



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ontbrekende schakel. Over artikel 3 EVRM als onderdeel van het rechterlijk toetsingskader bij financiële besluiten

Kruif, C. de; Ouden, W. den; Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van; Loof, J.P.

Citation

Kruif, C. de, & Ouden, W. den. (2009). De ontbrekende schakel. Over artikel 3 EVRM als onderdeel van het rechterlijk toetsingskader bij financiële besluiten. In T. Barkhuysen, M. L. van Emmerik, & J. P. Loof (Eds.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema* (pp. 261-278). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13900>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13900>

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

*Christien de Kruif & Willemien den Ouden**

1 Inleiding

Bestuursrechters in Nederland worden bij de beoordeling van besluiten over financiële bijdragen van overheidswege regelmatig geconfronteerd met het feit dat het wettelijk kader te wensen over laat. Dit soort financiële verstrekkingen worden in Nederland soms nonchalant of geheel niet geregeld door de wetgever; de kwalificatie van de bijdrage als bijvoorbeeld een subsidie, een uitkering of een schadevergoeding en de verdere regulering daarvan is (te) weinig uitgewerkt.¹ Het kan dan jaren duren voordat rechtens vaststaat om wat voor soort bijdrage het precies gaat, welke rechter bevoegd is tot oordelen en welk toetsingskader hij daarbij moet hanteren. Dat de wetgever in gebreke is gebleven of onduidelijk werk heeft afgeleverd, wordt door de bestuursrechter vaak niet afgestraft. Het tijdsverloop en het belang van partijen bij een inhoudelijk oordeel over het voorliggende geschil, zijn factoren zijn die de rechter welhaast dwingen tot een strategische aanpak. Met kunst- en vliegwerk wordt bijvoorbeeld het punt van een ontoereikende wettelijke grondslag omzeild of wordt een wettelijk toetsingskader 'gevonden' in heel algemene grondslagen, zoals een begrotingspost.

Recentelijk heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een geval waarin de grondslag van het besluit en het toetsingskader niet door de wetgever waren verzorgd, het internationale recht gebruikt om uitkomst te kunnen bieden. Artikel 3 EVRM werd gebruikt als bouwsteen voor het te hanteren toetsingskader in een belangrijk geschil over vergoedingen te betalen aan zorgverleners die psychiatrische zorg verleenden aan illegale (onverzekerde) vreemdelingen op grond van een rechterlijke maatregel, een inbewaringstelling of een terbeschikkingstelling. Langs die weg konden hiaten in de regelgeving rond de Stichting Koppeling, de rechtsper-

■ Mr. C. de Kruif en prof. mr. drs. W. den Ouden zijn respectievelijk als onderwijs- en onderzoeks-medewerker en hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

1 Zie daarover uitgebreid M.K.G. Tjepkema & W. den Ouden, 'Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', *NTB* 2006, p. 101-116.

soon waarbij dergelijke vergoedingen kunnen worden aangevraagd, ingevuld worden.² Een onverwacht maar duidelijk voorbeeld van de werking van een Europese mensenrechtenbepaling in de Nederlandse rechtsorde en aanleiding voor onze bijdrage getiteld 'De ontbrekende schakel'.

In het vervolg van deze bijdrage zal eerst kort worden ingegaan op de achtergrond van het Koppelingsfonds en wordt geïnventariseerd welke schakels in de toepasselijke wetgeving bleken te ontbreken. Daarna bespreken wij de wijze waarop de Afdeling zich gedwongen zag deze hiaten te vullen teneinde effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden aan getroffen zorginstellingen en zorgverleners. In de laatste paragraaf wordt de reactie van de wetgever kort beschreven. Wij sluiten af met een conclusie.

2 Van Koppelingswet tot Koppelingsfonds

Het Koppelingsfonds is een 'uitvloeisel' van de zogenaamde Koppelingswet. In deze wet werd het koppelingsbeginsel ingevoerd, waarmee het voor vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven veel moeilijker moest worden om dat verblijf voort te zetten. Uit de parlementaire geschiedenis van de Koppelingswet volgt dat een fonds in het leven moest worden geroepen van waaruit onder bepaalde voorwaarden uitkeringen kunnen worden gedaan aan zorginstellingen en zorgverleners vanwege door hen aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen verleende 'medisch noodzakelijke zorg'. In deze paragraaf beschrijven wij kort hoe de wetgever gedurende de parlementaire behandeling van de Koppelingswet geen aandacht heeft gehad voor de vraag naar de wettelijke kwalificatie (bestuursorgaan) van de beheerder van dit in het leven te roepen fonds, noch voor de vraag hoe de uitkeringen uit het fonds juridisch moeten worden gekwalificeerd.

2.1 De Koppelingswet

Onder de noemer 'Koppelingswet' vallen de wijzigingen in de Vreemdelingenwet (en enkele andere wetten) waarmee het zogenaamde 'koppelingsbeginsel' werd ingevoerd.³

2 ABRvS 18 juni 2008, AB 2008/235, m.nt. Barkhuysen en Den Ouden, JB 2008, 177.

3 'Wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland', *Stb.* 1998, 204. Voor de volledige parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, zie *Kamerstukken II* 1994/95, 1995/96, 1996/97, 1997/98, 24 233. *Handelingen II* 1996/97, p. 410-463, 844-862, 1112-1135, 1452-1466, 1552-1554; *Kamerstukken I* 1996/97, 24 233 (76, 76a (herdr.), 76b, 76c, 76d); 1997-1998, 24 233 (149, 149a) en *Handelingen I* 1997/98, zie vergadering d.d. 24 maart 1998.

Het koppelingsbeginsel houdt in dat vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven, geen aanspraak hebben op verstrekkingen en voorzieningen van overheidswege.⁴ Anders gezegd: deze groep heeft geen aanspraak op verstrekkingen en voorzieningen die ten gevolge van een beschikking van een bestuursorgaan toegankelijk worden. Het koppelingsbeginsel 'koppelt' daarmee de aanspraak op verstrekkingen en voorzieningen van overheidswege aan het rechtmatig verblijf. Dit uitgangspunt heeft zijn beslag gekregen in artikel 10, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw):

'De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, kan geen aanspraak maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing op de bij de wet of algemene maatregel van bestuur aangewezen ontheffingen of vergunningen.'

Het koppelingsbeginsel vormt het sluitstuk van het geïntegreerde vreemdelingenbeleid zoals dat begin jaren '90 is ingezet.⁵ Met dit beleid wordt een tweeledig doel gediend.⁶ Ten eerste moet worden voorkomen dat niet-rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen hun wederrechtelijk verblijf feitelijk kunnen voortzetten door verstrekkingen en voorzieningen vanwege de overheid. Ten tweede moet het koppelingsbeginsel voorkomen dat een niet-rechtmatig verblijvende vreemdeling een schijn van legaliteit kan verwerven waardoor hij niet of minder makkelijk uitzetbaar wordt.

