



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Hebben mensen met uitgestelde zorg recht op schadevergoeding?

Hendriks, A.C.; Sombroek, M.P.; Wallage, B.; Hellemond, R.E. van

### Citation

Hendriks, A. C., Sombroek, M. P., Wallage, B., & Hellemond, R. E. van. (2023). Hebben mensen met uitgestelde zorg recht op schadevergoeding? *Nederlands Juristenblad*, 98(8), 576-584. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725249>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725249>

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

# Hebben mensen met uitgestelde zorg recht op schadevergoeding?

Aart Hendriks, Mirjam Sombroek-Van Doorm, Bastiaan Wallage & Rachèl van Hellemond<sup>1</sup>

Tijdens de coronapandemie werden patiënten met COVID-19 met voorrang geholpen in de zorg. Dit had tot gevolg dat de behandeling van andere patiënten werd uitgesteld. Ondanks dat de COVID-19-pandemie thans minder beslag legt op de zorg zijn de ziekenhuizen en zelfstandige klinieken er nog niet in geslaagd de ontstane ‘werkvoorraad’ weg te werken. Kunnen de patiënten die moesten wachten op zorg en die daardoor schade hebben geleden nu iemand aansprakelijk stellen voor de verslechtering van hun gezondheid? En zo ja, wie?

## 1. Inleiding

Ten tijde van de coronapandemie had het bieden van zorg aan patiënten met COVID-19 prioriteit. Niet alleen op de intensive care (IC), maar ook op de verpleegafdelingen en de spoedeisende hulp (SEH) kregen patiënten met (symptomen van) COVID-19 met voorrang zorg. Behalve het bieden van zorg aan patiënten met COVID-19, was een belangrijk doel van dit beleid de verspreiding van het coronavirus dat COVID-19 veroorzaakt te beperken en het virus in het algemeen te bestrijden. COVID-19 is sinds januari 2020 een infectieziekte behorend tot de categorie A, zoals bedoeld in de Wet publieke gezondheid (Wpg).<sup>2</sup> Daarmee behoort COVID-19 tot de meest ernstige en besmettelijke groep van infectieziekten die de Wpg kent.<sup>3</sup>

De bepalingen van de Wpg hebben hooguit indirect betrekking op de toegang tot de zorg. Er ontstond in 2020 echter al snel schaarste aan zorg, niet alleen voor patiënten met COVID-19 maar bovenal voor patiënten met andere hulpvragen. De zorg aan patiënten met zogeheten planbare zorg werd regelmatig uitgesteld. Zo werden in 2021 bijvoorbeeld 305.000 minder ‘planbare’ operaties uitgevoerd dan verwacht.<sup>4</sup> Ook afspraken van patiënten met andere vormen van planbare zorg, zoals poliklinische afspraken, werden door ziekenhuizen vaak afgezegd.

Door het uitstellen van de planbare zorg zijn tijdens de COVID-19-pandemie volgens het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) 320.000 gezonde levensjaren verloren gegaan.<sup>5</sup> Naast een verslechtering in de fysieke gezondheid, ervaren mensen door het uitstellen van zorg ook mentale schade. De onzekerheid over de vraag wanneer zij wel worden behandeld doet hun geen goed.

## Door het uitstellen van de planbare zorg zijn tijdens de COVID-19-pandemie volgens het RIVM 320.000 gezonde levensjaren verloren gegaan

Ondanks dat de coronamaatregelen inmiddels aanzienlijk zijn verminderd,<sup>6</sup> wordt de achterstand – of ‘werkvoorraad’ zoals dat in de zorg wordt genoemd – bij het behandelen van niet-spoedeisende patiënten maar mondjesmaat ingelopen.<sup>7</sup> De bewindspersonen van VWS erkennen dit knelpunt en zeggen er gezamenlijk met de veldpartijen in de zorg hard aan te werken om de achterstanden in te lopen.<sup>8</sup> Dat is echter nog niet gebeurd, mede omdat de zorg wordt geplaagd door hoge ziekteverzuimpercentages<sup>9</sup> en ernstige tekorten aan personeel.<sup>10</sup> Tevens vinden bovenstaande ontwikkelingen plaats in een gezondheidsstelsel dat sowieso al zwaar onder druk staat<sup>11</sup> en waarbij zorgverzekeraars aangeven niet meer te kunnen voldoen aan hun zorgplicht, zoals bedoeld in artikel 11 Zorgverzekeringswet (Zvw) waarin de plicht tot het bieden van verzekerde prestaties is neergelegd.<sup>12</sup>

Dit alles roept de vraag op of patiënten van wie de zorg is of wordt uitgesteld en die daardoor schade hebben opgelopen of oplopen, deze kunnen verhalen en, zo ja, op

wie? Ter beantwoording van deze vraag kijken we hieronder eerst naar de vraag of een patiënt recht heeft op zorg (par. 2). Vervolgens gaan we nader in op de verplichtingen van partijen om zorg te bieden (par. 3), om aansluitend te bezien of een patiënt iemand aansprakelijk kan stellen voor materiële en immateriële schade die is ontstaan door de uitgestelde zorg (par. 4). Wij ronden deze bijdrage af met enkele conclusies (par. 5).

## 2. Recht op zorg

Patiënten hebben recht op zorg. Dit volgt uit het internationale en in de Grondwet gewaarborgde recht op gezondheid en de wijze waarop we dit recht in Nederland vorm hebben gegeven. Dit recht verplicht de overheid om de gezondheid van haar burgers te bevorderen en hen tegen gezondheidsschade te beschermen. Met het oog op het laatste is de overheid gehouden een stelsel van zorg in te richten dat voldoet aan de eisen van beschikbaarheid, bereikbaarheid, acceptatie en kwaliteit.<sup>13</sup> Dit laatste betekent niet dat de overheid zelf het zorgstelsel moet inrichten en evenmin dat inwoners verplicht zijn zich te laten behandelen.<sup>14</sup> Het recht op zorg impliceert wel dat individuen in voorkomende gevallen een beroep moeten kunnen doen op zorgverleners. Zo bevat het Wetboek van Strafrecht speciaal voor hulpverleners de plicht om een hulpbehoevende niet in de steek te laten (artikel 255 Sr). Bovenal legt het recht op zorg de eindverantwoordelijkheid op de overheid om zich naar vermogen in te spannen om ervoor te zorgen dat patiënten toegang hebben tot zorg en recht hebben op behandeling.

