

Artikel

Mantelzorg: vrijwillig maar niet vrijblijvend

Waar staat de mantelzorger in het doolhof van de langdurige zorg?

Mr. S.E. Fortuin*

1 Inleiding

Nederland heeft volgens het Sociaal Cultureel Planbureau ca. 4 miljoen mantelzorgers. Zij leveren samen ca. 75% van de zorg aan huis.¹ Volgens de laatste cijfers zorgen 830.000 mantelzorgers langdurig en intensief.² Deze zorg wordt in de wet omschreven als zorg ‘die rechtstreeks voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie en die niet wordt verleend in het kader van een hulpverlenend beroep’.³ De mantelzorger wordt gedefinieerd in de zorgwetten en afgebakend in de jurisprudentie. Hierdoor zijn mantelzorgers ingebed in het bestuursrecht, maar zij kunnen daaraan geen enkel recht ontnemen.⁴ Zodra er externe hulp nodig is van de overheid of de zorgverzekeraar, komt de mantelzorger bij zijn vraag naar zorg of ondersteuning terecht op slecht begaanbaar terrein, waarbij verschillende instanties graag naar elkaar verwijzen. Ook kan een zorgvrager aangewezen zijn op verschillende instanties en wetten tegelijk, waarmee hij meteen te maken krijgt met kruisverwijzingen van de diverse instanties.

De langdurige zorg is een doolhof van wetten en actoren waarin de mantelzorger ingezet wordt als een duizend-

dingendoekje. De mantelzorger en/of de zorgvrager probeert vervolgens zo goed mogelijk door het geheel te zeilen, waarbij er wel het nodige van ze wordt verwacht door de maatschappij. Een deel van de mantelzorgers is dan ook overbelast. Dat kan gedeeltelijk komen door het feit dat zij hun geliefde goed, beter, best willen verzorgen. Een ander deel van die overbelasting komt naar mijn mening omdat ze steeds meer zorg moeten leveren. Ook bezuinigingen komen direct op het bordje van de mantelzorger terecht. Laten we niet vergeten dat met de overgang van de AWBZ naar de vier zorgwetten een bezuinigingsactie van bijna 5 miljard euro gemoeid was.⁵ En als bonus hebben de mantelzorgers inmiddels een administratie- en regeldruk van gemiddeld drie uur per week te gedogen, opgelegd door de zorguitvoerder.^{6, 7} In 2019 zijn er 460.000 mantelzorgers ernstig overbelast.⁸ In mijn optiek behoeft de mantelzorger meer bescherming en dit artikel is wellicht een manier om daar vorm aan te geven.

In mijn tocht door dit doolhof bespreek ik in paragraaf 2 eerst de actoren en hun rol in het geheel. Ik heb het kort

* Mr. S.E. (Sanny) Fortuin is promovenda bij de Open Universiteit, coauteur van het boek K.P. Companje, *Vijftig jaar kostenbeheersing in de zorg, Deel II: 1995-2020*.

1 *Kamerstukken II 2004/05, 30169, nr. 1*. (Notitie ‘De mantelzorger in beeld – Mantelzorg’), p. 5.

2 A. de Boer, M. de Klerk, D. Verbeek-Oudijk & I. Plaisier, *Werk en mantelzorg, Blijvende bron van zorg: Ontwikkelingen in het geven van informele hulp 2014-2019*, Den Haag: SCP 2020, p. 7.

3 Art. 1.1.1 Wmo, zie verder art. 1.1.1 Wlz.

4 Art. 1.1.1 Wmo, art. 1.1.1 Wlz.

5 K.P. Companje, S. Fortuin, P. Jeurissen, T. Kappelhof, R. Mouton en L. Tigchelaar, *Vijftig jaar kostenbeheersing in de zorg Deel II: 1995-2020*, Den Haag: Sdu 2021, p. 490. Zie verder: www.cbs.nl, ‘Zorguitgaven en financiering vanaf 1972’ (publiek online, geraadpleegd februari 2022).

6 J. van den Blanken, T. Huis in ‘t Veld, R.van Seben & W. Spit, *De maatschappelijke waarde van mantelzorg. Een maatschappelijke kosten-batenanalyse*, Rotterdam: Ecorys, februari 2021.

7 3% van de mantelzorgers werkt betaald, via een persoonsgebonden budget (PGB), zie M. de Klerk, A. de Boer, I. Plaisier & P. Schyns, *Voor elkaar. Stand van de informele hulp in 2016*, Den Haag: SCP 2016. Zij blijven hier verder buiten beschouwing. De administratieve druk is met name van toepassing op deze groep. De regeldruk geldt voor zowel de betaalde als de onbetaalde mantelzorger.

8 A. de Boer, M. de Klerk, D. Verbeek-Oudijk & I. Plaisier, *Werk en mantelzorg, Blijvende bron van zorg: Ontwikkelingen in het geven van informele hulp 2014-2019*, Den Haag: SCP 2020, p. 59.

over een vorm van mogelijke belangenverstremming bij sommige uitvoerders van de zorgwetten. In paragraaf 3 bespreek ik de rol van de leverancier van de zorg (instelling of thuiszorg), die naar voren is geschoven als aanspreekpunt voor de zorgvrager en zijn mantelzorger, terwijl de zorgaanbieder in mijn optiek niet meer dan een hulppersoon ex artikel 6:76 BW is van de wettelijke zorguitvoerder, de debiteur. De relatie tussen de zorguitvoerder en de mantelzorger, die naar mijn mening neerkomt op een vaststellingsovereenkomst (de mantelzorgovereenkomst), komt in paragraaf 4 aan bod en ik sluit af met een samenvatting.