Eén van de aanspraken waarvoor het koppelingsbeginsel gelding heeft, is de aanspraak op verlening van zorg op grond van een sociale ziektekostenverzekering. De consequentie hiervan is dat niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen zich niet via het sociale ziektekostenstelsel kunnen verzekeren.⁷ Zo wordt voorkomen dat de aldus verstrekte medische zorg ten laste komt van de collectieve

-
- 4 Uitgangspunt is dat alleen een vreemdeling die tot Nederland is 'toegelaten' rechtmatig verblijft in Nederland. Toelating duidt op de instemming van de autoriteiten met het verblijf van de vreemdeling voor bepaalde of onbepaalde tijd in Nederland. Van instemming is zonder meer sprake wanneer die blijkt uit de aan de vreemdeling toegekende verblijfsvergunning op grond van bijvoorbeeld één van de in de Vw omschreven verblijfstitels. Zie voor verschillende categorieën van rechtmatig verblijvende vreemdelingen artikel 8 a t/m l Vw. Maar ook rechtstreeks op grond van het Gemeenschapsrecht dan wel op grond van internationale afspraken kan een vreemdeling een verblijfstitel hebben waardoor sprake is van rechtmatig verblijf. Rechtmatig verblijf is echter niet gelijk aan c.q. beperkt tot het verblijven in Nederland met een (geldige) verblijfstitel. Ook vreemdelingen die, bijvoorbeeld, de beslissing op hun aanvraag voor een verblijfsvergunning in Nederland mogen afwachten en vreemdelingen aan wie uitstel voor vertrek is verleend maar ook vreemdelingen die vanwege medische redenen niet uitgezet kunnen worden, verblijven rechtmatig in Nederland. Vreemdelingen die in Nederland zonder verblijfstitel verblijven, zijn daarom niet automatisch 'illegaal' (Kuijer e.a., *Nederlands vreemdelingenrecht*, Boom Juridische uitgevers 2005, p. 93).
- 5 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 981, nr. 1 waarin de Staatssecretaris de noodzaak van een geïntegreerd vreemdelingenbeleid uit de doeken doet.
- 6 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3 p. 1.
- 7 Art. 5, tweede lid, van de AWBZ en art. 2 Zvw. De Zvw is als gevolg van mechanismen zoals de acceptatieplicht geen zuiver privaatrechtelijke ziektekostenverzekering maar een sociale ziektekostenverzekering.

middelen.⁸ Het afsluiten van een andersoortige verzekering tegen gezondheidsrisico's is wel toegestaan.⁹

In het tweede lid van artikel 10 Vw 2000 zijn vier uitzonderingen op het koppelingsbeginsel geformuleerd waaronder de verstrekking van 'medisch noodzakelijke zorg':

'2. 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.'

De formulering van het tweede lid geeft aanleiding tot een misvatting: er lijkt te staan dat de niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling *aanspraak* heeft op de verstrekking van 'medisch noodzakelijke zorg'. Uit de wetsgeschiedenis wordt echter duidelijk dat dit door de wetgever niet zo is bedoeld: er is slechts beoogd eventueel te voorzien in de *financiering* van die zorg.¹⁰

'Wij geven toe dat de formulering van de genoemde bepaling een onjuiste indruk kan wekken: het is immers niet de opzet om rechtstreekse 'aanspraken' te creëren, maar om mogelijk te maken dat de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport financiële middelen ter beschikking kan stellen aan een fonds dat in een aantal gevallen tegemoetkomingen aan hulpverleners verstrekt.'¹¹

Met deze opmerking in de Memorie van Toelichting werd de aanzet gegeven tot de oprichting van het Koppelingsfonds en de verstrekking van uitkeringen uit dit Fonds aan zorgverleners. Maar meer dan een aanzet werd het niet; noch het Fonds noch de tegemoetkomingen werden verder geregeld in de Koppelingswet.

2.2 Medisch noodzakelijke zorg

De reden voor het opnemen van de uitzondering voor i.c. 'medisch noodzakelijke zorg' voert terug op de crux van het wetsvoorstel: de uitsluiting van personen van het sociale ziektekostenstelsel teneinde de collectieve middelen te beschermen met als gevolg dat de betalingsverplichting voor alle zorg (óók de medisch noodzakelijke) op de persoon *zelf* rust. De regering erkende wel dat deze mensen veelal niet in staat zullen zijn de kosten te voldoen nu illegale vreemdelingen op grond van dezelfde Koppelingswet zijn uitgesloten van bijstand, zelfs van bijzondere bijstand. Daartegenover staat dat de zorgverlener de noodzaak van de gevraagde zorg zal (moeten)

8 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 14-15 en *Kamerstukken II* 1995/96, nr. 6, p. 57.

9 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 12. Daarbij tekent de staatssecretaris aan dat de financiële mogelijkheden daartoe 'naar verwachting voor de meeste illegalen afwezig zullen zijn.'

10 O.a. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 17 en *Handelingen II* 1996/97, p. 1460.

11 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 10

stellen boven de vraag of daarvoor ook zal worden betaald. Daarom erkende de regering dat een regeling vereist was

‘die de mogelijkheid tot financiële compensatie biedt wanneer het niet betalen van verleende behandelingen leidt tot onaanvaardbare derving van inkomsten voor zorgverleners.’¹²

Ook de Raad van State meende in zijn advies dat – nu bijstandverlening was uitgesloten – het niet gerechtvaardigd was om de kosten ten laste van de arts of de inrichting te laten en stelde uitdrukkelijk dat de overheid daarin diende te voorzien ‘mede gelet op haar verantwoordelijkheid voor een menswaardige behandeling van vreemdelingen.’¹³ Aangezien de regering vasthield aan het koppelingsbeginsel – de illegaal verblijvende vreemdeling zelf kan nimmer aanspraak maken op een verstrekking van overheidswege (en dus ook niet in bijzondere gevallen op de bijstand) – diende een voorziening te worden getroffen waarop *hulpverleners* een beroep konden doen. In de Memorie van Toelichting verklaarde de regering stellig – en anders dan de Raad van State had gesteld – dat de overheid de betalingsverplichting voor dit voorzienbare risico geheel *onverplicht* aan zich zou trekken.¹⁴ De regering meende wel dat de kosten van ‘het geïntegreerde vreemdelingenbeleid’ in redelijkheid niet alleen door de hulpverleners en hulpverlenende instanties gedragen moesten worden.¹⁵

Deze overwegingen hebben geleid tot de instelling van het Koppelingsfonds. Dit fonds is tegelijk met de inwerkingtreding van de Koppelingswet op 1 juli 1998 operationeel geworden. Het is opgericht en wordt beheerd door de Stichting Koppeling.¹⁶ Over de oprichting van het Koppelingsfonds heeft de minister het volgende opgemerkt:¹⁷

‘Het Koppelingsfonds is niet in de Koppelingswet zelf geregeld maar kan worden beschouwd als een randvoorwaarde bij het invoeren van die wet. Hoewel de problematiek van onverzekerde vreemdelingen al voor de komst van de Koppelingswet tot problemen leidde, was de verwachting dat de Koppelingswet tot een aanzienlijk verscherping van deze problematiek zou leiden. Om de gevolgen voor de zorgverleners te verzachten is een Koppelingsfonds noodzakelijk. Vanuit de begroting van het Ministerie van VWS is voor het Koppelingsfonds per jaar een bedrag van f 11 mln beschikbaar.’

