels hebben de zorgverzekeraars, met ondersteuning van Zorgverzekeraars Nederland, een gezamenlijke ‘kwaliteitsuitvraag’ gedaan over 18 verschillende aandoeningen, waaronder CVA, galblaasoperatie en verloskunde. Daarbij zijn met name ook uitkomstindicatoren gebruikt. De brancheorganisaties van zorgaanbieders hebben met enige reserve op dit initiatief gereageerd.³¹⁸ In de ggz is er een initiatief van aanbieders en zorgverzekeraars gezamenlijk om via een benchmarkinstituut op structurele basis uitkomstgegevens en klantervaringen te meten.³¹⁹ Bij dit gezamenlijke initiatief wordt het aan de zorgverzekeraars zelf overgelaten welk gebruik iedere zorgverzekeraar van de gezamenlijk verkregen gegevens maakt.

Met een en ander kan een ontwikkeling op gang komen waarin de patiënt – en de verwijzer – betere keuzes kan maken over waar het werkelijk om gaat: de kwaliteit van zorg, uitgedrukt in uitkomsten. Om die uitkomsten is het iedere weldenkende patiënt te doen.

9 Tot slot

In dit deel van het preadvies is in het denken over de zorgverzekering een aantal ontwikkelingen gesignaleerd, in de titel aangeduid als ‘schuivende panelen’.

Allereerst zien we dat de wetgever de zorgverzekering aanvankelijk heeft belast met verstrekkende ambities gericht op herziening van de sturing en verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg, ambities die slechts zeer ten dele vervuld zijn en die voor de nieuwe zorgverzekering ook niet nodig zijn. Het enkele tot stand komen van een zorgverzekering met gelijke rechten voor een ieder bevat in zich-

318 Zie voor verdere gegevens www.zn.nl.

319 Zie ‘GGZ en zorgverzekeraars investeren in kwaliteit’ op www.zn.nl.

zelf al een méér dan voldoende rechtvaardiging. Daarbij blijkt de op het eerste gezicht fundamenteel ogende keuze voor een private verzekering bij nadere beschouwing weinig fundamenteel, ook al omdat de privaatrechtelijke zorgverzekering meer en meer omhuld wordt door publiekrechtelijk ingerichte uitvoeringsmodaliteiten. Wel kan worden vastgesteld dat de wetgever met de keuze voor een privaat stelsel voor zichzelf een permanent spanningsveld heeft gecreëerd; de wens om rechten en plichten in het fijnste detail te regelen verdraagt zich maar moeizaam met de Europees gedicteerde terughoudendheid op regelgevend vlak.

In opzet wordt de Zvw in veel opzichten gekenmerkt door, inderdaad, terughoudendheid. Bij die opzet past bijvoorbeeld goed dat het sluiten en de inhoud van overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders geheel aan hen wordt overgelaten. Daarbij misstaan regelingen met een symbolisch karakter zoals de 'zorgplicht'; een begrip van ondraaglijke lichtheid, dat zich in de vijf jaar vanaf de invoering van de Zvw niet heeft ontwikkeld tot een begrip met toegevoegde waarde voor verzekerden.

Veel aandacht in de voorbereiding heeft de waterscheiding tussen het uit de ziekenfondsverzekering stammende naturastelsel en het uit de particuliere verzekering stammende restitutiestelsel gehad; terecht heeft de wetgever de keuze aan 'de markt' overgelaten. Wellicht minder voorzien is hoe zeer het onderscheid in de loop van de jaren is vervluchtigd, hoewel het nog wel bij incidenten zijn kop kan opsteken.

Op onderdelen heeft de wetgever zich aanzienlijke beperkingen opgelegd. Het gelijktijdig en in samenhang hernieuwd regelen van de nu in de AWBZ verzekerde zorg, is kennelijk een brug te ver geoordeeld. Gevolg is dat de verbrokkeling en het gebrek aan consistentie in het zorgstelsel, waaraan de wetgever een einde wilde maken, in aanzienlijke mate is blijven voortbestaan, op dit moment nog zonder concrete vooruitzichten op verandering. Daarnaast heeft de wetgever zich mogelijk het iets te gemakkelijk gemaakt door de 'harde kern' van de zorgverzekering, de omschrijving van de te verzekeren prestaties, nagenoeg ongewijzigd over te nemen uit de ziekenfondsverzekering, inclusief onduidelijkheden en historisch gegroeide ongerijmdheden. De verbrede toepassing van de functiegerichte omschrijving van prestaties en het gebruikelijkheids criterium, in de nieuwe gedaante van de stand van de wetenschap en praktijk, zijn stellig positief te waarderen. Aan de uitdrukking 'plegen te bieden' als techniek voor de prestatieomschrijving en aan de 'stand van de wetenschap en praktijk' wordt inmiddels in de uitvoeringspraktijk een uitleg gegeven die met de regelgeving op gespannen voet staat. Er ontstaat een risico van een te rigide en afhoudende beoordeling van zorgvormen, met als mogelijk gevolg een voor patiënten ongewenste discrepantie tussen de verzekeringsdekking en de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Om dit te vermijden en een goede aansluiting te waarborgen op de professionele standaard kan herformulering van de wettelijke norm van de stand van de wetenschap en praktijk aangewezen zijn.

Beslissingen over het opnemen van nieuwe vormen van zorg in het verzekerde pakket of het verwijderen van ondoelmatige zorg daaruit moeten worden genomen aan de hand van objectieve en controleerbare criteria. De criteria van de Commissie-Dunning uit 1991 bieden een plausibel en rationeel beslisschema, dat twee decennia later nog niets aan relevantie heeft ingeboet. Aan de verdere ontwikkeling van pakketcriteria hebben de betrokken adviesorganen met veel toewijding gewerkt; de aandacht die in het wetgevend proces aan de resultaten van die arbeid is besteed, is daarmee echter niet evenredig. Naarmate het verzekerde pakket, als gevolg van toenemende bezuinigingsnoodzaak, verder onder druk komt te staan, groeit de noodzaak van een heldere en breed gedragen set criteria aan de hand waarvan pakketbeslissingen op overtuigende wijze gelegitimeerd kunnen worden.

