



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Samenwerking in een complex zorgveld

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

Juridische vormgeving samenwerkingsverbanden: patiëntenrechten, entiteiten en governance, medezeggenschap, mededinging en aanbesteding

*Mr. M.R.D. Crijns, mr. R. Hagendoorn
en mr. drs. L.G.J.M. van Wijck*

Het binnenste-buitenziekenhuis

Mr. dr. R.P. Wijne

**Samenwerking en bekostiging
van de zorg**

*Mr. dr. W.I. Koelewijn en
mr. B.A. van Schelven*

SAMENWERKING IN EEN COMPLEX ZORGVELD

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

SAMENWERKING IN EEN COMPLEX ZORGVELD

*Deel 1 – Juridische vormgeving
samenwerkingsverbanden: patiëntenrechten, entiteiten
en governance, medezeggenschap, mededinging en
aanbesteding*

MR. M.R.D. CRIJNS, MR. R. HAGENDOORN EN
MR. DRS. L.G.J.M. VAN WIJCK

Deel 2 – Het binnenste-buitenziekenhuis

MR. DR. R.P. WIJNE

Deel 3 – Samenwerking en bekostiging van de zorg

MR. DR. W.I. KOELEWIJN EN MR. B.A. VAN SCHELVEN

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 8 april 2022

Sdu
Den Haag, 2022

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, 2022

ISBN 9789012407724
NUR 822; 824

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu B.V. Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, 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 vervoelvoudingen 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 B.V. neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

WOORD VOORAF

Herschikken van de zorg

Als opvolgend thema na de COVID-19-pandemie koos het bestuur voor samenwerking in de zorg. Als er namelijk iets geleerd werd van de crisis dan was het wel dat samenwerking bijzonder doelmatig kan zijn en ondanks beperkte capaciteit effectief een piek in de vraag kan opvangen op de IC's, die in de zorginkoopstrategieën *lean and mean* op een laag volume waren afgesteld. Een effect dat inmiddels wat lijkt te eroderen. Er is bovendien al jaren een beweging gaande om de historisch gegroeide inrichting van de zorg te herschikken. In het nieuwe Regeerakkoord 2021-2025 *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst* wordt gerefereerd aan de noodzaak tot verbetering van het zorgstelsel: 'We willen de zorg voor iedereen betaalbaar, beschikbaar en bereikbaar houden. Dat vraagt van de politiek goede en stevige keuzes en hervormingen, die tijd kosten en waarbij passende zorg de norm is' (p. 32). Hervormingen betekenen dat de zorg soms verplaatst moet worden, en anders moet worden verdeeld over de bestaande zorgaanbieders. Daarvoor liep al het programma 'De juiste zorg op de juiste plek'. De zorgverzekeraars hebben op zich de taak via de zorginkoop – door slimme keuzes uit het aanbod – die herschikking te realiseren. Bij gebrek aan tempo van verandering ziet de coalitie een taak voor de overheid: 'Aan de hand van de juiste zorg op de juiste plek vragen wij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) regiobeelden op te stellen, die kunnen leiden tot een herschikking van het zorglandschap waarbij een integraal aanbod en passende zorg over domeinen heen voor iedereen in Nederland ongeacht woonplaats de normen zijn' (p. 33). Deze herschikking en herverdeling hebben tot gevolg dat de zorgaanbieders meer zullen moeten gaan samenwerken.

Dit is een logische stap in de ontwikkeling, al zullen over de wijze van uitvoering de meningen verschillen. De wijziging van het zorgstelsel in 2006/2007 moest er immers toe leiden dat de meer vastgeroeste zorg in beweging werd gebracht, waarbij niet langer de instelling met een vast budget haar eigen aanbod kon laten gelden zonder dat zij voldoende innoveerde. De 'marktwerking' in de zorg met selectieve zorginkoop door concurrerende zorgverzekeraars en een prestatiebekostiging in plaats van budgetfinanciering werd de oplossing. Maar nu is gebleken dat het stelsel het zorgaanbod van de instellingen te veel individualiseerde. Op zich een logische ontwikkeling, want de instellingen moeten zich onderscheiden en hun omzet op de markt veroveren. Het roept de vraag op hoe nu de zorg over de grenzen van zorginstellingen en zorgverleners heen te organiseren, want de zorg zelf en niet inrichting van de zorgaanbieders moet voor de overheid het uitgangspunt zijn van goede en doelmatige zorg. Samenwerking blijkt daarvoor noodzakelijk, althans niet minder nodig dan concurrentie op de zorgmarkt. Daarop was het stelsel dus niet direct ingericht. Welke hinder ondervinden zorgaan-

bieders bij samenwerking? Is het patiëntenrecht niet georiënteerd op de individuele verhouding patiënt-zorgaanbieder? Hoe verhoudt samenwerking zich tot wettelijk verplichte mededinging (en dus tot het verbod van mededingingsbeperkende afspraken)? Hoe liggen de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden bij onderlinge samenwerking? Is de bekostiging door zorginkoop tegen wettelijk gereguleerde prestaties en tarieven wel voldoende op de samenwerking afgesteld? Op deze vragen gaan onze preadviseurs dit jaar in.

Samenwerking?

Wat is ‘samenwerking’ in dit verband? De preadviezen geven voorbeelden van wat hier onder samenwerking wordt verstaan. Daarover in dit woord vooraf nog enkele opmerkingen.

Samenwerking tussen zorgverleners is natuurlijk een oud gegeven. Bij de beroepwetgeving van Thorbecke werd reeds gesplitst en samengewerkt door de beroepen van arts, apotheker en verpleegkundige te scheiden en ieder een eigen rol toe te wijzen. Natuurlijk waren deze zorgverleners op elkaar aangewezen en werkten ze samen. De opkomst en de toegenomen betekenis van instellingen markeerden een nieuwe fase. Waren ziekenhuizen aanvankelijk meer verpleeghuizen en hielden specialist buiten het ziekenhuis praktijk, door het toegenomen belang van de technische voorzieningen (als de ‘OK’, ‘IC’ en klinisch laboratorium) en de onderlinge samenwerking van zich snel ontwikkelende specialismen werd het ziekenhuis al snel een instelling die vooral een intensieve samenwerking bedreef en het belangrijkste centrum van de zorg werd (ook in andere sectoren vond een dergelijk proces plaats). De stelselwijziging probeerde de daaruit voortkomende institutionalisering van de zorg, als hiervoor al gezegd, door marktwerking in goede banen te leiden. Goede zorg is niet alleen geïntegreerde zorg binnen de (virtuele) muren van een instelling, maar steeds vaker geïntegreerde zorg via een zorgketen voor chronische zorg of via een samenwerking van gespecialiseerde zorgaanbieders die ieder op zich dan misschien *lean and mean* en daardoor doelmatig kunnen opereren, maar toch een gezamenlijk geïntegreerd aanbod aan acute of planbare (niet-chronische) zorg afleveren. In de preadviezen wordt daarom ook gesproken over ‘zorgnetwerken’ als een nieuwe realiteit. Een ontwikkeling die aansluit bij het ideaal van de juiste zorg op de juiste plek, opgebroken in efficiënte en voor de patiënt optimale zorgonderdelen die samen een voor de patiënt geïntegreerd optimaal zorgaanbod vormen.

Dus met ‘samenwerking’ wordt in de vraagstelling niet bedoeld de vanzelfsprekende samenwerking binnen één instelling tussen zorgverleners van verschillende zorgberoepen (bijvoorbeeld arts of verpleegkundige) of specialismen van één beroep (internist en anesthesioloog) binnen een instelling. Deze samenwerking tussen ‘zorgverleners’ hebben wij niet op het oog. Onder ‘zorgverlener’ wordt in beginsel steeds de individuele zorgprofessional verstaan (zoals de wetgever voor

ogen heeft). Tenzij het niet gaat om samenwerking van zorgverleners in eenzelfde georganiseerd verband (een huisartsenpraktijk, vakgroep of instelling), maar om zelfstandige zorgverleners die zelf 'zorgaanbieder' zijn in de zin van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza), de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), de Wet marktordening gezondheidszorg of om zorgverleners van verschillende zorgaanbieders (instellingen).

Er zijn veel meer samenwerkingsvormen dan alleen die van de ketenzorg. Het kunnen twee zorgaanbieders zijn die samenwerken en een belangrijk nieuw project als zorgaanbod neerzetten, maar ook meerdere of een heel grote groep van individuele zorgaanbieders (van individuele zorgverleners of van instellingen). Met de term 'zorgnetwerk' worden deze vormen van samenwerking bedoeld, die soms opeenvolgend in een keten, soms simultaan over verschillende aspecten van de geïntegreerde zorg, maar dus steeds gecoördineerd tussen zorgaanbieders en zorgverleners worden ingezet en dus juridische structuur behoeven (zoals dat in instellingen meer of minder formeel reeds het geval is).

Ten slotte gaat het om informele en formele samenwerking. De samenwerking kan feitelijk zijn gebonden door de gemeenschappelijke zorg aan de individuele patiënt in onderlinge afstemming, maar ook worden bestendigd door een schriftelijk contract of door een bestuurlijke structuur met een eigen rechtspersoonlijkheid. Steeds gaat het echter om het vraagstuk dat de individuele relatie van de patiënt en zijn hulpverlener (zijn contractspartij bij een behandelingsovereenkomst) niet meer een een-op-eenverhouding blijkt te kunnen zijn, maar met meerdere partijen ineens of met meerdere behandelingsovereenkomsten in een gezamenlijk zorgaanbod vorm krijgt.

De preadviezen

De opbouw van de preadviezen is als volgt.

Wat betekent het opereren in samenwerkingsverbanden en zorgnetwerken voor de positie van de patiënt en zijn patiëntenrechten? Een relevante vraag, want de relatie patiënt-hulpverlener was sterk op de individuele relatie ingericht bij de eerste wetgeving van de behandelingsovereenkomst. De beroepenwetgeving van de Wet BIG was uit de aard der zaak reeds op de individuele zorgverlener gericht. De werkelijkheid is dus inmiddels die van het zorgnetwerk, van de samenwerking. Daarover gaat het eerste preadvies van Margriet Crijns, Rozemarijn Hagendoorn en Laurens van Wijck. Dit deel bouwt de vraagstellingen verder uit naar de juridische vormen voor samenwerking, naar de governance ervan en de medezeggenschap erop. Als een juridische structuur zich heeft verdicht, is de vraag hoe deze opereert op de zorgaanbodmarkt. Vragen naar de mededingingsrechtelijke aspecten van exclusieve relaties en vragen rond aanbesteding aan een samenwerkingsverband volgen als logische stap. Dit deel is op zich reeds een

vraagstuk van de samenwerking overkoepelende beschouwing en daagt uit tot verdere verkenning.

In het tweede preadvies draait de kijkrichting als het ware om. Gegeven dat de zorg in samenwerking is aangeboden, hoe is het met de aansprakelijkheid in een zorgnetwerk gesteld als er fouten worden gemaakt? Rolinka Wijne analyseert de aansprakelijkheid voor de zorg verleend in samenwerking.

In het laatste preadvies staan Wouter Koelewijn en Bas van Schelven stil bij de vraag of de zorgcontractering van samenwerkingsverbanden niet door de huidige inrichting van de tariefregulering wordt gehinderd in plaats van gestimuleerd. *Form follows function*. Als het goed is, geldt dit tevens voor de wettelijke tarieven met hun dwingende karakter. Het keurslijf van de tarieven kan echter ook in een richting sturen die niet gewenst is. De laatste twee preadviseurs laten hierover hun licht schijnen.

Wij danken alle preadviseurs voor hun inzet in het belang van ons wetenschappelijk debat. Voor u liggen daardoor drie grondige preadviezen. Wij zien uit naar een levendige discussie over hun inhoud op de jaarvergadering. Het bestuur wenst u voordien veel leesplezier.

Jaap Sijmons,
voorzitter

Inhoudsopgave

Woord vooraf	5
Lijst van afkortingen	15
Deel 1 Juridische vormgeving samenwerkingsverbanden: patiëntenrechten, entiteiten en governance, medezeggenschap, mededinging en aanbesteding	17
<i>mr. M.R.D. Crijns, mr. R. Hagendoorn en mr. drs. L.G.J.M. van Wijck</i>	
1 Inleiding	19
1.1 Wanneer is sprake van samenwerking?	20
1.2 Opbouw preadvies	22
2 Samenwerking in een complex zorgveld: patiëntenrechten nog voldoende beschermd?	22
2.1 Patiëntenrechten in de wetgeving	23
2.1.1 De WGBO	23
2.1.2 De Wkkgz	27
2.2 Verantwoordelijkheidsverdeling en coördinatie	34
2.3 Strubbelingen in de praktijk	36
2.4 Beschouwing	38
3 Juridische vormgeving samenwerkingen in de zorg – entiteiten en governance	40
3.1 Juridische vormgeving	40
3.1.1 Inleiding	40
3.1.2 De stichting	40
3.1.3 Coöperatie (en vereniging)	42
3.1.4 Besloten vennootschap	44
3.1.5 Besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)	45
3.1.6 Samenwerkingsovereenkomst	46
3.2 Governance – bestuur en toezicht op samenwerkingen: zijn er verplichtingen?	47
3.2.1 Wet toetreding zorgaanbieders	47
3.2.2 Governancecode Zorg 2022	48
3.2.3 Wet bestuur en toezicht rechtspersonen	50
3.2.4 Wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders	51
3.3 Beschouwing en conclusie voor samenwerkingsverbanden	52
4 De rol van de cliëntenraad bij samenwerkingen, goed geborgd?	53
4.1 Inleiding	53
4.2 Wettelijk kader cliëntenraden	54

4.3	Vergelijking van de Wmcz 2018 ten opzichte WOR en raad van toezicht	57
4.3	Het netwerk is er, en nu?	59
4.4	Conclusie	62
5	Mededingingsrecht in de zorg: een permanente bumpy ride, wie pakt het stuur?	63
5.1	Inleiding	63
5.2	Het kartelverbod	65
5.3	Concentratie van zorg en marktverdelings- en kwaliteitsafspraken	67
5.4	Beleidsregel Juiste Zorg op de Juiste Plek	68
5.5	Wie is de logische aanjager van samenwerking en JZOJP?	71
5.5.1	Sturende overheid op samenwerking en JZOJP?	72
5.5.2	Sturende rol van de zorgverzekeraars?	75
5.5.3	De zorgaanbieder aan zet in het belang van goede zorg? Dan ook lagere risico's en meer zekerheid?	76
5.6	Beschouwing en conclusie	78
6	Aanbestedingen in een veld van complexe zorgsamenwerkingen, een bezwarend onderwerp?	80
6.1	Inleiding	80
6.2	Een samenwerking als aanbestedende dienst?	82
6.3	Opdrachten tussen samenwerkende zorgpartijen	83
6.4	Inkoop door het samenwerkingsverband	85
6.5	De (inkoop)relatie tussen zorginkopers en (een samenwerkingsverband van) zorgaanbieders	86
6.5.1	Inkoopregels voor zorgverzekeraars	87
6.5.2	Gemeentes en zorgkantoren	88
6.6	Geclusterde zorginkoop en gecombineerde zorgverkoop	89
6.7	Conclusie	90
7	Slot	91
	Deel 2 Het binnenste-buitenziekenhuis	95
	<i>mr. dr. R.P. Wijne</i>	
1	Inleiding	97
1.1	Aanleiding voor een beschouwing van aansprakelijkheid van bij netwerkzorg betrokken hulpverleners	97
1.2	Opzet beschouwing	98
1.3	Afbakening beschouwing	99

2	Civiele aansprakelijkheid in 'klassieke' zorgsituaties	99
2.1	Inleiding	99
2.2	Een toerekenbare tekortkoming als grondslag voor verhaal van schade	100
2.2.1	Een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst	100
2.2.2	Toerekening van de tekortkoming	106
2.3	Een toerekenbare onrechtmatige daad en de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen als grondslagen voor verhaal van schade	107
2.3.1	Een onrechtmatige daad	107
2.3.2	Toerekening van de onrechtmatige daad	110
2.3.3	Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen	110
2.4	Een bijzondere grondslag voor verhaal van schade op het ziekenhuis	113
2.5	Causaal verband	114
2.6	Belangrijke lessen van het aansprakelijkheidsrecht in relatie tot de 'klassieke' zorg	117
3	En toen kwam er netwerkzorg ...	118
3.1	Inleiding	118
3.2	Wat netwerkzorg is	120
3.3	Illustraties van netwerkzorg door zorgnetwerken	122
3.3.1	Ontwikkelingen	122
3.3.2	Netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum	126
3.3.3	Acute zorg-netwerk	131
3.3.4	Transmurale netwerken	134
3.4	Het binnenste-buitenziekenhuis als werkmodel voor rechtsverhoudingen, samenwerkingsplichten, gebrekkige samenwerking en verhaal van schade	136
3.4.1	Het binnenste-buitenziekenhuis op de kaart	136
3.4.2	Rechtsverhoudingen tussen de patiënt en de hulpverleners in het zorgnetwerk	138
3.4.3	Plichten uit hoofde van samenwerking	141
3.4.4	Gebrekkige samenwerking	146
3.4.5	De grondslagen voor verhaal van schade	149
3.5	Het (civiele aansprakelijkheids)recht geeft problemen	152
3.5.1	Waar de problemen niet zitten	152
3.5.2	Contractspartij niet steeds duidelijk	154
3.5.3	Plichten uit hoofde van samenwerking duidelijk?	155
3.5.4	Problemen met aanspreken juiste partij	155
3.5.5	(Geringe) betekenis van andere civiele leerstukken	158
3.6	Conclusie toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op netwerkzorg	162

4	Het binnenste-buitenziekenhuis beter (anders) geregeld	163
4.1	Inleiding	163
4.2	Het kan beter, maar hoe?	163
4.2.1	Aansprakelijkheid geregeld in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW	163
4.2.2	En wat dies meer zij	167
4.3	Een minder vergaand alternatief	168
4.4	Eventuele bezwaren	168
5	Eindconclusie	169
	Verkort aangehaalde literatuur	171
	Deel 3 Samenwerking en bekostiging van de zorg	183
	<i>mr. dr. W.I. Koelewijn en mr. B.A. van Schelven</i>	
1	Samenwerking binnen een stelsel onder druk	185
1.1	Toekomstige ontwikkelingen	185
1.2	Samenwerking en complicerende bekostigingsfactoren	187
1.3	Probleemstelling en nadere afbakening	191
1.4	Opbouw van het preadvies	192
2	De historie van vraagsturing en prestatiesregulering	192
2.1	Van WTG naar Wmg	192
2.2	Marktwerking en prestatiebekostiging	194
2.3	Regulering door de NZa	196
2.4	Prestatiebekostiging en samenwerking	198
2.5	Toekomstige regulering	200
2.5.1	Bundelbekostiging	200
2.5.2	Sectoroverstijgende betaaltitels	202
3	Knelpuntenanalyse	203
3.1	Algemene knelpunten	203
3.2	Specifieke knelpunten	205
3.2.1	Productieprikkels en verrichtingenmarkt belemmeren samenwerking	205
3.2.2	Onvoldoende multidisciplinaire benadering	206
3.2.3	Gedifferentieerde zorgcontractering	207
3.2.4	Samenwerking gericht op preventie past niet in tariefstructuur	208
3.2.5	Grote verschillen in reguleringswijze	209
4	Casestudy: samenwerking binnen de geboortezorg	211
4.1	Reguleringsystematiek van de integrale bekostiging van de geboortezorg	211
4.2	De lessons learned	213

4.2.1	Belemmeren productieprikkels en verrichtingenmarkt de samenwerking?	214
4.2.2	Is er sprake van een onvoldoende multidisciplinaire benadering?	215
4.2.3	Speelt probleem van gedifferentieerde zorgcontractering?	216
4.2.4	Belemmert de prestatie- en tariefstructuur preventiegerichte samenwerking?	217
4.2.5	Bestaan er verschillen in reguleringswijze tussen de samenwerkingspartners?	217
5	Verkenning van mogelijke oplossingen	219
5.1	De beperkte meerwaarde van integrale tarieven	219
5.2	Specifiekere regulering van samenwerkingsprestaties en tarieven?	220
5.3	Naar deregulering van prestaties en tarieven voor samenwerkingsverbanden	221
5.4	Meer gelijkgerichtheid in zorgcontractering	223
6	Slotbeschouwing	224
	Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht (1968-2021)	227

Lijst van afkortingen

ACM	Autoriteit Consument & Markt
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
Aw	Aanbestedingswet
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
BoZ	Brancheorganisatie Zorg
BVm	Besloten vennootschap met maatschappelijk doel
BW	Burgerlijk Wetboek
CTG	College Tarieven Gezondheidszorg
DBC's	Diagnose Behandelingscombinaties
GCZ	Governancecode Zorg 2022
GGZ	Geestelijke gezondheidszorg
GHOR	Geneeskundige Hulpverleningsorganisatie in de Regio
HAP	Huisartsenpost
Hidha	Huisarts in loondienst van een andere huisarts
HOED	Huisartsen Onder Eén Dak
IGJ	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
Jw	Jeugdwet
JZOJP	Juiste zorg op de Juiste plek
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
KNOV	Koninklijke Nederlandse Organisatie van Verloskundigen
LCvV	Landelijke Commissie van Vertrouwenslieden
LESA's	Landelijke Eerstelijns Samenwerkings Afspraken
LTA's	Landelijke Transmurale Afspraken
MCC	Medisch coördinerende centrum
MOED	Meerdere Disciplines Onder Eén Dak
MSB	Medisch Specialistisch Bedrijf
Mw	Mededingingswet
NVZ	Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
POH	Praktijkondersteuner huisarts
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
ROAZ	Regionaal Overleg Acute Zorg
ROS	Regionale ondersteuningsorganisatie
RTA's	Regionale transmurale afspraken
RVZ	Raad voor Volksgezondheid & Samenleving
SER	Sociaal Economische Raad
UMC	Universitair Medisch Centrum
Wabvpz	Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg
Wbmv	Wet bijzondere medische verrichtingen

LIJST VAN AFKORTINGEN

Wbtr	Wet bestuur en toezicht rechtspersonen
Wegiz	Wet Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelovereenkomst
Wkkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wlz	Wet langdurige zorg
Wmcz 1997	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 1997
Wmcz 2018	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wmo 2015	Wet maatschappelijke ondersteuning
WMS	Wet Medezeggenschap Scholen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WTG ExPres	Wet tarieven gezondheidszorg
Wtza	Wet toetreding zorgaanbieders
Wtzi	Wet toelating zorginstellingen
WZV	Wet ziekenhuisvoorzieningen
Zvw	Zorgverzekeringswet

Deel 1

Juridische vormgeving samenwerkingsverbanden: patiëntenrechten, entiteiten en governance, medezeggenschap, mededinging en aanbesteding

'Een verkenning van juridische knelpunten bij complexe samenwerkingen: raken de rechten van de patiënt, in het bijzonder het recht op goede zorg, hierbij niet uit het zicht?'

mr. M.R.D. Crijns, mr. R. Hagendoorn en mr. drs. L.G.J.M. van Wijck*

* Allen zijn bedrijfsjurist bij Universitair Medisch Centrum Utrecht.

1 Inleiding

Dat samenwerking een belangrijke plek inneemt in de zorg, behoeft eigenlijk weinig toelichting. De complexere zorgbehoeften, demografische ontwikkelingen, vergrijzing, technologische vooruitgang, kostenbeheersing en schaarste zijn aspecten die zorgaanbieders aansporen (of dwingen) om met elkaar en met andere dienstverleners samen te werken om uiteindelijk de patiënt de juiste en goede zorg te kunnen bieden die nodig is. Samenwerken in de zorg is niet meer weg te denken. Het is momenteel zelfs noodzakelijk om de zorg verder te verbeteren en te optimaliseren.

Samenwerkingen in de zorg zijn er dan ook in grote en kleine vorm. Of we het nu hebben over samenwerking tussen individuele zorgverleners, tussen verschillende disciplines binnen een instelling of een samenwerking die de muren van een zorginstelling overstijgt, bij al die vormen speelt de positie van de patiënt een belangrijke rol, of eigenlijk de belangrijkste rol. Vanuit welk belang of motief de samenwerking ook gedreven is, uiteindelijk zijn de patiënten immers het onderwerp van de samenwerking.

En die patiënt heeft recht op goede zorg, en de (individuele) zorgaanbieder heeft de plicht goede zorg te bieden. Maar hoe kom je tot deze goede zorg binnen een samenwerking van (individuele zorgverleners werkzaam bij) samenwerkende zorgaanbieders? Hoe vertaal je dit recht op goede zorg in de individuele behandelrelaties tussen patiënt en zorgverlener en als zorgaanbieder (op instellingsniveau).

Dit preadvies is een verkenning van juridische mogelijkheden en knelpunten bij het bieden van goede zorg en het borgen van individuele patiëntenrechten in samenwerkingsverbanden tussen zorgaanbieders. Daarbij staat de vraag centraal: *Raken de rechten van de patiënt, in het bijzonder het recht op goede zorg, bij de (complexe) samenwerkingen niet uit het zicht?*

We zullen deze vraag belichten vanuit de rechten van de individuele patiënt, vanuit de verplichting van de zorgverlener te handelen als goed hulpverlener (in het bijzonder art. 7:453 BW) en vanuit de verplichting van de zorgaanbieder om goede zorg als bedoeld in art. 2 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Daarbij hanteren we in dit preadvies een brede interpretatie van de term 'goede zorg'. Zoals ook de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA) stellig in het *Kader Goed Bestuur* beschrijven: 'Goed bestuur heeft tot resultaat dat zorgverleners hun patiënten/cliënten goede en veilige zorg verlenen. Die zorg is betaalbaar, transparant en toegankelijk. Alle inwoners van Nederland kunnen hierop vertrouwen, of zij nu wel of geen zorg afnemen'.¹ Daarom kijken we in dit deel van het preadvies niet alleen naar de verplichtingen van de zorgverlener jegens de individu-

1 IGJ & NZa, *Kader Goed Bestuur*, 2020

ele patiënt, maar ook naar de raad van bestuur van een zorginstelling en de verplichting tot ‘goed bestuur’, het leveren van betaalbare, transparante en toegankelijke zorg.

1.1 *Wanneer is sprake van samenwerking?*

Alvorens in te gaan op deze vraag, is het goed eerst kort stil te staan bij de vraag wat we in dit preadvies verstaan onder ‘samenwerking’ in een complex zorgveld. Zoals bij het lezen van het woord vooraf en de verschillende preadviezen al snel duidelijk wordt, bestaat er een divers landschap aan samenwerkingen en samenwerkingsvormen. Er zal niet één definitie zijn die aansluit bij alle samenwerkingen. Toch is het goed hier kort stil te staan bij de vraag wat we in dit preadvies onder samenwerking verstaan.

De KNMG gaat in de Handreiking Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg (‘Handreiking’)² uit van de volgende omschrijving: ‘Van samenwerking in de zin van deze handreiking is sprake als meer dan één zorgverlener bij de cliënt betrokken is. Samenwerking kan intern zijn (zorgverleners die binnen dezelfde instelling werken), extern (zorgverleners uit verschillende instellingen), of een mengvorm. De Handreiking richt zich zowel op simultane als op volgtijdelijke samenwerking, zolang het gaat om met elkaar samenhangende zorg’.

Samenwerking kan volgens deze definitie aldus plaatsvinden tussen twee individuele zorgverleners die bij de uitvoering van een behandeling van een patiënt betrokken zijn, gelijktijdig dan wel aansluitend. Zij kunnen beiden in dezelfde zorginstelling werkzaam zijn, of beiden als zelfstandigen opereren. Zoals in het woord vooraf beschreven, staan we in dit deel van het preadvies niet stil bij de samenwerking tussen zorgverleners binnen een zorgaanbieder.

Zorg die georganiseerd wordt rondom een chronische aandoening vindt veel plaats in ‘ketenzorg’, wat volgens de definitie van VWS inhoudt: ‘Het samenhangend geheel van zorginspanningen dat door verschillende zorgaanbieders onder een herkenbare regiefunctie wordt geleverd, waarbij het cliëntproces centraal staat (wat blijkt uit geformaliseerde afspraken tussen betrokken zorgaanbieders over samenhang en continuïteit van de patiëntenzorg). In de zorgketen bestaan gradaties van eenvoudig en strikt volgtijdelijk tot complexe zorg.’³ Ketenzorg is een mooie oplossing voor de verschillende zorgpaden voor bepaalde chronische aandoeningen, zoals diabetes en COPD.

2 KNMG, *Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg*, 26 januari 2010. De Handreiking wordt momenteel door de KNMG herzien. Op het moment van schrijven van dit preadvies is de definitieve versie van de herziening nog niet voorhanden. Dit preadvies werd afgerond op 1 januari 2022.

3 VWS, *Zorgverzekeraars Nederland, Actiz en Alzheimer Nederland, Leidraad Ketenzorg Dementie*, versie mei 2009, p. 26.

Heeft een patiënt niet één chronische aandoening, maar meerdere chronische aandoeningen (multimorbiditeit),⁴ dan werkt een specifieke ziektegerichte keten in de praktijk niet goed. De patiënt heeft niet alleen te maken met diverse zorgverleners vanuit de verschillende disciplines, maar ook met een interactie tussen deze ziekten en behandelingen. De zorg en behandeling die deze patiënt nodig heeft, zal er voor ieder individu anders uitzien en een ziektespecifieke benadering vanuit de ketenzorg is dan niet meer passend.⁵ Een complexe aandoening van een patiënt betekent betrokkenheid van veel verschillende zorgverleners. Daarbij is het niet ongebruikelijk dat ook andere hulpverleners (niet zijnde zorgbeoefenaars) en mantelzorgers een belangrijke rol spelen. Afstemming tussen deze zorgverleners, zoals de medisch specialist, de thuiszorg, de apotheek en de huisarts, is van groot belang om met elkaar goede zorg te kunnen verlenen. De samenwerkende zorg- en hulpverleners vormen een netwerk rondom de patiënt met een complexe aandoening.

Verdere samenwerking wordt gestimuleerd door de beweging naar 'Juiste zorg op de Juiste plek' (JZOJP), waarvan de essentie is het voorkomen van (duurdere) zorg, verplaatsen van zorg (zo veel mogelijk dicht bij huis en indien nodig geconcentreerd wat verder weg) en het vervangen van zorg, zodat het zorgaanbod beter aansluit op de behoeften van mensen.⁶ Met de hoofdlijnenakkoorden hebben de partijen in het veld zich gecommitteerd aan het programma rondom JZOJP. Om de doelstelling van de JZOJP te kunnen bereiken, is het van belang dat in de regio niet alleen (intensief) wordt samengewerkt tussen zorgaanbieders, maar ook tussen zorgaanbieders, gemeenten, zorgkantoren en zorgverzekeraars. Deze partijen ontplooiën verschillende initiatieven om samenwerking rondom de patiënt te organiseren, over de muren van de zorgdomeinen heen en voornamelijk binnen de regio, onder meer vanuit het subsidieprogramma van ZonMW 'JZOJP'. Een voorbeeld van zo'n initiatief is 'Salland United', waar de verschillende zorgorganisaties, gemeenten en zorgkantoor zich in de regio Salland organiseren in de vorm van een netwerkorganisatie rondom de burger om zo gezamenlijk te komen tot kwalitatief, toekomstbestendige zorg.⁷

Deze vormen van zorg rondom de patiënt (of burger als het gaat om bijvoorbeeld preventieve hulp) zijn vormen van netwerkzorg of zorgnetwerken. Er is niet één definitie van netwerkzorg of zorgnetwerk die al deze vormen omvat. De IGJ geeft in het

4 Onder multimorbiditeit wordt verstaan: er zijn meerdere aandoeningen/ziekten tegelijk aanwezig, bijvoorbeeld parkinson en incontinentie. Bij comorbiditeit is sprake van meerdere aandoeningen gerelateerd aan een (chronische) ziekte, bijvoorbeeld depressie bij dementie. Zie R. Pel-Littel e.a., 'Multimorbiditeit anders benaderen', «Medisch Contact» 2011/20, p. 1250.

5 R. Pel-Littel e.a., 'Multimorbiditeit anders benaderen', «Medisch Contact» 2011/20, p. 1250-1253.

6 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2018/19, 29 689, nr. 938; *Kamerstukken II* 2018/19, 29 689, nr. 995 (Kamerbrief).

7 <https://www.samenvoorsallandse zorg.nl/>.

kader van toezicht op deze netwerken aan: ‘Zijn er drie of meer verschillende zorgaanbieders min of meer gelijktijdig betrokken bij de zorgverlening aan een cliënt, dan is er wellicht sprake van een calamiteit in een zorgnetwerk’.⁸ Op basis hiervan is een kleine samenwerking tussen twee zorgverleners nog geen netwerk, maar vanaf drie zorgverleners is het bestaan van een netwerk al aannemelijk(er).

Zoals aan het begin genoemd, is er niet één definitie die aansluit bij alle samenwerkingen. In dit preadvies gaan we uit van samenwerking tussen verschillende (zorgverleners van) zorgaanbieders. In de hoofdstukken mededinging en aanbesteding zullen we de betrokkenheid van andere partijen zoals gemeenten en zorgverzekeraars benoemen waar dit van invloed is op de (beoogde) samenwerking.

1.2 *Opbouw preadvies*

Al deze samenwerkingen in de zorg hebben in ieder geval één ding gemeen: ze beogen goede zorg voor de patiënt. Of het nu twee zorgaanbieders zijn die samenwerken of een netwerk van zorgverleners, in alle gevallen moet er aandacht zijn voor de rechten van de patiënt.

En dat brengt ons bij de verkenning van de juridische mogelijkheden en knelpunten bij het bieden van goede zorg en het borgen van individuele patiëntenrechten binnen een samenwerking. We belichten de in dit preadvies gestelde vraag vanuit een aantal verschillende juridische invalshoeken. Verschillende onderwerpen waar een zorgaanbieder mee te maken krijgt of kan krijgen bij het opzetten of in stand houden van een (complexe) samenwerking in de zorg. In hoofdstuk 2 behandelen we de individuele patiëntenrechten. Hoofdstuk 3 gaat in op de verschillende juridische rechtsvormen waarin een samenwerking kan worden gegoten en de governance. In hoofdstuk 4 hebben we aandacht voor de rol van medezeggenschap, in het bijzonder van de cliënten, bij het aangaan en vormen van samenwerkingen in de zorg. Hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 gaan respectievelijk over het mededingingsrecht, het aanbestedingsrecht en overige inkoopverplichtingen.

2 **Samenwerking in een complex zorgveld: patiëntenrechten nog voldoende beschermd?**

De rechtspositie van de individuele patiënt is al sinds jaar en dag onderwerp van debat en de wetgeving rond de patiëntenrechten kent een lange geschiedenis. Met de introductie van Boek 7, titel 7 afdeling 5 Burgerlijk Wetboek – de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)⁹ – trad in 1995 een algemene wettelijke regeling in werking waarvan het onderwerp patiëntenrechten en de rechtspositie van

8 IGJ, *Calamiteit in een zorgnetwerk*, december 2020.

9 De art. 7:446 e.v. van het BW.

de patiënt is.¹⁰ Naast de WGBO hebben de rechten van de patiënt (of cliënt) ook een prominente plaats gekregen in de bestuursrechtelijke Wkkgz en in wetten voor bijzondere situaties zoals de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, Wet zorg en dwang en de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018.¹¹ Ook deze wetten hebben het doel de rechtspositie van de patiënt te versterken.

De bescherming vanuit de WGBO wordt geboden in de individuele behandelingsovereenkomst die een patiënt sluit met de zorgverlener. Wanneer een behandeling van een individuele patiënt zich uitstrekt over meerdere verschillende zorgverleners kan juridisch al gauw de situatie ontstaan dat de patiënt verschillende behandelingsovereenkomsten sluit. Hoe complexer de samenwerking tussen zorgverleners bij een individuele patiënt, hoe complexer het web aan individuele overeenkomsten die zich om de patiënt vormt. In dit onderdeel van het preadvies staat de volgende vraag centraal: *Bieden de WGBO en de Wkkgz voldoende bescherming aan de rechten van de patiënt, in het bijzonder het recht op goede zorg, in de (complexe) samenwerkingen tussen zorgaanbieders?*

Allereerst gaan we in op de plaats van de patiëntenrechten in een samenwerking tussen zorgverleners en of zij al dan niet worden beschermd in de huidige WGBO en de Wkkgz (paragraaf 2.1), om vervolgens wat dieper in te gaan op de verantwoordelijkheidsverdeling en coördinatie tussen zorgverleners in een samenwerking (paragraaf 2.2), de strubbelingen die in de praktijk bescherming van de patiëntenrechten bemoeilijkt – waaronder de gegevensuitwisseling (en de meer specifieke elektronische uitwisseling daarvan) – (paragraaf 2.3), en tot slot een beschouwing betreffende de vraag of de patiëntenrechten ook binnen de samenwerkingen (in complexe zorgvelden) voldoende zijn beschermd (paragraaf 2.4).

De belangrijkste patiëntenrechten die hierbij aan bod zullen komen, zijn het recht op goede zorg en het geheimhoudingsrecht.

2.1 *Patiëntenrechten in de wetgeving*

2.1.1 *De WGBO*

De WGBO voldeed aan de wens de rechtspositie van de patiënt in zijn relatie met de zorgverlener te versterken. Het reguleerde fundamentele aspecten van die rechtspositie zoals het vereiste dat de patiënt toestemming geeft voor het uitvoeren van geneeskundige handelingen, recht op inzage van de gegevens die de zorgverlener omtrent de patiënt bijhoudt, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het

10 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 3.*

11 In dit hoofdstuk besteden we voornamelijk aandacht aan de WGBO en Wkkgz.

recht op informatie.¹² De keuze de WGBO te plaatsen in het privaatrecht week af van de plek die de overige patiëntenwetgeving in het bestuursrecht kreeg. De wetgever zelf zag een privaatrechtelijke regeling niet als minder effectief dan een administratiefrechtelijke of andere benadering, onder meer omdat de bepalingen in de WGBO van dwingendrechtelijke aard zijn waar de zorgverlener niet ten nadele van de patiënt van kan afwijken.¹³ Daar waar overheidsorganen in het bestuursrecht verantwoordelijk zijn voor de uitvoering en toezicht, ligt de handhaving van de WGBO bij de private partijen (de patiënt of diens vertegenwoordiger) zelf.

Een belangrijke overweging voor de wetgever om te kiezen voor een privaatrechtelijke regeling was dat de relatie tussen de zorgverlener en de patiënt veelal gebaseerd is op een overeenkomst, meer specifiek tot het verrichten van diensten.¹⁴ Het kan daarbij gaan om een korte overeenkomst met een specifiek doel, bijvoorbeeld gericht op het afnemen van bloed, of om veelomvattende, langdurige overeenkomsten, zoals bij chronische aandoeningen.

Een geneeskundige behandelingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:446 BW wordt gesloten tussen de hulpverlener en de opdrachtgever. De opdrachtgever zal veelal de patiënt zijn, maar kan ook de vertegenwoordiger van die patiënt zijn als het gaat om een wilsonbekwame of minderjarige patiënt. De hulpverlener is een natuurlijk persoon of rechtspersoon die zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. Als gevolg hiervan kan het zijn dat voor de uitvoering van een behandeling meer dan één behandelingsovereenkomst tot stand komt. Zoals het geval is wanneer de behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis en tevens met de in dat ziekenhuis werkzame vrijgevestigde medisch specialist(en) of het medisch specialistisch bedrijf waar de medisch specialisten onderdeel van zijn, wordt gesloten.

De behandelingsovereenkomst komt tot stand als sprake is van 'handelingen op het gebied van de geneeskunst' als bedoeld in art. 7:446 lid 2 BW. Ook vallen 'aanpalende' handelingen onder de reikwijdte van de WGBO. Aanpalende handelingen zijn geen handelingen op het gebied van de geneeskunst, maar vormen wel een samenhangend geheel met die geneeskundige handelingen, zoals de verpleging en verzorging van de patiënt (lid 3). De wetgever noemt hierbij als voorbeeld het ter beschikking stellen van een bed in een ziekenhuis (de 'hotelfunctie') of wanneer de thuiszorg verpleegkundige hulp verleent in het kader van een geneeskundige thuisbehandeling (extramuraal behandelingssituatie).¹⁵ De wetgever beoogde hiermee ook nazorg als gevolg van een geneeskundige behandeling onder de reikwijdte van WGBO te laten

12 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 1-2.*

13 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 3.*

14 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 3.*

15 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 9.*

vallen. Wanneer verpleging en verzorging door de thuiszorg op zichzelf plaatsvindt – dus zonder verbondenheid met een geneeskundige (be)handeling – komt daarvoor geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand.¹⁶

Meer dan één zorgverlener betrokken bij de behandeling

Slechts in weinig gevallen zal in de praktijk één zorgverlener betrokken zijn. De WGBO regelt niet expliciet hoe zorgverleners moeten samenwerken bij de behandeling van een patiënt en gezamenlijk zorg moeten dragen voor de rechten van de patiënt. Zijn alle zorgverleners in loondienst bij de zorginstelling met wie de patiënt de behandelingsovereenkomst sluit (interne samenwerking), dan rust op de zorginstelling de verplichting tegenover de patiënt om ervoor te zorgen dat de patiëntenrechten worden nagekomen. De raad van bestuur van de zorginstelling is dan verantwoordelijk voor de naleving van de patiëntenrechten en dat afstemming tussen de zorgverleners plaatsvindt.¹⁷ Deze verantwoordelijkheden van de raad van bestuur zullen in hoofdstuk 3 nader aan bod komen.

Sluit de patiënt met meerdere zorgverleners een behandelingsovereenkomst, dan is evenmin in de WGBO voorgeschreven hoe de samenwerking en verantwoordelijkheidsverdeling tussen al deze contractspartijen moet worden vormgegeven zodat de patiëntenrechten op een juiste wijze worden nagekomen. De uit de WGBO voortvloeiende plichten jegens de patiënt rusten op iedere zorgverlener die een behandelingsovereenkomst sluit afzonderlijk. Zo zal iedere zorgverlener verantwoordelijk zijn voor het geven van informatie over de behandeling, het vragen van toestemming voor die behandeling, een geheimhoudingsplicht hebben en goed hulpverlenerschap in acht moeten nemen.

Uiteraard brengt de norm ‘goed hulpverlenerschap’ uit art. 7:453 BW mee dat de zorgverlener bij een samenwerking rondom de zorgverlening aan een patiënt ook ten aanzien van de samenwerking handelt als ‘goed hulpverlener’. Wat dat in de praktijk inhoudt, wordt ingevuld aan de hand van professionele standaarden (zelfregulering), door andere wettelijke normen¹⁸ en door de rechtspraak. De eerder genoemde Handreiking is een voorbeeld van zelfregulering waarmee invulling wordt gegeven aan de norm waar een zorgverlener aan moet voldoen. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 2.2.

-
- 16 Wanneer in het kader van bijvoorbeeld thuiszorg geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt, maar in de thuissituatie wel verpleegkundige handelingen worden verricht, zijn veelal de bepalingen uit de WGBO indirect als nog van toepassing als inkleuring van de algemene overeenkomst van opdracht tussen de patiënt in thuissituatie en de verpleegkundige of de thuiszorgorganisatie.
- 17 Ook op grond van art. 3 Wkkgz rust op (de raad van bestuur van) de zorginstelling de plicht zorg te dragen voor goede afstemming.
- 18 Bijvoorbeeld art. 2 (leveren van goede zorg) en art. 3 Wkkgz (afstemmings- en verantwoordingsplichten).

Geheimhouding: een belangrijk patiëntenrecht

In art. 7:457 BW is het recht van de patiënt op geheimhouding vastgelegd.¹⁹ Hoofdregel is dat de zorgverlener geen gegevens over de patiënt mag delen met derden zonder (veronderstelde) toestemming van de patiënt. Een uitzondering is gegeven in art. 7:457 lid 2 BW op grond waarvan zorgverleners die rechtsreeks betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst gegevens mogen delen zonder toestemming van de patiënt voor zover noodzakelijk voor de te verrichten werkzaamheden. Andere situaties waarin het beroepsgeheim kan worden doorbroken, is wanneer sprake is van een wettelijke plicht tot het verstrekken van medische gegevens²⁰, bij conflict van plichten of een zwaarwegend belang.²¹

Geheimhouding is een belangrijk patiëntenrecht. Het schenden daarvan heeft grote gevolgen voor het privéleven van de betrokkene en schendt ook het vertrouwen in het beroepsgeheim in algemene zin. Wanneer toestemming nodig is voor gegevensuitwisseling, is voor zorgverleners niet altijd duidelijk, getuige de vele uitspraken op dat vlak.²² In samenwerkingen die de individuele behandelingsovereenkomsten overstijgen, ervaren zorgverleners de vereiste toestemming voor gegevensdeling nog vaak als een belemmering voor die samenwerking.

In de situatie dat de patiënt verschillende behandelingsovereenkomsten sluit, biedt de WGBO inderdaad minder ruimte voor het delen van gegevens zonder toestemming. Zo is de reikwijdte van art. 7:457 lid 2 BW niet zo ruim dat het over de individuele behandelovereenkomsten heen gaat: de wettekst gaat uit van ‘degene die rechtstreeks betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelovereenkomst’ en niet van ‘betrokkenheid bij de behandeling’. De WGBO gaat verder uit van het principe dat de gegevens de patiënt en diens zorgbehoefte volgen. Zo kan bij verwijzing (en de terugkoppeling daarvan) en consultatie worden uitgegaan van veronderstelde toestemming. In een samenwerking, bijvoorbeeld in de zorgverlening rondom een multimorbide patiënt, zal daar niet altijd sprake van zijn. Aan die patiënt moet dan actief toestemming worden gevraagd voor het delen van gegevens met de andere bij de patiënt betrokken zorgverleners.

Bij de bescherming van medische gegevens speelt uiteraard niet alleen de WGBO een rol. Uitwisseling moet ook voldoen aan de Algemene Verordening Gegevensbescher-

19 De geheimhoudingsplicht is naast in de WGBO ook opgenomen in art. 10 Grondwet, art. 88 Wet BIG, art. 272 Sr en de AVG.

20 Zoals op grond van art. 21 e.v. Wet publieke gezondheid om van bepaalde infectieziekten een melding te doen aan de gemeentelijke gezondheidsdienst. Een wettelijke grondslag die sinds de huidige pandemie weer bijzonder actueel is geworden.

21 Zie voor een uitgebreide uitwerking de KNMG-richtlijn *Omggaan met medische gegevens*, april 2021.

22 Zie bijv. het overzicht in C.A. Bol, W.R. Kastelein & D. Zwartjens, ‘Kroniek Tucht-rechtspraak 2021’, «TvGR» 2021/06, p. 623-624.

ming (AVG) en indien van toepassing wetgeving over elektronische uitwisseling. Op dat laatste vlak is de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg (Wabvpz) en het wetsvoorstel Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg²³ ook van invloed op het wegnemen van een aantal (administratieve) drempels die de gegevensuitwisseling bemoeilijken.²⁴ Op grond van de Wabvpz is 'uitdrukkelijke toestemming' nodig van de patiënt voor het uitwisselen van gegevens via een elektronisch uitwisselingsysteem. Deze toestemming houdt geen rekening met de regels omtrent toestemming uit de WGBO. Daar waar je in de WGBO in bepaalde gevallen uit kunt gaan van veronderstelde toestemming, zul je als zorgaanbieder altijd uitdrukkelijk toestemming moeten vragen als je gegevens via een elektronisch uitwisselingsysteem beschikbaar wilt stellen.²⁵ De minister voor Medische Zorg heeft in haar brief van 2 oktober 2020 aangegeven op de lange termijn te streven naar gegevensuitwisseling die de zorg volgt. De technische inrichting van een uitwisselingsysteem zou dan niet langer aanvullende toestemming afdwingen als dat volgens de WGBO niet nodig is.²⁶ Dat zal enige verlichting brengen in de administratielasten van zorgverleners, maar de vraag is of het bijdraagt aan bescherming van de geheimhouding en zeggenschap van patiënten over het delen van hun medische gegevens. Voor die bescherming en zeggenschap zou een aanvulling op de technische inrichting dan bijvoorbeeld moeten zijn dat de patiënt ook via dat systeem direct of voorafgaand op de hoogte wordt gesteld van de uitwisseling die plaatsvindt, zodat hij meer grip kan krijgen op de uitwisseling die plaatsvindt.

2.1.2 De Wkkgz

Net als de WGBO moest de Wkkgz de rechtspositie van de patiënt (verder) versterken. De Wkkgz kent drie hoofdthema's: kwaliteit van zorg, klachten en geschillen en toezicht. Anders dan de WGBO richt de Wkkgz zich niet specifiek op de individuele patiënt-zorgverlenerrelatie, maar verplicht de zorgaanbieder om kwalitatief goede zorg aan te bieden en te beschikken over een regeling voor klachtenopvang. Op specifieke onderwerpen zijn de verplichtingen voor de zorgaanbieder nader omschreven, zoals de plicht de patiënt te informeren over wachttijden, keuze-informatie over de

23 *Kamerstukken II 2020/21, 35824, nr. 2.*

24 Het wetsvoorstel WEGIZ regelt alleen *hoe* de uitwisseling moet plaatsvinden, de grondslag voor de uitwisseling moet nog steeds in de andere wetgeving worden gezocht. Het wetsvoorstel beoogt om volledige interoperabiliteit bij de elektronische gegevensuitwisseling tussen zorgverleners te bereiken. In meer algemene zin beoogt het voorstel om daarmee de verlening van 'goede zorg' als bedoeld in art. 2 van de Wkkgz te bevorderen. Zie art. 1.2 van het wetsvoorstel.

25 De uitdrukkelijke toestemming is vereist als sprake is van *pull-verkeer*, waarbij de zorgverlener gegevens beschikbaar stelt voor een groep zorgverleners met wie de patiënt op dat moment nog geen behandelrelatie heeft. Zie voor een uitgebreide omschrijving van de methodes pull- en push-verkeer de Gedragscode Elektronische Gegevensuitwisseling in de Zorg, september 2019, p. 38 e.v.

26 *Kamerstukken II 2020/21, 27 529, nr. 219, p.2.*

zorg en de kwaliteit van de zorg,²⁷ of de plicht rondom het informeren van de patiënt over een incident dat zich heeft voorgedaan in de zorgverlening.²⁸ Het doel van de Wkkgz was en is ‘het versterken van de rechtspositie van de patiënt tegen de achtergrond van de wijziging van het zorgstelsel in een marktgeoriënteerde variant waarin de patiënt een belangrijke stem zou (kunnen of moeten) hebben’.²⁹

Wie is ‘zorgaanbieder’ in de zin van de Wkkgz?

Normadressaat van de Wkkgz is ‘de zorgaanbieder’, zijnde een instelling of een socialistisch werkende zorgverlener. Een instelling is een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen, alsmede een natuurlijke persoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen.³⁰ ‘Zorg’ onder de Wkkgz omvat zorg als bedoeld in de Wet langdurige zorg en in de Zorgverzekeringswet, alsmede ‘andere zorg’.³¹

In de praktijk zal het niet in alle gevallen duidelijk zijn wie nu de zorgaanbieder is als bedoeld in deze wet, terwijl het wel van belang is te weten bij wie de verantwoordelijkheid voor het nakomen van de Wkkgz ligt en wie de IGJ hierop kan aanspreken.³² Belangrijk in een samenwerking is dus om stil te staan bij deze vraag. Is sprake van een groep zorginstellingen waarbij één rechtspersoon verschillende zorginstellingen bestuurt en daarmee in stand houdt, dan is die ene rechtspersoon de normadressaat van de Wkkgz. De zorginstellingen die onder deze overkoepelende rechtspersoon vallen, zijn wel weer als zorgaanbieder aan te merken wanneer zij zelf instellingen in stand houden en de zorg (doen) verlenen.³³ Tenzij de overkoepelende rechtspersoon de overeenkomsten sluit met zorgverzekeraars en patiënten: in dat geval acht de wetgever de overkoepelende rechtspersoon de zorgaanbieder als bedoeld in de Wkkgz en daarmee verantwoordelijk voor de rechten van de patiënt.³⁴ De memorie van toelichting bij de Wkkgz spreekt verder nog over ‘zorggroepen’: organisaties die een breed palet aan – veelal eerstelijns – zorg leveren en daartoe afspraken hebben

27 Art. 10 lid 1 Wkkgz.

28 Art. 10 lid 3 Wkkgz.

29 R.D. Friele e.a., *Evaluatie Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*. Den Haag: ZonMw, 2021, p. 36.

30 Art. 1 lid 1 Wkkgz.

31 Art. 1 lid 1 Wkkgz. Onder ‘andere zorg’ wordt verstaan: ‘handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg als bedoeld in art. 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, niet zijnde Wlz-zorg of Zvw-zorg, alsmede handelingen met een ander doel dan het bevorderen of bewaken van de gezondheid van de cliënt’.

32 Zie ook R.D. Friele e.a., *Evaluatie Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*. Den Haag: ZonMw, 2021 p. 45 e.v.

33 O.g.v. art. 1 lid 6 Wkkgz wordt de instelling die binnen het kader van een andere instelling zorg verleent, niet aangemerkt als instelling.

34 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 91-92.*

gemaakt met individuele zorgverleners. Ook hier hangt het van de inhoud van de samenwerking en afspraken af wie als zorgaanbieder onder de Wkkgz is aan te merken: is dat de individuele zorgverlener; of is dat het organisatorisch verband waar de individuele zorgverleners onder vallen?^{35 36}

Een voorbeeld uit de praktijk waarbij verschuiving van rollen ook gevolgen heeft voor de vraag wie zorgaanbieder is: het OLVG ontwikkelde in het voorjaar van 2020 de 'CoronaCheck-app'. Het doel was grote groepen burgers en patiënten met klachten en/of zorgen over COVID-19 op afstand te triëren, gerust te stellen of door te verwijzen naar de eigen huisarts. Testmogelijkheden zoals we die nu kennen waren er nog niet en via deze app konden mensen gegevens over hun gezondheid invoeren, die vervolgens door een medisch geschoold team (het regiecentrum) werden beoordeeld. Het regiecentrum viel in het begin onder verantwoordelijkheid van het OLVG en zodoende was het OLVG ook de zorgaanbieder.³⁷ Uiteindelijk werd ter ondersteuning van de CoronaCheck-app ook in het UMC Utrecht een regiecentrum (thans het Medisch Regie Centrum, 'MRC') opgericht. De juridische verhoudingen hingen nauw samen met de rol die iedere betrokken partij op zich nam: vanaf het moment dat het MRC voor de regio Midden-Nederland als regiecentrum ging opereren onder verantwoordelijkheid van het UMC Utrecht, kwam ook de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de Wkkgz (en uit de WGBO) bij het UMC Utrecht te liggen. De coördinatie van het landelijke traject bleef bij het OLVG liggen, maar betekende met deze verschuiving in de rolverdeling dat zij niet langer als enige zorgaanbieder werd aangemerkt binnen deze samenwerking. Een uitbreiding of andere invulling van een samenwerking in de praktijk kan dus al snel een wijziging in de juridische rolverdeling tot gevolg hebben.

De patiënt zal in de praktijk niet snel in de gaten hebben wie in het geval van een groep de zorgaanbieder is. De wetgever meent dat dat voor de patiënt ook niet van belang zou moeten zijn.³⁸ Hiermee doelt de wetgever er op dat de (rechts)persoon die als zorgaanbieder is aan te merken, er voor moet instaan dat de rechten van de patiënt worden nagekomen door alle bij de zorgverlening betrokken partijen. Een uitgangspunt waar je als zorgaanbieder rekening mee zal moeten houden wanneer je in het kader van zorgverlening samenwerkt met zorgverleners of bijvoorbeeld leveranciers die niet onder de Wkkgz vallen.

De rechten die de patiënt tegenover de zorgaanbieder heeft op basis van de Wkkgz kan de patiënt zo nodig afdwingen via klachttrajecten, de geschilleninstantie of even-

35 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 93.*

36 In het geval een instelling gevormd wordt door een organisatorisch verband van natuurlijke personen, richten de verplichtingen zich op grond van art. 1 lid 7 Wkkgz tot ieder van die personen.

37 Op grond van de definitie 'zorg' in art. 1 van de Wkkgz kan het monitoren van gezondheidsgegevens met als doel triage gezien worden als een vorm van 'andere zorg' als bedoeld in de definitie in art. 1 Wkkgz.

38 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 92.*

tueel de burgerlijke rechter. De wetgever laat deze individuele handhaving van (individuele) rechten in beginsel bij de patiënt zelf.³⁹

Verplichtingen uit de Wkkgz

Vanuit de Wkkgz rust op iedere zorgaanbieder de verplichting goede zorg te verlenen, waaronder wordt verstaan zorg van goede kwaliteit en van goed niveau.^{40 41} Goede zorg houdt in dat de zorg veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht is, tijdig wordt verleend en is afgestemd op de reële behoefte van de cliënt/patiënt, waarbij de zorgverleners handelen conform de professionele standaard en de kwaliteitsstandaarden. Bovendien moeten de rechten van de patiënt zorgvuldig in acht worden genomen.⁴²

Aan de organisatie van de zorgverlening stelt wet eveneens eisen, met als doel dat het leidt tot goede zorg. Bij betrokkenheid van meerdere zorgaanbieders bij dezelfde patiënt(en), gelijktijdig dan wel achtereenvolgens, moeten deze zorgaanbieders (indien zij ook instellingen zijn) op grond van art. 3 Wkkgz afspraken maken over afstemming van de zorgverlening en verantwoordelijkheidsverdeling. Afstemming wordt gezien als voorwaarde voor het kunnen verlenen van goede zorg.⁴³ De invulling van deze afstemmingsverplichting heeft de wetgever overgelaten aan het veld, onder meer in de vorm van de Handreiking.⁴⁴ In de Handreiking is deze verplichting tot het maken van afspraken over afstemming en verantwoordelijkheidsverdeling opgenomen in aandachtspunt 6 en gericht aan 'zorgverleners' en richt zich daarmee – anders dan art. 3 Wkkgz zelf – op alle zorgverleners.⁴⁵

Naast art. 3 is tevens art. 4 Wkkgz van belang, waaruit voortvloeit dat tussen de zorgverleners een samenwerkingsovereenkomst gesloten moet worden.⁴⁶ Hierbij zal een zorgaanbieder zich moeten realiseren dat wanneer er bijvoorbeeld een zelfstandig werkende beroepsbeoefenaar wordt ingeschakeld, deze verplichting tot een samenwerkingsovereenkomst ook (al) geldt.

39 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 154.*

40 Art. 2 Wkkgz.

41 Zie voor een uitgebreide toelichting op de Wkkgz o.a. J. Legemaate, 'De Wkkgz over kwaliteit van zorg', «TvGR» 2016/02, p. 53-61.

42 Art. 2 lid 2 Wkkgz.

43 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 22.*

44 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 42.*

45 Aandachtspunt 6 in de Handreiking 2010 luidt: *Zorgverleners die deelnemen aan een samenwerkingsovereenkomst maken duidelijke afspraken over de verdeling van taken en verantwoordelijkheden met betrekking tot de zorgverlening aan de cliënt.*

46 Zie voor de criteria waaraan deze samenwerkingsovereenkomsten moeten voldoen het onderdeel van het preadvies hoofdstuk 3 - Juridische vormgeving samenwerking in de zorg.

Het eerdergenoemde Medisch Regie Centrum (MRC) is, nadat de CoronaCheck-app is gestopt, binnen het UMC Utrecht blijven bestaan voor andere initiatieven rondom triage en monitoring van patiënten op afstand. De inzet van het MRC is uitgebouwd en nu structureel ingericht voor het ondersteunen van zorg op afstand. Bijvoorbeeld voor thuismonitoring van coronapatiënten die na een ziekenhuisopname thuis verder herstellen, terwijl medisch geschoold personeel hun gegevens vanuit het MRC in de gaten houdt. In het ontwerp wordt het MRC bij ondersteuning aan andere zorginstellingen gezien als onderaannemer (hulpverlener), waarbij het in opdracht van die zorginstelling de patiënten op afstand monitort. Het MRC functioneert onder verantwoordelijkheid van de medisch specialist die hoofdbehandelaar (regiebehandelaar) is van de patiënt. Gedurende de thuismonitoring staat het MRC – afhankelijk van het klachtenpatroon – ook in nauw contact met de patiënt. Afstemming tussen betrokken zorgverleners en de juiste informatievoorziening aan de patiënt is op papier makkelijk opgeschreven, maar het vergt in de praktijk dagelijks aandacht of het ook op de juiste wijze plaatsvindt. Het contact met de patiënt loopt vanaf het moment van thuismonitoring overwegend via het MRC en niet via de medisch specialist of afdeling. Afstemmings- en verantwoordelijkheidsafspraken zijn in deze situaties essentieel voor het kunnen verlenen van goede zorg door (en in opdracht van) de zorgaanbieder.

Klachtrecht

Een belangrijk patiëntenrecht en onderwerp van de Wkkgz is het klachtrecht van de patiënt.⁴⁷ Wanneer zorgaanbieders besluiten op een structurelere basis samen te werken, zijn afspraken over het klachtrecht van de patiënt een must. Zowel voor de bij de samenwerking betrokken zorgaanbieders als voor de patiënten moet het duidelijk zijn waar en hoe de patiënt het klachtrecht kan uitoefenen. Ingevolge art. 7.3 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wkkgz moeten zorgaanbieders die onder de Wkkgz vallen in geval van ketenzorg zorgen voor een integrale en gecoördineerde klachtenbehandeling. Het gaat daarbij om bijvoorbeeld de situatie dat meerdere zorgaanbieders gezamenlijk zorg verlenen aan een patiënt of de zorg die aan deze patiënt wordt verleend met elkaar samenhangt. Ook wanneer aanbieders van maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp gelijktijdig betrokken zijn bij het verlenen van hulp aan de patiënt, geldt de verplichting zorg te dragen voor afstemming.⁴⁸ Hoewel de toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wkkgz alleen ketenzorg benoemt, zal de verplichting tot afstemming voor vormen van een complexere samenwerking, zoals een netwerk, uiteraard ook gelden zodra de zorg wordt verleend 'in samenhang met zorg, ondersteuning of hulp die een ander verleent'. Het is dus van belang dat de zorgaanbieder in de eigen klachtenregeling aandacht besteedt aan een mogelijke gecombineerde klachtenbehandeling en aangeeft hoe om te gaan met een klacht die betrekking heeft op zorg die door meerdere zorgaanbieders in onderlinge samenhang wordt verleend. Overigens kan een gecombineerde klachtenbehandeling alleen als de klager daarmee instemt. De Wkkgz of andere regelgeving biedt geen grondslag voor gegevensuitwisseling

47 Art. 13 e.v. Wkkgz.

48 *Stb.* 2015, 447, p. 52.

zonder toestemming. Bij structurelere samenwerkingen is het raadzaam onderling afspraken te maken over een eventuele gecombineerde klachtenbehandeling. Denk aan afspraken over informatie-uitwisseling tussen klachtenfunctionarissen over een ingediende klacht, het informeren van de klager en het vragen van diens toestemming voor een gecombineerde klachtenbehandeling of hoe je de klager doorverwijst bij het ontbreken van toestemming.

Hoe kijkt de toezichthouder aan tegen samenwerkingen?

Uit diverse onderzoeken van de IGJ op dit gebied komt vooral naar voren dat onveilige situaties voor de patiënt ontstaan door onvoldoende onderlinge afstemming, niet op elkaar afgestemde zorg, onvoldoende overdracht van zorg, onduidelijke coördinatie van zorg, onduidelijkheid over verantwoordelijkheid en overbelasting mantelzorg/informele zorg.⁴⁹

De toezichthoudende rol van de IGJ ziet op het bewaken van de belangen van een goede gezondheidszorg en de patiënten voor zover die belangen uitstijgen boven het belang van de individuele patiënt. De IGJ zal als toezichthouder en handhaver van de Wkkgz altijd voor ogen moeten hebben wie zorgaanbieder is in de zin van de Wkkgz en of het een solistisch werkende zorgverlener of een instelling is (omdat de voorschriften vanuit de Wkkgz verschillend zijn). Toch is het ook voor de IGJ niet altijd duidelijk wie de zorgaanbieder is.⁵⁰ De IGJ ervaart het toezicht op constructies met hoofd- en onderaannemers ingewikkeld, onder meer omdat de hoofdaannemer formeel de zorgaanbieder is, maar de verlening van zorg uitbesteedt.⁵¹ De constructie en afspraken kunnen op papier duidelijk lijken, maar de invulling in de praktijk blijkt dan toch wat minder helder te zijn.

Als sprake is van een netwerk van zorgverleners is het houden van toezicht (vanuit de Wkkgz) ingewikkeld. De zorginstelling die in een netwerk zelfstandig een onderdeel van de zorg levert, is op basis van de Wkkgz de zorgaanbieder voor dat onderdeel. Dat is weer anders als één zorgaanbieder delen van zorg heeft uitbesteed aan andere zorginstellingen binnen het netwerk en daarmee ook zorgaanbieder is voor de uitbestede zorg.⁵² Het netwerk van rechtspersonen is – behoudens uitzonderingsgevallen waarin het een structurele samenwerking betreft – niet zelfstandig normadresstaat onder de Wkkgz en dus komt dan vraag op waar de verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid binnen netwerkzorg moet worden belegd.

49 Zie diverse publicaties op de thema pagina <https://www.igj.nl/onderwerpen/zorgnetwerken>.

50 R.D. Friele e.a., *Evaluatie Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*. Den Haag: ZonMw, 2021p. 49.

51 R.D. Friele e.a., *Evaluatie Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*. Den Haag: ZonMw, 2021, p. 193.

52 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 93-94.*

De IGJ heeft inmiddels een afdeling 'Netwerkzorg en preventie' die zich bezighoudt met het vormgeven van en het houden van toezicht op deze nieuwere vormen van samenwerking in de zorg. De IGJ betreft in het toezicht vier thema's: de patiënt centraal, de rol van de mantelzorger, integrale zorg en veiligheid.⁵³ Zo kijkt de IGJ bijvoorbeeld naar netwerken in de thuissituatie.⁵⁴ Daar zijn onder meer huisartsen, verpleegkundigen, fysiotherapeuten, apotheken en mantelzorgers bij betrokken. Als het bijvoorbeeld om zorg voor kinderen thuis gaat, ziet de IGJ enerzijds dat de kinderarts in het ziekenhuis de eindverantwoordelijkheid draagt, terwijl hij het meest op afstand lijkt te staan in dat netwerk om het kind heen. Dat vraagt om afstemming tussen bijvoorbeeld de kinderarts en de huisarts, of de kinderarts en de verpleegkundigen. Een netwerk (thuis) vraagt om nauwe afstemming, samenwerking en verdeling van verantwoordelijkheden tussen de verschillende zorgverleners binnen dat netwerk.⁵⁵ Aspecten waar je als zorgaanbieder binnen een netwerk dus aandacht voor moet hebben om te zorgen dat je 'goede zorg' kunt blijven verlenen als 'individueel' binnen dat netwerk.

Daar waar het gaat om calamiteitenmeldingen heeft de IGJ een factsheet opgesteld 'Calamiteit in een zorgnetwerk'⁵⁶ waarin van samenwerkende zorgaanbieders binnen een netwerk ook een gezamenlijk onderzoek en reflectie op de (mogelijke) calamiteit wordt verwacht. De IGJ spreekt daarbij uit dat ze verwacht dat zorgaanbieders daarbij ook de partijen betrekken die niet zelfstandig onder de Wkkgz vallen, denk aan gemeente of medewerkers van het wijkteam. De IGJ vult vervolgens haar rol als toezichthouder ook in door samen met de andere betrokken toezichthouders op te trekken bij de beoordeling van de calamiteitenmeldingen.

Bij structurelere samenwerking kan het zinvol zijn stil te staan bij een gecombineerde aanpak van de calamiteitenmeldingen en het onderzoek daarnaar. Met uitzondering van de calamiteit die een duidelijk opzichzelfstaand incident bij één zorgaanbieder betreft, is een gecombineerde aanpak nodig om helder te krijgen of de oorzaak van het incident ook in de onderlinge samenwerking ligt en welke kwaliteitsverbetering binnen die samenwerking nodig is. Het inrichten van een gezamenlijke onderzoekscommissie voor het onderzoek naar de calamiteiten kan hierbij zinvol zijn.

Overigens biedt de Wkkgz geen grondslag voor het delen van gegevens tussen zorgaanbieders voor een gezamenlijke calamiteitenmelding en onderzoek, zodat de toe-

53 IGJ, *De juiste zorg op de juiste plek, Toezicht op zorgnetwerken*, 28 mei 2019, <https://magazines.igj.nl/zorgnetwerken/2019/01/de-juiste-zorg-op-de-juiste-plek>.

54 IGJ Toetsingskader *Toezicht op zorgnetwerken rond cliënten in de thuissituatie*, versie januari 2020.

55 IGJ, *In beeld: het zorgnetwerk van een kind, Toezicht op zorgnetwerken*, 28 mei 2019, <https://magazines.igj.nl/zorgnetwerken/2019/01/in-beeld-het-zorgnetwerk-van-een-kind>.

56 IGJ, *Calamiteit in een zorgnetwerk*, december 2020.

stemming van de patiënt hiervoor nodig is. Dat levert in de praktijk nog weleens lastige situaties op wanneer deze toestemming ontbreekt of het niet mogelijk is nog toestemming te vragen omdat de patiënt is overleden. Een andere wettelijke grondslag ontbreekt eveneens. Hoewel mogelijk de informatie van een andere betrokken zorgaanbieder essentieel is voor het onderzoek naar de calamiteit en in het kader van kwaliteitsverbetering dus noodzakelijk, kan dat in sommige gevallen geen onderdeel worden van het onderzoek. Voor interne meldingen is in de Wkkgz (art. 9 lid 1) een grondslag geboden om zonder toestemming van de patiënt (intern) gegevens te verwerken ten behoeve van de kwaliteit van zorg. Voor externe gegevensverwerking en daarmee uitwisseling tussen zorgaanbieders in het kader van een gezamenlijk onderzoek naar een calamiteitenmelding biedt de Wkkgz of het Uitvoeringsbesluit Wkkgz geen grondslag. Het belang van kwaliteitsverbetering ten behoeve van de (toekomstige) patiënt weegt echter soms zwaarder dan zowel de geheimhoudingsplicht jegens de patiënt als de bescherming van de privacy van de betrokken zorgverleners. Een wettelijke grondslag voor het delen van gegevens zou het gecombineerde onderzoek naar een calamiteitenmelding en daarmee de kwaliteit van zorg binnen de samenwerking ten goede kunnen komen.

In de huidige wetgeving heeft de IGJ geen (formele) instrumenten om het totale netwerk aan te spreken. Handhaving kan zich alleen richten tegen de individuele zorgaanbieders die betrokken zijn bij dat netwerk en ten aanzien van hun rol in dat netwerk. Een belangrijk element bij die beoordeling zijn de verantwoordelijkheidsverdeling en afstemming: is daar voldoende aandacht voor geweest? Zo niet, dan leveren de betrokken zorgaanbieders geen ‘goede zorg’, waar de patiënt wel recht op heeft. De IGJ zal de individuele zorgaanbieders hierop moeten aanspreken.

2.2 *Verantwoordelijkheidsverdeling en coördinatie*

Hoe kan de patiënt vanuit zijn contractuele relatie met de zorgverlener afdwingen dat deze zorgverlener ook goed samenwerkt met andere zorgverleners bij de behandeling en oog heeft voor diens rechten? Het antwoord daarop ligt (gedeeltelijk) bij de invulling van de verplichtingen die op de zorgverlener rusten.

Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg: hoofdbehandelaar, regievoerder, casemanagers...

De tuchtrechtspraak vormt een belangrijke bron voor de invulling van de individuele verantwoordelijkheid van de zorgverleners die betrokken zijn bij een samenwerking in de zorg. Ook al is het normenstelsel in het tuchtrecht anders dan in het civiele recht, de tuchtnorm kan bepalend zijn voor de civiele beoordeling.⁵⁷ Volgens vaste tuchtrech-

57 A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 158.

telijke jurisprudentie dient de hoofdbehandelaar de regie tijdens het behandeltraject te bewaken. Dat betekent dat de hoofdbehandelaar ervoor zorgt dat de verrichtingen van alle zorgverleners op elkaar zijn afgestemd en het centrale aanspreekpunt is voor de patiënt.⁵⁸ De verantwoordelijkheid van de hoofdbehandelaar voor de uitvoering van zijn regiefunctie gaat niet zo ver dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor de handelingen van de andere specialisten tijdens het behandeltraject. De extra verantwoordelijkheid die op het handelen van de hoofdbehandelaar rust, ziet vooral op het afstemmen en coördineren van de bij de behandeling betrokken zorgverleners.⁵⁹

In de recentere uitspraak van het CTG van 29 januari 2021 staan ook de verantwoordelijkheden van zorgverleners betrokken bij de zorgverlening van één patiënt centraal.⁶⁰ Het CTG overweegt hier: ‘De toegenomen complexiteit van zorg, die soms door zorgverleners van verschillende instellingen wordt verleend, vereist uitgangspunten die meer flexibel toegepast kunnen worden. Daarom zal hierna ook worden gesproken over “de regiebehandelaar”.’⁶¹ De regiebehandelaar komt in beeld als de aard of complexiteit van de behandeling, waarbij twee of meer zorgverleners betrokken zijn, het nodig maakt dat een regiebehandelaar wordt aangewezen.⁶²

Bij deze uitspraak van het CTG zijn kanttekeningen te plaatsen. De tuchtnorm waaraan het CTG toetst en in het kader waarin hier de functie van regiebehandelaar wordt geïntroduceerd, is een individueel gerichte norm. Uiteraard heeft de individuele (hoofd)behandelaar een belangrijke rol bij een (complexe) samenwerking, maar terecht is de vraag opgeworpen hoe zich dit verhoudt tot de in art. 3 van de Wkkgz geformuleerde norm die zich richt op de zorgaanbieder en of de tuchtrechter een dergelijke norm wel zou moeten opleggen aan de individuele zorgverlener, of dat de zorgaanbieder daar op grond van de Wkkgz niet het aanspreekpunt voor zou moeten zijn.⁶³

Bij complexe samenwerkingen waarin een patiënt wisselende zorgvragen heeft, is het niet altijd een gemakkelijke opgave invulling te geven aan een duidelijke verantwoordelijkheidsverdeling. Binnen de muren van het ziekenhuis is het al niet eenvoudig een regiebehandelaar aan te wijzen als de patiënt bij meerdere specialismen onder behandeling is, over de muren van de zorginstelling heen zal dat nog meer aandacht vragen. Zeker als daar ook nog hulpverleners uit andere sectoren zoals het sociale domein bij betrokken zijn. Het ligt dan meer voor de hand uit te gaan van een op de zorgaanbieders rustende verantwoordelijkheid voor de aanwezigheid van de afspra-

58 Zie CTG 1 april 2008, nr. 2007/037, GJ 2008/83.

59 Bijv. ECLI:NL:TGZCTG:2018:235.

60 ECLI:NL:TGZCTG:2021:36.

61 CTG 29 januari 2021, ECLI:NL:TGZCTG:2021:36, r.o. 4.9.

62 CTG 29 januari 2021, ECLI:NL:TGZCTG:2021:36, r.o. 4.10.

63 F. de Haan, ‘De regiebehandelaar’, «TvGR» 2021/03, p. 272-279.

ken omtrent afstemmings- en verantwoordelijkheidsplichten. De (vele) betrokken individuele zorgverleners werken vervolgens conform die afspraken.

Bij samenwerkingen tussen zorgaanbieders zal voor het aanwijzen van een regiebehandelaar en diens taken niet direct uit bestaande onderlinge verhoudingen voortvloeien wie dat moet zijn en wat de taken en verantwoordelijkheden zijn die daarbij horen. Zeker waar het gaat om een ad-hocsamenwerking. Met de verschuiving van 'hoofdbehandelaar' en 'regiefunctie' naar 'regiebehandelaar' zou duidelijker moeten zijn dat degene die tevens regiebehandelaar is, niet de inhoudelijke verantwoordelijkheid draagt voor andere zorgverleners die betrokken zijn. Het CTG benadrukte dit ook in haar uitspraak van 29 januari 2021: 'De toegenomen complexiteit van zorg vraagt om flexibele samenwerking waarbij zorgverleners een eigen professionele verantwoordelijkheid houden en waarbij als de aard of complexiteit van de behandeling dat nodig maakt, een regiebehandelaar wordt aangewezen.'

Toch blijven we na deze uitspraak met vragen zitten over de invulling in de praktijk. De verantwoordelijkheid van zorgverleners binnen een complexe samenwerking is in de praktijk niet eenvoudig. Niet zelden verschuift het hoofdbehandelaarschap (regie) gedurende een behandeling al dan niet ingegeven vanuit medische verantwoordelijkheid. De nieuwe norm van het CTG vraagt nog wel om verduidelijking bijvoorbeeld over wat verstaan moet worden onder 'flexibele samenwerking' of wie aangesproken kan worden op het ontbreken van een 'regiebehandelaar',⁶⁴ alsmede de invloed van deze uitspraak op externe samenwerkingen.