Het hier genoemde bedrag zou worden gevormd door de verwachte besparingen op de begroting van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)

12 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 3, p. 19 en 23 en nr. 16, p. 12.

13 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, A, p. 10.

14 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 17-18.

15 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 19.

16 Opgericht op 28 april 1997.

17 *Kamerstukken II* 1998/99, 19 637, nr. 452, p. 2.

die zouden ontstaan door het vervallen van het recht op bijstand voor de illegaal verblijvende vreemdeling.¹⁸ Eventuele tekorten zouden ten laste komen van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS).

Tijdens de parlementaire behandeling van de Koppelingswet is veelvuldig gesproken over het Koppelingsfonds, de Stichting Koppeling en de uitkeringen die door de stichting aan hulpverleners zouden worden voldaan. Desondanks is niet zorggedragen voor de wettelijke verankering daarvan. Evenmin blijkt uit de wetsgeschiedenis dat dit een bewuste keuze is geweest van de wetgever. Er lijkt eenvoudigweg niet bij te zijn stilgestaan dat wettelijke regeling nodig of nuttig zou kunnen zijn. Hierna wordt kort besproken hoe het Koppelingsfonds, de Stichting Koppeling respectievelijk de uitkeringen die ten goede moeten komen aan de hulpverleners tijdens de parlementaire behandeling van de Koppelingswet aan bod zijn geweest.

2.3 De Stichting Koppeling, het Koppelingsfonds en de uitkeringen daaruit

Een eerste vraag die kan worden gesteld is de vraag naar het karakter van de gelden waarmee het Koppelingsfonds wordt gevoed. In de Nota naar aanleiding van het verslag spreekt de regering van een ‘subsidie’ die aan het fonds wordt verstrekt en waaraan nader te formuleren randvoorwaarden zullen worden verbonden omtrent de gronden voor uitkering aan hulpverleners.¹⁹ De kwalificatie van ‘subsidie’ wordt een aantal passages later bevestigd wanneer de Stichting Koppeling ter sprake komt. De regering geeft er de voorkeur aan dat

‘vanuit de reeds bestaande lokale en regionale samenwerkingsverbanden op het gebied van gezondheidszorg aan illegalen het initiatief wordt genomen tot oprichting van een stichting “illegalenfonds”, waarmee van de zijde van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een subsidierelatie zal worden onderhouden.’²⁰

Het standpunt dat de geldstroom waarmee het Koppelingsfonds wordt gevoed, bestaat uit subsidie van de rijksoverheid komt vervolgens regelmatig terug.²¹ Ook wat betreft de verantwoording van het stichtingsbestuur aan de Minister wordt uitgegaan van een normale subsidierelatie.²²

Voor de door het fonds uit te keren gelden is een kwalificatie lastiger uit de wetsgeschiedenis af te lezen. In de Memorie van Toelichting merkt de regering op dat in verband met de te treffen voorziening voortaan gesproken zal worden van ‘vergoedingen ten laste van de Staat’. Daarbij benadrukt zij dat deze voorzieningen

18 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, A, p. 10-11 en *Kamerstukken II* 1994/95, nr. 3, p. 23.

19 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 233, nr. 6, p. 59.

20 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 233, nr. 6, p. 60.

21 O.a. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 7 en 8 maar ook in *Kamerstukken II* 1998/99, 19 637, nr. 452, p. 3 en recent weer in o.m. *Kamerstukken II* 2006/07, 29 689 en 19 637, nr. 126.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 8.

niet aan te merken zijn als ‘schadevergoeding of schadeloosstelling’ uit hoofde van onrechtmatig overheidshandelen tegenover de hulpverlener die schade lijdt via zijn zorgplicht.²³ Uitgangspunt is tevens dat individuele hulpverleners geen rechtstreekse aanvraag tot vergoeding kunnen doen, maar dat regionale samenwerkingsverbanden²⁴ begunstigen zijn van via het fonds beschikbare gelden. Daarbij kunnen regionale samenwerkingsverbanden aanvragen indienen die door een commissie worden beoordeeld en aan de hand waarvan de stichting aan het begin van het jaar per regio de toedeling van de middelen vaststelt.²⁵ In een brief uit 1999 waarin de minister de Kamer informeert over de stand van zaken met betrekking tot het Koppelingsfonds, wordt de aanvraagprocedure en de toekenning van kosten voor te verlenen medisch noodzakelijke zorg (nogmaals) uiteengezet.²⁶

‘Het fonds staat uitsluitend open voor subsidieverzoeken van artsen, hulpverleners en instellingen die gezondheidszorg aan onverzekerde vreemdelingen zonder wettig verblijf bieden. Hierbij is geen sprake van een declaratierelatie. Het fonds neemt uitsluitend aanvragen in behandeling die op regionaal niveau zijn opgesteld. Een instelling, doorgaans een GGD, dient namens een samenwerkingsverband een subsidie-aanvraag in. Het gaat daarbij om een geverifieerde schatting van de kosten die het komend jaar op grond van historische gegevens zijn te verwachten. Aan deze kosten wordt de eis gesteld dat sprake is van knelpunten. Een knelpunt ontstaat wanneer sprake is van een onaanvaardbaar verlies van inkomsten en/of een schadelijk gevolg voor de reguliere patiëntenzorg. Onderdeel van de subsidieaanvraag vormt ook een toelichting op de wijze waarop in de toekomst met een knelpunt zal worden omgegaan. Het bestuur van het Koppelingsfonds beoordeelt de aanvragen na advies van een commissie van deskundigen te hebben ingewonnen. Vervolgens wordt de subsidie vastgesteld. De stichting dient op grond van het totaal van door haar goedgekeurde subsidies een subsidieaanvraag in bij het ministerie van VWS. Na toekenning van dit jaarlijks subsidie keert het Koppelingsfonds de goedgekeurde bedragen uit aan de instellingen die de samenwerkingsverbanden representeren. Deze instellingen verdelen het bedrag vervolgens weer over de partners in het samenwerkingsverband. Het ministerie van VWS gaat in de aanloopfase van het fonds soepel om met de verschillen tussen bevoorschotte en afgerekende bedragen. Het fonds mag deze verschillen behouden voor toekomstige aanvragen.’

23 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 19.

