

# Herpositionering van ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist in hun civielrechtelijke verhouding<sup>1</sup>

Prof. mr. J.H. Hubben en prof. mr. J.G. Sijmons<sup>2</sup>

## 1 INLEIDING

In de Nederlandse ziekenhuizen zijn vrijgevestigd specialisten werkzaam op basis van de zogenaamde Toelatingsovereenkomst medisch specialist-ziekenhuis.<sup>3</sup> De strekking van deze overeenkomst is dat de medisch specialist op het gebied van zijn specialisme als zelfstandig beroepsbeoefenaar, werkend voor eigen rekening en risico, wordt 'toegelaten' zijn praktijk te vestigen binnen de muren van het ziekenhuis. Deze praktijk wordt in de regel gevoerd in een samenwerkingsverband met andere medisch specialisten van hetzelfde specialisme, maar dat doet aan de toelating uiteraard niet af. Integendeel, in de toelatingsovereenkomst wordt het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst met andere beoefenaren van hetzelfde specialisme als voorwaarde gesteld. Aan deze positie als vrijgevestigde is voor de medisch specialisten de fiscale status van zelfstandig ondernemer verbonden, die gekoesterd en bewaakt wordt.

Wat er ook is gewisseld in een lange reeks van jaren en waarbij nogal wat wijzigingen de revue passeerden, niet dit uitgangspunt van de vrije vestiging. Wel zijn met het oog op de gewijzigde bekostiging van de cure, de invoering van de diagnosebehandelcombinaties (DBC's) in het kader van de prestatiebekostiging en de in gang gezette afschaffing van de budgettering van de ziekenhuizen, waardoor de financiering van ziekenhuis en de medisch-specialistische verrichting werden geïntegreerd, verschillende suggesties gedaan om deze relatie opnieuw vorm te geven.<sup>4</sup> De afschaffing van de lumpsumhonorering met ingang van 1 januari 2008 was een goede aanleiding om de discussie over de toelating als concept op te pakken, waartoe immers bij Verklaring

1. Bewerking van de op 13 januari 2009 gehouden inleiding bij het symposium *De nieuwe rolverdeling tussen ziekenhuis en medisch specialist*, ter gelegenheid van het beëindigen door mr. E.W.M. Meulemans van zijn werkzaamheden als advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. De tekst van dit artikel is afgesloten op 1 december 2008.

2. Joep Hubben is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. Jaap Sijmons is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht en eveneens advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V.

3. Zie Ph. Kahn, *De juridische relatie ziekenhuis/medisch specialist en kwaliteit van zorg* (diss.), Lelystad: Koninklijke Vermande 2001 en voorts het model toelatingsovereenkomst van de Orde van Medisch Specialisten en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) van juni 2006, waarvan de Belastingdienst heeft bevestigd dat dit model in overeenstemming is met het fiscaal zelfstandig ondernemerschap van de medisch specialist. Meer dan 90% van de vrijgevestigd medisch specialisten maakt gebruik van het model (NMa, *Concurrentie in de ziekenhuissector*, Visiedocument

3128/55, Den Haag: 2004, p. 8). Het eerste model NZr-LSV dateert uit 1977/1980. Het eerste model van de NVZ en de Orde van Medisch Specialisten uit 2001, doch dit volgde in beginsel dezelfde grondstructuur (zie o.a. Kahn 2001, p. 42).

4. Zie o.a. G.R.M. Scholten, H.E.G.M. Hermans & J. Holland, 'Op zoek naar een passend model. Zorgverzekeringswet noodzaakt tot nieuwe besturingsvormen ziekenhuizen', *Medisch Contact* 2006, p. 1170-1172; J. Holland, 'Het einde van de toelatingsovereenkomst', *Medisch Contact* 2006, p. 1628-1630; T.A.M. van den Ende, 'Het ondernemende ziekenhuis van vandaag en morgen', *TvGR* 2007, p. 66-78; M.E. Gelpke, 'De vrijgevestigde specialist BV', *Medisch Contact* 2007, p. 1808-1811; T.A.M. van den Ende, '(Rechts)verhoudingen ziekenhuis-medisch specialist, zorgverzekeraar nieuwe stijl', *RZA-Jubileumspecial* 2007, p. 23-30; J.G. Sijmons & T.A.M. van den Ende, 'De juridische herpositionering van de zorginstelling', in: J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende & T.J. van der Ploeg (red.), *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg*, preadvies Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer 2008.

van 17 januari 2007 de Orde van Medisch Specialisten (OMS) zich jegens de Minister van VWS had verplicht.<sup>5</sup> Op pragmatische gronden is het tot een 'stand still' gekomen tussen beide koepelorganisaties, de NVZ vereniging van ziekenhuizen en de Orde, kennelijk mede omdat men niet wilde riskeren dat het landelijk model van de toelatingsovereenkomst, dat door de Belastingdienst was afgezegd, zou worden verlaten voor structuren die extra fiscale lasten zouden opleveren.<sup>6</sup> De rol van de medisch specialist als ondernemer zou daarin immers opnieuw worden gedefinieerd. De stilstand en stagnatie betekenen niettemin toch verloren tijd, omdat aanpassing onvermijdelijk is gelet op de algemenere ontwikkelingen die dit onderdeel beheersen en van nieuwe opgaven en randvoorwaarden voorzien. Wij doelen dan met name op drie ontwikkelingen. Ten eerste de ontwikkeling van de bekostiging, die wij al even aanstipten. Ten tweede de ontwikkelingen in de verantwoordelijkheid voor kwaliteit van zorg binnen het ziekenhuis. Ten derde heeft de onvermijdelijke liberalisering van de markt de vraag urgent gemaakt naar de positie van de medisch specialist als ondernemer binnen en buiten het ziekenhuis. Langs deze lijnen van financiering, kwaliteit en markt zullen wij de verhouding van medisch specialist en ziekenhuis bespreken.

## 2 FINANCIERING

Het idee van de toelatingsovereenkomst was een vrije samenwerkingsverhouding, waarin de praktijk van de medisch specialist binnen het ziekenhuis werd opengesteld voor alle patiënten van het ziekenhuis en het ziekenhuis faciliteiten ter beschikking stelt. In toenemende mate is deze relatie door druk van buitenaf aangepast en gewijzigd. De medisch specialist heeft in zijn onafhankelijkheid van professioneel handelen ten opzichte van de ziekenhuisorganisatie terrein verloren. De ontwikkelingen in de zorg en het ziekenhuis als organisatie zijn daarvan reeds belangrijke oorzaken. Het ondernemerschap van de medisch specialist ligt strikt genomen op een ander vlak en moet daarvan worden onderscheiden. Een aantal hier te noemen ontwikkelingen vraagt om het herdefiniëren van de onderlinge verhouding van ziekenhuis en medisch specialist.

