

CONSULTATIE UITVOERINGSBESLUIT WET TOETREDING ZORGAANBIEDERS

1. INLEIDING

Met belangstelling heeft Holla Advocaten kennisgenomen van het ambtelijk concept van het Uitvoeringsbesluit Wet toetreding zorgaanbieders ('Uitvoeringsbesluit Wtza'), dat op 26 mei 2020 ter internetconsultatie is gepubliceerd.¹ Graag maken wij gebruik van de consultatie.

Het Uitvoeringsbesluit Wtza zal horen bij de – inmiddels, op 9 juni 2020, aangenomen² – Wet toetreding zorgaanbieders ('Wtza') en Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders. In dit stuk reageren wij op het Uitvoeringsbesluit Wtza. Specifiek zal worden ingegaan op de praktische en juridische bezwaarlijkheid van het verbod op zogenoemd 'getrapt toezicht' in een zorgorganisatie (-concern). De aanleiding hiertoe vormt de (concept)toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza. Daarin staat:

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

Uit deze toelichting volgt dat de dagelijkse of algemene leiding van een zorgaanbieder (instelling) enerzijds verantwoordelijk is voor het instellen van het (intern) toezichthoudend orgaan, en er anderzijds verantwoordelijk voor is dat de interne toezichthouder zijn taken zo goed mogelijk kan uitvoeren. Dat betekent, aldus de geciteerde toelichting, dat de dagelijkse of algemene leiding er ook verantwoordelijk voor is dat de interne toezichthouder niet in de positie gebracht mag worden waarin geen direct toezicht (meer) mogelijk is, bijvoorbeeld waar het gaat om dochterondernemingen in een holdingstructuur, zoals (in) een joint venture. Volgens de toelichting zou 'anders' sprake zijn van 'getrapt toezicht', met een risico dat de interne toezichthouder de mogelijke risico's voor de zorgaanbieder (instelling) onvoldoende kan overzien.

'Getrapt toezicht' betekent in de zorg veelal dat de Raad van Toezicht ('RvT') van de topstichting of -holding via statutaire verbindingen (indirect) toezicht houdt op de dochtermaatschappijen. Dat is onder de huidige Wet toelating zorginstellingen ('WTZi') geen bezwaar. Die stelt immers – in artikel 6.1 lid 1 onder a Uitvoeringsbesluit WTZi – 'alleen' als eis dat een 'instelling' een toezichthoudend orgaan dient te hebben, hetgeen statutair dient te zijn vastgelegd (artikel 6.1 lid 2 Uitvoeringsbesluit WTZi).⁴

¹ Via www.internetconsultatie.nl/uitvoeringsbesluitwtza.

² *Handelingen I* 2019/20, 30-3-1; *Staatsblad* 2020, 180 en 181.

³ Toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza, p. 9.

⁴ De definitie en (dus) normadressaat in de WTZi verschilt iets van die in de Wtza, met welke laatste is aangesloten bij de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg ('Wkkgz').

De uitleg die in de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wtza aan (artikel 3 van) de Wtza lijkt te worden gegeven zou kunnen betekenen dat zorgconcerns met (thans) getrappt toezicht hun governance in de toekomst zo moeten inrichten dat ook alle dochtermaatschappijen een toezichthoudend orgaan (RvT) hebben. Die uitleg is voor veel partijen in de zorg – ‘het veld’ – als een (onaangename) verrassing gekomen, temeer nu daarin getrappt toezicht in het geheel niet ongewoon (of: gebruikelijk) is.

In het navolgende – de paragrafen 2 en 3 – wordt op de (verschillende) toelichtingen bij artikel 3 Wtza ingegaan. Aan de hand daarvan zal in paragraaf 4 worden beargumenteerd dat de bij het Uitvoeringsbesluit Wtza gegeven toelichting verduidelijking behoeft. Hierop volgt een samenvatting in paragraaf 5. In paragraaf 6 worden, tot slot, enkele overige opmerkingen bij het concept gegeven.

