

**Nederlands Juristenblad, Zorg aan vreemdelingen zonder papieren: een chronisch gebrek?**

**Nederlands Juristenblad, Zorg aan vreemdelingen zonder papieren: een chronisch gebrek?**

**Nederlands Juristenblad, Zorg aan vreemdelingen zonder papieren: een chronisch gebrek?**

Vindplaats: NJB 2010, 1398 Bijgewerkt tot: 30-07-2010

Auteur: Jaap Sijmons, Veelke Derckx[1]

Zorg aan vreemdelingen zonder papieren: een chronisch gebrek?

De boodschap aan vreemdelingen zonder papieren luidt: geen recht op zorg, maar vergoeding onder voorwaarden. Voorkomen moet kennelijk worden dat al te toegankelijke zorg 'aanzuigende werking' heeft. Een fatsoenlijke nakoming van verplichtingen die de Nederlandse Staat in verdragen op zich heeft genomen, verdient echter een betere regeling. Financiële incentives om de vluchtelingenstroom te reguleren passen daar niet in.

Het gebeurt in de praktijk helaas nog al te vaak dat mensen zonder geldige verblijfstitel[2] in ons land medische zorg wordt geweigerd. Met name wanneer het kinderen betreft, is dit schrijnend. Een recent artikel in *Medisch Contact*, dat de zorgverleners attendeert op de rechten van de 'illegale kinderen', signaleert dat kinderen in ziekenhuizen nog steeds vaak worden weggestuurd: bijvoorbeeld voor het maken van longfoto's voor tbc en voor verloskundige hulp voor tienermoeders.[3] Dit is een algemener beeld dat in een onlangs verschenen studie door het NIVEL naar voren kwam. De circa 130 000 vreemdelingen zonder verblijfsdocumenten zoeken met aarzeling geneeskundige hulp uit vrees om te worden uitgezet, uit vrees voor een onbetaalbare rekening, uit schaamte of om andere praktische barrières. Het recente wetsvoorstel om art. 16 VW zo aan te passen dat illegaal verblijf voortaan tegengeworpen gaat worden bij de aanvraag voor een verblijfsvergunning, zal deze vrees alleen maar versterken.[4] Huisartsenzorg is vaak nog wel toegankelijk, maar het stukt vaak bij de verwijzing naar de tweede lijn (ziekenhuis, GGZ-instelling, laboratoriumonderzoek, fysiotherapeut, verloskundige, e.d.).[5] De drempels om zorg te zoeken voor mensen zonder papieren lijken steeds hoger te worden, terwijl het recht op zorg is erkend en een financiële regeling de toegankelijkheid moest waarborgen.

'Mooier kunnen wij het niet maken', zei de Minister van VWS over de nieuwe financieringsregeling voor verleende medische zorg aan mensen zonder rechtmatig verblijf tijdens de behandeling in de Eerste Kamer.[6] Tien jaar na inwerkingtreding van de Koppelingswet zijn de regeling van Stichting Koppeling en de beleidsregel dubieuze debiteuren samengevoegd in één financieringsregeling, neergelegd in art. 122a Zorgverzekeringswet (hierna Zvw).[7] Het is merkwaardig dat de wetgever uit angst voor de gevolgen de regeling toch niet in één keer goed in orde heeft willen brengen.

Korte terugblik: de Koppelingswet en de regeling Stichting Koppeling

Recht op zorg van mensen zonder rechtmatig verblijf

De Nederlandse overheid dient vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel medisch noodzakelijke zorg te garanderen. Daartoe heeft de Nederlandse Staat zich verplicht in diverse internationale verdragen (onder meer Europees Sociaal Handvest (hierna ESH), Internationaal Verdrag voor Economische en Sociale en Culturele Rechten (hierna ESOCUL-verdrag), VN Vrouwenverdrag, VN Kinderrechtenverdrag (hierna IVRK)).

Koppelingswet: uitsluiting van ziektekostenverzekering en AWBZ

De in 1998 inwerking getreden Koppelingswet,[8] die ten doel had het om illegaal verblijf in

Nederland te ontmoedigen, koppelde het recht op collectieve voorzieningen en uitkeringen aan een wettige verblijfstitel. Als gevolg van de Koppelingswet zijn vreemdelingen zonder verblijfstitel uitgesloten van alle aanspraken van de AWBZ (art. 5 lid 2 AWBZ) en van de reikwijdte van de Zorgverzekeringswet (art. 2 lid 1 Zvw).[9] Een dergelijke vreemdeling kan zich wel particulier verzekeren tegen ziektekosten. Op het algemene koppelingsbeginsel kunnen volgens de Vreemdelingenwet (hierna VW) drie uitzonderingen worden gemaakt (zie art. 10 lid 2 VW), namelijk met betrekking tot het recht op onderwijs voor kinderen, het recht op rechtsbijstand en het recht op medisch noodzakelijke zorg. Het art. 10 lid 2 VW veronderstelt (terecht) dat deze rechten, waaronder het voornoemde recht op medisch noodzakelijke zorg van mensen zonder papieren op zichzelf reeds bestaan. Wat de rechtsgevolgen van de 'uitzonderingen' zijn, vermeldt de wet hier niet. Vanzelfsprekend zijn de rechtsgevolgen immers niet, omdat de uitzondering kennelijk niet behelst dat de betrokken vreemdelingen nu voor dit deel als verzekerden onder de AWBZ (welke wet hen categorisch uitsluit) vallen. Ook wordt op hen niet de Zorgverzekeringswet van toepassing. De wetgever heeft althans die consequentie niet getrokken. De uitsluiting van de verzekeringen zijn niet ongedaan gemaakt. Welke uitzondering op de uitsluiting heeft de overheid dan feitelijk wel gemaakt? Geen, naar zal blijken.