Het besturingsconcept voor de ziekenhuiszorg van de Commissie modernisering curatieve zorg (commissie-Biesheuvel) uit 1994 (*Gedeelde zorg, betere zorg*, Zoetermeer: Hageman 1994) ging uit van verdere integratie van de medisch specialist in de ziekenhuisorganisatie op het vlak van de zorg. Dit concept is via de band van de financiering van de zorg aan het veld opgelegd door de Integratiewet uit 1999.<sup>7</sup>

Met de invoering van de Integratiewet per 1 februari 2000<sup>8</sup> werd een stap gezet naar een integrale behandeling van de productie van medisch specialisten en ziekenhuis in het kader van de Ziekenfondswet. Er ontstond een enkelvoudige, geïntegreerde aan-

5. Gezamenlijke verklaring VWS en Orde van Medisch Specialisten over het onderbouwd normatief uurtarief van medisch specialisten. Art. 10 van de Verklaring luidt: "De model toelatingsovereenkomst zal in de geest van de veranderingen ten aanzien van risicodragendheid en prestatiebeloning in samenspraak met de NVZ vereniging van ziekenhuizen vóór 1 januari 2008 worden aangepast". Deze verplichting is niet nagekomen.

6. Zie Gelpke 2007, p. 1809-1810 (zie noot 4).

7. *Stb.* 1999, 16. Zie J.H. Hubben & E.W.M. Meulemans, 'De Integratiewet. Gewijzigde verhoudingen ziekenhuis-medisch specialist-patiënt-verzekeraar', *TvGR* 1999, p. 346-358.

8. *Stb.* 1999, 271.

spraak op ‘medisch-specialistische zorg verleend door of vanwege het ziekenhuis’. De ziekenfondsen sloten met de ziekenhuizen als ‘geïntegreerd medisch-specialistisch bedrijf’ overeenkomsten over de productie. De weg hiertoe was voor een belangrijk deel al geëffend door de tripartite-overeenkomsten tussen zorgverzekeraar, ziekenhuis en tussen de daarin werkzame medisch specialisten, waarbij de honoraria van medisch specialisten als een lumpsumvergoeding door hen werden ontvangen. Met de afschaffing van de lumpsumhonorariumvergoeding en de verwerking van het honorarium in de DBC-tarieven<sup>9</sup> is de productie van het ziekenhuis en de medisch specialisten niet alleen voor de verzekerde aanspraak, maar ook op het niveau van de tarieven geïntegreerd. De productie van de medisch specialisten is de productie van het ziekenhuis en omgekeerd. De vrijgevestigd medisch specialisten declareren – als het ziekenhuis extern de DBC’s declareert – hun eigen bandbreedtetarief intern aan het ziekenhuis.<sup>10</sup> De zorgverzekeraars zullen niet met de gezamenlijke medisch specialisten als vrije beroepsbeoefenaren kunnen contracteren om een totale tarieven- en productieafspraken per ziekenhuis te kunnen maken. Zij vormen dan een ‘organisatorisch verband voor medisch-specialistische zorg’ in de zin van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en behoeven een ‘toelating’ die krachtens artikel 5 lid 1 WTZi nodig is om te contracteren met zorgverzekeraars. Alleen de ziekenhuizen (hun exploiterende rechtspersoon) beschikken thans over deze toelating. Het primaat van de contractering ligt daarom bij de ziekenhuizen zowel voor het tarief volgens de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) als voor de formele bevoegdheid om te contracteren voor collectief verzekerde zorg volgens de WTZi.

Deze verbondenheid in productie is gemiddeld genomen bij een samenwerking van twee zelfstandige ondernemers een uitzondering. Juridisch zou dit uiteraard zijn vorm te geven in een combinatie van partijen die een gezamenlijke opdracht aanvaarden en ieder hoofdelijk over gelijke delen aansprakelijk zijn voor de uitvoering daarvan. De wetgever heeft het ons in dat opzicht niet eenvoudig gemaakt, waar hij enerzijds heeft gekozen om het primaat voor de financieringsafspraken, de productie- en de tariefafspraken met de zorgverzekeraar ondubbelzinnig bij het ziekenhuis te leggen<sup>11</sup> en anderzijds de basis voor de zorgverlening aan de individuele patiënt te baseren op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die de vrijgevestigd specialist rechtstreeks met de patiënt kan aangaan. Collectief en individueel worden aldus twee verschillende, elkaar aanvullende maar niet dekkende overeenkomsten gesloten.<sup>12</sup>

9. Over de invoering van de DBC’s zie J.J.M. Linders & G. van Hekesen-van Bruggen, ‘Juridische aspecten van DBC’s’, TvGR 2005, p. 614-633.

10. NZa beleidsregels CI-1071 (Uurtarief DBC’s), CI-1072 (DBC-bedragen A-segment), CI-1073 (DBC-bedragen B-segment) en CI-1074 (Honorarium-bedragen DBC’s).

11. Zie o.a. de ministeriële circulaire *Afwikkelingstraject afschaffen lumpsum* (CS/TSZ-2781208, d.d. 3 juli 2007).

12. Van der Most stelde recentelijk dat in het natura-model kan worden geconcludeerd dat de behandelingsovereenkomst niet door de verzekerde maar door de verzekeraar en met de zorgverlener (hier de medisch specialist) wordt gesloten (zie J.M. van der Most, *De zorg of het geld. Natura en restitutie in de zorgverzekering*, Den Haag: Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn

2007, p. 45). Wij volgen Van der Most hierin niet, omdat de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet door de verzekerde met de verzekeraar wordt afgesloten, noch door de verzekeraar met de zorgverlener, nu de geneeskundige behandelingsovereenkomst zich krachtens haar wettelijke definitie rechtstreeks richt op een bepaalde persoon (art. 7:446 lid 1 BW). Deze concreetheid ontberen de tarief- en productieafspraken van zorgverzekeraars met ziekenhuizen. Wij menen overigens dat dit al enige tijd de heersende leer is. Zie reeds J.M.M. Maeijer, ‘De juridische relatie tussen geneesheer en patiënt’ in: *De geneesheer en het recht*, Deventer: Kluwer 1968, p. 9 t/m 23, met name p. 17; *Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde*, preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht 1974 (van o.a. W.B. van der

Het scharnier tussen deze twee rechtsbetrekkingen is neergelegd in artikel 7:461 Burgerlijk Wetboek (BW). De opdrachtgever (de patiënt of een derde ten behoeve van de patiënt) is de hulpverlener (bijvoorbeeld de zelfstandig gevestigd medisch specialist) loon verschuldigd, behoudens voor zover deze voor zijn werkzaamheden loon ontvangt op grond van het bij of krachtens de wet bepaalde danwel uit de overeenkomst anders voortvloeit. De wetgever veronderstelde overigens in 1995 dat de medisch specialist zijn loon rechtstreeks ontving van de ziektekostenverzekeraar.<sup>13</sup> Dat is dus inmiddels in de regel niet meer zo. Het honorariumdeel ontvangt de medisch specialist van het ziekenhuis, dat de DBC declareert bij de zorgverzekeraar. Direct of indirect, nog steeds geldt dat de medisch specialist voor zijn werkzaamheden loon ontvangt 'op grond van het bij of krachtens de wet bepaalde'.