De Nederlandse overheid laat het bieden van zorg – in de uitwerking van het stelsel van zorg – grotendeels over aan private partijen. Daarbij moet bovenal worden gedacht aan zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Ter waarborging van het recht op zorg heeft de overheid een verzekeringsstelsel in het leven geroepen op grond waarvan de noodzakelijke zorgkosten voor vergoeding in aan-

# Deze mensenrechtelijke opdracht impliceert evenwel niet dat patiënten een afdwingbaar recht op zorg jegens de overheid hebben

merking komen.<sup>15</sup> Dit geldt voor iedereen, inclusief personen met een minder gezonde leefstijl of personen die gezondheidsrisico's nemen, onder wie – relevant in het kader van de bestrijding van COVID-19 – personen die zich niet laten vaccineren en aldus een grotere kans hebben op een ziekenhuisopname en/of IC-behandeling. De rol van de overheid bij dit stelsel is vooral die van toezichthouder. Via diverse organen – waaronder de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ), de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA), het Zorginstituut Nederland (ZiN) en de Autoriteit Consument en Markt (ACM) – tracht de overheid te waarborgen dat het recht op zorg optimaal wordt gerespecteerd. Deze mensenrechtelijke opdracht impliceert evenwel niet dat patiënten een afdwingbaar recht op zorg (op concrete behandelingen) jegens de overheid hebben; maar mogelijk wel jegens andere personen of instanties.

## 3. Zorgplichten

Op alle deelnemers aan de samenleving rust de plicht rekening te houden met elkaars belangen. Dat geldt in het bijzonder indien betrokkenen een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Maar ook in andersoortige relaties geldt de plicht zorgvuldig met elkaars belangen om te gaan.<sup>16</sup> In dit verband wordt wel gesproken over – doorgaans – ongeschreven en algemene zorgplichten.<sup>17</sup> Zeker in de zorg zijn die plichten vaak nader gespecificeerd, mede om uiting te geven aan het recht op zorg.

### Auteurs

1. Prof. mr. A.C. Hendriks is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden en als medewerker gezondheidsrecht verbonden aan dit blad. Prof. mr. drs. M.P. Sombroek-van Doorn is hoogleraar Recht en Gezondheid aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. B. Wallage is universitair docent en onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam. Mr. dr. R.E. van Hellemond is executive director gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden.

### Noten

2. Regeling 2019-nCoV, *Stcrt.* 2020, 6800. Deze regeling is per 23 februari 2022 opgenomen in de Wpg, *Stb.* 2022, 92.  
3. Het is de bedoeling dat de Wpg binnenkort wordt gewijzigd en er dan een groep infectieziekten behorend tot de categorie A1 aan de Wpg wordt toegevoegd. Dit wetsvoorstel is op 20 december 2022 door

de Tweede Kamer aangenomen, *Kamerstukken* 36194.

4. [www.rivm.nl/nieuws/corona-kost-gezonde-levensjaren-uitgestelde-operaties](http://www.rivm.nl/nieuws/corona-kost-gezonde-levensjaren-uitgestelde-operaties).
5. G.A. de Wit e.a., *De gevolgen van uitgestelde operaties tijdens de coronapandemie. Schattingen voor 2020 en 2021*, Rapportnr. 2022-0053, Bilthoven: RIVM 2022 en [www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/uitgestelde-zorg](http://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/uitgestelde-zorg).
6. [www.rivm.nl/gedragsonderzoek/tijdlijn-maatregelen-covid](http://www.rivm.nl/gedragsonderzoek/tijdlijn-maatregelen-covid).
7. NZa, *Monitor Toegankelijkheid van de zorg*, Utrecht, 30 augustus 2022. [puc.overheid.nl/nza/doc/PUC\\_721026\\_22/1/](https://puc.overheid.nl/nza/doc/PUC_721026_22/1/) en NZa, *Monitor Toegankelijkheid van zorg*, Utrecht 27 oktober 2022. [puc.overheid.nl/nza/doc/PUC\\_721026\\_22/1/](https://puc.overheid.nl/nza/doc/PUC_721026_22/1/).
8. *Aanhangsel Handelingen II* 2022/23, nr. 228 en *Kamerstukken II* 2022/23, 29282, nr. 492.
9. Zie bijv. [www.staatvenz.nl/kerncijfers/](http://www.staatvenz.nl/kerncijfers/)

ziekteverzuim-sector-zorg-en-welzijn en [www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/37/ziekteverzuim-zorg-en-welzijn-blijft-op-hoogste-niveau-sinds-2003](http://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/37/ziekteverzuim-zorg-en-welzijn-blijft-op-hoogste-niveau-sinds-2003).  
10. Zie bijv. [www.igj.nl/actueel/nieuws/2022/10/13/problemen-door-tekort-aan-personeel-in-zorg-en-jeugdhulp](http://www.igj.nl/actueel/nieuws/2022/10/13/problemen-door-tekort-aan-personeel-in-zorg-en-jeugdhulp) en <https://www.igj.nl/publicaties/publicaties/2022/12/18/personeelstekorten-zorg-en-jeugdhulp>.  
11. NZa, *Stand van de zorg 2022*, Utrecht, 13 oktober 2022.  
12. Zie bijv. [www.nporadio1.nl/fragmenten/dit-is-de-dag/c8e79239-cf34-495b-9146-dc748883f86c/2022-11-11-zorgverzekeraars-kunnen-toegankelijke-zorg-niet-meer-garanderen](http://www.nporadio1.nl/fragmenten/dit-is-de-dag/c8e79239-cf34-495b-9146-dc748883f86c/2022-11-11-zorgverzekeraars-kunnen-toegankelijke-zorg-niet-meer-garanderen).  
13. B. Toebes & K. Ó Cathaoir, 'The right to health. General concepts', in: B. Toebes (red.), *Health and human rights. Global and European perspectives*, Cambridge: Intersentia 2022, p. 23-51.

14. Zo hebben veel patiënten tijdens de COVID-19-pandemie ervoor gekozen geen beroep te doen op de zorg ('zorgmijding') of om zelf zorg uit te stellen. Zie [www.zonmw.nl/nl/over-zonmw/coronavirus/onderzoek-naar-corona-en-covid-19/uitgestelde-zorg/](http://www.zonmw.nl/nl/over-zonmw/coronavirus/onderzoek-naar-corona-en-covid-19/uitgestelde-zorg/).
15. Dit kader is door de wetgever uitgewerkt in de Zvw.
16. T. Hartlief, 'Zorgplichten in het onrechtmatige daadsrecht. Utdijning en begrenzing', in: S. C. J. J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en Tien jaar nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 486-515.
17. C.E. Drion, 'Zorgplichten' (Vooraf), *NJB* 2022/287, afl. 5, p. 323. Zie eerder T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Uva), Deventer: Kluwer 2007 en T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?' (Vooraf), *NJB* 2017/965, afl. 18, p. 1241.



