

**PER EMAIL**

Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

28 november 2022

Inzake: Consultatie concept Wibz

Hooggeachte heer Kuipers,

Met belangstelling heeft Hofner Advocatuur kennisgenomen van het concept voor het Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders ("**Wibz**"). Dit concept geeft aanleiding tot een algemene beschouwing en enkele aanbevelingen die ik hierbij graag met U deel.

**Algemene beschouwing Wibz**

De concept Memorie van Toelichting (MvT) onderbouwt het belang van de Wibz voor een belangrijk deel met – samengevat - het tegengaan van fraude, voorkomen van weglek van publieke middelen en het weren van kwaadwillenden. Om dat doel te bereiken voorziet de Wibz in een aantal maatregelen die een sectorbrede toename van regeldruk en administratieve lasten tot gevolg zullen hebben. Die toename van regeldruk is een belangrijk nadeel van de Wibz.

Het toevoegen van meer wet- en regelgeving met genoemde doelstellingen zal afnemende meeropbrengsten hebben. Inherent aan excessen en onrechtmatig handelen is immers dat wet- en regelgeving niet wordt nageleefd. Anders gezegd, moeten de goeden lijden onder de kwaden omdat de Wibz echt noodzakelijk is? Of is er reden om het geïnstitutionaliseerd wantrouwen in dit concept van de Wibz terug te dringen? De MvT geeft het antwoord op die vraag nog onvoldoende. De huidige tekst van het wetsvoorstel en de MvT leidt mij tot de volgende wegging van voor- en nadelen.

*Verbod op winstuitkering*

Voor wat betreft het verbod op winstuitkering geldt dat de Wibz sluiproutes die nu nog gemeengoed zijn, zoals de zogenoemde ZBC-constructie, dicht kan zetten. Die sluiproutes leiden tot rechtsongelijkheid, zodat het (kunnen) dichtzetten daarvan een voordeel is. Van die mogelijkheid wordt blijkens de MvT, pagina 15, voor de ZBC-constructie overigens nog geen gebruik gemaakt. Het zou voor de rechtszekerheid wenselijk zijn hierover voor invoering van de Wibz duidelijkheid te verschaffen. Een breed en modern verbod op winstuitkering kan ook ook dienen als vervanging voor het huidige zorgspecifieke toezicht op vastgoedtransacties. Vermogen zou, ongeacht de herkomst daarvan, onder dit verbod moeten vallen. Ook hier is een breed en

modern verbod op winstuitkering vooral een voordeel voor de zorgsector. Tenslotte zou het verbinden van voorwaarden aan winstuitkering een nuttig extra beleidsinstrument kunnen zijn binnen het stelsel van gereguleerde marktwerking.

Het netto-effect van de Wibz lijkt ten aanzien van het gemoderniseerde verbod op winstuitkering positief te zijn. Wel compliceert de definitie van winstuitkering in de Wibz onnodig. Daarover hierna meer.

### *Tegenstrijdig belang en zakelijke transacties*

De overige elementen van de Wibz met betrekking tot tegenstrijdige belangen of marktconformiteit van transacties, liggen al ruimschoots vast in boek 2 BW of de Governancecode Zorg. Het is de vraag of het nodig is dit nogmaals vast te leggen in de Wibz en of het noodzakelijk is hier expliciet publiekrechtelijk toezicht op te creëren. Bovendien voegt de Wibz aan deze normen diverse administratieve verplichtingen toe. Ook daar kan worden betwijfeld of het nodig is dit nogmaals vast te leggen. Uit boek 2 BW of de Governancecode Zorg vloeien vergelijkbare normen voor vastlegging en verantwoording voort, maar wordt wel meer ruimte gelaten aan zorgaanbieders om daar invulling aan te geven naar eigen inzicht en met inachtneming van de omstandigheden van elk geval. De praktijk laat zien dat er in dit opzicht ook goed zelfreinigend vermogen is in de zorgsector.<sup>1</sup>

De belangrijkste rechtvaardiging om desondanks deze elementen toe te voegen vindt de MvT in de stelling dat het IGJ en NZa op dit moment zou ontbreken aan voldoende opsporings- en handhavingmogelijkheden (pagina 3 en 4). Verder dan een beeld dat IGJ en NZa zelf schetsen van die vermeende problematiek gaat de MvT niet. De MvT herhaalt daarmee de visie van IGJ en NZa uit eerdere parlementaire documenten.<sup>2</sup> In die documenten noch de MvT wordt concreet, juridisch onderbouwd waarom sprake is van een probleem.

