

Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder

NTB 2018/10

1. Inleiding

Als het advies van regeringscommissaris Scheltema over integrale geschilbeslechting in het sociaal domein daadwerkelijk resulteert in wetgeving, zal dit leiden tot een nieuwe rol voor de bestuursrechter als geschilbeslechter in het sociaal domein. Scheltema beschrijft in zijn advies hoe in het sociaal domein momenteel een heel andere, vernieuwende werkwijze wordt gehanteerd dan bij de uitvoering van veel 'klassieke overheidstaken'. In het sociaal domein zijn verschillende actoren in samenwerking betrokken bij het leveren van maatwerk: de gemeente, private instellingen aan wie de gemeente taken uitbesteedt en de betrokken burger. Dat vraagt om een andere vorm van rechtsbescherming dan de 'gewone' bestuursrechtelijke rechtsbescherming zoals geregeld in de Awb. De rechtsbescherming zou – in navolging van de besluitvorming in het sociaal domein – integraal moeten worden vormgegeven. Concreet betekent dit dat de burger zowel in bezwaar als bij de bestuursrechter een geschil, dat ontstaat in het sociaal domein, in zijn geheel – integraal dus – aan de orde zou moeten kunnen stellen. Of zijn onvrede is gericht tegen een besluit of tegen andersoortig optreden van de gemeente, dan wel tegen beslissingen of handelingen van een uitvoerende private instelling, zou niet langer relevant moeten zijn. De bestuursrechter moet geschillen die ontstaan in het sociaal domein in hun geheel kunnen beoordelen en beëindigen. Daarvoor moet hij de zorgaanbieder – bestuursorganen én private partijen – opdrachten kunnen geven ten aanzien van hun feitelijke handelen. Maar aan de hand van welke normen moet deze klus worden geklaard? Wat betekent de 'integraliteit van de besluitvorming' voor de toetsingsmaatstaven die de bestuursrechter zou kunnen hanteren bij de beoordeling van het handelen van overheid en uitvoerders in het sociaal domein?

2. De beleidscontext is niet uniek...

Bij de beantwoording van die vraag is het belangrijk te benadrukken dat de context van het sociaal domein weliswaar eigenaardigheden kent, maar op het punt van de achterliggende beleidstheorie zeker niet uniek is. Net als in het sociaal domein is er op veel andere beleidsterreinen de laatste tijd een enthousiaste inzet van nieuwe beleidsvormen waarneembaar, gebaseerd op de behoefte aan een andere rolverdeling tussen overheid, burger en professionals of

maatschappelijke organisaties. In de moderne samenleving wordt de publieke taak steeds vaker bij voorkeur in samenwerking met deze partners uitgevoerd. Dat wordt aantrekkelijk gevonden, bijvoorbeeld vanwege specifieke expertise of ervaringen van de partners, hun kapitaalcracht, hun flexibiliteit (maatwerk) en capaciteit (vrijwilligers), hun netwerk of draagvlak in de samenleving. Deze moderne beleidsvormen worden vaak geassocieerd met innovatie in het publieke domein en nog liever met besparing op de kosten: particuliere organisaties zouden betere kwaliteit kunnen leveren tegen lagere kosten. Nieuwe vormen van publiek-private samenwerking² vindt men dan ook overal: van energie- en innovatiebeleid tot de aanpak van werkloosheid, van het handhavingsbeleid tot het stimuleren van culturele uitingen; op vrijwel ieder beleidsterrein wordt geëxperimenteerd met private partners en uitvoerders bij het realiseren van publieke verantwoordelijkheden.

3. Nieuwe beleidstheorie heeft brede gevolgen voor de rechtsbescherming

Kenmerkend voor deze nieuwe beleidsvormen is dat de overheid daarin een minder leidende rol krijgt toebedeeld dan in het verleden vaak het geval was: top-down aansturing en eenzijdige besluitvorming zijn achterhaalde bestuurlijke concepten.³ De particuliere organisaties waarmee wordt samengewerkt moeten werkelijk medeverantwoordelijkheid dragen, zowel bij de beleidsvorming als bij de uitvoering van het beleid.

Over de vraag of dit beleid werkelijk leidt tot innovatie en maatwerk in de uitvoering van de publieke taak wordt getwist.⁴ Feit is dat, ondanks alle goede bedoelingen, die ik graag veronderstel, er toch altijd het moment komt waarop een burger zo ontevreden is over de concrete resultaten van het nieuwe beleid dat hij daartegen wil opkomen. Dat blijkt dan vaak nog geen sinecure in de nieuwe 'governance regimes' die door de samenwerkende partijen zijn opgetuigd.

