



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Gezondheidsrecht in tijden van crisis: de COVID-19-pandemie

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

Prof. mr. dr. J.G. Sijmons
N.V. Alexandrov, LL.M. M.Sc.
J.A.R. Koot, arts MBA
Prof. dr. A.C. Hendriks
Prof. mr. dr. B.C.A. Toebes
Em. prof. mr. J.C.J. Dute
Mr. A.C. de Die
Prof. dr. S. van de Vathorst
Mr. dr. B.J.M. Frederiks
Mr. S.M. Steen
Prof. dr. I.P. Leistikow
Mr. M.E. Oosting
Mr. drs. J.J. Rijken
Prof. dr. W.N.J. Groot

GEZONDHEIDSRECHT IN TIJDEN VAN CRISIS:

DE COVID-19-PANDEMIE

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT
GEZONDHEIDSRECHT IN TIJDEN VAN CRISIS:
DE COVID-19-PANDEMIE

Deel 1 – Woord vooraf

PROF. MR. DR. J.G. SIJMONS

*Deel 2 – De COVID-19-pandemie:
een beknopt overzicht van de feiten*

N.V. ALEXANDROV, LL.M. M.Sc. EN J.A.R. KOOT, ARTS MBA

*Deel 3 – Gezondheidsrecht in tijden van crisis:
de COVID-19-pandemie*

PROF. DR. A.C. HENDRIKS EN PROF. MR. DR. B.C.A. TOEBES

*Deel 4 – De Wet publieke gezondheid als instrument
voor de bestrijding van de COVID-19-epidemie*

EM. PROF. MR. J.C.J. DUTE

Deel 5 – Patiëntenrechten in tijden van corona

MR. A.C. DE DIE EN PROF. DR. S. VAN DE VATHORST

Deel 6 – Gezondheidsrechtelijk perspectief: rechten van cliënten in de ouderenzorg en verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens de COVID-19-pandemie

MR. DR. B.J.M. FREDERIKS EN MR. S.M. STEEN

Deel 7 – Schuivende waarden en normen tijdens COVID-19-uitbraak; wat was de impact op het toezicht van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd?

PROF. DR. I.P. LEISTIKOW EN MR. M.E. OOSTING

Deel 8 – COVID-19 en de organisatie van de zorg

MR. DRS. J.J. RIJKEN

Deel 9 – De prijs van corona

PROF. DR. W.N.J. GROOT

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 9 april 2021

Sdu
Den Haag, 2021

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

Sdu Klantenservice

Postbus 20025

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

e-mail: sdu@sdu.nl

www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2021

ISBN 978 901240 6796

NUR 822; 824

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 vervaelvoudigd, 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 vervaelvoudingen 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.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	11
Deel 1 Woord vooraf	13
<i>prof. mr. dr. J.G. Sijmons</i>	
Deel 2 De COVID-19-pandemie: een beknopt overzicht van de feiten	19
<i>N.V. Alexandrov, LL.M MSc en J.A.R. Koot, arts MBA</i>	
1 Inleiding	21
2 De statistieken in termen van besmetting en overleving	22
3 De maatregelen van de Nederlandse regering in hun context	25
3.1 De eerste golf (maart-april 2020)	29
3.2 De tweede golf (september 2020-januari 2021)	31
4 De maatregelen van de zorgaanbieders	33
4.1 De eerste golf (maart-april 2020)	34
4.2 De tweede golf (september-januari 2021)	35
5 De snelle ontwikkeling van vaccins en geneesmiddelen	36
6 Beschikbare hulpmiddelen en hun productie	39
7 De tijdelijke en blijvende effecten op de overige zorgverlening	40
8 Conclusie	40
Deel 3 Gezondheidsrecht in tijden van crisis: de COVID-19-pandemie	43
<i>prof. dr. A.C. Hendriks en prof. mr. dr. B.C.A. Toebes</i>	
1 Inleiding	45
2 Internationale regulering van infectieziekten	47
3 Infectieziekten en mensenrechten	49
4 Het Nederlandse COVID-19-beleid	54
5 COVID-19-beleid en (verschillende) grond- en mensenrechten	57
6 Andere wijzen van besluitvorming	60
6.1 Uitzonderingstoestand	60
6.2 Democratisch gehalte van maatregelen	61
7 Balans	62
8 Conclusie	65

Deel 4 De Wet publieke gezondheid als instrument voor de bestrijding van de COVID-19-epidemie Gewogen en te licht bevonden?	67
<i>em. prof. mr. J.C.J. Dute</i>	
1 Inleiding	69
2 Internationale context	70
2.1 Wereldgezondheidsorganisatie (WHO)	70
2.2 Europese Unie	71
3 Nationale aanpak: terugblik en voortgang	73
3.1 De betekenis van de Wet publieke gezondheid: terugblik	73
3.2 Tijdelijke wet maatregelen COVID-19	75
3.3 Avondklok	79
4 Coronapas	80
5 Vaccinatie	82
6 Slotbeschouwing	84
Deel 5 Patiëntenrechten in tijden van corona	87
<i>mr. A.C. de Die en prof. dr. S. van de Vathorst</i>	
1 Inleiding	89
2 Shared decision making	89
3 ‘Code Zwart’ en de professionele standaard	93
3.1 Hoofdlijnen verweer	93
3.2 Toepassing van het Draaiboek	95
3.3 Professionele standaard	97
3.4 Verweer	98
4 Patiëntenspreiding en (gedwongen?) overplaatsing	100
4.1 Afweging algemeen belang – individueel belang, individuele wensen en eisen	100
4.2 Alternatieven?	102
5 Afrondende beschouwingen	104
Deel 6 Gezondheidsrechtelijk perspectief: rechten van cliënten in de ouderenzorg en verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens de COVID-19-pandemie	105
<i>mr. dr. B.J.M. Frederiks en mr. S.M. Steen</i>	
1 Inleiding en opzet	107
1.1 Inleiding	107
1.2 Opzet van deze bijdrage	110
2 Wettelijk kader	110
2.1 Inleiding	110

2.2	Wet publieke gezondheid	111
2.3	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg	112
2.4	Wet zorg en dwang	113
2.5	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018	115
3	Gevolgen van de coronapandemie voor de rechten van cliënten	116
3.1	Inleiding	116
3.1.2	Bezoekbeperkingen	116
3.1.3	Beperkingen in de bewegingsvrijheid	118
3.4	Grondslag voor beperkingen: Wzd of Wpg?	120
3.4.1	Inwerkingtreding Wzd	120
3.4.2	Onduidelijkheid over verhouding Wzd en Wpg	121
4	Bevindingen van de eerste coronagolf en Tijdelijke wet maatregelen COVID-19	122
4.1	Bevindingen van de eerste coronagolf	122
4.2	Bevindingen in de ouderenzorg	122
4.2.1	Bevindingen in de verstandelijk gehandicaptenzorg	123
4.2	Bevindingen van de IGJ	124
4.3	Tijdelijke wet maatregelen COVID-19	124
4.3.1	De betekenis van de Tijdelijke wet voor de (langdurige) zorg	125
5	Stand van zaken en vooruitblik	127
5.1	De Tijdelijke wet is een verbetering voor de rechtspositie van cliënten	127
5.2	Nog te weinig houvast voor zorgaanbieders	128
6	Conclusie	130

Deel 7 Schuivende waarden en normen tijdens COVID-19-uitbraak; wat was de impact op het toezicht van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd? 133
prof. dr. I.P. Leistikow en mr. M.E. Oosting

1	Inleiding	135
2	Uitgangspunten van het reguliere toezicht op kwaliteit van zorg	135
2.1	Juridisch kader	135
2.2	Werkwijze IGJ	136
2.3	Kwaliteit van zorg	138
2.3.1	Wkkgz	138
2.3.2	Wet BIG en goed hulpverlenerschap	141
3	Strategie regering bij bestrijding van de COVID-19-uitbraak	141
4	Consequenties van de pandemie, en de bestrijding daarvan, voor het toezicht door de IGJ	142
4.1	Aangepaste werkwijze IGJ	142
4.2	Kwaliteit van zorg – Wkkgz	143
4.3	Toezicht in tijden van corona	146
4.4	Beleidsruimte toezicht tijdens corona	150

4.5	Handhaving tijdens corona	151
4.6	'Nieuwe' thema's voor toezicht: Wet publieke gezondheid (Wpg)	152
4.6.1	Onduidelijkheden Wpg	152
4.6.2	Nieuwe 'Coronawet'	153
5	Conclusie en aanbeveling	155

Deel 8 COVID-19 en de organisatie van de zorg 157

mr. drs. J.J. Rijken

1	Inleiding	159
2	Viermaal regulering van acute zorg	160
2.1	De zorgverzekering	160
2.2	Regulering van de bekostiging	162
2.3	Aanbod- en kwaliteitsregulering	163
2.4	Regulering van crisisbeheersing	166
3	De curatieve zorg tijdens de eerste golf van COVID-19	168
3.1	Het Landelijk Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding	168
3.2	De rol van de zorgverzekeraars	169
3.3	Subsidie voor opschaling van de IC-capaciteit	171
4	Hoe verder met de acute zorg?	173
4.1	'Van deelbelangen naar gedeeld belang'	173
4.2	'Houtskoolschets acute zorg' en 'Zorg van de toekomst'	174
4.3	Evaluatie Wet veiligheidsregio's	176
4.4	Evaluatie	177

Deel 9 De prijs van corona 185

prof. dr. W.N.J Groot

1	Inleiding	187
2	De inbreng van economen in het COVID-19-debat	190
3	Een kosten-batenanalyse van de COVID-19-maatregelen	191
4	De betrouwbaarheid van kosten-batenonderzoek	195
5	Conclusie	198

Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht (1968-2020) 201

Lijst van afkortingen

ACM	Autoriteit Consument & Markt
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
BAO	Bestuurlijk Afstemmingsoverleg
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CIZ	Centrum Indicatiestelling Zorg
COVID-19	Coronavirus Disease 2019
Cwu	Coördinatiewet uitzonderingstoestanden
DALY	Disability Adjusted Life Year
ECDC	Europees Centrum voor ziektepreventie en -bestrijding
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EMA	Europees Geneesmiddelenagentschap
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FMS	Federatie Medisch Specialisten
GGD	Gemeentelijke Gezondheidsdienst
GHOR	Geneeskundige Hulpverleningsorganisatie in de Regio
Gw	Geneesmiddelenwet
Gw	Grondwet
HSC	Health Security Committee
ibs	inbewaringstelling
IC	intensive care
IGJ	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
IGR	Internationale Gezondheidsregeling
IHR	International Health Regulations
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
LCH	Landelijk Consortium Hulpmiddelen
LCSP	Landelijke Coördinatiecentrum Spreiding Patiënten
LNAZ	Landelijk Netwerk Acute Zorg
MCCb	Ministeriële Commissie Crisisbeheersing
MDO	multidisciplinair overleg
NFU	Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra
NOW-regeling	Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid
NVWA	Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit
NVZ	Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
ok	operatiekamer
OMT	Outbreak Management Team
QALY	Quality Adjusted Life Year
RAV	Regionale ambulancevoorziening

LIJST VAN AFKORTINGEN

RCPS	Regionaal Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding Rechten
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
rm	rechterlijke machtiging
ROAZ	Regionaal Overleg Acute Zorgketen
RVS	Raad voor Volksgezondheid en Samenleving
SARS-CoV	Sudden Acute Respiratory Syndrome-virus
SARS-CoV-2	SARS Corona Virus 2
Tozo-regeling	Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers
VGN	Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland
VN	Verenigde Naties
Wazv	Wet ambulancezorgvoorzieningen
Wbbbg	Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag
Wbmv	Wet bijzondere medische verrichtingen
Wet BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wgbo	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WHO	Wereldgezondheidsorganisatie
Wkkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wmcz 2018	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wmh	Wet op de medische hulpmiddelen
Wom	Wet openbare manifestaties
Wpg	Wet publieke gezondheid
Wtza	wetsvoorstel-Wet toetreding zorgaanbieders
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
Wvggz	Wet verplichte ggz
Wvr	Wet veiligheidsregio's
Wzd	Wet zorg en dwang
ZN	Zorgverzekeraars Nederland
Zvw	Zorgverzekeringswet

Deel 1

Woord vooraf

prof. mr. dr. J.G. Sijmons*

* Prof. mr. dr. J.G. (Jaap) Sijmons is voorzitter van de VGR. Hoogleraar Privaatrechterlijk Gezondheidsrecht aan de Universiteit van Utrecht en advocaat (partner) bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Zwolle.

Woord vooraf

Sinds de uitbraak van het SARS-CoV-2, ofwel ‘coronavirus’ in 2019 in Wuhan (China) is de wereld drastisch veranderd. Ik denk niet dat velen van ons in 2019 met het scenario rekening hadden gehouden dat de samenleving in 2020 op slot zou gaan en in 2021 in Nederland een avondklok van kracht zou worden (onder het afstoffen van een wel zeer oude wettelijke bepaling). De COVID-19-pandemie heeft niet alleen de zorg onder druk gezet. Sommige andere sectoren als de culturele sector, de horeca, de luchtvaart en het toerisme gingen op slot, terwijl ook breed proactief gereageerd werd als door een geprikkeld maatschappelijk immuunsysteem op dit nieuwe feit. Alle avonden waren de talkshows gevuld met ‘coronanieuws’, in de geschreven pers verschenen lange achtergrond- en opiniestukken en in wetenschappelijke tijdschriften een vloed aan artikelen. De juristen lieten zich ook niet onbetuigd. Tijd om enige kaf van het koren te onderscheiden en te wieden in der tuin der opinies, zodat we bezonnen met COVID-19 verder kunnen. Het zal namelijk nog wel een tijd onder ons zijn. Reden om in onze vereniging het onderwerp te agenderen. Hoe zouden we nu ook doorgaan met onderwerpen waarvan de urgentie zelfs van overheidswege tijdelijk is geparkeerd en waarvoor regelgeving zelfs is uitgesteld of min of meer geschorst? Nee, nu is de tijd om even af te dalen in de fundamenten van ons gezondheidsrecht om weer bovengekomen zo helder mogelijk het licht van deze discipline te laten schijnen op het grillige fenomeen van de pandemie.

Opvallend is dat het pandemisch effect zich niet beperkt tot het R-getal, waarmee wij meten hoe snel COVID-19 zich verspreidt. ‘Pandemisch’ – ofwel ‘de gehele bevolking rakend’ – ziet niet alleen op gezondheid en zorg. Zelden stond een ziekte direct in verband met zo’n breed scala aan thema’s als de veronderstelde ecologische oorzaken van de zoönose, de politieke tegenstellingen en krachtsverhouding (Trump: ‘the China-virus!’), de grootste economische recessie sinds WO II, een directe verwijding van de wereldwijde kloof van arm en rijk (wie krijgt de vaccins en wat betekent dat voor een samenleving?), leerachterstanden voor de thuis opgesloten jeugd, toegenomen huiselijk geweld, cybercriminologie, plunderingen in de brave Nederlandse steden en een collectief kwellende ‘huidhonger’ (voer voor filosoferende psychiaters en bezorgde psychologen). Trekken wij ons op kosten van de jongere generatie, die levenskwaliteit en perspectief inlevert en nog lang mee de staatsschulden zal moeten aflossen, als een Baron von Münchhausen aan onze eigen toekomst op uit dit moeras? Het lijkt alsof de samenleving zich door de pandemie opnieuw moet uitvinden en haar waarden herijken.

De wereld was sowieso uit zijn voegen aan het raken, vond de gezaghebbende Duitse socioloog Ulrich Beck in zijn laatste boek *De metamorfose van de wereld*

(2016).¹ Door de globalisering is lokaal gericht handelen het achterop raken en nationalisme een recept voor verdere ontwrichting door de destructieve gevolgen van onze welvaart: klimaat voorop, verder economische ongelijkheid, fragmentering van de (digitale) openbare ruimte enzovoort. Werkt er zoiets als een ‘emancipatoir catastrofisme’, ofwel leren wij pas bij grote crises? Is de wereldwijde pandemie, waarin de natiestaten elkaar tegenwerken bij het beheersen van de verspreiding van het virus, de export van mondkapjes en verdeling van vaccins, daarvan niet het uitgelezen voorbeeld? Een gelijksoortige geluid liet Slavoj Žižek, de veelgelezen filosoof uit Slovenië, recentelijk horen in zijn *Pandemie. Hoe corona de wereld verandert*.² De huidige crisis legt volgens hem de tekortkomingen van het neoliberalisme (kapitalisme) pijnlijk bloot en dwingt ons tot een politieke samenwerking die radicaal daarmee breekt. Op de eerste plaats dus breken met de marktwerking in de zorg, zullen velen hier bijvallen, waaronder de huidige demissionaire minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Hugo de Jonge: ‘Deze crisis is één groot pleidooi voor minder markt, meer samenwerking en meer centrale regie. Waar zijn welke voorzieningen nodig? En welke hulpmiddelen? Is er voldoende hulp dicht bij huis voor patiënten in iedere regio? “Ieder voor zich” is gewoon geen oplossing als je met elkaar iets heel groots moet doen. En we moeten voortaan zorgen dat we minder afhankelijk worden van het buitenland, meer in staat zijn om voor onszelf te zorgen. Wat dat betreft is deze crisis voor de zorg één grote wegwijzer voor de toekomst.’³

Of valt het allemaal toch wel mee en is het juist de triomf van de wetenschap en commerciële farmaceutische bedrijven, dat we zo snel kunnen reageren en niet het onheilspellende aantal van potentiële doden is bereikt, zoals bij de Spaanse Griep honderd jaar geleden. Bewijst het bezweren van deze crisis het aanbreken van het ‘immunoceen’ (Jaap Goudsmit), ofwel het tijdperk waarin we wereldwijd in staat zijn ons te beschermen tegen aandoeningen – zoals COVID-19 – die onze levensverwachting en onze kwaliteit van leven bedreigen?⁴ Als de overheid zonder dralen de adviezen van de Gezondheidsraad over de vaccinaties opvolgt, zouden we nog in 2021 uit de crisis kunnen zijn, meent deze deskundige viroloog.

Onze vereniging heeft een single focus in het gezondheidsrecht, hoewel wij dat in dit geval toch ook niet te eng willen zien. Houden wij koers op het zorgvuldige

1 U. Beck, *The Metamorphosis of the World*, Cambridge: Polity Press 2016, Nederl. vert.: Utrecht: Uitgeverij Klement 2018).

2 S. Žižek, *Pandemic! COVID-19 Shakes the World*, New York 2020, Nederl. vert.: Amsterdam: Uitgeverij (JEA) 2020.

3 <https://www.ad.nl/politiek/zorg-moet-fundamenteel-anders-volgens-coronaminister-hugo-de-jonge-regie-terug-bij-overheid~abae1330/>

4 Zie www.jaapgoudsmit-over-corona.nl en *Vrij van corona. Het begin van een nieuw tijdperk*, Amsterdam: Uitgeverij Pluim 2021.

op- en uitgebouwde gezondheidsrecht of verliezen alle normen en begrippen hun gelding, nu de pure noodzaak regeert? Voor u ligt een serie nuchtere en verhelderende bijdragen om het zicht te klaren en het recht te mobiliseren tegen de druk van het immense. De bijdragen variëren van een beschrijving van de stappen in de pandemie, een diepteonderzoek naar COVID-19-maatregelen en grondrechten, naar de invasie van de COVID-19-maatregelen op de normale zorgverlening, de inwerking van de maatregelen op juist de meest kwetsbare vormen van zorg en de gezondheids-economische kosten van COVID-19. Wij zijn als bestuur gelukkig met het feit, dat in deze tijden een uitgebreid team van preadviseurs, ondanks de extra druk die COVID-19 op iedereen die in en rond de zorg werkt legt, de tijd heeft kunnen vinden om deze beschouwingen te schrijven en straks met ons te bediscussiëren.

De feiten en omstandigheden veranderen snel. Daarom moet gemeld worden dat de teksten in de hoofdstukken van dit document zijn afgesloten op 5 februari 2021.

De volgorde in de voor u liggende beschouwingen is als volgt.

Nikita Alexandrov en Jaap Koot geven in deel 2 een gedegen overzicht van de relevante feiten van de COVID-19 pandemie tot nu toe. Deze feitelijke basis geeft ons grond onder de voeten voor de verdere preadviezen.

Aart Hendriks en Brigit Toebes kiezen vervolgens in deel 3 het perspectief van de grondrechten. Als wij ergens als gezondheidsrecht het anker in moeten neerlaten, dan in deze bodem, rotsig en grillig als zij overigens is.

In deel 4 toetst Jos Dute tegen deze achtergrond de maatregelen tegen COVID-19, zoals de overheid die heeft afgekondigd. De Wet publieke gezondheid en de wijzigingen die daarin zijn aangebracht, staan daarbij centraal.

Mieke de Die en Suzanne van de Vathorst gaan in deel 5 in op de rechten en plichten uit de behandelingsovereenkomst in de cure tijdens de coronacrisis. Met name is de vraag of de herallocatie van de zorg de instemming van de patiënt behoeft en hoe het staat met de triage op de IC bij schaarste.

Vervolgens bespreken Brenda Frederiks en Sofie Steen aansluitend in deel 6 tegen de achtergrond van de maatregelen van de Wet publieke gezondheid de patiëntenrechten uit de Wzd in coronatijd voor de langdurige zorg (de 'care').

In deel 7 gaan Ian Leistikow en Mirna Oosting in op handhaving van kwaliteit in tijden van crisis door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd. Het betreft onder andere de inzet en behoud van capaciteit versus de kwaliteit van zorg, de inzet

van (oud-)personeel met en zonder BIG-registraties, en de handhaving van de nieuwe wetten Wvvgz en Wzd.

Joris Rijken zoomt wat meer uit en vraagt zich in deel 8 af of de *lessons learned* uit de COVID-19-crisis kunnen leiden tot een herschikking van de acute zorg, die tot nu toe maar moeizaam op gang kwam.

Wim Groot neemt ten slotte een nog breder perspectief vanuit de economie van de gezondheidszorg (deel 9). Wat zijn de kosten van de crisis in Nederland en wat kosten de maatregelen per 'DALY'? Kunnen we überhaupt op kosten-batenafwijkingen afgaan bij het aansturen van de zorg bij een pandemie?

Daarmee is een omvattend beeld van de COVID-19-pandemie in het kader van het gezondheidsrecht geschetst. Een waaier van standpunten, die uitnodigen tot reflectie en verdere discussie, waaraan naar het bestuur hoopt zo veel mogelijk leden van de Vereniging voor Gezondheidsrecht deelnemen op de jaarvergadering op 9 april 2021, ondanks de beperkingen die de pandemie ons hier oplegt.

Wij wensen u vooraleerst veel leesplezier.

Deel 2

De COVID-19-pandemie: een beknopt overzicht van de feiten

N.V. Alexandrov, LLM MSc en J.A.R. Koot, arts MBA*

* N.V. (Nikita) Alexandrov, LLM MSc is werkzaam als arts verzekeringsgeneeskunde bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). J.A.R. (Jaap) Koot, arts MBA is werkzaam als wetenschappelijk medewerker bij de afdeling Gezondheidswetenschappen, Universitair Medisch Centrum Groningen, Rijksuniversiteit Groningen.

1 Inleiding

Op 30 december 2019 maakten gezondheidsautoriteiten in de stad Wuhan, provincie Hubei, China, bekend dat een longontsteking van onbekende origine geïdentificeerd was, die waarschijnlijk op een vismarkt begon. Op 8 januari 2020 meldden Chinese autoriteiten dat de veroorzaker een coronavirus was, dat gelijkenissen vertoonde met het Sudden Acute Respiratory Syndrome-virus (SARS-CoV) uit 2002-2003. In Nederland werd hier voor het eerst op 10 januari 2020 melding van gedaan.¹ Op 12 januari heeft de Chinese overheid het virale genoom internationaal gedeeld. Het was duidelijk dat het een nieuw virus betrof, dat niet eerder bij mensen was vastgesteld.²

Op 4 februari 2020 bestempelde de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) de coronavirusuitbraak als een internationale noodsituatie en kreeg het virus de naam SARS-Corona Virus-2 ofwel SARS-CoV-2, en de ziekte die het veroorzaakte, werd voortaan COVID-19 (Coronavirus disease 2019) genoemd. SARS-CoV-2 wordt in het dagelijks taalgebruik het 'coronavirus' genoemd.

Terwijl in Wuhan al op 23 januari 2020 een lockdown werd ingesteld om de uitbraak van het virus in te dammen, baarde het virus in Nederland en andere landen in de wereld nog weinig zorgen, met name omdat op grond van ervaringen met het SARS-virus uit 2002-2003 de kans op transmissie als laag werd ingeschat. De stemming in Nederland sloeg om toen op 27 februari 2020 het eerste geval van het coronavirus werd gemeld, bij een man uit Loon op Zand (Noord-Brabant) die recent in de Noord-Italiaanse regio Lombardije geweest was en werd opgenomen in het Elisabeth-TweeSteden Ziekenhuis (Tilburg). Mede door brandhaarden die tijdens carnaval ontstonden en door terugkerende toeristen uit Noord-Italië, verspreidde het coronavirus zich snel vanuit Noord-Brabant naar andere delen van Nederland. Uit informatie vanuit Italië en andere landen, waar het virus al veel breder was verspreid, bleek snel hierna het om een veel ernstigere ziekte te gaan dan eerder werd verondersteld. Ten eerste bleek SARS-CoV-2 veel besmettelijker te zijn dan SARS-CoV. Ook mensen met geen of zeer geringe verschijnselen (pre-symptomatische fase) konden de ziekte al overdragen. Ten tweede bleek de ziekte niet alleen longverschijnselen te veroorzaken, maar ook problemen met bijna alle organen, vooral hart en bloedvaten en nieren. De ziekte kon niet vergeleken worden met de gangbare seizoensgriep. Toen op 11 maart 2020 de WHO COVID-19 als een pandemie bestempelde, was over de ernst van de situatie geen twijfel meer.

1 L. Harmans, 'Nieuw virus steekt de kop op in China', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2020, 164:C4445.

2 B.L. Haagmans, A. Timen, & M.P.G. Koopmans, 'Nieuw van de markt? Coronavirusuitbraak in Wuhan', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2020, 164:D4847.

Dit hoofdstuk zet de feiten van de COVID-19-pandemie beknopt uiteen. Paragraaf 2 gaat in op de statistieken in termen van besmetting en overleving. Paragraaf 3 schetst een overzicht van de maatregelen die Nederlandse regering trof ter bestrijding van het coronavirus. Paragraaf 4 gaat in op de maatregelen die de zorgaanbieders namen. Paragraaf 5 beschrijft de ontwikkeling van een vaccin en geneesmiddelen tegen het coronavirus. Paragraaf 6 gaat in op de beschikbare hulpmiddelen en hun productie. Paragraaf 7 beschrijft de tijdelijke en blijvende effecten op de overige zorgverlening. Tot slot bevat paragraaf 8 een conclusie. De feiten ontwikkelen zich snel en dit hoofdstuk pretendeert alles behalve het laatste woord over dit onderwerp te zijn. Deze tekst is afgesloten op 5 februari 2021.

2 De statistieken in termen van besmetting en overleving

Hoe snel een virus zich verspreidt in de bevolking wordt uitgedrukt in het basaal reproductiegetal (R_0). Dit getal drukt het aantal nieuwe infecties uit dat één geïnfecteerde persoon kan veroorzaken bij afwezigheid van maatregelen. Indien de R_0 onder de 1 ligt, dan betekent dit dan een geïnfecteerde persoon aan minder dan één andere persoon het virus overdraagt en dan zal het aantal personen met de infectie gedurende de tijd afnemen. Omgekeerd, indien de R_0 boven de 1 ligt, dan zal het aantal infecties exponentieel toenemen, omdat de mensen die geïnfecteerd worden het virus ook weer aan meerdere mensen doorgeven. Hoe hoger boven de 1, hoe sneller de uitbreiding van de infectie.

De R_0 van SARS-CoV-2 in afwezigheid van maatregelen ligt, voor zover nu bekend, tussen de 2 en 4.³ Eigenlijk is de R_0 pas goed te berekenen in een retrospectieve studie. Testbeleid en preventieve maatregelen maken het bijvoorbeeld moeilijk om een precies beeld van de R_0 te krijgen tijdens de uitbraak. Door het ontbreken van testmateriaal is het aantal coronabesmettingen in de eerste maanden van de pandemie onderschat. Het coronavirus is besmettelijker dan de seizoensgriep (R_0 : 0.9-2.1)⁴, maar minder besmettelijk dan bijvoorbeeld het mazelenvirus (R_0 : 12-18).⁵ De lagere R_0 van het coronavirus is te verklaren doordat het coronavirus zich met name verspreidt via grote druppels die vrijkomen bij het niezen of hoesten en niet verder lijken te komen dan zo'n anderhalve meter. Ziekten die zich voornamelijk via kleine druppels (aerosolen) verspreiden, zoals mazelen, hebben een hogere

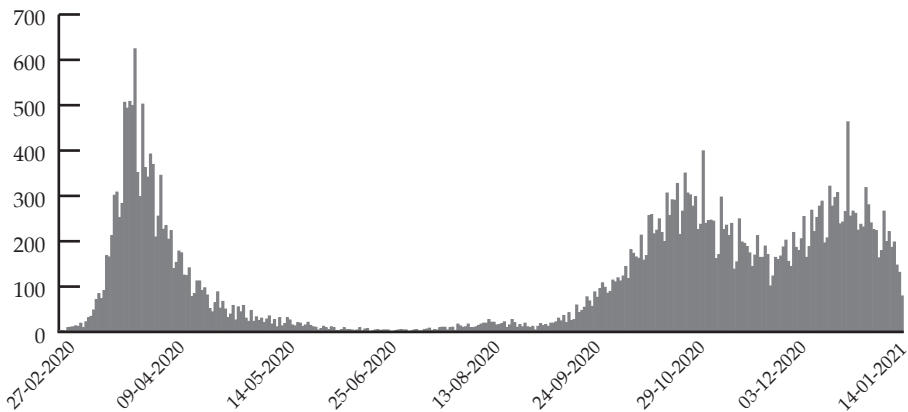
3 Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM). Verspreiding SARS-CoV-2, 22 december 2020, <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/verspreiding>.

4 G. Chowell, M.A. Miller, & C. Viboud, 'Seasonal influenza in the United States, France, and Australia: transmission and prospects for control', *Epidemiology & Infection* 2008, 136(6), p. 852-864.

5 F.M. Guerra, S. Bolotin, G. Lim, J. Heffernan, S.L. Deeks, Y. Li, & N.S. Crowcroft, 'The basic reproduction number (R0) of measles: a systematic review', *The Lancet Infectious Diseases* 2017, 17(12), e420-e428.

R_0 . Over de rol van aerosolen bij de verspreiding van het coronavirus heerste aanvankelijk onduidelijkheid, maar het lijkt er op dat aerosolen ook een zekere rol spelen.⁶ Het coronavirus kan zich ook verspreiden via direct lichamelijk contact (handen geven), of via ontlasting. Er bestaat ook een kleine kans dat het coronavirus zich verspreidt via oppervlakten, doch na enkele uren of na reiniging neemt die kans snel af.⁷

Volgens de cijfers op 12 januari 2021 van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), waren er 883.135 gemelde personen positief voor SARS-CoV-2.⁸ Er zijn of waren 21.066 (2,4%) in het ziekenhuis opgenomen COVID-19 patiënten en er waren 12.563 (1,4%) overleden personen positief voor SARS-CoV-2 gemeld door de GGD'en. De onderstaande grafiek (figuur 1) laat het beloop over het laatste jaar zien.



Figuur 1. Ziekenhuisopnames gedurende de COVID-19 uitbraak in 27 februari 2020-14 januari 2021 in Nederland (Bron: Stichting NICE).

- 6 RIVM. Verspreiding SARS-CoV-2, 22 december 2020, <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/verspreiding>; World Health Organization. Coronavirus disease (COVID-19): How is it transmitted?, 9 juli 2020, <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-how-is-covid-19-transmitted>; Center for Disease Control and Prevention. Scientific Brief: SARS-CoV-2 and Potential Airborne Transmission, 5 oktober 2020, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/more/scientific-brief-sars-cov-2.html>.
- 7 RIVM. Verspreiding SARS-CoV-2, 22 december 2020, <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/verspreiding>.
- 8 RIVM. Epidemiologische situatie COVID-19 in Nederland (12 januari 2021), 12 januari 2021, https://www.rivm.nl/sites/default/files/2021-01/COVID-19_WebSite_rapport_wekelijks_20210112_1259_final.pdf.

SARS-CoV-2 wordt vaker bij vrouwen (52,5%) dan bij mannen (47,5%) gemeld, maar mannen (54,7%) hebben een hogere kans om te overlijden aan COVID-19 dan vrouwen (45,3%). Van de meeste besmettingen is niet bekend waar deze zijn opgelopen. De meeste geregistreerde besmettingen vinden plaats onder bewoners in de thuissituatie (52,7%), gevolgd door bezoek in de thuissituatie (22,1%) en werksituatie (14,2%).⁹ COVID-19 treft alle leeftijdsgroepen, maar een hogere leeftijd en onderliggende aandoeningen zijn geassocieerd met een slechter ziekteverloop en overlijden.¹⁰ Van de overleden personen positief voor SARS-CoV-2 jonger dan 70 jaar had 10,1% geen onderliggende aandoening, tegenover 64,4% die wel een onderliggende aandoening had (van 25,5% was het bestaan van een onderliggende aandoening niet vermeld). De meest gerapporteerde onderliggende aandoeningen van overleden personen positief voor SARS-CoV-2 jonger dan 70 jaar waren cardiovasculaire aandoeningen en hypertensie (41,2%), diabetes (26,2%), chronische longaandoeningen (24,2%), maligniteit (16,6%), chronische neurologische of neuromusculaire aandoeningen (14,6%), nieraandoening (10,6%) en obesitas (6,9%).

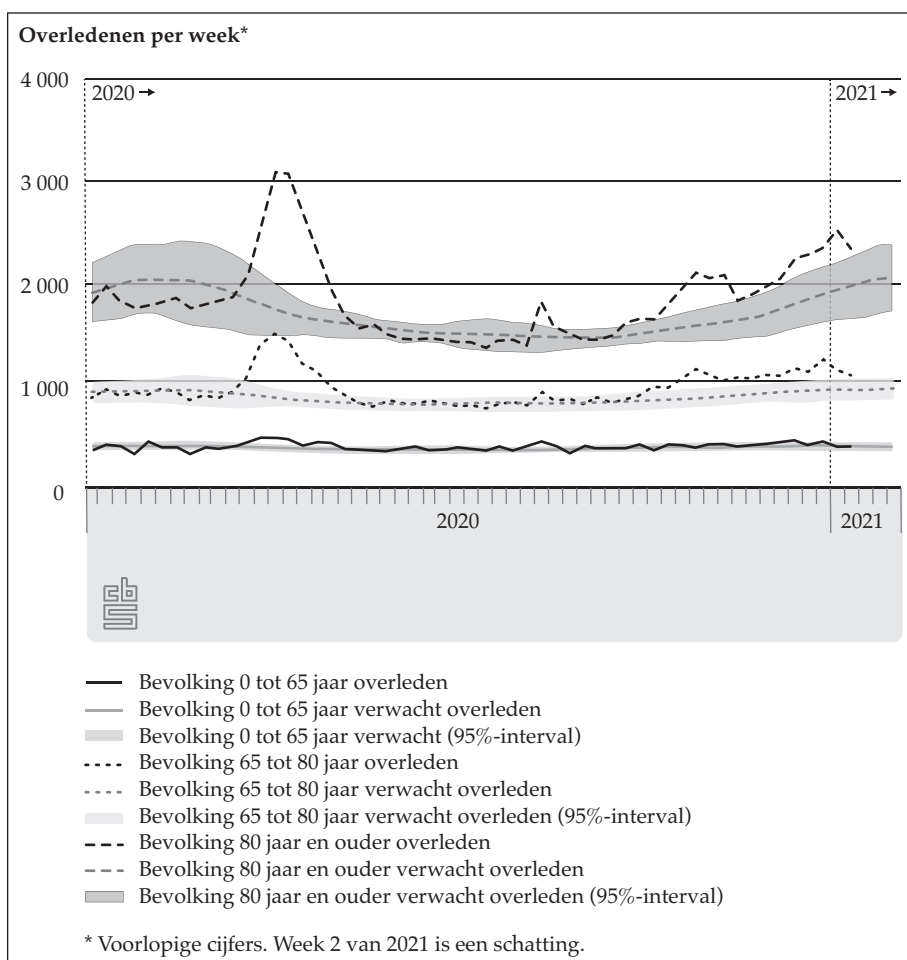
Over het aantal sterfgevallen als gevolg van COVID-19 valt nog een kanttekening te maken. Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) schat dat tijdens de eerste golf ruim 10.000 mensen aan COVID-19 overleden zijn.¹¹ Het werkelijk aantal sterfgevallen ligt dus hoger dan door het RIVM is geregistreerd omdat veel overledenen tijdens de eerste golf niet getest waren. Volgens het CBS overleden er in 2020 ruim 15.000 Nederlanders meer dan gebruikelijk. Ten tijde van de eerste golf was de oversterfte aanzienlijk, maar deze werd gecompenseerd door ondersterfte in de zomermaanden. Tijdens de tweede golf liep de oversterfte weer op.¹² Zoals ook bij griepidemieën sterven terminaal zieken en zwakke ouderen enkele maanden eerder dan verwacht, ten gevolge van COVID-19. De onderstaande grafiek (figuur 2) laat zien dat de oversterfte onder 80-plussers het hoogst is, maar ook dat die onder 60-80-jarigen aanzienlijk verhoogd is. In de leeftijdsgroep onder de 65 jaar stierven toch ook bijna 1.000 mensen meer dan normaal.

9 Gebaseerd op RIVM data vanaf 31 augustus 2020.

10 W. van den Oever, V. Raaijmakers, A.M. Theunissen, M. Wijnen-van Houts & J. Frenken, 'Risicofactoren voor een ernstig beloop van COVID-19', *Huisarts en Wetenschap* 2020, 63, p.12–16; RIVM. Epidemiologische situatie COVID-19 in Nederland (12 januari 2021), 12 januari 2021, https://www.rivm.nl/sites/default/files/2021-01/COVID-19_WebSite_rapport_wekelijks_20210112_1259_final.pdf.

11 Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). 10 duizend doden tijdens eerste golf van de pandemie, 1 oktober 2020, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/40/10-duizend-coronadoden-tijdens-eerste-golf-van-de-pandemie>.

12 CBS. Sterfte iets afgenomen in week 2, maar nog steeds hoog, 22 januari 2021, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/03/sterfte-iets-afgenomen-in-week-2-maar-nog-steeds-hoog>.



Figuur 2. Oversterfte in Nederland in 2020 (Bron: CBS).

3 De maatregelen van de Nederlandse regering in hun context

Op 6 mei 2020 zei premier Rutte dat COVID-19-beleid maken gelijk stond aan ‘sturen op de achteruitkijkspiegel’.¹³ Het is belangrijk te beseffen dat niemand in de wereld iets van dit SARS-CoV-2 en COVID-19 wist aan het begin van de uit-

13 Rijksoverheid. Letterlijke tekst persconferentie minister-president Rutte en minister De Jonge na afloop van crisisberaad kabinet (6-5-2020), 6 mei 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/05/06/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-na-afloop-van-crisisberaad-kabinet>.

braak. Aanvankelijk werd voornamelijk uitgegaan van kennis opgedaan bij eerdere uitbraken en kennis opgedaan elders in de wereld. Inmiddels zijn er al tienduizenden publicaties in wetenschappelijk tijdschriften verschenen, die inzicht geven in de zich ontwikkelende kennis. Om de maatregelen van de overheid in context te plaatsen is het belangrijk telkens te benoemen wat wanneer bekend was over dit virus. Daarbij gebruiken wij de voor infectieziekten gebruikelijke indeling van relevante elementen (oorzaak-overdracht-gevolg).

Wat wisten we op 1 februari 2020 van het virus?

Reservoir: Onbekend, mogelijk vleermuizen,¹⁴ die vaker drager zijn van coronavirussen. Waarschijnlijk is er een tussengastheer geweest. Het is zeker een zoönose, een ziekte die van dier op mens overgedragen wordt.

Bron: Na aanvankelijke onduidelijkheid is vastgesteld dat de mens de bron van besmetting kan zijn voor andere mensen. Aanvankelijk is gezocht naar dieren die de ziekte op grote groepen mensen hebben overgebracht.

Overdracht: Op grond van vergelijking met het SARS en het MERS virus en gegevens uit China is er gedacht aan een beperkte secundaire transmissie van mens op mens. Verschillende theorieën van verspreiding werden geopperd. Overdracht door druppels en inademen van virus werden als de meest waarschijnlijke vorm genoemd. Naar aanleiding van SARS werd gedacht dat alleen zieke mensen het virus zouden kunnen overdragen.

Infectieverschijnselen: De meeste mensen hebben algemene ziekteverschijnselen, zoals koorts en droge hoest. Ongeveer 25% van de zieken krijgt een longontsteking, en klein deel daarvan krijgt een fatale longontsteking. Voor behandeling gebruikt men antivirale middelen die tijdens de MERS epidemie ook zijn ingezet. De werking ervan is echter volstrekt onbekend.

Wat wisten we op 1 september 2020 van het virus?

Reservoir: Het oorspronkelijke reservoir is nog steeds niet bekend. China doet zelf onderzoek naar de gastheer en tussengastheer. Nertsen blijken in Nederland ook als reservoir op te treden en elkaar te kunnen besmetten. Nertsenfokkerijen worden daarom geruimd.

Bron: Overdracht van mens op mens staat buiten kijf. Ook mensen die (nog) geen symptomen hebben, kunnen anderen besmetten.

14 R. Mukherjee, 'Global efforts on vaccines for COVID-19: Since, sooner or later, we all will catch the coronavirus', *Journal of Biosciences* 2020, 45(1):68.

Overdracht: Hoewel de overdracht van het virus voornamelijk via (grotere) druppels gaat, zijn er ook aanwijzingen dat aerosolen een rol spelen. Super-spreading door bijvoorbeeld gezamenlijk zingen in een gesloten ruimte waarbij een zeer besmettelijke persoon is betrokken, is aangetoond.

Infectieverschijnselen: COVID-19 blijkt een systeemziekte te zijn die verschillende organen kan treffen, naast longen ook bloedvaten (trombose), hart en hersenen. De ernst van de ziekte wordt deels veroorzaakt door een op hol geslagen afweerreactie van het lichaam. Chronische verschijnselen van COVID-19 worden beschreven. Mensen op oudere leeftijd, vooral mannen, hebben verhoogde kans op ernstige verschijnselen, met name bij bestaande chronische ziekten, zoals obesitas, hart- en vaatziekten, diabetes enzovoort. Ook blijken mensen uit etnische minderheidsgroepen zwaarder getroffen te worden. In verpleeghuizen is er een hoge sterfte aan COVID-19. Kinderen hebben nauwelijks ziekteverschijnselen en dragen waarschijnlijk ook nauwelijks bij aan de verspreiding van SARS-CoV-2.

Wat wisten we op 31 januari 2021 van het virus?

Reservoir: Een WHO-delegatie onderzoekt nu het oorspronkelijke reservoir in Wuhan. Naast nertsen blijken ook hamsters, fretten en andere knaagdieren besmet te kunnen raken en de besmetting te kunnen overdragen. De WHO vreest het ontstaan van een reservoir in dieren op verschillende plekken in de wereld, waardoor SARS-CoV-2 onuitroeibaar wordt.

Bron: Inmiddels zijn er een aantal varianten van het SARS-CoV-2 virus ontstaan door mutaties. B117 (meestal de Britse variant genoemd) en 1351 (Zuid-Afrika) P1 (Brazilië) zijn bekende varianten die ook in Nederland meer voorkomen.

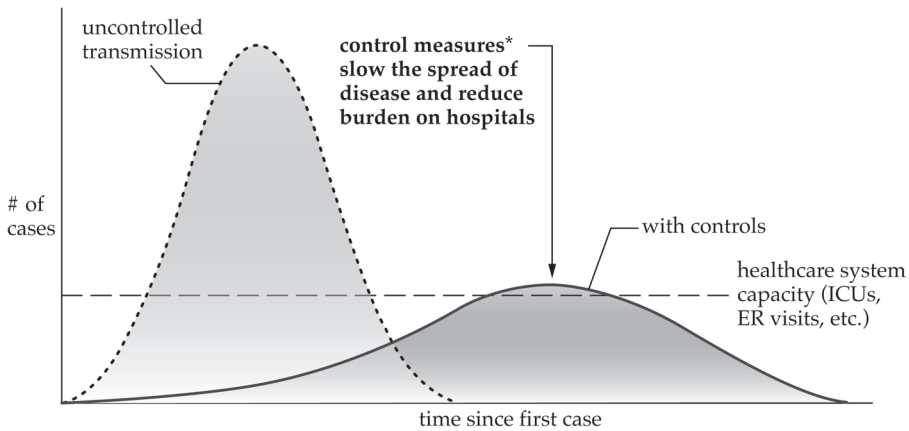
Overdracht: De nieuwe varianten zijn besmettelijker dan de 'klassieke' variant en leiden daardoor tot meer infecties en meer ziekten. De gangbare testen kunnen de nieuwe varianten wel herkennen.

Infectieverschijnselen: De nieuwe varianten zijn – voor zover nu bekend – niet dodelijker dan de klassieke variant. Uit laboratoriumstudies zijn er aanwijzingen dat een doorgemaakte COVID-19-infectie geen immuniteit geeft tegen de nieuwe Zuid-Afrikaanse variant en dat mensen dus opnieuw geïnfecteerd kunnen worden.

Op het gebied van behandeling is er geen enkel middel gevonden dat echt het virus kan verwijderen. Symptomatische behandeling en met name voorkomen van overreactie van het immuunsysteem is nu de gangbare behandeling.

De aanpak van de regering werd gericht op het zo veel mogelijk onder controle houden van het virus, voorkomen dat de zorg overbelast werd en beschermen van kwetsbare personen. Het doel van de aanpak was ‘flatten the curve’ ofwel het zo langzaam mogelijk laten voortschrijden van de infecties, en voorkomen dat te veel mensen tegelijkertijd ziek zouden worden (zie figuur 3).

Lower and delay the epidemic peak



* control measures may include handwashing, teleworking, limiting large gatherings, minimizing travel, etc.

CC BY 2.0 Esther Kim @K_thos
Carl T. Bergstrom @CT_Bergstrom

Figuur 3. ‘Flatten the curve’ in COVID-19 (Bron: Esther Kim & Carl T. Bergstrom <http://ctbergstrom.com/covid19.html>).

Aanvankelijk gebruikte de regering het begrip ‘groepsimmunitet’ en was het idee dat wanneer een grote groep mensen de besmetting zou doormaken, de epidemie zou uitdoven. Dit idee was snel verlaten omdat zelfs bij een lage sterfte er toch meer dan 100.000 doden zouden kunnen vallen door COVID-19.

Voor epidemieën van nationale omvang liggen draaiboeken klaar en zijn er bestaande structuren, die beslissingen nemen (zoals de veiligheidsregio’s), of de regering adviseert zoals het Outbreak Management Team (OMT), een adviesorgaan bestaande uit medisch deskundigen, onder leiding van de directeur infectieziekten van het RIVM, Jaap van Dissel. Het OMT valt volgens de organisatiestructuur van landelijke advisering bij infectieziektedreigingen en crises onder het Bestuurlijk Afstemmingsoverleg (BAO). Normaal gesproken zou het OMT het BAO adviseren en het BAO zou vervolgens de betrokken minister(s) adviseren op politiek bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid van het advies van het OMT. Opvallend was in deze pandemie dat het OMT de regering zonder tussenkomst van het BAO direct adviseerde. Jaap van Dissel schoof als voorzitter van het OMT iedere zondag aan bij het crisisonderzoek van het kabinet in het Catshuis, een informeel

overleg waarin de leden van het kabinet spreken met deskundigen over de stand van zaken met betrekking tot de coronacrisis.

3.1 *De eerste golf (maart-april 2020)*

In de week van 9 maart werden op opeenvolgende dagen steeds verdergaande maatregelen genomen. Waar het op 9 maart nog bleef bij hygiënemaatregelen (zo mochten er geen handen meer worden geschud), werd op 12 maart een uitgebreidere lijst van maatregelen en dringende adviezen aan de bevolking gepresenteerd. Terwijl het aantal besmettingen en opnames verder toenamen, bleken deze maatregelen al snel ontoereikend. Op 15 maart werden er verderstreckende maatregelen aangekondigd: binnen een halfuur moesten de horeca, seksbedrijven en sportclubs hun deuren sluiten en, onder druk van artsenorganisaties en onderwijsbonden, moesten ook de scholen vanaf 16 maart sluiten.

Ondertussen bleven de intensive care (IC)-units volstromen en dreigde het gezondheidssysteem te bezwijken, wat de prikkel voor de regering vormde om strengere maatregelen te nemen. Op 23 maart werd de ‘intelligente lockdown’ geïntroduceerd. Er moest onder andere te allen tijde anderhalve meter afstand worden gehouden, alle bijeenkomsten werden verboden tot 1 juni en burgemeesters kregen de mogelijkheid om via noodverordeningen beter de maatregelen te kunnen handhaven, waarbij aanvankelijk forse (en later lagere) boetes konden worden uitgedeeld aan zowel individuen als bedrijven voor het niet-naleven van de regels.

Er heerste lange tijd grote vrees dat de gezondheidszorg de toestroom van patiënten op de IC's niet aan zou kunnen. Het ‘flatten the curve’-beleid dreigde te mislukken. Volgens voorspellingen van het RIVM zouden er in de zomer meer dan 5.000 patiënten zorg op de IC's nodig kunnen hebben en zou het zover kunnen zijn gekomen dat patiënten moesten worden geweigerd (draaiboek zwart).¹⁵ Nederland heeft een efficiënte infrastructuur qua zorgverlening maar de reserve capaciteit is relatief beperkt.¹⁶ Begin april werd echter de piekbelasting op de IC bereikt waarna er een snelle daling op gang kwam. De maatregelen leken effectief te zijn in het beperken van de piekbelasting van de zorginfrastructuur.

15 NRC. Hoe Nederland de controle verloor: De corona-uitbraak van dag tot dag, 19 juni 2020, <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/06/19/hoe-nederland-reageerde-op-het-nieuwe-virus-uit-china-van-niks-aan-de-hand-tot-blindepaniek-a4003075>.

16 J. Wallinga, J.A. Backer, D. Klinkenberg, A.J. van Hoek, S.J.M. Hahné, W. van der Hoek & S. van den Hof, ‘De COVID-19-epidemie: indammen en afvlakken’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2020, 164:D4961.

Nadat de daling van IC-opnames op gang kwam, werden bestaande maatregelen nog wel verlengd, maar werden er geen strengere maatregelen meer getroffen. Onder maatschappelijke druk ging de regering, eerder dan gepland, begin mei over op een ‘gefaseerde exit strategie’ uit de intelligente lockdown. Vanaf 1 juni ging de horeca weer open en ging de reguliere dienstregeling van het openbaar vervoer weer in. Tevens gingen de basis- en middelbare scholen open.

Aanvankelijk werden door onvoldoende testcapaciteit alleen mensen met een vitaal beroep (onder voorwaarden) en patiënten met significante klachten en onderliggend lijden getest. In verpleeg- en verzorgingshuizen werd niet getest. Omdat er relatief weinig mensen werden getest, zijn waarschijnlijk veel meer mensen met het coronavirus besmet geweest, zelfs al voor de eerste patiënt gediagnosticeerd werd. Vanaf 1 juni 2020 kon iedereen met klachten worden getest en pas per 1 december konden ook mensen met verdenking van coronabesmetting terecht bij de teststraten. Per 3 februari 2021 werden mensen opgeroepen om een test te doen wanneer zij in nauw contact met een coronapatiënt stonden, maar geen klachten hadden.¹⁷

Opvallend was het Nederlandse beleid ten aanzien van gebruik van mondkapjes. Waar de WHO en het Center for Disease Control in de Verenigde Staten in juni voldoende bewijs zagen voor het nut van mondkapjes, bleef het OMT volhouden dat er niet voldoende bewijs was. De voorzitter was van mening dat mensen met mondkapje social distancing zouden verwaarlozen. In het advies van 18 september 2020 betreffende mondkapjes in verpleeghuizen, schreef Jaap van Dissel dat niet-medische mondkapjes geen bescherming boden en niet nodig waren.¹⁸ Pas onder maatschappelijke druk werd uiteindelijk beleid ontwikkeld op dit gebied dat gericht was op het wel dragen van mondkapjes in publiek ruimtes; in het openbaar vervoer was dit wel al eerder verplicht geworden, zonder het advies van het OMT af te wachten.

Pas na afnemen van het aantal ziektegevallen in april, kwam in Nederland het bron- en contactonderzoek op gang, met als doel haarden van infectie op te sporen, en gerichte maatregelen ter verspreiding te nemen. Echter de meeste GGD'en hadden onvoldoende capaciteit gehad om effectief dit onderdeel van de epidemiebestrijding uit te voeren. Het noorden van Nederland was daarop een uitzondering. Bij het oplopen van het aantal gevallen in de tweede golf, bleek de capa-

17 RIVM. Praktische informatie over testen, <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/testen>.

18 RIVM. Advies van het Outbreak Management Team (OMT) van 18 september 2020 over de situatie rondom de COVID-19 uitbraak, 18 september 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/brieven/2020/09/21/advies-nav-77e-omt-deel-2/advies-nav-77e-omt-deel-2.pdf>.

citeit van GGD'en onvoldoende en werd voornamelijk onderzoek gedaan naar clusters van uitbraken.

De maatregelen die getroffen waren in de eerste golf waren effectief om het aantal ziekenhuisopnames te beperken. In het begin van de zomer was er ademruimte ontstaan. Om lokale uitbraken te voorkomen, zette het kabinet in op een regionale aanpak. Dit zou mogelijk worden gemaakt onder andere middels rioolwateronderzoek en het bron- en contactonderzoek. Verder ontwikkelde het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de CoronaMelder-applicatie voor de mobiele telefoon.¹⁹ De gebruikers van deze applicatie krijgen een melding op hun mobiele telefoon als zij lang in de buurt waren geweest van iemand die achteraf positief was getest voor het coronavirus en ook gebruikmaakte van de CoronaMelder-applicatie. Het gebruik van de CoronaMelder is altijd vrijwillig geweest. Voorts was ook het 'Dashboard Coronavirus' geïntroduceerd.²⁰ Het dashboard laat op basis van informatie van onder andere de GGD'en, het RIVM en ziekenhuizen zien hoe de coronapandemie zich in Nederland ontwikkelt. De bedoeling was om door middel van signaalwaarden snel zicht te krijgen op regionale brandhaarden en deze meteen aan te pakken (onder andere 7 besmettingen per 100.000 inwoners per dag, reproductie getal 1, 40 ziekenhuisopnames per dag). Toch slaagde deze aanpak niet.

3.2 *De tweede golf (september 2020-januari 2021)*

De aanloop naar de tweede golf vond eind juli plaats toen de besmettingscijfers begonnen op te lopen in de grote steden, met name in Amsterdam en Rotterdam. Aanvankelijk leek het of het ruimere testbeleid meer besmettingen liet zien, die voordien niet herkend waren. Ondanks overschrijden van de signaalwaarden werd er niet ingegrepen. In augustus was er sprake van lokale brandhaarden in grote steden. Snel werden dat er steeds meer, waardoor het bron- en contactonderzoek begon vast te lopen. Het kabinet wilde in deze periode echter nog niet overgaan op landelijke maatregelen. De veiligheidsregio's gingen wel maatregelen introduceren. Zo gingen Amsterdam en Rotterdam enige tijd experimenteren met een mondkapjesplicht en eenrichtingsverkeer in bepaalde drukke (winkel)straten. Desondanks bleef tot half september landelijk het aantal besmettingen op rond de 500 besmettingen per dag steken. Er leek sprake van een plateau en volgens het kabinet was de situatie onder controle waardoor er geen noodzaak was voor strengere landelijke maatregelen.

Het tij begon half september te keren toen de besmettingen in heel Nederland begonnen te stijgen en de signaalwaarden op het coronadashboard niet alleen in

19 CoronaMelder, <https://www.coronamelder.nl>.

20 Rijksoverheid. Dashboard coronavirus, <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl>.

de grote steden werden overschreden, maar ook landelijk. Het kabinet trok de regie weer naar zich toe. Eerst werden in enkele regio's maatregelen genomen, met name rond de openingstijden van de cafés en restaurants, die later uitgebreid en strenger werden.

Het aantal besmettingen bleef stijgen en de druk op de zorg bleef toenemen waardoor op 14 oktober er een gedeeltelijke lockdown werd ingevoerd die vergelijkbaar was met de intelligente lockdown van maart 2020. Na lange en uitvoerige discussie over het nut van mondkapjes, kwam er ook het dringende advies om in publieke ruimtes een mondkapje te dragen. Aanvankelijk was dit om juridische redenen een advies, maar later werd dit een plicht.

Gelijktijdig werd naar het Ierse model een 'routekaart'²¹ gepresenteerd met het doel om meer duidelijkheid te scheppen over welke maatregelen op welk moment nodig zijn om het aantal besmettingen onder controle te krijgen en zodoende de aanpak voorspelbaar te houden voor de lange termijn. Deze routekaart verdween al snel weer uit zicht.²² Een nieuwe routekaart werd geïntroduceerd op 2 februari 2021.²³

De gedeeltelijke lockdown werd ingevoerd ten tijde dat het risiconiveau zeer ernstig was (> 250 positieve testen per 100.000 inwoners per week en > 27 ziekenhuisopnames per 1 miljoen inwoners per week). Er werd een vuurwerkverbod ingesteld voor oudjaar 2020. De cafés en restaurants werden opnieuw gesloten en het maximumaantal bezoekers per huishouden werd beperkt naar maximaal drie personen per dag. In oktober werden voor winkels en kerken nog geen beperkingen opgelegd, al beperkten winkels wel het maximumaantal klanten dat tegelijkertijd binnen mocht zijn. Een deel van de kerken ging onder maatschappelijke druk aan zelfregulatie doen door over te gaan op digitale diensten.

De tweede golf bereikte een piek (400 ziekenhuisopnames op 2 november, inclusief IC)²⁴ wat betreft de ziekenhuisbezetting begin november en zakte tot begin december weer af, waarna de ziekenhuisbezetting weer begon te stijgen. We noemen dit nog steeds de tweede golf omdat het aantal besmettingen nooit onder de

21 Rijksoverheid. Routekaart coronamaatregelen, 13 oktober 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/10/13/risiconiveaus-en-maatregelen-covid-19>.

22 Het Parool. 'Waar is de routekaart tegen corona gebleven?', 14 november 2020, <https://www.parool.nl/nederland/waar-is-de-routekaart-tegen-corona-gebleven~bbdafec5/>

23 Rijksoverheid. Routekaart coronamaatregelen, 2 februari 2021, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/02/routekaart-coronamaatregelen>.

24 Rijksoverheid. Dashboard coronavirus, <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/ziekenhuis-opnames>.

signaalwaarde (35 besmettingen per 100.000 inwoners per week) gekomen is. Ter bestrijding van deze golf ging op 15 december een volledige lockdown in. Ten opzichte van de gedeeltelijke lockdown, werden daarbovenop onder andere alle niet-essentiële winkels gesloten en mensen met een contactberoep (met uitzondering van (para)medische contactberoepen) zoals kappers moesten het werk neerleggen. Alle scholen moesten ook sluiten. Er waren wel een aantal uitgezonderde leerlingen (onder andere eindexamenleerlingen) die op school les mochten blijven krijgen. De volledige lockdown werd later verlengd tot in ieder geval 9 februari 2021.

Ten tijde van schrijven, in januari 2021, was er een lichte daling van het aantal infecties en de ziekenhuisbezetting te observeren. Echter, in het Verenigd Koninkrijk was er gelijktijdig sprake van een zeer hoge ziekenhuisbezetting ten gevolge van een mutatie van het coronavirus, de zogenaamde ‘Britse’ variant, die weliswaar niet dodelijker zou zijn, maar wel besmettelijker. Ondanks dat er slechts nog weinig gevallen van de Britse variant in Nederland waren, werd er al in januari 2021 gespeculeerd over een mogelijke nieuwe, derde, golf in februari-maart waarin de Britse variant dominant zou kunnen zijn. De Britse variant zou het oorspronkelijke variant van het coronavirus kunnen verdringen. In het meest recente OMT-advies werd vermeld dat het reproductiegetal van het oorspronkelijke coronavirus net onder de 1 lag, terwijl die van het Britse variant 30% hoger was.²⁵ Dit zou kunnen leiden tot twee aparte corona-epidemieën: één met het oorspronkelijke virus en één met het Britse variant.²⁶ In het licht hiervan werd op 23 januari 2021 een avondklok ingesteld van 21.00 uur tot 4.30 uur, op zijn minst tot 9 februari 2021. Het aantal bezoekers thuis werd beperkt tot één per dag. Op 4 februari werd aangekondigd dat basisscholen weer open zouden gaan op 9 februari, en winkels afhaaldiensten zouden kunnen leveren. De andere maatregelen bleven van kracht.

4 De maatregelen van de zorgaanbieders

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de maatregelen die zorgaanbieders troffen. Er wordt apart ingegaan op de eerste en tweede golf.

25 RIVM. Britse variant wint terrein in Nederland, 26 januari 2021, <https://www.rivm.nl/nieuws/Britse-variant-wint-terrein-in-Nederland>.

26 Tweede Kamer. 96e OMT advies over o.a. de openstelling van het primair onderwijs en kinderopvang en kabinetsreactie, 17 januari 2021, <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=1a9c5c08-80f5-4e4e-a870-2e846995ceab&title=96e%20OMT%20advies%20over%20o.a.%20de%20openstelling%20van%20het%20primair%20onderwijs%20en%20kinderopvang%20en%20kabinetsreactie%20.docx>.

