

Jachthavenweg 121  
1081 KM Amsterdam  
Postbus 75265  
1070 AG Amsterdam

## PER E-MAIL

Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Cees Jan de Boer  
Advocaat  
boerc@vandoorne.com  
t 020 678 93 22  
f 020 795 43 22  
m 06 1138 8522

Datum 17 juli 2020  
Inzake Consultatie concept Uitvoeringsbesluit Wtza

Hooggeachte heer De Jonge,

Het team Zorg & Life Sciences van Van Doorne N.V. heeft met belangstelling kennis genomen van het concept voor het Uitvoeringsbesluit Wtza ("**Uitvoeringsbesluit**"). Het vastleggen van de eisen die aan de interne toezichthouder worden gesteld in artikel 6 tot en met 9 in aanvulling op de al bestaande principes uit de Governancecode Zorg ("**Code**") en de toelatingsvoorwaarden die het CIBG hanteert, biedt zorgaanbieders duidelijkheid over de eisen waaraan zij moeten voldoen. Aanleiding voor de reactie op het Uitvoeringsbesluit is de toelichting op die artikelen op pagina 9. Ik licht dit als volgt toe:

### *Eisen aan bestuursstructuur zorgaanbieders*

Artikel 3 Wet Toetreding Zorgaanbieders ("**Wtza**") bevat eisen omtrent bestuursstructuur waaraan een zorgaanbieder – mits aan bepaalde drempelvoorwaarden is voldaan – moet voldoen om in aanmerking te komen voor een vergunning onder de Wtza. Samengevat gaat het om eisen die een onafhankelijk en kritisch toezicht op het bestuur van de instelling moeten waarborgen. Deze eisen zijn ontleend aan het huidige artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

Bij amendement (Kamerstukken II, 34 767, nr. 32) is lid 2 van artikel 3 Wtza uitgebreid. In het artikellid is explicieter beschreven over welke onderwerpen in elk geval nadere regels worden gesteld die de onafhankelijke taakuitoefening door de interne toezichthouder en de informatiepositie van die interne toezichthouder moeten bevorderen. De indieners van dit amendement verwijzen in hun toelichting expliciet naar casuïstiek die in de Tweede Kamer aan de orde is geweest als reden voor het indienen van het amendement.

Artikel 6 tot en met 9 Uitvoeringsbesluit geeft invulling aan artikel 3 lid 2 Wtza. De toelichting op pagina 9 van het Uitvoeringsbesluit zegt over deze artikelen:

*"Het is van belang dat de interne toezichthouder zijn taak op kritische en onafhankelijke wijze uitvoert. In dit besluit worden nadere regels gesteld om de positie van het onafhankelijke interne toezicht te versterken, bijvoorbeeld door de informatieverplichting van de dagelijkse of algemene leiding aan de interne toezichthouder expliciet vast te leggen."*

*"Overigens geldt meer in het algemeen dat de dagelijkse of algemene leiding er ingevolge artikel 3,*

Van Doorne N.V. is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34199342. Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op [www.vandoorne.com](http://www.vandoorne.com) en worden op verzoek toegezonden.

Van Doorne N.V. has its registered offices in Amsterdam and is listed in the Commercial Register under number 34199342. Van Doorne N.V. is the sole contractor of all commissioned work. These activities and all legal relationships with third parties will be subject to the General Terms and Conditions of Van Doorne N.V. and its subsidiaries, including a limitation of liability. The Terms and Conditions are filed at the Registry of the Court in Amsterdam and may be consulted at [www.vandoorne.com](http://www.vandoorne.com). They will be sent upon request.

*eerste lid, onderdeel a, Wtza zorg voor moet dragen dat er een interne toezichthouder is die toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en de algemene gang van zaken binnen de instelling; dit betekent dat de zorgaanbieder de interne toezichthouder in staat moet stellen zijn taken zo goed mogelijk uit te voeren."*

*"Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat bij een instelling waarbij sprake is van een holdingstructuur, de interne toezichthouder niet in een positie gebracht mag worden waarin geen direct toezicht mogelijk is op de activiteiten van bijvoorbeeld dochterondernemingen (zoals "ingehangen" zorgBV's). Anders zou er immers sprake zijn van "getrapt" toezicht en ontstaat het risico dat de interne toezichthouder mogelijke risico's voor de instelling onvoldoende kan overzien."*