2.3 *Strubbelingen in de praktijk*

Bij de inventarisatie naar het functioneren van zorgnetwerken rondom kinderen thuis zag de IGJ netwerken van 3 tot 38 organisaties die betrokken waren bij de zorg voor het kind. Het volgende citaat is afkomstig uit het onderzoek van de IGJ:

'Moeder: "Bij de zorg voor mijn kind zijn 38 organisaties betrokken. Daar heb ik als ouder mee te dealen. Een kleine kring van zorgverleners die veel betrokken zijn, daarmee kunnen we goed samenwerken. Met de rest lukt dat niet. Het belangrijkste is dat er eenheid is in beleid en dat men de complexiteit van mijn kind snapt.'" ⁶⁵

64 Zie bijv. J. Hubben, 'Spraaakverwarring over de hoofdbehandelaar', «Medisch Contact» 2021/44, p. 36-37.

65 IGJ, *In beeld: het zorgnetwerk van een kind, Toezicht op zorgnetwerken*, 28 mei 2019, p. 17 <https://magazines.igj.nl/zorgnetwerken/2019/01/in-beeld-het-zorgnetwerk-van-een-kind>.

Het zal geen verrassing zijn dat een klein netwerk beter functioneert door kortere lijnen en betere kennis van elkaars betrokkenheid dan een groot netwerk van meer dan dertig zorgaanbieders.⁶⁶ Wie heeft in een dergelijk geval de regie, wie maak je regiebehandelaar? De kinderartsen zijn verantwoordelijk voor het behandelbeleid thuis, maar hebben weinig zicht op de thuissituatie en de contactmomenten zijn wellicht veel minder dan bijvoorbeeld die tussen de thuiszorg en het kind en ouders.

‘De positie van de kinderarts met eindverantwoordelijkheid binnen het zorgnetwerk thuis. Hoe vult die kinderarts dat in? De huisarts is weinig in beeld. Om taken te verdelen tussen de kinderarts en de huisarts is afstemming nodig. Ook is er meer afstemming nodig tussen de kinderarts en de kinderverpleegkundige. Hoe geeft het zorgnetwerk invulling aan de gezamenlijke regie van ouders en de kinderarts?’⁶⁷

Dit voorbeeld laat goed zien dat afstemming tussen betrokken zorgverleners de sleutel is tot goede zorg voor de patiënt die afhankelijk is van die samenwerking. De normen zijn op papier duidelijk. De Wkkgz verplicht tot afstemming, de tucht-rechtspraak laat zien dat afstemming noodzakelijk is en de door het veld opgestelde Handreiking vereist afstemming. En toch blijkt dat in de praktijk niet (altijd) makkelijk om van de grond te krijgen.

De normen die voortvloeien uit de uitspraak van het CTG en de Handreiking zijn in de praktijk nog niet zo eenvoudig toe te passen. De normen die hieruit voortvloeien, richten zich in bepaalde mate sterk op de zorgverlener als individu. Daarin zitten in de praktijk onzekerheden: welke individuele zorgverlener is aan te spreken op deze norm en kan een individu dit in een complexe samenwerking tussen zorgverleners deze rol wel vervullen? Terecht werpt De Haan vanuit de praktijk de vraag op of deze verantwoordelijkheid niet thuishoort bij de zorginstelling, als eindverantwoordelijke voor de organisatie en kwaliteit van zorg.⁶⁸ In de interne samenwerking binnen een grote instelling is de uitspraak van het CTG niet duidelijk over wat de rol van regiebehandelaar is en wat dit met zich meebrengt. In de praktijk wisselt ook de patiënt in een interne samenwerking van hoofdbehandelaar en wellicht dan ook van regiebehandelaar. De inrichting hiervan zeker bij externe samenwerkingen zal niet makkelijk zijn.

Een van de randvoorwaarden voor een goede afstemming is ‘adequate uitwisseling van gegevens en waar nodig een gezamenlijk behandelplan’, zoals ook terugkomt in de Handreiking. Daarvoor is noodzakelijk dat gegevensuitwisseling altijd kan en

66 IGJ, *Toezicht op zorgnetwerken: specialistische verpleging en zorg thuis, in de eigen omgeving is belangrijk voor het kind, en vraagt veel van het netwerk*, juni 2019, p. 17.

67 IGJ, ‘Beleid en Toezicht,’ *Magazine Toezicht op zorgnetwerken* 2019, ‘In beeld: het zorgnetwerk van een kind’.

68 F. de Haan, ‘De regiebehandelaar’, «TvGR» 2021/03, p. 272-279.

(technisch) mogelijk is. En dat brengt ons terug bij de werkelijkheid: dat is op dit moment in de praktijk nog verre van optimaal *en* vaak afhankelijk van instemming van de patiënt. Gegevensuitwisseling is een aspect waar in de praktijk veel zorgverleners mee worstelen. Gegevensuitwisseling is essentieel voor de continuïteit en kwaliteit van zorg voor de patiënt. De technische ondersteuning en de wetgeving die deze technische ontwikkeling moet ondersteunen is echter nog in ontwikkeling. Bovendien wordt gegevensuitwisseling beperkt door het beroepsgeheim. Dat de individuele behandelingsovereenkomsten die de patiënt sluit met verschillende zorgverleners voor de uitvoering van een behandeling in de praktijk tot beperkingen leidt, is hier goed zichtbaar. Van de zorgverlener die betrokken is bij de zorg die wordt verleend 'in samenhang met zorg, ondersteuning of hulp die een ander verleent', wordt verwacht hij gegevens uitwisselt met de andere zorgverleners en waar nodig een gezamenlijk behandelplan opstelt.⁶⁹ De WGBO biedt in de gevallen waar sprake is van individuele behandelingsovereenkomst dan onvoldoende ruimte om zonder toestemming gegevens uit te wisselen. Art. 7:457 lid 2 BW geeft die ruimte alleen binnen de uitvoering van één overeenkomst, niet als voor de uitvoering van 'samenhangende zorg' meerdere behandelingsovereenkomsten tot stand komen.

2.4 *Beschouwing*

De vraag aan het begin van dit hoofdstuk was: *Bieden de WGBO en de Wkkgz voldoende bescherming aan de rechten van de patiënt, in het bijzonder het recht op goede zorg, in de (complexe) samenwerkingen tussen zorgaanbieders?*

In de basis bieden de WGBO en Wkkgz goede bescherming van de rechten van de patiënt en bezitten beide wetten instrumenten om het recht op goede zorg te beschermen. Afstemming tussen de betrokken zorgverleners / zorgaanbieders is essentieel voor het bereiken van goede zorg. In de individuele behandelrelatie mag van de zorgverlener via de norm van goed hulpverlenerschap worden verwacht dat hij aandacht besteedt aan het verlenen van goede zorg en de afstemming binnen een samenwerking om dat te bereiken. Ook de Handreiking legt aan zorgverleners de verplichting op afspraken te maken over afstemming en verantwoordelijkheidsverdeling. De tuchtrechtspraak bevestigt de individuele verantwoordelijkheid van de zorgverlener om in de rol als hoofdbehandelaar / regievoerder zorg te dragen voor de onderlinge afstemming.

Bij een complexe samenwerking overstijgt de zorgverlening die individueel gerichte behandelingsovereenkomst. De aanvulling van de Wkkgz biedt dan bescherming

⁶⁹ Dit komt ook terug in aandachtspunten 4, 5 en 6 van de Handreiking. Ook in het concept van de herziene versie van deze Handreiking (versie december 2021) speelt gegevensuitwisseling een belangrijke rol bij de geformuleerde aandachtspunten.

door de verplichtingen aan het adres van de zorgaanbieder die de patiëntenrechten moeten beschermen. Toch laten de onderzoeken van de IGJ zien dat ondanks deze wettelijke bescherming het in de praktijk bij complexere samenwerking niet altijd goed gaat en de kwaliteit van zorg in het geding komt. Een van de randvoorwaarden voor goede zorg is onderlinge afstemming en een duidelijke verantwoordelijkheidsverdeling. Voor goede afstemming is 'adequate uitwisseling van gegevens' nodig, zoals ook terugkomt in de Handreiking. En binnen de individueel gerichte behandelingsovereenkomst is de gewenste gegevensuitwisseling niet altijd mogelijk. De WGBO biedt in art. 7:457 lid 2 BW weliswaar de mogelijkheid om met 'medebehandelaars' gegevens uit te wisselen zonder dat toestemming nodig is, maar dat geldt alleen voor betrokkenheid bij de behandelingsovereenkomst. Bij uitgebreide samenwerkingen, zoals in de vorm van een netwerk, is het niet altijd in het kader van dezelfde behandelingsovereenkomst en zal de patiënt apart om toestemming moeten worden gevraagd. Met het ideaal van de juiste zorg op de juiste plek zal het aantal samenwerkingen in de vorm van netwerken alleen maar toenemen. Om ook in deze vormen van samenwerken de gegevensuitwisseling en onderlinge afstemming beter te kunnen faciliteren, is een bredere opvatting van art. 7:457 lid 2 BW nodig. Een uitbreiding van lid 2 tot 'zorgverleners bij de uitvoering van samenhangende behandeling' in plaats van de huidige beperking tot betrokkenheid bij de behandelingsovereenkomst, zorgt al voor een betere mogelijkheid tot adequate afstemming van de zorgverlening rondom de patiënt en daarmee uiteindelijk tot een betere bescherming van goede zorg.

Een tweede knelpunt dat we signaleerden is dat het in de praktijk onduidelijk kan zijn welke zorgverlener/zorginstelling de normadressaat is van de Wkkgz. Bij een samenwerking hangt het sterk af van de feitelijke invulling van de samenwerking, zoals de afspraken en rolverdeling, wie aangemerkt moet worden als zorgaanbieder. Uit de begin 2021 verschenen evaluatie van de Wkkgz volgt dat 'in de geest van de wet' een brede(re) interpretatie van het begrip zorgaanbieder eraan kan bijdragen dat de verantwoordelijkheden uit de Wkkgz op alle bij de samenwerking betrokken partijen rust.⁷⁰ Deze aanbeveling kan bijdragen aan het wegnemen van de onduidelijkheid omtrent het begrip 'zorgaanbieder' en duidelijkheid scheppen over de vraag wie de verplichtingen uit de Wkkgz moet nakomen. In ieder geval is het met het oog op de toenemende samenwerking in de zorg wenselijk dat duidelijkheid komt over de afbakening van het begrip 'zorgaanbieder' in deze context.

Tot slot nog een laatste punt dat aandacht behoeft. In het kader van goede zorg en verbetering van kwaliteit van zorg kent de Wkkgz de verplichting een calamiteit te melden bij de IGJ. Een onderzoek naar een calamiteit door de zorgaanbieders zelf kan in het kader van een samenwerking alleen plaatsvinden als tussen de betrokken zorgaanbie-

70 R.D. Friele e.a., *Evaluatie Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*. Den Haag: ZonMw, 2021, p. 211.

ders gegevens mogen worden gedeeld. Als toestemming vragen niet meer mogelijk is, of niet wordt gegeven, biedt de wet geen grondslag voor een uitwisseling. In het belang van goede zorg heeft het de voorkeur dat de wetgever een wettelijke grondslag introduceert voor het uitwisselen van gegevens het in het kader van calamiteitenonderzoek. Dat maakt gezamenlijk onderzoek naar calamiteiten binnen een samenwerking mogelijk en zal uiteindelijk leiden tot verbetering van de kwaliteit van zorg.

3 Juridische vormgeving samenwerkingen in de zorg – entiteiten en governance

3.1 Juridische vormgeving

3.1.1 Inleiding

In de praktijk zien we vaak dat er eerst naar de jurist wordt gekeken als er een samenwerking tussen zorgaanbieders wordt opgezet. De juridische vorm volgt echter pas op het moment dat de plannen van de partijen zijn uitgewerkt. Na het uitwerken van de plannen zijn er juridisch gezien twee mogelijkheden om de plannen uit te werken, namelijk via een juridische entiteit of via een samenwerkingsovereenkomst. Als de samenwerking in een juridische entiteit plaatsvindt, dan zijn er verschillende mogelijke rechtspersonen: de stichting, de kapitaalvennootschap (naamloze vennootschap of besloten vennootschap), de coöperatie en de vereniging.⁷¹ In deze paragraaf lopen we de verschillende vormen langs en sluiten we af met de besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM).

Centraal staat de vraag welke rechtsvorm de meeste mogelijkheden biedt om te komen tot goede zorg bij het opzetten van een samenwerking in de zorg en wanneer er sprake is van goed bestuur bij samenwerkingen in de zorg. Daarnaast bespreken we de voor dit hoofdstuk relevante aandachtspunten uit de Handreiking. Daarbij nemen de verschillende wetten onder de loep en kijken we naar het Kader Goed Bestuur van de IGJ.⁷²

3.1.2 De stichting

De stichting wordt bij samenwerkingsverbanden in de zorg vaak gekozen, waarschijnlijk omdat de stichting ‘een maatschappelijk karakter’ heeft en geen winstoogmerk. De stichting heeft een aantal kenmerken die belangrijk zijn bij de overweging of men de samenwerking in een stichting wil gieten.

Ten eerste heeft de stichting, zoals geregeld in art. 2:285 BW, geen leden of aandeelhouders zoals bij de vereniging en de nv en bv wel het geval is. De stichting is in die

71 We behandelen hier niet alle rechtspersonen omdat dat te omvangrijk zou zijn.

72 IGJ & NZa, *Kader Goed Bestuur*, 2020.

zin dus van niemand, zij is van zichzelf.⁷³ Dit maakt de stichting vaak een minder aantrekkelijke vorm omdat samenwerkingspartijen vaak invloed willen uitoefenen op de samenwerking. Uiteraard kunnen de samenwerkende partijen wel statutair regelen dat ze in de raad van toezicht of het bestuur plaatsnemen en zo invloed uitoefenen, maar dat is dan via een specifieke rol met bijbehorende verantwoordelijkheden en bevoegdheden en niet als 'eigenaar'.

Sinds 1 juli 2021 is de mogelijkheid om een raad van toezicht bij een stichting in te stellen in de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in art. 2:292a BW vastgelegd.⁷⁴ Het was in principe al mogelijk om bij een stichting een raad van toezicht in te stellen en het blijkt in de praktijk ook dat de partijen bij samenwerkingsverbanden de leden van de raad van toezicht van een stichting benoemen. Via dit orgaan kunnen zij dan invloed uitoefenen. Maar bestuurders en commissarissen/toezichthouders dienen zich dan in lijn met de bepalingen die hierover zijn opgenomen voor de bv en de nv te richten op het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie.⁷⁵ En de Governancecode Zorg 2022 legt daarbij aan de leden van de raad van toezicht op om zijn toezichts- goedkeurings-, advies- en werkgeversfunctie op een evenwichtige wijze te vervullen.⁷⁶ Dat wil zeggen zich te richten op het belang van de zorgorganisatie vanuit het perspectief van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin.⁷⁷ Samenwerkingspartners dienen er dan dus rekening mee te houden dat de feitelijke invloed vanuit de moederorganisatie via het benoemde lid in de raad van toezicht gering zal zijn. Ze zitten er niet 'namens' hun organisatie en kunnen theoretisch gezien binnen de stichting iets beslissen waar hun eigen organisatie last van heeft. Daarnaast kan belangenverstrengeling het ingewikkeld maken voor de samenwerkingspartner omdat de bestuurder geen deel mag nemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien sprake is van ongewenste belangenverstrengeling⁷⁸.

Ten tweede verschilt de stichting ook van de andere rechtspersonen zoals geregeld in Boek 2 BW door het feit dat de oprichter in de vaststelling van de statuten een andere positie heeft: de wil van de oprichter is bepalend.⁷⁹ Bij andere rechtspersonen is de positie van de oprichter bij vaststelling van de statuten beperkt. Het is dan namelijk

73 P.H.N. Quist, 'Weerloos wezen. Over doelwijziging van een stichting', «WPNR» 2008/6773.

74 E. Schieman, *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek, raad van commissarissen stichting*.

75 Art. 2:291 lid 3 BW en art. 2:292a BW.

76 Deze is overigens niet gewijzigd ten opzichte van de norm van de Governancecode Zorg 2017.

77 Art. 6.4.1. Governancecode Zorg 2022.

78 Naast het feit dat art. 2:292 lid 6 BW gaat gelden voor de stichting, geldt ook de Governancecode Zorg 2022 met de daarin genoemde belangenverstrengelingsregeling als norm.

79 R.F.H. Reijnen, 'De stichting als organisatievorm', «OR», 2021/47.

de algemene vergadering of een ander orgaan dat bepaalt of de statuten gewijzigd kunnen worden. Bij de oprichting van de stichting wordt vastgelegd waarvoor de stichting bestaat: welk doel wordt gediend? Het doel van de stichting zal gedurende haar bestaan niet veranderen en zo kan de oprichter dus het doel voor de gehele bestaansduur vastleggen. Bij een samenwerking wil men echter dikwijls het doel kunnen aanpassen.

Een derde overweging is het uitkeringsverbod zoals geregeld in art. 2:285 lid 3 BW dat vastlegt dat het doel van de stichting geen uitkeringen aan of het maken van winst ten behoeve van oprichters mag inhouden.⁸⁰ Nu is dit over het algemeen niet het doel van de samenwerkingspartners, maar als partijen op de een of andere manier wel gelden willen laten terugvloeien naar hun eigen organisatie is de stichting niet de juiste rechtspersoon.

Een vierde overweging is de mogelijkheid van het uitbreiden van de samenwerking. Dit is bij de stichting eigenlijk niet mogelijk. Het is wel mogelijk een nieuwe partij als lid in het bestuur of de raad van toezicht plaats te laten nemen, maar het is de vraag of dit altijd wenselijk is.

Een laatste kenmerk van de stichting is dat deze rechtspersoon kan worden aangemerkt als algemeen nut beogende instelling (anbi). Dit kan financiële voordelen met zich meebrengen. Zo betaalt de ontvanger geen schenkbelasting het geval van schenkingen ten behoeve van het algemeen belang.

3.1.3 Coöperatie (en vereniging)

De coöperatieve vereniging (coöperatie) lijkt bij uitstek geschikt voor een samenwerking tussen partijen in de zorg. De coöperatie is een soort vereniging.⁸¹ De overeenkomst met de vereniging is dat zowel de coöperatie als de vereniging een bestuur en een algemene leden vergadering heeft. Een verschil is dat de vereniging een maatschappelijk doel heeft en de coöperatie een commercieel doel. Waar een vereniging geen winst mag verdelen onder haar leden, mag een coöperatie dat wel. De coöperatie heeft volgens art. 2:53 lid 1 BW het doel om in de stoffelijke behartiging van haar leden te voorzien. Deze doelomschrijving is het formele onderscheidende element van de coöperatie ten opzichte van de vereniging. Wat dient te gelden als 'stoffelijke behartiging' is niet in abstracto te bepalen. Waar het om gaat is dat de leden door middel van het sluiten van de overeenkomsten met de coöperatie een bepaald eco-

80 G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 324.

81 We gaan hier verder niet uitgebreid in op de vereniging.

nomisch voordeel behalen. De coöperatie heeft dus in tegenstelling tot de vereniging een bepaald economisch doel dat wordt verwezenlijkt door samenwerkende partijen. De leden zijn in dezen de samenwerkingspartijen. De coöperatie sluit met haar leden en voor haar leden overeenkomsten.

Het BW schrijft dwingendrechtelijk een dualistische structuur voor met ten minste twee organen: de algemene ledenvergadering (alv) en een bestuur. In de alv hebben de leden zeggenschapsrechten. Samenwerkende partijen kunnen op die manier dus als lid zeggenschap uitoefenen. De alv is het hoogste orgaan en neemt strategische besluiten en keurt bepaalde besluiten van het bestuur goed. Het bestuur heeft de taak de coöperatie te besturen. Een toezichhoudend orgaan is niet wettelijk verplicht, maar een mogelijkheid,⁸² hoewel dit anders is als de coöperatie een toelating heeft op grond van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza).⁸³ Dan is de zorgaanbieder verplicht een toezichhoudend orgaan in te stellen (waarover later meer).

Een groot voordeel van de coöperatie vergeleken met de stichting is dat nieuwe partijen eenvoudig kunnen worden toegevoegd aan het samenwerkingsverband. Dit kan door een overeenkomst te sluiten, de zogenaamde ledenovereenkomst. Daardoor wordt de betreffende partij direct lid van de algemene vergadering. In de praktijk zien we vaak dat een Medisch Specialistisch Bedrijf (MSB) in coöperatievorm geëxploiteerd wordt. Het MSB sluit dan een ledenovereenkomst met haar leden (de medisch specialisten) en met het ziekenhuis. Specialisten kunnen eenvoudig in- en uitreden, al gelden dan ook de nodige mitsen en maren.⁸⁴

Een ander voordeel van de coöperatie is het feit dat leden op verschillende manieren kunnen deelnemen. Het is mogelijk om categorieën van leden te creëren met verschillende rechten en verplichtingen, iets dat vaak bij grotere samenwerkingsinitiatieven gewenst is.

Een belangrijk nadeel van een coöperatie is het feit dat de coöperatie als rechtspersoon is uitgesloten om als anbi te worden aangemerkt.⁸⁵ Zoals we bij de stichting zagen: deze anbi-status brengt een aantal belastingvoordelen met zich mee: schenkingen die aan de stichting gedaan worden zijn bij een anbi-status vrij van schenkbelasting en een donateur mag deze schenking aftrekken van de inkomsten- en de vennootschapsbelasting. Kortom, voordelen voor een samenwerkingsverband die niet genoten kunnen worden als sprake is van een coöperatie.

82 Art. 2:57 BW.

83 Wet toetreding zorgaanbieders, 1 januari 2022.

84 Zie ook M.A.M. van Steensel, 'Uitleg van ledenovereenkomsten bij coöperaties', *JBN* 2021/7-8.

85 Net zoals de bv, nv en een onderlinge waarborgmaatschappij, art. 5 b Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Hoewel de meest recente geluiden zijn dat de integrale bekostiging in de geboortezorg weer aan populariteit heeft ingeboet,⁸⁶ is de coöperatie een in de integrale geboortezorg populair model om de onderlinge samenwerking (en dus de financiering) tussen eerstelijnsverloskunde, kraamzorg en gynaecologie vorm te geven. Een populaire inrichting van de governance is om de eerstelijnsverloskundigen A-leden te maken, de kraamzorgorganisaties B-leden en de gynaecologen C-leden en de stemverhoudingen in de alv en contributies te ‘hangen’ aan de verschillende lidmaatschappen. De coöperatie zelf houdt een bedrijfsbureau in stand dat de afspraken maakt met de zorgverzekeraar over het integrale tarief dat vervolgens wordt verdeeld onder de leden door middel van dienstverleningsafspraken.

3.1.4 Besloten vennootschap

Bij een besloten vennootschap (bv) wordt het kapitaal verdeeld onder een besloten groep aandeelhouders. Die mogelijkheid maakt het een aantrekkelijke rechtsvorm voor samenwerkingen omdat iedere partij een investering kan doen in ruil voor een aandeel in de bv. Ook kan dat aandeel weer verkocht worden, waardoor het gemakkelijk is in en uit de bv te stappen. Ook kan een bv winst uitkeren aan aandeelhouders.

Deze laatste eigenschap maakt de bv in de zorg juist over het algemeen minder aantrekkelijk omdat het commerciële karakter minder goed past bij het maatschappelijke karakter dat vaak bij samenwerkingen wordt nagestreefd. Immers, indien sprake is van een instelling die een vergunning heeft op grond van de Wtza, is het over het algemeen niet toegestaan winst uit te keren aan de aandeelhouders.⁸⁷ En ook als dit strikt genomen niet in strijd is met het winstuitkeringsverbod van de Wtza, kan een dergelijke gang van zaken ook in strijd zijn met de geest van deze wet.⁸⁸ En ook voor zorginstellingen of onderaannemers waarbij dit nu wel mogelijk is, zal dit middels het nieuwe wetsvoorstel ‘Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders’⁸⁹ verder worden gereguleerd.

Toch kan een bv een nuttige rechtsvorm zijn voor een samenwerking tussen partijen in de zorg. Dit omdat aan de aandelen bepaalde zeggenschapsrechten en winstrechten zijn verbonden. Middels het aandeel kan een van de samenwerkende partijen zeggenschap op de samenwerking uitoefenen zonder direct bestuurder te zijn. De

86 *Integrale bekostiging geboortezorg: stip op de horizon weer verder weg*, 6 oktober 2021, <https://www.skipr.nl/nieuws/integrale-bekostiging-geboortezorg-stip-op-de-horizon-weer-verder-weg/>.

87 Winstuitkering is uitsluitend mogelijk voor bepaalde categorieën van zorginstellingen met een toelating als bedoeld in de Wet toetreding zorgaanbieders zoals tandartsen, huisartsen, kraamzorg, verloskunde enzovoort.

88 Zie ook Hof Amsterdam 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (*De Seizoenen*), rov. 3.22.

89 Wet integere bedrijfsvoering, dit wetsvoorstel is momenteel nog in de consultatiefase.

aandeelhouder benoemt en ontslaat het bestuur⁹⁰ en heeft een goedkeuringsrecht voor een aantal strategische besluiten, zoals het goedkeuren van de jaarrekening van het bestuur. Daarnaast is het mogelijk vertegenwoordigers van de samenwerkende partijen te benoemen tot bestuurder, waardoor nog meer rechtstreekse invloed op de samenwerking wordt gerealiseerd.

Een ander voordeel van de bv is dat de samenwerkende partijen middels hun aandeel ‘eigenaar’ van de onderneming zijn, dit in tegenstelling tot de stichting waarbij er geen eigenaren zijn.

De NZa heeft in het ‘Fenomeenonderzoek complexe juridische structuren’⁹¹ een aantal risico’s geïdentificeerd bij de vormgeving in een bv.⁹² Zo is het barrièremiddel ontwikkeld dat handvatten geeft om verkeerde intenties te ontmoedigen en fouten te voorkomen. Het is een hulpmiddel om fases in kaart te brengen die een zorgaanbieder doorloopt naar een complexe juridische structuur, en daarmee ook de stakeholders in kaart te brengen die hierbij betrokken kunnen zijn.⁹³

3.1.5 Besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM)

Het kabinet heeft in maart 2021 een Aanzet voor een wettelijke regeling gepubliceerd, waarin ze ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling erkenning wil geven: de zogenoemde maatschappelijke bv (ook wel BVM).⁹⁴ De BVM zou mogelijk een oplossing zijn voor de spagaat waar zorginstellingen zich vaak in vinden bij de keuze voor een rechtspersoon bij samenwerkingen zoals we die hiervoor hebben gezien; de commerciële uitstraling van de bv past niet bij het maatschappelijke karakter en de stichting kent geen eigenaren.

Het wetsvoorstel ziet enkel op besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, de bv’s dus. Indien de BVM-wet op de bv van toepassing is, dan mag de betreffende bv in zijn handelsnaam de toevoeging ‘met maatschappelijk doel’ gebruiken. Hiervoor is het dan van belang dat het maatschappelijk doel voorop wordt gesteld en statutair wordt verankerd. De Aanzet stelt een afgebakende lijst voor van doelstellingen die van maatschappelijk belang worden beschouwd, waaronder zorg. Deze lijst sluit aan bij de doelstellingen die voor de fiscale anti-regeling als algemeen

90 Art. 2:244 lid 1 BW.

91 NZa, *Fenomeenonderzoek complexe juridische organisatiestructuren van zorgaanbieders*, 8 juli 2021.

92 NZa, *Fenomeenonderzoek complexe juridische organisatiestructuren van zorgaanbieders*, 8 juli 2021.

93 Zie ook het barrièremiddel in het fenomeenonderzoek complexe juridische structuren, paragraaf 5.

94 Internetconsultatievoorstel ‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BVM)’, 9 maart 2021.

nut worden beschouwd, ook al is de bv vooralsnog uitgesloten van de anbi-status. Daarnaast is een verplichte herbestemming van een deel van de winst voor het maatschappelijke doel een kenmerk van de BVm; het recht van aandeelhouders op uitkering van de winst is beperkt, zonder vermogensklem.⁹⁵ Een derde kenmerk is het feit dat er een belangrijke rol is weggelegd voor stakeholders, door het aan hen toekennen van mogelijkheden zich te verzetten tegen besluiten van het bestuur.

Het zou dus best eens kunnen dat deze BVm een alternatieve rechtsvorm is voor samenwerkingsverbanden in de zorg die goed aansluit bij wensen van partijen en meer mogelijkheden biedt. Al is het de vraag of overheidsinstanties (onder andere de publieke UMC's) dan kunnen participeren.⁹⁶

3.1.6 Samenwerkingsovereenkomst

Naast de keuze voor een rechtspersoon lijkt de meest eenvoudige juridische vorm voor een samenwerking die middels een overeenkomst. Bij een overeenkomst is men als partij vrij om afspraken te maken. Maar dit is minder eenvoudig dan het lijkt: een rechtspersoon schrijft namelijk al grotendeels voor hoe de inrichting van een samenwerking eruitziet. Bij een samenwerkingsovereenkomst moeten partijen dat zelf invullen.

Op grond van art. 4 Wkkgz is een samenwerkende partij – indien er sprake is van een samenwerking waarbij de ene partij als opdrachtgever voor de andere partij zorg verleent – verplicht tot het aangaan van een schriftelijke overeenkomst die waarborgt dat opdrachtnemers zich bij hun werkzaamheden laten leiden door de op de zorgaanbieder rustende wettelijke verplichtingen en de regels die de zorgaanbieder heeft vastgelegd omtrent de zorgverlening.

Het aandachtspunt uit de Handreiking dat 'partners de afspraken over de aard en inrichting van de samenwerking zo nodig schriftelijk vastleggen' is hier relevant.⁹⁷ Het moet duidelijk zijn in de samenwerkingsovereenkomst hoe de taken en verantwoordelijkheden tussen de partijen met betrekking tot de zorgverlening aan de cliënt zijn vastgelegd. En daarnaast zal een overleg/ evaluatiemoment moeten worden ingepland. Dit is dus ook van belang als voor de samenwerking een rechtspersoon wordt opgericht: ook dan zal een samenwerkingsovereenkomst moeten worden opgesteld waarin deze aandachtspunten worden geregeld.

95 Internetconsultatievoorstel *Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BVm)*, 9 maart 2021, voorschrift 5 en 7.

96 *Kamerstukken II 2019/20*, 32637, nr. 426 (Kamerbrief).

97 KNMG, *Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg*, 26 januari 2010.

Een voordeel van een samenwerkingsovereenkomst is het feit dat deze gemakkelijk te beëindigen is en het niet nodig is om een juridische entiteit op te richten. Daarnaast zijn de samenwerkende partijen zelf verantwoordelijk en aansprakelijk voor de verplichtingen van het samenwerkingsverband, de samenwerkingsovereenkomst heeft geen rechtspersoonlijkheid.

3.2 *Governance – bestuur en toezicht op samenwerkingen: zijn er verplichtingen?*

De letterlijke vertaling van governance is bestuur, beheersing en macht of de wijze van besturen. Het betreft ook het toezicht op de organisatie. Zodra een samenwerking wordt vormgegeven, komt ook de vraag van de aansturing en zeggenschap om de hoek kijken, oftewel goede zorg, en in het verlengde daarvan: goed bestuur. Wanneer is er sprake van goed bestuur?⁹⁸ Wordt de samenwerking vormgegeven middels een rechtsvorm, dan zijn over het algemeen een bestuur en een raad van toezicht vereist en is die rechtspersoon ook zelfstandig drager van rechten en plichten. De zorgaanbieders hebben vaak wel zitting in de organen van de vennootschap, maar de wettelijke taak is te handelen naar het belang van de rechtspersoon en niet naar de eigen organisatie. Is er sprake van een samenwerkingsovereenkomst, dan hoeft dat niet het geval te zijn, want de samenwerking ontstaat door de inbreng van partijen en de zorgaanbieders blijven zelf aansprakelijk voor schulden en verplichtingen van de samenwerking en zij zullen dus ook meer betrokken willen zijn.

3.2.1 *Wet toetreding zorgaanbieders*

De Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) vervangt sinds 1 januari 2022 de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi). Een aanleiding om de wet aan te passen was de brief ‘Goed bestuur in de zorg’⁹⁹ van de minister van VWS waarin staat dat het toezicht door de IGJ op nieuwe zorgaanbieders moet worden geïntensiveerd. Het wetsvoorstel ‘Goed bestuur in de zorg’ is vervangen door een wetsvoorstel tot wijziging van de Wtzi waarin noodzakelijke nadere wettelijke bepalingen voor het toezicht op nieuwe toetreders door de IGJ zijn opgenomen. Onder meer is er een meldplicht voor alle nieuwe zorgaanbieders die vallen binnen het toepassingsbereik van de Wkkgz. Hiermee wordt beoogd dat de nieuwe zorgaanbieders zich meer bewust zijn van hun verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg en dat de IGJ betere mogelijkheden heeft om haar toezicht daarop uit te oefenen.¹⁰⁰

98 Hier kijken we ook naar het Kader Goed Bestuur, IGJ 2020.

99 *Kamerstukken II* 2013/14, 32012, nr. 15. Deze brief was naar aanleiding van een artikel in *de Volkskrant* waaruit knelpunten bleken bij het toetsen van de kwaliteit van aanbieders voordat zij op de markt komen.

100 *Kamerstukken II* 2016/17, 34767, nr. 3 (MvT), p. 6.

Op grond van de Wtza moet een samenwerkingsverband dat zich kwalificeert als zorgaanbieder die zorg als bedoeld in art. 1 Wkkgz wil gaan verlenen zich melden bij de IGJ.¹⁰¹ Daarnaast geldt er een vergunningplicht voor een dergelijk samenwerkingsverband zoals opgenomen in art. 3 Wtza. Een toelatingsvergunning kan alleen worden verleend als de zorgaanbieder een bestuursstructuur heeft die adequaat toezicht kan uitoefenen op de dagelijkse of algemene leiding.¹⁰² Onder andere zal er een toezichthoudend orgaan moeten worden ingesteld, althans als in de zorginstelling tien of meer personen zorg verlenen.¹⁰³ De interne toezichthouder dient toe te zien op de dagelijkse leiding en de algemene gang van zaken en zal onafhankelijk en kritisch moeten functioneren.¹⁰⁴

De Wtza en het Uitvoeringsbesluit Wet toetreding zorgaanbieders (U-Wtza) geven nader aan waaraan toezichthouders moeten voldoen en geven voorschriften die het toezicht in staat moeten stellen zijn functie uit te oefenen, zoals een jaarlijks overleg tussen bestuur en toezicht.¹⁰⁵

3.2.2 *Governancecode Zorg 2022*

De Governancecode Zorg 2022 (GCZ) biedt de sector een instrument om de governance zo in te richten dat die bijdraagt aan het waarborgen van goede zorg.¹⁰⁶ Het is een aanvulling op de bestaande wetgeving. De GCZ geldt voor iedere zorgorganisatie die lid is van een van de brancheorganisaties die betrokken zijn bij de opstelling van de GCZ en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen die zorg verlenen en werkt dus ook door in samenwerkingsverbanden van die zorgorganisaties.¹⁰⁷ Maar wat betekent dat concreet? Het gaat er dan over hoe het bestuur en toezicht ten aanzien van eigen en gedeelde verantwoordelijkheden en gezamenlijke doelen zijn vastgelegd. Dit komt ook terug in wat de GCZ ziet als 'goede zorg'. Namelijk ook dat de zorg – daar waar van toepassing – in afstemming met de samenwerkingspart-

101 Dit geldt alleen voor nieuwe zorgaanbieders. Daarmee wordt bedoeld zorgaanbieders die na inwerkingtreding van de wet beginnen met het verlenen van zorg als bedoeld in de Wkkgz. Het gaat dan niet om zorgaanbieders die al zorg aanbieden, maar dat in een andere (rechts)vorm willen gaan doen (bijvoorbeeld na fusie of afsplitsing). *Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3 (MvT), p. 7.*

102 *Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3 (MvT).*

103 Art. 4 Wtza.

104 Art. 3 lid 1 sub c Wtza.

105 Art. 9 lid 2 sub a Uitvoeringsbesluit Wtza en zie ook Ph.S, Kahn & K.D. Meersma, 'De juridisering van goed bestuur - De onstuitbare regelzucht over good governance in de zorg', «TvGR» 2021/01, p. 28-40.

106 Inwerkingtreding 1 januari 2022.

107 GCZ 2022, *Inleiding, van wie en voor wie is de code?* <https://www.governancecode-zorg.nl/over-de-code/van-wie-en-voor-wie/>.

ners plaatsvindt. Kleine organisaties zijn overigens uitgesloten van toepassing van de GCZ (als er minder dan vijftig mensen werkzaam zijn).

Een aantal bepalingen zijn relevant voor onze analyse van de vraag wanneer er sprake is van goed bestuur bij samenwerkingen in de zorg. Zo heeft de GCZ een uitgebreide bepaling over belangenverstremgeling in art. 2.6: *‘Belangenverstremgeling is een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken of beïnvloeden. Belangenverstremgeling is ongewenst als de verschillende belangen, posities of (neven) functies een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid, objectiviteit of integriteit van een bestuurder of toezichthouder met betrekking tot een belangenafweging dusdanig in het geding komt dat de organisaties kan worden benadeeld en vertrouwen of legitimiteit verliest’.*

Vaak zal een bestuurder van een zorgaanbieder ook een dergelijke rol binnen de samenwerking gaan vervullen en zo een dubbele pet krijgen. Het is de vraag of de belangen van de samenwerking gelijk lopen met de zorgorganisatie en niet tegengesteld kunnen raken. In art. 2.6.2 GCZ zijn groeps- of dochtermaatschappijen of anderszins nauw verbonden zorgorganisaties uitgesloten van het verbod dat een lid van de raad van bestuur niet tegelijkertijd de functie kan vervullen van een lid van de raad van bestuur of raad van toezicht van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht. Voor samenwerkingen kan het zo zijn dat een uitzondering op het verbod niet van toepassing is en de belangen tegengesteld zijn.

Principe 4.1.1. GCZ stelt dat de raad van bestuur en raad van toezicht verantwoordelijk zijn voor de governance van de zorgorganisatie en voor de naleving van de code door de zorgorganisatie en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen. Er moet effectief toezicht worden gehouden op het niveau waar de dagelijkse of algemene leiding belangrijke beleidsbeslissingen over de instelling neemt. Maakt de instelling deel uit van een groep, dan zal de toezichthouder toezicht moeten kunnen houden op de ontwikkelingen binnen de groep.¹⁰⁸ Het betekent dat de raad van toezicht van een zorginstelling erop toe moet zien dat de instelling (of het samenwerkingsverband) goede zorg verleent. Het is dus van belang dat er binnen een samenwerkingsverband wordt afgesproken hoe de zorginstellingen adequaat toezicht kunnen houden, bijvoorbeeld door afspraken te maken over de wijze waarop de raad van toezicht van de zorginstelling wordt geïnformeerd over de samenwerking. Een mogelijkheid zou bijvoorbeeld in het verlengde van aandachtspunt 10 van de Handreiking zijn het jaarlijks evalueren van de samenwerking en het informeren van de raad van toezicht over mogelijke verbeteringen of knelpunten die volgen uit de evaluatie. Dit gaat derhalve verder dan de rechtspersoon die het verband instelt en geldt evenredig voor alle ingehangen rechtspersonen die zorg verlenen. Met andere woorden, de raad

108 GCZ, voetnoot 13, conform Uitvoeringsbesluit Wtza.

van toezicht dient integraal toezicht te houden tot op de bodem van de zorgorganisatie en mag niet in de positie worden gebracht dat ze geen direct toezicht kan houden op de activiteiten van de ingehangen bv's.¹⁰⁹ Het kan van belang zijn bepaalde besluiten die de zorginstelling als aandeelhouder of toezichthouder in een samenwerking moet nemen, te agenderen voor de raad van toezicht van de eigen zorginstelling, zodat zo voldoende toezicht kan worden gehouden. In de principes van de NVTZ wordt toegelicht dat de raad van bestuur en raad van toezicht gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor een dusdanige inrichting van de governance dat ten minste de categorieën bestuursbesluiten zorg genoemd in art. 5.2.2. van de GCZ 2022 en art. 2:274 BW van alle concernverbanden rechtspersonen die zorg verlenen onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen / raad van toezicht.¹¹⁰ Dat roept wel vragen op, daar gaan we in de volgende paragraaf nader op in.

3.2.3 *Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*

De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (Wbtr), die sinds 1 juli 2021 van kracht is, is een reactie op allerlei gevoelige kwesties en incidenten in de semipublieke sector. De noodzaak voor een professionaliseringsslag bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen, waaronder in de semipublieke sector, bleek na een aantal incidenten zoals in de sociale huursector (Vestia), de gezondheidszorg (Meavita) en het onderwijs (Amarantis).¹¹¹ Na onderzoek van deze incidenten door de commissie-Halsema was haar advies onder meer om een nauwkeuriger taakomschrijving van toezichthouders van verenigingen en stichtingen in het BW op te nemen en om de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector aan te scherpen wanneer zij hun taken niet goed vervullen.¹¹² De Wbtr geeft hier gevolg aan. Hoe pakt de Wbtr nu uit voor samenwerkingen in de zorg? Leidt het tot beter bestuur en intern toezicht bij samenwerkingsverbanden?

De Wbtr bepaalt – net zoals de GCZ – hoe om te gaan met tegenstrijdige belangen van bestuurders. De Wbtr verplicht een 'belet- en ontstentenisregeling' indien een organisatie zonder bestuurder komt te zitten. Ook breidt de Wbtr de aansprakelijkheid van bestuurders uit en vergroot de wet de ontslagmogelijkheden van bestuurders van een stichting. Daarnaast bepaalt de Wbtr dat de bestuurder zich moet richten naar het belang van de stichting of vereniging en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. In de wet is dus niet opgenomen dat zij zich moeten richten op de publieke belangen die gemoeid zijn met de taak en doeleinden van hun stichting of vereniging. In de GCZ is dit wel opgenomen, daar staat letterlijk '*De raad van bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak op het belang van de zorgorganisatie op korte*

109 NVTZ, *Leidende principes bv configuraties*, maart 2021, p. 5.

110 NVTZ, *Leidende principes bv configuraties*, maart 2021, p. 6.

111 *Kamerstukken II 2012/13, 28-479*, nr. 68.

112 Commissie-Halsema, *Een lastig gesprek*, 2013, p. 24.

en lange termijn, vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin.¹¹³ In die zin is dit een belangrijke toevoeging omdat het anders bestuurders met enkel de Wbtr op het verkeerde been zet, zeker gezien de aanscherping van de bestuurdersaansprakelijkheidsbepaling vanwege 'onbehoorlijke taakvervulling' die is opgenomen in de Wbtr. Dat zal ook zeker voor samenwerkingen gelden, nu daar vaak toezichthouders en bestuurders van zorginstellingen in het bestuur of toezicht zitten. Die dienen zich op grond van enkel de Wbtr alleen te richten naar het belang van de stichting of vereniging en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. En dan kan er sprake zijn van belangenverstrengeling als alle besluiten uit art. 5.2.2. GCZ in het kader van goed bestuur en toezicht aan de raad van toezicht van de eigen instellingen moeten worden voorgelegd. Juist met die samenwerking wordt het bredere maatschappelijk doel gediend en wenst men de beste zorg voor de patiënt te bereiken, zowel via de samenwerking als via de eigen organisatie. De raad van toezicht dient over de grenzen van de eigen organisatie heen te kijken als het gaat om continuïteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg, aldus het Kader Goed Bestuur.¹¹⁴

Een belangrijke andere uitbreiding betreft de belangenverstrengelingsregeling die al gold voor de bv en de nv ten aanzien van besluitvorming waarbij een bestuurder of toezichthouder een tegengesteld belang heeft: deze geldt nu ook voor de stichting en vereniging. *'Bij de vervulling van zijn taak moet de commissaris zicht richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.'*¹¹⁵ Dit is overigens ook opgenomen in de GCZ en uitgebreid zoals hiervoor toegelicht.

De Wbtr brengt al met al niet veel nieuws ten opzichte van de GCZ voor samenwerkingsverbanden in de zorg met zich mee.

3.2.4 Wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders

Ook is er nog het wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders in de maak,¹¹⁶ waarbij het doel is de wettelijke eisen aan de bedrijfsvoering van zorgaanbieders verder aan te scherpen door aanvullende voorwaarden te stellen voor dividenduitkeringen en een wettelijke verplichting om elke vorm van belangenverstrengeling binnen de organisatie te voorkomen, dit dus boven op de al geldende bepalingen in de GCZ

113 GCZ, art. 5.3.

114 IGJ & NZa, *Kader Goed Bestuur*, 2020, p. 13.

115 Onder andere art. 2:292 lid 6 BW.

116 *Kamerstukken I 2020/21, 34767, F.*

en Wbtr. Het wetsvoorstel is dus in zoverre aanvullend op het gebied van de regulering tot het doen van winstuitkeringen voor hoofd- en onderaannemers in de zorg waar winstuitkering nu wel mogelijk is.

3.3 *Beschouwing en conclusie voor samenwerkingsverbanden*

Alles overziend lijkt de stichting, een veel – en misschien wel de meest – gekozen rechtsvorm voor samenwerkingsverbanden, eigenlijk de minst geschikte vorm. Het grote voordeel is het feit dat een anbi-status mogelijk is, maar het nadeel is dat de stichting geen leden kent en de invloed van samenwerkingspartners is gering. De coöperatie lijkt een zeer geschikte rechtsvorm, aangezien juist de coöperatie gericht is op de behartiging van haar leden. De besloten vennootschap lijkt eigenlijk minder aantrekkelijk gezien het commerciële karakter en de fiscale nadelen. Mogelijk biedt de BvM in de toekomst een zeer aantrekkelijke vorm voor structurele/langdurige samenwerkingsverbanden, waarbij juist de combinatie van het kunnen worden van aandeelhouder met verplichte herbestemming van een deel van de winst voor het maatschappelijke doel van de rechtspersoon een belangrijk voordeel vormt voor samenwerkingsverbanden. De samenwerkingsovereenkomst lijkt met name geschikt voor een kortlopend verband.

Over de governance van samenwerkingsverbanden gelden veel verschillende voorwaarden zeker met de verschillende nieuwe wetgeving van de afgelopen jaren. Het leidende beginsel voor goede zorg is in de governance goed bestuur. Goede zorg wordt bereikt middels goed bestuur. Het aandachtspunt uit de Handreiking waarbij controle- en evaluatiemomenten moeten worden ingebouwd en ook het principe uit de GCZ dat de raad van toezicht effectief toezicht dient te houden op het niveau waar de dagelijkse of algemene leiding belangrijke beleidsbeslissingen neemt kan een knelpunt opleveren. Voor samenwerkingsverbanden zal afgesproken moeten worden hoe de zorginstellingen adequaat toezicht kunnen houden.

Wij concluderen dat goed bestuur in dit verband vereist dat bepaalde besluiten die de zorginstelling als aandeelhouder of toezichthouder in een samenwerking moet nemen, geagendeerd moeten worden voor de raad van toezicht van de eigen instellingen, zodat zo voldoende toezicht kan worden gehouden op het samenwerkingsverband vanuit de zorginstelling zelf. Wij zijn van mening dat dit in ieder geval de besluiten uit art. 5.2.2 GCZ zou moeten betreffen, zoals we ook zagen bij de Leidende principes van de NVTZ. De belangenverstrenkelingsregeling uit de Wbtr kan hier wel een juridisch knelpunt vormen; want hoe kan een partij die de samenwerking heeft opgericht plaatsnemen in de raad van toezicht en wat als de raad van toezicht van de oprichtende partijen andere besluiten wensen te nemen ten aanzien van de besluiten uit art. 5.2.2 die worden voorgelegd? Kortom, wat als de belangen verstrengeld raken tussen de opgerichte samenwerking en de oprichtende moeders? Wij zijn van mening dat de GCZ en het Kader Goed Bestuur IGJ hier een belangrijk aanvul-

lend kader scheppen voor goed bestuur: *'De raad van bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak op het belang van de zorgorganisatie op korte en lange termijn, vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin.'* Kortom: het perspectief/belang van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de patiënt daarin moeten centraal staan. Het recht van de patiënt prevaleert in dat geval dus. En raakt in het web van alle regels niet uit het oog!

4 De rol van de cliëntenraad bij samenwerkingen, goed geborgd?

4.1 Inleiding

Zoals in de inleiding is beschreven, is goed bestuur een randvoorwaarde voor het leveren van goede zorg. Op zijn beurt is goed bestuur weer gebaat bij gezonde checks-and-balances, onder andere door goed functionerende medezeggenschapsorganen, zoals de cliëntenraad.¹¹⁷ Daarnaast is de cliëntenraad bij uitstek het orgaan dat een brugfunctie kan vervullen tussen de cliënt en bestuur, zodat het bestuur de wensen en de zienswijze van de cliënten kan meenemen in de besluitvorming en het bestuur 'op zijn beurt de randvoorwaarden kan scheppen waarbinnen optimale zorg tot stand komt'.¹¹⁸

De cliëntenraad vervult een cruciale rol als stem van de wensen van cliënt in de zorgverlening en als tegenmacht van het bestuur. Het is derhalve een belangrijk orgaan om de borging van patiëntrechten en belangen te verzekeren op bestuurlijk niveau.

Het aangaan en vormgeven van samenwerkingen van zorgaanbieders kunnen grote impact hebben op (de zorgverlening aan) patiënten. In het kader van dit preadvies roept dit de vraag op: *Hoe kunnen patiënten via de cliëntenraad invloed uitoefenen op het vormgeven en de sturing van die samenwerkingen en ligt er eventueel ruimte voor verbetering.*

Deze vraag valt in twee subvragen uiteen:

- Wat is de invloed van de cliëntenraad op het aangaan en vormen van een samenwerking?
- Als de samenwerking eenmaal bestaat, wat is dan de mogelijkheid van de cliëntenraad op de invloed op besluiten van de samenwerking en is er ruimte voor verbetering.

We zullen deze vragen vooral analyseren door te kijken naar de rechten van de cliëntenraad bij het aangaan van een duurzame samenwerking. Als eerste komt het wettelijk kader omtrent het adviesrecht van de cliëntenraden aan bod (paragraaf 4.2).

117 *Kamerstukken II 2017/18, 34858, nr. 3, p. 2 (MvT).*

118 *Kamerstukken II 2017/18, 34858, nr. 3, p. 4 (MvT).*

Daarnaast zullen wij in paragraaf 4.3 een vergelijking maken tussen de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (Wmcz 2018) en de adviesrechten die de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en GCZ toedicht aan de ondernemingsraad respectievelijk de raad van toezicht bij het aangaan van een samenwerking. Vervolgens staan we in paragraaf 4.4 stil bij de betrokkenheid van de cliëntenraad indien de samenwerking eenmaal staat. We sluiten af met een conclusie.

4.2 *Wettelijk kader cliëntenraden*

De medezeggenschap van patiënten is geregeld in de Wmcz 2018, die de Wmcz 1997 heeft vervangen. De Wmcz 2018 regelt dat een instelling als bedoeld in de Wkkgz waar cliënten een etmaal kunnen verblijven een cliëntenraad moet instellen indien de instelling in de regel zorg doet verlenen met meer dan tien personen. Indien bij een instelling cliënten niet een etmaal kunnen verblijven, moet de instelling een cliëntenraad instellen indien hij in de regel met meer dan 25 personen zorg doet verlenen (art. 3 lid 1 onder a en b Wmcz 2018). Ook een instelling die binnen een andere instelling zorg (doet) verlenen valt onder de reikwijdte van de Wmcz, in afwijking van art. 1 lid 6 Wkkgz.¹¹⁹ Daarmee heeft de wetgever oog gehad voor de situatie dat een rechtspersoon-instelling de daadwerkelijke verlening van zorg ‘naar beneden’ doorgeeft (zoals bijvoorbeeld bij onderaannemingsconstructies) of de situatie dat bijvoorbeeld een MSB binnen een ziekenhuis zorg verleent.

De rechten van de cliëntenraad bij het aangaan van een duurzame samenwerking zijn op verschillende plekken in de Wmcz 2018 vastgelegd. Art. 7 Wmcz 2018 bepaalt dat de instelling de cliëntenraad in de gelegenheid stelt advies uit te brengen over elk door haar voorgenomen besluit inzake een fusie of duurzame samenwerking waarbij de instelling is betrokken. Voorts bepaalt art. 3 lid 3 Wmcz 2018 dat *‘in de medezeggenschapsregeling wordt geregeld op welke wijze een cliëntenraad wordt betrokken bij de voorbereiding van een besluit inzake een fusie of duurzame samenwerking waarbij de instelling is betrokken’*.

Over de vraag wanneer sprake is van een ‘duurzame samenwerking’ is relatief weinig jurisprudentie verschenen in het kader van de (voorloper van de) Wmcz 2018. Over een gelijklopende bepaling in de WOR is daarentegen meer jurisprudentie verschenen over de uitleg van ‘duurzame samenwerking’. Het ligt voor de hand dat rechters de terminologie op dezelfde wijze zullen uitleggen (of in ieder geval daar inspiratie uit zullen putten).¹²⁰ Deze uitleg van duurzame relatie onder de WOR kan derhalve als inspiratie dienen om het begrip duurzame relatie onder de Wmcz 2018 te duiden.

119 *Kamerstukken II*, 2015/16, 34858, nr. 3, p. 40 (MvT).

120 Vgl: A. Briejer, ‘Vervangende toestemming: de dubbele toetsingsnorm ex art. 27 lid 4 WOR toegepast’, «Tijdschrift Arbeid & Onderneming» 2019/1, p. 26-31.

Art. 25 lid 1 en onder b WOR luidt: *‘De ondernemingsraad wordt door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot: het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming.’*

Het begrip ‘duurzame samenwerking’ impliceert dat het moet gaan om een samenwerking die voor de onderneming van ‘ingrijpende betekenis’ is, en niet om een ‘alledaagse beslissing’.¹²¹ Een aantal factoren kan een rol spelen bij deze kwalificatie:

- de gevolgen van de samenwerking voor de eigen autonomie;
- de invloed van de samenwerking op de essentie van de onderneming;
- de personele gevolgen van de samenwerking.

Niet telkens hoeven alle factoren aanwezig te zijn. Onder de WOR kan zelfs een besluit zonder personele gevolgen – bijvoorbeeld vanwege de financiële impact – een besluit van ingrijpende betekenis zijn dat ter advies moet worden voorgelegd aan in dit geval de ondernemingsraad.¹²² Ook een besluit dat – weliswaar ingrijpende – gevolgen heeft voor maar een gering aantal werknemers kan adviesplichtig zijn.¹²³

Het woord ‘samenwerking’ impliceert een bepaalde mate van gezamenlijke activiteiten tussen de samenwerkende entiteiten. Een besluit tot uitbesteding van schoonmaakwerkzaamheden of van het huren van een kantoorpand valt daar niet onder.¹²⁴ Tevens impliceert ‘duurzame samenwerking’ een samenwerking van enige duur, en niet een tijdelijke overeenkomst voor de duur van een jaar.¹²⁵

Uit de Wmcz 2018 vloeit verder voort dat de zorginstelling het advies over een voorgenomen besluit op een zodanig tijdstip moet vragen dat de cliëntenraad redelijkerwijs genoeg tijd heeft zich een goed oordeel ter zake te kunnen vormen, zodat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 7 Wmcz 2018). Indien een instelling wenst af te wijken van het advies, dient daarover ten minste eenmaal overleg te worden gevoerd met de cliëntenraad, voor zover dat redelijk is (art. 7 lid 5 Wmcz 2018). Tevens moet de instelling schriftelijk mededeling doen van

121 Hof Amsterdam (OK) 10 september 1981, ECLI:NL:GHAMS:1981:AC7152.

122 Hof Amsterdam (OK) 15 mei 1997, XXX, «JAR» 1997/141 m.nt. M.R. Mood.

123 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7737, «JAR» 2006/133; Hof Amsterdam 29 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB2434, «JAR» 2007/20.

124 Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, «ROR» 1990/8 (*Campina*); Amsterdam 20 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU3026, «JAR» 2005/219.

125 Hof Amsterdam (OK) 10 september 1981, ECLI:NL:GHAMS:1981:AC1584.

een besluit inzake een onderwerp waarover de cliëntenraad eerder schriftelijk advies heeft uitgebracht, en voor zover zij van het advies afwijkt onder opgave van redenen (art. 7 lid 6 Wmcz 2018). De memorie van toelichting voegt toe dat het afhangt van de complexiteit van het besluit en de omvang en inhoud van de benodigde informatie die wordt verstrekt, op welk tijdstip het advies moet worden gevraagd.¹²⁶

Ook ten aanzien van de tijdigheid van de adviesaanvraag inzake een duurzame samenwerking is weinig jurisprudentie verschenen, ook niet onder de Wmcz 1997. Hoewel sterk gekleurd door het feitencomplex, is uit de ‘Zuwe-Hofpoort zaak’ af te leiden dat een gewichtig besluit rechtvaardigt dat een cliëntenraad goed op de hoogte wordt gehouden van het gehele fusieproces door reguliere informatieverstrekkings-, reguliere overleggen en informele uitwisselingen van meningen en zienswijzen. Daarnaast moet het ‘officiële’ adviesaanvraag nog steeds van wezenlijke invloed zijn op het voorgenomen besluit.¹²⁷

Voor een nadere invulling van het tijdigheidsvereiste kunnen we ook weer naar analogie kijken naar de uitleg van de WOR. De WOR kent namelijk ook de verplichting dat het advies nog van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op het voorgenomen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Blijkens de MvT bij de WOR dient deze verplichting ertoe dat de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk wordt betrokken.¹²⁸ Tegelijkertijd is het adviesrecht slechts aan de orde indien sprake is van een ‘voorgenomen besluit’ en gaat art. 25 lid 2 WOR dus niet zover dat elke gedachtegang over een duurzame samenwerking moet worden voorgelegd voor advies. Een voorgenomen besluit impliceert dat de gedachtvorming in een dusdanig stadium verkeert, dat een overzicht van de beweegredenen om een besluit te nemen inclusief (personele) gevolgen kan worden overgelegd aan de ondernemingsraad.¹²⁹ In een verkennend voorstadium/ bij een beleidsvoornemen voor een duurzame samenwerking waarin de plannen nog niet zijn uitgekristalliseerd is dus nog geen sprake van adviesrecht. Tegelijkertijd mag het advies ook niet te laat worden gevraagd, zodat het advies niet meer van wezenlijke invloed kan zijn op het voorgenomen besluit. Indien de samenwerkende partijen niet meer geheel vrijblijvend jegens elkaar staan en zich al jegens elkaar hebben verbonden, is het advies te laat aangevraagd.¹³⁰ Aangezien besluitvorming over complexe onderwerpen zoals het aangaan van een duurzame samenwerking in de regel gefaseerd gaat, zal casuïstisch moeten worden bepaald wanneer precies het beleidsvoornemen tot een samenwerkingsverkenning omslaat in een voorgenomen besluit voor het aangaan van die samenwerking.

126 *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, nr. 3, p. 4 (MvT).

127 Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4433 (*Zuwe Hofpoort*), r.o. 3.8.

128 *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, nr. 3, p. 38 (MvT).

129 Conclusie AG HR 7 oktober 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AB9994, r.o. 2.4.

130 HR 7 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:AB9994, r.o. 3.1.3.

Ook de GCZ bevat enkele (weliswaar weinig concrete, maar niettemin belangrijke) principes over het betrekken van medezeggenschap en stakeholders bij de organisatie. Zo dient het bestuur afspraken te maken met de medezeggenschapsorganen over de samenwerkingswijze, de procedures voor overleg en advies en de te hanteren termijnen (principe 3.1.2). De principes uit de GCZ zijn ook toepasbaar op de samenwerkingsverbanden die organisaties aan gaan.

De instelling die een cliëntenraad in stand moet houden, heeft tevens de verplichting om een commissie van vertrouwenslieden in te stellen of aan te sluiten bij een commissie van vertrouwenslieden van andere instellingen of cliëntenorganisaties (art. 14 lid 1 Wmcz 2018). In de praktijk zijn veel zorgaanbieders aangesloten bij de Landelijke Commissie van Vertrouwenslieden (LCvV).¹³¹ De commissie van vertrouwenslieden is belast met het bemiddelen en zo nodig uitspraak te doen over geschillen tussen de cliëntenraad en de instelling (art. 14 lid 2 Wmcz 2018). Voorts kunnen de directeuren die de LCvV in stand houden een uitlegverzoek doen bij de LCvV ingeval van interpretatieonduidelijkheid over een aspect van de Wmcz 2018 (art. 26 reglement LCvV).

4.3 *Vergelijking van de Wmcz 2018 ten opzichte WOR en raad van toezicht*

Het hiervoor al aangehaalde art. 7 Wmcz 2018 gaat uit van een adviesrecht over elk voorgenomen besluit inzake een duurzame samenwerking waarbij de instelling is betrokken. In de praktijk kan dit neerkomen op een zeer breed adviesrecht over allerhande (voorgenomen) besluiten. Zo zou het bestuursbesluit om een samenwerking na intentiefase niet aan te gaan adviesplichtig zijn. Tevens is het bestuursbesluit om een samenwerking niet aan te passen na een evaluatie adviesplichtig. Ook weinig gewichtige, niet belangrijke, bestuursbesluiten vallen in theorie onder art. 7 Wmcz 2018.

De adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad onder de WOR strekt zich slechts uit over het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van de duurzame samenwerking.¹³² De oude Wmcz 1997 kende een nagenoeg vergelijkbaar artikel als art. 25 WOR. Daarmee heeft de cliëntenraad naar de huidige wettekst een ruimere adviesbevoegdheid dan de ondernemingsraad en zijn de huidige bevoegdheden ook verruimt ten opzichte van de Wmcz 1997.

Een vergelijking tussen de adviesbevoegdheid van de cliëntenraad en de instemmingsbevoegdheid van de raad van toezicht, levert ook een interessant inzicht op. De GCZ bepaalt namelijk dat in de statuten vast moet liggen dat de raad van bestuur in ieder geval goedkeuring van de raad van toezicht nodig heeft voor het aangaan

¹³¹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34858, nr. 3, p. 65 (MvT).

¹³² De Wet medezeggenschap op scholen kent woordelijk een nagenoeg identieke bepaling voor wat betreft de medezeggenschapsraden in het primair en voortgezet onderwijs.

of verbreken van een duurzame samenwerking van de zorgorganisatie met andere rechtspersonen of vennootschappen indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de zorgorganisatie (art. 5.2.2 GCZ). Opvallend daarbij is dat de GCZ, in tegenstelling tot de WOR respectievelijk de Wmcz 2018, het niet heeft over de 'belangrijke wijziging' of over 'elk voorgenomen besluit aangaande een samenwerking'. Voor zover wij kunnen achterhalen heeft de Governancecommissie nog geen zaken behandeld over het instemmingsrecht van de raad van toezicht ingeval van een belangrijke wijziging van een duurzame samenwerking.

De bevoegdheden van de cliëntenraad zijn in die zin dus ruimer ten opzichte van de bevoegdheden van de raad van toezicht aangezien de cliëntenraad elk voorgenomen besluit van advies moet voorzien. Uiteindelijk is de invloed van de raad van toezicht in zekere zin weer groter vanwege het hem toekomende instemmingsrecht.

De wetgever is echter niet gestopt bij een uitbreiding van het adviesrecht voor de duurzame samenwerking. Met art. 3 lid 3 Wmcz 2018 is een verdergaande verplichting geïntroduceerd ten opzichte van de Wmcz 1997 om te waarborgen dat de cliëntenraad vroegtijdig wordt betrokken bij de voorbereiding van een besluit tot een duurzame samenwerking. De WOR en de GCZ kennen een dergelijke regeling niet voor de ondernemingsraad respectievelijk de raad van toezicht.

De wetgever motiveert deze uitbreiding met de redenering dat dergelijke besluiten dusdanig ingrijpend zijn voor cliënten dat vroegtijdige betrokkenheid op zijn plaats is. Tegelijkertijd zijn dergelijke besluiten complex en heeft het bestuur vanuit goed governance oogpunt voldoende bewegingsvrijheid nodig om (ook) andere belangen mee te wegen bij voorbereiding van besluitvorming.¹³³ De wetgever heeft een instemmingsrecht overwogen, maar achtte het vroegtijdig betrekken effectiever om besluitvorming te beïnvloeden.¹³⁴

De Brancheorganisatie Zorg (BoZ) heeft in een reactie op de consultatieversie van de Wmcz 2018 (Reactie) gesteld dat art. 3 lid 3 Wmcz 2018 een aanvulling is op het reguliere adviestraject dat is beschreven in art. 7 Wmcz 2018.¹³⁵ De BoZ schrijft in de Reactie verder dat het weliswaar prijzenswaardig is dat de cliëntenraad bij belangrijke besluiten vroegtijdig wordt betrokken, maar komt ook tot de conclusie dat een cliëntenraad pas betrokken kan worden indien er 'een daadwerkelijk plan tot fusie aan de

133 *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, nr. 6, p. 43, 44.

134 *Kamerstukken II* 2015/16, 34858, nr. 3, p. 48 (MvT): Een amendement om een toestemmingsrecht te introduceren in dan ook afgewezen: *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, nr. 13.

135 'BoZ reactie op wetsvoorstel WMCZ 2018', <http://www.brancheorganisaties-zorg.nl/wp-content/uploads/2016/11/161111-Reactie-BoZ-op-consultatieversie-Wmcz.pdf>.

orde is'.¹³⁶ Voor een dergelijk lang en gefaseerd fusietraject bestaat geen blauwdruk wat het opnemen van een standaardproces in de medezeggenschapsregeling ernstig bemoeilijkt.¹³⁷ Daarnaast is het aangaan van duurzame samenwerkingen, zeker in het huidige zorglandschap, een bestuurlijk strategische aangelegenheid die sterk de strategie en identiteit van een zorginstelling kan beïnvloeden.

Zoals de BoZ in de Reactie ook heeft geconstateerd, heeft art. 3 lid 3 Wmcz 2018 een sterk processueel karakter. Er moeten afspraken komen, maar hoe die afspraken minimaal moeten luiden is verder niet bepaald. De praktische vraag is derhalve wat de inhoud zou moeten zijn van dergelijke afspraken. Net als de BoZ zijn wij van mening dat de afspraken wel iets moeten toevoegen ten opzichte van de adviesrechten op basis van art. 7 Wmcz 2018.

Logischerwijs lijkt het daarmee de bedoeling van de wetgever geweest om in de fase van het beleidsvoornemen, voordat het tot een voorgenomen besluit is gekomen, de cliëntenraad concreet te betrekken. Wat hiervan de concrete juridische toegevoegde waarde is ten opzichte van het adviesrecht is ons niet geheel duidelijk. Het advies moet immers worden aangevraagd op een moment dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit. Dit duidt erop dat de instelling een advies vroegtijdig genoeg vraagt, zodat het nog effectief kan zijn. Indien uit praktijk zou blijken dat de tijdigheid van de adviesaanvragen problematisch is, had de wetgever daar ook aandacht aan moeten besteden.

Overigens constateren wij dat de letterlijke wettekst niet uitsluit dat (slechts) een procesafpraak tussen instelling en cliëntenraad wordt gemaakt om per duurzame samenwerking op een vroegtijdig moment concrete invulling te geven over de wijze waarop de cliëntenraad vroegtijdig wordt betrokken. Per duurzame samenwerking kunnen de instelling en cliëntenraad dan bijvoorbeeld maatwerkafspraken maken over bijvoorbeeld de informatievoorziening, de zienswijze van de cliëntenraad op de te onderzoeken scenario's en reguliere updates via gezamenlijke vergaderingen.¹³⁸

4.3 *Het netwerk is er, en nu?*

Een andere vraag is hoe de cliënten invloed kunnen uitoefenen op besluitvorming binnen het samenwerkingsverband nadat de samenwerking is aangegaan. Dit is een

136 Wij gaan ervan uit dat de BoZ onder fusie ook een duurzame samenwerking verstaat.

137 "BoZ reactie op wetsvoorstel WMCZ 2018", <http://www.brancheorganisaties-zorg.nl/wp-content/uploads/2016/11/161111-Reactie-BoZ-op-consultatieversie-Wmcz.pdf>, p. 7-8.

138 Vgl. ook voor wat betreft het belang deze afspraken bij een fusietraject: Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4433 (*Zuwe Hofpoort*), r.o. 3.8.

zeer relevante vraag, aangezien het samenwerkingsverband besluiten kan nemen die van invloed zijn op de zorg die aan individuele cliënten wordt verleend, ongeacht of op het niveau van de samenwerking die zorg daadwerkelijk wordt verleend. Denk bijvoorbeeld aan nieuwe partijen die toetreden tot de samenwerking, belangrijke gezamenlijke investeringen voor gegevensuitwisseling, afstemming van zorgprotocollen en zorgpaden en afspraken in het kader van concentratie tot zorg.

Een belangrijk principe van de Wmcz 2018 is dat de medezeggenschap plaatsvindt op het niveau waar zij het effectiefst kan zijn.¹³⁹ Dat zal ingeval van samenwerkingen in de regel het niveau van de governance van de samenwerking zelf zijn. Het is derhalve wenselijk vanuit het doel van de wetgever om op dat niveau medezeggenschap uit te oefenen.

Er zijn voorbeelden te bedenken van samenwerkingen die als instelling als bedoeld in de Wmcz 2018 zullen kwalificeren en dus een cliëntenraad moeten instellen. In zulks geval is de medezeggenschap van cliënten op samenwerkingsniveau geborgd.

Indien de samenwerking niet bedrijfsmatig zorg (doet) verlenen, ontsnapt de samenwerking aan het toepassingsgebied van de Wmcz 2018. De wetgever heeft expliciet in de Wmcz 2018 voorzien dat een instelling het daadwerkelijk verlenen van zorg 'naar beneden' doorgeeft door een cliëntenraad te verplichten voor 'een instelling binnen een instelling'. De wetgever heeft echter niet de situatie geadresseerd dat een instelling relevante bevoegdheden doorgeeft naar een gremium 'buiten' de instelling. De cliëntenraad staan onder omstandigheden dus met lege handen op instellingsoverstijgend niveau.

Een individuele instelling die deelneemt aan een samenwerking zal (voorgenomen) besluiten nog steeds moeten voorleggen aan medezeggenschap, ongeacht of op het niveau van de samenwerking wel of geen verplichting tot instelling van een cliëntenraad rust. Dit levert voor de individuele instelling spanning op, indien het aan de ene kant gebonden is aan besluitvorming binnen de samenwerking en aan de andere kant die besluitvorming zelf voor had moeten leggen aan medezeggenschap. De LCvV zou hoogstwaarschijnlijk een besluit van een samenwerking nietig achten wegens strijd met de wet (art. 3:40 BW) indien de individuele instelling advies had moeten vragen over het besluit, maar reeds onvoorwaardelijk is gebonden. In zo'n geval kan een eventueel advies van de cliëntenraad namelijk niet meer van wezenlijke invloed zijn op het (voorgenomen) besluit.¹⁴⁰

139 *Kamerstukken II* 2015/16, 34858, nr. 3, p. 40 (MvT).

140 Uitspraak LCvV 24 juni 2009, 09-002, alinea 10.

Een voor de hand liggende oplossing is om binnen de samenwerking afspraken te maken om de (voorgenomen) besluiten van de samenwerking voor te leggen aan de cliëntenraden van de samenwerkingspartners voor inwerkingtreding van het besluit.

Een aantal nadelen ligt echter voor de hand: de belangen van de cliënten van een deelnemer (vanuit welk oogpunt de cliëntenraad adviseert) hoeven niet parallel te lopen met de belangen van de overige cliënten die bij de samenwerking betrokken zijn. Tevens zal er – zeker indien er relatief veel deelnemers deelnemen aan de samenwerking – het risico bestaan dat bepaalde cliëntenraden wel en andere cliëntenraden niet instemmen of positief adviseren. Indien de cliëntenraad van een individuele deelnemer negatief adviseert maar de overige cliëntenraden van de andere deelnemers wel positief adviseren, legt dat druk op de eerstgenoemde instelling om het negatieve advies terzijde te schuiven c.q. zal dat besluitvorming frustreren.

Een andere oplossingsrichting zou zijn om (vrijwillig) een cliëntenraad in te stellen op niveau van de samenwerking dat kan adviseren over de (voorgenomen) besluiten van de samenwerking. In medezeggenschapsregelingen kunnen afspraken worden gemaakt over de verhouding tussen de cliëntenraad van de samenwerking en de cliëntenraden van de deelnemers, analoog aan de verhouding tussen een centrale en decentrale cliëntenraden binnen een instelling (art. 7 lid 2 Wmcz).

Wij vragen ons af of een cliëntenraad op het samenwerkingsniveau het advies- en instemmingsrecht van de cliëntenraden van de individuele instellingen kan invullen. Op de individuele instelling rust namelijk de verplichting om de Wmcz 2018 na te leven. De Wmcz 2018 bepaalt dat een instelling meerdere cliëntenraden in kan stellen en dat in de medezeggenschapsregeling de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende cliëntenraden kan worden geregeld. De wetgever moedigt dit zelfs aan, met als doel dat een centrale cliëntenraad meer grote thema's als fusies en vaststelling van de begroting kan adviseren, en de decentrale cliëntenraden zich meer bezig kunnen houden met adviezen en instemmingen omtrent thema's 'die dichterbij huis zijn'.¹⁴¹ Een cliëntenraad op het niveau van het samenwerkingsverband zou echter een cliëntenraad buiten de instelling zijn. De Wmcz 2018 voorziet niet in de mogelijkheid om bevoegdheden tussen cliëntenraden van verschillende instellingen te 'schuiven'. Dit is jammer en draagt zoals hiervoor aangegeven niet bij aan het doel van de wetgever om medezeggenschap te organiseren op het niveau waar de besluitvorming plaatsvindt. Een mogelijke oplossing zou zijn wettelijk medezeggenschap op samenwerkingsniveau te verplichten en vervolgens ook mogelijkheden te introduceren om in medezeggenschapsregelingen afspraken te maken tussen cliëntenraden binnen en buiten de instelling, analoog aan de verhouding tussen centrale en decentrale cliëntenraden binnen een instelling.

141 *Kamerstukken II 2017/18, 34858, nr. 4, p. 13.*

4.4 *Conclusie*

Met de maatschappelijke tendens dat samenwerkingen in de zorg toenemen, zowel in aantal als in omvang, neemt ook het belang van goede inrichting en medezeggenschap op het niveau van het samenwerkingsverband toe. De wetgever heeft daarop willen inspelen door de cliëntenraad beter in de positie te brengen bij het aangaan van duurzame samenwerking. We hebben in dit hoofdstuk stilgestaan bij twee vragen, namelijk 1) 'wat de invloed is van de cliëntenraad op het aangaan en vormen van een samenwerking' en 2) 'wat de mogelijkheden van de cliëntenraad zijn om invloed op besluiten van de samenwerking uit te oefenen'.

Patiënten hebben via de cliëntenraad een relatief sterke positie om invloed uit te oefenen op het –makkelijk gezegd – aangaan of verbreken van een samenwerkingsverband. De cliëntenraad kent ruime(re) rechten bij het aangaan van een duurzame samenwerking ten opzichte van de raad van toezicht en de ondernemingsraad en de Wmcz 2018 biedt tevens meer rechten dan de oude Wmcz 1997. Daarnaast moet de instelling ook nog met de cliëntenraad afspraken maken over de wijze waarop de instelling de cliëntenraad vroegtijdig betreft. In die zin is het recht van de patiënt bij het aangaan van samenwerkingen dus zeker niet uit zicht.

Tegelijkertijd plaatsen wij bij dit positieve punt enkele kanttekeningen: voor zover wij kunnen overzien heeft de wetgever een unicum geïntroduceerd binnen medezeggenschapslandschap met art. 7 Wmcz 2018 en art. 3 lid 3 Wmcz 2018. Het valt te bezien hoe rechters en de commissie van vertrouwenslieden gaan oordelen over het begrip 'elk voorgenomen besluit'. Goed bestuur en gezonde checks-and-balances binnen een instelling zijn gebaat bij betrokkenheid van medezeggenschap, maar ook gebaat bij duidelijkheid over de grenzen die aan de besluitvorming en medezeggenschap zitten. Het zou derhalve nuttig zijn indien er jurisprudentiële uitleg komt over de reikwijdte van art. 7 Wmcz 2018, en meer in het bijzonder of de Ondernemingskamer een andere lijn van jurisprudentie gaat ontwikkelen omtrent art. 7 Wmcz 2018 dan omtrent de (enigszins vergelijkbare) bepalingen uit de WOR.¹⁴² We hopen dan ook dat er meer zaken dan in het verleden voor zullen komen bij de Ondernemingskamer. Tegelijkertijd zijn er ook praktische invullingsvragen over art. 3 lid 3 Wmcz 2018. De (minimale) inhoud van die afspraken blijft enigszins ongewis. Een adviesaanvraag door de directeurs aan de LCvV zou richting kunnen geven aan de inhoudelijke afspraken die de instelling met de cliëntenraad minstens hierover dient te maken.

