



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Zorg en zekerheid. Enige opmerkingen omtrent podesteria en het Ruwaard van Puttenziekenhuis

Castermans, A.G.; Koops, E.

Citation

Castermans, A. G., & Koops, E. (2010). Zorg en zekerheid. Enige opmerkingen omtrent podesteria en het Ruwaard van Puttenziekenhuis. *Bw-Krant Jaarboek*, 26, 111-121.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36626>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36626>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Zorg en zekerheid. Enige opmerkingen omtrent podesteria en het Ruwaard van Puttenziekenhuis

Van: A.G. Castermans

Aan: E. Koops

Vorm: Lezing

OPDRACHT

In Spijkenisse zwaaiden sinds de twaalfde eeuw na Christus de Heren en Vrouwen van Putten de scepter. De Heren en Vrouwen van Putten lieten op een gegeven moment het bestuur van de heerlijkheid over aan een plaatsvervanger, de ruwaard. De ruwaard van Putten bleef tot in de Franse tijd de hoogste bestuursambtenaar. Behalve het dagelijks bestuur had hij twee andere belangrijke taken: hij was de voorzitter van de Putse rechtbank en hij hield toezicht op de rentmeester en de schout en schepenen van Spijkenisse.

Het plaatselijk ziekenhuis is genoemd naar de ruwaard van Putten. Het ziekenhuis heeft een lening afgesloten bij de Bank Nederlandse Gemeenten. Tegen een aantrekkelijke rente, want het Waarborgfonds voor de Zorgsector (WFZ) staat borg voor de nakoming van de verplichtingen van het ziekenhuis jegens de Bank. En dit Waarborgfonds is bereid borg te staan, omdat de gemeente Spijkenisse zekerheid heeft verschaft voor de nakoming van de verplichtingen van het ziekenhuis jegens het Waarborgfonds, door ten behoeve van het Waarborgfonds een hypotheekrecht te vestigen op de gemeentegrond waarop het ziekenhuis is gevestigd.

We hebben dus een ziekenhuis als hoofdschuldenaar, het Waarborgfonds voor de Zorgsector als borg jegens de Bank en de gemeente Spijkenisse als derde-bezitter ten behoeve van het Waarborgfonds. Hoe moet het nu als het ziekenhuis zijn tekortschiet jegens de Bank? Hebben het waarborgfonds en de gemeente Spijkenisse een voorrecht van eerste uitwinning? Moet het ziekenhuis als eerste worden aangepakt en dus worden lamgelegd? Of hebben we hier een casus waar de hoofdschuldenaar zo lang mogelijk uit de wind moet worden gehouden, althans in de rechtsverhouding tot andere (semi-)publieke organisaties?

Het Juridisch en Historisch Genootschap Spijkenisse vraagt u hieraan een lezing te wijden. U neemt de opdracht aan en duikt de geschiedenis in om te onderzoeken of er aanknopingspunten zijn voor de stelling dat publieke belangen kunnen meebrengen dat de borg of de derde-bezitter als eerste *moet* worden aangesproken. U vraagt zich ook af in welk dogmatisch vat zo'n plicht zou kunnen worden gegoten.

UITWERKING

Dames en heren!

1 INLEIDING

Er is een tijd geweest dat bestuursorganen goedbetaalde interim-managers van heinde en verre haalden om de publieke zaak te administreren. Deze interim-managers bleven meestal slechts een jaar op hun post en verdienden vele malen meer dan de Balkenende-norm. Het vak leerden zij uit gespecialiseerde literatuur die hen inwijdde in de geheimen van accounting, het geven van motiverende speeches en onderhandelingen over het salaris. Zij woonden met hun staf in stadspaleizen, ter beschikking gesteld door de gemeente, zoals die nog te bewonderen zijn in steden als Siena en Venetië. Het betreft hier de *podestà*, een ingehuurde burgemeester uit het noorden van Italië tussen de twaalfde en dertiende eeuw.¹