4.1 *De eerste golf (maart-april 2020)*

De COVID-19-pandemie had voor grote verschuivingen gezorgd binnen alle sectoren van de Nederlandse gezondheidszorg. Er was sprake van een grote toename van COVID-19 patiënten waardoor de volledige ziekenhuiscapaciteit benut moest worden, met name op de IC's waar de toestroom aan COVID-19 patiënten de IC-capaciteit volledig benutte. Overbrengen van patiënten naar het noorden van het land, en zelfs een aantal patiënten naar Duitsland was daarvoor noodzakelijk. Vanwege de grote inspanningen die verricht werden om het aantal IC-bedden binnen korte tijd op te schroeven, werd de reguliere zorg grotendeels stilgelegd. Om een IC-bed te kunnen bieden, is namelijk meer dan een bed nodig. De bottleneck werd gevormd door een tekort aan medisch apparatuur (zoals beademingsapparatuur), persoonlijke beschermingsmiddelen en personeel. Dit tekort werd opgevuld door de reguliere zorg tijdelijk te pauzeren en alleen nog acute zorg te leveren aan niet-coronapatiënten. Zo werden artsen en verpleegkundigen uit het reguliere zorgproces vrijgemaakt om zorg aan coronapatiënten te leveren en stonden niet alleen reguliere ziekenhuisafdelingen, maar ook dierenklinieken, tandartsen, ambulancediensten en anderen hun beademingsapparatuur af ten behoeve van de zorg voor coronapatiënten. Uit voorzorg werden fysieke afspraken in het ziekenhuis ook geannuleerd zodat kwetsbare patiënten geen risico namen door naar het ziekenhuis te komen. Er was een grote onbekendheid met het virus waardoor het niet duidelijk was welke reguliere zorg nog veilig kon worden geleverd met welke mate van bescherming. Als gevolg daarvan werden er fors minder verwijzingen naar ziekenhuizen gedaan en veel mensen moesten langer wachten op een afspraak in het ziekenhuis.²⁷

Uit onderzoek van het RIVM²⁸ blijkt dat ten tijde van de piek van de corona-epidemie de huisartsenzorg meer zorg op afstand was gaan verlenen via telefonische afspraken, beeldbellen, chatten en patiënten foto's laten insturen. Zoals eerder vermeld, werd de reguliere ziekenhuiszorg tijdens de piek van de corona-epidemie flink teruggeschoefd. Verder blijkt uit het onderzoek van het RIVM dat in april slechts bij 11% van de patiënten de afspraken in het ziekenhuis normaal

27 Nederlandse Zorgautoriteit. Analyse van de gevolgen van de coronacrisis voor de reguliere ziekenhuiszorg, 21 juli 2020, https://puc.overheid.nl/nza/doc/PUC_316708_22/1/; NOS. 360.000 minder reguliere verwijzingen huisartsen door corona; NOS, 360.000 minder reguliere verwijzingen huisartsen door corona, 20 april 2020, <https://nos.nl/artikel/2331050-360-000-minder-reguliere-verwijzingen-huisartsen-door-corona.html>.

28 Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu. Kortcyclische rapportage indirecte effecten COVID-19 op zorg en gezondheid, 25 mei 2020, https://www.rivm.nl/sites/default/files/2020-06/Kort-cyclische%20rapportage%20indirecte%20effecten%20COVID-19%20op%20zorg%20en%20gezondheid_Publieksversie_lijn_v4%20GB%20beveiligd.pdf.

doorgang vonden. In de laatste twee weken van april kon slechts 30% van de operatiekamer capaciteit benut worden doordat anesthesisten en ander personeel werden ingezet op de IC. Er werden 20-25% minder kankerdiagnoses gesteld en er werden kankerbehandelingen uitgesteld, er kwam minder acute en geplande hartproblematiek onder de aandacht in het ziekenhuis, en het aantal transplantaties was teruggevallen. De geestelijke gezondheidszorg (GGZ) ontving 50% minder verwijzingen vanuit de huisarts. Ook bestaande (behandel)contacten binnen de GGZ waren geheel of gedeeltelijk weggevallen, al kreeg de helft van de patiënten wel alternatieve zorg en hulp aangeboden. De dagbesteding voor kwetsbare ouderen was weggevallen, evenals de ondersteuning voor mensen met een kwetsbare psychische gezondheid. Ook de paramedische zorg en de gehandicaptenzorg hebben minder zorg geleverd. Alleen de thuiszorg zag geen reductie in de hoeveelheid zorg voor de meeste cliënten.

Zoals hiervoor ook beschreven, heeft zich een grote ramp voltrokken in verpleeg- en verzorgingshuizen, met een grote sterfte onder bewoners, maar ook ingrijpende maatregelen zoals volledig verbieden van bezoek, mantelzorgers, en bewegingsbeperkingen voor personeel en vrijwilligers.²⁹

Eind april 2020 werd de reguliere zorg weer gefaseerd opgestart en eind juli opereerde de reguliere zorg weer bijna op het oude niveau. Het lukte echter niet de opgelopen achterstanden in de reguliere zorg in te halen. Bijvoorbeeld het aantal borstkankerdiagnoses blijft achter, onder andere door het stilleggen van borstkankerscreening.

4.2 *De tweede golf (september-januari 2021)*

De tweede golf was in meerdere opzichten anders dan de eerste golf. Nederland werd in de eerste golf overvallen door het coronavirus. Dit was anders in de tweede golf. Waar in maart er maar twee testcentra waren, werd vanaf 1 juni begonnen met mensen met klachten laagdrempelig te testen in heel Nederland. Doordat er veel meer mensen werden getest, konden de besmettingen veel beter in kaart worden gebracht, wat resulteerde in een gedetailleerd (regionaal) overzicht. Verder was de voorbereiding op de tweede golf beter in termen van de beschikbaarheid van beschermingsmiddelen en apparatuur. Er bestond voorts meer kennis over de effecten van het virus en over welke medicijnen effectief waren (bloedverdunners, ontstekingsremmers en antivirale middelen) waardoor een ernstig ziektebeeld beter voorkomen kon worden en waardoor het mogelijk was om de IC-opnames te verminderen en de opnameduur te verkorten. Doordat er meer getest werd, kwam men er tevens sneller achter dat iemand geïnfecteerd was, waardoor men

29 Dashboard coronavirus. Verpleeghuiszorg, <https://coronadashboard.rijks-overheid.nl/landelijk/verpleeghuiszorg>.

eerder kon starten met behandelen en derhalve een ernstiger ziekteverloop (op de IC) beter kon worden voorkomen. Toch was er wel degelijk ook sprake van druk op de zorg tijdens de tweede golf. Waar de eerste golf krachtig was en snel kwam opzetten, kwam deze ook door strenge maatregelen snel onder controle. De tweede golf bereikte niet het aantal IC-opnames van april, maar hield veel langer aan. In de tweede golf is daarom het aantal ziekenhuisopnames al hoger dan tijdens de eerste golf (en deze golf is nog niet voorbij, terwijl serieus rekening moet worden gehouden met een derde golf).

Waar de eerste piek in Oost-Brabant en Noord-Limburg was, waren de meeste COVID-19-patiënten in de tweede golf in meerdere regio's in het land. Verder was er ook een verschuiving van IC-opnames naar de reguliere opnames op de verpleegafdelingen. Door verbetering in de behandeling kwamen minder mensen op de IC's terecht, maar werden veel mensen op de normale verpleegafdelingen opgenomen. De beschikbaarheid van het zorgpersoneel, net als in de eerste golf, bleef een belangrijke zorgwekkende factor. Bijkomend was dat het zorgpersoneel nog op adem moest komen van de eerste golf en er tijdens de tweede golf ook veel ziekteverzuim door het coronavirus was onder het zorgpersoneel. Echter, waar in de eerste golf de reguliere niet-spoedeisende zorg zo goed als stil kwam te liggen, was de afschaling in de tweede golf minder groot.

Ten tijde van dit schrijven bedroeg het percentage ziekenhuizen dat de kritiek planbare zorg nog maar deels kon leveren 31, terwijl semi-acute zorg nog wel in alle regio's beschikbaar was. De overige planbare zorg was echter wel in bijna de helft van de ziekenhuizen gedeeltelijk afgeschaald en in ruim de helft van de ziekenhuizen geheel afgeschaald.³⁰ Verdere verspreiding van de Britse variant zou ertoe kunnen leiden dat ziekenhuisopnames en IC-opnames weer sterk toenemen.

5 De snelle ontwikkeling van vaccins en geneesmiddelen

Na het uitbreken van de corona-epidemie is de zoektocht naar een vaccin en geneesmiddelen tegen COVID-19 in sneltreinvaart op gang gekomen.

De eerste therapeutische strategie was het inzetten van bestaande geneesmiddelen bij COVID-19. Zo kwamen de antimalariamiddelen chloroquine en hydroxychloroquine in het nieuws als potentiële medicijnen bij COVID-19. Momenteel worden deze middelen echter afgeraden door het gebrek aan klinisch effect en het

30 Nederlandse Zorgautoriteit. Reguliere ziekenhuiszorg de afgelopen week iets verder afgeschaald, 7 januari 2021, <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2021/01/07/reguliere-ziekenhuiszorg-de-afgelopen-week-iets-verder-afgeschaald>.

bestaan van risicovolle bijwerkingen.³¹ Er zijn verder andere bestaande antivirale medicijnen die enige potentie toonden maar (nog) niet worden aanbevolen in Nederland.³² Eind juni werd het eerste medicijn tegen COVID-19, de virusremmer remdesivir, die oorspronkelijk tegen het Ebola-virus werd ingezet, goedgekeurd door de Europese medicijnautoriteit, onder voorwaarde dat eind 2020 de fabrikant aanvullende onderzoeksresultaten aanlevert. Echter, eind november 2020, besloot de WHO na een grote internationale trial, dat het middel niet werkzaam was en afgeraden moest worden.³³

Onstekingsremmers zoals dexamethason bleken wel klinisch effectief bij opgenomen patiënten, om het overprikkelde immuunsysteem af te remmen. Ook worden antistollingsmedicatie die aan opgenomen patiënten verstrekt omdat er bij COVID-19 een verhoogde kans is op bloedstolsels. De medische behandeling bestaat dus vooral uit ondersteuning van de patiënt, en behandeling van complicaties. Er is geen goed werkzame primaire behandeling, al wordt er nog onderzoek gedaan naar een reeks middelen, waaronder Ivermectine. Er is nog geen bewijs dat dit middel in klinische dosering werkzaam is.

Het echte wachten was op de komst van een vaccin, de meest effectieve manier om verspreiding van virussen te voorkomen. Het verleden leert dat de ontwikkeling van een veilig en effectief vaccin wel 10 tot 20 jaar in beslag kan nemen voordat dit op grote schaal beschikbaar is.³⁴ Soms slaagt de ontwikkeling van een vaccin niet ondanks uitvoerig onderzoek, zoals dat het geval is met hiv. Omdat de noodzaak voor een vaccin tegen het coronavirus echter erg hoog was, werd er over de hele wereld in hoog tempo onderzoek gedaan om sneller een vaccin te ontwikkelen. De genetische code van het nieuwe coronavirus werd op 11 januari 2020 gepubliceerd en de menselijke studies naar het eerste kandidaat-vaccin waren al op 16 maart gestart,³⁵ wat een ongekend snelle ontwikkeling is, mede mogelijk gemaakt doordat het SARS-CoV-2 virus in zekere opzichten leek op andere coronavirussen, zoals SARS-CoV en MERS-CoV waarnaar al veel vaccinonder-

31 Stichting Werkgroep Antibioticabeleid. Medicamenteuze behandeling voor patiënten met COVID-19 (infectie met SARS-CoV-2), <https://swab.nl/nl/covid-19>.

32 Idem.

33 World Health Organization. WHO recommends against the use of remdesivir in COVID-19 patients, 20 november 2020, <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-recommends-against-the-use-of-remdesivir-in-covid-19-patients>.

34 K.M. Ella & V.K. Mohan, 'Coronavirus Vaccine: Light at the End of the Tunnel', *Indian Pediatrics* 2020, 57,5, p. 407-410.

35 T. Thanh Le, Z. Andreadakis, A. Kumar, R. Gómez Román, S. Tollefsen, M. Saville, & S. Mayhew, 'The COVID-19 vaccine development landscape', *Nature Reviews Drug discovery*, 2020, 19(5), p. 305-306.

zoek was gedaan voordat SARS-CoV-2 zijn entree maakte. De snelle ontwikkeling werd mogelijk gemaakt door miljardeninvesteringen van westerse overheden en door aankoop van vaccins, zelfs voor goedkeuring door de regulerende autoriteiten. Bij de razendsnelle ontwikkeling waren wel de noodzakelijke stappen voor waarborgen van de veiligheid en effectiviteit van het vaccins in acht genomen.³⁶

Er zijn op het moment van schrijven van het hoofdstuk twee vaccins in gebruik in Nederland (Pfizer/BioNTech en Moderna). Het Europees Geneesmiddelenagentschap (EMA) heeft ook het vaccin van AstraZeneca-Oxford goedgekeurd (dat al in het Verenigd Koninkrijk wordt toegepast). Janssen Pharmaceuticals heeft aangekondigd dat studies afgerond zijn, en goedkeuring voor het vaccin wordt aangevraagd. De laatste twee vaccins vereisen geen extreme koeling, wat massavaccinatie veel eenvoudiger maakt. Het Russische Sputnik V COVID-19 wordt al massaal toegepast in verschillende landen, en werd als veilig en effectief bestempeld in het medisch tijdschrift *The Lancet*.³⁷ Mogelijk dat op termijn ook voor dit vaccin goedkeuring bij het EMA aangevraagd wordt.

Het op grote schaal produceren van goedgekeurde vaccins is nog een uitdaging.³⁸ Vertragingen in leveranties treden al op. De Europese Commissie en het bedrijf AstraZeneca liggen in de clinch over leveringsvoorwaarden voor het vaccin, na aankondiging van verdraagde levering.³⁹

Nederland begon in januari 2021 met vaccineren van de meest kwetsbare groepen en zorgmedewerkers. Daarna volgen andere groepen. De Rijksoverheid publiceerde een stroomschema voor de vaccinatiestrategie.⁴⁰ Daaruit blijkt dat het streven is om voor het begin van het vierde kwartaal van 2021 een volledige dekking te bereiken, zodat groepsimmunitet gerealiseerd wordt. Het zal echter onder andere afhangen van tijdige levering door Pfizer/BioNTech, Moderna en AstraZeneca en van goedkeuring van de vaccins van andere producenten (Janssen, CureVac en Sanofi). Een punt van zorg blijft de bereidheid onder de bevolking om zich te laten vaccineren.

36 E. Lockey, 'COVID-19: The race for a vaccine', *Journal of the Renin-Angiotensin-Aldosterone System* 2020, 21,2.

37 I. Jones & P. Roy, 'Sputnik V COVID-19 vaccine candidate appears to be safe and effective', *The Lancet*, 2 februari 2021, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)00191-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)00191-4).

38 E. Lockey, 'COVID-19: The race for a vaccine', *Journal of the Renin-Angiotensin-Aldosterone System* 2020, 21,2.

39 European Commission. Vaccines: contract between European Commission and AstraZeneca now published, 29 januari 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_302.

40 Rijksoverheid. Vaccinatiestrategie: stroomschema (versie 4 januari 2021), 4 januari 2021, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/04/vaccinatiestrategie-flowchart>.

6 Beschikbare hulpmiddelen en hun productie

Zoals eerder beschreven, ontstond er tijdens de piek van de coronacrisis een tekort aan medische mondkapjes en andere persoonlijke beschermingsmiddelen, wat ervoor zorgde dat de reguliere zorg op lage toeren heeft moeten draaien. Het tekort aan hulpmiddelen betrof niet alleen persoonlijke beschermingsmiddelen, maar ook een tekort aan testmaterialen, waardoor de testcapaciteit onder druk kwam te staan. Het tekort aan hulpmiddelen speelde alleen tijdens de eerste golf.

Eind januari 2020 kwam een mogelijk tekort aan persoonlijke beschermingsmiddelen (mondkapjes, brillen, overalls en handschoenen) onder de aandacht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en regionale crisismanagers.⁴¹ De eerste werkelijke tekorten kwamen in Nederland midden februari 2020 aan het licht.⁴² Complicerende factoren waren daarbij dat op dat moment de wereldwijde vraag naar producten sterk toenam⁴³, Nederland minimale buffers had en niet over eigen productiecapaciteit beschikte, meerdere landen een exportverbod van deze middelen implementeerden, en de prijs van deze hulpmiddelen flink steeg terwijl de kwaliteit van de hulpmiddelen soms te wensen overliet.⁴⁴ Omdat het coronavirus begin februari nog weinig zorgen baarde, leverde Nederland op een verzoek van China hulpmiddelen aan Wuhan, waarna twee weken later het OMT een mondkapjestekort signaleerde.⁴⁵

Via drie wegen ging de Nederlandse overheid het tekort aan persoonlijke beschermingsmiddelen tegen. Terwijl voor de coronacrisis zorginstellingen zelf hulpmiddelen inkochten bij distributeurs,⁴⁶ werd op 23 maart het Landelijk Consortium Hulpmiddelen (LCH) opgericht met als doel om op landelijk niveau zo spoedig mogelijk persoonlijke beschermingsmiddelen en medische hulpmiddelen van de

41 *Volkskrant*. Februari: de verloren maand in de strijd tegen het coronavirus, 11 april 2020, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/februari-de-verloren-maand-in-de-strijd-tegen-het-coronavirus~b09e4c7a8/>.

42 Idem.

43 NOS. 'Mogelijk wereldwijd tekort aan beschermingsmiddelen tegen coronavirus', 7 februari 2020, <https://nos.nl/artikel/2321980-mogelijk-wereldwijd-tekort-aan-beschermingsmiddelen-tegen-coronavirus.html>.

44 *Volkskrant*. Februari: de verloren maand in de strijd tegen het coronavirus, 11 april 2020, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/februari-de-verloren-maand-in-de-strijd-tegen-het-coronavirus~b09e4c7a8/>.

45 Idem.

46 *Parool*. Nog altijd schrijnend tekort aan beschermingsmiddelen voor zorgpersoneel, 1 mei 2020, <https://www.parool.nl/nederland/nog-altijd-schrijnend-tekort-aan-beschermingsmiddelen-voor-zorgpersoneel~b5018721/>.

juiste kwaliteit en in de juiste hoeveelheid in te kopen.⁴⁷ Verder werden er productielijnen voor hulpmiddelen in Nederland opgestart en werd veilig hergebruik van persoonlijke beschermingsmiddelen onderzocht en werden daarover adviezen uitgebracht.⁴⁸ Er kwam verder een nieuwe verdeelmodel van beschermingsmiddelen, waarmee bij het verspreiden van de beschermingsmiddelen rekening werd gehouden met het besmettingsrisico bij zorghandelingen.⁴⁹

Uit verschillende evaluaties komt duidelijk naar voren dat schaarste aan testen en aan beschermingsmiddelen het beleid beïnvloed heeft, en suboptimale maatregelen zijn genomen, die kwetsbare groepen onvoldoende hebben beschermd.⁵⁰

7 De tijdelijke en blijvende effecten op de overige zorgverlening

Het is waarschijnlijk dat totdat voldoende dekking van vaccinatie bereikt is, het coronavirus een stempel zal blijven drukken op de zorgverlening. Ten tijde van dit schrijven was de tweede golf nog in volle gang en het was niet uit te sluiten dat er nog meerdere golven zouden volgen. Met elke golf zal er een bepaald deel van de reguliere zorg worden afgeschaald en zullen mensen langer moeten wachten op zorgverlening. De afschaling van de reguliere zorg was tijdens de tweede golf bij lange na niet zo hoog als bij de eerste golf. Hopelijk kan met elke golf beter worden geanticipeerd op wat komen gaat en kan zorg beter verleend worden. Een bijeffect van de pandemie is de versnelling van ‘tele-zorg’ en e-health geweest, die zorg op afstand makkelijker maakt.

8 Conclusie

De COVID-19-pandemie is er een van een schaal zoals wij die niet eerder in de recente geschiedenis hebben meegemaakt. Niet voor niets wordt de COVID-19-pandemie de grootste naoorlogse crisis genoemd. De pandemie heeft een oversterfte van circa 10%, langdurig lijden, en waarschijnlijk veel ‘collateral’ gezondheidsschade veroorzaakt. Het RIVM schat deze in op 34.000 tot 50.000 minder gezonde

47 Rijksoverheid. Corona en persoonlijke beschermingsmiddelen, <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/zorg/beschermingsmiddelen>.

48 Idem.

49 *Parool*. Nog altijd schrijnend tekort aan beschermingsmiddelen voor zorgpersoneel, 1 mei 2020, <https://www.parool.nl/nieuws/nog-altijd-schrijnend-tekort-aan-beschermingsmiddelen-voor-zorgpersoneel~b5018721/>.

50 Rijksoverheid. Kamerbrief over lessons learned COVID-19, 1 september 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/09/01/kamerbrief-over-lessons-learned-covid-19>.

levensjaren, voor de eerste golf. Er zijn nog geen cijfers voor de tweede golf.⁵¹ Ter bestrijding van het coronavirus heeft de Nederlandse overheid ingrijpende maatregelen genomen die niet alleen de economie hebben geraakt, maar ook de bevolking sociaal en psychologisch hebben getroffen. Nederlanders hebben tijdelijk vrijheden moeten inleveren. In de eerste golf werd Nederland compleet overvallen door het virus. Ten tijde van dit schrijven was de tweede golf nog in volle gang, maar er werd al gespeculeerd over nieuwe golven, mogelijk ten gevolge van de Britse of Zuid-Afrikaanse variant van het coronavirus.

Door het op grote schaal vaccineren van de bevolking kunnen nieuwe golven potentieel voorkomen of in intensiteit verminderd worden. In het beste geval kan Nederland dan terug naar het normaal. In hoeverre dit zal lukken, zal afhangen van de effectiviteit van het vaccin en de vaccinatiebereidheid. Nieuwe varianten van SARS-CoV-2 uit onbekende reservoirs kunnen mogelijk immuniteit omzeilen en nieuwe pandemieën veroorzaken. De toekomst rond COVID-19 is nog onzeker. De Nederlandse gezondheidszorg zal nog lang nodig hebben om de effecten van deze pandemie te overkomen. Daarna wacht de uitdaging om een nieuwe epidemie beter voorbereid aan te kunnen.

51 RIVM. Impact van de eerste COVID-19-golf op de reguliere zorg en gezondheid: Inventarisatie van het probleem en eerste inschatting van gezondheidseffecten, 15 december 2020, <https://www.rivm.nl/publicaties/impact-van-eerste-covid-19-golf-op-reguliere-zorg-en-gezondheid-inventarisatie-van>.

Deel 3

Gezondheidsrecht in tijden van crisis: de COVID-19-pandemie

prof. dr. A.C. Hendriks en prof. mr. dr. B.C.A. Toebes*

* Prof. dr. A.C. (Aart) Hendriks is hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. dr. B.C.A. (Brigit) Toebes is hoogleraar Gezondheidsrecht in Internationaal Perspectief aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Inleiding

Wat mag de overheid wel en niet in tijden van een gezondheids crisis, meer in het bijzonder de COVID-19-pandemie? Over deze vraag is het afgelopen jaar veel gezegd en gesproken, ook onder gezondheidsjuristen. Grond- en mensenrechten speelden een belangrijke rol in deze discussie,¹ al is het vreemd dat juridische inbreng niet is verzekerd in belangrijke adviesorganen als het Outbreak Management Team (OMT). De maatregelen die de overheid, doorgaans na advies van medisch deskundigen,² nam en neemt om COVID-19 terug te dringen, liggen in het verlengde van het recht op gezondheid zoals neergelegd in Grondwet (Gw) en mensenrechtenverdragen.³

In dit preadvies gaan we nader in op het recht op gezondheid, andere grond- en mensenrechten en hoe die rechten met elkaar in relatie staan. Wij leggen het recht op gezondheid daarbij uit op een wijze die internationaal is geaccepteerd: de overheid dient op grond van dit recht te zorgen voor beschikbare, toegankelijke, bereikbare en kwalitatief verantwoorde zorg alsmede aandacht te hebben voor de bescherming van de volksgezondheid, een visie te hebben op publieke gezondheid en een goed functionerend publiek stelsel van gezondheidsstelsel.⁴

Wij zijn van mening dat de overheidsverantwoordelijkheid voor het recht op gezondheid in deze tijd van COVID-19 met zich brengt dat gezondheidsrechtelijke belangen soms onderling strijdig zijn en tegen elkaar moeten worden afgewogen. Ook kan het zijn dat andere grond- en mensenrechten soms moeten worden ingeperkt. Wij hebben overigens niet de illusie dat alle maatregelen daardoor door iedereen zouden worden geaccepteerd; daarvoor denken mensen in Nederland nu eenmaal te verschillend. Sommigen verweten de overheid dat zij onvoldoende

1 B.C.A. Toebes, 'COVID-19 uitbraak is zaak van internationaal recht en mensenrechten', 22 maart 2020 <<www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/COVID-19-uitbraak-is-zaak-van-internationaal-recht-en-mensenrechten-22-03-2020>>.

2 Diverse medisch specialisten en deskundigen met een niet-medische achtergrond zijn geen lid van het OMT. Voor een overzicht van de vaste OMT-leden, zie <<www.rivm.nl/coronavirus-COVID-19/omt>>.

3 In art. 22 Gw en voorts in o.a. het Statuut van de WHO, het Internationaal Verdrag inzake economische, culturele en sociale rechten (IVESCR) en het Europees Sociaal Handvest (ESH). Zie bijv. J.H. Gerards, 'Het recht op gezondheid', in: J.H. Gerards, *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi 2020, p. 445-462.

4 Zie o.a. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2000/4 (CESCR).

maatregelen nam ter bestrijding van COVID-19.⁵ Zo werd in de eerste maanden van de pandemie gepleit voor een volledige lockdown, zoals die ook in Italië en Spanje had plaatsgevonden.⁶ Anderen vonden juist dat (voorgenomen) overheidsmaatregelen onnodig inbreuk maakten op het recht op privacy.⁷ In het kader van het laatste werd vaak verwezen naar Zweden, alwaar de overheid lange tijd koos voor minimale maatregelen en de burgers maximale vrijheid liet.⁸ Ook vonden sommigen dat de overheid het belang van grond- en mensenrechten bij COVID-19 anderszins onvoldoende onderkende, door bijvoorbeeld het recht om te demonstreren te beknotten vanwege het risico op de verdere verspreiding van SARS-CoV-2.⁹ Daarnaast waren er vragen aangaande de democratisch legitimatie van beperkende maatregelen,¹⁰ de noodzaak van een avondklok¹¹ en het beperken van het internationale reizigersvervoer – waaronder het kunnen presenteren van een negatieve COVID-test¹² bij terugkeer naar Nederland.

Tijd om nader op een aantal grond- en mensenrechtelijke vragen in te gaan. Wij beginnen met de internationale dimensies van de regulering van infectieziekten en richten ons in dit preadvies bovenal op de relatie tussen het recht op gezond-

-
- 5 Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013. Zie ook B.C.A. Toebes & A.W. Friedrich, 'Grijp nóg fermer in om corona in te dammen', *NRC Handelsblad* 12 maart 2020.
- 6 Zie bijv. het advies van het Red Team van oktober 2020, <https://www.c19redteam.nl>.
- 7 Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 en Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057. Zie ook M.A.D.W. de Jong, 'Noodverordeningen en de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 in relatie tot de persoonlijke levenssfeer', *TvCR* 2020, p. 364-381.
- 8 R. Smith, 'Could Sweden have got it right with COVID-19?' *BMJ* 23 september 2020 en A.G. Franssen, 'Drukke winkels, volle terrassen: waarom de Zweedse corona-aanpak voor ruzie zorgt in Scandinavië', *Trouw*, 1 oktober 2020.
- 9 Rb. Amsterdam 3 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2126 en Rb. Den Haag 18 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378.
- 10 Zie bijv. W. Voermans, 'Parlement, maak een eind aan deze uitzonderingstoestand', *NRC Handelsblad* 28 april 2020 en J.L.W. Broeksteeg, 'Voorschriften of gebreken. Tekortkomingen van noodverordeningen', in: A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Coronacratie. Rechtsstaat en democratie, een eerste balans*, Den Haag: St. Montesquieu 2020, p. 41-50.
- 11 Deze ging in op 23 januari 2021. *Stb.* 2021/24.
- 12 Met de term COVID-19-test doelen we primair op een polymerasekettingreactietest (PCR-test), door de WHO aangemerkt als 'gold standard' om een COVID-19-besmetting te detecteren. Dit is in mindere mate het geval bij een 'sneltest', zoals een antigeen sneltest. M. Bonten, 'Antigeen-sneltests: barsten in de glanzende belofte?', *NTvG* 2021;165:C4757. Sinds 23 januari 2021 verlangt Nederland van reizigers uit hoogrisicolanden die naar Nederland reizen een bewijs van zowel een PCR-test als een antigeen-sneltest.

heid en andere grond- en mensenrechten. Tot slot enige meer specifieke aanbevelingen vanuit en voor het gezondheidsrecht, voortbouwend op punten die blijken uit het preadvies.

2 Internationale regulering van infectieziekten

Het bestrijden van een internationale epidemie, zoals COVID-19, vraagt om nauwe samenwerking tussen landen.¹³ Dit besef is al ruim anderhalve eeuw aanwezig. In 1851 trachtten landen hun quarantaineregels en inreisbeperkingen op elkaar af te stemmen in reactie op epidemieën zoals cholera, pest en gele koorts. Als antwoord op die ziekten gingen landen in de praktijk over tot het beperken van het handelsverkeer. Dit had grote economische schade tot gevolg. Aldus ontstond er een vorm van dubbel nadeel: gezondheids- en economische schade. Dit werd algemeen als onwenselijk ervaren. De overleggen tussen landen resulteerden in 1892 in de aanvaarding van de (eerste) Internationale Sanitaire Conventie, een voorloper van de huidige Internationale Gezondheidsregeling (IGR, 2005).

In 1948 trad het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) in werking, waarmee deze aan de Verenigde Naties (VN) gelieerde organisatie formeel tot stand kwam. Het Statuut, dat ook wel wordt gezien als de Grondwet van de WHO, bevat niet alleen een brede uitleg van de term gezondheid; het biedt de WHO ook aanzienlijke bevoegdheden om bindende en niet-bindende regelingen aan te nemen. Van deze mogelijkheden heeft de WHO echter spaarzaam gebruik gemaakt. Maar de internationale regulering van infectieziekten, die zijn grondslag heeft in artikel 21 van het Statuut, is een succes te noemen. Artikel 21 geeft de WHO de bevoegdheid om 'regelingen aan te nemen, betreffende te stellen eisen op sanitair gebied en op het gebied der quarantaine, alsmede betreffende werkwijzen op ander terrein, die ten doel hebben de internationale verspreiding van ziekten tegen te gaan'. Deze regelingen hebben een unieke status: zij zijn juridisch bindend voor alle – inmiddels – 196 lidstaten van de WHO. Anders dan bij verdragen kunnen lidstaten alleen actief aangeven niet door een regeling te willen worden gebonden.

Artikel 21 van het Statuut vormt de basis voor een serie regelingen gericht op de mondiale infectieziektenbestrijding (1951, 1969 en 2005). In 1969 koos de WHO ervoor te spreken over Internationale Gezondheidsregeling in plaats van Internationaal Sanitair Reglement. Deze benaming geldt ook voor de in 2005 aangenomen Internationale Gezondheidsregeling (IGR). Deze regeling, die sinds 2007 bindend is voor alle lidstaten van de WHO en die model heeft gestaan voor onze Wet pu-

13 B.C.A. Toebes, 'States' Resilience to Future Health Emergencies: Connecting the Dots between Core Obligations and Core Capacities', *ESIL Reflections* 2020 Jun 11;9(2).

blieke gezondheid (Wpg), wijkt in diverse opzichten af van de vorige regelingen. Ten eerste is de IGR niet slechts van toepassing op een beperkt aantal infectieziekten, maar op alle bedreigingen van de volksgezondheid. Daarbij kan dus ook worden gedacht aan een lek van chemische stoffen en de gezondheidsgevolgen van klimaatverandering. Daarnaast erkent de IGR het belang van de rechten van de mens, waaronder 'de waardigheid, mensenrechten en fundamentele vrijheden van personen' (art. 3 lid 1). Daarmee wijkt de IGR af van de daarvoor bestaande regelingen en biedt zij duidelijk een basis om met name de beperking van mensenrechten kritisch te evalueren. De IGR versterkt daarmee het bevorderen van mensenrechten, als aspect van het bestrijden van infectieziekten. Naast juridische verplichtingen geeft de WHO lidstaten via de IGR ook gezaghebbende adviezen en verschaft de IGR lidstaten een zekere discretionaire bevoegdheid.

Lidstaten die vermoeden dat er in hun land sprake is van een 'noodsituatie op het gebied van de volksgezondheid van internationaal belang' dienen de WHO op grond van de IGR hiervan binnen 24 uur op de hoogte te stellen (art. 6 IGR). China rapporteerde haar vermoeden van een dergelijke situatie in het geval van COVID-19 pas na een paar weken aan de WHO; dat is niet binnen de vereiste 24 uur.¹⁴ Hoewel dit in vergelijking met de stroperige reactie op de ebola-uitbraak in West-Afrika van enige jaren daarvoor redelijk snel was, heeft een internationale onafhankelijke onderzoekscommissie daarover kritiek geuit op China maar ook op de WHO.¹⁵ Pas op 30 januari 2020 bevestigde de Directeur-Generaal van de WHO dat er bij COVID-19 sprake was van een noodsituatie conform de IGR. Na deze aankondiging ontstond er – zoals voorgeschreven in de IGR – tussen de WHO en China een samenwerking waarbij de WHO een reeks aanbevelingen deed. Die aanbevelingen zijn overigens niet juridisch bindend.¹⁶ De WHO beschikt daarnaast niet over sanctiemechanismen om landen tot de orde te roepen die niet voldoen aan de verplichtingen onder de IGR. Over dit gebrek aan sancties is internationaal veel discussie: zouden dergelijke sanctiemechanismen de effectiviteit van de WHO versterken of leidt het ertoe dat landen niet meer bereid zijn om samen te werken met de WHO?¹⁷ Een internationale adviescommissie buigt

14 G. van Pinxteren, 'CNN: China verzweeg ernst van corona-epidemie', *NRC Handelsblad*, 1 december 2020.

15 S. Nebehay, 'Independent pandemic review panel critical of China, WHO delays', Reuters, 18 januari 2021. <<<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-who-panel/who-pandemic-review-panel-critical-of-china-who-delays-idUSKBN29N1V1?il=0>>>

16 B.C.A. Toebes, 'COVID-19 uitbraak is zaak van internationaal recht en mensenrechten', 22 maart 2020 <<<https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/COVID-19-uitbraak-is-zaak-van-internationaal-recht-en-mensenrechten-22-03-2020>>>

17 Stephen Buranyi, 'The WHO vs coronavirus: why it can't handle the pandemic', *The Guardian*, 10 april 2020.

zich – in het licht van de ervaringen met COVID-19 – inmiddels over de IGR en de internationale infectieziektenbestrijding.¹⁸

Meer in het algemeen heeft de WHO onder andere adviezen gegeven over het niet opleggen van handels- en reizigersbeperkingen,¹⁹ over lockdowns²⁰ en het gebruik van mondkapjes.²¹ Gezien de lange ervaring met infectieziektenbestrijding kunnen deze aanbevelingen als gezaghebbend worden beschouwd. Het is daarom enigszins opmerkelijk dat de Nederlandse overheid bij het beleid aangaande deze onderwerpen geen aandacht besteedt aan de aanbevelingen van de WHO. Wel kennen we in Nederland voor personen die reizen vanuit andere landen de verplichting om tien dagen in quarantaine te gaan en, zoals gezegd, de plicht om een negatieve COVID-test te overleggen.²² Deze maatregelen staan op gespannen voet met de geest van de IGR en zijn ook gezondheidsrechtelijk niet onomstreden.

3 Infectieziekten en mensenrechten

Een pandemie vraagt van landen om meer te doen dan het informeren van de WHO. Zij moeten, zeker op nationaal niveau, ook actie ondernemen om het recht op gezondheid en andere grond- en mensenrechten te beschermen. Mensenrechten vormen immers het fundament van ons recht, ook van het gezondheidsrecht.²³ Mensenrechten, in het bijzonder economische en sociale rechten, verlangen van overheden dat zij zich maximaal inspannen om deze rechten te respecteren, te beschermen en te bevorderen.²⁴ Vanwege de ruime mensenrechtelijke betekenis van de term ‘gezondheid’ is het van belang dat preventie, als onderdeel van het recht op gezondheid, geen vrijblijvende aangelegenheid is; preventie verlangt van de

18 Onder leiding van Ilona Kickbusch.

19 Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak (29 februari 2020).

20 Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance (15 april 2020).

21 WHO, Advice on the use of masks in the context of COVID-19 (5 juni 2020), later herzien: WHO, Mask use in the context of COVID-19, Interim Guidance (1 december 2020).

22 Art. 58p Wpg is hiertoe in januari 2021 aangepast, *Stb.* 2021/3. Deze wetswijziging vormt tevens een reactie op Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13643.

23 B.C.A. Toebes, *Recht in tijden van chronische ziekten* (oratie Groningen), Groningen: Faculteit der Rechtsgeleerdheid 2019, p. 10.

24 Zie reeds A. Eide, ‘Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights’, in: A. Eide, C. Krause & A. Rosas (red.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 21-41.

overheid ook om maatregelen te nemen.²⁵ Die maatregelen zijn dan bedoeld om de algemene bevolking tegen een infectieziekte te beschermen en om diegenen die geïnfecteerd zijn te behandelen.²⁶ Dat laatste ook met het oog op het voorkomen van de verdere verspreiding van een infectieziekte.

Het spreekt voor zich dat deze beschermingsmaatregelen zowel de niet-zieke als de geïnfecteerde personen kunnen beperken in bepaalde vrijheden, en daarmee sommige personen van hun rechten. Het recht op gezondheid legt de overheid, zoals hiervoor aangegeven, verschillende taken op. Het recht op gezondheid schrijft de overheid in tijden van een infectieziekte niet voor hoe zij deze taken moet omzetten in maatregelen, welke maatregelen het dan betreft en in hoeverre de zelfbeschikking van individuen en gezinnen mag worden beperkt.²⁷ De overheid komt daarbij, mede gelet op de IGR, een discretionaire bevoegdheid toe. Er wordt de nodige ruimte gelaten aan nationale overheid om hierbij eigen keuzes te maken mede gelet op de nationale context, de verspreiding en de ernst van het virus en bijvoorbeeld het beschermen van de fysieke gezondheid en de mentale gezondheid van mensen. Bij dit alles is het toegestaan om groepen verschillend te behandelen, maar discriminatie (ongerechtvaardigde ongelijke of gelijke behandeling) is ontoelaatbaar.²⁸

De vraag rijst hierbij hoeveel waarde kan worden toegekend aan het recht op gezondheid als sociaal mensenrecht ook in relatie tot andere (veelal klassieke) grondrechten. Enkele decennia geleden werd wel gesteld dat sociale grondrechten, zoals het recht op gezondheid, geen rechtvaardiging vormen voor het beperken van burgerlijke en politieke rechten. Sociale rechten zouden, anders dan de zogenoemde klassieke grondrechten, niet afdwingbaar zijn en feitelijk ook anderszins lager in de hiërarchie staan. Voor zover dit standpunt al juist was, werd dit in 1993 stevig ontkracht. Op de Wereldconferentie over mensenrechten werd in de slottekst bevestigd dat 'All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated'.²⁹ Overheden werd ook gevraagd aan alle mensenrechten evenredige aandacht te besteden en het bevorderen daarvan in samenspraak te bewerkstelligen. Dit is een belangrijk uitgangspunt, maar leidt niet

25 B.C.A. Toebes, 'Preventie is niet vrijblijvend', *TvGR* 2020, p. 227-235.

26 Gelukkig zijn er steeds betere behandelmethoden, zie M.G.J. de Boer e.a., 'Medicamenteuze behandeling van COVID-19', *NTvG* 2020;164: D5629, p. 9-13.

27 A.C. Hendriks, 'Mag onze vrijheid vanwege COVID-19 worden beperkt?', in: R.E. van Hellemond, L.A. Hartman, M.H.N. Schermer en A.J. Pols (eindred.), *Ethiek in tijden van corona*, Den Haag: CEG 2020, p. 104-111.

28 Zie reeds EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland* (GC), nr. 34369/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997. Zie ook het preadvies van Van de Vathorst en De Die.

29 OHCHR, Vienna Declaration and Programme of Action, 25 juni 1993, <<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>>>.

direct tot duidelijke uitkomsten in geval van een botsing tussen verschillende door grond- en mensenrechten te beschermen belangen. Het recht op gezondheid wordt, ook vanuit het gezondheidsrecht, nog veelal uitgelegd als een recht op *toegang* tot gezondheidszorg. Dat is niet juist: het recht op gezondheid schept diverse verplichtingen voor de overheid, waaronder op het gebied van preventie. Als COVID-19 ons één ding helder heeft gemaakt, is dat een dusdanige verenging van het recht op gezondheid op toegang tot zorg juridisch en praktisch onjuist is.

De overheidsverantwoordelijkheid voor het recht op gezondheid³⁰ kan ons inziens, gelet op de brede betekenis dat volgens het internationale recht aan dit recht toekomt, met zich brengen dat de overheid overgaat tot het inperken van *andere* mensenrechten – zowel klassieke als sociale rechten.³¹ Denk daarbij bijvoorbeeld aan het recht op privacy, de demonstratievrijheid, het recht op werk, het recht op onderwijs, de godsdienstvrijheid en het recht op integriteit/persoonlijke levenssfeer.³² Wij realiseren ons dat niet alle grondrechtjuristen hierover hetzelfde denken; sommigen achten inperkingen van grondrechter eerder toelaatbaar dan anderen. Wij menen dat aan alle rechten in beginsel evenveel belang moet worden toegekend en dat het afwegen van rechten een kenmerk is van grond- en mensenrechten. En wij zijn ervan overtuigd dat het recht op gezondheid soms zwaarder moet wegen dan andere rechten.

Wat is bij een dergelijke afweging tussen rechten toegestaan?³³ Ten eerste is het van belang dat Verdragsstaten van het EVRM twee mechanismen ter beschikking staat om inbreuken op rechten te rechtvaardigen: door middel van de *beperkingsgronden* van specifieke rechten, zoals de bescherming van de volksgezondheid,³⁴ en door middel van het *derogeren* van rechten na de aankondiging van een nood-

30 Qua terminologie wijkt het recht op gezondheid in onze Grondwet iets af van bijv. het recht op gezondheid van de WHO. Zie *Kamerstukken II 1976/77*, 13873, 7, p. 22. Volgens de wetsgeschiedenis kan de term ‘bevorderen’ ook worden uitgelegd als ‘beschermen’ en eventueel ‘naar een hoger niveau brengen’, *Kamerstukken II 1976/77*, 13873, 3, p. 14.

31 B.C.A. Toebes, ‘Vrijheid en privacy moeten soms wijken voor de volksgezondheid’, *Trouw*, 4 september 2020. Zie ook H.J.J. Leenen, e.a. *Handboek Gezondheidsrecht* (8^e druk), Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 53.

32 T. Barkhuysen, ‘Grondwet ten onrechte monddood bij debat mondkapjesplicht’ (Vooraf), *NJB* 2020, p. 2227.

33 AARvS, *Voorlichting over grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, W04.20.0139/I/Vo, Den Haag: 25 mei 2020 en A.C. Hendriks en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, ‘Gezondheidsrechtelijke aspecten van corona’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2020, p. 262-281.

34 In verdragen en onze Grondwet worden termen als gezondheid, volksgezondheid en publieke gezondheid door elkaar heen gebruikt, zonder dat daarmee wordt bedoeld op verschillende zaken tenzij anders is aangegeven.

toestand. Dat laatste betekent in Europa dat een staat de Raad van Europa op de hoogte dient te stellen van deze situatie. Vervolgens kunnen dan de rechten uit het EVRM opzij worden gezet, met uitzondering van mensenrechten die geacht worden absoluut te zijn, zoals het recht op leven, het martelverbod en het recht op een eerlijk proces.³⁵ Meer dan tien Europese landen hebben van deze bevoegdheid gebruikgemaakt.³⁶

Er is in Europa veel discussie over welk van beide scenario's het meest wenselijk is en het meeste rechtszekerheid biedt aan burgers.³⁷ In dit preadvies richten wij ons met name op de in Nederland gekozen route, waarbij de overheid heeft beslist om bepaalde rechten omwille van de volksgezondheid (de overheid spreekt doorgaans van 'de bestrijding van corona'³⁸) te beperken. Voor wij de situatie in Nederland nader bespreken, maken wij nog een paar algemene opmerkingen over de systematiek van het beperken van mensenrechten.

Mensenrechten geven doorgaans aan onder welke omstandigheden een beperking van rechten geoorloofd is.³⁹ Zo'n maatregel moet dan zijn voorzien bij wet.⁴⁰ Voor klassieke grondrechten geldt doorgaans dat zo'n inperking ook noodzakelijk en proportioneel moet zijn, zonder dat het doel op een andere wijze kan worden bereikt

35 Art. 15 lid 2 EVRM.

36 Dat is ten tijde van de COVID-19-pandemie door de volgende verdragsstaten gedaan: Albanië, Armenië, Estland, Georgië, Letland, Noord-Macedonië, Moldavië, Monaco, Roemenië, San Marino en Servië, zie <<<https://www.coe.int/en/web/conventions/notifications>>> [laatst gecontroleerd op 31 januari 2021].

37 A. Tsampi, 'Public Health and the European Court of Human Rights: Using Strasbourg's Arsenal in the COVID-19 Era', *Global Health Law Groningen Blog*, 27 maart 2020, << <https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/public-health-and-the-european-court-of-human-rights-27-03-2020?lang=en>>><https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/public-health-and-the-european-court-of-human-rights-27-03-2020?lang=en>. Zie ook A. Carmona, 'Pandemia y restricción de derechos fundamentales', *El País*, 24 oktober 2020.

38 Op dit alles bestaat een uitzondering. Begin 2021 is de wetgever ertoe overgegaan art. 58p Wpg zodanig te wijzigen dat voor reizigers afkomstig uit hoogrisicolanden een negatieve PCR-testuitslag vereist is om naar Nederland te reizen. Deze maatregel is volgens de overheid nodig omwille van het recht op gezondheid (*Kamerstukken II* 2020/21, 35695, 3).

39 Dit is niet het geval bij de zogenaamde absolute rechten, die nooit mogen worden beperkt.

40 Het EHRM bepaalde in de zogeheten Belgische landloperszaak dat de term 'wet' materieel kan worden uitgelegd. EHRM 18 juni 1971, *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*, nr. 2832/66, nr. 2835/66 en nr. 2899/66, ECLI:CE:ECHR:1971:0618JUD000283266, r.o. 93.

(subsidiariteitsbeginsel).⁴¹ Voor sociale grondrechten wordt bij inperkingen gewezen op overeenstemming met de aard van deze rechten en het doel, te weten het bevorderen van het algemeen welzijn en de democratische samenleving.⁴² Bij sociale grondrechten moet voorts worden gekeken naar alle overheidsinspanningen ter bereiking van de doelen van de rechten, in het bijzonder de pogingen van de overheid om de naleving te respecteren, te beschermen en te bevorderen.⁴³ Een inperking mag tot slot niet willekeurig zijn en niet de kern (*minimum core*) van het recht aantasten.⁴⁴

De bovenstaande eisen en criteria gelden ook bij een spanning tussen twee of meer grondrechten, inclusief een spanning waarbij het recht op gezondheid is betrokken. De overheid zal dan de belangen van de in het geding zijnde rechten tegen elkaar moeten afwegen. Dat is geen eenvoudige opgave omdat alle rechten geacht worden universeel, ondeelbaar en onderling afhankelijk te zijn.⁴⁵ Toch is het maken van een afweging soms nodig, hoe lastig ook, waarbij de gemaakte belangenafweging helder en navolgbaar moet zijn.⁴⁶ De praktijk wijst erop dat de proportionaliteit van de inbreuk op een ander recht doorgaans het belangrijkste criterium is.⁴⁷

Dat landen de betrokken doelen en belangen anders inkleuren, blijkt bijvoorbeeld uit de uiteenlopende wijze waarop EU-landen als Zweden en Spanje hebben gereageerd op COVID-19. Zoals bekend vertrouwt Zweden op de eigen verantwoordelijkheid van haar burgers, maar geldt er wel een afstandsnorm van anderhalve meter en enkele daarmee verband houdende beperkingen. Spanje riep daarentegen in het voorjaar van 2020 de 'alarmtoestand' uit, een in de Spaanse Grondwet (art. 116) en een uitvoeringwet (4/1981 van 1 juni 1981) voorziene vorm van verhoogde alertheid waarbij de centrale regering bepaalde bevoegdheden kan overnemen van de regionale overheden. Op grond van deze 'alarmtoestand', die de Spaanse regering op 25 oktober 2020 voor de tweede keer uitriep, is het de over-

41 Zie diverse beperkingsgronden zoals genoemd in het IVBPR en EVRM.

42 Art. 4 IVESCR.

43 VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR), General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant) (14 december 1990) en General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health (11 augustus 2000). Zie het eerdere advies van Eide hierover (noot 24).

44 CESCR, General Comment No. 3 (noot 42) en A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012, p. 138-159.

45 Zie noot 29.

46 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006 en F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

47 Idem.

heid toegestaan de bewegingsvrijheid van burgers tot 9 mei 2021 te beperken. Anders gezegd, de alarmtoestand vormt in Spanje de wettelijke basis voor een gehele of gedeeltelijke lockdown, inclusief zaken als het opleggen van een afstandsnorm, binnenlandse reisbeperkingen en een avondklok. Spanje en een aantal andere Europese landen – waaronder België, Frankrijk en Italië – zien het tijdelijk inperken van de bewegingsvrijheid niet als het derogeren van de rechten in het EVRM, reden waarom zij de Raad van Europa niet officieel op de hoogte hebben gebracht. Er zijn geen aanwijzingen dat er vanuit deze landen over deze vorm van beperking van de bewegingsvrijheid klachten zijn ingediend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁴⁸

Hierna bekijken wij hoe de Nederlandse overheid heeft gereageerd op COVID-19 en welke mensenrechten daarbij een rol hebben gespeeld.

4 Het Nederlandse COVID-19-beleid

De overheid heeft bij de bestrijding van COVID-19, zeker aanvankelijk, weinig aandacht besteed aan de in het geding zijnde grond- en mensenrechten. Hetzelfde geldt voor de gezondheidsrechtelijke aspecten van deze infectieziekte, waarover Dute in zijn preadvies nader bericht. Toegegeven, de minister voor Medische Zorg heeft COVID-19 op 28 januari 2020 aangemerkt als infectieziekte behorend tot de groep A-ziekten van de Wpg.⁴⁹ Dit impliceert dat de rijks- en decentrale overheid de meest vergaande vormen van ziektebestrijding kunnen toepassen, zoals neergelegd in deze wet.⁵⁰ De overheid kan in voorkomende gevallen ook maatregelen nemen op grond van de Gemeentewet, de Wet openbare manifestaties (Wom), de Wet veiligheidsregio's (Wvr) en de Politiewet 2012, al dan niet in combinatie met de Wpg. Opvallend genoeg heeft de regering bij dit alles nooit gerefereerd aan het recht op gezondheid, zoals neergelegd in de Grondwet en verdragen waarbij Nederland partij is,⁵¹ maar volstond de overheid met de noodzaak om 'coronaregels' te nemen. Evenmin wees de regering op de noodzakelijke beperking van andere rechten vanwege dit grondrecht. Wij vinden dat bovenal opmerkelijk, gelet op de vooraanstaande rol van het recht op gezondheid bij de bestrijding van infectieziekten.

48 Tot januari 2021 was er een niet-ontvankelijkheidsbeslissing, EHRM 3 december 2020, *Le Mailloux t. Frankrijk* (ontv.besl.), nr.18108/20, ECLI:CE:ECHR:2020:1105DEC001810820.

49 *Stcrt.* 2020/6800. De wet spreekt overigens over 'novel coronavirus, 2019-nCoV'.

50 Zie nader J.C.J. Dute, 'De aanpak van de COVID-19-epidemie: een juridische tussenbalans', *TvGR* 2020, p. 477-486.

51 Hetzelfde geldt voor de Afdeling advisering van de Raad van State in haar voorlichting, AARvS, *Voorlichting over grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, W04.20.0139/I/Vo, Den Haag: 25 mei 2020.

De Nederlandse overheid koos aanvankelijk voor een ‘zachte aanpak’, dat wil zeggen het geven van juridisch niet-bindende ‘goede adviezen’ aan de bevolking,⁵² zich baserend op gremia als het OMT, het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) en koepels van zorgaanbieders en beroepsverenigingen. Via deze adviezen, waarbij de WHO als adviseur een ondergeschikte plaats innam en juristen al helemaal niet werden gehoord,⁵³ trachtte de regering de bevolking de eerste weken nadat duidelijk was dat ook Nederland was getroffen door de pandemie aanwijzingen te geven over hoe we met elkaar COVID-19 zo goed mogelijk kunnen bestrijden. Denk hierbij aan het advies de handen regelmatig te wassen, zo veel mogelijk vanuit huis te werken, het bewaren van afstand, elkaar geen handen geven, te niezen in de elleboogsholte en geen drukke plekken te bezoeken. Deze niet-afdwingbare maatregelen maken geen inbreuk op grond- en mensenrechten.⁵⁴

Aan deze boetevrije ‘intelligente lockdown’⁵⁵ kwam op 13 maart 2020 een einde. De regering kondigde toen aan dat de onderwijsactiviteiten van hogescholen en universiteiten niet meer op de locaties van die instellingen mochten plaatsvinden en dat bijeenkomsten met meer dan 100 personen – waaronder de voorjaarsvergadering van de VGR – werden afgelast.⁵⁶ Dat hier grondrechten in het geding waren, werd hoegenaamd niet vermeld. Ook werden boetes aangekondigd voor het overtreden van de ‘coronaregels’, waaronder het verbod van groepsvorming (recht op privacy). Hoewel over de wettelijke grondslag van deze op klassieke en sociale grondrechten inbreuk makende maatregelen aanvankelijk onduidelijkheid bestond, maakte de regering daarmee (deels) gebruik van het instrumentarium van de Wpg. De maatregelen van deze wet en de op deze wet gebaseerde (model) noodverordeningen⁵⁷ maken wel degelijk inbreuk op grond- en mensenrechten. Daarbij kan worden gedacht aan de meldplicht voor artsen volgens de Wpg ingeval zij personen met een ziektebeeld aantreffen dat duidt op COVID-19 (recht op privacy), het opnemen ter isolatie van personen met COVID-19 in een (gesloten afdeling van een) ziekenhuis (recht op bewegingsvrijheid), het aldaar laten onderzoeken van de betreffende persoon, zo nodig zonder toestemming van de betrokkene (recht op lichamelijke integriteit en privacy), het onderwerpen van personen met SARS-CoV-2 aan quarantaine (recht op bewegingsvrijheid), het opleggen van

52 A.C. Hendriks, ‘Nood breekt wet in tijden van corona’, *NJB* 2020, p. 948-955.

53 A.R. Mackor, ‘Waar bleven de juristen?’, *RM Themis* 2020, p. 205-207.

54 Daarbij zijn we er wel vanuit gegaan dat die adviezen klopten. Toen in september 2020 bleek dat het RIVM-advies tot onveilige situaties in verpleeghuizen zou hebben geleid, werd dit vertrouwen geschaad.

55 ‘Een ‘intelligente lockdown’. Dit zijn de nieuwe maatregelen tegen het coronavirus’, *Trouw*, 23 maart 2020.

56 *Kamerstukken II* 2019/20, 35300-VIII, 150. Zie ook de eerste modelnoodverordening van 16 maart 2020.

57 Een noodverordening is een algemeen verbindend voorschrift.

een beroepsverbod (recht op arbeid en inkomen), het sluiten van gebouwen en vervoersmiddelen (recht op arbeid, onderwijs enzovoort).⁵⁸

De tussenconclusie is dat de overheid – in het bijzonder de minister van VWS,⁵⁹ de voorzitters van de 25 veiligheidsregio's en burgemeesters – op grond van op de Wpg gebaseerde noodverordeningen vergaande inbreuken hebben gemaakt op sommige mensenrechten, zonder dat de Wpg in een duidelijk toetsingskader voorziet. Zij konden dat doen zonder noodzaak om te verwijzen naar het recht op gezondheid en zonder democratische legitimatie door het parlement of de gemeenteraad.⁶⁰ Na kritische commentaren van grondrechtjuristen, bovenal over het gebrek aan democratische legitimatie van de maatregelen en de spanning met klassieke grondrechten, besloot de Tweede Kamer de Afdeling advisering van de Raad van State te vragen om een voorlichting over de grondrechtelijke aspecten van de (voor)genomen maatregelen ter bestrijding van SARS-CoV-2.⁶¹ Het was de regering inmiddels ook duidelijk dat het nemen van allerlei tijdelijke maatregelen op gespannen voet staat met grondrechten – reden voor de regering om een voorstel voor een Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 op 13 juli 2020 bij de Tweede Kamer in te dienen.⁶² Dit wetsvoorstel (kortweg: Coronawet) verving de noodverordeningen, in de zin dat de hierin opgenomen regels een meer solide wettelijke basis kregen, en de bevoegdhedenverdeling werd veranderen.⁶³ De wet voorziet in de toevoeging van een hoofdstuk (Va) aan de Wpg, dat allerlei tijdelijke maatregelen mogelijk maakt, waaronder het opleggen van een afstandsnorm, het kunnen reguleren van de toegang tot publieke plaatsen, de organisatie van evenementen, het introduceren van een mondkapjesplicht en zorgplichten bij publieke en besloten plaatsen. De wet, met een initiële werkingsduur van drie maanden, werd op 27 oktober 2020 door de Eerste Kamer aangenomen en is op 1 december 2020 in werking getreden.⁶⁴ Deze wet voorziet ook in het via COVID-19-maatregelen kunnen beperken van grondrechten, voor zover noodzakelijk voor de volksgezondheid, proportioneel en indien het doel niet anderszins kan worden bereikt (art.

58 Uitvoeriger het preadvies van Dute.

59 Gedurende de eerste maanden van de COVID-19-pandemie was de minister voor Medische Zaken (Bruins en daarna Van Rijn) de coördinerend bewindspersoon namens de minister van VWS. De minister van VWS, De Jonge, heeft die taken vervolgens overgenomen. Aan de minister van VWS komen op grond van de Wpg eigenstandige bevoegdheden toe.

60 A.J. Wieringa, 'Noodverordeningen in coronacrisis despotisch van aard', *RM Themis* 2020, p. 238-240.

61 Dit gebeurde op 6 mei 2020.

62 *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 1-3.

63 P.P.T. Bovend'Eert, 'Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke Coronawet', *NJB* 2020, p. 2990-2994.

64 *Stcr.* 2020/441.

58b Wpg). Mede gebruikmakend van het instrumentarium van deze wet⁶⁵ heeft de regering per 15 december 2020 de tweede lockdown afgekondigd, niet langer de ‘intelligente’ maar ‘harde’ lockdown genoemd. Dit vanwege het snel stijgend aantal COVID-geïnfekteerde patiënten en de druk op de ziekenhuizen.

5 COVID-19-beleid en (verschillende) grond- en mensenrechten

Uit het voorgaande volgt dat in de strijd tegen een infectieziekte als COVID-19, met inmiddels een Britse, Braziliaanse en Zuid-Afrikaanse variant, inbreuken op rechten haast onvermijdelijk zijn. Dat volgt al uit de IGR. De Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 maakt dit thans voor alle grondrechten mogelijk, mits noodzakelijk gelet op de bedreiging van de volksgezondheid. Als de overheid het gewenste resultaat kan bereiken via drang (een ‘zachte aanpak’) heeft dat vanuit grond- en mensenrechtelijke optiek de voorkeur boven het dwangmatig beknotten van grond- en mensenrechten. Maar uiteindelijk heeft de overheid een eigenstandige verantwoordelijkheid voor het realiseren van de in het recht op gezondheid besloten doelen, waarbij de overheid oog moet blijven houden voor het voorkomen van de uitsluiting van groepen en discriminatie.⁶⁶ Met betrekking tot dit laatste speelt in toenemende mate de vraag of het gebruik van een bewijs van een negatieve PRC-test of een vaccinatiebewijs terecht als middel mag of moet worden gebruikt bij de deelname aan bepaalde faciliteiten.⁶⁷

Hierbij rijst ten eerste de vraag, hoe te handelen als een maatregel in het belang van de volksgezondheid wordt genomen die tegelijkertijd inbreuk maakt op het recht op gezondheid van andere mensen. Denk daarbij aan het ‘afschalen’ van de gezondheidszorg aan patiënten die niet geïnfekteerd zijn met COVID-19 en het bij de triage voor patiënten op de IC-afdeling te letten op hun leeftijd.⁶⁸ Dit laatste overigens tot onvrede van de regering, die dreigde de naleving van deze

65 Maar de avondklok is bijvoorbeeld gebaseerd op de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag.

66 L. Brewster, ‘Registratie van etniciteit maakt onderzoek naar oversterfte mogelijk’, *Medisch Contact* 2020 (48), p. 14-17.

67 Gezondheidsraad, *Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden*, nr. 2021/02, Den Haag, 14 januari 2021 en A.C. Hendriks, ‘Test- en vaccinatiebewijzen tegen corona’, *NJB* 2021, p. 305-306.

68 M. Verweij e.a., ‘Ethical Advice for an Intensive Care Triage Protocol in the COVID-19 Pandemic. Lessons from The Netherlands’, *Public Health Ethics* 2020, 3 september, doi:10.1093/phe/phaa027 en M.A.J.M., ‘Intensive care in tijden van corona - De rechtvaardige verdeling van een schaars goed’, *Letsel & Schade* 2020 (4), p. 5-12. Zie ook het preadvies van Suzanne Van de Vathorst & Mieke De Die.

veldnorm via wetgeving te blokkeren.⁶⁹ Na druk vanuit de Tweede Kamer heeft het kabinet zijn standpunt heroverwogen en afgezien van het indienen van een wetsvoorstel.⁷⁰ Bij het bepalen van de toegang tot een vaccin let de overheid naast het collectieve belang⁷¹ ook op persoonlijke kenmerken, zoals leeftijd en het werk dat de betrokkene uitvoert.⁷² Hier lijkt sprake te zijn van het aloude mensenrechtelijke adagium dat de rechten van de een eindigen waar die botsen met de rechten van een ander, overigens zonder dat duidelijk is waar precies de scheidslijn ligt. In een ideale wereld wordt dit vraagstuk opgelost door een beroep te doen op de solidariteit; iets dat in diezelfde ideale wereld niet alleen vanuit de overheid hoeft te gebeuren maar dat mensen en de sociale netwerken waarin zij verkeren zelf ook zo voelen. Maar niet iedereen legt solidariteit op dezelfde wijze uit. Zo nodig zal de overheid daarom regels stellen, al is het maar om de rechten van de meest kwetsbaren te beschermen. Een dergelijk overheidsbeleid, gericht op het zorgvuldig omgaan met de gezondheidsbelangen van alle burgers, moet te allen tijde voldoen aan de eisen van rechtszekerheid (helderheid) en voorzienbaarheid (navolgbaarheid).⁷³ De Nederlandse overheid is er tot nu toe niet in geslaagd een duidelijke visie op deze belangenafweging te formuleren en deze eisen altijd te waarborgen.⁷⁴ Zo is niet duidelijk of het sluiten van de horeca is ingegeven door een verhoogd risico op besmettingen, het verlichten van de druk op de ziekenhuizen dan wel het voorkomen van drukte op straat. En waarom zijn de scholen gesloten? Omwille van de leerlingen, docenten of om ouders in staat te stellen te werken? Tegelijkertijd stelt de overheid geen regels aan het aantal bezoekers van gebedshuizen, al dan niet vanwege het recht op godsdienst. Een duidelijke overheidsvisie op het recht op gezondheid wordt hier node gemist.