Daarnaast zal een samenwerkingsverband slechts een cliëntenraad in moeten stellen indien het kwalificeert als instelling. Dit laatste hoeft niet het geval te zijn, terwijl op samenwerkingsniveau desondanks ingrijpende besluiten voor patiënten van de samenwerkingspartners kunnen worden genomen. Dit schuurt met het doel van de

142 En overigens ook omtrent de WMS.

wetgever om de cliëntenraad op het niveau te regelen waar de besluitvorming daadwerkelijk plaatsvindt en draagt zeker niet bij aan de borging van de rechten van de patiënt. Ondanks dat samenwerkingspartners geen cliëntenraad op samenwerkingsniveau kunnen instellen, zouden de samenwerkingspartners wel afspraken moeten maken over het voorleggen van de besluitvorming aan elke individuele cliëntenraad. Dit zal in de praktijk een omvangrijke operatie opleveren, waarbij voorts niet is uit te sluiten dat de verschillende cliëntenraden tot tegenstelde adviezen komen. De bestuurbaarheid van de samenwerkingen komt daarmee onder druk te staan. Een oplossing zou zijn om de wet de mogelijkheid te introduceren om in de medezeggenschapsregeling te regelen dat ook cliëntenraden buiten de instelling de advies- en instemmingsrechten kunnen uitvoeren ingeval de instelling onderdeel is van een grotere samenwerking.

5 Mededingingsrecht in de zorg: een permanente bumpy ride, wie pakt het stuur?

5.1 Inleiding

Goede zorg is zorg die zowel betaalbaar als toegankelijk is. Het mededingingsrecht heeft in zijn algemeenheid als doel het garanderen van een kwalitatief product tegen een eerlijke prijs voor de consument door effectieve concurrentie en (vanuit consumentenperspectief) voldoende differentieel aanbod te verzekeren. In de zorg heeft het mededingingsrecht specifiek tot doel het verzekeren van toegankelijkheid en betaalbaarheid van een voldoende kwalitatief zorgaanbod.¹⁴³ Goede zorg en het mededingingsrecht, een *match made in heaven* zou men zeggen.

Niets blijkt minder waar. In de praktijk wordt een grote tegenstelling ervaren tussen enerzijds concurrentie en anderzijds samenwerking. Uit recent onderzoek en literatuur blijkt dat zorgaanbieders drempels ervaren om samenwerkingen aan te gaan, waarbij de belangrijkste drempels wet- en regelgeving en concurrentietoezicht zijn.¹⁴⁴ Illustratief is de media-uitlating van Ad Melkert, voorzitter van de NVZ, naar aanleiding van de ACM-beleidsregel JZOJP: 'Artikel 6 van de Mededingingswet hindert de samenwerking tussen zorgpartijen in een gemeente of regio'.¹⁴⁵ Op de website van de ACM echter is het volgende te lezen: 'Zorgaanbieders werken samen om goede en doelma-

143 Zie bijvoorbeeld: 'Wat doet de ACM in de zorgsector?' <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/wat-doet-de-acm-in-de-zorgsector>.

144 W. van der Schors, R. Kemp & M. Varkevisser, 'Toepassing kartelverbod in de zorg laat veel ruimte voor samenwerking', «Economisch Statistische Berichten» 105/4783, p. 127-129.

145 Ad Melkert: *Mededingingswet hindert samenwerking zorgpartners in regio*, 10 september 2019, <https://nvz-ziekenhuizen.nl/nieuws/ad-melkert-mededingingswet-hindert-samenwerking-zorgpartners-regio>.

tige zorg te leveren. De concurrentieregels geven daarvoor veel ruimte. Maar sommige afspraken zijn niet in het belang van patiënten en beperken de concurrentie. Daardoor kan de zorg duurder en slechter worden, en is er minder keuze voor patiënten'.¹⁴⁶

Samenwerking in de zorg is maatschappelijk en politiek een 'hot topic'. De aanzet tot een regeerakkoord van D66 en VVD noemt bijvoorbeeld dat de zorg geen markt en geen bureaucratie is en dat samenwerking onmisbaar is gebleken om de zorg betaalbaar en toegankelijk te houden.¹⁴⁷ De discussienota 'Zorg voor de toekomst' (Discussienota) onderschrijft ook de noodzaak van samenwerking in de zorg. De Discussienota stelt het belang voorop van een goede gezondheidsanalyse van regio's (de regiobeelden) op basis waarvan de zorginkopers en zorgaanbieders gezamenlijk de korte- en langetermijnnuitdagingen in de zorg kunnen bepalen. Het regiobeeld moet daarvoor inzicht bieden in het huidige zorgaanbod afgezet tegen de demografische ontwikkelingen, achtergrond en andere ontwikkelingen in de regio om zo tot een analyse van toekomstige zorgbehoefte te komen.¹⁴⁸ Daarnaast heeft de minister voor Medische Zorg aangegeven ook verwachtingen te hebben van de UMC's bij het aanjagen van samenwerking en netwerkvorming in de regio om zo de zorg toegankelijk en betaalbaar te houden. Tevens ligt een taak voor de UMC's om de acute zorg in de regio te bestendigen en het voortouw te nemen in regionale data uitwisseling en IT-infrastructuur.¹⁴⁹

Uit de samenvatting van de reacties op de Discussienota blijkt dat praktisch alle partijen een rol voor de overheid zien om samenwerking te stimuleren en aan te jagen, onder andere door stimulering van domeinoverstijgende samenwerking (door financieringsmogelijkheden daarop aan te passen) en aanpassing van belemmerende wet- en regelgeving.¹⁵⁰ Het huidige Coalitieakkoord 2021-2025 'omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' (Coalitieakkoord) speelt daar op in. Het noemt bijvoorbeeld de noodzaak om te sturen op gewenste concentratie van hoogcomplexiteit zorg (die het veld binnen vijf jaar voor elkaar moet krijgen, bij gebreke waarvan de overheid gaat reguleren via wet- en regelgeving) en het maken van zorginhoudelijke afspraken via een (nieuw) hoofdlijnenakkoord waarin ook samenwerking centraal staat.¹⁵¹

Interessant is ook dat het Kader Goed bestuur van de IGJ & NZa noemt dat NZa de beweging richting de juiste zorg op de juiste plaats stimuleert. Tevens staat als

146 *Samenwerken in de zorgsector*, <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-in-de-zorg>.

147 *Document op hoofdlijnen*; bijlage 1 bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, 46 (Brief informateur)

148 VWS, *Discussienota Zorg voor de Toekomst*, december 2020; bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief).

149 *Kamerstukken II 2018/19*, 33278, nr. 8 (Kamerbrief).

150 *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief), bijlage 1.

151 VVD, D66, CDA, CU, Bijlage 1 budgettaire bijlage bij 'Coalitieakkoord omzien naar elkaar, vooruit kijken naar de toekomst', 15 december 2021.

voorbeeld van verantwoord en transparant bestuur beschreven ‘een ziekenhuis dat serieus werk maakt van het bevorderen van de juiste zorg op de juiste plek en afspraken hierover maakt met andere zorgaanbieders, zorgverzekeraars, gemeenten en hulpverleners in de regio’.¹⁵² Juiste zorg op de juiste plek lijkt daarmee een typisch voorbeeld en onderdeel te zijn van goed bestuur in de zorg. Hieraan voegt de GCZ nog toe dat alle zorgaanbieders bij moeten dragen aan de publieke belangen van de gezondheidszorg, te weten toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van zorg (art. 1.3 GCZ).

We kijken in dit hoofdstuk naar de vraag in hoeverre het mededingingsrecht ruimte geeft aan partijen die wensen samen te werken, in het bijzonder indien partijen – uiteraard in het belang van de patiënt – JZOJP-afspraken en andere kwalitatieve afspraken maken. We staan daarbij ook stil bij de verplichting uit aandachtspunt 12 van de Handreiking om schriftelijk hun afspraken over de aard en inrichting van het samenwerkingsverband vast te leggen.

Daarnaast hint de overheid in verschillende documenten op de noodzaak van intensievere samenwerking, concentratie van (hoogcomplexe) zorg en de mogelijkheid om via wet- en regelgeving dit te stimuleren of zelfs af te dwingen. We kijken in dit hoofdstuk ook kort naar welke actor vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt de aangewezen partij is om samenwerking en JZOJP-afspraken te stimuleren.

Bij de voorgaande twee vragen staan we uiteraard ook stil of er – met het oog op het recht op goede zorg – verbeteringsmogelijkheden bestaan.

Allereerst zullen we stilstaan bij het wettelijk kader van het kartelverbod (paragraaf 5.2). Daarna zullen we stilstaan bij concentratie van zorg en eventuele kwaliteitsafspraken die in het kader van concentratie van zorg worden gemaakt (paragraaf 5.3). Vervolgens behandelen we de beleidsregel Juiste Zorg op de Juiste Plek (paragraaf 5.4). Daarna staan we stil bij de mogelijkheden voor zowel de overheid, zorgverzekeraars als zorgaanbieders om JZOJP aan te jagen (paragraaf 5.5). We sluiten af met een conclusie.

5.2 *Het kartelverbod*

Het kartelverbod is neergelegd in art. 6 van de Mededingingswet (Mw): ‘*Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*’ Mededingingsbeperkende afspraken zijn nietig (art. 6 lid 2 Mw).

152 IGJ & NZa, Kader Goed Bestuur, 3 juli 2020.

Art. 6 Mw afpellend is het mededingingsrecht slechts van toepassing op ondernemingen in mededingingsrechtelijke zin en dan ook nog eens op concurrentiebeperkende overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen tussen die ondernemingen. Strikt eenzijdige gedragingen of afspraken die niet strekken of ten gevolg hebben dat mededinging (merkbaar) wordt beperkt vallen niet onder het kartelverbod. Pure kwaliteitsafspraken – die bijvoorbeeld veel in samenwerkingsverband worden gemaakt – zijn niet mededingingsbeperkend.¹⁵³

Voorts zijn afspraken die de mededinging (kunnen) beperken toegestaan mits die afspraak onder de reikwijdte van de bagatelbepaling valt (art. 7 Mw), indien gebruik kan worden gemaakt van een groepsvrijstelling¹⁵⁴ of indien de betrokken partijen kunnen aantonen dat de afspraak voldoet aan de vereisten van art. 6 lid 3 Mw, het zogenaamde self assessment. Art. 6 lid 3 Mw luidt als volgt: ‘Het [kartelverbod] geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

- beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
- de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.’

Een bekend risico is de bevoegdheid van de ACM om aan de kartellerende onderneming boetes op te leggen. De maximale omvang van de boete bedraagt 9 ton of indien dit meer is, 10% van de jaaromzet van de onderneming. De ACM is tevens bevoegd om feitelijk leidinggevende van het kartel persoonlijk te beboeten. Daarbij zijn de kartellisten hoofdelijk aansprakelijk jegens partijen die schade hebben geleden als gevolg van de verboden kartelafpraak (art. 6:193m BW) en wordt een causaal verband tussen de schade en de kartelafpraak vermoed (art. 6:193l BW). In toenemende mate maken partijen die schade hebben geleden daadwerkelijk privaatrechtelijke procedures aanhangig ter vergoeding van die schade.¹⁵⁵

Een ander gevolg is dat op de kartellist de facultatieve uitsluitingsgrond ‘ernstige beroepsfout’ (art. 2.87 lid 1 en onder c Aanbestedingswet) en ‘mededingingsovertreding’ (art. 2.87 lid 1 en onder d Aanbestedingswet) van toepassing

153 ACM, 15.1214.15 *informele zienswijze samenwerking complexe oncologie UMCU, St. Antonius Ziekenhuis en Meander Medisch Centrum*, 15 juli 2016, alinea 57.

154 Verordening 330/2010 (verticale overeenkomsten) en Verordening 772/2004 (technologieoverdrachten).

155 R. Meijer, ‘Follow-on schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht: van law in the books naar law in action’, «Contracteren» 2018/1.

zullen zijn. Aanbestedende diensten kunnen aangeven dat partijen in beginsel niet in aanmerking komen voor gunning indien een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is. Met name indien zorgaanbieders afhankelijk zijn van jeugdzorg- en Wmo-contracten met gemeentes kan dit een gevolg zijn om rekening mee te houden.

5.3 Concentratie van zorg en marktverdelings- en kwaliteitsafspraken

Onderdeel van een samenwerkingsafpraak tussen partijen over JZOJP kan zijn een concentratie of een herschikking van zorg in de regio. Een academisch ziekenhuis en een tweedelijns ziekenhuis kunnen bijvoorbeeld besluiten om bepaalde behandelingen van de derde lijn te verplaatsen naar de tweede lijn, een en ander in overleg met de zorgverzekeraar.¹⁵⁶ Een dergelijke afspraak beperkt de mededinging (want aanbod en keuze voor de patiënt valt weg) en heeft karakteristieken van een marktverdelingsafpraak. Ondanks bepaalde nadelen voor de patiënt – verminderde keuzevrijheid en mogelijk meer reistijd – is de wenselijkheid tot het maken van dergelijke afspraken niet meer weg te denken uit het zorglandschap. Tegelijkertijd categoriseert het Hof van Justitie EU marktverdelingsafspraken als de fundamenteelste inbreuken op het kartelverbod en kunnen dergelijke afspraken worden gekwalificeerd als strekkingsbedingen. Die kwalificatie heeft gevolgen voor de bewijslast van de mededingingsautoriteit. Een strekkingsbeding wil zeggen dat het beding gelet op de bewoordingen en doelstelling, alsook gelet op de economische en juridische context, concreet geschikt is om de mededinging te beperken. Bij de beoordeling van de context moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de markt. De bedoelingen van partijen zijn in principe irrelevant.¹⁵⁷ Indien een mededingingsbeperkende strekking wordt aangetoond, hoeft de merkbaarheid van de gedraging niet meer te worden onderzocht.¹⁵⁸ Een mededingingsautoriteit kan in theorie derhalve volstaan met het aantonen dat er sprake is van een marktverdelingsafpraak.¹⁵⁹ Er lijkt dus spanning te bestaan tussen enerzijds de wenselijkheid tot het maken van JZOJP-afspraken en anderzijds de juridische kwalificatie en gevolgen van die afspraken. In de hiernavolgende paragraaf zullen wij stilstaan bij de JZOJP-beleidsregel die ruimte en duidelijkheid moet geven over de grenzen van JZOJP. Eerstens bespreken wij nog kort kwaliteitsafspraken die tussen partijen worden gemaakt.

156 Beleidsregel JZOJP toegepast bij verplaatsing van basiszorg van LUMC naar het Alrijne ziekenhuis, 31 maart 2021, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/beleidsregel-jzojp-toegepast-bij-verplaatsing-basiszorg-lumc-naar-alrijne-ziekenhuis.pdf>.

157 HvJ EU september 2014, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*).

158 Zie bijv. CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*), r.o. 6.2.8.

159 HvJ EU 16 juli 2015, EU:C:2015:484, (*ING Pensii*), r.o. 31.

Partijen kunnen in een samenwerkingsverband naast concentratie van bepaalde behandelingen bij bepaalde partijen ook (kwalitatieve) afspraken maken over de zorg voor de patiënt. De noodzaak van dergelijke afspraken zal in onze ogen toenemen bij concentratie van zorg, onder andere om ervoor te zorgen dat de patiënt efficiënt tussen zorgaanbieders 'kan bewegen'. De Handreiking noemt als voorbeelden van dergelijke afspraken het bespreken van individuele patiëntcasuïstiek of – in geval van structurelere klinische samenwerking – , het afstemmen van zorgprotocollen en -paden.¹⁶⁰ Opvallend is dat de ACM heeft overwogen dat de afstemming van het zorgproces onderscheid in aanbod weg kan nemen en dat dit dus wel mogelijk mededingingsbeperkend is, aangezien partijen in de ziekenhuizen grotendeels dezelfde zorg zullen ontvangen.¹⁶¹ Enerzijds vallen de afspraken om zorgprotocollen en -paden af te stemmen dus onder het mededingingsrecht en kunnen dergelijke afspraken dus verboden zijn, anderzijds volgt uit de Handreiking een verplichting dergelijke afspraken te maken in het kader van het verlenen van goede zorg. Dit kan in de praktijk een spagaat opleveren. Wij achten het zeer onwenselijk dat dergelijke kwalitatieve afspraken vallen onder de reikwijdte van het mededingingsrecht. Het zou goed zijn als de ACM dit standpunt in de toekomst nader toelicht of zelfs intrekt.

5.4 *Beleidsregel Juiste Zorg op de Juiste Plek*

De ACM heeft, om ruimte te geven aan JZOJP, in een beleidsregel uiteengezet onder welke voorwaarden de ACM niet zal over gaan tot boeteoplegging indien een JZOJP-afpraak strijdig is met het kartelverbod.¹⁶² De beleidsregel stelt vijf voorwaarden:

1. De afspraken zijn gebaseerd op een feitelijke en openbaar regiobeeld. Het regiobeeld dient, zoals bepaald in de taskforce JZOJP, een feitelijke weergave te geven van de sociale en de gezondheidssituatie van de desbetreffende regio en van de opgave waar die regio voor staat. Hoewel de taskforce JZOJP uiteindelijk de zorginkoper verantwoordelijk maakt voor het regiobeeld indien dit niet tot stand komt, acht de ACM het niet noodzakelijk dat de zorgverzekeraar initiatiefnemer is. De omvang van de regio is ter bepaling van de partijen.
2. Zorgaanbieders, zorginkopers en (patiënt)vertegenwoordigers zijn volwaardig betrokken bij de totstandkoming van het regiobeeld.
3. De doelstellingen zijn concreet, meetbaar en toetsbaar, en beschreven in termen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg.
4. Onderbouwd is waarom de afspraken, voor zover die de concurrentie beperken, nodig zijn om de doelstellingen te behalen.

160 KNMG, *Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg*, 26 januari 2010, aandachtspunt 12.

161 ACM, 15.1214.15 *informele zienswijze samenwerking complexe oncologie UMCU, St. Antonius Ziekenhuis en Meander Medisch Centrum*, 15 juli 2016, alinea 58-60.

162 ACM, *Beleidsregel Juiste Zorg op de Juiste Plek*, 2019.

5. De doelstellingen, afspraken en onderbouwing van de noodzakelijkheid worden openbaar gemaakt.

Berenschot heeft onderzoek gedaan naar de status en voortgang van de regiobeelden waaruit het volgende beeld naar voren komt¹⁶³: veel partijen zijn in veel regio's aan de slag gegaan met de regiobeelden. Er komt een heterogene interpretatie van het 'regiobeeld' naar voren door verschillende partijen. De verschillende definities die partijen hanteren heeft geresulteerd in de volgende aspecten:

- Er bestaan grote verschillen tussen de elementen en bouwstenen die worden meegenomen in het regiobeeld. Daarmee verschilt ook het abstractieniveau.
- De geografische reikwijdte van de regio verschilt van zeer lokaal naar landelijk. Wij interpreteren dat aldus dat het (in ieder geval in theorie) mogelijk is dat er meerdere regiobeelden bestaan per geografisch gebied.
- De initiatiefnemer en de betrokken partijen verschillen. In sommige regio's is de zorgverzekeraar of het zorgkantoor individueel begonnen met het schrijven van het regiobeeld, in andere regio's worden (op initiatief van de zorgverzekeraar) regiobeelden opgesteld met allerhande zorgaanbieders, zorginkopers en cliënt-/ patiëntvertegenwoordiging, in weer andere regio's hebben zorgaanbieders (parallel) zelf de handschoen opgepakt en zijn een regiobeeld gaan schrijven. Met name ziekenhuizen zijn zelf aan de slag gegaan. Het is onduidelijk wie en binnen welke governance/gremia verantwoordelijk is om de losse regiobeelden samen te brengen.
- Betrokkenheid van burgers/cliënten, eerstelijnsaanbieders als fysiotherapeuten en apothekers en GGD worden relatief weinig waargenomen in vergelijking met betrokkenheid van ziekenhuizen, zorgverzekeraars, zorgkantoren en gemeentes.
- Of een regiobeeld 'af' is of nog in ontwikkeling, hangt af van de partij die je het vraagt en hoe die partij 'regiobeeld' definieert.

Dit levert een in onze ogen in ieder geval praktisch problemen op voor de toepassing van de JZOJP-beleidsregel. De ACM lijkt uit te gaan van zowel een materiële als een formele als een geografische dimensie van het regiobeeld. Het regiobeeld dient de feitelijke weergave van de gezondheidssituatie in een regio te betreffen, partijen moeten volwaardig zijn betrokken bij de totstandkoming en betrokken partijen moeten het regiobeeld geografisch afbakenen. Het onderzoek van Berenschot laat zien dat op alle drie deze punten onduidelijkheid en dus (rechts)onzekerheid bestaat: Welk regiobeeld is nu het 'juiste' beeld van een specifiek geografisch gebied, welke partijen hebben daar allemaal op welk moment iets van gevonden enzovoort. Aangezien het regiobeeld de basis vormt voor mededingingsbeperkende afspraken, zijn deze vragen voor een juridische analyse van marktverdelingen zeer relevant. In ieder geval lijkt een 'intern, eigen' gemaakt regiobeeld (zoals blijktbaar sommige zorgverzekeraars hebben) niet te voldoen aan deze voorwaarde. Vraag is dan vervolgens hoe als-

163 Berenschot, *'Stand van het land; Regiobeelden'*, Utrecht: 31 juli 2020.

nog de patiënten/cliënten en zorgaanbieders kunnen worden betrokken zodat toch nog kan worden gesproken van volwaardige betrokkenheid?

Duidelijkheid over de definitie van regiobeeld is zeer gewenst om en in onze ogen een absolute randvoorwaarde om de regiobeelden (en daarop gebaseerde keuzes) naar een volgend niveau te tillen. Dit is ook in de politiek opgemerkt, nu vragen zijn gesteld over de definitie en randvoorwaarden van regiobeelden nu in het land veel verschillende soorten regiobeelden (en daarop gebaseerde regioaanpakken) ontstaan. De minister onderschrijft de heterogeniteit van de verschillende regio's en de regio-beelden, maar laat in het midden waaraan een regiobeeld dient te voldoen. Dat is aan de partijen in de regio zelf.¹⁶⁴ Dit brengt maatwerk en flexibiliteit met zich mee, maar ook onzekerheid over de toepassing van de JZOJP-beleidsregel en het kartelverbod.

Tegelijkertijd is opvallend dat de Discussienota suggereert (die nota bene van het ministerie van diezelfde minister als in de vorige alinea afkomstig is) wat een regiobeeld minimaal zou moeten bevatten en staat bovendien dat het wenselijk is de regio's te definiëren.¹⁶⁵ Hierop aanvullend is des te opvallender dat het Coalitieakkoord benoemt om de NZa de regiobeelden op te laten stellen. We moeten gaan zien hoe de praktijk zal zijn tussen de taak van zorgverzekeraars om regiobeelden op te stellen in vergelijking met deze zinsnede over de NZa.¹⁶⁶ Zou de overheid dan toch actief de handschoen over gaan nemen van de zorgverzekeraars?

Onder de voorwaarden zoals uiteengezet in de beleidsregel zal de ACM van zijn bevoegdheid tot het opleggen van boetes geen gebruikmaken, ook al is sprake van een afspraak in strijd met het kartelverbod. Wel zal de ACM verzoeken de afspraak aan te passen (als een afspraak strijdig is met het kartelverbod is deze nietig volgens art. 6 lid 2 Mw, dus de noodzaak tot aanpassing lijkt self evident). Dit impliceert dat de JZOJP-voorwaarden niet zijn te beschouwen als een invulling van de uitzondering van art. 6 lid 3 Mw. Immers, als aan de voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw is voldaan, is geen sprake van strijd met het kartelverbod en hoeft de afspraak dus niet te worden aangepast. Concurrentie tussen zorgaanbieders blijft daarmee nog steeds uitgangspunt, tenzij de voordelen van een mededingingsbeperkende afspraak opwegen tegen de nadelen. Dit is overigens niet per definitie nadelig voor patiënten: een mededingingsbeperkende afspraak is slechts toegestaan indien vanuit patiënt- of zorgverzekeraarsperspectief de voordelen opwegen tegen de nadelen. Het patiëntperspectief blijft dus leidend bij de beoordeling van mededingingsbeperkende maatregelen.

164 *Kamerstukken II 2021/22, 35925 XVI, nr. 15 (Kamerbrief).*

165 *VWS, Discussienota Zorg voor de Toekomst, december 2020; bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 31765, nr. 548 (Kamerbrief).*

166 *VVD, D66, CDA, CU, Bijlage 1 budgettaire bijlage bij Coalitieakkoord omzien naar elkaar, vooruit kijken naar de toekomst, Den Haag: 15 december 2021.*

Deze constatering levert ook kansen op voor zorgaanbieders: afspraken die niet voldoen aan de JZOJP-voorwaarden kunnen nog steeds genieten van de uitzondering van art. 6 lid 3 Mw, zelfs als er strijdigheid bestaat met een van de vijf voorwaarden uit de beleidsregel JZOJP. Tegelijkertijd kan de zorgaanbieder een boete ontlopen indien het onterecht zich beroept op een opgesteld self assessment, maar bij de invulling van het self assessment wel de JZOJP-voorwaarden heeft meegenomen. Het lijkt derhalve raadzaam een self assessment als bedoeld in art. 6 lid 3 Mw te maken en daarbij expliciet in te gaan op de voorwaarden uit de JZOJP-beleidsregel. Gelet op de feitelijke vragen over het ‘regiobeeld’ verwachten wij in ieder geval dat het self assessment op in ieder geval kortere termijn onverminderd relevant blijven.

Voorts houdt dit ook in dat weliswaar geen boete wordt opgelegd, maar alle overige risico’s die gemoed zijn met een kartelafsprake onverkort actueel blijven. Zo zal die afspraak nog steeds nietig zijn, kunnen partijen die schade hebben geleden follow-onzaken starten, zullen de facultatieve uitsluitingsgrond ‘ernstige beroepsfout’ (art. 2.87 lid 1 en onder c Aw) en ‘mededingingsovertreding’ (art. 2.87 lid 1 en onder d Aw) van toepassing zijn op de betrokken zorgaanbieders om nog van mogelijke reputatieschade niet te spreken. Dit is ook weer een reden om het self assessment te blijven maken.

5.5 *Wie is de logische aanjager van samenwerking en JZOJP?*

Het Coalitieakkoord doet vermoeden dat de overheid nog onvoldoende voortgang ziet op samenwerking in de zorg en JZOJP. Het Coalitieakkoord stelt namelijk dat de hoogcomplexe zorg binnen vijf jaar moet worden geconcentreerd op minder locaties, bij gebreke waarvan de overheid wetgeving gaat introduceren om dit te stimuleren/af te dwingen. Tevens speelt het coalitieakkoord met de gedachte om de NZa regio-beelden voor de acute en planbare zorg op te laten stellen om zo meer inzicht te krijgen in de benodigde capaciteit in de regio.¹⁶⁷

De Discussienota noemt de mogelijkheid om een onafhankelijke partij of een zorgpartij met draagvlak aan te wijzen als aanjager, of de overheid die meer wet- en regelgeving of aanbodbeperking gaat opleggen.¹⁶⁸ Een en ander roept de vraag op welke actor vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt de meest logische partij is om samenwerkingsafspraken en JZOJP aan te jagen. We bekijken achtereenvolgens de mogelijkheden van de overheid, zorgverzekeraar en zorgaanbieder.

167 VVD, D66, CDA, CU, *Coalitieakkoord omzien naar elkaar, vooruit kijken naar de toekomst*, Den Haag: 15 december 2021 (inclusief Bijlage 1 budgettaire bijlage).

168 VWS, *Discussienota Zorg voor de Toekomst*, december 2020; bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief).

5.5.1 *Sturende overheid op samenwerking en JZOJP?*

Het is vaste jurisprudentie dat partijen zelfstandig verantwoordelijk zijn voor het naleven van het mededingingsrecht en zich niet mogen verschuilen achter nationale autoriteiten/overheden die kartelovertradingen aanmoedigen. Dit kan wel een boeteverlagende omstandigheid opleveren.¹⁶⁹ Indien echter de kartelafsprake het gevolg is van een rechtskader dat iedere mogelijkheid van mededinging uitsluit en dus niet het gevolg is van een autonome beslissing van ondernemingen, is het mededingingsrecht niet van toepassing.¹⁷⁰ De lat om te wijzen naar de stimulerende overheid/overheidsingrijpen als rechtvaardiging voor kartel afspraken ligt erg hoog. De ACM heeft zelf aangegeven dat het niet mededingingsrechtelijk kan handhaven indien het wordt geconfronteerd beleidskeuzes van de rijksoverheid die – samengevat – geen mogelijkheden tot concurrentie openlaten.¹⁷¹ De mogelijkheid die de Discussienota noemt om een onafhankelijke bemiddelaar aan te wijzen c.q. de zorgaanbieder met draagvlak zal niet op voorhand de mededingingsproblematiek wegnemen en is in die zin niet een heel aantrekkelijk scenario.

Art. 2 Wbmv bepaalt dat ‘indien gewichtige belangen daartoe aanleiding geven, Onze Minister bij ministeriële regeling kan bepalen dat het verboden is zonder zijn vergunning medische verrichtingen van een bij de regeling aangegeven aard uit te voeren’. Gewichtige belangen is een term die reeds in de voorloper van de Wbmv al bekend was. Gewichtige belangen slaat op diagnostiek en therapie:
[...];

- waarvoor, uit oogpunt van kwaliteit, doelmatig gebruik en kosten, sprake moet zijn van een zodanig beperkt aantal locaties voor de toepassing ervan, dat kan worden gesproken van bovenregionale of landelijke voorzieningen [onderstreping auteur];
- waarvoor zonder de ‘bescherming’ die de toepassing van art. [2 Wbmv] mogelijk maakt, een onaanvaardbaar risico zou bestaan dat de uitvoering van die functies niet met voldoende kwaliteitsgaranties zou zijn omgeven mede ook met het oog op de maatschappelijke en ethische aspecten verbonden aan de toepassing van die functies;
- met name vanwege het kostbare karakter van die functies (financieel risico), in onvoldoende mate of zelfs in het geheel niet zou plaatsvinden.¹⁷²

Het vergunningenstelsel zal moeten voldoen aan het Europees recht. Een extensieve analyse hiervan gaat voor dit preadvies te ver, maar enkele opmerkingen zullen wij

169 HvJ EU 9 september 2003, ECLI:EU:C:2003:430 (CIF), r.o. 57.

170 HvJ EU 11 november 1997, ECLI:EU:C:1997:531 (Ladbroke Racing); HvJ EU 9 september 2003, ECLI:EU:C:2003:430 (CIF), r.o. 52.

171 ACM, *Reactie ACM op Discussienota Zorg voor de Toekomst*, 19 januari 2021.

172 *Kamerstukken II 1995/96, 24788, 3, p. 9-10 (MvT)*.

maken. Een dergelijk vergunningenstelsel zal waarschijnlijk niet vallen onder de reikwijdte van Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn). De Dienstenrichtlijn beoogt te borgen dat dienstverleners zich vrijelijk mogen vestigen of diensten mogen aanbieden in andere lidstaten. De Dienstenrichtlijn bevat een afdeling met redelijk vergaande regels over de inrichting van vergunningenstelsels. De Dienstenrichtlijn is echter niet van toepassing op gezondheidsdiensten al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd (art. 2 Dienstenrichtlijn). Onder een gezondheidsdienst moet worden verstaan medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren (overweging 22 Dienstenrichtlijn).

Daarmee zal het vergunningenstelsel worden getoetst aan het vrij verkeer van diensten en vestiging zoals neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie indien er sprake is van een effect op het interstatelijk verkeer. De drempel om interstatelijkheid aan te nemen, ligt in zijn algemeenheid niet bijzonder hoog.¹⁷³

Het HvJ EU heeft in zijn algemeenheid volksgezondheid aangemerkt als een dringende reden van algemeen belang, hetgeen inhoudt dat ter bescherming van de volksgezondheid beperkingen aan het vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van vestiging mogen worden gesteld, op voorwaarde dat die voorwaarden geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk om dat doel te bereiken.¹⁷⁴ Het verzekeren van een evenwichtig aanbod van gezondheidszorgaanbieders op het grondgebied van de lidstaat is zo een dwingende reden van algemeen belang.¹⁷⁵ Met name kan die capaciteitsplanning noodzakelijk zijn om eventuele leemten in de toegang tot de gezondheidszorg te dichten en overlappingsen te voorkomen, zodat de gezondheidszorg passend tegemoetkomt aan de behoeften van de bevolking, het gehele grondgebied bestrijkt en rekening houdt met geografisch geïsoleerde of anderszins benadeelde gebieden.¹⁷⁶

Een vergunningenstelsel zal nog steeds geschikt moeten zijn om het doel te bereiken en niet verder gaan dan strikt noodzakelijk. Daarvoor is minimaal vereist dat het vergunningenstelsel geen incoherenties vertoont en systematisch wordt toegepast.¹⁷⁷ De juris-

173 L.R. Glas LLM, J.W. van de Gronden & J.M. Veenbrink 'De Europese grenzen aan winstuitkering door zorgaanbieder', *TvGR* 2020, p. 579-593.

174 Zie bijv.: overweging 40 Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn); HvJ EU HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:591.

175 HvJ EU 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 46 (*Hartlauer*); HvJ 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Chao Gómez*), r.o. 64, 70 en 78.

176 HvJ 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Chao Gómez*), r.o. 70.

177 HvJ EU 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 55 (*Hartlauer*); HvJ EU 19 mei 2009 ECLI:EU:C:2009:316 (*Apothekerkammer des Saarlandes*); HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:591, (*Ottica New Line*) r.o. 47.

prudentie leert dat het Hof van Justitie laat zien dat het relatief vol moet worden getoetst door de nationale rechter of de toepassing van het wettelijk systeem concreet geschikt is om het doel te bereiken en proportioneel is en op basis van objectieve criteria wordt toegepast. Verschillende voorbeelden van vergunningenstelsels in de zorg bleken niet evenredig om het doel te bereiken of intern coherent. Zo is bijvoorbeeld – samengevat gezegd – een Italiaanse regeling voor de verdeling van vestigingsvergunningen voor opticiens, die erop neer komt dat er per 8.000 inwoners een opticien aanwezig mag zijn om een optimale verdeling van opticiens te verzekeren niet intern coherent aangezien andere regels golden voor gemeentes met minder dan 8.000 inwoners, gemeentes met tussen 8.000 en 16.000 inwoners en gemeentes groter dan 16.000 inwoners.¹⁷⁸ Een ander voorbeeld betreft een Oostenrijks toelatingsstelsel op basis waarvan een nieuw op te richten tandheelkundige praktijk een vergunning moet hebben. Die vergunning hangt af van een ‘behoeftetoets’ waaruit zou blijken of er nog ruimte is voor een nieuwe praktijk. De toets zelf is niet gebaseerd op een objectief te bepalen aantal patiënten en kan dus relatief willekeurig worden uitgelegd. Bovendien hoeven groepspraktijken (die vergelijkbare zorg kunnen bieden) geen toelating te hebben.¹⁷⁹

De Discussienota noemt voorts niet een toetsing aan de nationale beginselen van behoorlijk bestuur die gelden bij het verdelen van schaarse vergunningen, terwijl dit juist wel een gebied is dat een sterke ontwikkeling doormaakt. Bij het vergeven van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden moet op passende wijze mededingingsruimte worden geboden zodat gegadigden gelijkkelijk kans maken op de vergunning.¹⁸⁰ Dit houdt onder andere in dat de overheid een passende mate van openheid moet betrachten met betrekking tot de selectieprocedure, de selectiecriteria en het tijdschema. De criteria dienen objectief, toetsbaar en redelijk te zijn.¹⁸¹

Als laatste noemen wij dat de Gezondheidsraad heeft geconstateerd dat concentratie van zorg wenselijk is en dat de Wbmv in die zin een wenselijk wettelijk instrument is, maar dat gelet op de dynamiek van het zorgstelsel de overheid dit instrument slechts zou moeten inzetten indien het veld niet tot gewenste concentratie van zorg komt.¹⁸²

Hoewel er (streng) juridische eisen en randvoorwaarden aan vergunningenstelsels kleven, is het juridisch niet onmogelijk om capaciteit van overheidswege te reguleren. De vraag die dan logischerwijs volgt, is of het verstandig is voor de overheid om actief in te grijpen in zorgaanbod en samenwerkingen. Hoewel deze vraag niet juridisch van

178 HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:591, (*Ottica New Line*).

179 HvJ EU 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 55 (*Hartlauer*).

180 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Casino Vlaardingen*).

181 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Casino Vlaardingen*), r.o. 8; Vgl: HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).

182 Gezondheidsraad, *In of uit de Wbmv: handreiking voor maatwerk*, nr. 2021/16, Den Haag: 29 maart 2021.

aard is, kan men zich afvragen of de overheid een betere marktmeester zou zijn dan de zorgaanbieders of zorginkopers. De overheid wordt immers ook geconfronteerd met informatieasymmetrie in een complex zorgveld, besluitvorming van de overheid kan niet efficiënt zijn door politieke beïnvloeding en lobbyïsme en vergunningenstelsel zijn in de regel niet flexibel en aanpasbaar om in te spelen op kortetermijnsituaties.¹⁸³ Niet voor niets concludeerde de regering in 1999 al dat decentrale sturing van zorgvraag en aanbod tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders flexibeler en efficiënter is om in te spelen op ontwikkelingen in de zorg dan centrale regie van de overheid, die slechts de algemene kaders stelt om het algemeen belang te waarborgen.¹⁸⁴ De vraag is voorts hoe de overheid de belangen van patiënten gaat meenemen. Logischerwijs worden de meningen van patiëntenverenigingen meegenomen in capaciteitsregulering, maar de praktijk moet gaan uitwijzen hoe de overheid dit concreet zou gaan invullen. Voor de overheid is dit dus een uitdagend scenario.

5.5.2 *Sturende rol van de zorgverzekeraars?*

De zorginkoper is de sturende en disciplinerende partij in het huidige zorgstelsel. De zorgverzekeraar heeft de plicht om voldoende zorg in te kopen voor de verzekerden (art. 11 Zvw). Daartoe kan de zorgverzekeraar zorg inkopen bij zorgaanbieders door middel van onderhandeling, door middel van *take-it-or-leave-it*-aanbiedingen en door middel van selectieve inkoop op basis van inkoopprocedures op basis van inschrijving en gunning/private aanbestedingen. Daarnaast kunnen zorgverzekeraars ook via informele wegen aansturen op regionale samenwerking en netwerkvorming, via de bestuurlijke weg of via het verstrekken van ondersteunende subsidies.

De sturende mogelijkheden van de zorgverzekeraars worden beperkt door een aantal juridische factoren. In het hiernavolgende hoofdstuk zullen we inzoomen op het aanbestedingsrecht en de redelijkheid en billijkheid bij de inkoopprocedures. Voor nu ligt de focus op het mededingingsrechtelijke aspect.

Zorgverzekeraars zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Een aantal maal hebben zorgverzekeraars geprobeerd samen op te trekken bij het gezamenlijk inkopen van zorg, namelijk bij het inkopen van protontherapie (een Wbmv-verrichting) en bij het inkopen van prostaatoperaties bij een beperkt aantal centra in Nederland. De ACM heeft bij de gezamenlijke inkoop van de prostaatoperaties geen (positieve) informele zienswijze afgegeven.¹⁸⁵ In de informele zienswijze protontherapie heeft de ACM een negatieve zienswijze afgegeven op de gezamenlijke inkoop.

183 M. Varkevisser & W. van der Schors, *Marktwerking en mededingingsbeleid in de zorg*, Preadviezen 2020, Koninklijke Nederlandse vereniging voor Staathuishoudkunde.

184 *Kamerstukken II 1999/00, 27295*, nr. 2, p. 3-4.

185 *Gezamenlijke inkoop prostaatankerzorg in de ijskast*, 20 juli 2017, <https://www.skipr.nl/nieuws/gezamenlijke-inkoop-prostaatankerzorg-in-de-ijskast/>.

Kort samengevat beschreef de ACM dat er vier Wbmv-vergunningen zijn afgegeven door de overheid. De ACM begint de informele zienswijze door te stellen dat gezamenlijke inkoop door de zorgverzekeraars mededingingsbeperkend werkt. Doordat praktisch alle verzekeraars gezamenlijk in zouden kopen bij maar één centrum, zou dat de aanbodmogelijkheden op de zorgaanbodmarkt beperken. Aangezien niet aanmerkelijk is dat zonder de inkoop samenwerking geen enkel centrum van de grond zou komen, achtte de ACM de gezamenlijke inkoop samenwerking niet noodzakelijk en derhalve in strijd met het kartelverbod. Het argument van de zorgverzekeraars dat door de inkoop samenwerking overcapaciteit (en dus inefficiëntie) zou worden voorkomen, heeft het niet gehaald. De lat voor zorgverzekeraars om gezamenlijk te sturen op zorgaanbodmarkt is dus door het mededingingsrecht behoorlijk ingekaderd. Het is ironisch dat de voorspelling van de zorgverzekeraars is uitgekomen en er overcapaciteit (en dus inefficiëntie) in de markt bestaat.¹⁸⁶

De Discussienota noemt de mogelijkheid van congruente inkoop door de zorgverzekeraar: iedere zorgverzekeraar spreekt de intentie uit om het inkoopbeleid van de grootste zorgverzekeraar in een regio te volgen, maar mag *in the end* ook eigen beleid en contracten aanbieden in de regio. Het risico op een onderling afgestemde feitelijke gedraging ligt daarbij op de loer. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt omschreven als een ‘coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico’s van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking’.¹⁸⁷ Indien elke zorgverzekeraar – zonder dat het tot een echte afspraak komt – op termijn feitelijk de grootste zorgverzekeraar in de regio volgt, zal dat ook een zorgaanbodvershraling en mededingingsbeperking in de regio kunnen bewerkstelligen. De ACM heeft niet voor niets aangegeven dat congruente inkoop in beginsel zal moeten geschieden op verzoek van de zorgaanbieders zelf, in die zin dat de zorgaanbieder aangeeft tevreden te zijn over de contractuele afspraken met de (grootste) zorgverzekeraar en de overige zorgverzekeraars voorstelt om die afspraken te volgen.¹⁸⁸ De zorgaanbieder is dus aan zet om de zorginkopers te sturen?

5.5.3 *De zorgaanbieder aan zet in het belang van goede zorg? Dan ook lagere risico’s en meer zekerheid?*

Wij schreven in paragraaf 5.1 reeds dat een zorgaanbieder verantwoordelijk is voor het leveren van goede zorg, en dat onder goede zorg ook toegankelijke en betaalbare zorg wordt verstaan. Vanuit de gedachte dat JZOJP in het belang van de patiënt is en bijdraagt aan toegankelijke en betaalbare zorg op termijn, rust op de zorgaanbieder

186 Tegenvallende cijfers voor peperdure, prestigieuze protonen centra. *Ontzettend zorgelijk*, 20 december 2021, <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/12/20/weinig-kankerpatienten-voor-peperdure-protonencentra-a4070310>.

187 Zie bijv.: HvJ EU 4 juni 2009 ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*).

188 ACM, *Beleidsregel Juiste Zorg op de Juiste Plek*, 2019, alinea 16.

de verplichting om zich in te zetten voor JZOJP. Daarnaast lijkt ook uit de verplichting van goed bestuur te volgen dat een zorgaanbieder zich actief inzet voor JZOJP. Wij schreven in paragraaf 5.1, inleiding, ook over de bijzondere rol die de politiek de UMC's toedicht bij het vormgeven van samenwerkingen in de regio. Daarnaast hebben zorgaanbieders bij uitstek ook zicht op de behoefte van concrete patiënten in een regio.¹⁸⁹ Hoewel de Taskforce JZOJP¹⁹⁰ niet zorgaanbieders als expliciete partij aanwijst om het voortouw te nemen, hebben zorgaanbieders (en in het bijzonder UMC's) in onze ogen wel degelijk de taak om zich actief in te zetten voor JZOJP vanuit verschillende invalshoeken.

Het is vanuit die invalshoeken dan ook niet verwonderlijk dat uit het onderzoek van Berenschot blijkt dat veel samenwerkingsinitiatieven door zorgaanbieders zelf worden gestart.¹⁹¹ Het is bemoedigend om te zien dat er zoveel positieve initiatieven worden ontplooid door de zorgaanbieders. Zeker omdat een (potentieel) mededingingsbeperkende afspraak nogal wat risico's met zich meebrengt voor de zorgaanbieders en de bewijslast dat voldaan is aan art. 6 lid 3 Mw in het self assessment ligt bij de vermeend kartellisten zelf. Dit levert rechtsonzekerheid op en kan bestuurders afschrikken potentieel positieve samenwerkingen toch niet te implementeren. Voorts is de vraag of de boete en overige risico's, die financieel grote gevolgen hebben, wel proportioneel zijn voor zorgaanbieders – een sector die het financieel toch al niet te breed heeft en die wordt gefinancierd met publiek geld.

Het self assessment en de bewijslastverdeling zijn geïntroduceerd met de invoering van de Mededingingswet. De voorganger 'Wet op de economische mededinging' kende een regime dat een partij expliciete toestemming moest hebben voor een concurrentieverstorende gedraging van de minister van Economische zaken. De minister kon de kartelafspraken onverbindend verklaren wegens strijd met het algemeen belang. Dit criterium gaf de minister ruimte om – naast mededingingsoverwegingen – beleidsdoelen na te streven. Het verbieden van afspraken en handhaving gebeurde in de praktijk overigens weinig.¹⁹²

Na de wetwijziging is de verantwoordelijkheid van de partijen zelf een self assessment te maken waarin wordt aangetoond dat partijen voldoen aan de voorwaarden uit art. 6 lid 3 Mw. De rechtszekerheid dat partijen terecht gebruikmaken van een

189 Althans, uit de reacties op de Discussienota komt naar voren dat zorgaanbieders dat in ieder geval vinden, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief), bijlage 1.

190 Taskforce JZOJP, *De juiste zorg op de juiste plek, wie durft*, p. 22-23, wijst zoals eerder in deze bijdrage genoemd de zorginkopers aan als initiatiefnemer.

191 Berenschot, *Stand van het land; Regiobeelden*, Utrecht: 31 juli 2020.

192 R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', «M&M», 2006/7, p. 206-211.

uitzondering op het kartelverbod is daarmee ernstig verminderd. JZOJP-afspraken kunnen in de regel als marktverdelingsafspraken worden gekwalificeerd of kunnen andere mededingingsbeperkende afspraken bevatten. Gelet op de grote omvang van de boetes en risico's en Europeesrechtelijke jurisprudentie over de vaststelling van marktverdelingsafspraken, kunnen wij ons voorstellen dat partijen in de praktijk terughoudend zijn met het maken van samenwerkingsafspraken die wel voordelig zijn voor patiënten, maar waarbij (te veel) onzekerheid bestaat over het self assessment.

Hoewel dit ongetwijfeld gepaard zal gaan met praktische uitvoerbaarheidsproblematiek, kan rechtszekerheid worden vergroot indien self assessments (bij twijfel) voorgelegd kunnen worden voor besluit bij het ministerie van EZK of de ACM. Op die manier kan de overheid toch de sturende invloed hebben, maar komen de initiatieven vanuit het veld zelf en geven de zorgaanbieders invulling aan de verplichtingen tot goed bestuur en het leveren van goede zorg. Een win-winsituatie in onze ogen.

5.6 *Beschouwing en conclusie*

In dit hoofdstuk hebben we gekeken in hoeverre het mededingingsrecht ruimte geeft aan partijen die wensen samen te werken, in het bijzonder indien JZOJP-afspraken en andere kwalitatieve afspraken worden gemaakt. Het is maatschappelijk bijna een gegeven dat JZOJP-afspraken bijdragen aan (langetermijn) toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg en zo in het belang zijn van de patiënt. Daarmee is de JZOJP-beweging in de praktijk een invulling van het verlenen van goede zorg en lijkt de IGJ in beleid te zinspelen opdat JZOJP een onderdeel kan zijn van goed bestuur. Daarbij hebben wij de vraag gesteld in hoeverre het mededingingsrecht ruimte geeft aan partijen die wensen samen te werken, in het bijzonder indien JZOJP-afspraken en andere kwalitatieve afspraken worden gemaakt.

Marktverdelingsafspraken zijn mededingingsrechtelijk aan te merken als strekkingsbeding, hetgeen mededingingsrechtelijke consequenties en risico's met zich mee brengt. De beleidsregel JZOJP heeft als doel concreter de mededingingsrechtelijke ruimte te beschrijven die zorgaanbieders hebben voor het maken van JZOJP-afspraken. Indien een afspraak gebaseerd is op de JZOJP-beleidsregel blijven risico's bestaan en biedt dit dus maar beperkte zekerheid. Voorts zien wij nog praktische uitvoeringsproblemen en onzekerheden die in onze ogen het volgen van de JZOJP-beleidsregel een minder aantrekkelijk alternatief maakt dan het maken van een self assessment. Dit is vanuit patiëntenperspectief en het perspectief van goede zorg overigens geen negatieve conclusie. Een mededingingsbeperkende afspraak is slechts toegestaan indien – vanuit het oogpunt van de consument/patiënt of verzekeraars – de voordelen opwegen tegen de nadelen en indien er in ieder geval restconcurrentie (dus keuze voor de patiënt) overblijft. Afspraken die deze toets niet doorstaan zijn zeer onwenselijk vanuit patiëntenperspectief.

Verder zijn kwaliteitsafspraken tussen de samenwerkende zorgaanbieders zeer wenselijk. Het is in dat kader vreemd dat de ACM zorgprotocollen bestempelt als concurrentieparameter en afstemming daarover onder de reikwijdte van het kartelverbod schaart. Indien een zorgaanbieder conform de Handreiking zorgpaden en protocollen afstemt om de patiëntenzorg te verbeteren loopt het mededingingsrisico's. Het zou goed zijn als de ACM in toekomstige documentatie dat standpunt herziet of ten minste uiteenzet onder welke concrete omstandigheden een afstemming van zorgprotocollen mededingingsrechtelijk problematisch is.

We hebben ook gekeken naar de mededingingsrechtelijk logische actor om samenwerkingen en JZOJP te stimuleren. De Taskforce JZOJP wijst de zorginkopers aan om de JZOJP-beweging in gang te zetten. De zorgverzekeraars worden echter begrensd door mededingingsrechtelijke kaders.

De overheid hint erop dat de JZOJP-beweging niet snel genoeg gaat¹⁹³ en overweegt capaciteitsregulering. Dat is een ingrijpende (en niet vanuit samenwerkingsgedachte ingegeven) maatregel. De vraag is ook hoe de overheid concreet het patiëntenperspectief gaat meenemen en meewegen. Niettemin is er reeds een wet die voorziet in capaciteitsregulering, namelijk de Wbmv. Er hoeft dus niet een groot wetgevingstraject te worden gevolgd. Wel zal het vergunningenstelsel moeten voldoen aan Europees recht en nationale regels voor het vergeven van vergunningen. Dit kunnen in de praktijk nog weleens grote hobbels opleveren. Dit scenario is dus niet zonder juridische nadelen of kanttekeningen, nog los van de vraag of de overheid vanuit economisch perspectief wel een efficiënte marktmeester zou zijn.

Op de zorgaanbieder rust de verplichting om goede zorg te leveren. Onder goede zorg wordt ook verstaan zorg die toegankelijk en betaalbaar is. Vanuit die gedachte rust op de zorgaanbieders, en in het bijzonder op de UMC's, ook een plicht om zich in te zetten voor JZOJP- en andere samenwerkingsafspraken. Berenschot heeft de stand van zaken rondom JZOJP opgehaald uit het land. Hieruit blijkt dat zorgaanbieders veelvuldig aan de slag zijn gegaan met JZOJP. Dit brengt echter ook mededingingsrisico's met zich mee. Bij de stimulering en wenselijkheid vanuit de overheid zoals wij die zien passen lagere mededingingsrechtelijke risico's en gevolgen voor de zorgaanbieder. Een oplossing om deze risico's te verlagen is indien de overheid actief self assessments gaat beoordelen en goedkeuren. In deze situatie ligt in principe het initiatief bij de zorgorganisaties die zo invulling geven aan goed bestuur en JZOJP-afspraken, terwijl de overheid, zonder rigoureuze capaciteitsregulering, toch sturingsinstrumenten heeft om te sturen op de JZOJP. Daarbij neemt de overheid ook verantwoordelijkheid om een beweging verder

193 Zie bijv.: *Kamerstukken II 2021/2022*, 29689, nr. 1137 (Kamerbrief).

te stimuleren. In ultieme gevallen, bijvoorbeeld indien partijen uit het veld niet met eigen initiatieven komen, kan de overheid ingrijpen via capaciteitsregulering.¹⁹⁴

6 Aanbestedingen in een veld van complexe zorgsamenwerkingen, een bezwarend onderwerp?

6.1 Inleiding

Aanbestedingsrecht in de zorg en zorginkoop is een gebied dat in toenemende mate aandacht geniet. Net zoals het mededingingsrecht is de toepassing van de aanbestedingswet (en inkoopverplichtingen die uit sectorale wetgeving volgen) onderwerp van maatschappelijk, politiek en juridisch debat. Met enige regelmaat wordt in rechte geklaagd over de sterke inkoopmacht en het inkoopbeleid en tarifiering van de zorginkopers.¹⁹⁵ Interessant is dan ook dat de Discussienota specifiek benoemt dat samenwerking tussen zorginkopers en zorgaanbieders noodzakelijk is voor toekomstbestendige zorg,¹⁹⁶ terwijl ongetwijfeld bepaalde categorieën zorgaanbieders de samenwerking met zorginkopers ver te zoeken achten en zich regelmatig onder druk voelen gezet. Het is in die zin niet verwonderlijk dat uit de reacties op de Discussienota naar voren komt dat samenwerkingsinitiatieven van zorgaanbieders niet doorontwikkeld worden vanwege het inkoopbeleid van de zorginkopers. De zorgaanbieders achten dat negatief, omdat juist de zorgaanbieders het beste zicht hebben op de behoefte van cliënten.¹⁹⁷

In dit hoofdstuk staan we stil bij aanbestedingsrecht en andere inkoopregelgeving in relatie tot samenwerkingen. Het aanbestedingsrecht regelt het inkoopproces tussen een verkopende partij en (in beginsel) een aanbestedende dienst. Het richt zich vooral op de vraag hoe moet worden ingekocht en is in zoverre processueel van aard. Het aanbestedingsrecht bepaalt slechts in zeer beperkte mate ‘wat’ moet worden inge-

194 Vgl. het besluit van de minister om twee centra aan te wijzen als pediatrie hartchirurgische centra, nadat het veld de kans heeft gekregen om zelf de concentratie van pediatrie hartchirurgie te regelen maar er niet uit kwam; *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 612 (Kamerbrief).

195 Zie bijvoorbeeld: Rb. Zeeland-West-Brabant 26 juni 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:7128; Rb. Den Haag 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9846; Hof Den Bosch 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3159. Zie ook voor de stelling dat inkoopmacht van zorgverzekeraars beperkt is: C.J. de Boer, ‘Inkoop in de zorg: over de zorgplicht en machtsverhoudingen’, «Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk 2018/5-6», p. 45-51; E. Loozen, M. Varkevisser & E. Schut, ‘Goede zorginkoop vergt gezonde machtsverhoudingen’, iBMG, Rotterdam: 2016.

196 VWS, *Discussienota Zorg voor de Toekomst*, december 2020; bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief).

197 *Kamerstukken II 2020/21*, 31765, nr. 548 (Kamerbrief), bijlage 1.

kocht.¹⁹⁸ Met name op het gebied van volksgezondheid hebben aanbestedende diensten relatief veel ruimte om het ‘wat’ van de aanbestedingsprocedure te bepalen en te omschrijven.¹⁹⁹

Het aanbestedingsrecht is Europeesrechtelijk in het leven geroepen om de interne markt voor overheidsopdrachten te verwezenlijken. Centraal staat daarom het (Europese) gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, wat moet verzekeren dat de nationale en buitenlandse ondernemingen gelijke kansen hebben op gunning van de opdracht en favoritisme en subjectieve voorkeuren worden uitgebannen.²⁰⁰ Om de naleving controleerbaar te maken voor ondernemers, dienen aanbestedende diensten transparant te handelen.²⁰¹ Het is mooi meegenomen dat concurrentie (althans in theorie) efficiënte besteding van publiek belastinggeld waarborgt.

Het onderwerp van dit preadvies is in hoeverre er juridische knelpunten zijn bij het aangaan en uitvoeren van samenwerkingen waardoor de patiëntenrechten en het recht op goede zorg uit beeld raken. Het aanbestedingsrecht (of sectorale inkoopwetgeving) lijkt op het eerste gezicht slechts indirect een relatie te hebben met het leveren van goede zorg. Zorgaanbieders en zorginkopers kunnen prima met elkaar afspraken maken en opdrachten verlenen die bijdragen of waarborgen stellen aan het verlenen van goede zorg, mits maar voorafgaand aan die opdrachtverlening de wettelijke (inkoop)processuele stappen zijn ondernomen. Niettemin kunnen de aanbestedings- en de sectorale inkoopregelgeving juridische beperkingen opwerpen die samenwerking bemoeilijkt. We zullen in dit hoofdstuk stilstaan bij de vraag welke consequenties het aanbestedingsrecht heeft voor de samenwerking tussen zorgaanbieders onderling en de samenwerking tussen zorginkopers en zorgaanbieders en ik welke mate het aanbestedingsrecht het maken van afspraken over goede zorg in de weg staat.

We staan in dit hoofdstuk allereerst stil bij de vraag wanneer een samenwerking zou kunnen kwalificeren als aanbestedende dienst (paragraaf 6.2). Hierbij zij opgemerkt dat deze vraag zeer complex is en we zullen slechts enkele inleidende opmerkingen bespreken. We gaan daarna in op de vraag hoe de samenwerkingspartners in een samenwerking zich aanbestedingsrechtelijk tot elkaar verhouden, zeker in het geval een of enkele partners aanbestedende diensten zijn (paragraaf 6.3). Bij deze paragraaf zullen we ook expliciet stilstaan bij de verplichting uit art. 4 Wkkgz die samengevat inhouden dat er een schriftelijke overeenkomst ten grondslag ligt aan een opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie. We kijken tevens ook kort naar de inkoop door het samenwerkingsverband (paragraaf 6.4).

198 C.E.C. Jansen, ‘Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop’, *TA* 2018, nr. 27.

199 HvJ EU 25 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:865, r.o. 42.

200 HvJ EU 22 juni 1993, ECLI:EU:C:1993:257, (*Storebaelt*), r.o. 33.

201 HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

Daarnaast zullen we kijken naar de inkoopregelgeving die van toepassing is op de verschillende zorginkopers in het veld, waarbij we stilstaan bij het clusterverbod dat van toepassing is op zorginkopers en de mogelijkheden tot combinatievorming voor zorgaanbieders (paragraaf 6.6). We sluiten af met een conclusie (paragraaf 6.7).

6.2 Een samenwerking als aanbestedende dienst?

Een samenwerking zal als aanbestedende dienst kwalificeren indien het voldoet aan de voorwaarden voor de publiekrechtelijke instelling. Deze voorwaarden zijn neergelegd in art. 1.1 Aw: 'Een publiekrechtelijke instelling is een instelling die:

1. die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard; en
2. die rechtspersoonlijkheid bezit; en
3. die – samengevat – een sterke afhankelijkheid heeft van een andere aanbestedende dienst. Die afhankelijkheid kan zijn gelegen in het feit dat:
 - a. een andere aanbestedende dienst in hoofdzaak de activiteiten financiert, of
 - b. het beheer is onderworpen aan toezicht door een andere aanbestedende dienst, of
 - c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door een andere aanbestedende dienst worden aangewezen.'

De definitie moet ruim en functioneel moeten worden geïnterpreteerd om een zo groot mogelijke reikwijdte van het aanbestedingsrecht te verzekeren. Tevens zijn de termen *communautaire van aard*, inhoudende dat deze uniform in de Unie moeten worden uitgelegd.²⁰²

Het is vaste jurisprudentie dat elke losse entiteit moet worden getoetst aan de voorwaarden van de publiekrechtelijke instelling.²⁰³ Dat maakt dat elke samenwerking apart langs de meetlat van de publiekrechtelijke instelling wordt gelegd, ongeacht de partijen die deelnemen aan die samenwerking. De definitie van publiekrechtelijke instelling is omvangrijk en met veel Europese jurisprudentie ingevuld. Het gaat voorbij aan het doel van dit artikel om uitvoerig op de definitie in te gaan en we zullen hierna volstaan met enkele opmerkingen die nuttig zijn voor dit hoofdstuk.

Samenwerkingen die gebaseerd zijn op een overeenkomst zullen waarschijnlijk niet voldoen aan het rechtspersoonlijke vereiste en dus zal daar de kwalifica-

202 Zie bijv.: HvJ EU 14 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:276.

203 HvJ EU 5 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*).

tie al stranden. De Nederlandse jurisprudentie gaat namelijk uit van de privaatrechtelijke interpretatie van rechtspersonen.²⁰⁴

Zelfs als partijen de samenwerking in een rechtspersoon gieten, dan kan de samenwerking zo worden ingericht dat niet wordt voldaan aan het eerste of het derde criterium. Het verlenen van zorg wordt op basis van nationale jurisprudentie uitgelegd als een doel van algemeen belang van industriële of commerciële aard, aangezien zorgaanbieders concurreren met elkaar, kunnen failleren en worden bestuurd op basis van economische overwegingen.²⁰⁵ Zorgsamenwerkingen die slechts tot doel hebben het (doen) aanbieden of faciliteren van zorg zullen waarschijnlijk niet voldoen aan het eerste criterium.

Zelfs als een samenwerking taken van algemeen belang anders dan van commerciële aard uitvoert, kan de samenwerking (nog steeds) ontsnappen aan de aanbestedingswetgeving indien niet is voldaan aan het derde criterium van de publiekrechtelijke instelling. Daarvoor is de rol van de eventueel betrokken aanbestedende dienst of overheid bij de samenwerking cruciaal. Die mag namelijk niet zo groot zijn dat er sterke afhankelijkheidsrelatie bestaat in de zin van art. 1.1 Aw.

6.3 *Oprachten tussen samenwerkende zorgpartijen*

Een aanbestedende dienst (of dit nu een participierend UMC of een zorginkoper is waarop aanbestedingsregels van toepassing zijn) zal – ondanks zijn betrokkenheid bij het samenwerkingsverband – de aanbestedingsregels in acht moeten nemen, ook jegens de andere samenwerkingspartners. Het feit dat die opdrachten in het kader van een (zorg)samenwerking worden gesloten, is aanbestedingsrechtelijk niet relevant.²⁰⁶ Overheidsopdrachten tussen samenwerkingspartners dienen in beginsel gewoon te worden aanbesteed. Om de consequenties te overzien, zullen we eerst kort stilstaan bij de definitie van overheidsopdracht, waarna we in deze paragraaf aandacht hebben aan de verplichting om een opdracht- of samenwerkingsrelatie schriftelijk vast te leggen.

De overheidsopdracht is gedefinieerd als een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners c.q. leveranciers c.q. aannemers en een of meer aanbestedende diensten.

204 Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:898, (*RSO*). Wellicht komt er ooit nog Europese jurisprudentie die ook de Nederlandse personenvennootschappen (en zelfs langdurige netwerken op basis van overeenkomst) onder de reikwijdte van de term ‘rechtspersoon’ brengt gelet op de brede en functionele interpretatie uitleg van begrippen.

205 HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872 (*Amphia*), r.o. 3.5.2.

206 HvJ EU 19 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:2004 (*Setubal en SUCH*); HvJ EU 8 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:303 (*TU Hamburg*).

Een overeenkomst onder bezwarende titel is gedefinieerd als een juridisch afdwingbare prestatie in ruil voor een economische tegenprestatie. De juridisch afdwingbare prestatie die de aanbestedende dienst ontvangt moet een rechtstreeks economisch belang inhouden.²⁰⁷ Dat rechtstreeks economisch belang kan volgen uit een van de volgende vijf elementen:

1. de aanbestedende dienst wordt eigenaar over de goederen/ werken/ diensten;
2. de aanbestedende dienst kan onder een andere titel erover beschikken met het oog op de openbare bestemming;
3. de aanbestedende dienst loopt economisch risico;
4. de aanbestedende kan financieel profiteren;
5. de aanbestedende dienst financiert (gedeeltelijk) de tegenprestatie.²⁰⁸

In de praktijk levert dit een breed en gevarieerd beeld op van de aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Zo is bijvoorbeeld aanbestedingsplichtig een licentie op toekomstige verbeteringen van een softwarepakket²⁰⁹, een subsidie waarbij de aanbestedende dienst kan afdwingen dat de subsidieontvanger daadwerkelijk werkzaamheden uitvoert²¹⁰ of een grondverkoop door de aanbestedende dienst met een bouwplicht of met een terugleverplicht van de grond indien niet wordt gebouwd.²¹¹

Een overheidsopdracht hoeft slechts te worden aanbesteed via een Europese aanbestedingsprocedure indien de waarde boven de relevante drempelwaarde ligt (art. 2.25 jo. art. 2.1 t/m 2.7 Aw).²¹² Bij opdrachten onder de drempelwaarde heeft de aanbestedende dienst desondanks de verplichting om de aanbestedingsbeginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit na te leven (zie hoofdstuk 1 van de Aw). Uit die beginselen vloeit onder andere voort dat een aanbestedende dienst zowel de keuze voor een te volgen procedure als de gekozen contractspartij baseert op objectieve criteria (art. 1.4 Aw). De aanbestedende dienst dient hiervoor acht te slaan op de omvang van de opdracht, baten en lasten van de procedurekeuze, de omvang en structuur van de markt en de geografische ligging van de plaats van uitvoering.²¹³

207 Zie bijv.: HvJ EU 25 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Muller*).

208 HvJ EU 25 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Muller*).

209 HvJ EU 28 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE Consulting*).

210 HvJ Eu 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843, (*IBA Molecular*).

211 Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019*, Den Haag: september 2019, hoofdstuk 12.8.1 tot en met 12.8.3.

212 De drempelwaarde voor leveringen en diensten ligt op EUR 215.000 ex btw voor – makkelijk gezegd – andere aanbestedende diensten dan de rijksoverheid. Gezondheidszorgdiensten kunnen onder het verlichte aanbestedingsregime van art. 2.38 Aw vallen. Dit is een feitelijke beoordeling. Voor dergelijke opdrachten geldt een drempelwaarde van EUR 750k en bepaalde artikelen uit de Aw zijn niet van toepassing.

213 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p.16.

Een bestuursorgaan is daarnaast ook nog eens gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:14 BW).

Er zijn aanbestedingsrechtelijke uitzonderingen voor het direct verschaffen van opdrachten tussen moeder-dochterondernemingen (art. 2.24a en 2.24b Aw) of tussen samenwerkende aanbestedende diensten (2.24c Aw). Nog los van dat de voorwaarden daarvoor streng zijn, is het vaste jurisprudentie en volgt uit de wet dat de uitzondering niet opgaat indien een private partij is betrokken, ondanks dat die private partij een ideëel en maatschappelijk doel heeft en geen winstoogmerk kent.²¹⁴

Art. 4 Wkkgz verplicht om schriftelijke overeenkomsten van opdracht te hebben ingeval tussen hoofd- en onderaannemerconstructies. Aandachtspunt 8 van de Handreiking kent eenzelfde soort verplichting om afspraken vast te leggen tussen samenwerkingspartners. Het aanbestedingsrecht verbiedt geenszins afspraken te maken over vergoeding en inhoud van de zorgafspraken, zolang maar de formele totstandkomingsvereisten in acht worden genomen. Indien de opdrachtwaarde boven de relevante drempelwaarde ligt, dan zal in beginsel een Europese aanbestedingsprocedure volgen. Indien de opdrachtwaarde onder de relevante drempelwaarde ligt, dient de aanbestedende dienst zich nog steeds te houden aan de aanbestedingsbeginselen. Duidelijk is dat een aanbestedende dienst niet zomaar een-op-een mag onderhandelen met een voorkeurspartner. Dit impliceert tevens dat de aanbestedende dienst pas na het doorlopen van een aanbestedingsprocedure weet met welke wederpartij hij zaken gaat doen. Indien de samenwerking als aanbestedende dienst kwalificeert, mag hij niet zomaar opdrachten verstrekken aan de deelnemers. Voorts verdraagt een oneindig durende overeenkomst zich niet het met Europese recht en mag een raamovereenkomst in beginsel slechts vier jaar duren, waarna opnieuw moet worden aanbesteed (art. 2.140 Aw).²¹⁵ Dit alles kan behoorlijke consequenties hebben voor de structurele levensvatbaarheid van zo'n samenwerkingsverband. Een fundamentele verandering op Europees niveau is noodzakelijk om opdrachten tussen aanbestedende diensten en private partijen met een ideële doelstelling en zonder winstoogmerk mogelijk te maken.

6.4 *Inkoop door het samenwerkingsverband*

Het samenwerkingsverband als entiteit kan ook bepaalde zaken inkopen. Denk aan externe inhuur of de inkoop van digitale infrastructuur ten behoeve van data-uit-

214 HvJ EU 19 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:2004 (*Setubal en SUCH*).

215 HvJ EU 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351 (*Pressetext*), r.o. 73; Raamovereenkomst is gedefinieerd als een schriftelijke overeenkomst met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten vast te leggen (art. 1.1 Aw).

wisseling. Indien dit samenwerkingsverband niet kwalificeert als aanbestedende dienst en louter private inkopers betrokken zijn, heeft de samenwerking de handen aanbestedingsrechtelijk vrij. De situatie is ook vrij helder indien de samenwerking kwalificeert als aanbestedende dienst.

De ingewikkeldere situatie is dat slechts een of enkele samenwerkingspartners aanbestedingsplichtig zijn. De aanbestedingswet regelt de situatie dat slechts aanbestedende diensten gezamenlijk een aanbestedingsprocedure houden (art. 2.11a en 2.11b Aw). In de regel zal de samenwerking echter niet slechts bestaan uit aanbestedende diensten, maar uit zowel verschillende soorten zorgaanbieders, afhankelijk van de regio UMC's, en eventueel ook nog zorginkopers. Naar ons weten is er geen jurisprudentie voor de gevallen waarin aanbestedende diensten en private aanbesteders gezamenlijk een aanbesteding organiseren in relatie tot de toepasselijkheid van de aanbestedingswet.

Een voor de hand liggende redenering zou zijn slechts te kijken naar de uitgaves die de aanbestedende dienst verschuldigd is. Deze redenering kan echter te kort door de bocht zijn. De aanbestedende dienst bepaalt in de regel (mede) wat de eisen zijn en draagt financieel bij aan de gehele gezamenlijke opdracht. Afhankelijk van de opdracht kan de aanbestedende dienst ook nog economisch profiteren of financiële risico's lopen. Onder dergelijke omstandigheden zou de gehele gezamenlijke opdracht onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht vallen. Overigens zou dit niet per definitie negatief zijn. Een Europese aanbestedingsprocedure kent administratieve lasten, maar de concurrentie leidt (althans in theorie) ook tot lagere prijzen en hogere kwaliteit. Dit kan op lange termijn de betaalbaarheid van zorg ten goede komen.

6.5 De (inkoop)relatie tussen zorginkopers en (een samenwerkingsverband van) zorgaanbieders

Het hoofdstuk 'Samenwerking en financiering van de zorg' van dit preadvies beschrijft knelpunten bij financiering van samenwerkingen en verschillende innovatieve financieringsvormen die samenwerkingen juist ondersteunen en een oplossing bieden voor de knelpunten. Een voorbeeld is de integrale betaaltitel, waarbij een integraal tarief wordt betaald voor een gehele zorgketen of de sectoroverstijgende betaaltitel, op basis waarvan zorgverzekeraars en zorgkantoren gezamenlijk een zorgproduct kunnen inkopen en zorgaanbieders gezamenlijk een sectoroverstijgend product kunnen leveren. Voor een uitgebreide bespreking wordt verwezen naar het hoofdstuk 'Samenwerking en financiering van de zorg.'

Deze financieringsvormen dwingen zowel zorginkopers als zorgaanbieders tot samenwerking om –makkelijk gezegd – geïntegreerde zorgproducten in te kopen c.q. aan te bieden. We zullen in het hiernavolgende vanuit de toepasselijke inkoopregels bekijken in hoeverre (samenwerkingsverbanden van) zorginkopers zorg kunnen in-

kopen bij (samenwerkingsverbanden van) zorgaanbieders en zo (gezamenlijk) selectief kunnen inkopen en invulling kunnen geven aan JZOJP.

6.5.1 *Inkoopregels voor zorgverzekeraars*

In 2014 is er (flink) wat ophef ontstaan toen de voorzieningenrechter in eerste aanleg West-Brabant – tegen de heersende leer in – zorgverzekeraar CZ als aanbestedende dienst heeft aangemerkt. Inmiddels is door meerdere rechters de heersende leer hersteld dat zorgverzekeraars geen aanbestedende dienst, maar slechts private aanbesteders zijn.²¹⁶ Zorgverzekeraars zijn echter wel gebonden aan (andere) publiekrechtelijke inkoopregels – waarvan een van de belangrijkste de beleidsregel Transparantie Zorginkoopproces Zvw (Beleidsregel Zvw) – en de algemene beginselen van het verbintenissenrecht en precontractuele goede trouw.²¹⁷ Uit de precontractuele goede trouw kan voortvloeien dat een private aanbesteder gebonden is aan de aanbestedingsbeginselen. Dit is het geval indien de (potentiële) inschrijvers op de aanbesteding aan de te volgen inkoopprocedure redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen. Een private aanbesteder kan expliciet de aanbestedingsbeginselen uitsluiten, dit zal slechts onder bijzondere omstandigheden in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid.²¹⁸

De Beleidsregel Zvw verplicht zorgverzekeraars onder andere op 1 april van ieder jaar hun zorginkoopbeleid publiekelijk bekend te maken, inclusief de wijze en methodiek waarop de zorgverzekeraar tot zorginkoopcontracten wenst te komen en de eisen waaraan zorgaanbieders moeten voldoen om in aanmerking te komen voor contractering (art. 4 Beleidsregel Zvw). Dit wordt ook wel de transparantieverplichting genoemd.²¹⁹ Eenzelfde transparantieverplichting volgt min of meer uit de code Goed Zorgverzekeraarschap, waarin staat dat de zorgverzekeraar met betrekking tot de selectie van zorgaanbieders openbare en objectieve criteria hanteert (art. 2.3.2).

Ondanks dat aanbestedingsbeginselen slechts onder bijzondere omstandigheden van toepassing zijn, mag van een zorgverzekeraar altijd worden verwacht dat hij een non-discriminatoir en objectief inkoopbeleid vaststelt en dienovereenkomstig handelt.²²⁰ In casuïstische lagere rechtspraak is ook wel geoordeeld dat het inkoopbeleid van een zorgverzekeraar voldoende transparant dient te zijn met betrekking

216 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

217 Zie bijv.: Hof Den Bosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:17; Rb. Gelderland 15 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:7133.

218 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC).

219 M. Veersma, 'NZa-regeling zorginkoopproces Zvw: een nieuwe stap', «ZiP» 2015/8, p. 16-20.

220 Rb. Den Haag 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9846.

tot contracteringsvoorwaarden en het omzetplafond²²¹ en dat een zorgverzekeraar zorgaanbieders gelijk moet behandelen en geen discriminatoire voorwaarden mag stellen die marktwerking en concurrentie ondermijnen.²²² En zeker in markten waarin de zorgverzekeraar een machtspositie bezit, rust een bijzondere zorgvuldigheidverplichting bij het vormgeven van de inkoopprocessen door de zorgverzekeraar, waaruit een verplichting tot contractering kan voortvloeien.²²³ Interessant is dat juist ook uit omstandigheden kan voortvloeien dat het redelijk en billijk is om van het inkoopbeleid af te wijken.²²⁴

6.5.2 Gemeentes en zorgkantoren

Gemeentes zijn per definitie aanbestedende diensten (art. 1.1 Aw). De vraag of zorgkantoren aanbestedingsplichtig zijn, is enigszins gecompliceerd. Een rits aan lagere rechtspraak beantwoordt die vraag hoofdzakelijk ontkennend.²²⁵ De vreemde eend in de bijt is het arrest van het Hof Den Haag, waarin wordt geoordeeld dat Menzis zorgkantoor wel een aanbestedende dienst is.²²⁶ Tegelijkertijd heeft de wetgever bij de invoering van de Wlz die vraag juist bevestigend beantwoord.²²⁷ Voor een bevestigend antwoord kan men ook verwijzen naar jurisprudentie van het HvJ EU, dat Duitse ziekenfondsen (die zowel qua financiering als qua marktomstandigheden vergelijkbaar zijn met de zorgkantoren) als aanbestedende diensten aanmerkt.²²⁸

Overigens laten rechters recentelijk ook vaak de vraag in het midden of zorgkantoren aanbestedende diensten zijn. In jurisprudentie bestaat namelijk algemene consensus dat zorgkantoren zich te allen tijde dienen te houden aan de aanbestedingsbeginsselen.²²⁹ De vraag of een zorgkantoor daadwerkelijk een aanbestedende dienst is kan dan in het midden blijven. Deze verplichting heeft consequenties voor de inrichting van inkoopprocedures. Uit het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel

221 Vgl.: Rb Zeeland-West Brabant 26 juni 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:7128.

222 Vgl.: ECLI:NL: RBNNE:2018:257, r.o. 4.19.

223 C.J. de Boer, 'Inkoop in de zorg: over de zorgplicht en machtsverhoudingen', «Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk» 2018/5-6, p. 45-51.

224 Hof Den Bosch 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3159, r.o. 5.26.

225 Zie bijv. Rb. Den Haag 30 oktober 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:12472, r.o. 4.1; Rb. Breda 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY0511, r.o. 3.2; Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553 (bevestigd in cassatie) en Rb. Den Haag 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11368.