¹ Prof. mr. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

² Zie voor het bestuurskundige debat daarover bijv. E. Sørensen en J. Torfing, *Theories of Democratic Network Governance*, Springer 2016 en Ingo Bode and Taco Brandsen, *STATE-THIRD SECTOR PARTNERSHIPS, A short overview of key issues in the debate*, *Public Management Review* 2014, Vol. 16, No. 8, 1055-1066, <https://dx.doi.org/10.1080/14719037.2014.957344>.

³ Zie voor het Nederlandse debat bijvoorbeeld 'Loslaten in vertrouwen. Beschouwingen van adviesraden over een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving.' Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2012.

⁴ Zie daarover ook W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52.

⁵ Zie daarover uiterst kritisch wat betreft het sociaal domein de VAR column van Gijsbert Vonk: <https://verenigingbestuursrecht.nl/2017/11/column-gijsbert-vonk-privatisering-en-decentralisatie-als-kinderen-van-een-vader/>.

Het is voor burgers niet gemakkelijk deze te doorgronden, terwijl dat wel nodig is om te beoordelen welke partij waarvoor verantwoordelijk is in het nieuwe integrale beleid en dus ook welke partij kan worden aangesproken. Soms ontstaat zelfs de indruk dat de verantwoordelijkheids- en besluitvormingsstructuren doelbewust zo worden vormgegeven dat de toegang naar de laagdrempelige bestuursrechter wordt geblokkeerd.⁵ Gevolg daarvan zijn discussies over de vraag of tegen de concrete beslissingen die worden genomen ter uitvoering van de publieke taak kan worden opgekomen voor de bestuursrechter. Is de beslissing waarover de burger ontevreden is wel genomen door een bestuursorgaan? Heeft de onvrede van de burger wel betrekking op een besluit?

De discussie over deze vragen wordt binnen het bestuursrechtelijke debat met passie gevoerd. Niet alleen omdat – zoals in het advies terecht wordt benadrukt – voorkomen moet worden dat de burger in een juridisch doolhof terechtkomt of omdat de rechtsbescherming door de civiele rechter duurder of minder laagdrempelig zou zijn. Probleem is ook dat de civielrechtelijke route weinig kans biedt op een bevredigend resultaat. Immers, het privaatrecht bevat geen specifieke, op de uitvoering van de betreffende publieke taak toegesneden normen. Voor zover de private partijen die de publieke taak (mede) uitvoeren geen bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, is de Hoge Raad bovendien weinig geneigd private partijen via de schakelbepaling van art. 3:14 BW aan publiekrechtelijke normen te binden.⁶ Wanneer bestuursorganen in het kader van hun nieuwe, integrale beleid op grote schaal werkzaamheden gaan uitbesteden of overdragen aan private partners vallen grote delen van de uitvoering van de publieke taak dus buiten de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in brede zin: de bestuursrechter is niet bevoegd en de civiele rechter toetst het handelen van de private partner niet aan publiekrechtelijke normen.

Volgens het advies moet de Awb worden aangevuld met een regeling inzake integrale geschilbeslechting om de rechtsbescherming van burgers op peil te houden. Concreet betekent dit dat straks bij de bestuursrechter (ook) geprocedeerd zal kunnen worden tegen beslissingen en handelingen van private instellingen die een deel van de publieke taak uitvoeren in het sociaal domein. De bestuursrechter moet de private zorgaanbieder ook kunnen veroordelen tot het verrichten van bepaalde handelingen. Zo kan de rechter zo veel mogelijk ruimte worden geboden voor een finale oplossing van het geschil, waarin vaak zowel een bestuursorgaan als een private zorgaanbieder een rol spelen. Van Ettekoven spreekt in dat verband van maatschappelijk

adequate rechtsbescherming.⁷ Daar kan men bijna niet tegen zijn. Wel lijkt het verstandig onder ogen te zien dat de Awb-wetgever, wanneer hij inderdaad een bijzondere regeling zou treffen voor een integrale en finale geschilbeslechting in het sociaal domein, spoedig zal worden geconfronteerd met de (logische) vraag naar méér. Zoals hiervoor is besproken is samenwerking met externe partners de trend. Op veel meer beleidsterreinen zullen burgers en bestuursorganen dus kunnen betogen dat 'het uitbesteden van taken (door bestuursorganen, WdO) niet tot gevolg mag hebben dat de rechtsbescherming voor de burger vervalft of vermindert' en dat de rechtsbescherming, zoals die nu in de Awb is geregeld, 'haaks staat' op de nieuwe manier van werken binnen het openbaar bestuur.⁸ Dit advies kan dus gemakkelijk een veel bredere en fundamenteelere aanpassing van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in gang zetten, dan de toonzetting ervan doet vermoeden. Dat maakt de vraag naar de normering van het handelen van de private partners van bestuursorganen overigens alleen maar belangrijker.

4. Publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk handelen

In het advies wordt echter nauwelijks iets opgemerkt over de normen die de bestuursrechter straks nodig zal hebben om de handelingen van private partijen aan te toetsen c.q. om zijn eigen opdrachten aan hen op te baseren. Impliciet lijkt de gedachte dat het hier publiekrechtelijke normen betreft. Immers, alleen als voor private partijen (ongeveer) dezelfde normen gelden kan de onwenselijke situatie dat de mate van rechtsbescherming afhankelijk is van de vraag hoeveel taken er zijn uitbesteed aan private uitvoerders worden weggenomen. Kan de bestuursrechter op het handelen van privaatrechtelijke aanbieders dezelfde normen toepassen als die gelden voor bestuursorganen?

In het bestuursrechtelijke debat over de publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk handelen wordt vaak benadrukt dat het overheidsbegrip en de daaraan verbonden publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk handelen een multifunctionele en context gebonden zaak is. Of actoren als overheid worden gezien c.q. onder publiekrechtelijke normen vallen hangt in de rechtspraak af van het oogmerk waarmee de reikwijdte van publiekrechtelijke normen wordt afgebakend en de juridische omgeving waarin deze normen worden toegepast.⁹

De functie van het publiekrechtelijk (willen) normeren van het handelen van private zorgaanbieders in het sociaal domein is hierboven al geduid: dat zou nodig zijn voor een

5 Ik geef daarvan enkele voorbeelden in J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000.

6 Meest genoemde voorbeeld in dit verband is het arrest *RZG/ConforMed*, *AB* 2003/365, m.nt. Van Ommeren. Zie over de publiekrechtelijke normering van private instellingen die een deel van de publieke taak uitvoeren o.a. S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de Overheid', in: S.E. Zijlstra & R.A.J. van Gestel, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Bju 2008, p. 54 e.v.

7 B.J. van Ettekoven, 'Herrie aan de keukentafel', *NTB* 2016/50.

8 Zoals geformuleerd in het advies t.a.v. rechtsbescherming en besluitvorming in het sociaal domein.

9 Zie m.n. N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. VU Amsterdam 2014), Den Haag: Bju 2014, p. 372-378 en F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014/30.

adequate rechtsbescherming. Maar in welke context zouden die normen worden toegepast?

5. De context waarin de private zorgaanbieder opereert

Waar die context in het advies wordt beschreven gaat de aandacht vooral uit naar het perspectief van de (kwetsbare) burger. Zijn behoefte aan rechtsbescherming komt uitgebreid aan bod. Ook de frustraties van het bestuur dat wil werken volgens nieuwe concepten, maar daarin wordt gehinderd door de jurisprudentie van de bestuursrechter (die slechts het besluit kan beoordelen en daar dus veel eisen aan stelt) zijn beschreven. Maar het perspectief van de private partij, die innovatieve en betaalbare zorgproducten moet leveren, blijft onbesproken.¹⁰

Het bestuursrechtelijk debat en bestuurskundige c.q. beleidstheorie lopen hier duidelijk uiteen. Immers, in de bestuurskundige theorie krijgen de private partijen een belangrijke en eigensoortige rol in de netwerksamenleving. Die visie herkennen wij in de aanpak van de bijzondere wetgever in het sociaal domein.¹¹ De laatste heeft tijdens het decentralisatieproces steeds benadrukt dat private partijen professionals kunnen inzetten die moeten kunnen handelen op basis van eigen inzichten en ervaringen. De gedachte is dat wanneer er meer ruimte komt voor professionals en hun expertise, de uitvoering van de publieke taak – in dit geval de zorg – verbetert. De professionele zorginstelling wordt in de beleidstheorie van de wetgever in het sociaal domein gezien als waardevolle partner (en dus niet zozeer ‘slechts’ als uitvoerder, die werkt als de verlengde arm van het bestuur). Van deze professionele partners wordt verwacht dat zij flexibele zorg bieden, aangepast aan de omstandigheden van het geval en het moment: op maat dus. Wat in een concreet geval nodig is moeten zij snel kunnen beoordelen en leveren, waarbij wordt vertrouwd op hun expertise en ervaring.