De regeling Stichting Koppeling[10]

De overheid laat de patiënt zonder geldige verblijfstitel in beginsel zelf de kosten voor de zorg betalen. De realiteit is evenwel dat hij of zij dat in de praktijk vaak niet zal kunnen (betalingsonmacht). De ongedocumenteerden verdienen soms niets, soms weinig en de zorg is dan duur. De overheid vond het onredelijk dat het risico voor onbetaalde rekeningen, als gevolg van medisch noodzakelijke zorgverlening aan mensen zonder rechtmatig verblijf, geheel voor rekening van de zorgverleners zou komen. Daarom was zij bereid om 'geheel onverplicht' te zorgen voor een zekere 'overheidsdekking'. Deze overheidsdekking werd gegoten in de vorm van het Koppelingsfonds, beheerd door de Stichting Koppeling. Zorgverleners uit de eerste lijn konden onder bepaalde voorwaarden een beroep doen op de Stichting Koppeling voor onbetaalde rekeningen van medisch noodzakelijke zorg. In eerste instantie (tot 2004) konden AWBZ-gefinancierde instellingen, zoals verpleeg- en verzorgingshuizen en GGZ-instellingen, aanspraak maken op de Stichting Koppeling, indien zij een inkomensschade hadden groter dan één promille van het budget. Een beroep op de Stichting Koppeling verliep via regionale samenwerkingsverbanden. De Stichting Koppeling ontving een jaarlijkse subsidie van het Ministerie van VWS. Ziekenhuizen, revalidatiecentra en ambulancediensten konden een beroep doen op de beleidsregel Afschrijvingskosten dubieuze debiteuren.

Aanleiding voor de nieuwe financieringsregeling

Aanleiding voor de nieuwe financieringsregeling voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf vormden de genoemde versnipperde financieringsregelingen, maar tevens de invoering van het nieuwe zorgstelsel en enkele rechterlijke uitspraken.[11]

Zorgverzekeringswet

De in 2006 in werking getreden Zorgverzekeringswet met de daarbij behorende wijzigingen (verzekeringplicht, wijzigingen in de ziekenhuisbekostiging) dwong de regering tot het heroverwegen van de vraag naar wat te doen met onverzekerden, zowel de onverzekerde verzekeringsplichtigen als niet verzekerbare mensen zonder papieren. Van diverse zijden (Kamerleden, adviesorganen en beroepsorganisaties) gingen geluiden op om een algemeen waarborgfonds voor onverzekerden in het leven te roepen, waaronder ook mensen zonder rechtmatig verblijf zouden vallen.[12]

Jurisprudentie

Twee uitspraken zijn van belang. De eerste betreft het oordeel van de rechtbank Rotterdam van 16 december 2005 dat de private Stichting Koppeling bij de uitvoering van de

vergoedingsregeling een publieke taak uitoefende.[13] Volgens de rechtbank kon niet worden gezegd dat de overheid - zoals geformuleerd in de memorie van toelichting bij de Koppelingswet - het Koppelingsfonds onverplicht aan zich getrokken had. En ook al zou het wel onverplicht zijn, dan nog is er sprake van een overheidstaak nu de minister heeft erkend dat de betreffende taak het behartigen van een algemeen belang betreft. De regering heeft dit oordeel overgenomen: het bieden van compensatie van inkomensschade van zorgaanbieders en zorginstellingen ten gevolge van het verlenen van medisch noodzakelijke zorg aan insolvabele mensen zonder papieren wordt nu als overheidstaak beschouwd.[14]

De tweede uitspraak heeft te maken met het feit dat AWBZ-gefinancierde instellingen sinds 2004 niet meer voor compensatie van de Stichting Koppeling in aanmerking kwamen. Dit geschiedde naar aanleiding van een advies van de toenmalige Minister van VWS, die van mening was dat onverzekerde vreemdelingen zonder wettig verblijf niet in aanmerking komen voor langdurige zorg die een onbeperkt verblijf in Nederland veronderstelt. Voor wat betreft de kosten van - al dan niet gedwongen - opname van mensen zonder papieren in Bopz-instellingen, werd met dit beleid korte metten gemaakt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde dat de overheid onrechtmatig jegens de Bavo-RNOgroep handelde door een adequate vergoeding achterwege te laten.[15] De toewijzing van de vordering vond haar grondslag in het publiek belang van de Bopz-zorg, namelijk de bescherming van de maatschappij en de betrokken patiënt zonder wettig verblijf zelf voor het gevaar dat voortvloeit uit de geestesstoornis. De rechter achtte het onevenredig als de instelling voor de kosten opdraait die voortvloeien uit de hulpverleningsplicht die zij heeft te bieden door de overheidsmaatregelen op grond van de Wet Bopz.

De nieuwe financieringsregeling

Opzet

De overheid vindt dat mensen zonder rechtmatig verblijf zelf de kosten van de verleende medisch noodzakelijke zorg moeten betalen. Zij wil namelijk voorkomen dat de regeling een 'aanzuigende werking' heeft op mensen om zonder geldige titel naar ons land te komen met het oogmerk om een medische behandeling te ondergaan.[16] Toch kan de overheid het hier niet bij laten vanwege de (internationale) verplichtingen tot zorg en de genoemde jurisprudentie: de kosten mogen niet worden afgewenteld op de zorgverleners. Een nieuwe financieringsstructuur moest tegelijkertijd voorkomen dat verzekeringsplichtigen die zich niet verzekeren van de nieuwe vergoedingsmogelijkheid gebruik zouden kunnen maken (ten nadele van de medische zorg voor de doelgroep: mensen zonder rechtmatig verblijf).[17] De zorgaanbieder moet een redelijke compensatie krijgen voor het verlenen van medische zorg aan onverzekerden zonder rechtmatig verblijf om te voorkomen dat deze zorg wordt geweigerd.[18] Een zorgaanbieder kan niettemin alleen onder bepaalde voorwaarden een beroep doen op de bijdrageregeling. Deze zijn globaal gesproken de volgende.