Dit dubbele regime van financiering en behandelingsovereenkomsten vraagt om een verduidelijking van de afspraken tussen het ziekenhuis en de medisch specialist over productie en honorering. De overeenkomst waarbij het ziekenhuis de medisch specialist opdracht geeft een bepaalde productie te realiseren, zal immers anders worden gekwalificeerd dan bijvoorbeeld een afspraak tussen ziekenhuis en medisch specialist enkel over de wijze van toedeling van het honorariumdeel uit de DBC-tarieven (waarop krachtens de beleidsregels van de Nederlandse Zorgautoriteit variatie mogelijk is) en over de krachtens de Zorgverzekeringswet gefinancierde maximumproductie. In het A-segment heeft het overschrijden van productie-afspraken andere gevolgen dan in het B-segment, zodat daarop bovendien onderscheiden afspraken denkbaar zijn. Zoveel zal duidelijk zijn, dat de passievere connotatie van de 'toelating' om geheel zelfstandig een eigen praktijk te voeren, door de productie- en honorariumafspraken achterhaald is.

Het zorgaanbod van het ziekenhuis bepaalt verder de praktijk van de medisch specialist ook in kwalitatieve zin. De medisch specialist zal zich moeten voegen naar het 'profiel' van het ziekenhuis of slechts in overeenstemming daarvan kunnen afwijken, omdat het ziekenhuis anders zonder meer de nadelen zou dragen van een productie die niet correspondeert met het profiel en/of de met de zorgverzekeraars gemaakte tarief- en productieafspraken. De betrokken DBC's zouden te duur kunnen zijn op straffe van het ontbreken van toereikende productieafspraken (met het risico van de kosten bij het ziekenhuis) of te laag en daarmee eveneens een verliespost voor het ziekenhuis vormen (de verzekeraars zullen te goedkope productie in beginsel niet

Mijn & J.F. Rang); H.J.J. Leenen, 'Relatie ziekenfondsverzekerde, medewerker, ziekenfonds', *Medisch Contact* 1982, p. 661 e.v., met name p. 662; R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie*, Deventer: Kluwer 1984, met name p. 20-22; A.H.J. Lugtenberg, J.M. van der Most & J.L.P.G. van Thiel, *Het recht van de ziekenfonds- en bijzondere ziektekostenverzekering*, Deventer: Kluwer 1988, p. 91-93; G.R.J. de Groot, 'Hulpverlener, patiënt en zorgverzekeraar', in:

J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.), *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu van Lochem 2002, p. 155-172, met name p. 163-164.  
13. *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3, p. 42 (MVT). Overigens niet geheel correct, zie B. Sluijters & M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005, p. 128.

weren). Het 'profiel' mediëert de vrije praktijkuitoefening en de inbedding in de ziekenhuisorganisatie, die als toegelaten instelling optreedt en met de zorgverzekeraars contracteert.<sup>14</sup>

Het zorgaanbod profileren is bovendien niet alleen een interne aangelegenheid van het ziekenhuis of een bilaterale zaak met de zorgverzekeraar(s). Het is een recht van de patiënt, volgens de brief van de Minister van VWS van 23 mei 2008 aan de Tweede Kamer zelfs één van de zeven nieuw geformuleerde patiëntenrechten, dat keuze-informatie beschikbaar is.<sup>15</sup> Tot deze keuze-informatie zal op de eerste plaats het profiel van het ziekenhuis behoren. Het organiseren van de informatie over het zorgaanbod is een verplichting die in het ontwerp voor een nieuwe Wet cliëntenrechten in de zorg primair bij de zorginstelling komt te berusten,<sup>16</sup> waardoor andermaal wordt onderstreept dat het profiel in DBC's en de productieafspraken op het niveau van het ziekenhuis productinformatie voor de patiënt moeten opleveren. Het zorgaanbod van het ziekenhuis krijgt dus op geaggregeerd niveau gestalte. De medisch specialist kan bijgevolg geen geheel eigenstandige praktijk voeren omdat hij op zijn minst gebonden is aan de collectief gemaakte en gecommuniceerde keuzes van de instelling.

De toelatingsovereenkomst is een eigenaardige figuur, die uit de praktijk is ontstaan.<sup>17</sup> Zij wordt vanwege de classificatieproblemen wel aangeduid als een contract *sui generis*.<sup>18</sup> De gedachte was aanvankelijk dat een wederkerige relatie ontstond met over en weer prestaties van medisch specialist en ziekenhuis. De patiënten van de medisch specialist zouden worden verpleegd in het ziekenhuis. De medisch specialist maakt gebruik van de faciliteiten als operatiekamer (OK) en polikliniek. Het personeel van het ziekenhuis ondersteunt de medisch specialist et cetera. Omdat de gecoördineerde zorgverlening voorop staat, is er geen sprake van een gemengde overeenkomst van huur en van ter beschikking stelling van personeel, noch is er door de centrale aansturing reeds sprake van een arbeidsovereenkomst (hoewel dit laatste wel eens openlijk werd betwijfeld).<sup>19</sup> Inmiddels zou men op basis van het voorgaande kunnen ver-

14. K. Lüschen-Artan stelt in 'Nieuwe rol voor de specialist', *Medisch Contact* 2008, p. 1906-1908, dat na het afschaffen van het geïntegreerd medisch-specialistisch bedrijf de organisatievorm moet worden herzien. De eerste stap is daarbij het vaststellen van het profiel van het ziekenhuis en de medische staf. Vervolgens in welke patiëntgroepen of typen zorg het ziekenhuis zou moeten investeren en welke niet. Pas daarna kan "de juiste specialist op de juiste plaats worden gezet" (p. 1906). Uiteraard hebben de medisch specialisten daarin hun 'say', maar de benadering geschiedt vanuit het geheel naar de delen en daarmee ligt het initiatief niet op het individuele niveau, dat het impliciete uitgangspunt van de oudere toelatingsovereenkomst was. Over het einde van het (uniforme) geïntegreerd medisch-specialistisch bedrijf zie voorts reeds Scholten, Hermans & Holland 2006, p. 1170-1171 (zie noot 4).

15. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1.

16. Zie J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever. Ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 24-27.

17. Zie C.M.G. Vermeulen, 'Rechtverhoudingen tus-

sen ziekenhuizen en specialisten en tussen specialisten beroepsbeoefenaren onderling; conflictoplossing', in: J.H. Hubben, (red.), *Rechtsbijstand in de gezondheidszorg*, Utrecht: De Tijdstroom 1989, m.n. p. 115. Vermeulen herinnert eraan dat het 'verouderde woord toelating' stamt uit de tijd van de buiten het ziekenhuis praktiserende arts met het recht om zijn patiënten op te nemen en te behandelen in het te zijnen dienste als facilitair bedrijf functionerende ziekenhuis, terwijl in de huidige verhoudingen de vrij gevestigd specialist deel uitmaakt van de ziekenhuisorganisatie, met als bijzonder kenmerk dat hij het financiële risico van de beroepsuitoefening zelf draagt. Vermeulen schrijft daarover "Volgens de leer kan dat niet, maar de grillige natuur is speels en sterker dan de leer".

18. Zie o.a. Kahn 2001, p. 43 en aldaar noot 19 (zie noot 3). Recentelijk ook weer aan de orde gesteld als een inherent probleem verantwoordelijk voor het sturingstekort in ziekenhuizen door E.M. van Ardenne in 'Jsselmeerziekenhuizen deel 2. De gevolgen van mislukte fusie door een schaduwzijde van het recht?', *NJB* 2008, p. 2627-2635, m.n. p. 2634.

