

# Een miljardenuitgave zonder parlementaire instemming

## Over de regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen

Hansko Broeksteeg\*

### 1 Inleiding

‘Zonder dat ze het zelf in de gaten had, heeft de Tweede Kamer ingestemd met een miljardeninvestering in de verpleeghuiszorg die de betaalbaarheid van het stelsel onder druk zet’, zo bericht de Volkskrant op 18 september jongstleden. NRC Handelsblad kopt drie dagen later over ‘Een som van 2,1 miljard waar niemand iets aan kan doen’. Hoe kon deze miljardenuitgave, kennelijk zonder uitdrukkelijke parlementaire instemming, nu ontstaan? Of met andere woorden: hoe kon het parlement, buiten zijn weten, meer dan twee miljard euro kwijt zijn, zonder dat het bewust zijn budgetrecht had uitgeoefend?

Kort weergegeven – hierna zal ik de casus tot in detail ontleden – komt het antwoord op het volgende neer. De vraag welke kwaliteit zorginstellingen zoals ziekenhuizen en verpleeghuizen aan hun cliënten moeten bieden, wordt niet door de formele wetgever beantwoord. De kwaliteitseisen voor de zorg worden door de sector zelf gedefinieerd of door het Zorginstituut Nederland (hierna: Zorginstituut) bepaald. Dat gebeurt in kwaliteitsstandaarden, ook wel kwaliteitskaders genoemd. Op de website van het Zorginstituut, een zelfstandig bestuursorgaan (zbo), valt over de verpleeghuiszorg te lezen: ‘Het nieuwe Kwaliteitskader Verpleeghuiszorg beschrijft wat cliënten en hun naasten mogen verwachten van verpleeghuiszorg’.<sup>1</sup>

De verontwaardiging kon dus ontstaan omdat het Zorginstituut bevoegd is om kwaliteitsrichtlijnen op te stellen die bindend zijn

voor derden: voor (in casu) verpleeghuizen, maar evenzeer voor de wetgever. De wetgever is bevoegd (en verplicht) om jaarlijks de begroting vast te stellen en heeft daarbij rekening te houden met de kwaliteitseisen die het Zorginstituut heeft vastgesteld. Dat doet de vraag rijzen wat de juridische positie van het Zorginstituut is, waarom het zulke vergaande beslissingen kan nemen, hoe kwaliteitsstandaarden juridisch zijn ingebed en wat we van deze casus kunnen leren over de staatsrechtelijke positie van zbo’s.

Ik ga eerst in op de staatsrechtelijke positie van zbo’s (par. 2), vervolgens op de bevoegdheden van zbo’s, in het bijzonder de regelgevende bevoegdheid (par. 3). Daarna zal ik de casus, die hiervoor al kort is geschetst, juridisch ontleden (par. 4) en het staatsrechtelijke kader met betrekking tot zbo’s toepassen op de casus (par. 5). Ik sluit af met enkele observaties met betrekking tot de juridische positie van zbo’s.

**De wetgever is bevoegd (en verplicht) om jaarlijks de begroting vast te stellen en heeft daarbij rekening te houden met de kwaliteitseisen die het Zorginstituut heeft vastgesteld. Dat doet de vraag rijzen wat de juridische positie van het Zorginstituut is**

\* Mr. J.L.W. Broeksteeg is universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit.

<sup>1</sup> [www.zorginstituutnederland.nl](http://www.zorginstituutnederland.nl), geraadpleegd januari 2018.

## 2 Zelfstandige bestuursorganen

Zelfstandige bestuursorganen zijn er in alle soorten en maten. Het begrip zbo omvat vele typen bestuursorganen, publiek- en privaatrechtelijk, met en zonder rechtspersoonlijkheid, op rijks- en op lokaal niveau.<sup>2</sup> Het is dan ook niet voor niets dat artikel 1 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (waarover hierna meer) de zbo betrekkelijk summier omschrijft. Het definieert een zbo als een bestuursorgaan van de centrale overheid<sup>3</sup> dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur (amvb) of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.<sup>4</sup>

