

Utrecht, 30 november 2022

Reactie NVTZ Internetconsultatie Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wibz)

In deze bijdrage geeft de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg en Welzijn (NVTZ) een reactie op het Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wibz). De NVTZ is met circa 5000 individuele leden en ruim 1000 aangesloten organisaties de grootste toezichthoudersvereniging van Nederland. Haar leden zijn actief in de welzijnssector en in alle deelsectoren van de zorg. In die hoedanigheid geeft de NVTZ graag haar visie op het wetsvoorstel, dat is gericht op het bevorderen van integrale bedrijfsvoering in de zorg. Daartoe worden in deze reactie allereerst een aantal algemene opmerkingen bij het wetsvoorstel gemaakt, van zowel procedurele als inhoudelijke aard. Vervolgens wordt een reactie gegeven op de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel.

Vooropgesteld zij dat de NVTZ de opvatting onderschrijft dat fraude in de zorg en misbruik van zorggelden een effectieve aanpak vergen en dat deze aanpak de nodige aandacht verdient. Desalniettemin twifelen wij aan de toegevoegde waarde van het wetsvoorstel en vrezen wij dat zorgaanbieders met verkeerde intenties aan het regime van het voorliggende wetsvoorstel zullen ontkomen, terwijl zorgaanbieders die van goede wil zijn met extra (administratieve) lasten worden opgezadeld. Wij zijn van mening dat het wetsvoorstel geen recht doet aan de praktijk, waarin merendeel van de zorgaanbieders goede intenties heeft en deze intenties weet te realiseren. Hoewel wij de opvatting onderschrijven dat iedere vorm van zorgfraude of misbruik van zorggelden er een te veel is, willen wij benadrukken dat deze gevallen de uitzondering op de regel vormen en ook als zodanig behandeld dienen te worden. Het onnodig belasten van goedwillende zorgaanbieders kan een onwenselijk effect hebben op de kwaliteit van zorg en aan het doel van het wetsvoorstel voorbijgaan.

1. Algemene opmerkingen

1.1 Opmerkingen van procesmatige aard

Meer ruimte voor input uit het veld

Graag maken wij allereerst een aantal opmerkingen van procesmatige aard. Om te beginnen is de NVTZ teleurgesteld over het voorliggende wetsvoorstel en de wijze waarop dit tot stand is gekomen. Reeds in 2019 is het wetsvoorstel voor het eerst geïntroduceerd, waarna enkele keren een voorlichting is gegeven over de beoogde inhoud daarvan. Op het moment ligt een onsystematisch product voor, dat in verschillende - op het eerste oog - onsamenhangende onderdelen uiteenvalt. Deze verschillende onderwerpen worden, al dan niet met concrete normen, samengebracht onder de noemer van integrale bedrijfsvoering.

Een jarenlange voorbereiding is aan dit wetsvoorstel voorafgegaan, waarbij wij, als onderdeel van het veld, slechts zijdelings betrokken zijn geweest en geen werkelijke input op de inhoud

hebben kunnen geven. Dit gebrek aan inhoudelijke input leidt er onzes inziens toe dat een onvoldoende deugdelijk voorstel voorligt, dat niet aansluit op (de behoeften van) het veld. In dat kader willen wij tevens ons ongenoegen uitspreken over de zeer krappe tijdspanne die aan het veld is geboden om een reactie op het wetsvoorstel te geven. De mogelijkheid om te reageren is op 31 oktober 2022 geopend en sluit op 1 december 2022. Een maand biedt onzes inziens onvoldoende tijd voor een zorgvuldige bestudering en reactie. Wij hopen dan ook dat deze beperkte ruimte voor input niets zegt over de waarde die de Minister aan de inhoud van de internetconsultatie zal toekennen.

