



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Wikken en wegen: gezondheidsrecht in beweging

Legemaate, J.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Legemaate, J. (2011). *Wikken en wegen: gezondheidsrecht in beweging*. (Oratiereeks). Vossiuspers UvA. http://www.oratiereeks.nl/upload/pdf/PDF-3284weboratie_Legemaate.pdf

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Wikken en wegen

Wikken en wegen
Gezondheidsrecht in beweging

Rede

Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
hoogleraar gezondheidsrecht
aan de Universiteit van Amsterdam
op woensdag 11 mei 2011

door

Johan Legemaate

 VOSSIUSPERS UVA

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Dit is oratie 410, verschenen in de oratiereeks van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Crasborn BNO, Valkenburg a/d Geul
Opmaak: JAPES, Amsterdam

ISBN 978 90 5629 694 0
e-ISBN 978 90 4851 553 0

© Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2011

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j^o het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

*Mijnheer de Rector Magnificus,
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

Inleiding

Enkele jaren geleden sloot een patiënte die een dwarslaesie had een behandelingsovereenkomst met het bedrijf Cells4health tot het ondergaan van een stamceltherapie in Turkije. Dat Turkse avontuur liep verkeerd af. De mislukte stamceltherapie leidde tot een duidelijke achteruitgang in het functioneren van patiënte. Voor de rechter beriep zij zich op dwaling: Cells4health had haar ten tijde van het aangaan van de behandelingsovereenkomst uitsluitend succesverhalen verteld. Had zij geweten in welke experimentele fase de stamceltherapie verkeerde, aldus patiënte, dan had zij de overeenkomst nooit gesloten. In een uitspraak die dateert van 2 februari van dit jaar achtte de rechtbank Breda dit genoegzaam bewezen. De rechtbank vernietigde de behandelingsovereenkomst en veroordeelde Cells4health tot het betalen van schadevergoeding, waaronder smartengeld.¹ Deze casus brengt ons in het hart van het gezondheidsrecht. Op het terrein van het gezondheidsrecht wordt in de beschermingsfunctie van het recht onder meer voorzien door patiëntenrechten met betrekking tot informatie, toestemming en privacy. De Bredase rechtbank oordeelde dat patiënte onvoldoende was geïnformeerd over de effectiviteit, de experimentele status en de risico's van de stamceltherapie. In een arrest uit 2001 legde de Hoge Raad al een verband tussen tekortkomingen in de nakoming van de informatieplicht jegens de patiënt en diens zelfbeschikkingsrecht.² Het recht op informatie is een klassiek patiëntenrecht, dat voor de rechtspositie van de patiënt van grote betekenis is.

Ging het in deze zaak vooral om de behandelingsovereenkomst tussen een patiënt en een zorgaanbieder, niet zelden is in het gezondheidsrecht een complexere afweging van juridische posities en belangen aan de orde. Daarvan getuigt de uitspraak van de Raad van State van 27 april j.l., in een procedure over een verzoek tot openbaarmaking krachtens de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Naar aanleiding van de suïcide van een patiënte deed de betreffende psychiatrische instelling de wettelijk verplichte calamiteitenmelding bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Met een beroep op de Wob verzochten de

ouders van de patiënte de minister van VWS om openbaarmaking van het bij de melding behorende suïciderapport. In deze zaak zijn ten minste vijf belangen aan de orde: het belang van de patiënte bij bescherming van haar persoonlijke levenssfeer, het belang van de ouders bij informatie over hoe de suïcide kon gebeuren, het belang van de Inspectie om haar toezichthoudende taak goed te kunnen uitoefenen, het belang van de instelling bij een goede kwaliteitsbewaking en het maatschappelijk belang bij een toegankelijke gezondheidszorg in relatie tot het beroepsgeheim. De Raad van State weegt deze belangen in de context van de Wob en wijst het verzoek van de ouders af.³ Eerder in deze procedure had de bestuursrechter in Den Bosch wel tot openbaarmaking besloten. In de berichtgeving over deze zaak werd geconcludeerd dat de ouders, die op zoek waren naar informatie over de suïcide van hun dochter, nu met lege handen stonden. Dat hoeft niet zo te zijn. In gevallen als deze is het niet ondenkbaar dat de ouders met succes kunnen vragen om inzage in een deel van het patiëntendossier van hun dochter.⁴ Hun wens om informatie is zeer invoelbaar en ook juridisch te onderbouwen, maar het lijkt erop dat zij in eerste instantie de verkeerde juridische weg hebben bewandeld. De vraag is natuurlijk ook hoe de psychiatrische instelling in deze zaak is omgegaan met haar zorgplicht jegens de ouders; kennelijk niet geheel tot tevredenheid.

Dat het in zaken als deze noodzakelijk is uiteenlopende belangen tegen elkaar af te wegen, is in het recht een alledaags verschijnsel en is niet kenmerkend voor het gezondheidsrecht. Wel typerend voor dat rechtsgebied zijn de context waarbinnen de belangenafweging moet plaatsvinden en de normatieve lading van veel vragen en problemen die op dit terrein spelen. Binnen het gezondheidsrecht staan rechten van mensen centraal, of het nu de toegankelijkheid van de gezondheidszorg betreft, de veiligheid en de kwaliteit daarvan, het ondergaan van een onderzoek of een behandeling, de onderwerping van de patiënt aan dwang, de deelname aan preventieprogramma's of de participatie in een medisch-wetenschappelijk onderzoek. Daarnaast is de doelmatigheid van juridische interventies op het terrein van de gezondheidszorg van belang. Lang niet altijd is een juridische oplossing de beste oplossing.

Zoals dat ook voor andere rechtsgebieden geldt, is binnen het gezondheidsrecht voortdurend sprake van de aanpassing of vernieuwing van bestaand recht. Dat proces van rechtsvorming kan het gevolg zijn van gewijzigde maatschappelijke of politieke inzichten, maar ook van nieuwe ontwikkelingen in de gezondheidszorg of in de medische technologie. Ik wijs bijvoorbeeld op de recente discussie over de vraag of de in 2010 tot stand gekomen Richtlijn perinataal beleid bij extreme vroeggeboorte aanleiding moet zijn tot het verlagen van de levensvatbaarheidsgrens in het kader van de abortuswetgeving. De minister van VWS beantwoordde deze specifieke vraag enkele weken geleden op

goede gronden ontkennend⁵, maar in het algemeen is binnen het gezondheidsrecht regelmatig de situatie aan de orde dat nieuwe inzichten in de geneeskunde leiden tot een wijziging of herinterpretatie van bestaande juridische normen.

Op het terrein van de gezondheidswetgeving is sprake van een aanzienlijke rechtsdynamiek. Er staan ingrijpende wetgevingsherzieningen voor de deur. Het ziet er naar uit dat de wetgeving op het terrein van de algemene patiëntenrechten, de kwaliteit van de gezondheidszorg en de rechtspositie van psychiatrische patiënten integraal vervangen zal worden door nieuwe regelingen. Gesproken kan worden van een tweede tranche van gezondheidswetgeving. Sinds de eerste tranche, in het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw, is er zowel op maatschappelijk gebied als in de gezondheidszorg veel veranderd, onder meer waar het gaat om de relatie tussen de overheid en private partijen en om het gewicht dat wordt toegekend aan belangrijke normatieve waarden. De recente wetgevingsontwikkelingen roepen vragen op op het vlak van zowel normativiteit als doelmatigheid. In deze rede werk ik een aantal van die vragen nader uit. Ik illustreer deze aan de hand van drie thema's: het beroepsgeheim in de gezondheidszorg, de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en het veld op het gebied van de kwaliteit van zorg en de problematiek van patiënten die in de gezondheidszorg onbedoelde schade oplopen. Mede op basis daarvan bespreek ik vervolgens enkele algemene aspecten van de wetgevingsontwikkelingen op het terrein van het gezondheidsrecht. De achtergrond wordt gevormd door wat ik zie als de kerntaak van het gezondheidsrecht, namelijk het bereiken van rechtvaardige verhoudingen in de gezondheidszorg. Van rechtvaardige verhoudingen kan gesproken worden als respect voor en bescherming van de patiënt samengaan met een toegankelijke, veilige en kwalitatief goede gezondheidszorg, zowel op patiënt- als op populatieniveau.