226 Hof Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2297.

227 *Kamerstukken II* 2012/13, 33891, nr. 3, p. 86 (MvT).

228 Art. 4.2.5 Wlz respectievelijk art. 4.1.2 Wlz.

229 Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527; Rb. Den Haag 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11368; Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553.

volgt bijvoorbeeld dat zorgkantoren reële tarieven moeten hanteren²³⁰ en uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat inschrijvers gelijk moeten behandelen in geval van fouten bij de inschrijving en dat zorgkantoren strikt hun eigen opgelegde inkoopprocedures moeten volgen.²³¹

6.6 *Gecusterde zorginkoop en gecombineerde zorgverkoop*

De aanbestedingswet voorziet in een mogelijkheid voor aanbestedende diensten om gezamenlijk in te kopen (art. 2.11a lid 1 Aw). Zorgkantoren en gemeentes hebben dus wettelijk mogelijkheden om onderling samen te werken bij gezamenlijk inkoop. We gaan ervan uit dat het in principe aanbestedingsrechtelijk geen probleem is dat een individuele zorgverzekeraar als private aanbesteder ook participeert in dergelijke inkoopsamenwerkingen.²³²

Tegelijkertijd moeten aanbestedende diensten op basis van het proportionaliteitsbeginsel, acht slaan op het samenvoegen van opdrachten (art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aw). Dit is nader uitgewerkt in het zogenaamde clusterverbod uit art. 1.5 Aw: 'Een aanbestedende dienst voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:

1. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
2. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
3. de mate van samenhang van de opdrachten.'

Indien een opdracht wordt samengevoegd, zal de aanbestedende dienst in principe de opdracht moeten opdelen in losse percelen, tenzij hij dat niet passend vindt (art. 1.5 lid 3 Aw). Om te bepalen of samenvoeging van ongelijksoortige, losse opdracht plaatsvindt, moet men beoordelen of opdrachten een technisch of economisch functie vervullen.²³³ Er geldt dus zowel een motiveringsverplichting voor zowel het samenvoegen van de opdracht als het niet opdelen in percelen.²³⁴

230 Zie bijv.: Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527.

231 Conclusie A-G HR 21 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:667 (afgedaan op basis van 81 RO).

232 We hebben in hoofdstuk 5 gezien dat inkoopsamenwerking tussen zorgverzekeraars mededingingsrechtelijk wel problematisch is.

233 HvJ EU 5 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:541 (*Vendee*); zie ook bijv. Rb Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

234 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122 (*LIU/XA-FAX*); CvAE 20 juni 2018, advies 450, overweging 6.5.1.

Het clusterverbod is zowel een factor om rekening mee te houden indien verschillende inkoopende partijen gezamenlijk een opdracht in de markt zetten als ingeval ongelijksoortige opdrachten in een aanbesteding worden uitgevraagd. Samenvoeging kan in zijn algemeenheid leiden tot lagere administratieve lasten, maar tegelijkertijd wordt de opdracht groter en zijn er minder kansen op het krijgen van een opdracht. Dit kan in het nadeel van de kleinere zorgaanbieders werken.

Aan de verkooptant is tevens aanbestedingsrechtelijk in beginsel ruimte voor verkoopsamenwerking. De aanbestedende dienst moet namelijk inschrijvingen als samenwerkingsverband of op basis van hoofd- en onderaannemerschap toestaan (art. 2.52 Aw). De private zorgverzekeraars zijn weliswaar niet gebonden aan het aanbestedingsrecht, maar moeten wel non-discriminatoir en objectief handelen. Hieruit volgt ons inziens dat zorgverzekeraars ‘kleine’ zorgaanbieders niet mogen discrimineren door combinatievorming te verbieden of uiterst moeilijk te maken.

Onbeperkt is de mogelijkheid tot combinatievorming voor inschrijvers niet. Het mededingingsrecht stelt grenzen.²³⁵ Indien de afzonderlijke leden van de combinatie niet de opdracht zelfstandig kunnen uitvoeren, mogen die partijen mededingingsrechtelijk een combinatie vormen. De combinatie mag echter niet groter zijn dan noodzakelijk. Indien afzonderlijke leden van de combinatie zelfstandig zouden kunnen inschrijven of partijen slechts ‘pro forma’ deelnemen aan de combinatie, valt die overeenkomst onder de reikwijdte van het kartelverbod en kan het zelfs een strekkingsbeding zijn. Tevens kan combinatievorming mededingingsrechtelijk verboden zijn indien combinerende partijen een machtspositie hebben op de markt. Een en ander moet per opdracht worden bekeken. Indien zulks noodzakelijk is om op de markt actief te zijn, schrijft mededingingsrecht zelfs voor dat het lidmaatschap open moet staan voor toetreding, moeten de toetredingseisen objectief en niet discriminerend zijn en moet de toelatingsprocedure transparant en onafhankelijk verlopen, inclusief een mogelijkheid tot het instellen van beroep.²³⁶ Een voorbeeld hiervan is de situatie dat een zorgverzekeraar lidmaatschap van een samenwerkingsverband voorschrijft als voorwaarde voor contractering.²³⁷

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk hebben we de verhouding verkend tussen aanbestedingsrecht en samenwerkingen in de zorg. Een aanbestedende dienst zal zich bij alle overheidsopdrachten die het sluit moeten houden aan aanbestedingsbeginselen en -regelgeving.

235 Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013.

236 ACM, *Leidraad voor beoordeling lidmaatschapscriteria samenwerkingsverbanden geboortezorg*, 2018; ACM, *Samenwerking tussen concurrenten*, 2019.

237 ACM, *Leidraad voor beoordeling lidmaatschapscriteria samenwerkingsverbanden geboortezorg*, 2018.

Hoewel het aanbestedingsrecht weinig inhoudelijke verboden oplegt aan de te sluiten overheidsopdracht, kan het formele vereiste een voorafgaande aanbesteding te houden een behoorlijke sta-in-de-weg zijn. Een aanbestedende dienst is, ondanks dat het participeert in een samenwerking, onverkort gebonden aan aanbestedingsrecht jegens de samenwerkingspartners. Dit geldt ook voor overheidsopdrachten die bijdragen aan het leveren van goede zorg. Dit kan structurele samenwerking tussen private zorgaanbieders en zorgaanbieders of zorginkopers die aanbestedende dienst zijn bemoeilijken. Een structurele wijziging van aanbestedingsrecht op Europees niveau is noodzakelijk om dit mogelijk te maken.

Het hoofdstuk 'Samenwerking en financiering' van dit preadvies beschrijft verschillende innovatieve financieringsvormen die samenwerkingen in de zorg ondersteunen. De achterliggende zorgproducten moeten worden ingekocht en verkocht. We hebben in hoofdstuk 5 reeds gezien dat zorgverzekeraars mededingingsrechtelijk weinig ruimte hebben om gezamenlijk in te kopen. Ironisch genoeg hebben zorgverzekeraars aanbestedingsrechtelijk juist wel de meeste 'bewegingsvrijheid', aangezien zij slechts gebonden zijn aan privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnormen en bepaalde sectorale regels. Uit die regels vloeit weliswaar voort dat zorgverzekeraars transparant, objectief en non-discriminatoire inkoopbeleid moeten hanteren en een bijzondere positie innemen. Zorgverzekeraars kunnen echter allerhande (een-op-een) samenwerkingsafspraken maken, sturen op samenwerkingen of zelfs participeren in samenwerkingen.

Dit ligt aanbestedingsrechtelijk anders voor zorgkantoren en gemeentes. Zorgkantoren en gemeentes zijn geen ondernemingen en kunnen hun zorginkoop gezamenlijk vormgeven en zo sturen op JZOJP of samenwerking. De inkoop zal echter aan relevante aanbestedingsregelgeving moeten voldoen. Innovatieve financieringsvormen gebaseerd op financiering van zorgketens of sectoroverstijgende financiering zal dus aanbestedingsrechtelijk door de beugel moeten kunnen indien deze (gedeeltelijk) worden ingekocht door gemeentes of zorgkantoren.²³⁸ Geclusterde uitvraag van zorgproducten door de inkopers en inschrijven als samenwerking door de aanbieders is beide niet principieel verboden, maar moet wel voldoen aan de motiveringsvereisten respectievelijk de mededingingsregels die daaromtrent gelden.

7 Slot

Vanuit verschillende dimensies hebben we in dit preadvies stilgestaan bij juridische mogelijkheden en knelpunten bij samenwerking in de zorg. De keuze voor deze verschillende invalshoeken vloeit voort uit de vraagstukken die in de praktijk bij het opzetten van en adviseren over (complexere) samenwerkingen de revue (kunnen)

238 Dit kan overigens een reden zijn om de sectoroverstijgende betaaltitel te gaan regelen via de aanbestedingsrechtelijk flexibeler Zvw.

passeren. De verkenning van juridische mogelijkheden en knelpunten begon met de centrale vraag: *Raken de rechten van de patiënt, in het bijzonder het recht op goede zorg, bij de (complexe) samenwerkingen niet uit het zicht?*

In het kader van de individuele rechten van de patiënt kwam de vraag aan bod of *de WGBO en Wkkgz voldoende bescherming aan de rechten van de patiënt bieden, in het bijzonder het recht op goede zorg, in de (complexe) samenwerkingen tussen zorgaanbieders*. In de basis bieden de WGBO en Wkkgz goede bescherming van de rechten van de patiënt en bezitten beide wetten instrumenten om het recht op goede zorg te beschermen. Voor goede zorg is afstemming tussen de betrokken zorgverleners / zorgaanbieders essentieel. Om dat te bereiken is 'adequate uitwisseling van gegevens' noodzakelijk. Om dit ook in complexe vormen van samenwerking, zoals netwerken, te kunnen bereiken, is ons inziens een bredere opvatting van art. 7:457 lid 2 BW nodig. Een uitbreiding van lid 2 tot 'zorgverleners bij de uitvoering van samenhangende behandeling' zou al bij kunnen dragen aan een betere mogelijkheid tot adequate afstemming van de zorgverlening rondom de patiënt en daarmee uiteindelijk tot een betere bescherming van goede zorg.

De belangrijkste beschouwing omtrent de verschillende rechtsvormen is dat de coöperatie het meest geschikte wordt geacht en dat de op komst zijnde BVm een interessante rechtsvorm voor samenwerkingen in de zorg kan zijn waarbij juist de combinatie van het kunnen worden van aandeelhouder met verplichte herbestemming van een deel van de winst voor het maatschappelijke doel van de rechtspersoon een belangrijk voordeel vormt voor samenwerkingsverbanden. Over de governance van samenwerkingsverbanden hebben we gezien dat goed bestuur het leidende beginsel is voor het leveren van goede zorg. Voor samenwerkingsverbanden is het daarvoor van belang onder meer dat de zorginstellingen afspreken hoe ze adequaat toezicht kunnen houden. Wij concluderen dat goed bestuur in dit verband vereist dat bepaalde besluiten die de zorginstelling als aandeelhouder of toezichthouder in een samenwerking moet nemen, geagendeerd moeten worden voor de raad van toezicht van de eigen instellingen, zodat zo voldoende toezicht kan worden gehouden op het samenwerkingsverband vanuit de zorginstelling zelf. Eventuele belangenverstrengelingsvraagstukken die dan kunnen gaan spelen, zullen moeten worden beschouwd vanuit de kaders van onder meer de GCZ voor goed bestuur: het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de patiënt daarin moeten centraal staan. Als dat door de samenwerkingspartners goed wordt geborgd, raken de rechten van de patiënt niet uit het oog.

Dat bracht ons bij de rol van medezeggenschap, in het bijzonder van de cliënten. We hebben stil gestaan bij twee vragen: *Wat de invloed is van de cliëntenraad op het aangaan en vormen van een samenwerking* en *Wat de mogelijkheden van de cliëntenraad zijn om invloed op besluiten van de samenwerking uit te oefenen*.

Wij concludeerden dat de invloed op het aangaan en vormen van een duurzame samenwerking goed geborgd is. De cliëntenraad heeft ruimere bevoegdheden dan de ondernemingsraad en de raad van toezicht. Bovendien zijn de bevoegdheden in de nieuwe Wmcz 2018 ook nog eens uitgebreid ten opzichte de oude Wmcz 1997. Wij zien wel verbeterpotentieel voor de betrokkenheid van de cliëntenraad bij besluitvorming van het samenwerkingsverband als entiteit. Indien het samenwerkingsverband als instelling onder de Wkkgz kwalificeert, zal het een eigen cliëntenraad moeten instellen. Dat hoeft echter niet het geval te zijn, in welk geval medezeggenschap op samenwerkingsniveau niet geborgd is. Dat strookt niet met het doel van de Wmcz 2018 om medezeggenschap in te richten op het niveau waar besluitvorming plaatsvindt. De wet zou hierop moeten worden aangepast. Daarbij is het ons inziens wenselijk dat de wet tevens de mogelijkheid zou bieden om afspraken te kunnen maken over het uitoefenen van bevoegdheden tussen de cliëntenraad op samenwerkingsniveau en de cliëntenraden van de deelnemende instellingen, analoog aan de verhouding tussen de centrale en decentrale cliëntenraden. Dit om besluitvorming en medezeggenschap efficiënt en doelmatig in te richten.

In hoofdstuk 5 stonden wij stil bij de vraag in hoeverre het mededingingsrecht ruimte geeft aan partijen die wensen samen te werken in het kader van goede zorg, in het bijzonder indien de JZOJP-afspraken en andere kwalitatieve afspraken worden gemaakt. JZOJP-afspraken kunnen markten verdelen en vallen onder de reikwijdte van het kartelverbod. Ondanks dat de boete niet wordt opgelegd zijn overige mededingingsrisico's toepasselijk. Daarmee blijft ons inziens het self assessment onverkort relevant. Dit is vanuit patiëntenperspectief overigens niet nadelig, nu slechts mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan indien van het eindgebruikersperspectief de voordelen opwegen tegen de nadelen.

Afstemming over zorgpaden en protocollen zal bij JZOJP steeds relevanter worden. De ACM heeft zorgprotocollen aangemerkt als concurrentieparameter. Daarmee valt afstemming onder de reikwijdte van het kartelverbod. Wij achten het zeer onwenselijk en roepen de ACM op dit standpunt te herzien of nader toe te lichten.

Verder hebben wij ook gezien dat de overheid zinspeelt op verdere stimulering van JZOJP. Dit roept de vraag op welke partij mededingingsrechtelijk de 'logische' partij is om JZOJP te stimuleren, namelijk de zorgverzekeraars, de overheid of de zorgaanbieders. Zorgverzekeraars zijn mededingingsrechtelijk zeer beperkt in de mogelijkheden om samen op te trekken ten aanzien van JZOJP. De overheid heeft met de Wbmv reeds een wettelijk instrumentarium om, binnen de Europese kaders en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zelf actief te sturen op capaciteit. De (overigens niet juridische) vraag is wel of de overheid een efficiënte marktmeester zou zijn. Op zorgaanbieders rust de verplichting om goede zorg te leveren. Goede zorg is zorg die toegankelijk en betaalbaar is. Vanuit die gedachte rust op zorgaanbieders de verplichting om zich in te zetten voor JZOJP en is het logisch dat zorgaanbieders (gedeeld)

verantwoordelijk zijn. In de praktijk blijken zorgaanbieders ook veelvuldig bezig te zijn met het opstellen van regiobeelden en samenwerkingen. Dit levert onverminderd mededingingsrisico's op. Wij merken wel op dat lagere mededingingsrisico's gepast zijn bij een beweging die de overheid zo sterkt stimuleert. Een mogelijkheid zou zijn dat zorgaanbieders (bij twijfel) self assessments voor goedkeuring kunnen voorleggen aan de overheid, die dan in het algemeen belang een besluit kan nemen op de JZOP-afpraak.

Het onderwerp van het laatste hoofdstuk was in hoeverre er juridische knelpunten zijn bij het aangaan en uitvoeren van samenwerkingen waardoor de patiëntenrechten en het recht op goede zorg uit beeld raken. Het aanbestedingsrecht verbiedt weliswaar niet om als zorgaanbieder een samenwerking aan te gaan met andere zorgaanbieders of zorginkopers, maar het kan wel een behoorlijke (formele) drempel opwerpen. Aanbestedende diensten mogen namelijk geen gebruikmaken van aanbestedingsrechtelijke uitzonderingen om een-op-een te onderhandelen met private zorgaanbieders, zelfs als die private zorgaanbieders een ideëel doel en geen winstoogmerk hebben. Dat houdt in dat aanbestedende diensten 'gewoon' moeten aanbesteden, ook al participeren zij in samenwerkingsverbanden. Een garantie dat een bestaande samenwerkingspartner de aanbesteding wint is er natuurlijk niet.

Deel 2

Het binnenste-buitenziekenhuis

Een beschouwing van de aansprakelijkheid van bij netwerkzorg betrokken hulpverleners

mr. dr. R.P. Wijne*

* Rolinka Wijne is als universitair docent verbonden aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast werkt zij onder meer als medewerker van het wetenschappelijk bureau bij Holla advocaten, als lid-jurist bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg en als rechtsgeleerde plv. bij de Commissie LZA/LP.

1 Inleiding

1.1 *Aanleiding voor een beschouwing van aansprakelijkheid van bij netwerkzorg betrokken hulpverleners*

Het is 2022. De zorg kenmerkt zich door een diversiteit aan samenwerkingsverbanden. De meest recente ontwikkeling betreft ‘netwerkzorg’. Dit is, in mijn eigen woorden, *‘een manier van zorgverlening waarbij hulpverleners niet meer louter samenwerken binnen gekende muren, maar in georganiseerde verbanden – ‘zorgnetwerken’ – die over de kenbare grenzen heen gaan’*.

Een belangrijke factor voor het ontstaan van en de noodzaak tot netwerkzorg is de veranderende behoefte van de patiënt in relatie tot diens complexer wordende zorgvragen in een maatschappij die anders tegen ‘patiënt-zijn’ en gezondheid aankijkt.¹ De SARS-CoV2-pandemie is een andere ‘stimulerende’ factor geweest vanwege het overweldigende beroep op de acute zorg en de noodzaak tot samenwerking, zelfs over de landsgrenzen heen. Netwerkzorg heeft verbetering van zorg tot doel; de patiënt heeft baat bij de juiste zorg op de juiste plek. Netwerkzorg is dus een goede ontwikkeling, maar een neveneffect is dat onzorgvuldigheden in die samenwerking tot schade kunnen leiden. Het is niet uitgesloten dat de patiënt zijn schade op het zorgnetwerk wil verhalen.²

En daar ligt een probleem: het civiele aansprakelijkheidsrecht is niet ingericht op vormen van samenwerking als deze. Het gaat uit van twee partijen – de hulpverlener en de patiënt –, waarbij verantwoordelijkheden en grenzen in zekere mate goed zijn te duiden. Netwerkzorg daarentegen is per definitie niet beperkt tot twee partijen en kenmerkt zich door ‘overlopende’ verantwoordelijkheden en meer ‘vage’ grenzen. Het lijkt niet onaannemelijk dat de patiënt – als partij op wie stelplicht en bewijslast rusten – hierdoor belemmerd wordt in zijn verhaal, wat in het licht van diens rechtsbescherming als onwenselijk mag worden beschouwd. Hulpverleners lijken er evenzeer hinder van te kunnen ondervinden. Voor de samenwerkende hulpverleners is het relevant te weten wat hun verantwoordelijkheden binnen een zorgnetwerk zijn, óók als het gaat om het vergoeden van schade. Onduidelijkheden op dat vlak zijn onwenselijk.

Is dit een unieke situatie? Nee, vergelijkbare ontwikkelingen en een vergelijkbaar probleem werden veertig jaar geleden ook beschreven. Illustratief is het preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht van De Brauw uit 1982, getiteld ‘Samenwerking

1 Zie over de ontwikkelingen Rosendal e.a. 2009; Rutte & Samsom 2012, p. 20-23; Werkgroep Zorg 2013; Hammelburg e.a. 2014; Huber 2014; IGJ 2018; Van Zaalen e.a. 2018 en Boot 2020.

2 Zie voor de behoeften van de patiënt Huver e.a. 2007, p. 28-29 en 50-53; Van Wees e.a. 2007, p. 852-861; Kruikemeier e.a. 2009, p. 8; Smeehuijzen e.a. 2013, p. 10-12 met verwijzing naar internationale literatuur en Smeehuijzen & Van Dijk 2015.

bij de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten'. Onder samenwerking verstonde De Brauw *'het optreden van meer dan een in de gezondheidszorg werkzame personen met betrekking tot de geneeskundige behandeling en de geneeskundige en verpleegkundige verzorging van een bepaalde patiënt, hetzij gelijktijdig, hetzij met betrekking tot een bepaalde aandoening of groep van aandoeningen'*. Hij lichtte toe dat het daarbij ging om een functionele relatie tussen de zorgverleners en een vorm van taakverdeling of overdracht op grond van overleg of een afspraak tussen zorgverleners.³ Hij gaf diverse voorbeelden en noemde voordelen voor de patiënt. Hij wees echter ook op de last voor de patiënt na te gaan wie hij bij schade verantwoordelijk zou moeten stellen. Deze last had vooral te maken met *'de omstandigheid dat bij de behandeling van een patiënt in een ziekenhuis meerdere hulpverleners betrokken zijn en dat de relatie van de leidende specialisten, en vaak ook van andere in het ziekenhuis werkzame artsen, met het ziekenhuis op verschillende wijze geregeld kan zijn'*. Een oplossing voor het probleem zou zijn gelegen in *'een wetswijziging die volledige aansprakelijkheid van het ziekenhuis meebrengt of een wijziging in het systeem van verzekering'*.⁴

Die volledige (centrale) aansprakelijkheid van het ziekenhuis is inmiddels een gegeven; de wet volgde de wijze waarop samenwerking in de praktijk vorm had gekregen en kwam de patiënt in die zin tegemoet. Nu zich evenwel opnieuw samenwerkingsontwikkelingen voordoen die *'het recht niet passen'*,⁵ is het relevant wederom te beschouwen hoe het aansprakelijkheidsrecht zich daartoe verhoudt en of aanpassing van het civiele recht nodig is, wellicht net als eerder in de vorm van een wetsaanpassing.

De centrale vraag van deze beschouwing is dan ook de volgende: *'Wat betekent toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht voor patiënten en hulpverleners betrokken bij netwerkzorg in geval van schade door gebrekkige samenwerking van het zorgnetwerk? Onder deze vraag liggen twee andere: 'Gaat toepassing met problemen gepaard, en, zo ja, welke problemen zijn dat dan?'*

De centrale vraag en waarschijnlijke beantwoording ervan, leidt logischerwijs tot een vervolgvraag: *'Kan het beter, en is daarvoor een wetswijziging nodig?'*

1.2 Opzet beschouwing⁶

Ter beantwoording van de centrale vraag schets ik in het eerste inhoudelijke hoofdstuk hoe het civiele aansprakelijkheidsrecht werkt bij 'klassieke' (geclusterde) typen zorgverlening. In het tweede inhoudelijke hoofdstuk beschrijf ik wat netwerkzorg inhoudt en wat voor samenwerkingsplichten daarmee gepaard gaan. Tevens wordt

3 De Brauw 1982, p. 2.

4 De Brauw 1982, p. 50.

5 Zie ook Kenis & Provan 2008 evenals Tjong Tjin Tai e.a. 2009 en Tjong Tjin Tai 2011a.

6 De beschouwing is gebaseerd op literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Het onderzoek werd afgerond op 1 januari 2022.

bezien welke onzorgvuldigheden zich kunnen aandienen en schade kunnen veroorzaken en wat toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht dan betekent voor de patiënt en voor de hulpverleners van het zorgnetwerk (bezien vanuit het perspectief van bescherming en duidelijkheid). In het derde inhoudelijke hoofdstuk bekijk ik wat er nodig is om het beter te doen, zo de conclusie is dat het civiele aansprakelijkheidsrecht tekortschiet. Daarna sluit ik af.

1.3 *Afbakening beschouwing*

De beschouwing is op meerdere manieren afgebakend. De *eerste* afbakening betreft de aard van de samenwerkingsvorm. De beschouwing richt zich louter op vormen van samenwerking waarbij meerdere hulpverleners (natuurlijk persoon en rechtspersoon) betrokken zijn die (ieder voor zich) niet in een en hetzelfde ziekenhuis of een vergelijkbare instelling werken. Anders dan in ander onderzoek,⁷ beperk ik mij daarbij niet tot een beschouwing van netwerken zoals die tussen louter zelfstandig werkende hulpverleners bestaan. Feit is namelijk dat in de praktijk samenwerkingsvormen voorkomen waarbij enkele of meerdere hulpverleners in loondienst zijn van een organisatie niet zijnde een ziekenhuis of vergelijkbare instelling, én welke samenwerkingsvormen ook als zorgnetwerken worden gekwalificeerd. Om de praktijk niet tekort te doen, maakt dit type netwerkzorg daarom tevens deel uit van de onderhavige beschouwing. De *tweede* afbakening ziet op het type patiënt. Er zijn talloze netwerken van hulpverleners beschikbaar voor patiënten met een bepaald letsel of een bepaalde aandoening. Deze beschouwing ziet echter alleen op patiënten met complexe (chronische) en/of acute zorgvragen. Als gevolg daarvan wordt niet ingegaan op de mondzorg, noch op de geboortezorg in geboortecentra, jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning, gehandicaptenzorg en de geestelijke gezondheidszorg.⁸ Dit wil overigens niet zeggen dat de conclusies en adviezen uit het preadvies niet relevant en/of bruikbaar zijn voor andere zorgnetwerken rond andere patiënten. De keuze heeft louter te maken met de omstandigheid dat de zorgnetwerken rondom deze patiënten het verst gevorderd zijn en daardoor het meest illustratief.

2 **Civiele aansprakelijkheid in 'klassieke' zorgsituaties**

2.1 *Inleiding*

Heeft zich tijdens de geneeskundige behandeling een incident voorgedaan, dan heeft een aantal patiënten behoefte aan een schadevergoeding.⁹ Doorgaans wordt het ci-

7 Zegveld 2018a.

8 Zie Hammelburg e.a. 2014, hoofdstuk 42 en Boot 2020 voor meer informatie.

9 Zie over de behoeften en de onderzoeken in dat verband Wijne 2021a, hoofdstuk 2, par. 2.3.

viele aansprakelijkheidsrecht gebruikt om de vergoeding te realiseren.¹⁰ Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt de mogelijkheid van vergoeding van schade als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, van het Burgerlijk Wetboek (BW) door een ander,¹¹ mits een goede grond voor afwenteling van de schade op die ander bestaat.¹² Eén van die goede gronden is ‘verwijtbaar onjuist gedrag’. Verwijtbaar onjuist gedrag is bijvoorbeeld een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst of een toerekenbare onrechtmatige daad. Een andere grond betreft die van de kwalitatieve aansprakelijkheden, waarbij de hoedanigheid van een persoon in combinatie met verwijtbaar onjuist gedrag van een ander persoon reden is voor de mogelijkheid tot afwenteling van schade. Genoemde grondslagen zijn geregeld in Boek 6 BW. In dit hoofdstuk worden zij ter voorbereiding op de volgende hoofdstukken beschreven, en besteed ik met name aandacht aan de toepassing van de grondslagen in relatie tot de rechtsverhouding tussen de patiënt en de hulpverlener (paragraaf 2.2 en 2.3). Ter voorbereiding ga ik tevens in op de bijzondere, in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW geregelde, grondslag die bekendstaat als de ‘centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis’ (paragraaf 2.4). Ook deze grondslag biedt de mogelijkheid tot afwenteling van schade vanwege een bepaalde hoedanigheid (ziekenhuis) in combinatie met het verwijtbaar onjuist gedrag van een ander (medisch specialist). Een bijkomend vereiste voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding is de aanwezigheid van een causaal verband tussen de onjuiste gedraging en de schade. Het causaal verband is daarom onderwerp van de laatste inhoudelijke paragraaf (paragraaf 2.5). Ik sluit af met een kort overzicht van de belangrijkste lessen van het aansprakelijkheidsrecht, gezien in relatie tot de ‘klassieke’ (geclusterde) zorg (paragraaf 2.6).

2.2 Een toerekenbare tekortkoming als grondslag voor verhaal van schade

2.2.1 Een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst

Verwijtbaar onjuist gedrag kan zich aandienen in de vorm van een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. Zo’n tekortkoming levert een grond op voor verhaal van schade op degene die tekortschiet. Art. 6:74 BW zegt het als volgt: *‘Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.’*

10 Medische aansprakelijkheid behelst immers het ‘gewoon’ toepassen van de regels van het civiele aansprakelijkheidsrecht, zie Wijne 2021a.

11 Engelhard en Van Maanen 2008, p. 12.

12 Anders wordt de schade door de gelaedeerde zelf gedragen, zie Hartlief 1997, p. 11, 23, 26, 72 en 75 en Sieburgh 2000, p. 5 en 23.

Logischerwijs veronderstelt deze grondslag *het bestaan van een overeenkomst* met daaruit voortvloeiende verplichtingen. Relevant is dan ook dat de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt doorgaans wordt beheerst door een behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW).¹³ De grondslag veronderstelt ook de aanwezigheid van een tot prestatie verplichte contractspartij. Wat de relatie hulpverlener-patiënt betreft, is dat de hulpverlener. Daarmee is overigens niet gezegd dat in elk geval zonder meer duidelijk is wie de contracterend hulpverlener is. In het BW wordt aan die term immers geen uitleg gegeven anders dan dat het moet gaan om een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, terwijl de praktijk diverse varianten laat zien. Hoe nu dus die contractspartij aan te wijzen? De *algemene regel* is dat bij onduidelijkheid bepalend is 'hetgeen de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en hetgeen hulpverlener en patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden'.¹⁴ Daarnaast zijn, onder de paraplu van de algemene regel, op basis van de wetsgeschiedenis en verkeersopvattingen, enkele *vuistregels* te geven. Zo wordt er in de situatie van een solistisch werkende hulpverlener met een eigen praktijk vanuit gegaan dat deze hulpverlener contractspartij van zijn patiënten wordt.¹⁵ Een voorbeeld betreft de huisarts met een eigen praktijk, een duo-praktijk met een andere zelfstandig werkend huisarts, of werkzaam in een HOED (Huisartsen Onder Eén Dak). Mogelijk werken in de praktijk praktijkondersteuners (POH's) en/of assistenten.¹⁶ De POH wordt als hulppersoon van de huisarts gezien.¹⁷ Ook de doktersassistent is hulppersoon. Mogelijk is voorts dat de zelfstandig huisarts een huisarts in loondienst heeft, de zogenoemde 'hidha', die zelfstandig patiënten behandelt. Niettemin blijft de zelfstandig huisarts contractspartij en is de hidha in juridische zin hulppersoon.

Een *hulppersoon* is diegene die de schuldenaar (in dit geval de hulpverlener) op enige wijze bij de uitvoering van zijn verbintenis heeft ingeschakeld. Van hulp is niet alleen sprake indien de schuldenaar zich laat bijstaan (door bijvoorbeeld assistenten en collega's), maar ook indien hij zich laat vervangen (door een waarnemer).¹⁸ Ter beantwoording van de vraag of de hulpverlener de hulp van een persoon gebruikte bij *de uitvoering van de verbintenis*, is de inhoud van de verbintenis doorslaggevend.¹⁹

13 Zie Rang 1973, p. 53 en Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.1 en 3.2.4.

14 HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*) en HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*). Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/77.

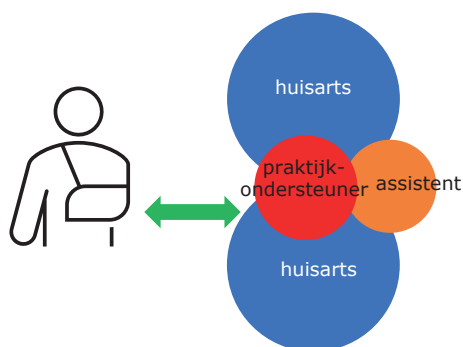
15 Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.2.3.2.

16 Boot 2020, p. 64.

17 Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.2.3.6.

18 Zie over ondersteuners, assistenten en waarnemers Wijne 2021b, nr. 4.3.

19 Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.2.3.6 en 3.4.2.2 en Wijne 2021b, nr. 8.2.



Figuur 1: Behandelingsovereenkomst met de huisarts, waarbij de praktijkondersteuner en assistent hulppersoon zijn.

Veel zelfstandig huisartsen zijn aangesloten bij een coöperatie U.A.²⁰ Deze coöperaties staan bekend als de ‘huisartsenposten’ (HAP’s).²¹ In de praktijk worden de HAP’s doorgaans niet als contractspartij van de patiënt aangemerkt en prevaleert de vuistregel dat de patiënt met de huisarts contracteert.²² De triagisten worden als hulppersoon van de huisarts gezien. Het is ook mogelijk dat de triagisten als hulppersoon van de HAP worden gezien en de HAP als contractspartij van de patiënt waar het de triage aangaat.

De zorg die de huisarts levert is eerstelijnszorg.²³ Huisartsen vormen de spil van de eerstelijnszorg.²⁴ Andere hulpverleners werkzaam in de eerstelijnszorg zijn bijvoorbeeld de verloskundige, de tandarts, de fysiotherapeut, de oefentherapeut, de ergotherapeut, de orthoptist, de huidtherapeut en de podotherapeut.

Een volgende vuistregel is dat indien de patiënt zich tot een hulpverlener wendt die in loondienst is van een rechtspersoon, de rechtspersoon als contractspartij van de patiënt wordt aangemerkt.²⁵ Een voorbeeld is de medisch specialist in dienst van een ziekenhuis (de zogenaemde ‘arts-in’-situatie). De medisch specialist wordt in juridi-

20 Zie Asser/Rensen 2-III 2017/227; Kuiper & Van der Winden 2010, p. 667 en Van Dijk 2015, p. 22-27.

21 Kuiper & Van der Winden 2010, p. 675. Zie voorts Boot 2020, p. 64: er zijn ongeveer 121 huisartsenposten.

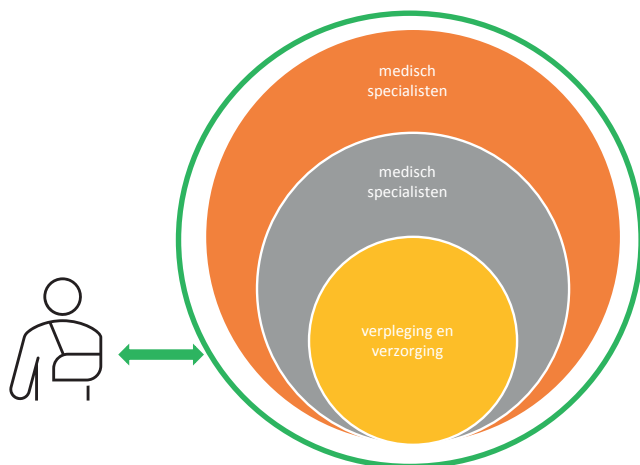
22 Zie bijvoorbeeld een aansprakelijkstelling van de huisarts en niet van de huisartsenpost Rb. Utrecht 8 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6888. Zie voor voorbeelden waarin een huisartsenpost, coöperatie U.A., aansprakelijk werd gesteld Rb. Arnhem 16 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5849; Rb. Arnhem 10 maart 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529 en Rb. Arnhem 11 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5033 (zelfde eisende partij, zelfde geschil).

23 Boot 2020, p. 60.

24 Er zijn ongeveer 7.917 zelfstandig gevestigd huisartsen, zie Boot 2020, p. 63.

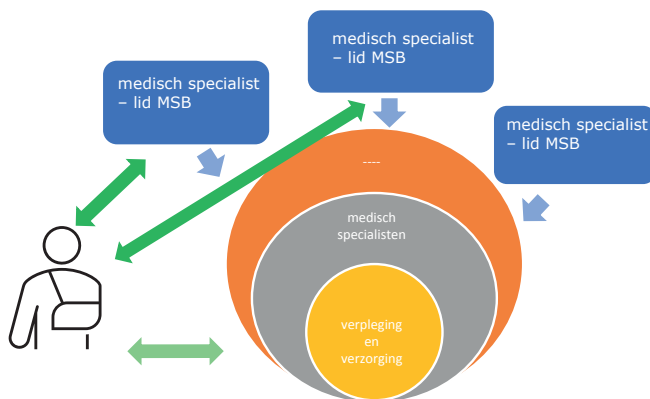
25 Zie ook in algemene zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/77.

sche zin als hulppersoon van het ziekenhuis gezien. Een en ander geldt ook voor het verzorgend en verplegend personeel.²⁶



Figuur 2: Behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis waarbij alle personeelsleden hulppersonen zijn (arts-in).

Iets ingewikkelder is de situatie waarin de medisch specialisten vrijgevestigd zijn (de zogenoemde 'arts-out'-situatie). Met de komst van de integrale bekostiging in 2015 hebben specialisten zich doorgaans verenigd in een medisch specialist bedrijf, vaak een coöperatie U.A. met een eigen bestuur. De patiënt sluit in zo'n geval meerdere behandelingsovereenkomsten: een of meer overeenkomsten met een of meer vrijgevestigde artsen voor de medisch specialistische zorg en een overeenkomst met het ziekenhuis voor de verzorging en verpleging.²⁷ Hij heeft dus meerdere contractspartijen. Een behandelingsovereenkomst met de coöperatie U.A. (in plaats van met de vrijgevestigde artsen) is niet gangbaar, alhoewel dat op zichzelf niet uitgesloten kan worden.



Figuur 3: Behandelingsovereenkomst(en) met de medisch specialist(en) voor de geneeskundige zorg en een behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis voor de verzorging en verpleging (arts-out).

26 Zie over het verschil tussen verpleging en verzorging Boot 2020, p. 44-47.

27 Zie uitvoeriger Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.2.3.4.

Een complicerende factor in deze situatie is dat sommige medisch specialisten geen eigen patiënten hebben, zoals de radioloog en de anesthesioloog (ondersteunend specialisten).²⁸ In de praktijk wordt er dan ook van uitgegaan dat deze ondersteunend specialisten geen behandelingsovereenkomst sluiten; alleen de poortspecialist is contractspartij. De ondersteunend specialist wordt in juridische zin als hulppersoon van de vrijgevestigde poortspecialist aangemerkt. Dat laatste geldt overigens ook voor ander personeel van het ziekenhuis dat steun biedt aan een vrijgevestigd poortspecialist ter uitvoering van de geneeskundige zorg. Een verpleegkundige die bij een operatie assisteert, wordt dus als hulppersoon van de vrijgevestigd chirurg aangemerkt, omdat het gaat om hulp bij de behandelingsovereenkomst die de vrijgevestigd chirurg met de patiënt sloot (ook al is die verpleegkundige in loondienst van het ziekenhuis).

Een andere complicerende factor, waar ook in de inleiding aan werd gerefereerd (De Brauw), is dat zich ‘mengvormen’ voordoen: een deel van de medisch specialisten is in loondienst en een deel is vrijgevestigd. Zonder (een voor de patiënt belastend en ingewikkeld) onderzoek naar de arbeidsverhouding is voor de patiënt niet duidelijk wie zijn contractspartij is.

Is eenmaal wél duidelijk wie de tot prestatie verplichte contractspartij van de patiënt is, dan kan de schade vervolgens op die contractspartij worden verhaald als deze is ‘tekortgeschoten’, waarmee wordt bedoeld dat diens prestatie in enig opzicht is achtergebleven bij hetgeen de verbintenis vergde.²⁹ Van belang zijn dan ook de inhoud van de contractuele verplichting(en) en de wijze waarop de hulpverlener de verplichtingen moet nakomen. De verplichtingen uit hoofde van de behandelingsovereenkomst staan (voornamelijk) in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.³⁰ De vraag op welke wijze de verplichtingen moeten worden nagekomen, wordt beantwoord door te bezien hoe een redelijk persoon – de ‘maatman’ – in eenzelfde situatie had gehandeld; aan de maatman wordt dus de norm ontleend waaraan de hulpverlener bij de nakoming van zijn verplichtingen ten opzichte van de patiënt moet voldoen. De maatman heeft wat de behandelingsovereenkomst betreft een wettelijke verankering in art. 7:453 BW. Het eerste artikellid bepaalt dat *‘de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht dient te nemen en dat hij daarbij dient te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende*

28 Zie ook NZa, Regeling medisch-specialistische zorg, 2021, art. 1 onder aa. Zie voorts Rb. Overijssel 28 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:5014; Rb. Limburg 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7456 en Hof ‘s-Hertogenbosch 25 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:707.

29 Zie uitvoeriger Asser/Sieburgh 6-I 2020/317-319 en 343-344; Langbroek 2020; Cauffman & Croes 2020 en De Jong 2017.

30 Zie uitvoeriger Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.4.

professionele standaard en kwaliteitsstandaarden als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg'.³¹

Het 'goed hulpverlenerschap' wordt dus ingevuld door de professionele standaard en de kwaliteitsstandaarden, maar ook door andere wet- en regelgeving. De professionele standaard wordt op haar beurt in belangrijke mate ingevuld door de medische beroepsgroep zelf.³² Kwaliteitsstandaarden komen tot stand door organisaties van cliënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars gezamenlijk.³³ Wat andere wet- en regelgeving betreft, is bijvoorbeeld de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) van groot belang.³⁴

Een en ander geldt ook voor verrichtingen die met behulp van hulppersonen zijn uitgevoerd. Hulppersonen kunnen fouten maken, wat bijvoorbeeld resulteert in een niet behoorlijke verrichting (de prestatie blijft achter), en daardoor schade veroorzaken bij de patiënt. De fout kan veroorzaakt zijn door het verkeerd aansturen van de hulppersoon, een onjuiste instructie of een onduidelijke opdracht van de hulpverlener. De fout kan ook het gevolg zijn van onzorgvuldig handelen van de hulppersoon zelf.

Een tekortkoming kan evenzeer veroorzaakt zijn door het gebruik van hulpzaken. Denk aan het door een hulpverlener voorschrijven van een verkeerde dosering van een geneesmiddel of voor een te lange periode. Een niet behoorlijke verrichting kan ook zijn gelegen in het feitelijk juiste gebruik van een hulpzak die evenwel voor de behandeling van de patiënt ongeschikt was door een gebrek of anderszins.³⁵

Een hulpzak is een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object (art. 3:2 BW).³⁶ Ter beantwoording van de vraag of de hulpverlener een hulpzak gebruikte bij *de uitvoering van de verbintenis*, is de inhoud van de verbintenis doorslaggevend.³⁷

Uit de hoofdregel van art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) volgt dat op de *patiënt* de last rust te stellen en, bij betwisting, te bewijzen,

31 Zie voor de uitwerking Wijne 2021a, hoofdstuk 4, par. 4.2.1.2-4.2.1.10.

32 Zie uitvoeriger Wijne 2021a, hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4. Zie voor de definitie van professionele standaard art. 1 Wkkgz.

33 Zie voor de definitie van kwaliteitsstandaard art. 1 Wkkgz.

34 Zie uitvoeriger Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.2.6 en 3.4.

35 Zie voor dit laatste type tekortkomingen in het bijzonder HR 19 juni 2020, *NJ* 2021, 15 (*Miragelplombe*) en HR 19 juni 2020, *NJ* 2021, 16, m.nt. S.D. Lindenberg (*PIP-borstprothese*).

36 Zie over het onderscheid tussen hulpzaken, medische hulpmiddelen en geneesmiddelen Wijne 2021b, nr. 8.2.

37 Zie Wijne 2021b, nr. 8.2 waar ook toepasselijke jurisprudentie is genoemd. Zie voorts Broekema-Engelen 2020, aant. 2.4 en Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.4.2.2.

dat de hulpverlener, zijn tot prestatie verplichte contractspartij, is tekortgeschoten. De patiënt beroept zich immers op het rechtsgevolg ‘schadevergoeding’ van de door hem gestelde tekortkoming, waarvoor hij de feiten, en omstandigheden heeft aan te dragen.³⁸ Omdat de verplichting tot geneeskundige behandeling zich in het gros van de gevallen kenmerkt door het leveren van een inspanning – van de hulpverlener mag ‘slechts’ worden verwacht dat hij zich naar vermogen inspant om de patiënt te genezen of om erger te voorkomen – is het voor de patiënt doorgaans niet eenvoudig een tekortkoming te bewijzen. Het is mede om die reden dat op de hulpverlener een *verzwaarde motiveringsplicht* rust. Zij houdt de verplichting in om voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.³⁹

2.2.2 Toerekening van de tekortkoming

Wil zij tot een schadevergoedingsplicht leiden, dan moet de tekortkoming ook aan de hulpverlener zijn toe te rekenen. Ingevolge art. 6:74 BW is de hulpverlener immers verplicht om bij iedere tekortkoming zijnerzijds de schade die de patiënt daardoor lijdt te vergoeden, *tenzij de tekortkoming de hulpverlener niet kan worden toegerekend*. Ingevolge art. 6:75 BW kan een tekortkoming de hulpverlener niet worden toegerekend, indien zij *niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn risico komt*.⁴⁰ Toerekening is dus hoofdregel en art. 6:75 BW formuleert de uitzonderingsgronden. Het is dan ook de hulpverlener op wie de stelplicht en bewijslast rusten van de afwezigheid van een toerekeningsgrond; het is een bevrijdend verweer.⁴¹

38 Zie over de uitgangspunten van bewijslevering en bewijslastverdeling Asser Procesrecht/ Asser 3 2017 en Asser Procesrecht/ Van Schaik 2 2016/1.3.9. Zie over het bewijs en de bewijslastverdeling in medische zaken Wijne 2021a, hoofdstuk 4, par. 4.2.2.

39 Vaste jurisprudentie sinds HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, m.nt. W.L. Haardt (*Timmer/Deutman*). Zie ook HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (*Schepers/De Bruijn*); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 (*M./Van D.*); HR 20 april 2007, VR 2007, 133, m.nt. G.M. van Wassenaer (*X. en Y./Slotervaartziekenhuis*) en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335 (*M./X. e.a.*). Zie voor literatuur over de verzwaarde motiveringsplicht Asser Procesrecht/ Asser 3 2017/306-309; Giesen 2001 en Wijne 2021a, hoofdstuk 4, par. 4.2.2.3.

40 Zie over de toerekening Asser/Sieburgh 6-I 2020/332-344; Cauffman & Croes 2020 en De Jong 2017, nr. 13-16.

41 Zie over de stelplicht en bewijslast bij een bevrijdend verweer Asser Procesrecht/ Asser 3 2017/289. Zie in het kader van de afwezigheid van een toerekeningsgrond Asser/Sieburgh 6-I 2020/370 en De Jong 2017, nr. 7.

Interessant in het kader van de onderhavige beschouwing is met name de toerekening van tekortkomingen ontstaan door fouten van hulpverleners. Ligt de fout in een onzorgvuldige opdracht of instructie door de hulpverlener aan de hulpverlener, dan zal de fout van de hulpverlener de hulpverlener krachtens schuld worden toegerekend. Ligt de fout in onzorgvuldig gedrag van de hulpverlener zelf, dan kan toerekening krachtens de wet plaatsvinden, art. 6:76 BW. Uit dit artikel volgt dat de hulpverlener voor gedragingen van hulpverleners wier hulp (rechtstreeks of via een andere hulpverlener) werd gebruikt bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, aansprakelijk is op gelijke wijze als voor eigen gedragingen.⁴² Aldus moet worden beoordeeld of de hulpverlener zich zodanig heeft gedragen dat dit gedrag aangemerkt moet worden als een aan de hulpverlener toe te rekenen tekortkoming, waarbij de maatstaf van art. 7:453 BW bepalend is. Slaagt de patiënt erin om (zo het wordt betwist) het bewijs daartoe te leveren, dan vloeit uit art. 6:76 BW de hoofdregel voort dat de contracterend hulpverlener aansprakelijk is. Relevant daarbij is dat voor toepassing van art. 6:76 BW niet beslissend is dat de hulpverlener een ondergeschikte is van de hulpverlener; art. 6:76 BW is ook van toepassing op niet-ondergeschikten.⁴³ Daarentegen is art. 6:76 BW *niet* van toepassing indien sprake is van een (zuiver, nevenschikkend) *samenwerkingsverband tussen zelfstandig werkende hulpverleners* die ieder voor zich een overeenkomst met de patiënt sloten. In dat geval immers maakt geen van de hulpverleners gebruik van de hulp van de ander.

2.3 *Een toerekenbare onrechtmatige daad en de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen als grondslagen voor verhaal van schade*

2.3.1 *Een onrechtmatige daad*

In een aantal gevallen komt een behandelingsovereenkomst niet tot stand. Uitzonderingssituaties zijn met name onvrijwillige geneeskundige behandelingen; in die situaties is het bestaan van een overeenkomst niet aannemelijk.⁴⁴ Een voorbeeld is de gedwongen geneeskundige behandeling van een gedetineerde ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde of van

42 Zie over art. 6:76 BW ook Tjong Tjin Tai 2010; Asser/Sieburgh 6-I 2020/347; Lubach 2005, p. 367 en Broekema-Engelen, 2019. Zie voor verduidelijkende jurisprudentie HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495, m.nt. K.F. Haak (*Geldnet/Kwantum*) en HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89, m.nt. M.M. Mendel (*'t Witte Paerdje*).

43 Zie in zijn algemeenheid Asser/Sieburgh 6-I 2020/349. Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 7 maart 1985, te kennen uit HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 124 (*Boekhoudt/Lamberts*).

44 Voor de totstandkoming van een overeenkomst is ingevolge art. 6:217 BW jo. art. 3:33 BW, wilsovereenstemming nodig met als gevolg dat bij het ontbreken van een wil een overeenkomst uitblijft. Zie uitvoeriger Wijne 2021a, hoofdstuk 3, par. 3.3.

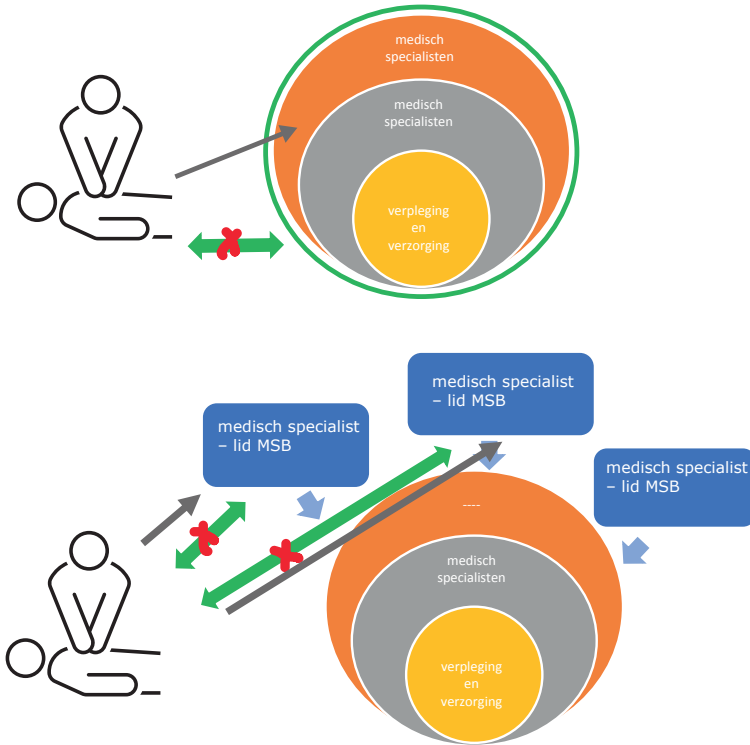
anderen. Een ander voorbeeld is de krachtens een zorgmachtiging aan verplichte zorg onderworpen patiënt. In die gevallen kan verwijtbaar onjuist gedrag niet zijn gelegen in een toerekenbare tekortkoming. Verwijtbaar onjuist gedrag kan echter ook worden gekwalificeerd als onrechtmatig gedrag. De verplichting van de hulpverlener om bij onrechtmatig gedrag schade te vergoeden, volgt uit art. 6:162, eerste lid, BW: *‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden’*. Ingevolge art. 6:162, tweede lid, BW worden als onrechtmatige daad aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.⁴⁵ Het onrechtmatige gedrag van de hulpverlener zal doorgaans zijn gelegen in de strijdigheid van het gedrag met een wettelijke plicht – hierbij kan worden gedacht aan het handelen in strijd met gezondheidsrechtelijke wetten – of in de strijdigheid ervan met een zorgvuldigheidsnorm. De zorgvuldigheidsnorm die de hulpverlener in acht moet nemen, wordt inhoudelijk door de invulling van ‘het goed hulpverlenerschap’ bepaald, waarmee aldus dezelfde maatstaf wordt aangelegd als in de contractuele relatie.⁴⁶

De verplichting tot schadevergoeding is overigens alleen aan de orde wanneer de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de geleden schade, aldus art. 6:163 BW. Dit zal bij medische kwesties niet snel een probleem zijn.

De onrechtmatige daad kan evenzeer in niet gedwongen zorgsituaties grondslag voor verhaal van schade zijn. Zo kan het voorkomen dat een patiënt in comateuze of bewusteloze toestand het ziekenhuis wordt ‘aangeboden’. Behandeling door een medisch specialist kan – bij afwezigheid van een wettelijk vertegenwoordiger – niet plaatsvinden op basis van een behandelingsovereenkomst omdat een door een verklaring geopenbaarde wil, gericht op het tot stand komen van een behandelingsovereenkomst, ontbreekt. Handelt de medisch specialist onzorgvuldig, dan moet hij worden aangesproken op de grondslag van de onrechtmatige daad of hij nu in loondienst is of vrijgevestigd. Het ziekenhuis zelf zal niet zo snel onrechtmatig handelen worden verweten, maar uitgesloten is het niet: denk aan het verzuim een protocol op te stellen of een onzorgvuldig hygiënebeleid.

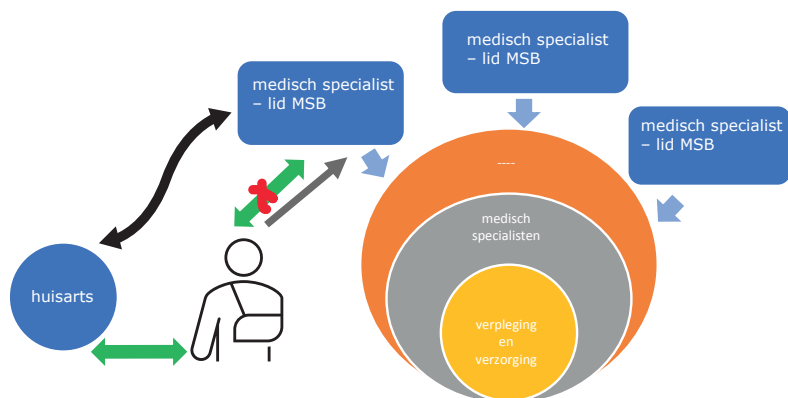
45 Zie in zijn algemeenheid over de onrechtmatige daad Asser/Sieburgh 6-IV 2019; Van Dam 2020 en Jansen 2020.

46 Zie voor een uitwerking Wijne 2021a, hoofdstuk 4, par. 4.3.1.2.



Figuur 4: Patiënt in comateuze of bewusteloze toestand aangeboden aan het ziekenhuis of de vrijgevestigd medisch specialist, waarbij het ontbreekt aan de vereisten voor totstandkoming van een overeenkomst, en alleen de onrechtmatige daad grondslag kan zijn om de medisch specialist aan te spreken.

Een ander voorbeeld betreft de patiënt die zich met een hulpvraag tot de huisarts wendt, die op zijn beurt voor advies telefonisch of een ander communicatiemiddel (denk aan tele-expertise) contact opneemt met een vrijgevestigd medisch specialist. Adviseert de medisch specialist de huisarts zonder de patiënt gezien of gesproken te hebben, dan komt met de medisch specialist een behandelingsovereenkomst niet tot stand. Hij wordt gezien als hulppersoon van de huisarts. Wil de patiënt de medisch specialist zelf aanspreken vanwege diens onzorgvuldig advies, dan moet dat op grond van de onrechtmatige daad.



Figuur 5: Situatie waarin patiënt een behandelingsovereenkomst heeft met de huisarts en deze huisarts een vrijgevestigd medisch specialist om advies vraagt en waarbij de medisch specialist uit het ziekenhuis wordt gezien als hulpverlener van de huisarts.

Zo'n situatie kan zich ook voordoen binnen de anderhalvelijnszorg. Zo kunnen huisartsen laagrisicopatiënten naar anderhalvelijnscentra buiten het ziekenhuis verwijzen. Aldaar werkzame specialisten geven vervolgens op basis van een consult advies aan de huisartsen. De huisarts blijft verantwoordelijk, terwijl de specialist als deskundige wordt gebruikt.⁴⁷

Op de patiënt rust de last om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de hulpverlener onrechtmatig handelde. Op de hulpverlener rust (ook bij deze grondslag uiteraard) een verzwaarde motiveringsplicht.

2.3.2 Toerekening van de onrechtmatige daad

Alleen een onrechtmatige daad die de hulpverlener krachtens schuld, verkeersopvattingen of wet wordt toegerekend, verplicht de hulpverlener tot vergoeding van de schade die de patiënt daardoor lijdt, zo volgt uit art. 6:162, eerste lid, BW jo. art. 6:162, derde lid, BW. Het is aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de hulpverlener kan worden toegerekend. Het gaat dus niet om een bevrijdend verweer van de hulpverlener, zoals dat wel het geval is bij de grondslag van de tekortkoming.

2.3.3 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen

Anders dan bij de grondslag van de toerekenbare tekortkoming, valt onder de 'toerekening krachtens de wet' niet de aansprakelijkheid voor hulpverleners. De term 'hulpverlener' moet worden geplaatst binnen de contractuele rechtsverhoudingen.

47 Boot 2020, p. 61.

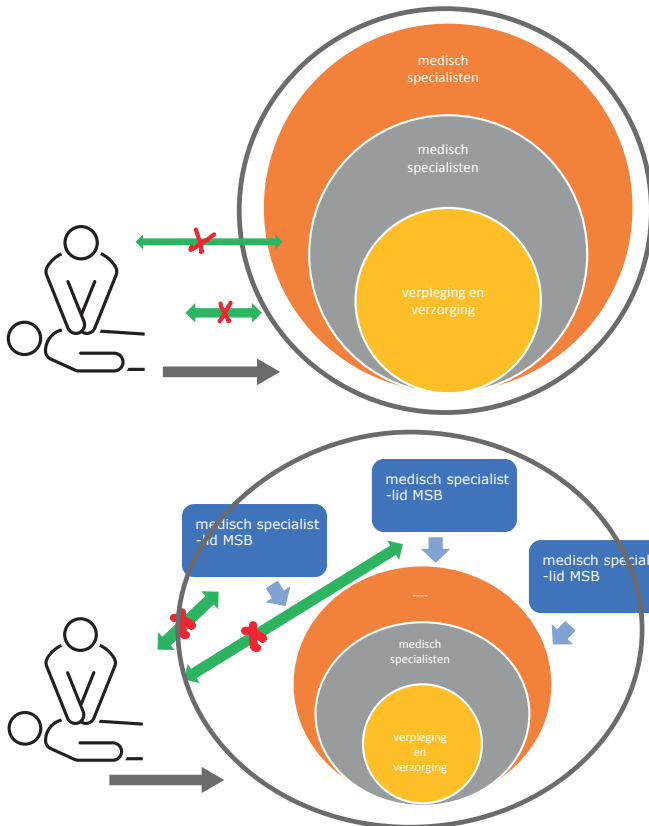
Boek 6 BW kent echter wel een regeling voor de aansprakelijkheid van werkgevers en opdrachtgevers voor onzorgvuldig gedrag van hun ondergeschikte respectievelijk niet-ondergeschikte. Dit zijn 'kwalitatieve' aansprakelijkheden. Zo is in art. 6:170 BW bepaald dat *voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk is, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen*. In art. 6:171 BW is voorts bepaald dat *indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, ook die ander jegens de derde aansprakelijk is*.⁴⁸

Deze kwalitatieve aansprakelijkheden zullen in het kader van een geneeskundige behandeling (vooral) een rol spelen wanneer een medisch specialist (bij gebreke van een behandelingsovereenkomst) moet worden aangesproken op de grondslag van de onrechtmatige daad, de daad binnen de muren van het ziekenhuis plaatsvond, én de patiënt het ziekenhuis wil aanspreken, terwijl er geen behandelingsovereenkomst is met het ziekenhuis. In dat laatste geval zou het ziekenhuis immers op basis van de contractuele grondslag een toerekenbare tekortkoming, kunnen worden aangesproken. Als voorbeeld dient opnieuw de situatie van de comateuze of bewusteloze patiënt zonder vertegenwoordiger. Art. 6:170 BW zal de grondslag voor verhaal van schade op het ziekenhuis vormen indien de onrechtmatig handelend medisch specialist in loondienst is,⁴⁹ terwijl art. 6:171 BW grondslag zal zijn

48 De toepasbaarheid van art. 6:171 BW op de arts is beschreven in de Parl. Gesch. Boek 6, p. 729. Zie voor een voorbeeld Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1994, KG 1994, 244. Zie over de afbakening ondergeschikte en niet-ondergeschikte ('binnengrens') Lubach 2005, p. 163 en 189. Zie voor de afbakening van de deelname aan de bedrijfsvoering van de opdrachtgever Parl. Gesch. Boek 6, p. 729 en ('buitengrens') Lubach 2005, p. 242. Art. 6:171 BW is ook van toepassing indien het de benadeelde duidelijk was dat de fout was gemaakt door een niet ondergeschikte, zie HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389; JA 2010, 106, m.nt. G.J. Harryvan en F.T. Oldenhuis (*Koeman/Sijm Agro BV*) en Rb. Breda 16 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP5717. Zie tot slot Oldenhuis & Van der Veen 2020b, aant. 1.13.

49 Zie voor ondergeschiktheid in de zin van een juridische gezagsverhouding Asser/Sieburgh 6-IV 2019/183; 184. Zie voor het vereiste van functionele samenhang HR 9 november 2007, JA 2008, 25 (*Groot Kievitsdal*) en HR 30 oktober 2009, NJ 2010, 52, m.nt. M.R. Mok (*Blomaard/gemeente Utrecht*). Zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/187 en Van Dam, 2020, p. 186-190. Zie voor voorbeelden van zeggenschap Rb. Breda 30 juli 1985, NJ 1986, 32 en *Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba* 4 mei 2016, GZR 2016-0226. Zie voor het ontbreken van zeggenschap in een medische zaak HR 31 mei 1968, NJ 1968, 323 (*Nuboer-arrest*).

indien de specialist vrijgevestigd is.⁵⁰ Het gevolg is een *hoofdelijke aansprakelijkheid* van ziekenhuis en medisch specialist. Het ziekenhuis kan op de medisch specialist regres nemen, met de opmerking dat onder de vlag van art. 6:170 BW alleen regres mogelijk is als de medisch specialist met opzet of bewust roekeloos handelde.



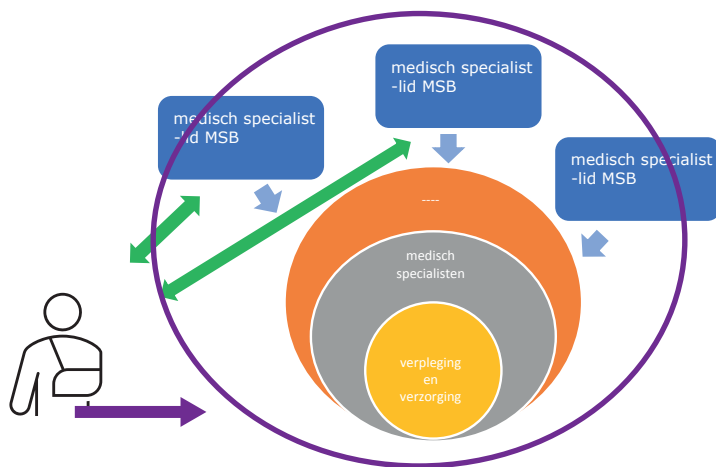
Figuur 6: Patiënt in comateuze of bewusteloze toestand aangeboden aan het ziekenhuis of de vrijgevestigd medisch specialist, waarbij het ontbreekt aan de vereisten voor totstandkoming van een overeenkomst en de medische specialist een onrechtmatige daad pleegt waarvoor de ziekenhuizen kwalitatief aansprakelijk zijn (art. 6:170 BW respectievelijk art. 6:171 BW).

Het is – en dat tot slot – aan de patiënt om de feiten en omstandigheden die tot aansprakelijkheid leiden te stellen en, bij betwisting, te bewijzen.

50 De toepasbaarheid van art. 6:171 BW op de arts is beschreven in de Parl. Gesch. Boek 6, p. 729. Zie voor een voorbeeld Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1994, KG 1994, 244. Zie over de afbakening ondergeschikte en niet-ondergeschikte ('binnengrens') Lubach 2005, p. 163 en 189. Zie voor de afbakening van de deelname aan de bedrijfsvoering van de opdrachtgever ('buitengrens') Parl. Gesch. Boek 6, p. 729 en Lubach 2005, p. 242. Art. 6:171 BW is ook van toepassing indien het de benadeelde duidelijk was dat de fout was gemaakt door een niet-ondergeschikte, zie HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389; JA 2010, 106, m.nt. G.J. Harryvan & F.T. Oldenhuis (*Koeman/Sijm Agro BV*) en Rb. Breda 16 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP5717. Zie tot slot Oldenhuis & Van der Veen 2020b, aant. 1.13.

2.4 Een bijzondere grondslag voor verhaal van schade op het ziekenhuis

Bij de bespreking van de tekortkoming als grondslag voor een schadevergoeding (art. 6:74 BW) werd ingegaan op de relevantie van duidelijkheid over wie als contractspartij van de patiënt fungeert. Daarbij besprak ik ook dat er zowel medisch specialisten in loondienst zijn als vrijgevestigde medisch specialisten. Hun arbeidsrechtelijke status is doorslaggevend gebleken voor de kwalificatie 'contractspartij' en daarmee voor het antwoord op de vraag wie de patiënt voor verhaal van schade moet aanspreken. Dat de patiënt in dat verband naar die status onderzoek zou moeten doen en/of risico zou lopen de verkeerde aan te spreken, is echter onwenselijk geacht, (zeker) wanneer de patiënt wordt behandeld in een ziekenhuis en de schijn wordt gewekt dat dat ziekenhuis in een bepaalde mate bemoeienis heeft met de geneeskundige behandeling.⁵¹ Om die reden dan ook is besloten om in het destijds nieuwe Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW een 'aansprakelijkheidsbepaling' op te nemen. Dit mag bijzonder genoemd worden, maar gezien de praktijk geen overbodige luxe (zie ter illustratie ook de inleiding en De Brauw). Bedoelde aansprakelijkheidsregel is art. 7:462, eerste lid, BW waarin is bepaald dat, *indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk is, als ware het zelf bij de overeenkomst partij*. Art. 7:462 BW creëert dus de fictie dat het ziekenhuis een contractuele relatie heeft met de patiënt, ook al is dat niet het geval; de patiënt sloot in bedoeld geval immers alleen met de vrijgevestigd medisch specialist een behandelingsovereenkomst. Het gevolg is een *hoofdelijke aansprakelijkheid*. Het ziekenhuis kan vervolgens regres nemen op de tekortgeschoten specialist.



Figuur 7: Medeaansprakelijkheid ziekenhuis in die situatie dat de patiënt een behandelingsovereenkomst sloot met de vrijgevestigd medisch specialist, en de behandeling werd uitgevoerd binnen de muren van het ziekenhuis.

51 *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 23 en 43-44 (MvT).*

Art. 7:462 BW beoogt een *centraal adres* te bieden, maar brengt geen verdergaande aansprakelijkheid met zich dan die volgt uit de art. 6:74 BW en 6:75 BW. De centrale aansprakelijkheid geldt dan ook – ik herhaal – uitsluitend als tussen de vrijgevestigd medisch specialist en de patiënt een behandelingsovereenkomst is gesloten en de *contractuele grondslag* basis is voor de aansprakelijkheid van de specialist.⁵² Is dat niet het geval, dan moet worden teuggevalen op de onrechtmatige daad van de medisch specialist of de kwalitatieve aansprakelijkheid van het ziekenhuis als bedoeld in art. 6:171 BW. Verder biedt de regeling van de centrale aansprakelijkheid alleen een oplossing als de behandeling plaatsvond binnen de muren van ‘een ziekenhuis’. In art. 7:462, tweede lid, BW staat wat onder een ziekenhuis wordt verstaan: *een ziekenhuis, een verpleeginrichting of een gehandicapteninrichting dan wel een afdeling daarvan waar zorg of een andere dienst wordt verleend waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 3.1.1 van de Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet, alsmede een abortuskliniek in de zin van de Wet afbreking zwangerschap*.⁵³

Uit deze definitie kan worden afgeleid dat (afdelingen van) ziekenhuizen en de meeste daarmee te vergelijken zorginstellingen onder de regeling van de centrale aansprakelijkheid vallen. Bij twijfel zal de patiënt daarnaar onderzoek moeten doen. Geldt de centrale aansprakelijkheid niet, dan moet aansprakelijkheid overeenkomstig de ‘gewone’ regels worden bepaald. Relevant in het kader van de onderhavige beschouwing is bijvoorbeeld de situatie van de in/nabij het ziekenhuis gevestigde huisartsenpost of verloskundigenpraktijk. De centrale aansprakelijkheid strekt zich over deze organisaties niet uit. Dit geldt ook voor het ambulancevervoer.

2.5 Causaal verband

Alle grondslagen stellen als voorwaarde voor een recht op schadevergoeding het bestaan van causaal verband met de schade. Het vereiste oorzakelijk verband wordt vastgesteld met behulp van de ‘condicio sine qua non-test’:⁵⁴ de (feitelijk) onjuiste gedraging van de hulpverlener wordt weggedacht (vervangen door het goede) en vervolgens wordt de vraag gesteld of de schade (ook) zonder die onjuiste gedraging zou zijn ingetreden. Luidt het antwoord nee, dan bestaat er een condicio sine qua non-verband en heeft de patiënt recht op vergoeding van zijn schade.

52 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 43 (MvT). Zie ook *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, nr. 6, p. 69 (MvA) en *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, nr. 11, p. 48 (Nadere MvA).

53 De tekst van art. 7:462, tweede lid, BW is op 1 januari 2022 in bovenvermelde zin gewijzigd door een aanpassing van art. 1 van de Wet toelating zorginstellingen, zie Wet van 10 juni 2020 tot wijziging van diverse wetten in verband met de invoering van de Wet toetreding zorgaanbieders, *Stb.* 2020, 181. Zie voor de inwerkingtreding het Besluit van 7 juli 2021, *Stb.* 2021, 344.

54 Asser/Sieburgh 6-II 2021/50 en Klaassen 2017, nr. 18.

Problematischer wordt het als de schade van de patiënt het gevolg is van meerdere onjuiste gedragingen die tezamen of elk voor zich de schade hebben veroorzaakt, oftewel sprake is van *meervoudige causaliteit*.⁵⁵ Hulpverleners werken met name in de complexere gevallen en/of binnen een ziekenhuis in teamverband samen en deze samenwerking kan een fout in de hand werken.⁵⁶

Hebben twee of meer opzichzelfstaande onjuiste gedragingen – gelijktijdig of na elkaar optredend – van verschillende personen *tezamen* de schade van de patiënt veroorzaakt, dan wordt wel gesproken van '*samenlopende oorzaken*'.⁵⁷ De schade zou (waarschijnlijk) niet zijn ingetreden, indien één van de gedragingen wordt 'weggedacht'.

Zijn twee of meer opzichzelfstaande onjuiste gedragingen van verschillende personen *elk voor zich* oorzaak van de schade van de patiënt, dan wordt gesproken van '*afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken*'.⁵⁸ Anders dan bij samenlopende oorzaken, is in geval van afzonderlijk werkende oorzaken de ene gebeurtenis niet een voorwaarde voor het optreden van de andere gebeurtenis. Dat betekent ook dat als een van de onjuiste gedragingen wordt 'weggedacht', de schade toch zou zijn ontstaan. Worden echter beide onjuiste gedragingen 'weggedacht', dan zou de schade niet zijn ingetreden.⁵⁹

De laatste situatie wordt ook wel met de term 'alternatieve veroorzaking' aangeduid. Onder alternatieve veroorzaking wordt doorgaans verstaan 'de situatie waarin verschillende gebeurtenissen elk voor zich de gehele schade veroorzaakt *kunnen* hebben, maar de schade slechts door één van die gebeurtenissen *is* veroorzaakt'.⁶⁰

Duidelijk is dat de *condicio sine qua non*-test in deze gevallen niet tot een (juiste) vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband en de aansprakelijkheid van een persoon voor de schade kan leiden. Wat in deze gevallen rechtens is, volgt (dan ook) uit een afzonderlijke bepaling: art. 6:102 BW. Ingevolge art. 6:102, eerste lid, BW is sprake van een hoofdelijke verbondenheid indien op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van *dezelfde* schade rust. Is één en dezelfde schade van de patiënt het gevolg van een onjuiste gedraging van verschillende hulpverleners, dan is dus uitgangspunt dat ieder van de hulpverleners *hoofdelijk aanspra-*

55 Zie in algemene zin Asser/Sieburgh 6-II 2021/86-87 en Klaassen 2017, nr. 23.

56 Zie voor voorbeelden Rb. Rotterdam 30 juni 2010, zaaknr. 309027 / HA ZA 08-1470; Hof Arnhem 6 juli 2010, L&S 2010, 135; Rb. Utrecht 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7740; Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239 en Rb. Leeuwarden 4 juni 1996, KG 1996, 249.

57 Zie ter illustratie Asser/Sieburgh 6-II 2021/86; Klaassen 2017, nr. 25; Tjong Tjin Tai 2018 en Boonekamp 2021b, aant. 1.6.2.2.

58 Zie ter illustratie Asser/Sieburgh 6-II 2021/87; Klaassen 2017, nr. 26; Tjong Tjin Tai 2018 en Boonekamp 2021a, aant. 3.5.

59 Klaassen 2017, nr. 26 en Tjong Tjin Tai 2018.

60 Klaassen 2017, nr. 26 en Boonekamp 2021b, aant. 1.6.2.5.

kelijk is voor de gehele schade van de patiënt.⁶¹ Let wel, art. 6:102 BW is een regel van *schadevergoedingsrecht*; het rechtsgevolg van hoofdelijkheid wordt verbonden aan schadevergoedingsverplichtingen ter zake van dezelfde schade (en volgt dus niet uit een verbintenis of anderszins). *Art. 6:102 BW vestigt dus geen aansprakelijkheid.*⁶² Art. 6:102 BW is in het leven geroepen om de benadeelde niet op te zadelen met de last te bepalen voor welk deel van de schade hij ieder van de aansprakelijke partijen moet aanspreken. Daarnaast wordt de benadeelde op deze wijze niet belast met het risico van insolventie van één van de partijen; dit risico komt bij de aangesprokene te liggen die de benadeelde schadeloos heeft gesteld.⁶³ De hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schade leidt ertoe dat degene die als eerste wordt aangesproken niet het verweer kan voeren dat de benadeelde geen schade heeft in zoverre hij een verhaalbare vordering heeft op een andere (mede)aansprakelijke.⁶⁴

Betaling door de ene hoofdelijke aansprakelijke persoon bevrijdt de ander.⁶⁵ De hulpverlener die door de patiënt (ingevolge art. 6:7 BW) voor diens gehele schade wordt aangesproken, kan vervolgens regres nemen op de andere veroorzaker. Dit recht vloeit voort uit art. 6:10 BW. De hulpverleners hoeven in hun interne verhouding alleen dat gedeelte van de schade te dragen dat hen aangaat.

Deze algemene regel is uitgewerkt in art. 6:102, eerste lid, BW waarin is bepaald dat verdeling plaatsvindt met overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW, tenzij uit wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit. In art. 6:101 BW is bepaald dat verdeling van de draagplicht in evenredigheid met ieders bijdrage geschiedt. Kan de mate waarin elk van de oorzaken tot de schade heeft bijgedragen niet worden vastgesteld, dan wordt ervan uitgegaan dat elke oorzaak voor een gelijk deel heeft bijgedragen.⁶⁶ Bovendien kan een correctie worden toegepast indien de billijkheid dat in het concrete geval eist.⁶⁷

In het licht van deze beschouwing is overigens relevant dat de vraag wie in kwesties van meervoudige causaliteit de schade veroorzaakte, pas (echt) speelt als de behandeling niet plaatsvond binnen één en hetzelfde ziekenhuis. Is dat laatste het geval, dan kan het *ziekenhuis* immers als contractspartij of als centraal adres worden aangesproken, ongeacht wie van de hulpverlener(s) de schade veroorzaakte.⁶⁸

61 Zie Asser/Sieburgh 6-II 2021/86 en 133; Klaassen 2017, nr. 25-26. Zie voor hoofdelijkheid art. 6:6, tweede lid, BW.

62 Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2021/134.

63 Zie Boonekamp 2021b, aant. A.

64 Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 354. Zie voor jurisprudentie Boonekamp 2021b, aant. 1.4. Zie voor een voorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239.