Direct en niet direct toegankelijke zorg

De nieuwe regeling onderscheidt twee soorten medisch noodzakelijke zorg: direct toegankelijke en niet-direct toegankelijke zorg. Onder direct toegankelijke zorg wordt verstaan de zorg die zonder recept, verwijzing of indicatie als bedoeld in de AWBZ kan worden ingeroepen en die doorgaans ook direct moet worden verleend. Hieronder valt de meeste eerstelijnszorg (met uitzondering van farmaceutische hulp) en de acute ziekenhuiszorg. Niet-direct toegankelijke zorg is zorg die pas toegankelijk is na recept, verwijzing of indicatiestelling. Het gaat dan om zorg geleverd door apotheken, ziekenhuizen, GGZ-instellingen, verpleeghuizen en ambulancediensten. Voor beide soorten zorg geldt een verschillend vergoedingsregime.

De oninbare kosten van direct toegankelijke zorg aan mensen zonder verblijfstitel worden aan alle zorgaanbieders voor 100% vergoed als het gaat om kosten die verband houden met zwangerschap en bevalling en voor 80% in de overige gevallen (art. 122a lid 4 Zvw, de

zogenoemde 80/20-regeling).

Voor de indirect toegankelijke zorg geldt een contractstelsel. Alleen zorgaanbieders die het CVZ voor dit doel tevoren heeft gecontracteerd, kunnen aanspraak maken op een tegemoetkoming in de kosten voor de zorg verleend aan vreemdelingen zonder verblijfstitel (art. 122a lid 5 Zvw). Andere zorgaanbieders en instellingen niet. Het CVZ is verantwoordelijk voor de uitvoering van de regeling, die wordt betaald uit de begroting van VWS.[19]

Voor beide vormen van zorg krijgt een zorgaanbieder bovendien alleen kosten vergoed indien aan vier voorwaarden is voldaan:

- 1 er moet sprake zijn van een (gedeeltelijk) onbetaalde rekening. Als de verschuldigde kosten door of namens de patiënt kunnen worden betaald, kan een zorgaanbieder geen beroep doen op de regeling;
- 2 de patiënt is onverzekerd én onverzekerbaar als gevolg van de Koppelingswet. Dit geldt vaak voor illegale migranten, uitgeprocedeerde asielzoekers, niet-uitzetbaren en mensen die zijn verwikkeld in een aanvraagprocedure voor een verblijfsvergunning.
- 3 het moet gaan om medisch noodzakelijke zorg. De zorgaanbieder bepaalt of de verleende zorg medisch noodzakelijk was, gezien de aard van de prestatie en de verwachte duur van het verblijf;
- 4 de zorg moet onderdeel zijn van het basiszorgpakket (met uitzondering van IVF en genderoperaties) of de AWBZ.

De 80/20-regeling

De 80/20-regeling behoeft enige toelichting, want haar grondslag is immers niet direct inzichtelijk. Waarom zouden de hulpverleners niet volledig betaald moeten worden voor zorg waarvoor de overheid zich verantwoordelijk voelt? De regeling wordt door de minister echter gerechtvaardigd met twee argumenten. Het eerste argument is gelegen in de eigen verantwoordelijkheid van zowel de ongedocumenteerde patiënt als de zorgaanbieder: de vreemdeling heeft de verantwoordelijkheid en de plicht om de aan hem verleende zorg te betalen en de zorgaanbieder om deze rekening te innen. Indien een zorgaanbieder volledig gecompenseerd zou worden, zou volgens de minister iedere prikkel om de kosten te verhalen op de patiënt zonder verblijfspapieren worden weggenomen. Als tweede argument voert de minister aan dat met een volledige vergoeding het risico zou kunnen ontstaan dat zorgaanbieders geen belang meer zouden hebben om onderscheid te maken tussen zorgverlening aan een onverzekerde ongedocumenteerde patiënt en een onverzekerde verzekeringsplichtige patiënt. Bij een onverzekerde patiënt van de laatste categorie bestaat slechts een mogelijkheid tot verhaal van de kosten wanneer de zorgaanbieder de moeite neemt om de betrokkene alsnog tot verzekering te brengen.[20]

Contractstelsel

Bij de niet direct toegankelijke zorg speelt een soortgelijke overweging. Niet alle tweedelijns voorzieningen (bijvoorbeeld ziekenhuizen) krijgen een vergoedingsregeling. Dit is niet nodig waar het gaat om planbare zorg (alle acute zorg is direct toegankelijk). De vreemdeling kan in dat geval niet naar elk ziekenhuis, maar naar een door het CVZ gecontracteerd ziekenhuis in de regio. De verwijzer dient hierop bedacht te zijn. Aldus krijgt de vreemdeling niet dezelfde zorg als rechtmatig verblijvende onverzekerden die hun zorgverzekeringsplicht verzaken. Bovendien kan het CVZ in zijn contracten opnemen, dat de gecontracteerde zorgaanbieders eerst trachten om voorliggende voorzieningen te gebruiken en verder de onverzekerde verzekeringsverplicht zich te laten verzekeren. In de memorie van toelichting lezen we dat het de bedoeling is dat het CVZ jaarlijks afspraken maakt over het te vergoeden bedrag om de kosten beheersbaar te houden.[21] Waarschijnlijk zouden we daarin mogen lezen dat een volledige vergoeding niet verplicht onderdeel van het contract is. Het CVZ contracteert via een (Europese) aanbesteding.[22] Een 80/20-regeling, een budget of een vergelijkbare