24 M.u.v. ziekenhuizen: deze instellingen konden een beroep doen op de Ctg-beleidsregel Afschrijvingskosten dubieuze debiteuren: deze richtlijn gaf ziekenhuizen de mogelijkheid om in overleg met zorgverzekeraars compensatie te krijgen voor oninbare vorderingen: op die manier kan op voorhand een toevoeging plaatsvinden aan het budget (dat vastgesteld wordt per drie jaar) (zie bijv. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 48). Wat de AWBZ-instellingen betreft: tijdens het Illegalendebat in 2004 werd duidelijk dat de minister de Stichting Koppeling geadviseerd had rekeningen van AWBZ-instellingen niet langer te voldoen omdat dit geen zorg is die geen uitstel toelaat (Antwoorden op kamervragen van het Kamerlid Arib over een onderzoek naar medische zorg aan illegalen, 2040500570).

25 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 7 en 8. Zie ook *Handelingen II* 16 oktober 1996, p. 853 en *Kamerstukken II* 1998/99, 19 637, nr. 425, p. 2.

26 *Kamerstukken II* 1998/99, 19 637, nr. 452, p. 3. Zie voorts *Kamerstukken II* 1999/00, 19 637, nrs. 505 en 518.

In latere toelichtingen van minister Hoogervorst in 2006 wordt gesproken van een ‘vergoeding’ c.q. van ‘compensatie van aan illegalen verleende zorg’, maar principieel uitgewerkt worden deze kwalificaties niet.²⁷

Een complicerende factor in deze is dat de wetgever ook over de reikwijdte van de zorg (‘medisch noodzakelijke zorg’) waarvoor het Koppelingsfonds in het leven is geroepen geen duidelijk standpunt inneemt. Aanvankelijk ging de Koppelingswet niet uit van zorgverlening aan illegalen bij ‘medisch noodzakelijke zorg’ zoals omschreven in artikel 10, tweede lid, van de Vw 2000, maar zou slechts zorg worden geboden ‘in acute noodsituaties’. Deze uitzondering was echter niet in het wetsvoorstel neergelegd omdat die, volgens de regering, reeds voldoende geworteld was in de Nederlandse rechtsorde. Onder verwijzing naar artikelen 255 en 450 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) en de medische ethiek stelde de regering dat aan niemand zorg waaraan een ‘dringende behoefte’ bestaat, mag worden onthouden.²⁸

‘Het gaat hier om de situatie, waarin de verlening van medische zorg niet kan worden uitgesteld of onthouden zonder het leven of de gezondheidstoestand van betrokkene dan wel de Nederlandse volksgezondheid ernstig in gevaar te brengen.’

Het begrip ‘acute noodsituaties’ leidde tijdens de parlementaire behandeling echter tot veel discussie omdat de term ‘acute noodsituatie’ klonk als ‘het hoogst noodzakelijke’²⁹ terwijl het verlenen van zorg niet ‘acuut’ maar toch ‘noodzakelijk’ kan zijn.³⁰ Om die reden is er uiteindelijk voor gekozen dat begrip te verruimen tot ‘medisch noodzakelijke zorg’.³¹ Zowel in de schriftelijke als in de mondelinge toelichting bij het amendement is deze verruiming verduidelijkt: zo moet het ook mogelijk zijn zorg te verlenen die nodig is om te voorkomen dat iemand in een acute noodsituatie terecht komt.³² Een ander zeer belangrijk element van de wijziging was dat met de term ‘medisch noodzakelijke zorg’ benadrukt wordt dat het de zorgverlener zelf is die de noodzaak van de te verlenen zorg vaststelt.

Omdat de term ‘medisch noodzakelijke zorg’ het gevolg is van een amendement, betreffen vrijwel alle passages in de parlementaire stukken over de *inhoud* van de medische zorg die aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen moet worden geboden en over de *voorwaarden* waaronder die zorg eventueel kan worden vergoed, de zorg ‘in acute noodsituaties’. Ten onrechte wordt door bewindslieden en in

27 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 689 en 19 637, nrs. 116 en 126.

28 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 17-18.

29 *Handelingen II* 1996/97, p. 446 e.v.

30 *Handelingen II* 1996/97, p. 855.

31 Het amendement Rouvoet: *Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 43. Het amendement sloot aan op de terminologie die de staatssecretaris op p. 12 van de schriftelijke antwoorden gebruikte (*Kamerstukken II* 1996/97, 24 233, nr. 16, p. 12). Het amendement is overgenomen door de regering: *Handelingen II* 1996/97, p. 1461.

32 *Handelingen II* 1996/97, p. 1134.

rechterlijke uitspraken dus verwezen naar deze passages, waar zij invulling geven aan de betekenis van het begrip 'medisch noodzakelijke zorg'.³³

Dat geldt ook voor de Stichting Koppeling en het Koppelingsfonds. Op grond van artikel 3 van haar statuten stelt de Stichting Koppeling zich ten doel financiële bijdragen te verstrekken aan aangewezen instellingen voor activiteiten op het terrein van de gezondheidszorg ten behoeve van personen die op grond van hun verblijfs-status uitgesloten zijn van toegang tot de sociale ziektekostenverzekering. In het Reglement Financiële Bijdragen Stichting Koppeling wordt het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' omschreven. In ieder geval valt daaronder de zorg 'verleend in of ter voorkoming van situaties van levensbedreiging dan wel in of ter voorkoming van situaties van blijvend verlies van essentiële functies'. Ook zorg verleend in situaties waarin infectiegevaar zich voordoet of in geval van psychische stoornissen die gepaard gaan met agressief gedrag, valt eronder. Verder worden genoemd zwangerschapszorg en zorg rond de geboorte. Tot slot is ook preventieve gezondheidszorg en vaccinatieprogramma's die in het kader van het rijksvaccinatieprogramma bestaan aangemerkt als 'medisch noodzakelijk'. Met andere woorden: dit zijn de zorgvormen die in de Nota naar aanleiding van het verslag vallen onder het aanvankelijk geformuleerde criterium 'zorg in acute noodsituaties'.³⁴

Concluderend merken wij op dat de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de Koppelingswet geen zorg heeft gedragen voor het voldoende wettelijk inkaderen van het Koppelingsfonds, de Stichting Koppeling en de uitkeringen aan hulpverleners. Daarmee is het aan de rechter gelaten in concrete geschillen de rechtsverhouding tussen Minister, stichting en aanvragers van middelen vast te stellen, hetgeen ook is gebeurd zoals blijkt uit de volgende paragraaf.

3 De rechter, de Stichting Koppeling en haar uitkeringen

De juridische helderheid die de wetgever had nagelaten te verschaffen rond de Stichting Koppeling, het Koppelingsfonds en de daaruit te verstrekken uitkeringen is uiteindelijk door de rechter wel gegeven. Zo heeft de Afdeling in de eerste plaats uitgemaakt dat de Stichting Koppeling moet worden gekwalificeerd als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 onder b, van de Awb.³⁵ Die stap was nodig om vast te stellen dat bij geschillen over uitkeringen uit het fonds bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden geboden. Daarna heeft de Afdeling vastgesteld dat de uitkeringen die de Stichting Koppeling doet en de geldstroom die deze Stichting uit de rijksbegroting ontvangt aan te merken zijn als subsidies in de zin van artikel 4:21, eerste lid, van de Awb. Beide uitspraken komen hierna kort aan de orde.