© Shutterstock

### 3.1. Niet schaden van elkaars gezondheid

Een besmetting met het coronavirus leidt vrijwel altijd tot COVID-19. In hoeverre personen zichzelf tegen besmetting konden (en kunnen) beschermen is mede afhankelijk van het eigen gedrag en dat van anderen. Wij denken daarbij bijvoorbeeld aan personen die zich niet of minder aan de 'coronaregels' hielden (zoals afstand houden) of die zich in het geheel niet lieten vaccineren. Daardoor namen ze niet alleen risico's ten aanzien van hun eigen gezondheid maar bedreigden ze ook de gezondheid van anderen. Het niet houden aan de coronaregels en het niet vaccineren leidden in sommige gevallen tot een beroep op zorg die mogelijk (gedeeltelijk) had kunnen worden voorkomen. Ongevaccineerde personen werden bijvoorbeeld vaker opgenomen en verbleven langduriger dan gevaccineerden op de IC-afdeling of op andere plaatsen in het ziekenhuis waardoor patiënten met planbare zorg lang(er) moesten wachten op zorg.<sup>18</sup>

Is het gedrag van de personen die zich verzetten tegen de coronaregels en het vaccineren nu in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt? Moreel gezien zou dit zo kunnen zijn, maar juridisch is naar onze inschatting in een dergelijke situatie niet snel sprake van een onrechtmatige gedraging. Dit komt mede omdat een direct *condicio sine qua non*-verband ontbreekt tussen het 'onverstandig gedrag' van de een en het langer op zorg moeten wachten met schade tot gevolg van de ander. Wij zouden het ook onwenselijk vinden om zo'n maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichting aan te nemen.

### 3.2. Behandelplicht zorgverlener en zorgaanbieder

De plicht om een persoon met een medische hulpvraag te behandelen rust allereerst op de individuele zorgverlener. Dit volgt rechtstreeks uit de in Boek 7 BW opgenomen regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereen-

**Een direct *condicio sine qua non*-verband ontbreekt tussen het 'onverstandig gedrag' van de een en het langer op zorg moeten wachten met schade tot gevolg van de ander**

komst, in de praktijk doorgaans WGBO genoemd. Volgens deze regeling is de patiënt ten opzichte van de zorgverlener met wie hij een behandelingsovereenkomst heeft gesloten de opdrachtgever (artikel 7:446 BW). De zorgverlener kan deze opdracht slechts in bijzondere situaties weigeren of tegen de wens van de patiënt beëindigen.<sup>19</sup> Het is dan ook aan de patiënt als opdrachtgever om te bepalen of en zo ja welke zorg hij ontvangt en door welke zorgverlener.<sup>20</sup> De patiënt geeft vervolgens aan de zorgverlener al dan niet toestemming voor een concrete geneeskundige (be)handeling. Maar een patiënt die wordt behandeld door een zorgaanbieder gaat ook een behandelingsovereenkomst aan met deze instelling. De behandelingsovereenkomst met de zorgverlener en met de – zoals dat doorgaans wordt genoemd – zorgaanbieder zijn daarmee nevenschikkelijk. Zo kunnen behandelaars in een ziekenhuis niet werken zonder dat het ziekenhuis de zorg faciliteert, terwijl een ziekenhuis geen goede zorg kan bieden zonder gekwalificeerde medewerkers. Bovendien maakt de zorgaanbieder afspraken met zorgverzekeraars over het aantal behandelingen dat jaarlijks mag worden geleverd.

Deze regels inzake de toegang tot zorg en de samenhangende verplichting van de zorgverlener om te handelen als goed hulpverlener impliceren niet dat de zorgverlener verplicht is datgene te doen waarom de patiënt vraagt. Volgens de civielrechtelijke regeling van de behandelingsovereenkomst moet een arts handelen zoals dat van een goed hulpverlener, voortvloeiende uit de voor de zorgverlener geldende professionele standaard (artikel 7:453 BW), mag worden verwacht. Dit betekent volgens vaste rechtspraak dat de zorgverlener moet handelen zoals dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.<sup>21</sup> Dit brengt met zich dat de arts binnen de grenzen van de professionele standaard moet blijven – en handelingen die daar buiten liggen in beginsel moet weigeren. Voorts kan een patiënt aan een behandelingsovereenkomst geen absoluut recht op genezing ontnemen; een behandelingsovereenkomst omvat in de regel diverse inspanningen die de behandelaar moet verrichten. Dat zijn veelal inspanningsverplichtingen en geen resultaatsverbintenis.

Wat houdt de verplichting van de zorgverlener om te handelen als goed hulpverlener en van de zorgaanbieder om goede zorg te bieden nu in concreto in? Een patiënt die zich fysiek, telefonisch of anderszins met een hulpvraag meldt bij een zorgaanbieder, zoals een huisartsenpost of de afdeling spoedeisende hulp van een ziekenhuis, krijgt in eerste instantie te maken met een triagist.<sup>22</sup> Deze zorgverlenende poortwachter – vaak de triage-assistent (gespecialiseerd doktersassistent) – maakt dan een

inschatting van de ernst en urgentie van de hulpvraag. Deze triage geschiedt onder verantwoordelijkheid van een huisarts of medisch specialist. De wijze van triageren moet voldoen aan de eisen die de professionele standaard van de verantwoordelijke zorgverlener stellen.<sup>23</sup> Aldus rust een grote verantwoordelijkheid op deze zorgverlener om te bepalen of, en zo ja met hoeveel urgentie, een patiënt kan worden onderzocht en behandeld.<sup>24</sup> De urgentie wordt ook wel aangeduid in de vorm van categorieën: hoe lager de categorie, des te minder spoed om een patiënt te zien en te behandelen. Een lagere categorie impliceert ook dat zorg in de optiek van de verantwoordelijke zorgverlener kan worden uitgesteld ten opzichte van patiënten van een hogere categorie en die met spoed moeten worden gezien. De verantwoordelijk zorgverlener is voor de indeling in categorieën civielrechtelijk en tuchtrechtelijk aanspreekbaar.<sup>25</sup>

