

PRIVAATRECHT EN PUBLIEKRECHT IN DE ZORG IN HET TIJDPERK 'LEGEMAATE'

Jaap Sijmons¹

1

INLEIDING

In de *Oratiebundel Gezondheidsrecht. Verzamelde redes 1971-2011*² is Johan Legemaate met maar liefst drie oraties (EUR 1994, VU 2006 en UvA 2011) vertegenwoordigd. Gemeenschappelijk aan de titels is de opvallende alliteratie (*Recht en realiteit*, dan *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* en ten slotte *Wikken en wegen*). Dat is niet de reden dat het thema van deze bijdrage 'tussen privaatrecht en publiekrecht' luidt. Het duidt een spanningsveld aan dat in de oraties en de vele andere publicaties van Legemaate herhaaldelijk aan de orde komt. Bijvoorbeeld reeds in zijn preadvies uitgebracht aan de Vereniging voor Gezondheidsrecht in 1994 *Goed recht*, waarin verder een belangrijke rol is weggelegd voor de allitererende tegenstelling tussen 'recht van 'binnen'' en 'recht van 'buiten''. Recht van 'buiten' is dan wetgeving (zowel publiek als ook privaat) en de bijbehorende jurisprudentie. Recht van 'binnen' vormen de beroeps-codes en gedragsregels van de beroepsgroepen (o.a. KNMG) en de professionele standaard (in richtlijnen en protocollen van beroepsorganisaties en bijv. de specialistenverenigingen).³ In het preadvies waarschuwt Legemaate voor de gevolgen van juridisering in de zorg, maar ziet juist in de verbinding tussen deze twee soorten van recht de mogelijkheid, dat juridische interventies niet ontsporen, maar leiden tot 'goed recht'. De professionele standaard, genoemd in artikel 7: 453 BW en (thans)

1 Prof. mr. dr. J.G. Sijmons is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht (Molengraaff Instituut voor privaatrecht).

2 Uitgegeven voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht ter gelegenheid van de jubileumvergadering van 20 april 2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

3 J. Legemaate, *Goed recht*, Preadvies uitgebracht aan de Vereniging voor Gezondheidsrecht in 1994, p. 26-27.

artikel 2 Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) vormt een dergelijke brug. Voor het navolgend betoog is belangrijk hier al op te merken, dat dit bindmiddel zowel een privaatrechtelijk (BW), als publiekrechtelijk karakter (Wkkgz) heeft. Dergelijke brugfuncties verbinden de politieke doelstellingen (uit art. 22 Grondwet over het bevorderen van de volksgezondheid) met de dagelijkse werkelijkheid van de zorgverlening. Misschien wel hét thema doorheen niet alleen de drie oraties, maar meer werk van Legemaate. In dit liber amicorum blik ik met deze bijdrage daarom met enige algemene overwegingen terug op de ontwikkeling en de verhouding van privaat- en publiekrecht (bestuursrechtelijk gezondheidsrecht⁴) in de afgelopen dertig jaar (1994-2024), het ‘tijdperk Legemaate’.

2

JURIDISEREN EN INTERVENIËREN

Voorop staat bij Legemaate wel dat het recht niet zelf al de rechtvaardigheid met zich brengt, maar zich in de praktijk als rechtvaardig moet bewijzen. Waakzaamheid op de werking van het recht in de praktijk blijft daarom in het belang van ‘goed recht’ geboden. In 1994 pleitte Legemaate daarom reeds voor een anticiperend en evaluerend onderzoek naar de werking van de gezondheidsrechtelijke wetten.⁵ ZonMw zou inderdaad in 1997 een programma starten voor het in opdracht van de overheid evalueren van de gezondheidswetgeving en Legemaate heeft daarbij vele evaluaties (mede) op zijn naam mogen schrijven.⁶ Normen zijn mooi, maar werken zo ook? Dat is daarbij steeds de vraag. In zijn eerste oratie verwees Legemaate naar het allitererend duo Wexler en Winick, dat waarschuwde voor de ‘antitherapeutische effecten van juridische interventies’.⁷ Het onderscheid naar bronnen, dat Legemaate in *Goed recht* maakte, verschoof, als ik het goed zie, in de drie op het preadvies volgende oraties wat naar de achtergrond. Codificatie van normen, ongeacht hun oorsprong, maakt ze onderdeel van het corpus van de wet en daarmee van het recht, dat als ‘van buiten’ zou kunnen worden gezien. De werking van de wet is echter het meest effectief, wanneer gedeelde normen worden geïnternaliseerd en niet als komend van buiten worden ervaren. Dat is nu bij uitstek in het gezondheidsrecht het geval. Legemaate plaatste bijvoorbeeld in het preadvies het wettelijk tuchtrecht ‘op de grens’ van binnen en buiten. Het tuchtrecht behelst bijvoorbeeld de toets of de BIG-geregistreerde hulpverlener geldende normen serieus neemt en in zijn of haar professionele attitude heeft geïnternaliseerd. Intussen maakt het wel verschil hoe