Aan het einde van zijn ambtstermijn werd een proces gevoerd tussen de gemeente en de *podestà*, waarin rekening en verantwoording werd gegeven voor het beleid. Als er een tekort op de balans was dan werd dat ingehouden op de beloning – wellicht een verbetering ten opzichte van het nu gangbare beloningssysteem. Tot zekerheid van een eventuele vordering op de interim-manager wegens onkundig bestuur placht men bovendien borgen te stellen. En zo komen in het *podestà*-proces alle ingrediënten terug van een verrassend modern drama: publiekrecht, privaatrecht, debiteur en crediteur in wisselwerking, en derden die zekerheid stellen voor een schuld waarvoor zij niet draagplichtig zijn. De vaststelling van de verplichtingen tussen *podestà* en stadstaat vereiste, vrij vertaald naar de huidige tijd, een afweging tussen de belangen van (semi-)overheidsorganen die hun verhouding *privaatrechtelijk* hebben vormgegeven. Geeft de aard van de betrokken partijen reden tot afwijking van de privaatrechtrechtelijke regels?

2 CASUS

U vraagt zich wellicht af wat een Italiaanse *podestà* van doen heeft met zorg en zekerheid. Het antwoord is tweeledig. In de eerste plaats was het *podestà*-proces belangrijk voor de ontwikkeling van het Romeinse recht met betrekking tot borgstelling voor magistraten (dat wil zeggen: publiekrechtelijke zekerstelling) gedurende de Middeleeuwen. Daarbij speelde de subsidiaire aanspra-

1 Zie, voor de invloed van de *podesteria* op de bloei van Genua, bijv. A. Greif, 'On the political foundations of the late medieval commercial revolution: Genoa during the twelfth and thirteenth centuries', *Journal of Economic History* 54, 1994, p. 280-284.

kelijkheid van borgen een belangrijke rol. Onder de invloed van het *droit commun français* en de Code civil is die subsidiaire aansprakelijkheid sindsdien op een aantal punten gewijzigd ten opzichte van de Middeleeuwen, maar haar wortels zijn nog goed herkenbaar in de regelingen van art. 7:855 BW (borgtocht) en art. 3:234 BW (pand en hypotheek).² En in de tweede plaats keert het Middeleeuwse bestuursapparaat, zij het in de inheemse variant, terug in de naam van het ziekenhuis dat ik ten voorbeeld wil geven.

Het Ruwaard van Puttenziekenhuis in Spijkenisse financierde in 2004 zijn nieuwbouw door een lening van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG). Tot zekerheid werd een borgstelling verkregen van het Waarborgfonds voor de Zorgsector (WFZ). Het WFZ was daartoe bereid omdat de gemeente Spijkenisse als derde-zekerheidsgever een hypotheekrecht op de gemeentegrond verleende waarop het ziekenhuis stond: niet als zekerheid voor de lening van de BNG, maar ter versterking van de regresvordering van het WFZ op het ziekenhuis. Aldus hebben wij te maken met een private zorginstelling³ als hoofdschuldenaar, een semi-overheidsbank⁴ als crediteur, een door het ministerie van VWS opgerichte stichting⁵ als borg en een gemeente als derde-zekerheidsgever. De vraag die onvermijdelijk rijst is wat de volgorde van uitwinning moet zijn als het ziekenhuis niet aan zijn verplichtingen voldoet. Brengt de subsidiariteit van borgtocht en derde-zekerheid met zich mee dat de BNG zich eerst onder het ziekenhuis moet verhalen alvorens bij het WFZ aan te kloppen? En als het WFZ overgaat tot betaling, moet het dan eerst beslag leggen onder het ziekenhuis alvorens zijn hypotheek op de gemeentegrond te executeren?

3 PRIVATE BELANGEN

Het is dienstig om de publiekrechtelijke factoren zoveel mogelijk uit de vergelijking te halen. De betrokken partijen hebben er immers voor gekozen hun relatie in het privaatrechtelijke vat te gieten: door het oprichten van allerlei rechtspersonen, en door gebruik te maken van het privaatrechtelijk instrumentarium van geldlening, borgtocht en hypotheek.