Op de zorgaanbieder rust volgens de regels van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) de plicht ervoor te zorgen dat de zorg aan alle kwaliteitseisen voldoet. Zo moet de zorgaanbieder op diverse manieren waarborgen dat de geleverde zorg van goede kwaliteit en van goed niveau is, onder meer door de zorgverlening op zodanige wijze te organiseren, dat dit redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg. De zorgaanbieder moet waarborgen dat zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende professionele verantwoordelijkheid, zonder zich daarmee in te laten (artikel 2 lid 2 onder b Wkkgz). Een invulling van de voornoemde professionele verantwoordelijkheid gaat bijvoorbeeld ook over het geven van prioriteit aan te behandelen patiënten. Is deze verantwoordelijkheid anders indien het ziekenhuis waar de zorgverlener werkzaam is van oordeel is dat sommige patiënten meer prioriteit hebben dan andere patiënten? Juridisch is dat niet het geval. Zorgverleners moeten wettelijk immers handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid. Anders gezegd, het is aan de zorgverleners en dus niet aan de zorgaanbieder (de werkgever) om te bepalen welke patiënten voorrang

## Het is aan de zorgverleners en dus niet aan de zorgaanbieder (de werkgever) om te bepalen welke patiënten voorrang krijgen boven anderen

18. [www.rivm.nl/nieuws/4-op-de-5-CO-VID-19-pati%C3%ABnten-op-de-IC-is-niet-gevaccineerd#:~:text=De%20kans%20om%20als%20volledig,dan%20als%20niet%20gevaccineerde%20persoon.](http://www.rivm.nl/nieuws/4-op-de-5-CO-VID-19-pati%C3%ABnten-op-de-IC-is-niet-gevaccineerd#:~:text=De%20kans%20om%20als%20volledig,dan%20als%20niet%20gevaccineerde%20persoon.)

19. Zie KNMG-richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, versie 2021.

20. Dit laatste recht staat bekend als het

recht op vrije artskeuze. B. Wallage, *Het recht op vrije artskeuze binnen het Nederlandse zorgstelsel* (diss. Leiden), Leiden: 2022.

21. HR 9 november 1990,

ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26.

22. Het woord triageren betekent rangschikken op basis van prioriteit.

23. J.G. Sijmons, 'Schaarste en professionele

autonomie', *TvGR* 2022, p. 388-389.

24. De urgentietoekenning bestaat uit zes categorieën: U0 (uitval van vitale functies; reanimatie); U1 (direct levensgevaar; onmiddellijk); U2 (bedreiging van vitale functies of orgaanschade; zo spoedig mogelijk); U3 (reële kans op schade; binnen enkele uren); U4 (verwaarloosbare kans op schade; dezelfde dag) en U5 (geen kans op

schade; volgende werkdag/na weekend).

25. We gaan voorbij aan de eventuele bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen bij het overtreden van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke normen.

## Tot op heden heeft niemand die te maken heeft met uitgestelde zorg een civielrechtelijke schadevergoedingsclaim ingediend tegen een zorgverzekeraar wegens vermeende schending van de verzekeringsplicht

krijgen boven anderen. Aldus moet ook de in de Wkkgz genoemde eis worden uitgelegd dat de zorg 'tijdig' dient te worden verleend (artikel 2 lid 2 onder a Wkkgz).

Mits verenigbaar met de professionele standaard kan zorg door een zorgverlener worden uitgesteld. In voorkomende gevallen moet de civiele rechter bepalen of de noodzakelijke zorg voldoende tijdig is geleverd en of de zorgverlener dan wel de zorgaanbieder voor de vertraging verantwoordelijk is. Hoewel er diverse juridische procedures zijn gevoerd over de juiste toepassing van de eisen van het goed hulpverlenerschap, is het tot op heden niet gekomen tot een zaak waarin via de rechter getracht is schadevergoeding te ontvangen wegens een verwijtbaar uitstel door de zorgverlener van een behandeling.<sup>26</sup>

### 3.3. Verzekeringsplicht zorgverzekeraar

Alle ingezetenen in Nederland zijn verplicht een zorgverzekering af te sluiten (artikel 2 Zvw). Op zorgverzekeraars rust jegens bij hen verzekerden een zorgplicht, in de Zvw uitgewerkt onder artikel 11 Zvw. Deze eveneens privaatrechtelijk vormgegeven verzekeringsplicht omvat de verplichting voor zorgverzekeraars ervoor te zorgen dat hun verzekerden – indien nodig – zorg ontvangen. Deze zorg leveren zorgverzekeraars in de praktijk niet zelf maar zij sluiten daartoe contracten af met zorgaanbieders om aan de verzekeringsplicht te kunnen voldoen. Door de noodzakelijke zorg in te kopen en zodoende beschikbaar te hebben voor verzekerden waarborgen zorgverzekeraars het voldoen aan hun wettelijke plicht om prestaties aan te bieden en te vergoeden aan verzekerden.

Wat betekent deze verzekeringsplicht nu voor de patiënt? Wat betreft de aard van het basispakket verwijzen we naar artikel 10 en 11 lid 1 Zvw; wat betreft de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties bieden artikel 2.1 en 2.2 Besluit zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering duidelijkheid. Van belang is daarbij dat de zorgplicht van de zorgverzekeraar zich beperkt tot de omvang van het verzekerde pakket.

De verzekerde toegang tot een prestatie hangt af van een indicatie, die weer wordt bepaald door de stand van de wetenschap en de praktijk, dan wel door hetgeen geldt op het betrokken vakgebied (artikel 2.1 lid 2 Besluit zorgverzekering). Deze eisen bepalen ook de spoed waarmee de zorg moet worden verleend. Met betrekking tot het recht op zorg van de verzekerde en de zorgplicht van de zorgverzekeraar is het vervolgens van belang te weten of de verzekerde heeft gekozen voor een natura- dan wel restitutieverzekering, al dan niet met een aanvullende (vrijwillige) verzekering. Bij een restitutieverzekering bepaalt de verzekerde door wie hij zich laat behandelen. De verzekerde betaalt dan zelf de rekening en vraagt de zorgverzekeraar achteraf de kosten te vergoeden. Bij een natura-

verzekering stuurt de zorgaanbieder de rekening rechtstreeks naar de zorgverzekeraar, maar kan de zorgverzekeraar bepalen dat de kosten alleen volledig worden vergoed door zorgaanbieders met wie de zorgverzekeraar een contract heeft. Dit laatste impliceert dat de keuzevrijheid van de verzekerde wordt beperkt en dat de zorgverzekeraar ervoor moet kiezen dat er voldoende zorg is gecontracteerd. Dat laatste is niet altijd het geval.<sup>27</sup> De naturaverzekerde kan dan bij de zorgverzekeraar aankloppen en, onder verwijzing naar de zorgplicht, verzoeken te bemiddelen bij het vinden van een (andere) zorgaanbieder. De zorgverzekeraar kan de verzekerde dan helpen bij het vinden van een andere zorgaanbieder om alsnog tijdig de noodzakelijke zorg te kunnen krijgen.<sup>28</sup> Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk regelmatig gebruik gemaakt.