Het blijven herhalen van de visie van twee ZBO's in kamerstukken maakt hun visie nog niet juist. Zeker omdat het een te beperkte voorstelling van zaken lijkt. Waar de IGJ de Governancecode Zorg hanteert als veldnorm, zou zij instellingen binnen het kader van titel 5.2 Awb moeten kunnen bevragen op naleving daarvan op grond van haar toezichthoudende taken in het kader van de Wkkgz en WTZa.<sup>3</sup> Dat heeft IGJ bijvoorbeeld in de casus Alliade waarnaar de MvT verwijst ook gedaan. Te betwijfelen valt of de normen uit de Wibz de uitkomst in die casus anders zouden hebben gemaakt.

Waar de visie van deze twee ZBO's de basis is voor een sectorbrede toename van regeldruk, is zorgvuldigheid op zijn plaats. Omdat tot heden een onderbouwing van het vermeende probleem ontbreekt, is allereerst een eigen juridische analyse van uw Ministerie nodig of daadwerkelijk sprake is een (juridisch) probleem. Als dat zo zou zijn, dan kan daarna pas worden beoordeeld of aannemelijk is dat de Wibz dit probleem oplost. De MvT lijkt in te gaan op deze tweede vraag en de eerste vraag te beantwoorden met alleen een visie van twee ZBO's. Zonder eigen onderbouwing van het antwoord op de eerste vraag moet het vermoeden zijn dat het netto-effect van regelingen omtrent tegenstrijdige belangen en marktconformiteit van transacties negatief is. Er ontstaat meer regeldruk zonder dat daar een duidelijk onderbouwde noodzaak voor is.

---

<sup>1</sup> Zie bijv: <https://leden.actiz.nl/nieuws/web/ouderenzorg/open/deling/2019/overeenstemming-actiz-en-buurtzorg-over-toepassen-governancecode-zorg>

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld Kamerstukken II, 23235, 179 en Kamerstukken II, 34767, nr. 19.

<sup>3</sup> Zie voor een nadere toelichting: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1674, GJ 2021/126 met noot mr. drs. C.J. de Boer.

### *Maatschappelijke doelstelling*

Ook het formaliseren met de Wibz dat zorgaanbieders het maatschappelijk belang moeten dienen is onnodig. Deze opdracht wordt in de zorg breed en diep gevoeld zonder dat daar wet- en regelgeving voor nodig is. Er hoeft maar een jaarverslag open te worden geslagen om dat te zien. Welk nut en welke noodzaak dient de verankering daarvan in wetgeving? Welke zorgen zijn er dat de hardwerkende professionals in de zorg deze opdracht terzijde schuiven? Welke zorgfraudeur zal 's nachts slecht slapen na opname hiervan in de Wibz? Welke malafide partijen glippen nu nog tussen de mazen van de wet door die met deze toevoeging toch gepakt gaan worden? De MvT zou ook hier ten minste nut en noodzaak beter moeten toelichten. Zonder die toelichting gaat het om meer regeldruk - en potentieel rechtsonzekerheid over de taken uit boek 2 BW zich verhouden tot deze norm - zonder een duidelijke reden daarvoor. Dat dient het maatschappelijk belang in elk geval niet.