33 Bijvoorbeeld de minister in *Kamerstukken II* 1999/00, 19 637, nr. 518, p. 2.

34 *Kamerstukken II* 1995/96, 24233, nr. 6, p. 5 e.v.

35 ABRvS 11 oktober 2006, zaaknr. 200600633, LJN AY9897, AB 2007, 81 m.nt. I. Sewandono JB 2006, 321 m.nt. Hans Peters en GJ 2006, 148, m.nt. Derckx.

ABRvS 11 oktober 2006

Bij de beantwoording van de vraag of de Stichting Koppeling bij de toekenning van vergoedingen uit het Koppelingsfonds openbaar gezag uitoefent, overweegt de Afdeling in de eerste plaats dat de wetsgeschiedenis uitwijst dat de overheid de financiering van de medisch noodzakelijke zorg aan zich heeft getrokken: de overheid heeft dit als haar taak opgevat en heeft de Stichting Koppeling het Koppelingsfonds laten oprichten. Daarbij komt dat tussen de Stichting Koppeling en de minister een nauwe (financiële) betrokkenheid bestaat en dat de door de minister geformuleerde voorwaarden en criteria voor toekenning van een vergoeding uit het fonds volledig verdisconteerd zijn in het Reglement Financiële Bijdragen Stichting Koppeling. Aldus oefent de stichting openbaar gezag uit in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b van de Awb en is de beslissing van de Stichting op vergoedingsaanvragen een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3 Awb.³⁶

ABRvS 18 juni 2008

Zoals gezegd, meende de Nederlandse regering dat het de financiering van medisch noodzakelijke zorg ‘geheel onverplicht’ aan zich heeft getrokken.³⁷ In zijn uitspraak van 18 juni 2008 is het dit ‘onverplicht’ aan zich trekken dat de Afdeling geheel anders beoordeelt. De Afdeling komt tot het oordeel dat uit het EVRM voor de overheid de plicht voortvloeit om de financiering van de zorg voor illegalen tot haar taak te rekenen.

Eerder al, bij uitspraak van 26 juli 2006, oordeelde de voorzieningenrechter van de Haagse rechtbank dat de kosten van medisch noodzakelijke psychiatrische zorg ten laste van de Staat behoorden te komen.³⁸ Daarbij liet de voorzieningenrechter in het midden of de Staat op grond van enig internationaal verdrag gehouden was de kosten te vergoeden. Aansluiting werd gezocht bij het publieke belang, te weten de bescherming van de samenleving en van de betrokken illegaal verblijvende vreemdeling zelf tegen acute gevaren als gevolg van geestelijke stoornis. De schade die de hulpverlenende instantie lijdt wanneer de kosten van de geleverde zorg niet worden vergoed, is volgens de president onevenredig

‘doordat eiseres is aangemerkt als zorginstelling geschikt voor de behandeling van personen op wie de Wet bopz ziet, en dus meer dan andere instellingen of personen, die niet zijn aangewezen voor het bieden van zorg op grond van de Wet bopz, met dergelijke aanzienlijke schade wordt geconfronteerd. Deze schade kan niet geacht worden te behoren tot het normale maatschappelijke risico of het bedrijfsrisico van een instelling

36 Dat de Stichting Koppeling een bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 onder b, van de Awb was eerder door de lagere bestuursrechter vastgesteld: Rb. Rotterdam 16 december 2005, *GJ* 2006, 45, m.nt. Derckx.

37 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. p. 18.

38 Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 26 juli 2006, LJN AY5099, *JV* 2006, 339 en *GJ* 2006, 103, m.nt. Derckx. Zie ook de eerdere uitspraak: Rb. Rotterdam 16 december 2005, *GJ* 2006, 45, m.nt. Derckx.

zoals eiseres en dient ten laste van de centrale overheid te komen. Door een adequate vergoeding achterwege te laten handelt de Staat onrechtmatig tegenover eiseres'.³⁹

Met andere woorden: de voorzieningenrechter honoreerde de eis op grond van een redenering die wijst op een aanspraak op grond van het leerstuk van nadeelcompensatie. Nu *égalité* geen grondslag kan bieden voor de compensaties uitgekeerd door de Stichting Koppeling omdat de schade herhaaldelijk optreedt en voorzienbaar was voor betrokkenen, is het niet vreemd dat de Afdeling in haar beoordeling een andere weg inslaat. Zij kwalificeert de verstrekkingen zoals gezegd als subsidies.

Het geschil dat bij de Afdeling aanhangig was gemaakt, speelde tussen de Stichting Parnassia Bavo Groep (hierna: Parnassia) en het algemeen bestuur van de Stichting Koppeling en betrof de 'compensatie' voor verrichtte medisch noodzakelijke zorg in de jaren 2001 en 2002. Parnassia had in die jaren illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen met psychische problemen opgevangen en behandeld. Veel van deze mensen waren bij Parnassia terecht gekomen als gevolg van een rechterlijke machtiging of als gevolg van andere dwingende overheidsmaatregelen. Parnassia meende voor de kosten verbonden aan de geleverde zorg aanspraak te kunnen maken op (aanvullende) uitkeringen uit het Koppelingsfonds. De Stichting Koppeling had de vergoeding echter op een lager bedrag vastgesteld dan volgens Parnassia rechtvaardig was. Teneinde de rechtmatigheid van dat besluit te kunnen beoordelen, diende de Afdeling allereerst het wettelijk kader vast te stellen.

3.1 Plicht tot financiering

Opvallend is dat de Afdeling uitgaat van een verplichting voor de overheid om de financiering van de zorg voor illegalen tot haar taak te rekenen. Daarbij trekt zij zich niets aan van de Memorie van Toelichting bij de Koppelingswet waarin is vermeld dat het slechts zou gaan om het 'onverplicht' aan zich trekken van deze taak. De Afdeling wijst enerzijds op het feit dat Parnassia overwegend psychiatrische zorg verleende aan illegaal hier verblijvende vreemdelingen op last van de overheid, namelijk op basis van een rechterlijke maatregel, inbewaringstelling of terbeschikkingstelling. Dit impliceert volgens de Afdeling dat daaruit voortvloeiende kosten in beginsel voor rekening van de overheid komen. Waar het betreft medische zorg aan dit soort vreemdelingen in een acuut levensbedreigende situatie wijst de Afdeling anderzijds op het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling ex artikel 3 EVRM. Terecht leidt de Afdeling uit de Straatsburgse jurisprudentie af dat het weigeren van medisch noodzakelijke zorg 'onder omstandigheden' in strijd kan komen met dit verbod en dat de plicht om dit te voorkomen op de staat rust. Deze plicht zou zich volgens de Afdeling in het bijzonder aandienen indien zorgverleners vanwege de aard en duur van medisch noodzakelijke behandelingen niet bij

39 r.o. 4.13.

machte zouden zijn om zonder de steun van de staat aan de in het nationale recht neergelegde zorgplicht te voldoen.