Maar wat is nu de termijn waarbinnen de zorgverzekeraar moet garanderen dat de verzekerde kan worden behandeld? Het BW stelt dat een verzekerde terstond nakoming van een verbintenis kan vorderen, hetgeen dus ook zou gelden voor verbintenissen uit de overeenkomst met de zorgverzekeraar (artikel 6:38 BW).<sup>29</sup> Dat geldt volgens deze bepaling echter alleen indien er geen andere termijn is afgesproken. Volgens de parlementaire geschiedenis moet aan de schuldenaar bovendien voldoende tijd worden gelaten als redelijkerwijs nodig is om de prestatie te verrichten. In dit kader is het van belang dat de polisvoorwaarden van de zorgverzekeringen geen specifieke termijnen noemen en dat zorgverzekeraars bij zorgverzekeringen in de regel verwijzen naar wachttijden die algemeen en maatschappelijk aanvaard zijn. Welke termijn moet dan worden aangehouden? De indicatie voor zorg, waarbij de omvang, aard en termijn worden bepaald door de stand van de wetenschap en de praktijk, dan wel hetgeen geldt op het betrokken vakgebied, zijn dan bepalend. Anders gezegd, op grond van artikel 6:38 BW kan een patiënt niet terstond nakoming verlangen van de overeenkomst.

Voorts zijn de zogeheten Treeknormen van belang. Deze in 2005 opgestelde normen geven per sector aan hoe lang de maximale wachttijd mag bedragen, soms onderverdeeld in een fase van aanmelding, de maximale wachttijd tussen de aanmelding en een intake/het aanmeldgesprek en een fase waarin de behandeling moet plaatsvinden. Het is alom bekend dat deze normen met betrekking tot bepaalde groepen patiënten ten tijde van de COVID-19-pandemie niet altijd zijn gehaald. Ook na de pieken van de COVID-19-pandemie staan de Treeknormen onder druk (bijv. binnen de geestelijke gezondheidszorg).<sup>30</sup> Ondanks dit laatste heeft tot op heden niemand die te maken heeft of had met uitgestelde zorg, dan wel de nabestaanden van de betrokkene, een civielrechtelijke schadevergoedingsclaim ingediend tegen een zorgverze-

keraar wegens vermeende schending van de verzekeringsplicht. De kansen op toewijzing van zo'n vordering zijn ook niet groot.<sup>31</sup>

### 3.4. Algemene of specifieke zorgplichten van anderen

Of er naast zorgverleners, zorgaanbieders en zorgverzekeraars juridisch gezien op andere partijen binnen de behandelzorg een plicht tot tijdig behandelen of verzekeren van zorg rust lijkt niet het geval. We lopen hieronder enkele instanties af.

#### Rijksoverheid en het Coronadashboard

De rijksoverheid heeft sinds de uitbraak van de COVID-19-pandemie allerlei maatregelen genomen om de verdere verspreiding van het virus te voorkomen en om patiënten adequaat te behandelen. De Wpg, aangevuld door een Tijdelijke wet maatregelen covid-19 en enkele andere wetten, vormde daartoe de belangrijkste wettelijke basis. Bij het nemen van maatregelen gaat de minister af op de adviezen van het Outbreak Management Team (OMT) en de informatie van de Inspectie (IGI). De minister heeft daarnaast het Coronadashboard ingesteld om actuele cijfers te verzamelen over COVID-19. Deze informatie was afkomstig van het RIVM, de GGD'en en de ziekenhuizen. Op basis van deze cijfers werd het risiconiveau bepaald en kon worden besloten het aantal IC-bedden te verhogen (voor patiënten met COVID-19) of te verlagen. Via het Coronadashboard kon worden bepaald hoeveel prioriteit patiënten met COVID-19 hebben of ziekenhuizen verplichten meer IC-bedden beschikbaar te stellen. Aan deze en andere vormen van normering kunnen patiënten geen recht op zorg ontnemen. Zij zijn aldus niet vergelijkbaar met de genoemde behandel- en zorgplicht van zorgverleners, zorgaanbieders en zorgverzekeraars.

#### De medische beroepsgroep

Via hun richtlijnen en standaarden bepalen de medische beroepsgroepen in grote mate wat de professionele standaard voor zorgverleners is met betrekking tot bepaalde vormen van zorg.<sup>32</sup> Vrijwel alle professionele normen zijn – doorgaans online – gepubliceerd en aldus voor de zorgverleners en anderen raadpleegbaar. De professionele normen worden ook regelmatig geactualiseerd, zodat de nieuwste inzichten daarin worden verwerkt.

Een zorgverlener is in beginsel gehouden een richtlijn of standaard na te leven. Afwijken daarvan kan, en moet soms, maar dient dan goed te worden gemotiveerd.

Bijvoorbeeld ingeval een patiënt allergisch is voor bepaalde vormen van medicatie of omdat er sprake is van multimorbiditeit.<sup>33</sup> Logistieke en organisatorische problemen van een zorgaanbieder zijn daarentegen geen reden om af te wijken van een richtlijn of standaard.<sup>34</sup> Een richtlijn of standaard is bovenal een hulpmiddel voor het bieden van goede zorg en geen keurslijf.<sup>35</sup> Hieruit volgt dat het de zorgverlener is, en niet de medische beroepsgroep, die eindverantwoordelijkheid draagt voor het gebruik van door beroepsgroepen opgestelde richtlij-

## Logistieke en organisatorische problemen van een zorgaanbieder zijn geen reden om af te wijken van een richtlijn of standaard

nen en standaarden bij het bepalen van zorg en de urgentie waarmee patiënten zorg krijgen. In het kader van het onderhavige artikel is de 'Handreiking voor keuzes bij het op- en afschalen van reguliere poliklinische non-COVID zorg ten tijde van schaarste in de COVID-19 pandemie' van de Federatie Medische Specialisten uit 2020 relevant.<sup>36</sup> Deze handreiking bevat handvatten en adviezen voor het zo veel mogelijk behouden van de poliklinische zorg ten tijde van schaarste tijdens de COVID-19-pandemie.

#### Adviesorganen en andere organen

Ten tijde van de piek van de COVID-19-pandemie waren er vele (advies)organen die zich uitspraken over de inrichting van ons stelsel en de verdeling van de schaarse zorg. Het voert te ver om de rol van al deze organen te bespreken. Daarom beperken we ons tot enkele.

