

Nieuwe bevoegdheden van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in oprichting

Adequate rechtsbescherming voor zorgaanbieders gewaarborgd?

Ton Duijkersloot, Alina Koelewijn en Karen Top*

16

In deze bijdrage wordt ingegaan op de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd i.o. ten aanzien van de organisatiestructuur van zorgaanbieders op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen in de zorg en op de wettelijke grondslag die is gecreëerd in de Gezondheidswet voor het actief openbaar maken van bepaalde toezichtgegevens door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd i.o. Is bij deze nieuwe bevoegdheden de rechtsbescherming van zorgaanbieders door de bestuursrechter op adequate wijze gewaarborgd? Zijn in het bijzonder de waarborgen van de artikelen 6 en 8 EVRM gerespecteerd? Naar het oordeel van de auteurs kan dit worden betwijfeld en ligt hier een taak voor de wetgever.

Inleiding

Recent hebben er enkele wetswijzigingen plaatsgevonden als gevolg waarvan de bevoegdheden van de voormalige Inspectie voor de Gezondheidszorg, sinds 1 oktober 2017 de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd

in oprichting, zijn uitgebreid.¹ Het betreft hier ten eerste de op 1 januari 2016 in werking getreden Wet kwaliteit, klachten en geschillen in de zorg (Wkkgz), waarmee de Kwaliteitswet zorginstellingen (KWZ) is vervangen.² Ten tweede gaat het om de Wet van 14 november 2016 tot wijziging van de Gezondheidswet en de Jeugdwet, teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen.³

In deze bijdrage wordt op enkele van deze nieuwe bevoegdheden nader ingegaan: ten eerste de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid van de Inspectie ten aanzien van de organisatiestructuur van zorgaanbieders op grond van de Wkkgz en ten tweede de wettelijke grondslag die is gecreëerd in de Gezondheidswet voor het actief openbaar maken door de Inspectie van bepaalde toezichtgegevens, alsook sanctiebesluiten. Bij de bespreking van deze nieuwe bevoegdheden staat de vraag centraal of bij deze nieuwe bevoegdheden de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van zorgaanbieders op adequate wijze is gewaarborgd. Met name zal worden

* Mr. dr. A.P.W. Duijkersloot is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en daar als onderzoeker verbonden aan The Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (Renforce). Mr. A. Koelewijn is werkzaam als jurist bij de Raad van State. Mr. C.G. Top is afgestudeerd voor de master Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en volgt thans de master Strafrecht aan de VU. Deze bijdrage is eind februari 2018 afgerond.

1. Per 1 oktober 2017 zijn de Inspectie Jeugdzorg en de Inspectie voor de Gezondheidszorg gefuseerd tot één organisatie: Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in oprichting. De toevoeging 'in oprichting' is omdat de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, in afwachting van een besluit van de Tweede Kamer en Eerste Kamer hierover wettelijk gezien nog geen formele naam is. In deze bijdrage zal mede hierom verder steeds worden gesproken over de Inspectie.
2. *Stb.* 2015, 525.
3. *Stb.* 2016, 448.

bezien welke rol de bestuursrechter heeft bij de uitoefening van deze bevoegdheden door de Inspectie.⁴

Vragen die in het kader van bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden opgeworpen zijn of de bestuursrechter (tijdig) kan worden benaderd en op welke wijze hij de uitoefening van de nieuwe bevoegdheden van de Inspectie kan toetsen. Met name waar het gaat om de openbaarmaking van toezichtgegevens en met name sanctiebesluiten speelt in de discussie de vraag naar de verhouding met enkele waarborgen uit het EVRM een belangrijke rol, in het bijzonder die met artikel 6 (het recht op een eerlijk proces) en artikel 8 (het recht op privacy). Omdat de in deze bijdrage besproken nieuwe bevoegdheden van de Inspectie weliswaar nieuw zijn op het terrein van de gezondheidszorg, maar in min of meer dezelfde vorm al bestaan op andere rechtsterreinen, in het bijzonder het financieel recht – toezicht door DNB en de AFM – en, waar het gaat om de openbaarmaking, het mededingingsrecht – toezicht door de ACM – worden deze bevoegdheden op een aantal plaatsen in de beschouwing betrokken. Doel daarvan is niet een systematische vergelijking met de wijze waarop deze bevoegdheden in genoemde sectoren zijn vormgegeven en uitgewerkt, maar het signaleren van enkele significante verschillen met deze sectoren die de vraag oproepen of zou moeten worden gekomen tot meer uniformiteit.

Eerst wordt ingegaan op de aanwijzingsbevoegdheid die de Inspectie sinds 2016 heeft inzake de organisatiestructuur van zorgaanbieders. Nu deze aanwijzingsbevoegdheid niet direct volgt uit de Wkkgz, maar door de minister van VWS wel bij mandaat aan de Inspectie is verleend, kan worden betwijfeld of de wetgever een dergelijke verdergaande bevoegdheid voor de Inspectie heeft gewenst. Voorts wordt besproken of er voldoende rechtsbescherming wordt geboden aan zorgaanbieders bij het uitoefenen van deze aanwijzingsbevoegdheid. In de volgende paragraaf wordt de bevoegdheid van de Inspectie tot het actief openbaar maken van bepaalde toezichtgegevens op grond van de nieuwe openbaarmakingsregeling in de Gezondheidswet gezien. Hierbij wordt besproken of aan zorgaanbieders nog wel voldoende rechtsbescherming kan worden geboden, nu er op grond van deze regeling geen plaats meer lijkt te zijn voor een individuele belangenafweging voorafgaand aan het besluit tot openbaarmaking. In de laatste paragraaf volgt een conclusie met enkele aanbevelingen.

4. De mogelijke rol van de civiele rechter blijft buiten beschouwing. Voor zorginstellingen zal de gang naar de civiele rechter in de regel niet de voorkeur hebben, nu deze procedure over het algemeen meer tijd in beslag neemt en er daarbij hogere griffierechten worden geheven.

De aanwijzingsbevoegdheid van de Inspectie inzake de organisatiestructuur van zorgaanbieders

Achtergrond en inhoud van de nieuwe regeling in de Wkkgz

Op 1 januari 2016 is de Wet kwaliteit, klachten en geschillen in de zorg (Wkkgz) in werking getreden, waarmee deze wet de Kwaliteitswet zorginstellingen (KWZ) en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) heeft vervangen.⁵ Doel van de nieuwe wet is met name om de positie van de zorgcliënt te verstevigen.⁶ Daarnaast moet de Wkkgz ervoor zorgen dat er meer duidelijkheid ontstaat over rechten en plichten van de verschillende actoren in de zorg. De versnippering over verschillende wetten van met elkaar samenhangende bepalingen omtrent kwaliteit van zorg werd door de wetgever niet langer wenselijk geacht.⁷ Wanneer zorgcliënten er zelf niet in slagen om naleving van hun rechten af te dwingen, acht de wetgever het van belang dat de Inspectie handhavend op kan treden jegens zorginstellingen en bij het uitoefenen van de hiertoe in het leven geroepen bevoegdheden komt aan de Inspectie beoordelingsvrijheid toe.⁸ De bevoegdheden die de Inspectie kan inzetten jegens zorgaanbieders om de kwaliteit van zorg en hiermee de positie van de zorgcliënt te verstevigen zijn in hoofdstuk 4 van de Wkkgz geregeld.

Op het eerste gezicht vertonen de in dit hoofdstuk opgenomen artikelen veel gelijkenis met de toezichts- en handhabingsbepalingen zoals voorheen – onder andere – opgenomen in de KWZ. Immers, voor invoering van de Wkkgz was de Inspectie ook al bevoegd tot het opleggen van een bevel aan zorginstellingen, of kon zij de minister van VWS verzoeken om de zorginstelling of het bestuur van een zorginstelling een schriftelijke aanwijzing te geven.⁹ Deze bevoegdheden zijn thans vervat in artikel 27 lid 4 Wkkgz (het geven van een bevel) en artikel 27 lid 1 en 28 lid 1 Wkkgz (het bij de minister van VWS verzoeken om een aanwijzing jegens de zorginstelling of het bestuur daarvan) en zij vertonen wat betreft wettekst veel overeenkomsten met de voorheen geldende bepalingen in de KWZ.