2 Zie, passim, E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, diss. Leiden, Den Haag 2010.

3 Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis: jaardocument 2009, p. 5. Zie: <<http://www.rpz.nl/showdownload.cfm?objecttype=mark.hive.contentobjects.download.pdf&objectid=5B13B181-A950-FE3E-8D0CFE4392D9C942>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

4 De BNG is een privaatrechtelijke rechtspersoon (NV) waarin de Staat de helft van de aandelen houdt, terwijl de andere helft in handen is van gemeenten, provincies en een hoogheemraadschap. Zie: <<http://www.bng.nl/smartsite.shtml?ch=int&id=62659>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

5 De WFZ is een onafhankelijk fonds, ondergebracht in een stichting, waarvan de solvabiliteit in laatste instantie wordt gegarandeerd door het Rijk. Zie: <<http://www.wfz.nl/index2.php?content=structuur>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

Naar het geldende privaatrecht kan een borg worden aangesproken indien de hoofdschuldenaar is tekort geschoten in de nakoming van diens verbintenis (art. 7:855 lid 1). Blijkens de parlementaire geschiedenis zal de crediteur 'het nodige'⁶ moeten doen om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet zal betalen. Het tweede lid van art. 7:855 maakt duidelijk dat de wetgever hier in het bijzonder de ingebrekestelling op het oog heeft. Door het verstrijken van de fatale termijn voor nakoming door de hoofdschuldenaar wordt de verbintenis van de borg opeisbaar.⁷ Het betreft een zeer lichte vorm van subsidiariteit, die bovendien regelmatig in de praktijk nog wordt afgezwakt door een partijbeding (art. 7:862 sub a). De schuldeiser heeft dus regelmatig de keuze tussen het aanspreken van de borg en het aanspreken van de hoofdschuldenaar. Die keuze wordt slechts genormeerd door de bepaling van art. 3:13 lid 2: een executiebevoegdheid mag niet slechts om te schaden worden uitgeoefend, noch voor een ander doel dan verhaal, noch wanneer zij in redelijkheid tot een andere belangenafweging moet leiden. Maar omdat een crediteur nagenoeg altijd voldoende belang zal hebben bij het innen van zijn vordering, zal de situatie zich zelden tot nooit voordoen dat verhaal onder borg of schuldenaar misbruik oplevert.⁸ De crediteur heeft immers het volste recht op tijdige en volledige betaling van zijn vordering, en het is juist om die betaling te garanderen dat de zekerheidstelling is afgegeven.

Laten wij aannemen dat de borg wordt aangesproken. Door de betaling verkrijgt hij een opeisbare regresvordering op de hoofdschuldenaar, die is verzekerd door een hypotheek op de grond van een derde. Het is opmerkelijk, maar historisch zeer goed verklaarbaar, dat de derde in dit geval géén beroep kan doen op een volgorde van uitwinning.⁹ Art. 3:234 vereist daarvoor immers dat zich onder de debiteur nog andere goederen bevinden die voor dezelfde schuld zijn bezwaard, wat hier niet het geval is. Zelfs als de regresnemer beslag heeft gelegd op goederen van de schuldenaar, kan de derde niet verlangen dat deze mede in de verkoop worden begrepen en als eerste worden verkocht.¹⁰ Het voorrecht van uitwinning is alleen van toepassing als de regresnemer beschikt over twee *gelijkwaardige* zekerheidsrechten, zodat het voor hem

6 PG Boek 7 (Inv. 3, 5, 6), MvT, p. 438.

7 De crediteur is daarom verplicht mededeling aan de borg te doen wanneer hij de hoofdschuldenaar in gebreke stelt (art. 7:855 lid 2). Daaraan moet worden toegevoegd dat mededeling niet is vereist wanneer het verzuim van de hoofdschuldenaar zonder ingebrekestelling intreedt (art. 6:83), bijvoorbeeld door het verstrijken van een aflossingstermijn, of wanneer de gevolgen van niet-nakoming intreden voordat de hoofdschuld opeisbaar is (art. 6:80), bijvoorbeeld door een mededeling van de debiteur dat hij tekort zal schieten. Vgl. Koops 2010, p. 351-356.