De omschrijving van de Kaderwet geeft niet weer wat het bestaansrecht van zbo's is. De wetgever stelt zbo's om heel diverse redenen in, onder andere omdat zij onafhankelijk van politieke ambten kunnen handelen (markttoezichthouders, De Nederlandsche Bank, de Kiesraad), omdat zij uitvoering geven aan regelgeving waarvoor heel specifieke deskundigheid vereist is (omtrent de uitrusting van zeeschepen of de metrologie), dan wel omdat de uitvoering van regelgeving zo omvangrijk is dat zij beter niet kan worden ondergebracht bij een ministerie (denk aan sociale verzekeringen). Er zijn in Nederland op dit moment (januari 2018) ruim 100 zbo's op rijksniveau. Bekende zbo's zijn bijvoorbeeld: de Kamer van Koophandel, de Autoriteit Consument en Markt, de Autoriteit Financiële Markten, de Autoriteit Persoonsgegevens, het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen, de Rijkdienst voor het Wegverkeer, het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers, het College voor de Rechten van de Mens, de Onderzoeksraad voor Veiligheid, Staatsbosbeheer, de Koninklijke Bibliotheek, de Nederlandse Publieke Omroep en het Uitvoeringsinstituut Sociale Verzekeringen.<sup>5</sup>

Rond de eeuwwisseling was het aantal zbo's aanzienlijk groter, namelijk ruim 400. Er waren vooral democratische en rechtstatelijke argumenten om het aantal zbo's aanzienlijk te beperken.<sup>6</sup> Deze argumenten betreffen vooral de lacune in de parlementaire controle ten aanzien van zbo's. Uit de hiervoor gegeven beschrijving blijkt namelijk dat een zbo niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. De wet die het betreffende zbo instelt, verleent de minister in de regel wel wát bevoegdheden, die veelal betrekking hebben op de benoeming van de leden van het bestuur of van de raad van toezicht, de goedkeuring van de begroting of van reglementen. Maar concrete aanwijzings- of instructiebevoegdheden

ten aanzien van besluiten van het zbo ontbreken (meestal). Immers, een zbo staat los van de minister. Alleen over de bevoegdheden die in de instellingswet aan de minister zijn toegekend, hoeft hij verantwoording aan de Staten-Generaal af te leggen. Daarvoor geldt het aloude staatsrechtelijke adagium: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid.

## Door de ministeriële verantwoordingsplicht zijn in beginsel alle onderdelen van de centrale overheid controleerbaar voor het parlement. Met de instelling van zbo's ontstaat een lacune

De ministeriële verantwoordelijkheid met betrekking tot zbo's is derhalve beperkt. Beperking van de verantwoordingsplicht betekent ook beperking van de parlementaire controle.<sup>7</sup> Omdat de minister niet bevoegd is, is hij daarmee niet verantwoordelijk, zodat de parlementaire controle zich niet daarover uitstrekt. Dat is in dat opzicht problematisch dat ministeriële verantwoordelijkheid onder meer te beschouwen is als een organisatieprincipe: door de ministeriële verantwoordingsplicht zijn in beginsel alle onderdelen van de centrale overheid controleerbaar voor het parlement. Dat is belangrijk, voor zowel regering als parlement, om greep te houden op deze overheid. Met de instelling van zbo's ontstaat een lacune: voor het gedeelte van een zbo waarover de minister geen bevoegdheden heeft – en dat is verreweg het grootste gedeelte – bestaat geen parlementaire controle. Het is overigens ook (mede) om die reden dat zbo's bij wet of krachtens de wet worden ingesteld. De Staten-Generaal moeten instemmen met de beperking van de reikwijdte van hun parlementaire controle.

Het uithollen van de parlementaire controle is een duidelijk nadeel van zbo's, maar daar kunnen, zoals gezegd, wel goede argumenten voor zijn. De geconstateerde lacune zou minder problematisch zijn als het voor de Staten-Generaal glashelder is welke bevoegdheden de minister heeft met betrekking tot zbo's en waar derhalve de grenzen van de parlementaire controle liggen.<sup>8</sup> Deze helderheid ontbreekt echter. Zoals gezegd zijn zbo's ingesteld bij wet en de instellingswet verschilt van zbo tot zbo. Dat belemmert de Kamers in hun parlementaire controle;<sup>9</sup> ook na de reductie

- 2 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 294.
- 3 Zbo's van decentrale overheden vallen derhalve niet onder de reikwijdte van de wet. Ook in dit artikel blijven zij buiten beschouwing.
- 4 Als dat laatste wel het geval zou zijn, dan was sprake van deconcentratie.
- 5 De volledige lijst is te vinden op <http://zboregister.overheid.nl>.
- 6 *Een herkenbare staat*, rapport van de werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau (commissie-Kohnstamm), Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2003/04, nr. 1. Het hierna volgende is gedeeltelijk gebaseerd op: J.L.W. Broeksteeg, 'De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht', *RegelMaat* 2015, afl. 3, p. 170-181.
- 7 *Steekhoudend minister-schap*, rapport van de externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid (commissie-Scheltema), *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, 40-41, p. 40-48.
- 8 Vgl. J. de Ridder, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen', in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg, L.F.M. Verhey, *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 97-106.
- 9 *Een herkenbare staat*, rapport commissie-Kohnstamm, Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2003/04, nr. 1.