Na deze overwegingen gaat de Afdeling nog een stap verder door de zorgplicht voor illegalen te verbreden tot alle ‘medisch noodzakelijke zorg’, nu deze maatstaf ‘mede omvat’ de behandelingen op last van de overheid en de gevallen beschermd op grond van artikel 3 EVRM. Dat mag opmerkelijk worden genoemd omdat uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat een zorgplicht onder artikel 3 EVRM slechts in zeer extreme gevallen aanwezig wordt geacht, namelijk daar waar een voorzienbaar naderend levenseinde van betrokkene als gevolg van een uitzetting aanzienlijk zal worden versneld en betrokkene bij terugkeer geen opvang heeft te verwachten.⁴⁰ De vreemdelingenkamer van de Afdeling houdt ook vast aan deze strikte interpretatie.⁴¹ Bovendien blijkt uit de stukken dat er naast behandelingen op last van de overheid, ook illegalen om andere redenen werden behandeld door Parnassia. Desalniettemin gebruikt de Afdeling artikel 3 EVRM om te komen tot een rechtsplicht voor de overheid om zich de financiering van *alle* medisch noodzakelijke (AWBZ-)zorg voor illegalen aan te trekken. Dit, zo kan men wel vaststellen, tegen de wil in van de wetgever, zoals die naar voren komt in de wetsgeschiedenis rond de Koppelingswet.

3.2 Vergoedingen zijn subsidies

Op basis van de deels op artikel 3 EVRM rustende verplichting om voor financiering zorg te dragen, stelt de Afdeling vervolgens vrij abrupt dat de financiële toekenningen van de Stichting Koppeling dus moeten worden aangemerkt als het scheppen van een aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op door verleners van medisch noodzakelijke zorg verrichte activiteiten. De subsidies zouden worden verstrekt tot ondersteuning van de hiervoor vermelde zorgplicht en tot bescherming van de Nederlandse volksgezondheid. Het komt niet vaak voor dat de bestuursrechter oordeelt dat subsidies worden verstrekt op grond van een rechtsplicht. Doorgaans wordt de subsidie in de literatuur omschreven als een instrument waarmee bepaalde activiteiten van particulieren kunnen worden gestimuleerd. Activiteiten stimuleren om een rechtsplicht na te komen – zoals volgens de Afdeling hier aan de orde – is een aanpak die te denken geeft. Immers, juist omdat het gaat om het stimuleren van wenselijk geachte activiteiten is de subsidieregelgever doorgaans geheel vrij om te bepalen of en zo ja, in hoeverre hij bepaalde activiteiten wil stimuleren. Bovendien mag uit het voorgaande duidelijk zijn dat de Stichting Koppeling noch de Minister van VWS de zorgactiviteiten voor illegalen wenst te stimuleren. Integendeel zelfs, in de parlementaire behandeling is de noodzaak van een restrictieve benadering vaak benadrukt; de vergoedingen worden door de Stich-

40 Vgl. EHRM 27 mei 2008 (N. t. Verenigd Koninkrijk), *EHRC* 2008, 91, m.nt. Woltjer.

41 Bijv. ABRvS 26 juli 2007, *JV* 2007, 443; ABRvS 12 februari 2008, *JV* 2008, 138.

ting Koppeling slechts verstrekt om zorgaanbieders te compenseren voor de inkomensschade die zij desalniettemin kunnen leiden. Wellicht heeft bij de kwalificatie als subsidie een rol gespeeld dat binnen een constructie waarin subsidieverstreking plaatsvindt ter ondersteuning van een rechtsplicht al snel een hogere vergoeding zal worden vastgesteld dan op grond van het klassieke nadeelcompensatie-leerstuk mogelijk is.

Echter, de kwalificatie van de uitkeringen uit het Koppelingsfonds als subsidies leidt ook direct tot problemen. Immers, subsidies dienen op grond van artikel 4:23 Awb in beginsel op een expliciete wettelijke basis te worden gebaseerd en die ontbrak in dit geval. Daarom bezag de Afdeling of de ter discussie staande vergoedingen rechtstreeks op basis van een begrotingspost mogen worden verstrekt. In artikel 4:23, derde lid, onder c, van de Awb is namelijk bepaald dat indien de begroting zowel de subsidieontvanger vermeldt als het bedrag waarop een subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld, de eis van een wettelijke grondslag niet geldt. Deze uitzondering is in de Awb opgenomen omdat vooral op rijksniveau nogal wat zogenaamde 'geïndividualiseerde subsidies' worden verstrekt en het volgens de Memorie van Toelichting in de praktijk ging om substantiële financiële bijdragen die slechts aan één of enkele grote instellingen worden verstrekt. Het zou onevenredig zwaar zijn om voor zo'n instelling een aparte wet te maken, terwijl een wetsbepaling waar zij allemaal onder zouden vallen inhoudsloos zou worden. Bovendien zou door melding in de begroting democratische controle op de bestedingen afdoende zijn gewaarborgd.

De Afdeling moet heel wat toeren uithalen om de 'subsidies' van de Stichting Koppeling onder deze uitzonderingsbepaling te kunnen laten vallen. Ten eerste gaat de toelichting uit van de situatie dat subsidies staan vermeld op de begroting van de subsidieverstrekker, in dit geval dus de Stichting Koppeling, terwijl democratische legitimatie van de vergoedingen van de stichting slechts valt te baseren op de begroting van de minister van VWS. Dit probleem lost de Afdeling op door te overwegen dat 'het ervoor moet worden gehouden dat het Koppelingsfonds slechts fungeert als doorgeefluik van de rijksoverheid.' Daarna kan de Afdeling niet om het feit heen dat de ontvangers van de vergoedingen niet in de begroting zijn vermeld. Dit punt werkt de Afdeling weg door te overwegen dat er in de begrotings-toelichting een nauwkeurige omschrijving is gegeven van het oogmerk van de vergoedingen en de activiteiten waarvoor deze worden verstrekt, de ontvangende instellingen als groep bekend zijn en er over al deze punten tussen regering en parlement uitgebreid is gediscussieerd; met de democratische legitimatie van de vergoedingen zit het dus wel goed, zo lijkt de gedachte.