19. Zie o.a. Kahn 2001, p. 43 (zie noot 3).

onderstellen dat een overeenkomst van opdracht een meer geëigende kwalificatie oplevert,<sup>20</sup> daar de kern van de huidige toelating – waarbij de medisch specialist een productie- en tariefafpraak met het ziekenhuis moet maken voor de in natura verzekerde zorg – de opdracht inhoudt dat de medisch specialist de patiënten die zich tot het ziekenhuis wenden op het gebied van zijn specialisme behandelt met inachtneming van de voorwaarden die de organisatie stelt en met gebruikmaking van haar faciliteiten. Tegenover deze opdracht staat dan als tegenprestatie de verplichting van het ziekenhuis tot betaling van het bandbreedtetarief. Men kan het ook anders zien. Het bijzondere ten opzichte van de overeenkomst van opdracht als geregeld in de artikelen 7:400 e.v. BW is dat de vrijgevestigd medisch specialist zelfstandig geneeskundige behandelingsovereenkomsten kan sluiten met zijn patiënten. Anders dan bij de overeenkomst (opdracht) van lastgeving, waar namens de opdrachtgever wordt gecontracteerd, valt het verrichten van rechtshandelingen op eigen naam slecht te duiden als het verrichten van ‘werkzaamheden’ voor de opdrachtgever, i.c. het ziekenhuis, zoals de wetgever dat voor het kwalificeren als overeenkomst van opdracht verlangt. Het uitgangspunt van de kwalificatie ‘samenwerking’ – hoe complex en ambigu ook (al dan niet ‘sui generis’) – kan daarom in plaats van de kwalificatie ‘opdracht’ beter gehandhaafd worden. De financiering door tussenkomst van het ziekenhuis behoeft immers dankzij artikel 7:461 BW niet bepalend te zijn voor de kwalificatie ‘opdracht’. Bij het aangaan van de behandelingsovereenkomst is immers het overeenkomen van ‘loon’ door deze bepaling geen vereiste en dus geen wezenskenmerk. Zou in opdracht van het ziekenhuis (dus als hulppersoon) door de medisch specialist de behandelingsovereenkomst met de cliënten worden gecontracteerd, dan zou men voor de toelating wel eerder aan de kwalificatie ‘opdracht’ kunnen denken.

### 3 KWALITEIT

Hoewel de met de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) ingevoerde centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis (art. 7:462 BW) en de eveneens in 1995 in werking getreden Kwaliteitswet zorginstellingen het bestuur van de instelling verantwoordelijk maakte voor de kwaliteit van de zorg, daaronder begrepen de organisatie van de zorg in de instelling, hebben recente ontwikkelingen dit primaat in de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de instelling als geheel veel meer nadruk gegeven.

Bepaald scherp komt dit naar voren in het onderzoek naar de problemen op de afdeling cardiologie van het UMC St Radboud. Daarin is het bestuur verantwoordelijk gehouden voor de organisatie en de bewaking van de kwaliteit op de werkvloer, waar voorheen toch de gedachte domineerde dat de primaire verantwoordelijkheid voor het handelen van medisch specialisten bij de beroepsgroep zelf ligt krachtens hun professionele autonomie. De Onderzoeksraad voor veiligheid (OVV) schrijft: “De raad van bestuur besteedde onvoldoende aandacht aan de kernactiviteit van de hartchirurgische keten: het verlenen van verantwoorde zorg. Centrale sturing ontbrak. De raad van bestuur veronderstelde een kwaliteitsbesef bij de medische staf en had als

20. Anders Kahn 2001, p. 43 (zie noot 3).

standpunt dat leren van incidenten een zaak was van de medische staf zelf, zonder na te gaan of dat gebeurde. Vanuit de raad van bestuur was geen zichtbare betrokkenheid bij de veiligheidszorg op de werkvloer. Dit was ook niet de intentie”.<sup>21</sup> Het toezicht-houdend orgaan van het UMC St Radboud sloot aan bij deze in het ziekenhuis heersende opvatting over verantwoordelijkheden: “Dit resulteerde in een volgend toezicht in plaats van leidend toezicht”.<sup>22</sup> De bestuurlijke activiteiten ten aanzien van risico-analyse en leren van incidenten waren niet gericht op het (laten) inventariseren van risico’s in het primaire bedrijfsproces. De centrale aanbeveling van de Onderzoeksraad aan het UMC St Radboud is om over te gaan tot een “herinrichting van de organisatie, waaronder de nieuwe verantwoordelijkheidstoedeling” en daarmee aan te geven “hoe inhoud wordt gegeven aan de wettelijke opdracht tot verantwoorde zorg”.<sup>23</sup> Hoe ziet de Onderzoeksraad die wettelijke opdracht? De ‘uitgangspunten van governance’ leidt de Onderzoeksraad af uit het ‘referentiekader voor veiligheidsmanagement’. De kern daarvan is dat de raad van bestuur van het ziekenhuis dient te zijn ingericht op het bewaken van de risico’s van de medisch-specialistische zorg en daarop de bestuurlijke organisatie moet afstemmen. De Onderzoeksraad werkt dit bepaald gedetailleerd uit en gaat ervan uit dat de raad van bestuur:

- moet zijn ingericht op het bewaken van de risico’s van de medisch-specialistische zorg;
- in een zodanige structuur voorziet dat verbetervoorstellen vanaf de werkvloer een wezenlijke bijdrage leveren aan het ‘prospectief beheersen’ van risico’s voor de patiënt;
- toeziet op de aanwezigheid van ‘prospectieve risico-inventarisatie van specialistische zorg’ en een vooraf gestelde norm hanteert voor het te bereiken niveau van veiligheid, kwaliteit en het omgaan met mortaliteitscijfers;
- toezicht houdt op de aanwezigheid van een continu verbeterproces in de lijnorganisatie;
- zorg draagt voor een voldoende klimaat van continue verbetering op de werkvloer;
- een nadere analyse van de medische prestaties stimuleert;
- systematisch toeziet dat artsen een beleid toepassen gericht op het ‘prospectief beheersen’ van risico’s voor de patiënt.<sup>24</sup>

Een ander voorbeeld is het onderzoeksrapport naar aanleiding van de brand in operatiekamer 8 van het Twenteborg Ziekenhuis waarin de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) schrijft dat tot de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur onder andere behoort het voorzien in de noodzakelijke procedures om veiligheid vast te stellen en te kunnen garanderen; de wijze waarop medewerkers, inclusief de medisch specialist, zich ervan kunnen overtuigen dat de apparatuur waar zij gebruik van maken veilig is, alsmede de interne verantwoording dat een en ander adequaat wordt uitgevoerd. Opmerking verdient dat de IGZ in dit verband verwijst naar artikel 7:446 lid 3 BW als argument op basis waarvan het ziekenhuis ook rechtstreeks aan de patiënt verplicht is om te voorzien in de materiële omstandigheden waaronder de

21. Onderzoeksraad voor veiligheid, *Een onvolledig bestuurlijk proces: hartchirurgie in UMC St Radboud. Onderzoek naar aanleiding van berichtgeving op 28 september 2005 over te hoge mortaliteit*, Den Haag: OVV 2008, m.n. p. 84.