financiële incentive om het gebruik van de regeling te beperken behoort hier tot de mogelijkheden. De zorgaanbieders zullen deze beperkingen dus vrijwillig op zich nemen. Inmiddels is uit de tweede rapportage van het CVZ over de contractering gebleken dat voor de meeste zorgregio's contracten met een ziekenhuis zijn afgesloten (23 in totaal), met 355 apotheken, 9 AWBZ-instellingen en 13 GGZ-instellingen. Een contract met Ambulancedienst Nederland is nog in de maak.[23] Het algemene beeld is daarmee volgens het CVZ dat het nieuwe systeem goed werkt. Het Breed Medisch Overleg ziet daarentegen nog tal van knelpunten in de praktijk.[24] De financiële incentive schijnt zo uit te pakken dat ca. 95% van de kosten volgens de contracten wordt vergoed.

Medisch noodzakelijke zorg

Wat is medisch noodzakelijke zorg?

Eén van de voorwaarden voor compensatie door de nieuwe financieringsregeling, is dat de zorgverlener medisch noodzakelijke zorg heeft geboden. Op zichzelf is dit geen novum ten opzichte van de regeling Stichting Koppeling, waarin het verlenen van medisch noodzakelijke zorg eveneens een voorwaarde voor financiële compensatie vormde. Over de vraag wat het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' nu precies inhoudt, werd in de aanloop naar en tijdens de behandeling van de Koppelingswet al uitvoerig gediscussieerd.

Aanvankelijk was in het wetsontwerp Koppelingswet voorzien in overheidsfinanciering voor zorg verleend in 'acute noodsituaties'. [25] Hieronder werd verstaan situaties waarin sprake is van ogenblikkelijk levensgevaar of een acute of vitale hulpeloze toestand, waarbij verlening van medische zorg niet kan worden uitgesteld zonder het leven of de gezondheidstoestand van de betrokkene ernstig in gevaar te brengen dan wel in gevallen waarin een algemeen volksgezondheidsbelang werd gediend. [26] Het begrip 'acute noodsituaties' stuitte op veel kritiek. Tijdens de parlementaire behandeling van de Koppelingswet werd door amendement van Rouvoet het begrip 'acute noodsituaties' vervangen door 'de verlening van medisch noodzakelijke zorg'. [27] Hierdoor zou ook zorg verleend kunnen worden ter voorkoming van acute noodsituaties, bijvoorbeeld bij chronisch zieken.

Met de terminologie 'medisch noodzakelijke zorg' werd de eigen professionele verantwoordelijkheid van de zorgverlener bij de beoordeling van de medische klacht van de ongedocumenteerde centraal gesteld. Dit is nog steeds het uitgangspunt van de overheid. [28] Hiermee werd de discussie niet afgesloten. Integendeel, het begrip 'medisch noodzakelijk zorg' bleef de afgelopen tien jaar talloze malen onderwerp van discussie, zowel in de Tweede Kamer als in de praktijk. [29] De uitleg van dit begrip varieerde, zoals te voorzien, van een enge tot een ruime interpretatie. Gezien de behoefte van beroepsbeoefenaren aan een eenduidige uitleg heeft de commissie-Klazinga in 2007 geadviseerd het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' beter te laten aansluiten bij de praktijk en het daarom te definiëren als 'verantwoorde en passende medische zorg'. Volgens de commissie dienen artsen bij het beoordelen van de medische noodzaak van een behandeling van een illegale vreemdeling uit te gaan van de bestaande richtlijnen en gedragsregels van de medische beroepsgroep, om hiermee te komen tot verantwoorde en passende zorg. De indicatiestelling voor het leveren van zorg is volgens de commissie dan niet anders dan bij andere patiënten en artsen laten zich hierbij leiden door algemene factoren zoals de ernst van de aandoening, het chronische karakter van de aandoening, de te verwachten complicaties, de te verwachten gezondheidswinst, de individuele relatie van de patiënt, het lijden van de patiënt, de hulpbehoefte van de patiënt, de (on)uitstelbaarheid van de te verlenen zorg en de continuïteit van de zorg. [30]

In de huidige financieringsregeling wordt onder medisch noodzakelijke zorg verstaan nagenoeg alle zorgvormen die zijn opgenomen in het basispakket van de zorgverzekering (met uitzondering van IVF en genderoperaties) en de AWBZ. Medische zorg omvat in ieder geval zorg rond zwangerschap en bevalling. Daarnaast hebben niet rechtmatig verblijvende

kinderen toegang tot preventieve jeugdgezondheidszorg en tot het vaccinatieprogramma overeenkomstig het rijksvaccinatieprogramma. Als voorwaarde geldt daarbij dat de behandelend arts bepaalt dat de zorg *hier en nu* moet worden verleend. Met andere woorden: de noodzaak van de zorg dient te worden gezien in samenhang met de duur van het verblijf, ten einde te voorkomen dat men met het oogmerk van medische behandeling illegaal naar Nederland komt.[31]