Gezondheid is in niet onbelangrijke mate ieders eigen verantwoordelijkheid. Het is verleidelijk om met incentives vanuit het verzekeringsstelsel gezond gedrag te stimuleren en ongezond gedrag te ontmoedigen ('eigen schuld, dikke bult'). Het is in de vijf jaar na de invoering van de Zvw op dit vlak echter bij losse gedachten gebleven. Misschien is dat maar beter ook. Want bij zelfs oppervlakkige door-denkning van de consequenties doemt al snel het risico op van inbreuken op de beoogde effectiviteit van het verzekeringsstelsel en ongerechtvaardigde ongelijke behandeling. Zeer zorgvuldige maatvoering is in elk geval nodig. Ook valt weinig te verwachten van het concept van 'goed patiëntschap', althans wanneer daarmee wordt bedoeld op een juridische maatstaf waaraan burgers zich moeten houden. De zorgverzekering is geen instrument om indirect dwang op verzekerden uit te oefenen.

Dat er iets moet gebeuren, is duidelijk, gezien de frequentie van ernstige aandoeningen die gerelateerd zijn aan een ongezonde leefwijze. Of de zorgverzekering het aangewezen instrument is voor preventieve maatregelen, valt te bezien. Er is niets op tegen specifieke lichamelijke omstandigheden, zoals een verhoogd cholesterolgehalte of een hoge BMI, aan te wijzen als verzekerde risico's die recht geven op daarop gerichte preventieve zorg. Ook hier geldt echter dat een schadeverzekering naar haar aard een regeling is waaraan rechten kunnen worden ontleend, niet een instrument van bemoeizorg. Méér dan preventieve zorg als verzekerde prestatie *aanreiken* kan een verzekeringsstelsel niet.

Wellicht de belangrijkste ontwikkeling in de naaste toekomst is de verdere ontwikkeling van competitie tussen zorgaanbieders op kwaliteit met het oog op voortdurende innovatie, vergroting van te behalen gezondheidswinst en matiging van kosten van zorg. Omdat niet zeker is dat zorgaanbieders zélf over de hele linie voldoende competitief gedrag aan de dag leggen, zullen de zorgverzekeraars zich kunnen ontwikkelen tot de drijvende kracht daartoe – hetgeen tevens meebrengt dat de maatschappelijke rol van de zorgverzekeraar een wezenlijk andere wordt dan die van louter verzekeraar van vermogensschade of inkomper van zorg die zich uitsluitend richt op prijsonderhandelingen. De uiteindelijk toch vrij sobere en stelselneutrale opzet van de zorgverzekering brengt mee dat er voor zorgverzekeraars niets aan in de weg staat zich verder in deze richting te ontwikkelen.

Een preadvies is geen toekomstvoorspelling, een preadviseur geen helderziende. Na het loslaten van de klassieke ziekenfondsverzekering heeft de nieuwe zorgverzekering wortel geslagen. Het is soms alsof het nooit anders geweest is dan zó. Natuurlijk vergt de wettelijke regeling op termijn onderhoud en renovatie. En natuurlijk zijn nog niet alle ontluikende perspectieven uitontwikkeld. Over nog eens vijf jaar is het ongetwijfeld de hoogste tijd voor een hernieuwde reflectie op het stelsel, dat hopelijk bestand zal blijken tegen de stress.

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2010)

(1968 t/m 2003, indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 – 28 23 322 (optie 2), e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via SDU Klantenservice te Den Haag, tel. 070 – 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl)

H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG*

C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*

J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*

W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*

J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*

B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*

M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*

J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*

H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*

H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*

A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*

Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becoming commentariseerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*

Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft.*

Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.

M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*

P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten. Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies; Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.

H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*

H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.

C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*

J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.

J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.

J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.

B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.

F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.

J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.

Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*

H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*

J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.

E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*

E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*

H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*

C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*

P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*

F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg. Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.

WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfs-geneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.

Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht. Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.

H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.

- Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
- De (dubbel)rol van de arts
- Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.

Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.*

T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.

- De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
- Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.

E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.*

- Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
- Het beroepsgeheim en derdenbelangen
- Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?

ISBN: 978-90-12-09999-8 Sdu

W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.*

- Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
- Infectieziekten, dwang en drang

ISBN: 978-90-12-10757-0 Sdu

J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.

- De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
- Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen

ISBN: 978-90-12-11313-7 Sdu

P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis: Gezondheidsrecht: betekenis en positie.

- Het gewicht van het gezondheidsrecht
- De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht
- Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd gemakkelijke relatie.

ISBN: 978-90-12-12028-9 Sdu

J.H.H.M. Dorscheidt en A.C. de Die: De toekomst van de Wet BIG.

- Taakherschikking en verantwoordelijkheidsverdeling
- Gewaarborgde kwaliteit

ISBN: 978-90-12-38014-0 Sdu

A.C. Hendriks, J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs: Gezondheidszorg en Europees recht

- De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht
- De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt

ISBN: 978-90-12-38187-1 Sdu

D.P. Engberts, Y.M. Koster en M.C. Ploem: Wetenschappelijk onderzoek in de zorg

- De juridische normering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
- Gegeven voor de wetenschap – *Regulering van onderzoek met gegevens, lichaamsmateriaal en biobanken*

ISBN: 978-90-12-38354-7 Sdu

* niet meer voorradig