In de tweede plaats kunnen maatregelen die omwille van het recht op gezondheid nodig worden geacht botsen met *andere* grond- en mensenrechten. Ook hierbij wrekt zich een heldere visie van de overheid op het recht op gezondheid, behoudens dat de overheid de druk op ziekenhuizen beheersbaar tracht te houden. Ergo, de overheid wil de toegankelijkheid van de zorg voor patiënten met COVID-19 waarborgen. Dit betreft echter, zoals gezegd, slechts een aspect van het

69 *Kamerstukken II 2020/21, 25295, 8734 januari 2021 Draaiboek 'Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten tijde van fase 3 in de COVID-19 pandemie'.*

70 *Kamerstukken II 2020/21, 25295, 901.*

71 Gezondheidsraad, *Het individuele, collectieve en publieke belang van vaccinatie*, nr. 2013/21, Den Haag, 2013.

72 Gezondheidsraad, *Strategieën voor COVID-19-vaccinatie*, nr. 2020/23, Den Haag, 19 november 2020 en de instemmende reactie van de regering, *Kamerstukken II 2020/21, 25295, 745.*

73 A. Carmona, 'Pandemia y restricción de derechos fundamentales', *El País*, 24 oktober 2020.

74 Hendriks, 2020 (noot 27).

recht op gezondheid. Vanuit het recht op gezondheid, meer in het bijzonder de preventie, valt er veel voor te zeggen om de hele bevolking te vaccineren tegen COVID-19, zo nodig dwangmatig, of om een complete lockdown op te leggen. Maar op grond waarvan heeft het kabinet, dat graag ‘zorgvuldig’ wilde beslissen, nu besloten welke groepen vanaf 6 januari 2021 als eerste werden gevaccineerd?⁷⁵ Ook wat betreft deze en andere maatregelen ter bestrijding van SARS-CoV-2 is niet altijd duidelijk op basis van welke regels de overheid haar keuzes heeft gebaseerd, ook al zetten die de mensenrechten van sommigen onder druk. Niet alleen is de wettelijke basis van de inperkingen soms wankel,⁷⁶ de concrete maatregelen zelf voldeden daar soms evenmin aan. Het valt niet goed uit te leggen waarom mensen anderhalve meter afstand moeten houden, thuis een beperkt aantal bezoekers per dag mogen ontvangen en niet mogen samenscholen, maar dat het wel is toegestaan om met het openbaar vervoer (met mondkapje) te reizen, te werken met anderen in een ruimte mits op anderhalve meter en – maar op het moment van afronding van dit preadvies even niet – te boksen, naar de kapper te gaan én gebruik te maken van de diensten van sekswerkers (wij nemen aan zonder mondkapje).⁷⁷ De ratio van dergelijke maatregelen lijkt een combinatie van economische belangen, persoonlijke behoeftes en – heel praktisch – beperkte handhavingsmogelijkheden. In ieder geval zijn dergelijke inperkingen van mensenrechten niet goed voorzienbaar en is niet altijd voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel, waarbij de effectiviteit ten aanzien van de gezondheid van mensen soms wordt opgeofferd aan het beperken van economische schade.

In de derde plaats lijkt de overheid mogelijkheden te ontberen om op te treden tegen bepaalde op de gezondheid van mensen schadelijke praktijken. Wij denken daarbij bijvoorbeeld aan commerciële aanbieders van COVID-testen, die door individuen en werkgevers worden ingeschakeld. Deze zorgaanbieders behoeven geen toelating op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Zij kunnen evenmin anderszins worden verplicht artsen in dienst te hebben, omdat er geen voorbehouden handelingen worden verricht – ondanks de omstandigheid dat een positieve testuitslag voor de betrokkenen vergaande gevolgen kan hebben. Feitelijk kan de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd alleen optreden als de kwaliteit van zorg in termen van de Wkkgz in het geding is. Vraag is of de rechten van alle betrokkenen, waaronder rechten als informed consent, aldus voldoende zijn gewaarborgd. Is dit wenselijk? Soortgelijke vragen doen zich voor rond dataleaks, ook al voorziet de AVG in duidelijke regels.

75 *Kamerstukken II 2020/21*, 25295, 851. Inmiddels is dit beleid weer bijgesteld, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 25295, 912.

76 Zie bijv. A.J. Wieringa, A.E. Schilder en J.G. Brouwer, ‘Aanpak coronacrisis niet houdbaar’, *NJB 2020*, p. 1317 en J. Uzman, ‘De wereld staat in brand – Mensenrechten in tijden van COVID-19’, *NTM 2020*, p. 143-147.

77 Tijdens de tweede lockdown waren niet al deze activiteiten toegestaan.

6 Andere wijzen van besluitvorming

Omdat het maken van dergelijke afwegingen, die de overheid geacht wordt uit te voeren, niet altijd eenvoudig is en van de overheid in de strijd tegen COVID-19 juist wordt verwacht dat zij zo nodig met grote spoed ingrijpt, is het interessant te bezien of het besluitvormingsproces van de overheid ook op andere wijze op een mensenrechtenconforme manier kan worden vormgegeven. In het bijzonder moet erop worden gewezen dat het democratische proces, met het bij wetsvoorstellen vooraf vragen van advies aan de Raad van State en het behandelen daarvan in beide Kamers van het parlement, mensenrechtelijk gezien van groot belang is. Dit kan evenwel in de weg staan aan het spoedig nemen van noodzakelijk maatregelen – mogelijkheden waarin de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 deels wel voorziet. Wij kijken in dit verband naar twee andersoortige wijze van besluitvorming: het uitroepen van de reeds genoemde noodtoestand (uitzonderingstoestand) en het nemen van maatregelen zonder goedkeuring van het parlement (of op decentraal niveau, van de gemeenteraad).

6.1 Uitzonderingstoestand

De Grondwet voorziet in de mogelijkheid om via een koninklijk besluit de uitzonderingstoestand af te kondigen (art. 103 Gw). De Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (Cwu) bepaalt hoe en onder welke omstandigheden van deze bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt.⁷⁸ De Cwu maakt onderscheid tussen de beperkte en de algemene noodtoestand. Het verschil tussen beide toestanden betreft de rechtsgevolgen van de bijzondere bevoegdheden die in werking kunnen worden gesteld. Onder de algemene noodtoestand kunnen verdergaande noodwetten, en daarmee bevoegdheden (opgenomen in lijst B bij de Cwu), worden geactiveerd dan onder de beperkte noodtoestand (opgenomen in lijst A bij de Cwu). Zo kan op grond van de algemene noodtoestand bij wet worden afgeweken van acht grondrechten.⁷⁹ Voor alle andere grondrechten blijft dus ook in tijden van de uitzonderingstoestand de normale grondwettelijke bescherming gelden en rechtvaardigt het beleid tegen SARS-CoV-2 geen inbreuken.

78 *Kamerstukken II 1993/94, 23790, 3, p. 3-4.*

79 Art. 6 Gw (godsdienstvrijheid, voor zover buiten gebouwen en besloten plaatsen), art. 7 Gw (vrijheid van meningsuiting), art. 8 Gw (recht op vereniging), art. 9 Gw (recht op vergadering en betoging), art. 12 lid 2 en 3 Gw (respectievelijk plicht tot legitimatie bij binnentreden woningen en verslagplicht), art. 13 Gw (brief-, telefoon- en telegraafgeheim) en art. 113 lid 1 en 3 Gw (bepaling van strafbare feiten en oplegging van vrijheidsstraffen uitsluitend door de rechterlijke macht).

Van het uitroepen van de uitzonderingstoestand moet op grond van artikel 15 EVRM melding worden gemaakt bij de Raad van Europa, indien sprake is van een situatie ‘threatening the life of the nation’ en het om die reden wenselijk is (ook) van de EVRM-rechten af te wijken.⁸⁰ Dat zal overigens al snel het geval zijn wegens inhoudelijk overlap van de grondwettelijke en EVRM-bepalingen.⁸¹

De Nederlandse regering heeft bij herhaling aangegeven de uitzonderingstoestand niet te willen invoeren.⁸² Daarmee volgt de Nederlandse regering de keuze van vrijwel alle West-Europese landen, waaronder Zweden en Spanje.

6.2 Democratisch gehalte van maatregelen

COVID-19 heeft de overheid gedwongen om noodmaatregelen te nemen op grond van de Wpg – al dan niet samen met andere wetten – en met spoed tijdelijke wetten aan te nemen. Via deze procedures is het parlement – maar ook de gemeenteraad – grotendeels buitenspel gezet.⁸³ Op deze wijze van handelen kwam steeds meer kritiek, zeker naarmate duidelijk werd dat de COVID-19-pandemie een aandoening van lange adem is. Dit heeft geresulteerd in de totstandkoming van de eerdergenoemde Tijdelijke wet maatregelen COVID-19.

Tussentijds – en wellicht ook met het oog op het moeilijk voorspelbare verloop van COVID-19, inclusief varianten van het virus, en toekomstige infectieziekten – geldt bij dit alles de vraag of de overheid via noodverordeningen en tijdelijke wetten mag afwijken van grondwettelijk gewaarborgde rechten. Zo biedt de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 wel een betrekkelijk eenvoudige basis om met spoed inbreuken te maken op grondrechten. Denk daarbij ook aan de indirecte verplicht-

80 Dat is ten tijde van de COVID-19-pandemie door de volgende verdragsstaten gedaan: Albanië, Armenië, Estland, Georgië, Letland, Noord-Macedonië, Moldavië, Monaco, Roemenië, San Marino en Servië, zie <<<https://www.coe.int/en/web/conventions/notifications>>> [laatst gecontroleerd op 31 januari 2021].

81 Art. 15 EVRM geeft ook een begrenzing aan. Zo kan niet worden afgeweken van een aantal zogenoemde *nodstandfeste* rechten, te weten het recht op leven (art. 2 EVRM), het folterverbod (art. 3 EVRM), het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 4 EVRM) en het legaliteitsbeginsel (art. 7 EVRM). Voor een overzicht van het aantal landen dat een beroep heeft gedaan op art. 15 EVRM, zie <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

82 Zie bijv. W. Boonstra, ‘Noodtoestand afkondigen “niet aan de orde”’, *Binnenlands Bestuur* 10 juni 2020.

83 W. Voermans, ‘Parlement, maak een einde aan deze uitzonderingstoestand’, *NRC Handelsblad* 24 april 2020.

ting om een vaccinatie te ondergaan en de plicht tot het dragen van mondkapjes.⁸⁴ In haar voorlichting heeft de Afdeling advisering van de Raad van State duidelijk bepaald dat dit in beginsel niet mag: 'Zowel bij het geven van een noodbevel als bij het opstellen van een noodverordening geldt in beginsel dat weliswaar mag worden afgeweken van wettelijke voorschriften, maar niet van de Grondwet, zo vermeldt de tekst van beide bepalingen in de Gemeentewet. (...)'⁸⁵ Anders gezegd, via noodverordeningen mogen wettelijke voorschriften worden gepasseerd, maar mag de overheid grondrechten niet schenden. Het is opvallend dat de rechter deze interpretatie minder strikt opvat; stellingen van klagers dat noodverordeningen en daarop gebaseerd beleid 'onmiskienbaar onverbindend' zijn werden door de rechter tot op heden afgewezen.⁸⁶ Het ware interessant geweest of de Afdeling advisering dan wel de rechter anders had geadviseerd respectievelijk geoordeeld als het recht op gezondheid als basis was gebruikt. Bij dit alles tekenen wij aan dat wij de inbreuk op de lichamelijke integriteit door de verplichting om op diverse plaatsen een mondkapje te dragen minder ernstig inschatten dan sommigen anderen dat beoordelen. Bovenal staat artikel 58b lid 2 Wpg (Tijdelijke wet maatregelen COVID-19) inperkingen op grondrechten toe, mits noodzakelijk, proportioneel en subsidiair.

7 Balans

Heeft de overheid ten tijde van de COVID-19-pandemie nu gehandeld conform haar grond- en mensenrechtelijke verplichtingen? En heeft zij bij het botsen van verschillende rechten een juist evenwichtspunt gevonden, inclusief een gezondheidsrechtelijk verdedigbaar standpunt?

Zoals gezegd, heeft de overheid zich in de strijd tegen COVID-19 pas in een later stadium verdiept in de grond- en mensenrechtelijke aspecten van haar beleid, waaronder de gezondheidsrechtelijke aspecten. Dat valt te betreuren, ook omdat de overheid zich nauwelijks lijkt te hebben verdiept in de betekenis van het recht op gezondheid als wellicht het belangrijkste recht bij het bestrijden van een infectieziekte als COVID-19. Natuurlijk was het beleid bovenal ingegeven door de wens de verspreiding van SARS-CoV-2 te stoppen en geïnfecteerde personen de

84 Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057, *GZR-Updates* 2020/237, m.nt. A.C. Hendriks en T. Barkhuysen, 'Grondwet ten onrechte monddood bij debat mondpakjesplicht' (Vooraf), *NJB* 2020, p. 2227.

85 AARvS, *Voorlichting over grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, Den Haag: 25 mei 2020.

86 Zie bijv. Rb. Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3379; Rb. Den Haag 18 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378; Rb. Den Haag 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rb. Den Haag 27 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI: NL:RBDHA:2020:6856 en Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057.

juiste zorg te verlenen, met behoud van toegang tot de zorg. Dit zijn doelen die nauw aansluiten bij het recht op gezondheid. Maar de overheid heeft dit laatste, de grond- en gezondheidsrechtelijke rechtvaardiging, tot op heden nergens geëxpliciteerd, behalve met betrekking tot het toegankelijkheid houden van de zorg. Dit wringt, omdat de overheid veel maatregelen heeft overwogen en opgelegd, die ook duidelijk aansluiten bij het recht op gezondheid – of die daarmee op gespannen voet staan. In het verlengde van het recht op gezondheid vormt het verspreiden van persoonlijke beschermingsmiddelen aan zorgmedewerkers. Moeilijker te rijmen met het recht op gezondheid is dat mensen met een laag inkomen niet, zoals in sommige andere landen wel gebeurt, een aantal mondkapjes van de overheid uitgereikt krijgt. En is er vanuit het recht op gezondheid wellicht geen bijzondere aandacht nodig voor mensen met psychische problematiek, ouderen en alleenstaanden?⁸⁷

Hiervoor hebben wij gesteld dat door de genomen maatregelen diverse grond- en mensenrechten in de knel zijn gekomen, zowel klassieke als sociale rechten. Kort samengevat hebben de maatregelen tot gevolg dat mensen niet meer altijd datgene mogen doen wat zij gewoon waren te doen of dat zij wellicht een keer zouden willen doen, zoals een bezoek brengen aan een theater, een feestje organiseren of een 25-jarig huwelijks vierden. Het valt ons inziens te betreuren dat onze overheid niet altijd op overtuigende en op mensenrechten conforme wijze heeft kunnen aangeven waarom bepaalde maatregelen wel of niet verplicht dan wel dringend noodzakelijk zijn. Goede kennis van de kenmerken van een infectieziekte en heldere communicatie kunnen daarbij helpen, al is het maar om complotdenkers te kunnen tegenspreken. Ter voorkoming van dit alles hoort ook het tijdig betrekken van grondrechten- en gezondheidsjuristen bij de besluitvorming.

Deze kritiek geldt ook met betrekking tot de eerdergenoemde Tijdelijke wet maatregelen COVID-19. Deze wet is allereerst pas laat tot stand gekomen, niet in de laatste (en terechte) plaats door de kritische houding van de Tweede Kamer. De wet lijkt bovenal te zijn bedoeld om inperkingen op klassieke grondrechten te rechtvaardigen, met mogelijkheden van democratische controle. Zie daartoe artikel 58b lid 2 Wpg, een bepaling op grond waarvan alle grondrechten met spoed kunnen worden ingeperkt. Het valt hierbij op dat het bevorderen van de volksgezondheid (art. 22 lid 1 Gw) niet als uitgangspunt is genomen, maar dat er – op een haast negatieve wijze – is gezocht naar een rechtvaardiging om klassieke grondrechten te kunnen beperken ‘omwille van de bestrijding van een infectieziekte’ (doel van de Wpg). Wij betreuren dit omdat de strijd tegen een pandemie als COVID-19 vraagt om op de algemene bevolking gerichte maatregelen, met een

87 Zie daarover ook deel 6 van dit preadvies ‘Gezondheidsrechtelijk perspectief: rechten van cliënten in de ouderenzorg en verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens de COVID-19-pandemie’ van Frederiks en Steen.

goed functionerend publiek zorgstelsel, waarbij het algemeen belang soms zwaarder weegt dan de belangen van individuen. Anders gezegd, van individuen mag enige mate van solidariteit worden gevraagd met zieke en kwetsbare personen en diegenen die de gezondheidszorg en onze samenleving draaiende houden. Dit sluit aan bij de oorspronkelijke doelstelling van de Wpg, met dat verschil dat de Wpg bovenal een organisatiewet is ter voorbereiding om een infectieziektecrisis en we inmiddels al bijna een jaar te maken hebben met de COVID-19-pandemie. Dit vraagt ook om langere termijn maatregelen en het benadrukken door onze overheid van de aan grondrechten ten grondslag liggende solidariteit. Dat vereist meer bewustzijn bij de overheid van alle grond- en mensenrechtelijke aspecten van een infectieziekte, een wet – en daarom anders dan de Wpg – waarin met al die kenmerken rekening wordt gehouden, inclusief vragen als vaccineren, met als uitgangspunt het beschermen, respecteren en bevorderen van het recht op gezondheid en niet enkel het voorkomen van meer zieken.

Maar ook van burgers wordt in tijden van een infectieziekte het nodige verwacht. Betoogd kan worden dat de maatregelen van het ‘nieuwe normaal’, althans een deel daarvan, tot uitdrukking brengen dat we in tijden van een infectieziekte op een andere en soms verdergaande wijze rekening met elkaar moeten houden, en aldus solidariteit met elkaar moeten betrachten. Volksgezondheid is een belang dat ons allen aangaat, zo ook het recht op gezondheid. Volksgezondheid is meer dan de gezondheid van individuen.

Zoals wij hiervoor reeds betoogden: grond- en mensenrechten laten de overheid ruimte om die op zekere wijze zelf in te kleuren en daarbij afwegingen te maken. Maar het is wel zaak dat de overheid haar keuzes – bijvoorbeeld over de gigantische financiële steun aan KLM en de minimale ondersteuning van zorgmedewerkers – kan uitleggen. Dat laatste, het verantwoorden, geldt in het bijzonder bij het inperken van vrijheidsrechten, dat wil zeggen: het zelfbeschikkingsrecht, als dat nodig wordt geacht met het oog op het recht op gezondheid. Ook zal de overheid moeten kunnen verklaren waarom zij de strijd tegen COVID-19 zo serieus neemt, en COVID-19 rekent tot de groep A-ziekten van de Wpg ondanks de relatief beperkte sterftetekans en grote herstelkans van grote groepen personen, maar dat de overheid weinig doet ter bestrijding van chronische ziekten zoals roken en overgewicht, die de kansen op herstel van COVID-19 bovendien negatief beïnvloeden. Zoals gezegd, dit vraagt om meer aandacht voor het recht op gezondheid bij het formuleren en implementeren van gezondheidsmaatregelen.

Ons inziens is de overheid niet altijd in deze grond- en mensenrechtelijke opdracht geslaagd, en valt een en ander ook gezondheidsrechtelijk niet te verklaren. De overheid heeft namelijk niet altijd goed helder kunnen maken waarom bepaalde maatregelen nodig waren en andere niet. Hiervoor spraken we al van een ‘negatieve’ insteek bij inbreuken op individuele klassieke grondrechten: ‘inbreu-

ken mogen niet, tenzij'. Bij dit alles komt dat heel de wereld te kampen heeft met COVID-19 en er dus overal maatregelen worden genomen. Zoals gezegd, landen hebben daarbij een zekere ruimte om te kiezen voor een eigen inkleuring van rechten. Het is evenwel verwarrend dat landen daarbij kiezen voor zulke uiteenlopende maatregelen, ook binnen de EU. Waarom geldt dat er in Frankrijk één meter afstand tot elkaar moet worden gehouden, in Duitsland anderhalve meter en in Luxemburg twee meter? Waarom verschillen de regels inzake het testbeleid, de (duur van de) thuisquarantaine en het mondkapje zo? Waarom is er sprake van dergelijke beperkte internationale afstemming en samenwerking? Waarom wordt de WHO bij dit soort zaken zo selectief geraadpleegd door landen? Kunnen we er niet op vertrouwen dat de WHO kennis uit alle landen verzamelt en deelt?

In het verlengde hiervan: hoe zit het met de verantwoordelijkheid van landen om de bestrijding van COVID-19 ook internationaal ter hand te nemen? Is het voorkomen van verdere besmettingen met SARS-CoV-2 geen mensen(rechtelijke) verplichting? Het is in dit verband opvallend hoe weinig oog er lijkt te zijn voor de noodzaak ervaring en zaken als vaccins met elkaar te delen.

8 Conclusie

Grond- en mensenrechten spelen een belangrijke rol bij het bestrijden van een infectieziekte als COVID-19. Tot nu toe is die rol onvoldoende naar voren gekomen binnen het Nederlandse beleid. Voor zover de overheid aandacht heeft besteed aan grondrechten, betrof dit de klassieke grondrechten. Aandacht voor het recht op gezondheid, ons inziens het belangrijkste uitgangspunt bij het bestrijden van een infectieziekte, was en is pijnlijk afwezig. Voorts heeft de overheid maatregelen genomen die ons inziens niet altijd helder en voorzienbaar zijn. Daarmee willen we niet zeggen dat de overheid heeft gehandeld in strijd met de grond- en mensenrechtelijke verplichtingen, maar dat het begrijpelijk is dat de overheid ook kritiek krijgt op haar handelen, waaronder van de beoefenaren van het gezondheidsrecht.⁸⁸ Zo is het opvallend dat de overheid hulpverleners afschildert als personen die bereid zijn te vaccineren, te testen, gezondheidsgegevens van patiënten door te geven enzovoort zonder zich af te vragen hoe deze maatregelen zich verhouden tot de professionele standaard van hulpverleners en de rechten van de patiënt. Onbedoeld kunnen overheidsmaatregelen aldus ook de vertrouwensrelatie tussen hulpverleners en patiënten schaden.

De COVID-19-pandemie heeft duidelijk gemaakt dat grond- en mensenrechten, niet in de laatste plaats het recht op gezondheid, een meer vooraanstaande rol moeten krijgen bij het bestrijden van volksgezondheidsvraagstukken en dat de wet betere waarborgen moet bieden voor het inperken van grond- en mensen-

88 Zie bijv. de special van het *TvGR* (nr. 5/2020).

rechten. Dit vraagt om een heldere visie op grond- en mensenrechten en daarop betrekking hebbende wet- en regelgeving. Dit geldt ook voor gezondheidsjuristen; het gezondheidsrecht is in belangrijke mate op grondrechten gebaseerd. Deze benaderingswijze behoort ook terug te komen in tijden van een pandemie. Aanpassingen van de Wpg en andere wetgeving moeten aansluiten bij die visie, waarbij inbreuken op grond- en mensenrechten met rechtszekerheid zijn omgeven en voorzienbaar zijn. Dit zijn vragen die goed kunnen terugkomen in een wetsevaluatie. Dergelijke aanpassingen vereisen een meer grond- en mensenrechtelijk bewustzijn van onze bestuurders – en natuurlijk ook van zorgverzekeraars, zorgaanbieders, zorgverleners, burgers én van ons: gezondheidsjuristen. Dat bewustzijn mag wat ons betreft ook meer internationaal zijn georiënteerd dan heden; een infectieziekte zoals COVID-19 treft de hele wereld en vraagt om internationale samenwerking. Zolang COVID-19 in een land bestaat, blijft deze aandoening een bedreiging vormen voor de rest van de wereld.

Het gezondheidsrecht kan aan dit alles een belangrijke bijdrage leveren, ook om te waarborgen dat we beschikken over een deugdelijk systeem van publieke gezondheid gebaseerd op grond- en mensenrechtelijk en internationaal afgestemde kwaliteitsstandaarden. Het heeft geen zin om maatregelen te introduceren die zinloos of niet handhaafbaar zijn, laat staan in strijd zijn met de grond- en mensenrechten. Daarbij zal de overheid bij maatregelen op het gebied van de zorg rekening moeten houden met de professionele standaarden van hulpverleners en – zo is inmiddels voldoende duidelijk – de spankracht van zorgverleners. Niet in de laatste plaats zal de overheid de rechten van de patiënt maximaal moeten beschermen. COVID-19 en andere infectieziekten moeten niet alleen met de juiste maatregelen worden bestreden, maar de overheid zal ook moeten investeren in het creëren van een maximaal draagvlak voor haar maatregelen en voor voldoende gekwalificeerde zorgverleners. Zoals de overheid zelf zegt: ‘Alleen samen kunnen we corona bestrijden’, al duurt die strijd voor velen van ons allemaal erg lang.⁸⁹

89 I. Foulkes, ‘How should we cope with pandemic fatigue?’, *Swissinfo*, 13 oktober 2020, << <https://www.swissinfo.ch/eng/sci-tech/how-should-we-cope-with-pandemic-fatigue-/46082130> >>.

Deel 4

De Wet publieke gezondheid als instrument voor de bestrijding van de COVID-19-epidemie Gewogen en te licht bevonden?

em. prof. mr. J.C.J. Dute*

* Em. prof. mr. J.C.J. (Jos) Dute is emeritus-hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Met dank aan Brigit Toebes en Jaap Sijmons voor het meelesen van de concepttekst.

1 Inleiding

Vorig jaar verscheen in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* mijn artikel ‘De aanpak van de COVID-19 epidemie: een juridische tussenbalans’.¹ Daarin analyseerde ik vanuit juridisch perspectief het optreden van de overheid in verband met de coronaproblematiek. Op dat moment stonden we aan de vooravond van de tweede golf. Gehoopt werd dat bij het verschijnen van dit preadvies de tweede golf, al dan niet door toedoen van vaccinatie, voorbij zou zijn, en daarmee de epidemie over haar hoogtepunt heen zou zijn.² Helaas werden we met de komst van de Britse (Zuid-Afrikaanse, Braziliaanse) variant overspoeld door een derde golf, die de overheid heeft gebracht tot het uitvaardigen van nog verdergaande maatregelen, zoals de introductie van een avondklok en verdere bezoekbeperkingen.

Het speelveld is sinds het begin van de tweede golf drastisch veranderd. De veelbesproken – of beter gezegd: veel bekritiseerde – noodverordeningen zijn verdwenen. In plaats daarvan is een nieuw, tijdelijk, hoofdstuk toegevoegd aan de Wet publieke gezondheid (Wpg), met (deels nieuwe) bevoegdheden in de strijd tegen het virus. Hoe moet over die regeling worden gedacht? Meer kwesties dienen zich aan. Met de komst van de derde golf zijn nieuwe, strengere maatregelen afgekondigd, waarbij voor de avondklok een andere wettelijke grondslag dan de Wpg is gekozen (de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag). Ook zijn, als gevolg van de verbeterde testmogelijkheden en de ontwikkeling van verschillende vaccins, nieuwe vragen opgekomen. In dit preadvies ga ik nader op deze aspecten in.

Hierna, in paragraaf 2, begin ik met een analyse van de internationale context – meer in het bijzonder ga ik in op de rol van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en de Europese Unie (EU). Vervolgens werp ik in paragraaf 3 een blik op de rol van de Wpg in dit verband,³ waarna ik inzoom op de betekenis van het nieuwe, tijdelijke hoofdstuk inzake de bestrijding van corona. In het verlengde daarvan sta ik ook stil bij de aangescherpte maatregelen ter beteugeling van de derde golf. In paragraaf 4 staan twee vragen centraal: de juridische mogelijkheden die door het versterkte testbeleid worden opgeroepen, zoals de coronapas, en het vaccinatiebeleid, met inbegrip van het – met de coronapas vergelijkbare – vaccinatiebewijs. Met een slotbeschouwing rond ik dit preadvies af.

1 *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2020, nr. 5, p. 477-468.

2 Zie over de actuele stand van zaken voor wat betreft COVID-19 het Dashboard coronavirus, <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/maatregelen>; zie voor de maatregelen per risiconiveau (er zijn er vier, variërend van waakzaam tot zeer ernstig) de Routekaart coronamaatregelen, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/02/routekaart-coronamaatregelen> (geraadpleegd 7 januari 2021).

3 In het in noot 1 genoemde artikel ga ik uitvoeriger hierop in.

De COVID-19-epidemie is nog lang niet bedwongen en dat zal op het moment van uitbrengen van dit preadvies ook zeker nog niet het geval zijn. Dat maakt van dit preadvies noodgedwongen een tussentijdse analyse. De tekst werd afgesloten op 7 februari 2021; ontwikkelingen nadien konden vanzelfsprekend niet worden meegenomen.

2 Internationale context

2.1 Wereldgezondheidsorganisatie (WHO)

De WHO is een van de gespecialiseerde organen van de Verenigde Naties, en werd opgericht in 1948. De organisatie is voortgekomen uit de (in totaal 14) Internationale Sanitaire Conferenties, die in de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw werden gehouden en tot doel hadden de van land tot land uiteenlopende maatregelen tegen epidemieën te stroomlijnen. Het voorkomen en bestrijden van infectieziekten wereldwijd vormen dan ook (nog steeds) de *corebusiness* van de WHO, waaraan niet afdoet dat in de afgelopen decennia ook andere ziekten (in het bijzonder de welvaartsziekten) binnen haar vizier zijn gekomen.

Coördinatie, bevordering van samenwerking, ondersteuning en beïnvloeding van het beleid van de nationale overheden staan bij de WHO voorop. Publiek-rechtelijke bevoegdheden of sanctiemogelijkheden heeft de WHO niet. Wel heeft zij regelgevende bevoegdheden ten aanzien van enkele onderwerpen, waarvan overigens maar spaarzaam gebruik wordt gemaakt. Niet toevallig is in dat kader de Internationale Gezondheidsregeling (*International Health Regulations, IHR*) tot stand gekomen, waarvan de laatste versie dateert van 2005. Het verdrag heeft betrekking op *all events that may constitute a public health emergency of international concern*, dus niet alleen op infectieziekten, al blijft dat wel het zwaartepunt van de regeling. De IHR heeft de status van een verdrag, en is in Nederland geïmplementeerd via de Wet publieke gezondheid.

De WHO heeft bepaald niet stilgezeten in de huidige pandemie.^{4, 5} Reeds (of pas)⁶ op 30 januari 2020 werd de uitbraak van COVID-19 uitgeroepen tot *public health*

4 Zie voor een overzicht van de activiteiten van de WHO: <https://www.who.int/news-room/spotlight/a-year-without-precedent-who-s-COVID-19-response> (geraadpleegd 7 februari 2021).

5 Het optreden van voormalig president Trump heeft het de WHO natuurlijk niet gemakkelijker gemaakt. Hij verweet de WHO dat zij niet tijdig waarschuwingen heeft doen uitgaan, relevante informatie niet onmiddellijk heeft gedeeld en te inschikkelijk is tegenover China. Ook heeft hij aangekondigd dat de Verenigde Staten, een grote donateur, de WHO per 6 juli 2021 zullen verlaten, een maatregel die door de huidige president Biden overigens wordt teruggedraaid.

6 Discussie is er over de vraag of de WHO wel op tijd heeft geacteerd.

emergency of international concern, de hoogste staat van paraatheid.⁷ Op 11 maart 2020 werd COVID-19 tot pandemie verklaard⁸ en werden de aangesloten landen gemaand om binnen de nationale context datgene te doen wat nodig is. De WHO richtte zich intussen op informatie-uitwisseling en -verschaffing, geven van aanbevelingen, wetenschappelijk onderzoek, distributie van goederen, fondsenwerving enzovoort, waarbij oog was voor de belangen van derdewereldlanden. Daardoor waren haar activiteiten wellicht niet altijd even goed zichtbaar binnen Europa.

De COVID-19-epidemie is een belangrijke *testcase* voor de IHR gebleken. Tijdig melding maken van een mogelijke ziekteuitbraak aan de WHO is uiteraard cruciaal voor het functioneren van (het informatiesysteem van) de IHR en hier ging het al direct mis. Pas zeven weken nadat de ziekte in het Chinese Wuhan voor het eerst was vastgesteld, werd de WHO hiervan op de hoogte gesteld. Op niet-tijdig melden staat verder ook geen sanctie.

De IHR kent daarnaast regels voor de te nemen volksgezondheidsmaatregelen. Daarmee is beoogd te voorkomen dat landen bij een (dreigende) crisis verregaande handels- en reisbeperkingen instellen, met alle economische en sociale gevolgen van dien. Bij de keuze van de bestrijdingsmaatregelen in de onderscheiden landen lijken deze voorschriften geen of amper een rol van betekenis te hebben gespeeld. Daar heeft de WHO overigens ook zelf wel aan bijgedragen door te pleiten voor een agressieve aanpak zoals in China, waar complete miljoenensteden van de buitenwereld werden afgesloten en uitgebreide quarantainemaatregelen werden toegepast.

Het lijkt erop dat de IHR als instrument voor een effectieve en efficiënte bestrijding van een epidemie c.q. pandemie tekort zijn geschoten. Een gecoördineerde internationale aanpak is althans niet zichtbaar geworden. Te zijner tijd zal de regeling daarom nog eens goed tegen het licht moeten worden gehouden.

2.2 Europese Unie

Bij de Europese Unie (EU) staat het tot stand brengen van een gemeenschappelijke interne markt voorop. Daarmee is de EU primair een economische en politieke unie en, sinds de invoering van de euro, ook een monetaire unie. Niettemin is sinds het Verdrag van Maastricht (1993) ook de volksgezondheid een belangrijke

7 Dat is vijf keer eerder gebeurd: Mexicaanse griep (2009); polio (2014); ebola (2014); zika (2016); kiva ebola (2018).

8 COVID-19 staat daarmee in het rijtje Spaanse griep (1918-1920; 20-30 miljoen doden); Aziatische griep (1957; 1 miljoen doden); Hongkong griep (1968; 700.000 doden); Mexicaanse griep (2009-2010; 13.763 doden).

pijler van de EU (art. 168 VWEU). Inmiddels is voor diverse onderwerpen op het terrein van de volksgezondheid harmonisatie mogelijk, waaronder de kwaliteit en veiligheid van organen, menselijke stoffen, bloed(derivaten), geneesmiddelen en hulpmiddelen (lid 4).

Voor de bestrijding van infectieziekten is harmonisatie niet mogelijk. Op dat terrein blijft het optreden van de EU beperkt tot het bevorderen van samenwerking, coördinatie en het doen van aanbevelingen (lid 2 en 6). Ook mag de EU (stimulerings)maatregelen nemen 'betreffende de controle van, de alarmering bij en de bestrijding van ernstige grensoverschrijdende bedreigingen van de gezondheid', zij het uitdrukkelijk 'met uitsluiting van enige harmonisering' (lid 5). Ook het bevorderen van samenwerking met 'de inzake volksgezondheid bevoegde internationale organisaties' (zoals de WHO) is aan de EU en de lidstaten opgedragen (lid 3). Belangrijk voor de infectieziektebestrijding is verder het Europees Centrum voor ziektepreventie en bestrijding (ECDC). Op directoraatsniveau is daarnaast de Health Security Committee (HSC) van betekenis. Voorts zij nog gewezen op de solidariteitsclausule van artikel 22 VWEU, op grond waarvan lidstaten elkaar bijstand moeten verlenen bij rampen. Voor de coördinatie van alle activiteiten van de EU in verband met de COVID-19-epidemie is het zogenoemde Coronarespons-team ingesteld, dat bestaat uit een aantal Europese commissarissen, onder voorzitterschap van de EU-voorzitter.

De bemoeienis van de Europese Unie met COVID-19 richt zich vooral op ontwikkeling van vaccins, gezamenlijke inkoop daarvan en aanleggen van voorraden; distributie van beademingsapparatuur, mondkapjes en andere medische hulpmiddelen; vaststellen van medische richtsnoeren; ontwikkeling van sneltests; bevorderen van wetenschappelijk onderzoek; steunverlening, ook aan derde landen; maatregelen in verband met het grensverkeer en het tegengaan van desinformatie.⁹

De Ruijter stelt terecht vast dat 'de capaciteit van de EU voor infectieziektebestrijding zeer beperkt is en ook gefragmenteerd over verschillende mechanismen.'¹⁰ Zeker gelet op de enorme economische impact die een grootschalige, grensoverschrijdende epidemie heeft, zoals de coronacrisis maar al te goed heeft duidelijk gemaakt, is het moeilijk te begrijpen waarom voor de EU zo'n bescheiden rol is weggelegd. De politieke weerstand tegen Europese bemoeienis met de nationale stelsels

9 Zie voor een overzicht van de activiteiten: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action_nl (geraadpleegd 7 februari 2021). Zie voor de Europese steunmaatregelen D. Busch, Wat doet de Europese Unie ter bezwering van de coronacrisis? *NJB* 2020/1252.

10 A. de Ruijter, EU-gezondheidsrecht en -beleid na COVID-19, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2020, nr. 5, p. 524-535.

van gezondheidszorg is groot, maar moeten die bezwaren nu ook opgeld doen ten aanzien van een meer actieve rol bij de bestrijding van infectieziekten? Daarbij moet worden bedacht dat het belang van internationale samenwerking juist op dit terrein van oudsher is onderkend, getuige de vele internationale sanitaire conferenties en de daaruit voortgekomen WHO. Wellicht dat de COVID-19-epidemie (eenmaal bedwongen) als katalysator voor verandering gaat werken. Vooralsnog zijn de voorgestelde initiatieven bescheiden: gesproken wordt over de ontwikkeling van een Europese Gezondheidsunie, die op twee pijlers steunt: 'een steviger kader voor gezondheidsbescherming' en 'robuustere EU-agentschappen'.¹¹

3 Nationale aanpak: terugblik en voortgang

3.1 De betekenis van de Wet publieke gezondheid: terugblik

Bij het voorkomen en bestrijden van infectieziekten staat de Wet publieke gezondheid (Wpg) centraal.¹² COVID-19, preciezer het novel coronavirus of 2019-nCoV, is aangewezen als A-ziekte als bedoeld in deze wet.^{13, 14} Dat betekent dat het strengste regime waarin de wet voorziet voor de melding en de mogelijke onderzoeks- en bestrijdingsmaatregelen, van toepassing is op COVID-19. De wettelijke meldingsplicht (zo spoedig mogelijk en reeds bij vermoeden) is door de COVID-19-richtlijn van het RIVM overigens afgezwakt tot alleen het melden van bevestigde patiënten.¹⁵ Van de onderzoeks- en bestrijdingsmaatregelen waarin de wet voorziet, wordt in feite geen gebruik gemaakt.

Van groot belang is wel artikel 7 Wpg gebleken. Daarin is geregeld dat de minister van VWS leiding geeft aan de bestrijding van een A-ziekte en de voorzitters van de veiligheidsregio's kan opdragen hoe deze bestrijding ter hand te nemen. Dit

11 Zie https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/overview-commissions-response_nl (geraadpleegd 7 februari 2021).

12 Zie voor een overzicht van een toelichting op de Wpg: J.C.J. Dute, 'De Wet publieke gezondheid', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008 (32) 8, p. 576-591, id., 'Wet publieke gezondheid', in: *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019; en id., *Infectieziekten, dwang en drang*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2005, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

13 Regeling 2019-nCoV, *Stcrt.* 2020, 6800. Deze ministeriële regeling dient te worden geïncorporeerd in de Wpg. Het daartoe strekkende wetsvoorstel ligt nog ter behandeling bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 35401). In de Wpg zal overigens, anders dan in de ministeriële regeling, de term COVID-19 worden gehanteerd, zo blijkt uit de nota van wijziging van 27 augustus 2020.

14 Uitvoeriger hierover J.C.J. Dute, 'De aanpak van de COVID-19 epidemie: een juridische tussenbalans', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2020, p. 477-486; zie ook A. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona', *NJB* 2020/880.

15 <https://lci.rivm.nl/richtlijnen/COVID-19> (geraadpleegd 7 februari 2021).

heeft geleid tot de totstandkoming van 25 noodverordeningen met verregaande, niet in de Wpg voorziene maatregelen.¹⁶ Daarmee is aan artikel 7 Wpg een wel heel vérstrekkende invulling gegeven. De Wpg behoort tot het reguliere recht, en dat geldt ook voor de verschuiving van de bevoegdheden van de burgemeester naar de voorzitters van de veiligheidsregio's die op grond van artikel 6 lid 4 Wpg plaatsvindt. De uitleg dat artikel 7 Wpg zich ook uitstrekt tot de noodbevoegdheden van de voorzitters impliceert dat dit artikel ook tot het noodrecht behoort.¹⁷ Ik zei het al eerder: beslist een juridische vondst.¹⁸

De vraag is waarom de minister niet zelf tot de vaststelling van regelgeving is overgegaan. Het antwoord is simpel: de Wpg verschaft de minister niet de bevoegdheid daartoe, ook artikel 7 niet. De Wpg is opgezet als een uitputtende regeling voor de bestrijding van infectieziekten waarbij individuele of collectieve maatregelen aan de orde kunnen zijn. Onder de voorgangers van de Wpg konden de gemeenteraden nog aanvullende regels stellen, maar aan die mogelijkheid is bewust een einde gemaakt. Het limitatieve karakter van de Wpg sluit intussen de toepassing van noodrecht niet uit. De noodverordeningen van de voorzitters van de veiligheidsregio's zijn tot stand gekomen op geleide van een model-noodverordening die op aanwijzingen van de minister is opgesteld.¹⁹ In feite heeft de minister dus via de omweg van het noodrecht alsnog verordenend kunnen optreden, en wel zo dat de onderzoeks- en bestrijdingsmaatregelen van de Wpg volledig opzij zijn gezet.

Bij het overheidsbeleid inzake corona speelt het Outbreak Management Team (OMT) een cruciale rol. Het OMT, dat overigens geen grondslag heeft in de Wpg, bestaat uit een wisselend samenstel van deskundigen onder leiding van de directeur van het Centrum Infectieziekten van het RIVM (Jaap van Dissel). Het OMT rapporteert aan het – wel in de wet geregelde (art. 7 lid 4 Wpg) – bestuurlijk afstemmingsoverleg (BAO), dat het advies toetst op bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid,²⁰ waarna de betrokken ministeries c.q. het kabinet in beeld komen.

16 Zie over het totstandkomingsproces van de noodverordeningen B. Roozendaal & S. van de Sande, 'COVID-19 in het publiekrecht – een overzicht,' *NJB* 2020/879.

17 In die zin E.T. Brainich & I. Helsloot, *T&C Openbare Orde en Veiligheid*, commentaar op art. 39 Wet veiligheidsregio's, Kluwer 2019, online bijgewerkt 1 september 2020.

18 Dute, a.w., 2020, p. 482.

19 <https://www.veiligheidsberaad.nl/2020/03/17/landelijke-model-noodverordening-voor-de-veiligheidsregios/> (geraadpleegd 7 februari 2021)

20 Zie art. 2 lid 1 Instellingsbesluit Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding.

De gedachte achter deze besluitvormingsstructuur is de scheiding tussen deskundigheid en politiek: het deskundigenoordeel komt in onafhankelijkheid tot stand, waarna de uitkomst daarvan politiek wordt gewogen, dat wil zeggen de vanuit medisch-epidemiologisch inzicht geboden of noodzakelijke geachte maatregelen worden afgewogen tegen economische, financiële en andere maatschappelijke belangen. De vraag is natuurlijk wat er in de praktijk van deze ideaaltypische besluitvormingsstructuur terecht komt. Het kabinet c.q. de premier heeft bij herhaling aangegeven dat de adviezen van de OMT leidend zijn voor het beleid. Dat betekent ofwel dat er geen nadere maatschappelijke/politieke afweging plaatsvindt ofwel dat die verscholen gaat achter het advies van de OMT. Dit maakt de besluitvorming weer minder doorzichtig.

3.2 *Tijdelijke wet maatregelen COVID-19*

Op de aanpak via de noodverordeningen is met name vanuit juridische hoek veel kritiek gekomen: zij zouden ten onrechte grondrechtenbeperkend zijn,²¹ niet voor langere duur bedoeld zijn²² en niet democratisch gelegitimeerd zijn. Dit heeft geleid tot een nieuwe wettelijke regeling in de vorm van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19, waarmee een nieuw, als tijdelijk bedoeld, hoofdstuk Va is toegevoegd aan de Wpg.²³ De regeling voorziet in een aantal maatregelen die eerder al in de noodverordeningen waren opgenomen: regels voor de veilige afstand, groepsvorming, openstelling publieke plaatsen, evenementen, zorg personenvervoer, onderwijsinstellingen, hygiënemaatregelen enzovoort. Via ministeriële regelingen kunnen deze maatregelen in of buiten werking worden gesteld.

Aanvankelijk voorzag het wetsvoorstel daarbij in een bescheiden rol voor het parlement: de beide kamers van de Staten-Generaal zouden over de voorgenomen vaststelling van de ministeriële regeling alleen worden geïnformeerd. Door ingrijpen van de Tweede Kamer is de parlementaire betrokkenheid versterkt tot een vetorecht. De Tweede Kamer kan besluiten niet in te stemmen met een ministeriële regeling, die ofwel voor inwerkingtreding is overgelegd (art. 58c lid 2 Wpg; de 'reguliere' situatie), ofwel reeds in werking is getreden (art. 58c lid 3 Wpg; in 'een zeer dringende omstandigheid waarin ter beperking van gevaar direct moet

21 Raad van State, Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, 25 mei 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 25295, nr. 312. Zie verder A. Wieringa, J. Schilder & J. Brouwer, 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar', *NJB* 2020/1135.

22 De rechter zag op beide punten overigens geen reden tot ingrijpen, zie bijvoorbeeld Vz. Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856.

23 De wet geldt sinds 1 december 2020 en heeft een looptijd van drie maanden, waarna verlenging mogelijk is.

worden gehandeld').²⁴ Bij een veto vervalt de regeling van rechtswege. De grotere rol die de Tweede Kamer nu speelt, is wel aangemerkt als een 'overwinning van de democratie', al zijn ook constitutionele bezwaren aangevoerd en is het verlies van slagkracht bekritiseerd.²⁵

Op meer onderdelen is het oorspronkelijke wetsvoorstel aangepast. De initiële geldingsduur is verkort van zes naar drie maanden (zie art. VIII, de vervalbepaling van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19). Gelet op de ontwikkeling van de epidemie heeft dit overigens amper betekenis. Verlenging is steeds mogelijk met maximaal drie maanden, waarbij de Raad van State moet zijn gehoord (art. 58t). De eerste verlenging heeft inmiddels plaatsgevonden, en er zullen ongetwijfeld nog vele volgen. COVID-19 zal immers de komende jaren niet verdwijnen. Daarbij komt dat de toepasselijkheid van het tijdelijke hoofdstuk zich ook uitstrekt tot een 'directe dreiging' van een epidemie. Dreiging zal er altijd wel zijn, en gelet op het feit dat het virus, in al zijn varianten, zich wereldwijd snel kan verplaatsen, zal die dreiging al gauw direct zijn. Het pleit om de gereedschapskist van het tijdelijke hoofdstuk dan toch nog maar even achter de hand te hebben, is dan snel gemaakt.

Kern van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 is dat op hoofdpunten de in beginsel toelaatbare maatregelen zijn vastgelegd, waarmee de basis is gelegd voor een gedifferentieerd²⁶ stelsel van ministeriële regelingen, waarmee snel kan worden op- en afgeschaald. Een ministeriële regeling kent doorgaans voorschriften van administratieve aard en uitwerkingen van de details van een wet of AMvB. Bij de ingrijpende maatregelen waar het in de Tijdelijke wet om gaat, is daarvan bepaald geen sprake. De rechtvaardiging voor de keuze voor de ministeriële regeling zal moeten worden gevonden in de snelheid waarmee moet worden opgetreden en de vele malen dat wijziging van de voorschriften nodig zal zijn. Het ve-

24 P. Bovend'Eert, 'Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke Coronawet – Niet voor herhaling vatbaar', *NJB* 2020/2641.

25 Ibidem. Bovend'Eert spreekt van een 'staatsrechtelijk wangedrocht'. Zie verder de reactie van J. Brouwer & J. Schilder, 'Parlementair vetorecht bij ministeriële coronamaatregelen – Juiste reactie op staatsrechtelijke wanorde', *NJB* 2020/3053, met naschrift van P. Bovend'Eert, *NJB* 2020/3054.

26 Zie voor de differentiatiemogelijkheid met name art. 58(e) WPG: onderscheid kan worden gemaakt binnen en tussen gemeenten, met inbegrip van Bonaire, Sint Eustatius en Saba; tussen personen, op basis van leeftijd; tussen activiteiten; en tussen openbare, publieke en besloten plaatsen, of gedeelten daarvan. Daarnaast kan de burgemeester ontheffing verlenen, waaraan voorschriften en beperkingen kunnen worden verbonden.

torecht van de Tweede Kamer²⁷ (een staatsrechtelijke *fremdkörper*)²⁸ leidt uiteraard tot vertraging, en doet daarmee afbreuk aan de slagvaardigheid. Zorgelijker dan de mogelijke vertraging vind ik evenwel dat de versterkte democratische betrokkenheid tegelijk een (verdere) politisering van de besluitvorming met zich kan brengen. De maatschappelijke tegenstellingen die de coronamaatregelen hebben opgeroepen zullen dan eerder worden aangescherpt dan geapaiseerd, vrees ik.²⁹

De betrokkenheid van het parlement komt ook tot uitdrukking in de informatieplicht van de regering. De minister dient op grond van artikel 58s lid 1 elke maand aan de Tweede en Eerste Kamer een met redenen omkleed overzicht van de geldende maatregelen te zenden en tevens aan te geven wat de verwachtingen zijn ten aanzien van het voortduren van de maatregelen. Een verantwoordingsplicht is ook voorzien voor de burgemeester (aan de gemeenteraad) en de voorzitter van de veiligheidsregio (aan de betrokken gemeenteraden), zie lid 4 en 5 van artikel 58s.

De ministeriële maatregelen zijn samengebracht in de Tijdelijke regeling maatregelen COVID-19.³⁰ Het normatieve kader voor die regelingen, alsook voor de concrete toepassing ervan, wordt gevormd door artikel 58b Wpg. Hierin is vastgelegd dat de coronabevoegdheden slechts worden toegepast voor zover die toepassing gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is; in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat; en, gelet op het doel, de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en aan dat doel evenredig is. Deze formulering is het resultaat van een door zeven Kamerleden ingediend amendement.³¹ Strikt genomen is deze bepaling overbodig. De eis van noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit vloeit al voort uit het EVRM. Bij 'de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat' is, zo blijkt uit de toelichting op het amendement, met name gedacht aan de grondrechten. De gebondenheid aan de in het EVRM en elders neergelegde grond-/ mensenrechten spreekt voor zich, al kan het natuurlijk ook weer geen kwaad dit nog eens te benadrukken in een regeling die verregaande ingrepen in het individuele en maatschappelijke leven mogelijk maakt. De regering maakt in de toelichtende stukken op de aanpassingswet van de Wpg veel woorden vuil aan de mensenrechtelijke

27 De Eerste Kamer staat overigens niet geheel buitenspel. Zij krijgt de voorgenomen regeling toegezonden en kan dan de gebruikelijke parlementaire controle op het regeringsbeleid uitoefenen (vragen, moties enzovoort).

28 Door de Raad van State aangemerkt als 'een nieuwe vorm van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving', Brief van de vicepresident van de Raad van State, 22 oktober 2020, *Kamerstukken I*, 2020/21, 35526, F.

29 Het debat over de avondklok had intussen weinig om het lijf.

30 *Strct.* 2020, 62031.

31 Nader gewijzigd amendement van het lid Van der Graaf c.s., *Kamerstukken II* 2020/21, 35526, nr. 39.

toets, maar blijft daarbij helaas steken in lippendienst. Nergens wordt concreet uitgewerkt hoe deze toets er voor specifieke maatregelen uit zou kunnen zien.

De mondkapjesplicht kwam nog niet in de noodverordeningen voor. Deze heeft nu een plaats gevonden in artikel 58j ('persoonlijke beschermingsmiddelen'). Van deze mogelijkheid is gebruikgemaakt in de Regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen COVID-19, die als hoofdstuk 2a is opgenomen in de Tijdelijke regeling maatregelen COVID-19.

Wat betreft de maatregelen kan de regeling van de veilige afstand tot andere personen mijns inziens als de kernbepaling gezien worden (art. 58f). Immers, in feite zijn alle andere maatregelen (tegenaan groepsvorming, sluiten publieke plaatsen, beperking evenementen, zorgplichten publieke en besloten plaatsen en de sectorspecifieke regelingen zoals ten aanzien van de zorg, het personenvervoer, het onderwijs en de kinderopvang, art. 58g-58r) gerelateerd aan het afstand houden. In de memorie van toelichting wordt de veilige-afstandsnorm 'een wezenlijk bestanddeel van de regels ter bestrijding van de epidemie' genoemd. Zou dit de reden zijn dat dit voorschrift niet bij ministeriële regeling, maar bij AMvB wordt geregeld?³² Mij ontgaat de noodzaak hiervan.³³ Daar komt bij dat bij ministeriële regeling wel weer vrijstelling kan worden verleend van de veilige-afstandsnorm.

Vaccinatie kan niet verplicht worden gesteld op grond van het tijdelijke hoofdstuk.³⁴ Een maatregel die evenmin verplicht kan worden gesteld is de corona-app ('notificatieapplicatie'). Dit is expliciet uitgesloten in lid 8 van artikel 6d Wpg. Dit artikel (dat geen onderdeel uitmaakt van het tijdelijke hoofdstuk) regelt de inrichting van de app, biedt de rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens, meer in het bijzonder van gezondheidsgegevens, en bevat verder een aantal waarborgen.³⁵

De route van de noodverordeningen (van voorzitters en burgemeester) is nu afgesloten. Dit hangt samen met het *lex specialis*-karakter van het tijdelijke hoofdstuk.

32 Tijdelijk besluit veilige afstand, *Stb.* 474: anderhalve meter.

33 Wellicht wordt gedacht dat spoed en frequente wijziging bij de veilige-afstandsnorm niet of minder aan de orde zijn. Dat is echter nog maar de vraag.

34 In art. 58h wordt gesproken over het stellen van 'voorwaarden' aan de toegang tot publieke plaatsen. Daaronder kan niet een vaccinatiebewijs worden begrepen. Dit kan *a contrario* worden afgeleid uit de toelichtende stukken. Evenmin kan het vaccinatiebewijs worden begrepen onder het begrip 'persoonlijke beschermingsmiddelen' als bedoeld in art. 58j. Daarmee is er ook geen grondslag voor het vragen van een vaccinatiebewijs in de kinderopvang (art. 58r lid 4).

35 Op 4 februari 2021 hadden ruim 4,5 miljoen mensen de app (CoronaMelder) gedownload, <https://www.coronamelder.nl> (geraadpleegd 7 februari 2021).

Daarmee is ook de bestrijding van de epidemie (grotendeels) uit de sfeer van het noodrecht verdwenen. Voor wat betreft de handhaving zijn, naast de algemene regeling die de Wpg op dit punt kent, nog enkele specifieke bevoegdheden in de wet opgenomen. Zo kan de minister in een aantal gevallen een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom opleggen. In enkele andere gevallen komen deze bevoegdheden aan de burgemeester toe.

3.3 Avondklok

Verscheidene Europese landen, waaronder België, Spanje, Italië en Frankrijk, hebben een avondklok ingevoerd en Nederland nu ook. De instelling van een avondklok is niet geregeld in de Wpg. De regering heeft daarvoor haar toevlucht genomen tot het in werking stellen³⁶ van artikel 8 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg), dat de minister van Justitie en Veiligheid de bevoegdheid geeft ‘het vertoeven in de open lucht te beperken.’ Nadere regels ter zake hiervan kunnen worden gegeven bij AMvB, maar in spoedeisende gevallen ook bij ministeriële regeling. Dat is hier gebeurd in de Tijdelijke regeling landelijke avondklok COVID-19,³⁷ op grond waarvan voor de periode 23 januari tot 10 februari 2021 tussen 21.00 en 4.30 uur een avondklok (met uitzonderingen) gold. Was aanvankelijk het idee om de maatregel gericht en regionaal in te zetten, uiteindelijk is (op advies van het OMT) gekozen voor landelijke invoering.

Bij het van kracht worden van de regeling van de avondklok op grond van de Wbbbg is het parlement, afgezien van de politieke verantwoordingsplicht,³⁸ niet betrokken. Wel dient op grond van artikel 1 lid 2 Wbbbg een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer te worden ingediend ter voortduring van de werking van het invoeringsbesluit (een zogenoemde verlengingswet).³⁹

Door direct de route van de Wbbbg te nemen hoefde niet te worden overgegaan tot het uitroepen van de (algemene of beperkte) noodtoestand. Wel is er weer een coronamaatregel genomen in de sfeer van het noodrecht, terwijl met het tijdelijke hoofdstuk in de Wpg nu juist was teruggekeerd tot het gewone recht. Ook is duidelijk geworden dat het tijdelijke hoofdstuk, dat oogt als een uitputtende regeling, dat niet is.

36 Iets anders is dat art. 8 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag nog niet in werking was *getreden*. Inwerkingtreding en inwerkingstelling zijn bij AMvB, het Koninklijk Besluit invoering avondklok (*Stb.* 2021, 24), in één moeite door geregeld.

37 *Stcrt.* 2021, 4191.

38 Als uitkomst van het debat in de Tweede Kamer is de aanvang van de avondklok, aanvankelijk voorzien voor 20.30 uur, veranderd in 21.00 uur.

39 *Kamerstukken II*, 2020/21, 35722.

4 Coronapas

Testen en vaccineren roepen de vraag op of degenen die recentelijk negatief zijn getest respectievelijk met succes zijn gevaccineerd, toegang mogen krijgen tot bepaalde voorzieningen (scholen, reizen, winkels, enzovoort), dit met uitsluiting van anderen (ik noem dit verder: de coronapas). Daarmee wordt een bonus gezet op testen en vaccinatie, hetgeen bijdraagt aan de terugdringing van de verspreiding van het virus. Tegelijkertijd biedt het de mogelijkheid om op gereguleerde wijze voorzieningen open te stellen, waardoor het maatschappelijk verkeer geleidelijk kan worden vlot getrokken en de *collateral damage* van de epidemie nog enigszins kan worden gedempt.

Tegenover de voordelen van zo'n coronapas staan echter ook nadelen. In de eerste plaats impliceert de coronapas, juist ook voor wie dat niet wil of erover twijfelt, een sterke drang tot het ondergaan van een test dan wel het laten zetten van een vaccinatie. De regeling van de behandelingsovereenkomst vereist evenwel dat testen en vaccinatie op een in vrijheid te nemen beslissing berusten (art. 7:450 BW). Daarnaast heeft een negatieve test een beperkte houdbaarheid, is nog onvoldoende bekend in hoeverre vaccinatie de overdracht van het virus tegengaat, biedt vaccinatie geen honderd procent bescherming, is ook (nog) niet bekend hoe lang vaccinatie bescherming biedt en komt niet iedereen voor vaccinatie in aanmerking (zoals immuungecompromitteerden). Ten slotte ontstaat ongelijkheid omdat nog niet iedereen de kans heeft gehad zich te laten vaccineren.⁴⁰

Deels gaat het hier om aanloopproblemen (zo zal in de toekomst meer bekend worden over de aard en de duur van de bescherming die vaccinatie biedt en daarnaast zal te zijner tijd iedereen de gelegenheid hebben gehad zich te laten vaccineren), maar deels ook niet. De Gezondheidsraad heeft voor de coronapas (door hem 'testbewijs' genoemd) een ethisch en juridisch kader opgesteld.⁴¹ De gedachte is dat aan de hand van dit kader per setting de voor- en nadelen tegen elkaar kunnen/moeten worden afgewogen. Wat houdt het kader in? Volgens de Gezondheidsraad dienen testbewijzen bij te dragen aan het algemeen belang, noodzakelijk en effectief te zijn, te voldoen aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit, dienen nadelige effecten (potentiële schade) te zijn geminimaliseerd,

40 In voldoende testcapaciteit is inmiddels voorzien.

41 Gezondheidsraad, *Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden*, nr. 2021/02, 14 januari 2021, www.gr.nl.

moet de privacy zijn gewaarborgd,⁴² net als gelijke toegang en non-discriminatie,⁴³ is adequate communicatie, educatie en ondersteuning van belang, en dient het beleid te worden geëvalueerd en gemonitord (met stopregels). Belangrijk is voorts dat moet zijn voorzien in een grondslag in de wet in formele zin, omdat de feitelijke (indirecte) plicht tot het ondergaan van een test een inbreuk betekent op het grondwettelijk gewaarborgde recht op lichamelijke integriteit.⁴⁴

De door de Gezondheidsraad gestelde eisen spreken goeddeels voor zich, maar zijn alles bij elkaar genomen toch niet gering. Dat geldt zeker voor de eis van een wettelijke grondslag. Daarbij rijst de vraag of deze eis ook geldt voor testen door niet-statelijke organisaties, bedrijven en ondernemingen. Daar is mijns inziens wel wat voor te zeggen, al is het alleen al omdat daardoor beter kan worden gewaarborgd dat aan het door de Gezondheidsraad gestelde kader wordt voldaan.⁴⁵ Het is dan de vraag of de LCI-Handreiking testen binnen bedrijven en ondernemingen op COVID-19 de toets der kritiek kan doorstaan.⁴⁶ Weliswaar wordt de eis gesteld dat testen op basis van vrijwilligheid plaatsvindt, maar aan het al dan niet meedoen aan de testmogelijkheid zullen ongetwijfeld consequenties worden verbonden, zodat de vraag rijst of er in een aantal gevallen niet toch een (de facto) verplichting bestaat, met alle gevolgen van dien.