1.2 Opmerkingen van inhoudelijke aard

Onvoldoende oog voor andere relevante rechtssystemen

Alvorens op de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel te reageren, volgt allereerst een aantal algemene inhoudelijke opmerkingen bij het voorstel. Om te beginnen valt het wetsvoorstel in verschillende onderdelen uiteen, waaronder de normen ter voorkoming van negatieve gevolgen van tegengestelde belangen en de aanpassing van de regels omtrent het winstuitkeringsverbod. Bij beide onderdelen valt ons op dat onvoldoende aansluiting is gezocht bij andere relevante rechtssystemen, zoals het Burgerlijk Wetboek (BW). Hier wordt zelfs op geen enkele manier aan gerefereerd. Hierop zal bij deze onderdelen nog nader worden ingegaan. Wij zijn tevens van mening dat de regeling van het winstuitkeringsverbod niet past binnen dit wetsvoorstel. Dit verbod sluit niet (langer) aan op de huidige praktijk van zorgondernemingen en is onzes inziens niet effectief om fraude te bestrijden. Het is het lastig om winstuitkering te normeren, terwijl het gemakkelijk is om een winstuitkeringsverbod te omzeilen. Om die reden zijn wij van mening dat het effectiever is om te zoeken naar handvatten waarmee individuele gevallen beoordeeld en veroordeeld kunnen worden.

In dit kader zij tevens opgemerkt dat wij menen dat het wetsvoorstel zeer spoedig volgt op eerdere wetgeving (lees: de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) en de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR)) die moet bijdragen aan onafhankelijke en zuivere bedrijfsvoering. Bovendien worstelen zorgaanbieders nog steeds met de implementatie van deze wetgeving. De effecten van de voormelde wetgeving zijn nog niet onderzocht en onzes inziens wordt daarop dan ook vooruitgelopen met onderhavig wetsvoorstel.

Onvoldoende oog voor andere onbenutte (bestaande) mogelijkheden

In het licht van de voorgaande inhoudelijke opmerking willen wij tevens opmerken dat het de NVTZ voorkomt dat voorbij wordt gegaan aan de reeds bestaande en onbestaande meer gepaste mogelijkheden om niet-integere individuen aan te pakken. Er zijn verschillende bestaande instrumentaria waarmee niet-integere individuen kunnen worden aangepakt en waarmee waarborgen kunnen worden gesteld aan de bedrijfsvoering om integriteit te bevorderen. Onder andere kan gedacht worden aan het enquêterecht van het Openbaar Ministerie (al dan niet op verzoek van de IGJ, NZa, toezichthouders of stakeholders) om een onderzoek naar de gang van zaken bij een zorgaanbieder te vorderen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam ontslag of schorsing van een bestuurder en/of toezichthouder te vorderen. Waar het de bedrijfsvoering betreft, zijn in

de Wtza reeds waarborgen opgenomen om de integriteit te bevorderen, namelijk in artikel 3, dat de bestuursstructuur betreft.

Op het gebied van te creëren mogelijkheden wil de NVTZ de Minister in overweging geven een orgaan in het leven te roepen dat, naar analogie van het tuchtrecht, aan de hand van een algemene norm per geval beoordeelt of sprake is van niet integer handelen door specifieke personen. Integriteit gaat namelijk over de intrinsieke motivatie van individuen en is daarom een diffuus begrip, waarvan de invulling onzes inziens niet volledig in regelgeving is te vatten. Waar het organisaties betreft, zijn wij van mening dat ruim voldoende regelgeving bestaat die houvast moet bieden aan het vormgeven en in stand houden van integere bedrijfsvoering. In dit kader willen wij tevens opmerken dat, hoewel de titel van het wetsvoorstel de woorden 'integere bedrijfsvoering' in zich draagt, de concretere voorgestelde normen (met name ten aanzien van weigerings- en intrekingsgronden voor de vergunning) vooral zien op niet-integere *personen*, niet zo zeer op de niet-integere *bedrijfsvoering*. Tegelijkertijd hebben de concrete normen een disproportionele weerslag op de zorgorganisatie als geheel, zo zal tevens uit het vervolg blijken.