2. OVER (DE TOELICHTING OP) ARTIKEL 3 WTZA

Met de eisen van artikel 3 Wtza wordt, aldus de memorie van toelichting, beoogd te waarborgen dat de bestuursstructuur van een zorgaanbieder (instelling) zodanig is ingericht dat adequaat toezicht kan worden uitgeoefend op de dagelijkse of algemene leiding. In dit verband wordt ook ge- en verwezen op en naar de Governancecode Zorg 2017 ('GCZ'), die de veldnormen bevat op het terrein van bestuur en toezicht.⁵

Volgens de reactie van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ('de Minister') op het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel betreft het hier eisen die een onafhankelijk en kritisch toezicht op het bestuur van de zorgaanbieder (instelling) moeten waarborgen. Deze eisen zijn niet nieuw, maar ontleend aan het huidige artikel 6.1 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi.⁶ Artikel 6.1 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi is met artikel 3 lid 1 Wtza verworden tot wet:

Artikel 6.1 lid 1 onder a Uitvoeringsbesluit WTZi staat in artikel 3 lid 1 onder a en b Wtza;

Artikel 6.1 lid 1 onder b Uitvoeringsbesluit WTZi staat in artikel 3 lid 1 onder c Wtza;

Artikel 6.1 lid 1 onder c Uitvoeringsbesluit WTZi staat in artikel 3 lid 1 onder d Wtza.

Verder bepaalt artikel 3 lid 2 Wtza dat bij algemene maatregel van bestuur ('AMvB') nadere eisen kunnen worden gesteld aan de bestuursstructuur van een zorgaanbieder. Bij die nadere eisen is, volgens de reactie op het advies van de Raad van State, aangesloten bij de huidige eisen van artikel 6.1 lid 2 en artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.⁷ Deze nadere eisen kunnen per categorie van zorgaanbieders verschillen en hebben in ieder geval betrekking op:

- a. de waarborging van de onafhankelijke taakvervulling door de interne toezichthouder;
- b. de samenstelling van de interne toezichthouder;
- c. de verstrekking van inlichtingen en gegevens aan de interne toezichthouder;
- d. de taken of bevoegdheden van de interne toezichthouder.

Het doel van artikel 3 lid 2 Wtza is, aldus de parlementaire geschiedenis, dat de interne toezichthouder hiermee een sterkere positie ten opzichte van de dagelijkse of algemene leiding van de zorgaanbieder (instelling) krijgt en dat de Inspectie voor Gezondheidszorg en Jeugd ('IGJ'), als externe toezichthouder, de mogelijkheid krijgt de dagelijkse of algemene leiding van een zorgaanbieder (instelling) beter aan te spreken op de samenstelling en de onafhankelijkheid van hun interne toezicht.⁸

⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34767, 3, p. 26.

⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34767, 4, p. 7.

⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34767, 4, p. 7.

⁸ Kamerstukken II 2019/20, 34767, 32 (amendement Dik-Faber c.s.) en Kamerstukken I 2019/20, 34767, C, p. 9.

3. OVER HET UITVOERINGSBESLUIT WTZA

De uitwerking van artikel 3 lid 2 Wtza is te vinden in de artikelen 6, 7, 8 en 9 van het Uitvoeringsbesluit Wtza, die goeddeels zijn ontleend aan het (al) in de GCZ bepaalde:⁹

- Ten opzichte van de GCZ is artikel 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wtza nieuw: niet eerder was een minimum aantal leden van het toezichthoudend orgaan (RvT) voorgeschreven (zie artikel 6.2.2 GCZ).
- Artikel 6 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza is ontleend aan artikel 6.2.3 GCZ.
- Hetgeen in artikel 7 lid 1 onder a Uitvoeringsbesluit Wtza is bepaald is deels nieuw en deels ontleend aan artikel 6.2.5 GCZ.
- Hetgeen in artikel 7 lid 1 onder b Uitvoeringsbesluit Wtza is bepaald was deels al terug te vinden in het huidige artikel 6.1 lid 1 onder b Uitvoeringsbesluit WTZi en (onder andere) artikel 2.6.2 GCZ. Daarop wordt hiernavolgend nog ingegaan.
- Artikel 8 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wtza is (deels) ontleend aan artikel 6.4.1 GCZ. De norm in deze laatste bepaling is overigens meeromvattend geformuleerd.
- Artikel 8 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza is (deels) ontleend aan artikel 6.2.4 GCZ. Ook de norm in deze laatste bepaling is overigens meeromvattend geformuleerd.
- Artikel 9 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wtza is (deels) ontleend aan de artikelen 5.6 en 6.4.3 GCZ, maar goeddeels ook nieuw, in die zin dat deze bepaling aan de zorgaanbieder (instelling) in plaats van de raad van bestuur een verplichting oplegt informatie te delen, in plaats van aan het toezichthoudend orgaan het recht op informatie te geven. Dit geldt ook voor het in artikel 9 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza bepaalde.