*Tussenconclusie: alleen een modern verbod op winstuitkering is een verbetering*

Ik concludeer alles overziend dat de Wibz zou kunnen volstaan met een breed geformuleerd gemoderniseerd verbod op winstuitkering. Dat voegt een wettelijke norm toe waarop de NZa kan handhaven en zo nodig ook niet-zakelijke transacties met aandeelhouders of andere belanghebbenden ter discussie kan stellen. Alle overige normen en eisen uit de Wibz voegen uitsluitend regeldruk toe zonder dat daar noemenswaardige voordelen tegenover staan.

### **Definitie van winstuitkering<sup>4</sup>**

De definitie van winstuitkering in artikel 1 Wmg beoogt alle vormen van uitkering die niet vooraf als uitzondering zijn gedefinieerd, te kwalificeren als winstuitkering. Winstuitkering is vervolgens verboden, tenzij deze valt onder enkele uitzonderingen (artikel 40e Wmg). Voordeel van deze wijze van definiëren is dat omzeiling van het verbod op winsttoegmerk moeilijker wordt. Niet alleen een dividenduitkering kwalificeert straks als winstuitkering. Ook bijvoorbeeld een te hoge rente op een lening valt onder het verbod. Dat is nu nog niet zo.

Nadeel is dat de uitzonderingen in de definitie van winstuitkering volledig moeten zijn om te voorkomen dat ook legitieme betalingen gekwalificeerd worden als (verboden) winstuitkering. Het wetsvoorstel roept in dat licht direct vragen op.

Wat als een zorgaanbieder vermogen maatschappelijk wil aanwenden en een schenking doet? Bijvoorbeeld aan een stichting die sociaal maatschappelijke projecten in de buurt organiseert waarvan de zorgaanbieder meent dat die de zorg of het welzijn van haar cliënten ten goede kunnen komen. Dit zonder dat daarvoor specifieke diensten worden ingekocht. Of een schenking aan een instelling die roken door jongeren ontmoedigt? Of vermogen dat bij een vriendenstichting wordt ondergebracht? Of vermogen dat binnen een groep van rechtspersonen wordt aangewend om verliezen van een andere zorgaanbieder uit de groep te dekken, bijvoorbeeld omdat continuïteit van die andere zorgaanbieder in het maatschappelijk belang is? Of de zorgaanbieder die besluit tekorten in een samenwerkingsverband te dekken? En maakt het daarbij uit of het gaat om een pro rata tekort van de bijdrage in een samenwerkingsverband of dat (deels) ook tekorten van andere partijen in het samenwerkingsverband voor haar rekening worden genomen omdat die het financieel zwaar hebben? De sterkste schouders dragen de zwaarste lasten past dan juist bij de maatschappelijke taak die de Wibz gaat verankeren.

---

<sup>4</sup> Tenzij hierna anders aangegeven, geldt deze input uiteraard ook voor de corresponderende voorgestelde wetswijziging van de Jeugdwet.

De huidige formulering van het begrip winstuitkering knelt bij op deze voorbeelden. De definitie lijkt nog niet voldoende uitgewerkt.

En is van belang in welke vorm winstuitkering plaatsvindt? Dat is nu niet duidelijk. De definitie van wintuitkering suggereert dat het gaat om betalingen van contant of giraal geld. Maar wat als een zorgaanbieder in natura uitkeringen doet? Of goederen of diensten (anders dan arbeid) inbrengt in een personenvennootschap? Bijvoorbeeld om niet het gebruiksrecht op een pand om daarin door een VOF een nieuw innovatief product te laten ontwikkelen? Het is de vraag of de definitie van winstuitkering hier ruimte voor biedt. Is sprake van een aan de zorgaanbieder geleverde dienst? Mogelijk als het product uiteindelijk voor de zorgaanbieder nuttig kan zijn. Maar wat als het een innovatie in het maatschappelijk belang is waar de zorgaanbieder zelf niks aan heeft? De definitie van winstuitkering legt ook hier onnodig beperkingen op.