2 Het juridisch kader

2.1 De actoren

Zorgvrager: dat is degene die hulp behoeft, dit aanvraagt en indien het wordt toegekend, is hij de ontvanger van de zorg.⁹

Mantelzorger: de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en Wet langdurige zorg (Wlz) omschrijven mantelzorg als zorg die voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie en die niet beroepsmatig wordt verleend.¹⁰ In de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Jeugdwet (Jw) wordt het begrip wel gebruikt maar niet gedefinieerd, in tegenstelling tot de Wlz en de Wmo. De gangbare omschrijving dat een mantelzorger iemand is die onverplicht en onbetaald zorgt, deel ik slechts voor het onbetaalde deel van die omschrijving. Ik kom hier in paragraaf 4 op terug.

Zorguitvoerders: elke wet heeft zijn eigen uitvoerder. De zorgverzekeraar voert de Zvw uit.¹¹ Voor de Wlz is de uitvoering opgedragen aan het zorgkantoor, een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO)¹², dat overigens niet onder de Kaderwet bestuursorganen valt.¹³ *Zorgkantoren* zijn volle dochters van de zorgverzekeraars, maar mogen geen winst maken.¹⁴ De *Zorgverzekeraar* is echter een commerciële instelling die wel winst mag maken. In het geval van een dochteronderneming komt de hoeveelheid winst mede neer op een boekhoudkundig samenspel tussen het moederbedrijf en de dochter. Dit zou gelegenheid kunnen geven tot een vorm van belangenverstremming. Dat deze gedachte niet geheel denkbeeldig is, volgt uit een rapport van de Nederlandse Zorgautoriteit, waarin te lezen staat dat de raad van bestuur en de raad van commissarissen van de zorgkantoren voornamelijk aandacht hebben voor sleutelfuncties bij hun moedermaatschappij, de zorgverzekeraar, en dat zij onvoldoende aandacht geven aan de interne beheersing

bij de Wlz-uitvoerder, dus aan de uitvoering van de wet.¹⁵

De uitvoering van de andere twee publiekrechtelijke wetten, de Wmo en de Jw, is opgedragen aan de gemeente.¹⁶ Ook daar lijkt overigens sprake van belangenverstremming te zijn, ditmaal een bestuurlijke. Immers, de gemeente heeft beoordelingsruimte bij het toekennen van hulp omdat de hulp een voorziening is, dat wil zeggen een mogelijkheid voor hulp maar geen recht. Als er minder geld naar de zorg gaat, blijft er meer geld over voor andere projecten. In de politiek wordt dit wel een 'perverse prikkel' genoemd. In hoeverre dit overeenkomstig het recht is, is nog maar de vraag.

Ik maak een uitstapje naar het financiële traject van de Wlz-premies. De Wlz-premie wordt verdeeld over drie publiekrechtelijke wetten, de Wlz, de Wmo en de Jw, maar kan deels ook bij andere wetten, zoals de Participatiewet en de Zvw worden ingezet.¹⁷ De Wlz-premie is echter via artikel 90 Wfsz (Wet financiering sociale verzekeringen) geoormerkt, dat betekent dat de eindbestemming van de gelden, namelijk het financieren van de Wlz, wettelijk vaststaat. Dat levert in mijn optiek een rechtsstatelijk probleem op. Via het oormerk is de eindbestemming van de premies wettelijk vastgelegd: het mag alleen uitgegeven worden aan de zorg. Dat is het grote verschil met belastinggeld. Belastinggeld is niet geoormerkt en behoort tot de algemene middelen. Het gevolg van het verschil tussen belastinggeld en premiegeld is dat de regering of een minister niet beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de premies.¹⁸ Maar de geoormerkte Wlz-premies worden, voor zover zij al ter beschikking worden gesteld aan de gemeente, door de Rijksoverheid in het Gemeentefonds gestort en daarmee gaan zij naar de algemene middelen voor de gemeente.¹⁹ Gemeenten hebben hun eigen inkomsten, zoals lokale heffingen, en verder worden zij gefinancierd door het Gemeentefonds. De Rijksoverheid zegt hierover:

'Gemeenten ontvangen geld van de Rijksoverheid uit het gemeentefonds. Hiermee betalen zij een deel van hun uitgaven. Gemeenten mogen zelf bepalen waar ze dit geld aan besteden.'²⁰

Dat is maar ten dele waar. Het Gemeentefonds kent ook specifieke uitkeringen met geoormerkt geld en een vastomschreven bestedingsdoel.²¹ Van deze gelden, de

9 Het woordje 'hulp' wordt hier gebruikt als een overkoepelend begrip voor elke vorm van zorg, ondersteuning, preventie en hulp.