Toch heeft invoering van de Wkkgz wel degelijk een verruiming van de bevoegdheden van de Inspectie meegebracht, met name doordat de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing aangaande de organisatiestructuur van de zorgaanbieder in artikel 27 jo. 28 Wkkgz – welke bevoegdheid op grond van de KWZ was voorbehouden

5. Voorts is de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) vervangen door de ingang van de Wkkgz.

6. *Kamerstukken II 2010/11, 32402, 3 (MvT), p. 2-4.*

7. *Kamerstukken II 2010/11, 32402, 3 (MvT), p. 18-19.*

8. *Kamerstukken II 2010/11, 32402, 3 (MvT), p. 31-32.*

9. Vgl. art. 7 lid 1 en art. 8 KWZ (oud), alsmede art. 87a Wet BIG (vervallen).

aan de minister van VWS – in 2015 vlak na invoering van de Wkkgz aan de Inspectie is gemandateerd.¹⁰ Inmiddels heeft deze mandaatregeling enkele inhoudelijke wijzigingen ondergaan, met name vanwege de fusie tussen de IGZ en de Inspectie Jeugdzorg.¹¹ Ongewijzigd is echter het gegeven dat de Inspectie op grond van deze mandaatregeling direct kan ingrijpen in de bestuursstructuur van een zorginstelling door middel van het geven van een aanwijzing of het opleggen van een last onder dwangsom, zonder hierover eerst het advies van de minister af te wachten. De wijze waarop door de Inspectie aan deze bevoegdheid uitdrukking zal worden gegeven is uitgewerkt in het beleidskader ‘Goede zorg vraagt om goed bestuur’ van de minister en staatssecretaris van VWS van 13 januari 2016.¹² Hierin is verwoord dat de wijze waarop bestuurders in de zorg invulling geven aan het leveren van goede zorg – en de hieraan gelinkte bestuurdersverantwoordelijkheid – nader wordt gereguleerd door veldnormen. Meer specifiek gaat het hier om de open normen zoals verwoord in de *Governancecode Zorg*.¹³ Dat hier gebruik wordt gemaakt van de open normen uit het zorgveld is niet verwonderlijk, nu de Wkkgz zo is ingericht dat de verantwoordelijkheid voor het leveren van goede zorg in beginsel bij de zorgaanbieder zelf ligt.¹⁴ De eerste *Governancecode Zorg* is in 2006 opgesteld door brancheorganisaties in de zorg om de invulling van de verantwoordelijkheid van zorgverlening onder de KWZ nader te reguleren.¹⁵ Nu toezicht-houders, bestuurders en professionals in de zorg aldus zelf bepalen wat nodig is om tot het leveren van goede zorg te komen, is in het beleidskader ‘Goede zorg vraagt om goed bestuur’ bepaald dat de in de *Governancecode Zorg* opgenomen normen leidend zijn bij het uitoefenen van de aanwijzingsbevoegdheid door de Inspectie.¹⁶ Uit dit beleidskader blijkt dat een aanwijzing veelal slechts zal worden gebruikt wanneer een zorginstelling al onder verscherpt toezicht staat.¹⁷ De maatregel kan echter ook worden toegepast zonder dat er eerder andere maatregelen zijn gebruikt. Een aanwijzing kan een bestuurlijke ondertoezichtstelling inhouden, of een concrete opdracht aangaande de samenstelling van de raad van bestuur (RvB) of de raad van toezicht (RvT). Als ultimatum remedium kan de Inspectie één of meer leden van de RvB of de RvT toevoegen of vervangen.¹⁸ Bij niet-naleving van een aanwijzing kan een last onder dwangsom of last onder bestuursdwang volgen. Voorafgaand aan de aanwijzing kan het voornemen tot het geven ervan kenbaar worden gemaakt, waar zorgaanbieders op kunnen reageren door middel van een formeel ingediend-

de zienswijze. Tegen het aanwijzingsbesluit zelf is bezwaar en beroep mogelijk. Het bezwaar wordt formeel bij de minister ingediend, maar feitelijk behandeld door de Inspectie.¹⁹

Gebrek aan wettelijke grondslag: strijd met het legaliteits- en specialiteitsbeginsel

Dat er door een externe toezichthouder kan worden ingegrepen indien een bestuur(der) slecht functioneert, is eveneens mogelijk in het financieeltoezichtrecht en is dus geen onbekende werkwijze als het sluitstuk van het externe toezicht in de semipublieke sector. Met name kan worden gewezen op artikel 1:75 Wft, het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, op grond waarvan DNB en de AFM een oordeel kunnen geven over de geschiktheid van een bestuur(der) om dagelijks leiding te geven aan een financiële onderneming, of een aanwijzing kunnen geven aan de financiële onderneming, het bestuur, of het interne toezicht of leden daarvan.²⁰

Toch is er wat betreft de bevoegdheidsgrondslag een belangrijk verschil tussen de aanwijzingsbevoegdheid zoals die nu geldt op grond van de Wkkgz en de aanwijzingsbevoegdheden in het financieeltoezichtrecht. Uit het beleidskader *Goede zorg vraagt om goed bestuur* blijkt dat de minister en de staatssecretaris van VWS artikel 27 Wkkgz zo hebben geïnterpreteerd, dat het tevens de bevoegdheid in het leven roept om de geschiktheid van een individuele bestuurder te beoordelen. Of deze interpretatie juist is, kan naar ons oordeel worden betwijfeld. In de eerste plaats blijkt geenszins uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wkkgz dat het de bedoeling was dat de Inspectie een dergelijke bevoegdheid kreeg.²¹ In geen van de parlementaire stukken wordt gesproken over het toekennen van een bevoegdheid aan de Inspectie om in te grijpen in de bestuursstructuur van zorgaanbieders door bestuurders te vervangen. Enkel werd overwogen dat het bestuur te allen tijde verantwoordelijk is voor de kwaliteit van zorg binnen de instelling en dat ter controle de positie van het interne toezichthoudende orgaan moest worden versterkt, alsmede dat het niet langer mogelijk moest zijn dat de zorginstellingen in hun statuten het enquêterecht van cliëntenraden konden beperken.²² Een versteviging van het externe toezicht door de Inspectie lijkt op dit punt dus niet een doel van de wetgever te zijn geweest. In de tweede plaats is in de Wkkgz zelf geen norm van

10. Art. 15a Mandaatregeling VWS, *Stcrt.* 2015, 46047.

11. *Stcrt* 2017, 53587.

12. *Kamerstukken II 2015/16*, 3 012, 35 (*Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*).

13. De Zorgbrede Governancecode 2017 is te downloaden via www.governancecodezorg.nl (laatst geraadpleegd op 13 november 2017).

14. Vgl. art. 3, 7, 8, 9 Wkkgz.

15. In 2006 gold op grond van art. 3 van de KWZ nog de verantwoordelijkheid voor het leveren van ‘verantwoorde zorg’.

16. *Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*, p. 5.

17. *Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*, p. 5.

18. *Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*, p. 8.

19. *Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*, p. 9.

20. G.P. Roth en J.S. Roepnarain, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB’, *Ondernemingsrecht* 2014/95, p. 3-4.

21. Zie hiervoor de wetsgeschiedenis over art. 27 Wkkgz, welke bij derde nota van wijziging in de oorspronkelijke Wet Cliëntenrechten Zorg is opgenomen om de wet in overeenstemming te brengen met het wetsvoorstel Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico's voor de continuïteit van zorg alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, welke op 26 november 2013 was aangenomen in de Eerste Kamer en in 2014 in werking is getreden (*Stb.* 2013, 592). Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 32402, 12 (Derde nota van wijziging); *Kamerstukken II 2011/12*, 33253, 3 (MvT).

22. *Kamerstukken II 2010/11*, 32402, 3 (MvT), p. 12 en p. 63-67.