Beroepsgeheim

De rechtsontwikkeling met betrekking tot het beroepsgeheim in de gezondheidszorg laat interessante maar ook zorgwekkende tendensen zien. Lange tijd had het beroepsgeheim de status van een absolute en onaantastbare norm en door veel artsen en andere hulpverleners wordt dit nog altijd zo beleefd. Recentelijk bleek dit onder meer uit de argumenten waarmee sommige psychiaters zich hebben verzet tegen de verplichting om op declaraties aan zorgverzekeraars diagnose-informatie te vermelden.⁶ Steeds vaker worden de aan het beroepsgeheim ten grondslag liggende uitgangspunten afgewogen tegen andere belangen en overwegingen. Soms gaat dat geleidelijk, onopvallend en mo-

gelijk onbedoeld, in andere gevallen expliciet en doelbewust, omdat nieuwe paradigma's opkomen, bijvoorbeeld op het vlak van toetsbaarheid, toezicht of het nastreven van veiligheid. Ik sta kort stil bij de ontwikkelingen op twee deelgebieden van het beroepsgeheim: de toegenomen mogelijkheden van het Openbaar Ministerie en andere toezichthouders om patiëntendossiers te mogen inzien en de directe en indirecte inperkingen van het beroepsgeheim op het terrein van de jeugdzorg.

Het eerste deelgebied betreft het beroepsgeheim in relatie tot rechtshandhaving en toezicht. De inzagebevoegdheden van zowel het Openbaar Ministerie als van externe toezichthouders zijn de laatste jaren sterk uitgebreid. Art. 98 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering staat er van oudsher aan in de weg dat justitiële autoriteiten geschriften in beslag nemen die onder het beroepsgeheim vallen. Al lang geleden heeft de Hoge Raad op dit wettelijk verbod een uitzondering geformuleerd: in het geval van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' mag wel tot inbeslagneming worden overgegaan. De vraag of van die omstandigheden sprake is laat zich, zoals de Hoge Raad vele malen heeft uitgesproken, niet in algemene zin beantwoorden. Niettemin kunnen aan de jurisprudentie tal van bepalende factoren worden ontleend.⁷ Enkele recentere uitspraken van de Hoge Raad betreffen de situatie waarin de hulpverlener wordt verdacht van een strafbaar feit jegens zijn patiënt. Te denken valt aan de situatie dat een patiënt door een fout van zijn arts overlijdt. Ten aanzien van die situatie heeft de Hoge Raad enkele voorwaarden geformuleerd die in het geval van een ernstige medische fout per definitie aan de orde zijn.⁸ Daarmee is in elk geval in deze specifieke situatie de uitzondering de regel geworden. Inhoudelijk is daar wellicht veel voor te zeggen, maar in termen van adequate rechtsvorming dient deze ontwikkeling kritisch te worden gezien. Terecht is in de literatuur bepleit dat de wetgever hier dient in te grijpen, niet alleen om art. 98 Sv zo nodig aan de nieuwe juridische werkelijkheid aan te passen, maar juist ook om een afgewogen debat over de uitgangspunten van het beroepsgeheim mogelijk te maken.⁹

Sinds de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet in 2006 hebben ook zorgverzekeraars meer mogelijkheden gekregen om ter controle van de juistheid van declaraties zo nodig gegevens uit patiëntendossiers te raadplegen.¹⁰ In datzelfde jaar werden de bepalingen in de Wet marktordening gezondheidszorg van kracht die aan de Nederlandse Zorgautoriteit de bevoegdheid geven om in het kader van de controle op de naleving van deze wet patiëntendossiers in te zien.¹¹ En ten slotte werden in 2010 de wettelijke bevoegdheden van de Inspectie voor de Gezondheidszorg om patiëntendossiers in te zien, aanzienlijk uitgebreid.¹² In enkele gevallen ging aan deze ontwikkelingen een kritisch politiek of maatschappelijk debat vooraf, maar vaak werd volstaan met impliciete

overwegingen of plichtmatige beschouwingen betreffende de aan de orde zijnde beginselen en rechtsvragen. Wezenlijke vragen blijven dan vaak onbeantwoord: hoe verhouden de inzagebevoegdheden van toezichthouders zich tot de uitgangspunten van het beroepsgeheim, in het bijzonder waar het gaat om het algemeen belang? In hoeverre zijn deze doorgaans ruim omschreven inzagebevoegdheden werkelijk nodig? Zou niet kunnen worden volstaan met inzage-rechten van beperktere omvang? Het achterwege laten van een dergelijke analyse erodeert de uitgangspunten van het beroepsgeheim en kan voorts leiden tot situaties die, vanuit rechtsstatelijk en democratisch perspectief gezien, op zijn minst opmerkelijk zijn. Zo kon de uitbreiding van het wettelijke inzage-recht van de Inspectie alleen door de Eerste Kamer worden geloodst nadat de minister van VWS in een brief aan deze Kamer beloofde dat de Inspectie haar inzage-recht in de praktijk beperkter zal toepassen dan de nieuwe wettelijke bevoegdheid toestaat.¹³

Een tweede ontwikkeling op het gebied van het beroepsgeheim is zichtbaar op het terrein van de fysieke en psychische bescherming van jonge kinderen en jeugdigen. De maatschappelijke en politieke onrust over kindermishandeling en de teloorgang van zogenaamde risicjongeren is op zich begrijpelijk, en heeft onder het kabinet-Balkenende IV geleid tot een stortvloed van nieuwe beleids- en wetgevingsmaatregelen. Een belangrijke rol wordt toegekend aan zogenaamde verwijsindexen. Die moeten voorkomen dat zorgverleners en andere professionals die betrokken zijn bij jongeren met problemen langs elkaar heen werken. Sinds 1 augustus 2010 bepaalt art. 2j van de Wet op de jeugdzorg dat het beroepsgeheim er niet aan in de weg staat dat professionals uit de sfeer van de jeugdgezondheidszorg, de jeugdzorg, onderwijs en justitie elkaar op de hoogte stellen van hun betrokkenheid bij een risicjongere. Het gaat om zogenaamde 'dat'-informatie en niet om inhoudelijke gegevens over de situatie van en de zorgverlening aan de betreffende jongere. De kans is echter reëel dat zorgverleners uit de bevoegdheid om te mogen melden bij de verwijsindex zullen afleiden dat ook inhoudelijke informatie-uitwisseling mogelijk is. Dat is lang niet altijd het geval. De uitwisseling van inhoudelijke gegevens kan alleen plaatsvinden als dat op grond van de eigen privacyregelgeving van de betreffende instanties mogelijk is. Gezien het aantal instanties dat een melding kan doen aan de Verwijsindex Risicjongeren, is de vraag of er bij een bepaalde combinatie van partijen gegevens uitgewisseld mogen worden, juridisch gezien bijzonder complex.¹⁴ De problematiek van de verwijsindexen is extra klemmend nu de inclusiecriteria voor melding van een jongere erg breed zijn geformuleerd en er bovendien de kans bestaat dat het vergroten van het aantal meldingen een beleidsdoel op zich wordt.¹⁵ De wetgeving inzake de verwijsindex nodigt uit tot informatie-uitwisseling in zeer veel situaties, maar verplicht

niet tot melding. Waar het gaat om vermoedens van kindermishandeling wordt vanuit de politiek of de samenleving met een zekere regelmaat betoogd dat op hulpverleners en andere betrokken professionals wel een wettelijke meldplicht zou moeten rusten. Aan zo'n meldplicht kleven belangrijke bezwaren, die zowel de juridische legitimatie als de effectiviteit ervan betreffen.¹⁶ Dit weerhield de Tweede Kamer er onlangs niet van om in te stemmen met een wijziging van art. 53 van de Wet op de jeugdzorg.¹⁷ Deze wijziging houdt in dat derden (waaronder zorgverleners) die beroepshalve beschikken over relevante inlichtingen inzake feiten en omstandigheden betreffende de opvoeding of verzorging van een minderjarige die onder toezicht is gesteld of diens ouders, verplicht zijn deze inlichtingen te verstrekken aan de stichting die de ondertoezichtstelling uitvoert. Vanwege de koppeling aan de maatregel van ondertoezichtstelling heeft deze nieuwe bepaling vooralsnog een beperkte strekking, maar het gaat wel om een principiële stap. De weg van de wettelijke meldplichten is op dit gebied niet langer afgesloten.