Gelet op deze vragen geeft Hofner Advocatuur in overweging om te kiezen voor een andere, minder complexe, definitie van winstuitkering. In elk geval een definitie die niet tracht in enkele zinnen alle mogelijk toelaatbare vormen van verschuiving van vermogen te beschrijven. Voldoende zou moeten zijn dat dividenduitkeringen en waardeverschuivingen met materieel hetzelfde effect niet zijn toegestaan. Dat is weliswaar niet alles omvattend, maar zou wel de meeste sluiproutes moeten dichtzetten. Zo nodig kan bij AMvB niet limitatief worden beschreven welke waardeverschuivingen hieronder vallen.

### **Betere formulering artikel 40e lid 2 sub c Wmg gewenst**

Ten aanzien van artikel 40e lid 2 sub c Wmg speelt de vraag of deze uitzondering niet te generiek is? De MvT (pagina 33) lijkt in elk geval voor sub c een beperktere toepassing te zien dan nu uit de wettekst blijkt. De MvT formuleert als aanname dat er een verband is tussen de zorg die de aandeelhouder levert en de zorg die de vennootschap levert. Dat verband ligt niet vast in de wettekst. Wat is dan de reikwijdte van de uitzondering sub c als een arts tevens enig aandeelhouder is van een verpleeghuis in de vorm van een BV? De formulering behoeft daar wellicht enige verduidelijking.

### **Artikel 40f lid 1 Wmg zet een rem op samenwerking**

Lid 1 van artikel 40f Wmg bevat een verruiming van het begrip zorgaanbieder uit de Wmg naar organisatorische verbanden. De term "*organisatorisch verband*" is terminologie uit de WTZi en andere (inmiddels al lang vervangen) zorgwetten. Het gebruik van deze niet juridisch gedefinieerde terminologie leidt tot rechtsonzekerheid. Juist waar artikel 40e Wmg deze term ook gebruikt en een verbodsbepaling bevat, is rechtszekerheid van groot belang.

Daar komt bij dat in de Wibz onduidelijk is of met organisatorisch verband alleen de personenvennootschap (maatschap, VOF en CV) wordt bedoeld of ook andere vormen van (contractuele) samenwerking. De toelichting op lid 3 van artikel 40e Wmg<sup>5</sup> op pagina 33 van de MvT suggereert dat de ruimere reikwijdte kan zijn bedoeld.<sup>6</sup> Daarna en bij de toelichting op artikel 40f Wmg op pagina 33 en 34 van de MvT lijkt het echter alleen te gaan om personenvennootschappen.

De reikwijdte van het artikel, in het bijzonder het begrip "*organisatorisch verband*", moet daarom worden verduidelijkt.

---

<sup>5</sup> Tekstueel: de nummering van dit lid moet aangepast.

<sup>6</sup> Derde alinea onder kopje artikel 40e: "*Het gaat als eerste om een situatie waarin door zorgaanbieders op basis van een samenwerkingsovereenkomst zorg wordt verleend.*"

Daarbij moet worden opgemerkt dat een ruimere reikwijdte, die ook andere samenwerkingsovereenkomsten dan de personenvennootschap omvat, zeer onwenselijke gevolgen zal hebben. Die ruimere reikwijdte zal een rem zetten op samenwerking tussen zorgaanbieders. Die rem is onnodig en leidt tot allerlei juridische vragen. Ter illustratie, een samenwerking (niet zijnde een personenvennootschap):

- Heeft geen bestuur of daarop gelijkend orgaan met vergelijkbare status. Hoe moeten de normen uit 40c en 40d Wmg worden toegepast? En leidt toepassing van deze normen op een projectleider of directie aangesteld in het kader van een samenwerkingsverband niet tot een ongewenste doorkruising van de governance van de moeders? Als op dat niveau eigen wettelijke verplichtingen gelden, hoe verhoudt zich dat tot de verantwoording die RvB en RvT op het niveau van de moeders moeten afleggen? Genoemde projectleider of directie heeft dan immers potentieel een eigen (wettelijk verankerd) belang om instructies van de RvB ter discussie te stellen.
- Gaat geen eigen rechtshandelingen aan. Wederom, hoe moeten artikel 40c en 40d Wmg worden toegepast?
- Heeft geen eigen vermogen. Hoe kan sprake zijn van uitkeringen in de zin van 40e Wmg?
- Heeft geen rechtspersoonlijkheid. Wie spreekt de NZa aan bij handhaving? Het antwoord lijkt mij: de achterliggende zorgaanbieders. Dat maakt duidelijk maakt de uitbreiding overbodig is.