*"Er bestaat een grote variëteit aan zorginstellingen; dat vraagt om ruimte voor flexibiliteit in de regelgeving. Terecht wordt in de Governancecode zorg 2017 opgemerkt dat voorkomen moet worden dat er teveel regels worden opgesteld. "Afvinkgedrag", waarbij de bedoeling van de regels uit het oog verloren wordt, moet worden voorkomen. Good governance gaat uiteindelijk voor een belangrijk deel om het gedrag van mensen. Tegelijkertijd zijn er signalen uit het veld waaruit blijkt dat er behoefte is aan meer duidelijkheid omtrent de interne toezichthouder. Het onderhavige besluit voorziet hierin door de artikelen 6 tot en met 9."*

## *Maatwerk en getrapt toezicht*

Kern van de toelichting is dat er veel ruimte moet zijn voor maatwerk bij de inrichting van onafhankelijk toezicht zolang maar aan bepaalde minimumeisen is voldaan. Deze gedachte is recent door U onderschreven:

*"Er kunnen voor zorgorganisaties goede redenen zijn om bepaalde ondernemingsrechtelijke constructies te hanteren. Door activiteiten in aparte rechtspersonen onder te brengen worden risico's binnen een zorgorganisatie gespreid of kunnen samenwerkingsverbanden met andere zorgaanbieders of bijvoorbeeld een woningcorporatie eenvoudiger worden vormgegeven. Ook wordt kruisfinanciering tussen financieringsstromen binnen de verschillende zorgdomeinen voorkomen. De gekozen constructie moet echter transparant zijn en altijd bijdragen aan de maatschappelijke doelstelling van een zorgorganisatie: het verlenen van goede, betaalbare en toegankelijke zorg. Het mag nooit zo zijn dat bestuurders en interne toezichthouders het overzicht en grip op de organisatie verliezen. Dit is overigens in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van bestuurders en interne toezichthouders zelf."<sup>1</sup>*

Hoewel de eisen in artikel 6 tot en met 9 Uitvoeringsbesluit concreter zijn dan thans in artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi zijn vastgelegd, zou het verschil in de dagelijkse praktijk beperkt moeten zijn. Dit omdat de Code, die door IGJ ook als veldnorm wordt gehanteerd, deze eisen nu al stelt. De tekst van het Uitvoeringsbesluit zorgt dus voor vastlegging van recente inzichten op het gebied van governance.

Onduidelijkheid ontstaat echter door de toelichting op het Uitvoeringsbesluit. Dit omdat daar gebruik wordt gemaakt van het begrip "getrapt toezicht" dat geen wettelijke of (eenduidige) taalkundige definitie kent.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Antwoorden op Kamervragen van Minister van VWS, kenmerk 1517062-189524-PZO, 29 april 2019, antwoord 3.

<sup>2</sup> Ook een definitie van "ingehangen zorgBV's" ontbreekt. Aannemelijk is dat hiermee een dochtermaatschappij in de zin van 2:24a BW wordt bedoeld die tevens zorgaanbieder is in de zin van de Wtza. Idealiter sluit de toelichting op het Uitvoeringsbesluit aan bij deze wettelijke definities.

Het begrip wordt van oudsher gebruikt voor de wijze waarop bestuursorganen hun toezicht inrichten en waarbij stapsgewijs wordt opgeschaald naar intensiever toezicht.<sup>3</sup>

In de context van governance, in het bijzonder in de zorg, komt het begrip enkel terug in één recent onderzoek van IGJ.<sup>4</sup> Uitsluitend op basis van deze casus en de uitspraken van IGJ daarin, betekent "*getrapt toezicht*" dat binnen een groep van rechtspersonen formeel alleen op het hoogste niveau een toezichthoudend orgaan is ingesteld en niet bij de dochtermaatschappijen.

Als die definitie van "*getrapt toezicht*" wordt aangehouden en deze vorm van toezicht op grond van de Wtza niet zou zijn toegestaan, zou een relatief eenvoudige aanpassing van de groepsstructuur volstaan om te voldoen aan de Wtza. Door bij zowel de moedermaatschappij als de dochtermaatschappijen (voor zover die onder de Wtza vallen) een toezichthoudend orgaan in te stellen en deze organen met dezelfde personen te bemensen (een personele unie), is niet langer sprake van getrapt toezicht volgens voornoemde definitie.<sup>5</sup> Het toezichthoudend orgaan is bij elke rechtspersoon formeel in positie en kan direct toezicht houden. Wel levert deze personele unie extra administratieve lasten op en is het vanuit governance-perspectief mogelijk ook een minder zuivere structuur voor het inrichten van groepstoezicht, vanwege de meervoudige vennootschapsrechtelijke posities en bijbehorende meervoudige zelfstandige verantwoordelijkheden.