22. OVV 2008, p. 85 (zie noot 21).

23. OVV 2008, p. 98 (zie noot 21).

24. OVV 2008, p. 84 (zie noot 21).

behandeling wordt verricht. Ook de medisch specialisten worden in dit rapport op hun verantwoordelijkheid gewezen in verband met het feit dat in het ziekenhuis sprake is geweest “van een structureel veiligheidstekort en van een onvoldoende veiligheidsbewustzijn”. De IGZ schrijft: “De medische staf had periodiek moeten vragen om en moeten bijdragen aan een systematiek waarbij op basis van informatie en niet op basis van het ontbreken ervan, inzicht wordt verkregen omtrent de veiligheid”.<sup>25</sup>

Een volgende illustratie is het IGZ-rapport over de organisatie en kwaliteit van het medisch-specialistisch functioneren in het Diaconessenhuis te Meppel.<sup>26</sup> In dit rapport wordt de raad van bestuur van het ziekenhuis ‘eindverantwoordelijk’ gehouden voor het “jarenlang gebrekkig functioneren van de maatschap chirurgie en anesthesie”.<sup>27</sup> Daarnaast treft het bestuur van de medische staf het verwijt dat het van de medische staf geen mogelijkheden toebedeeld heeft gekregen “om tegen disfunctionerende leden te kunnen optreden”.<sup>28</sup>

In het recente rapport over het peroperatief proces in de IJsselmeerziekenhuizen maakt de IGZ eveneens zowel aan de raad van bestuur als aan de medisch specialisten ernstige verwijten omtrent het tekortschietend kwaliteitssysteem. De IGZ noemt het “onbegrijpelijk en onaanvaardbaar” dat de raad van bestuur ondanks “signalen en uitgebrachte rapporten die wijzen op ernstige tekortkomingen” geen verbeteringen in gang heeft gezet voor het kunnen leveren van verantwoorde en veilige zorg.<sup>29</sup> De medisch specialisten treft daarnaast het verwijt dat zij zich “niet of in ieder geval volstrekt onvoldoende hebben gerealiseerd dat ook medisch specialisten een specifieke eigen verantwoordelijkheid dragen om zich ervan te vergewissen dat de apparatuur die zij voor de patiëntenzorg gebruiken veilig is en dat de omstandigheden waarin zij zorg verlenen geen vermijdbare risico’s voor de patiënt met zich meebrengen”.<sup>30</sup>

#### 4 VERANTWOORDELIJKHEID EN TUCHTRECHT

Een gemeenschappelijk kenmerk van deze onderzoeksrapporten is dat zowel de raad van bestuur als de medisch specialisten krachtig worden aangesproken op hun verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de organisatorische voorwaarden die moeten leiden tot een verantwoorde en dus veilige patiëntenzorg.

In het tuchtrecht zien wij eveneens een zekere accentverschuiving van individueel functioneren naar verantwoordelijkheid van de medisch specialist voor de organisatie van de zorg, maar wel in een veel gematigder vorm. Dit wordt geïllustreerd door recent onderzoek van de tuchtrechtspraak op het terrein van de chirurgie.<sup>31</sup> Het aantal op dat terrein gegrond verklaarde klachten met een uitgesproken organisatorische

25. IGZ, *Onderzoek naar aanleiding van de brand in operatiekamer 8 van het Twenteborg Ziekenhuis te Almelo op 28 september 2006*, Den Haag: IGZ 2008, m.n. p. 44 en 53.

26. IGZ, *Rapport naar aanleiding van het onderzoek naar de organisatie en kwaliteit van het medisch specialistisch functioneren in het Diaconessenhuis te Meppel*, Den Haag: IGZ 2006.

27. IGZ 2006, p. 29 (zie noot 26).

28. IGZ 2006, p. 27 (zie noot 26).

29. IGZ, *Rapport van het onderzoek naar het peroperatief proces in de IJsselmeerziekenhuizen te Lelystad en Emmeloord op 5 en 12 september 2008*, Amsterdam: IGZ 2008, m.n. p. 4.

30. IGZ 2008, p. 15 (zie noot 29).

31. G. Bulstra, T. Wiggers & J.H. Hubben, *Chirurgie en Tuchtrecht 1996-2007*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2008.



component is, in vergelijking met de periode 1986-1995, in het tijdvak 1996-2007 ongeveer verdubbeld. Het zwaartepunt in die gegronde klachten wordt gevormd door manco's in de regeling van de verantwoordelijkheid voor de patiëntenzorg en onvoldoende dossiervoering. Aan goede verslaglegging hecht de tuchtrechter in toenemende mate gewicht vanwege het waarborgen van de continuïteit van de medische hulpverlening. Er zijn genoeg voorbeelden dat onvoldoende dossiervorming die continuïteit in ernstig gevaar heeft gebracht. In meerdere beslissingen komt het belang tot uitdrukking dat in de ziekenhuisorganisatie een waarborg is ingebouwd voor het achterhalen van hiaten in documentatie en verslaglegging. Een tendens naar verruiming van verantwoordelijkheid blijkt bijvoorbeeld uit de beslissing van het tuchtcollege waarin ook de maatschap waarvan een chirurg deel uitmaakt wordt aangesproken. Daarin overweegt het tuchtcollege: "Een goede verslaglegging behoort tot de verantwoordelijkheid van de hele maatschap waartoe ook verweerder behoort en de gesignaleerde gebreken moeten dan ook de gehele maatschap verweten worden".<sup>32</sup>

Deze en vergelijkbare overwegingen van de tuchtrechter blijven echter zonder het gewenste gevolg nu het wettelijk tuchtrecht, ondanks alle daartoe gedane aanbevelingen, nog steeds is gericht op de individuele beroepsbeoefenaar en dan nog alleen voor zover sprake is van individuele gezondheidszorg in de zin van artikel 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Dit betekent dat een maatschap of een ander samenwerkingsverband tuchtrechtelijk alleen op haar verantwoordelijkheid kan worden aangesproken indien de klacht is ingediend tegen alle leden van de betreffende maatschap of een ander samenwerkingsverband. In dit verband kan worden vastgesteld dat de opvatting van de Onderzoeksraad voor veiligheid en de IGZ omtrent de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur en van medische specialisten voor het waarborgen van veiligheid in het ziekenhuis onvoldoende pendant vindt in het huidige tuchtrecht.<sup>33</sup> Dat tuchtrecht is immers uitgesproken gericht op de individuele hulpverlener. Om een eigentijdse rol te kunnen spelen bij het invullen van de eisen die de Onderzoeksraad en de IGZ stellen is ten minste nodig dat managers, coördinatoren of clusterhoofden die een coördinerende rol vervullen in de hulpverlening aan de patiënt (dus zonder dat sprake is van een individuele behandelrelatie met die patiënt) ook onder de reikwijdte van de tweede tuchtnorm van artikel 47 Wet BIG vallen. Een dergelijke uitbreiding ligt ook voor de hand nu in de zogenaamde 'meibrief' van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer over het wetgevingsprogramma ter versterking van de positie van de cliënt, veel aandacht wordt besteed aan de ketenverantwoordelijkheid.<sup>34</sup> Bij zijn recente voornemens over de modernisering van het tuchtrecht voor de gezondheidszorg heeft de Minister van VWS aangegeven dat een BIG-geregistreerde hulpverlener die een coördinerende functie vervult bij een (multidisciplinaire) behandeling van de patiënt of van een

32. Bulstra, Wiggers & Hubben 2008, par. 3.1 casus I 96, p. 365 (zie noot 31).

34. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 476, nr. 1.

