

Bij brief van 15 januari 2015 heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen betreffende artikel 18 WTZi.

Bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal is aanhangig het voorstel van Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg.¹ Tijdens de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer op 9 december 2014 is het wenselijk gebleken de Afdeling om voorlichting te verzoeken over het voorgestelde artikel 18 van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Deze wijziging maakt als gevolg van het amendement van het Tweede Kamerlid Bruins Slot deel uit van het wetsvoorstel.²

In de Eerste Kamer zijn zorgen en bezwaren geuit over het voorgestelde artikel 18 WTZi, waarbij ook het ontbreken van een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State als een gemis werd ervaren.

De Afdeling wordt gevraagd in te gaan op de volgende punten.

- a. De verhouding tussen het voorgestelde artikel 18 WTZi en de bestaande bepaling in het licht van de eerder door de Afdeling gesignaleerde ontwikkeling waarbij zorgaanbieders steeds meer risico lopen op hun investeringen in onroerende zaken en er geen bouwregime³ meer van toepassing is.
- b. In het licht van de omstandigheid dat de voorgestelde bepaling generiek van aard is en ziet op zowel zorgaanbieders met een winstoogmerk, als zorgaanbieders zonder winstoogmerk, in te gaan op de mogelijkheid dat het met het amendement beoogde doel dat vooral ziet op winst beogende instellingen kan worden bereikt door de reikwijdte van het toezicht te beperken.
- c. De noodzakelijkheid en proportionaliteit van het amendement, gelet op de doelstelling die de indiener van het amendement blijktens de parlementaire behandeling voor ogen stond.
- d. Voorts vermeldt het verzoek om voorlichting dat wordt gestreefd naar een uitvoeringswijze die de lasten voor zorgaanbieders zo beperkt mogelijk houdt. In dat verband wordt gezien of de categorieën instellingen die onder artikel 18 WTZi vallen, met toepassing van artikel 1, tweede lid, WTZi bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden beperkt. Verder is het de bedoeling dat de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) – de beoogde toezichthouder voor het voorgestelde artikel – op grond van artikel 4:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) beleidsregels opstelt over de toepassing van artikel 18 WTZi, bijvoorbeeld over de wijze van het melden van voornemens tot transacties en de criteria voor het onderwerpen van die voornemens aan goedkeuring. De Afdeling wordt gevraagd

¹ Kamerstukken I 2013/14, 33 168, A.

² Kamerstukken II 2013/14, 33 168, nr. 28.

³ Tot de afschaffing van het bouwregime moest voor bouwinitiatieven van ziekenhuizen een vergunning worden aangevraagd bij het College Bouw Zorginstellingen. In die vergunningen voor bouwinitiatieven stonden de bedragen vermeld die op basis van nacalculatie voor vergoeding in aanmerking komen. Die vergoeding werd onder het bouwregime gegarandeerd, ongeacht de geleverde zorg. Thans resteert een vergunningvereiste.

of de genoemde wettelijke bepalingen voor de voorgestelde handelwijze voldoende grondslag bieden, of dat een bijzondere delegatiegrondslag moet worden gecreëerd.

De Afdeling concludeert dat het doel van het voorgestelde artikel 18 WTZi niet duidelijk is. In de toelichting op het amendement worden uiteenlopende doelen geformuleerd. Voorts concludeert de Afdeling dat de regeling geen criteria voor de goedkeuring bevat, noch de mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Hierdoor voldoet het voorgestelde artikel niet aan hetgeen uit een oogpunt van rechtszekerheid mag worden verwacht, en zijn de noodzaak en proportionaliteit van het goedkeuringsvereiste vooralsnog niet gegeven. Dit leidt ook tot spanning met het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie (VWEU) en tot onduidelijkheid of in de toepassingspraktijk aan de uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) voortvloeiende vereisten zal kunnen worden voldaan.