Inmiddels heeft de Gezondheidsraad ook geadviseerd over ‘vaccinatiebewijzen’.⁴⁷ Volgens de raad hebben private partijen in principe de vrijheid om een vaccinatiebewijs als voorwaarde te stellen voor toegang tot diensten en voorzieningen. Daarvoor zou dus geen specifieke wettelijke grondslag nodig zijn – wel moet worden gebleven binnen de grenzen van de wet (op het gebied van discrimi-

42 Het in januari 2021 geconstateerde datalek bij de GGD'en maakt het voldoen aan deze eis uiteraard wel problematisch.

43 Non-discriminatie in dit verband heeft alleen betrekking op gelijke toegang. Het gebruik van testbewijzen is per definitie het maken van onderscheid, waarbij, zo kan worden gesteld, het voldoen aan het kader de onrechtmatigheid wegneemt.

44 Zo ook Raad van State, *Kamerstukken II*, 2019/20, 35 526, nr. 3/4. Idem: V.zr. Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13643. V.zr. Rb. Den Haag, 8 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:63 is gewezen na de totstandkoming van de Tijdelijke wet COVID-19. De rechter beschouwde de daarin opgenomen wettelijke grondslag voor een verplichte PCR-test voor reizigers uit het buitenland als voldoende deugdelijk en zag ook anderszins geen belemmeringen.

45 De constructie van de het tijdelijke hoofdstuk in de Wpg (grondslag in de wet, uitwerking per ministeriële regeling) zou ook hier kunnen worden toegepast.

46 <https://lci.rivm.nl/COVID-19-testen-binnen-bedrijven>, versie 3 februari 2021.

47 Gezondheidsraad, *Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie*, nr. 2021/03, 4 februari 2021, www.gr.nl.

natie, gelijke behandeling en privacy). Private partijen moeten binnen dat kader een belangenafweging maken, waarvoor het advies een afwegingskader biedt. Dat kader vertoont overigens veel gelijkenis met dat voor testbewijzen. Dat roept bij mij dan toch weer de vraag op of ook het vaccinatiebewijs niet wettelijk moet worden ingekaderd.

Om misverstanden te voorkomen: een en ander betekent niet dat naar mijn mening het gebruik van test- en vaccinatiebewijzen geheel ontoelaatbaar zou zijn. Wel moet onder ogen worden gezien dat het verbinden van voordelen aan testen en vaccineren ingrijpend en discriminatoir is, zodat democratische controle alsmede toetsing aan de toepasselijke criteria – niet slechts achteraf, maar ook vooraf – aangewezen is.

Een belangrijke vraag is of testbewijzen ook mogen worden gevraagd voor essentiële voorzieningen, zoals zorginstellingen en supermarkten.⁴⁸ Het advies van de Gezondheidsraad over testbewijzen spreekt zich daar niet over uit. Wel kan dit punt mogelijk worden ‘ingelezen’ in de eis van noodzaak en proportionaliteit. Een testbewijs (of vaccinatiebewijs) is intussen moeilijk voorstelbaar bij essentiële voorzieningen. Andere maatregelen (ontsmetting, mondkapje, scherp toezien op anderhalve meter afstand houden) zullen hier moeten volstaan en het iets verhoogde besmettingsrisico zal voor lief moeten worden genomen. Het advies van de Gezondheidsraad over vaccinatiebewijzen beschouwt het al dan niet essentieel zijn van een voorziening als een van de afwegingsfactoren. Het zal duidelijk zijn dat die benadering mij te ruim is.

In de Tijdelijk wet maatregelen COVID-19 is alleen een wettelijke grondslag gecreëerd voor het beschikken over een testbewijs voor reizigers die vanuit het buitenland naar Nederland reizen (of tussen het Europese en Caraïbische deel van Nederland; art. 58p). Uitwerking daarvan heeft plaatsgevonden in artikel 6.7c Tijdelijke regeling maatregelen COVID-19. Bij de totstandkoming van deze regeling was het door de Gezondheidsraad ontwikkelde kader nog niet beschikbaar. Of de regeling de toets der kritiek van het kader kan doorstaan, staat nog te bezien. Hoe effectief is het testbewijs, gelet op het grote aantal uitgezonderde groepen? Hoe zijn het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel toegepast? Hoe is de privacy gewaarborgd? Zijn er stopregels geformuleerd?

5 Vaccinatie

In de juridische literatuur heeft de discussie over vaccinatie zich vooral toegespitst op de vraag of vaccinatie tegen corona verplicht zou moeten worden gesteld. Ik

48 A.C. Hendriks, ‘Test- en vaccinatiebewijzen tegen corona – Een nieuw toegangsbiljet voor deelname aan het maatschappelijk leven?’, *NJB* 2021/283.

ga die discussie hier niet overdoen,⁴⁹ en beperk me tot enkele opmerkingen. De discussie was met name ingegeven door de signalen eind vorig jaar dat de vaccinatiebereidheid weleens laag zou kunnen zijn, zelfs onder zorgmedewerkers. Zoals ik al veronderstelde,⁵⁰ is van die geringe bereidheid niet gebleken, integendeel zelfs. Maar ook los hiervan heb ik betoogd dat de discussie ontijdig was, en zelfs contraproductief kon werken. Contraproductief: wie twijfelt zal door een verplichting eerder meer dan minder gaan twijfelen (overtuigen lukt kennelijk niet, dan maar dwingen). Ontijdig: een vaccinatieplicht is vanuit mensenrechtelijk oogpunt niet op voorhand uitgesloten, maar dan dient wel iedereen in de gelegenheid te zijn geweest om zich te laten vaccineren. Daaraan is (nog) niet voldaan, sterker nog: bij het vaccinatiebeleid wringt daar nu juist de schoen. Ik kom daar hierna op terug.

Ik verwacht dat een vaccinatieplicht een overbodige en ineffectieve maatregel zal blijken te zijn. Overbodig, omdat te zijner tijd meer dan genoeg mensen gevaccineerd zullen zijn om groepsimmunitet te waarborgen. Ook voorkomt vaccinatie vooral het ontwikkelen van ernstige vormen van COVID-19, zodat de druk op de IC-capaciteit aanzienlijk zal afnemen. Ineffectief, omdat antivaxers en twijfelers eerder hun hakken (nog verder) in het zand zullen zetten dan loyaal aan de hen opgelegde plicht zullen voldoen. Van belang hierbij is ook dat het COVID-

49 Nog van voor de COVID-19-uitbraak dateert: R. Pierik & M. Verweij, 'De rol van meer verplichtende maatregelen in het Nederlandse vaccinatiebeleid', *NJB* 2020/492. Over verplichte vaccinatie tegen COVID-19: M. Buijsen, 'Vanwaar het taboe op verplicht vaccineren? Opinie', *de Volkskrant* 15 december 2020, <https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/opinie-vanwaar-het-taboe-op-verplicht-vaccineren~ba4491ca/> (geraadpleegd 7 februari 2021); B. Toebes & J. Dute, 'Twistgesprek over de stelling 'op een gegeven moment moet er een vaccinatieplicht komen'', *NRC Handelsblad* 18 december 2020, <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/12/18/geef-mensen-na-COVID-vaccinatie-meer-vrijheden-a4024468> (geraadpleegd 7 februari 2021); J.C.J. Dute, 'Weigeraars overtuigen van nut vaccinatie blijft de koninklijke weg, Opinie', *de Volkskrant* 28 december 2020, <https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/weigeraars-overtuigen-van-nut-vaccinatie-blijft-de-koninklijke-weg~b5d1b1db/> (geraadpleegd 7 februari 2021); J.C.J. Dute, 'Waarom het nu geen goed moment is om het over de vaccinatieplicht te hebben', *Blog, Global Health Law Groningen*, 7 januari 2021, <https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/waarom-het-nu-geen-goed-moment-is-om-het-over-de-vaccinatieplicht-te-hebben-07-01-2021> (geraadpleegd 7 februari 2021); G. Kooijman, H.J.E. van der Spoel & J.C.J. Dute, 'De vaccinatieplicht – springt Nederland ook in de sloot', *Mordenate* 2021, verschijnt binnenkort.

50 J.C.J. Dute, 'Weigeraars overtuigen van nut vaccinatie blijft de koninklijke weg, Opinie', *de Volkskrant* 28 december 2020, <https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/weigeraars-overtuigen-van-nut-vaccinatie-blijft-de-koninklijke-weg~b5d1b1db/> (geraadpleegd 7 februari 2021).

19-vaccin primair de gevaccineerde zelf beschermt tegen besmetting en ontwikkelen van ziekteverschijnselen. Ingrijpen in de beschikkingsbevoegdheid van het individu ligt dan minder voor de hand. Naar het zich laat aanzien zal, zoals steeds bij de roep om een vaccinatieplicht, de discussie daarover overwaaien (vergelijk de polio) of op hetzelfde niveau gaan worden gevoerd als thans over andere mogelijke vaccinatieplichten wordt gesproken. Zo gaat het bij mazelen vooral over de vraag of een negatief testbewijs mag/ moet worden geveerd voor toegang tot de kinderopvang.

Veel belangrijker dan een eventuele vaccinatieplicht is het vaccinatiebeleid, dat, zoals bekend, nogal wat haperingen vertoont. Het is de vraag of het ministerie van VWS, dat niet voldoende toegerust is voor het treffen van operationele maatregelen, er verstandig aan heeft gedaan de uitvoering aan zich te houden, en deze niet te beleggen bij bijvoorbeeld het leger, zoals destijds bij de Mexicaanse griep is gebeurd. Het zwabberende doelgroepenbeleid verdient verder, op zijn zachtst gezegd, niet de schoonheidsprijs. Afgeweken is daarbij van het dringende advies van de Gezondheidsraad om de vaccinatiestrategie te bepalen aan de hand van de vraag wie het hoogste risico loopt.^{51, 52} Dit heeft niet alleen tot veel onduidelijkheid geleid, maar ook tot het insluipen van niet-medische criteria in het vaccinatiebeleid.⁵³ Daarnaast waren er natuurlijk de nodige tegenvallers. Pijnlijk waren de leveringsproblemen van AstraZenica. De komst van de Engelse (en andere) variant(en) heeft verder druk op de ketel gezet. Wanneer de vaccinatieoperatie zal zijn afgerond, staat nog te bezien.

6 Slotbeschouwing

Een beheerste, internationaal gecoördineerde aanpak van de pandemie, zoals belichaamd in de WHO en de IHR, is bij COVID-19 niet van de grond gekomen. Elk land heeft voor zijn eigen aanpak gekozen, waarbij overigens met wisselende intensiteit vergelijkbare maatregelen zijn toegepast. De aanpak in China, die

51 Gezondheidsraad, *Strategieën voor COVID-19-vaccinatie*, nr. 2020/23, Den Haag, 19 november 2020, <https://www.gezondheidsraad.nl/documenten/adviezen/2020/11/19/strategieen-voor-covid-19-vaccinatie> (geraadpleegd 7 februari 2021). Zie ook Gezondheidsraad, *COVID-10-vaccinatie: BioNTech/Pfizer*, nr. 2020/29, Den Haag, 24 december 2020 en id., *COVID-19-vaccinatie Moderna-vaccin en de vaccinatiestrategie*, nr. 2021/01, Den Haag, 11 januari 2021. Vertrekpunt voor de Gezondheidsraad is het advies *Beoordelingskader voor vaccinaties*, Den Haag, december 2020.

52 De Gezondheidsraad onderscheidt drie mogelijke strategieën, te weten (1) verminderen (ernstige) ziekte en sterfte als gevolg van COVID-19; (2) terugdringen van verspreiding van SARS-CoV-2; en (3) voorkomen van maatschappelijke ontwrichting. De raad kiest uiteindelijk voor strategie (1).

53 Ik heb het dan nog niet eens over de 'vaccinatievoordringers'.

in Europa in minder strenge vorm werd overgenomen door Italië, heeft daarbij model gestaan, zo lijkt het. Of dat verstandig is geweest, zal de toekomst uitwijzen. Overigens lijken zeer recente studies uit te wijzen dat de pandemie het beste wordt bestreden met hard en vroeg ingrijpen.⁵⁴ Als dit juist is – nader onderzoek is daarvoor nodig –, dan volgt hieruit een belangrijke aanwijzing voor de toekomstige inrichting van de Wpg.

De economische en maatschappelijke schade die de pandemie heeft aangericht, is van een ongekende omvang en zal nog vele jaren haar impact doen gelden, ook in termen van ziekte en gezondheid. Die schade is overigens vooral het gevolg van de restricties die elk land zichzelf heeft opgelegd. De strenge focus op een smalle invulling van het belang van de volksgezondheid, te weten de nagenoeg absolute prioriteit voor de bestrijding van het virus en de directe gevolgen ervan, ligt hieraan ten grondslag. Een evenwichtigere benadering van de crisis was zeker denkbaar geweest. Daarin had ruimte moeten zijn voor andere volksgezondheidsaspecten dan de directe epidemiebestrijding (zoals de zorg voor kanker en hart- en vaatziekten) en zelfs voor andere dan directe volksgezondheidsbelangen. Ook had nadrukkelijker een langetermijnperspectief moeten worden gehanteerd.^{55, 56}

De adviezen van het OMT zijn in belangrijke mate bepalend geweest voor het in Nederland gevoerde beleid. Dat medisch-epidemiologische overwegingen het vertrekpunt van de aanpak van de bestrijding van de epidemie zijn geweest, valt op zichzelf toe te juichen. De adviezen van het OMT kunnen evenwel geen ruimere strekking hebben dan door zijn deskundigheid wordt gerechtvaardigd. De weging van economische en maatschappelijke belangen in dit verband vraagt bredere deskundigheid en is uiteindelijk maatschappelijk en politiek. De vraag rijst in welke mate en vorm die bredere afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en verder of zij ook voldoende expliciet zijn gemaakt en gecommuniceerd. Daarnaast is het de vraag of de grens tussen medisch-epidemiologische en maatschappelijke/politieke afwegingen wel steeds scherp genoeg in het oog is gehouden.⁵⁷

54 K. Berkhout, 'Nut van maatregelen: 'Europa wachtte te lang'', *NRC* 31 januari 2021, <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/01/31/handel-bij-een-pandemie-snel-en-krachtig-a4029959> (geraadpleegd 7 februari 2021).

55 'COVID-19 is a marathon, not a sprint', Aldus het editorial van *Nature human behavior* van 20 januari 2021.

56 Zie ook H. Touw et al., 'Intensivisten: de maatregelen eisen een te grote tol', *Opinie, NRC*, 31 januari 2021 <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/02/01/intensivisten-pleiten-voor-versoepeling-coronamaatregelen-eisen-te-grote-tol-a4029972> (geraadpleegd 7 februari 2021).

57 Zo zou het OMT-advies dat verzorgenden in de verpleeghuiszorg geen mondkapje hoeven te dragen mede zijn ingegeven door schaarste.

Het bestrijdingsarsenaal waarin de Wpg voorziet, is in feite overspoeld door de maatregelen uit de noodverordeningen en later de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19. Instrumenteel schoot de Wpg blijkbaar tekort, maar daarmee heeft ook het waarborgkarakter van de wet onvoldoende gestalte gekregen. De Wpg zou te individueel zijn gericht, terwijl de COVID-19 epidemie om collectieve maatregelen vroeg. Dat moge zo zijn, maar die collectieve maatregelen zijn destijds niet voor niets buiten de Wpg gehouden. Voor de bestrijding van een epidemie werden zij als achterhaald beschouwd. Kennelijk wordt daar nu anders over gedacht.

De huidige bestrijdingsmaatregelen zijn niet alleen ingrijpend, maar ook complex. De vraag is of de regels en hun gedifferentieerde toepassing nog wel voldoende zijn te overzien en, belangrijker nog, of de bevolking nog wel voldoende wordt bereikt.⁵⁸ Het draagvlak voor de maatregelen, met name onder jongeren, begint af te brokkelen. De bestrijding van een epidemie staat of valt evenwel met de bereidheid van de bevolking haar schouders hieronder te zetten.

Met de noodverordeningen zijn de grenzen van de rechtsstaat opgezocht, zo niet overschreden. Dit kon wellicht nog worden gebillijkt door de crisissituatie die de epidemie heeft veroorzaakt. Met de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 is een moeizaam evenwicht gevonden tussen slagvaardigheid en democratische legitimatie. De Wpg zal, als de epidemie eenmaal onder controle is, grondig tegen het licht moeten worden gehouden en naar verwachting uitgebreid op de schop genomen gaan worden. Enige bescheidenheid is hier wel op zijn plaats. Immers, elke epidemie vraagt om maatwerk. Dat betekent dat een nieuwe regeling voor de bestrijding van infectieziekten vooral zal moeten voorzien in een goede besluitvormingsstructuur en een serie maatregelen die snel en gedifferentieerd kunnen worden in- en uitgeschakeld.

De COVID-19-epidemie heeft laten zien welke schade kan worden aangericht als preventie wordt verwaarloosd. De wrange gedachte is dat er een watersnoodramp nodig was voor het aanleggen van de Deltawerken. Wellicht dat de COVID-19-epidemie op dezelfde wijze als wake-upcall gaat werken. Als het moet, is de overheid tot veel in staat. Ook waar het preventie betreft?

58 Zo heeft de maatregel dat bewoners van verpleeghuizen geen bezoek mochten ontvangen, veel weerstand opgeroepen.

Deel 5

Patiëntenrechten in tijden van corona

mr. A.C. de Die en prof. dr. S. van de Vathorst*

* Mr. A.C. (Mieke) de Die is advocaat/partner Velink & De Die advocaten. Prof. dr. S. (Suzanne) van de Vathorst is hoogleraar Medische ethiek aan de Erasmus MC en bijzonder hoogleraar Kwaliteit van de laatste levensfase en van sterven aan het Amsterdam UMC.

1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreken wij drie vraagstukken over de toepassing van de Wgbo¹ tijdens de coronacrisis. Vaste leerstukken over informed consent, de professionele standaard en het beëindigen van de behandelovereenkomst bieden in de COVID-19-situatie niet altijd het gezochte houvast, zodat er nieuw denkwerk nodig is. Wij geven daartoe in dit hoofdstuk een aanzet.

Aan de hand van drie casus bespreken wij drie onderwerpen:

1. Shared decision making ex artikel 7:448 BW;
2. 'Code Zwart' en de professionele standaard;
3. Patiëntenspreiding en (gedwongen?) overplaatsing.

2 Shared decision making

Casus 1

Leo is een man van 76 jaar. Hij heeft een partner, een intensief sociaal leven en is actief en sportief (wandelen, wielrennen en yoga). Ziek is hij zelden, ondanks al jaren bestaande hiv. Hij leeft gezond en zorgt goed voor zijn lichaam en geest. Van de ene op de andere dag is hij ziek. Hij wordt positief getest op corona. Zijn toestand verslechtert en hij wordt opgenomen in het ziekenhuis. Daar vindt een gesprek plaats over de te maken keuzes bij verschillende mogelijke scenario's: Wat als u gereanimeerd moet worden? Wat als opname op de IC noodzakelijk is? De hoofdbehandelaar legt uitgebreid uit dat – ook in de situatie waarin er geen schaarste aan IC-bedden is – IC-opname belangrijke nadelen heeft voor iemand van 75+. Leo is daarvoor in het geheel niet-ontvankelijk en geeft duidelijk aan dat hij *coûte que coûte* naar de IC wil als dat nodig mocht zijn en dat alles gedaan moet worden om hem in leven te houden. Hij vindt het leven namelijk te leuk om zomaar op te geven en bovendien, hij is zó fit en gezond dat behandeling hoe dan ook de moeite waard is. Zijn partner denkt er hetzelfde over. Het behandelteam denkt er anders over.

Leo heeft duidelijke wensen en voorkeuren ten aanzien van zijn behandeling, en het is terecht dat de arts dit met Leo bespreekt. De arts is hiertoe ook gehouden ingevolge de informatieplicht van artikel 7:448 BW. Dit artikel is sinds 1 januari 2020 gewijzigd². Tot de wetswijziging kon de informatieplicht ingevuld worden

1 Boek 7, titel 7, afdeling 5 BW: De overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling.
2 *Stb.* 2019, 224.

met het verstrekken van informatie door de hulpverlener, waarbij het accent lag op 'zenden'. Vanaf 1 januari 2020 staat '*shared decision making*' centraal. Dat komt tot uitdrukking in het nieuwe derde lid van artikel 7:448 BW: de hulpverlener stelt zich op de hoogte van de situatie en de behoeften van de patiënt, nodigt de patiënt uit vragen te stellen en verstrekt desgevraagd schriftelijk of elektronisch informatie over het bepaalde in lid 2. Lid 2 bepaalt dat de hulpverlener zich bij het informeren van de patiënt laat leiden door hetgeen de patiënt redelijkerwijs dient te weten ten aanzien van:

- a. de aard en het doel van het voorgenomen onderzoek, de voorgestelde behandeling of de uit te voeren verrichtingen;
- b. de te verwachten gevolgen en risico's voor de gezondheid van de patiënt bij het voorgenomen onderzoek, de voorgestelde behandeling, de uit te voeren verrichtingen en bij niet-behandeling;
- c. andere mogelijke methoden van onderzoek en behandelingen al dan niet uitgevoerd door andere hulpverleners;
- d. de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid voor wat betreft het terrein van de mogelijke methoden van onderzoek of behandelingen;
- e. de termijn waarop de mogelijke methoden van onderzoek of behandelingen kunnen worden uitgevoerd en de verwachte tijdsduur ervan.

Ten opzichte van het oude artikelonderdeel valt op – voor zover voor dit deel van het preadvies relevant – dat er van de arts verwacht wordt dat hij zich verdiept in de situatie en behoeften van de patiënt en zo een actievere rol van de patiënt faciliteert waardoor (idealiter) een dialoog ontstaat tussen patiënt en hulpverlener. Een andere wijziging is dat de hulpverlener niet alleen de gevolgen en risico's van behandeling, maar ook die van niet-behandelen met de patiënt moet bespreken. Met name het laatste: 'niet-behandelen' als expliciet genoemde optie is nieuw en voor de medische praktijk ook wel bijzonder aangezien de meeste artsen zijn gericht op behandeling.³

Artikel 7:448 BW is geschreven voor 'standaard'situaties: een patiënt komt met klachten bij de arts, de arts verricht anamnestic en overig onderzoek, komt met een (differentiaal)diagnose en stelt nader diagnostisch onderzoek respectievelijk behandeling voor, waarbij alle bovenstaande items met de patiënt worden besproken.⁴ Dit op zodanige wijze dat de patiënt de medische informatie begrijpt en op basis daarvan vragen kan stellen en in samenspraak met de arts tot een

3 Vgl. Stuurgroep Passende zorg in de laatste levensfase. Niet alles wat kan, hoeft. Utrecht, 2015.

4 Waarbij de wetgever heeft opgemerkt dat overleg met de patiënt in alle gevallen moet plaatsvinden. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34994*, nr. 3, p. 4.

afgewogen beslissing kan komen.⁵ In 'normale' situaties vergt dit al heel wat van zowel hulpverlener als patiënt. Voor goede communicatie zijn, onder meer, tijd en rust nodig alsmede het wederzijds vermogen en de wil elkaar goed te begrijpen.

Aan die voorwaarden is in de casus Leo wel voldaan, maar er blijft een verschil van opvatting. Leo houdt vast aan zijn standpunt dat alles wat kan ingezet moet worden met een beroep op zijn zelfbeschikkingsrecht, terwijl het behandelteam erop wijst dat het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt niet gelijkstaat aan 'u vraagt, wij draaien'. Het zelfbeschikkingsrecht is immers niet onbegrensd: er zal rekening moeten worden gehouden met wet- en regelgeving⁶ en andere begrenzingsen.

De eerste begrenzing is eventueel medisch zinloos handelen. Er is in beginsel geen reden om aan te nemen dat in Leo's geval een reanimatie medisch zinloos zal zijn, aangezien zijn (enige) onderliggend lijden een geslaagde reanimatie niet in de weg staat. Mocht het handelen vanwege een gewijzigde gezondheidstoestand wel medisch zinloos geacht worden, dan kan dat niet van de arts of het ziekenhuis geëist worden. In eerdere zaken waarin een behandelgebod gevorderd werd, is het uitgangspunt steeds dat het aan de arts en niet aan de rechter is om vast te stellen of een medische (be)handeling medisch zinloos wordt geacht. Als dit het geval is, wordt de eis afgewezen, omdat de arts of het ziekenhuis niet gehouden is tot handelen dat geen redelijk doel (meer) dient.⁷ Dit is ook zo aan Leo uitgelegd en dat accepteert hij. Een tweede begrenzing is de professionele standaard: indien de wens van de patiënt in strijd komt met de professionele standaard van de hulpverlener kan meegaan in de wens van de patiënt niet van de hulpverlener geveerd worden.⁸

Een derde begrenzing kan schaarste zijn, in dit geval schaarste die rechtstreeks samenhangt met de COVID-19-situatie. In normale omstandigheden zou Leo, indien geïndiceerd, zeker opgenomen worden op de intensive care (IC). Daar zijn immers geen contra-indicaties voor. Helaas voor Leo kan het echter zo zijn dat, net als hij de IC nodig heeft, er een absolute IC-schaarste is en er landelijk

5 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 23-24.

6 Denk bijv. aan regels rondom het zelfgekozen levenseinde.

7 Voor enkele voorbeelden zie: V.zr. Rb. Breda 26 september 2003, ECLI:NL:RBBRE:2003:AL2091; *NJF* 2004/3 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 29 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9894, *GJ* 2011/70; V.zr. Rb. Gelderland 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5765, *GJ* 2019/53.

8 Bijv. V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant 23 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1745, *GJ* 2018/86, m.nt. Hoogeterp; CTG 16 juni 2007, *GJ* 2007/136, m.nt. Van Wijmen; vgl. CTG 4 september 2014, *GJ* 2014/149, m.nt. Hendriks.

Fase 3 is afgekondigd⁹. In Fase 3 is sprake van nijpende schaarste aan IC-bedden. In Fase 3-A en Fase 3-B is het nog (net) mogelijk om op basis van medische criteria te triëren. Omdat Leo overigens gezond is en zijn hiv-infectie met geneesmiddelen goed onder controle is, passeert hij zonder veel moeite de triagecriteria zoals opgesteld voor Fase 3-A en 3-B. Dat zijn de medische criteria, op basis waarvan zijn kans op een succesvolle behandeling wordt ingeschat. Op papier heeft hij dus een goede kans, maar vanwege de nadelen van een IC-behandeling is het behandelteam gelet op Leo's leeftijd toch behoorlijk terughoudend. Wiens opvatting moet nu de doorslag geven? Tot Fase 3-C ('Code Zwart'¹⁰) is dat naar onze mening de opvatting van Leo: hij stemt niet in met terughoudend beleid, hij is op de hoogte van de risico's en nadelen van IC-opname, begrijpt deze en overziet de gevolgen daarvan en heeft de weloverwogen beslissing genomen zich op de IC te willen laten behandelen indien het onverhoopt zover komt. De nadelen neemt hij voor lief, ondanks de bedenkingen van het behandelteam.

Nu is Leo een intelligente en mondige man die zijn standpunt goed kan verwoorden, maar hoe zou het lopen als de patiënt wat minder slim en mondig zou zijn? Het lijkt ons een uitdaging voor behandelaars om – uitgaand van het concept van *shared decision making* zoals neergelegd in artikel 7:448 BW¹¹ – op een objectieve en faire wijze aan te sluiten bij de behoefte van de patiënt. De kans dat in tijden van hectiek en schaarste te snel beslist wordt, zonder precies na te gaan wat de patiënt nu eigenlijk wil (of juist niet wil), lijkt ons reëel.¹² De leidraden van de Federatie Medisch Specialisten (FMS) gericht op besluitvorming rondom opname van patiënten met verdenking van COVID-19¹³ zijn in dit verband van belang. In beide leidraden hebben het bespreken van de wensen en doelen van de patiënt expliciet een plaats. Een zo breed mogelijke toepassing van deze leidraden zal bijdragen aan beperking van het hiervoor genoemde risico. Het sluit ook aan bij artikel 7:448 BW, om tijdig met de patiënt het gesprek aan te gaan over 'wat als ...?', waarbij bij oudere patiënten, als het goed is, ook de optie niet-behandelen besproken wordt.

9 Draaiboek Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname in fase 3 ten tijde van de COVID-19 pandemie, versie 2.0, 2 november 2020.

10 In paragraaf 5.3 komt 'Code Zwart' aan de orde.

11 En ingevolge artikel 7:468 BW van dwingendrechtelijke aard.

12 Dit geldt overigens ook voor uitstel van reguliere zorg, waarvoor als de gbo tot stand is gekomen ook art. 7:448 geldt en meer specifiek lid 2 sub e (termijn waarbinnen zorg kan worden verleend) naast de eis van 'tijdigheid' van art. 2, lid 2 sub a Wkkgz.

13 FMS c.s., Leidraad Triage thuisbehandeling versus verwijzen naar het ziekenhuis bij oudere patiënt met (verdenking op) COVID-19, versie 5.0; FMS c.s., Leidraad voor opname van patiënten met 'verdenking op' COVID-19 in het ziekenhuis, versie 3.0.

3 'Code Zwart' en de professionele standaard

Casus 2

Mevrouw Dekkers dient een tuchtklacht in tegen de hoofdbehandelaar van haar man die aan COVID-19 is overleden. De hoofdbehandelaar heeft tijdens de derde grote corona-uitbraak in maart 2021 de heer Dekkers niet op de IC opgenomen. Er was aantoonbaar sprake van capaciteitsgebrek aan IC-bedden. De heer Dekkers, 62 jaar, net met vroegpensioen, kwam niet in aanmerking voor een IC-bed. Een andere patiënt (49 jaar) wel. Het verwijt van mevrouw Dekkers aan de hoofdbehandelaar is dat hij niet gehandeld heeft conform zijn medisch professionele standaard, omdat 'Protocol Fase 3C' geen medisch protocol is, maar een maatschappelijk document voor verdeling van schaarste. Als die schaarste er niet was geweest, zou haar man op medische gronden wel in aanmerking zijn gekomen voor opname op de IC. Zij vindt dat de hoofdbehandelaar een onjuiste beslissing heeft genomen en roept hem daarvoor tuchtrechtelijk ter verantwoording.

3.1 Hoofdlijnen verweer

De hoofdbehandelaar zal stellen dat hem geen verwijt treft, omdat hij heeft gehandeld als goed hulpverlener en daarbij de in de gegeven omstandigheden toepasselijke professionele standaard heeft gevolgd. Hij verwijst naar versie 2.0 van het Draaiboek triage in Fase 3.¹⁴ Dit Draaiboek is tot stand gekomen onder regie van de KNMG en de FMS, in samenspraak met beroepsorganisaties. Op initiatief en onder coördinatie van de KNMG zijn ethische uitgangspunten opgesteld door een adviesgroep bestaand uit hoogleraren medisch-ethiek en filosofie.¹⁵

- *Draaiboek Fase 3-C ('Code Zwart')*

Indien Fase 3-C van toepassing is, wordt de patiënt vergeleken met andere, even fitte patiënten met behulp van niet-medische criteria. In Fase 3-A en Fase 3-B was het nog mogelijk om op basis van medische criteria te triëren. In Fase 3-C zijn de medische criteria uitgeput en zal er op andere gronden een keuze voor de ene of de andere patiënt moeten worden gemaakt. Daartoe biedt het Draaiboek houvast in de vorm van een vast schema van triagecriteria. Samengevat¹⁶:

14 Draaiboek Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname in fase 3 ten tijde van de COVID-19 pandemie, versie 2.0, 2 november 2020.

15 Draaiboek, p. 4-5.

16 Draaiboek, p. 17.

- Toepassen van (medische) exclusiecriteria zoals in het Draaiboek Pandemie geformuleerd voor Fase 3 stap A en stap B.
- Patiënten komen binnen na elkaar en een vergelijking tussen patiënten is niet mogelijk: ‘first come, first serve’.
- Patiënten komen nagenoeg tegelijkertijd: vergelijking van (nieuwe) patiënten onderling op basis van medische criteria voor Fase 3 stap B.
- Patiënten komen nagenoeg tegelijkertijd en medische vergelijking in stap B gaf geen uitsluitsel: vergelijking van (nieuwe) patiënten onderling op basis van niet-medische overwegingen Fase 3 stap C:
 - a. Voorrang voor patiënten die naar verwachting een relatief korte IC-opname nodig hebben.
 - b. Voorrang voor mensen die werkzaam zijn in de zorg die door COVID-19 IC-zorg nodig hebben én die beroepsmatig veelvuldig en risicovol contact met verschillende patiënten gehad hebben én die werkzaam waren in een zorgsector waarin een landelijke of regionale schaarste van materiaal voor persoonlijke bescherming is vastgesteld.
 - c. Voorrang voor patiënten uit een jongere generatie: 0 tot 20 jaar; 20 tot 40 jaar; 40 tot 60 jaar; 60 tot 80 jaar en 80 jaar en ouder.
 - d. Indien bovenstaande geen uitsluitsel biedt: een procedure gebaseerd op loten.

Het eerste criterium is de verwachte opnameduur. Laten we ervan uitgaan dat de verwachte opnameduur van de heer Dekkers niet langer was dan van de andere patiënten die getrieerd werden. In de praktijk kan dit criterium overigens betekenen dat non-COVID-patiënten voorrang krijgen, aangezien de IC-opnameduur bij COVID vrij lang is. Het tweede niet-medische criterium dat dan gebruikt wordt, is of de heer Dekkers een zorgverlener is, die heeft moeten werken zonder adequate bescherming, en dat is hij niet. Dan komt het derde criterium: leeftijdsklasse. Daar had de heer Dekkers een nadeel, omdat hij met zijn 62 jaar vergeleken is met iemand van 49. Volgens het Draaiboek krijgt de jongere patiënt dan voorrang.

Het besluit dat niet de heer Dekkers maar de jongere patiënt het beschikbare IC-bed krijgt is een evidente afwijking van het *informed consent*: mevrouw Dekkers wist dat haar man zeker behandeling wilde en kon dat onderbouwen met verklaringen van hun kinderen en vrienden. De noodgedwongen keuze tot niet-behandelen is dan ook een afwijking ten nadele van de patiënt, wat op grond van artikel 7:468 BW niet is toegestaan.

De vraag of het wel rechtvaardig is om jongeren voorrang te geven, is ook in de media en het parlement bediscussieerd en stuitte daar op weerstand. Volgens sommigen is het leeftijdsdiscriminatie om jongeren voor ouderen te laten gaan. De opstellers van het Fase 3-C-protocol zijn uitgegaan van een versie van het ‘fair

innings' principe.¹⁷ *'Fair innings'* staat, in tegenstelling tot wat sommigen denken, niet voor wat iemand al heeft binnengehaald, aan levensjaren en ervaringen, maar voor de kans die hij heeft gekregen om iets van zijn leven te maken. Het wordt gebruikt in de betekenis in cricket, waar *'innings'* 'ronde' betekent. Oudere mensen hebben meer gelegenheid gehad alle levensfasen (meer rondes) te doorlopen dan jonge mensen. Jonge mensen moeten die kans nog krijgen. Het is daarom volgens de voorstanders ook geen leeftijdsdiscriminatie, omdat het uitgangspunt is dat iedereen de kans moet krijgen om alle levensfasen te doorlopen. Er is expliciet gekozen voor de verdeling in generaties van 20 jaar, en niet naar levensjaren. De twintig jaar-groepen zijn een benadering van de generaties. Het gaat er dus niet om dat de heer Dekkers de behandeling niet waard zou zijn geweest vanwege zijn leeftijd. In normale omstandigheden zou hij die zonder twijfel hebben gekregen. Het gaat erom dat in deze omstandigheden de één behandelen meteen betekent dat een ander de behandeling niet krijgt. In die omstandigheden is ervoor gekozen een jongere patiënt ook de kans te geven 62 te worden ten koste van de kans van de heer Dekkers om ouder dan 62 te worden. Dat er voor de heer Dekkers besloten is hem niet te behandelen, haaks op zijn eigen preferenties, is tragisch maar in deze opvatting van rechtvaardigheid niet onrechtvaardig.

Er zijn ook andere opvattingen. Daarin wordt bijvoorbeeld meer uitgegaan van een absoluut gelijkheidsbeginsel: ieder leven is evenveel waard of je nu oud of jong bent, of van verdienste: omdat ouderen al zoveel jaar een bijdrage aan de samenleving hebben geleverd behoren zij voorrang te krijgen. Tegen de eerste opvatting kan worden ingebracht dat het *'fair inning'*-principe geen onderscheid maakt naar de waarde van iemands leven, maar onderscheid maakt naar hoeveel leven eenieder gehad heeft. Het principe van verdienste gaat niet op omdat jongeren de kans niet hebben gekregen zich even verdienstelijk te maken. Het stuit bovendien op het probleem dat als je eenmaal een beroep op waarde voor de maatschappij gaat doen, er vele andere criteria denkbaar zijn om dat aan af te meten, die lastig in een spoedsituatie zijn toe te passen.

3.2 *Toepassing van het Draaiboek*

Het Draaiboek is aan de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) voorgelegd. Desverzocht heeft de IGJ bevestigd dat zij het Draaiboek beschouwt als de invulling van de normen voor goede zorg zoals bedoeld in de Wet kwaliteit, klachten

17 Williams A. Intergenerational equity: an exploration of the 'fair innings' argument. *Health Econ.* 1997 Mar-Apr;6(2):117-132; Hazra NC et al, *Health Economics, Policy and Law*, Volume 13, Issue 2, April 2018, pp. 209 - 217 DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744133117000329>.

en geschillen zorg (Wkkgz).¹⁸ Omdat opschaling naar Fase 3 een besluit betreft dat op landelijk niveau¹⁹ wordt genomen en geldt voor alle ziekenhuizen in Nederland, is – anders dan gebruikelijk bij richtlijnen – gemotiveerde afwijking niet toegestaan. In Fase 3 wordt men in alle ziekenhuizen dus geacht op gelijke wijze dezelfde triagecriteria toe te passen conform het Draaiboek.

Het is niet de behandelend arts, maar een multidisciplinair triageteam dat het besluit over wel of niet opname op de IC neemt.²⁰ Hoewel de achtergrond van die keuze niet met zoveel woorden is beschreven in het Draaiboek, is de reden wel te raden. Door het instellen van een triageteam wordt bewerkstelligd dat er zo objectief mogelijk beslist kan worden op basis van dezelfde criteria die in Fase 3-C voor iedere patiënt gelden. Op grond van het Draaiboek 3-C beslissen een patiënt niet te behandelen, terwijl de patiënt wel baat bij die behandeling zou kunnen hebben, wordt als te moeilijk, zo niet onmogelijk, gezien voor een behandelaar. Omdat leden van het triageteam de patiënt niet kennen, is er afstand en wordt vermeden dat de behandelaar in de klem komt: kiezen op grond van *public health* overwegingen of kiezen vanuit het belang van de individuele patiënt.

Het triageteam moet voor zijn taak toegang hebben tot de (medische) persoonsgegevens van de patiënten die vergeleken moeten worden. Daartoe worden de leden van het triageteam, voor zover noodzakelijk voor hun triagetaak, beschouwd als ‘rechtstreeks bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst betrokken’ in de zin van artikel 7:457 lid 3 BW.²¹ Is dat nu slechts een praktisch-opportunistische keuze of deugt dit ook juridisch? Gebruikelijk is dat leden van het behandel-, verplegend respectievelijk zorgteam dat de behandeling van en/of zorgverlening aan de patiënt verricht, beschouwd worden als rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen. Eveneens gebruikelijk en vaak ook onderdeel van de professionele standaard is dat de leden van het team deelnemen aan multidisciplinair overleg (MDO) over het behandel- / zorgbeleid. Indien om medische redenen wordt afgezien van een bepaalde behandeling zal dat veelal in een MDO zijn besproken. De situatie waarin, als gevolg van schaarste met toepassing van een landelijk protocol, door een daartoe aangewezen team een onderbouwd besluit moet worden genomen over te maken keuzes op patiëntniveau, vinden wij dit niet wezenlijk afwijken van een MDO. Het aanmerken van de leden van het triageteam als bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (gbo) betrokkenen, vinden wij dan ook verdedigbaar.

18 Brief IGJ aan FMS en KNMG 19 november 2020, kenmerk 2020-2552572/V2020520/ME/hrs.

19 Via het Landelijk Netwerk Acute Zorg en het Landelijk Coördinatiepunt Patiëntenspreiding, zie Draaiboek, p. 19.

20 Draaiboek, p. 19-20.

21 Draaiboek, p. 20, punt 14.

3.3 *Professionele standaard*

Voor het verweer in de tuchtzaak is het relevant of een beroep op de professionele standaard gedaan kan worden. Het begrip 'professionele standaard' wordt door de KNMG omschreven als 'het geheel van professionele medische normen dat beschrijft wat in een bepaalde situatie 'goed handelen' is. De professionele standaard zorgt ervoor dat zorgverleners goede, veilige en verantwoorde zorg leveren. De professionele standaard is als zodanig geen regel, maar een 'kapstok', die nader is uitgewerkt in wetten, richtlijnen, protocollen, beroepscodes, uitspraken van de tuchtrechter, kwaliteitsstandaarden, gedragsregels en handreikingen. De professionele standaard kan dus gezien worden als de gedeelde waarden en normen binnen een beroepsgroep.'²²

Wij merken op dat de 'professionele standaard' als zodanig wél regel en zelfs een wettelijke regel is, aangezien het begrip in diverse wetten als norm is vastgelegd. Zo bepaalt artikel 7:453 BW dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiend uit de voor de hulpverlener geldende professionele standaard.

Tot een recente wetwijziging²³ kende ook de Zorgverzekeringswet het begrip 'professionele standaard'. Dit is vervangen door het begrip 'kwaliteitsstandaard', gedefinieerd als²⁴:

'richtlijn, module, norm, zorgstandaard dan wel organisatiebeschrijving, die:

- a. betrekking heeft op het gehele zorgproces of een deel van een zorgproces;
- b. vastlegt wat noodzakelijk is om vanuit het perspectief van de cliënt goede zorg te verlenen; en
- c. overeenkomstig artikel 66b in het openbaar register is opgenomen'.

De wetwijziging heeft tot doel de collectieve uitgaven te beperken.²⁵ De toelichting bij het wetsvoorstel omschrijft professionele standaard als 'het geheel van private normen en regels, medisch wetenschappelijke inzichten en ervaringen dat invulling geeft aan het professioneel handelen van zorgverleners of zorgaanbieders'.²⁶ Uit artikel 2 lid 2 aanhef en onder b Wkkgz blijkt dat de kwaliteitsstan-

22 <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/ethische-toolkit/verdiepen/begrippen-2/professionele-standaard.htm>

23 Wet van 9 september 2020, *Stb.* 2020, 346.

24 Artikel 1 aanhef en onder z Zorgverzekeringswet.

25 Aan de argumentatie van de wetgever kan een afzonderlijke beschouwing gewijd worden, maar is voor het thema van dit deel van het preadvies niet van belang.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35124, nr. 3, p. 32.

daard nu nog²⁷ onderdeel is van de professionele standaard en de professionele standaard op haar beurt onderdeel is van 'goede zorg'.

Voor de verplichtingen van de hulpverlener maakt het niet veel uit, maar het verschil tussen professionele standaard en kwaliteitsstandaard is wel relevant voor de vraag of de IGJ nu de meest aangewezen instantie was om het Draaiboek tot onderdeel van goede zorg te verklaren. De inhoud en het doel van het Draaiboek zouden immers beschouwd kunnen worden als 'kwaliteitsstandaard'. Het is een richtlijn, waarvan de beschrijving van het zorgproces onderdeel is en noodzakelijk is om vanuit het perspectief van de patiënt goede zorg te verlenen.

Gelet op de systematiek van de Zorgverzekeringswet²⁸ zou het daarom op de weg van het Zorginstituut hebben gelegen om het Draaiboek aan te merken als kwaliteitsstandaard. Een tweede argument om niet voor de IGJ te kiezen, is dat de IGJ toezichthouder is op de naleving van normen en niet de instantie is die normeert, tenzij veldnormen ontbreken en handhaving geboden is.²⁹ Weliswaar zijn de normen in het Draaiboek als zodanig ontwikkeld door medisch-ethici en filosofen, onder regie van medische beroepsorganisaties, maar het is toch IGJ geweest die desverzocht heeft verklaard dat het Draaiboek de invulling is van de normen voor goede zorg, zoals bedoeld in artikel 2 Wkkgz. Een dergelijke expliciete verklaring wordt niet aan andere veldnormen gehecht. Door de verklaring wekt de IGJ de indruk dat zij er haar 'zegen' aan heeft gegeven waardoor het Draaiboek toch een andere lading krijgt dan de gemiddelde door een wetenschappelijke vereniging vastgestelde richtlijn. Als beoogd was er die zwaarte aan te geven, had IGJ moeten verwijzen naar het Zorginstituut.³⁰

3.4 Verweer

Voor het verweer van de hoofdbehandelaar zal het uiteindelijk niet uitmaken. De hoofdbehandelaar zal in de eerste plaats stellen dat Fase 3-C een overmachtssitu-

27 Wijziging van de Wkkgz ingevolge de wet van 9 september 2020, *Stb.* 2020, 346 is nog niet in werking getreden. Na inwerkingtreding worden kwaliteitsstandaard en professionele standaard nevensgeschikte begrippen, zie art. I, sub D, *Stb.* 2020, 346.

28 Artt. 66b-e Zorgverzekeringswet.

29 Rb. Alkmaar 5 juli 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT8730, *GJ* 2005/93; Vgl. meer specifiek: ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:58, *AB* 2015/ 314, m.nt. H.E. Bröring. IGJ hanteert veldnormen als handhavingsnorm en ontbreken deze dan kan een gepubliceerde handhavingsnorm als beleidsregel worden gezien over de wijze waarop de IGZ haar toezichthoudende bevoegdheden zal uitoefenen, aldus de Afdeling in rov. 3.2.

30 Waarna toepassing gegeven had moeten worden aan de procedure zoals bedoeld in art. 66b lid 1 Zvw.

atie is. De schaarste als gevolg van de coronacrisis is immers niet zijn schuld en kan redelijkerwijs ook niet tot zijn risico gerekend worden. Hij was, ook met uiterste inspanning, niet in staat om het capaciteitsgebrek op te heffen.³¹ Het gaat hier ook niet om de situatie waarin alleen in dit ziekenhuis een tekort is als gevolg van gebrek aan personeel³², maar om een landelijk capaciteitstekort.

Ten tweede wijst hij erop dat hij niet zelf het besluit heeft genomen. Het besluit is genomen door het triageteam³³ en het besluit is ook aan dat team voorbehouden. Dit leidt ertoe dat hij niet tuchtrechtelijk verantwoordelijk gehouden kan worden, omdat het in het tuchtrecht gaat om persoonlijke verwijtbaarheid.³⁴ In de derde plaats zal hij stellen dat hij zich in het geval van de heer Dekkers terecht heeft geconformeerd aan de uitkomst van de besluitvorming van het triageteam en er daarbij geen ruimte is voor een eigen afweging. De door het triageteam genomen beslissing kan immers niet ter discussie gesteld worden ('een eventueel verzoek tot herziening wordt niet gehonoreerd'³⁵) en moet daarom als bindend worden beschouwd. Daarbij licht de hoofdbehandelaar toe dat het Draaiboek, anders dan klaagster meent, wel degelijk behoort tot de professionele standaard. Expliciet onderdeel van die professionele standaard is dat afwijking van het Draaiboek in Fase 3 niet geoorloofd is. Hij had dus geen andere keuze dan het volgen van de beslissing van het triageteam op grond van het Draaiboek. De hoofdbehandelaar loopt in zijn verweer in de tuchtzaak echter wel tegen het probleem aan dat het triagebesluit over de heer Dekkers wel in diens EPD is vastgelegd, maar verder niet is gemotiveerd. Dit ter bescherming van de privacy van de patiënt waarmee de heer Dekkers is vergeleken.³⁶ Dit onderdeel van het Draaiboek leidt ertoe dat de hoofdbehandelaar wél inzicht heeft in het triagebesluit, maar niet in de achterliggende gegevens. Op zichzelf is dat begrijpelijk vanuit het uitgangspunt dat het triagebesluit niet ter discussie gesteld kan worden, maar in het kader van verweer tegen een tuchtklacht is het ongewenst dat de hoofdbehandelaar niet kan uitleggen dat en op welke gronden een terecht besluit genomen is. Er zit dan voor klaagster niets anders op dan de leden van het triageteam op te roepen als getuigen. Zij zullen zich echter met een beroep op hun verschoningsrecht kunnen onthouden van het afleggen van een verklaring die inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van een andere patiënt, met wie de heer Dekkers is vergeleken.

31 Vgl. Geschillencommissie Ziekenhuizen 28 mei 2019, *GJ* 2019/113.

32 Vgl. *Vzr. Rb. Rotterdam* 7 september 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:7481*, *GJ* 2018/155 rov. 6.1.

33 Dat kan ertoe leiden dat de leden van het triageteam (min. 3 artsen) ook tuchtrechtelijk worden aangesproken.

34 *CTG* 3 november 2016, *ECLI:NL:TGZCTG:2016:325* rov. 4.2; *CTG* 25 juli 2019, *ECLI:NL:TGZCTG:2019:190*, rov. 4.6.

35 *Draaiboek*, p. 19.

36 *Draaiboek*, p. 20, punt 13.

Hoe zou de tuchtrechter aankijken tegen de situatie waarin de hoofdbehandelaar, met een beroep op zijn professionele autonomie, wel zou zijn afgeweken van de beslissing van het triageteam, omdat hij het in het belang van de heer Dekkers achtte en de IGJ daarover een klacht indient?

4 Patiëntenspreiding en (gedwongen?) overplaatsing

Casus 3

Op basis van het beleid van het Landelijk Netwerk Acute Zorg gericht op het beschikbaar houden van voldoende ziekenhuisbedden voor COVID-19-patiënten én continuïteit van de reguliere zorg, houden de Landelijke en Regionale Centra voor Patiëntenspreiding de cijfers over de beschikbare bedden in de ziekenhuizen bij en delen deze met elkaar. In de Rotterdamse regio is de grens van de capaciteit van de ziekenhuizen bereikt. Er wordt ingezet op het beleid patiënten, voor wie dat medisch verantwoord is, over te plaatsen naar noordelijke regio's, omdat men daar capaciteit 'over' heeft. Dit leidt tot verzet van patiënten en familie ('Groningen is veel te ver weg!') en hoogoplopende discussies ('Hoezo moet ik hier weg? Ik ben toch ook patiënt!'). Een beroep op het belang van andere patiënten die ook een ziekenhuisbed nodig hebben, overtuigt deze Rotterdamse patiënten niet. Het kost artsen en verpleegkundigen veel tijd en energie om de patiënten te overtuigen van de noodzaak van overplaatsing. Degenen die zich het meest stevig opstellen, boeken succes en worden niet overgeplaatst. Vanuit de ziekenhuizen komt de vraag of dit als 'egoïstische' en zelfs als 'asociaal' bestempelde gedrag van deze patiënten geaccepteerd moet worden of dat er juridische maatregelen zijn om de patiënt tot overplaatsing te dwingen.

4.1 *Afweging algemeen belang – individueel belang, individuele wensen en eisen*

We gaan er bij de bespreking van deze casus vanuit dat de opname-indicatie van de desbetreffende patiënten niet ter discussie staat. Zij kunnen dus niet met ontslag of naar een zorghotel of een andere lichtere voorziening overgeplaatst worden. Er zijn hier verschillende belangen in het geding:

- het algemeen belang om in iedere regio voldoende ziekenhuiscapaciteit te behouden, zodat er ruimte is voor eenieder die aangewezen is op klinische zorg;
- het individueel belang van de patiënt die opgenomen moet worden;
- het individueel belang van de reeds opgenomen patiënt om in zijn eigen regio te blijven, zodat hij zijn naasten kan blijven zien en de culturele sfeer vertrouwd is.

Hulpverleners verzuchten dat zij hopen dat mensen begrijpen dat anderen niet minder aanspraak hebben op zorg dan de reeds opgenomen patiënt en dat overplaatsing niet betekent dat de patiënt geen zorg meer krijgt. Sommige patiënten blijken echter minder redelijk dan gedacht, ook na herhaalde uitleg.

Biedt artikel 7:460 BW uitkomst ingeval van de weigerachtige patiënt? Dit artikel bepaalt dat de hulpverlener de gbo niet kan opzeggen, behoudens gewichtige redenen. Alle standaardvoorbeelden (zoals verstoord vertrouwen, persoonlijke gevoelens van de hulpverlener voor de patiënt of een agressieve, niet corrigeerbare patiënt) van gewichtige redenen zijn in deze casus niet van toepassing. Kernvraag is of de noodzakelijke zorg voor andere patiënten een gewichtige reden kan opleveren voor de hulpverlener om de gbo met de weigerachtige patiënt op te zeggen.

De KNMG-richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst noemt 'budgettaire of personele redenen' als voorbeeld van een aanzienlijk belang van de zorginstelling.³⁷ Dat voorbeeld komt het dichtst in de buurt van een capaciteitsprobleem tijdens een epidemie. Weliswaar kan ziekenhuis Rotterdam aan de weigerachtige patiënt wel zorg blijven verlenen, maar kan dan geen zorg bieden aan *andere* patiënten. Hier staat de hulpverlener dus voor de afweging welk belang het zwaarst moet wegen. Onzes inziens zou ziekenhuis Rotterdam een beroep kunnen doen op het landelijk gedragen beleid van de gezamenlijke ziekenhuizen met een acute functie³⁸ om de capaciteit te spreiden, zodat er zorg voor zo veel mogelijk patiënten beschikbaar blijft. Wij vinden het verdedigbaar dat het individuele belang van de weigerachtige patiënt zal moeten wijken voor het algemeen belang. Overtuigende argumenten om andere patiënten geen zorg te kunnen bieden, omdat de weigerachtige patiënt overplaatsing afwijst om redenen die vooral liggen in de persoonlijke sfeer van 'onhandig en ongezellig', zijn er eigenlijk niet.

Hoewel het nu lijkt alsof het individuele belang van de patiënt ondergeschikt gemaakt wordt aan het algemeen belang, is dit deels een schijntegenstelling. *Iedereen* heeft immers baat bij het algemeen belang, ook de patiënt die niet overgeplaatst wil worden. Hij/zij kon misschien alleen maar opgenomen worden, omdat ook anderen verplaatst zijn. Om iedereen een kans te geven op behandeling moeten sommigen worden verplaatst. Het betreft een uitzonderlijke situatie in uitzonderlijke omstandigheden. Er zijn tegenwerpingen dat dit probleem zich alleen maar voordoet omdat de Nederlandse zorg zo zuinig is afgesteld en er daarom op piekmomenten te weinig bedden zijn. Dit argument bespreken vergt een discussie.

37 KNMG-richtlijn, Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, januari 2021, p. 26.

38 Landelijk Netwerk Acute Zorg, Opschalingsplan COVID-19, te downloaden via <https://www.lnaz.nl/actueel>.

sie onder meer over de kosten van het beschikbaar houden van zorgsurplus op dalmomenten, waar wij nu niet verder op in zullen gaan, omdat dit een beleidsmatige discussie is, die het acute probleem niet oplost.

Onzes inziens biedt deze situatie tijdens een epidemie een gewichtige reden op grond waarvan de gbo opgezegd kan worden. Hiermee kan echter niet volstaan worden. In alle gevallen waarin de hulpverlener de gbo opzegt, moet voorzien worden in continuering van noodzakelijke zorg. In ons voorbeeld wordt de gbo van de ene patiënt opgezegd ten gunste van de andere patiënt, terwijl beide patiënten klinische zorg behoeven. Voor de weigerachtige patiënt is er een ziekenhuisbed beschikbaar in ziekenhuis Groningen, hetgeen hem duidelijk is uitgelegd. Als de patiënt weigert zijn behandeling in Groningen voort te zetten, is dat diens eigen beslissing en kan de behandelaar respectievelijk ziekenhuis Rotterdam niet aansprakelijk gehouden worden voor de eventuele daaruit voortvloeiende schade. Indien de weigerachtige patiënt in kort geding opkomt tegen de opzegging, ook al is die opzegging het rechtstreeks gevolg van zijn weigering overgeplaatst te worden, is de vraag of het ziekenhuis gelijk zal krijgen. De eisende partij is een individuele patiënt, die onbetwist óók behandeling nodig heeft en een persoonlijk verhaal heeft over redenen waarom overplaatsing voor hem onaanvaardbaar is. De verwerende partij is een ziekenhuis dat een beroep op het algemeen belang zal moeten doen en uit zal moeten leggen dat het algemeen belang zwaarder weegt dan het belang van deze individuele patiënt. Hoewel dit onzes inziens uitlegbaar en redelijk kan worden geacht, is het de vraag of de voorzieningenrechter een dergelijk ingrijpend besluit in het individuele geval dat hij/zij ter beoordeling voorgelegd krijgt, toch niet te ver vindt gaan.³⁹ In de belangenafweging zullen de mate van afhankelijkheid van de patiënt en de mogelijkheid om te voorzien in vervangende zorg zeker een rol spelen.⁴⁰

4.2 Alternatieven?

De vraag is of er alternatieven zijn die een drastisch besluit als opzegging kunnen voorkomen. De Wgbo biedt geen grondslag voor dwang en dus ook niet voor gedwongen overplaatsing. Voor zover de Wet publieke gezondheid vormen van dwang kent⁴¹, zijn deze niet van toepassing op de relatie hulpverlener-patiënt.

39 Vgl. Vzr Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10975. In andere gevallen waarin sprake was van een ernstige vertrouwensbreuk en/of verstoorde verhoudingen werd de opzegging wel rechtmatig geacht. Bijv. Vzr. Rb. Overijssel 16 juli 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2857; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5042; Rb Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2056; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3868.

40 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3378, rov. 6.7.

41 Zie hierover hoofdstuk 4 van dit preadvies.

Andere wettelijke grondslagen voor het toepassen van dwang jegens een individuele patiënt, zoals opgenomen in de Wet verplichte ggz en de Wet zorg en dwang zijn hier niet van toepassing.

In discussies over capaciteitsverdeling is wel geopperd om in aanvullende voorwaarden bij de gbo op te nemen dat, zolang de coronacrisis leidt tot schaarste aan ziekenhuisbedden, het noodzakelijk kan zijn de behandeling in een ander ziekenhuis buiten de eigen regio voort te zetten. Over die voorwaarden moet de patiënt bij opname uiteraard adequaat worden geïnformeerd. Maar hoe reëel is dat in de situatie waarin iemand acuut wordt opgenomen met benauwdheid wegens COVID-19 of een andere aandoening? Dit is niet het moment om rustig te lezen en te overwegen of je als patiënt akkoord wilt gaan met deze voorwaarden.⁴² De patiënt wordt binnengebracht, er wordt gehandeld en voordat iemand aan de gbo heeft gedacht, is de gbo tot stand gekomen. Aanvullende ‘corona-voorwaarden’ lijken ons dan ook geen reëel alternatief. Daar komt nog bij dat algemene of aanvullende voorwaarden geen ongeoorloofde beperking van artikel 7:460 BW mogen inhouden.

Een tweede optie om aan opzegging te ontsnappen, is overplaatsing met instandhouding van de gbo. De Wgbo bepaalt nergens iets over de locatie waar de behandeling dient te worden uitgevoerd. Ziekenhuis Rotterdam kan besluiten om ziekenhuis Groningen in te schakelen als hulppersoon voor de uitvoering van de gbo tussen haar en de patiënt. Dit roept wel de vraag op waar de centrale aansprakelijkheid ex artikel 7:462 BW dan komt te liggen. Dit artikel bepaalt dat indien ter uitvoering van een gbo verrichtingen plaatsvinden *in* een ziekenhuis, dat bij die gbo geen partij is, het ziekenhuis (samengevat) medeaansprakelijk is. In ons voorbeeld is ziekenhuis Groningen geen partij bij de gbo, maar de verrichtingen vinden wel plaats *in* ziekenhuis Groningen. Uit artikel 7:462 BW volgt dan dat de centrale aansprakelijkheid op ziekenhuis Groningen rust.⁴³ Of ziekenhuis Groningen (en haar aansprakelijkheidsverzekeraar) daar blij mee zal zijn, staat te bezien. Dit bezwaar lijkt ons in elk geval geen reden om dit alternatief direct als niet uitvoerbaar van de hand te wijzen.

Kan de patiënt met succes bezwaar maken tegen het inschakelen van ziekenhuis Groningen als hulppersoon bij de uitvoering van de gbo tussen hem en zieken-

42 Vgl. RTG Amsterdam 13 oktober 2020 over *informed consent* bij experimentele behandeling, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:122, GZR 2020-0283.

43 Een hulppersoon kan ook een zelfstandig uitvoerder zijn. Dat het ziekenhuis waarin de behandeling plaatsvindt aansprakelijk is, sluit aan bij de opvatting dat wanneer de gedraging van de hulppersoon in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de schuldenaar-rechtspersoon heeft te gelden, de aansprakelijkheid rechtstreeks via art. 7:75 BW wordt vastgesteld. Zie: Olthof, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:75, aant. 2.

huis Rotterdam? Hiervoor moeten we teruggrijpen op de algemene bepalingen over de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW). De verplichting om de opdracht zelf uit te voeren, bestaat uitsluitend indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent. De uitzondering op die verplichting is de situatie dat uit de opdracht voortvloeit dat de opdrachtnemer de verrichtingen onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren (art. 7:404 BW). In verreweg de meeste gevallen van ziekenhuisopnames wegens COVID-19 zal die uitzondering van toepassing zijn, omdat het veelal gaat om een (semi-)acute opname, waaraan inherent is dat anderen (artsen, verpleegkundigen) de opdracht uitvoeren onder verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer (ziekenhuis en/of vrijgevestigde medisch specialist). Onzes inziens kan ziekenhuis Rotterdam een beroep doen op de uitzondering zoals bedoeld in artikel 7:404 BW. Zeker als dat beroep ondersteund wordt door de concrete en aantoonbare noodzaak bedden beschikbaar te hebben voor andere patiënten met acute nood en het algemeen belang van patiëntenspreiding, verwachten wij dat verzet van de patiënt niet gehonoreerd zal worden. Dit kan anders zijn indien aan de zijde van de patiënt sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het evident onredelijk zou zijn om juist deze patiënt over te plaatsen. Wij vermoeden echter dat dit zich in de praktijk niet vaak zal voordoen, omdat hulpverleners in dergelijke gevallen zelf al overwogen zullen hebben dat deze patiënt niet voor overplaatsing in aanmerking komt.