Inconsistentie met uitgangspunten Integraal Zorgakkoord

De NVTZ is van mening dat het onderhavige wetsvoorstel niet consistent is met de uitgangspunten uit het Integraal Zorgakkoord 2023. Een van de opgaven die in het IZA is opgenomen, betreft het verminderen van administratieve lasten. Zoals uit het vervolg zal blijken, levert het onderhavige wetsvoorstel extra - onzes inziens onnodige - administratieve lasten op. Op dit punt kan ook wel worden gesproken van een omgekeerde bewijslast: zorgaanbieders moeten aantonen dat zij integer zijn, daar wordt niet op voorhand van uitgegaan. Daarnaast wordt in het IZA betoogd dat meer aandacht dient te komen voor de samenwerking tussen zorgaanbieders. Dit uitgangspunt is onverenigbaar met het voornemen uit het wetsvoorstel tot aanscherpen van de winstklem. Dit kan immers gevolgen hebben voor de haalbaarheid van reguliere samenwerkingsverbanden, zo zal ook uit het vervolg blijken. Een andere opgave uit het IZA waarmee het wetsvoorstel niet strookt, is het werken vanuit vertrouwen in plaats van wantrouwen. Daar sommige zorgprofessionals een gebrek aan vertrouwen ervaren, is in het IZA afgesproken hen meer vertrouwen te geven. (De titel van) het wetsvoorstel geeft onzes inziens desalniettemin blijk van een gebrek aan vertrouwen in de integriteit van individuen in de zorg.

Tot slot: (de titel van) de wet in verhouding tot haar doelstelling

Voor de NVTZ is het niet geheel duidelijk wat het precieze doel van het onderhavige wetsvoorstel is. Als het voorstel draait om het stellen van waarborgen aan de bedrijfsvoering teneinde integer handelen te bevorderen, dan dient dit nader afgebakend te worden door dit handelen af te zetten tegen onwenselijke bedrijfsvoeringspraktijken. Het is onvoldoende duidelijk welke casussen (en hoeveel) aanleiding hebben gegeven tot de vaststelling dat onwenselijke bedrijfsvoeringspraktijken dermate evident aanwezig zijn binnen de zorg, dat deze met regelgeving genormeerd dienen te worden. Bovendien krijgt de NVTZ niet het idee dat 'de echte materie' (c.q. de werkelijk malafide bedrijfsvoering, misbruik van zorggelden) met deze wet wordt geraakt. Om die reden geeft de NVTZ de Minister in overweging om de titel

van de wet aan te passen door deze beter te doen aansluiten op de inhoud van het wetsvoorstel (bijvoorbeeld: Wet tot aanpassing van de Wtza en de Wmg en intrekking van Wtzi).

2. Reactie per onderdeel van het wetsvoorstel

Op dit punt geven wij graag een reactie op de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel. Achtereenvolgens wordt een aantal opmerkingen gemaakt bij de regeling inzake het voorkomen van negatieve gevolgen van tegenstrijdige belangen en het waarborgen van normale marktvoorwaarden bij van betekenis zijnde transacties (par 2.1), de aanscherping en uitbreiding van de weigerings- en intrekkinggronden voor de Wtza-vergunning (par. 2.2), de aanpassing van (de bestaande regelgeving inzake) het winstuitkeringsverbod (par. 2.3) en tot slot de modernisering van het toezicht op vastgoedtransacties (par. 2.4).

2.1. Tegenstrijdige belangen en marktconforme voorwaarden

2.1.1. Normen ter voorkoming negatieve gevolgen tegenstrijdige belangen

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld een artikel (artikel 40c) toe te voegen aan de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) ter voorkoming van negatieve gevolgen van tegenstrijdige belangen. De NVTZ ziet een sterke gelijkenis tussen deze bepalingen en de bepalingen uit de Governancecode Zorg 2022 (GCZ 2022), zij het dat de bepalingen uit de GCZ 2022 meer gedetailleerd en breder zijn en ook de 'schijn' van belangenverstrengeling behandelen. Wij vragen ons dan ook af wat de verhouding is met de bepalingen uit de GCZ 2022 en of de laatste obsolete wordt indien het onderhavige wetsvoorstel in werking zou treden. Het strekt tot de aanbeveling om op deze verhouding nadere toelichting te geven.