Als eerste moeten we hier het reeds genoemde OMT noemen. Het OMT, een onafhankelijk adviesorgaan ingesteld door het RIVM, bestaat uit diverse deskundigen onder voorzitterschap van de directeur van het Centrum infectieziektenbestrijding van het RIVM. Het OMT was wellicht de belangrijkste adviseur van de regering. Het OMT heeft niet de bevoegdheid om zelf maatregelen te

26. Wel is tuchtrechtspraak beschikbaar over dit onderwerp. Zie bijv. ECLI:NL:TGRZWO:2020:68 en ECLI:NL:TGRZWO:2020:69. Zie verder ook M.J.M. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2022, p. 340-373 (558 en 571).

27. Zie art. 13 lid 1 Zvw, waaruit volgt dat de verzekerde met een naturopolis ook het recht heeft om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. De zorgverzekeraar dient in een dergelijk geval een vergoeding te betalen die de verzekerde

daadwerkelijk in staat stelt om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Zie HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1790.

28. NZa, *De zorgplicht: handvatten voor zorgverzekeraars*, puc.overheid.nl/nza/doc/PUC\_323566\_22/1/.

29. M.F. van der Mersch & J.J. Rijken, 'Schaarste in de zorgverzekering', *TvGR* 2022, p. 400-412 (406).

30. nos.nl/op3/artikel/2389290-nog-altijd-wachten-wachten-wachten-in-de-ggz-ervaar-hier-hoelang.

31. [lvvp.info/wp-content/uploads/2022/12/Position-paper-NZa-t.b.v.-rondetafelgesprek-Vrije-Artsenkeuze-d.d.-5-december-2022.pdf](https://www.lvvp.info/wp-content/uploads/2022/12/Position-paper-NZa-t.b.v.-rondetafelgesprek-Vrije-Artsenkeuze-d.d.-5-december-2022.pdf). Zie ook De Ridder, 2022, noot 26.

32. Over richtlijnen, zie het speciale nummer van het *NTvG* van 23 oktober 2022.

33. Zie reeds HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, m.nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Franken (*Protocol I*) en HR 1 april 2005,

ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*). Zie ook CTG 9 maart 2010,

ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0206.

34. CTG 27 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:218.

35. CRvB 16 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7873.

36. [demedischspecialist.nl/sites/default/files/Handreiking%20op-%20en%20afschalen%20poliklinische%20nonco-vid%20zorg%20-%2013okt%201.0%20def.pdf](https://demedischspecialist.nl/sites/default/files/Handreiking%20op-%20en%20afschalen%20poliklinische%20nonco-vid%20zorg%20-%2013okt%201.0%20def.pdf).

nemen; die bevoegdheid komt indachtig de Wpg toe aan de burgemeesters, de voorzitters van de veiligheidsregio's en de minister van VWS.

In de tweede plaats vervulde tijdens de COVID-19-pandemie het Landelijk Coördinatiecentrum Patiënten Spreiding (LCPS) een belangrijke, bovenal faciliterende, rol. Dit centrum, een projectorganisatie, werkt samen met zorgorganisaties, zorgaanbieders en diverse instituten, waaronder het RIVM, om informatie te verzamelen en te analyseren over de Nederlandse zorg. Aldus komt de zorgcapaciteit beter in beeld, kunnen prognoses en scenario's worden gemaakt voor de toekomst en kunnen patiënten – lees: patiënten met COVID-19 – worden verplaatst naar instellingen waar nog plaats beschikbaar is. Dit laatste kan alleen met toestemming van de patiënt.

In de derde plaats waren er binnen de ziekenhuizen vaak coronacrisisteam. Deze bepaalden welke prioriteit aan patiënten moest worden toegekend, of daarvoor extra IC-bedden beschikbaar moesten worden gesteld en welke afdelingen zo nodig konden worden gesloten. De coronacrisisteam waren ook betrokken bij het overplaatsen van COVID-19-patiënten.

Tot slot willen we wijzen op het door de KNMG en de Federatie van Medisch Specialisten opgestelde Draaiboek 'Code zwart'.<sup>37</sup> Dit draaiboek, waarom de IGJ de beroepsgroep had verzocht, geeft artsen handleidingen over hoe patiënten te selecteren bij een absolute schaarste aan spoedeisende zorg (code zwart). In een geval dat zich zo'n situatie aandient en er meer IC-patiënten zijn dan waarvoor er plaats is, kan een speciaal triageteam, ter beoordeling van de zorgverleners, bepalen wie een hogere prioriteit heeft om te worden behandeld dan andere patiënten die met spoed zorg nodig hebben. Gelukkig is deze optie alleen achter de hand gehouden en heeft het niet zover hoeven komen dat deze triageteams deze taak moesten vervullen.

#### 4. Aansprakelijkheid

Om te oordelen of mensen die te maken hebben (gehad) met schade als gevolg van uitgestelde zorg deze schade vergoed kunnen krijgen, ligt het, gelet op het bovenstaande, wat betreft aansprakelijkheidstelling het meest voor de hand te liggen naar de zorgverleners, zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Niettemin moet ook de eventuele aansprakelijkheid van de overheid worden gezien, ook al vindt er nog volop discussie plaats over de vergoeding door de overheid aan bijvoorbeeld zorgmedewerkers met long covid en de beste wijze waarop de overheid COVID-19 had kunnen bestrijden.<sup>38</sup> Bij het voorgaande is van belang dat binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht het uitgangspunt geldt dat eenieder in beginsel zijn eigen schade draagt.<sup>39</sup>

**Binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geldt het uitgangspunt dat eenieder in beginsel zijn eigen schade draagt**

#### 4.1. Wie bepaalt wat spoed- en planbare zorg is?

De groep patiënten die te maken heeft (gehad) met uitgestelde zorg betreft de groep met zogeheten planbare zorg. Dit roept de vraag op wie bepaalt of een patiënt spoedzorg dan wel planbare zorg krijgt. Zoals hierboven aangegeven vindt deze indeling plaats op basis van de ernst en urgentie van de hulpvraag. Dit oordeel velt de verantwoordelijke zorgverlener, die zich daarbij baseert op de professionele standaard. Daarbij let de zorgverlener ook op de ziektecategorieën, zoals opgenomen in de Wpg. Dit verklaart waarom patiënten met COVID-19 al snel werden aangemerkt als hebbend een spoedeisende hulpvraag. De zorgverlener let bij een triage van patiënten dus mede op de indeling van ziekten door de minister van VWS. Niettemin vindt een indeling bovenal plaats op basis een individuele beoordeling en kan het zijn dat patiënten met op het eerste gezicht een minder spoedeisende hulpvraag – zoals een heupoperatie – wel degelijk als urgent worden aangemerkt door de zorgverlener. Dat heeft dan bijvoorbeeld te maken met de algemene gezondheidsstatus van de patiënt of de aanwezigheid van andere hulpvragen (multimorbiditeit).