Criterion: verwachte verblijfsduur

Het criterium 'verwachte verblijfsduur' behoeft nadere bespreking. In de memorie van toelichting wordt bewust een verband gelegd met het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' neergelegd in de Verordening (EG) nr. 631/2004 in het kader van het verlenen van medische zorg gedurende tijdelijk verblijf van buitenlandse verzekerden. Het begrip 'noodzakelijk' wordt daarbij gerelateerd aan de duur van het verblijf. Als voorbeeld wordt genoemd dat iemand die een paar maanden in Nederland door zijn werkgever wordt gedetacheerd eerder voor zorg in aanmerking komt dan een toerist die een weekend naar de bollenvelden komt kijken.[32] In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat de artsen ruime ervaring hebben met de beoordeling of een behandeling direct plaats dient te vinden of uitgesteld kan worden en het zou vreemd zijn indien de mogelijkheden voor het verlenen van zorg aan inwoners van andere EU-lidstaten beperkter zouden zijn dan aan vreemdelingen zonder verblijfsstatus. Anders gezegd: de omvang van de dekking die de Verordening (EG) nr. 1408/71 door het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' aan eigen onderdanen die in andere lidstaten verblijven biedt, bepaalt tevens de grens voor de omvang van te verlenen zorg aan deze vreemdelingen. De uitwerking van het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' voor mensen zonder rechtmatig verblijf mag daarom niet van deze Europeesrechtelijke uitleg afwijken.[33] De vergelijking gaat echter op een belangrijk punt mank. De verblijfsduur van mensen met rechtmatig verblijf zal in de meeste gevallen objectief vast te stellen zijn. Dat is bij mensen zonder rechtmatig verblijf vaak niet het geval. Het zal voor een zorgverlener vaak ondoenlijk zijn om de verblijfsduur in te schatten, al in de eerste plaats omdat de zorgaanbieder geen zicht heeft op de juridische positie van de patiënt. Indien de patiënt daarover (begrijpelijkerwijs) geen nadere mededelingen wil doen, rijst de vraag hoever de onderzoeksplicht van de arts naar de verblijfsduur van zijn patiënt reikt. Het heeft ook geen zin uit te gaan van de fictie dat onrechtmatig verblijf altijd voor korte duur is, want dan zou de regeling voor het overgrote deel (niet-acute zorg) overbodig zijn. De realiteit heeft anders geleerd. De voorwaarde scheidt de zorgaanbieder op met een lastige zo niet onmogelijke beoordeling.

De commissie-Klazinga signaleerde het probleem en maakte de inschatting van de noodzaak afhankelijk van het proportionaliteitsbeginsel: uitstel van behandeling kan en moet indien het doel van gezondheidswinst daardoor niet onevenredig wordt geschaad.[34] Toegegeven werd echter ook dat het voor artsen vaak lastig en onmogelijk is om de verblijfsduur te beoordelen en daarmee is de proportionaliteitstoets niet goed uitvoerbaar. Bij uitstelbare zorg in combinatie met kort verblijf in Nederland kan de behandeling volgens de commissie beperkt blijven of kan zelfs worden afgezien van de behandeling. Als de verblijfsduur in Nederland onduidelijk is of bij langdurig verblijf, moet het belang van continuïteit van adequate medische zorg volgens de commissie dan maar zwaarder wegen en dient de te verlenen zorg gelijk te zijn aan de reguliere zorg voor verzekerden. De vreemdeling krijgt hier het voordeel van de twijfel.

Volgens de minister is de invulling van het begrip medisch noodzakelijke zorg in de nieuwe financieringsregeling in overeenstemming met het advies van de commissie-Klazinga.[35] Dat is wel de vraag, aangezien de begrenzing van het begrip van 'medisch noodzakelijke zorg' uit de EG-verordeningen objectief geformuleerd is: gedekt is zorg aan een onderdaan 'wiens toestand verstrekkingen vereist welke tijdens een verblijf op het grondgebied van een andere

lidstaat medisch noodzakelijk worden, met inachtneming van de aard van de prestaties en de verwachte duur van het verblijf. Het verschil van het advies van de commissie-Klazinga en de objectieve formulering van de twee elementen (gezondheidswinst en verblijfsduur) volgens de EG-verordeningen in de uitleg van de memorie van toelichting wordt aan de ene kant wel overbrugd door de subjectieve formulering van de wetstekst: onder medisch noodzakelijke zorg wordt verstaan, aan te wijzen vormen van zorg... '*slechts voor zover de zorgaanbieder de verstrekking* ervan, gezien de aard van de prestaties en de verwachte duur van het verblijf van de vreemdeling, medisch gezien *noodzakelijk acht*' (art. 122a lid 2 Zvw; onze cursivering). Het oordeel van noodzakelijkheid en de verwachting van het verblijf lijken in de tekst *subjectief* geformuleerd, in zoverre als de zorgaanbieder het oordeel daarover toekomt. De memorie van toelichting is in dit opzicht inderdaad vrij uitgesproken: 'de individuele zorgaanbieder bij wie een illegaal zich vervoegt, is degene die beslist of zorg voor een individuele illegaal, gezien de aard van de prestatie en zijn verwachte verblijfsduur alhier, ook werkelijk medisch noodzakelijk is'.<sup>[36]</sup> De wetgever geeft aan de andere kant tegelijkertijd een norm, voorzien van Europees rechtelijk gewicht, voor dit oordeel mee, die maakt dat de zorgaanbieder toch niet helemaal weet of hij wellicht niet te ruimhartig is op straffe van uitblijven van vergoeding. De wetgever had zich rekenschap moeten geven van het verschil van zorg aan EU-onderdanen en vreemdelingen zonder verblijfstitel.