33. Zie ook J.H. Hubben, 'Naar een alerter strafrecht in de gezondheidszorg', *NJB* 2007, p. 1571-1577.

groep van patiënten, terwijl hij geen directe relatie heeft met die patiënt(en), onder het tuchtrecht dient te vallen.<sup>35</sup> Daarmee wordt het tuchtrecht in ieder geval meer bij de tijd gebracht.

## 5 FRICTIES TOELATINGSOVEREENKOMST

In de casus van het UMC St Radboud, de brand in het Twenteborg Ziekenhuis, het onderzoek naar het medisch-specialistisch functioneren in het Diaconessenhuis te Meppel en bij het onderzoek naar de veiligheidsrisico's in de OK's van de IJsselmeerziekenhuizen, is gebleken dat de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit gepaard moet gaan met organisatorische maatregelen, sturing en bewaking vanuit het bestuur van het ziekenhuis tot diep in het primaire proces. Het is niet meer voldoende dat in de toelatingsovereenkomst wordt geregeld dat de medisch specialist bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt en handelt in overeenstemming met de professionele standaard zoals bedoeld in artikel 7:453 BW. De model toelatingsovereenkomst bepaalt (art. 2.6) dat de medisch specialist zich bij zijn werkzaamheden mede zal laten leiden door de uit hoofde van de Kwaliteitswet zorginstellingen op de stichting rustende verplichting tot aanbidding van verantwoorde zorg en verder medewerking zal verlenen aan de organisatie van de zorg. "Zich laten leiden door een verplichting van een ander" is bepaald niet een scherpe eigen verplichting, terwijl "medewerking verlenen aan de organisatie van de zorg", zodanig dat "zorg wordt verleend conform de professionele standaard van de medisch specialist met inachtneming van de criteria uit de Kwaliteitswet, te weten van een goed niveau, die in geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is en afgestemd op de reële behoeften van de patiënt" ruimte biedt voor de uitleg van een concurrerende verantwoordelijkheid voor de zorg ten opzichte van het bestuur van het ziekenhuis. Samenloop, maar geen concurrentie van bevoegdheden op dit belangrijke onderdeel, is stellig de recente les die getrokken kan worden uit de uitleg die de IGZ en de Onderzoeksraad geven aan de verantwoordelijkheid van het bestuur van het ziekenhuis. De bewaking van de kwaliteit vraagt contractueel vervlochten verantwoordelijkheden tussen ziekenhuis en medisch specialist. Ofschoon een grotere rol van de visitatiecommissie denkbaar is, kan daarvan niet de enige oplossing van dit vraagstuk worden verwacht.<sup>36</sup>

In het voorstel voor de nieuwe Wet cliëntenrechten in de zorg is het recht op kwaliteit en veiligheid en het recht op afstemming tussen zorgverleners primair geformuleerd als een recht van de patiënt. In de meibrief schrijft de minister dat de cliënt er recht op heeft te weten welke kwaliteit hij van de zorgverlener mag verlangen.<sup>37</sup> Het toezicht daarop wordt opgedragen aan de IGZ terwijl de minister, als richtlijnen in het veld niet tot stand komen of onvoldoende worden aanvaard, nadere regels kan stellen om de

35. Brief aan de Tweede Kamer van 17 november 2008 (Moderniseren tuchtrecht voor de gezondheidszorg (Wet BIG)). De door W. van der Ham, 'Incidentele of structurele fouten?', *Medisch Contact* 2008, p. 1191, sterk bepleite invoering van één coördinerend en controlerend specialist valt dan onder alle omstandigheden, dus ongeacht de vraag of hij een individuele relatie tot de betreffende patiënt heeft, onder het tuchtrecht.

36. Optimistischer daarover is Ph.S. Kahn, 'Verantwoordelijk voor de black box van kwaliteit', *TvGR* 2008, p. 424-432.

37. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1, m.n. p. 5 en p. 22.

norm voor verantwoorde zorg op onderdelen tijdelijk vast te stellen. Ook het recht op afstemming tussen zorgverleners is vooral geregeld als recht van de cliënt. De cliënt krijgt een recht op afstemming tussen zorgverleners, aldus de meibrief.<sup>38</sup> Bij de gewenste duidelijke rechten en verantwoordelijkheden in de keten hoort, aldus de minister, dat die cliënt weet wie aansprakelijk kan worden gesteld als in een keten of in een samenwerkingsverband iets misgaat in de zorgverlening.

Zonder af te doen aan het belang van deze bepalingen op het niveau van de individuele zorgverlening, is het noodzakelijk de afstemming en veiligheid tevens op een structureel niveau te regelen, omdat deze de macht van de individuele specialist overstijgt. Structurele samenwerking, afstemmingsafspraken en maatregelen ter vergroting van de veiligheid zullen interventie van het ziekenhuisbestuur vergen. Dit geldt eens te meer nu, blijkens de aangehaalde zogenoemde meibrief, het voornemen bestaat om de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis uit te breiden tot de hele zorgketen.

De informatievoorziening aan de zorgconsument – in het voorafgaande bespreken wij dit met betrekking tot het zorgprofiel van het ziekenhuis – heeft niet alleen betrekking op de inhoud van het zorgaanbod. Het betreft tevens de kwaliteit ervan. Dat betekent dat de bewaking en de bevordering van de kwaliteit uitmondt in informatie op instellingsniveau, die de instelling verplicht openbaar moet maken voor de consument. Om in de opzet van de nieuwe Wet cliëntenrechten in de zorg volgens de meibrief als instelling, maar ook als medisch specialist aan de informatieplicht te kunnen voldoen, zal er over en weer een informatieplicht op partijen rusten. De in de toelatingsovereenkomst geregelde meldingsplicht incidenten vraagt eveneens om een kritische beschouwing in het licht van de recente discussie over aanscherping van meldingsprocedures en de daarbij te bieden waarborgen. Dit kan ook niet los worden gezien van de politieke eisen die inmiddels aan ziekenhuisbesturen zijn gesteld op grond van de rapportage over onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen.<sup>39</sup>

Een belangrijk instrument van het ziekenhuisbestuur is de mogelijkheid om een aanwijzing te geven aan de medisch specialist. De huidige toelatingsovereenkomst formuleert daarvoor als criterium dat die aanwijzing dient “ter bevordering van de orde en de goede gang van zaken in het ziekenhuis”. Dit criterium is te eng om het instrument van de aanwijzing te kunnen inbedden in een breder kwaliteitsbeleid van het ziekenhuis. Als een aanwijzing wordt gegeven is in de huidige verhoudingen het stafbestuur een soort ‘beroepsinstantie’ waartoe de medisch specialist zich kan wenden. Als het ziekenhuisbestuur echter scherp op resultaten moet sturen en bestuurlijke slagkracht moet tonen, dient een aanwijzing niet te worden gebonden aan een te eng norm van financieel kader en van ordelijke procesvoering met de mogelijkheid van procedurele vertraging.

38. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 476, nr. 1, m.n. p. 8 en p. 27.

39. M.C. de Bruijne, M. Zeegers, L.H.F. Hoonhout &

C. Wagner, *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen. Dossieronderzoek van ziekenhuisopnames in 2004*, Utrecht: EMGO instituut en NIVEL 2007.

Sluitstuk in de verhouding medisch specialist – ziekenhuis is de mogelijkheid tot beëindiging van de toelating. Uit het vorenstaande volgt dat straks, eerder dan nu het geval is, het ziekenhuisbestuur om reden van kwaliteit en bedrijfseconomie zal willen kunnen aansturen op een beëindiging van de toelating. Duidelijk is dat, gezien de toenemende verantwoordelijkheid van het ziekenhuis voor kwaliteit en veiligheid, spanning groeit tussen het ziekenhuisbelang en het belang van de individuele medisch specialist.<sup>40</sup> Die constatering geldt niet alleen in geval van een disfunctionerend medisch specialist.<sup>41</sup> De beëindigingsmogelijkheden zijn daarom eveneens aan herziening toe.

De vraag is ten slotte of de verantwoordelijkheid van het ziekenhuis voor de kwaliteit en veiligheid van zorg zover kan reiken als de Onderzoeksraad en de IGZ zich voorstellen. Het moet te denken geven dat in de hier besproken gevallen, de conclusie zich steeds herhaalt dat het ziekenhuisbestuur ernstig tekort is geschoten. In ieder geval kan worden gezegd dat indien het ziekenhuis geacht wordt alle door de Onderzoeksraad en de IGZ gesignaleerde risico's op het gebied van kwaliteit en veiligheid te voorkomen of af te wenden, het bestuur daarvoor in de relatie tot de medisch specialist thans een toereikend instrumentarium ontbeert, waarvan wij een aantal voorbeelden gaven.<sup>42</sup>

## 6 MARKT

In de derde plaats zijn de marktverhoudingen er mede debet aan dat het ziekenhuis niet de enige en uitsluitende context is waarin de individuele medisch specialist zijn praktijk wenst uit te oefenen. Zolang het ziekenhuis zich nog niet behoefde te profileren op het zorgaanbod, was er alle ruimte voor de medisch specialist om zijn praktijk te ontwikkelen binnen de muren van het ziekenhuis. Niet dat aan het ondernemerschap door de ziekenhuisorganisatie geen grenzen konden worden gesteld, maar die beperking is van kwalitatief andere aard, dan dat in het kader van de marktwerking gekozen wordt voor een profiel van het zorgaanbod van het ziekenhuis, waarbij de grenzen niet alleen tussen de specialismen kunnen lopen, maar ook recht daardoor heen. Of een ziekenhuis investeert in bepaalde categorieën DBC's is afhankelijk van haar kostenstructuur en of de zorgverzekeraars voor de door het ziekenhuis aangeboden prijzen relevante volumes afnemen. De beperkingen die de medisch specialisten in dit geval zouden kunnen ervaren en zelfs mogelijk daardoor te lijden verliezen, zullen zij mogelijk trachten te compenseren met aanvullende productie op de verlo-

40. E.W.M. Meulemans, 'De disfunctionerende hulpverlener. Behoeft de dokter behandeling?', *TvGR* 2006, p. 184-205.

41. Ten aanzien van het onderwerp disfunctioneren is inmiddels door de Orde van Medisch Specialisten een modelregeling tot stand gebracht. *Modelreglement mogelijk disfunctionerend medisch specialist*, Utrecht: OMS 2008. Opmerking verdient dat in die procedure de raad van bestuur een melding 'mogelijk disfunctioneren' kan doen bij de voorzitter van de medische staf of van de betreffende commissie. De vraag is, hoe dit zich verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van het ziekenhuisbestuur.

42. Zie voorts ook J.H. Hubben & J.G. Sijmons, 'De zelfstandig gevestigde medisch specialist op een gewijzigd juridisch speelveld', *NTvG* 2008, p. 104-106. Aandacht verdient in dit verband het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008. Zie over dit rapport J. Spier, 'Het WRR-rapport Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts', *NJB* 2008, p. 2521-2526.

ren onderdelen buiten de muren van het ziekenhuis in een andere zorgcontext met een aangepaste kostenstructuur. Daarbij komt dat ‘het ziekenhuis’ als wettelijke categorie met de invoering van de WTZi is komen te vervallen en krachtens het Uitvoeringsbesluit WTZi thans slechts relevant zijn “de organisatorische verbanden voor medisch-specialistische zorg”,<sup>43</sup> waaraan op verschillende manieren invulling kan worden gegeven.<sup>44</sup>

Omgekeerd betekent investeren voor het ziekenhuis en het zich binden aan een profiel om volume te realiseren, dat het in het kader van zijn strategisch beleid niet kan aanvaarden dat de medisch-specialistische zorg niet is afgedekt en via de eigen medisch specialisten van het ziekenhuis weglekt naar hun private initiatieven. Het ziekenhuis heeft gerechtvaardigd belang bij een scherp concurrentiebeding. Niet ter verdeling van de markt (hetgeen in strijd zou zijn met artikel 6 Mededingingswet), maar ter bewaking van haar investeringen en continuïteit, zonder welk geen enkele organisatie een langetermijnstrategie kan ontwikkelen.

De afspraken in de huidige model toelatingsovereenkomst voorzien hierin, doch zijn verre van volledig en uitgebalanceerd. Omdat op het ziekenhuisbestuur krachtens de toelatingsovereenkomst de bewijslast rust bij geweigerde toestemming voor nevenwerkzaamheden om aan te tonen dat deze kennelijk schadelijk zijn te achten voor de werkzaamheden van de specialisten in het ziekenhuis of in strijd zijn met het redelijk belang en/of de functies van het ziekenhuis, is de verhouding niet evenwichtig.

Het Scheidsgerecht Gezondheidszorg heeft het huidige concurrentiebeding uit de model toelatingsovereenkomst in zijn volle omvang gesauveerd tegen een vrijwel uitputtende serie van bedenkingen.<sup>45</sup> De medisch specialisten reageerden publiekelijk teleurgesteld op de uitspraak.<sup>46</sup> Begrijpelijk in zoverre de uitkomst in hun nadeel was, maar zij stelden daarbij aan de orde dat de marktwerking onvoldoende vertaling heeft gekregen in de bepaling uit de toelatingsovereenkomst. Ook de Orde van Medisch Specialisten heeft naar aanleiding van de uitspraak op de noodzaak tot herziening van het model gewezen.<sup>47</sup> Nu lijkt het erop dat de medisch specialisten meer zien in verruiming van de concurrentiemogelijkheden – met het argument daarmee in het belang van het ziekenhuis te willen voorkomen dat anderen het ziekenhuis ‘in de voortuin’ gaan beconcurreren – dan in nadere aanscherping. Uitgangspunt bij herziening van het beding is echter tevens dat – anders dan in de reactie op het vonnis van het Scheidsgerecht – het gerechtvaardigd belang van continuïteit eveneens in de nieuwe verhoudingen wordt gezien in het verlengde van meer marktwerking (en niet

43. Zie art. 5 lid 1 WTZi en art. 1.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

44. Zie o.a. Scholten, Hermans & Holland 2006 (zie noot 4) en J.P. Ottenvanger, K.I.A. Fehse, A.H. Hilbers & J.G. Sijmons, ‘Specialist doet weer mee. Isala Klinieken verzelfstandigt medische activiteiten in zorg-BV’s’, *Medisch Contact* 2008, p. 328-330; Sijmons & Van den Ende 2008, p. 92-97 (zie noot 4) en Lüschen-Artan 2008 (zie noot 14).