5 Afrondende beschouwingen

De COVID-19-epidemie bedreigt het functioneren van de gezondheidszorg. De grote zorgbehoefte van de vele COVID-patiënten verdringt niet alleen reguliere zorg, maar leidt ook tot problemen die tot nu toe onbekend en ongedacht waren. Wet- en regelgeving die tot stand is gekomen in de context zonder epidemie, is maar ten dele van toepassing in de uitzonderlijke omstandigheden die door de epidemie zijn ontstaan. Nood breekt wet. Patiënten zullen zich neer moeten leggen bij verplaatsingen tegen hun wens, bij behandelbeperkingen die niet gebaseerd zijn op hun persoonlijke belang, maar op schaarste. Niettemin blijven kernconcepten overeind. De schaarste maakt *shared decision making* niet onmogelijk, maar de kaders waarbinnen er iets te kiezen valt, worden smaller naarmate de schaarste toeneemt. In het uiterste geval, in Fase 3-C ('Code Zwart'), valt er door de patiënt én diens behandelaar niet meer te kiezen dan meedoen aan de triage of van behandeling afzien. Gelukkig is er tot nu toe geen sprake geweest van een dergelijk extreem scenario. Wij hopen dan ook dat 'Code Zwart' vooral theorie zal blijven en dat geen enkele arts ooit met een tuchtklacht in een dergelijke casus geconfronteerd zal worden. De noodzaak van patiëntenspreiding en daarmee gepaard gaande overplaatsingen is wel actueel en wij hopen met onze beschouwing een bijdrage te leveren aan de juridische benadering van dit vraagstuk.

Deel 6

Gezondheidsrechtelijk perspectief: rechten van cliënten in de ouderenzorg en verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens de COVID-19-pandemie

mr. dr. B.J.M. Frederiks en mr. S.M. Steen*

* Mr. dr. B.J.M. (Brenda) Frederiks is universitair docent gezondheidsrecht aan het Amsterdam UMC. Mr. S.M. (Sofie) Steen is advocaat gezondheidsrecht bij Holla Advocaten.

1 Inleiding en opzet

‘Vandaag hebben we een ingrijpend besluit moeten nemen. Want juist omdat ouderen zo kwetsbaar zijn, hebben we besloten om in alle verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen in de ouderenzorg de deuren te sluiten voor bezoekers en alle anderen die niet noodzakelijk zijn voor de zorg.’¹

1.1 Inleiding

Op 19 maart 2020 kondigde de minister van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport (hierna: minister van VWS) namens het kabinet aan dat alle verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen voor ouderen ‘op slot’ gingen.² Bezoek van familie en naasten was niet langer toegestaan en ook voor professionals die niet noodzakelijk waren voor de basiszorg (zoals een kapper of pedicure) bleven de deuren gesloten.³ Uitzonderingen waren alleen mogelijk voor bezoek in de stervensfase, de inzet van structurele vrijwilligers en het gerechtelijk horen van cliënten op grond van de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (Wzd). Met de sluiting voor bezoek werd in de eerste plaats beoogd kwetsbare cliënten in de ouderenzorg te beschermen.⁴ In maart 2020 was nog relatief weinig bekend over SARS-CoV-2 (hierna: het coronavirus),⁵ de wijze waarop het zich verspreidde en het ziekteverloop. Het virus greep echter snel om zich heen, waardoor de sluiting noodzakelijk werd geacht.

Voor de verstandelijk gehandicaptenzorg besloot het kabinet niet tot een sluiting. Voor deze zorgsector publiceerde brancheorganisatie Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) op 23 maart 2020 een bezoekregeling. De kern hiervan was dat bezoek van familieleden en vrijwilligers voorlopig niet mogelijk was, tenzij het bezoek van een familielid of vrijwilliger van essentieel belang was voor

1 Minister de Jonge van het ministerie van VWS, 19 maart 2020 (zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/03/19/persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-over-aftreden-minister-bruins-en-het-bezoek-aan-verpleeghuizen>).

2 Eerder waren de verpleeghuizen in Limburg en Noord-Brabant in verband met oplopende besmettingen met het coronavirus al voor bezoekers gesloten.

3 Zie: <https://www.veiligheidsberaad.nl/covid-19/>. Via deze website was steeds de actuele model-noodverordening te vinden. De model-noodverordening vormde het template voor de noodverordeningen in de 25 veiligheidsregio's.

4 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, ‘Aanscherping bezoek verpleeghuizen in verband met COVID-19’, 19 maart 2020, kenmerk: 1664802-203409-LZ; *Kamerstukken II*, 2019/20, 25 295, nr. 199, p. 11-13.

5 In het hiernavolgende zal de benaming ‘COVID-19’ worden gebruikt als het gaat om de ziekte die veroorzaakt wordt door het virus SARS-CoV-2.

de cliënt.⁶ De periode die daarop volgde, was ingrijpend voor alle betrokkenen.⁷ Ondanks het bezoekverbod bleef het aantal besmettingen met het coronavirus in vooral de verpleeghuizen oplopen. Langzamerhand werd ook duidelijk dat het aantal beschikbare persoonlijke beschermingsmiddelen in de langdurige zorg net als in andere zorgsectoren niet toereikend was. De inspanningen voor het verzamelen van extra beschermingsmaterialen spitsten zich in eerste instantie met name toe op de acute zorg en niet op de langdurige zorg. Daarnaast werd in deze periode duidelijk dat ook het testbeleid in de langdurige zorg nog niet op orde was.⁸

Vanaf half mei 2020 daalde het aantal besmettingen met het coronavirus in Nederland. De ouderenzorg ging gefaseerd en gecontroleerd 'open' en kort hierna werd ook de bezoekregeling in de verstandelijk gehandicaptenzorg verruimd.⁹ Vooruitlopend op een mogelijke tweede 'besmettingsgolf' werd ondertussen de balans opgemaakt en geïnventariseerd welke lessen in de ouderenzorg en de verstandelijk gehandicaptenzorg van de eerste besmettingsgolf waren geleerd.¹⁰ Maatschappelijk was er brede steun om in een mogelijke tweede golf niet meer over te gaan tot een volledige sluiting van zorglocaties maar meer 'maatwerk' toe te passen.

In het najaar van 2020 werd Nederland opnieuw geconfronteerd met een toename van besmettingen. Dit mondde uit in een tweede besmettingsgolf, met in november 2020 een drastische stijging in met name verpleeghuizen. Hoewel de situatie wederom dreigend was, werd door het kabinet nu niet besloten tot een algehele sluiting van verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen voor ouderen. In plaats daarvan werd in de nieuwe 'Tijdelijke wet maatregelen COVID-19' (hierna:

6 VGN, 'Handreiking bezoek gehandicaptenzorg' versie mei 2020 en geactualiseerde versie in juli 2020 en oktober 2020.

7 H. van der Roest, 'De impact van sociale isolatie onder bewoners van verpleeg- en verzorgingshuizen ten tijde van het nieuwe coronavirus', Trimbosinstituut, 25 juni 2020; B. Tetelepta, 'Agressie bij gehandicapten neemt toe door corona: zij begrijpen de maatregelen niet', *De Gelderlander*, 2 november 2020; B.J.M. Frederiks, J. Naber, N. Hovenga en E. Landeweer, 'Covid-19 in verpleeghuizen: juridische en morele bespiegelingen over de restrictieve maatregelen', in: R.E. van Hellemond, L.A. Hartman, M.H.N. Schermer en A.J. Pols (eindred.), *Ethiek in tijden van corona*, Den Haag: CEG 2020, p. 42-51. Centrum voor ethiek en Gezondheid, december 2020.

8 P. van den Dool & F. Weeda, 'Worden de kwetsbaarste mensen wel genoeg beschermd?', *NRC Handelsblad*, 16 april 2020; M. van der Geest, 'Statusverschil tussen zorgen en genezen wreekt zich nu', *de Volkskrant*, 15 mei 2020.

9 VGN, 'Handreiking bezoek gehandicaptenzorg', versie mei 2020 en geactualiseerde versie in juli 2020 en oktober 2020; Verenso, 'Handreiking bezoekregeling verpleeghuizen', versie mei 2020 en 'Handreiking bezoek en sociaal contact', versie september 2020.

10 *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 395 en nr. 396.

Tijdelijke wet) aan zorgaanbieders de expliciete bevoegdheid gegeven om, binnen de in de wet gestelde grenzen, bezoek aan zorglocaties te reguleren.¹¹ In dezelfde periode verschenen de eerste berichten over vergevorderde ontwikkelingen van vaccins en contouren van een vaccinatieprogramma. Begin januari 2021 werd met het vaccineren van verpleeghuispersoneel gestart. Enkele weken later volgden de eerste vaccinaties voor cliënten in verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Ten tijde van het afronden van dit preadvies zorgden met name de berichten over de verspreiding van een mogelijk meer besmettelijke mutatie van het coronavirus voor de nodige onrust. Sommige zorgaanbieders besloten zorglocaties opnieuw – al dan niet preventief – voor bezoek te sluiten of bezoekersmaxima in te stellen. Begin februari 2021 adviseerde het Outbreak Management Team (OMT) verpleeghuizen een ‘bezoek-bubble’ te hanteren, bestaande uit twee tot drie vaste bezoekers per bewoner per week, waarvan een persoon per dag. Volgens het OMT werd hiermee het bezoek van de bewoner niet te veel beperkt.¹²

Terugkijkend heeft de aanpak van het coronavirus een grote impact gehad op de cliënten die wonen in verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. In deze bijdrage aan het preadvies staat deze impact centraal en onderzoeken wij de gevolgen van de aanpak van het coronavirus voor de rechtspositie van deze cliënten.

Bij het schrijven van deze bijdrage realiseren wij ons dat zorgaanbieders voor veel en indringende afwegingen stonden, die soms leidden tot beslissingen die op gespannen voet stonden met juridische uitgangspunten. Het begrip daarvoor doet niet af aan de noodzaak om de gebeurtenissen vanuit gezondheidsrechtelijk perspectief kritisch te waarderen en zo positief bij te dragen aan een evaluatie vanuit de zorg en het recht.

-
- 11 De Tijdelijke wet trad op 1 december 2020 in werking. De Tijdelijke wet betreft een toevoeging van een hoofdstuk aan de Wpg (hoofdstuk Va). Voor zorgaanbieders is met name paragraaf 3 van hoofdstuk Va van belang (vanaf artikel 58o Wpg). Deze paragraaf wordt in hoofdstuk 4 van deze bijdrage besproken.
- 12 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Stand van zaken COVID-19*, 2 februari 2021, Kamerbrief, kenmerk: 1819681-217604-PDC19.

1.2 *Opzet van deze bijdrage*

In hoofdstuk 2 wordt eerst het voor de onderzoeksvraag relevante wettelijke kader uitgelicht.¹³ Daarbij wordt ingegaan op de betekenis van het wettelijk kader voor de zorg en ondersteuning van cliënten in verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg¹⁴ tijdens de COVID-19-pandemie. Vervolgens worden in hoofdstuk 3 de gevolgen van de eerste besmettingsgolf voor de rechten van cliënten in kaart gebracht en wordt in hoofdstuk 4 gekeken welke (juridische) lessen daarvan geleerd zijn. In hoofdstuk 4 komt tevens de betekenis van de Tijdelijke wet voor de zorg en ondersteuning van cliënten aan de orde en wordt ingegaan op de verhouding tussen de Wet publieke gezondheid (Wpg) en de Wzd. In hoofdstuk 5 wordt de balans opgemaakt van de stand van zaken op het moment van schrijven, waarna deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.¹⁵

2 **Wettelijk kader**

2.1 *Inleiding*

Het relevante wettelijke kader voor de zorg en ondersteuning van cliënten in verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen voor ouderen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens een pandemie betreft in de eerste plaats de Wpg, als hét wettelijke kader voor de bestrijding van infectieziekten in Nederland. Naast de Wpg bespreken wij achtereenvolgens de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), de Wzd en de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (Wmcz 2018), nu deze wetten – ook tijdens een coronapandemie

13 Wij beperken ons in deze bijdrage tot de nationaalrechtelijke wet- en regelgeving. Europese en internationale aspecten laten wij buiten beschouwing. Wij verwijzen hiervoor naar de bijdrage aan dit preadvies, deel 3, van prof. mr. A.C. Hendriks en prof. mr. dr. B.C.A. Toebes: *‘Gezondheidsrecht in tijden van crisis: de COVID-19-pandemie, Grond- en mensenrechtenperspectief’*.

14 In deze bijdrage richten wij ons op verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen voor ouderen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. De rechtspositie van thuiswonende cliënten laten wij buiten beschouwing.

15 Deze bijdrage aan het preadvies is op 7 februari 2021 afgerond. Eventuele latere ontwikkelingen zijn hier dan ook niet meer in meegenomen.

– de kaders geven voor het inrichten en uitvoeren van de zorg en ondersteuning van cliënten.¹⁶

2.2 *Wet publieke gezondheid*

Sinds 28 februari 2020 heeft de minister van VWS op grond van de Wpg de leiding over de bestrijding van het coronavirus.¹⁷ Vanaf dat moment dragen de voorzitters van de verschillende veiligheidsregio's in Nederland zorg voor de uitvoering van het door de minister ingezette bestrijdingsbeleid.¹⁸ Hiertoe beschikken zij bijvoorbeeld over algemene bevoegdheden op het terrein van het handhaven van de openbare orde¹⁹ en een aantal specifieke Wpg-bevoegdheden. In geval van een gegronnd vermoeden van een besmetting met *ernstig* gevaar voor de volksgezondheid kunnen voorzitters van de veiligheidsregio's een terrein of gebouw tijdelijk sluiten. Daarnaast kunnen zij een persoon die (vermoedelijk) besmet is met het coronavirus gedwongen ter isolatie in een ziekenhuis doen opnemen wanneer ernstig gevaar voor de volksgezondheid dreigt, de isolatie noodzakelijk is en de betrokkene zelf niet tot opname bereid is.²⁰ Onder omstandigheden kan de betrokkene gedwongen door een arts worden onderzocht.²¹ De voorzitters van de veilig-

16 De rechten en plichten die voor hulpverleners voortvloeien uit de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) laten wij buiten beschouwing. In deze bijdrage staan de impact van de ter zake van het bestrijden van het coronavirus genomen maatregelen en de vrijheidsbeperkende en soms vrijheidsbenemende gevolgen voor cliënten daarvan centraal. De Wzd is het wettelijke kader dat de rechtsbescherming regelt van cliënten met een psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking die te maken krijgen met dergelijke maatregelen ('onvrijwillige zorg'), en is wat dat betreft een *lex specialis* ten opzichte van de Wgbo.

17 Op die datum werd SARS-COV-2 aangemerkt als zogenaamde 'A-ziekte' (*Stcrt.* 2020, nr. 6800) en was COVID-19 een meldingsplichtige ziekte (art. 22 Wpg). Vanaf dat moment had de minister de leiding over de bestrijding en namen de voorzitters van de veiligheidsregio's de plaats in van de burgemeesters (art. 7, artikel 6 lid 4 Wpg, art. 39 Wet veiligheidsregio's).

18 Voor een verdere beschouwing van de nationale aanpak van het coronavirus verwijzen wij naar de bijdrage van prof. mr. J.C.J. Dute aan dit preadvies, deel 4: '*De Wet publieke gezondheid als instrument voor de bestrijding van de COVID-19 epidemie, Gewogen en te licht bevonden?*'.

19 Art. 172 en verder Gemeentewet.

20 Isolatie is alleen mogelijk in daartoe aangewezen ziekenhuizen (art. 34 Wpg). Op 25 januari 2021 is het Universitair Medisch Centrum Groningen (UMCG) aangewezen voor gedwongen isolatie van patiënten met COVID-19 (*Stcrt.* 2021, nr. 4662). Voor zover bekend hebben er ten tijde van de afronding van deze bijdrage nog geen gedwongen isolaties op grond van de Wpg plaatsgevonden.

21 Art. 31 Wpg.

heidsregio's kunnen een persoon ook verplichten tot een periode van quarantaine met medisch toezicht wanneer de betrokkene dusdanig contact met een besmet persoon heeft gehad dat voor besmetting moet worden gevreesd en de betrokkene niet tot vrijwillige quarantaine bereid is.²² De quarantaine vindt plaats in een door de voorzitter van de veiligheidsregio aangewezen gebouw of daarbinnen aangewezen ruimte. Toegestaan kan worden dat de quarantaine plaatsvindt in de eigen woning. Gezien de vrijheidsbenemende gevolgen van zowel gedwongen isolatie als quarantaine is voorzien in een uitgebreide wettelijke procedure. Onderdeel hiervan is dat de maatregelen door de rechter moeten worden getoetst. Zowel van isolatie als van quarantaine op grond van de Wpg is voor zover bekend op het moment van schrijven van deze bijdrage geen sprake geweest.

Tot de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet²³ kende de Wpg niet de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling nieuwe onderzoeks- en bestrijdingsmaatregelen te creëren. Ten behoeve van de bestrijding van het coronavirus via landelijke maatregelen heeft de minister de voorzitters van de 25 veiligheidsregio's met toepassing van artikel 7 Wpg verschillende aanwijzingen gegeven voor de aanpak van het coronavirus, die de voorzitters op grond van artikel 176 Gemeentewet hebben opgenomen in noodverordeningen.²⁴ Eén van de aanwijzingen betrof de sluiting van de verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen voor ouderen.²⁵

2.3 *Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*

De kern van de Wkkgz wordt gevormd door de verplichting voor zorgaanbieders om 'goede zorg' aan cliënten te verlenen. Goede zorg is zorg van goede kwaliteit en van goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend en cliëntgericht is, tijdig wordt verleend en is afgestemd op de reële behoeften van de cliënt. Bij het verlenen van zorg moeten de rechten van cliënten zorgvuldig in acht worden genomen.²⁶ Het toezicht op de naleving van de Wkkgz is een taak van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ).

22 Art. 35 Wpg.

23 Waarover in hoofdstuk 4 van dit deel van het preadvies meer.

24 Zie over de juridische constructie voor de aanwijzingen en noodverordeningen ook: J.C.J. Dute, 'De aanpak van de COVID-19-epidemie: een juridische tussenbalans', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2020 (44) 5, p. 477-486 (op p. 482 en 483) en ook deel 4 van dit preadvies: 'De Wet publieke gezondheid als instrument voor de bestrijding van de COVID-19 epidemie' van J.C.J. Dute.

25 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Aanscherping bezoek verpleeghuizen in verband met COVID-19', 19 maart 2021, Kamerbrief, kenmerk: 1664802-203409-LZ.

26 Art. 2 Wkkgz.

Ook tijdens de coronacrisis moeten zorgaanbieders de uitgangspunten en verplichtingen van de Wkkgz volgen. De IGJ gaf in april 2020 wel aan dat zorgaanbieders (tijdelijk) meer ruimte hebben om de zorg op afwijkende manieren te organiseren, mits het bieden van veilige en verantwoorde zorg vooropstaat en de professionele afwegingen navolgbaar zijn en worden vastgelegd.²⁷

2.4 *Wet zorg en dwang*

De Wzd regelt de rechtsbescherming van cliënten met een verstandelijke beperking, psychogeriatrische aandoening of gelijkgestelde aandoening²⁸ die te maken krijgen met een onvrijwillige opname of onvrijwillige zorg door een zorgaanbieder. Met een onvrijwillige opname of onvrijwillige zorg wordt inbreuk gemaakt op grondrechten van deze cliënten, zoals het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven²⁹ en het recht op vrijheid.³⁰ Om deze inbreuken te legitimeren, zijn in de Wzd uitgebreide procedures opgenomen, waarin duidelijke en beperkende eisen worden gesteld. Voor een onvrijwillige opname is een rechterlijke machtiging (rm) van een rechter of een beschikking tot inbewaringstelling (ibs) van een burgemeester vereist. In beide gevallen moet een ter zake kundige arts eerst een actuele medische verklaring afgeven en voor een rm moet de cliënt door de rechter worden gehoord.³¹ Uitgangspunt is dat een onvrijwillige opname alleen mogelijk is indien dat noodzakelijk is om ernstig nadeel te voorkomen en de cliënt zich tegen de opname verzet. Ernstig nadeel is bijvoorbeeld het bestaan of aanzienlijk risico op levensgevaar of ernstig lichamelijk letsel voor de cliënt of voor een ander.³² Cliënten voor wie een opname noodzakelijk is maar die daar niet mee (kunnen) instemmen en zich daar ook niet tegen verzetten, kunnen op grond van een besluit tot opname en verblijf van het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) worden opgenomen. Voorafgaand aan dat besluit worden zij tijdens een huisbezoek door een medewerker van het CIZ beoordeeld. Een rm, ibs of

27 Zie: <https://www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/04/04/igj-tijdens-covid-19-een-andere-werkwijze-maar-dezelfde-verantwoordelijkheid>.

28 Als gelijkgestelde aandoening zijn aangewezen de ziekte van Huntington, het syndroom van Korsakov en niet-aangeboren hersenletsel. Cliënten met deze ziekten of aandoening kunnen onder de reikwijdte van de Wzd vallen (art. 1, vierde lid Wzd en art. 1a.1 Besluit zorg en dwang).

29 Art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

30 Art. 5 EVRM, art. 15 Grondwet.

31 Een beschikking tot inbewaringstelling wordt afgegeven door de burgemeester en geldt voor maximaal drie dagen. Indien een verlenging noodzakelijk wordt geacht, dient daartoe een verzoek te worden ingediend bij de rechtbank. Voordat de rechter op het verzoek beslist, dient te cliënt te worden gehoord.

32 Art. 1 lid 2 Wzd.

besluit tot opname en verblijf geeft alleen een opname-indicatie, maar brengt niet 'automatisch' met zich mee dat aan de cliënt ook onvrijwillige zorg kan worden verleend, zoals een plaatsing op een gesloten afdeling of een gedwongen behandeling.³³ De zorg en ondersteuning van de cliënt moeten zo veel als mogelijk op basis van vrijwilligheid worden verleend. Als toch onvrijwillige zorg wordt overwogen moet voorafgaand aan het uitvoeren daarvan eerst worden voldaan aan een aantal in de Wzd opgenomen eisen.³⁴ Deze eisen – tezamen ook wel het 'stappenplan' genoemd – hebben alles te maken met belangrijke basisprincipes van de Wzd: proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en het vereiste dat onvrijwillige zorg alleen aan de orde kan zijn als er ernstig nadeel aanwezig is of dreigt.^{35, 36} Een belangrijke waarborg voor de rechtspositie van cliënten die onder de reikwijdte van de Wzd vallen, is het recht op advies en bijstand door een cliëntenvertrouwenspersoon. De cliëntenvertrouwenspersoon heeft vrije toegang tot de cliënt.³⁷ Het toezicht op de naleving van de Wzd is een taak van de IGJ.

Aan het begin van de coronapandemie kregen zorgaanbieders ruimte om af te wijken van de Wzd: op 24 maart 2020 werd op een website van het ministerie van VWS en de website van de IGJ een nieuwsbericht geplaatst over de uitvoering van de Wzd 'tijdens de coronacrisis',^{38, 39} waarin werd aangegeven dat het stappenplan van de Wzd niet hoefde te worden gevolgd voor zover er collectieve maatregelen werden genomen op basis van besluiten van de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing (MCCb) of adviezen en richtlijnen van het RIVM. Als voorbeelden werden een beperking van de mogelijkheden om cliënten te bezoeken, beperking van de mogelijkheden om de algemene ruimten binnen een instelling te gebruiken en het in afzondering moeten plaatsen van cliënten met (verdenking van) corona genoemd. Verder werd in het nieuwsbericht aangegeven dat voor individuele onvrijwillige zorg het uitgangspunt gold dat steeds de juiste professionele afwegingen moesten worden gemaakt over welke zorg het beste passend was, ook ten aanzien van onvrijwillige zorg, de daarbij behorende procedures en de beschikbare capaciteit van zorgpersoneel. Zorgaanbieders mochten geheel of gedeeltelijk afwijken van het stappenplan wanneer in geval van onderbezetting in verband met COVID-19 bijvoorbeeld de naleving van de evaluatietermijnen

33 De Wzd noemt in art. 2 lid 1 negen vormen van zorg die als onvrijwillige zorg kunnen worden toegepast.

34 Art. 9 tot en met art. 13 Wzd.

35 Zie hierover ook de memorie van toelichting bij de Wzd: *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, nr. 3.

36 De Wzd-functionaris toetst zorgplannen waarin onvrijwillige zorg wordt opgenomen of gewijzigd.

37 Art. 58 lid 1 Wzd.

38 Zie: <https://www.dwangindezorg.nl/wzd/wzd-en-coronacrisis>.

39 Zie: <https://www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/26/coronavirus-toezicht-op-wvggz-en-wzd>.

niet kon worden geborgd of externe deskundigen niet tijdig ingeschakeld konden worden. Verder konden huisbezoeken door artsen voor een medische verklaring tijdelijk niet plaatsvinden, zodat deze digitaal mochten worden afgegeven, en ook het contact met cliëntenvertrouwenspersonen werd daar waar dat mogelijk was verplaatst naar telefonische en digitale mogelijkheden. Ten slotte hadden zorgaanbieders de mogelijkheid om cliënten tijdelijk zonder een besluit tot opname en verblijf van het CIZ op te nemen.⁴⁰

2.5 *Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018*

De Wmcz 2018 is op 1 juli 2020 in werking getreden, ter vervanging van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz). Net als de Wmcz regelt de Wmcz 2018 de medezeggenschap van cliënten door zorgaanbieders te verplichten een cliëntenraad in te stellen. Nieuw is dat voor besluiten die raken aan de kern van de zorgverlening en die van grote invloed zijn op de zorgverlening en de levenssfeer van cliënten niet langer een verzwaard adviesrecht maar een instemmingsrecht geldt. Het instemmingsrecht is bijvoorbeeld van toepassing op voor cliënten geldende regelingen, zoals (het aanscherpen van) een bezoekenregeling.⁴¹ Nieuw is ook dat de Wmcz 2018 zorgaanbieders verplicht om gelegenheid voor inspraak te bieden. Dit houdt in dat zorgaanbieders die er op gericht zijn om cliënten langdurig te laten verblijven cliënten en hun vertegenwoordigers in de gelegenheid moeten stellen om inspraak uit te oefenen in aangelegenheden die direct van invloed zijn op het dagelijks leven van de cliënten.⁴² Gezien de Wmcz 2018 tijdens de coronapandemie in werking trad gaf de IGJ aan dat niet direct zou worden gehandhaafd op de nieuwe wettelijke bepalingen.⁴³ Benadrukt werd wel dat juist tijdens de coronapandemie de communicatie met cliënten van groot belang is en dat het cliëntenperspectief steeds nadrukkelijk de aandacht moest krijgen. In de praktijk blijkt dit niet steeds het geval te zijn geweest. Soms hebben zorgaanbieders ter bestrijding of voorkoming van COVID-19 maatregelen genomen zonder overleg met of raadpleging van cliënten, hun vertegenwoordigers of de cliëntenraad.⁴⁴

40 Op de website van het CIZ wordt hierover aangegeven dat het CIZ de cliënt zodra een huisbezoek weer mogelijk is alsnog moet zien, zie: <https://www.ciz.nl/zorgprofessional/veelgestelde-vragen-zorgprofessional/coronavirus>.

41 Art. 8 lid 1a Wmcz 2018.

42 *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, nr. 3, p. 13.

43 Brief van de minister van VWS aan ActiZ, Jeugdzorg Nederland, GGZ Nederland, ZorgthuisNL en VGN, 15 mei 2020, kenmerk: 1680739-204668-PZO.

44 Zie hierover ook hoofdstuk 3 en hoofdstuk 5 van deze bijdrage.

3 Gevolgen van de coronapandemie voor de rechten van cliënten

3.1 Inleiding

Tijdens de eerste besmettingsgolf zijn in verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen voor ouderen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg ter bestrijding en voorkoming van het coronavirus verschillende maatregelen genomen. In dit hoofdstuk bespreken wij deze maatregelen, de (wettelijke) grondslagen daarvan en de gevolgen van deze maatregelen voor de rechten van cliënten.

3.1.2 Bezoekbeperkingen

Als het gaat om de rechtsgevolgen van het bestrijden en voorkomen van het coronavirus is de meest in het oog springende maatregel de in maart 2020 afgekondigde landelijke sluiting voor bezoek van verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen voor ouderen. Hoewel deze landelijke maatregel niet gold voor de verstandelijk gehandicaptenzorg werden ook in deze sector de bezoeksomstandigheden door de bezoekregeling van de VGN tot een minimum beperkt.⁴⁵ Met deze maatregelen werd in de eerste plaats een inbreuk gemaakt op het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven van cliënten en meer specifiek op hun bezoekrecht. De beperkingen hadden grote invloed op de vaak belangrijke rol van familie en vertegenwoordigers in het leven van cliënten. Zorgplanbesprekingen en andere overleggen over de aan cliënten te verlenen zorg en ondersteuning werden tijdens de eerste besmettingsgolf veelal digitaal gevoerd of uitgesteld. Familie en vertegenwoordigers kwamen letterlijk meer op afstand van cliënten te staan. Hun betrokkenheid is echter niet alleen van belang voor het welzijn van de cliënt, maar veelal ook wettelijk vereist, zeker wanneer de cliënt zelf (ter zake) wilsonbekwaam is.⁴⁶ Een ander gevolg van de bezoekbeperkingen was dat de toegang tot cliënten ook werd beperkt voor diverse professionals die van belang zijn voor het borgen van de rechtspositie van cliënten. Zo bleven voor cliëntenvertrouwenspersonen de deuren gesloten, ondanks het in de Wzd verankerde recht van cliënten en (wettelijk) vertegenwoordigers op advies en bijstand door een cliëntenvertrouwenspersoon en de eveneens wettelijk vastgelegde vrije toegang van cliëntenvertrouwenspersonen tot cliënten, hetgeen zorgaanbieders

45 De eerste versie van deze bezoekregeling met het uitgangspunt 'nee, tenzij' bood weinig ruimte voor het toelaten van bezoek tot cliënten en differentiatie en maatwerk per cliënt. Op 29 april 2020 werd de bezoekregeling geactualiseerd, waarbij de nadruk meer kwam liggen op 'tenzij'. Zie: <https://www.vgn.nl/nieuws/update-bezoekregeling-gehandicaptenzorg>.

46 Op grond van de Wzd moet de (wettelijk) vertegenwoordiger voor iedere evaluatie van onvrijwillige zorg worden uitgenodigd. Wanneer de cliënt ter zake wilsonbekwaam is, neemt de (wettelijk) vertegenwoordiger beslissingen namens de cliënt.

moeten borgen. Ook advocaten hadden veelal geen toegang meer tot zorglocaties, waardoor zij hun cliënten alleen op afstand (en digitaal) konden bijstaan in bijvoorbeeld een procedure voor een rm op grond van de Wzd. Voor de rechtspositie van cliënten is dat zorgelijk, gezien hun recht op een eerlijk proces en het recht op bijstand door een advocaat.⁴⁷ Daarbij komt dat ook de huisbezoeken door artsen ten behoeve van een medische beoordeling voor een rm of ibs geen doorgang meer konden vinden en dat gerechtelijke zittingen voor een rm digitaal werden uitgevoerd. Hoewel voor de toegang door rechters in verband met het gerechtelijk horen in het kader van de Wzd in de noodverordeningen een uitzondering werd gemaakt, kwamen rechters niet meer naar cliënten toe.⁴⁸ Ook hier rijst de vraag hoe zich dat – zeker gezien de vaak kwetsbare cliënten en de implicaties van een onvrijwillige opname – verhoudt tot het recht op een eerlijk proces en de in de Wzd opgenomen waarborg dat de rechter naar de cliënt toegaat wanneer de cliënt niet in staat is om naar de rechtbank te komen.

Het is een juridisch gegeven dat de bezoekbeperkingen en de gevolgen daarvan inbreuken maakten op diverse grondwettelijke rechten van cliënten,⁴⁹ terwijl deze beperkingen geen wettelijke grondslag hadden. De bezoekbeperkingen voor de verstandelijk gehandicaptenzorg waren gebaseerd op de bezoekregeling van de VGN, die is opgesteld door het veld en met advies van het RIVM. De bezoekerssluitingen in de ouderenzorg waren opgenomen in noodverordeningen, op aanwijzing van de minister van VWS. De Wpg bood voor deze bezoekerssluitingen echter geen grondslag en het is de vraag of grondrechten via noodverordeningen kunnen worden beperkt zonder dat de bovenliggende wet (in dit geval de Wpg)

47 Art. 6 EVRM.

48 Zie hierover ook A.C. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona', *Nederlands Juristenblad* 2020-14, p. 948-955.

49 A.C. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona', *Nederlands Juristenblad* 2020-14, p. 948- 955.

daarvoor een grondslag biedt.^{50, 51} In een advies van mei 2020 uitte de Raad van State⁵² zich kritisch over de via de noodverordeningen uitgevaardigde landelijke en grondrecht beperkende maatregelen. Hoewel de gekozen 'constructie' volgens de Raad van State in een concrete en levensbedreigende situatie – zoals het plotseling uitbreken van het coronavirus – verdedigbaar was, nam de juridische houdbaarheid naarmate de situatie langer duurde steeds verder af. Ook maatschappelijk riepen de sluitingen voor bezoek veel kritiek op, die zich met name toespitste op de proportionaliteit daarvan.⁵³

3.1.3 *Beperkingen in de bewegingsvrijheid*

Hoewel de landelijke bezoekerssluiting in de ouderenzorg en de bezoekersregeling in de verstandelijk gehandicaptenzorg alleen gericht waren op de toegang tot cliënten, beperkten verschillende zorgaanbieders ook de bewegingsvrijheid van cliënten, in verband met vrees voor besmettingen met het coronavirus. Cliënten mochten bijvoorbeeld geen boodschappen meer doen, buiten wandelen of familie bezoeken. Het kwam voor dat cliënten die de zorglocatie verlieten bij terugkomst een periode in quarantaine op de eigen kamer moesten verblijven. Daarnaast moesten cliënten soms voor langere periodes in hun kamer blijven als er binnen

50 Zie hierover ook: A.C. Hendriks, 'Mag onze vrijheid vanwege COVID-19 worden beperkt?', in: R.E. van Hellemond, L.A. Hartman, M.H.N. Schermer en A.J. Pols (eindred.), 'Ethiek in tijden van corona', Den Haag: CEG 2020, p. 104-111.

51 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het bezoekverbod in de ouderenzorg niet werd opgelegd door de regel in de noodverordening zelf maar door de beheerder van het verpleeghuis. Hierdoor vond de beperking strikt genomen plaats in de rechtsverhouding tussen het verpleeghuis en de bewoner en zijn familie. In deze verhouding geldt de eis van een specifieke wettelijke grondslag niet om inbreuk te kunnen maken op artikel 10 Grondwet. Dit grondrecht moet wel mee worden genomen in de belangenafweging door de beheerder. De Raad van State adviseerde hierover bovendien dat een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk was als een eventueel bezoekverbod wordt gecontinueerd, omdat de gevolgen van wat feitelijk het besluit van de beheerder was – het sluiten van een verpleeghuis – gelijk waren aan die van een verbod. Daarbij komt dat de noodverordeningen weinig ruimte lieten om uitzonderingen op een verbod te maken.

52 Raad van State, Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, kenmerk: W04.20.0139/1/Vo., 25 mei 2020.

53 N. Koffeman & K. de Vries, 'Achter gesloten deuren. De bezoekerregeling verpleeghuizen en artikel 8 EVRM', *Nederlands Juristenblad*, 10 juli 2020, afl. 27, p. 1936-1942. Deze auteurs beargumenteren vooral dat de gevolgen van een maatregel niet disproportioneel mogen uitpakken in een individueel geval. In de bezoekerregelingen tot in elk geval 25 mei 2020 was er echter weinig ruimte voor uitzonderingen in individuele gevallen.

de zorglocatie besmettingen waren geconstateerd. Cliënten kregen hierdoor te maken met soms langdurige beperkingen in de bewegingsvrijheid en de vrijheid om het eigen leven in te richten. Voor deze vrijheidsbeperkende maatregelen geldt dat ze, zeker in de eerste en acute fase van de coronapandemie, op het eerste gezicht goed verklaarbaar en verdedigbaar waren. Toch zijn ook deze maatregelen met het verstrijken van de tijd steeds meer gaan wringen, in de eerste plaats omdat dergelijke maatregelen een wettelijke grondslag vereisen en hiervoor steeds een individuele afweging volgens de procedures van ofwel de Wpg⁵⁴ ofwel de Wzd⁵⁵ dient te worden gemaakt.⁵⁶ Ook met het verstrijken van de tijd is het de vraag of deze individuele afwegingen zijn gemaakt. Bij bestudering van de maatregelen valt op dat verschillende zorgaanbieders maatregelen veelal namen voor *alle* cliënten binnen een zorglocatie, zonder onderscheid te maken naar individuele cliënten. Daarbij werd geen rekening gehouden met individuele zorgbehoeften of de mate waarin individuele cliënten zich aan de coronamaatregelen konden houden. Zoals hiervoor opgemerkt, is dat in strijd met de wettelijke procedures die voorafgaand aan iedere vrijheidsbeperking of vrijheidsbeneming dienen te worden gevolgd. Daarnaast botst dit met de uitgangspunten van de Wkkgz, die van zorgaanbieders verlangt om de zorg af te stemmen op de reële behoefte van de individuele cliënt. Hoewel zorgaanbieders in de eerste fase van de coronacrisis de ruimte kregen om af te wijken van de Wzd en de Wkkgz, blijft overeind staan dat de soms langdurige vrijheidsbeperkende en zelfs vrijheidsbenemende maatregelen die zijn toegepast juridisch niet goed te legitimeren zijn. Dat geldt zeker naarmate de crisis langer duurde en er meer ruimte voor maatwerk ontstond, mede door de toename van de testcapaciteit en de toenemende beschikbaarheid

54 De procedure voor isolatie (vanaf art. 31 Wpg) of quarantaine (vanaf art. 35 Wpg).

55 Daaronder begrepen de 'reguliere' procedure voor onvrijwillige zorg en de procedure voor onvoorzien onvrijwillige zorg in art. 15 Wzd.

56 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat voor eventuele onvrijwillige zorg op grond van de Wzd bovendien is vereist dat de cliënt binnen de reikwijdte van de Wzd valt. Er moet sprake zijn van zorg door een zorgaanbieder in verband met een verstandelijke beperking, psychogeriatrische aandoening of gelijkgestelde ziekte of aandoening.

van persoonlijke beschermingsmiddelen.⁵⁷ Daar komt bij dat de in juli en oktober 2020 geactualiseerde handreiking van de bezoekenregeling van de VGN zorgaanbieders in de verstandelijk gehandicaptenzorg de nodige handvatten bood om dit maatwerk te kunnen bieden. Voor zorgaanbieders in de ouderenzorg bood de 'Handreiking voor bezoekbeleid verpleeghuizen in corona-tijd' de nodige handvatten om de door de minister van VWS aangekondigde heropening voor bezoek vanaf 25 mei 2020 vorm te geven en daarbij zo mogelijk naar maatwerk te zoeken.

3.4 Grondslag voor beperkingen: Wzd of Wpg?

Opvallend is dat voor de grondslag van zowel het landelijke bezoekverbod als de beperkingen in de zorglocaties (zoals het niet naar buiten mogen of het in quarantaine op de eigen kamer moeten) werd verwezen naar de Wpg. Deze wet biedt echter, behalve in de procedures voor isolatie en quarantaine in individuele gevallen, die voornamelijk niet zijn toegepast, geen wettelijke grondslag voor dergelijke vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende maatregelen. Dat betekent dat in diverse gevallen onvrijwillige zorg als bedoeld in de Wzd aan cliënten is opgelegd, zonder dat de daarvoor verplichte wettelijke procedure is gevolgd. Hierdoor ontbrak dan de benodigde wettelijke grondslag om cliënten in hun vrijheden te beperken.

3.4.1 Inwerkingtreding Wzd

Dat weinig toepassing is gegeven aan de Wzd komt mogelijk doordat de Wzd pas op 1 januari 2020 – vlak voor de uitbraak van het coronavirus in Nederland – in werking is getreden. Het jaar 2020 gold voor de Wzd als een overgangsjaar, waarin alle betrokken partijen nog de ruimte kregen om te leren omgaan met de nieuwe

57 Met name in de eerste periode van de pandemie was de beschikbaarheid van persoonlijke beschermingsmiddelen voor zorgverleners in de langdurige zorg ontoereikend, hetgeen door beroepsvereniging V&VN bijvoorbeeld op 3 april 2020 werd gesignaleerd, zie: <https://www.venvn.nl/nieuws/werken-zonder-beschermende-middelen-onacceptabel/>. Het tekort werd veroorzaakt door zowel problemen bij de inkoop als de verdeling over zorgsectoren. In de navolgende maanden kwamen er steeds meer persoonlijke beschermingsmiddelen voor de langdurige beschikbaar, dankzij een ander verdeelsysteem, betere inkoop en eigen productie (zie: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Lessen verpleeghuizen met het oog op een eventuele tweede golf', 16 juli 2020, Kamerbrief, kenmerk: 1709971-207318-LZ). Op 12 oktober 2020 berichtte het Ministerie van VWS dat er voldoende persoonlijke beschermingsmiddelen aanwezig waren voor de tweede besmettingsgolf, zowel bij regulier als preventief gebruik (zie: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/10/12/voldoende-beschermingsmiddelen-voor-de-zorg-beschikbaar>).

wet.⁵⁸ Veel zorgaanbieders waren ten tijde van de eerste coronagolf in maart 2020 volop bezig met de implementatie van de Wzd, hetgeen de nodige vertraging heeft opgelopen.⁵⁹ Begrijpelijkerwijs verlegden zorgaanbieders hun focus in eerste instantie naar het bestrijden van het coronavirus. Daarnaast was de impact van de coronapandemie op de zorg zodanig acuut en bedreigend, dat het praktisch niet mogelijk en haalbaar was om voor iedere cliënt steeds een individuele afweging te maken. Ook speelt mee dat zorgaanbieders met het nieuwsbericht dat in maart 2020 op de websites van het ministerie van VWS en de IGJ werd gepubliceerd ruimte kregen om van de Wzd af te wijken.

3.4.2 Onduidelijkheid over verhouding Wzd en Wpg

Daarnaast was de verhouding tussen de Wzd en de Wpg niet of onvoldoende duidelijk voor zorgaanbieders. Vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen (zoals het binnenhouden of in quarantaine plaatsen van cliënten) werden veelal onderbouwd met een beroep op de Wpg. Niet of onvoldoende duidelijk was dat de Wpg niet de nodige grondslagen daarvoor biedt, dat dergelijke vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen kwalificeren als onvrijwillige zorg en dat deze steeds een individuele afweging vereisen. De onduidelijkheid leidde er wellicht ook toe dat in de diverse handreikingen die in de loop van de coronapandemie werden gepubliceerd en ook steeds werden geactualiseerd, geen aandacht aan de verhouding tussen de Wpg en de Wzd werd besteed. Mogelijk heeft het nieuwsbericht van VWS en IGJ over de Wzd tijdens de coronacrisis ook bijgedragen aan het gebruik van de Wpg als 'grondslag' voor vrijheidsbeperkende maatregelen.⁶⁰ Zoals hiervoor opgemerkt, gaf het ministerie in dat nieuwsbericht zorgaanbieders ruimte om het stappenplan voor onvrijwillige zorg niet te volgen voor zover er collectieve maatregelen werden genomen (geldend voor alle cliënten en/of bezoekers) op grond van besluiten van het MCCb of adviezen van het RIVM, met als voorbeelden het beperken van bezoek, beperkingen in de mogelijkheden om de algemene ruimten binnen een instelling te gebruiken⁶¹ en het in afzondering plaatsen van cliënten met het coronavirus of een verdenking daarvan. Opvallend is dat zorgaanbieders hiermee de mogelijkheid tot het opleggen van collectieve vrijheidsbeperkende en zelfs vrijheidsbenemende maatregelen werd gegeven. Juridisch gezien kunnen deze maatregelen door zorgaanbieders alleen

58 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Wet zorg en dwang', 20 december 2019, Kamerbrief, kenmerk: 1623429-199651-LZ.

59 IGJ, 'De zorgvuldige uitvoering van dwang in de zorg echt goed regelen, kan alleen regionaal. Wat ziet de inspectie na nog een half jaar Wvzgz en Wzd?'.

60 Zie hierover ook paragraaf 3.1.2 van deze bijdrage.

61 Het ontzeggen van de toegang van de cliënt tot bepaalde (algemene) ruimten, zoals een keuken of een huiskamer betreft onvrijwillige zorg als de cliënt zich daartegen verzet. Zie ook: VGN en ActiZ, 'Handreiking huisregels', december 2020.

genomen worden door het voor een individuele cliënt volgen van de procedure voor onvrijwillige zorg als opgenomen in de Wzd. Voor isolatie of quarantaine van een cliënt op grond van de Wpg in verband met een (verdenking van een) besmetting met het coronavirus is altijd een besluit van de voorzitter van de veiligheidsregio vereist. De besluiten van het MCCb en de adviezen van het RIVM boden juridisch gezien onvoldoende grondslag om door zorgaanbieders te nemen collectieve vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen binnen een zorglocatie te kunnen legitimeren. Alleen voor het (collectief) beperken van bezoek in de ouderenzorg bestond ten tijde van het nieuwsbericht een grondslag in de noodverordeningen, waar zoals opgemerkt ook de nodige (juridische) discussie over bestond. Voorstelbaar is evenwel dat bij zorgaanbieders de indruk is ontstaan dat voor collectieve vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende maatregelen zoals in het nieuwsbericht genoemd voldoende wettelijke grondslag bestond.

4 Bevindingen van de eerste coronagolf en Tijdelijke wet maatregelen COVID-19

4.1 Bevindingen van de eerste coronagolf

Vooruitlopend op een eventuele tweede besmettingsgolf zijn door het ministerie van VWS op verzoek van de Tweede Kamer⁶² de bevindingen van de eerste maanden van de coronacrisis in de ouderenzorg en de verstandelijk gehandicaptenzorg geïnventariseerd.⁶³ Daarnaast bracht branchevereniging VGN de bevindingen in de verstandelijk gehandicaptenzorg in kaart⁶⁴ en heeft de IGJ als toezichthouder ook bevindingen voor beide sectoren verzameld en gepubliceerd.

4.2 Bevindingen in de ouderenzorg

Voor de ouderenzorg was één van de bevindingen dat een landelijke sluiting van de verpleeghuizen alleen nog in het uiterste geval aan de orde moest zijn. Geconstateerd werd dat het bij een (lokale) uitbraak in een verpleeghuislocatie voortaan aan de bestuurder van de zorgaanbieder moest zijn om een besluit te nemen over het beperken van bezoek en eventueel het sluiten van de zorglocatie, in samenspraak met onder meer de cliënten(raad). Andere bevindingen in deze sector

62 Motie Van den Berg et al., *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 395; motie Marjijnissen en Bergkamp, *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, nr. 396.

63 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Lessen verpleeghuizen met het oog op een eventuele tweede golf', 16 juli 2020, Kamerbrief, kenmerk: 1709971-207318-LZ; Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. 'Gehandicaptenzorg – motie Van den Berg geleerde lessen', 1 september 2020, Kamerbrief, kenmerk: 1739720-209705-LZ.

64 Zie: <https://www.vgn.nl/documenten/lessons-learned-september-2020pdf>.

waren dat meer ingezet moest worden op maatwerk voor cliënten,⁶⁵ dat sneller en gericht moest worden getest en dat gezorgd moest worden voor voldoende persoonlijke beschermingsmiddelen.⁶⁶

4.2.1 *Bevindingen in de verstandelijk gehandicaptenzorg*

Een belangrijke bevinding in de verstandelijk gehandicaptenzorg was dat cliënten een grote diversiteit kennen als het gaat om de mate van kwetsbaarheid⁶⁷ voor (het verloop van) COVID-19. Daarom zouden meer generieke maatregelen voortaan zo veel mogelijk moeten worden geminimaliseerd.⁶⁸ Ook in deze sector bleek meer maatwerk nodig. Om dat te kunnen organiseren, moest meer ruimte worden gecreëerd om de landelijke richtlijnen naar het organisatieniveau te vertalen. Een andere bevinding was dat het inperken van de vrijheid van cliënten met een verstandelijke beperking – waaronder bijvoorbeeld de omgang met hun familie – niet altijd noodzakelijk was vanuit het oogpunt van risicoreductie ofwel het tegengaan van besmettingsrisico's van het coronavirus. Wat betreft inspraak en medezeggenschap werd voor deze zorgsector gesignaleerd dat het in het begin van de coronacrisis niet altijd gelukt was om gelegenheid daarvoor te bieden, gezien het acute karakter van de crisis en de benodigde snelheid van handelen. In de aanloop naar een eventuele tweede golf moest daar meer aandacht aan worden besteed, zowel op centraal als op lokaal niveau. Ten slotte werd voor de verstandelijk gehandicaptenzorg gesignaleerd dat cliëntenvertrouwenspersonen en (wettelijk) vertegenwoordigers belangrijke sleutelfiguren zijn om de belangen van cliënten te behartigen, zodat gezien moest worden hoe hun toegang tot de cliënt in de toekomst kon worden geborgd.

65 P. van den Dool, 'Verpleeghuizen niet landelijk op slot bij nieuwe coronagolf', *NRC Handelsblad*, 17 juli 2020.

66 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Lessen verpleeghuizen met het oog op een eventuele tweede golf', Kamerbrief, kenmerk: 1709971-207318-LZ.

67 Een verstandelijke beperking geeft niet direct een extra risico op een ernstig verloop van een coronabesmetting. Een deel van de doelgroep is wel verhoogd kwetsbaar met risico op een ernstig beloop bij besmetting, terwijl dat voor een ander deel niet geldt. Met name eventuele bijkomende fysieke klachten zoals hartaandoeningen, luchtwegproblemen of bloedafwijkingen, vergroten de risico's op een ernstig verloop (zie bijvoorbeeld over cliënten met Downsyndroom: https://www.downsyndroom.nl/wp-content/uploads/2020/03/Vraag_en_antwoord_DS_en_Corona.pdf).

68 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Gehandicaptenzorg - Motie Van den Berg geleerde lessen', 1 september 2020, Kamerbrief, kenmerk: 1739720-209705-LZ.

4.2 *Bevindingen van de IGJ*

In de door de IGJ gepubliceerde rapporten over de ouderenzorg en verstandelijk gehandicaptenzorg tijdens de coronacrisis deed de IGJ verschillende aanbevelingen.⁶⁹ Voor de ouderenzorg adviseerde de IGJ om de maatregelen niet meer alleen landelijk maar meer regionaal en lokaal in te zetten, om meer maatwerk te kunnen leveren. Ook adviseerde de IGJ om de verantwoordelijkheid voor het bestrijden en voorkomen van het coronavirus (meer) terug te leggen bij de zorgaanbieders, die vanuit de Wkkgz eindverantwoordelijk zijn voor de kwaliteit en veiligheid van de te leveren zorg en ook in staat moeten zijn om daarin zorgvuldig afwegingen te maken en persoonsgerichte zorg voorop te stellen.

Daarnaast zou in de ouderenzorg volgens IGJ meer aandacht moeten worden besteed aan het belang van inspraak en een heldere verantwoordelijkheidsverdeling. Volgens de IGJ is het betrekken van gremia als cliëntenraden bij besluitvorming ook in crisissituaties noodzakelijk. Voor de verstandelijk gehandicaptenzorg adviseerde de IGJ ook dat maatwerk meer als uitgangspunt bij het doorvoeren van maatregelen genomen moest worden, en dat continu moest worden gezocht naar mogelijkheden voor de balans tussen veiligheid en kwaliteit van bestaan. Daarnaast was ook in deze zorgsector de medezeggenschap volgens de IGJ een aandachtspunt. Cliëntenraden moesten voortaan meer betrokken worden bij de besluitvorming. Voor de verstandelijk gehandicaptenzorg gaf de IGJ verder aan dat onvrijwillige zorg zo veel als mogelijk moest worden voorkomen en dat het stappenplan van de Wzd ook bij twijfel moest worden toegepast.

4.3 *Tijdelijke wet maatregelen COVID-19*

Een deel van voornoemde bevindingen en aanbevelingen is terug te zien in de Tijdelijke wet.⁷⁰ Een belangrijke aanleiding voor deze wet was de discussie over de houdbaarheid van de noodverordeningen en de grondslagen daarvan. De Raad van State adviseerde het kabinet om met een meer duurzame oplossing te komen om de beperkingen van de (grond)rechten een stevigere juridische basis te geven,⁷¹ hetgeen de Tijdelijke wet moet bieden.

69 IGJ, 'Verpleging, verzorging en thuiszorg tijdens de coronacrisis' (sectorrapportage), 1 september 2020; IGJ, 'De gehandicaptenzorg in de coronaperiode' (sectorrapportage), 1 september 2020.

70 Hiermee is een hoofdstuk aan de Wpg toegevoegd. De Tijdelijke wet is op 1 december 2020 in werking getreden voor een periode van drie maanden. Afhankelijk van de ontwikkelingen rondom het coronavirus kan de wet steeds voor drie maanden worden verlengd.

71 Raad van State, 'Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen', 25 mei 2020, Kenmerk: W04.20.0139/I/Vo.

4.3.1 *De betekenis van de Tijdelijke wet voor de (langdurige) zorg*

Voor verpleeghuizen, kleinschalige woonvormen voor ouderen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg is met name artikel 58o van de Tijdelijke wet van belang. Op grond van dit artikel moeten zorgaanbieders ervoor zorgen dat bezoekers die niet bij de zorg betrokken zijn en geen mantelzorger zijn, de ‘coronamaatregelen’ (zoals het houden van een veilige afstand) in acht kunnen nemen. Als blijkt dat de maatregelen die de zorgaanbieder in dit kader neemt onvoldoende zijn om verspreiding van het coronavirus te voorkomen, kan de zorgaanbieder aan de toegang van deze personen tot een locatie beperkingen of andere voorwaarden stellen.⁷² Hoewel de verantwoordelijkheid voor de te nemen maatregelen met de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet meer bij de zorgaanbieders wordt gelegd, blijft ook de minister bevoegd om in te grijpen. De minister kan zorgaanbieders aanwijzingen geven tot het instellen van beperkingen of voorwaarden, als bezoekers binnen een locatie de geldende regels onvoldoende in acht kunnen nemen.⁷³ Deze beperkingen en voorwaarden kunnen ook in een ministeriële regeling worden vervat. In uiterste situaties kunnen de door de zorgaanbieder of de minister te stellen beperkingen en voorwaarden leiden tot het sluiten van een zorglocatie om verspreiding van het virus naar dan wel vanuit een zorglocatie te voorkomen. Bij het maken van die afweging biedt artikel 58b van de Tijdelijke wet houvast: voor iedere (voorgenomen) maatregel moet de noodzaak, evenredigheid en de proportionaliteit daarvan worden getoetst.⁷⁴ Steeds moet worden afgewogen of het belang van de volksgezondheid opweegt tegen de belangen van de individuele cliënten bij de toegang van bezoekers. Zorgaanbieders moeten bovendien terughoudend zijn bij het opleggen van beperkingen, zeker als het gaat om beperkingen in het bezoek aan eigen kamers, aanleunwoningen of zelfstandige appartementen van cliënten.⁷⁵ In de memorie van toelichting van de Tijdelijke wet is benadrukt dat zorgaanbieders cliënten bij de te stellen voorwaarden en beperkingen moeten betrekken en dat beleid inhoudende een eventuele beperking in het recht op het ontvangen van bezoek de instemming van de cliën-

72 *Kamerstukken II*, 2019/20, 35526, nr. 3, p. 90-91.

73 Het gaat doorgaans ook niet om een hele instelling maar bijvoorbeeld een deel van een bouwkundige voorziening of bepaalde afdelingen. *Kamerstukken II* 2020/21, 35526, nr. 23, p. 187-189.

74 *Kamerstukken II* 2020/21, 35526, nr. 23, p. 187-189.

75 *Kamerstukken II* 2020/21, 35526, nr. 23, p. 188-189.

tenraad behoeft.^{76, 77} Voor het formuleren van het bezoekbeleid kunnen zorgaanbieders gebruikmaken van de handreikingen uit het veld.^{78, 79, 80}

Het uitgangspunt van de Tijdelijke wet is – ook in navolging van de uit de eerste besmettingsgolf geleerde lessen – dat niet zomaar kan worden overgegaan tot sluiting van een zorglocatie. Daarvoor moet voldoende noodzaak bestaan, afgewogen tegen de verschillende betrokken belangen. Wanneer er geen besmettingen op een locatie zijn, is het beperken en ontvangen van bezoek gezien de proportionaliteitsafweging lastig te rechtvaardigen.⁸¹ Maar ook als er binnen een locatie wel besmettingen zijn moet een eventuele sluiting zorgvuldig worden getoetst en zo veel mogelijk worden voorkomen. De Wpg biedt met de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet meer dan voorheen de gelegenheid tot het gebruiken van lokale mogelijkheden en het bieden van maatwerk aan cliënten.⁸²

Hoewel het op grond van de Tijdelijke wet mogelijk is om beperkingen en voorwaarden te stellen aan bezoek tot zorglocaties, houden cliënten op grond van de Tijdelijke wet te allen tijde recht op bezoek van ten minste één familielid of naaste.⁸³ Dit bezoekrecht geldt ook indien er sprake is van besmettingen binnen een locatie en mag alleen onder uitzonderlijke omstandigheden worden beperkt.⁸⁴ Het bezoekrecht van mantelzorgers kan daarentegen in het geheel niet worden beperkt. Verder is in de Tijdelijke wet verankerd dat ook de (fysieke) toegang van rechters, advocaten en cliëntenvertrouwenspersonen als bedoeld in de Wzd tot woonlocaties van cliënten niet mag worden beperkt. Voor cliëntenvertrouwenspersonen is tijdens de parlementaire behandeling zelfs geëxpliciteerd dat het hierbij gaat om een in de Wzd vastgelegd cliëntenrecht dat zich uitstrekt over zowel de

76 *Kamerstukken* 2019/20, 35526, nr. 3, p. 91.

77 Art. 8 lid 1 sub a Wmcz 2018.

78 VGN, 'Handreiking bezoek gehandicaptenzorg', versie mei 2020 en geactualiseerde versie in juli 2020 en oktober 2020 en Verenso, 'Handreiking bezoekregeling verpleeghuizen en Handreiking bezoek en sociaal contact'.

79 Richtlijnen Verenso en NVAVG: <https://www.verenso.nl/themas-en-projecten/infectieziekten/covid-19-coronavirus> en https://nvavg.nl/wp-content/uploads/2020/04/NVAVG_Covid-19_leidraad.pdf.

80 *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 3, p. 91.

81 *Kamerstukken II* 2020/21, 35526, nr. 23, p. 95.

82 Denk bijvoorbeeld aan het rekening houden met de kwetsbaarheid van individuele cliënten, of ze wilsbekwaam zijn, wat het niveau van de cliënten is enz.

83 *Kamerstukken II*, 2020/21, 35526, nr. 29.

84 In de parlementaire geschiedenis wordt als uitzonderlijke omstandigheden benoemd de situatie van gecohorteerde verpleging afgezonderd van de overige ruimten in een locatie (*Kamerstukken II*, 2020/21, 35526, nr. 29).

toegang tot de locatie als toegang tot de cliënt.⁸⁵ Het toezicht op de naleving van artikel 58o van de Tijdelijke wet wordt uitgevoerd door de IGJ.

5 Stand van zaken en vooruitblik

5.1 *De Tijdelijke wet is een verbetering voor de rechtspositie van cliënten*

De Tijdelijke wet schept meer duidelijkheid over en waarborgen voor de rechten van cliënten tijdens de corona-epidemie in Nederland.⁸⁶ Eventuele bezoekbeperkende maatregelen door de zorgaanbieder of de minister hebben nu een wettelijke grondslag en voor iedere maatregel moeten de noodzakelijkheid, de proportionaliteit en de evenredigheid worden getoetst.⁸⁷ Daarnaast moeten cliënten en hun familie voorafgaand aan te nemen bezoekbeperkende maatregelen de gelegenheid worden geboden voor inspraak en medezeggenschap als bedoeld in de Wmcz 2018.⁸⁸ Verder is met de Tijdelijke wet verduidelijkt dat de maatregelen die op grond van de Wpg kunnen worden genomen zich alleen (kunnen) toespitsen op het beperken van bezoek tot zorglocaties. De maatregelen mogen niet tot gevolg hebben dat cliënten zelf niet meer de locatie mogen verlaten.⁸⁹ Indien een zorgaanbieder cliënten met een verstandelijke beperking of psychogeriatrische aandoening wil beperken in de bewegingsvrijheid, moet voor iedere cliënt de procedure voor isolatie of quarantaine op grond van de Wpg⁹⁰ of het stappenplan voor onvrijwillige zorg op grond van de Wzd worden gevolgd. In dat kader is in de memorie van toelichting van de Tijdelijke wet expliciet benoemd dat zorgaanbieders zich ook tijdens de coronacrisis aan de regels en procedures van de Wzd moeten houden wanneer zij onvrijwillige zorg bij deze cliënten willen toepassen.⁹¹

85 *Kamerstukken I* 2019/20, 35526 (Tijdelijke wet maatregelen COVID-19): https://www.eerstekamer.nl/handelingen/ek/20201026/tijdelijke_wet_maatregelen_covid.

86 Volgens art. 58b Tijdelijke wet is de wet van toepassing op de bestrijding van de epidemie of een directe dreiging daarvan. Art. 58a lid 1 Tijdelijke wet definieert een epidemie als: *'de epidemie van covid-19, veroorzaakt door het virus SARS-CoV-2'*.

87 Art. 58b Tijdelijke wet.

88 Mede naar aanleiding van diverse berichten over sluitingen van verpleeghuizen in januari 2021 publiceerde het LOC een nieuwsbericht over de positie van cliëntenraden bij besluiten in relatie tot het coronavirus, zie: <https://www.clientenraad.nl/nieuws/positie-van-clientenraden-bij-besluiten-in-relatie-tot-corona/>.