10 Vgl. art. 1.1.1 Wlz, art. 1.1.1 lid 3 Wmo.

11 Vgl. art. 11 Zvw.

12 Zie art. 4.2.1 Wlz.

13 Vgl. https://almanak.overheid.nl/26141516/Zorgkantoren_Wlz.

14 Zie art. 4.1.2 onder a Wlz.

15 Nederlandse Zorgautoriteit, *Inrichting van de sleutelfuncties bij Wlz-uitvoerders (deelrapport Toezicht op de langdurige zorg)*, september 2021.

16 Zie preambule Wmo en Jw.

17 Kamerstukken II 2013/14, 33981, nr. 3, hoofdstuk 7.2, Financieel kader.

18 Het fonds Langdurige Zorg, dat beheerd wordt door het Zorginstituut, is wel beschikkingsbevoegd; vgl. art. 89 Wfsv, Stb. 2005, 36.

19 Zie art. 6 en 15a Financiële-verhoudingswet, Stb. 1996, 576. Zie verder Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 84 (Financiering van de maatschappelijke ondersteuning).

20 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financien-gemeenten-en-provincies/gemeentefonds (publiek online, geraadpleegd december 2021).

21 Vereniging van Nederlandse Gemeenten, 'De financiële stromen van Rijk naar gemeenten', VNG, november 2016 (publiek online, geraadpleegd februari 2022).

premies, is het oormerk dus welbewust verwijderd door de Rijksoverheid, in casu het bestuur, zonder enige wettelijke bevoegdheid. Dat heeft tot gevolg dat de gemeente een zelfstandige keuze kan maken tussen nieuwe, met de Wlz-premie gefinancierde lantaarnpalen, of Wmo/Jeugdzorg waar ook de ondersteuning voor mantelzorgers onder valt.²²

Zorgaanbieder: de vierde speler is de feitelijke leverancier van de zorg, de professionele zorgaanbieder. De zorgaanbieder wordt in de Wlz gedefinieerd als een instelling of een persoon die beroepsmatig zorgt.²³ De Wmo heeft het dan weer over een ‘aanbieder’ die gedefinieerd wordt als een ‘natuurlijke persoon of rechtspersoon die jegens het college gehouden is een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening te leveren’.²⁴ Dat hoeft strikt genomen dus niet beroepsmatig te zijn. Artikel 1.1 Jw gaat ook uit van bedrijfsmatig werk. In de Zvw staat het begrip niet omschreven.

2.2 De wetten

De zorgwetten waar een zorgvrager mee te maken kan krijgen, zijn de Wlz, de Zvw, de Wmo en de Jw. De zorgvrager kan te maken krijgen met een van de wetten maar ook met een combinatie van meerdere wetten, afhankelijk van het soort hulp dat geboden wordt. De Wlz en de Zvw zijn complementair: het zijn beide verzekeringen, zij bieden beide zorg, waarbij de Zvw gericht is op genezing (*cure*) en de Wlz bedoeld is voor mensen die permanent en 24 uur per dag zorg behoeven (*care*). De Zvw biedt niet alleen kortdurende zorg, gericht op genezing, die hier verder niet wordt besproken, maar ook langdurige zorg aan huis (wijkverpleging) die niet alleen in duur maar ook in omvang onbeperkt is, zolang dat mogelijk geoordeeld wordt.²⁵ Als zorg aan huis onverantwoord wordt geacht, of niet mogelijk is, biedt de Wlz langdurige zorg in een instelling. De Wlz is een publiekrechtelijke verzekering die zich uitstrekt tot elke ingezetene.²⁶ De Zvw daarentegen is een privaatrechtelijke verplichte verzekering die overigens een sterke publiekrechtelijke waarborg in zich draagt, de acceptatieplicht, zoals beschreven in de Zvw.²⁷ De zorgverzekeraar mag voor de basisverzekering geen verzekeringsplichtige weigeren.²⁸ De enige manier waarop de mantelzorgers zelf aanspraak kunnen maken op het recht, is wanneer zijzelf of hun zorgvrager een privaatrechtelijke, vrijwillige aanvullende zorgverzekering bij de zorgverzekeraar hebben afgesloten waarin mantelzorgondersteuning is opgenomen. Voor deze aanvullende verzekering geldt geen acceptatieplicht. Beide wetten geven een recht op zorg.²⁹

Dit laatste in tegenstelling tot de Wmo en de Jw. De laatstgenoemde wetten bieden ondersteuning (Wmo, vanaf 18 jaar) en preventie, ondersteuning, hulp en zorg (Jw, tot 18 jaar). Zij bieden de burger geen recht op de geboden hulp maar een mogelijkheid hiertoe, een voorziening, te vergelijken met een subsidie.