#### Internationale toets

Afgezien van de vraag of het koppelingsbeginsel als zodanig in strijd is met internationaal verdragsrecht,<sup>[37]</sup> dient de nieuwe financieringsregeling te worden getest op 'human rights proof', met name het recht op zorg. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna EVRM) kent geen recht op (zorg voor de) gezondheid als zodanig. Het onthouden van medisch noodzakelijke zorg kan evenwel schending van art. 2 EVRM en/of art. 3 EVRM opleveren. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt uit art. 3 EVRM geen verplichting tot het ongelimiteerd verschaffen van gezondheidszorg aan vreemdelingen zonder rechtsgeldige verblijfstitel.<sup>[38]</sup> Het belemmeren van toegang tot gezondheidszorg kan een schending opleveren van art. 2, 3 en 8 EVRM. Met Hendriks kunnen wij stellen dat de zorgplicht van de overheid niet toestaat dat de toegang tot de zorg wordt belemmerd door het opwerpen van financiële drempels.<sup>[39]</sup> Cruciaal is derhalve het verband tussen de toegang tot zorg en de financiële compensatie. Indien blijkt dat de nieuwe financieringsregeling de toegang tot zorg belemmert, dan zou sprake kunnen zijn van schending van het EVRM. Daarnaast is van belang art. 12 ESOCUL-verdrag, waarin het recht op 'the highest attainable standard of physical and mental health' is neergelegd. Volgens het Committee on Economic, Social and Cultural Rights verplicht dit verdrag de verdragsstaten 'to promote progressive realization of the relevant rights to the maximum of their available resources'.<sup>[40]</sup> Daarnaast is van belang art. 13 ESH. Volgens het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het comité dat toeziet op de naleving van het ESH is het recht op medische bijstand van fundamenteel belang voor het recht op leven en daarmee voor de menselijke waardigheid.<sup>[41]</sup> Het is in strijd met het ESH indien nationale regelgeving of praktijk vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf medische bijstand onthouden. Onlangs oordeelde het ECSR met betrekking tot het recht op huisvesting van kinderen bijvoorbeeld dat de Nederlandse overheid de menselijke waardigheid aantast door uitgeprocedeerde gezinnen op straat te zetten.<sup>[42]</sup>

Met betrekking tot de zorg verleend aan minderjarigen is - naast het algemene recht op zorg zoals neergelegd in het ESOCUL-verdrag en het ESH - art. 24 IVRK van toepassing, waarin bepaald is dat geen enkel kind zijn of haar recht op toegang tot deze voorzieningen voor gezondheidszorg wordt onthouden.

Een amendement van parlementariër Arib om 100% van de direct toegankelijke zorg voor minderjarigen te vergoeden, kreeg geen meerderheid in de Kamer.<sup>[43]</sup> Volgens de minister,

die de motie ontraadde, wordt de toegang tot zorg van minderjarigen niet door de 80/20-regeling beperkt, omdat medisch noodzakelijke zorg altijd verleend dient te worden (welke redenering niet klopt). Het feit dat de Inspectie voor de gezondheidszorg meldingen van problemen met toegankelijkheid van zorg altijd onderzoekt, en er op dit moment geen structureel probleem is met de toegang voor illegalen tot medisch noodzakelijke zorg, biedt volgens hem voldoende waarborgen voor de toegankelijkheid.[44] Anderzijds stelt de minister bij de vraag of de regeling aan de internationale verdragen voldoet dat de feitelijke toegankelijkheid door de financiële toegankelijkheid eerder wordt bevorderd, dan belemmerd.[45] Deze cirkelredenering kenmerkt de strategische keuze voor bewuste onduidelijkheid bij deze regeling. Een verbetering betekent nog niet dat de (internationaal rechtelijke) norm wordt gehaald, noch is het geringe zicht op de omvang van de problematiek een signaal dat het met de toegankelijkheid wel goed zit. Voorkomen moet kennelijk worden dat bekendheid met een (al te goede) toegankelijkheid (in de ogen van de overheid) een 'aanzuigende werking' heeft.

Het is de vraag, zeker in het licht van genoemde uitleg van art. 12 ESOCUL-verdrag, of de 80/20-regeling de internationale toets aan de verdragen wel kan doorstaan. De 80/20-regeling is immers in het leven geroepen om het (betalings- en incasserings)gedrag van de ongedocumenteerde vreemdeling en diens zorgverlener te beïnvloeden (financiële incentive) en (kennelijk) niet vanwege budgetargumenten. Gevolg is echter volgens het recente BMO-rapport dat sommige eerstelijns beroepsbeoefenaren zich niet meer bereid tonen deze vreemdelingenzorg te verlenen, waar dat onder de oudere regeling nog wel het geval was.[46] De omweg van de compensatie met ingebouwde prikkel heeft een onvoorspelbaar gevolg. Deze onduidelijkheid is gewild om de regeling niet 'te mooi' te maken. Daarmee is afbreuk gedaan aan het rechtskarakter van de zorg op humanitaire gronden. De wetgever had er op zijn minst voor kunnen kiezen om de zorg voor minderjarigen voor 100% te vergoeden, om te voorkomen dat deze groep, die niet verantwoordelijk is voor hun illegale status, medisch noodzakelijke zorg wordt onthouden.[47] Ook dat was kennelijk een brug te ver.