8 De Groot, WPNR 5953 (1990), p. 188; Koops 2010, p. 357-366.

9 Koops 2010, p. 256-258, 281 en 296-297.

10 Stein, *Boek 3.9 artikelsgewijs commentaar* (GRS losbl. 2008), aant. 6.4 bij art. 3:234; Koops 2010, p. 324.

van weinig gewicht is welke hij uitoefent.¹¹ Dit brengt mee dat de regresnemende borg de *keuze* heeft tussen het aanspreken van de hoofdschuldenaar en het executeren van zijn zekerheidsrecht onder de derde. Die keuze wordt, opnieuw, genormeerd door het leerstuk van misbruik van executiebevoegdheid. Daarbij valt te bedenken dat een dergelijk keuzerecht bij pand en hypotheek de *normale* toestand is. Uit de ondeelbaarheid van het recht van hypotheek (art. 3:230) vloeit immers voort dat de gehele schuld kan worden verhaald op ieder afzonderlijk zekerheidsobject.¹²

Dit resultaat is geenszins onredelijk. Crediteuren nemen zekerheid om een extra verhaalsmogelijkheid te verkrijgen die hen beveiligt tegen een eventueel faillissement, en verlenen daarzonder geen krediet. De zekerheid is het grootst wanneer de keuze tussen twee verhaalsmogelijkheden in vrijheid kan worden gemaakt. Geen wonder dus, dat privaatrechtelijke partijen er veelal voor kiezen, als het resultaat van onderhandelingen, om de crediteur zijn keuze te laten. Het belang van de niet-draagplichtige zekerheidsgever (borg of derde-zekerheidsgever) wordt voldoende bewaakt door de mogelijkheid van regres en subrogatie.

4 PUBLIEKE BELANGEN

Nu rijst de vraag of het bovenstaande van toepassing is op instanties die een publieke taak vervullen, bijvoorbeeld de waarborging van toegang tot de gezondheidszorg (vgl. art. 22 lid 1 Gw). De Sorin Group, 's werelds grootste leverancier van hartmachines, zal beslag leggen onder het ziekenhuis als de rekening niet wordt betaald. Zij is niet door de wetgever geroepen om een publieke taak te vervullen. Is dit anders voor de Bank Nederlandse Gemeenten? Krachtens haar statuten oefent zij een bedrijf uit ten behoeve van aandeelhouders, die delen in de winst.¹³ De BNG is dus een bank als iedere andere: weliswaar zijn alle aandeelhouders overheidsorganen, maar hun invloed is beperkt tot een stem in de AVA, terwijl de vennootschap wordt geleid door een Raad van Bestuur en niet door de overheid. Dit betekent dat de BNG evenmin als de Sorin Group is gehouden om betalingsproblemen door de vingers te zien. Zij mag bij verzuim kiezen of zij het WFZ als borg aanspreekt, of het ziekenhuis als hoofdschuldenaar.

11 Vgl. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972, p. 343 en 468; Pitlo/Brahn, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek II: het zakenrecht*, 9^e druk, Arnhem 1987, p. 409 en 556.

12 De Groot, WPNR 5953 (1990), p. 187; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek III: goederenrecht*, 12^e druk, Deventer 2006, nr. 750; Koops 2010, p. 284-285 en 357.

13 Statuten BNG, art. 2 lid 1 en 2; art. 23. Zie: <http://www.bng.nl/Docs/PDFs/Statuten%20Voorwaarden%20BNG/BNG_Statuten_NL.pdf> (geraadpleegd 31 augustus 2010). In 2009 bedroeg die winst 278 miljoen euro, waarvan de helft werd uitgekeerd.