Bovendien valt het ons op dat de Wibz net name de interne (governance)bepalingen aanscherpt, maar niet benadrukt dat dit in de externe verantwoording (bestuursverslag c.q. verslag interne toezichthouder) een vaste plek behoort te krijgen. Juist in de externe verantwoording is transparantie cruciaal.

2.1.3. Waarborgen van normale marktvoorwaarden bij van betekenis zijnde transacties

In het wetsvoorstel wordt bovendien voorgesteld een artikel (artikel 40d Wmg) toe te voegen ter waarborging van normale marktvoorwaarden bij van betekenis zijnde transacties. In het tweede lid van dit artikel is opgenomen dat de zorgaanbieder dient te onderzoeken of een adviseur die bij de besluitvorming omtrent belangrijke transacties is betrokken, directe of indirecte belangen heeft bij de besluitvorming en het bestaan daarvan dient mee te wegen bij de besluitvorming. De NVTZ onderschrijft het belang van onafhankelijke en eerlijke adviseurs, maar vraagt zich af of en om welke reden het noodzakelijk is om hier wettelijke regels aan te verbinden. Bovendien is de NVTZ met de Brancheorganisaties Zorg (BoZ) van mening dat het doen van onderzoek naar de directe of indirecte belangen van een adviseur bij een transactie niet ten goede zal komen aan de relatie tussen bestuurders en professionals. Binnen die relatie dient vertrouwen het belangrijkste uitgangspunt te zijn. Op dit punt voorziet de NVTZ met de BoZ dat deze extra verantwoordingsplicht niet alleen het gesprek tussen bestuurder en professional belemmert, maar ook onnodige kosten en administratieve lasten oplevert om de ongebondenheid van ingeschakelde adviseurs te kunnen verantwoorden. De NVTZ geeft in

overweging dat de achtergrond van deze bepaling toegelicht wordt en dat in dat kader tevens onderzoek wordt gedaan naar de voor- en nadelen van deze bepaling.

2.2. Aanscherping en uitbreiding weigerings- en intrekingsgronden Wtza-vergunning

2.2.1. Algemene opmerkingen

De NVTZ onderschrijft het doel om kwalitatief gebrekkig presterende zorgaanbieders nog beter uit de zorg te kunnen weren. Het voorliggende wetsvoorstel geeft hieraan invulling door de intrekings- en weigeringsgronden voor de Wtza-vergunning uit te breiden. Zo wordt de toets aan de voorkant verder verstevigd en wordt het gemakkelijker de vergunning in te trekken. Artikel III, Onderdeel B, bevat wijzigingen in en aanvullingen op artikel 5 van de Wtza. Artikel 5 van de Wtza bevat de gronden voor weigering van de toelatingsvergunning.

Artikel III, Onderdeel C, bevat wijzigingen in en aanvullingen op artikel 7 van de Wtza. In artikel 7 van de Wtza staat vermeld wanneer de toelatingsvergunning kan worden ingetrokken. De gronden voor intrekking die worden toegevoegd, zijn gelijk aan de gronden van weigering en zullen door de NVTZ hieronder zoveel als mogelijk in samenhang worden besproken.

Gezien het belang van de kwaliteit en continuïteit van zorgverlening dient duidelijk overeind te blijven dat het intrekken van de toelatingsvergunning een uiterste consequentie (ultimum remedium) is en blijft. De NVTZ acht het van belang de opmerkingen hierover in de MvT nadrukkelijk voor het voetlicht te blijven brengen in de nog te schrijven 'parlementaire geschiedenis'. Deze opmerkingen zijn momenteel opgenomen op pagina 15 van de MvT. Op diverse plaatsen in de MvT wordt gewag gemaakt van een 'proportionaliteitstoets'. De NVTZ vraagt zich af of bepaalde voorstellen niet per definitie disproportioneel zijn. Dat is hieronder bij de relevante onderwerpen aangegeven. In de optiek van de NVTZ kunnen disproportionele maatregelen verstreckende gevolgen hebben voor de betrokken zorgaanbieder en de continuïteit van de zorgverlening, terwijl de aanleiding van de maatregelen is gelegen in het gedrag van een individu.