De rechtsvorming met betrekking tot het beroepsgeheim leidt tot een steeds gedifferentieerder stelsel van normen en regels. Op het eerste gezicht lijken daarvoor goede redenen te bestaan. Dat een arts die zodanig onjuist handelt dat zijn patiënt overlijdt, zich aan toetsing en controle kan onttrekken door zich te beroepen op het beroepsgeheim, kan als misbruik van recht worden gezien.¹⁸ Er zijn allerlei situaties denkbaar waarin het voorstelbaar is dat een toezichthouder erbij gebaat is om zonder toestemming patiëntendossiers te kunnen inzien. En niemand zal betwisten dat het bestrijden van kindermishandeling of andere risico's voor jeugdigen wordt bevorderd als relevante informatie op de juiste plaatsen beschikbaar is. Op dit instrumentele niveau is voor beperkingen van het beroepsgeheim veel te zeggen, maar wat nodig is, is een adequate weging van uitgangspunten en van voor- en nadelen, maar ook maatvoering aan de hand van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Belangrijk is ook het antwoord op de vraag of de inperkingen van het beroepsgeheim werkelijk bijdragen aan het bereiken van beoogde secundaire doelen. Met name op het gebied van de jeugdzorg zijn er sterke aanwijzingen dat de kernproblemen die daar spelen oorzaken hebben die veel meer liggen op het vlak van de organisatie van de zorg en het niveau van deskundigheid dan op het juridische gebied. Ik verwijs daarvoor onder meer naar het rapport dat de Onderzoeksraad voor Veiligheid begin dit jaar uitbracht over de fysieke veiligheid van het jonge kind¹⁹ en naar het Jaarbericht 2010 van de Inspectie Jeugdzorg²⁰.

De verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en het veld en de kwaliteit van zorg

Het tweede thema dat ik wil behandelen is de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en het veld met betrekking tot de kwaliteit van de zorg. Op het terrein van de gezondheidszorg is dat al lange tijd een belangrijk, maar ook een complex onderwerp, dat aanleiding geeft tot tal van reguleringsvragen. De huidige wetgeving houdt kort gezegd in dat de overheid de globale kaders stelt en toezicht houdt, en dat de primaire verantwoordelijkheid voor het ontwikkelen van kwaliteitsnormen en kwaliteitssystemen bij het veld ligt. Meer specifiek stelt de in 1996 van kracht geworden Kwaliteitswet zorginstellingen de eis dat zorgaanbieders verantwoorde zorg leveren en dat zij beschikken over een toereikend kwaliteitssysteem. De afgelopen jaren is duidelijk geworden dat het systeem van de Kwaliteitswet niet goed werkt. Zorgaanbieders en hun organisaties hebben de handschoen van de eigen verantwoordelijkheid onvoldoende opgepakt en bovendien hebben zij de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en het veld op onderdelen verabsoluteerd. In het veld wordt namelijk wel betoogd dat het niet aanvaardbaar is dat de Inspectie als overheids-toezichthouder zelf handhavingnormen formuleert.²¹ Dat standpunt overtuigt mij niet. Art. 2 van de Kwaliteitswet schrijft voor dat zorgaanbieders verantwoorde zorg leveren, en verwijst in de parlementaire stukken ter operationalisering van deze algemene norm naar bronnen als gedragsregels, richtlijnen, nationale en internationale vakliteratuur en dergelijke. In gevallen waarin het veld dat nalaat, kan de Inspectie op basis van de genoemde bronnen zelf kwaliteitsnormen deduceren en daaraan toetsen. Zou men de Inspectie deze bevoegdheid ontzeggen, dan kan het veld door het wel of niet formuleren van kwaliteitsnormen de reikwijdte van het overheidstoezicht bepalen, hetgeen strijdig is met het systeem en de geest van de Kwaliteitswet. In de zogenaamde IC-1-casus legde de Inspectie aan het veld normen op die strenger waren dan de geldende CBO-richtlijn. Naar aanleiding van een klacht daarover van een brancheorganisatie van ziekenhuizen oordeelde de Nationale ombudsman in juni 2010 dat de Inspectie mag afwijken van richtlijnen van de beroepsgroep, als dat nodig is om risico's voor de kwaliteit van de gezondheidszorg weg te nemen of te voorkomen.²² Dat is naar mijn mening een terecht oordeel, zij het dat uit het systeem van de Kwaliteitswet wel enkele voorwaarden voor zorgvuldig handelen door de Inspectie kunnen worden afgeleid. Te denken valt aan de volgende vier voorwaarden:

1. De Inspectie heeft alles in het werk gesteld om het veld binnen een redelijke termijn zelf normen te laten opstellen of bestaande normen te laten aanpassen;

2. In het belang van een goede gezondheidszorg kan het formuleren van normen door de Inspectie zelf geen uitstel lijden;
3. De Inspectie maakt inzichtelijk waarop zij de door haar geformuleerde normen baseert;
4. De Inspectie nodigt het veld uit binnen een redelijke termijn de door de Inspectie geformuleerde normen te accorderen, dan wel om te komen met beredeneerde alternatieven voor die normen.

Een probleem van de huidige wetgeving is dat deze niet voorziet in een mechanisme waardoor best practices en de uitkomsten van onderzoek op voortvarende wijze zorgbreed worden overgenomen en geïmplementeerd. Dat nodigt uit tot vrijblijvendheid. Ook zijn de afgelopen jaren de juridische implicaties en mogelijkheden van de Kwaliteitswet te weinig geëxploreerd. Ik noem enkele voorbeelden. Een Amerikaans onderzoek uit 2007, gepubliceerd in de *Annals of Surgery*, wijst uit dat onder patiënten die op een vrijdag een bepaalde grote operatie ondergingen er na 30 dagen een aanzienlijk hogere mortaliteit was dan bij patiënten bij wie dezelfde operatie op een maandag, dinsdag of woensdag werd uitgevoerd.²³ Als dat in Nederlandse ziekenhuizen ook zo zou zijn, heeft dat dan vanwege de Kwaliteitswet juridische gevolgen? En als volumenormenten werkelijk levens sparen, zoals onder meer door de Inspectie wordt betoogd²⁴, vloeit dan niet uit de Kwaliteitswet voort dat deze normen op de kortst mogelijke termijn toegepast moeten worden? Een voorbeeld dichter bij huis is de door de afdeling chirurgie van het AMC, in samenwerking met enkele andere ziekenhuizen, ontwikkelde SURPASS-checklist. SURPASS staat voor SURgical PATiënt Safety System. Onderzoek heeft uitgewezen dat de toepassing van deze checklist de sterfte rondom operaties aanzienlijk doet dalen.²⁵ Mooi en belangrijk werk, maar wat betekent dat nu in relatie tot de geldende Kwaliteitswet zorginstellingen? Ik zou menen dat alle ziekenhuizen op grond van deze wet verplicht moeten worden geacht om, met inachtneming van een redelijke maar ook zo kort mogelijke voorbereidingsperiode, de SURPASS-checklist of een vergelijkbaar instrument toe te passen. Als binnen het veld van de gezondheidszorg een goed onderbouwd kwaliteitsinstrument wordt ontwikkeld dat breed toepasbaar is, biedt het systeem van de Kwaliteitswet in mijn visie geen ruimte om toepassing van dat instrument achterwege te laten. Met betrekking tot de SURPASS-checklist zijn de minister en de Inspectie onlangs duidelijk geweest: ziekenhuizen hebben een half jaar de tijd gekregen om deze checklist te implementeren.²⁶ Tot voor kort was echter sprake van een veel minder strikte interpretatie en toepassing van de Kwaliteitswet, waardoor best practices konden worden genegeerd, er te veel ruimte bestond voor ongerechtvaardigde kwaliteitsverschillen tussen zorgaanbieders en het recht van de