4 In de zin van de monografie A.C. Hendriks e.a., *Bestuurlijk gezondheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2018.

5 Zie *Goed recht*, p. 90-92.

6 Een twaalftal van de reeks Evaluatie regelgeving: Wkcz (2-1999), WGB0 (3-2000), Kwz (8-2001), Embryowet en Wdkb (32-2012), Thematische wetsevaluatie zelfbeschikking in de zorg (34-2013), Thematische wetsevaluatie Bestuursrechtelijke toezicht (38-2013), Wtl (2017), Wmwo (44-2018), Wkkgz (49-2021), Wvvggz en Wzd dl. 1 (51-2021), Wvvggz en Wzd dl. 2 (53-2022) en Wtl (54-2023).

7 J. Legemaate, *Recht en realiteit*, Rotterdam 1994 in: Oratiebundel VGR 2012, p. 207-222, m.nt. p. 215.

de juridische omgeving (het functionele 'buiten') van de zorgverlening, variërend van de overheidsrechter (de civiele en bestuursrechter), de tuchtrechter, de Inspectie voor de Volksgezondheid en Jeugd (IGJ) en het eindverantwoordelijke bestuur van de zorginstelling ('van buiten naar binnen' opgelijnd) de zorgverleners op normering en regels aanspreken. Daarin is het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving nog steeds van belang. De verschillende juridische rollen moeten daarbij de verschillende doelstellingen van het recht bewaken. Alles in één hand leggen is niet goed mogelijk, en daarmee is het blijvende onderscheid tussen privaat- en publiekrecht een gegeven. De IGJ is een publiekrechtelijk instituut, maar functioneert in tweeërlei opzicht als een grensganger. Zij handhaaft niet alleen publiekrecht, het interpreteert en geeft het dus richting, hoewel haar taak een zuiver toezichthoudende is. De IGJ handhaaft niet feitelijk niet alleen publiekrecht, maar daarmee eveneens het privaatrecht, hoewel haar bevoegdheid een publieke is. Daarover zo meer, maar eerst het publiekrecht.

3 RICHTLIJNEN EN NORMSTELLING IGJ

Een atypisch voorbeeld van bewaking van en ontwikkeling van normen vormen de richtlijnen van de Inspectie. Legemaate stuitte al in zijn preadvies 1994 op deze 'mengvorm' van binnen en buiten. Werden die richtlijnen toen nog als advies gezien,⁸ in 2012 was Legemaate stellig, dat de IGJ, waar een invulling van globale normen als van 'verantwoorde/goede zorg' (art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen, thans art. 2 Wkkgz) ontbrak, de Inspectie dan maar zelf kwaliteitsnormen zou moeten formuleren.⁹ In de *Thematische wetsevaluatie Bestuurlijk toezicht op de kwaliteit van zorg*¹⁰ betoogden Legemaate e.a. nog dat normverduidelijking tot de taak van de IGJ moet worden gerekend. Verder zou het onvermijdelijk zijn, dat de IGJ – al is het bij wijze van uitzondering – handhavingsnormen formuleert.¹¹