#### Conclusies

Nogmaals terug naar art. 10 VW. De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, kan volgens deze bepaling geen aanspraak maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. Het is dus niet mogelijk om een verzekeringsaanspraak (Zvw of AWBZ) ten gelde te maken. Het tweede lid bevatte de mogelijkheid daarvan af te wijken: 'van het eerste lid kan worden afgeweken indien de aanspraak betrekking heeft op het onderwijs, de verlening van medisch noodzakelijke zorg, de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid, of de rechtsbijstand aan de vreemdeling'. Als er een uitzondering gemaakt zou worden op het 'ontkoppelingsbeginsel', dan zou dat moeten inhouden, dat niet de zorgaanbieder recht heeft op gedeeltelijke vergoeding, maar de medisch noodzakelijke zorg *wel* verzekerd is met een eigen aanspraak. Zoals het derde lid vervolgens bepaalt geeft de toekenning van aanspraken geen recht op rechtmatig verblijf. De mogelijkheid van lid 2 van de Vreemdelingenwet heeft de overheid niet willen benutten. In art. 122a Zvw wordt slechts naar art. 10 VW verwezen voor de kwalificatie als 'vreemdeling zonder rechtmatig verblijf'. Daarvoor is de verwijzing naar art. 10 VW überhaupt overbodig. Volstaan had kunnen worden met de verwijzing naar 'vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8 Vreemdelingenwet'. Dan was duidelijk dat er geen sprake is van enige 'aanspraak', zoals de memorie van toelichting ook stelt: 'het betreft hier geen semiverzekering voor betrokkenen, maar een financiële bijdrage voor zorgaanbieders die medisch noodzakelijke zorg hebben verleend aan in betalingsonmacht verkerende vreemdelingen en dientengevolge inkomsten derven.'[48] Door de vergoedingsregeling is een 'naturamodel zonder verzekeringsaanspraak' gecreëerd. De facto beslist niet een bestuursorgaan over de aanspraak (zoals de uitzondering in art. 10 lid 2



VW beoogt), maar de zorgverlener. Hij doet dit echter op eigen risico, deels voor eigen kosten en op grond van een onheldere norm van 'noodzakelijkheid' (met het impliciete risico voor 'niet-noodzakelijke zorg' in het geheel niet te kunnen declareren). Bureaucratie is natuurlijk ook niet alles, maar hier wentelt de overheid wel erg manifest haar eigen verantwoordelijkheid voor de zorg op de aanbieders af.

Volgens het CVZ loopt de huidige regeling over het afgelopen jaar heel behoorlijk. Is het juridisch 'purisme' de overheid hier een tekortkoming te verwijten? Wij menen van niet. Een fatsoenlijke nakoming van verplichtingen die de Nederlandse Staat in verdragen op zich heeft genomen en aansluiten bij hetgeen uit humanitaire overwegingen geldt, verdient een betere regeling. Een minimarktmechanisme inbouwen met financiële incentives om de vluchtelingenstroom te reguleren, lijkt ons nogal ver van de werkelijkheid af te staan. Prioriteit dient gegeven te worden aan een fatsoenlijke toegankelijkheid, met name voor de *sans papiers* die langdurig in ons land verblijven, hetgeen tevens een belang vormt voor alle rechtmatig verblijvenden waar het om besmettelijke ziekten (TBC en geïmporteerde infectieziekten voorop) gaat. Voor de zorg aan kinderen geldt dit eens te meer. Het ligt dan voor de hand art. 10 lid 2 VW wel te gebruiken en een natura-aanspraak te creëren (die beheerst kan worden door een contractenstelsel), mogelijk met eigen bijdragen om het gebruik van de zorg te remmen en een hardheidsclausule bij betalingsonmacht. Goede voorlichting over de uitleg van het begrip en het recht op zorg van illegalen blijkt in de praktijk nog een bottleneck.[49] De boodschap van de huidige regeling (geen recht op zorg, maar vergoeding onder voorwaarden) draagt aan deze informatievoorziening niet echt bij. Materieel gesproken zijn er verder ten opzichte van de oude regeling de zorg beperkt tot zorg als bedoeld in de Zorgverzekeringswet en AWBZ. Daardoor is er geen ruimte voor het verlenen van aan de zorgaanbieder te vergoeden zorg van tandheelkundige zorg[50] en fysiotherapie, die wel degelijk nodig kunnen zijn om bijvoorbeeld grotere gezondheidschade te voorkomen.

De vergoedingsregeling is daardoor ook onvolledig. Andermaal verwacht de overheid hier kennelijk dat de hulpverleners wel hun maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen als het erop aankomt. De overheid had dat beter behoren te doen. Het terugdringen van onrechtmatig verblijf is een andere politieke agenda en moet met andere passende middelen ten uitvoer worden gelegd.

Voetnoot

[1]

Prof. mr. J.G. Sijmons is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen NV. Mr. V.L. Derckx was tot voor kort universitair docent gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht en aan het Julius Centrum, UMC Utrecht. Met dank aan M. Pol voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

[2]

In Nederland wordt veelal de term 'illegalen' gebruikt, ondanks de negatieve lading ervan. In dit artikel sluiten wij aan bij de in het buitenland gangbare terminologie 'mensen zonder rechtmatig verblijf' of 'ongedocumenteerden' ('undocumented migrants' of 'sans papiers').

[3]

L. Beening & S. De Jong, "'Illegaal' kind verdient zorg", *MC* 64, nr. 39, p. 1619-1621.

[4]

*Kamerstukken* 31 549.

[5]

NIVEL-rapport (T. Veenema, T. Wieggers & W. Devillé), *Toegankelijkheid van de gezondheidszorg van 'illegalen' in Nederland: een update*, NIVEL 2009, zie

<http://www.nivel.nl>.