van het aantal zbo's van 400 naar ruim 100 is het beeld te diffuus om goede, consistente parlementaire controle uit te oefenen. En dat is, zoals gezegd, van belang, omdat deze controle al aanmerkelijk is beperkt. Om enige orde in de chaos van de zbo's te scheppen én om de parlementaire controle op zbo's te verbeteren, heeft de wetgever, behalve de genoemde reductie, ruim tien jaar geleden de Kaderwet zbo's vastgesteld.<sup>10</sup> De wet probeert niet alleen om ordening te brengen in het veelkleurig palet van zbo's, maar ook om in een heldere regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid te voorzien, het financiële toezicht te verduidelijken en het publieke toezicht te vergroten.<sup>11</sup> Het probleem van deze wet is echter dat zij als kader voor zbo's kán gelden, maar dat de wetgever de wet even zo gemakkelijk terzijde kan schuiven. Immers, de instelling van een zbo geschiedt bij wet, waarmee van de kaderwet (een eerdere en algemene wet) kan worden afgeweken. Het komt dus regelmatig voor dat een instellingswet de Kaderwet zbo's niet van toepassing verklaart.<sup>12</sup> Indien de Kaderwet zbo's wel van toepassing is – al dan niet gedeeltelijk – verklaart de instellingswet dat expliciet.<sup>13</sup>

## De geconstateerde lacune zou minder problematisch zijn als het voor de Staten-Generaal glashelder is waar de grenzen van de parlementaire controle liggen. Deze helderheid ontbreekt echter

### 3 De regelgevende bevoegdheid van zbo's

De instellingswet kan, zoals uiteengezet, bevoegdheid aan zbo's toekennen. Dat kunnen ook regelgevende bevoegdheden zijn. Daarvoor gelden geen wettelijke belemmeringen; wel is in de (niet-bindende) Aanwijzingen voor de regelgeving een bepaling opgenomen.<sup>14</sup> Die gaat uit van terughoudendheid bij toekenning van regelgevende bevoegdheid. Immers, een zbo is niet democratisch gelegitimeerd en staat evenmin in een hiërarchische verhouding tot de minister. Deze toekenning ligt daarmee niet meteen voor de hand.

Aanwijzing 5.10, eerste lid, luidt: 'Regelgevende bevoegdheden worden aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend toegekend: a. voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of b. in bijzondere

gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister'.<sup>15</sup> De toelichting vermeldt dat het 'in beperkte mate aanvaardbaar' is dat aan een zbo regelgevende bevoegdheid wordt toegekend. Wat organisatorische of technische onderwerpen zijn, is niet nader uitgewerkt. Wat de 'bijzondere gevallen' van sub b kunnen zijn, vermeldt de toelichting evenmin. Wel geldt dat voor deze 'bijzondere gevallen' ministeriële goedkeuring wordt verondersteld, maar dat deze goedkeuring niet hoeft te gelden voor de 'organisatorische of technische onderwerpen'. Waarom de aanwijzingen hierin onderscheid maken, wordt niet duidelijk.

## Een zbo is niet democratisch gelegitimeerd en staat evenmin in een hiërarchische verhouding tot de minister. De toekenning van regelgevende bevoegdheid ligt daarmee niet meteen voor de hand

In de literatuur zijn de termen technisch en organisatorisch wel nader gedefinieerd. Kloosterman en Winter leggen 'technisch' uit als 'een (hoge) specifieke deskundigheid vereisend'. Daaraan voegen zij toe dat het moet gaan om een onderwerp waarover binnen een vakgebied weinig inhoudelijke discussie bestaat. Een technische regeling bevat daarom geen beleidskeuzes.<sup>16</sup> Zij leggen voorts 'organisatorisch' uit als 'de efficiency en effectiviteit van (beslis)processen'. Ook hier moet het, aldus deze auteurs, gaan om 'algemeen aanvaarde of aanvaardbare managementinzichten' en niet om beleidskeuzes waarover discussie kan bestaan. Deze uitleg is daarmee restrictief: zodra beleidskeuzes voorliggen, horen zbo's niet bevoegd te zijn tot regelgeving. Daarmee is Aanwijzing 5.10 in de kern evenwichtig: hoewel de bevoegdheid tot regelgeving in beginsel niet past bij (indirect) democratisch gelegitimeerde ambten, is zij hier beperkt tot (politiek niet-gevoelige) uitvoeringszaken. En zodra regelstelling door een zbo beleid kan raken, is ministeriële goedkeuring vereist.