patiënt op goede en veilige zorg onnodig onder druk is komen te staan. Wat in het huidige systeem ontbreekt, is een gezaghebbende instantie die innovaties en best practices kan beoordelen op hun betekenis voor bepaalde deelgebieden van de gezondheidszorg, en op basis daarvan een verbinding kan leggen tussen deze innovaties en de kaderstellende wettelijke normen. Een dergelijke instantie kan, in CAO-termen vertaald, daarvoor in aanmerking komende kwaliteitsnormen of -systemen algemeen verbindend verklaren. Op deze wijze blijft het veld inhoudelijk ‘in the lead’, kunnen vrijblijvendheid en willekeur worden tegengegaan en worden innovaties gestimuleerd. De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft deze rol in de afgelopen jaren in zekere mate op zich genomen en werd daardoor van toezichthouder geleidelijk aan kwaliteitsregisseur.²⁷ Het is echter de vraag of het formeel toewijzen van deze rol aan de Inspectie voor de hand ligt. Het gaat om taken en verantwoordelijkheden die beter elders kunnen worden neergelegd, om te voorkomen dat het onderscheid tussen advisering, normering en toezicht vertroebelt.

Er is alle reden om de huidige kwaliteitswetgeving en de daarin besloten liggende rolverdeling tussen de overheid en het veld eens goed tegen het licht te houden. Tot die conclusie is ook de wetgever gekomen. Het is de bedoeling dat de Kwaliteitswet zorginstellingen, alsmede een aantal andere wettelijke regelingen op het terrein van de patiëntenrechten en de kwaliteit van zorg, wordt vervangen door de Wet cliëntenrechten zorg. Een daartoe strekkend wetsvoorstel is momenteel aanhangig bij de Tweede Kamer.²⁸ In de toelichting bij dit wetsvoorstel klinkt duidelijk door dat de overheid en de politiek van mening zijn dat het veld van de gezondheidszorg de toegekende verantwoordelijkheden onvoldoende waarmaakt. Mede om die reden voorziet het wetsvoorstel in een overheveling van de rechten van de patiënt van een privaatrechtelijke naar een bestuursrechtelijke regeling. Het is echter de vraag of de kernproblemen die onder de Kwaliteitswet aan de orde zijn door het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg zullen worden weggenomen. Tot op heden ontbreekt een goede analyse van de vraag waarom de huidige wetgeving niet tot de beoogde resultaten heeft geleid. Is dat toe te rekenen aan de opzet en inhoud van de wetgeving of aan factoren die daar los van staan? Regulering van de kwaliteit van zorg in een context waarin een grote mate van verantwoordelijkheid bij het zorgveld zelf ligt, vraagt om een duidelijke visie op de aard en de inhoud van te onderscheiden verantwoordelijkheden en op de wijze waarop deze het beste kunnen worden gerealiseerd. Het toedelen van verantwoordelijkheid levert het meeste op als wordt gestimuleerd dat deze wordt ingevuld als een actieve verantwoordelijkheid.²⁹ Het risico is reëel dat het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg vooral tot passieve verantwoordelijkheden leidt door de sterke procedurele gerichtheid van het wetsvoorstel, door in de wet details op te nemen die

kunnen worden opgevat als een uitdrukking van wantrouwen (zo zal de wet gaan bepalen dat zorgaanbieders bij het aannemen van individuele beroepsbeoefenaren referenties moeten inwinnen³⁰), door vooral de mogelijke aansprakelijkheid van zorgaanbieders te benadrukken, maar ook door de te sterke focus van de wetgever op de relatie tussen het ziekenhuis en de individuele medisch specialist. Ook andere recente wetgevingsontwikkelingen en -discussies ademen wantrouwen jegens de zorgsector. Ik wijs op de wettelijke uitbreiding van gevallen waarin openbaar wordt gemaakt aan welke zorgverlener een tuchtmaatregel is opgelegd³¹ en op discussie in de Tweede Kamer over een wettelijke plicht voor zorgverleners om disfunctioneren te melden.³² Ook de informatie die nu bekend is over de in voorbereiding zijnde Beginselenwet zorg³³ roept in dit verband de nodige vragen op.

De patiënt die in de zorg onbedoelde schade oploopt

In de curatieve gezondheidszorg staat de individuele patiënt centraal. Medische onderzoeken en behandelingen zijn erop gericht diens gezondheidstoestand te stabiliseren of te verbeteren. Die onderzoeken en behandelingen kunnen gepaard gaan met schade. Een deel van die schade is onvermijdelijk, een ander deel is vermijdbaar. Onderzoek van het NIVEL en het VUmc geeft inzicht in de omvang van de onbedoelde, vermijdbare schade in de ziekenhuiszorg. Jaarlijks krijgen ruim 37.000 ziekenhuispatiënten te maken met potentieel vermijdbare schade en overlijden mede daardoor naar schatting ruim 1.900 patiënten.³⁴ Het beleid is erop gericht het aantal gevallen van potentieel vermijdbare schade sterk te doen dalen, maar dat blijkt in de praktijk nog niet zo eenvoudig te zijn.³⁵ De begrippen en definities die de onderzoekers hanteren, vinden hun achtergrond in het kwaliteitsbeleid in de gezondheidszorg en hebben geen directe juridische betekenis. Bij het beoordelen van deze onderzoeksgegevens op hun juridische merites is derhalve voorzichtigheid geboden. Daarvan was geen sprake toen een woordvoerder van het Medisch Expertisecentrum van het Openbaar Ministerie in 2009 in een uitzending van NOVA concludeerde dat ziekenhuizen kennelijk dus elk jaar vele honderden gevallen van niet-natuurlijk overlijden ten onrechte niet melden.³⁶ Die mening geeft geen blijk van inzicht in de wijze waarop de onderzoekers het begrip 'potentieel vermijdbare schade' hanteren. Dezelfde voorzichtigheid is nodig bij het koppelen van de genoemde onderzoeksgegevens aan de rechtspraak met betrekking tot medische aansprakelijkheid. In februari van dit jaar antwoordde de minister van VWS op Kamervragen dat Medirisk en Centramed, de twee grootste verzekeraars van medische aansprakelijkheid in Nederland, elk jaar

ongeveer 2000-2200 schadeclaims voorgelegd krijgen.³⁷ Dit aantal omvat niet de schadeclaims die ziekenhuizen, onder de vlag van een met de verzekeraar overeengekomen eigen risico, zelf afhandelen. Dat aantal is niet bekend, maar als we het schatten op enkele honderden gevallen, ligt het aantal schadeclaims dat jaarlijks in de gezondheidszorg wordt ingediend tussen de 2500 en de 3000. Uit het antwoord op de genoemde Kamervragen blijkt voorts dat ongeveer veertig procent van de ingediende schadeclaims wordt gehonoreerd. In zo'n 1000 tot 1200 gevallen per jaar volgt dus een schade-uitkering. Wat betekenen deze uitkeringscijfers in de context van de onderzoeksresultaten van NIVEL en VUmc? Het is niet juist om te stellen dat alle 37.000 ziekenhuispatiënten die jaarlijks te maken krijgen met potentieel vermijdbare schade volgens de geldende regels voor civielrechtelijke aansprakelijkheid recht zouden hebben op schadevergoeding. Er is zelfs bij benadering niet te zeggen voor welk deel van deze patiënten dat wel geldt. Maar ik durf wel de stelling aan dat het aantal gevallen waarin patiënten naar geldend recht aanspraak kunnen maken op schadevergoeding een veelvoud moet zijn van de 1000 tot 1200 gevallen waarin nu jaarlijks tot een schade-uitkering wordt overgegaan.³⁸ Het heeft er dus alle schijn van dat het huidige systeem ertoe leidt dat een onbekend, maar naar mag worden aangenomen substantieel aantal patiënten niet krijgt waar hij recht op heeft. Dit betekent dat het primaire doel van het civiele aansprakelijkheidsrecht, herstel of compensatie van geleden schade, binnen de gezondheidszorg maar in beperkte mate wordt gerealiseerd.³⁹