65 Asser/Sieburgh 6-II 2021/134.

66 HR 9 december 2009, NJ 2012, 614 (*London/Delta Lloyd*).

67 Zie Asser/Sieburgh 6-II 2021/133-135.

68 Zie ook Ten Hoopen 2007.

De stelplicht en bewijslast van het bestaan van een causaal verband rusten op de patiënt. Dit zorgt niet zelden voor problemen omdat niet altijd wetenschap bestaat over het genezingsproces zonder de fout van de hulpverlener; de bijzondere gezondheidssituatie van de patiënt kan van invloed zijn en is daarnaast beïnvloedbaar door menselijk gedrag. Hoewel het geen noodzakelijke voorwaarde is dat het causaal verband met absolute zekerheid kan worden vastgesteld, wordt de vordering van de patiënt afgewezen als er geen redelijke mate van waarschijnlijkheid is dat de schade zonder de fout zou zijn uitgebleven. Om de bewijsproblemen op te lossen, kan de patiënt gebruikmaken van een bewijsmiddel, zoals een deskundigenbericht. Ook kan de patiënt de last van het bewijs van het causaal verband proberen te verlichten door gebruik te maken van 'regels' in de bewijsrechtelijke sfeer. Denk aan bewijsvermoedens (of specifiek: de omkeringsregel) en aan het toepassen van de leer van de proportionele aansprakelijkheid of van de verloren kans.⁶⁹

Bij meervoudige causaliteitsvraagstukken geldt nog de regel dat wanneer de schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere hulpverlener aansprakelijk is, en vaststaat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze hulpverleners rust, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. Zij is vervat in art. 6:99 BW.

2.6 *Belangrijke lessen van het aansprakelijkheidsrecht in relatie tot de 'klassieke' zorg*

De voorgaande beschrijving van het civiele aansprakelijkheidsrecht leert dat de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt bepalend is voor het antwoord op de vraag op basis van welke grondslag schade verhaald zou kunnen worden. Doorgaans is sprake van een behandelingsovereenkomst. Welke hulpverlener daarbij als contractspartij fungeert is niet steeds eenvoudig vast te stellen, maar zowel de algemene regel ('het hangt af van hetgeen de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en van hetgeen hulpverlener en patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden') als de geschetste vuistregels (rechtspersoon is contractspartij als behandelend specialisten in loondienst zijn, maar als specialisten vrijgevestigd zijn (zelfstandig ondernemer) dan zijn zij contractspartij) kunnen duidelijkheid verschaffen. Voorts is voor verhaal van schade van belang tot welke prestaties de desbetreffende hulpverlener ten opzichte van de patiënt ten tijde van de behandeling verplicht was en of sprake is van verwijtbaar onjuist gedrag door een of meer plichten te verzaken, in welk verband (afhankelijk van de rechtsverhouding) wordt gesproken van een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst of van een onrechtmatige daad. De toets die in dat verband ter beoordeling wordt aangelegd, is die van het 'goed hulpverlenerschap'. Het gedrag van de goed

⁶⁹ Zie over de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid en de verloren kans in medische zaken Wijne 2021a, hoofdstuk 6.

hulpverlener vormt de norm waaraan het handelen van een individuele hulpverlener moet voldoen. Zij is van toepassing bij beide grondslagen.

Een andere les is dat het in zijn algemeenheid voor een patiënt lastig is om te bewijzen dat een hulpverlener is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld én – niet onbelangrijk – dat dat handelen oorzaak is van zijn schade. Meer dan eens heeft de patiënt het advies van een deskundige nodig of strandt zijn verhaal. Nog lastiger wordt het als bij de zorg meerdere hulpverleners zijn betrokken; bij het werken in teamverband kan de vraag worden gesteld wie van de betrokken hulpverleners onzorgvuldig handelde en wiens gedrag de schade veroorzaakte. Tel daarbij de omstandigheid op dat in sommige ziekenhuizen het personeel in loondienst is en in sommige ziekenhuizen de medisch specialisten vrijgevestigd zijn (maar niet allemaal) en de verwarring is compleet. Om dit probleem het hoofd te bieden, is de regeling van de centrale aansprakelijkheid in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW opgenomen. Deze medeaansprakelijkheid van het ziekenhuis biedt een oplossing in die zin dat de patiënt steeds (ook als er geen contract is met het ziekenhuis) het ziekenhuis kan aanspreken wanneer er ergens bij zijn behandeling in het ziekenhuis onzorgvuldig is gehandeld en zijn schade daar het gevolg van is. De centrale aansprakelijkheid kent wel zijn beperkingen: er moet een contractuele rechtsverhouding bestaan tussen de onzorgvuldig handelend medisch specialist(en) en de patiënt en de zorg moet zijn verleend binnen de muren van een 'ziekenhuis'. Ontbreekt het aan een van deze vereisten, dan zal de patiënt een andere grondslag moeten gebruiken, bijvoorbeeld die van de kwalitatieve aansprakelijkheden.

3 En toen kwam er netwerkzorg ...

3.1 Inleiding

En toen kwam er 'netwerkzorg' ... als onvermijdelijke reactie op de vergrijzing en het aantal personen met een chronische aandoening, multimorbiditeit, en/of een complexe zorgvraag,⁷⁰ zulks in combinatie met de technologische mogelijkheden,⁷¹ een meer holistisch mensbeeld en de tendens om anders te denken over wat gezondheid

70 Zie het spaghetti-model van Vilans over chronische ziekte, multimorbiditeit en uitgebreide multimorbiditeit in Pel-Littel e.a. 2011. Zie ook Jansen e.a. 2012, p. 19-20: bij ongeveer 40% van de chronisch zieken is sprake van comorbiditeit, en Ursum e.a. 2011, p. 13-17.

71 Zie bijvoorbeeld RVZ 2008, p. 35 en Hammelburg e.a. 2014 over de health buddy, tele-COPD en telehealth bij hartfalen.

is enerzijds,⁷² en de behoefte om de stijgende zorgkosten te dempen anderzijds.⁷³ Samenwerking in 'zorgnetwerken' heeft immers de potentie om die complexe zorg te leveren zonder dat de patiënt uit zijn omgeving wordt gehaald en de potentie om op efficiënte wijze passende zorg te leveren met een reductie van kosten tot gevolg. Netwerkgzorg heeft het door een georganiseerde samenwerking tussen hulpverleners bovendien in zich zorggerelateerde schade te voorkomen.⁷⁴ Tegelijkertijd – en dat is de keerzijde – is zij een bron voor schade op het moment dat de samenwerking niet goed, (oftewel) gebrekkig, is.⁷⁵

Hierdoor dient zich de vraag aan wat toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op netwerkgzorg voor patiënten en hulpverleners betekent en of de toepassing met problemen – en welke dan? – gepaard gaat. Het is de centrale vraag van deze beschouwing, die in dit hoofdstuk beantwoord wordt. Daartoe wordt eerst onderzocht wat netwerkgzorg is (paragraaf 3.2). Dit wordt geïllustreerd aan de hand van drie voorbeelden, voorafgegaan door een schets van de ontwikkelingen die tot die vormen van netwerkgzorg hebben geleid (paragraaf 3.3). Daarna worden aan de hand van een 'zorgnetwerkmiddel' de rechtsverhoudingen tussen de hulpverleners van een zorgnetwerk en de patiënt geanalyseerd (paragraaf 3.4). In datzelfde deel komt aan de orde wat samenwerken is, en of dat gepaard gaat met op hulpverleners rustende plichten die van betekenis zijn voor de zorg aan de patiënt. Voorts wordt ingegaan op enkele vormen van gebrekkige samenwerking, waarna die gebrekkige samenwerking wordt 'vertaald' naar een juridische grondslag tot verhaal van schade. Het zorgnetwerkmodel wordt ook op deze onderdelen betrokken en dient steeds ter verduidelijking. Aansluitend volgt de beoordeling van de toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht op netwerkgzorg (paragraaf 3.5). De beantwoording van de centrale vraag vormt het slot (paragraaf 3.6).

72 Zie in het bijzonder Huber 2014 en voorts Van Vliet e.a. 2016, hoofdstuk 1; Boot 2020, hoofdstuk 1; Valentijn 2015, p. 24 en Van Zaalen e.a. 2018, p. 24-28. Zie tevens *Kamerstukken II 2007/08*, 31200, XVI, nr. 155, p. 6 (Brief van de minister en staatssecretaris van VWS - Programmatische aanpak (disease management) van chronische ziekten).

73 RVZ 1998; Hansen e.a. 2007, p. 11; Drewes e.a. 2008, p. 7 (over disease management interventies); RVZ 2008, p. 15; Hopman e.a. 2009, p. 17 en 43; Rosendal e.a. 2009, p. 23, 35-41, 45 en 51; Reuder e.a. 2009; NZa 2009; Van Til e.a. 2010, p. 13; Ursum e.a. 2011, p. 5 en 18-19; Jansen e.a. 2012, p. 11-12, 44 en 83; Rutte en Samsom 2012, p. 22; De Jong-van Til e.a. 2012, p. 9; Minkman 2012; Werkgroep Zorg 2013; IGJ 2018; Hammelburg e.a. 2014, hoofdstuk 1, hoofdstuk 3 en hoofdstuk 40; Valentijn 2015, p. 21 en 24; Van Zaalen e.a. 2018, p. 23, 27, 28, 54 en Boot 2020, p. 16-18, 96 en 108. Zie tevens *Kamerstukken II 2007/08*, 31200, XVI, nr. 155, p. 4-5 (Brief van de minister en staatssecretaris van VWS - Programmatische aanpak (disease management) van chronische ziekten); *Kamerstukken II 2008/09*, 29247, nr. 84, p. 1-2 (Brief van de minister van VWS) evenals *Kamerstukken II 2009/10*, 32123 XVI, nr. 136, p. 3 en 6 (Brief van de minister van VWS – Voortgang programmatische aanpak van chronisch zieken).

74 Rosendal e.a. 2009, p. 351 en Boot 2020, p. 96.

75 Rosendal e.a. 2009, p. 351-352 evenals Kramer 2014, p. 2-3 en 11.

3.2 Wat netwerkzorg is

‘Netwerkzorg’ is niet gedefinieerd. In deze beschouwing wordt ervan uitgegaan dat netwerkzorg *een manier van zorgverlening aangaande een bepaalde patiëntengroep is, waarbij drie of meer niet tot eenzelfde ziekenhuis (of vergelijkbare instelling) behorende hulpverleners van verschillende disciplines in georganiseerde verbanden op nevenschikkende wijze samenwerken, met het doel de toegankelijkheid, kwaliteit en efficiëntie van zorg te verbeteren.*⁷⁶ De samenwerkende hulpverleners worden ‘het zorgnetwerk’ genoemd.

Relevant voor de kwalificatie ‘netwerkzorg’ voor een bepaalde samenwerking is aldus het ontbreken van hiërarchie in de samenwerking, de feitelijke organisatie van de samenwerking (er bestaan afspraken over taken en verantwoordelijkheden) en het gezamenlijke doel.⁷⁷ Ook relevant is het aantal hulpverleners; twee hulpverleners die samenwerken worden niet als een netwerk beschouwd. Relevant bovendien is dat zorgnetwerken in de door mij bedoelde zin zich hebben gevormd rondom patiënten(groepen) met *complexe zorgvragen* en *acute, ook trauma gerelateerde, zorgvragen*. Ik herhaal dat ik in deze beschouwing niet inga op netwerken rondom andere zorgvragen. Duidelijk moge voorts zijn dat met netwerkzorg in deze beschouwing niet wordt bedoeld op de georganiseerde samenwerking binnen een ziekenhuis of vergelijkbare instelling; *het gaat om zorg die de klassieke grenzen overschrijdt.*⁷⁸ Tegelijkertijd komt in deze beschouwing wel een aantal vormen van netwerkzorg aan bod waarbij het gaat om een georganiseerde samenwerking *binnen een organisatie niet zijnde een ziekenhuis of vergelijkbare instelling*. De reden hiervoor is de praktijk: zoals in de inleiding van deze beschouwing is verwoord, komen in de praktijk zorgnetwerken voor die ogenschijnlijk hetzelfde zijn ingericht, maar varianten kennen. Ik heb het dan specifiek over de hierna te bespreken zorgnetwerken waarbij een zorggroep of gezondheidscentrum is betrokken. Deze organisaties kennen een loondienstvariant: ten minste een deel van de hulpverleners die de feitelijke zorg verlenen, is in loondienst van de zorggroep respectievelijk het gezondheidscentrum. Omdat het voor de patiënt doorgaans niet duidelijk zal zijn welke variant hij voor zich heeft maar dit voor de aansprakelijkheid wel van belang is,⁷⁹ is de beschouwing breed ingestoken.

In de literatuur is vanuit een governance-perspectief ook wel onderscheid gemaakt tussen ‘zelfregulerende netwerken’, ‘leiderorganisatienetwerken’ en ‘netwerk admi-

76 Zie voor vergelijkbare definities en/of een opsomming van kenmerken RVZ 1998, p. 9 en 21 (de RVZ spreekt over een functioneel zorgnetwerk); Provan & Kenis 2007 en Kenis & Provan 2008 (vanuit een governance perspectief); Valentijn 2015, p. 9 en 42; Zegveld 2018a, hoofdstuk 2 en Valentijn 2019, p. 4.

77 Zie ook Tjong Tjin Tai e.a. 2009 over samenwerken en het hebben van een gemeenschappelijk doel (plus een individuele bijdrage).

78 Zie ook IGJ 2018, p. 1.

79 Zie voor die conclusie ook Struijs e.a. 2009, p. 75-76.

nistratieve organisaties'.⁸⁰ Het *zelfregulerend netwerk* is de eenvoudigste governancevorm. Deze vorm bestaat uit verschillende organisaties die op een collectieve manier samenwerken maar geen afzonderlijke besturingseenheid hebben. De besturing van gemeenschappelijke activiteiten berust bij de netwerkleden zelf. Het netwerk heeft geen gezicht naar buiten toe. Het *leiderorganisatienetwerk* is een vorm waarin het gaat om verticale relaties tussen afnemers en aanbieders of tussen subsidiërende en ontvangende organisaties. In een leiderorganisatienetwerk delen alle leden in zekere mate een gemeenschappelijke doelstelling en is in zekere mate sprake van samenwerking en interactie. Alle activiteiten en belangrijke besluiten worden echter gecoördineerd door één van de leden van het netwerk die als organisatieleider optreedt. Het idee van een *netwerk administratieve organisatie* (nao) is dat er een afzonderlijke entiteit is opgezet die de taak heeft om de activiteiten te coördineren. Net zoals in het leiderorganisatienetwerk speelt de administratieve organisatie een sleutelrol in de coördinatie en het onderhouden van het netwerk. Anders is echter dat de administratieve organisatie niet één van de partijen is die actief zijn in het primaire proces van het netwerk. Zij heeft netwerkbesturing als haar exclusieve taak.

In de literatuur is ook meer dan eens verwezen naar drie basismodellen van netwerkzorg, ontwikkeld door de Stichting Transmuraal Netwerk Midden-Holland:⁸¹ het dienstenmodel, het kluwenmodel en het transfermodel. De modellen zijn opgesteld vanuit patiëntenperspectief en getypeerd op grond van de samenwerking, de wederzijdse afhankelijkheid en de rolverdeling van de hulpverleners enerzijds en op kenmerken van patiëntgroepen anderzijds.

Voor beide indelingen geldt dat het type netwerk van invloed is op de mogelijke effectiviteit van een netwerk. Hoewel interessant, ga ik daar niet op in.⁸² Wel zullen de governancevormen en de basismodellen terugkomen bij de illustratie van een aantal zorgnetwerken.

Ik benadruk tot slot dat netwerkzorg niet hetzelfde is als ketenzorg. Al in 1998 wees de (toenmalige) Raad voor Volksgezondheid en Zorg op het verschil. De raad definieerde 'ketenzorg' als een samenhangend geheel van doelgerichte en planmatige activiteiten en/of maatregelen, gericht op een specifieke patiëntencategorie, in de tijd gefaseerd. Onder een 'zorgnetwerk' verstond hij de niet geïnstitutionaliseerde samenwerking van uitvoerende hulpverleners, dat op een samenhangende wijze de individuele taken en activiteiten vormgeeft zodat het gezamenlijke aanbod qua aard, omvang en tijdstip aansluit bij de behoefte van de individuele patiënt.⁸³ Dat betekent mijns inziens overigens niet dat netwerkzorg niet in de tijd gefaseerd kan plaatsvinden (zie voor een voorbeeld paragraaf 3.2.5). Voorts wees de raad op het gebruik van

80 Kenis & Provan 2008 en Provan & Kenis 2007. Zie ook Kaats & Opheij 2016, p. 281-282.

81 Donkers e.a. 2008; Rosendal e.a. 2009, p. 47-48 en Boot 2020, p. 102-103.

82 Zie echter Zegveld 2018a en Kramer 2014.

83 RVZ 1998, p. 81.

aan netwerkzorg verwante begrippen zoals ‘zorgprogramma’, ‘disease management’ en ‘managed care’; begrippen die ook nu nog worden gebruikt, terwijl daarmee in feite netwerkzorg wordt bedoeld.⁸⁴ Een term die eveneens wordt gebezigd is ‘netwerkgeneeskunde’, maar ook dan wordt vaak netwerkzorg bedoeld.⁸⁵

3.3 *Illustraties van netwerkzorg door zorgnetwerken*

3.3.1 *Ontwikkelingen*

Netwerkzorg was er niet van de ene op de andere dag.⁸⁶ Zij is een resultante van diverse ontwikkelingen en, zo valt te verwachten, nog niet het eindstation. De kiem ligt in de eerstelijnszorg, waarbinnen de huisartsen de spil vormen.⁸⁷ Waar voor 1970 de eerstelijnszorgaanbieders nog vooral solistisch werkzaam waren, veranderde dit beeld vanaf dat jaar door een groeiend aantal duo-praktijken en groepspraktijken (ook HOEDS, zie hoofdstuk 2), mede ingegeven door de van overheidswege geuite wens om de eerste lijn te versterken.⁸⁸ Iets later ontstonden ‘MOEDS’ (Meerdere Disciplines Onder Eén Dak) of ‘gezondheidscentra’ (waartussen overlap bestaat).⁸⁹ Gezondheidscentra ontstonden vanuit een idealistische visie op de samenwerking tussen huisartsen en maatschappelijk werkers.⁹⁰ Een gezondheidscentrum werd wel gedefinieerd als *een door een instelling beheerd samenwerkingsverband, waar vanuit een gemeenschappelijke huisvesting integrale eerstelijnszorg wordt verleend door ten minste twee huisartsen, twee wijkverpleegkundigen, één maatschappelijk werkende en zo mogelijk vertegenwoordigers van andere disciplines in de eerste lijn*.⁹¹ Een andere gangbare definitie is die van *een centrum waarin onder één dak een samenwerkingsverband is van huisartsenzorg, maatschappelijk werk en wijkverpleging; soms wordt ook fysiotherapie, verloskunde, ziekenverzorging, farmacie en dieetadvies geboden*. Het Centraal Bureau voor de Statistiek definieert gezondheidscentra als ‘vestigingen’ en beschrijft de geboden zorg als *gezondheidszorg zonder overnachting door een instelling of maatschap, waarin verschillende*

84 Zie voor de begrippen ook Ursum e.a. 2011, p. 31.

85 Zie bijvoorbeeld de Federatie Medisch Specialisten www.demedischspecialist.nl evenals het visiedocument Medisch Specialist 2025.

86 Wel noemde de RVZ in 1998 het transmuraal zorgnetwerk al als oplossing voor problemen in de samenwerking rondom complexe zorg, zie RVZ 1998.

87 Er zijn ongeveer 7.917 zelfstandig gevestigd huisartsen, zie Boot 2020, p. 63.

88 Zie voor deze ontwikkeling in relatie tot het beleidskader van de overheid Hopman e.a. 2009, p. 21-22. Zie ook Laurijssens e.a. 1979 (presentatie NHG van drie samenwerkingsmodellen: overlegmodel, teammodel en gemeenschapsmodel).

89 Hansen e.a. 2007, p. 7-9, 17, 21-23, 41-44; Hopman e.a. 2009, p. 25; Hansen e.a. 2010, p. 19; Hammelburg e.a. 2014, hoofdstuk 39 en Boot 2020, p. 64 en 69-72.

90 Hopman e.a. 2009, p. 25. Zie ook Batenburg & Kalf 2010, p. 11-12 over de ontwikkeling van gezondheidscentra.

91 Batenburg & Kalf 2010, p. 12.

*disciplines werkzaam zijn, zoals huisartsen, maatschappelijk werkers en wijkverpleegkundigen en in veel gevallen fysiotherapeuten en apothekers.*⁹²

In de jaren negentig stagneerden de ontwikkelingen in de eerste lijn. Dit was het gevolg van een terugtrekkende overheid en het ontbreken van financiering; de beroepsgroepen werden geacht zelf verantwoordelijkheid te nemen voor het kwaliteitsbeleid, waar samenwerken deel van uitmaakt.⁹³

De door patiëntenorganisaties en verzekeraars bepleite wijkgerichte zorg en de wens van de overheid om zorgstandaarden en financieringsstructuren van zorg rondom diabetes, cardiovasculair risicomanagement (thans 'verhoogd vasculair risico' genoemd), COPD en hartfalen te ontwikkelen, zorgden echter vanaf 2002 voor een nieuwe 'samenwerkings'impuls.⁹⁴ Zo werden vanaf 2005 regionale ondersteuningsorganisaties (ROS) opgericht met het doel de samenwerking in de eerste lijn tot stand te brengen.⁹⁵ Vanaf 2006 ontstonden voorts 'zorggroepen' (vaak groepen huisartsen bestuurd door huisartsen⁹⁶) waarin zorgprogramma's als uitwerking van zorgstandaarden werden aangeboden voor chronisch zieke patiënten.⁹⁷ Dit leek aan te sluiten bij genoemde plannen van de overheid om enkele chronische aandoeningen functioneel te gaan bekostigen.⁹⁸ Zorggroepen werden wel gedefinieerd als *organisaties van overwegend eerste-lijnszorgaanbieders die met zorgverzekeraars contracten sluiten om de chronische zorg in een bepaalde regio te coördineren en uit te voeren met als doelstelling de kwaliteit van zorg te verbeteren.*⁹⁹ Een andere gangbare definitie is die van een *organisatie met rechtspersoonlijkheid waarin zorgaanbieders verenigd zijn die verantwoordelijk zijn voor het coördineren en leveren van chronische zorg aan een nader omschreven patiëntenpopulatie (in een bepaalde geografie-*

92 Batenburg & Kalf 2010, p. 12.

93 Hopman e.a. 2009, p. 22.

94 Hopman e.a. 2009, p. 23. Zie voorts de Intentieverklaring Versterking Eerstelijnszorg, bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 29247, nr. 19 (Brief van de minister van VWS) *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 XVI, nr. 155 (Brief van de minister en staatssecretaris van VWS - Programmatische aanpak (disease management) van chronische ziekten). Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 29247, nr. 84 (Brief van de minister van VWS). Zie over de programmatische aanpak ook Jansen e.a. 2012, p. 11. Zie over de bekostiging van de aandoeningen NZa 2009.

95 Hansen e.a. 2007, p. 9 en 12; Boot 2020, p. 99. In 2014 bestond er (al) een landelijk dekkend netwerk van 17 ROS. Zie voorts www.ros-netwerk.nl.

96 Struijs e.a. 2009, p. 9-20 en Van Til e.a. 2010, p. 23.

97 Zie meest duidelijk Hansen e.a. 2010, p. 22. Zie voorts Ursum e.a. 2011, p. 30.

98 *Kamerstukken II* 2008/09, 29247, nr. 84 (Brief van de minister van VWS), p. 1 en 6-7. Zie ook De Wildt & Leusink 2009, p. 7-9, 13-14; Hopman e.a. 2009, p. 13 en 44; Hansen e.a. 2010, p. 19-20; Van Til e.a. 2010, p. 11, 13; Out en De Jong 2017, p. 9 en Boot 72-73.

99 De Wildt & Leusink 2009, p. 7; NZa 2009, p. 16; NZa 2010, p. 15; Van Til e.a. 2010, p. 3 (in Nederland werden tot maart 2010 in totaal 97 zorggroepen opgericht met minimaal één operationeel Zorgprogramma) en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 10.

sche regio) en waarbij gebruik wordt gemaakt van een keten-diagnosebehandelcombinatie-contract.¹⁰⁰ Zij hadden de vorm van een coöperatie, besloten vennootschap of stichting.¹⁰¹ De verenigde disciplines waren evenwel niet op dezelfde locatie gevestigd.¹⁰²

Uit onderzoek blijkt dat rond 2009 in de eerste lijn drie varianten van samenwerking voorkwamen:

1. die geïntegreerde zorg op populatieniveau in een wijk of dorp omvatten (gezondheidscentra-locatiegebonden);
2. Organisatievormen die de zorg rond een bepaalde patiëntengroep integraal aanboden (zorggroepen-niet locatiegebonden¹⁰³);
3. Organisatievormen die zich richtten op het organiseren van de managementfunctie op een praktijkoverstijgend niveau.¹⁰⁴

Ontwikkelingen waren er ook in de relatie tussen de eerste en tweede lijn. Relevant daarin was het ontstaan van medisch coördinerende centra (MCC's). Deze MCC's zijn *bottom-up* ontstaan en ontwikkeld door huisartsen en specialisten.¹⁰⁵ Zo ontstond reeds in 1992 het 'MCC Klik', opgericht naar aanleiding van een Compagnoncurcus huisartsen/specialisten, met als doelstelling de samenwerking tussen eerste en tweede lijn in Zwolle te ondersteunen en te bevorderen,¹⁰⁶ en zo werd in 1999 vanuit de medische staf van het Medisch Centrum Leeuwarden en de Regionale Huisartsen Vereniging Friesland Noord het initiatief geboren om afspraken te maken over de samenwerking tussen huisartsen en specialisten.¹⁰⁷

Gelijktijdig ontstonden 'transmurale netwerken' gekenmerkt door de aanwezigheid van een ondersteuningsorganisatie (in de vorm van een stichting). Zo werd in 1998 de Stichting Transmuraal Netwerk opgericht, een samenwerkingsverband van eerste- en tweedelijns hulpverleners, woonzorgcentra, centra voor gehandicaptenzorg en apothekers in de regio Midden-Holland ('Groene Hart').¹⁰⁸ Dit netwerk signaleert en verbindt trends, nieuwe ontwikkelingen en regelgeving op het gebied van zorg en welzijn en vertaalt deze naar de regionale context in Midden-Holland. In 1999 volgde de Stichting Transmurale Zorg Den Haag en omstreken, een samenwerkingsverband

100 Struijs e.a. 2009, p. 23 en Van Til e.a. 2010, p. 17.

101 Struijs e.a. 2009, p. 26; De Wildt & Leusink 2009, p. 16 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 15.

102 Hopman e.a. 2009, p. 44.

103 Zie ook NZa 2010, p. 31 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 19-20.

104 Hopman e.a. 2009, p. 11 en Hansen e.a. 2010, p. 18-19. Zie voor het jaar 2007 Hansen e.a. 2007, p. 14: MOEDS, formele samenwerkingsverbanden, geannonceerde samenwerkingsverbanden en door zorgverzekeraars gefinancierde samenwerkingsverbanden.

105 Hammelburg e.a. 2014, p. 188.

106 Zie www.mcc-klik.nl. Zie ook RVZ 1998, p. 58.

107 Zie www.mccleeuwarden.nl.

108 Zie www.transmuraalnetwerk.nl.

van hulpverleners in de regio Haaglanden.¹⁰⁹ De stichting ziet zichzelf als objectieve facilitator, verbinder en aanjager waar het gaat om samenwerking. Een derde vergelijkbaar netwerk is Zorgnetwerk Midden-Brabant, een samenwerkingsverband van hulpverleners in Midden-Brabant, met (onder meer) samenwerkingsafspraken over palliatieve zorg, hersenletsel, dementie en geriatrische zorg.¹¹⁰ Overigens is een aantal van dergelijke transmurale netwerken gelijk te stellen aan een MCC.

Een laatste relevante ontwikkeling in dit verband betreft de acute zorg. Zij werd in gang gezet door een in 1994 uitgebracht rapport van de (toenmalige) Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid.¹¹¹ In dit rapport werd – kort gezegd – geconcludeerd dat de traumazorg gebrekkig was. Dit leidde tot de aanwijzing in 1999 van traumacentra.¹¹² Deze traumacentra kregen tot taak de traumazorg in een regionaal netwerk te coördineren. In 2006 breidden de traumacentra hun regionale rol uit naar de hele acute zorg en werd het Regionaal Overleg Acute Zorg (ROAZ) geïnitieerd met het doel afspraken te maken over de samenwerking tussen alle bij de acute zorg betrokken hulpverleners.¹¹³

Anno 2022 kenmerkt de Nederlandse zorgpraktijk zich nog steeds door netwerken waarin hulpverleners zich hebben georganiseerd rond de zorg aan patiënten met een chronische aandoening, of gericht zijn op een patiëntengroep zoals ouderen of kinderen,¹¹⁴ dan wel een bepaald type zorg zoals de chronische en de acute zorg. Gangbaar is ook nog steeds dat hulpverleners uit eenzelfde regio samenwerken en patiënten in de desbetreffende regio bedienen. Veelal richten netwerken zich op de samenhang tussen eerste- en tweedelijnszorg.¹¹⁵ Tegelijkertijd gaat er veel aandacht uit naar de versterking van de eerstelijns-huisartsenzorg.¹¹⁶

109 Zie www.transmuralezorg.nl.

110 Zie www.zorgnetwerkmb.nl.

111 Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid 1994. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25387, nr. 2 (nota).

112 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25387, nr. 6 (Brief van de minister van VWS); Circulaire traumacentra, *Stcrt.* 1998, nr. 195 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29247, nr. 37 (Brief van de minister van VWS). Aanwijzen kan op basis van art. 8 van de Wet op bijzondere medische verrichtingen.

113 Zie RVZ 2008, p. 17 en 25-26 over acute zorg en de noodzaak om dat beter te regelen en hoe.

114 Zie ten aanzien van netwerkzorg rondom kinderen IGJ 2019b.

115 Jansen e.a. 2012, p. 44. Zie ook hoofdlijnenakkoord Huisartsenzorg 2019-2022.

116 Zie ook hoofdlijnenakkoord Huisartsenzorg 2019-2022. In het hoofdlijnenakkoord is verder uitdrukkelijk aandacht voor het thema 'ICT en zorginfrastructuur' en de (door)ontwikkeling van de regionale Organisatie & Infrastructuur (O&I) in de eerste lijn. Het uitgangspunt bij de O&I is een goede efficiency-balans tussen taken die regionaal en die in de wijk moeten plaatsvinden.

De samenwerking binnen een netwerk is op verschillende manieren ingericht. Zo wordt de zorg aan patiënten met een chronische aandoening (diabetes, COPD, astma, verhoogd vasculair risico en hartfalen) veelal verleend door een zorgnetwerk dat zich kenmerkt door de aanwezigheid van een zorggroep. Zorg die vanuit gezondheidscentra wordt verleend, is doorgaans gericht op zorg aan groepen patiënten woonachtig in een bepaalde regio.¹¹⁷ Ook de transmurale netwerken met een andersoortige ondersteunende organisatie zijn regionaal gefocust. Bij een kwart van de ziekenhuizen zijn MCC's te vinden.

De acute zorg kenmerkt zich nog altijd door een vergaande en gereguleerde samenwerking waarbij de aanbieders van acute zorg deelnemen aan het ROAZ.¹¹⁸ Niettemin heeft de acute zorg de aandacht – met name door de SARS-CoV2-pandemie – en is zij vooralsnog onderwerp van verdergaande ontwikkelingen.¹¹⁹

3.3.2 *Netwerkgroep vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum*

Netwerkgroep komt voor rondom patiënten met een chronische aandoening zoals diabetes, COPD, astma, een verhoogd vasculair risico en hartfalen. De aandoening maakt het noodzakelijk dat de patiënt zorg wordt verleend door verscheidene – wat de zorg betreft van elkaar afhankelijke – hulpverleners tegelijkertijd, waarbij de huisarts zich doorgaans presenteert als hoofdbehandelaar; hij bepaalt wanneer welke professional wordt ingeschakeld.¹²⁰ Dit soort zorg wordt vaak verleend vanuit een *zorggroep*, een organisatie met rechtspersoonlijkheid (coöperatie, besloten vennootschap of stichting). Huisartsen zijn doorgaans (mede-)eigenaar van de zorggroep.¹²¹ Een zorggroep richt zich op een bepaalde geografische regio.

Ter uitvoering van de zorg sluit de zorggroep contracten met zelfstandig werkend hulpverleners. De zorggroep fungeert in deze zin als 'hoofdaannemer' en de gecon-

117 Bij koepelorganisatie InEen zijn 115 zorggroepen aangesloten, 60 gezondheidscentra en 25 koepels van gezondheidscentra, zie www.ineen.nl, ook voor de ondersteunende taken van InEen.

118 Zie bijvoorbeeld voor de ontwikkeling van kwaliteitsindicatoren Sixma e.a. 2013.

119 Zie RVS 2020; Brief van de minister voor Medische Zorg en Sport d.d. 3 juli 2020, met kenmerk 1715821-207734-CZ (houtschoolschets acute zorg). Tot slot wordt gewezen op de wijziging van de Wkkgz en de wijziging van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz: hierin wordt per 1 januari 2022 de acute zorg geregeld, zie Wet van 10 juni 2020 tot wijziging van diverse wetten in verband met de invoering van de Wet toetreding zorgaanbieders (Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders), *Stb.* 2020, 181 en Besluit van 15 juni 2021, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz en het Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG in verband met het stellen van eisen omtrent de voorbereiding, beschikbaarheid en bereikbaarheid van acute zorg, *Stb.* 2021, 291.

120 De Wildt & Leusink 2009, p. 39.

121 Struijs e.a. 2009, p. 25-27; Van Til e.a. 2010, p. 23; De Jong-van Til e.a. 2012, p. 15 en Out & De Jong 2017, p. 9.

tracteerde hulpverleners als ‘onderaannemers’.¹²² Voorbeelden zijn de zorggroep Almere,¹²³ stichting Amstelland Zorg,¹²⁴ Huisartsen Coöperatie Dokterscoop,¹²⁵ en Zorggroep Gelders Rivierenland.¹²⁶ Er zijn ook enkele zorggroepen waarbij de hulpverleners in loondienst van de zorggroep zijn.¹²⁷ Een voorbeeld is De Zorggroep (te Venlo).¹²⁸

De zorg zelf wordt uitgevoerd op basis van een zorgprogramma, zulks ter uitwerking van zorgstandaarden.¹²⁹ Een zorgstandaard beschrijft voor een bepaalde chronische aandoening de zorg waar een patiënt minimaal op mag rekenen: de inhoud van de zorg, de organisatie van de zorg en de zorg voor kwaliteit.¹³⁰ De hulpverleners (met hun verschillende disciplines) worden dus ingezet bij de zorg die op basis van het zorgprogramma dient te worden verleend.

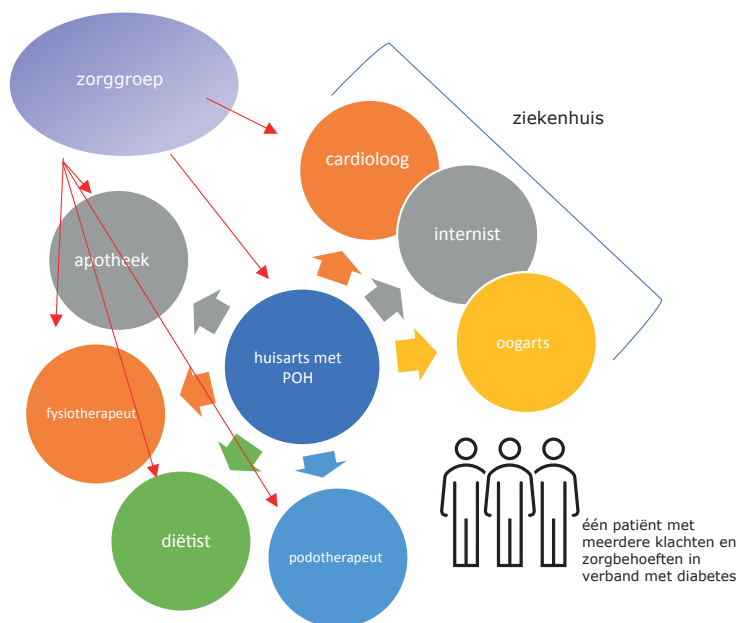
De zorggroep, de rechtspersoon, is in dit geheel verantwoordelijk voor het coördineren en het leveren van de zorg. De zorggroep voorziet de hulpverleners daartoe van informatie omtrent het zorggebruik van de patiënten, stelt protocollen op, zorgt voor bij- en nascholing en ondersteunt de hulpverleners.¹³¹ Een en ander gebeurt op basis van deelcontracten of afspraken met de individuele hulpverleners waarin onderwerpen als kwaliteit, omvang zorg, taken, verantwoordelijkheden, afstemming en samenwerking geregeld zijn.¹³²

Om de zorg aan genoemde chronisch zieken in financiële zin te kunnen verlenen, sluit de zorggroep met de zorgverzekeraar een zogenoemd ‘keten-diagnosebehandelcombinatie-contract’.¹³³ Dit contract omvat het pakket aan zorg voor een individuele patiënt. Uitbetaling vindt plaats aan de zorggroep die het ontvangen geld op haar beurt over de betrokken hulpverleners verdeelt.¹³⁴

-
- 122 Rosendal e.a. 2009, p. 138-139; Struijs e.a. 2009, p. 23 en 235-237; De Jong-van Til e.a. 2012, p. 10 en Zegveld 2018a, p. 59.
- 123 www.zorggroep-almere.nl.
- 124 www.amstellandzorg.nl.
- 125 www.dokterscoop.nl.
- 126 www.gezondrivierenland.nl.
- 127 NZa 2010, p. 16 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 16 en 28.
- 128 www.dezorggroep.nl.
- 129 Van Til e.a. 2010, p. 33-36 en Zegveld 2018a, p. 59.
- 130 NZa 2009, p. 43-44; NZa 2010, p. 15-16; Boot 2020, p. 103-104 en *Kamerstukken I* 2007/08, 31200 XVI, nr. 155, p. 5 (Brief van de minister en staatssecretaris van VWS - Programmatische aanpak (disease management) van chronische ziekten) evenals *Kamerstukken II* 2009/10, 32123 XVI, nr. 136, p. 4 (Brief van de minister van VWS – Voortgang programmatische aanpak van chronisch zieken).
- 131 De Wildt & Leusink 2009, p. 20; Struijs e.a. 2009, p. 43; Van Til e.a. 2010, p. 26 en 38-39 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 32-34.
- 132 Struijs e.a. 2009, p. 40; NZa 2010, p. 17 en Zegveld 2018a, p. 61.
- 133 Rosendal e.a. 2009, p. 137-139; Struijs e.a. 2009, p. 23; De Wildt & Leusink 2009, p. 16; Hopman e.a. 2009, p. 13 en 44; NZa 2010, p. 19; De Jong-van Til e.a. 2012, p. 15 en 23-24; Out & De Jong 2017, p. 28-33 en Boot 2020, p. 107.
- 134 Struijs e.a. 2009; Van Zaalen e.a. 2018, p. 81.

Een zorggroep – zo bleek hiervoor – wordt doorgaans gedefinieerd als een organisatie, een rechtspersoon, (van overwegend eerstelijnszorgaanbieders) die met een zorgverzekeraar contracten sluit om de chronische zorg in een bepaalde regio te coördineren en uit te voeren met als doelstelling de kwaliteit van zorg te verbeteren. Met de term ‘zorggroep’ wordt dus de hoofdcontractant van het keten-diagnosebehandelcombinatie-contract bedoeld en niet het team van hulpverleners dat de feitelijke zorg verleent.¹³⁵

Om dit type netwerkzorg inzichtelijker te maken, kan de diabetespatiënt als voorbeeld dienen.¹³⁶ De diabetespatiënt heeft te maken met de huisarts, de POH of de diabetesverpleegkundige, de diëtist, de maatschappelijk werker, de internist, de oogarts, de nefroloog, de cardioloog, de neuroloog, de vaatchirurg, de klinisch chemicus, de psycholoog, de podotherapeut en/of pedicure, de fysiotherapeut en de apotheker.¹³⁷ De huisarts is de hoofdbehandelaar. De zorgstandaard waarop het diabetesprogramma is gebaseerd en aan de hand waarvan zorg aan de diabetespatiënt wordt verleend, is de Zorgstandaard Diabetes van de Nederlandse Diabetes Federatie.¹³⁸



Figuur 8: Netwerkzorg vanuit een zorggroep, die de zorg door de diverse hulpverleners aan de diabetespatiënt met meerdere klachten en zorgbehoeften coördineert.

135 Struijs e.a. 2009, p. 9; NZa 2010, p. 15; Van Til e.a. 2010, p. 3, 13.

136 Zie over aantallen patiënten met diabetes Struijs e.a. 2009, p. 13. Zie over de keten-dbc diabetes Struijs e.a. 2009, p. 31-36.

137 Rosendal e.a. 2009, p. 139; De Wildt & Leusink 2009, p. 21; Hansen e.a. 2010, p. 63-67 en 73; Van Til e.a. 2010, p. 36 en 40; Jansen e.a. 2012, p. 30-31, 46-51, 55 en 58 en Boot 2020, p. 95.

138 Zie www.zorgstandaarddiabetes.nl.

In de literatuur wordt dit type netwerkzorg geframed als het dienstenmodel, waarbij de diverse hulpverleners vergeleken worden met een orkest en de hoofdbehandelaar met de dirigent.¹³⁹ Het model is geënt op langdurende zorg bij chronische aandoeningen, met een min of meer voorspelbaar (te maken) zorgtraject, en waarbij de zelfstandigheid van de patiënt een rol speelt bij de coördinatie van de zorg. Wordt dit netwerk gezien vanuit een governance-perspectief, dan kan worden gesproken van een leiderorganisatienetwerk of een netwerk administratieve organisatie.¹⁴⁰

Netwerkzorg als deze – *dus aan chronisch zieken op basis van een zorgprogramma* – wordt ook geleverd vanuit de al langer bestaande, wat kleinschaliger,¹⁴¹ gezondheidscentra.¹⁴² Voorbeelden zijn gezondheidscentrum Zuiderkroon,¹⁴³ gezondheidscentrum Overdiep¹⁴⁴ en gezondheidscentrum Huizermaat.¹⁴⁵ Gezondheidscentra als deze hebben doorgaans de vorm van een stichting en hebben dus rechtspersoonlijkheid, maar – let op – dat is niet altijd het geval. Het zijn soms maatschappen, en in een enkel geval is het gezondheidscentrum niet als onderneming (in de zin van de Handelsregisterwet) bij de Kamer van Koophandel bekend, zo bleek mij.

Een gezondheidscentrum bundelt een aantal disciplines in één gebouw en biedt een multidisciplinair zorgaanbod dat op een wijk gericht is.¹⁴⁶ Doorgaans gaat het om de samenwerking tussen de huisarts, de fysiotherapeut, de diëtist, algemeen maatschappelijk werk, de apotheek en de sociaal-psychiatrisch verpleegkundige, die in een aantal gevallen in loondienst zijn van het gezondheidscentrum maar vaker zelfstandig ondernemer zijn. Voorbeelden zijn gezondheidscentrum Overdiep,¹⁴⁷ gezondheidscentrum Korte Akkeren,¹⁴⁸ gezondheidscentrum Didam,¹⁴⁹ Eerstelijns Samenwerking Veenendaal¹⁵⁰ en gezondheidscentrum Lunetten.¹⁵¹

De verschillende hulpverleners in het samenwerkingsverband voeren feitelijk de zorg uit. Zij maken in dat kader afspraken over de aan de chronisch zieken te verlenen zorg en over de afstemming van hun werkzaamheden. Specialisten uit de tweede lijn met wie in datzelfde kader wordt samengewerkt houden meer dan eens spreekuur in gezondheidscentra (ook wel ‘meekijk-consulten’ genoemd, zie bijvoorbeeld gezondheidscentrum Overdiep).

139 Donkers e.a. 2008 en Rosendal e.a. 2009, p. 47.

140 Kenis & Provan 2008 en Provan & Kenis 2007. Zie ook Zegveld 2018a, p. 62.

141 Bouwhuis & De Jong 2015, p. 9-10 en 59 (voorheen ook GEZ-modules); Out & De Jong 2017, p. 9 en 33-38 en NZa 2019.

142 Ik merk voorts op dat sommige zorggroepen zowel zorggroep als gezondheidscentrum zijn.

143 www.zonboog.nl/onder/gczuiderkroon/huisartsen/ons-team/zorgprogramma's.

144 www.gezondheidscentrumoverdiep.nl/onder/over-ons.

145 www.gchuizermaat.nl.

146 Er zijn circa 200 gezondheidscentra, zie Boot 2020, p. 69.

147 www.gezondheidscentrumoverdiep.nl.

148 www.korteakkeren.com.

149 www.gcdidam.nl.

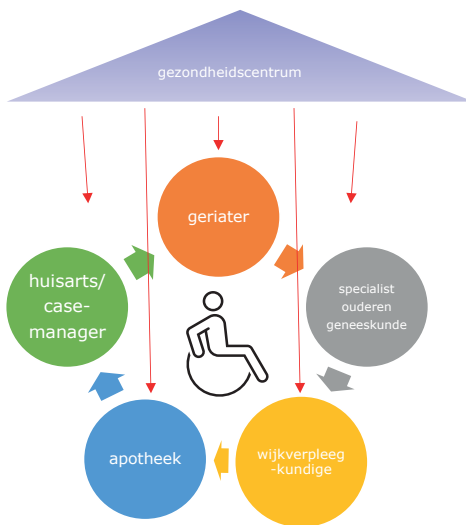
150 www.eerstelijnsamenwerking.nl.

151 www.gezondlunetten.nl.

Gezondheidscentra worden – zo bleek hiervoor – gedefinieerd als instellingen of maatschappijen waarin verschillende disciplines werkzaam zijn zoals huisartsen, maatschappelijk werkers en wijkverpleegkundigen en in veel gevallen fysiotherapeuten en apothekers.

Zowel zorggroepen als gezondheidscentra bieden ook netwerkzorg aan patiënten met anderszins complexe zorgvragen (evenzeer in de vorm van zorgprogramma's). Voorbeelden betreffen patiënten met dementie en patiënten die palliatieve zorg behoeven. Ook ouderen behoeven doorgaans een multidisciplinaire aanpak. Ter illustratie wordt gewezen op de programma's van zorggroep Elde Maasduinen,¹⁵² Medrie,¹⁵³ en zorggroep Gelders Rivierenland.¹⁵⁴ Het verloop van dementie of de ziekte die tot palliatieve zorg noopt, is onvoorspelbaar. Het maakt voortdurend multidisciplinair samenwerken noodzakelijk; de betrokken hulpverleners schakelen elkaar in, maar behandelen de patiënt ieder vanuit hun eigen verantwoordelijkheid; geen van hen kwalificeert als hoofdbehandelaar. Wel is er vaak een casemanager. Dit kan de huisarts zijn.

Om dit type netwerkzorg inzichtelijker te maken, kan de patiënt met dementie of een kwetsbare oudere als voorbeeld dienen.¹⁵⁵ Deze patiënt heeft te maken met een huisarts die de zorg als een casemanager of zorgcoördinator organiseert. Belangrijke andere partners zijn de geriater, de neuroloog, de wijkverpleegkundige, de specialist ouderengeneeskunde en de specialistische GGZ. Zorg wordt verricht op basis van een zorgprotocol. Zie bijvoorbeeld het zorgprotocol Dementie van de Groninger Huisartsen Coöperatie en het zorgprogramma kwetsbare ouderen van Gezondheidscentrum Huisartsen Eemland.¹⁵⁶



Figuur 9: Netwerkzorg vanuit een gezondheidscentrum dat de zorg door de diverse hulpverleners aan de patiënt met dementie of de kwetsbare oudere patiënt coördineert.

152 www.zgem.nl.

153 www.medrie.nl onder zorgprogramma-ouderenzorg.

154 www.gezondrivierenland.nl onder zorgprogramma-ouderenzorg.

155 Rosendal e.a. 2009, p. 147 en 160-165.

156 www.huisartseneemland.nl; Zorgprogramma kwetsbare ouderen februari 2019.

In de literatuur wordt dit type netwerkzorg geframed als het kluwenmodel. Bij dit model staat centraal dat de patiënt door een toenemend zelfzorgtekort steeds meer hulp nodig heeft van een toenemend aantal zorgverleners die elkaar inschakelen, maar ieder vanuit eigen verantwoordelijkheid opereren. Niemand is de hoofdbehandelaar. De patiënt is geleidelijk aan minder in staat regie en overzicht te houden.¹⁵⁷ De samenwerking tussen de zorgverleners is gericht op het verkennen en oplossen van het probleem. Richtlijnen en standaarden helpen daarbij. Bij dit model horen consultatieteams en casemanagers. Wordt dit type netwerk gezien vanuit een governance-perspectief en de rol van het gezondheidscentrum daarin, dan zou mijns inziens gesproken kunnen worden van een leiderorganisatienetwerk of een netwerk administratieve organisatie.¹⁵⁸

3.3.3 *Acute zorg-netwerk*

Netwerkzorg komt tevens voor rondom patiënten die acute zorg behoeven.¹⁵⁹ Acute zorg wordt in de literatuur beschreven als ‘zorg die niet kan wachten tot de eerstvolgende mogelijkheid op werkdagen om de huisarts of andere hulpverlener te raadplegen’.¹⁶⁰ De samenwerkende hulpverleners in het netwerk zijn erop gericht zo spoedig mogelijk, maar in ieder geval binnen enkele minuten tot enkele uren, zorg te verlenen om overlijden of irreversibele gezondheidsschade als gevolg van een acute levensbedreigende aandoening of ongeval te voorkomen.

De acute zorg kent een wettelijk kader dat per 1 januari 2022 is gewijzigd. Met ingang van genoemde datum is in een nieuw art. 3a Wkkgz bepaald dat ‘de zorgaanbieder behorend tot een van de daartoe bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën van zorgaanbieders’, moet voldoen aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen eisen aan de beschikbaarheid en bereikbaarheid van acute zorg en de voorbereiding op het verlenen van die zorg die voor verschillende categorieën van aanbieders verschillend kunnen zijn.¹⁶¹

De desbetreffende algemene maatregel van bestuur is het Uitvoeringsbesluit Wkkgz dat eveneens is gewijzigd. Na hoofdstuk 8 is een hoofdstuk 8A ‘Acute Zorg’ ingevoegd, bestaande uit de art. 8A.1 tot en met art. 8A.5.¹⁶² In de kern is bepaald dat op een traumacentrum de plicht rust een regionaal overleg te organiseren dat tot doel

157 Donkers e.a. 2008 en Rosendal e.a. 2009, p. 47.

158 Kenis & Provan 2008 en Provan & Kenis 2007. Zie anders Zegveld 2018a, p. 68. Volgens Zegveld is sprake van een zelfregulerend netwerk.

159 Zegveld 2018a, p. 69-72. Zie ook Kramer 2014 voor onderzoek naar CVA (Cerebro Vasculair Accident)-netwerken, in het bijzonder p. 31-34.

160 Boot 2020, p. 141.

161 Zie Wet van 10 juni 2020 tot wijziging van diverse wetten in verband met de invoering van de Wet toetreding zorgaanbieders (Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders), *Stb.* 2020, 181.

162 Zie Besluit van 15 juni 2021, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz en het Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG in verband met het stellen van eisen omtrent de voorbereiding, beschikbaarheid en bereikbaarheid van acute zorg, *Stb.* 2021, 291.

heeft te bewerkstelligen dat zorgaanbieders die behoren tot de aangewezen categorieën, afspraken maken met betrekking tot de beschikbaarheid en bereikbaarheid van de acute zorg in hun regio alsmede de voorbereiding op het verlenen van die zorg (regionaal overleg acute zorgketen, ROAZ). De afspraken beogen op doelmatige wijze te bevorderen dat een persoon die binnen die regio acute zorg nodig heeft, die zorg tijdig ontvangt van een zorgaanbieder die daarvoor voldoende is toegerust en over de voor die zorg noodzakelijke deskundigheid beschikt. De afspraken moeten worden nagekomen. De zorgaanbieders moeten voorts over een crisisplan beschikken.

Acute zorg is per 1 januari 2022 als volgt in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz gedefinieerd: 'zorg in verband met een ervaren of geobserveerde mogelijk ernstige of een op korte termijn levensbedreigende situatie als gevolg van een gezondheidsprobleem of letsel dat plotseling is ontstaan of plotseling verergerd'. Diezelfde definitie is met een andere recente wijziging van de Wkkgz in art. 1 Wkkgz komen te staan.¹⁶³

Een traumacentrum is een krachtens art. 8, tweede lid, van de Wet op bijzondere medische verrichtingen als traumacentrum aangewezen ziekenhuis, aldus eveneens het Uitvoeringsbesluit Wkkgz.

De eveneens aangepaste Uitvoeringsregeling Wkkgz geeft op drie punten invulling aan het Uitvoeringsbesluit: het functioneren van het regionaal overleg acute zorgketen, de normen voor de bereikbaarheid van de acute zorg en het besluitvormingsproces bij eventuele plannen om het aanbod van acute zorg op een bepaalde locatie geheel of gedeeltelijk te beëindigen of op te schorten.¹⁶⁴

Er rust dus een belangrijke plicht op de traumacentra en het ROAZ, wat overigens niet nieuw is.¹⁶⁵ Het doel van het ROAZ is ervoor te zorgen dat een patiënt zo snel mogelijk op de juiste plaats terecht komt wanneer hij acute zorg nodig heeft. Een ROAZ maakt afspraken om de acute zorg in de regio's te organiseren en kwalitatief te verbeteren, een en ander volgens de geldende normen voor bereikbaarheid van acute zorg. Er zijn elf ROAZ' in Nederland, behorend bij de elf ter uitvoering van acute zorg aangewezen traumacentra (Acute Zorgregio Oost; Netwerk Acute Zorg Brabant; Acute Zorg Euregio; Netwerk Acute Zorg Limburg; Traumazorg Netwerk Midden Nederland; Acute Zorg Netwerk Noord Nederland; Netwerk Acute Zorg Noordwest; Netwerk Acute

163 Wet van 13 oktober 2021 tot wijziging van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg in verband met het creëren van grondslagen voor het verwerken van gepseudonimiseerde persoonsgegevens ten behoeve van registraties ter bevordering van de kwaliteit en veiligheid van de gezondheidszorg, *Stb.* 2021, 496. Zie voor de inwerkingtreding het besluit van 26 november 2021, *Stb.* 2021, 584.

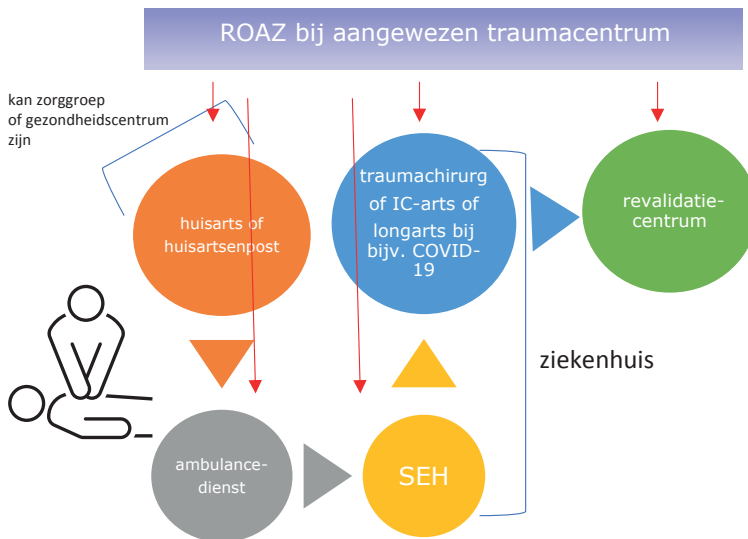
164 Regeling van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 21 september 2021, kenmerk 3255230-1015222-CZ, houdende wijziging van de Uitvoeringsregeling Wkkgz in verband met het stellen van nadere regels over de voorbereiding, bereikbaarheid en beschikbaarheid van acute zorg, *Stcrt.* 2021, 41958.

165 Zie voor een toelichting ook het Visiedocument Traumazorg in Nederland van de Landelijk Beraadsgroep Traumachirurgie, 2015.

Zorg West; Traumacentrum Zuidwest-Nederland; Netwerk Acute Zorg regio Zwolle; SpoedZorgNet AMC). Deze aangewezen traumacentra hebben bij elkaar een landelijke dekking, terwijl elk traumacentrum met zijn ROAZ een bepaalde regio beslaat. Het ROAZ met het traumacentrum en hun ketenpartners vormen het acute zorgnetwerk. Ketenpartners zijn ziekenhuizen, regionale ambulancevoorzieningen, huisartsen (al dan niet in een zorggroep of gezondheidscentrum), huisartsenposten, verloskundigen, GGZ, GHOR (geneeskundige hulpverleningsorganisaties) en GGD. Deze partners zijn autonoom. De acute zorg wordt volgtijdelijk door hen verleend, in – als het goed is – steeds lichtere zorgvormen.¹⁶⁶

De acute zorgnetwerken vormen zelf ook weer een netwerk. Het ‘Landelijk netwerk acute zorg’ is de naam van deze netwerkorganisatie.¹⁶⁷ De onderlinge samenwerking en beleidsafstemming tussen de acute zorgnetwerken binnen het netwerk vinden plaats door ondersteuning van een ‘Klein Bureau’.

Om dit type netwerkzorg inzichtelijker te maken, kan de patiënt die het slachtoffer is van een ongeval dienen. Deze patiënt komt via de huisarts of de ambulancedienst op de Spoedeisende Hulp terecht en vervolgens bij een traumachirurg. Eindstation is het revalidatiecentrum. Het acute zorgnetwerk is ook het netwerk dat actief is inzake de organisatie van zorg voor COVID-19-patiënten.



Figuur 10: Netwerk acute zorg, waarbij de patiënt achtereenvolgens een aantal hulpverleners ‘ziet’ die zelfstandig binnen het netwerk acteren, waarbij een aantal hulpverleners ziekenhuis of zorggroep (met ook een netwerkverband) is.

166 Zegveld 2018a, p. 72.

167 Zie www.lnaz.nl.

In de literatuur wordt dit type netwerkzorg geframed als het transfermodel, waarbij iedere schakel een eigen verantwoordelijkheid draagt en logistieke afspraken centraal staan.¹⁶⁸ De patiënt wordt in steeds lichtere zorgvormen behandeld en wint daarmee aan zelfstandigheid. Bij iedere transfer vindt overdracht van zorg en verantwoordelijkheid plaats. De hulpverleners in het model worden vergeleken met estafettelopers die het stokje overgeven. Wordt dit type netwerk gezien vanuit een governance-perspectief, dan kan worden gesproken van een leiderorganisatienetwerk.¹⁶⁹ Het traumacentrum heeft een leidende rol, beschreven in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz.

3.3.4 *Transmurale netwerken*

Een aantal samenwerkingsverbanden van zorg- en welzijnsaanbieders in een bepaalde regio noemt zich een (stichting) transmuraal netwerk. Een voorbeeld is de Stichting Transmuraal Netwerk Midden-Holland.¹⁷⁰ Deze organisatie stimuleert en ondersteunt hulpverleners in de regio Midden-Holland bij het opzetten en uitvoeren van zorgprogramma's (bijvoorbeeld ter zake van palliatieve zorg) en het ontwikkelen van een samenhangend aanbod. Voorts vertaalt zij nieuwe ontwikkelingen en regelgeving naar de regionale context. De aangesloten hulpverleners voeren de zorg uit. Aangesloten zijn (onder meer) zorggroepen, centra voor ouderenzorg, thuiszorgorganisaties, woonzorgcentra, apothekers, gehandicaptenzorgorganisaties, het Groene Hart Ziekenhuis, een revalidatiecentrum en een organisatie voor verpleegkundige zorg. Een ander voorbeeld is de Stichting Transmurale Zorg Den Haag en omstreken.¹⁷¹ Zij is een samenwerkingsverband van hulpverleners in de regio Haaglanden. De doelstelling is het bevorderen van de samenhang in de zorg in de Haagse regio. De organisatie ontwikkelt werkafspraken, adviezen en richtlijnen over samenwerking in de regio op het terrein van onder meer de acute zorg, dementie, COVID-19, geestelijke verzorging thuis en palliatieve zorg. Onder de Stichting Transmurale Zorg valt het Farmaco Therapeutisch Transmuraal Overleg, waarin wordt samengewerkt aan beleid over transmurale farmaceutische zorg rond bepaalde diagnosegroepen. Het overleg functioneert als stuurgroep. In de stuurgroep zitten twee huisartsen, twee specialisten en twee apothekers. Aangesloten hulpverleners zijn (onder meer) het Medisch Centrum Haaglanden, het Haga ziekenhuis, apothekers, gezondheidscentra, huisartsenposten, een GGZ-instelling en een revalidatiecentrum.

Een aantal van dergelijke organisaties noemt zich medisch coördinerend centrum (MCC) en is aangesloten bij de Federatie Medische Coördinerende Centra. Ondanks de organisatorische en regionale verschillen hebben MCC's één gemeenschappelijke noemer: het formuleren van regionale transmurale afspraken (RTA's) tussen huisartsen en specialisten, volgens een uniforme procedure. MCC's leveren daarmee een bijdrage aan de vertaling van landelijke *evidence-based* richtlijnen naar samen-

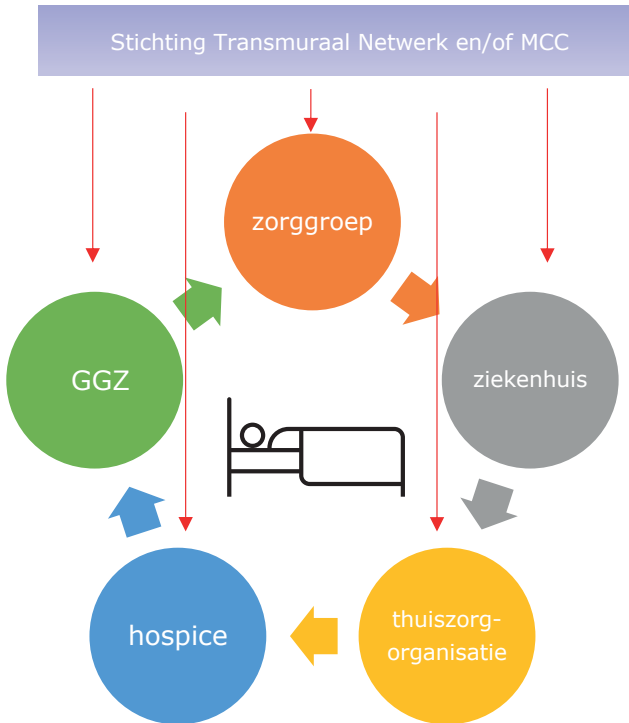
168 Donkers e.a. 2008 en Rosendal e.a. 2009, p. 47.

169 Kenis & Provan 2008 en Provan & Kenis 2007. Zie ook Zegveld 2018a, p. 72.

170 www.transmuraalnetwerk.nl.

171 www.transmuralezorg.nl.

werkingsprocessen tussen huisartsen en specialisten bij de zorgverlening aan hun gemeenschappelijke patiënten. Een voorbeeld betreft patiënten die palliatieve zorg behoeven.



Figuur 11: Zorgnetwerk met ondersteuning vanuit een stichting transmuraal netwerk of MCC, waarbij de patiënt zorg ontvangt van diverse zelfstandige hulpverleners, waaronder ziekenhuizen, thuiszorg-organisaties en zorggroepen (met ook een netwerkverband).

In de literatuur wordt dit type netwerkzorg geframed als het kluwenmodel. Bij dit model staat centraal dat de patiënt door een toenemend zelfzorgtekort steeds meer hulp nodig heeft van een toenemend aantal zorgverleners die elkaar inschakelen, maar ieder vanuit eigen verantwoordelijkheid opereren. Niemand is de hoofdbehandelaar. De patiënt is geleidelijk aan minder in staat regie en overzicht te houden.¹⁷² De samenwerking tussen de zorgverleners is gericht op het verkennen en oplossen van het probleem. Richtlijnen en standaarden helpen daarbij. Bij dit model horen consultatieteams en casemanagers.

Wordt dit type netwerk gezien vanuit een governance-perspectief, dan kan worden gesproken van een zelfregulerend zorgnetwerk of een netwerk administratieve organisatie.¹⁷³

172 Donkers e.a. 2008 en Rosendal e.a. 2009, p. 47.

173 Kenis & Provan 2008 en Provan & Kenis 2007. Zie ook Zegveld 2018a, p. 68.

3.4 *Het binnenste-buitenziekenhuis als werkmodel voor rechtsverhoudingen, samenwerkingsplichten, gebrekkige samenwerking en verhaal van schade*

3.4.1 *Het binnenste-buitenziekenhuis op de kaart*

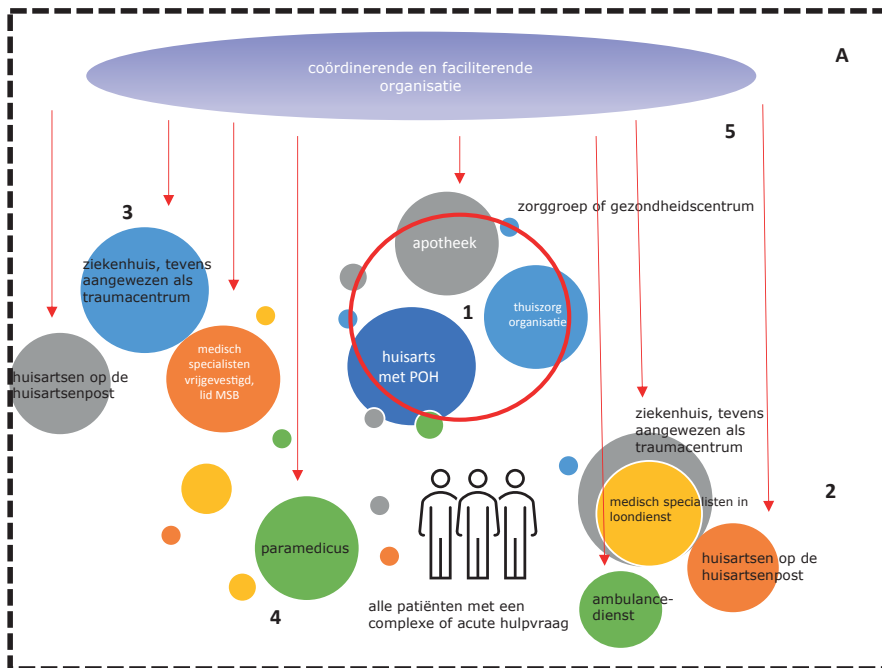
Hiervoor zijn de ontwikkelingen ter zake van netwerkzorg geschetst en is een aantal zorgnetwerken omschreven, inclusief de relaties tussen de hulpverleners en de externe organisatie die de netwerkzorg structuur geeft. De illustraties bevestigen dat netwerkzorg zich kenmerkt door *de nevenschikkende samenwerking in georganiseerde verbanden met het doel de toegankelijkheid, kwaliteit en efficiëntie van zorg te verbeteren*. Omdat deze beschouwing ziet op de vraag hoe toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht uitwerkt indien de samenwerking gebrekkig is, volgt hierna een analyse van de elementen die voor die aansprakelijkheid van belang zijn. Hoofdstuk 2 leerde dat een eerste belangrijk element de rechtsverhouding tussen de hulpverleners en de patiënt is; de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt is bepalend voor het antwoord op de vraag op basis van welke grondslag schade verhaald zou kunnen worden. Ten tweede is van belang tot welke prestaties de desbetreffende hulpverleners ten tijde van de behandeling ten opzichte van de patiënt verplicht waren. Daarbij gaat het specifiek om plichten uit hoofde van samenwerking: als niet duidelijk is welke plichten met samenwerking gepaard gaan, kan immers niet worden vastgesteld dat een bepaalde manier van samenwerken gebrekkig is. Daarna kan aan de hand van de norm van het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) worden bepaald of sprake is van verwijtbaar onjuist gedrag door het verzaken van een of meer samenwerkingsplichten, in welk verband – afhankelijk van de rechtsverhouding – zal worden gesproken van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst of van een toerekenbare onrechtmatige daad. Zowel een toerekenbare tekortkoming als een toerekenbare onrechtmatige daad brengt een plicht tot vergoeding van daardoor geleden schade met zich. Dit geldt ook voor de kwalitatieve aansprakelijkheid en de centrale aansprakelijkheid, waarbij de hoedanigheid van een persoon (ziekenhuis) in combinatie met verwijtbaar onjuist gedrag van een ander persoon (medisch specialist) reden is voor de mogelijkheid tot afwenteling van schade.

Aldus wordt hierna ingegaan op de rechtsverhoudingen tussen de patiënt en (de diverse hulpverleners binnen) het zorgnetwerk en de plichten uit hoofde van samenwerking. Ook wordt ingegaan op enkele vormen van gebrekkige samenwerking, waarna die gebrekkige samenwerking wordt ‘vertaald’ naar een juridische grondslag voor verhaal van schade.

Ik doe een en ander aan de hand van een hierna weer te geven werkmodel, een ‘zorgnetwerkmodel’. Dit heeft een aantal redenen. Ten eerste is elk zorgnetwerk qua structuur uniek en is het ondoenlijk om elk zorgnetwerk in detail te analyseren. Ten tweede is het niet onwaarschijnlijk dat zich nieuwe zorgnetwerken aandienen en deze beschouwing al snel zijn relevantie zou verliezen als daar geen rekening mee wordt gehouden. Ten derde is het mijns inziens ook niet nodig om elk zorgnetwerk apart te

analyseren; elk zorgnetwerk kenmerkt zich immers door *een manier van zorgverlening aangaande een bepaalde patiëntengroep, waarbij drie of meer niet tot eenzelfde ziekenhuis (of vergelijkbare instelling) behorende hulpverleners van verschillende disciplines in georganiseerde verbanden op nevenschikkende wijze samenwerken, met het doel de toegankelijkheid, kwaliteit en efficiëntie van zorg te verbeteren.*

Het model noem ik in deze beschouwing 'het binnenste-buitenziekenhuis'. Uiteraard is de term op zichzelf niet juist; er is immers geen sprake van een situatie waarin de patiënt buiten de muren van een ziekenhuis wordt behandeld door hulpverleners die normaal gesproken binnen de muren van een ziekenhuis werken. Niettemin spreekt de term volgens mij tot de (juiste) verbeelding, en voldoet het hopelijk om aanspreekelijkheidsvragen en antwoorden daarop, goed over het voetlicht te brengen.



Figuur 12: Het binnenste-buitenziekenhuis.

Het zorgnetwerkmodel moet zowel 'tegelijkertijd' als 'volgtijdelijk' worden geïnterpreteerd. Voorts is relevant dat de samenwerking in het ene geval wat losser kan zijn dan in het andere geval en dat samenwerking kan plaatsvinden door meer of minder hulpverleners dan geschetst en dat het type hulpverlener uiteraard kan verschillen. Ook de rol van het coördinerend en faciliterend orgaan verschilt per (soort) netwerk en kan in het ene netwerk een meer vooraanstaande positie innemen dan in het andere. Verder geldt dat binnen een zorggroep of gezondheids-

centrum meer of minder hulpverleners actief kunnen zijn dan geschetst. De in het zorgnetwerkmodel opgenomen nummers 1 t/m 5 verwijzen naar de wat grotere of meer specifieke hulpverleners binnen het netwerk. De letter A verwijst naar het zorgnetwerk als geheel.

Bij dit alles geldt dat ik vooral de praktijk wil kenschetsen en dus niet uitga van keurige lijnen en organisaties op een rij.

3.4.2 *Rechtsverhoudingen tussen de patiënt en de hulpverleners in het zorgnetwerk*

Om de aansprakelijkheid van de hulpverleners uit een zorgnetwerk ten opzichte van de patiënt te duiden, is ten eerste de rechtsverhouding tussen de hulpverleners en de patiënt van belang. Relevant is dan ook dat de patiënt die zich met een hulpvraag tot een hulpverlener wendt, in de regel een behandelingsovereenkomst sluit (zie hoofdstuk 2). Er is geen reden om te denken dat dat in beginsel anders zou zijn bij netwerkzorg. Ter beantwoording van de vraag wie de tot prestatie verplichte contractspartij van de patiënt is, is in algemene zin bepalend wat de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en wat hulpverlener en patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden.¹⁷⁴ Verder zijn er twee *vuistregels*. Vereenvoudigd gezegd, houdt de ene vuistregel in dat de hulpverlener die als zelfstandig ondernemer handelt als contractspartij van de patiënt wordt gezien. De andere vuistregel houdt in dat indien de hulpverlener in loondienst is van een rechtspersoon, de rechtspersoon als contractspartij wordt aangemerkt. De desbetreffende hulpverlener in loondienst wordt als hulppersoon gezien.

Wordt dit kader toegepast op de in het binnenste-buitenziekenhuis genummerde onderdelen (figuur 12), dan levert dat het volgende op.

Ad 1) In dit onderdeel van het zorgnetwerk (dat overigens op zichzelf ook een netwerk is of kan zijn, zie paragraaf 3.3.2¹⁷⁵) is relevant dat in veel gevallen de zorggroep als ‘hoofdaannemer’ fungeert en de gecontracteerde zelfstandig werkzame hulpverleners als ‘onderaannemers’.¹⁷⁶ Voor de patiënt betekent dit dat er ingevolge de vuistregels behandelingsovereenkomsten ontstaan met de diverse individuele hulpverleners als contractspartij. Er zijn echter ook zorggroepen waarbij de

174 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*) en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*). Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/77.

175 Netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum.

176 Rosendal e.a. 2009, p. 138-139; Struijs e.a. 2009, p. 23 en 235-237; De Jong-van Til e.a. 2012, p. 10 en Zegveld 2018a, p. 59.

hulpverleners in loondienst van de zorggroep (de rechtspersoon) zijn.¹⁷⁷ Volgens de vuistregels zou in dat geval de zorggroep als contractspartij van de patiënt bij de behandelingsovereenkomst moeten worden gezien.

Een en ander kan op gelijke wijze worden geconcludeerd ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid bezittende gezondheidscentra: zijn de hulpverleners zelfstandig dan is met hen gecontracteerd, maar zijn zij in loondienst dan is met het centrum gecontracteerd. Heeft een gezondheidscentrum de vorm van een maatschap in de zin van art. 7A:1655 BW, dan is er een verschil in die zin dat de afzonderlijke maten als contractspartij van de patiënt bij de behandelingsovereenkomst moeten worden gezien (pluraliteit van opdrachtnemers, zie nader paragraaf 3.5.5). Draagt het centrum de naam 'gezondheidscentrum', maar is het geen onderneming in de zin van de Handelsregisterwet (onbekend bij de Kamer van Koophandel), dan ga ik uit van een MOED 'in disguise' en sluit de patiënt contracten met de afzonderlijke zelfstandig hulpverleners.

Ad 2) In dit onderdeel van het zorgnetwerk is relevant dat de medisch specialisten in loondienst van het ziekenhuis zijn. Dat maakt de rechtspersoon, het ziekenhuis, de contractspartij van de patiënt bij de behandelingsovereenkomst. De huisartsenpost is geen partij bij die overeenkomst; de post staat los van het ziekenhuis. Een huisartsenpost is een coöperatie U.A. waar huisartsen lid van zijn. Volgens de vuistregels sluit de patiënt een behandelingsovereenkomst met de zelfstandig huisarts(en) als contractspartij.

Ad 3) In dit onderdeel van het zorgnetwerk is relevant dat de medisch specialisten vrijgevestigd zijn en deel uitmaken van een medisch specialistisch bedrijf. De patiënt sluit volgens de vuistregels mitsdien behandelingsovereenkomsten met de vrijgevestigde medisch specialisten als contractspartij van de patiënt. Voor de huisartsenpost en de daar werkzame huisartsen geldt wat onder ad 2 is beschreven.

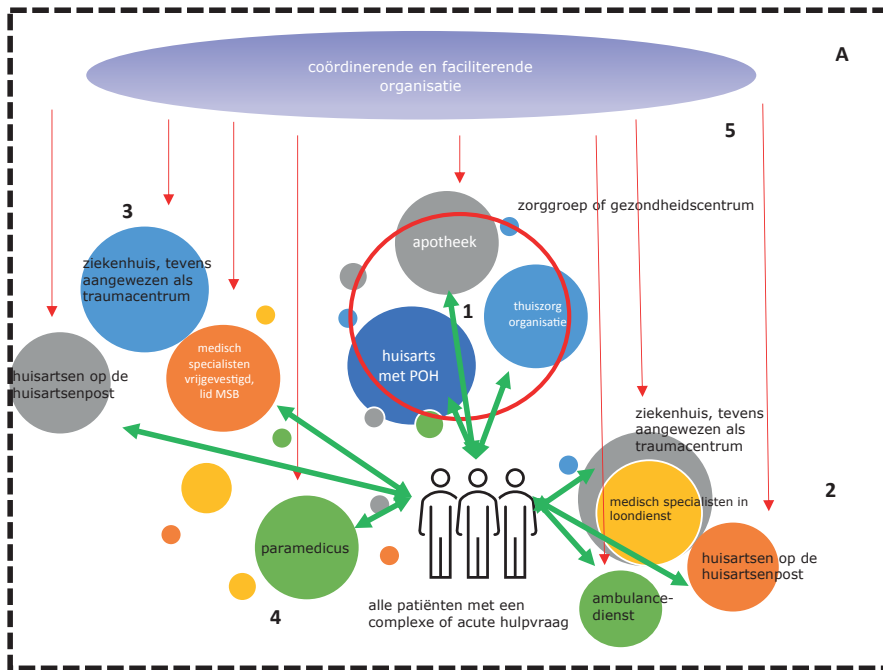
Ad 4) De paramedicus in dit zorgnetwerk is zelfstandig ondernemer; hij heeft een solopraktijk. De patiënt sluit volgens de vuistregels een behandelingsovereenkomst met de paramedicus als contractspartij.