‘goed bestuur’ opgenomen. In artikel 3 Wkkgz is bepaald dat zorgverlening, ook waar het gaat om de toedeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden, moet worden georganiseerd op een wijze die redelijkerwijs moet leiden tot goede zorg.²³ Deze verplichting voor zorgaanbieders duidt echter niet op een, voor de Inspectie handhaafbare, norm van ‘goed bestuur’. Dat een dergelijke expliciete norm ontbreekt is opvallend, nu in het financieeltoezichtrecht in de Wft wel expliciet betrouwbaarheids- en geschiktheidsnormen zijn opgenomen.²⁴ Vervolgens zijn deze open normen weer nader ingevuld in beleidsregels. Zo bezien bevatten de artikelen 27 en 28 Wkkgz als zodanig geen bevoegdheid tot het houden van toezicht op de geschiktheid van het bestuur en lijkt het alsof deze bevoegdheid in het beleidskader is afgeleid uit de open norm van het houden van toezicht op ‘goede zorg’.²⁵

Een dergelijke ruime interpretatie van de Wkkgz is juridisch kwestieus. Zij staat onzes inziens op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Er bestaat immers geen specifieke wettelijke grondslag op grond waarvan de Inspectie de bestuurders in de zorg kan toetsen aan geschiktheid. Nu zou kunnen worden betoogd dat de verplichting tot het leveren van ‘goede zorg’, vervat in de artikelen 2 en 3 Wkkgz, een verplichting in het leven roept voor bestuurders van zorginstellingen en dat artikel 28 Wkkgz daarmee een wettelijke grondslag vormt voor toezicht door de Inspectie op het bestuur van zorginstellingen en de wijze waarop zij aan hun verplichtingen invulling geven. Deze redenering kan mandatering aan de Inspectie naar wij menen evenwel niet rechtvaardigen. Het specialiteitsbeginsel staat daaraan in de weg. Niet kan worden gezegd dat het leveren van ‘goede zorg’ en het toezicht van de Inspectie hierop zo ver gaat dat hiermee ook de bevoegdheid bestaat om in te grijpen in *governance*.²⁶ De wijze waarop bestuurders een zorgonderneming besturen is een ondernemingsrechtelijke kwestie. Weliswaar moet worden onderkend dat het leveren van goede zorg in sommige gevallen nauw zal samenhangen met de wijze waarop het bestuur de zorginstelling leidt, maar zeker indien de beslissingen van het bestuur niet direct gevolgen hebben voor individuele zorgcliënten gaat ingrijpen in de ondernemingsstructuur door de Inspectie naar onze mening te ver. De Inspectie houdt van oudsher immers toezicht op de kwaliteit van zorg en niet op de ondernemingskant van (het stelsel van) de publieke gezondheidszorg. De verruiming in bevoegdheden op dit vlak is door de wetgever niet expliciet beoogd en valt zoals is gebleken ook niet uit de wetgeschiedenis af te leiden.

Dat een specifieke grondslag voor ingrijpen in *governance* in het gezondheidsrecht niet is gecreëerd schept ook nog eens onduidelijkheid over de reikwijdte van de bevoegdheden die de Inspectie heeft. Onvoldoende dui-

delijk is immers welke juridische kaders er voor de Inspectie gelden bij het uitoefenen van deze bevoegdheden, waarmee de reikwijdte van de bevoegdheden onvoldoende wordt begrensd. Dit heeft te maken met het eerdergenoemde punt dat de Inspectie bij invulling van de open normen van de wettelijk verankerde ‘goede zorg’, in combinatie met de ongeschreven norm van ‘goed bestuur’, de *Zorgbrede governancecode* als uitgangspunt heeft genomen. Positief hieraan is dat flexibiliteit mogelijk is en rekening kan worden gehouden met veranderingen in het zorgveld.²⁷ Echter, omdat de bevoegdheidsgrondslag niet duidelijk is verankerd, is ook niet duidelijk hoever deze bevoegdheid reikt en hoe deze moet worden ingevuld. Een belangrijke lacune in de rechtsbescherming van (het bestuur van) zorginstellingen ontstaat dan, wanneer een maatregel van de Inspectie die ingrijpt op de bestuursstructuur geen besluit in de zin van de Awb betreft, maar wel voortkomt uit de bevoegdheidsgrondslag die de mandatering van artikel 29 Wkkgz biedt.

Deze situatie kan allereerst optreden bij kennisgeving van het voornemen tot het geven van een aanwijzing. Pas tegen de uiteindelijke aanwijzing kan immers bezwaar worden ingediend. Voorts is het nog maar de vraag of de Inspectie in de bezwaarfase zal terugkomen op het eerder genomen besluit. Roth signaleert bijvoorbeeld dat toezichthouders in het financieeltoezichtrecht en ook in andere rechtsgebieden dit niet vaak doen.²⁸ Voorts kan worden gewezen op wat Roth de ‘quasi-aanwijzing’ noemt. Hij merkt voor wat betreft het financieeltoezichtrecht op dat er door de toezichthouders DNB en de AFM veelvuldig gebruik wordt gemaakt van informele (niet op schrift gestelde) aanwijzingen die diep ingrijpen in de *governance* van een financiële organisatie. Nu de Inspectie een vergelijkbare algemene aanwijzingsbevoegdheid heeft gekregen, achten wij het mogelijk dat ook zorgaanbieders dit soort informele aanwijzingen kunnen verwachten. Indien bijvoorbeeld de Inspectie de maatregel van verscherpt toezicht inzet, wordt nauw contact onderhouden tussen de Inspectie en de zorgaanbieder. Het risico van een maatregel en de wens om een goede toezichtrelatie te behouden kunnen ervoor zorgen dat zorgaanbieders de informele aanwijzingen van de Inspectie aangaande de bestuursstructuur zullen opvolgen, terwijl hiertegen in rechte niet effectief kan worden opgekomen.²⁹

Toegang tot de bestuursrechter

Indien er wel sprake is van een schriftelijke formele aanwijzing en daarmee van een appellabel aanwijzingsbesluit, is de vraag of de zorgaanbieder de beslissing van de Inspectie kan aanvechten bij de bestuursrechter op een wijze die de zorgaanbieder soelaas zal kunnen bie-

23. Zie nader hfdst. 2, par. 4.1.

24. Art. 3:8 en 4:9 Wft (geschiktheidsnorm) en art. 3:9 en 4:10 Wft (betrouwbaarheidsnorm).

25. Zo ook J. Sijmons, ‘Over de “open normen” van goed bestuur en handhaving na invoering van de Wkkgz’, *TvGR* 2016/40, p. 89-90.

26. Sijmons 2016, p. 89.

27. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 451.

28. G.P. Roth, ‘Rechtsbescherming tegen handelingen van DNB en de AFM: Observaties uit dogmatisch én praktisch oogpunt’, *Ondernemingsrecht* 2016/48, p. 7. Zo ook G.P. Roth en J.S. Roepnarain, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB’, *Ondernemingsrecht* 2014/95, p. 14, nt. 43.

29. Roth 2016, p. 4.

den. Daarbij spelen wat ons betreft twee zaken een rol: op welke wijze kan de bestuursrechter dit aanwijzingsbesluit toetsen en kan een oordeel van de bestuursrechter tijdig worden verkregen.³⁰

Wederom kan hier een parallel worden getrokken met de rechtsbescherming in het financieeltoezichtrecht, waarin ook aan de voorzieningenrechter kan worden gevraagd om bij spoed een voorlopige voorziening te treffen. Wanneer de voorzieningenrechter in een kort geding oordeelt dat een aanwijzing van de Inspectie niet onrechtmatig wordt geacht, kan dit leiden tot onherstelbare schade voor de zorgaanbieder of bestuurders van de zorginstelling.³¹ Wanneer een uitspraak in de bodemprocedure nog moet worden afgewacht, maar de Inspectie haar aanwijzing wel mag voortzetten, kan dit voor partijen onherstelbare gevolgen hebben.³² Immers, niet alleen zijn feitelijke gebeurtenissen, zoals het vervangen van bestuurders of commissarissen, naar hun aard nu eenmaal lastig terug te draaien, daarnaast wordt de oplegging van de aanwijzing alsook mededeling dat de aanwijzing wel (of niet) is nageleefd door de Inspectie openbaar gemaakt.³³ In de paragraaf ‘Actieve openbaarmaking en rechtsbescherming’ wordt nader ingegaan op deze openbaarmakingsbevoegdheid van de Inspectie. Op dit moment volstaat het om te concluderen dat indien een voor de zorgaanbieder of bestuurders daarvan niet welgevallige beslissing van de voorzieningenrechter wordt uitgesproken, dit verstreckende gevolgen kan hebben. Deze conclusie is van belang, juist omdat – zoals hierna zal blijken – het voor de bestuursrechter niet gemakkelijk is om te beoordelen of de Inspectie bij het geven van een aanwijzing rechtmatig handelt.