Stel dat het Waarborgfonds, zijn doelstelling indachtig, overgaat tot betaling. Is het dan verplicht om het ziekenhuis bij het nemen van regres uit de wind te houden? Het antwoord is opnieuw ontkennend. Het WFZ is een onafhankelijke stichting, een privaatrechtelijke rechtspersoon, die ten behoeve van 'deelnemers' borgstellingen verstrekt. Het vermogen daartoe wordt gegarandeerd door het Rijk, maar daar houdt iedere overheidsbemoeienis op. Krachtens het Reglement van Deelneming is de deelnemer volledig aansprakelijk jegens het WFZ wanneer dit fonds de schuld heeft betaald.¹⁴ Ook hier is bewust gekozen voor een privaatrechtelijke vorm van zorgfinanciering, en dat betekent dat het privaatrecht onverkort van toepassing is. Het stichtingsbestuur zal dus de keuze mogen maken om het ziekenhuis aan te spreken tot verhaal; maar het kan ook beslissen om eerst de hypotheek onder de gemeente te executeren. Daartoe bestaat géén rechtsplicht, maar niet-juridische overwegingen kunnen eventueel een rol spelen. De gemeente zal dan door subrogatie in de rechten van het WFZ treden. Alle derden zijn nu uit de vergelijking geschreven. Wat overblijft is de één-op-één relatie tussen het ziekenhuis en de gemeente. Mag de gemeente zich als crediteur verhalen op het ziekenhuis? Die bevoegdheid bestaat in beginsel wel, maar zij mag niet worden misbruikt: dat is bijvoorbeeld het geval als een belangenafweging in redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid kan leiden (art. 3:13 lid 2).¹⁵ Bovendien mag de verhaalsbevoegdheid niet worden uitgeoefend in strijd met het publiekrecht (art. 3:14).

Nu hebben gemeenten verschillende wettelijke zorgtaken,¹⁶ maar de gezondheidszorg als zodanig ressorteert onder het ministerie van VWS. Het is dus niet aan gemeentelijke overheden om ziekenhuizen operationeel te houden, maar aan de rijksoverheid. De wetgever heeft daarbij gekozen voor een systeem van ziektekostenfinanciering en controle op de kwaliteit van zorgverlenende instanties, en niet voor directe exploitatie van ziekenhuizen door het ministerie. Anders gezegd: de overheid stuurt de zorgmarkt, maar dicteert haar niet. Een gemeente is dus geenszins verplicht om een falend ziekenhuis financieel te steunen door haar vordering niet geldend te maken. Sterker nog, het is mogelijk dat een dergelijke gedraging als verboden staatssteun wordt gekwalificeerd.¹⁷

Dit betekent nog niet dat de gemeente Spijkenisse onmiddellijk tot inning kan overgaan. Zij zal rekening moeten houden met alle betrokken belangen

14 Reglement van Deelneming WFZ, art. 26. Zie: <http://www.wfz.nl/download.php?file=pub_statuten.10.strDownload.Reglement%20van%20Deelneming%202006.pdf> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

15 Zie, voor een voorbeeld (tijdelijk verbod op executie): Rb. Zutphen (KG), 21 maart 1983, KG 1983, 161.

16 Hierbij valt te denken aan welzijnszorg, (collectieve) preventieve zorg en maatschappelijke zorg, zoals die taken worden opgelegd in onder meer de Wet publieke preventie en de Wet maatschappelijke ondersteuning.

17 Art. 107 VWEU (PB C 115 van 9 mei 2008, p. 91-92).

(waaronder de nabijheid van andere zorginstellingen en de continuïteit van zorgverlening aan haar bevolking), maar als ten slotte het afgewogen besluit wordt genomen om executoriaal beslag te leggen onder het wanbetalende ziekenhuis, dan staat de gemeente in haar recht. Tot slot valt hierbij te bedenken dat het ministerie, of een overnemende partij, om dit resultaat te voorkomen desgewenst en onverplicht kan overgaan tot betaling van de schuld (art. 6:30 lid 1). Op dergelijke staatssteun mag echter nooit worden gerekend: daarvan zou een perverse prikkel uitgaan, zoals de recente geschiedenis van het bankwezen heeft aangetoond.