#### 4.2. Ziekteverzuim en personeelstekort

Een meer actuele overweging bij de aansprakelijkheidsvraag betreft het ziekteverzuim onder en het tekort aan gekwalificeerd personeel in de zorg, en een bredere ontwikkeling in het gezondheidsstelsel waarbij zorgverzekeraars (mede gezien de omvang van de hulpvraag) niet kunnen voldoen aan hun zorgplicht. Hierdoor wordt het tijdig bieden van zorg aan patiënten belemmerd. Dit leidt vrijwel automatisch tot vertraging in het nakomen van de behandel- en zorgplicht. En dit treft in eerste instantie patiënten met planbare zorg. Maar bij een verdere verslechtering van de situatie heeft dit ook effecten voor patiënten met spoedzorg.<sup>40</sup>

Zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen – waar het gaat om een tekort aan professionals – moeilijk verantwoordelijk worden gehouden voor deze situatie, gesteld dat zij afdoende pogingen doen om het ziekteverzuim tegen te gaan en nieuwe medewerkers te krijgen en vast te houden.<sup>41</sup> Afgelopen maanden is evenwel gebleken dat dit geen eenvoudige opgave is, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende mensen beschikbaar zijn om in de zorg te werken. Nu kan worden tegengeworpen dat zorgaanbieders dan maar betere arbeidsomstandigheden moeten bieden en hogere salarissen. Dat is evenwel een lastige opgave, gelet op de financiële situatie van veel zorgaanbieders. Voorts beschikken zorgverzekeraars niet over de middelen om zorgaanbieders meer financiële armslag te bieden.

#### 4.3. Aansprakelijkheid zorgverlener en zorgaanbieder

Aansprakelijkheid veronderstelt volgens de regels van het BW een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) dan wel een tekortkoming (artikel 6:74 BW) van de zorgverlener/zorgaanbieder met schade tot gevolg door de patiënt met uitgestelde zorg niet spoedig(er) te behandelen. Het is evenwel de vraag of sprake is van schade als gevolg van een onrechtmatige gedraging dan wel tekortkoming die juridisch de zorgverlener of zorgaanbieder kan worden aangerekend.



Door het huidige ziekteverzuim en personeelstekort lukt het zorgverleners en zorgaanbieders niet de ontstane werkachterstand weg te werken. Er lijkt bovenal sprake van onvoorziene omstandigheden<sup>42</sup> – de COVID-19-pandemie, gevolgd door een algemeen gebrek aan zorgpersoneel – die zorgverleners en zorgaanbieders niet kunnen worden verweten. Ook anderszins lijkt sprake van een vorm van overmacht, tegenwoordig al snel aangeduid met de term ‘crisis’. De behandelplicht van de zorgverleners en zorgaanbieders impliceert, zoals gezegd, in de meeste gevallen een inspanningsverplichting, maar geen resultaatverbintenis.

Het voorgaande is hooguit anders als de zorgverlener of zorgaanbieder niet adequaat of niet zorgvuldig heeft gehandeld dan wel onzorgvuldig heeft geanticipeerd op deze situatie (bijv. door een onjuiste inschatting te maken van de urgentie in een individuele casus of door te weinig zorg te contracteren).

Het is in al deze omstandigheden aan de patiënt om dit aannemelijk te maken. Dat zal een flinke opgave zijn voor de patiënt. Daar komt bij dat de patiënt tevens aannemelijk moet maken dat hij mentale of fysieke schade heeft geleden door het uitstellen van zorg (*condicio sine qua non*). Wat betreft het lange wachten is de immateriële schade – zoals stress, ongemak en pijn – relatief eenvoudig aangetoond; dat de patiënt door het langere wachten materiële schade heeft geleden – zoals minder inkomsten door langere ziekte en later kunnen re-integreren – is minder makkelijk aannemelijk te maken, nog los dat in beide situaties niet eenduidig is hoeveel schade de patiënt heeft geleden.

#### 4.4. Aansprakelijkheid zorgverzekeraar

De aansprakelijkheid van de zorgverzekeraar wegens het niet nakomen van de zorgplicht door uitgestelde zorg moet eveneens volgens de regels van het BW worden gezien en beoordeeld. Ook wat betreft zorgverzekeraars is aansprakelijkheid van schade juridisch niet makkelijk aantoonbaar. In het huidige stelsel is het voorgaande mogelijk anders indien kan worden aangetoond dat de zorgverzekeraar onvoldoende zorg heeft ingekocht en dat de verzekerde patiënt – al dan niet via bemiddeling door

## Ook wat betreft zorgverzekeraars is aansprakelijkheid van schade juridisch niet makkelijk aantoonbaar

37. Draaiboek Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten tijde van fase 3 in de COVID-19-pandemie, versie 2.0, november 2020.

38. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) e.a., Rapport Coronascenario's doordacht. Handreiking voor noodzakelijke keuzes, Den Haag: septem-

ber 2022.

39. M. de Groot, 'Zorgbehoefte als schade', *Handicap & Recht* 2018, afl. 1, p. 9-19.

40. Centrum voor Ethiek en Gezondheid (CEG), Signalement Code Rood. *Verkenning van morele uitgangspunten bij langdurige schaarste in de zorg*, Den Haag: CEG, 20 januari 2023.

de zorgverzekeraar – niet bij andere zorgaanbieders terecht kan voor tijdige(r) behandeling. Aangezien de Treeknormen in diverse sectoren door zorgverzekeraars niet worden gehaald, lijkt het primair aan de NZa om te handhaven.

Met betrekking tot de COVID-19-pandemie lijkt het met succes aansprakelijk stellen van een zorgverzekeraar voor geen of niet-tijdige behandeling niet eenvoudig. Er was tijdens de COVID-19-pandemie en daarna immers geen goede mogelijkheid patiënten met planbare zorg (veel) sneller te behandelen om de eerder genoemde redenen. Bovendien zijn niet alle patiënten bereid naar andere delen van het land te reizen om daar te worden behandeld. Bij dit alles komt dat de zorgverzekeraar, dat nemen we althans aan, in het kader van de COVID-19-pandemie wel aan de zorgplicht heeft voldaan, maar dat meer passende of meer tijdige zorg niet beschikbaar was en is. Dat kan de zorgverzekeraar juridisch niet worden verweten, in de zin dat een schadevergoedingsclaim tegen de zorgverzekeraar met succes kan worden ingediend.