89 *Kamerstukken II*, 2019/20, 35526, nr. 3, p. 91.

90 Een besluit over isolatie of quarantaine op grond van de Wpg is voorbehouden aan de voorzitters van de veiligheidsregio's. Zorgaanbieders ontlenen daartoe aan de Wpg geen bevoegdheid.

91 *Kamerstukken II*, 2019/20, 35526, nr. 3, p. 92.

Daarmee geldt niet langer de ruimte die zorgaanbieders eerder met het door het ministerie gepubliceerde nieuwsbericht over het uitvoeren van de Wzd tijdens de coronacrisis kregen om zo nodig af te wijken van de Wzd of collectieve maatregelen te nemen. Opvallend is dat dit nieuwsbericht op het moment van schrijven van dit preadvies nog steeds op de website van het ministerie van VWS te raadplegen is. Hierdoor kan bij zorgaanbieders ten onrechte nog steeds de indruk bestaan dat het stappenplan van de Wzd onder omstandigheden kan worden gepasseerd en dat collectieve vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen op grond van de Wpg kunnen worden genomen. Het is belangrijk dat hierin de nodige verduidelijking wordt gegeven, zodat zorgaanbieders conform de geldende wetgeving in individuele gevallen zorgvuldige afwegingen kunnen maken en (meer) maatwerk kunnen leveren. Ook de IGJ signaleert in een rapport van december 2020 dat het voor zorgaanbieders belangrijk is om de verschillende wettelijke gronden te kennen, omdat alleen dan zorgvuldige afwegingen over de inzet van onvrijwillige zorg mogelijk zijn.^{92,93}

5.2 *Nog te weinig houvast voor zorgaanbieders*

Hoewel met de Tijdelijke wet en de parlementaire behandeling daarvan meer duidelijkheid over de verhouding tussen de Wpg en de Wzd en de (on)mogelijkheden voor het nemen van bezoekbeperkende maatregelen op grond van de Wpg is gecreëerd, lijkt dit zorgaanbieders in de praktijk nog onvoldoende duidelijkheid te bieden. In de loop van december 2020 en januari 2021 verschenen er in diverse media berichten over verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg die de deuren (opnieuw) sloten voor bezoek. De dreiging van een mogelijk meer besmettelijke variant van het coronavirus speelde daarbij een belangrijke rol.⁹⁴ Uit de berichtgeving bleek dat de zorgaanbieders niet in alle gevallen voorafgaand aan de sluiting met alle betrokken partijen – zoals cliënten en

92 IGJ, 'De zorgvuldige uitvoering van dwang in de zorg echt goed regelen, kan alleen regionaal. Wat ziet de inspectie na nog een half jaar Wvzgz en Wzd?', december 2020.

93 Daarnaast doet de IGJ in een sectierapport over de verstandelijk gehandicaptenzorg over de gehandicaptenzorg in 'de coronaperiode' de aanbeveling dat het stappenplan onvrijwillige zorg ook bij twijfel moet worden toegepast, ten einde onvrijwillige zorg zo veel als mogelijk te voorkomen (IGJ, 'De gehandicaptenzorg in de periode' (sectorrapportage), 1 september 2020).

94 Ook het LOC signaleerde in januari 2021 dat verpleeghuizen uit voorzorg tegen de Britse variant (weer) volledig sloten: <https://www.clientenraad.nl/nieuws/positie-van-clientenraden-bij-besluiten-in-relatie-tot-corona/>.

hun familie – de wettelijk vereiste afweging hadden gemaakt.⁹⁵ Ook werden in een aantal gevallen de deuren van een zorglocatie preventief gesloten. Met deze maatregelen werden de (grond)rechten van cliënten opnieuw beperkt. Het is de vraag is of deze beperkingen wel door de Tijdelijke wet kunnen worden gelegitimeerd. Zoals in het voorgaande aan de orde is gekomen, is het uitgangspunt van de Tijdelijke wet dat bezoekbeperkingen ook in geval van besmettingen niet zomaar ingesteld kunnen worden en dat een volledige sluiting alleen in uiterste gevallen aan de orde kan zijn. Dat betekent dat een preventieve volledige sluiting hoe dan ook lastig te rechtvaardigen is.⁹⁶

De diverse berichten over de sluitingen laten zien dat zorgaanbieders ook na invoering van de Tijdelijke wet worstelen met de balans tussen het terugdringen en voorkomen van besmettingen met het coronavirus en het borgen van de rechten van cliënten. Niet voor alle zorgaanbieders lijkt het wettelijk kader en de ruimte waarbinnen zij voorwaarden en beperkingen aan bezoek kunnen aanbrengen en hoe zij die moeten afwegen helder. Ook lijken de verplichtingen tot het bieden van inspraak en medezeggenschap nog onvoldoende op het netvlies van zorgaanbieders te staan, waardoor ook deze rechten van cliënten nog steeds worden beperkt.

Opvallend hierbij is dat de IGJ, die de onduidelijkheid over de wetgeving wel in verschillende rapporten signaleerde en daar verschillende aanbevelingen voor deed, zorgaanbieders hierop vooralsnog niet faciliteert. Het verdient aanbeveling dat de IGJ dit in de navolgende periode oppakt door bijvoorbeeld in de berichtgeving (al dan niet tezamen met het ministerie van VWS) duidelijkheid te geven

95 In sommige gevallen leek de GGD bij de door de zorgaanbieder genomen beslissing een rol te hebben gespeeld. Zo adviseerde de GGD in Friesland om de verpleeghuizen waar de mutatie van het coronavirus was aangetroffen om de deur dicht te houden, zie: <https://www.omropfryslan.nl/nieuws/1024716-ggd-fryslan-aantal-coronabesmettingen-daalt-maar-zorgen-over-britse-variant>.

96 Ten tijde van het afronden van deze bijdrage is ons slechts één rechterlijke uitspraak bekend waarin een bezoekerssluiting aan de voorzieningenrechter werd voorgelegd (Rechtbank Noord-Holland, 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:895). Eiseressen vorderden toegang tot hun in een verzorgingshuis verblijvende moeder. Het verzorgingshuis was in verband met een uitbraak van de Britse mutatie van het coronavirus gesloten voor al het bezoek, behalve voor bezoek aan cliënten in de laatste levensfase. De rechter overwoog dat het risico van nieuwe besmettingen bij het op ruimere schaal toelaten van bezoek en de onzekerheden rond de Britse variant van het coronavirus maakten dat van het verzorgingshuis niet kon worden gevergd om voor eiseressen een uitzondering te maken op het vigerende bezoekersbeleid. Opvallend is dat de Tijdelijke wet – met daarin de wettelijke grondslag voor een bezoekerssluiting als door de zorgaanbieder in casu ingesteld – niet in de uitspraak aan de orde komt.

en samen met zorgaanbieders te bekijken hoe de balans (terug) kan worden gevonden tussen het beschermen van cliënten en anderen⁹⁷ tegen het coronavirus en tegelijkertijd de rechten van cliënten te borgen en te optimaliseren.

In de dialoog tussen recht en praktijk van de zorg en ondersteuning naar aanleiding van de coronapandemie zullen wat ons betreft ook andere aspecten aan de orde kunnen komen, die wij nu slechts aanstippen maar vanuit gezondheidsrechtelijk en ethisch perspectief niet mogen ontbreken. Het accent dat zorgaanbieders hebben gelegd op bescherming en veiligheid en de nadruk op generieke maatregelen roepen vragen op naar de verhouding daarvan tot de individuele kwaliteit van leven van mensen die door die maatregelen worden getroffen. Dat generieke bescherming en veiligheid vooralsnog in veel gevallen hebben geprevalleerd, heeft er wellicht ook toe geleid dat meer op de leefwereld en behoeften van de individuele cliënt geënte maatregelen in eerste instantie niet vanzelfsprekend leken. Hierdoor is minder maatwerk geboden, terwijl er een grote diversiteit aan cliënten (en hun zorg- en ondersteuningsbehoeften) bestaat en op de cliënt afgestemde zorg – ook vanuit het wettelijk kader bezien – het uitgangspunt moet zijn. Vanuit het individuele cliëntperspectief hadden het eerder (kunnen) inzetten van persoonlijke beschermingsmiddelen en het gebruikmaken van testmogelijkheden mogelijk ook kunnen leiden tot de beoogde bescherming en veiligheid, zonder dat daardoor ingrijpende vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende maatregelen hoefden te worden opgelegd.

6 Conclusie

In deze bijdrage hebben wij inzichtelijk gemaakt wat (tot het moment van schrijven) de impact is geweest van de aanpak van het coronavirus op de rechten van cliënten in verpleeghuizen, kleinschalige woonvoorzieningen voor ouderen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Wij stellen vast dat diverse (grond)rechten en belangrijke wettelijke waarborgen voor de rechtspositie van deze cliënten voor langere tijd niet optimaal zijn geborgd. Tegelijkertijd realiseren wij ons de enorme gevolgen van het coronavirus voor de organisatie van de zorg en ondersteuning van cliënten, waardoor het voor zorgaanbieders – zeker in het begin van de uitbraak – niet altijd mogelijk was om aan alle wettelijke verplichtingen te voldoen, noch voor de IGJ om daarop toe te zien. Tijdens een pandemie gaat alles anders dan anders.

Dat laat onverlet dat de inbreuken op (grond)rechten van cliënten niet alleen lijken te zijn veroorzaakt door de acute verspreiding van het coronavirus, maar ook door onduidelijkheid over de geldende wetten en regels, in het bijzonder de af-

97 Zorgaanbieders moeten als werkgever ook rekening houden met bijvoorbeeld de bescherming van hun (zorg)personeel.

bakening tussen de Wzd en de Wpg. Vaak is voor beperkende maatregelen een beroep gedaan op de Wpg, terwijl de Wzd voor de betreffende maatregel het aangewezen wettelijke kader was en is. Ook zijn veel collectieve vrijheidsbeperkende en zelfs vrijheidsbenemende maatregelen genomen zonder de wettelijk vereiste individuele afweging en zonder de nodige inspraak en medezeggenschap. Mogelijk had meer duidelijkheid en informatie vanuit zowel het ministerie van VWS als de IGJ zorgaanbieders hierbij meer houvast kunnen geven. De communicatie vanuit zowel het ministerie van VWS als de IGJ is echter niet in alle opzichten eenduidig en richtinggevend geweest.

Hoewel de nieuwe Tijdelijke wet meer duidelijkheid heeft geschapen over de mogelijkheden voor zorgaanbieders om het bezoek aan zorglocaties te reguleren en de Wzd als het aangewezen kader voor alle overige onvrijwillige zorg, blijkt inmiddels dat de vertaling hiervan naar de praktijk nog te wensen overlaat. Dat is en blijft vanuit juridisch oogpunt zorgelijk, zeker gezien de vaak kwetsbare cliënten die het hier betreft. De rechtswaarborgen die in de Wzd zijn opgenomen, zijn bij uitstek bedoeld om de rechtspositie van deze cliënten te borgen, ook tijdens een pandemie. Daarbij komt dat ook in een tijd van crisis daadkracht een goed overleg met cliënten en hun vertegenwoordigers niet in de weg hoeft te staan. Het kan juist bijdragen aan het voor maatregelen zo noodzakelijke draagvlak. Zorgaanbieders doen er terecht alles aan om hun cliënten te beschermen tegen risico's die hun gezondheid en die van anderen bedreigen. Die bescherming lijkt in deze pandemische periode soms te prevaleren boven het waarborgen van toch essentiële cliëntenrechten. Overkoepelend kan de conclusie dan ook luiden dat daarbij slechts sprake is van een ogenschijnlijke tegenstelling. Het recht biedt wel degelijk mogelijkheden om beide kanten met elkaar in evenwicht te laten zijn.

Deel 7

Schuivende waarden en normen tijdens COVID-19-uitbraak; wat was de impact op het toezicht van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd?

prof. dr. I.P. Leistikow en mr. M.E. Oosting*

* Prof. dr. I.P. (Ian) Leistikow is bijzonder hoogleraar Overheidstoezicht op Kwaliteit en Veiligheid van de Gezondheidszorg aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en tevens werkzaam als coördinerend specialistisch inspecteur bij de IGJ. Mr. M.E. (Mirna) Oosting is werkzaam als advocaat/senior adviseur bij de IGJ.

1 Inleiding

De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (verder: de IGJ) diende zich tijdens de uitbraak van COVID-19 (verder: de COVID-19-uitbraak) net als heel Nederland, in korte tijd aan te passen aan de situatie die zich voordeed. Het bleek niet langer vanzelfsprekend dat zorgverleners de normen van de tot dat moment geldende professionele standaard konden en moesten naleven. Steeds opnieuw veranderde de situatie van het virus, trof de regering nieuwe maatregelen en veranderde daarmee de kwaliteit van zorg die in deze situatie van zorgverleners redelijkerwijs kon worden verlangd. De IGJ moest keuzes maken in het toezicht zonder dat de consequenties daarvan steeds te overzien waren.

Deze bijdrage beschrijft hoe de IGJ tijdens de COVID-19-uitbraak het toezicht op de zorg heeft vormgegeven. We beginnen met een korte beschrijving van de uitgangspunten van het reguliere toezicht door de IGJ. Paragraaf 3 beschrijft de strategie van de regering om de gevolgen van de COVID-19-uitbraak te beperken. Paragraaf 4 beschrijft de effecten van de uitbraak en de overheidsmaatregelen op het toezicht en tot slot kijken we terug naar wat we hiervan kunnen leren.

2 Uitgangspunten van het reguliere toezicht op kwaliteit van zorg

Deze paragraaf geeft eerst de juridische grondslag weer waarop het toezicht is gebaseerd (2.1). Vervolgens zetten wij uiteen wat de werkwijze van de IGJ is (2.2) om vervolgens nader in te gaan op het begrip kwaliteit van zorg dat in het toezicht centraal staat (2.3).

2.1 *Juridisch kader*

Gezondheidswet en Jeugdwet

De IGJ houdt toezicht op de gezondheidszorg en het jeugddomein. In de Gezondheidswet en de Jeugdwet zijn de positie en taken van de IGJ geregeld.

De algemene taak van het staatstoezicht bestaat volgens artikel 36 Gezondheidswet enerzijds uit het verrichten van onderzoek naar de staat van de volksgezondheid en de determinanten daarvan. Aan deze bevoegdheid is een taak verbonden, namelijk het aangeven en bevorderen van middelen tot verbetering daarvan.

Anderzijds houdt de IGJ toezicht op de naleving en de opsporing van overtredingen van het bepaalde bij of krachtens wettelijke voorschriften op het gebied van de volksgezondheid, voor zover de IGJ daarmee is belast bij of krachtens wettelijk

voorschrift. De wetten waarop de IGJ toezicht houdt, staan op de website van de IGJ vermeld.¹

De IGJ kan ook het 'oog en oor' van beleidsdirecties en bewindspersonen zijn (artikel 36 lid 2 Gezondheidswet).² De IGJ kan in dat kader gevraagd of uit eigen beweging adviezen uitbrengen en inlichten verstrekken aan de minister. Deze signalerende rol is de laatste jaren gegroeid en wil de IGJ de komende jaren nog verder vergroten.

Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en Wet publieke gezondheid (Wpg)

Bij het toezicht op de kwaliteit van zorg tijdens de COVID-19-uitbraak hebben de Wkkgz en de Wpg een centrale rol. De IGJ is in deze twee wetten als toezichthouder aangewezen. De Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) houdt ook toezicht op de Wpg.

2.2 Werkwijze IGJ

Missie en visie van de IGJ

De IGJ waakt over de (preventieve) gezondheidszorg en jeugdhulp in Nederland en de (inter)nationale markt voor geneesmiddelen en medische hulpmiddelen. Zij ziet toe op de naleving van wet- en regelgeving. De IGJ handelt vanuit het publieke belang en streeft naar toezicht met effect. Haar uitgangspunt is gezond vertrouwen in de zorg- en hulpverleners, maar waar nodig grijpt zij in.

Vier fases van toezicht

In grote lijnen bestaat het toezichthouden uit vier fases: het onderwerp van toezicht vaststellen, data vergaren, data interpreteren en zo nodig invloed uitoefenen op het onderwerp om de risico's te verminderen of de kwaliteit te verbeteren. De eerste fase is het vaststellen waar het toezicht zich op richt: een sector, een instelling, een zorgverlener of een specifiek thema of risico. De uiteindelijke vraag in deze fase is: waar wil de IGJ invloed op uitoefenen? De tweede fase bestaat uit het vergaren van data over datgene waar de IGJ invloed op wil uitoefenen. Data kunnen bijvoorbeeld bestaan uit indicatoren, financiële gegevens, social media berichten of bevindingen tijdens inspecties. Omdat de IGJ niet overal continu ter plaatse kan zijn, is zij afhankelijk van data om de kwaliteit van zorg te kunnen monitoren. Maar data op zichzelf zijn waardeloos. Data moeten geïnterpreteerd worden om inzicht te kunnen geven in wat het betekent. Neem bijvoorbeeld een

1 www.igj.nl.

2 *Kamerstukken II 1996/97, 25280, nr. 3, p. 140.*

verkeersbord in een vreemd land. Als je niet weet wat het bord betekent, dan is het data maar geen informatie. Daarom is de derde fase van toezicht het interpreteren van de data, het differentiëren tussen ruis en signaal, het betekenis geven aan wat de IGJ waarneemt. Daarna volgt de vierde fase, namelijk het ontwerpen en toepassen van acties om datgene wat in de eerste fase als onderwerp is gekozen positief te beïnvloeden. In het algemeen gaat dit om het verminderen van risico's en verhogen van de kwaliteit van zorg van een sector, aanbieder of zorgverlener. De IGJ heeft een breed repertoire aan mogelijkheden om invloed uit te oefenen, reikend van agenderen en stimuleren tot drang en dwang. Idealiter kan de IGJ vervolgens aan de hand van een verandering in de data zien welk effect zij heeft bewerkstelligd en haar strategie hier zo nodig op aanpassen.

Reactief en proactief toezicht

De IGJ heeft in beginsel de ruimte haar toezicht op wet- en regelgeving zelf vorm te geven. De IGJ houdt zowel reactief als proactief toezicht. Voorbeelden van reactief toezicht zijn het toezicht naar aanleiding van verplichte meldingen³, zoals calamiteiten, signalen van burgers of handhavingsverzoeken. Voorbeelden van proactief toezicht zijn dialogosessies om beter zicht te krijgen op relevante risico's of het gebruik van kwaliteitsindicatoren om specifieke risico's te helpen verminderen. De IGJ komt hierbij, net als alle toezichthouders, regelmatig het dilemma tegen of zij zich moet richten op situaties die niet mogen maar niet direct schadelijk zijn voor de zorg (zoals het vrijwillig maar te laat melden van een calamiteit), of op situaties waar geen norm voor geldt maar wel schadelijk zijn (zoals gebrekkige nazorg voor zorgverleners die betrokken zijn bij een calamiteit). Wanneer de toezichthouder in de eerste situatie optreedt, wordt zij soms van 'muggenziften' beticht. Wanneer zij in de tweede situatie optreedt, wordt haar mandaat ter discussie gesteld. Omdat de zorg zich continu ontwikkelt, en wetten, regels en normen hier altijd op achterlopen, wordt de IGJ voortdurend geconfronteerd met situaties waarvoor geen regels of normen gelden, maar die mogelijk wel schadelijk kunnen zijn voor patiënten, bewoners, jeugdigen of gebruikers van medische of farmaceutische producten. Een voorbeeld hiervan is de COVID-19-uitbraak. Daar waar acuut gevaar dreigt, treedt de IGJ op om dit gevaar af te wenden. Wanneer er geen acuut gevaar dreigt, zal de IGJ het veld aansporen tot normontwikkeling zodat de IGJ hierna kan toezien op het naleven van deze normen. Als het veld er niet uitkomt, kan de IGJ zelf een (tijdelijke) norm opleggen of kan een rechterlijke uitspraak leiden tot normontwikkeling.⁴

3 Artikel 11 lid 1 Wkkgz.

4 Prof. mr. J. Legemaate, 'Mag de Inspectie voor de Gezondheidszorg zo nodig zelf kwaliteitsnormen formuleren?', *TvGR* 2012 (2), p. 114-121.

Maatschappelijke meerwaarde

De IGJ streeft, in alles wat zij doet, naar maatschappelijke meerwaarde. De toegevoegde maatschappelijke waarde van overheidstoezicht op kwaliteit van zorg wordt bepaald vanuit vier perspectieven: die van de patiënt (de ontvanger van zorg of een zorggerelateerd product of dienst), de professional, de politiek en het publiek. Als al deze vier groepen menen dat de IGJ het goed doet, en het goede doet, voldoet de IGJ aan haar maatschappelijke rol. Dit is een complexe en dynamische balans, waarvoor de IGJ steeds sensitief moet blijven voor de belevingen en verwachtingen die in deze groepen leven.

Vertrouwen

De IGJ betreft bij haar toezicht en eventuele interventies altijd het vertrouwen dat zij heeft in een zorgaanbieder. Om dat vertrouwen te kunnen bepalen en expliciet te maken, heeft de IGJ een hulpmiddel ontwikkeld, het Afwegingskader vertrouwen.⁵ Naast het vertrouwen in de verbeterkracht van de zorgaanbieder is ook het (mogelijke) risico voor de veiligheid van de zorgverlening belangrijk bij het vormgeven van toezicht. Bij het vormgeven van toezicht wordt bekeken welk doel de IGJ wil bereiken (bijvoorbeeld: herstel naleving van normen, persoonsgerichte preventie, collectieve naleving, straffen).

2.3 Kwaliteit van zorg

2.3.1 Wkkgz

Goede zorg

De IGJ houdt toezicht op de kwaliteit van zorg, waaronder de verplichting van zorgaanbieders goede zorg aan te bieden (artikel 2 lid 1 Wkkgz).⁶ Dit is zorg van goede kwaliteit en van een goed niveau. Zorgaanbieders zijn verplicht de zorgverlening zodanig te organiseren dat dit redelijkerwijs leidt tot goede zorg. Daarvoor dient de zorgaanbieder zich onder meer zodanig, zowel kwalitatief als kwantitatief, te bedienen van personele en materiële middelen dat dit redelijkerwijs leidt tot goede zorg (artikel 3 Wkkgz).

In artikel 2 lid 2 Wkkgz wordt aangegeven dat goede zorg uit de volgende drie onderdelen bestaat: a. in acht nemen van de waarden van goede zorg, b. handelen in overeenstemming met de professionele verantwoordelijkheid en c. in acht ne-

⁵ Meerjarenbeleidsplan IGJ 2020-2023, p. 6.

⁶ In artikel 4.1.1 Jeugdwet wordt een definitie gegeven van verantwoorde hulp die grotendeels overlapt met de definitie 'goede zorg' uit de Wkkgz.

men van cliëntenrechten en respect voor de cliënt. Deze drie onderdelen worden hierna nader toegelicht.

a. Waarden van goede zorg

In artikel 2 lid 2 sub a Wkkgz wordt ‘goede zorg’ uiteengezet als zorg van goede kwaliteit en van goed niveau die voldoet aan de volgende waarden: veilig, doeltreffend, doelmatig, cliëntgericht, tijdig en afgestemd op de reële behoefte van de cliënt. Opvallend is dat deze toelichting tweemaal de waarde ‘cliëntgericht’ noemt (‘cliëntgericht’ en ‘afgestemd op reële behoefte van de cliënt’ lijken identiek).

Deze onderliggende waarden van ‘goede zorg’ hebben verschillende achtergronden. Er zijn waarden met betrekking tot het medisch handelen, economische aspecten, de individuele patiënt en er zijn waarden die als ‘maatschappelijk’ kunnen worden bestempeld. Er moet vaak een afweging gemaakt worden om het belang van de ene waarde af te wegen tegen het belang van de andere waarden. Het kan zelfs zo zijn dat de waarden conflicterend zijn en dat een verbetering van de ene waarde leidt tot een verslechtering van de andere waarde. Neem bijvoorbeeld de waarden doelmatig en tijdig. Het behouden van een wachtlijst voor heupoperaties is een doelmatige manier van bedrijfsvoering, omdat het personeel zo optimaal ingezet kan worden. Er wordt geen geld verspild door chirurgen en ok-personeel werkloos te houden in afwachting van het moment dat een patiënt zich aandient. Zo’n wachtlijst staat echter op gespannen voet met de waarden ‘tijdig’ en ‘cliëntgericht’, omdat de patiënten mogelijk niet zo snel geopereerd kunnen worden als zij zelf zouden willen. Ook kunnen waarden vanuit verschillende perspectieven verschillend beoordeeld worden. Zo kan een zorgverlener het vanuit medisch perspectief ‘tijdig’ vinden als een patiënt binnen enkele weken na de diagnose een oncologische ingreep ondergaat, maar vindt de patiënt die wachttijd ondraaglijk. Ten slotte verschuiven de onderliggende waarden door toegenomen kennis, maatschappelijke veranderingen of een andere verandering in de omstandigheden zoals de COVID-19-uitbraak. Wat we in 1990 ‘veilig’ achtten, kunnen we in 2021 onveilig vinden. Hieruit volgt dat ‘goede zorg’ een zogenaamd meervoudig begrip is. Er is geen eenduidige, objectieve invulling aan te geven. De invulling van de onderliggende waarden en de optimale verhouding tussen deze waarden kunnen per persoon en per context verschillen. Wat voor de één als ‘goede zorg’ geldt, hoeft dat voor een ander niet te zijn. De keuze en beoordeling worden ook beïnvloed door de dynamische omstandigheden van maatschappelijke en wetenschappelijke ontwikkelingen. Wat vandaag als goede zorg geldt, hoeft dat morgen niet te zijn.

b. Professionele verantwoordelijkheid

Bij het leveren van ‘goede zorg’, stelt de Wkkgz, dienen zorgverleners in overeenstemming te handelen met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloei-

ende uit de professionele standaard (artikel 2 lid 2 sub b Wkkgz). Het is dus de professionele verantwoordelijkheid van de zorgverlener die vooropstaat. Dit sluit aan bij het begrip ‘goed hulpverlenerschap’ uit de geneeskundige behandelings-overeenkomst en is opgenomen om te benadrukken dat de zorgaanbieder een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het bepalen wat ‘goede zorg’ is. Het is niet een kwestie van ‘u vraagt, wij draaien’.⁷

De ‘professionele standaard’ is ingebed in andere normen en wetgeving en is te onderscheiden in twee categorieën. Deze omvat enerzijds de medisch-wetenschappelijke inzichten en de ervaring die de beroepsgroep met medische handelingen heeft opgedaan (medisch-professionele standaard). Anderzijds omvat het de rechten van de patiënt en andere maatschappelijke regelingen die op de hulpverlening van toepassing zijn. Het gaat daarbij niet alleen om wettelijke en andere overheidsregelingen maar ook om algemene ethische en juridische normen en normen van zorgvuldigheid.⁸

Het belang van de individuele patiënt is soms anders dan het belang van de samenleving of de volksgezondheid. Dat de arts bij de beroepsuitoefening beide belangen moet wegen, blijkt uit de gedragsregels van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG). Daarin worden de volgende belangen genoemd:⁹

- de bevordering van de gezondheid en het welzijn van de mens;
- de kwaliteit van zorg;
- het respect voor zelfbeschikking van de patiënt;
- het doelmatige en rechtmatige gebruik van voor de zorg bestemde gelden en middelen;
- het belang van de volksgezondheid.

Kortom: een zorgverlener dient per situatie te bekijken wat in de gegeven omstandigheden goede zorg is en daarbij de verschillende (publieke en individuele) belangen te wegen.

c. Cliëntenrechten en respect voor cliënt

Tot slot vereist het aanbieden van goede zorg ook dat de rechten van de cliënt in acht worden genomen en de cliënt met respect wordt behandeld (artikel 2 lid 2 sub c Wkkgz).

7 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 103 en *Kamerstukken I*, 2013/14, 32402, nr. F, p. 23.

8 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 64-66.

9 KNMG, *Gedragsregels voor artsen*, 2013, artikel I.1.

2.3.2 *Wet BIG en goed hulpverlenerschap*

Een zorgverlener dient als goed hulpverlener te handelen en in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de geldende professionele standaard (artikel 7:453 BW). Dit is een open norm die onder meer met normen van de beroepsgroep wordt ingevuld. Het begrip ‘goede zorg’ uit de Wkkgz sluit aan bij het begrip ‘goed hulpverlener’ en is tegelijkertijd de norm waaraan een redelijk handelend en bekwaam beroepsbeoefenaar dient te voldoen.¹⁰ De omstandigheden waarin de zorgverlener moet handelen, worden daarbij betrokken. Alleen wanneer de zorgverlener een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, heeft deze onzorgvuldig – en daarmee in strijd met de tuchtnorm van artikel 47 lid 1 Wet BIG – gehandeld.

De Wet BIG beschermt patiënten tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen van zorgverleners. Een zorgverlener moet in het BIG-register zijn ingeschreven om voorbehouden geneeskundige handelingen te kunnen verrichten.¹¹ Het is verboden *buiten noodzaak* onbevoegd voorbehouden handelingen te verrichten (artikel 35 j° 96 Wet BIG). Beroepsbeoefenaren worden niet strafrechtelijk vervolgd als zij in acute situaties onbevoegd voorbehouden handelingen verrichten, wanneer plotseling geneeskundige hulp nodig is en geen bevoegde beschikbaar is.¹²

3 **Strategie regering bij bestrijding van de COVID-19-uitbraak**

De strategie van de regering bij de bestrijding van de uitbraak en de door de overheid getroffen COVID-19-maatregelen (verder: COVID-19-maatregelen) hebben vanzelfsprekend ook invloed gehad op het toezicht van de IGJ.

Vanaf het begin van de uitbraak is de strategie van de regering erop gericht geweest het virus zo maximaal mogelijk te controleren. Daarbij stonden twee doelen centraal: (1) het zo goed mogelijk beschermen van mensen met een kwetsbare gezondheid en (2) zorgen dat de zorg niet overbelast raakt.¹³ In de aanpak werd onderscheid gemaakt tussen verschillende fases van de uitbraak (uitbraakfase, overgangsfase, controlefase, vaccinatiefase).

10 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 111, 112; J. Legemaate, ‘De Wkkgz over kwaliteit van zorg’, *TvGR* 2016 (2), p. 53, 54.

11 Zie art. 35 en 38 Wet BIG.

12 Mr. dr. R.E. Van Hellemond, ‘T&C Gezondheidsrecht, artikel 35 Wet BIG, aant. 2’.

13 *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, 351, p. 2.

4 Consequenties van de pandemie, en de bestrijding daarvan, voor het toezicht door de IGJ

4.1 Aangepaste werkwijze IGJ

De IGJ heeft het toezicht tijdens de uitbraak van het coronavirus tijdelijk op andere wijze vormgegeven. De maatregelen waarmee de regering de uitbraak bestreed en de belangenafweging van de regering die daaraan ten grondslag lagen, zijn voor het toezicht van de IGJ steeds leidend geweest. De IGJ heeft bekeken op welke wijze het toezicht dit regeringsbeleid kon ondersteunen. De aanpassing in het toezicht had betrekking op de volgende aspecten van het toezicht.

Toezicht op afstand

Om zorgaanbieders zo min mogelijk te belasten, heeft de IGJ, anders dan voorheen, veel inspecties op afstand uitgevoerd. Denk hierbij aan online inzage van stukken of een videovergadering met zorgverleners of bestuur. Inspecteurs hadden dagelijks contact met zorgverleners, producenten, leveranciers, andere zorgorganisaties en landelijke en regionale patiëntvertegenwoordigers over de effecten van het coronavirus op de zorg. Door dit contact behield de inspectie een zo actueel mogelijk beeld van de kwaliteit van zorg binnen de verschillende sectoren en van mogelijke problemen die deze zorg in de weg stonden.

Signalerende rol

De IGJ heeft de signalerende rol ('oog en oor' van de beleidsdirecties en bewindspersonen) extra aandacht gegeven zodat de regering de beelden die de IGJ ophaalde in het veld, en de duiding hiervan, kon betrekken bij het bestrijden van de uitbraak.¹⁴ Zo heeft de IGJ meermalen aandacht gevraagd voor de risico's die het uitstellen van de reguliere zorg tot gevolg had.

Ruimere termijnen

Daarnaast heeft de IGJ zorgaanbieders ruimere termijnen gegeven om tekortkomingen in de zorgverlening weg te nemen als het door de COVID-19-uitbraak niet mogelijk was binnen de eerder gestelde termijnen te voldoen. Ook zijn er tijdelijk ruimere termijnen gegeven voor de nakoming van een aantal wettelijke meldplichten zoals de melding van calamiteiten en is de inspectie terughoudend geweest in het opleggen van boetes.¹⁵

14 Meerjarenbeleidsplan 2020-2023, IGJ, p. 6.

15 www.igj.nl/onderwerpen/coronavirus/nieuws/2020/03/18/inspectie-laatt-termijnen-voor-zorgaanbieders-los-bij-verplichtingen-en-verzoeken.

Communicatie

De IGJ heeft op de website berichten geplaatst over de wijze waarop het toezicht werd vormgegeven om daarmee zo veel mogelijk duidelijkheid te geven aan het veld en de maatschappij wat op dat moment verwacht kon worden van het toezicht.¹⁶ Daarbij heeft de IGJ – ondanks alle onduidelijkheid die de COVID-19-uitbraak teweegbracht – getracht aan te geven aan welke kaders de IGJ de zorgverlening zou toetsen als normen tijdelijk niet konden worden nageleefd. Daarbij bleef vooropstaan dat zorgaanbieders – net als altijd – eindverantwoordelijk waren voor de kwaliteit van de zorgverlening.

4.2 Kwaliteit van zorg – Wkkgz

Goede zorg

a. Verschuivende waarden van goede zorg

Door de uitbraak veranderde de invulling van, en onderlinge verhouding tussen, de zes onderliggende waarden van ‘goede zorg’.¹⁷ Voor meerdere zorgprocessen was ‘veiligheid’ niet meer de zwakste schakel, maar ‘tijdigheid’. Door schaarste aan onder meer beademingsapparatuur, zorgverleners en IC-bedden werd ‘kwaliteit van zorg’ in die situaties primair ingevuld als het tijdig kunnen leveren van zorg aan beademingsbehoefte coronapatiënten. Tegelijkertijd werd ‘tijdigheid’ voor de niet-coronagerelateerde zorg ondergeschikt gemaakt aan ‘veiligheid’ voor coronazorg, onder het adagium ‘*treat first what kills first*’. In de hectiek van het moeten reorganiseren van zorgprocessen werd de waarde ‘cliëntgerichtheid’ vaak ondergeschikt gemaakt aan ‘doelmatigheid’, bijvoorbeeld door het opzetten van cohortverpleging voor patiënten met COVID-19. De COVID-19-maatregelen die als doel hadden de bevolking te beschermen, leidden in de praktijk tot een invulling van de waarde ‘afgestemd op reële behoefte van de cliënt’ die pre-corona niet als acceptabel zou zijn beschouwd. In deze situaties stond dan ook de naleving van artikel 3 Wkkgz onder druk. Wat kan redelijkerwijs van een zorgaanbieder worden verlangd als er onvoldoende toegerust personeel (opgeleid IC-personeel) en benodigd materieel (beademingsapparatuur, persoonlijke beschermingsmiddelen) is?

De focus van de zorg – en het toezicht daarop – verschoof door de algehele schaarste aan personele en materiële middelen. De Wkkgz geeft niet aan of zorgaanbieders in deze situatie andere (publieke) belangen dienen te betrekken bij de afweging welke zorg zij aan hun eigen patiënten zullen leveren. De toelichting

16 www.igj.nl/onderwerpen/coronavirus.

17 Art. 2 lid 2 sub a Wkkgz.

bij artikel 3 Wkkgz verwijst enkel naar de verplichting van de instelling tot het organiseren van goede zorg binnen instellingsverband (bijvoorbeeld ziekenhuis of verpleeghuis). Het is echter logisch dat zorgaanbieders via de invulling van het begrip ‘goede zorg’ gehouden zijn ook publieke gezondheidsbelangen te betrekken bij de zorg die zij in de veranderende omstandigheden, veroorzaakt door de COVID-19-uitbraak, in het eigen huis redelijkerwijs kunnen en dienen te leveren. Het is overigens niet nieuw dat zorgverleners ook belangen van andere patiënten meewegen bij de zorg die zij aan een patiënt verlenen. Zo moet bijvoorbeeld altijd al besloten worden welke patiënt op de spoedeisende hulp het eerst aan de beurt is of wie het eerst in aanmerking komt voor een operatie.

b. Professionele verantwoordelijkheid

Zorgverleners waren tijdens de COVID-19-uitbraak – zoals altijd – verplicht te handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard.¹⁸ De IGJ heeft op de naleving van deze verplichting ook tijdens de COVID-19-uitbraak toezicht gehouden. Zoals eerder gezegd, bestaat de professionele standaard uit twee delen. De medisch-professionele standaard was door de COVID-19-uitbraak niet gewijzigd. Behalve dan dat de richtlijnen voor de behandeling van COVID-patiënten regelmatig werden aangepast aan de nieuwe inzichten. De maatschappelijke regelingen, de tweede categorie van de professionele standaard, waren door de COVID-19-uitbraak daarentegen wel gewijzigd. De overheidsmaatregelen die zijn getroffen om de COVID-19-uitbraak te bestrijden, zijn immers te zien als regelingen die deel uitmaken van deze tweede categorie. Deze hadden grote gevolgen voor de zorgverlening. Zorgverleners zagen zich soms voor een dilemma staan of zij de COVID-19-maatregelen dienden na te leven (publieke belang) ofwel moesten kiezen voor het belang van de individuele patiënt wiens gezondheid niet gebaat was bij (volledige) naleving van de COVID-19-maatregelen. Een conflict tussen de twee categorieën van de professionele standaard komt overigens vaker voor, echter is veelal niet zo pregnant aanwezig en leidt dan minder snel tot een dilemma. Je kunt denken aan de situatie waarin het publieke belang gebaat is bij voldoende opgeleide artsen en verlangt dat een arts in opleiding een handeling voor het eerst moet kunnen toepassen op een patiënt. Terwijl dit ten koste kan gaan van het individuele belang van de patiënt, omdat deze daarmee mogelijk zorg van mindere kwaliteit ontvangt (bijvoorbeeld meer pijn bij een injectie of tweemaal moeten prikken).

Daarnaast ging de noodzakelijke verdeling van schaarse personele en materiële middelen soms ten koste van de naleving van de medisch-professionele standaard door zorgverleners en leverde daarmee een risico op voor de veiligheid

18 Art. 2 lid 2 sub b Wkkgz.

van de zorgverlening. De veiligheid van zorgverleners was daarbij onlosmakelijk verbonden met de veiligheid van patiënten.¹⁹ Het in acht nemen van maatregelen (hygiënemaatregelen, persoonlijke beschermingsmiddelen) was immers niet alleen van belang om te voorkomen dat zorgverleners zelf ziek werden (waardoor de zorgcapaciteit zou worden verminderd), maar ook dat zij als ‘een bijtje’ het virus van de ene patiënt naar de andere zouden overbrengen. Dit is niets nieuws, altijd al is het belangrijk dat zorgverleners bijvoorbeeld hygiënemaatregelen in acht nemen om te voorkomen dat ziektes worden verspreid tussen zorgverlener en patiënt (zie bijvoorbeeld de verplichte vaccinatie tegen hepatitis B voor alle zorgverleners die risicohandelingen uitvoeren). De snelle verspreiding van het coronavirus, het mogelijk ernstige effect ervan en de druk op de zorg maakten dat dit extra aandacht nodig had. De IGJ heeft bij haar toezicht bekeken op welke wijze de risico’s voor beide groepen konden worden beperkt en daarin een adviserende en stimulerende rol ingenomen.

c. Cliëntenrechten en respect voor cliënt²⁰

De regering heeft met de collectieve aanpak van het virus, gebaseerd op de Wpg, de individuele rechten en belangen ondergeschikt gemaakt aan de bevordering van de publieke gezondheid als groepsbelang.²¹ Enerzijds strekt de Wpg tot waarborging van de gezondheidszorg van de individu en samenleving, anderzijds beperkt zij onvermijdelijk andere grondrechten.²² Tijdens de COVID-19-uitbraak was de collectieve aanpak van de regering voor de IGJ leidend voor de uitoefening van haar toezichthoudende taak. Zo plaatste de IGJ op 26 maart 2020 een nieuwsbericht waarin stond dat zorgaanbieders tijdelijk de ruimte hadden de zorg in afwijking van de Wvvgz en Wzd te organiseren.²³ Nadien heeft dit geleid tot kritiek, namelijk dat de IGJ kritisch had moeten toetsen of de maatregelen bij verpleeghuizen wel proportioneel en doelmatig waren.²⁴ En de IGJ had moeten aangeven hoe op instellingsniveau gehandeld had moeten worden, hoe besmettingsgevaar binnen de kliniek op proportionele en rechtmatige wijze in redelijke

19 Daar waar patiënt(en) staat moet ook gelezen worden cliënt(en), bewoners.

20 De Wvkgz verstaat onder het begrip ‘cliënt’: een natuurlijke persoon die zorg vraagt of aan wie zorg wordt verleend.

21 Zie bijvoorbeeld de preventieve sluiting van alle verpleeghuizen en kleinschalige woonvormen in de ouderenzorg voor bezoek en anderen die niet noodzakelijk waren voor de basiszorg. Dit besluit is beschreven in de Kamerbrief van 19 maart 2020, kenmerk 1664802-203409-LZ, p.1 en 2.

22 *Kamerstukken I*, 2020/21, 35526, B, p. 29.

23 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/26/coronavirus-toezicht-op-wvvgz-en-wzd.

24 Mr. B.J.M. Frederiks, ‘Zorgvisie’, 29 juni 2020.

mate te beteugelen was, wat de rechtspositionele consequenties van een en ander waren en hoe de noodzakelijke rechtsbescherming vorm diende te krijgen.²⁵

Daarbij lijkt te worden vergeten dat ons land op dat moment in crisis was en daardoor verrast werd. Niemand wist, helaas ook de IGJ niet, welke maatregelen op dat moment genoeg waren (proportioneel en doelmatig) om het virus in te dammen. Inmiddels is er gelukkig meer kennis over het virus, de verspreiding en bestrijding ervan en is het beter mogelijk doelgerichte (regionale) maatregelen te nemen. Het zorgveld verwacht met de ‘Handreiking bezoek en sociaal contact, corona in verpleeghuizen’ beter in staat te zijn om lokaal – op maat – goede afwegingen te maken waarbij een balans wordt gezocht tussen kwaliteit van leven en veiligheid.²⁶

Daarnaast wreekt zich hier dat de verhouding tussen de Wpg en andere wetten niet duidelijk is. Zorgverleners zouden hierdoor onvoldoende zicht kunnen hebben of zij in het belang van een individuele patiënt af kunnen wijken van de overheidsmaatregelen. Voor de IGJ was het regeringsbeleid en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging (publiek versus individueel belang) uitgangspunt voor het toezicht.

Op 22 oktober 2020 heeft de IGJ een rapportage uitgebracht over de wijze waarop de IGJ toezicht heeft gehouden op het bezoekverbod en het openstellen van verpleeghuizen.²⁷ Daarin wordt aandacht besteed aan zowel de worsteling die de verpleeghuiszorg heeft doorgemaakt ten aanzien van de constante afweging tussen de vrijheid van het individu en de veiligheid van de groep alsook de worsteling die de IGJ doormaakte hoe toezicht te houden.

4.3 Toezicht in tijden van corona

De IGJ heeft haar toezicht aangepast aan de pandemie, de maatregelen van de regering op de pandemie en de verandering die beide teweegbrachten in de wijze waarop zorg werd, of kon worden, geleverd. Dit leidde ertoe dat de IGJ zich op andere risico’s richtte, andere vormen van data uit het veld onttrok, op een andere manier betekenis gaf aan bevindingen en sommige toezicht strategieën aanpaste. Hierna is een aantal voorbeelden opgenomen om dit te illustreren.

25 Mr. Drs. T.P. Widdershoven, ‘Coronamaatregelen in de ggz: zorgen over rechtmatigheid en rechtsbescherming’, *TvGR* 2020 (3), p. 255 en 256.

26 ‘Handreiking bezoek en sociaal contact, corona in verpleeghuizen’, 17 september 2020, ActiZ, Alzheimer Nederland, LOC, NIP, V&VN, Verenso en Zorgthuis.nl.

27 ‘Rapportage openstellen verpleeghuizen voor bezoek’, IGJ oktober 2020.

a. Inzet voormalig BIG-geregistreerden en uitstel herregistratieplicht

Door de uitbraak dreigde een tekort aan personeel te ontstaan, terwijl meer handen aan het bed dringend nodig zouden zijn. De ruimte van de huidige wetgeving zou in dat geval niet meer voldoende zijn (nood breekt wet). Voorkomen moest worden dat de zorg volledig overbelast zou raken (één van de doelen van de regering bij de bestrijding van het coronavirus). De minister heeft daarom besloten dat – met ingang van 18 maart 2020 en tot nader order – voormalig artsen en verpleegkundigen, van wie de BIG-registratie was verlopen na 1 januari 2018, bij uitzondering weer aan de slag konden in de zorg zonder dat daarvoor herregistratie noodzakelijk was,²⁸ terwijl het normaliter voor eenieder verboden is onbevoegd voorbehouden handelingen te verrichten. Deze maatregel kan worden gezien als een uitzonderingssituatie als genoemd in artikel 35 en 96 Wet BIG. Daarnaast was vanaf 18 maart 2020 tijdelijk een uitstel van kracht van de herregistratieplicht voor artikel 3-beroepen waarmee het niet nodig was een aanvraag tot herregistratie in te dienen om zorg te kunnen blijven verlenen. Doel hiervan was te voorkomen dat registraties zouden worden doorgehaald en zorgverleners daardoor de bevoegdheid zouden verliezen hun beroep uit te oefenen.²⁹

Het kabinet heeft, in afstemming met de beroepsverenigingen en de IGJ, voorwaarden geformuleerd waaronder voormalig BIG-geregistreerden weer tijdelijk zelfstandig kunnen worden ingezet in de zorg.³⁰ Daarbij is aangegeven dat de IGJ ruimte zou bieden dat – met inachtneming van deze voorwaarden – voormalig zorgpersoneel weer zou worden ingezet.³¹

b. Loslaten wettelijk vereiste van CE-markering³²

De IGJ heeft op 11 maart 2020 laten weten dat door de uitbraak van het coronavirus de mogelijkheid bestaat dat de reguliere medische hulpmiddelen niet meer voorhanden zijn door tekorten, waardoor het voor een zorgaanbieder noodzakelijk kan zijn af te wijken van de Wet op de medische hulpmiddelen (Wmh) om

28 *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 176, p. 5-6.

29 www.bigregister.nl/actueel/nieuws/2020/03/18/uitstel-herregistratie.

30 Deze voorwaarden zijn vastgelegd in het document ‘Aanvullende maatregelen inzet voormalig-zorgpersoneel’, gevoegd als bijlage 927356 bij *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 176 en zijn ook te vinden op de website van het BIG-register.

31 *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 176, bijlage 927356 ‘Aanvullende maatregelen inzet voormalig-zorgpersoneel’, p. 1.

32 Op basis van artikel 3 Wmh en artikel 4 j° 7 Besluit medische hulpmiddelen is het verboden een medisch hulpmiddel zonder een CE-markering voorhanden te hebben, af te leveren of toe te passen.

toch te voldoen aan de verplichting om zorg te verlenen.³³ In aanvulling hierop heeft de IGJ op 23 maart 2020 aangegeven dat fabrikanten en leveranciers in geval van nood de mogelijkheid hebben tijdelijk medische hulpmiddelen te leveren die geen CE-markering hebben of niet de normale beoordelingsprocedure hebben doorlopen.³⁴ Dit betekende dat de IGJ niet handhavend zou optreden, mits een aantal voorwaarden daarbij werd nageleefd.³⁵

Per 1 september 2020 is het zorgaanbieders niet meer toegestaan medische hulpmiddelen zonder de wettelijk vereiste CE-markering te gebruiken. Wel mogen voorraden worden bewaard voor het geval er onverhoopt toch weer tekorten zouden ontstaan bij een volgende golf van het coronavirus. Tijdelijk is het alleen nog toegestaan mondkapjes, handschoenen en testmateriaal zonder CE-markering te leveren.³⁶

De IGJ heeft benadrukt dat het de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder is om in geval van nood zelf of binnen de beroepsgroep een zorgvuldige en verantwoorde afweging te maken tussen de verschillende risico's die het gebruik van een alternatief hulpmiddel met zich meebrengt.

c. Noodverordening exportverbod persoonlijke beschermingsmiddelen

Vanwege het tekort aan persoonlijke beschermingsmiddelen in de Europese Unie, is van 14 maart 2020 tot 26 mei 2020 een vergunningplicht ingesteld voor de export hiervan naar buiten de EU.³⁷ Het ging onder meer om mondkapjes, spatbrillen, handschoenen en beschermende kleding. De IGJ was aangewezen als bevoegde

33 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/11/coronavirus-wat-bij-een-tekort-aan-medische-hulpmiddelen.

34 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/23/coronavirus-meer-ruimte-voor-fabrikanten-en-leveranciers-bij-tekort-aan-medische-hulpmiddelen.

35 Deze voorwaarden zijn opgenomen in de 'Instructie aanmelding alternatief medisch hulpmiddel' en te vinden bij het nieuwsbericht 'Coronavirus: meer ruimte voor fabrikanten en leveranciers bij tekort aan medische hulpmiddelen' van 23 maart 2020 op de website van de IGJ.

36 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/08/11/medische-hulpmiddelen-vanaf-1-september-weer-alleen-met-ce-markering-toegestaan.

37 Uitvoeringsverordening (EU) 2020/402 van de Commissie van 14 maart 2020 tot onderwerping van de uitvoer van bepaalde producten aan de overlegging van een uitvoervergunning (*PbEU* 2020, LI 77) en Uitvoeringsverordening (EU) van de Commissie van 23 april 2020 tot onderwerping van de uitvoer van bepaalde producten aan de overlegging van een uitvoervergunning (*PbEU* L129/7).

autoriteit om op de vergunningaanvragen te beslissen.³⁸ Op 23 maart 2020 heeft de IGJ vanwege het tekort aan persoonlijke beschermingsmiddelen laten weten in beginsel geen exportvergunning af te zullen geven.³⁹

d. Draaiboek code zwart⁴⁰

De IGJ heeft de beroepsgroep aangespoord een draaiboek te maken hoe te handelen mochten er in de toekomst door het groeiend aantal corona patiënten onvoldoende IC-bedden zijn. Dit draaiboek 'Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten tijde van Fase 3 in de COVID-19 pandemie' is door de Federatie Medisch Specialisten en de KNMG aan de IGJ voorgelegd. Op verzoek van de IGJ is het draaiboek uitvoerig besproken met verschillende maatschappelijke en zorgorganisaties.⁴¹ Artsen, verpleegkundigen en andere zorgaanbieders hebben bevestigd dat er draagvlak is voor het draaiboek. Daarmee is het draaiboek een veldnorm geworden die deel uitmaakt van de professionele standaard. De IGJ heeft desgevraagd op voorhand aangegeven bij het toezicht op de kwaliteit van zorg deze veldnorm als onderdeel van de professionele standaard te zullen betrekken.⁴²

Dat de IGJ bij haar toezicht rekening houdt met de omstandigheden waarin een zorgverlener zorg moet verlenen, is niets nieuws. De minister heeft met de Kamerbrief van 7 april 2020 aangegeven dat dit ook het geval is wanneer code zwart van toepassing mocht zijn:

38 Besluit aanwijzing bevoegde autoriteit in het kader van Uitvoeringsverordening 2020/402 in verband met de uitvoer van persoonlijke beschermingsmiddelen.

39 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/23/persoonlijke-beschermingsmiddelen-gezondheidszorg-gebonden-aan-uitvoervergunning. www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/05/26/exportvergunning-persoonlijke-beschermingsmiddelen-gezondheidszorg-niet-meer-nodig.

40 Het draaiboek 'Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten tijde van Fase 3 in de COVID-19 pandemie', Federatie Medisch Specialisten en de Artsenfederatie KNMG, 16 juni 2020 en versie 2.0 van november 2020.

41 Dit heeft geresulteerd in een 'Eindverslag voor IGJ ten aanzien van draaiboek code zwart' van de KNMG, gedateerd 17 april 2020, te vinden op de website van de KNMG. Zie ook de uitleg die de KNMG geeft aan het begrip professionele standaard op de website www.knmg.nl.

42 Brief IGJ aan FMS en KNMG 19 november 2020, kenmerk 2020-2552572/V2020520/ME/hrs. Veldnormen worden door de beroepsgroep zelf opgesteld en maken daarmee deel uit van de professionele standaard.

*'In [een situatie van code zwart] is het feitelijk niet meer mogelijk dat een ieder de gebruikelijke zorg krijgt die de zorgaanbieder op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) is gehouden te leveren. Het gaat dan om patiënten die, hoewel dat anders wel het geval zou zijn, gezien de overmachtsituatie niet meer een gebruikelijke behandeling krijgen op een IC (...). Dat zorgaanbieders onder die omstandigheden niet de anders gebruikelijke zorg, maar wel zo goed mogelijke zorg kunnen verlenen, is hun als medische professionals niet toe te rekenen. Daar zal (...) de IGJ in de handhaving rekening mee houden en is ook relevant in tuchtrechtelijke zin.'*⁴³

e. Landelijke Coördinatiecentrum Spreiding Patiënten (LCSP)

Tijdens de COVID-19-uitbraak stroomden sommige ziekenhuizen vol met coronapatiënten, terwijl bij ziekenhuizen elders in het land nog voldoende opnamecapaciteit was. Dit leverde een onnodig risico op voor de kwaliteit van zorg. Om dit risico te beperken, heeft IGJ in overleg met het ministerie van VWS uitgangspunten vastgesteld voor de coördinatie van de landelijke spreiding van patiënten. Het Landelijk Netwerk Acute Zorg heeft op dat moment op initiatief van de IGJ het Landelijke Coördinatiecentrum Spreiding Patiënten (LCPS) opgezet. Vooruitlopend op de inrichting van het LCPS heeft de IGJ de uitgangspunten voor de landelijke spreiding van patiënten toegelicht tijdens verschillende bijeenkomsten met zorgaanbieders.

f. Geneesmiddelen online voorschrijven onder naleving voorwaarden

De IGJ heeft met ingang van 26 maart 2020 tijdelijk de mogelijkheid geboden patiënten na een online videoconsult via internet geneesmiddelen voor te schrijven in afwijking van artikel 67 Geneesmiddelenwet (Gw). Als daarbij een aantal voorwaarden in acht werd genomen, zou de IGJ de wetgeving op dit vlak tijdelijk niet handhaven.⁴⁴ Met ingang van 11 september 2020 werden alle zorgverleners weer geacht artikel 67 Gw in volle omvang na te leven. Na toename van het aantal coronabesmettingen gaf de IGJ per 10 december 2020 opnieuw ruimte onder voorwaarden van artikel 67 Gw af te wijken.⁴⁵

4.4 Beleidsruimte toezicht tijdens corona

De IGJ heeft in beginsel ruimte haar toezicht op de naleving van wet- en regelgeving zelf in te vullen en neemt daarbij de algemene beginselen van behoorlijk

43 *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 219, p. 12.

44 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/03/26/coronavirus-recepten-mogelijk-na-online-video-contact-tussen-arts-en-patient.

45 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/12/10/online-medicijnen-voorschrijven-weer-tijdelijk-toegestaan.

bestuur in acht. Allereerst weegt de IGJ af op welke wijze het toezicht bij kan dragen aan het door de regering gehanteerde beleid waarmee de COVID-19-uitbraak wordt bestreden. Het toezicht dient immers in redelijke verhouding staan tot het bereiken doel (evenredigheidsbeginsel). Verder weegt de IGJ de omstandigheden, of 'context', mee waarin zorg moet worden verleend en weegt daarbij de betrokken belangen af (zorgvuldigheidsbeginsel).⁴⁶ De belangenafweging die de regering heeft gemaakt bij het bepalen van het regeringsbeleid doet de IGJ echter niet opnieuw maar is voor de IGJ een gegeven. Tot slot communiceert de IGJ zo veel mogelijk hoe zij tijdens de COVID-19-uitbraak toezicht houdt en is daarmee een voorspelbare toezichthouder (rechtszekerheidsbeginsel).

De verschuiving in de waarden van het begrip 'goede zorg' leidde tot een vergelijkbare verschuiving in het toezicht van de IGJ waardoor de IGJ de naleving van wetgeving vanuit een andere context beoordeelde. Steeds opnieuw bekeek de IGJ wat het verlenen van goede zorg in de veranderde situatie inhield en wat daarvoor nodig was.

Dit heeft ertoe geleid dat de IGJ tijdens de COVID-19-uitbraak ervoor heeft gekozen onder specifieke omstandigheden afwijking van wetgeving 'toe te staan' om daarmee te bereiken dat de zorg die nodig was, kon worden verleend. Dit betekende dat de IGJ in die omstandigheden niet handhavend zou optreden bij afwijking van die wetgeving.

4.5 *Handhaving tijdens corona*

Daar waar de kwaliteit van zorg door het ijs zakt, treedt de IGJ altijd handhavend op, ook tijdens de COVID-19-uitbraak. Zo heeft de IGJ een bevel (en daaropvolgend een aanwijzing en last onder dwangsom) gegeven aan een zorgaanbieder in de ouderenzorg waar sprake was van een plotselinge uitbraak van het coronavirus bij zorgmedewerkers en bewoners. Infectiepreventie- en hygiënerichtlijnen werden onder meer onvoldoende nageleefd waardoor geen sprake was van goede zorg in de zin van de Wkkgz.⁴⁷

Een tweede voorbeeld is de aanwijzing die de IGJ heeft gegeven aan een aanbieder van coronateststraten, omdat niet werd gewerkt volgens de hygiënerichtlijnen die de IGJ van belang achtte voor zowel de veiligheid van de medewerkers van

46 C. Ketelaars, S. Spronk & I. Leistikow, 'Hoe het toezicht rekening kan houden met de context van een zorgaanbieder', *Tijdschrift voor Toezicht* 2020, 2-3.

47 www.igj.nl/onderwerpen/coronavirus/nieuws/2020/10/20/aanwijzing-voor-stichting-present-in-leerdam.

de teststraat als van degene bij wie de test wordt afgenomen.⁴⁸ Hierdoor bestond een risico op kruisbesmetting. Ook werden de antistoftesten niet volgens de handleiding gebruikt en was er geen arts inhoudelijk betrokken bij het afnemen van de testen en het duiden van de testuitslag. Positief geteste personen werden laat, onjuist of in het geheel niet doorgegeven aan de GGD. Beide zorgaanbieders werd met de handhavingsmaatregelen opgedragen de tekortkomingen in de organisatie van de zorg weg te nemen. De (volledige) naleving van normen heeft de IGJ uiteindelijk in beide situaties afgedwongen met een last onder dwangsom.⁴⁹

4.6 'Nieuwe' thema's voor toezicht: Wet publieke gezondheid (Wpg)

4.6.1 Onduidelijkheden Wpg

'Goede zorg' Wkkgz en Wpg

De verhouding tussen de Wpg en de Wkkgz is onduidelijk waardoor zorgverleners niet weten of zij de ruimte hebben om in het belang van de goede zorg (Wkkgz) voor een patiënt af te wijken van de overheidsmaatregelen die gebaseerd zijn op de Wpg. Anders gesteld: beide wetten kunnen in de praktijk tot een conflicterende situatie leiden en het is dan onduidelijk welke wet prevaleert. Een voorbeeld hiervan deed zich tijdens de eerste golf voor in een verpleeghuis, waar een dementerende bewoner stopte met eten toen zijn familie hem niet meer mocht bezoeken vanwege het bezoekverbod dat de regering had afgekondigd. De zorgverleners hebben tevergeefs van alles geprobeerd om de bewoner weer te laten eten. Uiteindelijk hebben zij besloten om de bezoekbeperking voor deze bewoner op te heffen. De zorgaanbieder heeft dus het belang van de individuele patiënt bij goede zorg (Wkkgz) laten prevaleren boven het publieke belang bij de bezoekbeperking (Wpg). De onduidelijke hiërarchie tussen de twee wetten maakt dat het voor de zorgaanbieder niet duidelijk is of deze beslissingsruimte er wel is. De IGJ heeft in deze situatie de belangenafweging van de zorgaanbieder als zorgvuldig beoordeeld.

48 www.igj.nl/onderwerpen/coronavirus/nieuws/2020/11/18/aanwijzing-voor-coronatestservice.

49 www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/10/14/bevel-en-last-onder-dwangsom-voor-stichting-present-in-leerdam-inmiddels-beeindigd www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/12/03/last-onder-dwangsom-voor-stichting-present-locatie-meepslein-in-leerdam; www.igj.nl/actueel/nieuws/2020/12/29/last-onder-dwangsom-voor-coronatestservice.

Toezicht op de Wpg

De IGJ is in de Wpg samen met de NVWA aangewezen als toezichthouder op 'de naleving van het bij of krachtens deze wet bepaalde'. Deze toezichthoudende taak van de IGJ is door de wetgever echter niet verder uitgewerkt. Daarmee is niet alleen onduidelijk hoe de taakverdeling is tussen NVWA en IGJ als toezichthouders. Belangrijker nog is dat niet duidelijk is waar het toezicht van de twee toezichthouders begint en eindigt. Toezicht van de IGJ op bijvoorbeeld het handelen van de burgemeester of de voorzitter van de veiligheidsregio ligt niet voor de hand. Het toezicht van de IGJ richt zich immers normaliter op de kwaliteit van zorg en daarmee tot degenen die hiervoor (mede)verantwoordelijk zijn, zoals zorgverleners, zorgaanbieders en fabrikanten van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen. Het toezicht van de IGJ heeft tot doel naleving van wet- en regelgeving door deze groep te bereiken. Deze beperking is in de Wpg echter niet aangebracht, terwijl het logisch is dat het toezicht van de IGJ zich niet breder uitstrekt.

Verder was tot de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet maatregelen Covid-19 in de Wpg geen enkele bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving van deze wet opgenomen.

In de praktijk bleek dat het begrip 'goede zorg' uit de Wkkgz voor nu voldoende aanknopingspunten bood om het toezicht door de IGJ op de kwaliteit van zorg vorm te geven en ook zo nodig daadkrachtig te kunnen optreden.