Ad 5) De organisatie is belast met coördinerende en faciliterende taken. De hulpverleners zijn niet in loondienst. De patiënt sluit met deze organisatie geen behandelingsovereenkomst. *Let wel*, is de coördinerende en faciliterende organisatie een zorggroep of gezondheidscentrum, dan kan dat anders zijn. De rechtsverhoudingen zijn dan zoals hiervoor beschreven onder ad 1.

177 NZa 2010, p. 16 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 16 en 28.

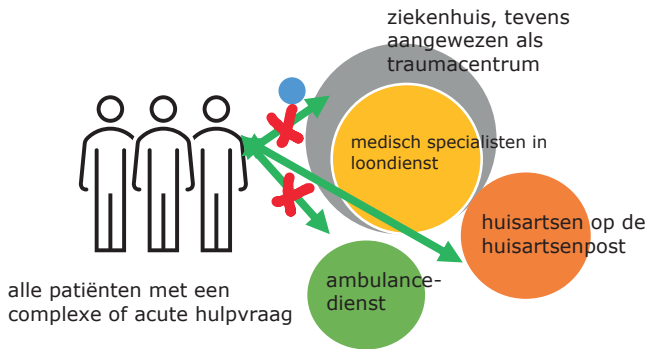
Ad A) Van een behandelingsovereenkomst tussen de patiënt en 'het zorgnetwerk als zodanig' is geen sprake; het zorgnetwerk als geheel is (op dit moment) op zichzelf geen rechtspersoon of een in de wet erkend verband.

De behandelingsovereenkomsten kunnen als volgt in het binnenste-buitenziekenhuis worden weergegeven. *Ik ga daarbij uit van de situatie dat in onderdeel 1 sprake is van zelfstandig hulpverleners. Is sprake van loondienstverband met de rechtspersoonlijkheid bezittende zorggroep of het rechtspersoonlijkheid bezittende gezondheidscentrum, dan dienen de drie pijlen gezien te worden als één pijl.*



Figuur 13: Het binnenste-buitenziekenhuis met daarin opgenomen de rechtsverhoudingen volgens de vuistregels.

Het is mogelijk dat het aan een of meer behandelingsovereenkomsten ontbreekt in die situatie dat de patiënt, zonder vertegenwoordiger, comateus of bewusteloos wordt binnengebracht op de afdeling Spoedeisende Hulp van een ziekenhuis. Dit kan zich voordien in het kader van het acute zorgnetwerk, bijvoorbeeld na een ongeval. De situatie (nu weergegeven in onderdeel 2 van het zorgnetwerk) is dan de volgende.



Figuur 14: Geen behandelingsovereenkomst als verklaring om overeenkomst te sluiten ontbreekt door bijvoorbeeld bewusteloosheid

3.4.3 Plichten uit hoofde van samenwerking

Voor de duiding van de aansprakelijkheid van de hulpverleners uit een zorgnetwerk ten opzichte van de patiënt waar het gaat om gebrekkige samenwerking, is ook van belang tot welke samenwerkingsprestaties de desbetreffende hulpverleners ten tijde van de behandeling ten opzichte van de patiënt verplicht waren. Om dit in kaart te brengen, is ten eerste vereist dat duidelijk is wat 'samenwerken' behelst. In het spraakgebruik wordt samenwerken omschreven als 'het zich gezamenlijk inzetten om een bepaald doel te bereiken'. In de literatuur wordt voorts beschreven dat samenwerken in de zorg noodzaakt tot het verlaten van het eigen territorium; het ontdekken van nieuwe kennis- en ervaringsbieden; het leren verstaan van een andere taal (en cultuur); het een plaats geven van meerdere perspectieven en zienswijzen; het maken van ruimte voor de expertise van een collega; het waarderen van de expertise en visie van een collega als aanvullend en verrijkend.¹⁷⁸ Samenwerken rondom een zorgplan of -programma vereist bovendien *interdisciplinair* of zelfs *interprofessioneel* samenwerken. Bij interdisciplinair samenwerken handelt iedere professional binnen de grenzen van zijn vak en worden de taken na afstemming over de betrokken professionals verdeeld. Bij interprofessioneel samenwerken voert de professional discipline-overstijgende teambesluiten en vakoverstijgende handelingen uit.¹⁷⁹ De samenwerking, in het bijzonder de interprofessionele, wordt beïnvloed door een aantal factoren: ieders rol en de omgang van de ander daarmee, de *caseload*, de mate van autonomie, de administratieve ondersteuning, persoonlijke kenmerken en de geschiedenis van de samenwerking.¹⁸⁰ In aansluiting hierop wordt in de opleiding voor medici veel aandacht besteed aan samenwerking, in het bijzonder aan samenwerken

178 Van Zaalen e.a. 2018, p. 29.

179 Van Zaalen e.a. 2018, p. 37.

180 Van Zaalen e.a. 2018, p. 40.

binnen een netwerk.¹⁸¹ Verder kent ook het CanMeds-model – dat de competenties van de medisch specialist vormt – een competentie gericht op samenwerking.¹⁸²

Voorts is vereist dat uit de vrijwilligheid om samen te werken, plichten volgen. Plichten die de patiënt kan benoemen of waaraan hij kan refereren, zo hij wil aantonen dat de samenwerking tussen de samenwerkende hulpverleners in een zorgnetwerk gebrekkig is. Is er dus zoiets als een plicht om bij netwerkzorg het werk goed te verdelen, elkaar te informeren (over de diagnose, het te voeren beleid, de uitkomsten van het onderzoek, de medicatie), een afstemmingsplicht, een verantwoordingsplicht, een plicht tot geïnformeerde (dossier)overdracht, enzovoort?

Dergelijke plichten staan niet met zoveel worden in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Op de hulpverlener rusten echter ook verplichtingen uit hoofde van de Wkkgz. De Wkkgz geeft invulling aan het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Uit de Wkkgz nu lijkt (ten minste) een toedelingsplicht ter zake van verantwoordelijkheden te volgen evenals een afstemmings- en verantwoordingsplicht. In art. 3 Wkkgz staat immers dat *'de zorgaanbieder de zorgverlening op zodanige wijze moet organiseren, zich zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personele en materiële middelen en, voor zover nodig, bouwkundige voorzieningen moet bedienen en, indien hij een instelling is, tevens zorg moet dragen voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten, dat een en ander redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg'*.¹⁸³

Wel zij opgemerkt dat de toedelings-, afstemmings- en verantwoordingsplicht volgens dit artikel alleen geldt voor een hulpverlener die tevens *instelling* is. Een zorggroep of een gezondheidscentrum zal *onder omstandigheden* aan deze eis voldoen,¹⁸⁴ maar het zorgnetwerk in zijn onderlinge verband niet. Toch zie ik dat niet als een argument om 'dan maar' aan te nemen dat tussen hulpverleners van een zorgnetwerk geen toedelings-, afstemmings- en verantwoordingsplichten bestaan. Mijns inziens kan worden betoogd dat art. 3 Wkkgz gezien het doel van de wet en de feitelijke praktijk, een ruimere strekking heeft dan de letterlijke tekst doet vermoeden, wat ook overigens kan worden afgeleid uit de volgende passage uit de toelichting op de Wet cliëntenrechten zorg, de voorloper van de Wkkgz: *'Uitgangspunt is dat de cliënt in de zorg centraal staat. Een aaneensluitende keten van vroegtijdige onderkenning van een aandoening, zelfmanagement en passende zorg is van belang. Uit de brief aan de Tweede Kamer van 16 juni 2008 blijkt dat het aantal chronisch zieken fors stijgt. Chronisch zieken hebben vaak*

181 Van Vliet e.a. 2016, in het bijzonder hoofdstuk 6.

182 Hammelburg e.a. 2014, p. 263 en Van Zaalen, p. 94-96.

183 Door rechters is geoordeeld dat dit een resultaatsverplichting is, zie Rb. Rotterdam 7 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7481, en Rb. Rotterdam 13 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7726.

184 *Kamerstukken I* 2013/14, 32402, F, p. 16 (doorlopende integrale toelichting). Zie ook Wijne 2021c, p. 85 over zorggroepen en gezondheidscentra die kwalificeren als zorgaanbieder.

*langdurig zorg van verschillende zorgaanbieders nodig. Idealiter krijgen zij samenhangende zorg aangeboden. Hierdoor neemt het belang van goede samenwerking tussen zorgaanbieders bij de zorg aan één cliënt toe en het is problematisch dat goede samenwerking in de praktijk lastig van de grond komt. Het is dan ook nodig dat binnen de moderne complexe zorgverlening de hulpverleners goed met de cliënt en met elkaar afstemmen om samen aan hun cliënten de beste zorg te leveren. Onderzoek van de IGZ bij ziekenhuizen laat zien dat de afstemming tussen hulpverleners binnen instellingen onvoldoende geregeld is. Tussen verschillende zorgaanbieders zijn de problemen vaak nog groter. (...) Dit wetsvoorstel beoogt de samenhang in de zorg aan één cliënt te verbeteren door de onderlinge afstemming en coördinatie tussen hulpverleners werkzaam binnen de organisatie van een zorgaanbieder en de onderlinge afstemming en coördinatie tussen zorgaanbieders te verbeteren. De verplichting voor zorgaanbieders om te zorgen voor afstemming tussen zorgverleners en tussen zorgaanbieders is als vereiste opgenomen in art. 7 met betrekking tot de organisatie van de zorgverlening. Hiermee wordt benadrukt dat de zorgaanbieder moet zorgen dat de voor hem werkzame hulpverleners de zorg die wordt verleend binnen een instelling, met elkaar afstemmen en dat zij moeten zorgen dat zorgaanbieders en de voor hen werkzame hulpverleners met elkaar afstemmen, over de grenzen van de instelling heen. Hieraan zijn geen vormvoorschriften verbonden.*¹⁸⁵

Een plicht tot het maken van onderlinge afspraken om de zorg doelmatig te verlenen volgt voorts wat het acute zorgnetwerk betreft, uit het op de Wkkgz gebaseerde Uitvoeringsbesluit Wkkgz, dat evenzeer als invulling van het goed hulpverlenerschap mag worden gezien. In het besluit is bepaald dat op een traumacentrum de plicht rust een regionaal overleg te organiseren dat tot doel heeft te bewerkstelligen dat zorgaanbieders afspraken maken met betrekking tot de beschikbaarheid en bereikbaarheid van de acute zorg alsmede de voorbereiding op het verlenen van die zorg. De afspraken beogen op doelmatige wijze te bevorderen dat een persoon die binnen die regio acute zorg nodig heeft, die zorg tijdig ontvangt van een zorgaanbieder die daarvoor voldoende is toegerust en over de voor die zorg noodzakelijke deskundigheid beschikt. De afspraken moeten worden nagekomen. Mijns inziens is hieraan inherent dat er binnen het acute zorgnetwerk tevens een plicht bestaat het werk goed te verdelen en/of over te dragen, een plicht elkaar te informeren en een plicht tot afstemming.

Een andere bron waaruit plichten uit hoofde van samenwerking volgen, is de 'Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg'.¹⁸⁶ Deze handreiking bevat dertien aanbevelingen voor samenwerking in de zorg. De handreiking richt zich zowel op simultane als op volgtijdelijke samenwerking binnen én buiten de muren van een instelling. Een afstemmings- en verantwoordingsplicht bijvoorbeeld staat in aandachtspunt 6: 'Zorgverleners die deelnemen aan een samenwerkingsverband maken duidelijke afspraken over de verdeling van taken en verantwoordelijkheden met betrekking tot de zorgverlening aan de cliënt'. Een overdrachts- en informatieplicht volgt uit

185 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 39 en 41-43 (MvT).

186 KNMG e.a. 2010.

aandachtspunt 9: *‘Overdracht van taken en verantwoordelijkheden vindt expliciet plaats. Bij de inrichting van overdrachtsmomenten is van belang om zowel rekening te houden met bij overdrachtssituaties in het algemeen veel voorkomende risico’s als met eventuele specifieke kenmerken van de cliëntsituatie’*, en een plicht tot controle in de vorm van overleg en evaluatie volgt uit aandachtspunt 10: *‘Waar nodig voor een goede zorgverlening wordt in situaties van samenwerking in de zorg voorzien in controlemomenten (overleg, evaluatie).’* De handreiking kan worden gekwalificeerd als een uitwerking van de professionele standaard en vult daarom het goed hulpverlenerschap in.

Bronnen waaruit diverse plichten in de trant van informeren, overdracht en afstemming voor hulpverleners uit een zorgnetwerk kunnen worden afgeleid, zijn ook de samenwerkingsrichtlijnen opgesteld door partnerorganisaties en beroepsorganisaties uit zowel de eerste als de tweede lijn. De richtlijnen laten zich onderscheiden in Landelijke Eerstelijns Samenwerkings Afspraken (LESA’s) en Landelijke Transmurale Afspraken (LTA’s).¹⁸⁷ Zij maken deel uit van de professionele standaard en vullen mitsdien het goed hulpverlenerschap in.

Een LESA is een samenwerkingsdocument dat als uitgangspunt dient voor het realiseren van werkafspraken in de regio tussen huisartsen en een andere beroepsgroep uit de eerste lijn. Een LESA geeft indicaties voor verwijzing, terugverwijzing, informatie-uitwisseling, gedeelde zorg en suggesties om deze in de regio te nader uit te werken. Een voorbeeld is de LESA Dementie 2009.¹⁸⁸ Een ander voorbeeld is de LESA COPD.¹⁸⁹

In een LTA worden richtlijnen voor de samenwerking tussen huisartsen en medisch specialisten gegeven die als uitgangspunt voor regionale transmurale werkafspraken kunnen dienen. LTA’s bespreken de raakvlakken tussen eerste- en tweedelijnszorg en sluiten aan bij NHG-Standaarden en de richtlijnen van medisch specialisten. In een LTA worden indicaties gegeven voor (terug)verwijzing, informatie-uitwisseling en gedeelde zorg. Een voorbeeld is de LTA COPD.¹⁹⁰ Een ander voorbeeld is de multidisciplinaire richtlijn chronische nierschade 2018 met de module samenwerking bij chronische nierschade.¹⁹¹

Plichten inzake samenwerking zijn verder af te leiden uit de tuchtrechtspraak.¹⁹² De tuchtrechter heeft zelfs vrij recent de term ‘regiebehandelaar’ geïntroduceerd bij wie afstemmingstaken zijn neergelegd zoals het bewaken van de continuïteit en de samenhang van de zorgverlening aan de patiënt en het, waar nodig, in gang zetten van

187 Zie www.nhg.org onder samenwerkingsrichtlijnen.

188 Boomsma e.a. 2009.

189 Lakerveld-Heyl e.a. 2007.

190 Nederlands Huisartsen Genootschap en de Nederlandse Vereniging voor Artsen voor Longziekten en Tuberculose 2001.

191 FMS 2018, hoofdstuk 5.

192 Zie voor een analyse van uitspraken Zegveld 2018a, p. 119-128. Zie (in ziekenhuisverband) bijvoorbeeld RTG Groningen 25 februari 2020, ECLI:NL:TGZRGRO:2020:3 en RTG Eindhoven 16 juli 2020, ECLI:NL:TGZREIN:2020:34.

een aanpassing van de gezamenlijke behandeling.¹⁹³ De regiebehandelaar moet ook zorgen voor adequate informatie-uitwisseling en in de gaten houden of er voldoende overleg is tussen de bij de behandeling van de patiënt betrokken hulpverleners.¹⁹⁴ De tuchtrechtspraak is een bron die vorm geeft aan het goed hulpverlenerschap.

Aan samenwerking gerelateerde plichten zoals het elkaar informeren en het afstemmen van werkzaamheden, volgen evenzeer uit de omstandigheid dat de IGJ in 2018 en 2019 actief toezicht heeft gehouden op dergelijke aspecten van samenwerking bij netwerkzorg. Volgens de IGJ moeten hulpverleners elkaar kennen, van elkaar weten wat ze doen, waar nodig elkaar informeren of met elkaar overleggen, en afstemmen met de mantelzorg of andere informele zorg. De IGJ merkte over de noodzaak van toezicht op dit punt expliciet op dat als hulpverleners in het zorgnetwerk niet goed samenwerken, dat dan kan leiden tot onveilige situaties voor de cliënt of overbelasting van de mantelzorg.¹⁹⁵

Een plicht inzake de overdracht van medicatiegegevens binnen netwerken volgt uit de Richtlijn Overdracht van Medicatiegegevens in de keten.¹⁹⁶ De richtlijn kan gekwalificeerd worden als een uitwerking van de professionele standaard en vult daarom het goed hulpverlenerschap in.

Plichten die ook aan samenwerking in een zorgnetwerk raken zijn goede verslaglegging¹⁹⁷ en het beheer van een patiëntendossier. Deze plichten volgen wel uit het BW, art. 7:454 BW. Een dossier moet echter ook 'over de grenzen mee kunnen' en in die zin voldoen aan diverse technische eisen en (beveiligd) openstaan voor inzage door de diverse behandelend specialisten uit het zorgnetwerk. Bestaat er een plicht om de dossiervoering zo in te richten? Een bevestigend antwoord kan worden afgeleid uit art. 20 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (recht op dataportabiliteit) en de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg (Wabvpz).¹⁹⁸ Voorts is het voorstel voor een Wet Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg (Wegiz) relevant.¹⁹⁹ Dit wetsvoorstel heeft het doel bij te dragen aan elek-

193 CTG 29 januari 2021, ECLI:NL:TGZCTG:2021:36 en CTG 23 februari 2021, ECLI:NL:TGZCTG:2021:29.

194 Zie hierover ook De Haan 2021.

195 IGJ 2018, p. 1-2. Het volledige toetsingskader staat op www.igj.nl.

196 ActiZ e.a. 2019. Zie bijvoorbeeld ook de Landelijke Standaard Ketenzorg Antistolling 2014.

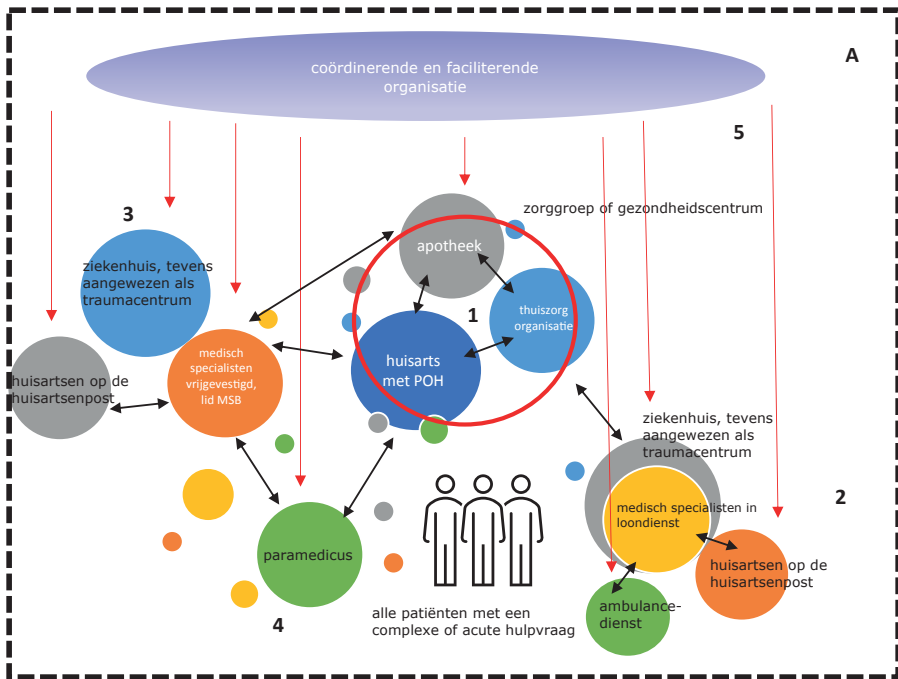
197 Zie in dat verband binnen een ziekenhuis bijvoorbeeld RTG Zwolle 17 januari 2020, ECLI:NL:TGZRZW:2020:9.

198 Wet van 5 oktober 2016 tot wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg, de Wet marktordening gezondheidszorg en de Zorgverzekeringswet, *Stb.* 2016, 373. Zie tevens het Besluit elektronische gegevensverwerking door zorgaanbieders, *Stb.* 2017, 446.

199 *Kamerstukken II* 2020/21, 35824, nr. 2 (Voorstel van Wet).

tronische gegevensuitwisseling tussen hulpverleners door hen verplichtingen op te leggen en eisen te stellen aan IT-producten of -diensten. Het wetsvoorstel ziet op het elektronisch delen en benaderen van gegevens tussen hulpverleners in aangewezen gegevensuitwisselingen binnen de zorgdomeinen.

De plichten kunnen als volgt in het binnenste-buitenziekenhuis worden weergegeven.



Figuur 15: Het binnenste-buitenziekenhuis met daarin opgenomen de afstemmings- en verantwoordingsplichten tussen de hulpverleners in het netwerk met overdracht van het patiëntendossier.

3.4.4 Gebrekkige samenwerking

Deze beschouwing ziet op de vraag hoe toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht uitwerkt indien die samenwerking *gebrekkig is*. Hiervoor werd in dat verband uiteengezet wat samenwerken behelst en geconcludeerd dat uit dien hoofde plichten rusten op de diverse bij de netwerkzorg betrokken hulpverleners. Deze plichten moeten, net als elke andere plicht, worden nagekomen op een wijze die voldoet aan de norm van het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Gebeurt dat niet en treft de hulpverlener daarvan een verwijt, dan zal alras sprake zijn van verwijtbaar onjuist

gedrag. Verwijtbare onjuiste gedragingen van diverse hulpverleners betreffende de samenwerking tussen die hulpverleners definieer ik als 'gebrekkige samenwerking'.

Gebrekkige samenwerking als vorm van verwijtbaar onjuist gedrag vormt een grondslag voor verhaal van daardoor veroorzaakte schade. Relevant in dat opzicht is dan ook dat samenwerken over het algemeen als lastig wordt beschouwd.²⁰⁰ Dit is niet verwonderlijk gezien hetgeen onder samenwerken wordt verstaan en wat het van een hulpverlener vraagt (welke plichten het met zich brengt). Handelen in samenwerking blijft niet beperkt tot het technisch inhoudelijk handelen waarvoor de hulpverlener is opgeleid. Hij moet over de grenzen van zijn vakgebied heen kijken, anderen meenemen in zijn gedachten en, zo nodig, de gedachten bijstellen. Samenwerken wordt dan ook lastiger naarmate de schakels in het netwerk verder uiteenliggen.²⁰¹

Omdat 'gebrekkige samenwerking' de lezer mogelijk toch nog wat vaag voorkomt, worden ter illustratie twee (aan de hand van de praktijk in de literatuur beschreven) gebeurtenissen geschetst, die gezien kunnen worden als gebrekkige samenwerking. De illustraties tonen tevens dat onzorgvuldigheden in de samenwerking schade aan de patiënt kunnen veroorzaken.

De *eerste* situatie van gebrekkige samenwerking betreft die waarin door een onzorgvuldige afstemming van werkzaamheden, informeren van de ander,²⁰² verantwoording van werkzaamheden, overdracht en/of verslaglegging wordt vastgehouden aan een verkeerde diagnose of (dosis) medicatie. Geen van de hulpverleners past de diagnose of medicatie aan of stelt deze ter discussie. Het niet-wijzigen van de diagnose en het daarop gebaseerde behandelbeleid zal zeer waarschijnlijk een negatief effect hebben op de gezondheid van de patiënt.²⁰³ Het niet-aanpassen van een bepaalde dosis medicatie kan leiden tot het overschrijden van een bepaalde grenswaarde en eveneens naar alle waarschijnlijkheid een negatief effect op de gezondheid van de patiënt hebben.²⁰⁴ Datzelfde geldt voor het steeds toedienen van te weinig medicatie.

200 Zie voor illustraties ook Westra 2015. Zie voorts op dit punt Kaats & Opheij 2016, p. 27.

201 Zie ook Van Zaalen e.a. 2018, p. 35-37, 134-136, 147 en 156; Kramer 2014, p. 2-3 en Rosendal e.a. 2009, p. 200-202. Zie voorts over aspecten die samenwerken lastig maken Kaats & Opheij 2016, p. 34-37, 39-42, 48.

202 Zie daarover in het bijzonder ook Tjong Tjin Tai e.a. 2021.

203 Zie voor een voorbeeld van gebrekkige dossiervoering waardoor werd vastgehouden aan de diagnose griepje en de diagnose meningale sepsis te laat werd gesteld Zegveld 2018a, p. 72. Zie ook Zegveld 2018a p. 20-21.

204 Zie voor een voorbeeld bij het niet-aanpassen van de medicatie bij een diabetespatiënt Zegveld 2018a, p. 62 (te hoog glucosegehalte waardoor op de langere termijn het zicht van de patiënt wordt aangetast). Zie ook Hammelburg e.a. 2014, p. 13 (overdosis heparine) en Tjong Tjin Tai e.a. 2009 met verwijzing naar CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/066 en 2006/067. Zie tevens IGJ 2016 over veelvoorkomende fouten bij medicatieverstrekking in samenhangende zorg.

De *tweede* situatie van gebrekkige samenwerking is die waarin door een onduidelijke taak- en verantwoordelijkheidsverdeling of door een onzorgvuldige afstemming van de verantwoordelijkheden een noodzakelijk geachte actie wordt nagelaten vanuit de gedachte dat ‘de ander het wel zal doen’. In de literatuur wordt deze situatie ook wel geduid als een gebrekkig ontwerp van het netwerk.²⁰⁵ Het nalaten van handelen, bijvoorbeeld het niet-regelen van zorg thuis of een (extra) controle bij een andere specialist, kan ertoe leiden dat een patiënt te lang verstoken blijft van een onderzoek of van medicatie.²⁰⁶ Ook in dat geval zal zeer waarschijnlijk sprake zijn van een negatief effect op de gezondheid van de patiënt.

Dat gebrekkige samenwerking bovendien niet louter theoretisch van aard is, bewijst het feit dat bij de IGJ een melding kan worden gedaan van een ‘netwerkzorgmelding’. Dit is een melding over een incident *waarbij drie of meer hulpverleners min of meer gelijktijdig betrokken zijn bij de zorgverlening aan een cliënt*. Door de IGJ genoemde voorbeelden zijn:

- niet goed afgestemde zorg, waardoor deze niet op elkaar aansluit;
- de informatieoverdracht is niet op orde, waardoor onveilige situaties ontstaan; en
- het is onduidelijk wie eindverantwoordelijk is voor de behandeling, waardoor onveilige situaties ontstaan.²⁰⁷

De IGJ heeft voorts een brochure uitgebracht die als onderwerp ‘calamiteiten in een zorgnetwerk’ heeft.²⁰⁸ Dit is een calamiteit (een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van een cliënt of een ernstig schadelijk gevolg voor een cliënt heeft geleid²⁰⁹) *waarbij drie of meer hulpverleners min of meer gelijktijdig bij de zorg aan een patiënt betrokken zijn*.

Gebrekkige samenwerking binnen een zorgnetwerk kan als volgt in het binnenste-buitenziekenhuis worden weergegeven.

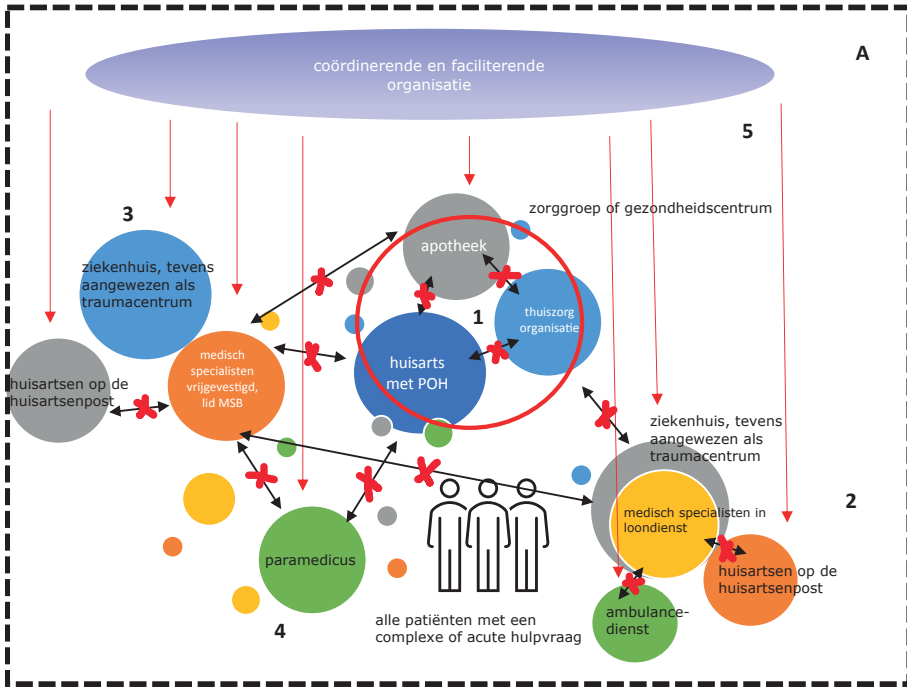
205 Rosendal e.a. 2009, p. 353-358; Hammelburg e.a. 2014, p. 24 en 54 en Zegveld 2081a, p. 21-22.

206 Zie voor een voorbeeld van nalaten bij een patiënt met Alzheimer en hartproblemen Zegveld 2018a, p. 68-69.

207 www.igj.nl onder behandeling-van-netwerkzorgmeldingen.

208 IGJ 2020.

209 Zie voor de definitie art. 1 Wkkgz.



Figuur 16: Het binnenste-buitenziekenhuis met daarin opgenomen de gebrekkige samenwerking tussen hulpverleners waarbij alle combinaties mogelijk zijn, dus bijvoorbeeld 1 + 2 + 3, enzovoort, of 1 + 2 + 4, enzovoort.

3.4.5 De grondslagen voor verhaal van schade

Verwijtbare onjuiste gedragingen van diverse hulpverleners betreffende de samenwerking tussen die hulpverleners definieerde ik als 'gebrekkige samenwerking'. Omdat voorts is gebleken dat tussen de patiënt en de hulpverleners uit het zorgnetwerk doorgaans behandelingsovereenkomsten tot stand komen, zal die gebrekkige samenwerking gekwalificeerd worden als een toerekenbare tekortkoming van ieder van de hulpverleners die het aangaat. Daardoor geleden schade moet worden vergoed, aldus art. 6:74 BW. Is een van de contracterend hulpverleners een rechtspersoon, dan is de grondslag voor verhaal van schade op deze hulpverlener evenzeer art. 6:74 BW, maar zal het gebrek in de samenwerking feitelijk bij een specialist in loondienst liggen. De toerekening van de tekortkoming aan het ziekenhuis vindt dan plaats krachtens schuld of krachtens de wet (art. 6:76 BW), zo leerde hoofdstuk 2. Is de contracterend hulpverlener die een gebrekkige samenwerking kan worden verweten een vrijgevestigd medisch specialist, maar vond diens tekortkoming binnen de muren van een ziekenhuis plaats, dan

biedt de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis (art. 7:462 BW) een extra grondslag.

In een enkel geval – denk aan een patiënt die acute zorg behoeft, maar niet bij bewustzijn is – komt geen behandelingsovereenkomst tot stand en moet de toerekenbare onrechtmatige daad van de hulpverlener, de medisch specialist, als grondslag voor verhaal van schade dienen, art. 6:162 BW. Heeft de toerekenbare onrechtmatige daad, het gebrek in de samenwerking, zich binnen de muren van een ziekenhuis afgespeeld, dan zijn de kwalitatieve aansprakelijkheden (art. 6:170 en 6:171 BW) nodig ter het verhaal van schade op het ziekenhuis.

Wordt dit kader toegepast op de in het binnenste-buitenziekenhuis genummerde onderdelen, dan levert dat het volgende op, waarbij ik mij beperk tot zeven situaties.

Ad 1) De patiënt heeft behandelingsovereenkomsten met de huisarts, de thuiszorgorganisatie en de apotheker. Ter verhaal van de door de gebrekkige samenwerking tussen deze hulpverleners geleden schade kan hij ieder van hen aanspreken op grond van art. 6:74 BW. Zijn de hulpverleners in dit onderdeel van het netwerk kenbaar in loondienst van de rechtspersoonlijkheid bezittende zorggroep of het rechtspersoonlijkheid bezittende gezondheidscentrum, dan dient de patiënt voor datzelfde verhaal de zorggroep of het gezondheidscentrum op grond van art. 6:74 BW jo. 6:76 BW aan te spreken. Heeft het gezondheidscentrum de vorm van een maatschap, dan moeten de leden van de maatschap worden aangesproken. Dat is ook zo, als het gaat om een MOED *'in disguise'*.

Ad 2) De patiënt heeft een behandelingsovereenkomst met zowel de ambulancedienst als het ziekenhuis. De ambulancebroeders en de medisch specialisten zijn immers in loondienst. Voor zijn door de gebrekkige samenwerking tussen deze specialisten geleden schade moet de patiënt zowel de ambulancedienst als het ziekenhuis aanspreken op grond van art. 6:74 BW jo. 6:76 BW. Wordt de patiënt bewusteloos aan de ambulancedienst en/of het ziekenhuis aangeboden, dan dient hij de ambulancebroeders en de medisch specialist in loondienst aan te spreken op grond van art. 6:162 BW. Het ziekenhuis en de ambulancedienst kan hij aanspreken op grond van art. 6:170 BW.

Ad 1-2) De patiënt dient voor zijn door de gebrekkige samenwerking van alle hulpverleners geleden schade alle onder 1 en 2 genoemde hulpverleners aan te spreken op basis van voormelde grondslagen.

Ad 3) Met de vrijgevestigd medisch specialist bestaat een behandelingsovereenkomst evenals met de huisarts op de huisartsenpost. De medisch specialist moet voor de gebrekkige samenwerking met de huisarts worden aangesproken op

grond van art. 6:74 BW. Het ziekenhuis kan voor de toerekenbare tekortkoming van de medisch specialist worden aangesproken op grond van art. 7:462 BW. De huisartsenpost valt niet onder de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis en de aldaar werkzame huisarts moet voor zijn gebrekkige samenwerking met de medisch specialist dus apart worden aangesproken op grond van art. 6:74 BW.

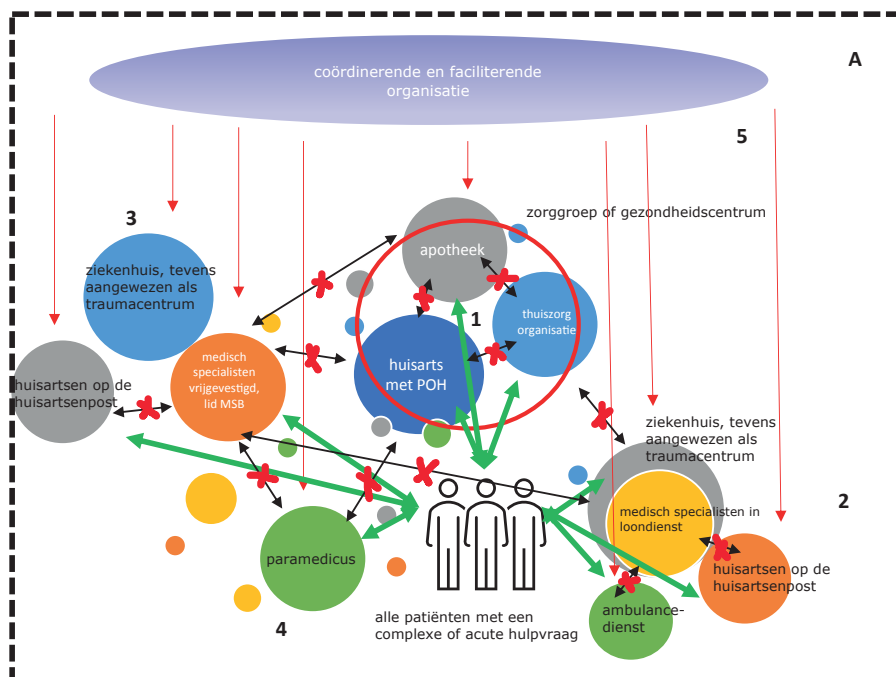
Ad 2-3) De patiënt dient alle onder 2 en 3 genoemde hulpverleners aan te spreken op basis van voormelde grondslagen ter verhaal van zijn schade geleden door de gebrekkige samenwerking tussen alle betrokken hulpverleners.

Ad 5) De patiënt heeft in beginsel geen behandelingsovereenkomst met de coördinerende en faciliterende organisatie. *In beginsel*, want dit kan anders zijn indien de zorggroep of het gezondheidscentrum het coördinerende en faciliterende orgaan is. Bij verzuim van samenwerkingsplichten door een gebrekkig ontwerp van het netwerk, te wijten aan acties of nalatigheden van de coördinerende en faciliterende organisatie (denk in dat verband ook aan keuzes voor bepaalde informatiesystemen en dossierbeheer), zou de organisatie voor door de patiënt geleden schade kunnen worden aangesproken op grond van een toerekenbare onrechtmatige daad.²¹⁰ Bij het bestaan van een behandelingsovereenkomst (alleen in een enkel geval bij de zorggroep of het gezondheidscentrum dus) is de grondslag art. 6:74 BW.

Ad A) De patiënt heeft met alle hulpverleners uit het zorgnetwerk een behandelingsovereenkomst (behoudens de uitzondering van bewusteloosheid). Valt ieder van de hulpverleners een gebrekkige samenwerking met de ander te verwijten, dan moet de patiënt ter verhaal van zijn daardoor geleden schade alle hulpverleners aanspreken op de diverse grondslagen, zoals hiervoor voor een aantal onderdelen geschetst.

Een en ander kan als volgt in het binnenste-buitenziekenhuis worden weergegeven.

210 Zie in dezelfde zin Zegveld 2018a, p. 136-137. Zegveld ziet aansprakelijkheid van de coördinerende en faciliterende organisatie niet snel worden aangenomen.



Figuur 17: Het binnenste-buitenziekenhuis met daarin opgenomen de gebrekkige samenwerking tussen hulpverleners, wat steeds gekwalificeerd kan worden als een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad en de basis biedt voor verhaal van daardoor geleden schade.

Ter verhaal van schade dient ook steeds een causaal verband tussen de gebrekkige samenwerking en de schade van de patiënt te bestaan. Voor zover op ieder van de gebrekkig samenwerkende hulpverleners een schadevergoedingsplicht rust omdat zij ieder verwijtbaar onjuist gedrag hebben vertoond ten aanzien van de samenwerking, zijn zij wat dezelfde schade betreft, hoofdelijk verbonden (art. 6:102 BW).

3.5 *Het (civiele aansprakelijkheids)recht geeft problemen*

3.5.1 *Waar de problemen niet zitten*

Om te weten of, en zo ja, waar zich problemen aandienen, is het mijns inziens zinvol om (eerst) te weten waar ze *niet* zitten. Welnu, als het gaat om de vraag welke hulpverlener in het zorgnetwerk moet worden aangesproken voor de gebrekkige samenwerking tussen meerdere hulpverleners, dan is er geen probleem als sprake is van netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum met rechtspersoonlijkheid waar alle hulpverleners in loondienst zijn én dat voor de patiënt kenbaar is. In dat geval heeft de patiënt immers een behandelingsovereenkomst waarbij de

zorggroep of het gezondheidscentrum contractspartij is en kan de zorggroep of het gezondheidscentrum worden aangesproken op grond van art. 6:74 BW jo. 6:76 BW. Het maakt dan ook niet uit wie van de hulpverleners onzorgvuldig heeft gehandeld en welk onzorgvuldig gedrag of welke onzorgvuldige gedragingen oorzaak van de schade is of zijn. Hetzelfde zou kunnen worden betoogd ter zake van die gevallen waarin de hulpverleners in dit zorgnetwerk niet in loondienst zijn maar de zorggroep of het gezondheidscentrum zich zodanig gedraagt dat het er zonder meer alle van schijn van heeft dat zij respectievelijk hij contractspartij is (de algemene regel). Ik geef overigens toe dat dit wel al wat vager wordt en dat zich de vraag aandient wanneer 'het er zonder meer alle schijn van heeft'. De passage weglaten betekent echter dat ik een dergelijke situatie geheel uitsluit, en dat doe ik ook weer niet.

Problemen zijn er evenmin bij samenwerkingsfouten die *in* het ziekenhuis zijn gemaakt. Het ziekenhuis kan voor de gebrekkige samenwerking tussen aldaar in loondienst werkzame of vrijgevestigde hulpverleners worden aangesproken op grond van art. 6:74 jo. 6:76 BW respectievelijk art. 7:462 BW. Was de patiënt niet bij bewustzijn en was er om die reden geen overeenkomst, dan is evenmin sprake van een probleem: de kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6:170 BW en 6:171 BW bieden dan een grondslag voor aansprakelijkheid van het ziekenhuis.

Problemen met het aanpreken van de juiste partij op de juiste grondslag zijn er tot slot niet als de gebrekkige samenwerking kenbaar toe te schrijven is aan één bepaalde hulpverlener (of juist de coördinerende en faciliterende organisatie) in het zorgnetwerk én zijn gedrag de schade van de patiënt heeft veroorzaakt. In zo'n geval kan de desbetreffende hulpverlener aansprakelijk worden gesteld en kan verhaal van schade plaatsvinden op grond van art. 6:74 BW of art. 6:162 BW (bij gebreke van een behandelingsovereenkomst). Het zou zelfs niet tot problemen hoeven leiden als het duidelijk is dat meerdere hulpverleners op gebrekkige wijze hebben samengewerkt en duidelijk is dat hun gedragingen in dat verband samen de gehele (en dezelfde) schade hebben veroorzaakt. In die gevallen zijn de desbetreffende hulpverleners ingevolge art. 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk, en kan de patiënt ingevolge art. 6:7, eerste lid, BW kiezen wie hij voor de gehele schade aanspreekt.²¹¹ Dit is ook de regel indien elk van de gedragingen tot de schade kan hebben geleid en vaststaat dat ten minste een van de gedragingen de schade heeft doen ontstaan, zo volgt uit art. 6:99 BW.

Dat de gewenste duidelijkheid er echter vaker niet dan wel is, moge duidelijk zijn en is onderwerp van de volgende paragrafen.

211 Zie ter verduidelijking ook Boonekamp 2021b, aant. 1.2.

3.5.2 *Contractspartij niet steeds duidelijk*

Hiervoor is zijn de rechtsverhoudingen tussen de patiënt en de diverse hulpverleners in het zorgnetwerk beschouwd (paragraaf 3.4.2). Wat zorggroepen en gezondheidscentra betreft, is opgemerkt dat behandelingsovereenkomsten ontstaan met de diverse individuele hulpverleners voor zover de hulpverleners zelfstandig zijn. Er zijn echter ook enkele zorggroepen waarbij de hulpverleners in loondienst van de zorggroep zijn.²¹² In dat geval is de zorggroep contractspartij bij de behandelingsovereenkomst. Dezelfde situatie doet zich voor bij gezondheidscentra. Het is mijns inziens echter de vraag of het voor de individuele patiënt *wel duidelijk is of kan zijn* wanneer een hulpverlener in loondienst is van de zorggroep/het gezondheidscentrum en wanneer dat niet zo is. Wordt de algemene regel toegepast, en wordt aldus bezien wat de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en hetgeen hulpverlener en patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden, dan zou het mij niet verbazen dat ook in de loondienstsituatie de patiënt al snel concludeert tot het bestaan van behandelingsovereenkomsten met de afzonderlijke hulpverleners. Daarentegen kan juist in de situatie waarin de zorggroep/het gezondheidscentrum de schijn wekt 'de hulpverlener' te zijn, de patiënt in de veronderstelling komt te verkeren louter met de zorggroep/het gezondheidscentrum een behandelingsovereenkomst te hebben gesloten. Het is niet uitgesloten dat de patiënt bij een geschil op dat punt in zijn visie wordt gevolgd.²¹³

Toepassing van de algemene regel kan dus uitkomst bieden, maar dat neemt niet weg dat discussie mogelijk is over de interpretatie van omstandigheden en gedragingen. De slotsom is daarom dat zich op dit niveau een probleem kan aandienen bij netwerkzorg door zorggroepen en gezondheidscentra. Het is voor de patiënt ondoenlijk in elk individueel geval uit te zoeken hoe de arbeidsverhoudingen geregeld zijn. Ditzelfde probleem doet zich overigens voor bij de ziekenhuizen. Het verschil met zorggroepen en gezondheidscentra is echter dat is onderkend dat zich op ziekenhuisniveau dergelijke problemen kunnen aandienen en dat daarvoor een bijzondere vorm van aansprakelijkheid is geregeld: de centrale aansprakelijkheid (art. 7:462 BW).

212 NZa 2010, p. 16 en De Jong-van Til e.a. 2012, p. 16 en 28.

213 Zie ter illustratie van een geschil op dat punt en de patiënt door de omstandigheden in zijn visie werd gevolgd Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AS3056. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, VR 2001, 20; Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2013, JA 2013, 19, m.nt. R.P. Wijne; Rb. Noord-Nederland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4149 en Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365 evenals Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397 (Haagse borstchirurg, hoger beroep); Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503 en Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:431).

3.5.3 *Plichten uit hoofde van samenwerking duidelijk?*

Beschouwd is een aantal plichten uit hoofde van samenwerking (paragraaf 3.4.3). Eén plicht springt er uit door zijn wettelijke beperking: de toedelings-, afstemmings- en verantwoordingsplicht vervat in art. 3 Wkkgz. Hoewel ik van mening ben dat een dergelijke plicht tussen diverse hulpverleners in het netwerk bestaat en de plicht dus niet beperkt is tot een instelling, staat het er niet klip-en-klaar. In een individueel geval zou daarover in theorie dus een discussie kunnen ontstaan. Ik kwalificeer dat als een probleem.

3.5.4 *Problemen met aanspreken juiste partij*

Alle bij de netwerkzorg betrokken hulpverleners kunnen ten opzichte van de patiënt toerekenbaar tekortschieten, hetgeen zal worden bepaald aan de hand van de inhoud van ieders verplichting(en) en de wijze waarop die verplichtingen moeten worden nakomen. Wat dat laatste betreft, is de norm van het goed hulpverlenerschap bepalend (art. 7:453 BW). Heeft de patiënt kunnen aantonen dat meerdere hulpverleners in het zorgnetwerk toerekenbaar zijn tekortgeschoten en dat een *condicio sine qua non*-verband met de schade bestaat, dan zijn zij ingevolge art. 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zo hun gezamenlijke tekortkomingen tot de(zelfde) schade van de patiënt hebben geleid dan wel elk van deze tekortkomingen tot de schade heeft geleid (zie ter illustratie de genummerde situaties onder paragraaf 3.4.4). Betaling door de ene hoofdelijk aansprakelijke persoon bevrijdt de ander.²¹⁴ Degene die door de patiënt (ingevolge art. 6:7, eerste lid, BW) voor diens gehele schade wordt aangesproken, kan regres nemen op de andere veroorzaker (art. 6:10 BW). Dit is ook de regel indien elk van de gedragingen tot de schade zou *kunnen* hebben geleid en vaststaat dat ten minste een van de gedragingen de schade heeft doen ontstaan, zo volgt uit art. 6:99 BW.

Het zal voor de patiënt echter niet zelden te lastig zijn om aan te tonen welke (en hoeveel) hulpverleners een aandeel hebben gehad in de gebrekkige samenwerking (wie een plicht in dat verband heeft geschonden). Ook is het lastig om aan te tonen dat het de verwijtbare onjuiste gedraging(en) ter zake van de samenwerking zijn die zijn schade heeft/hebben of kan/kunnen hebben veroorzaakt. Complicerende factoren zijn de *hoeveelheid zelfstandige nevenschikte* hulpverleners in het netwerk die bemoeienis hebben met de patiënt en de gelijktijdige *afwezigheid van een duidelijke juridische entiteit binnen wiens muren de gedragingen plaatsvonden* alsmede de *onduidelijkheid over causale relaties tussen de schade en de diverse in samenwerking verrichte (be)handelingen*.²¹⁵

214 Asser/Sieburgh 6-II 2021/134.

215 Zie ook Tjong Tjin Tai & Zegveld 2010 en Tjong Tjin Tai 2011: netwerken als zodanig vallen niet onder het aansprakelijkheidsrecht en dus moet het gedrag van iedere individuele netwerkpartner worden beoordeeld.

Om met dat laatste te beginnen, is relevant dat – zelfs al zou duidelijk zijn welke hulpverleners binnen het zorgnetwerk gebrekkig hebben samengewerkt – de hoofdelijke aansprakelijkheid onder druk kan komen te staan. Ik doel dan op de, juist bij netwerkzorg denkbare, situatie dat de schade van de patiënt het gevolg is van een aantal individuele gedragingen de samenwerking betreffende, maar mogelijk niet alle verwijtbaar onjuist. Zo is het in de situatie waarin een bepaalde dosis medicijnen wordt voorgeschreven denkbaar dat de schade wordt veroorzaakt door het voorschrijven van een dosis die gezien het moment in de zorgcyclus en de wijze waarop de samenwerkingsplicht is nagekomen (net) niet onzorgvuldig kan worden genoemd. Een variant hierop is de situatie waarin door het gebruik van steeds een bepaalde dosis medicatie in steeds verschillende perioden waarvoor verschillende hulpverleners (al dan niet) aansprakelijk zijn op zeker moment een aanvaardbare grens wordt overschreden die tot schade leidt.²¹⁶ Ook dan zal hoofdelijke aansprakelijkheid niet zonder meer worden aangenomen. Tegelijkertijd zal ook een aandeel lastig te bepalen zijn.²¹⁷

Voor de patient zou het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming wenselijk zijn als hij één kenbare partij kan aanspreken voor zijn schade in plaats van per individu te bepalen wie wat heeft gedaan en veroorzaakt. Op dit punt echter wreekt zich de andere het zorgnetwerk kenmerkende omstandigheid: de hoeveelheid nevenschikte hulpverleners en het ontbreken van een duidelijke juridische entiteit binnen wiens muren de gedragingen plaatsvonden. Er is niet één tot prestatie verplichte contractspartij in relatie tot wie de andere hulpverleners als hulppersoon kunnen worden beschouwd, ook niet in die vormen van netwerkzorg waarin de huisarts een regierol heeft.²¹⁸ De patiënt kan zich dus niet tot een hulpverlener wenden en zich beroepen op diens aansprakelijkheid vanwege een toerekenbare tekortkoming van hemzelf en/of van zijn niet nevenschikte hulppersonen (art. 6:74 BW jo. art. 6:76 BW).

De figuur van de centrale aansprakelijkheid (art. 7:462 BW) vindt evenmin toepassing omdat van een ziekenhuis in de zin van art. 7:462, tweede lid, BW niet kan worden gesproken, ook niet in geval van netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum.²¹⁹ Wel kan uiteraard één van de hulpverleners binnen het zorgnetwerk een ziekenhuis zijn, maar *diens* centrale aansprakelijkheid strekt zich niet uit over andere hulpverleners in het zorgnetwerk.

216 Boonekamp 2021a, aant. 2.10.2 en Boonekamp 2021b, aant 6.

217 Dit lukte wel in HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743, m.nt. J.H. Nieuwenhuis (*Kalimijnen-arrest*). De Hoge Raad ging uit van een lineair verband tussen de schade en de zoutlozingen en daardoor kon ieders aandeel worden bepaald.

218 Zie voor een analyse van art. 6:76 BW ook Tjong Tjin Tai 2010.

219 Zie ook Zegveld 2007 in het kader van ketenzorg.

Ook de bepalingen der kwalitatieve aansprakelijkheid zorgen voor toepassingsproblemen. Art. 6:170 BW vindt alleen toepassing bij een bepaald functioneel verband tussen de ene hulpverlener en de andere hulpverleners, zeggenschap van de ene hulpverlener over de taken van de andere hulpverleners uit hoofde van een rechtsbetrekking en het begaan van werkzaamheden in ondergeschiktheid,²²⁰ wat bij het zorgnetwerk nu juist niet het geval is.²²¹ Art. 6:170 BW laat zich om dezelfde redenen ook niet toepassen op de relatie coördinerende en faciliterende organisatie – de hulpverleners die feitelijk de zorg verlenen; voor hun fouten is de coördinerende en faciliterende organisatie niet kwalitatief aansprakelijk. Ik denk wel dat deze conclusie tot een uitzondering kan leiden wanneer sprake is van netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum en de hulpverleners die feitelijk zorg verlenen in loondienst zijn en er zeggenschap over hun werkzaamheden is. Toepassing van art. 6:170 BW zal evenwel niet nodig c.q. overbodig zijn, omdat in die gevallen doorgaans een behandelingsovereenkomst tot stand komt tussen de zorggroep of het gezondheidscentrum en de patiënt.

Voor toepassing van de kwalitatieve aansprakelijkheid vervat in art. 6:171 BW geldt de eis van een opdracht tot werkzaamheden aan een niet-ondergeschikte hulpverlener ter uitoefening van het bedrijf van de andere hulpverlener, waarbij opdrachtgever en opdrachtnemer als een zekere eenheid moeten kunnen worden beschouwd waar het gaat om de uitgevoerde taken.²²² Ook dat is bij netwerkzorg niet de situatie, ook niet als de relatie coördinerende en faciliterende organisatie – diverse hulpverleners uit het netwerk wordt gezien. Ik denk dat het de vraag is of de patiënt (in alle gevallen) kennis draagt van de rol coördinerende en faciliterende organisatie en of de patiënt in de veronderstelling komt te verkeren dat er een bepaalde mate van eenheid is.²²³ Wederom denk ik dat niettemin een uitzondering moet worden gemaakt voor netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum. Zeker als de diverse hulpverleners eenzelfde logo gebruiken en het contact steeds plaatsvindt met de zorggroep of het gezondheidscentrum, dan

220 HR 9 november 2007, *NJ* 2007, 658 (*Groot Kievitsdal*). Zie voor een uitleg voorts Oldenhuis & Van der Veen 2020a, aant. 1.5 en 3.1 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/183-188.

221 Zie ook Zegveld 2018a p. 158. Zie voorts voor een voorbeeld van ontbreken van ondergeschiktheid in teamverband HR 31 mei 1968, *NJ* 1968, 323 (*Nuboer-arrest*). Ook bij een overeenkomst van maatschap bestaat geen ondergeschiktheid, zie HR 4 november 1994, *NJ* 1996, 534, m.nt. M.H. Claringbould (*Visserijmaatschap*). Zie ook HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 196, m.nt. P. van Schilfgaard (*Coöperatie Beatrix/Procall*).

222 Parl. Gesch. Boek 6, p. 712 e.v. en 728 e.v. en Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1003. Zie ook Oldenhuis & Van der Veen 2020b, aant. 1.3 en 1.8 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/199. Zie voor het leidende arrest hierin HR 18 juni 2010, *NJ* 2010, 389; *JA* 2010, 106, m.nt. G.J. Harryvan & F.T. Oldenhuis (*Koeman/Sijm Agro BV*).

223 Zie ook Zegveld 2018a, p. 161.

zou het mij niet verbazen als van een voldoende mate van eenheid kan worden gesproken. Diezelfde omstandigheden zullen er overigens toe kunnen leiden dat de patiënt in de terechte veronderstelling komt te verkeren dat de zorggroep of het gezondheidscentrum zijn contractspartij is bij de behandelingsovereenkomst. Toepassing van art. 6:171 BW is dan niet nodig c.q. overbodig.²²⁴

3.5.5 (Geringe) betekenis van andere civiele leerstukken

Een snelle tussenconclusie is dat het recht zoals dat gewoonlijk op kwesties van zorggerelateerde schade wordt toegepast (te veel) is gericht op situaties die niet meer aansluiten bij de ontwikkelingen van netwerkzorg en mitsdien tekortschiet.²²⁵ Het recht kent echter ook leerstukken die juist betrekking hebben op samenwerkingsverbanden en groepen. Zijn die dan van betekenis of kunnen zij dat zijn?

Een *eerste optie* die in dat verband wordt bekeken, is de wijze waarop aansprakelijkheid van een maatschap is vormgegeven. Een maatschap is een bekende vorm als het gaat om samenwerkingsverbanden van beroepsbeoefenaren, onder wie ook hulpverleners. Een voorbeeld betreft de verloskundige zorg. Verloskundigen hebben vaak een eigen praktijk,²²⁶ maar het komt ook voor dat zorg geleverd wordt door meerdere verloskundigen die samenwerken in een maatschap. Een maatschap kan niet worden aangemerkt als hulpverlener, omdat het geen rechtspersoon is. Een maatschap is ingevolge art. 7A:1655 BW een overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen (financieel of arbeid), met het oogmerk om het daaruit ontstane vermogensrechtelijk voordeel met elkaar te delen.²²⁷ Aangenomen wordt dan ook dat bij een openbare maatschap tot gezamenlijke beroepsuitoefening de gezamenlijke maten de opdracht aannemen (pluraliteit van opdrachtnemers, art. 7:407, tweede lid, BW), tenzij er aanwijzingen zijn dat de overeenkomst met een bepaalde persoon is gesloten.²²⁸

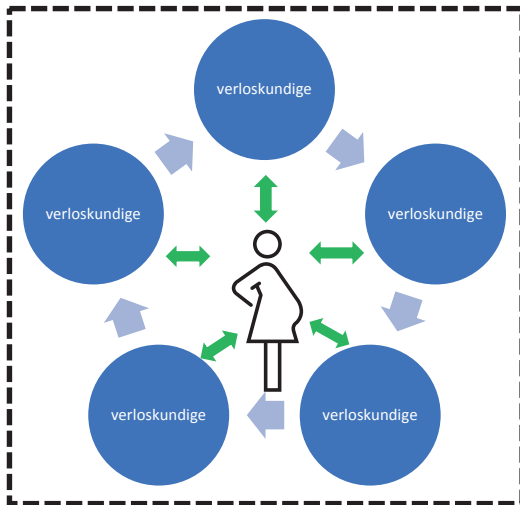
224 Of zelfs uitgesloten, zo volgt uit Rb. Rotterdam 19 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1327. Mijns inziens is er echter – anders dan bij de onrechtmatige daad – geen regel van samenloop die toepassing van de kwalitatieve aansprakelijkheid ‘verbiedt’.

225 Zie ook Kenis & Provan 2008; Tjong Tjin Tai & Zegveld 2010 en Tjong Tjin Tai 2011b.

226 Er zijn ongeveer 3.221 praktiserend verloskundigen, zie Boot 2020, p. 65.

227 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/6; 7; 13; 28; 31.

228 Zie in zijn algemeenheid over de maatschap Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/5-7. Zie over de maatschap tegen de achtergrond van de overeenkomst van opdracht en de geneeskundige behandelingsovereenkomst Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/78; 145; 146; 396.



Figuur 18: Behandelingsovereenkomst met de maten van de verloskundigenmaatschap (pluraliteit van opdrachtnemers).

Wat de aansprakelijkheid ten opzichte van een derde zoals de patiënt betreft, vloeit uit art. 7A:1680 BW voort dat bij een deelbare prestatie de maten aansprakelijk zijn voor gelijke delen. Bij een ondeelbare prestatie – zoals het vergoeden van schade uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een plicht uit een overeenkomst van opdracht – geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de maten.²²⁹ Dit volgt uit art. 7:407, tweede lid, BW. Iedere maat is dus jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel, ook al – en dit wil ik benadrukken – *is niet iedere maat persoonlijk tekortgeschoten*. De regeling wijkt in die zin af van art. 6:102 BW; in dat artikel wordt de hoofdelijkheid benaderd vanuit het schadebegrip, terwijl art. 7:407 BW haar benadert vanuit de verbintenis.

Zou nu het netwerk kunnen worden geduid als een (grote) maatschap in de zin van art. 7A:1655 BW? Ter beantwoording van die vraag is relevant dat het netwerk van hulpverleners gekwalificeerd kan worden als een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid, en dat de diverse hulpverleners uit het netwerk hun arbeid inbrengen. Twijfelachtig vind ik echter of het gezamenlijke doel als vermogensrechtelijk kan worden gezien, ook al moet dit ruim worden opgevat.²³⁰ Veeleer is het doel van het netwerk de (ver)beter(d)e zorg voor een bepaalde patiëntenpopulatie. Niettemin acht ik het niet uitgesloten dat ‘kostenbesparing en efficiënte’ aanwezig zijn, wat dan weer wel als vermogensrechtelijk voordeel gezien kan worden.

Ik heb echter nog een andere twijfel. Zij is gelegen in de eigen perceptie van de hulpverleners in het netwerk en de perceptie van derden: gaan zij ervan uit dat het netwerk

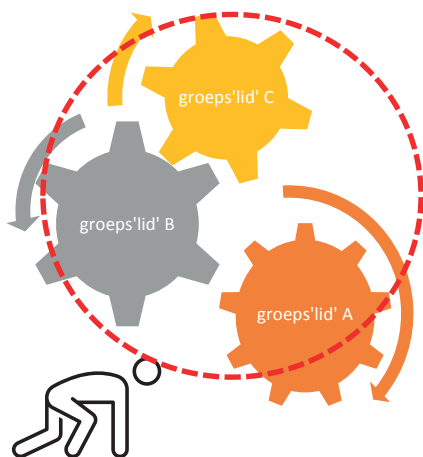
229 HR 15 maart 2013, NJ 2013, 290, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Biek Holdings*).

230 Zie over dat vermogensrechtelijk voordeel Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/31-32.

een maatschap is? Dat dit een van de gezichtspunten is volgt uit de rechtspraak,²³¹ en kan er mijns inziens toe leiden dat de vraag – is het netwerk een maatschap? – ontkennd moet worden beantwoord.²³² Daar komt voor netwerkzorg vanuit een zorggroep bij dat de samenwerkingscontracten gesloten zijn met de zorggroep en niet tussen de hulpverleners onderling.²³³

Een uitzondering geldt overigens voor een aantal gezondheidscentra; er zijn er die de vorm van een maatschap hebben.

Een *tweede optie* is de regeling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in groepsverband. Uit art. 6:166 BW volgt dat indien een van tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, zij hoofdelijk aansprakelijk zijn indien deze gedragingen hun kunnen worden toegerekend.



Figuur 19: Gedragingen in groepsverband waarvan de kans op het aldus toebrengen van schade de deelnemers had behoren te weerhouden van hun gedrag.

De mate van betrokkenheid van de afzonderlijke deelnemers bij het onrechtmatig handelen is niet van belang. Deze individuele aansprakelijkheid vindt haar rechtvaardiging in een ieders bijdrage aan het in het leven roepen van de kans dat zodanige schade zou ontstaan. Zij vindt haar begrenzing in de eis dat de kans op het aldus toebrengen van schade hen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband.²³⁴ Anders gezegd, voor aansprakelijkheid in groepsverband gelden als voorwaarden: 1) deelname aan 2) gedragingen waarvan de kans op het aldus toebrengen van schade de deelnemers had behoren te weerhouden die in 3)

231 HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, m.nt. P. van Schilfgaarde (*DE/Fuchs e.a.*).

232 Zie in die zin ook Zegveld 2018a, p. 170-171.

233 Zie ook Zegveld 2018a, p. 171.

234 HR 2 oktober 2015, NJ 2016, 194, m.nt. T. Hartlief (*TVM e.a./F. e.a.*).

groepsverband hebben plaatsgevonden en die deelname aan de deelnemer 4) toerekenbaar is. Is hieraan voldaan, dan is de individuele deelnemer aansprakelijk voor de schade die door een van de deelnemers is toegebracht. Voor aansprakelijkheid van een deelnemer is niet vereist dat hij zelf schade heeft toegebracht.²³⁵

Kan nu, dit in ogenschouw genomen, art. 6:166 BW worden toegepast op het moment dat binnen het zorgnetwerk wordt verzuimd een samenwerkingsplicht na te komen? Ik denk het niet, ook al hebben de hulpverleners bewust samengewerkt en ook al is eenheid van tijd en plaats van de gedragingen niet vereist.²³⁶ Het handelen van de hulpverleners in een netwerk zal immers niet gericht zijn op het gezamenlijk plegen van een onrechtmatige daad of op het doen ontstaan van een kans op schade, maar juist op het voorkomen ervan.²³⁷ Daar komt bij dat bij het tot stand komen van art. 6:166 BW is opgemerkt dat samenwerkende artsen in teamverband weliswaar als ‘groep’ gedefinieerd kunnen worden, maar dat deze samenwerking niet onder het toepassingsbereik van art. 6:166 BW valt.²³⁸ Ik neem aan dat dat ook voor andere hulpverleners dan artsen geldt.

Een *derde optie* die eerder is onderzocht in het licht van de toedeling van aansprakelijkheid binnen het zorgnetwerk, betreft het effect van contracten op de positie van derden, wat met name invloed zou kunnen hebben op de aansprakelijkheid van de coördinerende en faciliterende organisatie en hulpverleners die feitelijk geen zorg hebben verleend.²³⁹ Het ging daarbij om vier deel ‘leerstukken’:

- de derde ondervindt nadeel van de wanprestatie van een ander;
- de doorwerking van exoneraties;
- de derde profiteert van de wanprestatie van een ander; en
- de samenhangende rechtsverhoudingen.

Geconcludeerd is echter dat de betekenis van de leerstukken beperkt is; het levert niet direct aanknopingspunten voor toedeling van aansprakelijkheid bij gebrekkige samenhangende zorg in een netwerk op.²⁴⁰ Omdat ik mij in die conclusie kan vinden, verwijs ik daarnaar en werk ik deze opties, mede vanwege de beschikbare ruimte, niet uit.

235 Boonekamp 2020, aant. 2 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/127.

236 HR 2 oktober 2015, NJ 2016, 194, m.nt. T. Hartlief (TVM e.a./E. e.a.).

237 Zie ook Tjong Tjin Tai e.a. 2009.

238 Parl. Gesch. Boek 6, p. 664. Zie ook Boonekamp 2020, aant. 18.1. Zie anders (wel een groep in de zin van art. 6:166 BW) Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, maar dit betrof een andere situatie.

239 Zegveld 2018a, p. 140-154, met verwijzing naar (onder meer) Van Laarhoven 2006 en Van Dongen 2016.

240 Zegveld 2018a, p. 173.

3.6 *Conclusie toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op netwerkzorg*

In deze beschouwing staat de volgende vraag centraal: *‘Wat betekent toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht voor patiënten en hulpverleners betrokken bij netwerkzorg in geval van schade door gebrekkige samenwerking van het zorgnetwerk; gaat toepassing met problemen gepaard en zo ja, welke problemen zijn dat dan?’*

Na de beschrijving van het civiele aansprakelijkheidsrecht en de analyse van hetgeen netwerkzorg inhoudt, kan zij als volgt worden beantwoord: toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht betekent voor patiënten dat zij bij schade door gebrekkige samenwerking alle hulpverleners uit het zorgnetwerk moeten aanspreken voor het verhaal van die schade, zo zij niet het risico willen lopen de verkeerde aan te spreken. Het is voor de patiënt in geval van gebrekkige samenwerking van het zorgnetwerk namelijk nagenoeg onmogelijk om te achterhalen welke hulpverlener een samenwerkingsplicht heeft verzaakt en zijn schade heeft dan wel kan hebben veroorzaakt, terwijl dit gelet op de hoofdregel van bewijslastverdeling wel van hem wordt verlangd.

Is het dan zo erg om alle hulpverleners uit het zorgnetwerk aan te spreken? Ja, wel gezien de kosten, de energie en de tijd die daarmee is gemoeid, met daarbij een onzekere uitkomst. Voor de hulpverleners betekent het bovendien dat zij onnodig of om onduidelijke redenen aansprakelijk kunnen worden gesteld met alle gevolgen voor hun werklust en werkhouding van dien.

De conclusie is dus dat toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht in situaties van netwerkzorg met problemen gepaard gaat. De problemen hebben betrekking op de rechtsverhouding tussen hulpverlener en patiënt (wie is contractspartij?), de plichten uit hoofde van samenwerking tussen hulpverleners in een zorgnetwerk (zijn die er en zo ja, zijn ze duidelijk?), en op de aan te spreken partij (wie uit het zorgnetwerk moet worden aangesproken en waarvoor precies?).

Het recht zoals dat gewoonlijk op kwesties van zorggerelateerde schade wordt toegepast, blijkt niet aan te sluiten op alle situaties die zich in werkelijkheid voordoen; het recht heeft geen betrekking op netwerken.²⁴¹ Denken in losse behandelingsovereenkomsten met zorgverleners brengt de rechtspositie van de patiënt in gevaar, beschermt hem onvoldoende en zorgt naar verwachting voor onrust onder hulpverleners. Dit zijn niet te negeren aspecten. Anders gezegd, het civiele aansprakelijkheidsrecht schiet tekort als het gaat om verhaal van netwerkzorg gerelateerde schade.

241 Zie ook Kenis & Provan 2008; Tjong Tjin Tai & Zegveld 2010 en Tjong Tjin Tai 2011b.

4 Het binnenste-buitenziekenhuis beter (anders) geregeld

4.1 Inleiding

Hiervoor is geconcludeerd dat de toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht met problemen gepaard gaat, die niet te negeren zijn en die maken dat het recht tekortschiet waar het gaat om verhaal van netwerkzorg gerelateerde schade. In dit deel van de beschouwing staat daarom de vervolgvraag centraal: *'Kan het beter en zo ja, is daarvoor een wetswijziging het meest aangewezen?'*

Het antwoord is: *'Ja, het kan beter en ja, daarvoor is, zo meen ik, een wetswijziging het meest aangewezen.'* De wetswijziging wordt in dit hoofdstuk toegelicht (paragraaf 4.2). In diezelfde paragraaf doe ik enkele aanvullende voorstellen. Minder vergaande alternatieven zijn onderwerp van de volgende paragraaf (paragraaf 4.3). Tot slot wordt bezien of eventuele bezwaren moeten leiden tot het afzien van een wetswijziging (paragraaf 4.4).

4.2 Het kan beter, maar hoe?

4.2.1 Aansprakelijkheid geregeld in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW

Vooropgesteld wordt het belang ervan doordrongen te zijn, of te geraken, dat het het zorgnetwerk als één geheel is dat zorg levert op basis van een zorgprogramma of richtlijn aan patiënten met een complexe of acute zorgvraag. Het gaat in beginsel dus niet om de individuele hulpverleners die ieder voor zich zo hun plichten hebben en daarbij een fout kunnen maken; de hulpverleners in een zorgnetwerk hebben juist een gezamenlijke wens om samen te werken en uit dien hoofde de plicht de werkzaamheden met elkaar af te stemmen en te verantwoorden, een en ander met het doel goede zorg te leveren.

Een ander punt dat ik voorop wil stellen, is dat in de omstandigheid dat partijen invloed hebben gehad op de inhoud van de feitelijke samenwerking en de daarbij horende afstemming en verantwoording van werkzaamheden, een rechtvaardiging kan worden gevonden voor verdergaande vormen van aansprakelijkheid, zoals een medeaansprakelijkheid of een hoofdelijke aansprakelijkheid.²⁴² Anders gezegd: gezamenlijk de verantwoordelijkheid willen nemen voor de zorg van patiënten betekent verantwoordelijkheid voor niet alleen goede, maar ook slechte uitkomsten van zorg *veroorzaakt door (een gebrek in) die samenwerking.*²⁴³

242 Tjong Tjin Tai e.a. 2009, p. 6.

243 Zie ook Tjong Tjin Tai 2011a.

Dit gezegd hebbende, stel ik twee vormen van aansprakelijkheid voor, zo sprake is van een tekortkoming gelegen in een gebrekkige samenwerking door veronachtzaming van plichten uit dien hoofde:

1. een centrale aansprakelijkheid voor zorggroepen en gezondheidscentra met rechtspersoonlijkheid; en
2. een hoofdelijke aansprakelijkheid van hulpverleners behorend tot andere zorgnetwerken.

Ad 1) *Waarom een centrale aansprakelijkheid voor zorggroepen en gezondheidscentra met rechtspersoonlijkheid?*

De meest voor de hand liggende reden voor deze keuze is dat netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum voorkomt in drie varianten: de hulpverleners zijn in loondienst van de rechtspersoon, de hulpverleners zijn geheel zelfstandig gevestigd of er is sprake van een mengvorm. Voor de chronisch zieke patiënt – die dus meerdere hulpverleners tegelijkertijd ziet – is zeer waarschijnlijk op voorhand niet duidelijk met welke variant hij te maken heeft. Een andere reden is dat zowel een zorggroep als een gezondheidscentrum (vergaande) invloed kan uitoefenen op de wijze waarop de hulpverleners kunnen samenwerken en, als uitvloeisel daarvan, hun werkzaamheden op elkaar kunnen afstemmen en kunnen verantwoorden.²⁴⁴

Een derde reden is dat zowel een zorggroep als een gezondheidscentrum met rechtspersoonlijkheid in het maatschappelijk verkeer wat de zorg aan patiënten met een complexe zorgvraag betreft, reeds gezien wordt als 'een partij'. Met deze partij wordt gecontracteerd om zorgprogramma's uit te voeren en deze partij krijgt daarvoor een vergoeding die vervolgens onder de hulpverleners in het netwerk wordt verdeeld. Mijns inziens is het verschil tussen een ziekenhuis en een zorggroep of gezondheidscentrum met rechtspersoonlijkheid vanwege die aspecten zo klein, dat bij dit soort zorgnetwerken met recht kan worden gesproken van een klein, specialistisch, binnenste-buitenziekenhuis en daarom een centrale aansprakelijkheid passend is.²⁴⁵

Daarbij zij opgemerkt dat ik, anders dan in ander onderzoek wel is gedaan,²⁴⁶ geen onderscheid wil maken tussen een zorggroep en een gezondheidscentrum. Hoewel een zorggroep primair gericht is op het uitvoeren van de zorgprogramma's rondom chronisch zieken en een gezondheidscentrum niet, en een zorggroep doorgaans groter is dan een gezondheidscentrum en wellicht een meer invloedrijke rol speelt bij de samenwerking tussen de hulpverleners, vind ik de verschillen dermate gering dat ik verwacht dat de gemiddelde patiënt het verschil niet zal zien. Daar komt bij dat zorggroepen ook gezondheidscentra kunnen zijn en is het juist ook het gebouw van het gezondheidscentrum dat de indruk kan wekken dat sprake is van één organisatie bij wie de patiënt met zijn verhaal terecht kan.

244 Zie ook Tjong Tjin Tai e.a. 2009 en Zegveld 2018a, p. 61.

245 Zie voor gelijke argumenten om een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis in te voeren *Kamerstukken II 1989/90*, 21561, nr. 3, p. 23 en 43-44 (MvT).

246 Zie Zegveld 2018a.

Om de centrale aansprakelijkheid gestalte te geven, zou aan art. 7:462 BW een derde, vierde en vijfde lid kunnen worden toegevoegd, luidende als volgt:

‘3. Indien ter uitvoering van meerdere behandelingsovereenkomsten verrichtingen plaatsvinden in de vorm van netwerkzorg op basis van een gefinancierd zorgprogramma vanuit een zorggroep of een gezondheidscentrum, is de zorggroep of het gezondheidscentrum voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk, als ware het zelf bij de overeenkomst partij.

4. Netwerkzorg als bedoeld in lid 3 is een manier van zorgverlening uit hoofde van de Wet langdurige zorg of de Zorgverzekeringswet aangaande een bepaalde patiëntengroep waarbij drie of meer niet tot eenzelfde ziekenhuis (of vergelijkbare instelling) behorende hulpverleners van verschillende disciplines in georganiseerde verbanden op nevenschikkende wijze samenwerken, met het doel de toegankelijkheid, kwaliteit en efficiëntie van zorg te verbeteren.

5. Onder zorggroep als bedoeld in lid 3 wordt verstaan een rechtspersoon die zorgdraagt voor het coördineren en faciliteren van netwerkzorg in een bepaalde regio.

6. Onder gezondheidscentrum als bedoeld in lid 3 wordt verstaan een rechtspersoon die zorgdraagt voor het coördineren en faciliteren van netwerkzorg vanuit één gebouw.’

Ter toelichting geldt dat ik wat de tekst betreft, zo veel mogelijk heb willen aansluiten bij het bestaande eerste en tweede lid van art. 7:462 BW. De toevoeging dat het om een gefinancierd zorgprogramma moet gaan, heb ik opgenomen ter verduidelijking dat de centrale aansprakelijkheid zich toespitst op zorg die met een bepaald omschreven en kenbaar doel in samenhang wordt verricht en zich toespitst op een bepaalde patiëntengroep. Voor de definities van zorggroep en gezondheidscentrum is voorts aansluiting gezocht bij reeds gangbare definities. Aspecten die voor de aansprakelijkheid niet van belang zijn, heb ik weggelaten. Zorggroepen en gezondheidscentra in deze vorm zullen doorgaans tevens kwalificeren als zorgaanbieder in de zin van de Wkkgz (art. 1 Wkkgz).