#### 4.5. Aansprakelijkheid overheid

Resteert de vraag of wellicht de overheid, gelet op haar verantwoordelijkheid voor de zorg op grond van het recht op gezondheid, aansprakelijk is jegens patiënten die geconfronteerd zijn (en soms blijven) met schade als gevolg van uitgestelde zorg. Ook deze optie lijkt juridisch op voorhand niet veel kans van slagen te maken. De overheid heeft, daarbij afgaand op adviezen van diverse organen, COVID-19 als ernstig besmettelijke ziekte aangemerkt en daarbij allerlei maatregelen genomen om COVID-19 in te dammen, te beheersen en patiënten met COVID-19 zo adequaat als mogelijk te kunnen behandelen. Of alle keuzes even succesvol waren, kan worden betwijfeld.<sup>43</sup> Niettemin, ook de overheid had te maken met een tot dan toe volstrekt nieuwe infectieziekte waarvan de effecten alles behalve voorspelbaar waren. Er lijkt aldus, gelet op de onvoorziene omstandigheden en overmachtsituatie, geen sprake van enige onrechtmatige gedraging.

Zijn er nog andere mogelijkheden om de overheid aansprakelijk te stellen, ook al is er geen sprake van een onrechtmatige overheidsdaad? Getracht kan worden juridisch te stellen dat de overheid, minstens deels, verantwoordelijk is de gezondheidsschade van patiënten met uitgestelde zorg te compenseren. Die schade is ook het gevolg van de gemaakte beleidskeuzes tijdens de pandemie, zoals het reserveren van IC-bedden voor patiënten met COVID-19. Daardoor hebben patiënten met planbare zorg langer dan nodig moeten wachten op behandeling. Maar kan dan met recht worden gesteld dat sprake was en is van een schending van het gelijkheidsbeginsel? Wij menen van niet. Patiënten met en zonder COVID-19 zijn

41. IGJ, *Zorg, jeugdhulp en toezicht in tijden van personeelstekorten*, Utrecht, december 2022, [www.igj.nl/publicaties/publicaties/2022/12/8/personeelstekorten-zorg-en-jeugdhulp](http://www.igj.nl/publicaties/publicaties/2022/12/8/personeelstekorten-zorg-en-jeugdhulp).

42. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

43. Zie bijv. J.G. Sijmons, 'De COVID-

19-strategie van maart 2020', *NJB* 2021/3019, afl. 41, p. 3386-3395. Zie ook de twee kritische rapporten van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, waarbij een derde onderzoeksrapport in 2023 wordt verwacht, [www.onderzoeksraad.nl/nl/page/20666/aanpak-coronacrisis](http://www.onderzoeksraad.nl/nl/page/20666/aanpak-coronacrisis).

## Prioriteren is toegestaan en vaak vereist

wat betreft de aanspraak op zorg namelijk niet gelijk. Prioriteren is toegestaan en vaak vereist.

Mocht de overheid daarom aansprakelijkheid voor ontstane schade afwijzen, dan kan de overheid niettemin overgaan tot het bieden van enige vorm van financiële compensatie om redenen van pieteit. Dit doet de overheid vaker bij schade bij groepen.<sup>44</sup> Denk daarbij ook aan de vergoeding aan zorgmedewerkers met long covid, zoals de regering onder druk van de Kamer overweegt te doen bij zorgmedewerkers,<sup>45</sup> terwijl ook andere personen in het kader van hun werk COVID-19 en long covid hebben opgelopen. Het accepteren van een overheidsvergoeding betekent dan doorgaans dat de betrokkene afziet van het starten van een andere juridische procedure tegen de overheid. Maar tot op heden lijkt de overheid niet voornemens om personen met gezondheidsschade als gevolg van uitgestelde zorg financieel te gaan compenseren.

### 5. Conclusies

Bovenstaande analyse leert het volgende. De kansen dat patiënten – die als gevolg van de COVID-19-pandemie te maken hebben (gehad) met schade als gevolg van uitgestelde zorg – aanspraak kunnen maken op een financiële vergoeding zijn op voorhand klein, zo niet nihil. Dat zorgverleners onderscheid hebben gemaakt tussen spoed- en planbare zorg was conform de professionele standaard. Dat sommige patiënten nog steeds niet zijn behandeld, duidt nog niet op schending van de op zorgverleners en zorgaanbieders rustende verplichting om te handelen als goed hulpverlener. Dat kan in individuele situaties anders zijn, maar dan is het aan de patiënt om

de schending van voornoemde verplichting aannemelijk te maken.

Eenzelfde conclusie betreft aanspraak op schadevergoeding jegens zorgverzekeraars. Dat patiënten met uitgestelde zorg niet tijdig zijn behandeld duidt nog niet op een vorm van onrechtmatige daad of wanprestatie van zorgverzekeraars jegens verzekerde patiënten. Het voorgaande kan anders zijn in de situatie dat de zorgverzekeraar niet voldoet aan zijn zorgplicht door bijvoorbeeld te weinig zorg in te kopen. De laatste berichten van zorgverzekeraars, die stellen niet te kunnen voldoen aan hun verzekeringsplicht, baren in dat kader zorgen. De onrechtmatigheid is in dat geval een gegeven, aangezien de zorgverzekeraar dan handelt in strijd met de wettelijke zorgplicht. Aansprakelijkheid is in dat geval eerder voorstelbaar.

Tot slot hebben wij gekeken naar de aansprakelijkheid van de overheid wegens het schenden van het recht op gezondheid of een andere vorm van schending van de rechten van de patiënt. Ook hiervan hebben we geconcludeerd dat van onrechtmatigheid niet snel sprake is. De overheid heeft, op basis van diverse adviezen, prioriteit toegekend aan bepaalde patiënten – waaronder het reserveren van IC-bedden voor patiënten met COVID-19 – met als gevolg dat andere patiënten, met planbare zorg, lang(er) moesten wachten op behandeling. Dat sprake is geweest van een vorm van ongelijke behandeling kan naar onze mening juridisch niet met recht worden gesteld vanwege de afwezigheid van gelijke gevallen. Niettemin kan de overheid patiënten met uitgestelde zorg buiten het aansprakelijkheidsrecht in meer of mindere mate financiële compensatie aanbieden vanwege de door hen geleden schade. Zover is het echter nog niet gekomen. •

<sup>44</sup>. Zie bijv. de compensatieregeling bij de kinderopvangtoeslag. Verder T. Hartlief, 'Coronaclaims in de (medische) zorg' (Vooraf), *NJB* 2020/2090, afl. 31, p. 2309.

<sup>45</sup>. *Kamerstukken II* 2022/23, 25295, nr. 2011 en T. Hartlief, 'Post-covid-regeling zorgpersoneel. Goed nieuws?' (Vooraf), *NJB* 2023/385, afl. 6, p. 427.