Zorgaanbieders hebben in gevallen waarin er sprake is van onbedoelde schade een bijzondere zorgplicht. In eerste instantie gaat het daarbij niet om de schuld- of verwijtbaarheidsvraag maar om communicatie, informatie, begrip en ondersteuning. Is bekend hoe de onbedoelde schade kon ontstaan? Zo nee, binnen welke termijn kan dat uitgezocht worden? Is het nodig een herstelbehandeling uit te voeren? Wat wordt er gedaan om herhaling van onbedoelde schade te voorkomen? Et cetera, et cetera. Gaandeweg kan blijken dat de onbedoelde schade het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming. In dat geval mag de patiënt verwachten dat zijn zorgaanbieder de regie neemt in een traject waarin openheid wordt betracht over de oorzaak van de onbedoelde schade, en waarin zorgvuldig maar ook voortvarend wordt nagegaan of de patiënt in aanmerking komt voor een schade-uitkering. Het gaat hier om een rechtsplicht die kan worden gebaseerd op het recht van de patiënt op goede zorg alsmede op de zorgvuldigheid die een zorgaanbieder behoort te betrachten bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. Voorstelbaar is dat patiënten in bepaalde fasen van dit traject niet alleen behoefte hebben aan informatie en ondersteuning vanwege de zorgaanbieder, maar ook aan externe steun of deskundigheid. Op die behoefte moet adequaat worden ingespeeld.

De rechtsplicht die in deze gevallen op de zorgaanbieder rust, wordt in toenemende mate erkend. In een publicatie uit 2009 werkt Smeehuijzen deze rechtsplicht uit in relatie tot de bejegeningplicht van de individuele arts.⁴⁰ De in juni 2010 tot stand gekomen Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (inmiddels beter bekend onder de afkorting GOMA) hanteert nadrukkelijk het uitgangspunt dat de zorgaanbieder niet alleen verantwoordelijkheid draagt in de fase waarin onbedoelde schade optreedt, maar op zijn minst een medeverantwoordelijkheid behoudt in de fase waarin onbedoelde schade tot een schadeclaim leidt en de afwikkeling van die claim aan de orde is.⁴¹ In haar tweede rapport over de disfunctionerende neuroloog in het Medisch Spectrum Twente pleit ook de commissie-Lemstra ervoor de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder met betrekking tot de claimafhandeling te versterken.⁴² Het is belangrijk deze rechtsplicht van zorgaanbieders nader te onderzoeken en te omschrijven. Als een voorbeeld van een proactieve invulling daarvan kan de voorlichtingsbijeenkomst worden gezien die de Isala Kliniek in Zwolle organiseerde voor potentiële slachtoffers van een metalen heupprothese, nadat Brits onderzoek ernstige nadelen van de toegepaste prothese aan het licht had gebracht.⁴³ Een voorbeeld van een andere mogelijke uitwerking is het fonds dat het Waterland Ziekenhuis in Purmerend onlangs oprichtte om gedupeerden van een tekortschietende orthopedisch chirurg financieel in staat te stellen de haalbaarheid van hun claim door een deskundige te laten beoordelen.⁴⁴ Dit is een van de opties om de situatie te doorbreken waarin een patiënt die meent recht te hebben op een schadevergoeding na een medische fout voor de beoordeling daarvan vooral afhankelijk is van de verzekeraar van de aansprakelijk gestelde partij. De mogelijkheid van onafhankelijk, inhoudelijk advies in een vroege fase van het claimproces versterkt de positie van de patiënt met een gerechtvaardigde claim, maar kan ook voorkomen dat schadeclaims waarvoor geen goede grond bestaat onnodig lang, en tot frustratie van alle betrokkenen, voortwoekeren. Het al genoemde wetsvoorstel cliëntenrechten zorg voorziet in een geschillencommissie die binnen een redelijke termijn een bindende beslissing kan nemen over schadeclaims tot € 25.000.⁴⁵ Dit onderdeel van het wetsvoorstel moet als een verbetering ten opzichte van de huidige situatie worden aangemerkt. Daarnaast zou moeten worden voorzien in de mogelijkheid tot onafhankelijke inhoudelijke advisering over schadeclaims boven de € 25.000. Het zou de brancheorganisaties in de zorgsector en de wetenschappelijke verenigingen sieren als zij in samenspraak met de aansprakelijkheidsverzekeraars een instantie in het leven roepen die een dergelijke rol kan vervullen.

Aandacht verdient ook de positie van patiënten wier onbedoelde schade niet het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming. Ook een niet-verwijtbare

medische complicatie kan tot zeer aanzienlijke gezondheidsschade en financiële schade leiden. In een aantal Europese landen is het traditionele systeem van schuldaansprakelijkheid aangevuld met een fonds waaruit onder bepaalde omstandigheden uitkeringen kunnen worden gedaan aan patiënten die zijn geconfronteerd met ernstige, onbedoelde, maar in juridische zin niet toerekenbare schade.⁴⁶ Ik meen dat ook in Nederland een dergelijke regeling serieus dient te worden overwogen. Als het zorgsysteem onvermijdelijk ook onbedoelde, niet-verwijtbare schade genereert, valt goed te verdedigen dat bij ernstige vormen daarvan een zekere mate van compensatie mogelijk is. Er is nu sprake van een te sterke fixatie op het klassieke model van de schuldaansprakelijkheid.

Beschouwing

De drie thema's die ik in het voorafgaande besproken heb, geven elk op zich aanleiding tot het plaatsen van kritische kanttekeningen bij de op deze thema's betrekking hebbende wetgevingsontwikkelingen. In het geval van het beroepsgeheim wordt onvoldoende rekening gehouden met de daaraan ten grondslag liggende individuele en algemene belangen. Met betrekking tot de verantwoordelijkheidsverdeling inzake de kwaliteit van zorg koersen we af op wetgeving die wel eens contraproductief kan uitpakken. Op het terrein van de onbedoelde schade is er zowel op systeemniveau als in de rechtspraak sprake van een aanzienlijk rechtstekort dat door de nu in voorbereiding zijnde nieuwe patiëntenwetgeving niet wordt weggenomen.⁴⁷ Ten aanzien van de wetgevingsontwikkelingen wil ik mede op basis van het voorafgaande enkele algemene observaties met u delen.

Het belang van normatieve onderbouwing. Bij het aanpassen van de wetgeving over een onderwerp als het beroepsgeheim is het van belang dat de hieraan ten grondslag liggende individuele en algemene belangen expliciet worden benoemd en gewogen. In de parlementaire stukken en debatten betreffende recente wetgeving die gevolgen heeft voor het beroepsgeheim is dit vaker niet dan wel gebeurd. Die wetgeving lijkt vooral een instrument te zijn om politieke beleidsdoelen te realiseren en komt daardoor steeds lossers te staan van de normatieve uitgangspunten en opvattingen die binnen het gezondheidsrecht als wetenschapsgebied relevant worden bevonden. Recente regelingen op dit terrein hebben in toenemende mate een instrumentaliserende werking⁴⁸, zeker in de gevallen waarin deze regelingen voortkomen uit incidentenpolitiek. Dat kan ertoe leiden dat de relatie tussen middel en doel uit het oog wordt verloren. De nota Vertrouwen in wetgeving die het ministerie van Justitie in 2008 naar de