1. Het huidige artikel 18 WTZi

Het huidige artikel 18 WTZi regelt dat een zorginstelling het voornemen om gebouwen of terreinen (of delen daarvan) blijvend niet meer voor de instelling te gebruiken, moet melden bij het College sanering zorginstellingen (College sanering). Het College sanering kan vervolgens bepalen of hiervoor een goedkeuringsvereiste geldt, en aan goedkeuring de voorwaarde verbinden dat de meeropbrengsten van een vervreemding ten opzichte van de boekwaarde worden gestort in het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten. Op die manier wordt bereikt dat het vermogen voor de zorg behouden blijft.

De achtergrond van deze bepaling is de regulering en financiering van de bouw en exploitatie van gebouwen en terreinen door zorginstellingen. Voorheen gold ingevolge de Wet ziekenhuisvoorzieningen een vergunningvereiste voor de bouw van een ziekenhuisvoorziening. Daarbij was sprake van centrale planning en financiering uit collectieve middelen. Zorginstellingen hadden bovendien te maken met budgetfinanciering. Strekking van het huidige artikel 18 WTZi is dan ook de collectieve middelen waarmee de bouw is gefinancierd en de instelling is beheerd, bij vervreemding te behouden voor de zorg.

Inmiddels is de regulering en financiering van de bouw van zorginstellingen vervallen. Zorginstellingen zijn hierin vrij, maar zijn ook zelf verantwoordelijk voor de financiering en lopen zelf financiële risico's. De budgetfinanciering voor zorginstellingen is gaandeweg afgeschaft. Van de budgetfinanciering maakte een component voor onroerende zaken (kapitaallastenvergoeding) deel uit. Daarbij is voor de langdurige zorg een ander traject van afbouw van kapitaallastenvergoeding voorzien dan voor de cure, waar het overgangstraject inmiddels is afgerond. Het huidige artikel 18 WTZi heeft, gelet op deze wijzigingen, weinig betekenis meer. Ingevolge een beleidsregel van het College sanering hoeven meeropbrengsten van een vervreemding in beginsel niet te worden afgestort.⁴

2. Het oorspronkelijke wetsvoorstel en de advisering door de Afdeling

⁴ Beleidsregel vervreemding onroerende zaken, College sanering zorginstellingen (Stcrt. 7 februari 2013, nr. 3523, artikel 13).

In 2009 is een (niet bij de Tweede Kamer ingediend) voorstel aan de Raad van State voor advies voorgelegd om te bewerkstelligen dat het door zorginstellingen vóór 1 januari 2008 opgebouwde vermogen in onroerende zaken behouden bleef voor de zorg. De Raad was kritisch over dit voorstel.⁵ Het voorstel voorzag in behoud van vermogen voor de zorg ten aanzien van alle onroerende zaken die nog in de beschermde periode waren gebouwd, ook ten aanzien van de vermogensontwikkeling van die onroerende zaken nadien. Nieuw gebouwde onroerende zaken vielen echter niet onder het voorstel. De Raad maakte niet alleen opmerkingen over de ongelijke behandeling van instellingen bij de vermogensopbouw na de peildatum van 1 januari 2008, maar ook over de verhouding tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het toenmalige EG-Verdrag.⁶ Naar aanleiding van dat advies heeft de regering het “oorspronkelijke” voorstel verder buiten behandeling gelaten.

In het voorstel dat thans wordt behandeld in de Eerste Kamer was in eerste instantie voorzien in een regeling, die er – kort gezegd – op neerkwam, dat wanneer een zorgaanbieder zonder winstoogmerk vermogensbestanddelen overdroeg aan een zorgaanbieder met winstoogmerk, de winst in het zorgverzekeringsfonds/AFBZ moest worden gestort, indien meer dan 50% van de omzet van de zorgaanbieder (zonder winstoogmerk) uit verzekerde zorg bestond. De Afdeling was hier kritisch over, omdat geen onderscheid werd gemaakt tussen vermogen dat “gereguleerd” was opgebouwd, en vermogen dat nadien was opgebouwd, ter zake waarvan de instellingen zelf alle risico's lopen.