Indien de Minister, na het ontvangen van alle consultatiebijdrages, deze mening niet mocht delen, dan verzoekt de NVTZ in ieder geval bij deze bepalingen extra goed te kijken naar duidelijkheid van de bepalingen, de rechtsbescherming van betrokkenen in de praktijk en ook de toelichting/concretisering bij de diverse onderwerpen. Zo spreekt de MvT zich op enkele plaatsen tegen. Een voorbeeld betreft de toelichting in paragraaf 3.3.3, op pagina 17 [onderstrepingen NVTZ]: *Deze weigeringsgrond maakt het zoals gezegd gemakkelijker om een zorgaanbieder met een dergelijke bestuurder te weigeren, omdat geen directe relatie hoeft te worden gelegd met de kwaliteit van of de rechtmatigheid van de zorg. [...] Ook hier moet worden aangetoond dat deze maatregel proportioneel is, bijvoorbeeld omdat de risico's voor de kwaliteit en de rechtmatigheid van de zorgverlening door de zorgaanbieder dusdanig zijn dat dit een gerechtvaardigde maatregel is.*

2.2.2. Weigerings- en intrekingsgronden: tegenstrijdige belangen

Voor de situatie waarin tegenstrijdige belangen spelen, worden in het wetsvoorstel aanvullende regels gesteld. In paragraaf 2.1 heeft de NVTZ hier reeds op gereageerd.

Nieuw binnen dit onderwerp is dat het feit dat sprake is van handelen in strijd met de regels bij een tegenstrijdig belang, reeds voldoende aanleiding kan zijn om een vergunning te weigeren of in te trekken. De NVTZ heeft bij dit onderdeel de nodige bedenkingen: wie wordt er beter van? Het feit dat sprake is van handelen in strijd met de regels bij een tegenstrijdig belang kan reeds voldoende aanleiding zijn om een vergunning te weigeren of in te trekken. Onzes inziens is dit een erg zwaar middel. Immers, bij een (nadelig) tegenstrijdig belang van een persoon (bijvoorbeeld een bestuurder), heeft de persoon van de zorgaanbieder niet alleen mogelijk schade in diens vermogen, maar bij de voorgestelde wetgeving kan dit ook forse consequenties hebben voor de continuïteit van de zorgaanbieder. Ook al zou geen enkele relatie gelegd kunnen worden met bijvoorbeeld de kwaliteit van rechtmatige zorg, dan nog is het mogelijk dat de geleverde zorg gestaakt dient te worden. Immers is het zonder vergunning niet mogelijk de zorg verder te verlenen. Er vindt een enorme 'kapitaalvernietiging' plaats van de door de jaren heen opgebouwde zorgorganisatie met al haar primaire en secundaire processen, synergie tussen op elkaar ingewerkte medewerkers onderling en individuele medewerkers en de aan hun zorg toevertrouwde cliënten en patiënten.

Op grond van de huidige stand van het ondernemingsrecht, privaatrecht, strafrecht en sectorspecifieke wetgeving is er reeds voldoende te doen aan het onderwerp van tegenstrijdige belangen. Daarbij is deze materie niet zo zwart/wit als het voorstel doet lijken; het is immers pas met een oordeel van de rechter vast te stellen of daadwerkelijk wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang.