Tweede Kamer zond, benadrukt niet voor niets dat de wet, naast beleidsinstrument, drager is van het recht en van morele waarden door de rechten van de burger te waarborgen en bescherming te bieden.⁴⁹ Die rol kan de wet alleen vervullen als keuzes, overwegingen en rechtsvragen worden geëxpliciteerd en worden geplaatst in het licht van de relevante kernwaarden en rechtsbeginselen. Het is belangrijk dat voldoende gewicht wordt toegekend aan wat in het rapport van de WRR over de informatieoverheid ‘verankerende beginselen’ worden genoemd. Deze beginselen zijn gericht op de individuele vrijheid en moeten een tegenwicht vormen voor ‘stuwende beginselen’ als veiligheid en efficiency. In de huidige tijd worden verankerende beginselen dikwijls overschaduwed door stuwende beginselen.⁵⁰

De doelmatigheid van wetgeving (swijzigingen). Aan de keuze om het instrument wetgeving in te zetten of aan te passen behoren beargumenteerde analyses vooraf te gaan. Voor aannames, het negeren van bestaand onderzoek of politieke retoriek behoort geen plaats te zijn. Geëxpliciteerd moet worden welke problemen om een oplossing vragen en of die problemen zodanig zijn dat van een juridische interventie heil te verwachten is. Door ‘mismatches’ tussen het op te lossen maatschappelijke probleem en de inzet van wetgeving komen zowel de legitimiteit als de effectiviteit van juridische interventies ter discussie te staan. Op het punt van de wettelijke verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en het zorgveld met betrekking tot de kwaliteit van zorg is het probleem naar mijn mening niet zozeer dat de huidige wetgeving tekortschiet, maar veeleer dat niet alleen het zorgveld maar ook de Inspectie voor de Gezondheidszorg de mogelijkheden van die wetgeving de afgelopen jaren onvoldoende hebben benut. Daarbij komt dat het een illusie is om te denken dat aanscherping van de wetgeving de verantwoordelijkheidsverdeling helderder of effectiever maakt. We belanden van de regen in de drup als nieuwe wetgeving wordt gerealiseerd die, zoals nu het geval lijkt te zijn, zowel passieve verantwoordelijkheden als een aansprakelijkheidscultuur stimuleert.

Te veel nadruk op procedures en extern toezicht. Er lijkt binnen de gezondheidswetgeving een verschuiving gaande te zijn van inhoud naar procedure. Naast proceduralisering is bovendien een stapeling van toezicht zichtbaar.⁵¹ Ook al staat vast dat het veld van de gezondheidszorg de afgelopen jaren onvoldoende invulling heeft gegeven aan de hem in de kwaliteitswetgeving toebedeelde verantwoordelijkheden, het in reactie daarop procedureel dichtmet-selen van bepaalde onderwerpen een oplossing is die de kern van het probleem miskent. Er zijn veel subtielere arrangementen en mechanismen nodig, die in belangrijke mate buiten het wetgevingsdomein liggen en die in de kern meer te maken hebben met cultuur en attitude dan met wetgeving of andere juridische interventies. Het inzetten van wetgeving om misstanden te voorkomen is pri-

ma, maar wetgeving om motivatie, inzet en betrokkenheid af te dwingen is gedoemd te mislukken en zal resulteren in risicomijdend gedrag. Belangrijk is dat de intrinsieke motivatie van beroepsbeoefenaren en zorginstellingen om goede zorg te leveren, gestimuleerd blijft worden.⁵² Het kapitaliseren op betrokkenheid en deskundigheid is beter dan het in stand houden van een cultuur van wantrouwen en controle, zoals Sjef Gevers dat vorig jaar in zijn afscheidsrede zo fraai formuleerde.⁵³

Wetgeving als garantie van resultaat. Wat betreft de doelen die met wetgeving worden nagestreefd is in de gezondheidszorg de trend waarneembaar dat wetgeving niet langer als hoofddoel heeft om rechtsbescherming te bieden aan specifieke groepen mensen in kwetsbare omstandigheden. Wetgeving lijkt steeds vaker te zijn gericht op het toekennen van rechten die voor een bredere groep burgers een door de overheid geboden garantie lijken in te houden.⁵⁴ In die benadering passen ook de verschuiving van privaatrecht naar publiekrecht, de omzetting van de plichten van zorgverleners in individueel afdwingbare rechten, en de introductie van allerlei ongerichte wettelijke zorg- en meldplichten. Dergelijke wetgeving wekt onrealistische verwachtingen over de rol van de overheid en de maatschappelijke relevantie van wetgeving. Dit kan uiteindelijk leiden tot teleurstelling en cynisme.⁵⁵ Wat nodig is, is een veel meer relativerende visie op de plaats en de betekenis van wetgeving in de gezondheidszorg.

Aandacht voor de positie van de burger als patiënt. Het gezondheidsrecht richt zich niet uitsluitend op de positie van de patiënt, maar het patiëntenperspectief neemt binnen dit vakgebied wel een centrale plaats in. Door de liberalisering van de zorgmarkt is de patiënt in de optiek van de overheid ook een zorgconsument geworden. Dat brengt nieuwe invalshoeken en aanspraken met zich mee, bijvoorbeeld op het vlak van de keuze-informatie.⁵⁶ Te begrijpen valt dat de wetgeving op die punten wordt aangevuld of aangepast. Voorkomen moet worden dat het normatieve mensbeeld van de mondige, welbewust kiezende zorgconsument zo dominant wordt dat de problemen die de burger in zijn rol als patiënt ervaart, en zal blijven ervaren, te weinig aandacht krijgen. In een tijd waarin de positie van de zorggebruiker steeds meer wordt geëconomiseerd is dat een reëel risico. De beschermende functie van het recht vereist dat we oog hebben voor discrepanties tussen het mensbeeld dat aan de wetgeving ten grondslag wordt gelegd en de dagelijkse realiteit van de zorg. Lang niet iedere patiënt kan of wil zich manifesteren als een mondige, welbewust kiezende consument. Voor zover patiënten dat niet kunnen, door onvermogen om te participeren in de digitale wereld, laaggeletterdheid of andere beperkte gezondheidsvaardigheden⁵⁷, zullen de wetgeving en het flankerende beleid moeten voorzien in ondersteuningsmechanismen.⁵⁸ Evenzeer zal ernaar ge-

streefd moeten worden dat onbedoelde schade, tenminste in de gevallen waarin deze verband houdt met een toerekenbare tekortkoming van de zorgaanbieder, wordt gecompenseerd en dat barrières op dit punt worden weggenomen of verminderd.

Belangrijke waarden en normen in het gezondheidsrecht komen onder druk te staan als in het wetgevingsbeleid instrumentele overwegingen de boventoon gaan voeren, als procedures een waardegepaste benadering vervangen, als de mogelijkheden van juridische interventies worden overschat, als de neveneffecten van die interventies worden onderschat of weggewuifd en als onvoldoende aandacht wordt gegeven aan de onderbouwing, de proportionaliteit en de doelmatigheid van beleidsmaatregelen of wetgevingsaanpassingen. De risico's die daaruit kunnen voortvloeien, bedreigen niet alleen de positie van de patiënt, maar ook die van beroepsbeoefenaren, zorginstellingen en andere betrokkenen. Het gezondheidsrecht is een complex, veelomvattend en bijzonder boeiend rechtsgebied. De maatschappelijke betekenis ervan wordt vooral bepaald door de mate waarin het gezondheidsrecht bijdraagt aan rechtvaardige verhoudingen in de gezondheidszorg. De positie van de patiënt staat daarbij centraal. De aard van de binnen het gezondheidsrecht aan de orde zijnde thema's en vraagstukken vergt een permanent inhoudelijk debat en een voortdurend wikken en wegen van rechtsbeginselen, rechtsnormen en -belangen, rekening houdend met maatschappelijke ontwikkelingen en grenzen en met de resultaten van empirisch onderzoek. Het is belangrijk om steeds te 'redeneren vanuit de kern'.⁵⁹ Alleen dan kan er sprake zijn van een systematische reflectie op de vragen en problemen die op het grensvlak van gezondheidszorg en recht aan de orde zijn. Ik zie ernaar uit om vanuit die gedachte invulling te geven aan mijn hoogleraarschap aan deze universiteit, zowel waar het gaat om onderzoek, onderwijs als om de juridische advisering binnen en buiten het AMC.