In de bodemprocedure speelt de indringendheid van de rechterlijke toetsing een belangrijke rol. Omdat het zorgveld in de *Governancecode Zorg* zelf de normen bepaalt, zou de rechterlijke toetsing van een Inspectieaanwijzing in beginsel indringend moeten zijn.³⁴ De Inspectie komt dan weinig discretionaire ruimte toe. In de praktijk blijkt echter dat zorgjuristen en andere actoren in de zorg het niet altijd eens zijn over wat goed bestuur inhoudt in combinatie met het leveren van goede zorg en calamiteitenmeldingen. Dit is bijvoorbeeld te zien in het Verslag van de jaarlijkse vergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht 2016.³⁵ Als er in het zorgveld onduidelijkheid is over de in te vullen normen, zoals vervat in beleidsregels, zal het voor de bestuursrechter niet gemakkelijk zijn om hier een oordeel over te geven. Wel blijven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder ook de beginselen van een deugdelijke motivering en van subsidiariteit en proportionaliteit van kracht.³⁶ Bij een besluit met ingrijpende gevol-

gen zal de rechter de door de Inspectie gemaakte belangenafweging dus in elk geval aan deze beginselen kunnen toetsen. Een voorbeeld van de doorwerking van deze beginselen bij toetsing door de rechter aan open normen kan worden gevonden in de *Pensioenfonds-Glaszaak*³⁷ uit het financieeltoezichtrecht. In deze zaak werd door het CbB overwogen dat de *prudent person*-norm uit het pensioenrecht een open norm is, die aan pensioenfondsen ruimte laat voor interpretatie. Indien en voor zover DNB een bepaalde activiteit niet in overeenstemming met de *prudent person*-norm acht, moet dit blijkens deze uitspraak op grond van het motiveringsbeginsel worden onderbouwd aan de hand van omstandigheden van het concrete geval.

In dat verband kan voor het gezondheidsrecht worden gewezen op de wijze waarop de Inspectie betrekkelijk recent uitvoering heeft gegeven aan de bevoegdheid tot het geven van een (bestuurlijke) aanwijzing. Dit betreft de situatie rondom Zorgstichting Careyn, een intramurale zorginstelling voor ouderen. Op 7 november 2016 werd aan deze zorginstelling een aanwijzing gegeven, inhoudende dat binnen een tijdsbestek van negen maanden een aantal verplichtingen moest worden nagekomen.³⁸ In de eerste plaats is het opvallend dat de aanwijzing is gegeven wegens een combinatie van factoren die tezamen genomen ertoe leidden dat er geen goede zorg zou zijn geleverd. Niet alleen liet de kwaliteit van zorg in de instelling te wensen over waar het ging om het op orde hebben van patiëntdossiers, de inzet van medewerkers en het sturen op kwaliteit, ook liet het bestuur onvoldoende stuurkracht zien.³⁹ Dit gegeven werd meegenomen in het oordeel dat er onvoldoende sprake was van goede zorg. Het is dus duidelijk dat een bestuurlijke aanwijzing niet gemakkelijk en niet snel zal worden gegeven. In de tweede plaats zijn er voorafgaand aan de gegeven aanwijzing meerdere malen gesprekken geweest tussen de Inspectie en de RvB, in aanwezigheid van de RvT. In tweeënehalf jaar tijd is naar het oordeel van de Inspectie echter onvoldoende verbetering bewerkstelligd, waarna de aanwijzing als enige oplossing werd gezien om de kwaliteit binnen de zorginstelling te verbeteren. Deze twee punten wijzen erop dat de Inspectie naar ons oordeel in elk geval in dit recente geval heeft voldaan aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Onze verwachting is dat de bestuursrechter niet snel op de stoel van de Inspectie zal gaan zitten en geen oordeel zal geven dat verder gaat dan een dergelijke subsidiariteits- en proportionaliteitstoets.

Indien in de toekomst blijkt dat de Inspectie in de praktijk haar aanwijzingsbevoegdheid te ruim opvat of anderszins onrechtmatig gaat handelen, zal de bestuursrechter hierop moeten acteren. Het is echter de vraag in hoeverre de bestuursrechter een bestuursmaatregel van

30. Het instellen van beroep bij de bestuursrechter heeft immers, gelet op art. 6:16 Awb geen schorsende werking.

31. Roth 2016, p. 8.

32. Roth 2016, p. 8.

33. *Beleidskader goede zorg vraagt om goed bestuur*, p. 9.

34. Aelen 2014, p. 451.

35. O.A. Meijer, ‘Verslag jaarvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht 2016’, *TvGR*, 2016/40, p. 527-530.

36. Vgl. Afdeling 3.2 Awb.

37. CbB 10 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:104, r.o. 5.3. Zie ook Aelen 2014, p. 178.

38. Aanwijzing voor Stichting Careyn: 7 november 2016 (online publiek). Te raadplegen via www.igj.nl/actueel/nieuws/2016/11/07/aanwijzing-voor-stichting-careyn, laatstelijk geraadpleegd op 16 februari 2018.

39. Aanwijzing voor Stichting Careyn: 7 november 2016, (online publiek), p. 11-16.

de Inspectie indringend zal toetsen, nu het gaat om open normen van ‘goed bestuur’ en ‘goede zorg’. Enerzijds is het mogelijk dat de beginselen van behoorlijk bestuur de bestuursrechter in de toekomst handvatten zullen bieden om de wijze waarop de Inspectie invulling geeft aan voornoemde open normen (indringend) te toetsen. In dat kader kan worden gewezen op de hierboven besproken *Pensioenfonds-Glas*-zaak, waarin het motiveringsbeginsel er wel degelijk voor zorgt dat de toezichthouder het gebruikmaken van zijn bevoegdheden moet kunnen onderbouwen en verantwoorden. Anderzijds kan worden gesteld dat de discretionaire ruimte die aan de Inspectie wordt gelaten, het voor de bestuursrechter lastig kan maken om een oordeel te geven dat verder gaat dan enkel de beantwoording van de vraag of het handelen van de Inspectie heeft plaatsgevonden op een wijze die overeenkomt met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en of er afdoende is gemotiveerd. Juist omdat er in het zorgveld nog geen volledige overeenstemming is over de invulling van goede zorg, is het voor de bestuursrechter niet goed mogelijk om te bepalen welke activiteit van (het bestuur van) een zorginstelling hier wel of niet onder valt. In bepaalde omstandigheden kan aldus sprake zijn van een lacune in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het is weliswaar mogelijk om toegang tot de bestuursrechter te verkrijgen, maar het is de vraag of deze gang naar de rechter ook altijd leidt tot *effectieve* rechtsbescherming. Indien de Inspectie de bevoegdheden ruimer opvat dan de wetgever heeft bedoeld, kan een verandering wellicht worden bereikt door de minister van VWS verantwoordelijk te stellen voor het handelen van de Inspectie. Deze optie is echter geen alternatief voor rechtsbescherming, nu dit een politiek middel is om de bevoegdheden van de Inspectie te begrenzen. Voor de individuele bestuurder biedt deze optie weinig oplossingen.

Actieve openbaarmaking en rechtsbescherming

De nieuwe regeling in de Gezondheidswet: achtergrond en inhoud

Zoals in de Inleiding al is aangegeven is in november 2016 een wetsvoorstel aangenomen waarmee voor de Inspectie een specifieke wettelijke grondslag wordt gecreëerd voor het actief openbaar maken van bepaalde toezichtgegevens.⁴⁰ Op basis van artikel 44 Gezondheidswet kan de Inspectie verplicht worden om toezichtgegevens, waaronder ook sanctiebesluiten, actief openbaar te maken.⁴¹ Wij zullen hier met name op de openbaarmaking van sanctiebesluiten ingaan. De toezichtgegevens die openbaar dienen te worden gemaakt zullen bij of krachtens AMvB worden aangewezen.⁴² In het derde lid van artikel 44 is een opsomming

opgenomen van categorieën van informatie die bij AMvB kunnen worden aangewezen teneinde openbaar gemaakt te worden. Dit kan zowel feitelijke informatie – bijvoorbeeld een mededeling tot het instellen van verscherpt toezicht – als besluiten in de zin van de Awb betreffen.⁴³ De minister van VWS heeft in juni 2017 een brief aan de Tweede Kamer gezonden met de informatie dat de voorbereiding van de AMvB meer tijd vergt dan verwacht, waardoor deze nog niet aan de Kamer is voorgehangen.⁴⁴ Op dit moment is slechts een concept-AMvB bekend waarover in de zomer van 2017 een internetconsultatie heeft plaatsgevonden. Hierin is een groot deel van de openbaar te maken informatie opgenomen, zoals de uitkomsten van controle en onderzoek, mededelingen tot intensivering van het toezicht, bevelen, aanwijzingen, lasten onder bestuursdwang en lasten onder dwangsom.⁴⁵ Calamiteitenrapporten en de bestuurlijke boete(rapporten) zijn nog uitgezonderd van openbaarmaking, maar zullen naar verwachting binnen een aantal jaren na inwerkingtreding van de wet ook openbaar worden gemaakt.⁴⁶

Nu er een nieuwe wettelijke regeling in het leven is geroepen zorgt deze *lex specialis* ervoor dat het openbaarmakingsregime van de Inspectie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet langer van toepassing is.⁴⁷ De Gezondheidswet voorziet in een systeem van verplichte actieve openbaarmaking. De voorgeschreven werkwijze verschilt met de nu geldende Wob, op grond waarvan voorafgaand aan openbaarmaking een individuele belangenafweging plaats dient te vinden. Openbaarmaking van informatie kan bij een dergelijke belangenafweging achterwege blijven, indien de belangen genoemd in artikel 10 Wob zwaarder wegen dan het (algemene) belang dat met openbaarmaking is gediend. In de Gezondheidswet is geen plaats meer voor een dergelijke individuele belangenafweging. Er wordt op het niveau van de wetgever een afweging gemaakt van de belangen van de zorgaanbieder tegenover het algemene belang van openbaarmaking. Wanneer de openbaarmaking van informatie bij AMvB is aangewezen, is er op dat moment sprake van een gebonden karakter.