5 BESLUIT

De weinig verrassende conclusie moet dan luiden dat een ziekenhuis een debiteur is als ieder ander. Bij financieel wanbeheer zal de markt haar werk doen, zoals ook door de wetgever is beoogd. Incidenteel kan dit betekenen dat een ziekenhuis in surséance komt te verkeren of zelfs failliet gaat, met verstoring van de zorgverlening tot gevolg. Wie zich om dit resultaat bekreunt, moet wellicht bedenken dat de Italiaanse podesteria, die niets anders inhoudt dan de uitoefening van publieke taken krachtens privaatrechtelijke overeenkomst, bestuurlijk professionalisme en welvaart bracht aan de Italiaanse stadstaten.

(Aantal woorden: 1871)

C O M M E N T A A R

Mooi verhaal, Egbert, maar pittig voor de Spijkenisser historici en juristen.

De opening, over de wijze waarop de inzet van hoge managers werd en wordt geregeld, prikkelt. Aan het slot kom je erop terug, met de suggestie dat die duurbetaalde lui van toen waar voor hun geld hebben geleverd. Ik waag te betwijfelen of de ziekenhuizen van nu er over zeven eeuwen nog net zo inspirerend bij staan als de *Spedale Santa Maria della Scala* in Siena.

Het gaat om de financiële continuïteit van het ziekenhuis en de toegankelijkheid van de lokale gezondheidszorg voor de burger. Wie is daarvoor verantwoordelijk?¹ Ik denk dat het nodig is de aanspraak van de burger verder uit te werken – in het licht van recente jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad – om vervolgens de private constructies die in de weg staan aan de verwezenlijking van die aanspraak, te ontmantelen.

De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid (art. 22 lid 1 Grondwet). Burgers hebben recht op een zo goed mogelijke geestelijke en fysieke gezondheidstoestand (art. 12 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten). In het kader van laatstgenoemd verdrag worden de verdragsstaten uitgenodigd te rapporteren de maatregelen die zij hebben genomen om te bevorderen:

- ‘(a) That preventive, curative, and rehabilitative health facilities, goods and services are within safe reach and physically accessible for everyone, including older persons and persons with disabilities;
- (b) That the costs of health-care services and health insurance, whether privately or publicly provided, are affordable for everyone, including for socially disadvantaged groups’.²

Gezondheidszorg moet bereikbaar zijn, dus:

- ‘health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population, especially vulnerable or marginalized groups, such as ethnic minorities and indigenous populations’.³

Het verdragscomité deed Marokko de aanbeveling de verschillen tussen stedelijke en landelijke gebieden te verkleinen en zij prees Noorwegen voor

1 Externe toezichthouders niet; M.M. den Boer, ‘Overheidstoezicht op private instellingen die publieke taken uitvoeren’, *RegelMaat* 2010 (25) 3, p; 91-93.

2 *Guidelines on treaty-specific documents to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; paragraaf 56; te vinden onder: <www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/>.

3 *General Comment No. 14* (2000), E/C.12/2000/4 11, te raadplegen op: <daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>.

de verplichting van jongafgestudeerde artsen een jaar te werken in gezondheidscentra in afgelegen gebieden.⁴

Met deze bepalingen is nog geen positieve verplichting gegeven om een ziekenhuis in stand te houden, laat staan dat zij rechtstreeks door burgers kan worden ingeroepen.

Artikel 8 EVRM biedt enig perspectief. Uit een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het waarborgen van de toegankelijkheid en de kwaliteit van de gezondheidszorg positieve staatsverplichtingen zijn die in beginsel kunnen worden getoetst aan het door artikel 8 lid 1 EVRM beschermde recht op bescherming van het privéleven.⁵ De jurisprudentie is toegesneden op het privéleven van de burger, die aanspraak heeft op noodzakelijke maatregelen, voor zover er sprake is van een direct en onmiddellijk verband bestaat tussen het privéleven en de gevraagde voorziening en voldaan is aan de eis van *fair balance* tussen de belangen van de klager en de belangen van de samenleving als geheel, waarbij de overheid een *margin of appreciation* wordt gelaten.