Dankwoord

Aan het einde gekomen van deze oratie wil ik een aantal mensen bedanken. In de eerste plaats het College van Bestuur van de Universiteit van Amsterdam, de Raad van Bestuur van het AMC en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, voor het in mij gestelde vertrouwen. Ik dank ook Louise Gunning voor de rol die zij heeft gespeeld bij mijn transfer naar de UvA.

Mijn benoeming aan deze universiteit leidde niet alleen tot de beëindiging van een langjarig en plezierig dienstverband met de KNMG, maar ook kwam een einde aan mijn aanstelling als bijzonder hoogleraar aan de VU en het VUmc. Met mijn collega's aan de VU, onder wie Arno Akkermans, blijf ik

uiteraard samenwerken, onder meer in het kader van een door het Fonds Slachtofferhulp gefinancierd onderzoek naar de wensen en behoeften van patiënten die met onbedoelde schade worden geconfronteerd. Het valt mij op dat zowel binnen de Universiteit van Amsterdam als binnen het AMC steeds vaker gesproken wordt over samenwerking met de VU. Dat is een goede ontwikkeling.

Mijn komst naar de Universiteit van Amsterdam en het AMC viel samen met het voornemen van de Raad van Bestuur van het AMC om een relatie te leggen tussen de leerstoel Gezondheidsrecht en de juridische afdeling van het ziekenhuis. Het gevolg is dat ik verbonden ben aan drie afdelingen: de afdeling sociale geneeskunde (de basis van mijn leerstoel binnen de medische faculteit), de afdeling Legal Services van het ziekenhuis AMC en de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Aanvankelijk leidde dat bij mij tot een licht gevoel van onthechting, maar naarmate de tijd voortschrijdt wordt steeds duidelijker hoe aanvullend en wederzijds versterkend deze verschillende werksferen zijn. Er is nu reeds volop synergie.

Daar komt nog bij dat ik op alle plaatsen plezierige collega's tref die zich hebben ingespannen om mijn start binnen de UvA te vergemakkelijken. Ik noem, zonder volledig te kunnen zijn, Karien Stronks, Corrette Ploem en Jim Terwiel van de afdeling sociale geneeskunde, Desiree Looten van de AMC-afdeling Legal Services en Adrienne de Moor en Jos Dute van de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht. Ook de ondersteuning die ik krijg van de secretariaten van deze drie afdelingen mag niet onvermeld blijven. Ik zie uit naar de verdere samenwerking binnen het AMC en de juridische faculteit, met de al genoemde collega's, maar ook met anderen.

Ik ben onder de indruk van de interesse voor en betrokkenheid van de studenten bij het gezondheidsrecht. Het is een voorrecht en een genoegen om hun onderwijs te mogen geven, zowel in de geneeskundeopleiding als in het kader van het traject gezondheidsrecht van de master Publiekrecht (kortweg vaak de master gezondheidsrecht genoemd). Met betrekking tot het laatste is het voor mij een nieuwe en bijzondere ervaring om mee te maken hoe een gemotiveerde studentengroep zich vol overgave stort op een volledig masterjaar gezondheidsrecht. Hulde in dat verband aan Sjef Gevers en Jos Dute die de afgelopen jaren met beperkte middelen een indrukwekkend masterjaar hebben opgezet.

Hooggeleerde Gevers, beste Sjef, het is geen eenvoudige klus om iemand met jouw staat van dienst op te volgen, maar het is een eer om dat te mogen doen. Dat deze leerstoel in eerste instantie werd bezet door Henk Leenen, mijn promotor, draagt daar nog aan bij.

Lieve Tonny, Myrte, Niels en Tijmen: jullie ervaren in wisselende mate de lusten en de lasten van mijn hoogleraarschap. Zonder jullie steun, interesse, begrip en nuchterheid zou ik het een stuk lastiger hebben. Veel dank daarvoor.

Ik heb gezegd.

Noten

1. Rechtbank Breda 2 februari 2011, LJN:BP2954, GJ 2011/48.
2. Hoge Raad 23 november 2001, *TvGR* 2002/20 en 2002/21, m.nt. S. Slabbers.
3. Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 27 april 2011, LJN:BQ2643.
4. Dit is in elk geval zo als kan worden uitgegaan van de veronderstelde toestemming van de dochter. Bovendien zijn ouders op grond van artikel 2 lid 6 van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector bevoegd een klacht in te dienen over de zorgverlening aan een patiënt die inmiddels is overleden. Aan deze bevoegdheid kan een recht op inzage in de relevante gegevens worden ontleend. Omstreden is of de ouders in een casus als geschetst op basis van 'zwaarwegende belangen' om inzage kunnen vragen. Zie ook de toelichting bij art. 23 van het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Tweede Kamer, 2009-2010, 32 402, nr. 3, p. 125-126).
5. Tweede Kamer, 2010-2011, 30 371, nr. 21.
6. Nederlandse Zorgautoriteit, beslissing op bezwaar d.d 8 april 2011, kenmerk rdok/802/bbb/11/286.
7. J. Legemaate, Beroepsgeheim en verschoningsrecht in de gezondheidszorg. *NJB* 2009; 84: 2619-2626 en Hoge Raad 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263 m.nt. J. Legemaate.
8. Hoge Raad 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630 m.nt. J. Legemaate.
9. Zie P. Mevis, *Gezondheidszorg en strafrecht*. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 164-168.
10. Zie de artikelen 87 en 88 van de Zorgverzekeringswet en de Regeling van 30 juni 2010, *Stcrt* 2010, nr. 10581.
11. Zie artikel 66 van de Wet marktordening gezondheidszorg en de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 februari 2010, LJN:BL3730, GJ 2010/50 m.nt. T. Schalken.
12. Op grond van artikel 63 lid 4 Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen had de Inspectie al sinds 1994 het recht om dossiers van patiënten met een stoornis van de geestvermogens in te zien. De wetswijziging van 2010 breidde deze bevoegdheid uit naar de gehele gezondheidszorg. Zie artikel 87 lid 2 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en artikel 7 lid 3 Kwaliteitswet zorginstellingen.
13. Eerste Kamer, 2009-2010, 31 122, nr. J.
14. J.J. Oerlemans, M.R. Bruning, De Verwijsindex risicjongeren: hulpverleners als privacyjuristen? *Privacy & Informatie* 2010; 13: 116-123.
15. Zie de brief d.d. 22 december 2009 van de KNMG aan de Eerste Kamer (<http://knmg.artsennet.nl/Nieuws/Nieuwsarchief/Nieuwsbericht-1/Brief-KNMG-aan-Eerste-Kamer-over-Verwijsindex-Risicjongeren>), waarin wordt vermeld dat JGZ-artsen door hun GGD onder druk worden gezet om meer meldingen te realiseren.
16. Zie de brief d.d. 15 november 2010 van de KNMG aan de Tweede Kamer (<http://knmg.artsennet.nl/Nieuws/Nieuwsarchief/Nieuwsbericht-1/KNMG-tegen-meldplicht-kindermishandeling.htm>).
17. Eerste Kamer, 2010-2011, 32 015, nr. A.