Aan veel zbo's is regelgevende bevoegdheid toegekend,<sup>17</sup> waarbij het restrictieve kader van Aanwijzing 5.10 niet is opgevolgd. Ik geef drie voorbeelden. De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) bevat veel bepalingen die de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) de bevoegdheid geven regels vast te stellen. Zo mag de

10 Wet van 2 november 2006, *Stb.* 2006, 587, in werking getreden op 1 februari 2007.

11 *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, 1 en 2.

12 Zie bijvoorbeeld art. 4.4.1 Wet langdurige zorg met betrekking tot Wlz-uitvoerders.

13 Zie bijvoorbeeld art. A6 Kieswet met betrekking tot de Kiesraad en art. 1:30 Wft met betrekking tot de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank.

14 Circulaire van de minister-president van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, ingrijpend herzien per 1 januari 2018, *Stcrt.* 2017, 69426. De Aanwijzingen gelden voor ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende personen die bij de voorbereiding en vaststelling van regelingen zijn betrokken (Aanwijzing 1.2). Zij hebben geen wettelijke status en zijn juridisch niet-bindend.

15 Zie voor een voorbeeld onder a art. 124, tweede lid, Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft en voor een voorbeeld onder b art. 73, tweede en derde lid, Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv).

16 D.R. Kloosterman & H.B. Winter, 'In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving', *RegelMaat* 2003, p. 121-122.

17 Kloosterman en Winter onderzochten 153 zbo's en daarvan beschikten er 61 over regelgevende bevoegdheid. Hun onderzoek dateert echter uit 2003, dus nog van vóór de grootschalige inperking van het aantal zbo's. Kloosterman & Winter 2003, p. 124.

autoriteit regels stellen over controle op de uitvoering van de Wet langdurige zorg, over de procedures die ziektekostenverzekeraars hanteren, over de administratie van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars, over het in rekening brengen van tarieven, over de bekendmaking van tarieven door zorgaanbieders en het specificeren van rekeningen door zorgaanbieders, over informatievoorzieningen met betrekking tot producten en diensten, etc.<sup>18</sup> De Wet op het financieel toezicht verleent De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten regelgevende bevoegdheid.<sup>19</sup> In 2017 is de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming ingesteld. Artikel 3 van de Kernenergiewet is de wettelijke grondslag. De Autoriteit is (nota bene in een amvb, krachtens art. 4 Kernenergiewet) regelgevende bevoegdheid toegekend.<sup>20</sup>

## Aan veel zbo's is regelgevende bevoegdheid toegekend, waarbij het restrictieve kader van Aanwijzing 5.10 niet is opgevolgd. Soms is het onduidelijk of de bevoegdheid tot regelgeving is toegekend

Soms is het onduidelijk of de bevoegdheid tot regelgeving is toegekend. Zo stelt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op grond van artikel 36 Elektriciteitswet 1998 tariefstructuren en voorwaarden vast voor de aansluiting en het transport van elektriciteit. De ACM stelt ook de tariefstructuren en voorwaarden voor de gaslevering vast.<sup>21</sup> Valt deze vaststelling te beschouwen als regelgeving? Of is veeleer sprake van uitvoering van de wet?<sup>22</sup> Dezelfde vraag geldt voor de verplichtingen die de ACM kan opleggen aan ondernemingen in de telecommunicatie, bijvoorbeeld met betrekking tot tarieven voor eindgebruikers.<sup>23</sup> Geldt het opleggen van verplichtingen als uitvoering van de Telecommunicatiewet, of is hier sprake van regelgeving waarvoor deze wet de bevoegdheid verleent?

Een ander voorbeeld van twijfel is artikel 5a.2a WHW: de Nederlands-Vlaamse Accreditatie Organisatie voor het hoger onderwijs (NVAO) stelt accreditatiekaders vast. Deze behoeven goedkeuring van de minister en worden bekendgemaakt in de Staatscourant, hetgeen erop duidt dat de wetgever deze kaders beschouwt als (pseudo-)wetgeving. Waarom zou immers ministeriële goedkeuring en

publicatie vereist zijn? Wellicht kan voor deze kaders het *Rogge*-arrest behulpzaam zijn:<sup>24</sup> is sprake van een naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regeling, uitgegaan van een openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de formele wet ontleent? Naar mijn oordeel is dat het geval.