Heel wijds is dit perspectief niet, zo bleek uit de beoordeling van de subsidiering van het vervoer van gehandicapten. De rechter respecteert de politieke keuze om een gemaximeerd budget voor gehandicaptenvervoer te reserveren en om een voor iedere gehandicapte gelijkelijk geldende regeling te treffen die binnen dat budget past, waarbij uitdrukkelijk wordt overwogen dat in overleg met het parlement een belangenafweging heeft plaatsgevonden, met een uitkomst die niet evident onredelijk of onmiskenbaar onrechtmatig is.⁶ Interessant is de conclusie van advocaat-generaal Keus voor dit arrest. Hij bespreekt de vraag of het de overheid vrijstaat het niveau van gezondheidszorg terug te schroeven. Het antwoord luidt positief. Weliswaar kan het feit dat een bepaalde maatregel is getroffen onder omstandigheden grond bieden aan het vermoeden dat daarmee een *fair balance* is bewerkstelligd, maar anderzijds kan juist uit de ervaring met de uitvoering van een dergelijke, reeds getroffen maatregel blijken dat een evenwicht (hetzij ten detrimente van de verwerkelijking van het betrokken grondrecht, hetzij ten detrimente van de andere betrokken belangen) nog niet was bereikt. Budgettaire ruimte en prioriteiten kunnen en mogen elke volgende stap in belangrijke mate bepalen.

De burgers van Spijkenisse hebben dus kansen, zij het geringe, indien hun Ruwaard van Putten zou worden bedreigd met de executoriale verkoop van zijn bezittingen, omdat hij niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit de financieringsovereenkomst. Voor zover zij een individueel belang hebben bij de lokale beschikbaarheid van bepaalde medische voorzieningen hebben zij een aanspraak jegens de overheid op continuering van die voorzieningen.

4 Brigit C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, diss. Utrecht, Antwerpen-Groningen-Utrecht: Intersentia – Hart 1998, p. 120.

5 EHRM 4 januari 2005, EHRC 2005, 33, m.nt. A.C. Hendriks.

6 HR 22 december 2006, NJ 2007, 292, m.nt. EAA.

Zeker is het niet – er is een metro-verbinding met het Erasmus Medisch Centrum – maar kansloos evenmin. Tot wie moeten zij zich wenden, de Staat, de gemeente, de bank, de borg?

Jouw suggestie dat men bij de Minister van Volksgezondheid moet zijn, zou ik niet willen overnemen. Je zou de burgers van Spijkenisse ermee het bos in kunnen sturen, zoals de burgers die waren geïndiceerd voor thuiszorg en ruime tijd op een wachtlijst stonden. Deze hielden op een gegeven moment de Staat verantwoordelijk. Zonder succes, aldus het Hof 's-Gravenhage in kort geding:

‘Voorzover Pronk c.s. bedoelen te stellen dat de Staat, door de budgetten van de zorgverzekeraars te laag vast te stellen, waardoor de zorgverzekeraars niet in staat zijn de aanspraken van Pronk c.s. op zorg geldend te maken, (ook) tegenover Pronk c.s. onrechtmatig handelt, overweegt het hof dat een rechtstreekse aanspraak van een verzekerde jegens de Staat om voor voldoende financiering van de zorgverzekeraar te zorgen niet past in het wettelijk stelsel van die financiering, omdat in dat systeem de verantwoordelijkheid voor de toedeling van de middelen over de verschillende zorgverzekeraars niet bij de Staat is gelegd.’

De wijze waarop de voor de zorg bestemde gelden worden aangewend en hoe die onder de verschillende zorgverzekeraars worden verdeeld is uitgewerkt in een complex van wettelijke regelingen. Daarbij is aan de Staat geen directe bemoeienis toegedacht en dus, volgens het Hof, geen verantwoordelijkheid.⁷

Overigens zou ik menen dat er aanleiding is naar alle betrokken overheden en semi-publiekrechtelijke instellingen te kijken. De positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM en de aanspraak op toegankelijke gezondheidszorg, neergelegd in artikel 12 IVESCR richten tot de verdragsstaten, ongeacht welk onderdeel van de publieke organisatie verantwoordelijk is voor de uitvoering. Moeten niet alle betrokken partijen kunnen worden aangesproken op de fundamentele overheidstaak de gezondheidszorg te bevorderen? Een positief antwoord ligt in de rede, als al die partijen zijn opgericht om de uitvoering of de financiering van publieke taken, in het bijzonder taken in de gezondheidszorg, te faciliteren.