Vastgesteld kan worden dat de Afdeling de uitzonderingsbepaling van artikel 4:23 Awb met betrekking tot de begrotingssubsidies maximaal oprekt. Daarbij maakt zij ook duidelijk waarom dat gebeurt. Nu de vergoedingen mede zijn gebaseerd op de rechtsplicht die voortvloeit uit artikel 3 EVRM zou de conclusie dat het hier vergoedingen betreft die ten onrechte zonder wettelijke grondslag zijn verstrekt onaanvaardbaar zijn. Het onaantrekkelijke gevolg daarvan zou namelijk zijn dat de bestuursrechter in geschillen over deze belangrijke vergoedingen niet tot een inhoude-

lijk oordeel zou kunnen komen.⁴² Dat de Afdeling zelf ook wel voelt dat het hier om een doelredenering gaat, geeft zij aan door te overwegen dat zij

‘al het vorenstaande in aanmerking genomen, (...) het aanvaardbaar acht om in dit specifieke geval de betrokken begrotingsposten met toepassing van art. 4:23, derde lid, aanhef en onder c, van de Awb aan te merken als toereikende grondslag voor de subsidiëring van de zorginstellingen.’

Zo worden artikel 3 EVRM en de daaruit afgeleide zorgplicht van de overheid expliciet gebruikt om af te zien van een vernietiging van het bestreden besluit wegens het ontbreken van de vereiste wettelijke grondslag. Vanuit een oogpunt van efficiënte geschilbeslechting en de betrokken belangen valt hier zeker iets voor te zeggen. Een jarenlange rechtstrijd moest worden beëindigd. Gevolg is echter ook dat de wetgever niet wordt gestimuleerd om beter na te denken over een adequate wettelijke inkadering van dit soort verstrekkingen.⁴³

Dat artikel 3 EVRM zo’n cruciale rol zou spelen bij de beëindiging van dit geschil kon vooraf niet worden vermoed. Uit de geschetste parlementaire geschiedenis van de Koppelingswet blijkt dat genoemde bepaling geen enkele rol heeft gespeeld bij de vraag of de overheid ‘onverplicht’ voorzag in financiële bijdragen aan hulpverleners die medisch noodzakelijke zorg verlenen aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen. Hierna zal op deze kwestie dieper worden ingegaan.

4 Hoe nu verder?

Duidelijk moge zijn dat de wetgever bij de totstandkoming van de Koppelingswet tekort is geschoten in het vormgeven van het essentiële wettelijke kader met betrekking tot de vergoeding van de kosten voor verleende medisch noodzakelijke zorg. Dat de rechter bij een concreet verzoek tot beslechting van het geschil met behulp van internationaalrechtelijke verplichtingen van de Staat de ontbrekende schakels in het wettelijk stelsel tracht in te vullen, is begrijpelijk. Maar hoe zal de wetgever bij een dergelijke aanpak reageren?

Na de uitspraak van 11 oktober 2006 waarbij de Afdeling de Stichting Koppeling kwalificeerde als een b-orgaan kondigde de Minister van VWS aan de structuur van de Stichting Koppeling en de relatie met VWS nader te zullen onderzoeken, mede ook met het oog op de inmiddels in werking getreden Kaderwet ZBO’s.⁴⁴ In 2007 is de minister vervolgens overgegaan tot reparatie van de ontbrekende wettelijke basis van de Stichting Koppeling door de stichting te formaliseren tot ZBO en de

42 Vgl. bijv. ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296, m.nt. Jacobs & Den Ouden (Flevoherb).

43 Zie voor een pleidooi voor de ‘strengere’ benadering S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: A. Freriks e.a., *Privaat bestuur* (VAR-preadviezen), Den Haag: Bju 2008, p. 7 e.v.

44 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 689 en 19 637, nr. 126.

bevoegdheid tot het geven van subsidies uit hoofde van de Kaderwet VWS-subsidies aan de stichting te delegeren.⁴⁵ Uit de uitspraak van 18 juni 2008 blijkt echter dat de Afdeling meent dat de Kaderwet VWS-subsidies evenmin een voldoende wettelijke basis biedt voor het verstrekken van gelden aan hulpverleners. Op deze laatste uitspraak is nog niet gereageerd door de minister. Het delegatiebesluit uit 2007 werkt met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 en geldt tot inwerkingtreding van de wijziging van de nieuwe Zorgverzekeringswet op grond waarvan het College voor Zorgverzekeringen (hierna: CvZ), een bestaand ZBO, de taak van de Stichting Koppeling zal overnemen.⁴⁶ In verband met de overname van de taken van de Stichting Koppeling door CvZ zal de stichting niet onder de Kaderwet ZBO's worden gebracht.⁴⁷

Belangrijke vraag is natuurlijk hoe de wetgever bij de vernieuwde vormgeving van de Zorgverzekeringswet om zal gaan met de visie van de Afdeling op de betekenis van artikel 3 EVRM en de daaruit voortvloeiende zorgplicht met betrekking tot de financiering van medisch noodzakelijke zorg voor illegalen. Vastgesteld kan worden dat er tijdens de parlementaire behandeling van de Koppelingswet maar weinig aandacht is besteed aan de internationaalrechtelijke verplichtingen van Nederland op dit terrein. Weliswaar merkte de Raad van State in zijn advies op dat Nederland dient te voldoen aan zijn Europese en internationale verdragsverplichtingen;⁴⁸ de regering volstond daarop met de opmerking dat het voorliggende wetsvoorstel 'volkomen in overeenstemming was met de Nederlandse verdragspositie.'⁴⁹ In de Memorie van Toelichting werd vervolgens summier ingegaan op het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 EVRM en 26 IVBPR, waarna de conclusie werd getrokken dat het doel van de Koppelingswet een toereikende rechtvaardiging bood voor het onderscheid naar verblijfspositie.⁵⁰ Artikel 3 EVRM is daarbij niet ter sprake gekomen.

45 Zie Tijdelijk besluit delegatie subsidiebevoegdheid aan Stichting Koppeling en Stichting Opleiding Maatschappij en Gezondheid (besluit van 30 januari 2007, DWJZ-2746510), *Stcrt.* 1 februari 2007, nr. 23, p. 14 e.v. en wederom verlengd bij Tijdelijk besluit delegatie subsidiebevoegdheid aan Stichting Koppeling en Stichting Opleiding Maatschappij en Gezondheid (besluit van 6 februari 2008, DWJZ-2746510), *Stcrt.* 14 februari 2008, nr. 32, p. 8 e.v.

46 Wijziging van o.a. de Zorgverzekeringswet i.v.m. bijdragen aan zorgaanbieders die inkomsten derven door het verlenen van medische zorg aan bepaalde groepen vreemdelingen, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nrs 1-32 en *Kamerstukken I* 2007/08, 31 249 nrs. A, B, C en D.

47 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 57, p. 10 e.v. In deze brief deelt de minister van VWS beide kamers op grond van artikel 42 van de Kaderwet ZBO's mede welke zelfstandige bestuursorganen onder de werking van de Kaderwet zullen worden gebracht en op welke termijn de voordracht voor een daartoe strekkende wettelijke regeling zal worden gedaan. Omdat met de inwerkingtreding van wetsvoorstel 31 249 de ZBO-taak van de Stichting Koppeling zal vervallen, acht de minister het niet opportuun om de stichting voor die korte periode onder de reikwijdte van de Kaderwet te brengen.