Tot slot leidt het overschrijden van de tegenstrijdig belangenregeling veelal tot 'interne aansprakelijkheid' van de desbetreffende persoon jegens de rechtspersoon. Met het intrekken van de vergunning, daarmee het staken van het verlenen van zorg en daarmee waarschijnlijk de discontinuïteit van de rechtspersoon, bestaat nauwelijks de mogelijkheid meer om deze interne aansprakelijkheid te effectueren. Daarmee wordt het schadeveroorzakend feit en de schadeveroorzakende persoon in feite ontzien terwijl de benadeelde, de zorgorganisatie, uiterst onevenredig wordt geraakt. Op deze plaats verwijzen wij naar de brief van de Minister van VWS uit februari 2017, waarin werd geconcludeerd dat er veel privaatrechtelijk (inclusief ondernemingsrechtelijk) instrumentarium is om met (onder andere) dit onderwerp om te gaan. De Minister riep op tot een actievere opstelling van betrokkenen, waaronder raden van toezicht, bij de in de brief genoemde onderwerpen. De NVTZ stond en staat nog achter deze lijn. Met andere woorden: is het steeds verder regelen en normeren van gedrag de betere weg boven het benutten van bestaande mogelijkheden? Zo is de NVTZ bezig om voor zowel de niet-rechtspersonen als voor de BV-DGA modeldocumenten te maken waarin winstuitkeringen ook aan de interne toezichthouder moeten worden voorgelegd. Daarnaast is een werkgroep van de NVTZ bezig met het ontwikkelen van een whitepaper over ethisch ondernemen in de zorg, waarin de interne toezichthouder wordt gestimuleerd zichzelf de vraag te stellen in hoeverre de eigen instelling een koers vaart die binnen de (huidige) maatschappelijke normen past en wat die normen precies inhouden.

Bovendien leidt het bestuursrechtelijk intrekken van de vergunning tot een situatie waarin de zorgaanbieder tweemaal 'gestraft' wordt. De NVTZ vraagt zich of, ondanks dat een proportionaliteitstoets bestaat, een dergelijke maatregel ooit proportioneel te noemen is, anders

dan bij wellicht zeer kleine, beginnende zorgaanbieders waarbij slechts enkele natuurlijke personen betrokken zijn.

2.2.3. Weigerings- en intrekingsgronden: het verlenen van goede zorg

Op dit moment kan een vergunning niet worden geweigerd op grond van de vaststelling dat een zorgaanbieder waarschijnlijk niet zal voldoen aan de eis van het leveren van goede zorg in de zin van artikel 2 Wkkgz. De NVTZ vindt het logisch en zeer wenselijk dat deze mogelijkheid wordt geïntroduceerd. Bovendien komt het de NVTZ wenselijk voor dat de mogelijkheid wordt geïntroduceerd om de vergunning van zorgaanbieders die herhaaldelijk niet aan de eisen van de Wkkgz voldoen, in te trekken. Daarnaast komt het de NVTZ logisch voor dat, indien een zorgaanbieder niet aannemelijk maakt dat hij zal voldoen aan de eisen van artikel 2 Wkkgz, de toelatingsvergunning wordt geweigerd of ingetrokken. Ook hier geldt uiteraard dat de intrekking van de vergunning proportioneel dient te zijn, gelet op alle omstandigheden van het geval.