Hoe het ook zij, de toegangspoort tot alle wetten is een beschikking, de zogenoemde indicatie (Wlz, Wmo, Jw) of een machtiging (Zvw). Iemand die hulp behoeft, dient ergens aan te kloppen, hetgeen overigens al zo veel kennis omtrent de inhoud van deze wetten vergt, dat dit keuzemenu zich slecht verdraagt met de hulpbehoevendheid van de zorgvrager. In de Wmo en de Jw is het uitgangspunt dat hulp en ondersteuning behoort tot de eigen verantwoordelijkheid van de burger en zijn sociale netwerk. Hierin wordt de zorg van de mantelzorgernadrukkelijk betrokken. De Jw beschrijft dit in de preambule als ‘het uitgangspunt is dat de verantwoordelijkheid voor het gezond en veilig opgroeien van jeugdigen allereerst bij de ouders en de jeugdige zelf ligt’.³⁰ De Wmo gaat pas over op hulp als men ‘niet op eigen kracht, met gebruikelijke hulp, met mantelzorg of met hulp van andere personen uit zijn sociale netwerk voldoende zelfredzaam is of in staat is tot participatie’.³¹ Binnen de Wlz speelt mantelzorg geen grote rol, omdat het hier 24-uurs zorg betreft en omdat er alleen gekeken wordt naar zorginhoudelijke argumenten.³² Toch wordt ook hier vooraf gekeken naar de zorg die een mantelzorgernog kan inbrengen, maar zo zegt de regering – dat kan niet verplicht worden.³³ Dat deze gedachte niet in steen gebeiteld is, wordt duidelijk uit de memorie van toelichting: per AMvB kunnen regels gesteld worden ‘over de wijze waarop mantelzorgers en vrijwilligers daadwerkelijk bij de zorgverlening betrokken kunnen worden’.³⁴ Ook de zorgverzekeraar inventariseert eerst de inbreng van mantelzorgers als onderdeel van de zelfredzaamheid, zij het dat deze term niet in de Zvw is opgenomen, maar wel expliciet in het uitvoeringstraject.³⁵ Als er zorg wordt toegekend, krijgt de zorgvrager een indicatie (een publiekrechtelijke beschikking) of een machtiging (een privaatrechtelijk besluit van de zorgverzekeraar). Hiermee materialiseert zich een specifiek toegekend recht op zorg. Hierna is mijn vertrekpunt telkens de indicatie of de machtiging.

22 Zie art. 1.1.1 Wmo en art. 10.1 lid 1c Jw.

23 Vgl. art. 1.1.1 Wlz bij ‘zorgaanbieder’ en ‘zorgverlener’.

24 Art. 1.1.1 Wmo.

25 Met dank aan Matthijs Vermaat, die mij hierop attendeerde.

26 Vgl. art. 3 Zvw en art. 2.1.1 Wlz.

27 Vgl. par. 2.2 Zvw. Zie verder *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 17 en 20.

28 Ibidem.

29 Vgl. art. 3.2.1 Wlz en art. 11 Zvw.

30 In de Jw wordt mantelzorg niet gedefinieerd, maar wordt in art. 10.1 lid 1 onder c wel rekening gehouden met het ontlasten van de mantelzorgers.

31 Vgl. art. 1.2.1 onder a Wmo.

32 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, par. 2.2.

33 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 9.

34 Ibidem, p. 53.

35 Zie ‘Normen voor indiceren en organiseren van verpleging en verzorging in de eigen omgeving’ van Verpleegkundigen en Verzorgenden Nederland (V&VN), het ‘Begrippenkader Indicatieproces’ (V&VN), ‘Verpleegkundige indicatiestelling; een nadere duiding’ (Zorginstituut Nederland) en *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3.

3 De onderlinge relaties

3.1 De zorgvrager en de mantelzorg

De natuurlijke verbintenis op grond van artikel 6:3 BW jo. artikel 3:296 lid 1 BW is een verbintenis die rechtens niet afdwingbaar is. Deze verbintenis kan volgens artikel 6:3 lid 2 onder b BW bijvoorbeeld optreden als 'iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt'. Twee derde van de mantelzorgers voelt zich volgens De Klerk e.a. moreel verplicht tot zorgverlening.³⁶ 18% voelt deze verplichting omdat anders niemand het doet.³⁷ Maatschappelijke opvattingen kunnen ontstaan door het veranderen van de tijdgeest, maar maatschappelijke opvattingen kunnen ook minder spontaan ontstaan, als gevolg van een politieke wens.

Beleidsmakers sturen de burger ook bewust, dat wordt 'framing' genoemd.³⁸ Vanaf midden jaren negentig was het frame, de boodschap van de overheid, dat zieke burgers geen patiënten meer waren, maar cliënten.³⁹ Deze klant is inmiddels geen koning meer, maar dit heeft wel geleid tot de ongemakkelijke vraag tot hoever de zorgplicht van de staat voor zijn klanten gaat. Hoeveel service dient de overheid te verlenen? De klassieke verzorgingsstaat heeft een draai gemaakt en heet nu de participatiemaatschappij. De framing is er nu op gericht dat men zelf de verplichting heeft om voor zijn naaste te zorgen. Tonkens en Verhoeven noemen deze morele plicht een plicht tot affectief burgerschap en zeggen dat dit het hart uitmaakt van de Wmo.⁴⁰ Ook de memorie van toelichting van de Wmo laat zien dat deze 'morele verplichting' niet zo heel spontaan is ontstaan:

'Om het wonen in de eigen leefomgeving langer mogelijk te maken en het aantal mensen dat zich eenzaam voelt te verminderen, zal een groter beroep worden gedaan op het sociale netwerk van mensen en daar waar mogelijk ook op vrijwilligers.'⁴¹

Zelfredzaamheid is nu het devies.⁴²

Hoe vrijwillig is de morele plicht tot zorgverlening? Mantelzorg kon volgens de toenmalige staatssecretaris

36 M. de Klerk, A. de Boer, I. Plaisier, P. Schyns & S. Kooiker, 'Informeel hulp, wie doet er wat? Omvang, aard en kenmerken van mantelzorg en vrijwilligerswerk in de zorg en ondersteuning in 2014', Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, december 2014, p. 191 en *Kamerstukken II 2004/05*, 30169, nr. 1.