Verder is door de beleidsmakers steeds benadrukt dat de kostprijs van de zorg in het sociaal domein zal dalen, kort gezegd als gevolg van minder benauwende regels en meer ruimte voor innovatieve zorgproducten. De verwachte bezuinigingen werden als bekend door de wetgever alvast ingeboekt met forse kortingen op het budget bij de decentralisatie. Dit laatste heeft er in de praktijk toe geleid dat de zorg in het sociaal domein niet alleen op grote schaal wordt uitbesteed (dat was voorheen ook al het geval, veelal via subsidierelaties), maar vooral ook dat de zorglevering door gemeenten als ‘product’ wordt ingekocht bij private instel-

lingen, tegen zo laag mogelijke prijzen. Niet langer worden zorgaanbieders gesubsidieerd, zij worden uitgenodigd voor een aanbestedingsprocedure.¹² De verhouding tussen het bestuur en de private zorgaanbieder is dus veelal geprivatiseerd.

Het beeld dat deze privatisering voor veel zorginstellingen niet heeft geleid tot een vetpot begint zich op te dringen. Recent onderzoek van EY, gepresenteerd in de Barometer Nederlandse Gezondheidszorg 2017, laat zien dat de winst van zorgaanbieders onder druk staat.¹³ Deze is volgens de onderzoekers in de laatste vier jaar meer dan gehalveerd tot nog geen 1%. Gemeenten kopen als gevolg van de krappe budgetten die hen zijn toebedeeld minder zorg in, eisen steeds lagere tarieven en doordat met meer inkopers van verschillende decentrale overheden moet worden gewerkt dan voorheen, zijn de administratieve lasten van zorginstellingen toegenomen. Dat de zaak bij deze zorgaanbieders onder druk staat, wordt verder duidelijk uit de jurisprudentie van de civiele rechter. De civiele rechter verbiedt het overheden de laatste tijd met enige regelmaat om in aanbestedingsprocedures vergoedingen te hanteren die onder de kostprijs van de zorgaanbieders liggen, of die de risico's van de uitvoering te eenzijdig afwentelen op de zorgaanbieders.¹⁴ Te denken geeft verder dat sinds 1 juni 2017 de AMvB ‘Reële prijs Wmo 2015’ geldt, die nadere regels stelt voor de verplichting die de gemeenteraad volgens de Wmo 2015 heeft voor het hanteren van een reële prijs in relatie tot de kwaliteitseisen. Ook de noodkreten van de VNG over de beschikbare zorgbudgetten en persberichten van gemeenten over noodplannen die klaarliggen voor het geval hun zorgaanbieders ‘omvallen’ bevestigen dit beeld. Datzelfde geldt voor de vele procedures tussen zorgaanbieders en personeel dat zij na de transitie moesten ontslaan over de vraag welk wachtderegime er van toepassing is.¹⁵

6. Van context naar normering

Wat kan er binnen deze context van het streven naar een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling tussen bestuursorganen en private partners, waarin moet worden gekomen tot innovatieve zorgproducten terwijl ook zware bezuinigingen worden uitgevoerd en de verhoudingen tussen bestuur en private zorgaanbieders verzakelijken, worden gezegd over de normering van beslissingen en handelingen van de private zorginstellingen? Waaraan zou de bestuursrechter dat handelen straks kunnen of moeten toetsen? Op welke basis beslist hij eventueel tot het geven van een opdracht?

10 Zie punt 5 van het advies over het perspectief van de burger en het perspectief van het beleid.

11 Zie voor een uitgebreide analyse van de beleidstheorie van de bijzondere wetgever A. Tollenaar, ‘Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat’, in: Vonk, G. (editor), Klingenberg, A., Munneke, S., Tollenaar, A., & Vonk, G. (2016). *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde.

12 Zie daarover de website van het expertise centrum aanbesteden: www.pianoo.nl/themas/sociaal-domein/inkoop-sociaal-domein-toegelijk.