Daarbij is verder van belang dat het recente Integraal Zorgakkoord (IZA) de komende decennia veel (meer) samenwerking tussen zorgaanbieders vereist. Artikel 40f lid 1 Wmg zal het tot stand brengen van die samenwerking bemoeilijken, in elk geval als de ruimere reikwijdte is beoogd maar vermoedelijk ook bij de meer beperkte reikwijdte.

Ten slotte zal het van toepassing zijn van deze normen op samenwerkingsverbanden voor partijen buiten de zorg een reden zijn om geen of minder snel zaken te doen met de zorg. Een belangrijke bron van innovatie en kapitaal wordt daarmee onnodig beknot.

Als opgemerkt is de toevoeging ook niet nodig. Artikelen 40c, 40d en 40e Wmg zijn al van toepassing op (het bestuur van) de zorgaanbieders in de betreffende samenwerkingsverbanden. In voorkomende gevallen zal ook het intern toezicht op grond van de WTZA de belangen van deze zorgaanbieder in het oog (moeten) houden. Het is niet nodig om ook de samenwerkingsverbanden onder de reikwijdte van de Wibz te brengen.

Advies is de bepaling in zijn geheel te schrappen. Mocht Uw ministerie menen dat er een noodzaak is de uitbreiding op te nemen, dan zou die noodzaak nader moeten worden toegelicht in de MvT en daarin ook worden verduidelijkt dat "*organisatorisch verband*" alleen ziet op personenvennootschappen. Dat zou verder kunnen worden beperkt tot die personenvennootschappen die een eigen WTZA-vergunning houden, zodat er een duidelijkere aansluiting is tussen intern toezicht en de normen uit artikelen 40c, 40d en 40e Wmg.

### **Rechtsvorm in relatie tot natuurlijk persoon**

Duidelijkheid is gewenst in de formulering van paragraaf 3.1.2 van de concept MvT. Bedoeld is dat de rechtsvorm van een onderneming niet terzake doet voor toepassing van de tegenstrijdig belangregeling. Door de tekst: "*te laten gelden voor alle zorgaanbieders als bedoeld in de Wmg en jeugdhulpaanbieders in de Jeugdwet. Dit is ongeacht hun rechtsvorm, dus ook voor zorg- en jeugdhulpaanbieders die geen rechtspersoon zijn.*" De indruk zou kunnen ontstaan dat ook zorgaanbieders - natuurlijk personen/zelfstandige professionals onder de reikwijdte van dit deel

van de Wibz vallen. Dat is gelet op de concept wettekst niet bedoeld. Wellicht dat deze passage in de MvT kan worden verduidelijkt.

### **Goed moment voor reparatie van de WTZa**

In het verlengde daarvan geeft Hofner Advocatuur in overweging om gelijktijdig reparatiewetgeving voor de WTZa door te voeren. De tekst van de definitie van het begrip instelling in de WTZa omvat op dit moment niet de personenmaatschap van rechtspersonen. Dit lijkt, zeker ook gelet op het voorgestelde artikel 40f lid 1 Wmg, een onbedoelde wijziging ten opzichte van de WTZi. Het CIBG geeft inmiddels informeel ook aan dat de personenvennootschap van rechtspersonen gelet op het doel van de WTZa wel degelijk een WTZa-vergunning kan houden.

### **Slotopmerking**

Ik kijk met belangstelling uit naar de definitieve wettekst en ben graag beschikbaar als U een nadere toelichting op het voorgaande zou willen ontvangen.

Hoogachtend,  
HOFNER Advocatuur

C.J. de Boer