4.6.2 *Nieuwe 'Coronawet'*

Met de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (verder: Coronawet) is per 1 december 2020 tijdelijk een hoofdstuk toegevoegd aan de Wpg.

'Goede zorg' Wkkgz en Coronawet

De memorie van toelichting bij de Coronawet geeft aan hoe de zorgplicht van zorgaanbieders zoals opgenomen in artikel 58o Wpg zich verhoudt tot de verplichting goede zorg aan te bieden (Wkkgz). Dit geeft duidelijkheid aan zorgaanbieders wat met betrekking tot de bezoekersregeling van ze wordt verlangd.

Op basis van artikel 58o lid 1 Wpg moeten zorgaanbieders in de zin van de Wkkgz en jeugdhulpaanbieders als bedoeld in de Jeugdwet⁵⁰ ervoor zorgen dat bezoekers de maatregelen (van artikel 58f tot en met 58j Wpg) redelijkerwijs in acht kunnen nemen die tot doel hebben het risico op verspreiding van het coronavirus te beperken. In de memorie van toelichting van artikel 58o lid 1 Wpg staat:

50 Zie begrip zorgaanbieder in artikel 58a lid 1 Wpg.

‘Sinds het uitbreken van de epidemie zijn er al meerdere adviezen- en handreikingen opgesteld door het veld die handvatten bieden voor zorgaanbieders en zorgverleners om uitvoering te geven aan de RIVM-adviezen. Deze adviezen- en handreikingen gelden als richtinggevend voor de goede zorgverlening. Hierbij moet naast veiligheid altijd ook aandacht blijven voor kwaliteit van leven. De IGJ neemt deze adviezen en handreikingen ook mee in haar toezicht. (...)

De zorgplicht zoals opgenomen in het eerste lid geldt is een invulling van de norm van goede zorg als bedoeld in artikel 2, tweede lid, Wkkgz en <verantwoorde hulp> als bedoeld in de Jeugdwet.(...)

De zorgaanbieder heeft een zorgplicht om er zoveel mogelijk voor te zorgen dat niet bij de zorg betrokken personen zich aan de veilige afstandsnorm houden. De invulling van deze zorgplicht zal goeddeels met zelfregulering gaan. De hierboven genoemde adviezen en handreikingen die door het veld worden opgesteld, bieden hierbij een belangrijk houvast om de zorgplicht te vervullen. Deze adviezen, handreikingen en richtlijnen gelden als richtinggevend voor de goede zorgverlening.’⁵¹

Daarnaast is een zorgaanbieder gehouden de ministeriële regeling na te leven die is gebaseerd op artikel 58o lid 4 Wpg. Hiermee kunnen zorgaanbieders voorwaarden of beperkingen opleggen voor het toelaten van bezoekers tot zorglocaties (bezoekbeperking), als dat nodig is om verspreiding van het virus naar of vanuit een zorglocatie te voorkomen.

In de situatie van de dementerende bewoner, die stopte met eten toen zijn familie hem niet meer mocht bezoeken, geeft dit juridisch duidelijkheid. Als het volledige bezoekverbod nu zou worden geregeld met een ministeriële regeling, gebaseerd op artikel 58o lid 4 en lid 5 onder a Wpg, dan dient de zorgaanbieder deze na te leven en is er geen mogelijkheid daarvan af te wijken, zelfs niet in het belang van deze bewoner.

Toezicht

Het toezicht op de naleving van de Coronawet kan op verschillende manieren worden ingevuld. De rol van de IGJ en de NVWA zal zich volgens de memorie van toelichting feitelijk beperken tot overtredingen en plaatsen die aansluiten bij de bestaande toezichthoudende taken van de IGJ en de NVWA.⁵² De IGJ heeft aangegeven enkel toezicht te kunnen houden op zorgaanbieders en instellingen die ingevolge de Wkkgz en de Jeugdwet al onder toezicht van de IGJ staan.⁵³ Dat

51 Eerste Kamer 2020/21, 35526, B, p. 67-68, p. 91-92.

52 Eerste Kamer 2020/21, 35526, B, p. 39.

53 Eerste Kamer 2020/21, 35526, B, p. 69.

hier gehoor aan is gegeven, blijkt uit het ‘Schema handhaving Tijdelijke wet maatregelen covid-19’, dat als bijlage is gevoegd aan de memorie van toelichting bij de Coronawet. Hierin is de IGJ aangewezen als enig toezichthouder op de naleving van artikel 58o Wpg, dat zich richt tot zorgaanbieders. Bij diverse andere artikelen worden de IGJ en de NVWA echter allebei als toezichthouder genoemd en is een taakverdeling nog onduidelijk.

Als de zorgaanbieder de zorgplicht van artikel 58o lid 1 Wpg onvoldoende naleeft, kan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (de minister) de zorgaanbieder een aanwijzing geven (artikel 58o lid 3 Wpg) en in een spoedeisende situatie een bevel. De minister kan deze bevoegdheden mandateren aan de IGJ.⁵⁴ Naleving van een aanwijzing en een ministeriële regeling, gebaseerd op artikel 58o lid 3 respectievelijk lid 4 Wpg, kan worden afgedwongen met een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom.⁵⁵

5 Conclusie en aanbeveling

De COVID-19-uitbraak confronteerde Nederland met (dreigende) tekorten die wij, als rijk westers land, al lange tijd niet meer gewend waren. Hierdoor veranderde de onderlinge verhouding tussen de verschillende onderliggende waarden van kwaliteit van zorg. Waar de nadruk voorheen op ‘veiligheid’ lag, lag die nu op ‘beschikbaarheid’ (tijdigheid). Het bleek niet langer vanzelfsprekend dat zorgverleners de normen van de tot dat moment geldende professionele standaard konden, of zelf moesten, naleven. De IGJ heeft haar toezicht aangepast aan de uitbraak, de maatregelen van de regering op de uitbraak en de verandering die beide teweegbrachten in de wijze waarop zorg werd, of kon worden, geleverd. Dit leidde ertoe dat de IGJ zich op andere risico’s richtte (zoals de veiligheid van zorgverleners), andere vormen van data uit het veld onttrok (zoals belrondes met patiëntvertegenwoordigers), op een andere manier betekenis gaf aan bevindingen (zoals meer waarde hechtte aan tijdigheid van zorg) en sommige toezichtstrategieën aanpaste (zoals het loslaten van wettelijk vereiste CE-markeringen). De IGJ heeft steeds met nieuwsberichten op de website gecommuniceerd op welke wijze zij tijdens de COVID-19-uitbraak haar toezichthoudende taak uitvoerde en welke kaders zij daarbij hanteerde.

Tijdens de pandemie begin 2020 bleek de Wpg in de praktijk onvoldoende te zijn toegespitst op deze situatie. De Wpg en de Wkkgz bleken verschillende, soms tegengestelde, eisen te stellen waar het ging om het afwegen van enerzijds de belangen van de individuele patiënt of zorglocatie en anderzijds de belangen van de ‘publieke gezondheid’ voortkomend uit het regeringsbeleid om de uitbraak te

54 *Eerste Kamer 2020/21*, 35526, B, p. 95.

55 Artikel 58u lid 1 onder b Wpg j^o artikel 5:32 Awb.

bestrijden. Dit leidde soms tot situaties waarbij zowel zorgaanbieders als de IGJ zelf moesten beslissen welke wet voorrang mocht worden gegeven.

Het bestrijden van de uitbraak en de enorme impact die dit had op de zorgverlening, trekken een zware wissel op zorgverleners. Wanneer zij geconfronteerd worden met dilemma's tussen het individuele en het publieke belang moet duidelijk zijn hoe ze moeten/mogen handelen. Daarvoor is duidelijkheid nodig over de verhouding tussen de maatregelen op grond van de Wpg enerzijds en de verplichting tot het verlenen van goede zorg anderzijds. Dan weten zorgverleners of er ruimte is om op basis van de eigen professionele verantwoordelijkheid zelf te beslissen wat goede zorg is, dan wel of de COVID-19-maatregelen, gebaseerd op de Wpg, onverkort in iedere situatie moeten worden nageleefd.

Daarnaast bevat de Wpg slechts zeer beperkt een afbakening voor de toezichthouders ten aanzien van de sector waarop zij toezicht houden, geen taakverdeling tussen de IGJ en de NVWA en tot slot slechts zeer beperkte handhavingsmogelijkheden voor de toezichthouders. Bezien moet worden of het nodig is voor de IGJ handhavingsbevoegdheden in de Wpg op te nemen of juist de rol van de IGJ in de Wpg te beperken.

De COVID-19-uitbraak heeft ons allen geraakt, in onze persoonlijke vrijheid, ons gevoel van veiligheid en onze gezondheid. Velen zijn dierbaren verloren, kampen met langdurig herstel na COVID of dragen de last van uitgestelde zorg. Des te belangrijker dat we als maatschappij leren van wat er is gebeurd, en hoe wij hebben gehandeld, zodat we beter voorbereid zijn op de toekomstige crises die ons nog te wachten staan. Met de reflecties uit dit hoofdstuk hopen wij hier een bescheiden bijdrage aan te leveren.

Dankwoord

De auteurs danken mr. drs. Pepijn Jansen en mr. Ilse de Groot voor hun waardevolle reflecties op eerdere versies van dit hoofdstuk.

Deel 8

COVID-19 en de organisatie van de zorg

mr. drs. J.J. Rijken*

* Mr. drs. J.J. (Joris) Rijken is advocaat/partner bij AKD N.V. te Amsterdam. Met dank aan mr. M.M. den Boer (directeur Wetgeving en Juridische Zaken, ministerie van VWS), drs. A. Reusken (hoofd bureau, LNAZ) en prof. dr. M. Varkevisser (hoogleraar Marktordening in de gezondheidszorg, ESHPM) voor voorbereidende gesprekken over het onderwerp van dit onderdeel. De tekst is afgesloten op 5 februari 2021.

1 Inleiding

Een belangrijke frontlinie van de strijd tegen COVID-19 bevindt zich in de gezondheidszorg, waar patiënten met COVID-19 worden behandeld. Dit onderdeel van het preadvies onderzoekt een aantal partijen die betrokken zijn bij de behandeling van COVID-19-patiënten. Het onderdeel richt zich op de organisatie van de zorg.¹

Onder ‘organisatie’ van de zorg worden verstaan die regulering en die activiteiten die antwoord geven op vragen als: hoeveel zorg is nodig?, wie moet die zorg verlenen?, wie betaalt de zorg en tegen welke vergoeding?, en wie is verantwoordelijk voor de operationele aansturing?

Het onderdeel richt zich verder op de curatieve gezondheidszorg en in het bijzonder op de acute zorg die ziekenhuizen verlenen. De behandeling van patiënten met ernstige vormen van COVID-19 is acute zorg: hun toestand kan zo snel verslechteren dat ze binnen enkele uren gespecialiseerde ziekenhuiszorg nodig hebben. De situatie in de ziekenhuizen is daarom in hoge mate bepalend geweest voor de grote beperkingen waaraan de overheid de samenleving vanaf de uitbraak van COVID-19 heeft onderworpen.

Hierna wordt, in paragraaf 2, de regulering van de acute zorg besproken. Daarbij worden vier domeinen van regulering onderscheiden: de zorgverzekering, regulering van de bekostiging, aanbod- en kwaliteitsregulering en regulering van crisisbeheersing. De relevante regelgeving is in alle domeinen van vrij recente datum: de ‘oudste’ van de te bespreken wetten zijn van 2006. In de vijftien jaar waarin de wetgeving van kracht is geweest, hebben infectieziekten enkele malen gezorgd voor een ‘verhoogde staat van paraatheid’ in de acute zorg. Deze dreigende crises worden in twee korte intermezzi besproken. Een derde intermezzo beschrijft een gestrande poging van zorgverzekeraars tot reorganisatie van de acute zorg.

In paragraaf 3 komt de eerste golf van COVID-19 aan de orde. Het is niet mijn bedoeling om in deze paragraaf aan juridische geschiedschrijving te doen; ik zal slechts enkele opvallende elementen uit de organisatorische reactie van de curatieve gezondheidszorg aan de orde laten komen. Die elementen zijn: het Landelijk Coördinatiecentrum Spreiding Patiëntens, de rol van de zorgverzekeraars en de subsidieregeling voor de opschaling van Intensive Care (IC)-capaciteit.

De laatste paragraaf van dit onderdeel, paragraaf 4, beschrijft een aantal rapporten over de toekomst van de acute zorg. COVID-19 was niet de aanleiding voor

1 Inhoudelijke aspecten van de behandeling van COVID-19-patiënten komen aan de orde in deel 5 van dit preadvies van De Die en Van de Vathorst.

deze rapporten; het zijn onderzoeken of beleidsnotities die ook zonder COVID-19 in 2020 waren gepubliceerd. Omdat de rapporten zijn uitgebracht na de uitbraak van COVID-19, hebben de auteurs uiteraard wel gereflecteerd op de betekenis van de uitbraak voor hun onderwerp. Deze paragraaf eindigt met een eigen evaluatie.

2 Viermaal regulering van acute zorg

2.1 De zorgverzekering

De Zorgverzekeringswet (Zvw) verplicht alle ingezetenen van Nederland een schadeverzekering tegen ziektekosten af te sluiten. Deze verzekering, de zorgverzekering, moet voldoen aan hetgeen bij of krachtens de Zvw is geregeld. Dat geldt in het bijzonder voor de te verzekeren zorg; de wet en de daarop gebaseerde lagere regelgeving schrijven het verzekerde basispakket dwingend voor. Zorgverzekeringen worden uitgevoerd door schadeverzekeraars. Voor zover deze schadeverzekeraars zorgverzekeringen aanbieden, worden zij zorgverzekeraars genoemd.²

De Zvw is te beschouwen als het fundament van de organisatie van de curatieve gezondheidszorg sinds 2006. Dat fundament verschilt in enkele belangrijke opzichten van de wijze waarop deze zorg voor 2006 was georganiseerd.

De juridische relatie op grond waarvan ingezetenen recht op (vergoeding van) zorg hebben, is in de Zvw privaatrechtelijk van aard. De verzekeringsplichtige sluit een overeenkomst met een zorgverzekeraar. De zorgverzekeraars zijn 'gewone' schadeverzekeraars, die primair worden gereguleerd op basis van de Wet op het financieel toezicht.

Het is de bedoeling van de Zvw dat zorgverzekeraars in de curatieve zorg een ordenende rol vervullen. Zij zijn 'regisseurs van de zorg'.³ De parlementaire stukken van de Zvw bevatten van dat begrip geen eenduidige begripsomschrijving. De minister beschrijft de regierol van zorgverzekeraars onder meer als volgt:

*'Zorgverzekeraars komen in een positie waarin zij zich in onderlinge concurrentie actiever dienen in te spannen om voor hun verzekerden een gunstige prijs/prestatieverhouding bij zorgaanbieders te bedingen. Het gaat dus om meer dan kostenbesparingen, het streven is ook betere kwaliteit bij dezelfde prijs te realiseren. Verzekerden kunnen een andere zorgverzekeraar kiezen als de inhoud en de prijs van het zorgpakket hen meer aanspreekt.'*⁴

2 Artikelen 1, 2, 10 en 11 Zvw.

3 Zie bijv. *Kamerstukken II 2003/04*, 29763, 3, p. 4.

4 *Kamerstukken II 2004/05*, 29763, 7, p. 8.

De overheid heeft zorgverzekeraars in hoge mate vrij gelaten in de wijze waarop zij uitvoering geven aan de Zvw. Een belangrijk aspect ten aanzien waarvan zorgverzekeraars vrijheid hebben, is het karakter van de te verzekeren prestaties. Zorgverzekeraars kunnen verzekerden in de polisvoorwaarden een recht op zorg (natura) of een recht op vergoeding van zorg (restitutie) toekennen. De wet spreekt over de 'zorgplicht' van zorgverzekeraars; daarmee wordt ofwel het recht op zorg ofwel het recht op vergoeding van zorg bedoeld.⁵

De zorgverzekeraar die een naturazorgverzekering aanbiedt, is tegenover de verzekerde verantwoordelijk voor de verzekerde zorg. Daar staat tegenover dat de verzekerde zich in beginsel tot een zorgaanbieder wendt waarmee de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten. De zorgverzekeraar die een restitutieverzekering aanbiedt, heeft die verantwoordelijkheid in beginsel niet. De verzekerde met een dergelijke verzekering is vrij zich tot een zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Zvw is gesproken over de wijze waarop zorgverzekeraars bij acute zorg aan hun zorgplicht uitvoering moeten geven. De zienswijze van de regering volgt daar het hiervoor geschetste kader: de verzekeraar die een recht op zorg verleent, moet overal in Nederland overeenkomsten sluiten met aanbieders van acute zorg; de verzekeraar die een recht op vergoeding verleent, hoeft geen overeenkomsten met aanbieders te sluiten. De verzekerde met een acute zorgbehoefte 'krijgt [kortom] altijd volledig zijn kosten vergoed'.⁶

De regering heeft tijdens de behandeling van de Zvw ook opmerkingen gemaakt over de spreiding van zorgaanbieders. Hoewel de minister daarop niet actief zal 'sturen', streeft hij wel naar een inrichting van het zorgsysteem waarin er een goede spreiding is van acute zorg. Daarvoor zijn 'de betrokken regionale partijen in eerste instantie zelf verantwoordelijk'.⁷ Wie deze partijen zijn en hoe zij aan deze verantwoordelijkheid invulling geven, zal hierna in paragraaf 2.3 aan de orde komen.

Intermezzo 1 – Gezamenlijke zorginkoop zorgverzekeraars strandt

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft zorgverzekeraars er in 2014 op gewezen dat hun gezamenlijke plannen voor de concentratie van spoedeisende ziekenhuiszorg de keuzemogelijkheden van verzekerden kunnen ver-

5 Artikel 11 lid 1 Zvw.

6 *Kamerstukken II 2004/05, 29763, 7, p. 30-31.*

7 *Kamerstukken II 2004/05, 29763, 7, p. 81.*

minderen. Zorgverzekeraars hadden het voornemen de spoedeisende zorg bij onder meer een beroerte of hartaanval per regio in gespecialiseerde ziekenhuizen te concentreren.

De ACM wijst er echter op dat zorgverzekeraars zonder 'onafhankelijke en goed onderbouwde kwaliteitsstandaarden voor spoedeisende zorg' niet kunnen aantonen dat de voordelen van een dergelijke concentratie zwaarder wegen dan de verminderde keuzemogelijkheden. Bij die stand van zaken is gezamenlijk optreden van de zorgverzekeraars mogelijk in strijd met het kartelverbod (artikel 6 Mededingingswet).⁸

2.2 *Regulering van de bekostiging*

Zorgaanbieders, waaronder ziekenhuizen, zijn niet vrij om de prestaties en tarieven te bepalen die zij hanteren. Zij zijn daarbij gebonden aan de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Op basis van de Wmg stelt de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) prestatiebeschrijvingen en tarieven vast. Zorgaanbieders zijn gebonden aan deze prestatiebeschrijvingen en tarieven.⁹

Voor ziekenhuiszorg heeft de NZa prestatiebeschrijvingen vastgesteld, die 'DBC-zorgproducten' worden genoemd. Deze DBC-zorgproducten omvatten in beginsel alle zorg die een patiënt ontvangt die zich met een bepaalde hulpvraag in het ziekenhuis meldt.¹⁰ Voor de meeste DBC-zorgproducten heeft de NZa geen tarief vastgesteld; ziekenhuizen en zorgverzekeraars kunnen daarvoor zelf een prijs afspreken. Voor een kleiner aantal DBC-zorgproducten heeft de NZa een maximumtarief vastgesteld. Ziekenhuizen en zorgverzekeraars kunnen voor deze prestaties wel een lager, maar geen hoger tarief dan het maximumtarief afspreken.

De overheid heeft onder ogen gezien dat ziekenhuizen voorzieningen in stand houden en diensten aanbieden die zich niet goed door middel van individuele prestaties en tarieven laten bekostigen. Het gaat om voorzieningen waarvan de kosten niet goed zijn toe te rekenen aan individuele patiënten of zorgverzekeraars, bijvoorbeeld vanwege de hoogte van de kosten of de onvoorspelbaarheid van de diensten.

8 Nieuwsbericht ACM 'ACM wijst zorgverzekeraars op mededingingsrisico bij uitvoering gezamenlijke plannen spoedeisende zorg', 16 juli 2014, te raadplegen via www.acm.nl.

9 Artikel 35 Wmg.

10 Voor een aantal specifieke producten en diensten heeft de NZa prestatiebeschrijvingen vastgesteld die in aanvulling op DBC-zorgproducten in rekening gebracht kunnen worden (*add on's*).

De Wmg bevat met ingang van 2012 de mogelijkheid voor deze voorzieningen of diensten aan zorgaanbieders een beschikbaarheidsbijdrage toe te kennen. De NZa kent deze bijdrage toe voor voorzieningen of diensten die bij algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen.¹¹ Op basis van deze AMvB, het Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG, kent de NZa op het gebied van de acute zorg beschikbaarheidsbijdragen toe voor onder meer:

- het Calamiteitenhospitaal, een onderdeel van UMC Utrecht waar slachtoffers van rampen en crises kunnen worden opgevangen;
- coördinatie, opleiden, trainen en oefenen voor traumazorg;
- de traumahelikopters;
- Spoedeisende Eerste Hulp (SEH)-afdelingen;
- brandwondenzorg; en
- ambulancevervoer per helikopter vanaf de Friese Waddeneilanden.¹²

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft geoordeeld dat de beschikbaarheidsbijdragen die de NZa toekent de kosten van de betreffende zorg moeten dekken.¹³ Dat betekent echter niet dat de aanbieder van die zorg als geheel ook kostendekkend moet kunnen functioneren.¹⁴

2.3 Aanbod- en kwaliteitsregulering

De regelgeving over de zorgverzekering en over bekostiging heeft indirecte gevolgen voor het aanbod van zorg. De overheid bemoeit zich daar ook rechtstreeks mee. Dat gebeurt in het bijzonder met de Wet toelating zorginstellingen (WTZi).¹⁵ Het opschrift van de WTZi beschrijft dat die wet de betrokkenheid van de overheid bij het zorgaanbod vereenvoudigt, en dat is juist. Op grond van de WTZi heeft slechts een beperkt aantal categorieën zorgaanbieders een vergunning ('toelating') van de overheid nodig. Bij de vergunningverlening worden in de meeste gevallen uitsluitend eisen gesteld aan de bestuursstructuur en de ordelijke bedrijfsvoering van de zorgaanbieder.

De WTZi biedt een basis voor regulering van de beschikbaarheid en capaciteit van bepaalde vormen van zorg. Dit soort regulering kan grofweg twee vormen aannemen: de overheid kan daarmee verhinderen dat bepaalde zorg te veel wordt aan-

11 Artikel 56a Wmg. De beschikbaarheidsbijdrage komt ten laste van het Zorgverzekeringsfonds.

12 Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG, bijlage.

13 Zie bijv. CBB 13 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:246.

14 CBB 26 mei 2020, ECLI:NL:CBB:2020:356.

15 Buiten beschouwing blijven andere wetten die gaan over het aanbod van zorg, zoals de Wet bijzondere medische verrichtingen (Wbmv) en de Wet ambulancezorgvoorzieningen (Wazv).

geboden; zij kan ook voorkomen dat bepaalde zorg te weinig wordt aangeboden. Voor de eerste reguleringsvorm bepaalt de WTZi dat de minister een toelating onder beperkingen kan verlenen en dat hij toelatingen kan intrekken.¹⁶ De minister kan de tweede reguleringsvorm toepassen door aan een toelating voorschriften te verbinden.¹⁷

De WTZi bepaalt dat de minister beleidsregels vaststelt over de wijze waarop hij toelatingen verleent.¹⁸ De beleidsregels laten zien dat de minister slechts voor enkele zorgvormen beleid heeft over capaciteit en bereikbaarheid.¹⁹ Eén van deze zorgvormen is de acute zorg. De beleidsregels bevatten daarover vier eisen:

1. Ziekenhuizen, regionale ambulancevoorzieningen en huisartsenposten nemen 'op een constructieve manier' deel aan het Regionaal Overleg Acute Zorgketen (ROAZ). Het traumacentrum neemt het initiatief voor dit overleg.²⁰
2. Afspraken die in het ROAZ worden gemaakt, moeten worden nagekomen.
3. De afspraken in het ROAZ moeten ertoe leiden dat deelnemers aan het overleg niet kunnen stoppen met het aanbieden van functies op een bepaalde locatie, als daardoor de 45-minutennorm om een Spoedeisende Eerste Hulpafdeling van een basisziekenhuis te bereiken in gevaar komt.²¹
4. Ziekenhuizen bereiden zich voor op inzet bij rampen en crises. Daarvoor moeten ziekenhuizen een Rampen Opvang Plan opstellen. Zij stemmen dat plan af met de – hierna te bespreken – veiligheidsregio.

Als zorgaanbieders zich niet aan de beleidsregels houden, kan de minister een voorschrift aan hun toelating verbinden. Hij kan de naleving van dat voorschrift vervolgens afdwingen met de inzet van handhavingsinstrumenten.²²

16 Artikel 14 lid 1 WTZi.

17 Artikel 13 lid 1 WTZi.

18 Artikel 4 WTZi.

19 Beleidsregels WTZi 2017, *Stcrt.* 2016, 54053.

20 Er zijn in Nederland elf traumacentra, gevestigd in Amsterdam (twee centra), Rotterdam, Tilburg, Utrecht, Nijmegen, Maastricht, Groningen, Zwolle, Leiden en Enschede. De minister van VWS heeft deze centra aangewezen op grond van artikel 8 lid 2 Wet bijzondere medische verrichtingen (Wbmv). Zie ook de Beleidsvisie Traumazorg (op basis van artikel 8 lid 1 Wbmv), *Kamerstukken II 2005/06, 29247, 37.*

21 Eisen over de beschikbaarheid van geestelijke gezondheidszorg blijven buiten beschouwing.

22 Sijmons (J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss. Universiteit Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 192) wijst er terecht op dat de beleidsregels, die naar hun aard alleen de minister binden, hierdoor 'pseudo-voorschriften' voor aanbieders zijn geworden.

In 2020 heeft het parlement het wetsvoorstel-Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) aangenomen.²³ Deze wet zal waarschijnlijk op 1 januari 2022 in werking treden.²⁴ De Wtza vervangt de WTZi, inclusief het daarop gebaseerde vergunningensysteem. Wat niet terugkeert, is de mogelijkheid om de vergunningen te gebruiken als instrument voor de regulering van de beschikbaarheid en capaciteit van zorg. Uit de parlementaire behandeling van de Wtza blijkt niet expliciet wat daarvan de reden is.

De wetgever wilde de hiervoor genoemde eisen over acute zorg wel handhaven. Deze eisen krijgen met de inwerkingtreding van de Wtza een andere juridische grondslag: ze zullen worden opgenomen in een AMvB op basis van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).²⁵

De minister heeft een concept voor deze AMvB (AMvB acute zorg) gepubliceerd.²⁶ Daarin is onder meer geëxpliciteerd welke partijen deelnemen aan het ROAZ. Daartoe behoren de zorgverzekeraars niet. De AMvB verplicht het traumacentrum wel om zorgverzekeraars op de hoogte te stellen van knelpunten in de beschikbaarheid van acute zorg die binnen het ROAZ niet zijn opgelost. In de toelichting op de AMvB acute zorg blijkt dat het overleg in het ROAZ de zorgverzekeraars niet van hun zorgplicht ontslaat. De afspraken in het ROAZ kunnen de zorgverzekeraars bij het invullen van de zorgplicht 'behulpzaam' zijn; zij zijn niet bindend voor de zorginkoop.²⁷

Intermezzo 2 – Voorbereiding op ebola in Nederland

De ebola-uitbraak in West-Afrika van 2014 tot 2016 heeft ook in Nederland geleid tot een grootschalige voorbereiding op de mogelijke behandeling van ebolapatiënten.

Uit een evaluatie van het RIVM blijkt dat deze voorbereiding in de verschillende regio's grote variatie vertoonde. In sommige regio's nam het UMC de leiding, in andere de GGD, in weer andere wachtten de partijen op landelijke instructies. Voor perifere ziekenhuizen was niet steeds duidelijk tot welke regio zij behoorden. Uit de evaluatie blijkt ook dat ziekenhuizen behoefte hebben aan heldere besluitvorming over de op- en afschaling binnen ziekenhuizen en over de eventuele centralisatie van de zorg voor geïnfecteerde patiënten.²⁸

23 *Stb.* 2020, 180; *Kamerstuk* 34767.

24 *Kamerstukken II* 2020/21, 34767, 57.

25 Artikel VII Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders (*Stb.* 2020, 181; *Kamerstuk* 34768) voegt daartoe een nieuw artikel 3a toe aan de Wkkgz.

26 *Kamerstukken I* 1019/20, 34767, D.

27 *Kamerstukken I* 2019/20, 34767, D, bijlage, p. 7, 9 en 12.

28 RIVM, *Evaluatie van de ebolapreparatie in Nederland (2014-2015)*, 2016, te raadplegen via www.rivm.nl.

2.4 *Regulering van crisisbeheersing*

De bestrijding van branden en rampen en de beheersing van crises is sinds 2010 geregeld in de Wet veiligheidsregio's (Wvr). De term 'veiligheidsregio' heeft in de Wvr twee betekenissen. De wet verdeelt Nederland in 25 van deze regio's. In elk van deze regio's wordt door de daarin gelegen gemeenten een openbaar lichaam opgericht, dat ook veiligheidsregio heet.²⁹ Het openbaar lichaam wordt bestuurd door de burgemeesters van de deelnemende gemeenten.³⁰

Hoewel de Wvr als uitgangspunt kent dat de bestrijding van branden en rampen en de beheersing van crises een gemeentelijke taak is, bepaalt de wet tegelijk dat gemeenten een belangrijk deel van deze taken moeten overdragen aan (het openbaar lichaam) de veiligheidsregio.³¹ Tot deze taken behoren het organiseren van de crisisbeheersing, het voorzien in een meldkamerfunctie, het instellen en in stand houden van een brandweer en 'het instellen en in stand houden van een GHOR'.³²

De GHOR is 'de geneeskundige hulpverleningsorganisatie in de regio'. De GHOR is belast met de geneeskundige hulpverlening in het kader van rampenbestrijding en crisisbeheersing. Anders dan de brandweer of de meldkamer is de GHOR niet een staande organisatie, die dagelijks actief is. De GHOR is te beschouwen als een 'netwerkorganisatie'. Zij bestaat, naast de veiligheidsregio, uit de Regionale ambulancevoorziening (RAV) in de veiligheidsregio, de Gemeentelijke Gezondheidsdienst (GGD) in de veiligheidsregio en zorgaanbieders.³³ De GHOR staat onder leiding van de directeur publieke gezondheid (DPG) van de GGD. De DPG is belast met de operationele leiding van de geneeskundige hulpverlening.³⁴

De Wvr verplicht de GHOR, de RAV, de GGD en zorgaanbieders 'die een taak hebben binnen de geneeskundige hulpverlening' bij rampen en crises schriftelijke afspraken te maken over hun inzet en de voorbereiding daarop.³⁵ Deze afspraken hebben onder meer betrekking op de procedures die bij een ramp of crisis worden gevolgd, de beschikbaarheid en inzet van personeel en materieel, trainen en oefenen en de samenwerking tussen de verschillende relevante partijen.³⁶

29 Artikelen 8 en 9 Wvr.

30 Artikel 11 Wvr.

31 Artikelen 2 en 10 Wvr.

32 Artikel 10 aanhef en onder d t/m g Wvr.

33 In de Wet ambulancezorgvoorzieningen en de Wet publieke gezondheid is bepaald dat de regio's waarin Nederland voor de toepassing van die wetten is verdeeld samenvallen met de veiligheidsregio's.

34 Artikel 32 Wvr.

35 Artikel 33 lid 2 Wvr.

36 Artikel 5.1 Besluit veiligheidsregio's.

Als een zorgaanbieder naar het oordeel van veiligheidsregio tekortschiet in de voorbereiding of uitvoering van de geneeskundige hulpverlening bij rampen of crises, treedt het bestuur van de veiligheidsregio met deze zorgaanbieder in overleg.³⁷ Als het overleg niet leidt tot verbetering, kan de voorzitter van de veiligheidsregio de zorgaanbieder een schriftelijke aanwijzing geven.³⁸ Als de zorgaanbieder na het geven van de aanwijzing in gebreke blijft, dan 'verzoekt de voorzitter [de minister van VWS] tegen [de zorgaanbieder] de nodige maatregelen te treffen'.³⁹

De Wvr verstaat onder crisis: 'Een situatie waarin een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast'.⁴⁰ Volgens de toelichting op de Wvr kunnen zich binnen het domein van de volksgezondheid specifieke crisis-situaties voordoen, 'zoals bij infectieziekten'.⁴¹

Intermezzo 3 – De griepgolf van 2017-2018

In de winter van 2017-2018 woedde in Nederland een bovengemiddeld zware griep epidemie. Dat leidde in een aantal ziekenhuizen tot het vollopen van verpleeg- en IC-afdelingen. Verschillende ziekenhuizen kondigden opnamestops af, waardoor ambulances 'op zoek' moesten naar een plek voor de patiënt die zij vervoerden.

In 2019 is onderzoek gedaan naar de aanpak van deze griep epidemie. In het onderzoek is vastgesteld dat onduidelijk was of sprake was van een 'crisis', zodat in sommige onderzochte regio's de GHOR en in andere regio's het ROAZ het initiatief heeft genomen voor overleg tussen de verschillende betrokken zorgaanbieders. In geen van de onderzochte regio's lag een plan klaar voor de gevolgen van een hevige griep epidemie.

Sommige regio's slaagden erin te komen tot een gezamenlijke aanpak van de epidemie, bijvoorbeeld door het creëren van inzicht in de beschikbare bedencapaciteit of door afspraken over het beschikbaar houden van SEH's. In andere regio's lukte het niet dergelijke afspraken te maken.⁴²

37 Artikel 34 lid 1 Wvr.

38 Artikel 34 lid 2 Wvr.

39 Artikel 34 lid 3 Wvr.

40 Artikel 1 Wvr.

41 *Kamerstukken II 2006/07, 31117, 3, p. 27.*

42 M. Verhaar, *Een aaneenschakeling van problemen? Een analyse van zorgcontinuïteitsproblemen binnen de geneeskundige keten tijdens de griep epidemie van 2017-2018 in Nederland* (scriptie Instituut voor Fysieke Veiligheid), 2019, te raadplegen via www.ifv.nl.

3 De curatieve zorg tijdens de eerste golf van COVID-19

3.1 *Het Landelijk Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding*⁴³

Op 27 februari 2020 werd de eerste besmetting met COVID-19 in Nederland bevestigd, bij een man in Tilburg. Toen in de weken daarna de eerste golf van besmettingen zich ontwikkelde, leidde dat vooral in Brabant tot grote aantallen patiënten.⁴⁴ Al snel bereikten de ziekenhuizen in dit gebied hun maximale capaciteit, in het bijzonder op de IC-afdelingen. Ziekenhuizen in andere regio's waren niet altijd bereid om patiënten over te nemen.

Deze situatie leidde ertoe dat het ministerie van VWS in de tweede helft van maart 2020 'opdracht gaf' tot de oprichting van het Landelijk Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding (LCPS). Het LCPS wordt geëxploiteerd door het Landelijk Netwerk Acute Zorg (LNAZ), de vereniging van de elf Nederlandse traumacentra.⁴⁵ Elk van de traumacentra heeft een Regionaal Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding (RCPS) ingericht.

Het doel van het LCPS en de RCPS'en is het gelijk toegankelijk houden van de ziekenhuiszorg in heel Nederland door de werklast van de patiëntenzorg tijdens de uitbraak van COVID-19 zo effectief mogelijk te spreiden over het land. Daartoe ontplooiën het LCPS en de RCPS'en verschillende activiteiten:

1. Dagelijks ontvangen de RCPS'en van alle Nederlandse ziekenhuizen de aantallen (i) bezette IC-plaatsen, (ii) vrije IC-plaatsen, (iii) bezette klinische plaatsen en (iv) vrije klinische plaatsen.
2. Een ziekenhuis dat een patiënt wil overplaatsen, neemt contact op met het betreffende RCPS. Het RCPS gaat na of er een 'match' (beschikbaar bed) binnen de regio is. Als dat het geval is, brengt het RCPS de beide ziekenhuizen met elkaar in contact, zodat de patiënt kan worden overgeplaatst.
3. Als in de regio geen bedden beschikbaar zijn, neemt het RCPS contact op met het LCPS. Het LCPS gaat na in welke andere regio een bed beschikbaar is. Het LCPS neemt vervolgens contact op met het RCPS van die regio, dat vervolgens contact zoekt met het ziekenhuis dat een bed beschikbaar heeft. Als er

43 Zie over het LCPS ook de onderdelen van het preadvies van Alexandrov en Koot (deel 2), De Die en Van de Vathorst (deel 5) en Oosting en Leistikow (deel 7).

44 Zie bijv. CBS, 'Hoogste coronasterfte tijdens de eerste golf in zuiden van Nederland', nieuwsbericht 26 november 2020, te raadplegen via www.cbs.nl.

45 In het Handelsregister treft men het LCPS en het LNAZ als zodanig niet aan. De laatste partij is feitelijk de Landelijke Vereniging voor Traumacentra, gevestigd te Utrecht.

inderdaad een ‘match’ tot stand komt, brengt het LCPS de beide ziekenhuizen met elkaar in contact.

4. Het LCPS organiseert ook de overplaatsing van patiënten naar ziekenhuizen in Duitsland.⁴⁶

Het LCPS brengt dagelijks een bericht uit met daarin gegevens over de bezetting van de IC-afdelingen en verpleegafdelingen van de gezamenlijke Nederlandse ziekenhuizen. De voorzitter van het LNAZ, Kuipers, geeft met enige regelmaat persconferenties op basis van deze gegevens.⁴⁷

3.2 *De rol van de zorgverzekeraars*⁴⁸

Toen de Nederlandse ziekenhuizen in maart 2020 werden overspoeld met COVID-19-patiënten, hebben zij alle zeilen bijgezet om deze patiënten van goede zorg te voorzien. Een belangrijke beperkende factor was het gebrek aan beademingsapparatuur. Ziekenhuizen hebben daarom met grote haast extra beademingsapparaten gekocht en alle aanwezige apparaten, ook buiten de IC-afdelingen, ingezet voor COVID-19-patiënten. Ook zijn zo veel mogelijk gespecialiseerde verpleegkundigen voor deze patiënten ingezet.

De grote aantallen COVID-19-patiënten leidden zo tot een aanzienlijke beperking van de zorg aan andere patiënten. Operatieprogramma’s werden bijvoorbeeld geannuleerd omdat professionals en beademingsapparaten werden ingezet voor COVID-19-zorg. De extra kosten voor COVID-19-zorg en de afgenomen inkomsten als gevolg van de beperking van de andere zorg leidden tot een flinke verstoring van de financiële huishouding van ziekenhuizen. De NVZ, hun brancheorganisatie, becijferde in mei 2020 dat de gezamenlijke ziekenhuizen in de maanden daarvoor circa 2 miljard euro minder inkomsten zouden hebben.⁴⁹

De brancheorganisatie van zorgverzekeraars (ZN) heeft al op 17 maart 2020 een brief aan de ziekenhuizen verzonden waarin zij drie toezeggingen deed: de zorgverzekeraars voorzien de ziekenhuizen van voldoende liquiditeit, de zorgverzekeraars vergoeden de extra kosten van COVID-19-zorg en de zorgverzekeraars zoeken naar een passende oplossing voor de gevolgen van onderbenutting van

46 Beschrijving ontleend aan www.lcps.nu. Afspraken over vervoer van de patiënten blijven buiten beschouwing.

47 De hoofdfunctie van Kuipers is die van bestuursvoorzitter van Erasmus MC, één van de traumacentra.

48 Deze subparagraaf is grotendeels ontleend aan J.J. Rijken, ‘Coronacompensatie van zorgverzekeraars voor zorgaanbieders’, *TvGR* 2020, p. 499-508.

49 Brief NVZ aan Tweede Kamer, 6 mei 2020, te raadplegen via www.nvz-ziekenhuizen.nl.

capaciteit. De zorgverzekeraars zetten erop in dat ‘de gevolgen van de Coronacrisis voor de financiële positie in 2020 van deze zorgaanbieders geneutraliseerd worden’.⁵⁰

Na een lange onderhandeling bereikten ZN, de NVZ en de branchevereniging van de Universitair Medische Centra (NFU) in juli 2020 overeenstemming over een continuïteitsbijdrageregeling voor ziekenhuizen, ‘een regeling waarmee de effecten van COVID-19 op de zorgomzet uniform word[en] geneutraliseerd, inclusief marge, en de netto extra kosten gemaakt vanwege COVID-19 worden vergoed. 2020 kan daarmee, voor kosten en inkomsten van zorg, een jaar zijn alsof er geen COVID-19 was’. De regeling voorziet onder meer in vergoeding van ten minste 97,6% van de geprognosticeerde inkomsten als COVID-19 niet had plaatsgevonden, aanvullende vergoedingen voor extra kosten en een hardheidsclausule voor bijzondere omstandigheden. Ook zeggen de zorgverzekeraars toe gemiste opbrengsten van de parkeergarages en restaurants van ziekenhuizen te vergoeden.⁵¹

De NZa heeft enkele prestaties vastgesteld waardoor ziekenhuizen declaraties voor de aanvullende vergoedingen aan zorgverzekeraars kunnen versturen. Het gaat om de prestaties ‘continuïteitsbijdrage’ en ‘meerkosten’.⁵²

In december 2020 zijn ZN, NVZ en NFU een regeling overeengekomen over de zorginkoop voor 2021. Opnieuw is het uitgangspunt dat de zorgverzekeraars een passende vergoeding bieden voor de meerkosten van de zorg aan COVID-19-patiënten en voor de uitval van andere zorg. Deze regeling voorziet voor de reguliere zorg in beginsel in een continuering van de inkoopafspraken voor 2020. Daarin worden een aantal landelijk vastgestelde aanpassingen verwerkt, zoals voor indexatie, groei van het zorgvolume en het ‘versnellen van transformatie’. Enkele

50 Brief ZN ‘ondersteuning van zorgverzekeraars en zorgkantoren tijdens de Coronapandemie’, 17 maart 2020, te raadplegen via www.zn.nl.

51 Brief ZN ‘CB-regeling ziekenhuizen’, 7 juli 2020, te raadplegen via www.zn.nl. De ACM heeft geoordeeld dat dit gezamenlijke optreden van de zorgverzekeraars niet in strijd is met het kartelverbod (artikel 6 Mededingingswet), zie nieuwsbericht ‘ACM: Zorgverzekeraars mogen gezamenlijk zorgaanbieders financieel steunen tijdens coronacrisis’, 21 april 2020 en nieuwsbericht ‘Zorgverzekeraars mogen extra kosten corona-aanpak onderling verdelen’, 27 oktober 2020, beide te raadplegen via www.acm.nl.

52 Prestatiebeschrijvingbeschikking continuïteitsbijdrage en meerkosten in verband met de uitbraak van het SARS-CoV-2 virus - TB/REG-20656-01, te raadplegen via www.nza.nl.

onderdelen van de inkoopafspraken kunnen in individuele onderhandelingen tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraars worden aangepast.⁵³

De zorgverzekeraars hoeven de extra kosten die uit deze regelingen voortvloeien niet helemaal zelf te dragen. Als de schadelast als gevolg van een catastrofe een bepaalde drempel overschrijdt, is de overheid verplicht zorgverzekeraars een extra bijdrage toe te kennen. Een pandemie is een van de in de Zvw genoemde gevallen waarin deze regeling in werking treedt. Een andere is een kernexplosie.⁵⁴ Deze voorziening is geïntroduceerd om ervoor te zorgen dat zorgverzekeraars niet de zeer hoge kapitaalbuffers hoeven aan te houden voor de volledige dekking van dit soort extreme situaties.⁵⁵

De zorgverzekeraar Zilveren Kruis heeft in januari 2021 laten weten dat zij in 2020 naar verwachting een aanzienlijk positief financieel resultaat zal behalen, vooral door een verminderd beroep op aanvullende ziektekostenverzekeringen.⁵⁶

3.3 *Subsidie voor opschaling van de IC-capaciteit*

Op 7 april 2020 lagen 1.424 patiënten met COVID-19 op Nederlandse IC-afdelingen. Dat is bijna 300 méér dan de reguliere maximale IC-capaciteit in Nederland, terwijl er ook IC-bedden nodig bleven voor andere acute zorg. Ziekenhuizen hebben met kunst- en vliegwerk – zoals het gebruik van operatiekamers en oude beademingsapparatuur en de inzet van personeel dat gewoonlijk niet op een IC werkt – deze capaciteit tijdelijk verhoogd.

Toen de eerste golf was geëindigd, heeft het ministerie van VWS het LNAZ de ‘opdracht’ gegeven de IC-capaciteit uit te breiden naar 1.700 bedden plus een flexibele capaciteit van 1.300 bedden, in totaal dus 3.000 IC-bedden. Het LNAZ heeft vervolgens een ‘opschalingsplan’ opgesteld.⁵⁷ Het opschalingsplan bevat onder meer voornemens over regionale en landelijke coördinatie, investeringen in gebouwen en apparatuur, de inzet van personeel en afspraken met Duitsland voor de periode dat de gewenste opschaling nog niet is gerealiseerd.

53 Presentatie ZN-NVZ-NFU ‘Regeling MSZ 2021’, te raadplegen via www.zn.nl. De ACM heeft over deze regeling nog geen openbaar oordeel gegeven (zie noot 51).

54 Art. 33 lid 1 aanhef en onder a Zvw.

55 *Kamerstukken II* 2012/13, 33507, nr. 3.

56 Persbericht ‘Impact COVID-19 op jaarresultaten zorgverzekeringsactiviteiten Achmea’, 25 januari 2021, te raadplegen via www.achmea.nl.

57 Te raadplegen via www.lnaz.nl.

Het opschalingsplan voorziet onder meer in zeven fases, die beschrijven onder welke omstandigheden welke vormen van opschaling en coördinatie plaatsvinden. Fase 1a is die voor reguliere zorgverlening, waarin elk ziekenhuis maximaal 80% van zijn IC-capaciteit gebruikt. Als het bestuur van het LNAZ besluit tot het instellen van fase 2b vindt landelijke coördinatie van de IC-capaciteit plaats door het LCPS. In fase 2d, waartoe de minister van VWS besluit, verzorgt het LCPS ook de contacten met ziekenhuizen in het buitenland. De minister van VWS heeft op 11 januari 2021 besloten tot het instellen van deze fase.⁵⁸

Het opschalingsplan beschrijft ook verschillende opties voor de bekostiging van de plannen. Het LNAZ ziet daarvoor drie scenario's: bekostiging via tarieven, bekostiging via een beschikbaarheidsbijdrage en bekostiging via een combinatie van beide. Het ministerie van VWS heeft echter voor een vierde scenario gekozen: in oktober 2020 heeft zij de Subsidieregeling opschaling curatieve zorg COVID-19 gepubliceerd.⁵⁹ Voor de subsidieregeling is circa 300 miljoen euro uitgetrokken.⁶⁰

De minister heeft de keuze voor een subsidie tamelijk kort gemotiveerd: 'Het huidige zorgstelsel kent hiervoor geen voorzieningen.'⁶¹ In antwoord op vragen van de Tweede Kamer heeft de minister daaraan toegevoegd dat zij de kosten voor onder meer uitbreiding van de IC-capaciteit met een subsidie bekostigt vanwege het incidentele en zeer kapitaalintensieve karakter.⁶²

De subsidieregeling dient het beschikbaar houden van IC-capaciteit. De kosten van zorgverlening zijn niet subsidiabel. De subsidieregeling voorziet in de toekenning van subsidie aan ziekenhuizen voor onder meer bouwkundige aanpassingen voor de opschaling, medische inventaris, de aanleg van een crisisvoorraad aan geneesmiddelen, opleidingsactiviteiten en het beschikbaar houden van 'koude bedden': bedden die worden vrijgehouden voor COVID-19-patiënten. Voor bouwkundige aanpassingen vraagt de minister advies aan het 'comité bouwkundige aanpassingen'.

De subsidieregeling omvat een lijst waarin per ziekenhuis staat wat de huidige IC-capaciteit is en welke uitbreiding daarvan voor subsidie in aanmerking komt. Deze lijst is tot stand gekomen op basis van overleg binnen de ROAZ'en.⁶³

58 *Kamerstukken II 2020/21, 25295, 874, bijlage.*

59 *Stcrt. 2020, 56337.*

60 *Kamerstukken II 2020/21, 25570 XVI, 16, p. 130.*

61 *Stcrt. 2020, 56337, p. 14.*

62 *Kamerstukken II 2020/21, 25570 XVI, 16, p. 129.*

63 *Stcrt. 2020, 56337, p. 14.*

4 Hoe verder met de acute zorg?

4.1 ‘Van deelbelangen naar gedeeld belang’

In juni 2020 heeft de Raad voor Volksgezondheid en Samenleving (RVS) een advies uitgebracht over de organisatie van de acute zorg in Nederland. Het advies is gevraagd door de Tweede Kamer. De Kamer heeft aan de RVS gevraagd (i) hoe hij de regie van de regering op de borging van publieke belangen in het huidige stelsel van acute zorg beoordeelt en (ii) of daarvoor alternatieve organisatorische scenario’s denkbaar zijn.⁶⁴

De RVS beschrijft dat de overheid op verschillende manieren ‘regie voert’ over de acute zorg in Nederland. Zij doet dat door middel van wet- en regelgeving (die in de voorgaande paragrafen is beschreven), kwaliteitskaders, bestuurlijke afspraken en beleidsprogramma’s en andere stimuli. De regie van de overheid heeft vooral betrekking op de output van de acute zorg. Er is volgens de RVS relatief veel ruimte voor professionals, zorgaanbieders en zorgverzekeraars om afspraken te maken over de organisatie en financiering van de acute zorg. Daardoor komt de legitimiteit van de overheid onder druk te staan. Burgers ervaren de totstandkoming van ingrijpende beslissingen, zoals de sluiting van een SEH-afdeling, als intransparant. Zij worden daarbij onvoldoende betrokken.⁶⁵

Het is volgens de RVS niet eenvoudig de vraag te beantwoorden wat goede acute zorg is. De RVS onderscheidt in zijn onderzoek drie ‘narratieven’ over de acute zorg: dat van de medische kwaliteit, dat van de toegankelijkheid en dat van de betaalbaarheid en efficiëntie. Het valt de RVS op dat de verschillende betrokken partijen zich vooral met één van de narratieven verbonden voelden. Ook wijst de RVS erop dat van de genoemde narratieven er twee een duidelijke vertegenwoordiger hebben: zorgaanbieders identificeren zich met de medische kwaliteit en zorgverzekeraars zich met betaalbaarheid en efficiëntie. Het narratief van de toegankelijkheid heeft niet een vanzelfsprekende vertegenwoordiger. Daarmee schiet volgens de RVS de regie van de overheid op de acute zorg tekort.⁶⁶

In het vervolg van zijn advies beschrijft de RVS vier ‘regiemodellen’ voor de acute zorg. Daarbij onderscheidt de RVS twee vragen die richting kunnen geven aan het denken over regie:

64 Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van deelbelangen naar gedeeld belang*, juni 2020, p. 13.

65 Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van deelbelangen naar gedeeld belang*, juni 2020, p. 31.

66 Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van deelbelangen naar gedeeld belang*, juni 2020, p. 16-25.

1. Wat is de schaal van de gesignaleerde problematiek? Sommige problemen doen zich op landelijk niveau voor, terwijl andere een meer regionaal karakter hebben.
2. In hoeverre is een vraagstuk expertmatig of normatief? Voor de RVS ligt het voor de hand dat normatieve vraagstukken door de overheid worden beantwoord ('inhoudelijke regie'). Expertmatige vraagstukken kunnen volgens de RVS beter door inhoudelijke experts worden beantwoord, waarbij de overheid 'regie voert op het proces'.

Naar de mening van de RVS zou de Rijksoverheid toegankelijkheidsnormen voor de acute zorg moeten vaststellen. De herziening van de bestaande norm dat iedereen per ambulance binnen 45 minuten bij een SEH-afdeling moet kunnen zijn, moet daarom onder verantwoordelijkheid van de centrale overheid plaatsvinden.

De totstandbrenging van een dekkend aanbod aan acute zorg per regio is volgens de RVS een taak voor de betrokken veldpartijen (zorgaanbieders en zorgverzekeraars) en een regionaal publiek bestuurder. Deze bestuurder noemt de RVS de 'Commissaris Acute Zorg' (CAZ). De RVS suggereert dat de CAZ door de minister van VWS wordt benoemd op basis van een voordracht van de ROAZ. De CAZ kan bijvoorbeeld een bestaande regionale bestuurder, zoals een Commissaris van de Koning, zijn.⁶⁷ Hij of zij is onafhankelijk voorzitter van het ROAZ. Als de CAZ van oordeel is dat voorgenomen besluiten binnen het ROAZ de toegankelijkheid in gevaar brengen of dat de belangen van burgers daarin onvoldoende zijn meegewogen, zou de CAZ die moeten kunnen voorleggen aan de minister van VWS.⁶⁸

4.2 'Houtskoolschets acute zorg' en 'Zorg van de toekomst'

De minister van VWS heeft in 2020 twee belangrijke documenten over de toekomstige inrichting van de gezondheidszorg gepubliceerd: de 'Houtskoolschets acute zorg' (Houtskoolschets; juli 2020)⁶⁹ en de discussienota 'Zorg voor de toekomst' (Zorg voor de toekomst; december 2020).⁷⁰

De minister constateert in de Houtskoolschets dat de acute zorg met enkele belangrijke problemen kampt: het is niet altijd duidelijk waar een patiënt met een acute vraag het beste naartoe kan gaan en het is steeds moeilijker om voldoende

67 De RVS noemt het voorbeeld van de Zorgtafel Drenthe, die wordt voorgezeten door de Commissaris van de Koning in die provincie.

68 Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van deelbelangen naar gedeeld belang*, juni 2020, p. 50-51.

69 *Kamerstukken II 2019/20, 29247, 314.*

70 Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

professionals te vinden. In de Houtskoolschets beschrijft de minister een nieuwe organisatie van de acute zorg, die bestaat uit:

- regionale 'zorgmeldkamers' voor niet levensbedreigende acute vragen;
- een gespreid netwerk van 'integrale spoedposten', waar zowel huisartsenzorg, acute geestelijke gezondheidszorg als laagcomplexen, niet levensbedreigend acute medisch-specialistische zorg wordt verleend;
- een kleiner dan het huidige aantal SEH-afdelingen van ziekenhuizen, waar hoogcomplexen of levensbedreigend acute medisch-specialistische zorg wordt verleend; en
- een klein aantal traumacentra, zoals die nu ook al bestaan.⁷¹

In de Houtskoolschets wordt niet duidelijk wie welke beslissingen moet nemen over het acute zorgaanbod. De minister meent dat normen over de toegankelijkheid van acute zorg landelijk moeten worden vastgesteld. De concrete inrichting van de acute zorg zou volgens de minister moeten worden bepaald in de elf ROAZ-regio's.⁷²

In de nota 'Zorg voor de toekomst', waarvan hier alleen het onderdeel 'organisatie en regie' wordt besproken, wijst de minister erop dat de Nederlandse gezondheidszorg in hoge mate decentraal is georganiseerd. Hoewel dat past bij de professionaliteit van zorgverleners, kan het volgens de minister ook leiden tot belangentegenstellingen en financiële prikkels die in de weg staan aan veranderingen.

De minister ziet het intensiveren van samenwerking in regio's als de oplossing voor dit probleem. Deze samenwerking moet in de eerste plaats leiden tot het ontstaan van 'regiobeelden': documenten waarin de betrokken partijen duidelijk maken wat het huidige zorgaanbod in de regio is, en hoe dit zorgaanbod gelet op de toekomstige behoefte zou moeten worden georganiseerd.⁷³

De nota 'Zorg voor de toekomst' bevat bij deze oplossing een aantal aandachtspunten en beleidsopties. Daarvan worden er hier enkele besproken.

De minister wijst erop dat 'de regio' geen eenduidig concept is. Hiervóór werden al de elf ROAZ-regio's en 25 veiligheidsregio's besproken. De veiligheidsregio's zijn tegelijk de werkgebieden van de GGD'en⁷⁴ en de RAV'en.⁷⁵ De minister suggereert dat ook de indeling van de 31 zorgkantorregio's⁷⁶ geschikt kan zijn voor de ordening van de zorg.

71 Houtskoolschets acute zorg, p. 23-31.

72 Houtskoolschets acute zorg, p. 41-42.

73 *Zorg voor de toekomst*, p. 21-22.

74 Artikel 14 lid 1 Wet publieke gezondheid.

75 Artikelen 1 lid 1 en 4 lid 2 Wet ambulancezorgvoorzieningen.

76 Artikel 4.2.1 lid 1 Besluit langdurige zorg.

De minister beschrijft dat samenwerking tussen zorgverzekeraars kan worden bevorderd door ‘congruente inkoop’. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat één zorgverzekeraar met zorgaanbieders onderhandelt over een zorginkoopovereenkomst. De andere zorgverzekeraars kunnen zich vervolgens aan deze overeenkomst conformeren door met de betrokken zorgaanbieders gelijklopende afspraken te maken (‘volgbeleid’). Dit gebeurt nu al in de huisartsenzorg.

Om ‘systeemfuncties’ te waarborgen, beschrijft de minister dat zorgverzekeraars verplicht zouden kunnen worden om over deze functies gezamenlijke overeenkomsten te sluiten met zorgaanbieders. De gezamenlijke zorgverzekeraars worden in dit model per regio vertegenwoordigd door één of twee van hen (‘representatie’).

Nog verder gaat de optie waarin de minister van VWS voor bepaalde vormen van zorg bepaalt op welke locaties die verleend mag worden (‘capaciteitsregulering’).

Een alternatief in de nota is het reguleren van het overleg tussen de betrokken partijen in een regio. Daarvoor kan de overheid per regio een onafhankelijke bemiddelaar aanwijzen. Ook kan de overheid voor dat overleg procedureregels stellen. De nota noemt de AMvB acute zorg als voorbeeld van zo’n regeling.⁷⁷

4.3 *Evaluatie Wet veiligheidsregio’s*

De Wvr is in 2010 in werking getreden. In 2020 heeft een evaluatie plaatsgevonden. De Wvr heeft naar de mening van de evaluatiecommissie bijgedragen aan een professionalisering van de crisisbeheersing en brandweerzorg. Daar staat tegenover dat de Wvr naar haar mening te veel gericht is op de organisatie van de individuele veiligheidsregio’s; de relatie tussen de veiligheidsregio’s onderling en tussen de veiligheidsregio’s en de centrale overheid moet meer aandacht krijgen.⁷⁸

Het evaluatierapport stelt vast dat de GHOR het onderdeel van de crisisbeheersingsorganisatie is waarover het minste consensus bestaat. Hetzelfde geldt voor de rol van de Directeur Publieke Gezondheid als verantwoordelijke voor de operationele aansturing van de GHOR, met inbegrip van de private zorgaanbieders daarbinnen, tijdens rampen en crises. Er is veel regionale variatie, zowel wat betreft de taken die de GHOR exact uitvoert als wat betreft de organisatie daarvan.⁷⁹

Een complicerende factor is volgens het evaluatierapport de relatie tussen de GHOR en de ROAZ’en. Een aantal taken dat oorspronkelijk bij de GHOR berust-

77 *Zorg voor de toekomst*, p. 23-25.

78 Evaluatie Wet veiligheidsregio’s, 2020, p. 8.

79 Evaluatie Wet veiligheidsregio’s, 2020, p. 51-53.

te, zoals opleiden, trainen en oefenen, is inmiddels aan de ROAZ' en toegekend. Het rapport stelt vast dat de betrokken private partijen zich goed kunnen organiseren, bijvoorbeeld in het LNAZ.⁸⁰

De evaluatiecommissie doet op basis van deze bevindingen de aanbeveling dat de voorbereiding en uitvoering van de geneeskundige hulp bij crises en rampen een verantwoordelijkheid van zorgaanbieders zelf wordt. Dit betekent dat een publieke GHOR-organisatie niet langer noodzakelijk is, maar dat – onder regie van de minister van VWS – een 'robuuste en compacte operationele organisatie' vanuit zorgaanbieders wordt gevormd. De voorzitter van de veiligheidsregio behoudt wel zijn bevoegdheid aanwijzingen te geven aan zorgaanbieders die zich onvoldoende voorbereiden op crises en rampen.⁸¹

4.4 *Evaluatie*

De organisatorische reactie van de curatieve zorg op de uitbraak van COVID-19 in Nederland laat duidelijke 'winnaars' en 'verliezers' zien. De ziekenhuizen, onder aanvoering van de traumacentra, hebben een leidende rol genomen. Ook het ministerie van VWS heeft veel invloed uitgeoefend op de organisatie van de verlening van zorg aan COVID-19-patiënten.

De rol van de zorgverzekeraars, volgens de Zvw-wetgever toch de 'regisseurs van de zorg', is beperkt gebleven tot het oppakken van de rekening: het opvangen van de financiële gevolgen van COVID-19.⁸² Ook de GHOR' ren hebben weinig zichtbare invloed gehad op de organisatie van de zorg.

Hoe moet deze taakverdeling worden beoordeeld? Het lijkt geen twijfel dat de uitbraak van COVID-19 in Nederland een 'crisis' is. Dat heeft juridische gevolgen. De geneeskundige hulpverlening in het kader van crises staat op basis van de Wvr onder de operationele leiding van de Directeuren Publieke Gezondheid van de veiligheidsregio's.⁸³

Een eerste opvallend element in de organisatie van de zorg na de uitbraak van COVID-19 is dat minister van VWS aan de vereniging van traumacentra heeft verzocht de coördinatie van de patiëntenzorg op zich te nemen. Dit verzoek heeft geleid tot de inrichting van het LCPS en de RCPS' sen. Dat zijn centra die in essentie de vraag naar en het aanbod van verpleeg- en IC-bedden samenbrengen. Dat

80 Evaluatie Wet veiligheidsregio's, 2020, p. 53-54.

81 Evaluatie Wet veiligheidsregio's, 2020, p. 93-94.

82 Zie par. 2.1 en 3.2.

83 Zie par. 2.4.

kan leiden tot de overname van patiënten; de beslissing daarover wordt genomen door artsen in het overdragende en het ontvangende ziekenhuis.⁸⁴

Daarmee wijkt de operationele coördinatie van de zorg voor COVID-19-patiënten duidelijk af van de wettelijke ordening. Van een volstrekte verrassing is echter geen sprake. Het onderzoek naar de voorbereiding op de behandeling van ebolapatiënten in 2014-2015, het onderzoek naar de respons op de griep epidemie van 2018-2019 en de evaluatie van de Wvr in 2020 laten zien dat de rol van de GHOR als verantwoordelijke voor de geneeskundige hulpverlening in tijden van crisis geen vanzelfsprekendheid is.⁸⁵

Het evaluatierapport over de Wvr stelt daarom voor zorgaanbieders zelf een organisatie voor crisisbeheersing te laten vormen.⁸⁶ Het is verleidelijk het LCPS en de RCPS'en als de voorlopers van die organisatie te beschouwen. Daarbij zijn wel enkele kanttekeningen te plaatsen.