Kortom: met de Wtza en het Uitvoeringsbesluit Wtza zijn of worden met name al bestaande governanceregels – uit het Uitvoeringsbesluit WTZi dan wel de GCZ – meer wettelijk verankerd. Vanzelfsprekend geeft dit de externe toezichthouders, zoals de IGJ alsook de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa'), meer mogelijkheden om deze verplichtingen meer rechtstreeks af te dwingen.¹⁰

4. BESCHOUWING EN COMMENTAAR

4.1. De definitie getrappt toezicht; wat wel en niet?

Uit artikel 7 lid 1 sub b onder 8 Uitvoeringsbesluit Wtza volgt:

“De instelling borgt de onafhankelijke taakvervulling door de interne toezichthouder. Dit betekent in ieder geval dat [...] b. een lid van de interne toezichthouder [...]

8° geen lid is van de interne toezichthouder van een rechtspersoon die aandelen in de instelling houdt dan wel van een andere instelling die binnen het verzorgingsgebied van de instelling geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden verricht, tenzij die rechtspersoon of andere instelling een dochtermaatschappij van de instelling is als bedoeld in artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of die rechtspersoon of andere instelling met de instelling is verbonden in een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek”.

⁹ Toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza, p. 22.

¹⁰ Zie in die zin ook *Kamerstukken I 2019/20, 34767, C, p. 8-9.*

Op grond van deze bepaling kunnen de personen in en van de raad van toezicht binnen een (zorg)groep in de zin van artikel 2:24b BW, of in geval van dochtermaatschappijen als bedoeld in art. 2:24a BW, dezelfde zijn. Enerzijds volgt uit deze bepaling dat *iedere* (groeps)maatschappij een *eigen* raad van toezicht dient te hebben. Anderzijds volgt hieruit dat de personen in de respectievelijke raden dezelfde kunnen en mogen zijn.

Gelet hierop kan worden afgevraagd wat precies in de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wtza is bedoeld met 'getrapt toezicht' en wat daarvan de bezwaarlijkheid is, en waarom. Als immers een adequate informatievoorziening naar de raad van toezicht 'in de top' wordt ingeregeld – bijvoorbeeld via statutaire bepalingen – dan kan alsnog sprake zijn van adequaat toezicht. In dit verband kan tevens worden afgevraagd of het alsnog per (groeps)maatschappij moeten instellen van een raad van toezicht – waarvan de samenstelling dan dezelfde kan zijn – onnodige administratieve en bureaucratische lasten met zich brengt, waar een zorgvuldig ingeregeld getrapt toezicht – met als gezegd adequate (statutaire) informatievoorziening – net zo goed mogelijk moet kunnen zijn en werkbaar is. De regeling en/of de toelichting dient (dienen) op dit punt te worden verduidelijkt.

4.2. De reikwijdte Uitvoeringsbesluit Wtza

Voorts kan worden afgevraagd of de bepalingen in Uitvoeringsbesluit Wtza, voor zover uit de toelichting daarop volgt dat getrapt toezicht niet (meer) toelaatbaar is, überhaupt binnen de reikwijdte van artikel 3 lid 2 Wtza blijven. Artikel 3 lid 2 Wtza bepaalt namelijk waarover de nadere, bij AMvB te stellen, regels kunnen gaan. Er staat '*Deze nadere eisen (...) hebben in ieder geval betrekking op (...)*' de samenstelling, onafhankelijkheid, taken of bevoegdheden en de informatiepositie van de interne toezichthouder.