Daarnaast zijn er, overigens buiten de reikwijdte van de Aanwijzingen voor de regelgeving, de nodige voorbeelden van het vaststellen van beleidsregels. Weliswaar zijn die niet op de regelgevende, maar op de bestuursbevoegdheid van een zbo gebaseerd, maar er is kennelijk wel sprake van een discretionaire bevoegdheid die een zbo door deze regels nader invult. Bovendien kunnen derden aan deze regels verwachtingen ontleenen en onder omstandigheden daarop een beroep doen. Voorbeelden zijn artikel 57-59 Wet marktordening gezondheidszorg (vaststelling van tarieven, prestatiebeschrijvingen en bedragen door de Nederlandse Zorgautoriteit), artikel 2.4 Wet handhaving consumentenbescherming (ACM dient voorgenomen beleidsregels aan de minister voor te leggen) en artikel 5 Mededingingswet (eveneens door de ACM met betrekking tot de afweging van niet-economische belangen).

### 4 De casus van Zorginstituut Nederland

In de inleiding is al kort weergegeven dat het Zorginstituut kwaliteitsstandaarden vaststelt voor verpleeghuizen. Hoofdstuk 6 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) regelt de instelling, organisatie en bevoegdheden van het Zorginstituut. Artikel 58 Zvw stelt het instituut in. Het bestaat uit ten hoogste drie leden.<sup>25</sup> Artikel 64 Zvw geeft de taak van het Zorginstituut weer: het bevordert de eenduidige uitleg van de aard, inhoud en omvang van de prestaties, bedoeld in artikel 11 Zvw. Dat artikel bepaalt dat de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerden een zorgplicht heeft 'die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit: a. de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of b. vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten'. Op grond van artikel 66b Zvw houdt (kort weergegeven) het Zorginstituut een openbaar register bij, waarin op voordracht van organisaties van cliënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars een kwaliteitsstandaard wordt opgenomen. Het Zorginstituut stelt vast voor welke vormen van zorg een kwaliteits-

18 Zie art. 27, 31, 34, derde lid, 36, derde lid, 37, 38, derde en zevende lid, 39, tweede lid, 45, 62 en 68 Wmg.

19 Zie art. 1:28 Wft voor de wettelijke kaders daarvan.

20 *Stb.* 2017, 233. Zie ook: L.F.M. Verhey & C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning', *RegelMaat* 2017, p. 255-256.

21 Art. 12a, 12b en 12f Gaswet.

22 Vgl. het *Bromfietshelm*-arrest: HR 11 januari 1977, *NJ* 1977/467.

23 Zie bijvoorbeeld art. 6a.2, 6a.7, 6a.9, 6a.13 en 6a.14 Telecommunicatiewet.

24 HR 10 juni 1919, *W* 1919, 10429.

25 Art. 59, eerste lid, Zvw.



standaard nodig is of wijziging behoeft (art. 66c Zvw). Kwaliteitsstandaard wordt gedefinieerd in artikel 1 onder z Zvw. Het betreft een richtlijn, module, norm, zorgstandaard dan wel organisatiebeschrijving, die betrekking heeft op het zorgproces, vastlegt wat noodzakelijk is om vanuit het perspectief van de cliënt goede zorg te verlenen en in het voornoemde register is opgenomen. In beginsel stelt de sector zelf de kwaliteitsstandaard op. Komen de partijen in de betreffende sector er onderling niet uit, dan kan op grond van artikel 66c, derde lid, Zvw een kwaliteitsadviescommissie (in de praktijk de kwaliteitsraad genoemd) de standaard opstellen, waarna het bestuur van het Zorginstituut de kwaliteitsstandaard vaststelt. Dat was in casu het geval.

## De standaarden zijn juridisch bindend. Dat een uitgebreidere kwaliteitsstandaard meer geld kost, zal duidelijk zijn. De volgende vraag is dus wie de kosten van het kwaliteitskader financiert

Deze kwaliteitsstandaarden komen in andere wetten in formele zin terug. Zo bepaalt het BW in artikel 7:453, opgenomen in Afdeling 5 van Titel 7 (de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling) (onder meer) dat de hulpverlener in overeenstemming handelt met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, waaronder de kwaliteitsstandaard, bedoeld in artikel 1 onder z Zvw. Ook de zorgaanbieders zijn gebonden aan de kwaliteitsstandaard. Artikel 2 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg bepaalt in het eerste lid dat de zorgaanbieder goede zorg aanbiedt en in het tweede lid dat onder goede zorg wordt verstaan zorg van goede kwaliteit en van goed niveau. Het tweede lid definieert dat nader, waarbij in casu relevant is dat onder b is weergegeven dat zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard, waaronder de kwaliteitsstandaard, bedoeld in artikel 1 onder z Zvw.