Het LCPS en de RCPS'sen, die worden georganiseerd door de traumacentra, coördineren op dit moment alleen de inzet van ziekenhuiszorg en het ambulancevervoer tussen ziekenhuizen. COVID-19 raakt echter de gehele gezondheidszorg, in het bijzonder ook de huisartsenzorg en de zorg voor ouderen. Toekomstige crises zullen zich vast ook in verschillende sectoren laten voelen. Dat betekent dat een toekomstige crisisorganisatie in de gezondheidszorg zowel qua besturing als qua werkzaamheden ook andere sectoren van de gezondheidszorg zal moeten omvatten.

Daarbij komt dat COVID-19 zorgt voor zo'n evidente crisissituatie dat alle ziekenhuizen – na aarzelingen in maart 2020 – vrijwillig meewerken aan het verplaatsen van patiënten. Dat hoeft echter bij toekomstige crises niet zo te zijn. Een crisisorganisatie die uitsluitend is gebaseerd op de goede wil van de deelnemende zorgaanbieders schiet daarom naar mijn mening tekort.

Op dit punt blinkt de huidige wetgeving niet uit in executiekracht. De Wvr bevat weliswaar een aanwijzingsbevoegdheid van de voorzitter van de veiligheidsregio aan zorgaanbieders, maar de voorzitter kan de naleving van zo'n aanwijzing niet afdwingen. Als een zorgaanbieder de aanwijzing naast zich neerlegt, moet volgens de Wvr de minister van VWS in actie komen. Het is echter de vraag of die beschikt over een snel inzetbare bevoegdheid om zorgaanbieders in het gareel van een crisisaanpak te dwingen.⁸⁷

84 Zie par. 3.1.

85 Zie intermezzi 2 en 3 en par. 4.3.

86 Zie par. 4.3.

87 Zie par. 2.4.

De minister kan nu nog voorschriften aan de toelating op grond van de WTZi verbinden. Die bevoegdheid lijkt mij niet bedoeld voor spoedeisende opdrachten over het opvangen van patiënten of het afschalen van zorg.⁸⁸ Zelfs als dit anders is, vervalt deze bevoegdheid bij de inwerkingtreding van de Wtza, die is voorzien op 1 januari 2022.⁸⁹

De minister kan op basis van de Wkkgz aanwijzingen aan zorgaanbieders geven; in spoedeisende gevallen kan de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) een bevel geven.⁹⁰ De Wkkgz is echter een kwaliteitswet, die niet gaat over de vraag óf zorgaanbieders bepaalde zorg aanbieden maar over de vraag hóe zorgaanbieders zorg aanbieden.⁹¹ De AMvB acute zorg gaat wel over de beschikbaarheid en bereikbaarheid van acute zorg, maar ook na inwerkingtreding van dat besluit kan de minister geen operationele aanwijzingen aan zorgaanbieders geven over wel of niet te verlenen zorg. De regels in de AMvB gaan namelijk alleen over het overleg in het ROAZ, het beëindigen van acute zorg op een bepaalde locatie en de voorbereiding op crises en rampen.⁹²

Een tweede opvallend element in de organisatie van de zorg in het afgelopen jaar is de subsidieregeling van het ministerie van VWS voor de uitbreiding van de IC-capaciteit. Ook de auteurs van het opschalingsplan zagen die niet aankomen: zij hadden voor de bekostiging de bestaande mogelijkheden (tarieven, beschikbaarheidsbijdrage of een combinatie van beide) voor ogen. De toelichting op de subsidieregeling verklaart niet waarom niet van deze mogelijkheden gebruikgemaakt kon worden. Zeker een beschikbaarheidsbijdrage had dezelfde financiële effecten kunnen bereiken als deze subsidie van VWS.⁹³

De minister van VWS heeft niet zelf onderzocht bij welke ziekenhuizen de extra IC-capaciteit het beste gerealiseerd kon worden. Voor de beantwoording van

88 Het gaat immers over een instrument om de capaciteit van zorgaanbieders te reguleren, niet om het gebruik van die capaciteit te beïnvloeden.

89 Zie par. 2.3.

90 Artikel 27 lid 1 en 4 Wkkgz.

91 Dit geldt naar mijn mening ook voor de verplichting van artikel 3 Wkkgz om de zorgverlening op zodanige wijze te organiseren dat dit redelijkerwijs moet leiden tot goede zorg.

92 De minister kan mogelijk een aanwijzing geven die strekt tot het uitvoering van in het ROAZ gemaakte afspraken (artikel 8A.2 lid 2 AMvB acute zorg). Dat veronderstelt wel dat er in het ROAZ afspraken zijn gemaakt die het gewenste effect hebben. De AMvB acute zorg geeft geen regels over de wijze van besluitvorming in een ROAZ, zodat er niet van kan worden uitgegaan dat daarin anders dan op basis van unanimité afspraken gemaakt kunnen worden.

93 Zie par. 2.2 en 3.3.

die vraag volgt de regeling een door de ROAZ'en zelf opgesteld voorstel. Deze werkwijze roept de vraag op of COVID-19 een blauwdruk kan zijn voor de manier waarop beslissingen over de structurele ordening van de acute zorg tot stand kunnen komen.

Deze vraag is actueel, omdat het ministerie van VWS in de Houtskoolschets een tamelijk ingrijpende reorganisatie van de Nederlandse acute zorg beschrijft.⁹⁴ Ik voeg daaraan toe dat één van de lessen van COVID-19 zou kunnen zijn dat onze gezondheidszorg meer buffercapaciteit nodig heeft dan nu voorhanden is, bijvoorbeeld als het gaat om het aantal IC-bedden.

Wie zou voor zo'n reorganisatie of het opbouwen van extra IC-capaciteit het voortouw moeten nemen? De zorgverzekeraars hebben in het stelsel van de curatieve zorg de rol van regisseurs. Omdat de acute zorg een infrastructurele voorziening is, kunnen zij over de inkoop daarvan niet individueel beslissen: er kan niet één SEH-afdeling zijn voor Zilveren Kruis-verzekerden en een andere voor verzekerden van Menzis.⁹⁵ Een gezamenlijke poging tot reorganisatie van de acute zorg hebben de zorgverzekeraars echter moeten opgeven na verzet van de ACM.⁹⁶

Ook de voorgeschreven samenwerking van zorgaanbieders in het ROAZ ondergraaft de ordenende rol van zorgverzekeraars: hoewel de toelichting op de AMvB acute zorg vroom vermeldt dat de afspraken in het ROAZ niet meer dan 'behelpzaam' zijn voor de zorginkoop, is het een illusie om te denken dat de zorgverzekeraars méér kunnen doen dan de rekeningen betalen die voortvloeien uit de keuzes over het zorgaanbod die het ROAZ heeft gemaakt.⁹⁷ In zoverre is de situatie in het afgelopen jaar symptomatisch voor de rol van de zorgverzekeraars in de acute zorg.

Is dat erg? De RVS heeft in zijn rapport de aandacht gevestigd op het belang van legitimiteit van beslissingen over de acute zorg.⁹⁸ Zorgverzekeraars zijn private ondernemingen. Hun legitimiteit in het stelsel bestaat eruit dat zij hun taken in onderlinge concurrentie uitvoeren. Als verzekerden het niet eens zijn met de beslissingen van hun zorgverzekeraar over zorginkoop, zo is de gedachte, kunnen zij overstappen naar een zorgverzekeraar die naar hun mening wel de juiste zorg

94 Zie par. 4.2.

95 Vgl. J.J. Rijken, 'Concentratie van ziekenhuiszorg – iemand moet het doen, maar wie?', *TvGR* 2011, p. 544-559.

96 Zie Intermezzo 1. De ACM heeft haar goedkeurende oordelen over het gezamenlijke optreden van de zorgverzekeraars tijdens de uitbraak van COVID-19 (zie noot 51) uitdrukkelijk gemotiveerd door te verwijzen naar de crisissituatie waarin de gezondheidszorg zich bevindt.

97 Zie par. 2.3.

98 Zie par. 4.1.

inkoopt.⁹⁹ Bij de inkoop van acute zorg moeten zorgverzekeraars wel gezamenlijk optreden. De verzekerden kunnen hen daarom op beslissingen bij die inkoop niet 'afrekenen'. Dit maakt orderingsmodellen die het gezamenlijke optreden van zorgverzekeraars stimuleren, zoals 'congruente inkoop' en inkoop in representatie, kwetsbaar.¹⁰⁰

De huidige ordening van de acute zorg leunt sterk op de aanbieders van die zorg. Die aanbieders vertegenwoordigen – in de woorden van de RVS – slechts één van de narratieven over die zorg: dat van de medische kwaliteit.¹⁰¹ De aanbieders hebben ook hun eigen economische belangen te behartigen. Voor ziekenhuizen en medisch specialisten betekent een vermindering van het aantal SEH-afdelingen potentieel een flinke haircut van hun omzetten en inkomens. Dat bevordert hun veranderingsgezindheid niet.

De RVS heeft geopperd om de ROAZ' en te voorzien van een Commissaris Acute Zorg, een onafhankelijke publieke bestuurder die de besluitvorming in het ROAZ een zetje in de juiste richting kan geven en bij problemen de minister van VWS kan inlichten. Zo'n CAZ kan bijvoorbeeld een lokale publieke bestuurder zijn, bijvoorbeeld een Commissaris van de Koning.¹⁰²

Dat is zonder meer een interessante gedachte, maar wel één met haken en ogen. De verbinding van de CAZ met een bestaande publieke functie suggereert dat de betrokken bestuurder zijn activiteiten als CAZ onder democratische controle uitoefent. Dat lijkt me echter twijfelachtig, al is het maar omdat de regio-indelingen in de zorg – welke daarvan ook zou worden gekozen¹⁰³ – meestal niet samenvallen met de gebieden van bestaande decentrale overheden.

Een meer fundamentele vraag is wat de minister van VWS gaat doen als hij een melding ontvangt van een CAZ. De AMvB acute zorg bevat vooral procedurele normen en geeft de minister dus in beginsel geen bevoegdheden om inhoudelijke beslissingen te nemen over de inrichting van de acute zorg in een regio.¹⁰⁴ Daarbij komt dat dat soort beslissingen gebaseerd zou moeten zijn op regelgeving of beleid met daarin inhoudelijke normen over de acute zorg.

99 Zie par. 2.1.

100 Zie par. 4.2.

101 Zie par. 4.1.

102 Zie par. 4.1.

103 Zie par. 4.2.

104 Zie par. 2.3; een uitzondering is de situatie waarin een zorgaanbieder het aanbieden van acute zorg op een bepaalde locatie wil beëindigen, artikel 8A.4 AMvB acute zorg.

Een solide ordening van de acute zorg vraagt daarom naar mijn mening om wetgeving, op basis waarvan de overheid beslissingen kan nemen over het aanbod van deze zorg. De overheid zou moeten kunnen besluiten dat zorgaanbieders op een locatie bepaalde zorg niet meer kunnen aanbieden; de overheid zou ook moeten kunnen besluiten dat op een bepaalde locatie bepaalde zorg wel moet worden aangeboden.

Op het oog betekent de introductie van dergelijke wetgeving een gedeeltelijke breuk met het stelsel van de Zvw, waarin de zorgverzekeraars verantwoordelijk zijn voor de ordening van de verzekerde zorg. Het huidige stelsel kent echter al enkele elementen die de invloed van zorgverzekeraars op de acute zorg relativeren. Naast de al genoemde samenwerking in de ROAZ'en leidt ook de toekenning van beschikbaarheidsbijdragen door de NZa tot een beperking van de invloed van zorgverzekeraars. Zij kunnen immers op de verlening van de zorg die door middel van zo'n bijdrage wordt bekostigd maar weinig invloed uitoefenen, nu de zorgaanbieder niet van hen afhankelijk is voor bekostiging daarvan.¹⁰⁵

De Houtskoolschets en de nota 'Zorg voor de toekomst' wijzen op het belang van regionale samenwerking als motor voor de ordening van de zorg.¹⁰⁶ Daarbij zou passen om de regionale ordening van de acute zorg zo veel mogelijk op basis van de inbreng van in de betrokken regio actieve partijen te laten plaatsvinden. Als die partijen tot overeenstemming komen, hoeft de overheid niet meer te doen dan die overeenstemming te 'bekrachtigen'. Als de partijen in een regio er niet uitkomen, wacht de overheid een actievere rol: zij moet dan zelf de knoop doorhakken.

De wetgeving van de gezondheidszorg bevat een voorbeeld van regulering die in zo'n taakverdeling voorziet. Dat zijn de regels over de opname van kwaliteitsstandaarden in het register van het Zorginstituut.¹⁰⁷ Als het Zorginstituut een standaard in dat register opneemt, wordt die daardoor onderdeel van de norm 'goede zorg' van de Wkkgz. Organisaties van zorgaanbieders, zorgverzekeraars en patiënten kunnen conceptstandaarden aan het Zorginstituut aanbieden. Als deze concepten voldoen aan publieke normen, neemt het Zorginstituut ze in het register op. Als het Zorginstituut het nodig acht dat over een bepaald onderwerp een kwaliteitsstandaard tot stand komt en de betrokken partijen niet tot overeenstemming komen, kan het Zorginstituut zelf de standaard opstellen en in het register opnemen.

105 Zie par. 2.2. Enkele andere elementen met eenzelfde effect, zoals de Wet bijzondere medische verrichtingen (Wbmv) en de Wet ambulancezorgvoorzieningen (Wazv), blijven buiten beschouwing (zie noot 15).

106 Zie par. 4.2.

107 Artikelen 66a-66e Zvw.

Een soortgelijke procedure voor de acute zorg zou er als volgt kunnen uitzien:

1. De minister van VWS stelt normen vast voor de beschikbaarheid van acute zorg. Die normen beschrijven bijvoorbeeld binnen hoeveel tijd patiënten met een hartaanval ‘op tafel’ moeten liggen voor een coronair-interventie.
2. De NZa wordt belast met de uitvoering van deze normen. Die taak is immers een verschijningsvorm van marktordening, het expertisegebied van de NZa. Uitvoering door de NZa plaatst de concrete toepassing van de beschikbaarheidsnormen op afstand van de politiek.
3. De betrokken partijen in een regio kunnen aan de NZa een voorstel doen voor de inrichting van de acute zorg. De NZa stelt regels over wie ten minste onder ‘betrokken partijen’ worden verstaan. Dat zullen in ieder geval zorgaanbieders, zorgverzekeraars, gemeenten, veiligheidsregio’s en patiënten zijn. De NZa stelt ook regels over de inhoud van de voorstellen.
4. Als de betrokken partijen een voorstel doen, beoordeelt de NZa dat aan de hand van haar regels. Als het voorstel voldoet, neemt de NZa op basis daarvan publiekrechtelijke besluiten over het aanbod van acute zorg in een regio.
5. Als de betrokken partijen geen voorstel doen of het voorstel niet aan de regels voldoet, neemt de NZa op basis van een eigen afweging besluiten over de acute zorg in een regio.
6. De besluiten zijn beschikkingen, zodat daartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan.

Uiteraard roept deze suggestie een groot aantal nieuwe vragen op. Eén van deze vragen is hoe de besluitvormingsprocedure zich verhoudt tot de rechtspraak over ‘schaarse rechten’, die de afgelopen jaren sterk in ontwikkeling is. De bestuursrechter heeft de norm erkend dat ‘bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen’.¹⁰⁸

Een besluit van de NZa dat het mogelijk maakt om acute zorg te verlenen moet naar mijn mening als een schaarse vergunning worden beschouwd. Een besluitvormingsprocedure die voorrang geeft aan een door consensus tot stand gekomen voorstel staat mogelijk op gespannen voet met deze norm. Met een gezamenlijk voorstel kunnen de bestaande aanbieders een innovatief plan van een nieuwkomer immers buiten de deur houden.

Een andere vraag is wat deze besluitvormingsprocedure betekent voor de verzekering en bekostiging van de acute zorg. Op dit moment maakt deze zorg deel uit van het pakket van de zorgverzekering. De bekostiging vindt deels plaats op basis

108 Zie onder meer: conclusie S-A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927; ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86.

van prestatiebeschrijvingen en tarieven, en deels door beschikbaarheidsbijdragen. Als de overheid de ordening van de acute zorg zou overnemen, blijven de zorgverzekeraars op grond van de Zvw verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van deze zorg terwijl zij het aanbod daarvan niet kunnen beïnvloeden. Dat is geen benijdenswaardige positie.

De slotsom is dat de acute zorg in Nederland in twee opzichten suboptimaal gereguleerd is. Er is onduidelijkheid over de operationele aansturing van deze zorg in tijden van crisis. De structurele ordening van deze zorg vindt niet plaats overeenkomstig het ordeningsmodel van de Zvw, zonder dat een andere vorm van ordening is uitgewerkt. De ziekenhuizen en het ministerie van VWS hebben daardoor na de uitbraak van COVID-19 flink moeten improviseren. Dat heeft geleid tot onorthodoxe oplossingen, die afwijken van de wet (Wvr) of de beleidstheorie daarachter (Zvw). In zoverre biedt COVID-19 weliswaar geen blauwdruk voor de toekomst van de acute zorg, maar wel een krachtige diagnostische test voor de huidige staat daarvan.

Deel 9

De prijs van corona

prof. dr. W.N.J Groot*

* Prof. dr. W.N.J (Wim) Groot is hoogleraar Gezondheidseconomie aan de Universiteit Maastricht.

1 Inleiding

Nog nooit kromp de Nederlandse economie zo sterk als toen de eerste COVID-19 golf over ons land trok. In het tweede kwartaal van 2020 daalde het nationaal inkomen met 8,5%.¹ Cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek laten echter zien dat de Nederlandse economie er daarmee nog genadig vanaf kwam. In Duitsland, dat algemeen geroemd wordt vanwege zijn COVID-19-aanpak, kromp de economie in hetzelfde kwartaal met 9,7%, in België met 12,1% en in Frankrijk met 13,8%.² In het derde kwartaal van 2020 herstelde de economie zich wel weer, maar over de eerste drie kwartalen van 2020 kromp de economie toch met 2,9%.³ In het vierde kwartaal ging Nederland weer in lockdown. Welk effect dat heeft gehad op de economie is op het moment van schrijven van deze bijdrage nog onbekend.

De belangrijkste reden voor de krimp van de economie was de daling van de bestedingen van huishoudens. De consumptie daalde met 10,8%. Door de lockdown konden we geen geld uitgeven en door de angst voor het virus gingen we ook niet de deur uit om te gaan winkelen en geld uit te geven.

Door de economische krimp nam de werkloosheid toe tot – het nog altijd lage percentage van – 4,6%. Overigens was niet alles kommer en kwel. Supermarkten en andere winkels voor levensmiddelen boekten recordomzetten. Hetzelfde gold voor online winkels als bol.com. De COVID-19-lockdown leidde er ook toe dat de criminaliteit en dan met name het aantal woninginbraken sterk afnam. In tegenstelling tot de meeste werkenden die door de lockdown werden getroffen, kwamen inbrekers niet in aanmerking voor compensatie voor hun gederfde inkomsten.

Een deel van de uitval van de consumptieve bestedingen door de COVID-19-crisis is gecompenseerd door extra overheidsuitgaven. In de eerste drie kwartalen van 2020 gaf de overheid ongeveer 20 miljard euro uit aan COVID-19-maatregelen. Het grootste deel hiervan – 14 miljard euro – ging op aan loonsubsidies voor bedrijven (de NOW-regeling). Aan inkomenssteun voor zelfstandigen (Tozo-regeling) werd ruim 2 miljard euro uitgegeven. Als gevolg hiervan bleef het aantal bedrijven dat failliet ging door de crisis historisch laag en steeg ook het aantal werklozen maar heel beperkt. In totaal verwacht de overheid in 2020 meer

1 Zie: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/52/overheidstekort-na-drie-kwart-jaar-27-miljard-euro>.

2 Zie: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/43/economie-in-merendeel-eu-landen-harder-geraakt-dan-hier>.

3 Zie: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/52/economie-groeit-met-7-8-procent-in-derde-kwartaal-2020>.

dan 45 miljard euro aan COVID-19-maatregelen uit te geven.⁴ Ook in 2021 zal de overheid vele miljarden euro's uittrekken voor inkomenssteun aan bedrijven die door de COVID-19-crisis zijn getroffen. Naar verwachting zal de overheid in totaal meer dan 60 miljard euro uitgeven om de kosten van de COVID-19-crisis te bezweren. Als gevolg daarvan zal de staatsschuld oplopen tot ruim 500 miljard euro en uitkomen boven de 60% van het BBP, de maximumnorm van het Groei- en Stabilisatiepact van de EU.

Volgens het RIVM zijn tijdens de eerste COVID-19-golf 6.135 mensen overleden waarbij COVID-19 was vastgesteld. Hierdoor zijn 58.240 levensjaren verloren gegaan (het aantal overledenen maal hun resterende levensverwachting). Van de mensen die COVID-19 hebben overleefd, heeft een aantal tijdelijke of blijvende gezondheidsschade en beperkingen opgelopen door het virus. Het RIVM schat dit aantal jaren geleefd in verminderde gezondheid op 327. Daarmee komt de totale ziektelast – het totaal aantal jaren dat verloren is gegaan oftewel de Disability Adjusted Life Years (DALYs) door COVID-19 – uit op 58.567.⁵ Daarmee is de ziektelast van COVID-19 vier tot vijf keer hoger dan van de normale seizoensgriep. De ziektelast van de griep bedraagt volgens het RIVM gemiddeld zo'n 12.000 DALYs. Door de eerste COVID-19-golf is de gemiddelde levensverwachting in 2020 met ongeveer een halfjaar afgenomen.⁶ Dit is waarschijnlijk de eerste keer sinds de Tweede Wereldoorlog dat in een jaar de levensverwachting is gedaald.

De kanttekening die bij deze cijfers gemaakt moet worden, is dat het RIVM alleen rekent met de mensen bij wie tijdens de eerste golf COVID-19 is vastgesteld. Doordat tijdens de eerste COVID-19 golf slechts betrekkelijk weinig mensen getest konden worden op COVID-19, is dit een onderschatting van het werkelijk aantal COVID-19-slachtoffers. Als we bijvoorbeeld kijken naar de oversterfte in het eerste kwartaal van 2020 en we deze oversterfte toeschrijven aan COVID-19, dan is het aantal sterfgevallen door COVID-19 ongeveer 10.000, dat wil zeggen meer dan de helft hoger dan het aantal geregistreerde COVID-19-doden. Als we dat doortrekken naar de ziektelast, dan zou het aantal DALYs dat door COVID-19 verloren is gegaan ongeveer 90.000 bedragen, bijna acht keer zo veel als de ziektelast van een normaal griepseizoen. Schattingen voor de Verenigde Staten geven aan dat daar door het COVID-19-virus meer dan 2,5 miljoen levensjaren verloren zijn gegaan.⁷ De bevolkingsomvang van de VS is ruim 19 keer die van Nederland. Als we deze cijfers toepassen op de bevolkingsomvang van ons land, dan zouden tijdens de eerste golf in Nederland bijna 131.000 levensjaren verloren zijn gegaan door COVID-19.

4 Zie: https://www.rijksfinancien.nl/overheidsfinancien-COVID-19tijd?language_content_entity=nl.

5 Zie: <https://www.volksgezondheidtoekomstverkenning.nl/>.

6 Ibid.

7 Zie: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.10.18.20214783v1>.

Wat deze cijfers aangeven, is om te beginnen de grote omvang van de ziekte-last tijdens de eerste COVID-19-golf. De RIVM-cijfers geven aan dat COVID-19 in 2020 de op twee na grootste doodsoorzaak was. Daarbij moeten we bedenken dat dit gebeurde ondanks alle beschermingsmaatregelen die waren getroffen. Een tweede conclusie die we kunnen trekken, is dat de cijfers met onzekerheid omgeven zijn. Het aantal geregistreerde doden is een onderschatting van het werkelijk aantal doden en de berekening van het aantal verloren levensjaren zijn gebaseerd op aannames en veronderstellingen.

De COVID-19-pandemie zorgt niet alleen voor records in de omvang van de ziekte-last. Ook in de wetenschap leidt de pandemie tot ongekende taferelen. In ongekend korte tijd zijn nieuwe vaccins ontwikkeld. Het aantal wetenschappelijke publicaties dat binnen korte tijd over een en hetzelfde onderwerp zijn geschreven, is ook ongekend. Iets vergelijkbaars zien we in de media. De aandacht voor het virus in kranten, tv en radio en sociale media is overweldigend. De grote hoeveelheid informatie en kennis over het onderwerp en de snelheid waarop inzichten veranderen, maken het niet eenvoudig om nog iets origineels toe te voegen. Daarnaast is de kans groot dat tussen het moment van schrijven van dit artikel en publicatie inzichten al gemeengoed zijn geworden of ingehaald door nieuwe ontwikkelingen. Om deze reden trachten wij in deze bijdrage niet te dicht op de actualiteit te zitten maar een meer beschouwende en algemenere bijdrage aan de discussie over de economische impact van de COVID-19-pandemie te geven.

Geschiedschrijving van gebeurtenissen die nog gaande zijn, is een moeilijke zo niet onmogelijke taak. Dat geldt voor het schrijven van deze bijdrage, het geldt ook voor het beleid. In september was het kabinet-Rutte nog optimistisch over de toekomst. Op aanraden van het Centraal Planbureau verwachtte het kabinet in september 2020 dat de economie in 2021 met 3,5 procent zou groeien, de koopkracht met gemiddeld 0,8 procent omhoog zou gaan, de werkloosheid wel zou toenemen maar toch met 5,9 procent redelijk beperkt zou blijven en de staats-schuld maar net iets boven de door Brussel toegestane zestig procent uitkomt. Wel zou door alle steunmaatregelen, investeringen en belastingverlagingen het begrotingstekort tot bijna ongekende hoogte van 5,1 procent van het BBP stijgen. Op het moment van schrijven van deze bijdrage, in januari 2021, zitten we midden in de tweede golf van de COVID-19-epidemie en in een volledige lockdown met avondklok van onze samenleving. Een derde golf lijkt aanstaande. Nieuwe omvangrijke steunpakketten moeten ervoor zorgen dat grote delen van het bedrijfsleven niet alsnog kopje-onder gaan. Hoewel inmiddels een begin is gemaakt met vaccineren, weet niemand hoelang het zal duren voordat de samenleving en de economie weer helemaal opengaan. De onzekerheid over de impact van nieuwe varianten van het virus en de mate waarin de vaccins hiertegen bescherming bieden, is groot. De ramingen van het CPB uit september lijken inmiddels eerder wensdenken dan realiteit te worden.

2 De inbreng van economen in het COVID-19-debat

In de aanpak van de COVID-19-crisis spelen economen slechts een marginale rol. De COVID-19-crisis is niet het 'finest hour' van de economische wetenschap. De inbreng van economen tijdens de COVID-19-crisis werd vooral genegeerd. Twee dissidente geluiden onder economen kregen relatief de meeste aandacht. De eerste was dat de (gedeeltelijke) lockdown meer schade toebrengt dan dat het aan baten opleverde. Deze opvatting werd tijdens de eerste COVID-19-golf in het eerste kwartaal van 2020 door enkele journalisten, sociologen en economen naar voren gebracht. Een andere groep economen betoogde tijdens de tweede COVID-19-golf eind 2020 dat een gecontroleerde verspreiding van het virus in combinatie met afzondering van kwetsbare groepen in de samenleving een betere strategie zou zijn en minder schade veroorzaakt dan een gedeeltelijke lockdown.⁸

Het hielp daarbij niet dat economen elkaar nogal eens tegenspraken. Zo beweerde de Nijmeegse hoogleraar 'Besturen van Veiligheid' Ira Helsloot dat de economische schade door de eerste lockdown meer dan een miljoen euro per gewonnen levensjaar was, terwijl de Delftse risico-onderzoeker Bas Kolen berekende dat de lockdownmaatregelen vanuit gezondheidseconomisch oogpunt alleszins te verdedigen waren. We gaan hierna nader op deze diametraal verschillende opvattingen in. Een aantal economen hebben zich aangesloten bij het Red Team dat bij elke maatregel van de overheid nog strenger ingrijpen eist, terwijl economen van herstel.nl zeggen dat de maatregelen te streng zijn en versoepeld moeten worden.

Ter verdediging van de economische wetenschap moet worden gezegd dat ook andere wetenschappen tijdens de crisis weinig in te brengen hebben. Zo hoorden we ethici wel over de enigszins hypothetische vraag of een eventueel laatste IC-bed door loting verdeeld moet worden of naar een jongere moet gaan, maar niet of het gerechtvaardigd is dat zorgmedewerkers eerder gevaccineerd worden dan kwetsbare ouderen. Bij de discussie over de invoering van de avondklok stond de vraag centraal of dit de R-waarde met 0,08 of 0,13 zou verlagen. De minstens zo belangrijke vraag of dit besluit vanuit juridisch oogpunt proportioneel was, kwam niet of nauwelijks aan bod.

De dominantie van de medische wetenschap tijdens de COVID-19-pandemie is groot en leidt ertoe dat andere wetenschappelijke inzichten niet of nauwelijks gehoord worden. Kinderartsen worden om hun deskundige mening gevraagd over het sluiten van de scholen, ziekenhuisbestuurders dwingen af dat hun personeel in de acute zorg als eerste wordt gevaccineerd en een virologe die op verzoek van de WHO een reis naar China gaat maken, wordt door het NOS-journaal op Schiphol uitgezwaaid.

8 Zie: <https://voxeu.org/article/current-COVID-19-strategy-effective>.

Slechts een enkele keer leken andere dan medische overwegingen een rol te spelen in het COVID-19-beleid. De Nijmeegse socioloog Ira Helsloot was de eerste onderzoeker die betoogde dat de lockdown tijdens de eerste COVID-19-golf meer schade toebracht dan het aan mensenlevens bespaarde. Hij beweerde dat de kosten per Quality Adjusted Life Year (QALY) 7 miljoen euro bedroeg. Een wetenschappelijke onderbouwing van zijn bewering is niet te vinden, een academische publicatie met een onderbouwing lijkt er niet te zijn. Het heeft er alle schijn van dat dit een berekening op de achterkant van een bierviltje is geweest.⁹

De Delftse risico onderzoeker dr. Bas Kolen heeft zorgvuldiger onderzocht wat de maatschappelijke kosten en baten zijn van de COVID-19-maatregelen.¹⁰ Hij tracht daarbij een vergelijking te maken tussen de kosten en baten van de lockdown-maatregelen tijdens de eerste COVID-19-golf in het tweede kwartaal van 2020 met het 'niets doen'-scenario waarbij het virus ongebreideld zijn gang had kunnen gaan. De baten van de lockdown is het aantal sterfgevallen dat wordt voorkomen en het aantal levensjaren dat daardoor wordt bespaard. Kolen gaat er vanuit dat de waarde van een zo gewonnen levensjaar 80.000 euro bedraagt. De kosten van de lockdownmaatregelen zijn bekend: de economische krimp en de uitgaven aan compensatieregelingen door de overheid. Zijn conclusie is dat de baten van de lockdownmaatregelen – het aantal bespaarde levensjaren – in het voorjaar van 2020 hoger waren dan de kosten ervan. Vanuit een kosten-batenperspectief waren deze lockdownmaatregelen dus te rechtvaardigen. Hij betoogt ook dat bij een langdurige lockdown uiteindelijk de kosten veel hoger zijn dan de baten en dus niet efficiënt zijn.

Wat opvalt, zijn de totaal verschillende conclusies die Helsloot en Kolen trekken: de kosten per QALY bedragen 7 miljoen euro versus de baten van de lockdown waren hoger dan de kosten. Laten we de kosten-batenanalyse van de COVID-19-maatregelen eens wat kritischer bekijken.

3 Een kosten-batenanalyse van de COVID-19-maatregelen

Bij een kosten-batenanalyse worden de kosten en baten van een interventie of maatregel met elkaar vergeleken. Als het verschil tussen baten en kosten een bepaalde drempel overstijgt, dan is de interventie kosteneffectief, als de interventie kosteneffectief is en de kosten-batenverhouding van de interventie ook nog eens hoger is dan van alternatieve interventies, is de interventie efficiënt. We kunnen dit ook toepassen op de COVID-19-maatregelen.

9 Zie: <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/gevolgen-COVID-19maatregelen-moreel-onverantwoord.htm>.

10 Zie: <https://esb.nu/incoming/20061414/een-eerste-kwantitatieve-analyse-van-de-nederlandse-COVID-19maatregelen>.

De baten van de COVID-19-maatregelen zijn het aantal doden dat wordt voorkomen. Zonder de gedragsmaatregelen (het houden van anderhalve meter afstand en de hygiënemaatregelen) en de lockdown zouden veel meer mensen zijn overleden. Hoeveel mensenlevens zijn bespaard door de lockdown valt niet te zeggen. Tijdens de eerste golf bedroeg de oversterfte ongeveer 10.000 mensen. Zonder de lockdownmaatregelen zou het aantal doden nog veel hoger zijn geweest. Hoeveel meer zullen we nooit weten. Zeker aan het begin van de pandemie was de angst groot dat COVID-19 vele tienduizenden slachtoffers zou maken. Op 17 maart 2020, het begin van de pandemie in Nederland, berekende *de Volkskrant* dat het virus in het gunstigste geval 30.000 slachtoffers zou maken en er in het meest ongunstige geval meer dan een half miljoen doden zouden vallen.¹¹ Omdat we niet precies weten hoeveel sterftegevallen zijn voorkomen door de lockdownmaatregelen wordt in kosten-batenonderzoek gewerkt met aannames en met verschillende varianten van het aantal dodelijke slachtoffers als er geen lockdown was geweest.

Voor elk van deze varianten moet vervolgens worden bepaald wat de verwachte resterende levensverwachting is van de potentiële slachtoffers van COVID-19 – de personen die door de lockdown niet zijn overleden. Ook dit is onzeker. De mensen die daadwerkelijk zijn overleden aan COVID-19 zijn hoofdzakelijk ouderen met een relatief beperkte resterende levensverwachting. Als er geen lockdown was geweest en het virus ongecontroleerd zijn gang had kunnen gaan, waren er waarschijnlijk zowel meer ouderen als jongeren overleden. Om het aantal bespaarde levensjaren door de COVID-19 te bepalen, moet van elke leeftijdsgroep het overlijdensrisico door COVID-19 zonder lockdown worden vastgesteld en het verlies aan levensjaren als zij zouden zijn overleden aan COVID-19. Als dit allemaal is bepaald, dan kan een inschatting worden gemaakt van het totaal aantal verloren levensjaren als er geen lockdown was geweest. Dit zijn de bespaarde levensjaren door de lockdown.

Zoals uit de beschrijving blijkt, is de winst in levensjaren door de lockdown gebaseerd op veel, vaak heroïsche en arbitraire veronderstellingen. Als gevolg hiervan kan worden betwijfeld hoe betekenisvol en betrouwbaar de schattingen van het aantal bespaarde levensjaren door de lockdown is.

Voor de kosten van de lockdown geldt min of meer hetzelfde. Tijdens de lockdown in het tweede kwartaal van 2020 kromp de Nederlandse economie met 8,5%. Daarnaast gaf de Nederlandse overheid zo'n 20 miljard euro uit om grotere schade aan de economie te beperken. Deze leningen werden gebruikt om onder andere de NOW-regelingen mee te financieren. Niet alleen de Rijksoverheid

11 Maarten Keulemans (2020), 'Hoeveel levens kan COVID-19 in ons land eisen?', *de Volkskrant*, 17 maart 2020.

trachtte door compensatiemaatregelen de economische schade te beperken, ook lagere overheden boden compensatie. Naast de overheden boden de zorgverzekeraars zorgaanbieders compensatie aan. De schade aan de economie en de kosten van de steunpakketten tijdens de lockdown zijn redelijk goed in kaart te brengen.

Echter, deze kosten zijn niet direct toe te schrijven aan de lockdown. Het valt niet aan te geven of de economische schade tijdens het tweede kwartaal van 2020 ook volledig werd veroorzaakt door de lockdown. Welk deel van de schade door de lockdown kwam en welk deel door het COVID-19-virus zelf, valt niet vast te stellen. Ook zonder lockdown zou het COVID-19-virus schade aan de economie hebben toegebracht. Hiervoor hebben we al aangegeven dat de economische krimp in landen als Zweden, dat minder strenge lockdownmaatregelen kende dan Nederland, zelfs groter was dan bij ons. En dan had Zweden nog wel beschermende maatregelen genomen. Wat er was gebeurd als er geen enkele beschermende maatregel was genomen en het virus ongebreideld zijn gang had kunnen gaan, valt niet aan te geven. Zonder de lockdown zouden meer werknemers ziek thuis zijn komen te zitten. Belangrijker is nog dat als het virus ongebreideld was rondgegaan dit tot grote angst en onzekerheid onder de bevolking had geleid. Deze angst en onzekerheid hadden ertoe geleid dat mensen zich thuis hadden teruggetrokken. Mensen zouden niet meer naar hun werk zijn gegaan, waren niet meer gaan winkelen, zouden niet meer naar een café of restaurant zijn gegaan en zouden plaatsen waar veel mensen samenkomen zoals in bioscopen, theaters en musea zijn gaan mijden. Kortom, zonder lockdown was de economie waarschijnlijk ook tot stilstand gekomen en waren de consumentenbestedingen ook sterk achteruitgegaan. Het is niet ondenkbaar dat zonder lockdown de angst onder de bevolking zo groot was geweest dat de schade aan de economie nog groter was uitgevallen dan met de lockdown. Het IMF wijst hier ook op in haar rapport.¹²

Er is nog een tweede reden waarom de kosten niet te bepalen zijn. De economische schade is meer dan alleen de omvang van de krimp van de economie in het tweede kwartaal van 2020. Zonder het virus had de Nederlandse economie in het tweede kwartaal gegroeid. De totale economische schade is de krimp plus de gemiste economische groei. Hoeveel de economische groei zou zijn geweest als er geen COVID-19-virus zou zijn geweest, weten we niet. Ook weten we niet hoe de gemiste groei en de krimp in het tweede kwartaal van 2020 de economische groei in de kwartalen en jaren daarna hebben beïnvloed. In het derde kwartaal van 2020 groeide de Nederlandse economie met 7,8 procent.¹³ Een deel van de krimp in het tweede kwartaal van 2020 is dus in het derde kwartaal weer goed gemaakt. In het

12 Zie: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>.

13 Zie: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/52/economie-groeit-met-7-8-procent-in-derde-kwartaal-2020>.

vierde kwartaal kwamen we in de tweede COVID-19-golf terecht en kromp de economie weer. In hoeverre er blijvende schade aan de economie is ontstaan door de lockdown en zo ja, hoe groot deze structurele schade is weten we niet en zullen we ook nooit te weten komen.

De conclusie is dat berekeningen van de maatschappelijke kosten en baten van de lockdownmaatregelen op drijfzand zijn gebaseerd. Het is dus terecht dat deze berekeningen geen invloed hebben gehad op het COVID-19-beleid van de overheid. Meer in het algemeen hebben overwegingen van economische doelmatigheid geen enkele rol gespeeld in het COVID-19-beleid. Het COVID-19-beleid had twee doelstellingen: 1) het voorkomen van overbelasting van de ziekenhuizen en 2) het voorkomen van sterfte onder kwetsbare groepen. Het beleid was er volledig op gericht om mensonterende en moreel onaanvaardbare situaties te voorkomen. Denk daarbij aan overvolle ziekenhuizen, gebrek aan plaatsen op de IC-afdelingen, ambulances die uren voor de ingang van het ziekenhuis staan te wachten voordat ze patiënten kunnen afleveren, patiënten die op brancards en stoelen in de gangen liggen omdat alle bedden zijn bezet en patiënten die op het toilet overlijden. Of denk aan massale sterfte van bewoners in verpleeghuizen aan COVID-19. Kortom, taferelen die we in het buitenland soms hebben gezien, maar die wij hier koste wat het kost wilden voorkomen. Het was moreel, maatschappelijk en politiek onaanvaardbaar geweest als in ons land de ziekenhuiszorg was ingestort en de sterfte aan COVID-19 massaal was opgelopen.

Men kan zich wel afvragen hoe succesvol het COVID-19-beleid van de overheid is geweest. Zowel tijdens de eerste als de tweede golf lag de prioriteit meer bij de eerste doelstelling – het voorkomen van overbelasting van de ziekenhuizen – dan op de tweede doelstelling van het voorkomen van sterfte onder kwetsbare groepen. Tijdens de eerste COVID-19-golf uitte zich dit in het feit dat de beschikbare COVID-19-testen en beschermende mondmaskers en kleding met voorrang naar het personeel in de ziekenhuizen gingen en niet naar het personeel in de verpleeghuizen. Tijdens de tweede COVID-19-golf uitte zich dit doordat het vaccineren traag op gang kwam en het personeel in de acute zorg in de ziekenhuizen eerder gevaccineerd werd dan verpleeghuisbewoners.

De conclusie dat berekeningen over de kosten en baten van de COVID-19-maatregelen onzeker en onbetrouwbaar zijn, doet de vraag rijzen of dit in zijn algemeenheid voor kosten-batenonderzoek geldt. In de gezondheidszorg wordt veel kosten-batenonderzoek gedaan. Voor bijvoorbeeld de opname van nieuwe geneesmiddelen in het verstrekkingenpakket van de zorgverzekering is bewijs van kosteneffectiviteit zelfs een vereiste. Gelden voor dit onderzoek dezelfde bezwaren als voor het kosten-batenonderzoek naar de COVID-19-maatregelen? Het antwoord op deze vraag is: voor een belangrijk deel wel. Er is echter wel een belangrijk verschil. Bij geneesmiddelenonderzoek gaat het om een interventie

waarvan het effect duidelijk vast te stellen is (middels een *randomized controlled trial*) en toe te schrijven valt aan de interventie. Bij de COVID-19-maatregelen is het oorzakelijk verband niet duidelijk wetenschappelijk aantoonbaar (geen *randomized controlled trial*) en vallen de effecten in het geval de maatregelen niet waren doorgevoerd (de ‘counterfactual’), niet te bepalen. In mindere mate geldt dit ook voor de kosten. Toch is er alle reden om kritisch te kijken naar de betrouwbaarheid van kosten-batenonderzoek in het algemeen.

4 De betrouwbaarheid van kosten-batenonderzoek

Maatschappelijke kosten-batenanalyses spelen een belangrijke rol in de besluitvorming over de besteding van publieke middelen. Voorafgaand aan besluiten over grote infrastructurele investeringen – zoals de aanleg van een spoorweg, luchthaven of een industrieterrein – vindt er standaard een maatschappelijke kosten-batenanalyse plaats. Ook in de gezondheidszorg wordt veelvuldig gebruikgemaakt van kosten-batenanalyses. Voor de toelating van nieuwe geneesmiddelen tot het vergoedingensysteem van de zorgverzekering is een economische evaluatie een vereiste. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat voor veel andere verstrekkingen in de zorgverzekering, bewijs van kosteneffectiviteit niet wordt gevraagd. Van een groot deel van de verzekerde zorg is om deze reden onbekend of deze kosteneffectief is. Het Zorginstituut heeft recent een pleidooi gehouden voor passende zorg en streeft ernaar alleen bewezen kosteneffectieve behandelingen in het verzekerde pakket op te nemen.¹⁴ Om dit te bereiken, zal grootschalig onderzoek naar de (kosten)effectiviteit van behandelingen die op dit moment onderdeel zijn van het verzekerde pakket noodzakelijk zijn.

Twee vormen van kosten-batenanalyse kunnen worden onderscheiden: ex ante kosten-batenanalyse voorafgaand aan een investeringsbeslissing en ex post kosten-batenanalyse nadat een investering is gerealiseerd. Van deze twee is de betrouwbaarheid van een ex ante analyse het laagst, vanwege de vele veronderstellingen die moeten worden gemaakt over kosten en baten voorafgaand aan een investering. Het is niet verwonderlijk dat er vaak meerdere en onderling tegenstrijdige ex ante kosten-batenanalyses worden uitgevoerd op basis van verschillende aannames over de verwachte kosten en baten. Het komt verder vaak voor dat de kosten van een investeringsproject en waarop de kosten-batenanalyse is gebaseerd, uiteindelijk hoger uitvallen dan begroot. Notoire voorbeelden uit het verleden zijn de Betuwelijn en de Noord/Zuid-metrolijn in Amsterdam. Van recenter datum zijn de kostenoverschrijding van de Hoekse Lijn metroverbinding in Rotterdam en de Uithoflijn in Utrecht, een van de duurste tramlijnen ter wereld.

14 Zie: <https://www.zorginstituutnederland.nl/binaries/zinl/documenten/adviezen/2020/11/30/advies-samenwerken-aan-passende-zorg-de-toekomst-is-nu/Rapport+-+Samenwerken+aan+passende+zorg.pdf>.

Hoewel bij een ex post kosten-batenanalyse meer bekend is over de kosten (of bijvoorbeeld de prijs als het om een geneesmiddel gaat) en soms ook over de baten, zijn ook hier vragen over de betrouwbaarheid van de uitkomsten. De baten, en soms ook de kosten, van de investering zijn vrijwel altijd gespreid over de tijd. Omdat kosten en baten niet synchroon lopen, dienen de kosten en baten contant gemaakt te worden: er moet worden bepaald wat de waarde nu is van kosten en baten die in de toekomst vallen. De huidige waarde van toekomstige kosten en baten wordt bepaald door deze te disconteren. De keuze voor de disconteringsvoet bepaalt in belangrijke mate of een investering kosteneffectief wordt geacht of niet. Meestal worden de kosten nu gemaakt en worden de baten in de toekomst ontvangen. In de zorg betalen we nu voor een geneesmiddel of behandeling waardoor de levensverwachting en de kwaliteit van leven in de toekomst toenemen. Een hogere disconteringsvoet leidt er toe dat baten, zoals de gezondheidswinst, die in de toekomst worden ontvangen in het heden een lagere waarde hebben. Bij een lagere disconteringsvoet hebben toekomstige baten in het heden een relatief hogere waarde. De keuze voor een lage of hoge disconteringsvoet bepaalt dus in grote mate of de baten hoog of laag worden gewaardeerd. Dit is vergelijkbaar met de discussie die wordt gevoerd over onze pensioenen waarbij als we uitgaan van de huidige lage rente op de kapitaalmarkt de dekkinggraad van de pensioenfondsen (de verhouding tussen het aanwezige kapitaal in het fonds en de toekomstige pensioenaanspraken) beneden de 1 ligt, terwijl als we uitgaan van het feitelijk hogere rendement op de pensioenbeleggingen de dekkinggraad boven de 1 ligt.

De uitkomsten van maatschappelijke kosten-batenanalyses worden bepaald door veronderstellingen over 1) de omvang van toekomstige kosten en baten, 2) de waardering van deze toekomstige kosten en baten in het heden (de disconteringsvoet) en 3) welke kosten en baten worden meegenomen in de analyses. De omvang van toekomstige kosten en baten is vaak onzeker en de waardering van deze toekomstige kosten en baten is arbitrair. Dat laatste geldt ook voor de vraag welke kosten en baten worden meegenomen. Soms zijn kosten of baten niet direct te kwantificeren of in geld uit te drukken en worden deze daarom niet meegenomen bij de berekening van de kosteneffectiviteit. Dit geldt bijvoorbeeld voor de milieuschade of de invloed op het welbevinden die een investering met zich meebrengt. Soms wordt er ook voor gekozen om bepaalde kosten en baten niet mee te nemen. Zo wordt er soms voor gekozen om de kosten voor mantelzorg niet mee te nemen bij de berekening van de kosteneffectiviteit van ziekenhuisbehandelingen. Vaak, maar niet altijd, wordt er bij de toelichting op de berekening van de kosteneffectiviteit wel vermeld dat er nog andere kosten en baten zijn die niet in de berekeningen zijn meegenomen.

Het voorgaande maakt duidelijk dat beslissingen die zijn gebaseerd op een kosten-batenanalyse op een wankelende basis berusten. In dat licht bezien, is het misschien ook wel goed dat in de praktijk de invloed van een kosten-batenanalyse op

de besluitvorming vaak beperkt is. Dit is in de zorg goed aanwijsbaar. In Nederland wordt bij de beoordeling of een geneesmiddel of behandeling kosteneffectief een maximumbedrag van 80.000 euro per QALY gehanteerd: als de kosten per gewonnen levensjaar in goede gezondheid minder dan 80.000 euro bedragen, is het kosteneffectief. Hierbij zijn twee kanttekeningen te plaatsen. Om te beginnen is de grens van 80.000 euro per QALY arbitrair. In België wordt gerekend met een maximum van 40.000 euro per QALY, de helft van het bedrag dat in ons land wordt gehanteerd. Toch zal niemand willen beweren dat een extra levensjaar van een Belg slechts de helft waard is van een extra levensjaar van een Nederlander. Ook andere landen hanteren andere grenzen aan wat kosteneffectief wordt genoemd. De grens van 80.000 euro per QALY is gebaseerd op een advies van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg uit 2006.¹⁵ De RVZ baseerde zich daarbij op een achtergrondstudie waarin werd betoogd dat de waarde van een statistisch levensjaar ongeveer 80.000 euro bedraagt.

Een tweede kanttekening is dat in de praktijk geneesmiddelen en behandelingen die niet kosteneffectief zijn toch in het verstrekkingenpakket worden opgenomen. Een goed voorbeeld zijn de medicijnen die worden gebruikt bij de ziekte van Pompe en de ziekte van Fabry. Daarvan heeft het Zorginstituut berekend dat de kosten per QALY meer dan een miljoen euro bedragen, vele malen meer dan wat kosteneffectief wordt geacht. De toenmalige minister van Volksgezondheid Schippers wilde dit advies van het ZiN overnemen. Hierover ontstond in de media in de Tweede Kamer zo veel commotie dat de minister op haar voorgenomen besluit terugkwam en deze medicijnen vergoed bleven. Uiteindelijk ligt de beslissing om geneesmiddel te vergoeden bij de minister, gecontroleerd door de Tweede Kamer. De Tweede Kamer vindt het heel moeilijk om maatschappelijke druk om een geneesmiddel ondanks dat het niet kosteneffectief is wel te vergoeden, moeilijk te weerstaan. Met de mond wordt beleden dat alleen zinnige zorg moet worden vergoed, de praktijk is vaak anders. Een ander, meer recent voorbeeld is de kuur voor astmapatiënten in Davos. Ook hiervoor is volgens het Zorginstituut niet voldoende bewijs dat dit kosteneffectief is.¹⁶ Toch is, wederom onder druk van de Tweede Kamer, besloten deze verstrekking te blijven vergoeden. Voor nieuwe dure geneesmiddelen die tegen de officiële prijs niet kosteneffectief zijn, heeft het ministerie van VWS sinds enige jaren het beleid dat geheime prijsafspraken worden gemaakt met fabrikanten. Vanwege de geheimhouding is het onbekend of de korting op de prijs die Nederland door onderhandelingen verkrijgt deze geneesmiddelen wel kosteneffectief zijn.

15 Zie: https://www.raadrvs.nl/binaries/raadrvs/documenten/publicaties/2006/06/07/zinnige-en-duurzame-zorg/Advies_-_Zinnige_en_duurzame_zorg.pdf.

16 Zie: <https://www.zorginstituutnederland.nl/binaries/zinl/documenten/standpunten/2019/12/10/standpunt-hooggebergtebehandeling/Brief+en+standpunt+hooggebergtebehandeling+bij+ernstig+refractair+astma.pdf>.

Heeft een economische evaluatie – een kosten-batenanalyse of kosteneffectiviteitsanalyse – dan geen enkele waarde? Nee, dat zou te ver gaan. Een economische evaluatie kan waardevolle kennis opleveren indien het een vergelijking van twee of meerdere alternatieven betreft. Als bij een berekening van de kosten en baten van twee of meer alternatieven dezelfde veronderstellingen worden gehanteerd en dezelfde kosten en baten worden meegenomen, kan een economische evaluatie bruikbare informatie voor besluitvorming opleveren. Economische evaluatie heeft een waarde in de relatieve vergelijking van alternatieven.

De beperkte waarde van een economische analyse heeft gevolgen voor de rol die deze bij besluitvorming kan spelen. De uitkomsten van een economische analyse kunnen onderdeel zijn van besluitvorming, maar nooit besluitvorming sturen. Besluiten over vergoeding van verstrekkingen in het basispakket van de zorgverzekering zijn maatschappelijke besluiten en kunnen nooit bepaald worden door overwegingen van kosteneffectiviteit. Daarnaast dient altijd kritisch te worden gekeken naar de gemaakte veronderstellingen en de reikwijdte van de bevindingen.

5 Conclusie

Uit de beschouwing van de rol van economen en de economische wetenschap tijdens de COVID-19-crisis vallen twee conclusies te trekken. De eerste is dat de aandacht en het gewicht dat aan de economische inbreng zijn gegeven tijdens de crisis betrekkelijk gering zijn geweest. Het betoog van sommige economen dat de schade die door de COVID-19-maatregelen werden veroorzaakt niet in overeenstemming is met de gezondheidswinst die het opleverde, vond nauwelijks tot geen gehoor. De tegengeluiden van economen werden ook keer op keer door de ernst van de pandemie ingehaald. De tweede conclusie is dat het terecht was dat de inbreng van economen geen belangrijke rol heeft gespeeld. De conclusies uit de economische analyses spraken elkaar tegen. Belangrijker dan dat is dat de kosten en de baten van de COVID-19-maatregelen met zo veel onzekerheden omgeven zijn, dat een valide conclusie over de effecten van de maatregelen vrijwel niet te trekken is. Dit komt grotendeels doordat economische evaluatie van dergelijke preventiemaatregelen met veel meer onzekerheden is omgeven dan een economisch evaluatie van een medische interventie zoals een nieuw geneesmiddel. De uitkomsten van een economische evaluatie zijn altijd gebaseerd op (arbitraire) veronderstellingen en omgeven door onzekerheden. De gekozen veronderstellingen bepalen in hoge mate de uitkomsten van een economische evaluatie. Bij de evaluatie van de COVID-19-maatregelen zijn de onzekerheden nog stuk groter, waardoor de betrouwbaarheid van kosten-batenonderzoek naar COVID-19 gering is. Bij de evaluatie van een nieuw geneesmiddel weten we meer over de kosten en de baten en is het eenvoudiger om causale verbanden aan te tonen dan bij de preventieve COVID-19-maatregelen.

Belangrijker dan dat is dat het belang dat wordt gehecht aan de uitkomsten van een kosten-batenanalyse een morele beslissing is. Als we de uitkomsten van een kosten-batenanalyse leidend laten zijn, stellen we (economisch) nut boven zaken als rechtvaardigheid en menselijke waardigheid. De COVID-19-crisis heeft duidelijk gemaakt dat we daartoe niet bereid zijn. En dat is terecht.

Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht (1968-2020)

(zie: <https://www.vereniginggezondheidsrecht.nl/index.php?page=preadviezen>)

*) nog niet beschikbaar wegens ontbreken van origineel exemplaar.

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling. Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG.
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 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.
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*
- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door

vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft. Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.

- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.
- 1982 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.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.v
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en – advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.

- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 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 Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.

- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht.
Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 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.

- 2003 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.
- 2004 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
- 2005 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
- 2006 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
- 2007 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
- 2008 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
- 2009 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

- 2010 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
- 2011 J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende, G.R.J. de Groot: Stelsel onder stress
- De cure: transitie en onbalans
- De care: voortvarend na bedachtzaam wegen
- De schuivende panelen van de zorgverzekering
ISBN: 978-90-12-38577-0 Sdu
- 2012 Oratiebundel Gezondheidsrecht. Verzamelde rede 1971 – 2011
40 jaar Nederlands gezondheidsrecht in een twintigtal oraties
t.g.v. 45-jarig bestaan VGR
ISBN: 978-90-12-38840-5 Sdu
- 2012 J.L. Smeehuizen, A.J. Akkermans en T. Vansweevelt:
Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid
- Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties
- Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België
ISBN 978-90-12-39081-1 Sdu
- 2014 G.A. den Hartogh en P.B. Cliteur:
Ethiek en Gezondheidsrecht
- De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen
- Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht
ISBN 978-90-12-39300-3 Sdu
- 2013 E. Steyger, J.J. Rijken, M.F. Vermaat, E. Plomp, T.A.M. van den Ende:
Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug- en vooruitblik
- Het zorgstelsel in Europeesrechtelijk perspectief
- Concurrentie tussen zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant?
- Vertrouwen komt te voet
- De introductie van ziekenhuizen met winstoogmerk
- Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen hun eigen ongelukken genereren
ISBN 978-90-12-39544-1 Sdu

- 2016 M.J.M.H. Lombarts, A.C. de Die, H.C. van Eyck van Heslinga MMV, A. Hammerstein:
Functioneren en disfunctioneren
- Functioneren en disfunctioneren van professionals in de zorg
- Functioneren en disfunctioneren van bestuurders
- De zorginstelling heeft een professionele toezichthouder nodig
ISBN 978-90-12-39756-8 Sdu
- 2017 L. Ottes,arts, P.M. Kits, G.J. Zwenne, W.A.M. van Steenbruggen, E.B. van Veen, T.G. Kleefman, F. Miedema, M. Mostert:
Big data in de zorg
- Gegevenszee en het privacybegrip
- Controle en toezicht op gebruik van big data
- Big data en zorginstellingen
- Big data en wetenschappelijk onderzoek
ISBN 978-90-12-39949-4 Sdu
- 2018 E.J. Oldekamp, M.C. de Vries, M.F. van der Mersch:
Nieuwe techniek, nieuwe zorg
- Nieuwe procreatietechnieken. Achterhaalde juridische kaders?
- Nieuwe E-health toepassingen, zijn de patiëntenrechten aan innovatie toe?
ISBN 978-90-12-40196-8 Sdu
- 2019 B.C.A. Toebes, M.E.C. Gispen, R. Dietvorst, P.J.M. de Coninck en J.C.J. Dute:
Ongezond gedrag: de rol van het recht
- Inleiding
- Tabaksontmoediging
- Ongezond voedsel en preventie
- Alcohol
- Conclusies
ISBN 978-90-12-404410-5
- 2020 E.R. Vollebregt, J.T. Hiemstra, M.E. de Bruin:
Medische hulpmiddelen: eindelijk goed geregeld?
- De verordeningen voor medische hulpmiddelen en IVDs en de implementatie ervan in Nederland
- De aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen
- Medische hulpmiddelen en gunstbetoon
ISBN 978-90 12 40539 3

Prof. mr. dr. J.G. Sijmons *is hoogleraar Privaatrechterlijk Gezondheidsrecht aan de Universiteit van Utrecht en advocaat (partner) bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Zwolle.*

N.V. Alexandrov, LL.M. MSC *is werkzaam als arts verzekeringsgeneeskunde bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).*

J.A.R. Koot, arts MBA *is werkzaam als wetenschappelijk medewerker bij de afdeling Gezondheidswetenschappen, UMC Groningen, Rijksuniversiteit Groningen.*

Prof. dr. A.C. Hendriks *is hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden.*

Prof. mr. dr. B.C.A. Toebes *is hoogleraar Gezondheidsrecht in Internationaal Perspectief aan de Rijksuniversiteit Groningen.*

Em. prof. mr. J.C.J. Dute *was hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.*

Mr. A.C. de Die *is advocaat/partner bij Velink & De Die advocaten.*

Prof. dr. S. van de Vathorst *is hoogleraar Medische ethiek aan de Erasmus MC en bijzonder hoogleraar Kwaliteit van de laatste levensfase en van sterven aan het Amsterdam UMC.*

Mr. dr. B.J.M. Frederiks *is universitair docent gezondheidsrecht aan het Amsterdam UMC.*

Mr. S.M. Steen *is advocaat gezondheidsrecht bij Holla Advocaten.*

Prof. dr. I.P. Leistikow *is bijzonder hoogleraar Overheidstoezicht op Kwaliteit en Veiligheid van de Gezondheidszorg aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en tevens werkzaam als coördinerend specialistisch inspecteur bij de IGJ.*

Mr. M.E. Oosting *is werkzaam als advocaat/senior adviseur bij de IGJ.*

Mr. drs. J.J. Rijken *is advocaat/partner bij AKD N.V. te Amsterdam.*

Prof. dr. W.N.J. Groot *is hoogleraar Gezondheidseconomie aan de Universiteit Maastricht.*

PREADVIES 2021

GEZONDHEIDSRECHT IN TIJDEN VAN CRISIS: DE COVID-19-PANDEMIE

Na een Woord vooraf van Sijmons (deel 1), geven Alexandrov en Koot in deel 2 een gedegen overzicht van de relevante feiten van de COVID-19 pandemie tot nu toe. Hendriks en Toebes kiezen vervolgens in deel 3 het perspectief van de grondrechten. In deel 4 toetst Dute tegen deze achtergrond de maatregelen tegen COVID-19, zoals de overheid die heeft afgekondigd. De Die en Van de Vathorst gaan in deel 5 in op de rechten en plichten uit de behandelingsovereenkomst in de cure tijdens de coronacrisis. Vervolgens bespreken Frederiks en Steen aansluitend in deel 6 tegen de achtergrond van de maatregelen van de Wet publieke gezondheid de patiëntenrechten uit de Wzd in coronatijd voor de langdurige zorg (de 'care'). In deel 7 gaan Leistikow en Oosting in op handhaving van kwaliteit in tijden crisis door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd. Rijken zoomt wat meer uit en vraagt zich in deel 8 af of de *lessons learned* uit de COVID-19-crisis kunnen leiden tot een herschikking van de acute zorg, die tot nu toe maar moeizaam op gang kwam. Groot neemt ten slotte een nog breder perspectief vanuit de economie van de gezondheidszorg (deel 9).

Alle delen van dit preadvies zijn afgesloten op 5 februari 2021.

ISBN 978-90 12 40679 6



9 789012 406796