Vanzelfsprekend moet rekening worden gehouden met de budgettaire beperkingen van de overheid, maar daarbij rijst wel de vraag of en in hoeverre met de eigen financiële belangen van al die tussenschakels moet worden rekening gehouden. Hoe meer tussenschakels er zijn, hoe meer eigen belangen van al die semipublieke financiers in het geding komen en hoe lastiger het is de *fair balance* tussen de belangen van de burger en die van de samenleving als geheel te bepalen. Ik kan mij daarom voorstellen dat niet alle eigen belangen van betrokken financiers relevant worden geacht voor de evenwichtige afweging die artikel 8 EVRM vordert. Het zou de overheid wel erg makkelijk

7 Hof 's-Gravenhage 23 december 1999, KG 2000, 63.

worden gemaakt de balans te beïnvloeden. Misschien mag een indicatie voor de juistheid van deze gedachte zijn dat – zoals je schrijft – de solvabiliteit van het Waarborgfonds voor de zorgsector in laatste instantie wordt gegarandeerd door het Rijk.

Ik heb gevraagd je te concentreren op de schuldeiser (de Bank Nederlandse Gemeenten) en de schuldenaar die wordt aangesproken uit hoofde van de borgtocht of de derdenhypotheek (het Waarborgfonds voor de Zorgsector of de gemeente). Dienen zij de Ruwaard van Putten uit de wind te houden? Jij komt volgens mij terecht uit bij de artikelen 3:13 en 14 BW. Wie haar bevoegdheid misbruikt, omdat er sprake is van een onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, kan die bevoegdheid niet invoeren (art. 3:13 BW). Bij de afweging dienen de regels van publiekrecht in acht te worden genomen (art. 3:14 BW).⁸ In dit juridisch kader kan betekenis worden toegekend aan de hiervoor geschetste aanspraak van de burger op grond van artikel 8 EVRM en 12 IVESCR, zoals de op genoemde verdragsbepalingen gebaseerde positieve verplichting de toegankelijkheid van de gezondheidszorg te bevorderen. Ook kunnen in dat kader de interne financiële belangen van de tussenschakels worden gerelativeerd.

Deze afweging – niet de eeuwenoude afweging naar billijkheid die ten grondslag ligt aan het voorrecht van uitwinning – strekt de Bank Nederlandse Gemeenten, het Waarborgfonds voor de Zorgsector en de gemeente tot steun, indien één van hen besluit geen of terughoudend gebruik te maken van de bevoegdheid tot uitwinning van het ziekenhuis.

En de individuele burger van Spijkenisse (of zijn collectieve belangenbehartiger)? Het perspectief op erkenning van zijn aanspraak op concrete zorg in de nabije omgeving mag beperkt zijn en de *margin of appreciation* van de overheid groot, gegeven de budgettaire schaarste, maar zijn concrete belang zou tegenover de instellingen die elk een rol hebben in de financiering van de gezondheidszorg zwaar genoeg kunnen zijn om de dreigende sluiting van een voorziening, minst genomen tijdelijk, tegen te houden. Het gevolg zou bijzonder zijn: het voorrecht van uitwinning dat normaliter toekwam aan de borg of derdenhypotheekgever, zou toekomen aan de hoofdschuldenaar, in het belang van een derde, de burger.

8 Wij moeten het erop houden dat artikel 3:14 BW ook op particulieren van toepassing kan zijn (MvA II Inv., *Parl. Gesch.*, p. 1055), zeker particulieren die betrokken zijn bij de uitvoering van publieke taken.