37 *Ibidem*, p. 72.

38 I. Verhoeven & E. Tonkens, 'Wat de overheid van burgers wil. De framing van de veranderende verzorgingsstaat in Nederland en Engeland', in: T. Kampen, I. Verhoeven & L. Verplanke (red.), *De affectieve burger. Hoe de overheid verleidt en verplicht tot zorgzaamheid*, p. 25-37, Amsterdam: Van Gennep 2013, p. 24.

39 *Ibidem*, p. 24.

40 *Ibidem*.

41 *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3, p. 2.

42 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

Van Rijn officieel niet verplicht worden.⁴³ Maar op grond van de eigen morele verplichting, al dan niet versterkt door een overheidsboodschap, ga ik ervan uit dat de juridische relatie tussen de cliënt en de onbetaalde mantelzorg berust op een natuurlijke verbintenis ex artikel 6:3 lid 1 jo. lid 2 onder b jo. artikel 3:296 lid 1 BW.

3.2 De zorgvrager en de zorguitvoerder; de zorgaanbieder als hulppersoon

Uit de inventarisatie van de zorgbehoefte, rekening houdend met wat de zorgvrager met behulp van zijn omgeving nog zelf kan doen, vloeit zoals gezegd een indicatie of machtiging voort. De zorgverzekeraar geeft zijn besluit voor de zorgtoedeling aan een zorgvrager af in de vorm van een privaatrechtelijke machtiging.

In beide gevallen krijgt de zorgvrager een nauwkeurig omschreven recht op zorg. Bij het vervullen van hun zorgplicht wordt er door alle zorguitvoerders vaak gebruik gemaakt van het privaatrecht door het inhuren van de zorgaanbieder. Men zou kunnen aanvoeren dat de zorgaanbieder wettelijk gedefinieerd is in het bestuursrecht en daarmee een bestuursrechtelijke inbedding heeft, maar dat doet niets af aan het feit dat, als men voor het vervullen van zijn zorgplicht via het privaatrecht gebruik maakt van anderen, men ook de privaatrechtelijke consequenties daarvan dient te aanvaarden. Door het privaatrechtelijk contracteren van de zorgaanbieder ontstaat er een nieuwe situatie voor de gemeente en/of het zorgkantoor, precies op de grens tussen het bestuurs- en privaatrecht. De zorgverzekeraar is alleen een privaatrechtelijke rechtspersoon, dus voor de zorgverzekeraar geldt het bestuursrecht niet. Het zorgkantoor als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) en de gemeente als bestuursorgaan hebben expliciet wettelijke toestemming gekregen om bij de uitvoering van hun zorgverplichting gebruik te maken van het privaatrecht en dat doen zij ook.⁴⁴

Dat heeft consequenties. De zorguitvoerder (de zorgverzekeraar, het zorgkantoor of de gemeente) heeft een wettelijke zorgplicht jegens de zorgvrager, en de zorgaanbieder voert de zorg uit namens de uitvoerder.⁴⁵ De zorgverzekeraar heeft een privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst afgesloten met de zorgvrager, waaruit vanaf het moment waarop een machtiging is afgegeven, een verbintenis tot het leveren van die specifieke, beloofde zorg vloeit. Het zorgkantoor en de gemeente geven een publiekrechtelijke beschikking af, waaruit net zo goed een civielrechtelijke verbintenis voortvloeit. Zowel de machtiging als beschikking roept dus een verbintenis in het leven. Een verbintenis kan op grond van artikel 6:1 BW alleen ontstaan als dit uit de wet voortvloeit. Zowel de indicatie als de machtiging vinden hun grondslag in een van

43 *Kamerstukken II 2012/13*, 30169, nr. 28, p. 2 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3, p. 27.

44 Vgl. art. 4.2.2 Wlz, art. 2.6.4 lid 1 Wmo en art. 2.11 lid 1 Jw.

45 NB: de wettelijke zorgplicht wordt in de Wmo maatwerkverplichting genoemd, en in de Jw jeugdhulpplicht. Zie verder art. 4 lid 1 Wmo 2007, *Stb.* 2006, 351 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33983, nr. 3. Zie bijvoorbeeld art. 2.3.5 lid 3 Wmo en *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3, p. 10.

de vier zorgwetten. Een verbintenis is ‘een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens diegene tot die prestatie verplicht is’.⁴⁶ De zorgvrager is gerechtigd tot het ontvangen van zorg, en de leveringsverplichting rust op de debiteur, i.c. de zorguitvoerder. ‘Maakt de debiteur bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, [SF: in dit geval de zorgaanbieder] dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk’, zo zegt artikel 6:76 BW (hulppersonen).