- [6] Aldus de minister over de zogenoemde 80/20-regeling, EK Zorgverzekeringswet, 28 oktober 2008, 5-238.
- [7] Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 526.
- [8] KB van 25 juni 1998, *Stb.* 1998, 203.
- [9] Voorheen 'Ziekenfondswet'.
- [10] Zie o.a. J.A.J. Borghouts & L.M. van Herten & S.A. Reijneveld, *Preventie en Gezondheid: financiering van zorg voor illegalen*, Leiden: TNO mei 2008, L.M. van Herten & S.A. Reijneveld, *Toegankelijkheid van zorg voor illegalen*, Leiden: TNO 2000, alsmede J.K.M. Gevers, 'Gezondheidszorg en illegalen: tijd voor een ander beleid. Gezichtspunt', *TvGR* 2006, 7, p. 487.
- [11] *Kamerstukken II* 2006/07, 29 689, nr. 126.
- [12] Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 689, nr. 66 (motie Vendrik en Kant), KNMG, GGZ-Nederland, NVZ- Vereniging van ziekenhuizen en de Federatie Opvang. Zie ook de Werkgroep onverzekerden, *Zorg verzekerd. De invoering van de Zorgverzekeringswet en potentiële onverzekerden. Verslag van een VWS-onderzoek*, Den Haag, 12 december 2005.
- [13] Rb. 16 december 2005, *GJ* 2006/45 (m.nt. V.L. Derckx). De uitspraak werd bevestigd in hoger beroep: ABRvS 11 oktober 2006, *AB* 2007/81 (m.nt. I. Sewandono), *GJ* 2006/148 (m.nt. V.L. Derckx).
- [14] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 11.
- [15] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 26 juli 2006, *GJ* 2006/103 (m.nt. V.L. Derckx).
- [16] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 4-5.
- [17] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 8.
- [18] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 7, p. 2.
- [19] CVZ, Regeling financiering zorg illegalen (<http://www.cvz.nl>).
- [20] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 9 (MvT), en nr. 7, p. 3.
- [21] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 8-9.
- [22] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 23.
- [23] CVZ, rapport *Monitor Regeling financiering zorg illegalen*, uitgebracht aan de Minister van VWS, Diemen, 8 oktober 2009, p. 1.
- [24]

Breed Medisch Overleg, *Toegankelijkheid van de gezondheidszorg voor mensen zonder wettelijke verblijfsstatus. Eerste inventarisatie van knelpunten*, Utrecht, juni 2009.

- [25] *Kamerstukken II* 1994/95, 25 233, p. 23 (MvT).
- [26] *Kamerstukken II* 1995/96, 24 233, nr. 4, p. 22.
- [27] Amendement van het lid Rouvoet, 11 oktober 1996, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 18.
- [28] Onder meer herhaald tijdens de behandeling van de Wet fraudebestrijding zorgverzekeringswetten.
- [29] Uit de evaluatie van de Koppelingswet bleek bijvoorbeeld in de praktijk onduidelijkheid te bestaan over de reikwijdte van het begrip 'medisch noodzakelijke zorg', waardoor de toegang tot de zorg en de kwaliteit van de zorg voor mensen zonder papieren wel eens te wensen overliet, L.M. van Hertten & S.A. Reijneveld, *Toegankelijkheid van zorg voor illegalen*, Leiden: TNO 2000.
- [30] Commissie-Klazinga, *Arts en vreemdeling, Rapport van de commissie Medische zorg voor (dreigend) uitgeprocedeerde asielzoekers en illegale vreemdelingen*, Utrecht 2007, p. 42.
- [31] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 5 en de brief van de Minister van VWS aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 16 oktober 2006, Z/VV-2723002.
- [32] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3 p. 4 (MvT).
- [33] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3 p. 5 (MvT).
- [34] *Arts en vreemdeling, Rapport van de commissie Medische zorg voor (dreigend) uitgeprocedeerde asielzoekers en illegale vreemdelingen*, Utrecht 2007, p. 42.
- [35] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 7 p. 4.
- [36] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 22.
- [37] Zie onder meer J.K.M. Gevers, 'Gezondheidszorg en illegalen: tijd voor een ander beleid. Gezichtspunt', *TvGR* 2006, 7, p. 487.
- [38] EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *GJ* 2008/99 (m.nt. A.C. Hendriks). Voor de verwijzing naar het EVRM zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 11.
- [39] A.H.C. Hendriks, *Gezondheidsrecht en Europees recht, De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, p. 82.
- [40] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'The right to the highest attainable standard of health', E/C.12/2000/4 (General Comment No. 14 (2000)).
- [41] European Committee of Social Rights, Complaint No. 14/2003, Federation of Human

Rights Leagues (FISH) v. France.

- [42] European Committee of Social Rights, Complaint No. 47/2008, Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands.
- [43] Amendement Arib: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 249, nr. 12.
- [44] *Kamerstukken II 2007/08*, 31 249, nr. 32, p. 2.
- [45] *Kamerstukken II 2007/08*, 31 249, nr. 7 p. 29.
- [46] Zie Breed Medisch Overleg, *Toegankelijkheid van de gezondheidszorg voor mensen zonder wettelijke verblijfsstatus. Eerste inventarisatie van knelpunten*, Utrecht, juni 2009, p. 18.
- [47] Binnen Europa spant Spanje overigens de kroon. Daar hebben minderjarigen zonder geldige verblijfstitel gelijke toegang tot zorg als rechtmatig verblijvende minderjarigen (gratis). Zie PICUM, 'Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions' 2009, <http://www.picum.org>.
- [48] *Kamerstukken II 2007/08*, 31 249, nr. 3, p. 2.
- [49] Breed Medisch Overleg, *Toegankelijkheid van de gezondheidszorg voor mensen zonder wettelijke verblijfsstatus. Eerste inventarisatie van knelpunten*, Utrecht, juni 2009, p. 9 en 16.
- [50] De Minister van VWS heeft onlangs aangekondigd geen aanleiding te zien voor een ruimere vergoedingsmogelijkheid van tandheelkundige hulp aan mensen zonder rechtmatig verblijf, brief van de Minister van VWS, 10 november 2009, Z/VV-2966304.

Copyright © Kluwer 2011  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 26-09-2011

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.