*Feitelijke invulling is ten minste zo belangrijk als de juridische structuur*

Wij gaan ervan uit dat met de formulering omtrent "*getrapt toezicht*" in het Uitvoeringsbesluit niet bedoeld is om een dergelijke personele unie af te dwingen voor structuren met groepstoezicht. Uit de stukken van IGJ over voornoemde casus blijkt dat niet zozeer de formele inrichting van het toezicht problematisch was, maar vooral het feit dat praktisch gezien het toezichthoudend orgaan niet altijd genoeg en/of te laat informatie ontving volgens IGJ.

Anders gezegd, problemen in het verleden in de zorg waar sprake was van "*getrapt toezicht*" waren niet (alleen) op te lossen met voorschriften voor de juridische structuur, maar behoefden vooral oplossingen op het gebied van feitelijke invulling van het toezicht.

De conclusie dat een personele unie niet nodig is voor het houden van goed toezicht op een groep, sluit aan bij hoe toezicht elders in wet- en regelgeving vastligt. De taakomschrijving voor de raad van commissarissen op grond van boek 2 BW legt vast dat de verbonden onderneming – waaronder dochtermaatschappijen<sup>6</sup> - onderdeel (moeten) zijn van de toezichthoudende taak.

*"De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming."*<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Zie bijv. hier over het toezicht op artikel 3 Waterwet - <https://www.infomil.nl/onderwerpen/lucht-water/handboek-water/activiteiten/beheer-watersysteem/toezicht-rijk/>

<sup>4</sup> IGJ Eindrapport Alliade II, januari 2019, pagina 4 en Brief IGJ over opheffen verscherpt toezicht, 15 juli 2019

<sup>5</sup> Het vormen van een dergelijke personele unie is expliciet toegestaan op grond van artikel 7 lid 1 sub b onder 8 Uitvoeringsbesluit (vanaf "*tenzij*").

<sup>6</sup> Zie onder meer Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, Van de BV en de NV 2017/68. Ook: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/487. "*Het toezicht van de raad beperkt zich niet tot de eigen vennootschap, maar strekt zich ook uit tot haar dochter- en groepsmaatschappijen en andere deelnemingen.*"

<sup>7</sup> Artikel 2:250 lid 2 BW. Dezelfde norm zal ook gaan gelden voor andere rechtspersonen, w.o. de raad van toezicht van een stichting op grond van voorgesteld artikel 2:292a lid 2 BW (Kamerstukken 34 491).

Hetzelfde uitgangspunt is vastgelegd in de Code:

*"De code geldt voor iedere zorgorganisatie die lid is van één van de brancheorganisaties en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen die zorg verlenen."*

*"4.1.1. De raad van bestuur en de raad van toezicht zijn ieder overeenkomstig hun wettelijke en statutaire taken verantwoordelijk voor de governance van de zorgorganisatie en voor de naleving van deze code door de zorgorganisatie en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen."*

Dat het toezicht van de onafhankelijk toezichthouder zoals bedoeld in artikel 3 Wtza niet beperkt is tot de rechtspersoon waar het orgaan is ingesteld, is dus rechtspersonenrechtelijk en op grond van de veldnormen die IGJ hanteert bij de toetsing van onafhankelijk toezicht een gegeven.

Onder de WTZi kan een *instelling* dan ook voldoen aan de verplichting tot het hebben van een onafhankelijk toezichthoudend orgaan, door het toezicht op de *instelling* op adequate wijze te beleggen bij het toezichthoudend orgaan van een moedermaatschappij.