45. Scheidsgerecht Gezondheidszorg 8 augustus 2008, *TvGR* 2009/3 (*Chirurgie WZA/Wilhelmina Ziekenhuis Assen*).

46. M.G. van Andringa de Kempnaer, I.F. Donse, R.T.M. Wijffels, W.A. Bleeker & J. de Groote, ‘Maatschap aan de ketting’, *Medisch Contact* 2008, p. 1912-1915.

47. Publicatie van 7 november 2008 op <orde.artsennet.nl>. Ten onrechte wordt steun gezocht in de Verklaring van 17 januari 2007 ter zake van het concurrentiebeding. Daar ging het om de herpositionering van de positie van de medisch specialist in het kader van de financiering, zoals hiervoor uiteengezet (zie noot 5).

als een relict van bureaucratisch bestuur). Daarin past naar ons oordeel minder dat het aan het ziekenhuisbestuur te bewijzen is dat het toestemming voor nevenwerkzaamheden mag onthouden vanwege een door hem aan te stellen en zonodig te bewijzen ziekenhuisbelang.<sup>48</sup> Gesteld dat ziekenhuis en medisch specialist het eens worden over een afbakening van werkzaamheden, dient op zijn minst geregeld te worden hoe de onderlinge verwijzing al dan niet plaatsvindt en hoe controle op de – ten minste potentieel bedreigende – afspraak mogelijk is. Gewaakt moet bovendien worden om van de geclausuleerde toestemming een volgens artikel 6 Mededingingswet verboden marktverdelingsafpraak te maken. Een digitale benadering in termen van toestemming of geen toestemming volgens de model toelatingsovereenkomst zal in de praktijk niet meer volstaan.

## 7 INHERENTE HYBRIDITEIT

Het zou overigens een vergissing zijn te menen dat herdefiniëren van de verhoudingen alle verantwoordelijkheden en bevoegdheden eenduidig zou kunnen scheiden. In het huidig stelsel liggen professionele autonomie, kwaliteit en doelmatigheid daarvoor te dicht bij elkaar. De zorginstelling is nu eenmaal in wezen een hybride organisatie: gericht op zorg en op eigen continuïteit.<sup>49</sup> De medisch specialist is primair een zorgprofessional, wiens autonomie het belang van de patiënt dient, maar is als vrijgevestigde tevens ondernemer. Omdat kwaliteit, innovatie en ondernemerschap probleemloos in elkaars verlengde kunnen liggen, is zijn rol als professional in de organisatie van de zorg in samenwerking of in concurrentie met het ziekenhuis daarmee niet in strijd. Evenmin als de zorgfunctie van het ziekenhuis niet hoeft te strijden met haar functioneren als onderneming op een zorgaanbodmarkt. Een automatisme dat belangen zullen samenvallen is er echter niet en de tegenstellingen kunnen zich evengoed voordoen als de parallellieën.<sup>50</sup> In de relatie tussen ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist komt die hybriditeit tot uitdrukking in de wijze waarop het zorgprofiel en het zorgaanbod in de financieringsstructuur worden vastgesteld, in het geven van ruimte voor innovatie en ondernemerschap, het binden aan de productievoorwaarden en in de verantwoordelijkheid van de medisch specialist jegens de patiënt op grond van de behandelingsovereenkomst versus de eindverantwoordelijkheid van het bestuur voor de kwaliteit en veiligheid uit hoofde van de publiekrechtelijke regelgeving. Vereenvoudiging van de toelatingsrelatie door miskennis van het ‘fractuele’ karakter van de verbindingen en raakvlakken is geen optie.

48. Het Scheidsrecht liet in het vonnis van 8 augustus 2008, TvGR 2009/3, het bestuur ter zake overigens “een zekere beoordelingsvrijheid, die door het Scheidsrecht met enige terughoudend dient te worden getoetst” (r.o. 4.4).

49. H.H.M. Scholtes & H.J.B.M. Abeln, ‘Governance in de zorg’, in: Sijmons, Van den Ende & Van der Ploeg (red.) 2008, p. 149-174, m.n. p. 152-153 (zie noot 4).

50. P.P.M. van Reijssen, *Medisch-professionele autonomie en gezondheidsrecht* (diss.), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, m.n. p. 139; H.D.C. Roscam Abbing, *Zorgen voor de patiënt van morgen. Gezondheidsrecht en onderzoek*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 14; Sijmons 2008, p. 28-29 (zie noot 16).

Form follows function en diverse invullingen van de rol van de medisch specialist in het ziekenhuis zijn denkbaar. Dezelfde zorgprofessional kan kiezen voor een dienstverband of voor een zelfstandige positie, of in een zorg-BV met het ziekenhuis een contract aangaan. In de laatste twee gevallen is de invulling verschillend, maar de juridische thema's zijn dezelfde. Die hebben wij hier trachten te benoemen langs de lijnen van de financiering, de kwaliteit en de marktwerking, afgezet tegen de huidige model toelatingsovereenkomst. Wij hebben laten zien op welke onderdelen de model toelatingsovereenkomst aan herziening toe is. Het gaat daarbij met name om de melding van incidenten, het concurrentiebeding, de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing en de regeling tot beëindiging van de toelatingsovereenkomst.

Twee tegengestelde bewegingen doen zich daarbij tegelijkertijd voor. De financieringsstructuur en verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid dwingen tot een centralistische benadering, waarbij een slagvaardig bestuur van voldoende krachtig instrumentarium dient te zijn voorzien. De profilering en dynamisering van de markt vraagt daarentegen om flexibele oplossingen met een tendens naar decentralisatie. Dat vraagt om een duidelijke bevoegdheidstoedeling die voldoende ruimte laat voor initiatief. Die duidelijkheid ontbeert de huidige toelatingsovereenkomst. Hybriditeit is inherent aan gezondheidzorg die aan meer marktwerking wordt blootgesteld. Een complexe situatie, maar uiteindelijk is dat alles geen beletsel om de civiele verhoudingen opnieuw te definiëren. Veel respijt is er niet meer. De in de media breed uitgemeenten incidenten, waarvan wij in deze beschouwing een aantal voorbeelden hebben gegeven, vragen om die heldere verantwoordelijkheidstoedeling waarbij tegelijkertijd de eisen van de markt niet worden genegeerd.