48 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, A, p. 3.

49 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, A, p. 5.

50 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 7-9.

Uit het wetsvoorstel tot wijziging van de Zorgverzekeringswet⁵¹ dat ter beoordeelung in de Eerste Kamer ligt en op grond waarvan CvZ de taken van de Stichting Koppeling zal overnemen, komt duidelijk de doelstelling naar voren om aanmerkelijke inkomensschade voor hulpverleners als gevolg van zorg geleverd aan illegalen te voorkomen. Het wetsvoorstel is ontworpen en goeddeels behandeld in het parlement voordat de Afdeling uitspraak deed. Onder verwijzing naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 26 juli 2006 wordt in de toelichting wel uitdrukkelijk overwogen dat het vergoeden van deze schade een taak is van de rijksoverheid.⁵² Aan artikel 3 EVRM in het bijzonder wordt geen aandacht besteed. Wel overweegt de regering in algemene zin:⁵³

‘Dat financiering van medisch noodzakelijke zorg aan illegalen een overheidstaak is, wordt onderstreept door internationale verdragen inzake het verlenen van medische bijstand, die door Nederland zijn geratificeerd.’

Daarbij wordt (ook) verwezen naar het EVRM. Wat de anderszins bestaande internationaalrechtelijke verplichtingen betreft, wordt in de Memorie van Toelichting⁵⁴ gesteld dat de structuur voor de financiering van zorgverlening aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen strookt met internationaalrechtelijke verdragsverplichtingen inzake het verlenen van medische bijstand. Ook is rekening gehouden met de standpunten van ngo’s. Tot slot heeft onderzoek plaatsgevonden naar de wijze waarop dit onderwerp in de ons omliggende landen is geregeld. De regering is van mening dat Nederland voldoet aan de geldende eisen.

Kort samengevat, komt de financieringsstructuur die het wetsvoorstel voorstaat op het volgende neer. Voor ‘planbare’ zorg wordt de illegaal in Nederland verblijvende vreemdeling verwezen naar een zorgaanbieder (ziekenhuis of AWBZ-instelling) c.q. apotheek die met CvZ een contract heeft afgesloten waarin o.m. is bepaald dat alleen medisch noodzakelijke zorg verleend aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen in rekening wordt gebracht. Ook nadere eisen kunnen in dit contract worden geregeld. Teneinde de kosten beheersbaar te houden, zullen jaarlijks afspraken worden gemaakt over de hoogte van de bedragen. Deze contracten zullen licht worden aanbesteed.⁵⁵ Niet-planbare zorg – m.a.w. zorg die geen uitstel duldt (acute tweedelijnszorg) – kan worden verleend door iedere zorgaanbieder. De zorgaanbieder kan vervolgens een verzoek indienen bij CvZ om gedeeltelijk (tot maximaal 80%) bij te dragen in de kosten. Onder omstandigheden kan de zorgverlener deze zorgverlening ook meenemen in de met CvZ te sluiten overeenkomst voor planbare zorg.

51 Wijziging van o.a. de Zorgverzekeringswet i.v.m. bijdragen aan zorgaanbieders die inkomsten derven door het verlenen van medische zorg aan bepaalde groepen vreemdelingen, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nrs 1-32 en *Kamerstukken I* 2007/08, 31 249 nrs. A, B en C.

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 11.

53 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 11.

54 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 249, nr. 3, p. 10.

55 *Kamerstukken I* 2007/08, 31 249, nr. C, p. 25.

Wat tot slot de eerstelijnszorg betreft, wordt de bestaande praktijk (regionale platformen) gecontinueerd.

Het CvZ wordt uit de begroting van de Minister van VWS gefinancierd. Jaarlijks zal het CvZ vóór 1 oktober bij VWS een begroting indienen van de te verwachten kosten. Het benodigde bedrag wordt vóór 1 december door de minister vastgesteld. Hoe de bijdragen van het CvZ aan zorgaanbieders met wie al dan niet contracten zijn afgesloten, moeten worden gekwalificeerd, laat het wetsvoorstel en de toelichting daarop (opnieuw) in het midden. In algemene zin wordt opgemerkt dat het CvZ 'bijdragen verstrekt aan zorgaanbieders die inkomsten derven (...)'. Naar aanleiding van de vraag of er voor zorgverleners rechtsbescherming openstaat tegen de beslissing van CvZ, antwoordde de minister dat zorgverleners in bezwaar en beroep kunnen wanneer zij het met de beschikking van CvZ niet eens zijn. De bevoegde rechter zal het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) zijn.⁵⁶

Sinds eind april 2008 ligt het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel is voorbereid en staat op de agenda om plenair te worden behandeld. Als in het kader van die behandeling opnieuw geen aandacht wordt besteed aan de kwalificatie van de door het CvZ te verstrekken uitkeringen en de nadere wettelijke inkadering daarvan, zal de rechter, meer in het bijzonder het CBb, naar alle waarschijnlijkheid op termijn met gelijksoortige vragen worden geconfronteerd als de Afdeling in de zomer van 2008. Het is waarschijnlijk dat dergelijke procedures opnieuw lang zullen duren en dat is betreuenswaardig gezien de grote belangen die met de financiering van medisch noodzakelijke zorg zijn gemoeid.⁵⁷

5 Conclusie

Bij de totstandkoming van de Koppelingswet is de wetgever tekort geschoten in het vormgeven van het essentiële wettelijke kader met betrekking tot de vergoeding van de kosten aan zorgverleners voor verleende medisch noodzakelijke zorg aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen. De administratieve en de burgerlijke rechter hebben in het kader van effectieve rechtsbescherming de ontbrekende schakels in het wettelijk stelsel trachten in te vullen. De Afdelingsuitspraak van 18 juni 2008 getuigt redelijk expliciet van de worsteling die daarbij heeft plaats gevonden. Om de door het nalaten van de wetgever ontstane praktijk in een wettelijke jas te passen, gebruikt de Afdeling een extensieve interpretatie van artikel 3 EVRM. De reactie van de wetgever is tot op heden geen adequate gebleken. Het inmiddels in de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Zorgverzekeringswet en de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) op grond waarvan CvZ de taken van de Stichting Koppeling overneemt, bevat (wederom) geen wettelijke

⁵⁶ *Kamerstukken I* 2007/08, 31 249, nr. C, p. 26.

⁵⁷ Zij het dat op grond van het volgens het wetsvoorstel nieuw in te voegen artikel 122a, lid 12, beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij het CBb.

inkadering van de aan zorgverleners te verstrekken bijdragen. Daarmee laat de wetgever opnieuw een leemte die door de bestuursrechter zal (moeten) worden opgevuld: de ontbrekende schakel *revisited*?