Analyse van de kritiek van de Afdeling is aanleiding geweest het voorstel op dit punt nog eens op de juridische houdbaarheid te bezien. De suggestie van de Afdeling om in ieder geval onderscheid te maken tussen vermogen dat onder het beschermde regime valt en vermogen ter zake waarvan de instellingen zelf risico lopen, is beoordeeld als niet bruikbaar, omdat in een geleidelijk proces de risico's overgingen op de zorginstellingen. Bovendien werden problemen voorzien met waarderingsvraagstukken. Al met al heeft de regering gekozen voor schrapping van artikel 18 WTZi.

3. Het amendement

Bij de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer is een amendement aangenomen dat het huidige artikel 18 WTZi herformuleert en in het wetsvoorstel voegt.⁷ Het na aanneming van het amendement voorgestelde artikel 18 WTZi voorziet in een meldingsplicht voor het bestuur van een instelling indien het voornemen bestaat om gebouwen of terreinen (of delen daarvan) te huren, te verhuren, te verkrijgen, te vervreemden of aan enig beperkt recht te onderwerpen. Deze transacties mogen slechts plaatsvinden met goedkeuring van de NZa, tenzij die heeft beslist dat goedkeuring niet is vereist.

Anders dan het huidige artikel 18 WTZi heeft de bepaling niet meer als doel dat vermogen voor de zorg behouden blijft. De toelichting noemt als oogmerk of doel van

⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 oktober 2009 inzake het voorstel voor de Spoedwet vermogensbehoud zorginstellingen (Stcrt. 9 maart 2011, nr. 4030).

⁶ Zie ook hierna punt 6, onder c.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 168, nr. 28.

de bepaling het tegengaan van fraude en bereiken dat de zorginstelling “een goede prijs” krijgt. De vrees bestaat, zo blijkt uit de toelichting, dat investeerders in de zorg niet zijn gericht op de zorg zelf, maar op het te gelde maken van het in de zorginstelling aanwezige vermogen. De rol van de overheid is hierbij die van een marktmeester, aldus de toelichting op het amendement. In samenhang hiermee vervalt ook de verplichting om de meeropbrengsten van een vervreemding ten opzichte van de boekwaarde te storten in een zorgfonds.

De melding en goedkeuring is niet alleen nodig bij verkoop, verhuur of het onderwerpen aan enig beperkt recht van onroerende zaken, maar ook bij aankoop en huur. Dit is de uitdrukkelijke bedoeling van het amendement geweest.

De Afdeling merkt op dat potentieel een veelheid van voorgenomen overeenkomsten onderworpen is aan goedkeuring. Verder valt op dat het thans voorgestelde artikel 18 WTZi wel een goedkeuringsvereiste introduceert, maar dat de betekenis van het doel van de goedkeuring uit het artikel niet duidelijk wordt en evenmin duidelijk is aan de hand van welke criteria zal moeten worden beoordeeld of goedkeuring al dan niet zal worden verleend, dan wel achterwege kan blijven. Ook bevat het voorgestelde artikel geen mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Het enige houvast biedt de hiervoor aangehaalde toelichting bij het amendement, dat de bepaling erop is gericht om fraude tegen te gaan en om ervoor te zorgen dat de zorginstelling “een goede prijs” krijgt, omdat de vrees bestaat dat investeerders in de zorg niet zijn gericht op de zorg zelf, maar op het te gelde maken van het in de zorginstelling aanwezige vermogen.

4. De reactie van de minister

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer heeft de Minister van VWS naar voren gebracht dat het amendement beoogt te voorkomen dat investeerders geld aan de zorginstelling onttrekken via overeenkomsten betreffende onroerende zaken en dat zij tegen die achtergrond de wens uit het amendement wel begrijpt, zeker nu zij zelf in eerste instantie enkele bepalingen had opgenomen die eveneens gericht waren op het behoud van vermogen van zorginstellingen, maar hiervan op advies van de Afdeling advisering van de Raad van State heeft afgezien.⁸ Zij heeft voorts gesteld geen principiële bezwaren tegen het amendement te hebben.