Als deze plicht er niet zou zijn, zou de verleiding groot zijn om problemen bij de uitvoering van de verbintenis bij de schuldeiser neer te leggen.⁴⁷ Scheltema zegt in zijn brief aan de minister (‘Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein’) dat er in bestuursrechtelijke zin voorkomen moet worden dat gemeente en de feitelijke leverancier van de zorg naar elkaar gaan verwijzen.⁴⁸ Dat zegt hij niet voor niets. Dit gebeurt in de praktijk volop. En hierdoor gebeurt wat men voor de invoering van artikel 6:76 BW al wist: de problemen bij de uitvoering van deze verbintenis liggen bij de in dit geval letterlijk en figuurlijk zwakste partij, de schuldeiser, de zorgvrager. Falende zorg kan men dus uit praktische overwegingen wel aankaarten bij de zorgaanbieder, maar de wettelijke uitvoerder is eindverantwoordelijk jegens de zorgvrager. Het wachten is op een wat meer gebruikersvriendelijke oplossing, het bestuursrecht.⁴⁹

4 De totstandkoming van een overeenkomst tussen de mantelzorg en de wettelijke zorguitvoerder

Hoe zit het nu met de mantelzorg? De mantelzorg wordt gedefinieerd, maar kent geen enkel recht. Waardering wordt met de mond beleden, maar in de praktijk lijkt de mantelzorg meer op een toevallige passant waar men geen last van wil hebben.

4.1 Toetreding

Er komt een moment waarop de mantelzorg door overbelasting of welke reden dan ook aan het eind van zijn kunnen als mantelzorg is. Hij schakelt, indien mogelijk in samenspraak met de zorgvrager, externe hulp in. Op dat moment treedt de zorguitvoerder, het zorgkantoor, de gemeente of zorgverzekeraar toe tot de relatie tussen de zorgvrager en de mantelzorg. Hier-

mee ontstaat een tripartite rechtsverhouding tussen de zorgvrager, de mantelzorg en de zorguitvoerder. De nieuwe rechtsverhouding levert een vorm van samenwerking op, met een eigen structuur.⁵⁰

De natuurlijke verbintenis ex artikel 6:3 BW tussen de zorgvrager en de mantelzorg blijft bestaan. Zodra de zorguitvoerder wordt ingeschakeld, beginnen de onderhandelingen met de mantelzorg. Feitelijk gaan deze onderhandelingen over wie welke zorg in het vervolg op zich neemt. De behoefte aan zorg en de bestaande zorg wordt eerst geïnventariseerd. Die inventarisering ontstaat, omdat zowel op grond van de Wlz als de Wmo en de Jw eerst onderzocht moet worden hoe het met de zelfredzaamheid van de zorgvrager is gesteld, inclusief mantelzorg.⁵¹ Ook de zorgverzekeraar inventariseert de inbreng van de mantelzorg, via het indicatieplan dat door de zorgaanbieder wordt opgesteld.⁵²

Voor het toekennen van de zorg, de totstandkoming van de indicatie of machtiging, het zo felbegeerde toegangskaartje tot de zorg, wordt de inbreng van de mantelzorg – de door Bruggeman genoemde ‘aftrekpost’ – in mindering gebracht van de benodigde zorg.⁵³ Uiteindelijk rolt daar een afspraak uit, waar de drie partijen mee akkoord gaan.⁵⁴ Met deze afspraak wordt door de mantelzorg meteen een streep in het zand getrokken. De grens van de eigen mogelijkheden is bereikt. De mantelzorg is vanaf dat moment niet bereid en/of in staat om meer vrijwillige zorg te leveren dan hij op dat moment doet.

4.2 De totstandkoming van een (mantelzorg) overeenkomst

Het aanbod van de mantelzorg houdt in dat hij de zorg die hij nu al verricht, blijft doen, via zijn natuurlijke verbintenis jegens de zorgvrager. Wil hij een deel van de mantelzorg niet meer doen, dan zit er volgens de Centrale Raad van Beroep op grond van de Wmo niets anders op dan eerst te stoppen met (een deel van) het werk dat hij nu al verzet.⁵⁵ Dan is er geen mantelzorg meer en ontstaat er ‘een recht op overheidszorg’, zoals Tollenaar zegt in zijn noot bij ECLI:NL:CRVB:2017:3209.⁵⁶ Wil de mantelzorg echter hetzelfde werk blijven verrichten in de toekomst, dan blijft de natuurlijke verbintenis tussen zorgvrager en mantelzorg staan, maar dan verklaart de mantelzorg daarnaast, via deze vaststellingsovereenkomst, om de vrijblijvendheid jegens de zorguitvoerder op te geven. Als de zorguitvoerder dit

46 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

47 Parlementaire geschiedenis, Boek 6, p. 266.

48 M. Scheltema, brief aan de Minister van binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 30 mei 2017.

49 NB: aangezien de uitvoering van de zorg volledig privaatrechtelijk is geregeld, zie ik op dit moment geen werkbare bestuursrechtelijke oplossing.

50 Asser/J.M.M. Maeijer & M. van Offfen, ‘Personenvennootschappen als contractuele samenwerkingsvormen’ 7-VII 2017/244-245.

51 Vgl. art. 1.1.1 Wmo en voor de Wlz *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 56.

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3 en e-mail van zorgaanbieder met een geanoniseerd indicatieplan, waarin precies genoteerd dient te worden welke zorg al geleverd wordt door de mantelzorg.

53 CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17, RSV 2017/65 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, nr. 3.