Uit het voorgaande volgt derhalve dat er voor hulpverleners en zorgaanbieders een formeel-wettelijke verplichting bestaat om volgens de kwaliteitsstandaard te werken. De

standaarden zijn juridisch bindend (alhoewel een latere en specifieke wet in formele zin natuurlijk anders kan bepalen). Dat een uitgebreidere kwaliteitsstandaard meer geld kost, zal duidelijk zijn. De volgende vraag is dus wie de kosten van het kwaliteitskader financiert.

Verpleeghuiszorg wordt op verschillende manieren gefinancierd. De 24-uurs verblijfszorg is geregeld in de Wet langdurige zorg (Wlz). Specialistische verpleeghuiszorg, zoals revalidatie of een kort verblijf in een verpleeghuis, valt onder de Zvw. Het gaat ons hier om de Wlz. De Wlz regelt een verplichte, collectieve ziektekostenverzekering. De premie Wlz wordt opgebracht met de inhouding van de premies volksverzekeringen als loonheffing. De Wlz-premie, aangevuld met eigen betalingen van Wlz-gebruikers én een rijksbijdrage worden gestort in een Fonds langdurige zorg. Dit fonds is geregeld in de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv). Het beheer van de inkomsten en uitgaven ligt, op grond van artikel 89 Wfsv, wederom bij het Zorginstituut. Hieruit wordt de langdurige zorg betaald, onder meer via de zogeheten regionale zorgkantoren, die de verpleeghuizen contracteren en betalen.

Vervolgens moet de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) twee bedragen vaststellen. Artikel 49e van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) bepaalt dat de minister voor ieder kalenderjaar het bedrag vaststelt dat beschikbaar is voor het verlenen van verpleeg(huis)zorg. Het betreft dan het 'macrobedrag' dat beschikbaar is in een kalenderjaar voor de uitvoering van de Wlz. Artikel 14, tweede lid, Wfsv bepaalt dat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) jaarlijks de bedragen vaststelt die als rijksbijdrage ten gunste komen van het fonds. Dat is niet de enige manier om de inkomsten van het Fonds langdurige zorg te beïnvloeden. Hij kan ook een wetsvoorstel indienen om de premies of de eigen bijdrage van cliënten te wijzigen. Wel kan de rijksbijdrage als een soort sluitpost worden gezien.

In casu bericht de staatssecretaris in oktober 2017 dat de uitvoering van de Wlz (het Wlz-kader) jaarlijks € 19,5 miljard bedraagt. Hij geeft ook weer dat het kabinet ruimte heeft gevonden om vanaf 2018 structureel € 435 miljoen beschikbaar te stellen voor de implementatie van de kwaliteitsstandaard verpleeghuiszorg.<sup>26</sup> Ik kom hierna terug op de financiering van het volledige bedrag van € 2,1 miljard.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34104, 197, p. 1.

## 5 Toepassing op het staatsrechtelijke kader

Het Zorginstituut stamt uit 2014. De Memorie van Toelichting bij de instellingswet geeft de redenen daarvoor:

'Voor het beoordelen van door het veld vastgestelde professionele standaarden, maar zeker ook de prioritering en het overnemen van het initiatief in het geval het veld in gebreke blijft, is specifieke deskundigheid en onafhankelijkheid vereist. Het verwerven van het voor een goede uitoefening van deze taak noodzakelijk gezag bij de veldpartijen waaronder de beroepsbeoefenaren is daarbij cruciaal. Wij achten daartoe een zelfstandige positionering vanwege de onafhankelijkheid ten opzichte van de politieke beïnvloeding noodzakelijk'.<sup>27</sup>

Artikel 58, vijfde lid, Zvw bepaalt dat de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen op het Zorginstituut van toepassing is. Het gevolg is dat de bevoegdheden van de minister, zoals vermeld in de Kaderwet zbo's, van toepassing zijn op het Zorginstituut. Zo benoemt en ontslaat de minister de leden van het bestuur, stelt hij hun bezoldiging vast, verleent hij goedkeuring aan het bestuursreglement, kan hij inlichtingen vorderen, kan hij beleidsregels vaststellen over de taakuitoefening door het zbo, et cetera.<sup>28</sup>

## Vernietiging kan op grond van artikel 10:35 Awb alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Nu hier geen rechtmatigheidsbelangen, maar vooral financiële belangen spelen is terughoudendheid nog meer geboden