13 Onderzoeksrapport te raadplegen via www.ey.com/nl/nl/industries/health/ey-barometer-nederlandse-gezondheidszorg-2017.

14 Zie bijv. ECLI:NL:RBDHA:2016:11869, AB 2017/202, m.nt. S. van Heukelom, ECLI:NL:RBNHO:2016:1730, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242 en ECLI:NL:RBZWB:2017:7312.

15 ECLI:NL:HR:2017:772, NJ 2017/314, m.nt. S.F.M. Wortmann.

Waar de bestuursrechter bij het toetsen van feitelijke handelingen van bestuursorganen wellicht een heel eind kan komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (m.n. het zorgvuldigheidsbeginsel),¹⁶ zou een dergelijke aanpak bij het handelen van private partijen op gespannen voet staan met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Die is zoals gezegd juist niet geneigd private partijen, die niet als b-bestuursorgaan kwalificeren, aan publiekrechtelijke normen te binden. Dat is begrijpelijk nu het bestuursrecht is ontwikkeld voor de verhouding tussen overheid en burger. Minstens zo belangrijk is dat een dergelijke aanpak niet echt geschikt lijkt om het handelen van de private partners, zoals dat de beleidsmakers c.q. de bijzondere wetgever voor ogen stond, werkelijk van de grond te krijgen. Zo is het lastig om het beeld van de snel en flexibel op de omstandigheden van het geval inspringende professional, die handelt op basis van zijn expertise en zo maatwerk levert, te combineren met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zoals die beginselen normaliter worden gehanteerd binnen bestuursrechtelijke verhoudingen voor de toetsing van besluiten. Als professionele zorginstellingen op dezelfde wijze als bestuursorganen aan dat soort normen worden gebonden, zal dat dan gecombineerd kunnen worden met de zo vurig gewenste flexibilisering, dejuridisering en vermindering van administratieve verplichtingen? Dat lijkt een lastige combinatie.¹⁷ Ten slotte is een belangrijk bezwaar tegen de ontwikkeling van (publiekrechtelijk georiënteerde) normen door de bestuursrechter dat het voor private instellingen nog lang onduidelijk zal zijn waartoe zij precies zijn verplicht. Naast instructies die volgen uit het aanbestedingsbestek en de overeenkomst die daarna wordt gesloten, kunnen er in de jurisprudentie van de bestuursrechter allerlei concrete verplichtingen opduiken, waarmee zij in hun aanbieding geen rekening hebben kunnen houden. De gedachte dat de zorginstelling en de aanbestedende gemeente daarna maar in goed overleg moeten uitzoeken hoe de zorgaanbieder aan zijn 'nieuwe' verplichtingen kan voldoen en hoe de kosten daarvan worden verdeeld c.q. vergoed, lijkt mij gezien de huidige stand van zaken, zoals hiervoor geschetst, niet reëel. In het zorgstelsel zoals dat nu is opgebouwd, is het van groot belang dat de zorgaanbieder vooraf weet waar hij aan toe is en dat risico's niet eenzijdig op hem worden afgewenteld. Het gaat daarbij niet alleen om de rechtszekerheid en zakelijke belangen van de zorgaanbieder. Onverwachte eisen en bijkomende verplichtingen kunnen grote financiële consequenties hebben en daaruit voortvloeiende problemen raken ook al snel de zorgafnemers en het personeel van de zorgaanbieders.

Om werkelijk te kunnen komen tot maatschappelijk adequate rechtsbescherming volstaat een aanvulling van de Awb met een formele regeling voor integrale rechtsbescherming dus niet. Daarnaast zal de bijzondere wetgever een set adequate normen moeten opstellen waar het hande-

len van private uitvoerders aan kan worden getoetst. Deze set dient het evenwicht te vinden tussen de wens om ook bij uitbesteding goede zorg te garanderen voor de burger en de ruimte die nodig is om de beleidsdoelstellingen (met ruimte voor de professional) te kunnen bereiken én dient private partijen vooraf voldoende rechtszekerheid te bieden. Alleen wanneer vooraf duidelijk is aan welke normen de private aanbieders moeten voldoen, kan ook vooraf worden bepaald wat redelijke prijzen en/of vergoedingen zijn voor het geleverde werk. Integrale geschilbeslechting wordt alleen voor allen een succes wanneer met de rechtszekerheid en rechtsbescherming van alle betrokken partijen rekening wordt gehouden.

16 Vgl. Van Ettekoven a.w.

17 Vgl. Tollenaar a.w. p. 48, die vermoedt dat meer rechterlijke controle zal leiden tot verdergaande regulering.