Hinderlijk is alleen dat *gezondheidscentra niet steeds rechtspersonen zijn*. Het zijn soms maatschappen en soms MOEDS ‘*in disguise*’. Voor deze ‘gezondheidscentra’ kan een centrale aansprakelijkheid niet worden bepleit: er is niet een persoon om aan te spreken / te dagvaarden. Hoewel het wringt om te differentiëren op een punt waar de patiënt in onduidelijkheid verkeert en ik er wellicht beter aan doe om de gezondheidscentra ‘eruit te schrijven’, doe ik dat laatste niet. De reden is dat uit een uittreksel van de Kamer van Koophandel kan blijken of het een rechtspersoon is, een maatschap of niks van dat alles. Een dergelijk onderzoek is eenvoudig en veel eenvoudiger dan een onderzoek naar de arbeidsverhoudingen, wat het alternatief zou zijn bij gebreke van een centrale aansprakelijkheid. Voor maatschappen geldt reeds een hoofdelijke aansprakelijkheid, zie hierna, en voor de MOEDS bepleit ik dat ook.

Ad 2) *Waarom een geregelde hoofdelijke aansprakelijkheid?*

Anders dan bij netwerkzorg vanuit een zorggroep of gezondheidscentrum met rechtspersoonlijkheid, kennen de andere beschreven zorgnetwerken (en waaronder ook niet besproken vormen kunnen worden geschaard) een minder duidelijk 'boegbeeld' dan de zorggroep of het gezondheidscentrum. Naar buiten toe wordt de indruk gewekt dat het gaat om individuele hulpverleners 'met onderlinge afspraken'. Tegelijkertijd is er wel een georganiseerde vorm van samenwerking rondom patiënten met een bepaalde aandoening, en zelfs eentje die behoorlijk wat gelijkenissen vertoont met de openbare maatschap, art. 7A:1655 BW. Enkele gezondheidscentra *zijn* zelfs maatschappen. Het is om die reden dat voor andere vormen van netwerkzorg gepleit wordt voor een hoofdelijke aansprakelijkheid zoals die ook te zien is bij een openbare maatschap.²⁴⁷ Als basis voor die aansprakelijkheid geldt het uitgangspunt dat de patiënt er door de feitelijke omstandigheden van mag uitgaan dat sprake is van een opdracht tot geneeskundige behandeling aan het zorgnetwerk als geheel, aan het binnenste-buitenziekenhuis dus. De hoofdelijke aansprakelijkheid brengt met zich dat de patiënt ingevolge art. 6:7 BW iedere hulpverlener uit het netwerk kan aanspreken ter verhaal van zijn gehele schade. Nakoming door de aangesproken hulpverlener bevrijdt de andere hulpverleners tegenover de patiënt. De aangesproken hulpverlener kan conform de daarvoor geëigende bepalingen regres nemen op de andere hulpverleners uit het netwerk.

Om de hoofdelijke aansprakelijkheid gestalte te geven, zou een art. 7:462a BW kunnen worden geformuleerd, en wel als volgt:

'1. Wordt een patiënt op basis van een zorgprogramma of richtlijn tegelijkertijd of volgtijdelijk geneeskundig behandeld door drie of meer in nevenschikkende vorm samenwerkende hulpverleners van verschillende disciplines buiten de muren van een ziekenhuis of vergelijkbare instelling en is deze samenwerking georganiseerd, dan wordt vermoed sprake te zijn van netwerkzorg en een opdracht tot geneeskundige behandeling aan de samenwerkende hulpverleners.

2. Artikel 7:407 lid 2 BW is van overeenkomstige toepassing, tenzij zich een vorm van netwerkzorg aandient die wordt beheerst door artikel 7:462 lid 3 BW.'

Ter toelichting geldt dat ik wat de tekst betreft, zo veel mogelijk heb willen aansluiten bij bestaande regelgeving. De toevoeging dat de zorg moet worden verleend op basis van een zorgprogramma of richtlijn heb ik opgenomen met het doel voor degenen die het aangaat te verduidelijken hoe het netwerk is afgebakend; het gaat om de samenwerking en de soort zorg als beschreven in het zorgprogramma of de richtlijn.²⁴⁸

Wat zowel de centrale aansprakelijkheid als de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hulpverleners uit het zorgnetwerk betreft, zij benadrukt dat de patiënt wel nog steeds

247 Zie daarvoor ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/144-146.

248 Zie ook Zegveld 2018a, p. 189.

zal moeten aantonen dat de gebrekkige samenwerking (als geheel) oorzaak is van zijn schade. Hij hoeft echter niet voor iedere hulpverlener apart onderzoek te doen naar diens handelen en bijdrage aan de schade.

Mijns inziens doen beide vormen van aansprakelijkheid recht aan de positie van de patiënt die zorg ontvangt in de vorm van samenwerkende hulpverleners, terwijl voor hem tegelijkertijd onduidelijk is hoe hun onderlinge verhouding is. Ook voor de hulpverleners bieden de aansprakelijkheidsregels duidelijkheid: zij kunnen hiermee in de hand onderling afspraken maken over een gezamenlijke verzekering, gezamenlijk investeren in materiaal om de patiënt in te lichten en afspraken maken over onderling regres. Een ander voordeel is de niet onwaarschijnlijke beïnvloeding van de wijze van samenwerken in positieve zin, met verbetering van de kwaliteit van zorg tot gevolg; zowel de centrale aansprakelijkheid als de hoofdelijke aansprakelijkheid kan ervoor zorgen dat de hulpverleners in het netwerk elkaars gedrag verbeteren ter voorkoming van aansprakelijkheid.²⁴⁹

4.2.2 *En wat dies meer zij*

Het opnemen van een regeling over aansprakelijkheid hoort thuis in het BW. Gezien de definitie van ziekenhuis in art. 7:462, tweede lid, BW, staat er mijns inziens niets aan in de weg om ook de begrippen zorggroep en gezondheidscentrum in het BW te definiëren, een en ander zoals is voorgesteld. Ik acht het niettemin raadzaam te bezien of een zorggroep en een gezondheidscentrum niet ook gedefinieerd zouden kunnen of moeten worden in de Wkkgz.

Een ander aspect dat mijns inziens in de Wkkgz geregeld (of aangepast) zou moeten worden, is de plicht tot toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten. In art. 3 Wkkgz is deze plicht beperkt tot *instellingen*, wat tot de discussie zou kunnen leiden of op hulpverleners die in een netwerk samenwerken maar buiten een instellingsvorm, wel een zodanige plicht rust. Ik denk dat er geen twijfel over een dergelijke plicht zou mogen bestaan en dat er geen bezwaar kan zijn tegen een wettelijke verankering van de mijns inziens reeds bestaande en onderkende plicht. Een vrij eenvoudige ingreep is de zinsnede <indien hij een instelling is,> te schrappen.

Daarnaast zou de plicht tot toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten in een kwaliteitsstandaard kunnen worden opgenomen, wat het voordeel heeft dat een wijziging van het BW niet nodig is; in art. 7:453 BW wordt immers naar de kwaliteitsstandaarden verwezen.

249 Hartlief 2007, p. 83: 'Aansprakelijkheid(srecht) is behalve een vergoedingsmechanisme ook een gedragbeïnvloedingsmechanisme.'

Een punt dat mijns inziens gestimuleerd zou moeten worden, is het door hulpverleners afsluiten van een (aparte) netwerkverzekering. Dit zou in gezamenlijkheid kunnen en de kosten zouden kunnen worden gedeeld. Een ander punt dat gestimuleerd moet worden, is het maken van afspraken over onderling regres, zeker indien de actoren in het zorgnetwerk qua draagkracht niet met elkaar te vergelijken zijn (ziekenhuis versus diëtist, om maar wat te noemen).

Voorts kan worden gedacht aan het (door de beroepsgroepen) opstellen van een handreiking die betrekking heeft op het informeren van de patiënt die zorg ontvangt van een netwerk, in het bijzonder als zich een netwerkincident heeft voorgedaan. Daarbij houd ik in gedachten dat op de hulpverlener reeds de plicht rust om bij een incident (met mogelijke schade) aan een cliënt onverwijld mededeling te doen van de aard en toedracht van het incident (inclusief tijdstip en de betrokkenen) en daarvan aantekening te maken in het dossier van de cliënt. Daarbij licht de zorgaanbieder de cliënt tevens in over de mogelijkheden om de gevolgen van het incident weg te nemen of te beperken. Deze plicht zou middels de handreiking nog eens expliciet onder de aandacht kunnen worden gebracht van de leden van het zorgnetwerk met daaraan gekoppeld de mededeling dat er duidelijkheid moet worden verschaft over de aard en toedracht van een netwerkincident *en de daarbij betrokken hulpverleners*.

4.3 *Een minder vergaand alternatief*

Een wetswijziging is ingrijpend. Om die reden is het het overwegen waard om louter te opteren voor het opnemen van afstemmings- en verantwoordingsplichten in een kwaliteitsstandaard en het opstellen van een handreiking netwerkincidenten. Voor mij blijft het echter de vraag of deze oplossingen voldoende zijn om de patiënt de positie te bieden die rechtvaardig mag worden geacht. Ik blijf daarom de voorkeur houden voor de verdergaande oplossing van een wetswijziging.

4.4 *Eventuele bezwaren*

Een bezwaar van een bijzondere vorm van aansprakelijkheid kan zijn dat zij ertoe leidt dat hulpverleners zich uit het netwerk terugtrekken (samenwerking is immers vrijwillig) met alle gevolgen voor de continuïteit en kwaliteit van zorg van dien. Toch zou dit bezwaar niet in de weg mogen staan aan het regelen van aansprakelijkheid. Hoe dan ook kunnen hulpverleners aansprakelijk worden gesteld en niets regelen betekent dat hulpverleners aansprakelijk worden gesteld zonder dat daarop is geanticipeerd. Daar komt bij dat uit onderzoek naar de commitment van hulpverleners aan hun zorgnetwerk is gebleken dat de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid geen wezenlijk effect heeft op dat commitment.²⁵⁰ Belangrijker zijn de omvang van het netwerk, de duur van bestaan en de mate waarin eenieder zich met het netwerk

250 Kramer 2014, p. 47 (scenario 1) in samenhang gelezen met Kramer 2014, p. 121.

kan identificeren.²⁵¹ Hoe kleiner en hoe ouder, hoe meer commitment en dat geldt ook voor een grote mate van vereenzelviging ('ik ben het netwerk').

5 Eindconclusie

Ik rond af en eindig waar ik mee begon: het is 2022 en de zorg kenmerkt zich door diverse nieuwe, de klassieke grenzen overschrijdende, samenwerkingsverbanden. Dat is mooi, maar ik constateer tegelijkertijd dat het civiele aansprakelijkheidsrecht niet is ingericht op deze samenwerkingsverbanden, een situatie die veertig jaar geleden ook werd beschreven in het licht van de ontwikkelingen destijds. Ik wees ter illustratie op De Brauw, die in 1982 een aantal samenwerkingsverbanden in het licht van het civiele aansprakelijkheidsrecht beschouwde.

Ik wijs in dit slot weer op hem om te laten zien dat de bevindingen van toen niet heel anders zijn dan die van mij nu, en waarmee ik tegelijkertijd mijn bevindingen en conclusies van de onderhavige beschouwing van het civiele aansprakelijkheidsrecht in relatie tot netwerkzorg kort samenvat.

De Brauw schreef in zijn preadvies ter inleiding dat hem was gebleken dat achter samenwerking in de individuele gezondheidszorg een veld ligt van intermenselijke en contrasterende problemen, die het waard zijn vanuit een andere dan een professionele gezichtshoek te worden bekeken, met op de achtergrond de belangen van de individuen waarom het uiteindelijk gaat: de patiënten.²⁵² Ik deel dat inzicht.

Ook schreef hij dat in gevallen van samenwerking door hulpverleners aan reeds bestaande onzekerheden over de aansprakelijkheid van hulpverleners nog een element van onzekerheid wordt toegevoegd: waar meer hulpverleners samen hun zorgen aan een patiënt hebben besteed die meent dat hij schade heeft geleden, zal de vraag rijzen op wie de aansprakelijkheid rust, wat tot nieuwe bewijsproblemen zal leiden.²⁵³ Dit is ook mijn bevinding; op de patiënt rust de bewijslast van een onzorgvuldigheid, maar hij loopt tegen problemen aan waar het gaat om het vaststellen van zijn contractspartij(en), het duiden van de op de hulpverleners uit het zorgnetwerk rustende samenwerkingsplichten én de schending ervan. En wie kan hij voor welke schade aanspreken?

De Brauw ging in op de beperkingen die ten grondslag lagen aan de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 1403 BW (oud), de voorloper van art. 6:170 BW.²⁵⁴ Die beper-

251 Kramer 2014, p. 116-118. Zie ook Westra 2015, p. 135.

252 De Brauw 1982, p. 1.

253 De Brauw 1982, p. 41.

254 De Brauw 1982, p. 43-46.

kingen zijn er nog steeds, en ook art. 6:171 BW en art. 7:462 BW hebben een beperkte betekenis als het gaat om netwerksamenwerking in de zorg.

En hij concludeerde dat samenwerking van artsen (en andere hulpverleners) uit medisch-wetenschappelijk oogpunt veel voordelen biedt; dat problemen voor de patiënten in het vlak van de persoonlijke zorg liggen en dat het grootste probleem in de sfeer van behandeling door groepen of teams ligt, wat te vaak zou kunnen leiden tot onverhaalbaarheid van schade die naar recht en redelijkheid voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.²⁵⁵ Ik trek dezelfde conclusie.

De centrale aansprakelijkheid is er, netwerkaansprakelijkheid nog niet. Er zijn meer wegen die naar Rome leiden en mijn advies – een wetwijziging in de vorm van een centrale aansprakelijkheid en een hoofdelijke aansprakelijkheid – is ongetwijfeld niet het enig mogelijke voorstel. Laten ‘we’ er niettemin, hoe dan ook, vooral samen voor zorgen dat zorgpraktijk en recht hand in hand gaan. Dat is waar een gezondheidsrechtelijke vereniging voor moet staan, zo meen ik. En over veertig jaar (of zoveel eerder), als de technologie voor mij niet te voorspellen hoogtes heeft bereikt, mag er een volgende beschouwing uit.

255 De Brauw 1982, p. 55.

Verkort aangehaalde literatuur**Actiz e.a. 2019**

Actiz e.a., *Richtlijn Overdracht van Medicatiegegevens in de keten Herziening 2018/2019*, 2019

Asser/Rensen 2-III 2017

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Sieburgh 6-II 2021

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017

J.M.M. Maeijer & M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Batenburg en Kalf 2010

R.S. Batenburg en R.R.J. Kalf (NIVEL), *Zorgaanbod, organisatie en strategie van gezondheidscentra in Nederland – Verschillen, trends en bekostiging*, Utrecht, 2010

Boomsma e.a. 2005

L.J. Boomsma e.a., *Landelijke Eerstelijns Samenwerkings Afspraak Dementie*, 2005

Boomsma e.a. 2009

L.J. Boomsma e.a., *Landelijke Eerstelijns Samenwerkings Afspraak Dementie*, 2009

Boomsma e.a. 2016

L.J. Boomsma e.a., *Landelijke Transmurale Afspraak Cardiovasculair Risicomanagement*, 2016

Boonekamp 2020

Boonekamp, *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:166 (actueel t/m 2020)

Boonekamp 2021a

Boonekamp, *GS Schadevergoeding*, commentaar op art. 6:98 BW (actueel t/m 2021)

Boonekamp 2021b

Boonekamp, *GS Schadevergoeding*, commentaar op art. 6:102 BW (actueel t/m 2021)

Boot 2020

J.M.D. Boot, *Organisatie van de gezondheidszorg*, Assen: Uitgeverij Koninklijke Van Gorcum, 5e herziene druk, 2020

Bouwhuis en De Jong 2015

S. Bouwhuis en J.D. de Jong (NIVEL), *Het perspectief van zorggroepen en gezondheidscentra op onderhandelingen en contracten met zorgverzekeraars*, Utrecht, 2015

De Brauw 1982

P.J.W. de Brauw, *Beschouwingen over de samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten*, Preadvis Vereniging voor gezondheidsrecht, Utrecht, 1982

Broekema-Engelen 2019

Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:76 BW (actueel t/m 2019)

Broekema-Engelen 2020

Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW (actueel t/m 2020)

De Bruijne e.a. 2007

M.C. de Bruijne e.a. (NIVEL en EMGO+), *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Utrecht, 2007

Cauffman en Croes 2020

Cauffman en Croes, *GS Verbintenissenrecht*, commentaar op art. 6:75 BW (actueel t/m 2020)

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch, derde druk, 2020

Van Dijk 2015

G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2015/1787

Van Dijk 2015

F. van Dijk, 'De opmars van de zorgcoöperatie', *RGD Magazine* 2015, nr. 4

Van Dongen 2016

S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Donkers e.a. 2008

E.C.M.M. Donkers e.a., 'Ketens met karakter', *MC* 2008, nr. 19

Drewes e.a. 2008

H.W. Drewes e.a. (RIVM), *Effectiviteit van disease management - Een overzicht van de (internationale) literatuur*, Bilthoven, 2008

Van Egmond e.a. 2014

S. van Egmond e.a. (Rathenau Instituut), *Sterke verhalen uit het ziekenhuis. Leren van patiëntenervaringen voor goede zorg*, Den Haag, 2014

Engelhard en Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW A15, Deventer: Kluwer 2008

FMS 2018

Federatie Medisch Specialisten, *Richtlijn diagnostiek en beleid bij volwassenen met chronische nierschade 2012-2021*, 2018

Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid 1994

Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid, *De keten rammelt - Onderzoek naar de afstemming binnen de spoedeisende hulpverlening*, 1994

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

De Haan 2021

F.H. de Haan, 'De regiebehandelaar', *TvGR* 2021, nr. 3

Hammelburg e.a. 2014

R. Hammelburg e.a., *Veranderende samenwerking in de zorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2014

Hansen e.a. 2007

J. Hansen e.a. (NIVEL), *Monitor multidisciplinaire samenwerkingsverbanden in de eerste lijn*, Utrecht 2007

Hansen e.a. 2010

J. Hansen e.a. (NIVEL), *Monitor multidisciplinaire samenwerking binnen de eerste lijn: achtergronden en resultaten van een trend- en verdiepingsstudie*, Utrecht 2010

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamenteën van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997

Hartlief 2007

T. Hartlief, *De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht*, Preadvies Vereniging voor gezondheidsrecht, Utrecht, 2007

Hooghiemstra 2018

T.F.M. Hooghiemstra, *Informatieele zelfbeschikking* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2018

Ten Hoopen 2007

M.M. ten Hoopen, 'Medisch-specialistische samenwerkingen aansprakelijkheid: in het bijzonder bij operatieve behandeling van de patiënt', *NJB* 2007 / 1358

Hopman e.a. 2009

E.P.C. Hopman e.a. (NIVEL), *Organisatorische samenwerkingsverbanden binnen de eerste lijn - een verkenning*, Utrecht, 2009

Huber 2014

M.A.S. Huber, *Towards a new, dynamic concept of Health* (diss. Maastricht), 2014

Hulst en Kerff 1998

E.H. Hulst en R. Kerff, 'Patiëntenrechten en transmurale zorg: wie is verantwoordelijk jegens de patiënt?', *TvGR* 1998, nr. 8

Huver e.a. 2007

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel I: Terreinverkenning*, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007

IGJ 2016

IGJ, *Veilig voorschrijven moet beter*, Utrecht, 2016

IGJ 2018

IGJ, *Goede zorg in zorgnetwerken* (Visienota netwerkzorg), Utrecht, 2018

IGJ 2019a

IGJ, *Toezicht op zorgnetwerken*, Utrecht, 2019

IGJ 2019b

IGJ, *Toezicht op zorgnetwerken: specialistische verpleging en zorg thuis, in de eigen omgeving is belangrijk voor het kind, en vraagt veel van het netwerk*, Utrecht, 2019

IGJ 2020

IGJ 2020, *Calamiteit in een zorgnetwerk*, Utrecht, 2020

Ineen, LHV en NHG 2019

Ineen, LHV en NHG, *Visie Regionale samenwerking en organisatievorming in de huisartsenzorg*, 2019

Jansen e.a. 2012

D. Jansen e.a. (NIVEL), *Ontwikkelingen in de zorg voor chronisch zieken*, Utrecht, 2012

Jansen 2020

Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:162 BW (actueel t/m 2020)

De Jong 2008

G.T. de Jong, 'Het belang van het begrip 'bedrijfseenheid in verband met de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen', *WPNR 2008/6742*

De Jong 2017

G.J. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen, Monografieën BW B33*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

De Jong-van Til e.a. 2012

J.T. de Jong-van Til e.a. (RIVM), *De organisatie van zorggroepen anno 2011*, Bilthoven, 2012

De Jong e.a. 2016

J. de Jong e.a. (NVEL), *Substitutiepotentieel tussen eerste- en tweedelijns zorg*, Utrecht, 2016

Kaats en Opheij 2016

E. Kaats en W. Opheij, *Leren Samenwerken tussen organisaties*, Deventer: Vakmedi-
anet 2016

Kenis en Provan 2008

P.N. Kenis en K.G. Provan, *Het network-governance-perspectief*, in: T. Wentink (Ed.), *Business Performance Management. Sturen op prestatie en resultaat* (p. 296-312) Amsterdam: Boom Academic 2008 (Publisher's PDF)

KIZ Rapport Ketenzorg 2012

Kwaliteit in zicht, *Ketenzorg in zicht – een onderzoek naar de stand van zaken 2011*, 2012

Klaassen 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Monografieën BW B35*, Deventer: Kluwer 2017

KNMG e.a. 2010

KNMG e.a., *Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg*, Utrecht, 2010

Kramer 2014

A.E. Kramer, *Resilient networks in healthcare* (diss. Tilburg), 2014 (Publisher's PDF)

Kruikemeier e.a. 2009

S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009

Kuiper en Van der Winden 2010

W.E. Kuiper en C.Ph. van der Winden, 'De coöperatie in de zorgsector' in: R.C.J. Galle, *Handboek coöperatie*, Dordrecht: Convoy uitgevers B.V., 2010

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), 2006 (Publisher's PDF)

Lakerveld-Heyl e.a. 2007

K. Lakerveld-Heyl e.a., *Landelijke Eerstelijns Samenwerkings Afspraak COPD*, 2007

Langbroek 2020

Langbroek, *GS Verbintenissenrecht*, commentaar op art. 6:74 BW (actueel t/m 2020)

Langelaan e.a. 2017

M. Langelaan e.a. (NIVEL en EMGO+ instituut), *Monitor zorggerelateerde schade 2015/16*, Utrecht, 2017

Laurijssens e.a. 1979

I. Laurijssens e.a., *Samenwerking in de eerste lijn en structurele belemmeringen*, *Huisarts en wetenschap* 1979

Lubach 2005

R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen – Over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6:171 BW* (diss. Groningen)

Minkman 2012

M.M.N. Minkman, 'Gericht verbeteren met het Ontwikkelingsmodel voor Ketenzorg', *Kwaliteit in zorg* 2012, nr. 1

NZa 2009

NZa, *Visie Functionele bekostiging: vier niet-complexe chronische zorgvormen*, Utrecht 2009

NZa 2010

NZa, *Uitvoeringstoets Mededingingsanalyse zorggroepen – Samenwerken en concurreren in ketenzorg*, Utrecht, 2010

NZa 2019

NZa, *Monitor contractafspraken huisartsenzorg en multidisciplinaire zorg*, Utrecht 2019

Oldenhuis en Van der Veen 2020a

Oldenhuis en Van der Veen, *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:170 BW (actueel t/m 2020)

Oldenhuis en Van der Veen 2020b

Oldenhuis en Van der Veen, *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:171 BW (actueel t/m 2020)

Out en De Jong 2017

K.E.M. Out en J.D. de Jong (NIVEL), *Het perspectief van zorggroepen en gezondheidscentra op onderhandelingen en contracten met zorgverzekeraars*, Utrecht, 2017

Pel-Littel e.a. 2011

R. Pel-Littel e.a., 'Multimorbiditeit anders benaderen', *MC* 2011, nr. 20

Provan en Kenis 2007

K.G. Provan en P. Kenis, 'Modes of Network Governance: Structure, Management, and Effectiveness', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2007

Provan e.a. 2007

K.G. Provan e.a., 'Interorganizational Networks at the Network Level: A Review of the Empirical Literature on Whole Networks', *Journal of Management* vol. 33, nr. 3, 2007

Van Til e.a. 2010

J.T. van Til e.a. (RIVM), *De organisatie van zorggroepen anno 2010*, Bilthoven, 2010

Rang 1973

J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

Reuder e.a. 2009

B.M.M. Reuder e.a., 'De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder artikel 6 Mw', *M&M* 2009, nr. 2

Rosendal e.a. 2009

H. Rosendal e.a., *Ketenzorg – Praktijk in perspectief*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg, 2009

Rutte en Samsom 2012

M. Rutte en D. Samsom, *Bruggen Slaan - Regeerakkoord VVD-PvdA*, 2012

RVS 2020

Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van deelbelangen naar gedeeld belang – Een handreiking voor regie op toegankelijke acute zorg*, 2020

RVZ 1998

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Redesign van de eerste lijn in transmuraal perspectief*, Zoetermeer 1998

RVZ 2008

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Schaal en Zorg*, Den Haag, 2008

RVZ 2011

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Het Chronic Care Model in Nederland*, Den Haag 2011

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000

Sixma e.a. 2013

H. Sixma e.a. (NIVEL, ARGO en LNAZ), *Onderzoeksrapport Ketenbrede Kwaliteits-indicatoren Acute Zorg*, 2013

Smeehuijzen e.a. 2013

J.L. Smeehuijzen e.a. (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013

Smeehuijzen en Akkermans 2013

J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013

Stichting Transmurale Zorg Den Haag e.o. 2013

Stichting Transmurale Zorg Den Haag e.o., *Zorgprogramma Dementie regio Haaglanden*, 2013

Struijs e.a. 2009

J.N. Struijs e.a. (RIVM), *Experimenteren met de keten-dbc diabetes – De eerste zichtbare effecten*, Bilthoven, 2009

Tjong Tjin Tai 2004

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Toerekenbare niet-nakoming en de zorg van een goed schuldenaar', *WPNR* 2004/6574

Tjong Tjin Tai e.a. 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a., 'Een juridisch beoordelingskader voor samenwerking', *NTBR* 2009, nr. 7

Tjong Tjin Tai 2010

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht', *MvV* 2010, nr. 10

Tjong Tjin Tai en Zegveld 2010

T.F.E. Tjong Tjin Tai en C.B.M.C. Zegveld, 'Civil liability of chains and networks in health care', *Journal on Chain and Network Science* 2010, nr. 2

Tjong Tjin Tai 2011a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'The centre cannot hold', *NTBR* 2011, nr. 3

Tjong Tjin Tai 2011b

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Over de grenzen van het privaatrecht* (oratie Tilburg), 2011 (Publisher's PDF)

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meervoudige causaliteit', *WPNR* 2018/7186

Tjong Tjin Tai e.a. 2021

T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a., 'Aansprakelijkheid voor falende informatie-uitwisseling in de gezondheidszorg', *NJB* 2021/2407

Ursum e.a. 2011

J. Ursum e.a. (NIVEL), *Zorg voor chronisch zieken Organisatie van zorg, zelfmanagement, zelfredzaamheid en participatie*, Utrecht, 2011

Valentijn 2015

P.P. Valentijn, *Rainbow of chaos: A study into the theory and practice of integrated primary care* (diss. Tilburg), 2015 (Publisher's PDF)

Valentijn 2019

P.P. Valentijn, *Zorgnetwerken die werken: De sleutel tot betere uitkomsten*, Hierden, 2019

Van Vliet e.a. 2016

K. van Vliet e.a., *Anders kijken, anders leren, anders doen – Grensoverstijgend leren en opleiden in zorg en welzijn in het digitale tijdperk* (Commissie van Innovatie Zorgbehoef & Opleidingen), 2016

Verlee e.a. 2017

E. Verlee e.a., *Landelijke Eerstelijns Samenwerkingsafspraken Zorg voor kwetsbare ouderen*, 2017

Wagner e.a. 2008

C. Wagner e.a. (NIVEL en EMGO+), *Oorzaken van incidenten en onbedoelde schade in ziekenhuizen*, Utrecht, 2008

Van Wees e.a. 2007

K.A.P.C. van Wees e.a., 'Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht', *AA 56* (2007) 11

Werkgroep Zorg 2013

Werkgroep Zorg 2025, *Coach, cure & care - Een gezamenlijke toekomstvisie van de nieuwe generatie zorgprofessionals op het zorglandschap in Nederland*, 2013

Westra 2015

E. Westra, *Samenwerken: de essentie*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuw Begin, 2015

Wijne 2021a

R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade – De geneeskundige behandeling en de aansprakelijkheid bij schade van de patiënt*, Den Haag: Boom juridisch, derde druk, 2021

Wijne 2021b

R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Monografieën BW B87*, Deventer: Wolters Kluwer, tweede druk 2021

Wijne 2021c

R.P. Wijne, *Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg – Een korte introductie*, Den Haag: Boom juridisch, 2021

De Wildt en Leusink 2008

J.E. de Wildt en G.L. Leusink, *Nulmeting Zorggroepen. Een beschrijvend onderzoek van de karakteristieken*, Utrecht: LVG 2008

Van Zaalen e.a. 2018

Y. van Zaalen e.a., *Handboek interprofessioneel samenwerken in zorg en welzijn*, Bussum: Uitgeverij Coutinho bv, 2018

Zegveld 2007

C.J.M. Zegveld, 'Medische aansprakelijkheid en samenwerking tussen zorgverleners', *PIV-Bulletin*, juni 2007

Zegveld 2018a

C.J.M. Zegveld, *Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg* (diss. Tilburg), 2018 (Publisher's PDF)

Zegveld 2018b

C.J.M. Zegveld, 'Proefschrift: Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg', *WPNR* 2018/7208

Deel 3

Samenwerking en bekostiging van de zorg

Over reguleringsknelpunten en mogelijke oplossingen

mr. dr. W.I. Koelewijn en mr. B.A. van Schelven*

* Wouter Koelewijn is universitair docent gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en daarnaast evenals Bas van Schelven advocaat gezondheidszorg bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

1 Samenwerking binnen een stelsel onder druk

1.1 Toekomstige ontwikkelingen

Nederland heeft in kwalitatief opzicht een van de beste gezondheidszorgstelsels ter wereld. De uitgangspunten solidariteit en toegankelijkheid vormen de belangrijkste pilaren waarop het stelsel is gegrondvest. Iedereen heeft toegang tot basisvoorzieningen van het zorgstelsel en iedereen betaalt mee aan de zorg voor anderen, ongeacht leeftijd, gezondheid en inkomen. Tegelijkertijd staat de financiële houdbaarheid van het zorgstelsel de afgelopen jaren in toenemende mate onder grote druk. Om die reden waren overheidsinterventies noodzakelijk om de stijgende zorgkosten te beheersen, via onder andere bestuurlijke akkoorden en geremde groei afspraken op macro budgettair niveau. Ook in de komende jaren blijft deze druk bestaan. De vraag naar zorg groeit immers al jaren harder dan de economie en er is een groeiend tekort aan zorgprofessionals waardoor werkdruk en ziekteverzuim hoog zijn binnen de sector. Voor 2022 is een tekort voorzien van 80.000 zorgmedewerkers van wie 60.000 in de verpleging, verzorging en thuiszorg. Ook in demografisch opzicht stelt de nabije toekomst het zorgstelsel voor grote vraagstukken. Er is sprake van sterke vergrijzing en een afvlakking van de bevolkingsgroei, waardoor het aantal werkenden daalt ten opzichte van het aantal mensen dat zorg nodig heeft. Doorrekeningen van het Centraal Planbureau laten zien dat beperkte loonstijgingen grotendeels aangewend zullen worden voor de stijgende lasten van de zorg. En op de lange termijn verdubbelen de zorguitgaven terwijl de overheidsinkomsten daarmee geen gelijke tred houden.¹

In opdracht van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft de Sociaal Economische Raad (SER) in de periode 2018-2020 onderzoek gedaan naar onder meer de vraag hoe de overheid kan zorgen dat het zorgstelsel ook op lange termijn houdbaar blijft en iedereen de zorg krijgt die hij of zij nodig heeft.² De SER komt in zijn analyse tot een viertal overkoepelende hoofdconclusies. Er is ten eerste continu een bezinning nodig op welke zorg wel en niet in het verzekerde pakket wordt vergoed. Ten tweede is een langjarige en consistente inzet noodzakelijk op voorzorg en preventie. Ten derde is in de zorg een goed georganiseerde digitale infrastructuur noodzakelijk om de beschikbare capaciteit efficiënt en eerlijk te verdelen. Ten vierde stelt de SER dat in de regulering van het stelsel

1 CPB 2019, *Verkenning Middellange termijn 2022-2025*; CPB 2020, *Centraal Economisch Plan*. Zie ook: RIVM 2018, *Volksgezondheid Toekomst Verkenning 2018*.

2 Brief van de minister van VWS aan de SER d.d. 6 juli 2018, kenmerk: 138839-179046-MEVA, raadpleegbaar op www.minvws.nl.

meer ruimte moet worden gecreëerd voor een stabiele arbeidsmarkt, minder rege­dru­k en meer ruimte voor zorgprofessionals.³

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) komt tot vergelijk­bare conclusies en aanbevelingen.⁴ Hij voorziet een substantiële toename van de zorguitgaven, met een stijging naar meer dan 20% van het bruto binnenlands product in 2060. De sleutel voor de oplossing van dit vraagstuk moet volgens de WRR niet langer uitsluitend worden gezocht in het vergroten van doelmatigheid en meer personeel. Er zijn volgens de WRR in de komende jaren scherpere keuzes noodzakelijk waar het gaat om het begrenzen van de voorziene groei waarbij het niet gaat om minder budget, maar vooral om geremde groei van het budget. De WRR wijst in dit verband ook op het belang van het vergroten van maatschappelijk bewustzijn en het voeren van een politiek-maatschappelijk debat, om zo maatschappelijk draagvlak te creëren voor het politiek mogelijk maken van die keuzes.

Deze hoofdconclusies en aanbevelingen van de SER en de WRR borduren voort op veel reeds lopende initiatieven die gericht zijn op kostenbeheersing en het maken van betere keuzes met schaarse financiële middelen. Wij noemen in dit verband initiatieven gericht op de ‘juiste zorg op de juiste plek’, advies- en onderzoeksprogramma’s gericht op zogenaamde ‘passende zorg’ en het programma ‘Uitkomstgerichte Zorg’, waarin de waarde van de behandeling voor de patiënt meer centraal komt te staan in plaats van de geleverde zorgprestatie. In al deze initiatieven zien wij een belangrijke gemene deler in verschillende verschijningsvormen terugkomen: samenwerking tussen zorgaanbieders over de stelsel­schotten heen, waarbij de zorgvraag en de behoefte van de patiënt steeds centraal staat.

Met de stelselwijziging in 2006 en de introductie van gereguleerde marktwerking in vele deelsectoren van de zorg is de regulering van de bekostiging echter in overwegende mate ingericht op een vorm van patiëntgerichte prestatiebekostiging. Dit heeft op haar beurt geleid tot een sterk op de individuele zorgaanbieders gerichte bekostigingsstructuur, waarbij de zorgaanbieder in financieel opzicht volledig afhankelijk is geworden van de door hem geleverde zorgprestatie. Op veel verschillende reguleringsniveaus van de bekostiging binnen het huidige stelsel is het tot op heden verder een vereiste dat de geleverde zorgprestaties steeds herleidbaar zijn tot een individuele patiënt/verzekerde. Ten eerste wordt prestatiebekostiging gebruikt in de zorgcontractering om afspraken te maken over productievolume en de prijs van de te leveren zorg. Ten tweede vormt de pati-

3 Sociaal Economische Raad, *Zorg voor de toekomst. Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, Verkenning 20/02, juni 2020.

4 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Kiezen voor houdbare zorg. Mensen, middelen en maatschappelijk draagvlak*, WRR 2021, raadpleegbaar op ww.wrr.nl/adviesprojecten/houdbare-zorg.

entgerichte prestatiebekostiging ook een belangrijke parameter op basis waarvan zorgverzekeraars de prijs- en efficiencyconcurrentie stimuleren tussen zorgaanbieders onderling. Ten derde zijn de tot individuele patiënten herleidbare zorgprestaties voor zorgverzekeraars noodzakelijk voor verrekening van het eigen risico en de eigen bijdragen van verzekerden met hun zorgverzekeraar. Ten vierde vormen de gegevens over de zorgprestaties een belangrijke parameter binnen de risicovereveningssystematiek. Tot slot is de zorgbekostiging en daaraan verbonden regulering sterk geclusterd binnen de afzonderlijke wettelijke kaders van de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet langdurige zorg (Wlz), de Jeugdwet (Jw) en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015). Deze wetten kennen eigen macro budgettaire kaders en een eigen vorm van bekostiging en regulering.

De wijze waarop de bekostigingsregulering is ingericht en de daarin besloten liggende patiëntgerichte prestaties en tarieven bemoeilijkt in de praktijk de samenwerking tussen zorgaanbieders. Wij zullen deze complexiteit nader schetsen aan de hand van twee voorbeelden en deze vervolgens vertalen naar de probleemstelling die centraal staat in dit preadvies.

1.2 Samenwerking en complicerende bekostigingsfactoren

De hoeksteen van de bekostigingsregulering is art. 35 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Op grond van art. 35 Wmg is het voor zorgaanbieders verboden een tarief in rekening te brengen voor prestaties die niet overeenkomstig de Wmg tot stand zijn gekomen. Deze verbodsbepaling vormt daarmee het fundament onder de regulering van de zorgbekostiging, meer in het bijzonder van de zorgprestatiebeschrijvingen, de daarbij behorende tariefsystematiek en de handhaving daarvan. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) neemt (publiekrechtelijke) besluiten met betrekking tot deze prestatiebeschrijvingen en de tariefensystematiek. Deze zogeheten tariefbeschikkingen bevatten uiteenlopende voorschriften, voorwaarden en beperkingen waaraan zorgaanbieders en zorgverzekeraars gebonden zijn bij de afspraken die zij met elkaar maken.

Voorbeeld 1: Hemodialyse in de thuissituatie

Patiënten met een nierziekte zijn veelal aangewezen op nierdialyse. De nierdialyse zorgt dat het bloed wordt gezuiverd. Een van de dialysevormen is de zogenaamde hemodialyse waarbij het bloed gezuiverd wordt met behulp van een kunstnier. Hemodialyse is een behandeling die meestal enkele malen per week plaatsvindt. De duur van de behandeling is vaak drie à vier uur. Voor iedere behandeling moet een dialysecentrum worden bezocht.

De apparatuur die nodig is voor een hemodialyse valt onder de verzekerde afspraken uit de Zvw. De vergoeding voor deze apparatuur valt niet onder de zoge-

naamde aanspraak op 'hulpmiddelen zorg' maar onder de functionele omschrijving 'zorg zoals medisch specialisten die plegen te bieden'. Daaronder vallen ook:

- het noodzakelijke toebehoren om het apparaat te laten functioneren;
- de regelmatige controle en onderhoud (met inbegrip van de chemicaliën en vloeistoffen die nodig zijn voor de hemodialyse);
- het opleiden van degenen die de dialyse uitvoeren of daarbij behulpzaam zijn;
- de ondersteuning en de begeleiding vanuit het dialysecentrum; en
- de noodzakelijke gebruiksartikelen die redelijkerwijs nodig zijn bij de hemodialyse.

Door innovaties op het terrein van de technologie en vanwege de ontwikkeling van kennis en vaardigheden van verpleegkundigen, wordt er in de praktijk in toenemende mate een samenwerking gezocht tussen ziekenhuis en wijkverpleegkundige instellingen met als doel de hemodialyse in de thuissituatie mogelijk te maken. Deze verschuiving van de duurder tweedelijnszorg naar de meer kosten-efficiënte eerstelijns wijkverpleegkundige zorg, past goed binnen de beleidsambities en uitgangspunten van de 'juiste zorg op de juiste plek'. Als wij evenwel naar de wijze van bekostiging van dit initiatief kijken, constateren wij dat de hemodialyses onderdeel uitmaken van het macrobudgettaire kader voor de medisch specialistische zorg en ook vallen onder de verzekerde aanspraak voor medisch specialistische zorg. De bekostiging wordt zodoende door de NZa gereguleerd via de beleidsregel en nadere regeling voor medisch specialistische zorg. De prestatiebeschrijvingen zijn dan ook uitgekristalliseerd in Diagnose Behandelingscombinaties (DBC's) en vormen onderdeel van de zorgcontractering voor medisch specialistische zorg, die uitsluitend gecontracteerd en gedeclareerd mag worden door instellingen die op grond van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) voldoen aan de vereisten die gelden voor instellingen voor 'medisch specialistische zorg'.

Als de samenwerking tussen een ziekenhuis en wijkverpleegkundige zorgorganisatie nader wordt geformaliseerd, stuit men onvermijdelijk op vraagstukken die verband houden met het regulatoire bekostigingskader. Onder welk macro budgettair kader vallen de zorgactiviteiten voor hemodialyse? Indien ziekenhuis en wijkverpleegkundige zorgorganisatie gaan samenwerken, welke prestatiebeschrijvingen kunnen dan in rekening worden gebracht en op basis van welk contract? In hoeverre kan de wijkverpleegkundige zorgorganisatie ook rechtstreeks de tarieven voor medisch specialistische zorg in rekening brengen en moet zij dan ook voldoen aan de daarbij behorende eisen op grond van de Wtza? In hoeverre zijn de prestatiebeschrijvingen⁵ voor wijkverpleegkundige zorg toereikend voor deze vorm van samenwerking en substitutie van tweede- naar eerstelijnszorg? Welke afspraken moeten daarover worden gemaakt met zorgverzekeraars en welke declaratiebepalingen van de NZa worden dan van overeenkomstige toepas-

5 Voor 2022: NZa Beleidsregel verpleging en verzorging, BR/REG-22101b.

sing verklaard? Voorgaande vraagstukken illustreren de complicerende werking van het regulatoire kader voor zorgbekostiging bij samenwerkingsinitiatieven.

Voorbeeld 2: Integrale geboortezorg

Een tweede voorbeeld aan de hand waarvan wij de complicerende werking van het regulatoire bekostigingskader voor samenwerkingsverbanden beschouwen, is de samenwerking binnen de geboortezorg. In deze sector is de bekostigings-systematiek sinds 1 januari 2017 doelbewust meer toegesneden op het verbeteren van de samenwerking tussen de verschillende disciplines. Sinds die datum kunnen zorgaanbieders en zorgverzekeraars namelijk afspraken maken over de integrale bekostiging van de geboortezorg.⁶ Kort samengevat betekent dit dat de zorgverzekeraar met een samenwerkingsverband van diverse geboortezorgaanbieders (verloskundigen, gynaecologen en kraamzorgprofessionals, kortweg aangeduid als een integrale geboortezorgorganisatie of IGO),⁷ tarieven afspreekt voor integrale prestaties waarin de geboortezorg door verschillende disciplines is samengenomen.⁸ Het betreft een experiment in de zin van art. 58 Wmg en bestaat als volwaardige optie naast de reguliere monodisciplinaire bekostiging van de

6 De minister van VWS gaf hiertoe de NZa op 11 juli 2016 een aanwijzing ex art. 7 Wmg, die ertoe strekte dat de NZa per 2017 zou voorzien in een experiment integrale geboortezorg (art. 3 Besluit aanwijzing ex art. 7 Wet marktordening gezondheidszorg (experiment integrale geboortezorg)) (Aanwijzing). Het experiment is door de NZa voor 2017 vervolgens neergelegd in de Prestatiebeschrijving beschikking Integrale Geboortezorg (TB/REG-17627-01), Beleidsregel Integrale Geboortezorg (BR/REG-17146) en Regeling declaratievoorschriften en declaratiebepalingen integrale geboortezorg (NR/REG-1724). Voor de periode 1 januari 2018 tot en met 31 december 2021 golden TB/REG-18624-01, BR-REG-18150 en NR/REG-1822. Voor de periode 1 januari 2022 tot en met 31 december 2022 gelden TB/REG-22600-01, BR/REG-22100 en NR/REG-2201.

7 Een IGO kent geen wettelijke voorgeschreven rechtsvorm, maar uit een evaluatie van de NZa blijkt dat het overgrote merendeel van de acht bestaande IGO's de rechtsvorm van een coöperatie heeft (NZa, Evaluatie experiment integrale bekostiging van de geboortezorg over de periode 2017-2019, september 2020, p. 6 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20, 32279*, nr. 203)).

8 Voor 2022 (art. 4 BR/REG-22100): Begeleiding eindigend voor zestien weken zwangerschap inclusief nazorg, geboortezorg prenataal, geboortezorg prenataal complex, geboortezorg nataal, geboortezorg nataal intramuraal op eigen verzoek, geboortezorg nataal complex, geboortezorg postnataal, geboortezorg postnataal complex en kraamzorg postnataal per uur. Er is ook een prestatie 'onderlinge dienstverlening integrale geboortezorg' (art. 4.10 BR/REG-22100).

geboortezorg.⁹ De tarieven zijn vrij onderhandelbaar tussen de zorgverzekeraars en de IGO.¹⁰

Het door de wetgever, de NZa, de zorgverzekeraars en de zorgaanbieders beoogde doel van dit experiment is het bevorderen van de samenwerking in de geboortezorg tussen de verschillende betrokken disciplines en zorgaanbieders.¹¹ Dit komt voort uit het advies van de Stuurgroep zwangerschap en geboorte, die de minister van VWS in december 2009 adviseerde over de mogelijkheden om perinatale sterfte en morbiditeit terug te dringen.¹² Een betere samenwerking tussen de verschillende geboortezorgzorgprofessionals was een van de oplossingsrichtingen om deze relatief hoge sterfte aan te pakken.¹³ De minister van VWS vroeg hierop aan de NZa of integrale bekostiging een geschikt middel zou zijn om deze samenwerking te stimuleren.¹⁴ De NZa antwoordde in 2012 de geboortezorgmarkt nog niet rijp te vinden voor invoering van integrale bekostiging,¹⁵ maar wijzigde haar standpunt in 2016 naar aanleiding van een door de minister van VWS verzocht advies van KPMG Plexus.¹⁶ De geadviseerde invoering per 2018 vond de NZa echter te vroeg. Toen de minister van VWS vaststelde dat de rest van het veld deze opvatting deelde, is besloten tot landelijke invoering van integrale bekostiging van de geboortezorg op basis van een model dat Zorgverzekeraars Nederland ontwikkelde. Dit model fungeerde als een zogenoemd ‘experiment’ op grond van art. 58 Wmg en kwam als mogelijkheid naast de bestaande monodisciplinaire bekostiging van de geboortezorg te bestaan. Regio’s die gereed waren voor de transitie naar integrale bekostiging konden hiermee per 1 januari 2017 overstappen.¹⁷

9 Dit zijn de kraamzorg (2022: TB/REG-22616-02 en BR/REG-22133a), verloskunde (2022: TB/REG-22617-03 en BR/REG-22134) en medisch-specialistische zorg (2022: TB/REG-22613-02, BR/REG-22114a en NR/REG-2207a).

10 Art. 5.2 BR/REG-22100.

11 Art. 4 sub a Aanwijzing, NZa Circulaire Vaststelling beleidsregel integrale geboortezorg 2017, 7 juli 2016, p. 1 (CI/16/27).

12 Stuurgroep zwangerschap en geboorte, Advies ‘Een goed begin. Veilige zorg rond zwangerschap en geboorte’, december 2009 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29323, nr. 75).

13 Stuurgroep 2009, p. 74.

14 NZa, Advies Bekostiging (integrale) zorg rondom zwangerschap en geboorte. Het stimuleren van samenwerking, juni 2012, p. 53 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 32279, nr. 42).

15 NZa 2012, p. 40.

16 KPMG, Advies integrale bekostiging geboortezorg, januari 2016 (Bijlage bij *Kamerstukken* 2015/16 32279, nr. 82).

17 *Kamerstukken II* 2015/16, 32279, nr. 84.

De in 2017 geïntroduceerde integrale bekostigingsstructuur is gelijk aan de huidige bekostigingsstructuur voor 2022. Deze bekostigingsstructuur heeft nog steeds de status van een experiment op grond van art. 58 Wmg. Hoewel de minister van VWS in december 2020 de integrale bekostiging van de geboortezorg op basis van een NZa-advies¹⁸ wilde laten opnemen in de reguliere bekostiging en een ‘stip op de horizon’ wilde zetten voor de beëindiging van de huidige monodisciplinaire bekostiging,¹⁹ zag hij daar in januari 2021 vanaf, mede naar aanleiding van een brief van de Koninklijke Nederlandse Organisatie van Verloskundigen (KNOV) waarmee deze organisatie aan de noodrem trok.²⁰ Naar aanleiding van deze ontwikkeling onderzocht bureau Common Eye of de belangrijkste veldpartijen overeenstemming konden krijgen over de voornoemde stip op de horizon.²¹ Common Eye rapporteerde in augustus 2021 dat zij in de gesprekken constateerde ‘dat de huidige vorm van integrale bekostiging niet als stip op de horizon kan dienen, zowel niet inhoudelijk als wat betreft het draagvlak bij partijen en hun achterbannen.’²² De minister van VWS berichtte hierop de Tweede Kamer dat besluitvorming over het vervolg aan het nieuwe kabinet is.²³

1.3 *Probleemstelling en nadere afbakening*

Beide voorbeelden laten zien dat de wijze waarop de bekostiging is gereguleerd, leidt tot complexe problemen in samenwerking tussen zorgaanbieders. Ook als de bekostigingssystematiek daar al meer specifiek op is toegesneden. Dit brengt ons tot de volgende centrale probleemstelling in dit preadvies:

Welke knelpunten in de huidige bekostigingssystematiek van de zorg belemmeren de samenwerking tussen zorgaanbieders en welke aanpassingen in de wet- en regelgeving zouden daarvoor oplossingsrichtingen kunnen vormen?

Wij richten ons in dit preadvies op samenwerking tussen zorgaanbieders binnen het domein van de verzekerde zorg op basis van de Zvw. Het gaat daarbij in het bijzonder om samenwerking tussen de eerste- en tweedelijnszorg. In de praktijk zijn er veel samenwerkingsinitiatieven in het kader van programma’s als de ‘juiste zorg op de juiste plaats’ en het programma ‘passende zorg’. Dit betekent dat

18 NZa, ‘Advies toekomst integrale geboortezorg’, 1 september 2020 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20, 32279*, nr. 203).

19 *Kamerstukken II 2020/21, 32279*, nr. 206.

20 *Kamerstukken II 2020/21, 32279*, nr. 208.

21 De Patiëntenfederatie, de KNOV, de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie en de Brancheorganisatie Geboortezorg.

22 Common Eye, Stip op de horizon voor de geboortezorg. Gezondheid van zwangere vrouw en kind als startpunt voor visie op bekostiging, 30 augustus 2021, p. 12 (Bijlage bij *Kamerstukken 2021/22, 32279*, nr. 216).

23 *Kamerstukken II 2021/21, 32279*, nr. 216, p.2.

wij de domeinoverstijgende samenwerking waarbij het gaat om samenwerkingsinitiatieven tussen aanbieders van langdurige zorg (Wlz, Jw en Wmo 2015) niet behandelen in dit preadvies. De bekostiging van Wlz-, Jw- en Wmo 2015-zorg vindt plaats binnen de schotten van die wetgeving en de samenwerking tussen aanbieders van deze zorg kent eveneens de nodige complexiteiten. Onze focus ligt evenwel op de regulering van de bekostiging en samenwerkingen tussen de eerste- en tweedelijnszorg.

Ook gaan wij niet in op de mededingingsrechtelijke aspecten van samenwerkingsvraagstukken.

1.4 Opbouw van het preadvies

Wij onderzoeken onze probleemstelling in dit preadvies door allereerst een beschrijving te geven van de wijze waarop de huidige prestatiebekostiging in de gezondheidszorg is gereguleerd (paragraaf 2). Vervolgens inventariseren wij (mede aan de hand van de uitwerking en analyse van beide voornoemde voorbeelden) de knelpunten in de reguleringssystematiek die de samenwerking kunnen belemmeren (paragraaf 3). Hierna maken wij een *casestudy* van de integrale bekostiging van de geboortezorg, waarbij wij 'lessons learned' plaatsen in de sleutel van voornoemde knelpunten (paragraaf 4). Tot slot schetsen wij enkele oplossingsrichtingen voor deze knelpunten (paragraaf 5). Wij sluiten af met een slotbeschouwing en enkele aanbevelingen.

2 De historie van vraagsturing en prestatiesregulering

2.1 Van WTG naar Wmg

De prestatie- en tariefregulering van de Wmg is overgenomen uit de WTG, die in 1981 werd ingevoerd.²⁴ De WTG beoogde een grotere invloed van de centrale overheid op de tariefbepaling in de gezondheidszorg.²⁵ Dit werd nodig gevonden om de sterke kostenstijging in de gezondheidszorg te kunnen reguleren en be-

24 De WTG werd voorafgegaan door de Wet ziekenhuistarieven. Zie uitgebreid G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg* (dissertatie UU), Deventer: Kluwer 1998, p. 7-17.

25 Zie uitvoering De Groot 1998, p. 26-34.

heersen²⁶, wat het centrale thema was van de Structuurnota Gezondheidszorg van het kabinet-Den Uyl uit 1974.²⁷

De WTG zorgde in dat kader samen met de in 1979 in werking getreden Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV) voor een gesloten stelsel van centrale aanbodregulering en budgetbekostiging. Het zorgde evenwel niet voor het beoogde resultaat. De regering vroeg daarom in 1986 advies aan de Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg, die beter bekendstaat als de commissie-Dekker. In haar rapport 'Bereidheid tot verandering' uit 1987 adviseerde de commissie-Dekker om het gesloten stelsel van aanbodregulering en budgetbekostiging te vervangen door een meer vraaggestuurd stelsel waarin prikkels van marktwerking zouden moeten worden geïntroduceerd. Deze geadviseerde fundamentele stelselwijziging zou vervolgens ook ingrijpende consequenties hebben voor de tariefstelling in de gezondheidszorg. De commissie-Dekker veronderstelde dat het loslaten van de centrale overheidssturing op het aanbod en het versterken van competitie en het liberaliseren van de tarieven zou leiden tot grote efficiëntie en doelmatigheid waardoor meer zorg voor minder geleverd zou kunnen gaan worden.²⁸

De commissie-Dekker schatte in dat er drie tot vijf jaar nodig zou zijn om maatschappelijk en politiek draagvlak te verwerven voor deze ingrijpende stelselwijziging. Dat duurde echter veel langer. Nadat de regering het advies van de commissie-Dekker in 1988 op hoofdlijnen overnam in de nota 'Verandering verzekerd', volgde in 1990 eerst het Plan-Simons van staatssecretaris Simons dat concrete uitwerkingsplannen bevatte.²⁹ Het Plan-Simons strandde in 1994, waarna het tot de regeringsnota 'Vraag aan bod' uit 2001 duurde voordat wederom plannen werden gepresenteerd voor een meer marktgericht stelsel. In deze nota presenteerde de regering een model dat kan worden beschouwd als de blauwdruk van het huidige stelsel van decentrale vraagsturing en gereguleerde marktwerking.³⁰

26 In de Structuurnota werd de doelstelling geformuleerd om de kosten van de zorg tot 8% van het nationaal inkomen te beperken in plaats van de verwachte 12,4%. Zie uitvoerig K.-P. Comanje e.a., *Vijftig jaar kostenbeheersing in de zorg. Deel I: 1966-1995*, Sdu: Den Haag 2018, p. 35-45.

27 *Kamerstukken II 1973*, 13012, nr. 2. Zie voor een bespreking van de Structuurnota op hoofdlijnen E. Plomp, *Winst in de Zorg* (dissertatie UvA) Sdu: Den Haag 2011, p. 94-66.

28 Zie uitvoerig De Groot 1998, p. 385-387 en K.-P. Comanje e.a. 2018, p. 133-139. Zie voor een recent overzicht van deze geschiedenis ook R.M. Bertens, *Liberal Solidarity. Guaranteeing Access to Dutch Health Care Under the Banner of Private Initiative, 1848-2015* (dissertatie UU) 2021, p. 212 e.v.

29 Zie uitvoerig De Groot 1998, p. 387-390 en K.-P. Comanje e.a. 2018, p. 148-173.

30 *Kamerstukken II 2000/01*, 27855, nr. 2. Zie uitvoerig Plomp 2011, p. 125-128,

Om deze omslag van een aanbod- naar een vraaggestuurd stelsel te kunnen realiseren, was het nodig om belemmeringen weg te nemen die ervoor zorgden dat sprake was van een gesloten stelsel van centrale aanbodregulering en budgetbekostiging. Het ging om de combinatie van de verplichting op grond van de Ziekenfondswet en Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) van ziekenfondsen en AWBZ-uitvoeringsorganen om op verzoek te contracteren met zorginstellingen die de zorg in kwestie wilden en konden leveren, alsmede de verplichting van deze zorginstellingen om vervolgens op verzoek onder dezelfde voorwaarden met andere ziekenfondsen en AWBZ-uitvoeringsorganen te contracteren. Daarnaast ging het om het bouwregime dat inhield dat zorginstellingen voor bouwinitiatieven een vergunning op grond van de WZV nodig hadden, waarna zij op basis van de WTG zo goed als gegarandeerd waren van de bekostiging voor de investerings-, afschrijvings- en onderhoudslasten die uit dat initiatief voortvloeiden.³¹ De WTG werd in dit kader in 2005 gewijzigd door de Wet tarieven gezondheidszorg ExPres (WTG ExPres). De WTG ExPres was bedoeld om tariefexperimenten te kunnen organiseren, prestatiebekostiging op een beheerste en soepele wijze te kunnen invoeren, bureaucratie te voorkomen dan wel administratieve lasten terug te dringen en fraude tegen te gaan.³²

De Wmg verving de WTG op 1 oktober 2006. De wetgever omschrijft deze wet als sluitstuk voor een succesvolle overstap naar het nieuwe sturingsconcept van gereguleerde marktwerking.³³ Het doel van de Wmg is het ontwikkelen en ordenen van een markt op het gebied van de zorg, ongeacht door wie die zorg wordt verleend. In dit kader bevordert de wet onder meer dat de marktwerking op gang wordt gebracht en gehouden waar dat (op een deelmarkt) mogelijk is. Volgens de wetgever past hierbij dat tariefregulering nog wel onderdeel uitmaakt van de Wmg, maar vormt dat niet meer het einddoel.³⁴

2.2 Marktwerking en prestatiebekostiging

De bekostigingssystematiek onder het oude stelsel kwam erop neer dat het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG), de voorganger van de NZa, op basis van door de minister van VWS goedgekeurde WTG-beleidsregels voor een zorginstelling een budget voor de aanvaardbare kosten vaststelde en daarop gebaseerde tarieven die bij de ziekenfondsen in rekening mochten worden gebracht. Deze centraal gestuurde allocatie van de beschikbare middelen leidde tot een budget-

31 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Boom juridisch: Den Haag 2020, p. 785.

32 *Kamerstukken II* 2003/04, 29379, nr. 3, p. 3. Zie uitvoerig Leenen e.a. 2020, p. 788-789.

33 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 8.

34 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 67.

systematiek die in het nieuwe stelsel moest plaatsmaken voor een bekostiging die is gerelateerd aan geleverde zorgprestaties. De wetgever zag deze prestatiebekostiging als een belangrijke voorwaarde om gereguleerde marktwerking te laten werken. Met prestatiebekostiging wordt in dit verband bedoeld op de bekostiging per zorgprestatie, ongeacht hoe die zorgprestatie verder wordt beschreven of genoemd. De wetgever zag hierin de sleutel tot verbetering van (micro)doelmatig en kostenbewust handelen door individueel met elkaar concurrerende zorgaanbieders.³⁵ Competitie in plaats van samenwerking werd zodoende het uitgangspunt van de bekostigingsstructuur.

Kern van de invoering van de prestatiebekostiging is dat zorgaanbieders niet langer worden betaald vanwege de beschikbaarheid van hun functie – i.e. omdat zij ‘er zijn’ – maar om de kwaliteit en de hoeveelheid zorgprestaties die zij leveren. Zorgaanbieders krijgen voor die prestaties een tarief betaald, dat in art. 1 lid 1 sub k Wmg wordt gedefinieerd als ‘een prijs voor een prestatie, een deel van een prestatie of een geheel van prestaties van een zorgaanbieder’. Prestatie wordt vervolgens in art. 1 lid 1 sub j Wmg gedefinieerd als ‘de levering van zorg door een zorgaanbieder als bedoeld in [de Wmg]’.

De wijze waarop de prestatiebekostiging is vormgegeven, verschilt evenwel per zorgsector. In bijvoorbeeld de ziekenhuiszorg werden DBC’s geïntroduceerd. Het CTG omschreef een DBC bij de invoering als ‘het geheel van prestaties van zorginstelling en medisch specialist, voortvloeiende uit de zorgvraag waarvoor de patiënt de medisch specialist in de zorginstelling consulteert.’³⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een DBC de medisch specialistische zorg typeert volgens een methodiek waarbij de zorgvraag wordt gekoppeld aan de daartoe geleverde zorgprestaties. De bijbehorende kosten van het ziekenhuis en de werklust van de medisch specialist worden aan deze producten toegerekend.³⁷

Hoewel de DBC’s in 2005 werden ingevoerd, duurde het nog tot 2012 voordat de functionele budgetbekostiging in de ziekenhuiszorg volledig werd ingeruild voor prestatiebekostiging. Wel gold er in 2012 en 2013 een transitie-model om de systeemrisico’s die met deze overgang samenhangen te verkleinen. Dit model kwam er in de kern op neer dat de omzet uit prestatiebekostiging werd vergeleken met de omzet die zou zijn behaald als de zorgaanbieder nog op basis van de functi-

35 *Kamerstukken II 2003/04, 29379, nr. 3, 13 en 15.*

36 Art. 2.1 CTG-beleidsregel Declaratiebepalingen DBC-tarieven en overige tarieven medisch specialistische zorg door of vanwege de zorginstelling van het CTG (I-658).

37 *Kamerstukken II 2003/04, 29248, nr. 1, p. 3.* Zie uitvoerig J.J.M. Linders & G. van Hekesen-van Bruggen, *Juridische aspecten van DBC’s*, TvGR 2005, p. 614-633.

onele budgettering zou zijn bekostigd. Het verschil werd dan ingeval van een tekort via het College voor Zorgverzekeringen bijgepast, of moest ingeval van een overschot aan het Zorgverzekeringsfonds worden afgedragen.³⁸ In 2012 werden bovendien de initiële 30.000 DBC's vervangen door 4.300 'DBC's op weg naar transparantie' (DOT's).³⁹ In 2015 zijn vervolgens de honorariumtariefcomponenten van medisch specialisten geïntegreerd in het ziekenhuistarief, hetgeen in 2009 al gebeurde voor de kapitaallasten.⁴⁰ Kijkt men uitsluitend naar de Wmg dan moet de conclusie zijn dat prestatiebekostiging in de ziekenhuiszorg compleet is doorgevoerd. De functie van de tarieven per DOT wordt in de praktijk echter gerelativeerd vanwege de onstane gangbare contracteringspraktijk, waarbij zorgverkeeraars per zorgaanbieder een zogeheten 'omzetplafond' afspreken. Het tarief per zorgprestatie wordt in deze contracteringspraktijk in feite vooral gebruikt om te sturen op productievolumes en om het omzetplafond rond te rekenen.

2.3 Regulering door de NZa

De prestatiebekostiging is juridisch ingebed in de Wmg. Die wet geeft de NZa de bevoegdheid tot tarief- en prestatieregulering. Deze bevoegdheid is onlosmakelijk verbonden met de verbodsbepaling van art. 35 Wmg. Dit artikel vormt de kern van de Wmg en verbiedt een zorgaanbieder om een tarief in rekening te brengen voor prestaties die – kort gezegd – niet conform de Wmg tot stand zijn gekomen.⁴¹

De Wmg functioneert verder vooral als een kaderwet en kent maar een beperkt aantal materiële normen als het gaat om de bekostigingsregulering. De Wmg kent op dat punt wel vergaande bevoegdheden toe aan de NZa, waarbij deze bevoegdheden op hun beurt weer worden begrensd door aanwijzingen van de minister van VWS.

38 NZa Beleidsregel Transitie bekostigingsstructuur medisch specialistische zorg.
 39 De belangrijkste reden was dat de registratie- en declaratievoorschriften onduidelijk waren waardoor het niet mogelijk was vast te stellen of er onrechtmatig werd gedeclareerd. Ook leidde het grote aantal DBC's tot overdetailering en dus grote administratieve belasting. Soms ontbrak bovendien de medische herkenbaarheid. Zie H.E.G.M. Hermans & L.A.C. Goemans, *Financiering ziekenhuiszorg*, TvGR 2010, p. 75. Zie verder uitvoerig M. Verkoulen & M. Canoy, 'Relatie tussen financiering en bekostiging van zorgondernemingen', in: B. Berden e.a. (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015, p. 28-30.

40 Met het oog op al deze ingrijpende ontwikkelingen heeft de NZa sinds 2016 met het veld afgesproken de DOT-systematiek alleen te passen als dat strikt noodzakelijk is. Zie B.A. van Schelven & C.J. de Boer, *Deregulering van prestaties in de zorg (wetsvoorstel 34445) – nut en noodzaak*, TvGR 2018, p. 408.

41 De WTG kende met art. 2 lid 1 een voorloper van artikel 35 Wmg.

De NZa geeft invulling aan deze bevoegdheden in de vorm van beleidsregels, nadere regels en tariefbeschikkingen.⁴² In de kern komt dit erop neer dat de NZa een tariefbeschikking neemt zodat zorgaanbieders rechtsgeldig een tarief in rekening kunnen brengen voor geleverde zorgprestaties.⁴³ In zo'n beschikking legt de NZa op grond van art. 50 lid 1 Wmg het volgende vast:

- de beschrijving van de prestatie, deel van de prestatie of geheel van de prestaties behorend bij het tarief;
- of sprake is van een vrij tarief, een vast tarief dan wel een minimum- of maximumtarief; en
- de hoogte van het vaste, minimum- of maximumtarief.

Voor het vaststellen van prestatiebeschrijvingen en bijbehorende tarieven moet de NZa op grond van art. 57 lid 1 sub b en c Wmg beleidsregels vaststellen. Deze beleidsregels bevatten in ieder geval de elementen die belangrijk zijn voor de tariefbepaling, zoals de hoogte, de opbouw en de manier van berekening en de bij de berekening in aanmerking te nemen omstandigheden.⁴⁴

De Wmg is in 2014 voor de tweede keer geëvalueerd.⁴⁵ De uitkomst van de evaluatie was verder dat de tarief- en prestatieregulering in 'haar huidige vorm (...) in beperkte mate [bijdraagt] aan het functioneren van het zorgstelsel.'⁴⁶ Die conclusie leidde in 2015 tot indiening van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de ge-

42 Daarnaast kan de NZa algemene regels stellen over onder andere wat er op de declaraties moet worden vermeld en welke gegevens periodiek aan de NZa moeten worden geleverd (art. 37 en 62 jo. 61 Wmg).

43 Zie uitvoerig Leenen e.a. 2020, p. 849-853. Op p. 857-862 is een bloemlezing opgenomen uit een selectie van nadere NZa-regelgeving, gevolgd door de belangrijkste jurisprudentie op p. 868. Omdat de beoordeling door het College van Beroep voor het bedrijfsleven van de Wmg-prestatie- en tariefregulering een voortzetting vormt van zijn beoordeling van de WTG-prestatie- en tariefregulering is bovendien de vele jurisprudentie uit De Groot 1998 nog steeds relevant. Zie bijv. CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3020 en CBb 18 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0630.

44 *Kamerstukken II* 2009/10, 32393, nr. 3, p. 9.

45 Deze evaluatie viel overigens min of meer samen met het Arthur Gotlieb-schandaal, waarna er kortstondig sprake was van het scheiden van de regulering en het toezicht. Daar is sindsdien niet veel meer van vernomen: de NZa houdt tot op heden nog steeds toezicht op de regels die zij zelf vaststelt.

46 'Ordening en toezicht in de zorg, Evaluatie van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WVG) en de Nederlandse Zorgautoriteit', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 87, p.70.

zondheidszorg (Wetsvoorstel).⁴⁷ Het Wetsvoorstel beoogt deregulering door een omslag van het huidige verbodsstelsel naar een gebodsstelsel. Het doel is innovaties en maatwerk te bevorderen, zodat het voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars eenvoudiger wordt de patiënten zorg te bieden die bij hen past.⁴⁸ Dat doel wordt bereikt door art. 35 Wmg te laten vervallen en in art. 50 (nieuw) Wmg te bepalen dat – kort gezegd – de voor een (deel van) een prestatie te hanteren prestatiebeschrijving vrij is, tenzij uit een ministeriële regeling blijkt dat een zorgvorm is gereguleerd.⁴⁹ Voor de situaties waarin er geen overeenkomst bestaat tussen een zorgaanbieder en een zorgverzekeraar bestaat de mogelijkheid gebruik te maken van door de NZa vast te stellen terugvalprestaties.⁵⁰ Het wetgevingsproces gericht op deze fundamentele omslag in de bekostigingsregulering ligt sinds 2 oktober 2019 echter stil.⁵¹

2.4 Prestatiebekostiging en samenwerking

Het verbod uit art. 35 Wmg om een tarief in rekening te brengen voor prestaties die niet conform de Wmg tot stand zijn gekomen, werkt via lid 2 van dat artikel ook door in de relatie tussen zorgaanbieders onderling en is zodoende relevant in samenwerkingsverbanden. In art. 35 lid 2 Wmg is het volgende bepaald: ‘Het is een zorgaanbieder verboden een tarief als bedoeld in het eerste lid [van art. 35 Wmg], te betalen aan een andere zorgaanbieder of aan derden te vergoeden.’⁵² De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeelden samenwerking met het medisch specialistisch bedrijf, productiesamenwerkingsverbanden, samenwerking bij DBC’s en huisartsendienstenstructuren.⁵³ De literatuur noemt ook het voorbeeld van de diagnostische laboratoria die voor ziekenhuizen werken.⁵⁴

47 *Kamerstukken II* 2015/16, 3445, nr. 2. Zie uitvoerig Van Schelven & De Boer 2018.

48 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3, p. 4. Goedkopere zorg is expliciet geen doel (*Kamerstukken II* 2017/18, 34445, nr. 10, p. 8).

49 Art. 50 lid 1 jo. lid 3 sub a (nieuw) Wmg. Wijzigingen van de relevante ministeriële regelingen zullen worden voorgehangen bij het parlement (art. 126a (nieuw) Wmg).

50 Art. 50 lid 3 sub b (nieuw) Wmg. Hiervoor gelden vrije tarieven. Overigens is het ook mogelijk dat voor een sector geen terugvalprestaties worden vastgesteld (*Kamerstukken II* 2017/18, 34445, 10, p. 19).

51 Het meest recente parlementaire document is het Derde nader verslag (*Kamerstukken II* 2019/20, 34445, nr. 19).

52 Overtreding van dit verbod kan leiden tot handhaving door de NZa in de vorm van een aanwijzing (art. 76 Wmg), last onder bestuursdwang en of dwangsom (art. 82 Wmg) of een bestuurlijke boete (art. 85 Wmg). Overtreding van art. 35 Wmg is bovendien een economisch delict (art. 1 sub 2 Wet op de economische delicten).

53 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 60.

54 Meersma, *T&C Gezondheidsrecht*, art. 35 Wmg, aant. 3.

Als de NZa geen specifieke prestaties heeft vastgesteld voor samenwerking tussen zorgaanbieders⁵⁵, geldt daarvoor in beginsel de prestatie ‘onderlinge dienstverlening’. Voor bijvoorbeeld de medisch specialistische zorg wordt deze prestatie als volgt omschreven: ‘Het leveren van zorg als (onderdeel van een) dbc-zorgproduct door één of meerdere zorgaanbieders (niet zijnde de hoofdbehandelaar) op verzoek van de hoofdbehandelaar.’⁵⁶ Hiervoor geldt een vrij tarief.⁵⁷

Hiernaast kan de NZa op grond van art. 37 Wmg nadere regels stellen die betrekking hebben op het declareren en betalen van tarieven voor prestaties die door meer zorgaanbieders gezamenlijk worden verricht.⁵⁸ Lid 2 van dat artikel geeft de NZa de bevoegdheid om in een algemene regeling op te nemen dat voor het in rekening brengen van een tarief voor een prestatie waarbij meerdere zorgaanbieders zijn betrokken, uitsluitend één van de daarbij door de NZa aangewezen zorgaanbieder dat tarief in rekening mag brengen aan de patiënt of zijn zorgverzekeraar, waarbij de andere betrokken zorgaanbieders uitsluitend aan de eerstbedoelde zorgaanbieder voor hun aandeel een tarief in rekening kunnen brengen. De gedachte van de wetgever is dat de NZa op deze manier de declaratieroute voor ketenzorg kan faciliteren.⁵⁹ Een voorbeeld van zo’n bepaling is art. 32 lid 1 Regeling medisch specialistische zorg, die bepaalt dat alleen de instelling waar de patiënt als ‘eigen patiënt’⁶⁰ onder behandeling is, mag declareren aan de patiënt of zijn zorgverzekeraar.

-
- 55 Zoals bijvoorbeeld voor de multidisciplinaire huisartsenzorg (NZa Prestatie- en tariefbeschikking huisartsenzorg en multidisciplinaire zorg 2022 TB/REG-22622-02).
- 56 Art. 1, aanhef sub z NZa Regeling medisch-specialistische zorg NR/REG-2103a. De NZa paste de regels over onderlinge dienstverlening per 1 januari 2019 grondig aan, omdat het veld deze als belemmerend ervaarde voor het geven van zorg op de juiste plek.
- 57 Art. 8 lid 1 NZa Beleidsregel prestaties en tarieven medisch-specialistische zorg - BR/REG - 21106a.
- 58 Deze bevoegdheid is opgenomen tegen de achtergrond van een uitspraak van het Cbb die de fiscale positie van vrijgevestigd medisch specialisten onder druk zette, maar kan ook worden toegepast bij andere multidisciplinaire zorgverlening. Cbb 28 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL2085. *Kamerstukken II* 2009/10, 32393, nr. 3, p. 14-18. Zie uitvoerig M.E. Gelpke & W.I. Koelewijn, ‘Het wetsvoorstel Wet aanvulling instrumenten bekostiging WMG. Over nieuwe beheers- en verdeelmodellen en onverklaarbare inkomensverschillen’, *TvGR* 2011, p. 389-404.
- 59 *Kamerstukken II* 2010/11, 32393, nr. 8, p. 4. Deze bevoegdheid verschuift in het Wetsvoorstel naar art. 54 (nieuw) Wmg (*Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3, p. 55).
- 60 Met ‘eigen patiënt’ wordt in dit verband bedoeld op patiënt die met wie de instelling een geneeskundige behandelingsovereenkomst heeft gesloten.

2.5 Toekomstige regulering

Voor de toekomst zet de NZa vooral in op twee mogelijke instrumenten: bundelbekostiging en sectoroverstijgende betaaltitels.

2.5.1 Bundelbekostiging

De contouren voor de toekomstige bekostiging van samenwerking tekenen zich af in het rapport 'Samenwerken aan passende zorg: de toekomst is nu' van de NZa en het Zorginstituut Nederland (ZiN) van 30 november 2020 (Rapport).⁶¹ De NZa en het ZiN bouwen in het Rapport voort op eerdere publicaties van de NZa over de doorontwikkeling van de bekostiging van de medisch specialistische zorg,⁶² waarvan de aangedragen oplossingen volgens de NZa ook in andere zorgsectoren kunnen worden toegepast.⁶³ De NZa beperkt zich bovendien niet alleen tot oplossingsrichtingen binnen de declaratiesystematiek zoals die voortvloeit uit de hiervoor besproken tarief- en prestatieregulering maar kijkt met name ook naar de contractering van zorg.⁶⁴

De NZa concludeert in 2018 allereerst dat de DBC-systematiek samenwerking tussen specialismen binnen het ziekenhuis en tussen ziekenhuizen in netwerken 'niet goed ondersteunt'.⁶⁵ De reden is dat een DBC is gekoppeld aan een specialisme terwijl de zorgvraag van de patiënt vaak breder is dan één specialisme of één enkele instelling kan bieden. Bovendien bestaat volgens de NZa binnen de DBC-systematiek een prikkel om zorgactiviteiten uit te voeren die onder een zwaardere DBC gedeclareerd kunnen worden.⁶⁶ Twee jaar later concludeert de NZa dat de verschillende bekostigingsvormen van de eerste en tweede lijn het 'moeilijk maken om afspraken over de lijnen heen te maken'.⁶⁷ Samenwerking

61 NZa & ZiN, 'Samenwerken aan passende zorg: de toekomst is nu', 30 november 2020 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 31765, nr. 536).