5. De behandeling in de Eerste Kamer

In de schriftelijke stukkenwisseling in de Eerste Kamer is naar aanleiding van vragen van de VVD-fractie en de D66-fractie gesteld dat het de wens van de Tweede Kamer is dat voorkomen moet worden dat financiële middelen weglekken uit de zorg via overeenkomsten betreffende onroerende zaken.⁹ Elders vermeldt de minister dat de Tweede Kamer de opvatting huldigt dat het in tijden van grote veranderingen in de zorg belangrijk is om goed de vinger aan de pols te houden.¹⁰ Daarbij zijn, na overleg met de NZa, de contouren geschetst van een werkwijze voor de uitvoering van het

⁸ Handelingen II 2013/14 nr. 99, item 12, blz. 40.

⁹ Kamerstukken I 2014/15, 33 168, C, blz. 4.

¹⁰ Kamerstukken I 2014/15, 33 168, E, blz. 30.

voorgestelde artikel 18 WTZi die de administratieve lasten zo beperkt mogelijk houdt en is ingegaan op de mogelijke betekenis van het thans voorgestelde artikel 18 WTZi.¹¹

6. Beoordeling

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het doel en de betekenis van het voorgestelde artikel 18 WTZi. In het licht daarvan wordt nader ingegaan op de noodzaak en proportionaliteit van het artikel, en op de verhouding tot het Europese recht. Tot slot wordt ingegaan op enkele vragen die zijn voorgelegd over de uitvoeringsmodaliteiten.

a. *Rechtsonzekerheid*

De tekst van het voorgestelde artikel 18 WTZi bevat wel een goedkeuringsvereiste, maar – anders dan de huidige tekst – onvoldoende aanknopingspunten voor de betekenis van het doel van dit artikel. Daarbij is van belang dat de toelichting slechts vermeldt dat het doel van artikel 18 WTZi is het tegengaan van fraude en het bereiken van een “goede prijs”. De inhoud van deze begrippen wordt niet nader omschreven en ingevuld. Bovendien bevat het voorgestelde artikel 18 WTZi geen inhoudelijke criteria voor de goedkeuring van een voorgenomen overeenkomst. Ook bevat het voorstel geen mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Hoewel in de parlementaire behandeling het doel van de goedkeuring wel aan de orde is geweest, heeft dat niet de benodigde duidelijkheid over de relatie tussen het instrument van goedkeuring en het doel ervan opgeleverd.

Dit leidt tot rechtsonzekerheid over de betekenis van het doel van het voorgestelde artikel 18 WTZi, alsook over de wijze waarop deze bepaling zal worden toegepast. De Afdeling is van oordeel dat een regeling als het thans voorgestelde artikel 18 WTZi in ieder geval aanvulling zou behoeven op het punt van het doel, de criteria voor goedkeuring en de mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Door het ontbreken hiervan voldoet het voorstel naar het oordeel van de Afdeling niet aan hetgeen uit een oogpunt van rechtszekerheid mag worden verwacht.

b. *Noodzaak en proportionaliteit*

Uit de hiervoor aangehaalde parlementaire behandeling van het aangenomen amendement komt naar voren dat de betekenis van het doel van het voorgestelde goedkeuringsvereiste niet duidelijk is. Zoals hiervoor onder a reeds aangegeven, vermeldt de toelichting bij het amendement over het doel daarvan niet veel meer dan dat fraude moet worden bestreden en dat zorginstellingen “een goede prijs” moeten krijgen bij vervreemding van onroerende zaken. Voorts bestaat de vrees dat investeerders in de zorg niet zijn gericht op de zorg zelf, maar op het te gelde maken van het in de zorginstelling aanwezige vermogen.