Slechts enkele categorieën van informatie zijn uitgezonderd van openbaarmaking. Dit zijn bedrijfs- en fabricagegegevens, informatie die onder het beroepsgeheim valt en bepaalde persoonsgegevens, zoals gegevens van patiënten en cliënten.⁴⁸ Persoonsgegevens mogen echter wel openbaar worden gemaakt als deze gerelateerd zijn

40. *Stb.* 2016, 448.

41. Art. 44 Gezondheidswet.

42. *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 3 (MvT), p. 21.

43. J.A.E. van de Jagt-Jobsen en O.S. Nijveld, ‘Actieve openbaarmaking van informatie door IGZ: het wetsontwerp tot wijziging van de Gezondheidswet’, *TvGR* 2013/37, p. 218.

44. *Kamerstukken II* 2016/17, 34111, 23 (Brief van de minister van VWS van 7 juni 2017).

45. Ambtelijk ontwerp d.d. 21 juni 2017 van het Besluit openbaarmaking toezicht- en uitvoeringsgegevens Gezondheidswet en Jeugdwet, bijlage 1a bij nota 1154315-165466-WJZ.

46. Nota van toelichting bij het ontwerpbesluit d.d. 21 juni 2017, bijlage 1b bij nota 1154315-165466-WJZ.

47. Het actief openbaar maken van informatie op grond van de Wob blijft nog wel mogelijk voor zover het een geval betreft waarin de nieuwe wet niet voorziet, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 3 (MvT), p. 15.

48. Dit is logisch aangezien het toezicht door de Inspectie niet is gericht op patiënten en cliënten maar slechts wordt uitgeoefend *in hun belang*. De

aan het beroeps- of bedrijfsmatig functioneren of handelen van de personen die onderwerp zijn van het toezicht.⁴⁹ Daarbij weegt het algemene belang van openbaarmaking altijd zwaarder dan het belang van de zorgaanbieder.⁵⁰ Tot slot blijft openbaarmaking achterwege indien dit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht.

De beslissing tot openbaarmaking kan worden aange-merkt als een besluit waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.⁵¹ Artikel 4:8 Awb is op het nemen van een openbaarmakingsbesluit buiten toepassing verklaard, waardoor de betrokkene niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze te geven op het voorgenomen besluit.⁵² Hiertegenover staat dat de openbaarmaking gedurende een *standstill periode* van twee weken niet mag plaatsvinden, teneinde de betrokkene in de gelegenheid te stellen zijn reactie op het besluit kenbaar te maken en het oordeel van de voorzieningenrechter in te roepen. Een beroep op de voorzieningenrechter heeft opschortende werking voor het besluit. In bepaalde gevallen, waarbij het van belang is om het publiek zo snel mogelijk te informeren, kan openbaarmaking echter onmiddellijk plaatsvinden.⁵³

De vraag is of er met deze wetswijziging lacunes ontstaan in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming die aan zorgaanbieders wordt geboden, of dat de rechtsbescherming met deze wijziging juist beter is gewaarborgd. De *standstill periode* van twee weken is van groot belang voor de rechtsbescherming van de zorgaanbieder,⁵⁴ en is in lijn met de huidige praktijk, waarbij reeds wordt aangenomen dat artikel 6 lid 5 van de Wob van toepassing is op actieve openbaarmaking.⁵⁵ Zo kunnen zorgaanbieders publicatie van onwelgevallige Inspectie-informatie uitstellen en later in de bodemprocedure mogelijk voorkomen. Het buiten toepassing verklaren van artikel 4:8 Awb doet onzes inziens echter afbreuk aan de mate van rechtsbescherming. Er kan van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel worden gesproken nu een zorgaanbieder niet meer in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze te geven op de voorgenomen openbaarmaking. Ook op basis van EHRM-jurisprudentie is het buiten toepassing laten van artikel 4:8 Awb, gelet op hetgeen hieronder over de onschuldpresumptie wordt besproken, mogelijk ontoelaatbaar. Het EHRM staat bijvoorbeeld niet toe dat de onschuldpresumptie wordt gecompenseerd door de mogelijkheid tot het indienen van zienswijzen, laat staan dat het EHRM het

toelaatbaar acht dat dergelijke zienswijzen in het geheel niet kunnen worden ingediend.⁵⁶ Daarnaast doet met name het ontbreken van een individuele belangenafweging bij het besluit tot openbaarmaking onzes inziens vragen rijzen ten aanzien van de rechtsbescherming van de zorgaanbieder. In de volgende twee paragrafen zullen wij hier, in relatie tot respectievelijk artikel 6 en artikel 8 EVRM, op ingaan en worden enkele vergelijkingen getrokken met het openbaarmakingsregime op grond van de Wft en de Instellingswet ACM.

Verhouding tot artikel 6 EVRM

• *Criminal charge*

Openbaarmaking van sanctiebesluiten kan *naming and shaming* met zich mee brengen. Het publiceren van de (bedrijfs)naam van de overtreder als reactie op een geconstateerde overtreding, waarbij de overtreding en/of de sanctie die in reactie daarop is opgelegd openbaar wordt gemaakt, kan grote gevolgen hebben voor de reputatie van betrokkenen.⁵⁷

De mate van rechtsbescherming tegen *naming and shaming* is deels afhankelijk van de vraag of er sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. De wetgever is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wel ingegaan op het mogelijke punitieve karakter van openbaarmaking van Inspectiemaatregelen, maar blijft bij het standpunt dat er – ook op basis van de *Engel- en Öztürk*-criteria van het EHRM – geen sprake is van een *criminal charge* bij openbaarmaking van boetebesluiten.⁵⁸ Er is (helaas) nog geen jurisprudentie van het EHRM waarin concreet uitsluitel wordt gegeven over de vraag of actieve openbaarmaking van inspectiegegevens van een overheidsorgaan een *criminal charge* oplevert.

In de literatuur wordt door verschillende auteurs betoogd dat *naming and shaming* kan worden aangemerkt als een *criminal charge*. Zo stelt Doorenbos dat er bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten sprake is van een bestraffende sanctie.⁵⁹ Openbaarmaking heeft in de woorden van Doorenbos '(...) onmiskenbaar mede de strekking de betrokkene én anderen te weerhouden van het begaan van soortgelijke overtredingen, terwijl zij de betrokkene bovendien leed toevoegt, doordat zijn naam en reputatie worden geschaad.'⁶⁰ Van de publicatie gaat een afschrikwekkende werking uit, doordat er een beginselplicht tot publicatie geldt.⁶¹ Het feit dat de wetgever stelt dat het oogmerk van de openbaarmaking enkel ziet op prestatieverbetering en het informeren van het

Inspectie houdt geen toezicht op patiënten of cliënten, waardoor openbaarmaking van patiënt- en cliëntgegevens niet is toegestaan.

49. Voor het begrip *persoonsgegevens* wordt aansluiting gezocht bij de Wet bescherming persoonsgegevens, vanaf 15 mei 2018 de (Uitvoeringswet) Algemene Verordening Gegevensbescherming
50. *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 3 (MvT), p. 12.
51. *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 3 (MvT), p. 10.
52. Art. 44a lid 3 Gezondheidswet.
53. *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 3 (MvT), p. 11.
54. Zie ook A.C. de Die en C. Velink, 'Rechtsbescherming tegen publicatie van het instellen van verscherpt toezicht op internet: staat de zorgaanbieder met lege handen?', *TvGr* 2012, p. 112.
55. Bijvoorbeeld ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7333, AB 2011/33 m.nt. P.M.J. de Haan.