54 K.R. van Dijk, *Juridische aspecten van informele zorg*, Utrecht: Actiz 2012, p. 24.

55 CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17, AB 2017/210 m.nt. Tollenaar en Feenstra.

56 CRvB 6 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3209, AB 2017/351 m.nt. Tollenaar, nr. 4.

aanbod accepteert, moet de mantelzorger presteren. Terwijl de verbintenis die hij met de zorgvrager heeft, niet afdwingbaar is, wordt de prestatie jegens de zorguitvoerder wel afdwingbaar. Geven en nemen. De zorguitvoerder aanvaardt het aanbod voor de mantelzorg en hij biedt aan de benodigde zorg voor het overige te leveren. Met het aanvaarden van het aanbod van de mantelzorger, en het aanbod van de zorguitvoerder om zelf de overige zorg te leveren, komen aanbod en aanvaarding tot stand. Beide partijen verklaren stilzwijgend op grond van artikel 3:37 lid 1 BW, dat zij met de verdeling van de zorg tot overeenstemming zijn gekomen. In artikel 3:37 BW staat het volgende te lezen:

‘Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.’

Een overeenkomst kan dus ook stilzwijgend en/of impliciet tot stand komen, voortvloeiend uit een of meerdere gedragingen.⁵⁷ Het belang hiervan in deze context is wat mij betreft dat de zorgwetten sterk doen vermoeden dat er geen plaats is voor een juridische relatie en de daarbij behorende verplichtingen tussen de zorguitvoerder en de mantelzorger, terwijl de mantelzorger niet beter weet dan dat verregaande zorgverlening ‘nu eenmaal zo hoort’. En daar is ook helemaal niets mis mee, *tenzij* mantelzorgers overbelast raken *en* als de oorzaken daarvan mede het gevolg zijn van het gedrag van de zorguitvoerder.

In hoeverre is er nu sprake van een overeenkomst?

Samoy noemt vier criteria voor het aannemen van een overeenkomst: wil en verklaring moeten gericht zijn op rechtsgevolg.⁵⁸ Het rechtsgevolg is de verbintenis tot het leveren van zorg door beide partijen. Een ander criterium betreft de vermogenswaarde van de afspraken.⁵⁹ Deze afspraak heeft vermogenswaarde, zorg kost namelijk geld. Het economisch belang voor de zorguitvoerder, de inbreng van de mantelzorger, is daarom letterlijk waardevol. Hoe meer zorg de mantelzorger gratis levert, des te minder zorg er voor rekening van de zorguitvoerder komt. Het derde en vierde criterium van Samoy zijn het economisch belang en het belang in het algemeen van partijen.⁶⁰

Het negatieve economisch belang voor een werkende mantelzorger is duidelijk. Vooral als deze zorgverlof moet opnemen.⁶¹ De mantelzorgende werknemer verliest 30% van zijn loon in geval van kortdurend verlof en 100% als het om langdurend verlof gaat.⁶² De niet werkende mantelzorger kan zich voor de keuze gesteld zien om eventueel zelf betaalde hulp in te schakelen. Zijn

economisch belang is dat hij zich in ruil voor zijn inbreng geen zorgen meer hoeft te maken over de overige benodigde zorg. Wat betreft het belang in het algemeen voor zowel de werkende als de niet werkende mantelzorger, is er ook nog het zwaarwegende belang van het voorkomen of beëindigen van overbelasting. Zoals ik het zie, is er een mondelinge overeenkomst tot stand gekomen tussen de zorguitvoerder en mantelzorger ex artikel 6:213 jo. artikel 6:217 jo. artikel 3:33 jo. artikel 3:35 BW. Nu is de vraag of deze overeenkomst gekwalificeerd kan worden als een bijzondere overeenkomst op grond van Boek 7 BW en, zo ja, welke.

4.3 De vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 BW

Deze rechtsverhouding lijkt te voldoen aan de criteria voor een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 e.v. BW. Bij een vaststellingsovereenkomst kaderen partijen een bestaand of toekomstig verschil van mening af. Juist om dat verschil van mening te voorkomen, wordt er een knoop doorgemaakt en nemen zij een beslissing over de rechtstoestand die tussen partijen vanaf dat moment dient te gelden. De beslissing leidt tot een vaststelling. Als naderhand blijkt dat de realiteit anders uitpakt, dan geldt de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Artikel 7:900 lid 1 BW luidt:

‘Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.’

Lid 2 voegt daaraan het volgende toe:

‘De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.’

1. *Onzekerheid of geschil*: Wie gaat welke zorg in de toekomst verlenen? De machtiging of beschikking geeft aan dat de zorgvrager aanspraak kan maken op overheidshulp, en dat de mantelzorger voor nu en voor de toekomst laat weten op het moment van het ontstaan van de overeenkomst aan zijn maximum laadvermogen te zitten.
2. *Beslissing*: De beslissing wordt genomen over de onzekerheid.⁶³ Partijen sluiten de overeenkomst juist omdat zij de beslissing over die onzekerheid kennen en zich in de beslissing kunnen vinden.⁶⁴ Dat is in casu het geval. Er wordt onderhandeld. Onder de Wmo heet dit bijvoorbeeld het ‘keukentafelge-

57 Art. 3:37 BW; zie verder HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex) en HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5572, r.o. 3.5.