De Afdeling merkt op dat het uiteenlopende doelstellingen betreft die niet op elkaar aansluiten en veel vragen openlaten. Zo is niet duidelijk welke rol de overheid in dit verband zou moeten vervullen bij het tegengaan van fraude en wat in dit verband wordt bedoeld met fraude: gaat het om strafrechtelijke fraude of handelen dat niet overeenkomt met wat nu redelijk wordt gevonden. Ook is niet duidelijk waarom van overheidswege controle zou moeten plaatsvinden op het ontvangen van “een goede prijs” bij de vervreemding van onroerende zaken. Nu de gecontroleerde bouw voor zorginstellingen is afgeschaft en geen sprake meer is van budgetfinanciering, ontvalt,

¹¹ Kamerstukken I 2014/15, 33 168, C, blz. 4 – 6, en Kamerstukken I 2014/15, 33 168, E, blz. 29- 35.

zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt, de grond aan het huidige artikel 18 WTZi. Zorginstellingen zijn in dit opzicht niet te onderscheiden van private instellingen die zelf de risico's lopen van hun onroerend goed-transacties. Hierin onderscheidt de zorg zich van andere terreinen, zoals het onderwijs, waar sprake is van bekostiging door de overheid, of de sociale huursector, waar sprake is van overheidsondersteuning door middel van garanties en goedkope leningen. Een goedkeuringsvereiste kan tenslotte niet voorkomen dat investeerders in de zorg vooral gericht zijn op rendement.

De Afdeling onderkent dat de zorg als geheel een aanzienlijk beslag legt op de collectieve middelen, ook al is er geen rechtstreekse financiële relatie met de overheid. Het beslag op de collectieve middelen kan op zichzelf rechtvaardigen dat instrumenten van toezicht in het leven worden geroepen gericht op het waarborgen dat collectieve middelen op een juiste manier worden besteed. Ten aanzien van zorginstellingen is dergelijk toezicht onder andere voorzien in de WTZi, welke wet regels bevat ten aanzien van het exploiteren van zorginstellingen, vanuit de verantwoordelijkheid van de centrale overheid voor de instandhouding van een evenwichtig, doelmatig en kwalitatief stelsel van gezondheidszorg.¹² De WTZi bevat bijvoorbeeld regels inzake de interne governance¹³ en over extern toezicht.¹⁴ Omdat het in het huidige stelsel gaat om instellingen die zelf risico's lopen ten aanzien van onroerende zaken, valt evenwel niet op voorhand in te zien waarom specifiek voor de zorg verdergaande maatregelen, in de vorm van extern toezicht op transacties met betrekking tot onroerende zaken, gerechtvaardigd zouden zijn. In ieder geval is niet gebleken dat de huidige regels niet zouden volstaan.¹⁵

Een regeling inzake overheidstoezicht op overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken in de zorg, zoals thans wordt voorgesteld, behoeft een bijzondere motivering, omdat deze de instellingen beperkt in de vrijheid tot het sluiten van overeenkomsten ten aanzien van die zaken. Een dergelijke motivering ontbreekt vooralsnog.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat de regeling een ruime reikwijdte heeft en een groot aantal overeenkomsten ten aanzien van onroerende zaken omvat. Het betreft zowel de verkoop en verhuur, als ook de aankoop en huur van onroerende zaken, alsmede het vestigen van beperkte rechten. De maatregel is bovendien potentieel zeer verstrekkend, aangezien voor al die afspraken in beginsel geldt dat deze aan het goedkeuringsvereiste zijn onderworpen. Dat stelt niet alleen hoge eisen aan de motivering van de regeling, maar ook aan de proportionaliteit ervan. Aangezien het doel van het voorgestelde artikel 18 WTZi niet duidelijk is, is het op voorhand moeilijk vast te stellen of het middel van goedkeuring evenredig is aan het doel.

¹² Kamerstukken II 2000/01, 27 659, nr. 3, blz. 6.

¹³ Zie in dit verband artikel 9, eerste lid, onder b, WTZi, waaruit blijkt dat de instelling aan eisen omtrent de bestuursstructuur moet voldoen, alsmede aan eisen omtrent waarborgen voor een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering, alsook artikel 13 WTZi.

¹⁴ Volgens artikel 16 WTZi moet de instelling aan de Minister gegevens betreffende de exploitatie verstrekken.