56. EHRM 3 oktober 2002, appl.nr. 37568/97 (*Böhmer t. Duitsland*).
57. G. van der Wal en J.G. van Erp, 'Openbaarmaking van inspectie-oordelen', *TvT* 2011/2, p. 72-73; F.C.M.A. Michiels, '"Naming and shaming" in het markttoezicht', *NTB* 2017/16, p. 2.
58. *Kamerstukken II* 2016/17, 34111, 3 (MvT), p. 5-7.
59. D.R. Doorenbos, *Naming and shaming*, Deventer: Kluwer 2007, p. 86 e.v.
60. Doorenbos 2007, p. 88; A.C. Beijering-Beck, 'Naming en shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht', in: J.J. Reuveney e.a., *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 68.
61. Beijering-Beck 2012, p. 69.

publiek, doet dan ook niet af aan het oordeel dat de openbaarmaking van sanctiebesluiten eveneens als afschrikwekkend en bestraffend kan worden aangemerkt. Michiels sluit zich hier bij aan. Zijns inziens gaat het bij publicatie van een boete ook om een punitieve sanctie: het oogmerk van de oplegger kan wel mede preventie zijn, dat doet niet af aan wat er feitelijk gebeurt, namelijk de aantasting van iemands goede naam.⁶²

Ook gelet op de bekende *Engel*-criteria, die door het EHRM – en ook het Hof van Justitie van de Europese Unie⁶³ – worden gehanteerd bij het kwalificeren van een overheidsmaatregel als een *criminal charge* of als *bestraf-fend*, is het volgens ons niet ondenkbaar dat het openbaar maken van sanctiebesluiten als zodanig moet worden beschouwd.⁶⁴ Hetzelfde valt te zeggen over de openbaarmaking van corrigerende besluiten, zoals het instellen van verscherpt toezicht. Het feit dat het oogmerk in de eerste plaats is om het publiek te waarschuwen en informeren, doet er niet aan af dat er op grond van autonome EHRM-criteria sprake kan zijn van een *criminal charge*.⁶⁵ Mogelijk zal bij een eventuele beoordeling van de nieuwe regeling in de Gezondheidswet op basis van de *Engel*-criteria door het EHRM worden meegewogen dat actieve openbaarmaking in ieder geval niet *primair* een sanctionerend karakter heeft volgens de Nederlandse wetgever, maar dient om de samenleving te waarschuwen en informeren. Indien het gevolg echter alsnog punitief is en er voorts geen belangenafweging wordt gemaakt – een proportionaliteitstoets en subsidiariteitstoets – kan worden verdedigd dat actieve openbaarmaking een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM oplevert, met name vanwege het leedtoevoegen- en afschrikwekkende karakter.

- *De onschuldpresumptie en een evenwichtige belangenafweging*

Hoewel de wetgever openbaarmaking niet aanmerkt als bestraffend, zijn er zijn dus goede argumenten om uit te gaan van de kwalificatie van de openbaarmaking als een *criminal charge*. In dat geval is de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM van toepassing. In het kader van *naming and shaming* is van belang dat het EHRM heeft bepaald dat overheidsfunctionarissen geen publieke uitlatingen over schuld van een betrokkene mogen doen voordat de schuld in rechte is komen vast te staan.⁶⁶ De onschuldpresumptie strekt er immers (mede) toe de reputatie van betrokkenen te beschermen.⁶⁷ Er bestaat echter, op basis van jurisprudentie van het EHRM, wel een mogelijkheid om tenuitvoerlegging

van de bestraffende sanctie reeds te laten plaatsvinden voordat deze in rechte is komen vast te staan.⁶⁸ Daarbij is het van belang dat er voorafgaand aan de tenuitvoerlegging een afweging van de betrokken belangen wordt gemaakt, waarbij een rechtvaardig evenwicht moet worden gevonden.⁶⁹ In de zaak waarin het EHRM dit heeft bepaald ging het over de tenuitvoerlegging van een nog niet definitief geworden toeslagenbesluit. Het EHRM heeft daarbij onder meer overwogen dat een belangrijke factor in deze afweging is of in het geval van een succesvol beroep in de hoofdzaak de toeslagen kunnen worden teruggevorderd en de oorspronkelijke rechtspositie van de betrokkene kan worden hersteld.⁷⁰ Toegespitst op het publiceren van sanctiebesluiten voordat deze onherroepelijk zijn geworden, merkt Beijering-Beck op dat de onschuldpresumptie daaraan dus niet in de weg staat, maar dat publicatie slechts mag plaatsvinden na een afweging van de betrokken belangen.⁷¹

Hiervoor is reeds besproken dat de Gezondheidswet het mogelijk maakt om het voornemen tot openbaarmaking, door middel van een verzoek om een voorlopige voorziening aan een rechterlijke toets te onderwerpen, waarbij de openbaarmaking wordt opgeschort tot nadat de voorzieningenrechter op dat verzoek uitspraak heeft gedaan. Gelet op de hierboven besproken jurisprudentie van het EHRM zal de voorlopigevoorzieningenrechter een evenwichtige belangenafweging moeten kunnen maken, wil hij kunnen beoordelen of het gerechtvaardigd is om aan de onschuldpresumptie voorbij te gaan en reeds tot openbaarmaking over te mogen gaan.

Zoals gezegd biedt de Gezondheidswet zelf geen mogelijkheid tot het maken van een dergelijke individuele belangenafweging. De vraag die daarom moet worden beantwoord, is of de toets door de voorzieningenrechter toereikend is en de onschuldpresumptie voldoende wordt gewaarborgd bij de geboden mogelijkheid tot het verzoek om een voorlopige voorziening. Aangezien het openbaarmakingsregime onder de Gezondheidswet nog niet in werking is getreden, is het zinvol om hier aansluiting te zoeken bij de beoordelingswijze van de voorzieningenrechter bij openbaarmakingsbesluiten op grond van de Wft of de Instellingswet ACM. In deze wetten is immers ook een specifieke wettelijke grondslag opgenomen op basis waarvan tot actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten kan worden overgegaan.

De eerste toets die de voorzieningenrechter uit zal voeren is een rechtmatigheidstoets van het onderliggende sanctiebesluit.⁷² De publicatie dient achterwege te blijven indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat de

62. Michiels 2017, p. 4-5; J. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht. Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 20.

63. Zie voor het eerste HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319 (*Bonda*).

64. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (*Engel t. Nederland*).

65. Zie ook J.H. Hubben, 'De IGG: van stille kracht naar publieke waakhond', *TvGr* 2012/36, p. 105.

66. EHRM 10 februari 1995, NJ 1997, 523 (*Allenet de Ribemont*), par. 36; zie hierover ook Doorenbos 2007, p. 92; Beijering-Beck 2012, p. 70.

67. EHRM 24 mei 2011, appl.nr. 53466/07 (*Konstas t. Griekenland*), par. 32.

68. EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002, 88 m.nt. Widdershoven (*Janosevic t. Zweden*), par. 106; Zie hierover ook T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006/4, p. 134; D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 303.

69. EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002, 88 m.nt. Widdershoven (*Janosevic vs. Zweden*), par. 108 en par. 3 van de noot.

70. EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002 88 m.nt. Widdershoven (*Janosevic vs. Zweden*), par. 108 en par. 3 van de noot.

71. Beijering-Beck 2012, p. 70.

72. Dit werd ook reeds op basis van de Wob gedaan.

sanctie ten onrechte is opgelegd.⁷³ De voorlopigevoorzieningsbevoegdheid dient er tenslotte toe om onevenredig nadeel te voorkomen.⁷⁴ Tot voor kort was het gebruikelijk enkel aansluiting te zoeken bij de rechtmatigheid van het onderliggende besluit teneinde te beoordelen of er sprake is van een onevenredige benadeling. Voor een verdere belangenafweging was geen plaats.⁷⁵ Wanneer de voorzieningenrechter bijvoorbeeld verwachtte dat het onderliggende boetebesluit in stand zou blijven en dus rechtmatig was, was daarmee ook de publicatie van het boetebesluit rechtmatig.⁷⁶ Tegenwoordig lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), naast voornoemde rechtmatigheidstoets, echter ook ruimte te zien voor een belangenafweging. Dit heeft te maken met het per 1 augustus 2014 gewijzigde publicatieregime in de Wft, waarbij een verdergaande belangenafweging voorafgaand aan de openbaarmaking van een boetebesluit wettelijk is veranderd.⁷⁷ Het CBB heeft geoordeeld dat bij het verzoek om een voorlopige voorziening inzake vroegtijdige openbaarmakingsbesluiten op grond van de Wft, de belangen zoals genoemd in de Wft moeten worden meegewogen.⁷⁸ Dit betreffen de belangen zoals genoemd in artikel 1:98 lid 1 Wft, waaronder het belang van de bescherming van persoonsgegevens en het belang dat de betrokkene onevenredige schade zou kunnen lijden.⁷⁹ Daarbij overweegt de voorzieningenrechter wel dat het belang van de toezichthouder bij publicatie slechts wijkt voor het belang van (on)evenredigheid, indien het een zodanige situatie betreft, waarbij in de individuele, bijzondere situatie de gevolgen van publicatie uitzonderlijk zijn.⁸⁰ Het algemene belang van openbaarmaking weegt dus zwaar in de te maken afweging. Ook ten aanzien van openbaarmakingsbesluiten door de ACM zien we een dergelijke toets terugkomen. Op grond van de Instellingswet ACM worden sanctiebesluiten in beginsel vroegtijdig openbaar gemaakt, tenzij er een onevenredige benadeling van de overtreder plaatsvindt. Het CBB heeft geoordeeld dat de publicatiebesluiten zelfstandig moeten worden getoetst.⁸¹ Naast de rechtmatigheidstoets van het onderliggende boetebesluit dient er een zelfstandige toetsing van het openbaarmakingsbesluit

73. *Kamerstukken II 2005/06, 29708*, 41, p. 65.

74. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 311.

75. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468, AB 2010/319 m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck, par. 2.5; CBB 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ1864, RF 2013/53, par. 5.4.

76. M. Aelen, 'Terugkerende vragen bij naming en shaming door toezichthouders', *TvT* 2013, nr. 3, p. 93.

77. *Stb.* 2014, 253; G.P. Roth & M.R. Hosemann, 'De vroegtijdige publicatie van boetes door de AFM en DNB', *TvCo* 2015/05, p. 233. Om aan te sluiten bij Europese richtlijnen heeft in 2016 wederom een wijziging van het publicatieregime van de Wft plaatsgevonden. Hierbij is de ruimte voor een belangenafweging voorafgaand aan openbaarmaking behouden, *Stb.* 2016, 297.

78. Zie CBB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:373, *NJB* 2017/279, r.o. 5; CBB 22 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:6, r.o. 7.3; CBB 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456, *NJB* 2015/30.

79. CBB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:373, *NJB* 2017/279, r.o. 5.

80. CBB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:373, *NJB* 2017/279, r.o. 5.

81. CBB 7 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:163, *RF* 2015/12.

plaats te vinden, waarbij moet worden bezien of de belangen zoals opgenomen in de specifieke wettelijke regelingen voldoende zijn afgewogen.

Het lijkt erop dat op basis van de Wft en de Instellingswet ACM bij vroegtijdige openbaarmaking aan de eis van een (evenwichtige) belangenafweging wordt voldaan. De voorzieningenrechter betreft daarbij de belangen die op grond van de Wft en de Instellingswet ACM moeten worden afgewogen bij een besluit tot openbaarmaking, teneinde de rechtmatigheid van het openbaarmakingsbesluit te beoordelen. Hierdoor kan op een wijze die te rechtvaardigen valt van de onschuldpresumptie worden afgeweken en kan het sanctiebesluit, reeds voordat dit onherroepelijk is geworden, openbaar worden gemaakt. In de Gezondheidswet ontbreekt echter de mogelijkheid tot het maken van een individuele belangenafweging bij de vroegtijdige publicatie van sanctiebesluiten, waarbij bijvoorbeeld het belang van onevenredige benadeling kan worden afgewogen. Het is daarom nog maar de vraag of de voorzieningenrechter aansluiting kan zoeken bij de manier van toetsing zoals de voorzieningenrechter dat doet bij openbaarmakingsbesluiten op grond van de Wft en de Instellingswet ACM. Nu het openbaarmakingsregime van de Gezondheidswet een dergelijke belangenafweging niet kent, zal de voorzieningenrechter mogelijk onvoldoende aanknopingspunten vinden om te kunnen beoordelen of het openbaarmakingsbesluit rechtmatig is en daarbij een evenredige belangenafweging heeft plaatsgevonden. De onschuldpresumptie lijkt hierdoor in het openbaarmakingsregime van de Gezondheidswet in mindere mate gewaarborgd dan het geval is bij de openbaarmakingsregimes op grond van de Wft en de Instellingswet ACM. De *standstill periode* biedt onzes inziens dan ook minder rechtsbescherming aan zorgaanbieders dan in eerste instantie wellicht werd gedacht. De toekomst zal echter moeten uitwijzen welk toetsingskader de voorzieningenrechter in het geval van openbaarmakingsbesluiten op grond van de Gezondheidswet zal hanteren. Wanneer wordt uitgegaan van een *criminal charge*, is het in ieder geval van belang dat de voorzieningenrechter ook de rechtmatigheid van de openbaarmaking zelf kan toetsen door de betrokken belangen – in lijn met EHRM-jurisprudentie – af te wegen.

Tot slot moet nog het volgende worden opgemerkt. Wanneer uitgegaan wordt van het bestaan van een *criminal charge* zal de voorzieningenrechter altijd moeten toetsen of het openbaarmakingsbesluit evenredig is.⁸² Dit vereiste volgt uit het recht op *full jurisdiction*, dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM.⁸³

Verhouding tot artikel 8 EVRM

Er is reeds gewezen op het (schadelijke) effect dat openbaarmaking van sanctiebesluiten kan hebben op de reputatie van natuurlijke personen en rechtspersonen. Met het oog hierop heeft de Raad van State (RvS) in zijn

82. Michiels, Blomberg en Jurgens 2016, p. 234-235; vgl. art. 3:4 lid 2 Awb.

83. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 50-51.

wetgevingsadvies dan ook aandacht besteed aan artikel 8 EVRM.⁸⁴ Dit artikel omvat het recht op respect voor het privéleven en beoogt de betrokkene te beschermen tegen willekeurige overheidsbemoeienis. In de woorden van de RvS kan openbaarmaking van sanctiebesluiten ‘die ingrijpen in de betrokken onderneming en in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken natuurlijke personen en tot aanzienlijke economische en reputatieschade leiden’.⁸⁵ Daarnaast kunnen ‘niet alleen natuurlijke personen, maar onder omstandigheden ook rechtspersonen een beroep doen op artikel 8 EVRM’.⁸⁶ Dit volgt uit rechtspraak van het EHRM.⁸⁷ Inbreuk op het recht op privéleven kan ingevolge het tweede lid van artikel 8 EVRM gerechtvaardigd zijn, indien de inmenging is voorzien bij wet, de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving en de inmenging een legitiem doel dient.⁸⁸

Met de wijziging van de Gezondheidswet is vanzelfsprekend voldaan aan het criterium *voorzien bij wet*, aangezien in de wet gecodificeerd wordt dat sanctiebesluiten openbaar kunnen worden gemaakt. Daarnaast zal de openbaarmaking van sanctiebesluiten op basis van de Gezondheidswet vrijwel altijd een legitiem doel dienen, waarbij het doel ‘bescherming van de gezondheid’ als eerste in het oog springt.⁸⁹

Het accent van de toetsing of de inbreuk gerechtvaardigd is, zal liggen op de vraag of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, waarbij wordt beoordeeld of de maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn.⁹⁰ Hierbij dienen de betrokken (conflicterende) belangen te worden afgewogen. Het belang van openbaarmaking van sanctiebesluiten op grond van de Gezondheidswet – bestaande uit het legitimeren van overheidshandelen, het informeren van de consument en het verbeteren van de prestaties⁹¹ – dient te worden afgewogen tegen het belang van de zorgaanbieder. Op dit punt doen zich problemen voor, aangezien deze belangenafweging op het niveau van de wetgever plaatsvindt en een algemeen karakter heeft. De Inspectie kan geen belangenafweging maken in het individuele geval. Op basis van de jurisprudentie van het EHRM dient te worden beoordeeld of er sprake is van een *pressing social*

need en of de beperking in verhouding staat tot het doel dat men wil bereiken met de inmenging: de zogenoemde *fair-balance*-toets, waarbij wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval en conflicterende belangen tegen elkaar worden afgewogen.⁹² Staten hebben hierbij wel een zekere *margin of appreciation*, met name wanneer het gaat om de beoordeling of de inbreuk noodzakelijk is.⁹³ Het staat de wetgever dan ook in zekere mate vrij om te bepalen dat het algemene belang van openbaarmaking zwaar moet wegen. Het ontbreken van een belangenafweging in het specifieke geval is echter discutabel. Zo kan bij de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel het subsidiariteitsvereiste een rol spelen. Dat betekent dat de redenen voor de inbreuk op het privéleven *relevant and sufficient* moeten zijn.⁹⁴ Daarbij staat de vraag centraal of het doel dat wordt beoogd niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.⁹⁵ Gewezen kan hier worden op de zaak *Peck*⁹⁶ waarin het EHRM oordeelde dat niet voldaan was aan het vereiste van proportionaliteit, omdat in die zaak de gemeenteraad andere opties ter beschikking stonden om het doel te bereiken en deze andere opties niet waren onderzocht. Het ging in deze zaak om de publicatie en uitzending in de media van herkenbare beelden van Peck, naar aanleiding van een mislukte zelfmoordpoging, waarbij het EHRM oordeelde dat het doel van de openbaarmaking ook had kunnen worden bereikt door bijvoorbeeld het onherkenbaar maken van de beelden.⁹⁷