62 NZa, 'Advies bekostiging medisch-specialistische zorg. Belonen van zorg die waarde toevoegt', 4 oktober 2018 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29248 en 32620, nr. 314), NZa, 'Zorgbundels binnen de medisch-specialistische zorg', 16 april 2020 (www.nza.nl/actueel/nieuws/2020/04/16/zorgbundels-geven-zorgverleners-meer-ruimte-bij-behandelingen), NZa, 'Advies stimuleren van passende zorg en digitale zorg', 16 juli 2020 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31765 en 27529, nr. 514).

63 NZa 2018, p. 6.

64 'Met de term bekostiging bedoelen wij in dit advies zowel het declareren als het contracteren daarvan.' (NZa 2018, p. 6). 'Wij zijn van mening dat met name in de contractering aanpassingen nodig zijn.' (NZa juli 2020, p. 19).

65 NZa 2018, p. 14.

66 NZa 2018, p. 14.

67 NZa juli 2020, p. 15.

tussen zorgaanbieders en verplaatsing van zorg wordt vanuit dit perspectief ‘nauwelijks gestimuleerd.’⁶⁸

Kort hierop publiceren de NZa en het ZiN het Rapport. Centraal daarin staat de term ‘passende zorg’, die wordt gedefinieerd als ‘gepast gebruik én passende organisatie van zorg.’ De organisatie van zorg betreft ‘de samenwerking, de samenhang tussen en samenwerking met andere domeinen.’ De NZa en het ZiN concluderen dat de randvoorwaarden voor passende zorg ‘nog onvoldoende goed [zijn] neergezet door ons als overheid.’⁶⁹ Daarom moet bestaande regulering worden veranderd. Voor de NZa vertaalt zich dit in de volgende opdracht: ‘Voor de NZa betekent dit dat we ons instrumentarium voor contractering, bekostiging en het toezicht daarop zodanig willen inrichten, dat zo sterk mogelijke prikkels ontstaan voor optimale afspraken over betaling gericht op of ondersteunend aan de voortbrenging van passende zorg. Samen met partijen gaan we onder andere op zoek naar de juiste balans tussen ruimte in de bekostiging met vrije prestaties voor bijvoorbeeld innovatie, digitale zorg en preventie, en het voorschrijven van vaststaande prestaties of bundels.’⁷⁰

Tegen deze achtergrond stelt de NZa vast dat de bekostiging nu met name prikkels kent op productie en onvoldoende op passende zorg. Zij signaleert in dat kader dat de huidige bekostiging nog niet is ingesteld op netwerkzorg omdat er voor één patiënt maar één DBC tegelijk mag worden gedeclareerd voor een bepaalde indicatie, waardoor netwerkzorg op dit moment via onderlinge dienstverlening moet worden geregeld. De NZa ziet als oplossing hiervoor het stimuleren van bundelbekostiging.⁷¹ Hiermee bedoelt zij dat een zorgverzekeraar voor een bepaalde aandoening een vast bedrag (per patiënt) afsprekt voor een pakket van zorg dat door een of meerdere zorgaanbieders wordt geleverd.⁷² Het DBC-systeem noch het zorgstelsel hoeft hiervoor (fundamenteel) te worden gewijzigd, wat volgens de NZa het voordeel heeft dat professionals hier direct mee aan de slag zouden kunnen.⁷³ De impact van zorgbundels mag niet worden onderschat: door een andere verdeling van verantwoordelijkheden kunnen zorgverzekeraars met toepassing van zorgbundels de uitkomsten meer centraal stellen, kunnen schotten worden doorbroken en kan innovatie verder gestimuleerd, aldus de NZa.⁷⁴

68 NZa juli 2020, p. 15.

69 NZa & ZiN 2020, p. 30.

70 NZa & ZiN 2020, p. 32.

71 NZa & ZiN 2020, p. 71 De NZa verwijst hiernaar een niet bestaande paragraaf 6.3. Wij gaan ervan uit dat paragraaf 3.3 is bedoeld.

72 NZa april 2020, p. 4. De NZa noemt op deze bladzijde COPD- en staartzorgbundels als voorbeelden van bestaande initiatieven.

73 NZa & Zin, p. 52.

74 NZa & Zin, p. 53.

2.5.2 Sectoroverstijgende betaaltitels

Ter invulling van het Rapport stuurde de NZa de minister van VWS op 6 juli 2021 een verkennende studie naar een sectoroverstijgende betaaltitel Zvw-Wlz (Verkenning).⁷⁵ Met zo'n betaaltitel wordt een Wmg-prestatiebeschrijving bedoeld voor het sectoroverstijgend en samen leveren van zorg door zorgaanbieders die actief zijn in het domein van de Zvw en de Wlz. Doel ervan is om het organiseren van zorg samen met en rondom de patiënt eenvoudiger te maken en te voorkomen dat de bekostiging passende zorg in de weg zit. Praktisch bezien zou het voor zorgaanbieders mogelijk worden om samen met een zorgverzekeraar en/of zorgkantoor passende financiële afspraken te maken, zonder dat het uitmaakt of die zorg uit de Zvw of Wlz wordt bekostigd. Deze betaaltitel zou kunnen worden ingezet binnen de Zvw, binnen de Wlz of een combinatie van sectoren uit de Zvw en Wlz.⁷⁶

De consultatie van de Verkenning leverde veel positieve reacties op. Volgens de NZa verwacht namelijk maar liefst 80% van de respondenten dat een sectoroverstijgende betaaltitel meer ruimte kan bieden voor het samen leveren van zorg ten opzichte van de huidige bekostigingsregels. Voordelen die zijn genoemd, zijn onder meer dat het mogelijk zicht biedt op een structurele bekostiging van zorg die valt tussen de eerste en tweedelijnszorg in en dat de zorgvraag van de patiënt beter kan worden gevolgd omdat gelijkgerichtheid onder de verschillende zorgaanbieders ontstaat in financiële kosten en baten.⁷⁷

Tegenover deze positieve aspecten staan vanzelfsprekend ook uitdagingen. Een voorbeeld van een operationele uitdaging is de vrees van sommige eerstelijnszorgaanbieders dat een sectoroverstijgende betaaltitel zal bijdragen aan een ongelijke machtsverdeling tussen zorgaanbieders: de sterke positie van ziekenhuizen zou kunnen leiden tot verdrukking van minder goed georganiseerde zorgaanbieders, welk risico mede ligt in de verdeling van de financiële middelen achter de voordeur van de samenwerking. De NZa noemt dit een belangrijk aandachtspunt voor het vervolg.⁷⁸

Naast operationele uitdagingen, signaleert de NZa elf systeemuitdagingen, die samenhangen met de bestaande wettelijke kaders en regels. Het gaat dan om complexe onderwerpen als de toerekening van kosten aan de Zvw en Wlz, de

75 NZa, 'Verkenning sectoroverstijgende betaaltitel Zvw-Wlz', 6 juli 2021 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 29689, nr. 1127).

76 NZa 2021, p. 2.

77 NZa 2021, p. 5-6.

78 NZa 2021, p. 7-8.

verschillende kostenbeheersingssystematieken uit de Wlz (contracteerruimte) en Zvw (macrobeheersinstrument) en de risicoverevening in de Zvw.⁷⁹

De NZa concludeert aan het einde van de Verkenning dat een duidelijke behoefte bestaat aan een sectoroverstijgende betaaltitel, waarbij die behoefte het sterkst naar voren komt binnen de Zvw en domeinoverstijgend tussen de Zvw en Wlz. Als eerste vervolgstap ziet de NZa een uitvoeringstoets voor zich, waaruit zal moeten blijken of fasering in implementatie nodig is, en bovendien of en zo ja, welke wijzigingen in wet- en regelgeving nodig zijn.⁸⁰

3 Knelpuntenanalyse

3.1 Algemene knelpunten

Wij onderzoeken in deze paragraaf welke knelpunten in de wijze waarop de huidige bekostiging de samenwerking tussen zorgaanbieders kan belemmeren. Voor een deel borduren de door onze geadresseerde knelpunten voort op analyses van de NZa en het ZiN.

De knelpunten die wij bespreken hangen nauw samen met de conceptuele ontwerpuitgangspunten van het huidige zorgstelsel. Deze ontwerpuitgangspunten kunnen op hun beurt niet worden losgezien van de knelpunten die niet waren ontstaan onder het oude stelsel van aanbodsturing en overheidsregulering van de zorgbekostiging. In de regeringsnota 'Vernieuwing van het zorgstelsel' uit 2001 werd aangegeven dat de gedetailleerde wijze waarop de overheidsregulering onder het aanbod gestuurde stelsel gestalte had gekregen een belemmering vormde voor een kwalitatief goed en doelmatig functionerende zorgsector. Er zouden in dat systeem van aanbodregulering onvoldoende prikkels aanwezig zijn voor zorgaanbieders om te komen tot kwalitatief hoogstaande, innovatieve, doelmatige en vraaggerichte zorg.⁸¹ De oplossing voor dit probleem werd vooral gezocht in het introduceren van gereguleerde marktwerking in de zorgsectoren die zich daarvoor zouden lenen. De versterking van vraaggerichte elementen en competitieprikkels zouden moeten gaan bijdragen aan grotere doelmatigheid, versterking van de kwaliteit en scherpere prijsvorming. Prestatiebekostiging werd als instrument gezien om deze concurrentieprikkels mogelijk te maken. Zodoende werd, naast het creëren van een 'level playing field' voor private zorgverzekeraars als regisseurs van de verzekerde zorg, via de prestatieregulering transparantie van prestaties en vrije prijsvorming van de prestaties geïntroduceerd als belangrijkste

79 NZa 2021, p. 8. De elf systeemuitdagingen worden uitvoerig besproken in Bijlage 2 van de Verkenning.

80 NZa 2021, p. 11.

81 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 855, nota nr. 2, p. 19.

randvoorwaarden voor de ontwikkeling van de zorgmarkten. Over de introductie van DBC's in de ziekenhuiszorg werd in de regeringsnota uit 2001 het volgende overwogen:

'In eerste instantie (vanaf 2003) zullen deze DBC's gebruikt worden als instrument om het variabele deel van de ziekenhuisbudgetten te "vullen". Op termijn moeten de aan de DBC's hangende prijzen tot stand komen in afzonderlijke onderhandelingen tussen verzekeraars en aanbieders en moeten deze prijzen alle kostencomponenten omvatten. De budgetgarantie van instellingen vervalt daarmee. Met name in de Randstad lijkt de markt voor zorg door algemene ziekenhuizen (en vergelijkbaar zorg in andere instellingen) geschikt voor marktwerking. Hier is sprake van een relatief groot aantal aanbieders. Voor goede werking van de ziekenhuismarkt is de beschikbaarheid van voldoende beroepsbeoefenaren (medisch specialisten en verpleegkundigen) cruciaal'.⁸²

Dit soort overwegingen van de wetgever laat duidelijk zien dat de introductie van prestatiebeschrijvingen en de bijbehorende tariefstructuur aanvankelijk een instrument was om tot budgettaire 'invulling' te komen en onder het nieuwe stelsel bedoeld is als instrument om competitie aan te jagen. Dit fundamentele ontwerpuitgangspunt van prestatiebekostiging als instrument voor competitieprikkels dat besloten ligt in de wijze waarop de prestatiebekostiging en tariefregulering zich heeft ontwikkeld in de afgelopen jaren, staat naar ons oordeel ten principale op gespannen voet met 'samenwerking' en kan een belemmerende factor vormen. In feite zijn de (gereguleerde) zorgprestaties en de tarieven vanuit het perspectief van de zorgaanbieders immers cruciaal om de eigen financiële positie en de continuïteit van de eigen zorgorganisatie te handhaven. Bovendien zorgt een concurrerende omgeving dat het strategische beleid van de zorgaanbieders is gericht op de optimalisatie van de eigen positie ten opzichte van andere zorgaanbieders. Deze aan het systeem inherente prikkel zorgt voor een logische primaire focus op de eigen financiële en marktpositie als zorgaanbieder.

Ons eerste voorbeeld uit de inleiding – verplaatsing van medisch specialistische zorg in de vorm van de hemodialyse naar de thuissituatie – biedt hier een goede illustratie van. Het zou in dat voorbeeld logisch zijn dat de integrale tarieven voor hemodialyse, waarin de kostencomponenten van het ziekenhuis geacht worden te zijn verdisconteerd, voor een deel worden 'geschoond' en verplaatst naar de wijkverpleging. In de praktijk leidt deze verplaatsing er echter veelal niet toe dat het ziekenhuis daadwerkelijk een directe kostenreductie verwezenlijkt. Investerings in apparatuur en medisch specialistisch en verplegend personeel zullen

82 *Kamerstukken II, 2000/01, 27 855, nota nr. 2, p. 31-32.*

niet direct geschoond kunnen worden uit het ziekenhuisbudget. Het ziekenhuis zal deze doorlopende kosten gedekt willen blijven krijgen uit de tarieven. Evenzo zal de wijkverpleegkundige organisatie die investeringen doet in kennis en expertise van haar verpleegkundig personeel, gericht zijn op kostendekking van haar investeringen. Het risico voor de zorgverzekeraars is dat daardoor een indirecte vorm van dubbele bekostiging ontstaat. In feite concurreren het ziekenhuis en de wijkverpleegkundige organisatie immers met elkaar om het leveren van de zorg en zijn zij daarin beide gericht op continuïteit en instandhouding van de eigen organisatie, hetgeen overigens ook de primaire bestuurlijke verantwoordelijkheid is van de betrokken bestuurders. Het voorbeeld laat onzes inziens zien waar de inherente belangentegenstelling zit die naar ons oordeel sterk samenhangt met een bekostiging die is gericht op betalen per geleverde zorgprestatie. Hierna signaleren wij enkele meer specifieke knelpunten.

3.2 *Specifieke knelpunten*

3.2.1 *Productieprikkels en verrichtingenmarkt belemmeren samenwerking*

Het huidige systeem van prestatiebekostiging kent met name prikkels die zijn gericht op de zorgproductie. Afgeleid daarvan is er een indirecte prikkel gericht op dekking van de kosten van de eigen organisatie. Deze prikkels in de bekostigings-systematiek kunnen een belemmering vormen voor samenwerking tussen zorgaanbieders. De NZa adresseert dit knelpunt ook in de context van samenwerking gericht op passende zorg.⁸³ Met passende zorg wordt door de NZa in dit verband bedoeld op een breder samenwerkingsconcept. Dit moet nadrukkelijk worden onderscheiden van het zogenaamde ‘gepast gebruik’, dat vooral gaat over de effectiviteit en doelmatigheid van medische interventies en de vraag of deze aansluiten op de behoefte van de individuele patiënt.⁸⁴ Onder ‘passende zorg’ wordt naast deze individuele behoefte van de patiënt door de NZa en het ZiN ook bedoeld op de samenwerking tussen zorgaanbieders alsmede de samenhang tussen en de samenwerking met andere zorgdomeinen. Het betreft daarmee zowel gepast gebruik als een passende organisatie van de zorg.⁸⁵ De gerichtheid op individuele zorgprestaties belemmert deze beweging omdat het daardoor in de praktijk ingewikkeld blijkt om daadwerkelijk een financiële verandering te realiseren. Ook in samenwerkingsverbanden die zijn gericht op substitutie van zorg zal het belang van de financiële continuïteit van de eigen organisatie voorrang hebben.

83 NZa 2020.

84 LUMC, Nivel en RIVM, in opdracht van het Zorginstituut, ZonMw, FMS en NFU, (2015). *Begrippenkader en definities ‘gepaste Zorg en praktijkvariatie’*, te raadplegen op: <<https://zorginstituutnederland.nl>> .

85 NZa & ZiN 2020, p. 21.

Het sterke accent op de prestatiebekostiging leidde de afgelopen jaren zodoende vooral tot een verrichtingenmarkt waarbij concurrentie is voorzien tussen zorgaanbieders en goed geïnformeerde, gelijkwaardige consumenten. Het accent in de onderhandelingen en afspraken tussen zorgverzekeraars en aanbieders kwam daarmee met name te liggen op het realiseren van directe kostenreductie en de beheersing van administratieve kosten- en prijsincentives op verrichtingen per patiënt. Langs deze lijnen leidde de marktwerking afgelopen jaren weliswaar tot kostenbeheersing maar er zitten in dit systeem volgens ons onvoldoende prikkels voor 'passende zorg' die in onderlinge samenwerking zou kunnen worden generaliseerd. Om de waarde van passende zorg te meten, zal onzes inziens daarom niet zozeer moeten worden gekeken naar de directe verrichtingen, maar zal het accent en de prikkel – juist ook in de bekostiging – veel meer dan nu het geval is op gezondheidsresultaten.

De zorgsector loopt op dit punt echter aan tegen een (juridische) knelpunt, nu de bekostigingsregulering tot op heden plaatsvindt binnen het kader van de verbodsbepaling uit art. 35 Wmg. De NZa koppelt binnen dit kader de tarieven nog altijd aan een verrichting en het ontbreekt tot op heden aan een structureel systeem waarin de tarieven worden verbonden aan de gemeten *waarde* van de geleverde zorg. Zolang het bekostigingssysteem gericht blijft op geleverde zorgprestaties en er tegelijkertijd – mede onder invloed van de bestuurlijke akkoorden – permanente druk ontstaat op kostenreductie, is binnen het huidige systeem van prestatiebekostiging altijd een sterke prikkel aanwezig om als individuele zorgaanbieder hogere zorgvolumes te realiseren, teneinde daarmee prijsdalingen te compenseren. Samenwerking gericht op passende zorg wordt binnen dit systeem van bekostiging zodoende niet beloond.

3.2.2 *Onvoldoende multidisciplinaire benadering*

Een tweede knelpunt dat samenhangt met de prestatiebekostiging is de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling dat een zorgprestatie altijd een begin- en een eindpunt heeft en geleverd wordt door een specifiek specialisme. In de DOT-structuur van de ziekenhuisbekostiging wordt in dat verband per zorgproduct vastgesteld welke medische disciplines daarbij zijn betrokken. De overeengekomen prijs van een DOT dient vervolgens ter dekking van de kosten van de betrokken medische disciplines en overige ziekenhuiskosten zoals verpleging, apparatuur en medicatie. Met name voor specifieke patiëntengroepen waarbij sprake is van chronische ziekten en comorbiditeit zijn binnen zowel binnen de tweede als eerste lijn vaak meerdere medische disciplines tegelijkertijd betrokken. De zorg van chronisch zieke patiënten omvat zodoende veelal een mix van eerstelijnszorg – huisarts en wijkverpleging – en tweedelijns ziekenhuiszorg waarbij meerdere disciplines zijn betrokken. In de huidige bekostigingsstructuur kristalliseert deze mix van zorgvragen zich vervolgens uit in terugkerende verrichtingen per

zorgaanbieder of per betrokken discipline. Iedere betrokken zorgaanbieder en de daarbij binnen die zorgaanbieder betrokken discipline declareert/registreert een afgebakend deel van de geleverde zorg. Gelet op de doorlooptijd van de DBC's wordt daarbij steeds uitgegaan van een start- en een eindpunt van de behandeling, wat zich bij chronische ziekten na het eindpunt telkens herhaalt.

Binnen de eerste lijn werkt men met het oog op multidisciplinaire zorgvragen in toenemende mate met zogenaamde ketenzorgprestaties en is sprake van netwerkbestorting. Daarin wordt voor een multidisciplinair zorgtraject een vast (integraal) tarief overeengekomen tussen de zorgverzekeraars en de betrokken zorgaanbieders. De NZa constateert dat deze integrale multidisciplinaire tarieven in de praktijk vooral werken als een declaratietitel voor de betrokken zorgaanbieders.⁸⁶ De gewenste integrale benadering, afstemming en samenwerking zijn met deze zogeheten keten-DBC's echter niet per definitie dichterbij gebracht. Bovendien ontbreekt een integrale benadering van de eerste- en tweedelijnsaanbieders: de bestorting en contractering van tweedelijns medisch specialistische ziekenhuiszorg door middel van DOT-tarieven en omzetplafonds verschillen fundamenteel van de bestorting en contractering van eerstelijns huisartsenzorg door middel van overwegende populatie en consultbestorting, die op haar beurt weer fundamenteel verschilt van de bestorting en contractering van de wijkverpleegkundige zorg door middel van zorguren maal tarief.

3.2.3 *Gedifferentieerde zorgcontractering*

Het derde knelpunt dat wij constateren, vloeit voort uit de tarief- en prestatieregulerings en hangt samen met de daarop gebaseerde zorgcontractering. Binnen het zorgstelsel vervullen de zorgverzekeraars de rol van regisseurs van de zorg.⁸⁷ Vanuit deze regierol kunnen de zorgverzekeraars via het instrument van de zorgcontractering in overeenstemming en afstemming met de zorgaanbieders enige mate van sturing geven, juist ook waar het gaat om door de zorgverzekeraars wenselijk geachte vormen van samenwerking gericht op substitutie en de juiste zorg op de juiste plaats.

Los van de omstandigheid dat de zorgverzekeraars vanuit de zorgplicht voor hun verzekerde primair toereikende zorg dienen in te kopen, zijn zorgverzekeraars echter tevens elkaars concurrenten op de zorgverzekeringsmarkt. Dit betekent dat iedere zorgverzekeraar zich in zekere mate zal moeten en willen onderscheiden van zijn concurrenten. Het ontwikkelen van een eigen zorginkoopbeleid met specifieke accenten is daarbij een van de instrumenten. Zorgaanbieders in de dichtbevolkte randstedelijke gebieden zijn voor bestorting van zorg afhankelijk van

86 NZa & ZiN 2020, p. 55.

87 Zie ook: G.R.J. de Groot, 'De zorgverzekeraar: spin in het web?', *TvGR* 2005/1.

de contracten van meerdere zorgverzekeraars. Als daarbij afspraken worden gemaakt over samenwerking gericht op bijvoorbeeld substitutie van zorg, kan het in de praktijk voorkomen dat de ene zorgverzekeraar wel bereid is afspraken te maken over bepaalde vormen van samenwerking en substitutie en daarvoor transitie-middelen beschikbaar te stellen, terwijl een andere zorgverzekeraar dat niet is.

In de praktijk vormt dat een knelpunt, omdat samenwerking zich concentreert op bepaalde patiëntgroepen of specifieke aandoeningen en afspraken daarover niet logischerwijs zullen verlopen langs de lijnen van soorten verzekerden. Samenwerking op het gebied van de juiste zorg op de juiste plaats vraagt om overkoepelende afspraken die zich niet beperken tot de verzekerden van een specifieke zorgverzekeraar, maar die om bredere contractuele binding vraagt.

3.2.4 Samenwerking gericht op preventie past niet in tariefstructuur

De overheid hecht al sinds de introductie van het zorgstelsel in 2006 een groot belang aan preventiemaatregelen.⁸⁸ Dit zijn maatregelen gericht op het voorkomen van ziekten. Er wordt in dit verband van oudsher onderscheid gemaakt tussen primaire, secundaire en tertiaire preventie.⁸⁹ Primaire preventie beoogt ziekten te voorkomen door de oorzaken van deze ziekten weg te nemen door middel van vaccinatie, hygiëne, voorlichting en opvoeding. Secundaire preventie richt zich op de opsporing van ziekten in een vroeg stadium zodat ook in een vroeg stadium behandeling kan plaatsvinden. Maatregelen gericht op secundaire preventie kunnen grootschalig plaatsvinden door gestructureerd bevolkingsonderzoek, maar kan ook op individueel niveau plaatsvinden door periodieke preventief onderzoek door bijvoorbeeld de eigen huisarts die periodiek bloeddrukmetingen doet en cholesterolwaarden monitort. Met tertiaire preventie wordt bedoeld op onderdelen van de curatieve zorg. Dit vindt plaats bij reeds gediagnosticeerde ziekten of aandoeningen. Als hart- en vaatziekten reeds zijn gediagnosticeerd, kan worden gedacht aan inzet van diëtisten die de patiënt helpt en ondersteunt bij gezondere eetgewoonten.

Voor een deel horen deze vormen van preventie tot reguliere medische behandelingen en ligt de bekostiging daarvan besloten in de prestatie- en tarievenstructuur. Denk bijvoorbeeld aan de begeleiding, advies en controle die verloskundigen geven aan zwangere vrouwen gedurende de zwangerschap. Bekostiging

88 RIVM, 'Evaluatie. Preventie in het Zorgstelsel. Samenwerking gemeenten en zorgverzekeraars ten aanzien van preventie in 2019', RIVM maart 2020. Zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 22 894, nr. 110 (Preventienota kiezen voor gezond leven).

89 College voor Zorgverzekeringen, *Van preventie verzekerd*, Diemen: CVZ 2007, (publicatienummer 250).

daarvan valt onder de zorg zoals verloskundigen die plegen te bieden en ligt dan besloten in de verloskundige prestatie- en tarievenstructuur. Er zijn tussen zorgaanbieders echter uiteenlopende vormen van preventiesamenwerking denkbaar die niet vallen onder een zorgprestatie en ook niet herleidbaar zijn tot individuele verzekerden. Ten aanzien van deze preventievormen moet allereerst de vraag worden gesteld in hoeverre deze vallen onder de verzekerde aanspraken en in hoeverre zorgverzekeraars verplicht zijn dergelijke vormen van preventieve zorg te vergoeden of samenwerking op dat terrein te stimuleren. Een zorgverzekeraar is immers wettelijk niet verplicht om collectief zijn verzekerden te benaderen met een proactief aanbod van preventieve zorg. Bovendien gaat het om een schadeverzekering waarbij gezondheidsrisico's die zich manifesteren op basis van de Zvw al dan niet behoren tot het verzekerde pakket. Het is daarmee primair een keuze van de zorgverzekeraar zelf of, en zo ja, op welke wijze zij zou willen investeren in preventie. Dat sluit overigens ook aan op het private karakter van het zorgverzekeringsstelsel waarin de wetgever de zorgverzekeraars juist ook op dit punt vrijheid heeft gegeven.⁹⁰

Deze vrijheid van de zorgverzekeraars in combinatie met een op zorgprestaties gerichte bekostigingsstructuur leiden er echter toe dat binnen dit systeem in feite geen prikkels aanwezig zijn tot samenwerking gericht op preventie. De uitkomst van preventieve maatregelen moeten uiteindelijk leiden tot een lagere zorgvraag op langere termijn, maar dit laat zich niet vertalen in bekostiging.

3.2.5 Grote verschillen in reguleringswijze

Als wij kijken naar de wijze waarop de bekostiging is gereguleerd binnen de eerste en de tweede lijn, vallen grote verschillen op. De DBC-/DOT-structuur in de ziekenhuiszorg gaat uit van prestatiebeschrijvingen in productgroepen waarin alle medische verrichtingen voor de betreffende behandeling besloten liggen. Daarbinnen moet in het vrije segment een kostendekkend tarief worden uitonderhandeld, wat inmiddels het grootste deel van de ziekenhuiszorg omvat. Dit is sinds 2015 bovendien een volledig integraal tarief waar zowel alle ziekenhuiskosten als de honorering van de medisch specialisten in besloten ligt. Vanwege de overwegend vrije tarieven is er een grote mate van vrijheid waarbinnen ziekenhuizen en zorgverzekeraars bekostigingsafspraken maken, zowel waar het gaat om de tarieven per verrichting, volumeafspraken, omzetplafond als eventuele doorleververplichtingen.

90 Zie voor een uitgebreide bespreking van het spanningsveld tussen preventie en basiszorg: G.R.J. de Groot, 'De schuivende panelen van de zorgverzekering', in: *Stelsel onder stress*, Preadvies 2011 Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 139-231.

Dit ligt anders bij de huisartsenzorg, waar sprake is van sterkere regulering van de bekostiging. Zo worden binnen de huisartsenzorg drie segmenten onderscheiden.

Het eerste segment betreft de basisvoorziening voor de huisartsenzorg en heeft betrekking op zorgvragen en aandoeningen waarvoor huisartsen functioneren als eerste aanspreekpunt en poortwachter voor de tweede lijn. In dit eerste segment is sprake van populatiebekostiging, waarbij de huisarts een vergoeding krijgt per ingeschreven verzekerde. Daarnaast vindt bekostiging in dit eerste segment plaats door consulten en een beperkt aantal gedefinieerde verrichtingen waarvoor een maximumtarief geldt. Het tweede segment richt zich op multidisciplinaire zorg binnen de eerste lijn waarbij naast huisartsenzorg ook andere disciplines zijn betrokken om een integrale behandeling te leveren. Het tweede segment is daarmee bedoeld voor zorgvragen bij aandoeningen die voortkomen uit specifieke kenmerken van een deel van de patiëntenpopulatie (denk bijvoorbeeld aan een patiëntengroep met COPD/astma en diabetes mellitus 2).

Anders dan de prestatiebeschrijvingen in het eerste segment kennen de prestatiebeschrijvingen in tweede segment overwegend een vrij tarief. Dat geeft ruimte aan huisartsen en zorgverzekeraars om specifieke afspraken te maken gericht op samenwerking binnen de eerste lijn. Opvallend is echter dat de NZa in de Beleidsregel huisartsenzorg en multidisciplinaire zorg als voorwaarde voor het in rekening kunnen brengen van de tarieven gericht op organisatie en infrastructuur stelt dat de eerstelijnsparitijzen zich gezamenlijk dienen te organiseren: ‘Hiervoor is op verschillende populatieniveaus een ondersteuningsstructuur nodig waarbij partijen zich gezamenlijk organiseren en gemandateerd zijn om namens de aangesloten zorgverleners afspraken te maken met stakeholders (zoals bijvoorbeeld gemeenten, ziekenhuizen, VVT-instellingen, GGZ-instellingen, overige eerstelijns zorgaanbieders etc.).⁹¹ De vergoeding dient vervolgens ook te worden overeengekomen met het ‘samenwerkingsverband’. Hier is duidelijk dat via de tariefbepalingen de NZa regulerend – maar vooral ook sturend – optreedt en eisen stelt aan het in aanmerking kunnen komen voor de betreffende vergoeding. De huisartsenpraktijken die in aanmerking willen komen voor bekostiging van multidisciplinaire samenwerking en tarieven in rekening willen kunnen brengen voor organisatie en infrastructuur ondersteuning moeten daarvoor eerst een samenwerkingsverband ontwerpen waarmee de zorgverzekeraars afspraken kunnen maken.

In het derde segment van de huisartsenzorg kunnen zorgverzekeraars en huisartsen afspraken maken over het belonen van de uitkomsten van de zorg en zorgvernieuwingsinitiatieven op lokaal niveau. Ook binnen dit segment zijn de

91 Art. 6.2.1 NZa Beleidsregel huisartsenzorg en multidisciplinaire zorg 2022, BR/REG-22147b.

tarieven vrijgelaten en bieden de prestatiebeschrijvingen de nodige ruimte aan zorgverzekeraars en huisartsen om zelf invulling te geven aan vormen van resultaatbeloning. Zo biedt bijvoorbeeld de prestatieomschrijving ‘resultaatbeloning doelmatig voorschrijven van geneesmiddelen’ ruimte om afspraken te maken over beloning op uitkomsten van zorgkwaliteit en/of kosten als gevolg van het doelmatig voorschrijven van geneesmiddelen.

Voor de wijkverpleging is de prestatie- en tariefregulering uitgewerkt in een afzonderlijke beleidsregel met een beperkt aantal prestatiebeschrijvingen, zoals persoonlijke verzorging, verpleging en advies, instructie en voorlichting.⁹² Deze prestatiebeschrijvingen kennen door de NZa vastgestelde maximumtarieven per uur, die zijn gebaseerd op een kostenonderzoek van de NZa naar de werkelijke kosten onder aanbieders van verpleging en verzorging.⁹³ Daarnaast zijn enkele prestatiebeschrijvingen opgenomen die zorgverzekeraars en aanbieders vrijheid geven om maatwerkafspraken te maken. Zo biedt de prestatiebeschrijving ‘Beloning op maat’ ruimte om afspraken te maken over de beloning van innovatie, kwaliteit, uitkomsten van zorg of naar de bediende populatie van de zorgaanbieder.⁹⁴

Het voorgaande toont dat tussen de eerste en tweede lijn grote verschillen bestaan in de wijze waarop de bekostiging is gereguleerd en dat ook binnen de eerste lijn zelf grote verschillen bestaan. Het gevolg daarvan is dat ziekenhuizen, huisartsen, samenwerkingsverbanden binnen de eerste lijn en andere eerstelijnszorgaanbieders hun organisaties ook in financieel opzicht hebben ingericht en afgestemd op de voor hun deelsector geldende wijze van bekostiging. Samenwerkingsafspraken gericht op bijvoorbeeld substitutie van tweede- naar eerstelijnszorg, zullen ruimte moeten krijgen binnen deze prestatie- en tariefregulering en er moeten oplossingen gevonden worden om wenselijk geachte transitie van zorg te bekostigen. De huidige grote verschillen in prestatie- en tariefregulering houden alle betrokken zorgaanbieders als het ware gevangen in de eigen bekostigingsstructuur.

4 Casestudy: samenwerking binnen de geboortezorg

4.1 *Reguleringsystematiek van de integrale bekostiging van de geboortezorg*

Zoals wij in de inleiding schreven, startte de huidige integrale bekostiging van de geboortezorg op 1 januari 2017, vormt het een experiment als bedoeld in art. 58

92 Voor 2022: art. 4 Beleidsregel verpleging en verzorging (BR/REG-22101b).

93 Art. 7 lid 1 Beleidsregel verpleging en verzorging (BR/REG-22101b) jo. bijlage 1 van de Prestatie- en tariefbeschikking verpleging en verzorging (TB/REG-22601-03).

94 Art. 5 sub h Beleidsregel verpleging en verzorging (BR/REG-22101b).

Wmg, gelden er vrije tarieven voor en is het laatstelijk verlengd tot en met 31 december 2022. Deze systematiek werkt als volgt.

Art. 58 Wmg geeft de NZa de bevoegdheid om in een beleidsregel ex art. 57 Wmg een experiment op te nemen. Dit soort experimenten is volgens de wetgever bedoeld om op kleine schaal te kunnen experimenteren met de introductie van marktprikkels op een deelmarkt.⁹⁵ Verder vindt de wetgever dat een experiment-beleidsregel moet voldoen aan algemene wetgevingskwaliteiten, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en een experiment alleen in een beleidsregel moet worden opgenomen bij verwachting van zinvolle experimenten waarbij onderwerp, doel, functie en tijd zijn begrensd.⁹⁶ Als kenmerken van experimenten ziet de wetgever tijdelijkheid, monitoring, tijdige evaluatie en expliciete besluitvorming over de resultaten.⁹⁷ Een en ander is uitgewerkt in lid 2 tot en met 7 van art. 58 Wmg. Zo bepaalt lid 2 dat een experiment kan bestaan in afwijking van een of meerdere beleidsregels of door de NZa gestelde algemeen verbindende regels. De NZa kan verder op grond van lid 3 bepalen dat het experiment zich beperkt tot een bepaald gebied, een bepaalde categorie of een deel van een categorie van zorgaanbieders, van zorgverzekeraars, van patiënten of van prestaties, of tot een beperkt aantal zorgaanbieders, zorgverzekeraars, patiënten of prestaties. Lid 4 noemt een aantal bepalingen uit de Wmg, Zvw en Wlz waarvan in een experiment kan worden afgeweken.⁹⁸ Verder kent een experiment op grond van lid 5 Wmg een maximale duur van vijf jaar. Lid 6 verplicht de NZa een experiment tijdig en tijdens de looptijd te evalueren, waarover zij op grond van lid 7 bovendien aan de minister van VWS moet rapporteren. Een experiment dat dreigt te mislukken, kan tussentijds worden afgebroken.⁹⁹

De NZa werkt het integrale bekostigingsexperiment in de geboortezorg uit in de Beleidsregel integrale geboortezorg (BR/REG-22100) (Beleidsregel IG) en de Regeling declaratievoorschriften en declaratiebepalingen integrale geboortezorg (NR/REG-2201) (Regeling IG), op basis waarvan zij de Prestatiebeschrijvingsbeschikking integrale geboortezorg (TB/REG-22600-01) nam.

95 *Kamerstukken II 2003/04, 29379, nr. 3, p. 10-11.* Dit betreft de MvT van art. 15 WTG, dat is geïntroduceerd met de Wtg Expres en de voorloper is van art. 58 Wmg. In de parlementaire geschiedenis van art. 58 Wmg wordt dan ook expliciet verwezen naar de parlementaire geschiedenis van art. 15 WTG (*Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 71*).

96 *Kamerstukken II 2003/04, 29379, nr. 3, p. 11.*

97 *Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 72.*

98 Art. 35 Wmg, 12 Zvw en 4.2.2. Wlz.

99 *Kamerstukken II 2004/05, 30186, nr. 3, p. 72.* De rechter heeft bepaald dat de minister van VWS hierbij een grote mate van (beleids)vrijheid heeft (Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7092 (*Experiment vrije prijsvorming mondzorg*)).

De Beleidsregel kent negen prestaties, die als multidisciplinaire producten het geheel beschrijven aan noodzakelijke verloskundige zorg, kraamzorg, medisch specialistische zorg (voor zover obstetrische zorg), antenatale consultatieve kindergeneeskundige zorg en eerstelijnsdiagnostiek voor zover die samenhangen met de zorgvraag van de cliënt in de prenatale fase. Het gaat om zorg die is verzekerd op grond van de Zvw.¹⁰⁰

De Beleidsregel IG kent twee typen zorgaanbieders. Ten eerste de ‘contracterende zorgaanbieder’, die de prestaties is overeengekomen met de zorgverzekeraar. Dit zijn de in de inleiding genoemde IGO’s, waarvan uit de evaluatie van de NZa blijkt dat er op dit moment acht zijn.¹⁰¹ Ten tweede zijn er andere ‘zorgaanbieders’, die de prestaties (mede) uitvoeren.¹⁰² Deze zorgaanbieders sluiten een contract met de IGO voor het uitvoeren van hun (deel)prestatie, waarvoor zij vervolgens de prestaties ‘onderlinge dienstverlening integrale geboortezorg’ zullen gebruiken om te kunnen declareren.¹⁰³

De Beleidsregel IG kent een aantal nadere voorwaarden. Ten eerste dat alleen tarieven in rekening mogen worden gebracht als de contracterende zorgaanbieder en de zorgverzekeraar van de cliënt ten aanzien van de betreffende prestatie voorafgaand een schriftelijke overeenkomst met elkaar zijn aangegaan.¹⁰⁴ Ten tweede bestaat er een verbod op parallelliteit. Dit wil zeggen dat het verboden is om gelijktijdig een monodisciplinaire prestatie en een integrale prestatie die (deels) dezelfde zorg omschrijven, in rekening te brengen, tenzij de contracterende zorgaanbieder en zorgverzekeraar schriftelijk afwijkende afspraken maken.¹⁰⁵

4.2 De lessons learned

De NZa en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) publiceerden in 2020 beide een eigen evaluatie van de eerste drie jaren van het experiment met de integrale bekostiging van de geboortezorg. Deze evaluaties bieden bruikbare inzichten over knelpunten die de betrokken zorgprofessionals, bestuurders en zorgverzekeraars in de periode 2017-2019 ervoeren. Wij putten hierna uit deze evaluatie, waarbij wij naar de evaluatie door de NZa verwijzen als de NZa-eva-

100 Art. 3 Beleidsregel IG.

101 NZa 2020, p. 6.

102 Art. 1 Beleidsregel IG. Een ‘zorgaanbieder’ kan gelijktijdig de ‘contracterende zorgaanbieder’ zijn (toelichting op art. 1 Beleidsregel IG).

103 Art. 4.10 Beleidsregel IG. Als de IGO de vorm van een coöperatie heeft, zullen deze zorgaanbieders in de regel lid zijn van de IGO.

104 Art. 5.1 Beleidsregel IG.

105 Art. 5.3 en 5.4 Beleidsregel IG.

luatie¹⁰⁶ en naar de evaluatie door het RIVM als de RIVM-evaluatie.¹⁰⁷ De door de NZa en het RIVM in de evaluaties naar voren gebrachte punten plaatsen wij in de sleutel van de knelpunten die wij adresseerden in paragraaf 3.

4.2.1 *Belemmeren productieprikkel en verrichtingenmarkt de samenwerking?*

Monodisciplinaire bekostiging bevat een inherente productieprikkel voor iedere betrokken zorgverlener. Integrale bekostiging beoogt deze productieprikkel weg te nemen door zorgaanbieders te stimuleren om nauwer en doelmatiger samen te werken vanuit de zorginhoud. De kern wordt daarbij gevormd door het creëren van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de verschillende beroepsgroepen en organisaties voor de declaratie van het volledige zorgtraject.¹⁰⁸ De integrale bekostiging van de geboortezorg in haar huidige vorm en de hieruit voortvloeiende financiële prikkels komen om de volgende redenen evenwel nog niet volledig overeen met deze beoogde prikkels, zo blijkt uit de RIVM-evaluatie.¹⁰⁹

Ten eerste omdat bij de IGO aangesloten gecontracteerde zorgaanbieders nog steeds blijven declareren via de reguliere monodisciplinaire prestatie. De verdeling ‘achter de voordeur’ van de IGO vindt daardoor onveranderd monodisciplinair plaats, waardoor de productieprikkel voor de betrokken zorgaanbieders dus onveranderd is ten opzichte van de oude situatie.¹¹⁰

Ten tweede omdat IGO's en zorgverzekeraars financiële vangnetconstructies overeenkomen. Daarmee spreken zij kostenneutraliteit af op basis van een vergelijking van de schadelast van de integrale prestaties met de schadelast op basis van de monodisciplinaire prestaties of met de totale schadelast uit voorgaande jaren.¹¹¹

106 NZa, ‘Evaluatie experiment integrale bekostiging van de geboortezorg over de periode 2017-2019’, 9 september 2020 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 32279, nr. 203).

107 RIVM, ‘Integrale bekostiging van de geboortezorg: ervaringen na drie jaar en de eerste zichtbare effecten’, 9 september 2020 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 32279, nr. 206).

108 NZa 1 september 2020, p. 9.

109 RIVM 2020, p. 32.

110 Deze verdeling achter de voordeur maakt zorgaanbieders ook huiverig om deel te nemen aan een IGO (NZa 9 september, p. 18). In het Common Eye-rapport komt de verdeling achter de voordeur terug als een van de kernbezwaren tegen het huidige bekostigingsmodel: ‘De inhoud van zorg voor de zwangere vrouw, de kwaliteit van zorg en de uitkomsten van zorg zijn niet het vertrekpunt. De focus komt te liggen op de organisatie en het “achter de voordeur” verdelen van het geld.’ (Common Eye 2021, p. 13).

111 NZa 9 september 2020, p. 8.

Ten derde omdat de negen integrale deelprestaties geen prikkel kennen om doelmatig te werken tussen deze deelprestaties. Hierdoor bestaan er tussen de bij de IGO betrokken zorgaanbieders minder prikkels tot samenwerking en kwaliteitsverbetering dan bij een zuiver integraal tarief. De integrale bekostiging van de geboortezorg laat daarmee zien dat een bekostigingsstructuur die ten principale is ontworpen op een prijs per individuele verrichting van een betrokken zorgaanbieder of zorgverlener, de inherente prikkel in zich draagt dat die individuele zorgaanbieders en betrokken hulpverlener ook in het samenwerkingsverband een financiële prikkel en daarmee focus houden op de levering en registratie van de eigen verrichting. Zij zijn daar voor hun financiële voortbestaan immers van afhankelijk. Dit mechanisme belemmert uiteindelijk het daadwerkelijk tot stand brengen van zinvolle substitutie van tweedelijns gynaecologische zorg naar eerstelijns verloskundige zorg, zo blijkt uit de casus van de integrale bekostiging van de geboortezorg.

4.2.2 *Is er sprake van een onvoldoende multidisciplinaire benadering?*

Vooropgesteld moet worden dat de minister van VWS in de voorhangbrief aan de Eerste en Tweede Kamer over de bekostiging van de integrale geboortezorg¹¹² aangaf dat de bekostigingsstructuur zou moeten bestaan uit negen beroeps- en lijnoverstijgende prestaties. De negen zorgprestaties betreffen zodoende multidisciplinaire producten. Zij beschrijven het geheel aan noodzakelijke verloskundige zorg, kraamzorg, medisch specialistische zorg, antenatale consultatieve kindergeneeskundige zorg en eerstelijnsdiagnostiek. Het uitgangspunt bij deze opzet van de prestatiestructuur is dat zorgverzekeraars en de contracterende zorgaanbieder het geheel aan prestaties in samenhang overeenkomen. In de prestatiestructuur is vooral onderscheid gemaakt tussen de verschillende fasen van de zwangerschap van prenataal, nataal en postnataal, waarbij voor iedere fase één integraal tarief wordt overeengekomen van waaruit alle betrokken zorgaanbieders moeten worden bekostigd. Dit betekent concreet dat wanneer in de prenatale fase het naar het oordeel van de verloskundige nodig is dat de zwangere wordt doorverwezen voor een consult naar een gynaecoloog, zowel de verloskundige als de gynaecoloog als de daaraan verbonden ziekenhuiskosten vergoed moeten worden uit één en hetzelfde integrale tarief. De gedachte achter het op deze wijze invullen van een integraal tarief per fase in de geboortezorg, is dat daarmee de multidisciplinaire zorginhoudelijke samenwerking en afstemming tussen de zorgprofessionals op gang zou komen.

Geconstateerd kan worden dat de minister van VWS en de NZa hiermee een zuivere integrale multidisciplinaire benadering hebben gekozen in de bekostigingswijze. In zoverre was in de wijze waarop de integrale geboortezorg qua bekosti-

112 Brief minister van VWS, d.d. 31 mei 2016, kenmerk: 958232-149542-CZ.

gingsregulering is vormgegeven geen sprake van een knelpunt op dit vlak. De analyse van het vorige knelpunt toont evenwel aan dat met uitsluitend een integrale, multidisciplinaire prestatie- en tariefstructuur niet alle belemmeringen zijn weggenomen. Als partijen immers ‘achter de voordeur’ in de onderlinge verdeelingsafspraken terugvallen op de ‘oude’ monodisciplinaire verrichtingensystematiek en deze (dus) als leidend verdeelmechanisme gaan beschouwen voor het integrale, multidisciplinaire tarief, zijn zij in feite terug bij af. Het laat daarmee zien dat een zuivere multidisciplinaire benadering van de prestatie- en tariefregulering niet per definitie werkt als katalysator van multidisciplinaire samenwerking.

4.2.3 *Speelt probleem van gedifferentieerde zorgcontractering?*

Uit de NZa-evaluatie blijkt dat IGO's het noodzakelijk vinden dat zorgverzekeraars elkaar op hoofdlijnen volgen. Hoewel zorgverzekeraars initieel een mate van vrijwillig congruent gedrag onderschreven, ervaren de IGO's in de praktijk grote administratieve lasten vanwege de verschillende afspraken met zorgverzekeraars.¹¹³

Uit de RIVM-evaluatie komt dit knelpunt ook naar voren. Hieruit blijkt dat er verschil van inzicht bestaat tussen de bestuurders van de IGO's en de zorgverzekeraars over de vraag in hoeverre er zogeheten ‘volgbeleid’ tot stand komt met niet preferente zorgverzekeraars. Volgbeleid komt erop neer dat zorgverzekeraars onder bepaalde voorwaarden elkaars contract volgen en dat IGO's dus niet met alle zorgverzekeraars (inhoudelijk) verschillende contracten hoeven af te sluiten. De IGO-bestuurders vinden dat de afspraken hierover onvoldoende worden nagekomen, met uitzondering van kwaliteitsafspraken. Zij merken vooral verschil op het gebied van bevoorschotting, afhandeling van zogeheten ‘bundelbrekers’, vangnetconstructies en overhead.¹¹⁴ Zorgverzekeraars erkennen overigens dat er verschil bestaat op het gebied van bevoorschotting, afhandeling van bundelbrekers en bevoorschotting.¹¹⁵

De uit de RIVM-evaluatie naar voren gekomen punten onderstrepen het belang van gelijkheid in contractering gezien vanuit het perspectief van de betrokken zorgaanbieders. De IGO heeft enerzijds te maken met verschillende zorgverzekeraars met wie afspraken moeten worden gemaakt en anderzijds met een veelheid aan betrokken zorgaanbieders die overeenstemming moet bereiken over rollen, verantwoordelijkheden en onderlinge verdeelafspraken ter zake het integrale tarief. Deze verdeelafspraken worden bemoeilijkt als de opbrengsten van het integrale tarief en de daaraan verbonden voorwaarden verschillen. Ten principale

113 NZa 9 september 2020, p. 14.

114 RIVM 2020, p. 20.

115 RIVM 2020, p. 22.

zou het voor de patiënt niet moeten uitmaken of zij verzekerd is bij VGZ of bij het Zilveren Kruis, aangezien de verzekerde aanspraak op de geboortezorg vanuit het Zvw-basispakket immers dezelfde is. Als in de contractering met de zorgverzekeraars verschillen in de integrale tarieven en daaraan verbonden voorwaarden ontstaan, vraagt dat in feite ook om differentiatie in de verdeelafspraken per zorginkoopcontract.

4.2.4 *Belemmert de prestatie- en tariefstructuur preventiegerichte samenwerking?*

Binnen de geboortezorg speelt dit knelpunt niet omdat in zowel de prenatale fase als de postnatale fase sprake is van secundaire preventie. De zorg zoals verloskundigen die plegen te bieden, bestaat in de prenatale fase namelijk voor een belangrijk deel uit preventieve gezondheidszorg. Het doel daarvan is dat moeder en kind zo gezond mogelijk de zwangerschap doorkomen en het risico van complicaties wordt verkleind. Voorbeelden van preventieve zorg zijn de periodieke echoscopie en monitoring van de groei van de foetus, het meten van de bloeddruk van de moeder en voorlichting gericht op gezonde voeding en leefgewoonten. In de postnatale fase is een belangrijke rol voor preventie onderdeel van de kraamzorg, voor zowel de moeder als (met name ook) voor de baby. Monitoring van gewicht, voeding en vroeg signaleren van mogelijke gezondheidsrisico's of afwijkingen vormen een wezenlijk onderdeel van de kraamzorg. Preventie in de geboortezorg is zodoende naar haar aard voor een belangrijk deel gericht op het waarborgen van de gezondheid van moeder en kind en het verkleinen van gezondheidsrisico's.¹¹⁶ Deze vorm van preventie wordt anders dan de eerder besproken vormen van preventie dus gedekt door de basisverzekering.

4.2.5 *Bestaan er verschillen in reguleringswijze tussen de samenwerkingspartners?*

Dit knelpunt doet zich bij de integrale bekostiging van de geboortezorg niet direct voor, vanwege de wijze waarop de integrale prestatiebeschrijvingen zijn opgezet. Er is immers gekozen voor een geïntegreerde bundelbekostiging van de eerste en tweede lijn, met de mogelijkheid van onderlinge dienstverlening als sluitstuk. In theorie zou dit betekenen dat de verschillende wijze waarop de prestatie- en tariefstructuur is vormgegeven – lees: verschillen tussen eerstelijnsverloskunde, tweedelijns gynaecologische zorg en de kraamzorg – vanwege het integrale karakter van prestatie- en tariefstructuur niet zouden spelen. Naar ons oordeel laten de evaluaties echter zien dat het probleem van verschil in bekostiging zich met name achter de voordeur van de IGO's manifesteert, te weten waar het gaat om het bepalen van de verdeelsleutel van het integrale tarief. Zoals wij zagen bij de analyse van het eerste knelpunt wordt bij die verdeelsleutel in de praktijk toch weer teruggevallen op de individuele verrichtingsystematiek. Hierdoor blijft

116 NZa 2012, p. 38.

in zoverre de gerichtheid op de eigen productie en levering van prestatie binnen het systeem behouden. Vanuit het perspectief van de zorgaanbieders die voor hun bekostiging afhankelijk zijn van geleverde productie blijft dit mechanisme overeind, ondanks het integrale karakter van de tarieven. Het verschil in kostenstructuur van de betrokken zorgaanbieders en de kostendekking die vervolgens uit de deelprestatie moet worden gedestilleerd, stelt de samenwerkingspartners voor ingewikkelde discussies over een eerlijke en rechtvaardige verdeelsleutel. Het is vanuit dat perspectief ook niet vreemd dat vervolgens wordt teruggevallen op verdelingsparameters die gekoppeld zijn aan prestaties en tarieven die reeds voor de integrale geboortezorg waren uitgekristalliseerd. Op een indirecte wijze werken deze verschillen in de reguleringswijze dan door ondanks het integrale karakter van de tarieven. Achter de voordeur van de IGO blijft het knelpunt betreffende de grote verschillen in de reguleringswijze feitelijk dus de samenwerking belemmeren omdat ook daarin de prikkel en gerichtheid op de eigen prestatie en het daaraan gekoppelde tarief leidend blijft.

Daarnaast doet zich binnen het kader van de integrale geboortezorg een specifiek probleem voor met zogeheten 'bundelbrekers'. Daarvan is sprake zodra voor één patiënt een integrale én een monodisciplinaire prestatie wordt gedeclareerd. Als daarover geen aanvullende afspraken zijn gemaakt tussen de IGO en zorgverzekeraar moet vanwege het verbod op paralleliteit uit art. 5.3 en 5.4 van de Beleidsregel IG dan alle zorg op basis van de monodisciplinaire prestaties in rekening worden gebracht. Oftewel, dan 'breekt' de integrale bundel.¹¹⁷ Uit zowel de NZa-evaluatie¹¹⁸ als de RIVM-evaluatie¹¹⁹ blijkt dat dit knelpunt vol in de aandacht staat van zowel IGO's als zorgverzekeraars en dat beide partijen ook ideeën hebben over oplossingsrichtingen. Oplossingen die worden genoemd zijn aanvullende contractafspraken met de zorgverzekeraar, zodat op lokaal niveau kan worden bepaald welke monodisciplinaire prestaties naast een integrale prestatie mogen komen,¹²⁰ correctie van integrale tarieven voor zorg die door niet-IGO deelnemers wordt geleverd,¹²¹ het leidend maken van de bundel door declaratie bij de IGO van zorg die door een niet-IGO-deelnemer is geleverd aan een zwangere die staat ingeschreven bij de IGO¹²² en het doorontwikkelen van de negen prestaties naar één.¹²³

117 NZa 9 september 2020, p. 13.

118 NZa 9 september 2020, p. 13-14 en 16-17.

119 RIVM 2020, p. 22.

120 NZa 9 september 2020, p. 14.

121 NZa 9 september 2020, p. 14.

122 RIVM 2020, p. 22.

123 RIVM 2020, p. 19.

5 Verkenning van mogelijke oplossingen

5.1 *De beperkte meerwaarde van integrale tarieven*

De NZa schreef in 2012 al dat samenwerking door zorgaanbieders zelf lokaal tot stand zal moeten komen: 'Dit is geen simpel proces. Er kunnen omstandigheden zijn die dit bemoeilijken. Samenwerking vergt vertrouwen in en respect voor elkaar professies en komt niet van de ene op de andere dag tot stand. De deelnemers moeten gemotiveerd zijn om samen de verantwoordelijkheid voor de zorg op zich te nemen en zo van elkaar te leren en open te staan voor andere ideeën.'¹²⁴ De bekostiging van de zorg vond de NZa destijds ondersteunend aan dit proces, waarbij het met name de vraag was of de huidige wijze van bekostiging samenwerking in de weg stond of aanpassing de samenwerking verder zou kunnen stimuleren.¹²⁵

Bijna tien jaar later is dit door de NZa geformuleerde uitgangspunt onverminderd actueel. Het experiment met de integrale tarieven in de geboortezorg laat naar ons oordeel zien dat een aantal inherent aan prestatiebekostiging verbonden knelpunten die de samenwerking kunnen belemmeren, niet zonder meer worden opgelost door de bundeling van prestaties en tarieven en deze een meer multidisciplinair karakter te geven. Het blijkt dat zelfs als er een op samenwerking toegesneden bekostigungsstructuur beschikbaar is die zeker geen garantie biedt dat de samenwerking daadwerkelijk succesvol wordt vormgegeven. Op het eerste gezicht lijkt de bundelbenadering een goede oplossing te bieden voor grote verschillen in regulering tussen de eerste en tweede lijn omdat het een aanjager kan zijn van overleg en afspraken over een samenwerkingsstructuur. Tegelijkertijd ontstaan er echter complexe vraagstukken als het gaat om de 'verdeling achter de voordeur'. Dit probleem heeft onzes inziens te maken met een structureler probleem dat niet zozeer samenhangt met de geboortezorg als zodanig, maar dat inherent is aan prestatiebekostiging. Zolang de bekostiging van samenwerkende zorgaanbieders uiteindelijk terugvertaald moet worden in geleverde zorgprestaties waaraan een kostprijsdekkend tarief moet worden gekoppeld, zullen deze productieprikkel binnen ieder samenwerkingsverband in de weg kunnen blijven staan aan effectieve zorginhoudelijke samenwerking gericht op passende zorg en de juiste zorg op de juiste plek. De verdelingsproblematiek achter de voordeur is zodoende een hardnekkig probleem dat zich bij iedere samenwerking van zorgaanbieders zal voordoen. Men blijft immers als zorgaanbieders ook bij een integraal tarief inherente concurrentieprikkel ervaren om het 'eigen deel' van het tarief dat is gerelateerd aan de eigen prestaties.

124 NZa 2012, p. 29.

125 NZa 2012, p. 30-31.

5.2 *Specifiekere regulering van samenwerkingsprestaties en tarieven?*

Een denkbare oplossing voor dit verdelingsvraagstuk zou kunnen zijn dat er tariefregulering plaatsvindt, gericht op samenwerkingsverbanden waarbij de NZa voorschrijft welke tarieven de samenwerkingspartners onderling bij elkaar in rekening mogen brengen. Los van de vraag naar de uitvoerbaarheid van deze benadering, zou deze benadering weliswaar het verdelingsvraagstuk voor samenwerkende zorgaanbieders voor een belangrijk deel oplossen, maar de inherente productieprikkel en concurrentie binnen het samenwerkingsverband om het aandeel in het tarief gerelateerd aan de eigen zorgprestatie blijft dan het leidende verdelingsmechanisme. Productieprikkel die juist een belemmering kunnen vormen voor ‘passende zorg op de juiste plek’ blijven daarmee onverminderd bestaan. Daarnaast zou deze oplossingsrichting de ruimte om effectieve samenwerkingsafspraken te maken juist verkleinen en het verdelingsprobleem verleggen naar de NZa. Dit leidt onvermijdelijk tot toename in complexiteit van de NZa-regelgeving op dit gebied, aangezien dan voor ieder type samenwerking kostendekkende Wmg-tarieven voor onderlinge dienstverlening moeten worden vastgesteld. Dat past slecht bij de wens om de zorg te ‘ontregelen’. Het is ook maar de vraag of het überhaupt mogelijk is de veelheid aan potentiële samenwerkingsverbanden te gieten in de mal van Wmg-tarieven. Bovendien past zo’n top-downbenadering slecht bij de aard van een samenwerking, die er juist bij is gebaat dat samenwerkingspartners op basis van onderling vertrouwen samenwerken en gezamenlijk de focus hebben op wat het beste is voor de patiënt. Dat is een organisatiepsychologisch vraagstuk, waarna het juridische het sluitstuk is, in de vorm van contractuele afspraken. De samenwerkingspartijen doen er volgens ons daarbij goed aan om de afgesproken tarieven jaarlijks te evalueren, waarbij kan worden bezien of deze nog voorzien in de behoeften van alle samenwerkingspartners. De rol van de bekostigingsregulering bestaat er hierbij in dat zij de flexibiliteit van deze contractuele afspraken moet (blijven) faciliteren door voor onderlinge dienstverlening te voorzien in een vrij tarief.

In onze ogen moet de oplossing dan ook eerder gezocht worden in het stimuleren van het onderlinge vertrouwen tussen samenwerkingspartners, minder systeemgerichtheid op bekostiging van zorgprestaties en meer systeemgerichtheid op de *uitkomst* van de zorg en de toegevoegde waarde die een samenwerkingsverband van zorgaanbieders heeft voor de gezondheid van de patiënt. Dit vraagt echter om een meer fundamentele systeemwijziging die competitie tussen zorgaanbieders aanjaagt op basis van de toegevoegde waarde die de zorginterventies hebben voor de gezondheid.

De sleutel naar het oplossen van de voornoemde knelpunten in de bekostigingsstructuur is dus een samenwerkingsverband van zorgaanbieders dat wordt beloond voor het ‘beste doen’ voor de patiënt in plaats van voor de som van de

gezamenlijk geleverde zorgprestaties. Wij zien zodoende het verder omarmen en implementeren van de zorgstelselstructurering volgens de conceptuele ideeën van Porter en Teisberg uit 2006 dan ook als randvoorwaarde voor het wegnemen van de knelpunten in de huidige bekostigingsstructuur.¹²⁶ Om deze transitie naar daadwerkelijke uitkomstbekostiging te maken, zal de waarde van de zorg niet primair moeten worden gemeten in lagere kosten of hogere doelmatigheid die in de inkooppraktijk en zorgcontractering veelal versmalt tot het (politieke) uitgangspunt ‘meer voor minder’, maar juist in gezondheidswinst voor de patiënt.¹²⁷ Om een enigszins effectieve competitie te kunnen realiseren op gezondheidswinst moet er op grotere schaal consensus komen over de parameters en indicatoren om gezondheidswinst te meten en zal er tevens grote mate van transparantie moeten zijn die deze winst – in ieder geval voor de zorgverzekeraars – inzichtelijk maakt.¹²⁸ Wij zien hiervoor een belangrijke rol weggelegd voor de wetenschappelijke verenigingen bij het ontwikkelen van deze parameters en indicatoren op basis van medisch-wetenschappelijke inzichten en consensus die daarover binnen de beroepsgroepen wordt bereikt.

5.3 Naar deregulering van prestaties en tarieven voor samenwerkingsverbanden

Als een belangrijke wettelijke randvoorwaarde om de transitie naar meer uitkomstbekostiging te kunnen maken, zien wij een vergaande deregulering van de prestaties en tarieven. Verplichte prestatiebeschrijvingen en daaraan gekoppelde tarieven werken in bepaalde gevallen namelijk beknellend en remmend op de samenwerking. Er ontstaat daardoor te veel focus op de eigen zorgprestatie en het daaraan gekoppelde tarief binnen een samenwerkingsverband.

Zorgverzekeraars en zorgaanbieders zijn volgens ons bij het effectief opzetten van samenwerkingsverbanden en het verkennen van volledig nieuwe bekostigingsconcepten die niet langer uitgaan van bekostiging per geleverde prestatie dan ook gebaat bij meer vrijheid in de invulling van bekostigingsmechanismen. Dat pleit ervoor om de wettelijke mogelijkheid te creëren dat de prestatieregulering door de NZa voor samenwerkingsverbanden volledig wordt losgelaten en ook niet langer onderdeel uitmaakt van de verbodsbepaling uit art. 35 Wmg. De wetgever

126 M.E. Porter & E. Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value – Based Competition on Results*, Boston Massachusetts: Harvard Business School Press 2006.

127 Overigens bestond er binnen het marktstelsel altijd ruimte voor ‘value-based care’, maar kan gesteld worden dat deze onvoldoende is benut. Zie hierover Bertens 2020, p. 268-271.

128 Zie uitgebreid: J.G. Sijmons, ‘De cure: transitie en onbalans’, in: *Stelsel onder stress*, Preadvies 2011 Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 19-88.

zou in plaats daarvan een gebodssysteem kunnen introduceren waarin zorgverzekeraars en samenwerkende zorgaanbieders de wettelijke verplichting krijgen om in de onderlinge bekostigingsafspraken niet de geleverde zorgprestatie, maar de uitkomst van de gezamenlijke zorgtrajecten leidend zijn voor de beloning. Ons voorstel voor deze oplossingsrichting sluit daarmee aan op het Wetsvoorstel uit 2016, dat is gericht op aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en sinds 2019 in de ijskast staat.¹²⁹ Het verdient aanbeveling het Wetsvoorstel op dit punt af te stoffen en de daarin voorziene deregulering van prestaties en tarieven door een omslag van een verbod- naar een gebodsbepaling in ieder geval mogelijk te maken voor samenwerkingsverbanden.

Een les die in dit verband uit het experiment met de integrale bekostiging van de geboortezorg kan worden getrokken, is dat het nuttig en nodig kan zijn dat het organiseren van een samenwerking separaat kan worden bekostigd. Oftewel: naast de daadwerkelijke zorgverlening door de samenwerkende zorgaanbieders. Er moeten voor het ontwikkelen en opzetten van samenwerkingsverbanden immers vaak incidentele aanloopkosten worden gemaakt, nu een effectieve samenwerking bij zowel oprichting als gedurende de samenwerking vraagt om serieuze inspanningen en investeringen van de samenwerkende partijen, die gepaard gaan met de nodige financiële risico's en onzekerheid.¹³⁰ Prestatie- en tariefregulering zou de bekostiging van samenwerkingsinitiatieven in deze fase niet mogen bemerren.

Als de prestaties en tarieven vergaand langs de door ons voorgestelde lijnen zouden worden gedereguleerd, ontstaat daarmee ook ruimte voor alternatieve bekostigingsvormen voor samenwerkingsverbanden. Er kunnen bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt over bekostiging van aanloopinvesteringen. Een ander idee is dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders zouden kunnen terugvallen op oude of nieuwe vormen van de functionele bekostigingssystematiek. Een samenwerkingsverband zou dan een basisbudget voor de interne, niet direct zorggerelateerde activiteiten ontvangen en een variabel deel dat wordt bekostigd op basis van de uitkomst van zorg. Het is dan niet uitsluitend de door het samenwerkingsverband geleverde zorg die wordt bekostigd maar er is in feite sprake van een vaste institutionele instandhoudingsfinanciering naast een variabele beloning die wordt gerelateerd aan de uitkomsten van de gezamenlijk geleverde zorg of aan activiteiten gericht op preventie.

129 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 445. Zie uitvoerig Van Schelven & De Boer 2018.

130 *Common Eye* 2021, p. 15.

5.4 Meer gelijkgerichtheid in zorgcontractering

Tot slot toont de knelpuntenanalyse van de integrale geboortezorg aan dat samenwerking niet zou moeten worden belemmerd door differentiatie op het gebied van contractering door zorgverzekeraars. Het in paragraaf 4 besproken volgreleid biedt daarvoor goede aanknopingspunten, hetgeen wordt onderstreept door dat dit bij de start van de integrale bekostiging van de geboortezorg ook door alle betrokkenen zo blijkt te zijn gezien. Samenwerkingsinitiatieven die een fundamentele en meerjarige transitie beogen te bewerkstelligen op het terrein van 'passende zorg' en 'zinvolle substitutie van zorg' hebben groot belang bij eenduidigheid en gelijkgerichtheid in de contractering met zorgverzekeraars.

Zorgverzekeraars rechtvaardigen hun terughoudendheid voor wat betreft het volgreleid veelal met een beroep op de Mededingingswet. Hoewel een uitputtende analyse van die stelling van zorgverzekeraars buiten het bestek van dit preadvies valt, plaatsen wij niettemin vraagtekens bij de houdbaarheid van dit standpunt. De Autoriteit Consument & Markt stelt namelijk dat een verzoek om volgreleid toe te passen ook mag gaan over tarieven,¹³¹ wat erop wijst dat er mededingingsrechtelijk (veel) meer mogelijk is dan zorgverzekeraars waarschijnlijk menen. Een citaat uit de RIVM-evaluatie wekt bovendien de indruk dat bij zorgverzekeraars meer sprake is van niet willen dan niet mogen: 'Een ontwikkeling die we zien binnen de hele geboortezorg, en iets smaller binnen de hele zorg, is dat je echt een tendens krijgt dat wij worden gevraagd om volgreleid. (...) Dat horen wij in de eerste lijn, maar ook van de IGO's. Vanuit [naam zorgverzekeraar] vinden wij dat echt onwenselijk en zouden we heel graag de marktwerking en het gereuleerde marktwerkingsstelsel, binnen dit zorgstelsel, in stand houden. (...) Dat kost wel veel werk voor hen, maar dat is gewoon hoe het hoort in de zorg. Dit is gewoon hoe het systeem werkt.'¹³² Als zorgverzekeraars samenwerking in de zorg serieus willen stimuleren, lijkt het ons dan ook voor de hand te liggen dat de houdbaarheid van dit standpunt nog eens kritisch tegen het licht wordt gehouden. Er bestaat ogenschijnlijk immers meer ruimte dan nu door zorgverzekeraars wordt gecommuniceerd.

Om de vrijblijvendheid voor zorgverzekeraars op dit punt te verkleinen, zien wij op dit punt ook een rol weggelegd voor de NZa. Wij denken daarbij aan uitbreiding van de bevoegdheden van de NZa als sluitstuk, waarbij de NZa zorgverzekeraars in het uiterste geval zou kunnen dwingen tot volgreleid in het geval van samenwerkingsverbanden. Dit zou dan een nader uit te werken element kunnen zijn bij de wijziging van de Wmg die voorziet in de deregulering van prestaties

131 Zie www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/ruimte-voor-volgreleid-zorg-en-preventie.

132 RIVM 2020, p. 22.

en tarieven en het loslaten van de verbodsbepaling uit art. 35 Wmg voor samenwerkingsverbanden.

6 Slotbeschouwing

Samenwerking tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars is geen doel op zich maar een middel om de achterliggende doelstellingen van het zorgstelsel te realiseren, te weten kwalitatief goede zorg die betaalbaar en de toegankelijk is. In het bijbehorende systeem van prestatiebekostiging en gereguleerde marktwerking zijn de financiële prikkels primair gericht op het leveren van zorgprestaties en leidde de afgelopen jaren tot grotere kostenefficiëntie en hogere productiviteit. De combinatie van beheersing van de budgettaire groei en het sturen op prijs hebben onvermijdelijk geleid tot een sterke sturing op volume groei. Dat was en is nodig om aan de toenemende zorgvraag te kunnen blijven voldoen, maar deze financiële volume prikkels zijn in 2022 niet langer de primair drijvende kracht achter zorginnovaties en het realiseren van passende zorg op de juiste plek. Sterker nog, in onze analyse hebben wij laten zien dat het accent op prestatiebekostiging en volume prikkels juist belemmerend en beknellend kan werken binnen samenwerkingsverbanden die de ambitie hebben de passende zorg op de juiste plek te realiseren.

De oplossing die wij voor dit fundamentele reguleringsvraagstuk zien, is gelegen in het meer parallel schakelen van de financiële belangen en prikkels die zorgaanbieders ervaren en de uiteindelijke belangen van de patiënt. Een te sterke financiële prikkel op het door de zorgaanbieder gerealiseerde volume is niet zonder meer in het belang van de patiënt en kan zodoende in de weg staan aan zinvolle substitutie van zorg, bijvoorbeeld van de tweede naar de eerste lijn. Als de financiële prikkel – juist ook in samenwerkingsverbanden – meer gelijkgeschakeld zou worden aan gezondheidswinst voor de patiënt in plaats van gekoppeld aan een geleverde zorgprestatie, kan daarmee een structurele belemmering in het systeem van prestatiebekostiging worden weggenomen. Door voor samenwerkingsverbanden heldere randvoorwaarden te creëren waarmee financiële prikkels parallel worden geschakeld aan de doelstellingen van de samenwerkingsverbanden wordt een belangrijke stap in de goede richting gezet.¹³³ Het is dan ook onze aanmoediging aan de wetgever om daar werk van te maken en de prestatie- en tariefregulering in ieder geval voor samenwerkingsverbanden zo spoedig mogelijk

133 Daarmee zijn overigens zeker niet alle knelpunten weggenomen: oplossingen op bijvoorbeeld het terrein van verdeling van verantwoordelijkheden, rechtsvormen en bestuursmodellen alsmede vraagstukken op het terrein van aansprakelijkheden binnen samenwerkingsverbanden zullen nog moeten worden aangeleverd c.q. opgelost.

te dereguleren. Zo ontstaat meer ruimte voor het wegnemen van de ongewenste effecten van prestatieprikkels.

Wij besluiten met de vaststelling dat in 2006 de huidige stelselwijziging werd ingezet vanwege het besef dat de overheid in een systeem van aanbodregulering innovatie in de zorg meer begon tegen te houden dan te bevorderen. In 2022 lijkt hier opnieuw sprake van voor wat betreft de ongewenste effecten die de marktwerking heeft gebracht. Daarom is het nu zaak in te zetten op meer samenwerking, andere gereguleerde marktwerking en meer focus op gezondheidswinst voor de patiënt. Dit vraagt om heldere keuzes en het nemen van afscheid van de huidige prestatie- en tariefregulering c.q. prestatiebekostiging voor samenwerkingsverbanden. In dit kader passen de volgende vijf conclusies:

1. De huidige wijze van prestatie- en tariefregulering en de daarin besloten liggende financiële productieprikkel belemmert de totstandkoming van samenwerkingsverbanden van zorgaanbieders, die zodoende onvoldoende effectief en slagvaardig kunnen inzetten op passende zorg op de juiste plek.
2. Om passende zorg op de juiste plek te realiseren moeten de financiële prikkels gericht op de levering zorgprestaties worden vervangen door financiële prikkels gericht op het gezamenlijk creëren van gezondheidswinst en (dus) uitkomstbekostiging.
3. Het volledig loslaten van prestatiebeschrijvingen en de verbodsbepaling van art. 35 Wmg voor samenwerkingsverbanden zal de randvoorwaardelijke ruimte creëren voor samenwerkingsverbanden van zorgaanbieders en zorgverzekeraars om daadwerkelijk een transitie te maken naar uitkomstbekostiging.
4. Voor een effectief systeem van uitkomstbekostiging voor samenwerkingsverbanden worden noodzakelijk randvoorwaarden gevormd door de ontwikkeling van parameters en indicatoren voor het meten van gezondheidswinst alsmede volledige transparantie van de gerealiseerde gezondheidswinst. De overheid zou de wetenschappelijke beroepsverenigingen de komende jaren extra moeten stimuleren en subsidiëren om het voortouw te nemen in de ontwikkeling daarvan.
5. Parallelliteit en gelijkgerichtheid moet het uitgangspunt zijn als zorgaanbieders van samenwerkingsverbanden aangaan die zijn gericht op realisatie van passende zorg op de juiste plek. Een effectief volgebeleid van zorgverzekeraars is daarbij van groot belang en zal zo nodig afdwingbaar moeten worden verankerd in de bevoegdheden van de NZa.

Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht (1968-2021)

**INFORMATIE OVER ALLE UITGEBRACHTE PREADVIEZEN VAN DE
VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2021)**

zie de website van de Vereniging
www.vereniginggezondheidsrecht.nl, navigeer naar preadviezen

Oudere preadviezen, vanaf 1968 tot de laatste vijf jaar, zijn ook digitaal te raadplegen. Deze zijn te vinden op de pagina 'preadviezen digitaal'.

Mr. M.R.D. Crijns, mr. R. Hagendoorn en mr. drs. L.G.J.M. van Wijck
zijn bedrijfsjurist bij Universitair Medisch Centrum Utrecht.

Mr. dr. R.P. Wijne *is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam, tevens onder meer rechtsgeleerde bij de tuchtcolleges en de Commissie LZA/LP en adviseur bij Holla advocaten.*

Mr. dr. W.I. Koelewijn *is universitair docent gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat gezondheidszorg bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.*

Mr. B.A. van Schelven *is advocaat gezondheidszorg bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.*

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

S A M E N W E R K I N G I N E E N C O M P L E X Z O R G V E L D

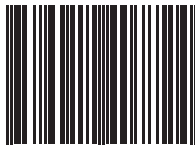
PRE
Wat betekent het opereren in samenwerkingsverbanden en zorgnetwerken voor de positie van de patiënt en zijn patiëntenrechten? Een relevante vraag, want de relatie patiënt-hulpverlener was sterk op de individuele relatie ingericht bij de eerste wetgeving van de behandelingsovereenkomst. De beroepenwetgeving van de Wet BIG was uit de aard der zaak reeds op de individuele zorgverlener gericht. De werkelijkheid is dus inmiddels die van het zorgnetwerk, van de samenwerking.

Daarover gaat het eerste preadvies van Margriet Crijns, Rozemarijn Hagendoorn en Laurens van Wijck. Dit deel bouwt de vraagstellingen verder uit naar de juridische vormen voor samenwerking, naar de governance ervan en de medezeggenschap erop. Als een juridische structuur zich heeft verdicht, is de vraag hoe deze opereert op de zorgaanbodmarkt. Vragen naar de mededingingsrechtelijke aspecten van exclusieve relaties en vragen rond aanbesteding aan een samenwerkingsverband volgen als logische stap. Dit deel is op zich reeds een vraagstuk van de samenwerking overkoepelende beschouwing en daagt uit tot verdere verkenning.

In het tweede preadvies draait de kijkrichting als het ware om. Gegeven dat de zorg in samenwerking is aangeboden, hoe is het met de aansprakelijkheid in een zorgnetwerk gesteld als er fouten worden gemaakt? Rolinka Wijne analyseert de aansprakelijkheid voor de zorg verleend in samenwerking.

In het laatste preadvies staan Wouter Koelewijn en Bas van Schelven stil bij de vraag of de zorgcontractering van samenwerkingsverbanden niet door de huidige inrichting van de tariefregulering wordt gehinderd in plaats van gestimuleerd. *Form follows function.* Als het goed is, geldt dit tevens voor de wettelijke tarieven met hun dwingende karakter. Het keurslijf van de tarieven kan echter ook in een richting sturen die niet gewenst is. De laatste twee preadviseurs laten hierover hun licht schijnen.

ISBN 978-90 12 40772 4



9 789012 407724