58 I. Samoy, ‘Op het scherpst van de verbintenisrechtelijke snee...’, *NTBR* 2015/24, afl. 6.

59 Ibidem.

60 Ibidem.

61 Vgl. art. 5.1 en 5.9 Wet arbeid en zorg.

62 Ibidem.

63 A.C. van Schaick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 7. *Bijzondere overeenkomsten*. Deel VIII. *Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, altijdurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 147.

64 Ibidem.

sprek'.⁶⁵ Naar aanleiding daarvan wordt de beslissing genomen: dit is de zorg die de mantelzorger levert, de overige zorg is voor de zorguitvoerder. De zorgvrager verklaart zich akkoord met het geheel.

3. *Omtrent wat rechtens geldt:* Tot op dit moment had de mantelzorger geen enkele verplichting jegens de zorguitvoerder en vice versa. Vanaf het sluiten van deze vaststellingsovereenkomst blijft de natuurlijke verbintenis tussen mantelzorger en zorgvrager bestaan, alleen wordt deze zorg jegens de zorguitvoerder een afdwingbare prestatie. De zorguitvoerder verplicht zich op zijn beurt om de overige zorg te verlenen.
4. *Vaststelling:* In de overeenkomst tussen mantelzorger en zorguitvoerder vallen de beslissing en de vaststelling samen. Op grond van artikel 7:901 lid 3 is dat ook mogelijk: 'Voor zover aan deze vereisten kan worden voldaan door een verklaring van partijen of een hunner, wordt deze verklaring in de vaststellingsovereenkomst besloten geacht, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit.'
5. *Wederkerigheid:* De partners in deze tripartite verhouding, de zorgvrager, de mantelzorger en de zorguitvoerder, zijn onderling afhankelijk van elkaar. De zorgvrager heeft middels de indicatie een recht op zorg. De mantelzorger verleent een deel van deze zorg (zij het dat dit ten aanzien van de zorgvrager onverplicht is). Maar dezelfde mantelzorger dient te accepteren dat de verleende zorg jegens de zorguitvoerder misschien wel vrijwillig en onbetaald is, maar niet meer vrijblijvend. De zorguitvoerder dient de grenzen van de fysieke mogelijkheden van de mantelzorger te respecteren als deze laatste zegt: 'tot hier en niet verder'.

In mijn optiek kwalificeert de relatie tussen de mantelzorger en de zorguitvoerder als een vaststellingsovereenkomst, die ik een mantelzorgovereenkomst zou willen noemen. Als de zorgverlener c.q. zorgaanbieder niet presteert, levert dat wanprestatie op ex artikel 6:74 jo. artikel 6:75 BW.

5 Samenvatting

Nederland heeft volgens het Sociaal Cultureel Planbureau ca. 4 miljoen mantelzorgers. Zij leveren samen ca. 75% van de zorg aan huis. De mantelzorger wordt wel gedefinieerd, waardoor het begrip en hun inzet is ingebed in het bestuursrecht, maar zij kunnen daaraan geen enkel recht ontnemen. In het geval van falende zorg of bezuinigingen hebben zij geen enkele rechtspositie, terwijl het extra werk onverbiddelijk bij de mantelzorger terechtkomt. De enige manier waarop zij zelf aanspraak kunnen maken op het recht, is wanneer zijzelf of hun zorgvrager een privaatrechtelijke, vrijwillige aanvullen-

de zorgverzekering bij de zorgverzekeraar hebben afgesloten waarin mantelzorgondersteuning is opgenomen. Voor deze aanvullende verzekering geldt geen acceptatieplicht.

De onderlinge relaties heb ik getracht in kaart te brengen om de mantelzorger zelf een plaats in deze tripartite rechtsverhouding te bieden en daarmee een vorm van bescherming. De relatie tussen de zorgvrager en de mantelzorger zie ik als een natuurlijke verbintenis ex artikel 6:3 BW. De uitvoerder van de zorgwetten is de zorgverzekeraar, het zorgkantoor of de gemeente. Deze instellingen hebben de plicht de wet uit te voeren. Het recht op zorg voor een zorgvrager materialiseert zich via een machtiging of beschikking van de zorguitvoerder. Deze contracteert op zijn beurt een zorgleverancier, de zorgaanbieder of de mantelzorger, die de feitelijke zorg verleent. Dit contracteren gebeurt op een privaatrechtelijke basis, hetgeen tot gevolg heeft dat de zorgaanbieder een hulppersoon is in de zin van artikel 6:76 BW, waardoor de zorguitvoerder altijd aansprakelijk blijft voor falende zorg. De wettelijke zorguitvoerder maakt namelijk – al dan niet via de hiervoor ingehuurde zorgaanbieder – niet alleen duidelijke afspraken met de professionele zorgaanbieder, maar ook met de mantelzorger. Er worden afspraken gemaakt over welke werkzaamheden de mantelzorger verricht, en de overige werkzaamheden komen voor rekening van de zorguitvoerder. De afspraken met de mantelzorger zie ik als een vaststellingsovereenkomst, een mantelzorgovereenkomst, waaruit ook verplichtingen voortvloeien van de wettelijke zorguitvoerder jegens de mantelzorger.

65 Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), *Het Gesprek, Deel IV: nieuwe doelgroep, ander gesprek*, Den Haag: VNG 2013, p. 9.