Met de rolverdeling in het systeem staat normstelling door de toezichthouder toch op gespannen voet, aldus onder andere Hendriks.¹² Een toezichthouder moet niet zelf normeren. Bovendien is het de vraag of het argument van Legemaate (e.a.) opgaat, dat voor de handhaving bij een globale norm de IGJ wel gedwongen is de norm met een nieuwe norm te expliciteren om haar te kunnen toepassen. De vraag is dan – algemeen gesteld – of een regel (norm) dus behoefte heeft aan een nadere regel

8 In navolging van HR 27 juni 1986, NJ 1987, 878, Methadonbrief. Zie *Goed recht*, p. 45.

9 J. Legemaate, *Mag de Inspectie voor de Gezondheidszorg zo nodig zelf kwaliteitsnormen formuleren?*, TvGR 2012, p. 114-121. Contra J. Hubben, *De IGJ: van stille kracht naar publieke waakhond*, TvGR 2012, p. 96-108.

10 J. Legemaate, e.a., *Thematische wetsevaluatie Bestuurlijk toezicht op de kwaliteit van zorg*, Reeks evaluatie wetgeving dl. 38, Den Haag: ZonMw 2013, p. 169-173.

11 Legemaate e.a. 2013, p. 197-200.

12 A.C. Hendriks e.a., *Bestuurlijk gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 53-54.

(extra handhavingsnorm) voor haar toepassing. Een bevestigend antwoord verstrikt zich in de klassieke regelparadox, te ontleen aan Kant en Wittgenstein: als een regel (norm) voor zijn toepassing steeds een regel nodig heeft, dan zal die laatste regel ook een regel behoeven voor haar toepassing en zo verder *ad infinitum*.¹³ Evenmin als men doorgaans protocollair in een regel kan vatten, wanneer van de regel van het protocol moet worden afgeweken (is de reden van afwijking in het ene geval tevens de uitsluiting van een afwijking in andere nog niet bekende gevallen? Welke regel regeert de uitsluitingen?), evenmin behoeft een regel doorgaans een volgende regel voor haar toepassing. Kant formuleerde terecht al in zijn *Kritik der reinen Vernunft* (1781), dat het kunnen 'subsumeren' (toepassen van een begrip/regel op een concreet geval) een vaardigheid, inderdaad een 'oordeelsvermogen' is, dat niet zo zeer door een regel 'geleerd' als wel in de praktijk 'geoefend' wil zijn.¹⁴ Voor de handhaving is de beoordeling van de normschending ('X is geen goede zorg') al dan niet rechtens navolgbaar, maar daarvoor is toch niet nodig dat alle gevallen waaronder dat zo is of niet zo is, worden gevangen in nog weer een afzonderlijke, bijzondere regel. Er zal gewoon overtuigend sprake moeten zijn van goede zorg, of niet. Een standpunt van de beroepsgroep kan daarover duidelijkheid geven. Daarvoor vindt men steun in kwaliteitsprotocollen, maar dat zijn niet zelf in striktere zin wettelijke normen. De norm blijft onveranderd bijv. 'goede zorg'. Er is geen sprake van een normatieve lacune als een 'veldnorm', een dergelijke kwaliteitsstandaard van de beroepsgroep, bijv. van de orthopeden zou ontbreken. De IGJ noemde recentelijk het voorbeeld van de situatie die ene norm behoeft: "...als binnen de orthopedische sector twee verschillende technieken bestaan om rugklachten mee te behandelen en een van de technieken tot verergering van de klachten leidt".¹⁵ Verergeren van klachten is geen 'goede zorg'. Dat de beroepsgroep niet als regel heeft geformuleerd, dat alleen de tweede optie wordt gebruikt, doet aan het reeds uitgesproken oordeel dat de techniek die klachten verergert geen goede zorg is, immers niet af. De globale norm blijft norm, ook als de uitwerking en toepassing niet op voorhand gegeven is, en de norm daarvoor eerst in casuïstiek moet worden toegepast, en daarmee de zowel de norm als de situatie worden beoordeeld. Het mag dan wel lastig zijn op voorhand duidelijkheid te verkrijgen over toepassing van een kwaliteitsnorm, maar dat is dan een subjectieve aangelegenheid, die in de praktijk wel een hindernis kan vormen voor stringent kwaliteitsbeleid, maar aan de objectiviteit van de norm niet afdoet. Deze blijft rechtens toetsbaar.