Artikel 3 lid 2 Wtza is ingevoegd bij amendement, waarbij is toegelicht: "(...) *Door de ruime formulering van de eerste volzin van het tweede lid is het mogelijk ook andere dan de onder a tot en met d genoemde aspecten van de bestuursstructuur te regelen.*"¹¹ De bepaling laat weliswaar ruimte, maar het is niet duidelijk of deze bepaling toelaat dat bij AMvB wordt bepaald dat getrapt toezicht niet (langer) is toegelaten. Dat geldt temeer omdat mede op basis van de wet en de parlementaire geschiedenis het tegendeel ook kan worden beargumenteerd en getrapt toezicht in de praktijk thans niet ongebruikelijk is. Afgevraagd kan aldus worden of artikel 3 Wtza wel op de manier, zoals verwoord in de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wtza, dient te worden gelezen. Het betreft immers een uitleg die niet lijkt te volgen uit de parlementaire geschiedenis en (dus) een uitleg die niet bij de wet lijkt te horen. Het begrip 'getrapt toezicht' komt bovendien in de hele parlementaire geschiedenis van de Wtza of de Aanpassingswet Wtza niet in deze context voor. Ook op dit punt dienen het Uitvoeringsbesluit Wtza en de toelichting daarop te worden verduidelijkt.

4.3. De bedoeling wetgever c.q. Minister

Uit hetgeen hiervoor over de parlementaire geschiedenis bij de Wtza is weergegeven blijkt dat met de Wtza niet, althans niet uitdrukkelijk, is beoogd de regels over governance, de positie van het intern toezicht uit te breiden en daaraan meer eisen te stellen dan thans het geval is. Dit lijkt ook nog eens te worden bevestigd door een brief van de Minister van 25 november 2019. Daarin geeft hij aan:

"In de Wtza is al een grondslag opgenomen om nadere eisen te kunnen stellen aan het onafhankelijk intern toezicht. Om de positie van het intern toezicht verder te verstevigen wordt in het kader van het wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering gedacht aan aanvullende bepalingen over de samenstelling, positionering en de bevoegdheden van de intern toezichthouder. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de positie van de

¹¹ Kamerstukken II 2019/20, 34767, 32 (amendement Dik-Faber c.s.).

interne toezichthouder in complexe vennootschapsstructuren. De taak van de interne toezichthouder beperkt zich in dat geval niet alleen tot het toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken binnen de holding, maar de interne toezichthouder moet ook voldoende zicht hebben op de dochterrechtspersonen binnen het concern. Daarvoor is het van belang [is] dat de interne toezichthouder beschikt over een goede informatiepositie en de juiste bevoegdheden. Daarnaast is voldoende kennis en kunde een vereiste. Dat laatste is niet gemakkelijk in handhaafbare regels te vatten. Conform de gewijzigde motie van de leden Slootweg en Van den Berg vragen wij daarom de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg & Welzijn (NVTZ) om in haar programma «Goed Toezicht» tot verdere verdieping van kennis van toezicht op het bestuur van zorgaanbieders met een complexe vennootschapsstructuur te komen, met een daarbij behorende accreditatie.»¹²

Uit dit citaat volgt dat in het wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders ('Wibz'), ten aanzien waarvan in november 2019 de wens is uitgesproken dit in het najaar van 2020 ter internetconsultatie te kunnen aanbieden,¹³ aanvullende bepalingen over de samenstelling, *positionering* en de bevoegdheden van de intern toezichthouder zullen worden opgenomen en dat dit dus niet met de *huidige* wettelijke regeling – de Wtza – is of wordt beoogd. Bovendien wordt nog extern (veld)onderzoek gedaan in het kader van de voorbereiding van de Wibz.