Hier is relevant of de minister op grond van artikel 22 van de Kaderwet zbo's het besluit tot vaststelling van de kwaliteitsstandaard door het Zorginstituut kon vernietigen. Het artikel zelf bepaalt slechts dat de minister hiertoe bevoegd is en dat van het besluit mededeling wordt gedaan in de Staatscourant. In de Memorie van Toelichting bij het artikel wordt benadrukt dat vernietiging als ultimum remedium is te beschouwen. Het mag slechts met grote terughoudendheid worden gebruikt.<sup>29</sup> Vernietiging kan op grond van artikel 10:35 Awb alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Nu hier geen rechtmatigheidsbelangen, maar vooral financiële belangen spelen is terughoudendheid nog meer geboden. De Memorie van Toelichting noemt vernietiging bovendien de

laatste waarborg, met name voor het bewaken van de eenheid van het rijksoverheidsbeleid. Dat maakt toepassing er niet eenvoudiger op, want vernietiging van de kwaliteitsstandaard zou 's rijks financiën betreffen en niet de eenheid van rijksbeleid. Dat is zeker in het licht van de rechterlijke toetsing van het vernietigingsbesluit van belang: de rechter toetst een vernietigingsbesluit vaak vol. Niettemin is het instrument toepasbaar, althans als de minister omstandig kan motiveren waarom geen andere instrumenten meer toepasbaar zijn, met andere woorden, waarom het vernietigingsrecht het laatste middel is.

Een volgend vraagstuk is hier of met het vaststellen van de kwaliteitsstandaarden sprake is van regelgevende bevoegdheid. Als we de standaard leggen langs de lat van het hiervoor genoemde *Rogge*-arrest, dan blijkt dat deze kaders niet altijd worden gegeven door een openbaar gezag. De standaarden worden, hoewel de bevoegdheid daartoe uit de wet voortvloeit, door de sector vastgesteld (zelfregulering) en alleen als dat niet lukt, doet het Zorginstituut dat. Toch valt er veel voor te zeggen om de kwaliteitsstandaarden als regelgeving aan te merken. Er is sprake van een naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regeling. Alle verpleeghuizen dienen zich aan de standaarden te houden. Sterker nog, het BW en de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg bevatten de verplichting voor hulpverleners en zorgaanbieders om conform de kwaliteitsstandaarden te werken. Niet-opvolging van de standaard kan (voor hulpverleners tuchtrechtelijke of voor zorgaanbieders financiële) gevolgen hebben. Of voldaan is aan Aanwijzing 5.10 valt ten eerste te betwijfelen. Men kan moeilijk volhouden dat de kwaliteitsstandaard uitsluitend organisatorische of technische onderwerpen bevat, nu daarin is geregeld wat cliënten van het verpleeghuis mogen verwachten.

Ten slotte is de financiering van de kwaliteitsstandaard van belang. Zoals gezegd volgt niet uit de wet dat de minister het tekort in het Fonds langdurige zorg moet 'bijpassen'. De kosten van het kwaliteitskader kunnen ook worden gefinancierd door verhoging van de premies of de eigen bijdrage van de cliënten. Van de andere kant bestaat er voor de minister wel de staatsrechtelijke verplichting om het kwaliteitskader hoe dan ook gefinancierd te krijgen. Hij kan niet de implementatie van de kwaliteitsstandaard verhinderen met een beroep op het ontbreken van de benodigde gelden op de begroting. Uit het *Bourbon*-arrest vloeit voort dat het ontbreken van een begro-

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33243, 3, p. 14.  
<sup>28</sup> Art. 11, 12, 14, 20, 21 Kaderwet zbo's. Zie ook: Kamerstukken II 2011/12, 33243, 3, p. 27.  
<sup>29</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27426, 3, p. 27.

tingspost (of voldoende middelen daarop) voor de staat geen rechtsgrond is om zich te onttrekken aan contractuele of wettelijke verplichtingen.<sup>30</sup> Nu de wettelijke verplichting bestaat om de kwaliteitsstandaard na te leven én de wettelijke systematiek is dat dit gefinancierd wordt uit het Fonds langdurige zorg, zal de minister daarvoor, op welke wijze dan ook, de benodigde financiële middelen moeten vrijmaken. Hij kan daar alleen onderuit komen door de wet te wijzigen, waardoor deze verplichting vervalt.