Het is helemaal geen taak specifiek voor de IGJ om een norm te interpreteren. De wetgever laat dat nu eenmaal bij voortdurend aan de gebruiker van de wet over (Aristoteles vermeed reeds met het principe van de 'billijke rechtstoepassing' de

13 L. Wittgenstein, *Logische Untersuchungen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag 1977, par. 201.

14 I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Königsberg 1781, p. A 132-134.

15 IGJ, *Algemeen interventiebeleid*, Ministerie VWS: maart 2023, p. 9.

regelparadox¹⁶). Een open einde heeft dat niet, want de rechter geeft in de rechtspraak legitimatie aan de ene of andere uitleg van een wettelijke norm en heeft het laatste woord. Een open norm is daarom niet op zichzelf onbepaalbaar. In de toepassing is er ruimte voor het praktische oordeel. In het bestuursrecht in beginsel niet anders dan in het privaatrecht. De formulering dat de IGJ de norm niet 'stelt', maar 'expliciteert', kan als dan in deze zin worden opgevat, maar waar echter vervolgens beleidselementen en willekeurige afkappunten een rol spelen (bijvoorbeeld bij volumenormen), dan is het wel weer de vraag of daarmee enkel de norm van goede zorg is uitgelegd (wat moet en kan) of inderdaad een nieuwe regel gesteld waarvoor de bevoegdheid ontbreekt (en waarbij dus dan eveneens de geldigheid van de regel ontbreekt). Meer nog wordt een gebruik van een algemene bevoegdheid gedenatureerd, indien bijvoorbeeld een aanwijzingsbevoegdheid van artikel 24 Wkkgz gebruikt zou worden om in te grijpen in de private rechtsverhoudingen van het bestuur en toezicht in de zorg. Daarvoor zijn er specifieke privaatrechtelijke regelingen, zoals met name het enquêterecht (titel 8, afdeling 2 Boek 2 BW), en overtuigt het niet, indien de IGJ op basis van haar algemene bevoegdheid ingrijpt in de private verhoudingen van benoeming en ontslag van bestuurders en toezichthouders). Dat de IGJ mag toezien op bijvoorbeeld het vervuld zijn van de wettelijke publiekrechtelijke eis, dat de raad van toezicht uit drie natuurlijke personen bestaat,¹⁷ maakt dit niet anders.¹⁸ Hiervoor heeft de wetgever andere, met name ook rechterlijke bevoegdheden in het leven geroepen.

4

GRENSEVERVAGING PUBLIEK EN PRIVAATRECHT

Handhaaft de IGJ alleen publiekrechtelijke normen? De IGJ heeft specifieke publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden (art. 24 Wkkgz, art. 11 WTZa, Art. 86 Wet BIG, Art. 13 Wvggz e.d.) Geneesmiddelenwet etc.) om de normen uit die genoemde en vele andere publiekrechtelijke normen te handhaven. Hoe is het met privaatrechtelijke normen gesteld, in de eerste plaats de normen uit titel 7, afdeling 5 over de geneeskundige behandelingsovereenkomst uit Boek 7 BW (de 'WGBO')? Hoewel deze zuiver privaatrechtelijk van aard zijn, is direct duidelijk dat de IGJ ook deze normen moet handhaven, niet in de vorm van civiele acties (van nakoming of schadevergoeding vorderen), maar wel via de globale publiekrechtelijke norm, dat de zorgaanbieder 'goede zorg' moet aanbieden "waarbij de rechten van de cliënt zorgvuldig in acht worden genomen". "Inhoudelijk niets nieuws", oordeelde Legemaate bij de invoering van dit artikel, "maar het kan geen kwaad dat de wet

16 *Nicomachische ethiek*, Boek 5, hfd. 14.

17 Thans art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZa.

18 Daarom overtuigt mij het voorbeeld in R.D. Friele, J. Legemaate e.a, *Evaluatie Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg*, Reeks evaluatie regelgeving 49, Den Haag: ZonMw 2012, p. 65 niet.