¹⁵ De Afdeling is geen specifiek toezicht op overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken bekend op andere beleidsterreinen, behalve daar waar sprake is van (rechtstreekse) bekostiging van die onroerende zaken door de overheid, bijvoorbeeld in het onderwijs. Niet op voorhand is duidelijk wat de zorg in dit opzicht onderscheidt en aanleiding zou moeten geven voor bijzondere, op de zorg gerichte maatregelen.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de noodzaak en proportionaliteit van het voorgestelde artikel 18 WTZi vooralsnog niet zijn komen vast te staan.

c. Europees recht

Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt,¹⁶ betekent het goedkeuringsvereiste een beperking van het vrij verkeer van kapitaal¹⁷ en in het verlengde daarvan het recht van vestiging,¹⁸ alsmede een regulering van het gebruik van eigendom.¹⁹

VWEU

Het goedkeuringsvereiste beperkt de zorginstelling, alsook aanbieders of afnemers van onroerende zaken (contractspartijen) in de mogelijkheden om een overeenkomst met betrekking tot deze zaken aan te gaan. Daarmee wordt het vrij verkeer van kapitaal, bedoeld in artikel 63 van het VWEU beperkt, en in het verlengde daarvan het recht van vestiging van artikel 49 VWEU.

In het voorgestelde artikel ontbreekt de formulering van een legitieme doelstelling in het algemeen belang, terwijl ook de toelichting bij het amendement niet duidelijk is (zoals hiervoor aan de orde is geweest). Voorts ontbreekt duidelijkheid of een behoorlijk evenwicht wordt bereikt tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de inbreuk op de verdragsvrijheden. Ook is voor betrokkenen niet voorzienbaar welke praktische betekenis het artikel zal hebben en hoe dit zal worden toegepast. Tot slot ontbreekt de mogelijkheid om voorwaarden aan de goedkeuring te verbinden.

Aldus is de rechtvaardiging voor de beperking vooralsnog niet komen vast te staan. Daarom is niet duidelijk dat de maatregel voldoet aan het vereiste van proportionaliteit.²⁰ De Afdeling is, zoals hiervoor onder a en b aangegeven, van oordeel dat allereerst helder dient te worden geformuleerd welk – gerechtvaardigd niet-zuiver economisch – doel met het goedkeuringsvereiste wordt gediend, en vervolgens duidelijk moet worden gemaakt of de maatregel proportioneel is, in het bijzonder door te motiveren dat geen alternatieven beschikbaar zijn die minder beperkend zijn.²¹ De thans voorgestelde bepaling staat volgens de Afdeling dan ook vooralsnog op gespannen voet met de artikelen 63 en 49 VWEU.

EVRM en Handvest

Het in artikel 18 WTZi voorgestelde goedkeuringsvereiste kan worden gekwalificeerd als een regulering van het gebruik van eigendom in de zin van artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM, onderscheidenlijk artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, voor zover er een relatie is met het vrije verkeer zoals hiervoor aan de orde is geweest. Beoordeeld moeten worden of de beperking van het eigendomsrecht gerechtvaardigd is aan de hand van de volgende criteria:

¹⁶ Advies van de Afdeling advisering van 2 oktober 2009 inzake het voorstel voor de Spoedwet vermogensbehoud zorginstellingen (Stcrt. 2011, nr. 4030).

¹⁷ Bedoeld in artikel 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

¹⁸ Zoals neergelegd in artikel 49 VWEU.

¹⁹ In de zin van artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM, onderscheidenlijk artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Zie arrest van 30 april 2014, Zaak C-390/12, Pfeleger, ECLI:EU:C:2014:281.

²⁰ Zie in dit verband onder andere het arrest van 10 november 2011 in Zaak C-212/09, Commissie – Portugal, ECLI:EU:C:2011:717 en het arrest van 8 november 2012 in zaak C-244/11, Commissie – Griekenland, ECLI:EU:C:2012:694.

²¹ Zie in dit verband onder andere zaak C-54/99, Eglise de Scientologie, ECLI:EU:C:2000:124. In dat arrest wordt ook het ontbreken van voorzienbaarheid als gebrek aangemerkt.

- is de inmenging in overeenstemming met de wet;
- heeft de inmenging een legitieme doelstelling in het algemeen belang;
- is er een behoorlijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar.