2.2.4. Weigerings- en intrekingsgronden: disfunctionerende bestuurders

De NVTZ is van mening dat voorgestelde bepaling inzake disfunctionerende bestuurders tot disproportionele maatregelen kan leiden. In het wetsvoorstel wordt namelijk voorgesteld om aan de weigerings- en intrekingsgronden een bepaling toe te voegen ten aanzien van de omstandigheid dat een bestuurder, lid van de interne toezichthouder of een persoon die anderszins zeggenschap heeft in de zorgaanbieder, in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag 'zeggenschap' heeft gehad in een of meer zorgaanbieders die in die periode de in het eerste lid van artikel 5 (nieuw) Wtza genoemde bepalingen hebben overtreden. Hiermee wordt geëxpliciteerd dat niet alleen het functioneren van de zorgaanbieder, maar ook de antecedenten van bij de zorgaanbieder betrokken natuurlijke personen mee kunnen wegen bij het besluit om een vergunning te weigeren of in te trekken. Hoewel discretionair (zoals blijkt uit de woorden "Onze Minister kan"), is deze bepaling dusdanig vaag en ruim geformuleerd, dat afgevraagd kan worden of deze de toets van rechtszekerheid kan doorstaan. Hierbij speelt overigens een rol dat het wetsvoorstel uitgaat van een zeer fluïde begrip van 'dagelijkse of algemene leiding van de instelling' (DAL), hetgeen per zorgorganisatie in de praktijk een uiteenlopende betekenis heeft. Het voorgaande kan leiden tot de situatie dat de Minister de toelatingsvergunning van zorgaanbieder-A intrekt, indien blijkt dat bijvoorbeeld Manager Inkoop, lid van het Management Team (lid van de algemene of dagelijkse leiding in het wetsvoorstel) vier jaar geleden lid was van het MT/DAL van een geheel andere zorgaanbieder(-B) die in strijd heeft gehandeld met bijvoorbeeld artikel 5, eerste lid, onderdeel d, door niet (tijdig) een cliëntenraad in te stellen. Hoewel een onwenselijke situatie bij zorgaanbieder-B, zou een dergelijke voorgestelde consequentie voor zorgaanbieder-A in onze ogen erg ver gaan. De NVTZ wil de Minister dan ook in overweging geven om goed na te gaan of een onderscheid tussen 'bestuur' en de 'DAL' bepaalde onderdelen van de zorgwetgeving niet ten goede zou komen. Wij vragen ons af of de zorg niet meer gebaat is bij het aansluiten bij reeds bestaande kaders (vergelijk als voorbeeld het huidige artikel 5, vijfde lid: "Onze Minister kan de toelatingsvergunning voorts weigeren in geval en onder de voorwaarden,

bedoeld in artikel 3 van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur”).

Benodigde rechtszekerheid?

Zoals in de MvT reeds opgemerkt, is het weigeren of intrekken van de vergunning van de zorgaanbieder wegens disfunctioneren in het verleden van een of meer andere personen een vergaande maatregel. *“De toepassing van deze bepaling kan immers de facto leiden tot een (tijdelijk) bestuursverbod in de zorg”*, aldus de MvT. Wij zijn van mening dat terughoudendheid gepast is bij dergelijke vergaande oordeelsvorming over personen en het al dan niet daaraan verbinden van consequenties voor andere personen (in casu de zorgaanbieder). Wij willen de Minister dan ook in overweging geven te bezien of de benoemde doelstelling niet beter gerealiseerd kan worden via het bestaande bestuursverbod ex artikel 2:298 BW, zoals dat door de WBTR opnieuw voor het voetlicht is gebracht en is uitgebreid naar commissarissen. Dit is tevens in lijn met de eerder aangehaalde brief van de Minister van VWS uit 2017. Dit ‘bestuursverbod’ is met een gang naar de rechter met waarborgen omkleed. Een - reeds eerder geopperde - mogelijkheid is tevens om via sectorale wetgeving dit artikel voor de stichting, maar ook voor andere rechtspersonen zoals bijvoorbeeld de vereniging en coöperatie te doen gelden.

2.2.5. Weigerings- en intrekingsgronden: deugdelijke administratie

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om naast artikel 35 Wmg als extra intrekings- en weigeringsgrond op te nemen dat een zorgaanbieder dient te beschikken over een deugdelijke administratie (artikel 36 Wmg). Het komt de NVTZ logisch voor dat, indien een zorgaanbieder niet aannemelijk maakt dat hij voldoet aan de eisen van artikel 36 Wmg, de toelatingsvergunning wordt geweigerd of ingetrokken. De NVTZ vraagt zich echter af of het gesignaleerde tekort in de huidige regeling (artikel 35 Wmg) met de voorgestelde wijziging voldoende wordt ondervangen. Immers, het bij artikel 35 Wmg geopperde nadeel (een schending is vaak pas achteraf vast te stellen en niet bij de aanvraag reeds te toetsen) zal zich ook bij artikel 36 Wmg kunnen verwezenlijken, aangezien de daar genoemde administratie onder andere ziet op de overeenkomsten en geleverde prestaties, alsmede wanneer die prestaties zijn geleverd, hetgeen tevens pas achteraf is vast te stellen. De NVTZ geeft de Minister in overweging om onderzoek te doen of het opnemen van of verwijzen naar de algemene administratieplichten, zoals onder andere verwoord in artikel 2:10 BW en 3:15i BW, geen uitkomst zou kunnen bieden bij de wens om juist vooraf bepaalde uitgangspunten van administratieve aard te willen kunnen toetsen.