Het recent gewijzigde Vpb-zorgbesluit sluit hierbij aan en geeft expliciet de mogelijkheid tot groepstoezicht vanuit één onafhankelijk toezichthoudend orgaan:

*"Dit toezicht kan ook worden belegd bij het onafhankelijk toezichthoudend orgaan van de kwalificerende aandeelhouders."<sup>8</sup>*

Ten slotte benadert het Kader Goed Bestuur van IGJ en NZa, dat zeer recent is aangevuld met de verwachtingen ten aanzien van de interne toezichthouder, deze verwachtingen uitsluitend in materiele zin, zonder specifieke vereisten aan de juridische vormgeving:

*"Deze gelden voor alle zorgaanbieders, ongeacht omvang of organisatiestructuur."<sup>9</sup>*

### **Reactie op het ambtelijk concept**

Het gebruik van "*getrapt toezicht*" in de toelichting op het Uitvoeringsbesluit behoeft gelet op het voorgaande verduidelijking, omdat daarin een - naar onze interpretatie onbedoeld - verbod op groepstoezicht zonder personele unie gelezen zou kunnen worden.

Als met "*getrapt toezicht*" ondanks voorgaande toch bedoeld is een groepsstructuur te verbieden waarbij het toezicht op een dochtermaatschappij is vormgegeven met alleen een onafhankelijk toezichthoudend orgaan bij het groepshoofd, dient dat te worden geëxpliciteerd. Dit zodat vooraf duidelijk is welke juridische structuur in elk geval niet is toegestaan. Het verdient daarbij aanbeveling om ook toe te lichten waarom de taakomschrijving van de raad van commissarissen uit 2 BW en de Code, die mede de verbonden onderneming omvat, hier niet toereikend wordt geacht.

Daaraan kan worden toegevoegd dat uit de tekst (van artikel 3) van de Wtza noch de wetsgeschiedenis van de Wtza, blijkt dat "*getrapt toezicht*" niet is toegestaan. Het is de vraag of de toelichting op een AMvB bij de Wtza de juiste plek is om een dergelijke beperking vast te leggen. Dat maakt de bedoeling van de Minister van VWS met deze toelichting voor IGJ potentieel lastig(er) te handhaven.

<sup>8</sup> Besluit van 25 november 2019, nr. 2019 – 187751, paragraaf 6.2.3.

<sup>9</sup> IGJ en NZa, Kader Goed Bestuur 3 juli 2020, pagina 4.

Aannemelijk is dat met "getrapt toezicht" bedoeld is tot uitdrukking te brengen dat de feitelijke invulling van getrapt toezicht er niet toe mag leiden dat "interne toezichthouders het overzicht en grip op de organisatie verliezen."<sup>10</sup> Het verdient dan aanbeveling dit te verduidelijken in de toelichting, omdat daarin nu ook een verbod op een specifieke juridische structuur als hiervoor bedoeld kan worden gelezen.

## Tot slot

Toereikend onafhankelijk toezicht wordt niet geborgd door een specifieke juridische structuur. Niet voor niets is maatwerk het uitgangspunt en is het in eerste instantie de instelling zelf die daarin verantwoordelijkheid moet nemen. Een verbod op een (of één) specifieke juridische structuur levert geen waarborg op en voegt ten opzichte van de huidige combinatie van het Uitvoeringsbesluit WTZi en de Code niets toe.

Een beter alternatief is in onze ogen in de toelichting nadrukkelijker in te gaan op de feitelijke invulling van het toezicht. Dit is in de toelichting te realiseren door de tekst als volgt aan te passen:


*"Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat bij een instelling waarbij sprake is van een holdingstructuur met groepstoezicht vanuit één interne toezichthouder, deze interne toezichthouder niet in een positie gebracht mag worden waarin geen direct toezicht mogelijk is op de activiteiten van de verschillende instellingen, waardoor de interne toezichthouder de mogelijke risico's van die instellingen niet goed zou kunnen overzien. De juridische structuur, alsmede de feitelijke invulling van het groepstoezicht, moeten daartoe adequate waarborgen bevatten."*

In aanvulling daarop geven wij in overweging om in de toelichting te benoemen welke extra waarborgen in groepsstructuren aanwezig moeten zijn. Bijvoorbeeld dat schriftelijk moet zijn vastgelegd welke informatie het toezichthoudend orgaan dient te ontvangen over de verbonden onderneming en hoe naleving daarvan kan worden gecontroleerd. Ook kan gedacht worden aan vastlegging van vaste agendapunten in een reglement waarbij elke verbonden onderneming periodiek specifiek aandacht krijgt ter vergadering.

Wij zien de definitieve versie van het Uitvoeringsbesluit met belangstelling tegemoet.

Met vriendelijke groet,

Van Doorne N.V.  
Namens het team Zorg & Life Sciences  
Mr. drs. C.J. de Boer



---

<sup>10</sup> Zie voetnoot 1.