18. Zie onder meer H.D.C. Roscam Abbing, Ontwikkelingen in de rechtshandhaving gezondheidszorg de maat genomen. In: A.A. Franken, M. de Langen, M. Moerings (red.), *Constante waarden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 373.
19. Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV), *Over de fysieke veiligheid van het jonge kind*. Den Haag: OvV, 2011.
20. Inspectie Jeugdzorg. *Jaarbericht 2010*. Utrecht: Inspectie Jeugdzorg, 2011.
21. Zie daarover onder meer Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), *IGZ-handhavingskader – Richtlijn voor transparante handhaving*. Den Haag: IGZ, 2008, p. 9-11.
22. Nationale Ombudsman 24 juni 2010, *GJ* 2010/112.
23. M.M. Zare, K.M.F. Itani, T.L. Schiffner, W.G. Henderson, S.F. Khuri. Mortality after nonemergent major surgery performed on Friday versus Monday through Wednesday. *Annals of Surgery* 2007; 246: 866-874.
24. H. Maassen, Volumenorm spaart levens. *Medisch Contact* 2011; 66: 280-283.
25. E.N. de Vries, H.A. Prins, R.M. Crolla e.a., Effect of a comprehensive surgical safety system on patient outcomes. *New England Journal of Medicine* 2011; 363: 1928-1937. Zie ook H. Maassen, Checklist redt levens. *Medisch Contact* 2011; 66: 1112-1115. De onderzoekers van de SURPASS-checklist zien hierin ook een goed middel om het aansprakelijkheidsrisico van een ziekenhuis te verkleinen, zie E.N. de Vries, M. P. Eikens-Jansen, A.M. Hamersma e.a., Prevention of surgical malpractice claims by use of a surgical safety checklist. *Annals of Surgery* 2011; 253: 624-628.
26. Tweede Kamer, 2010-2011, 31 765, nr. 46, p. 19.
27. Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), *Meerjarenplan 2008-2011 – Voor een gerechtvaardigd vertrouwen in verantwoorde zorg*. Den Haag: IGZ, 2007, p. 11 en p. 29.
28. Tweede Kamer, 2009-2010, 32 402, nr. 2.
29. Zie M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie*. Zwolle: Tjeenk Willink, 1990, p. 33 e.v. en R. Jeurissen, B. Musschenga (red.), *Integriteit in bedrijf, organisatie en openbaar bestuur*. Assen: Koninklijke Van Gorcum, 2002, p. 102-103. Bij passieve verantwoordelijkheid ligt de nadruk op aansprakelijkheid, het ter verantwoording geroepen kunnen worden door een forum. Nadat een gebeurtenis heeft plaatsgevonden kan de verantwoordelijke gevraagd worden wat hij deed en waarom. Bij actieve verantwoordelijkheid zijn de normen geïnternaliseerd. De actor voelt zich verantwoordelijk, ook al zal hij nooit ter verantwoording worden geroepen. Bij passieve verantwoordelijkheid ligt de nadruk op controle achteraf; actieve verantwoordelijkheid richt zich op het voorkomen van ongewenst gedrag.
30. Zie art. 2 lid 3 van het in noot 28 genoemde wetsvoorstel.
31. Eerste Kamer, 2010-2011, 32 261, nr. A. Zie hierover J. Legemaate, Het recht op non-informatie. *NJB* 2011; 86: 873-874.
32. Zie de brief van de minister van VWS d.d. 19 april 2011 (Tweede Kamer, 2010-2011, 32 500 XVI). Het VVD-Kamerlid Ladders bepleitte in maart 2011 een meldplicht voor betrokken zorgverleners bij ernstige incidenten. Een dergelijke algemene en ongespecificeerde meldplicht moet worden afgewezen. De minister geeft in haar brief aan dat zij overweegt in de wet te regelen dat een instelling bij de Inspectie melding moet doen van situaties waarin de samenwerking met een beroepsbeoefenaar wordt verbroken wegens disfunctioneren. Voor een dergelijke, meer toege-

- spitste meldplicht heb ik eerder zelf ook gepleit (J. Legemaate, *Verantwoording nemen voor kwaliteit*. Amsterdam: Vrije Universiteit, 2009, p. 13 en p. 20-21).
33. Tweede Kamer, 2010-2011, 32 604, nrs. 1 en 2.
 34. M. Langelaan, R.J. Baines, M.A. Broekens e.a., *Monitor zorggerelateerde schade 2008*. Utrecht: NIVEL, 2010.
 35. Het in de vorige noot genoemde rapport laat een lichte stijging zien van de zorggerelateerde schade in vergelijking met de eerste meting uit 2004. Zie ook C.P. Landrigan, G.J. Parry, C.B. Bones, A.D. Hackbarth, D.A. Goldmann, P.J. Sharek, Temporal trends in rates of patient harm resulting from medical care. *New England Journal of Medicine* 2010; 363: 2124-2134.
 36. Uitzending van het tv-programma *NOVA* op 6 juni 2009.
 37. Tweede Kamer, 2010-2011, aanhangsel van de handelingen, nr. 1371.
 38. Dat kan indirect ook worden afgeleid uit de in noot 25 genoemde publicatie van De Vries, Eikens-Jansen, Hamersma e.a.
 39. D. Scheele, *Doelmatigheid in de rechtshuishouding*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 385-389.
 40. J.L. Smeehuijzen, De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar. *TvGR* 2009; 33: 160-174.
 41. De GOMA is te vinden op de website van de Letselschaderaad: http://www.delet-selschaderaad.nl/library/repository/GOMA_juniz2010.pdf. Zie over de GOMA onder meer Chr. H. van Dijk, A.E. Krispijn, GOMA: op weg naar een betere afwikkeling van medische aansprakelijkheidszaken? *TvGR* 2011; 35: 92-102.
 42. Tweede externe onderzoekscommissie MST. *Heel de patiënt*. Enschede: MST, 2010, p. 57-58 en p. 64-65.
 43. G. Janus, F. Bierens, K. Verheyen. Heavy metal – Onrust na wetenschappelijk onderzoek naar heupprotheses. *Medisch Contact* 2011; 66: 1057-1059.
 44. Zie voor het reglement van dit steunfonds: [http://www.waterlandziekenhuis.nl/documenten/EB5BA2BB4769BBACC125784D0o5A88AC/\\$file/REGLEMENT%20STEUNFONDS%20V2.pdf](http://www.waterlandziekenhuis.nl/documenten/EB5BA2BB4769BBACC125784D0o5A88AC/$file/REGLEMENT%20STEUNFONDS%20V2.pdf).
 45. Art. 29 van het in noot 28 genoemde wetsvoorstel. In eerste instantie zal de geschillencommissie claims tot € 10.000 kunnen behandelen. Op een later moment zal deze grens worden opgetrokken naar € 25.000 (zie art. 90 van het wetsvoorstel).
 46. Zie J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, *Onderzoek no-fault compensatiesysteem*. Den Haag: ZonMw, 2002, p. 161-166. In België heeft men het Franse systeem overgenomen. Zie E. de Kezel, Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporenbeleid. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2009; 12: 139-150.
 47. Zie ook R.P. Wijne, De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht? *VR* 2011, 46.
 48. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, De instrumentele rechter. *NJB* 2011; 86: 1056-1057.
 49. Tweede Kamer, 2008-2009, 31 731, nr. 1, p. 2 (Nota 'Vertrouwen in wetgeving').
 50. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *iOverheid*. Den Haag: WRR, 2011, p. 73-87.
 51. Zie daarover onder meer F. van Waarden, Werken in een wantrouwende wereld. *Beleid & Maatschappij* 2006; 33: 232-251.
 52. J. Legemaate, 'Low trust' in de gezondheidszorg. *TvGR* 2009; 33: 351-359.

53. J.K.M. Gevers, *Medische professionaliteit en recht*. Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2010, p. 15.
54. B. Niemeijer, N. Huls, Zorg en recht, een ongelukkig begrippenpaar. *Recht der Werkelijkheid* 2010; 31 (nr. 3): 91-100.
55. E. Tjong Tjin Tai. Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug. *Recht der Werkelijkheid* 2010; 31 (nr. 3): 20.
56. Zie J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever*. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2008, p. 24-27 en A.C. Hendriks, Van patiënten- naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken? *TvGR* 2008; 34: 609-611.
57. Zie bijv. T.B. Twickler, E. Hoogstraten, A.Q. Reuwer e.a., Laaggeletterdheid en beperkte gezondheidsvaardigheden vragen om een antwoord in de zorg. *NTvG* 2009, A250.
58. J. Legemaate, De informatierechten van de patiënt: te weinig en te veel. *TvGR* 2011; 35: 478-486.
59. Aldus Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad Timmerman in een interview met het tijdschrift *Mr.* (*Mr.* 2011, nr. 2, p. 29).