## Nu de wettelijke verplichting bestaat om de kwaliteitsstandaard na te leven én de wettelijke systematiek is dat dit gefinancierd wordt uit het Fonds langdurige zorg, zal de minister daarvoor de benodigde financiële middelen moeten vrijmaken

### 6 Slot: hoe nu verder?

Het zal duidelijk zijn dat de in de inleiding genoemde krantenberichten voor de nodige commotie in de Tweede Kamer zorgden. Zowel de minister van Financiën (Dijsselbloem) als de staatssecretaris van VWS (Van Rijn, beiden toen demissionair) leggen in parlementaire stukken verantwoording af over de onverwachte uitgave – zonder overigens uit de doeken te doen op welke wijze de uitgave tot stand kon komen. In de ‘Nota over de toestand van ’s Rijks financiën’ meldt de minister van Financiën:

‘De kosten van de implementatie van het kwaliteitskader lopen op tot structureel ruim 2 miljard euro. [...] De kosten in 2018 worden gedekt binnen de VWS-begroting. Voor de jaren daarna kan het volgende kabinet besluiten hoe de kosten worden gefinancierd. Het kabinet heeft verder opdracht gegeven om ambtelijk-technisch uit te werken hoe de regering de wettelijke bevoegdheid kan krijgen om te toetsen of de (uitzonderlijke) gevolgen van kwaliteitsstandaarden – zoals de uitvoerbaarheid en budgettaire impact – aanvaardbaar zijn. Op dit moment is deze bevoegdheid er niet. Op basis van deze voorstellen kan een volgend kabinet een besluit nemen’.<sup>31</sup>

In het betoog vallen twee aspecten op. Er moet nog worden gezien wie de twee miljard euro gaat financieren. Dat kan door het verhogen van de premies of van de eigen bijdrage van cliënten. Het kan ook door een hogere bijdrage van de minister. De eerste optie vergt wijziging van de regeling die de minister op grond van artikel 11 Wlz vaststelt (vaststel-

ling premiepercentage); de tweede optie door wijziging van de amvb die de regering op grond van art. 11.1.4 Wlz vaststelt (wijziging eigen bijdrage). Alleen de laatste optie (verhoging rijksbijdrage) drukt op de begroting op de wijze waarop de kranten berichtten (zoals weergegeven in de inleiding). In de tweede plaats valt op dat het kabinet de bevoegdheid wil krijgen om in te grijpen als de uitvoerbaarheid of de financiën van een kwaliteitsstandaard onaanvaardbaar zijn. Ook dat betekent dat de wetgever aan zet is. De invoering van zo’n bevoegdheid vergt wijziging van de Zorgverzekeringswet.

De staatssecretaris van VWS bericht naar aanleiding van vragen over de begroting op vergelijkbare wijze:

‘De opdracht van de regering is om met het oog op het nieuwe kabinet ambtelijk (wettelijke) maatregelen voor te bereiden om meet (financiële) checks and balances op te nemen in het huidige proces van totstandkoming en van kracht worden van kwaliteitsstandaarden. Het gaat er daarbij onder meer om dat de betrokken partijen gedurende het proces beter de afweging tussen kwaliteit en budgettaire impact maken en dat er een mogelijkheid voor de minister van VWS wordt gecreëerd om vanwege het algemeen belang te kunnen ingrijpen’.<sup>32</sup>

Dus afgezien van de vraag wie de extra miljarden gaat financieren, speelt ook de vraag op welke wijze de minister invloed kan uitoefenen op de (gevolgen van de) kwaliteitsstandaarden.

## Het is belangrijk, voor zowel kabinet als parlement, om greep te houden op zbo’s

Dit relaas geeft weer dat het belangrijk is, voor zowel kabinet als parlement, om greep te houden op zbo’s. De casus illustreert op welke wijze een lacune in de parlementaire controle kon ontstaan. Dat betekent niet dat kwaliteitsstandaarden door het parlement vastgesteld moeten worden, maar wel dat duidelijk(er) moet zijn dat in casu sprake is van regelgeving door een zbo, die conform Aanwijzing 5.10 ministeriële goedkeuring behoeft. De goedkeuring maakt de minister verantwoordelijk en geeft de Kamer een handvat voor controle. Meer in het algemeen moet de conclusie luiden dat de wetgever concreter moet benoemen wanneer sprake is van regelgeving door een zbo én terughoudendheid bij de toekenning daarvan moet betrachten. Zbo’s hebben nu eenmaal geen (directe) democratische legitimatie en parlement en kabinet verzwakken hun eigen positie door toekenning van al te vergaande (regelgevende) bevoegdheden aan zbo’s.

<sup>30</sup> HR 5 oktober 1849, W 1849, 1058. Uitgebreid: J.L.W. Broeksteeg, ‘Begrotingswet, indemniteitswet en slotwet’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 338-340.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34775, 1, p. 20.

<sup>32</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 XVI, 14, p. 68. Zie ook p. 69-70.