De uitkomst van deze belangenafweging is vanzelfsprekend afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Het is volgens ons daarom, in navolging van het advies van de RvS, niet wenselijk dat deze belangenafweging op wetgevingsniveau in algemene zin plaatsvindt. Zo stelt de RvS dat ‘de openbaarmaking de uitkomst zou moeten zijn van een belangenafweging in het concrete geval, die uiteindelijk door de rechter kan worden getoetst’.⁹⁸ Ook overweegt de RvS dat de openbaarmaking van sanctiebesluiten ‘in elk geval aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob moet kunnen worden getoetst’.⁹⁹ Met andere woorden: er dient beoordeeld te worden of het belang van openbaarmaking opweegt tegen het belang

84. De RvS heeft hierover zowel bij het wetsvoorstel betreffende de Instellingswet ACM als bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Gezondheidswet opmerkingen gemaakt.

85. Kamerstukken II 2014/15, 34111, 4, p. 5.

86. Kamerstukken II 2014/15, 34111, 4, p. 5.

87. Zie bijvoorbeeld EHRM 16 april 2002, ECLI:NL:XX:2002:AE4682, AB 2002, 277 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Société Colas Est e.a. t. Frankrijk*).

88. F. van der Jagt, ‘Het recht op bescherming van persoonsgegevens’, in: J. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 164-165; Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 92. D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 363; R.E. Van Hellemond, ‘Commentaar op art. 8 EVRM’, in: D.P. Engberts e.a. (red.), *Tekst&Commentaar Gezondheidsrecht I*, Deventer: Kluwer, par. 7.

89. Harris e.a. 2009, p. 400.

90. Harris e.a. 2009, p. 397; Barkhuysen 2004, p. 68; Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 92; P. van Dijk e.a., *Theorie and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 340 en 747; Van Hellemond, *T&C Gezondheidsrecht I*, par. 7.

91. Kamerstukken II 2014/15, 34111, 3 (MvT).

92. Van Hellemond, *T&C Gezondheidsrecht I*, par. 7; Van der Jagt 2013, p. 165-166; Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 86; Harris e.a. 2009, p. 10.

93. Voor meer over de *margin of appreciation* zie Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 23-28; Harris e.a. 2009, p. 11-14; Van Dijk e.a. 2006, p. 340-341.

94. Van Dijk e.a. 2006, p. 341.

95. Van der Jagt 2013, p. 166; J.M.A. Berkvens en J.E.J. Prins, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 215.

96. EHRM 28 januari 2003, appl.nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*).

97. EHRM 28 januari 2003, appl.nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*), par. 80-85; M. Hagens, L. van Lent en M. Luchtman, ‘Kroniek: Jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *NTM/NJCM-bulletin* 2003/05.

98. Kamerstukken II 2014/15, 34111, 4, p. 5.

99. Kamerstukken II 2014/15, 34111, 4, p. 5-6; sub e betreft het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, sub f betreft het belang van het voorkomen van onevenredig benadeling.

van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het voorkomen van onevenredige benadeling. Op deze manier zou de Inspectie kunnen beoordelen of het doel dat met de openbaarmaking wordt beoogd in het specifieke geval ook op een andere, minder ingrijpende, manier kan worden bereikt. Wanneer bijvoorbeeld geen acuut gevaar voor de gezondheid (meer) bestaat, zou er mogelijk kunnen worden volstaan met bijvoorbeeld het geanonimiseerd openbaar maken van een sanctiebesluit. In de reactie van de regering op het advies van de RvS wordt opgemerkt dat de rechter altijd een besluit tot openbaarmaking aan artikel 8 EVRM kan toetsen.¹⁰⁰ Onzes inziens strookt deze gedachte niet met de bedoeling van artikel 8 EVRM. Het EVRM richt zich namelijk tot de overheid.¹⁰¹ Het zou onjuist zijn als de overheid – in dit geval de Inspectie – te allen tijde de mogelijkheid heeft om reputatieschade aan te richten en dit enkel kan worden voorkomen door een rechterlijke toetsing. Wanneer de betrokkene wenst dat zijn belang wordt meegewogen bij het nemen van een besluit tot openbaarmaking, wordt de betrokkene op deze manier verplicht tot het vragen van een rechterlijk oordeel in de vorm van een voorlopige voorziening. Doet hij dit niet, dan heeft dit tot gevolg dat (vrijwel onomkeerbare) reputatieschade wordt opgelopen.

Geconcludeerd kan worden dat artikel 8 EVRM met zich meebrengt dat er een evenwicht moet worden gevonden tussen het belang dat met openbaarmaking is gediend en het belang van de betrokkene. Het is dan ook zaak dat de wetgever de Inspectie hiertoe de ruimte biedt. Steeds zal de Inspectie moeten kunnen beoordelen of, op grond van alle omstandigheden van het geval, het doel van de openbaarmaking in verhouding staat tot het middel. Daarbij is het niet onaannemelijk dat het EHRM zal oordelen dat staten, gelet op de *margin of appreciation*, kunnen bepalen dat het belang van openbaarmaking zwaar moet wegen. Het EHRM zal naar verwachting niet snel tot het oordeel komen dat in het geheel niet tot openbaarmaking mag worden overgegaan, maar zal wel de vraag opwerpen of het doel van het informeren van het publiek niet ook op een minder ingrijpende manier kan worden bereikt. Daarbij kan, zoals hierboven al genoemd, worden gedacht aan het geanonimiseerd openbaar maken van een sanctiebesluit, zoals dat op grond van de Wft wel mogelijk is.

Om openbaarmaking op grond van de Gezondheidswet meer in lijn te brengen met artikel 8 EVRM kan aansluiting worden gezocht bij de openbaarmakingsregimes in de Wft en de Instellingswet ACM, op grond waarvan wel een individuele belangenafweging kan worden gemaakt en de evenredigheid van de openbaarmaking in de beoordeling moet worden betrokken.

Conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid van de Inspectie ten aanzien van de organisatiestructuur van zorgaanbieders op grond van de Wkkgz en de wettelijke grondslag die is gecreëerd in de Gezondheidswet voor het actief openbaar maken van bepaalde toezichtgegevens en ook sanctiebesluiten door de Inspectie. Daarbij stond de vraag centraal of bij deze nieuwe bevoegdheden de rechtsbescherming van zorgaanbieders op adequate wijze is gewaarborgd. Met name is bezien welke rol de bestuursrechter heeft ten aanzien van de uitvoering van deze bevoegdheden door de Inspectie: kan hij (tijdig) worden benaderd en op welke wijze kan hij de uitoefening van de nieuwe bevoegdheden van de Inspectie toetsen. Waar het gaat om openbaarmaking van toezichtgegevens en in het bijzonder sanctiebesluiten, is bezien of de waarborgen van artikel 6 en artikel 8 EVRM zijn gerespecteerd. Voor wat betreft de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid kan worden geconcludeerd dat de toegang tot de bestuursrechter lijkt te zijn gewaarborgd, maar dat er vragen kunnen worden gesteld bij de effectiviteit van deze bescherming, met name wanneer wordt gelet op de discretionaire ruimte die de Inspectie bij de uitoefening van de nieuwe bevoegdheid toekomt. Ten aanzien van het actief openbaar maken van toezichtgegevens, in het bijzonder sanctiebesluiten, treedt spanning op met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM. Voor zover openbaarmaking van inspectiegegevens moet worden gekwalificeerd als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM – en daar zijn goede argumenten voor – kent de openbaarmakingsprocedure in de Gezondheidswet minder goede en wellicht te beperkte waarborgen in vergelijking met soortgelijke regelingen, zoals die in de Wft en de Instellingswet ACM. Een zelfde conclusie kan worden getrokken waar het gaat om artikel 8 EVRM. Natuurlijk kan worden gewacht op een oordeel van de rechter, die deze conclusie mogelijk ook zal trekken. In onze optiek valt het echter te prefereren dat de wetgever snel in een oplossing zal voorzien.

100. *Kamerstukken II* 2014/15, 34111, 4, p. 7-8.

101. Art. 1 EVRM; Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 17; Harris e.a. 2009, p. 362.