Deze beoordeling houdt onder meer in dat behalve het vereiste van een basis in het interne recht van de verdragsstaat, ook aan het principe van nauwkeurigheid, toegankelijkheid en voorzienbaarheid moet zijn voldaan.²²

Zoals hiervoor onder a en b aangegeven is de betekenis van het doel van de goedkeuring niet duidelijk omdat “tegengaan van fraude” en het krijgen van een “goede prijs” te onbepaald zijn. Daardoor kan niet worden beoordeeld hoe de uit het EVRM en het Handvest voortvloeiende vereisten van toegankelijkheid, voorzienbaarheid en proportionaliteit in de toepassingspraktijk zullen kunnen worden gewaarborgd.

d. Instelling met of zonder winstoogmerk

In het verzoek om voorlichting wordt de vraag voorgelegd of het uitmaakt of het gaat om instellingen met of zonder een winstoogmerk. Hierover merkt de Afdeling op dat de bestaande regeling in artikel 18 WTZi samenhangt met de met collectieve middelen gefinancierde bouw en bekostiging van onroerende zaken. Dat oogmerk heeft het voorgestelde artikel 18 WTZi niet.

Zoals hiervoor aan de orde is geweest, is vooralsnog niet duidelijk welk relevant doel het voorgestelde artikel 18 WTZi zou hebben, zodat niet valt te zeggen of het al dan niet hebben van een winstoogmerk daarbij relevant zou kunnen zijn.

e. Uitvoeringswijze

Tot slot wordt in het verzoek om voorlichting aandacht gevraagd voor de wens van een uitvoeringswijze die de lasten voor zorgaanbieders zo beperkt mogelijk houdt. In dit verband wordt bezien of de categorieën instellingen die onder artikel 18 WTZi vallen, met toepassing van artikel 1, tweede lid, WTZi bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden beperkt. Verder is het de bedoeling dat de NZa op grond van artikel 4:81, eerste lid, van de Awb beleidsregels opstelt over de toepassing van het voorgestelde artikel 18 WTZi, bijvoorbeeld over de wijze van het melden van voorgenomen overeenkomsten en de criteria voor het onderwerpen van die voornemens aan goedkeuring. De vraag is of de genoemde wettelijke bepalingen voor de voorgestelde uitwerking voldoende grondslag bieden, of dat een bijzondere delegatiegrondslag moet worden gecreëerd.

Artikel 1, tweede lid, WTZi bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur met betrekking tot daarbij aan te wijzen categorieën van instellingen kan worden bepaald dat delen van de WTZi op die instellingen of een deel daarvan niet van toepassing zijn. Voor zover wordt beoogd instellingen generiek van de toepassing van artikel 18 WTZi uit te sluiten, merkt de Afdeling op, dat artikel 1, tweede lid, WTZi daarvoor een adequate grondslag biedt. Indien daarentegen zou worden beoogd bepaalde (voorgenomen) overeenkomsten vrij te stellen van de meldingsplicht, is de Afdeling van oordeel dat een dergelijke uitwerking niet kan worden gebaseerd op artikel 1, tweede lid, WTZi.

²² EHRM, *Lithgow and Others v. UK*, arrest van 8 juli 1986, Publ. Hof, Serie A, Vol. 102, paragraaf 110; EHRM, *Hentrich v. France*, arrest van 22 september 1994, Publ. Hof, Serie A, Vol. 296-A; EHRM, *Spacek s.r.o. v. Czech Republic*, arrest van 9 november 1999, Recueil/Reports, 1999, paragraaf 54.

Wat betreft de bevoegdheid om beleidsregels te stellen op grond van artikel 4:81, eerste lid, Awb, merkt de Afdeling op dat de goedkeuringsbevoegdheid van de NZa impliceert dat de NZa over de uitoefening van die bevoegdheid beleidsregels kan stellen. De hiervoor aan de orde gestelde onduidelijkheid van de betekenis van het doel van de goedkeuring en de daarmee samenhangende knelpunten ten aanzien van de rechtszekerheid, de noodzaak en de proportionaliteit van het voorgestelde artikel 18 WTZi zullen er echter niet mee kunnen worden weggenomen.

De vice-president van de Raad van State,