Uit voornoemd citaat van de Minister volgt daarnaast dat de taak van de interne toezichthouder zich in complexe vennootschapsstructuren niet alleen beperkt tot het toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken binnen de holding, maar dat de interne toezichthouder ook voldoende zicht moet hebben op de dochterrechtspersonen binnen het concern. Dat is een regel die thans ook al (deels) voortvloeit uit artikel 4.1.1 GCZ, en dus in zoverre ook niet nieuw is. Uit het citaat volgt evenwel *niet* dat ook is beoogd getraptd toezicht niet (meer) toe te staan. Wél dient sprake te zijn van een adequate informatiepositie, zoals door de wetgever ook bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is aangegeven. De bedoeling van artikel 3 Wtza – en het daarop gebaseerde Uitvoeringsbesluit Wtza – is dat de interne toezichthouder toeziet op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de zorgaanbieder (instelling) en de algemene gang van zaken binnen de zorgaanbieder (instelling), en daarbij waakt over de naleving van de voor de zorgaanbieder (instelling) geldende wet- en regelgeving met betrekking tot onder meer de kwaliteit en veiligheid van de zorg. Hier is van belang dat de dagelijkse of algemene leiding de interne toezichthouder in staat stelt diens taken naar behoren uit te voeren en dus ook alle informatie verstrekt die daar voor nodig is.¹⁴ Deze regel bestaat momenteel al, op basis van artikel 5.6 GCZ, en blijft gelet op de wettekst van de Wtza en het Uitvoeringsbesluit Wtza ook bestaan.

5. SAMENVATTEND

Het is niet duidelijk wat in de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wtza met 'getraptd toezicht' is bedoeld. Gelet op de huidige praktijk van het getraptd toezicht is dus niet duidelijk welke constructie(s) al dan niet is of zijn (of: niet meer zal of zullen zijn) toegestaan. De toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wtza bevat voorts een uitleg die niet, althans niet duidelijk, uit de wet of de parlementaire geschiedenis daarvan volgt. Volgens de parlementaire geschiedenis bij de Wtza is het (enkel) de bedoeling om aan te sluiten bij de (huidige) bepalingen in de WTZi, het Uitvoeringsbesluit WTZi en – ook – dat tot op zekere hoogte nadere eisen aan

¹² Kamerstukken II 2019/20, 34767, 19, p. 6-7.

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 34767, 19, p. 8. Zie voorts Kamerstukken II 2019/20, 34767, 42.

¹⁴ Kamerstukken I 2019/20, 34767, C, p. 10.

de (personen van) de raad van toezicht worden gesteld. Dit volgt ook uit de (strekking van de) bepalingen zelf en de vergelijkingen die in dit verband kunnen worden gemaakt.

Uit de wetstoelichting blijkt verder dat wordt beoogd dat de zorgaanbieder de verplichting heeft om de raad van toezicht op adequate wijze van alle (benodigde) informatie te voorzien, over (elk deel van) de zorgorganisatie. Daarmee is uitdrukkelijk niet bepaald of aangegeven dat getrapt toezicht niet langer zal worden toegestaan. Sterker nog: wanneer adequate informatievoorziening is gewaarborgd zijn er, ook vanuit het doel van de wet beredeneerd, namelijk het (hebben ingeregeld van) adequaat toezicht, geen bezwaren tegen getrapt toezicht. Dit maakt de toelichting naast wethistorisch gezien onjuist ook verwarrend, mede gelet op het standpunt van de Minister van november 2019 in het kader van (de voorbereiding van) de Wibz.

6. AANVULLEND

Tot slot wijzen wij nog op de spelfout in artikel 3 sub e Uitvoeringsbesluit Wtza ('omschr~~even~~en'). Ook wijzen wij op artikel 5 sub c en d Uitvoeringsbesluit Wtza waarin is opgenomen "in de regel met tien of minder zorgverleners" respectievelijk "in de regel met vijftwintig of minder zorgverleners". Het zinsdeel "in de regel" is (terecht) verwijderd uit het oorspronkelijke (concept-)wetsontwerp.¹⁵ De term dient naar onze mening ook uit het Uitvoeringsbesluit Wtza te worden verwijderd, nu deze onvoldoende (rechts)zeker is en bovendien inconsistent met de Wtza.

Wij zijn vanzelfsprekend bereid tot een nadere toelichting op het bovenstaande.

Eindhoven, 20 juli 2020

Holla Advocaten



Pim van de Goor
Advocaat-Partner



Jacqueline de Vries
Advocaat

¹⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34767, 3, p. 24.