2.2.6. Weigerings- en intrekingsgronden: goed en rechtmatig functioneren zorgaanbieder is onvoldoende geborgd

De tweede in Artikel III-B-5-3 (beoogd artikel 5, negende lid, Wtza) voorziene toevoeging van een extra weigeringsgrond houdt in dat de Minister een toelatingsvergunning kan weigeren indien sprake is van zodanige omstandigheden dat een goed en rechtmatig functioneren van de zorgaanbieder redelijkerwijs onvoldoende is geborgd. De NVTZ vindt het niet meer dan logisch dat er een zogenaamde vangnetbepaling komt voor overige ongewenste situaties. Het

wetsvoorstel sluit hierop aan: *“Deze bepaling is opgenomen met het oog op situaties waarin geen zorgwetgeving is overtreden door de zorgaanbieder of de beleidsbepalers die werkzaam zijn binnen de zorgaanbieder, maar waarin wel sprake is van andere feiten en omstandigheden die wijzen op een ernstig risico voor de kwaliteit van de te verlenen zorg door deze zorgaanbieder.”* Tevens kan sprake zijn van: *“feiten of omstandigheden die het ernstige vermoeden rechtvaardigen dat de middelen bedoeld voor de zorg, door de zorgaanbieder niet op rechtmatige wijze zullen worden aangewend.”* Ook kan gedacht worden aan: *“een situatie waarin een lid van de algemene of dagelijkse leiding of de interne toezichthouder eenzelfde functie heeft vervuld bij één of meer zorgaanbieders waarvan de toelatingsvergunning is geweigerd dan wel ingetrokken”* (aldus de MvT, pagina 36). De NVTZ vraagt zich af of deze bepaling de toets van rechtszekerheid kan doorstaan. Het ligt voor de hand dat de aanwijzingen voor een mogelijk risico eerst worden vastgesteld alvorens daar consequenties aan worden verbonden. Juist in een dergelijk ‘voortraject’ kan snel worden bijgestuurd en bovenal geleerd. Het lijkt de NVTZ verstandig de goede intenties en integriteit van het overgrote deel van de sector voorop te blijven stellen. Bovendien vraagt de NVTZ zich af wat de Minister voor opvolgingsacties neemt naast het weigeren van een toelatingsvergunning. Immers kan deze zorgaanbieder doorgaan met het verlenen van niet Wtza-vergunningsplichtige zorg met de daarbij horende vraagtekens rondom de kwaliteit.

2.2.7. Weigerings- en intrekingsgronden: overige opmerkingen

Artikel III, Onderdeel B, bevat wijzigingen in en aanvullingen op artikel 5 van de Wtza. Artikel 5 van de Wtza bevat de gronden voor weigering van de toelatingsvergunning. Het wetsvoorstel laat het huidige eerste artikellid vervallen met een beroep op artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). *“Op aanvragen om een toelatingsvergunning is ook artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Het eerste lid kan daarom vervallen.”* Aldus de MvT, pagina 36. Het huidige artikellid bevat echter een weigering van rechtswege (*“Onze Minister weigert de toelatingsvergunning indien...”*), terwijl artikel 4:5 Awb een discretionaire bevoegdheid bevat (*“Het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet te behandelen, indien.”* [onderstreping NVTZ]) Wellicht wordt in het wetsvoorstel gekozen voor meer beoordelingsvrijheid. Dit is op basis van de huidige tekst niet te herleiden. In ieder geval wil de NVTZ u hierop attent maken.

2.3. Aanpassing winstuitkeringsverbod en modernisering toezicht op vastgoedtransacties

2.3.1. Het winstuitkeringsverbod (onder voorwaarden)

Met artikel 40e Wmg (nieuw) blijft het winstuitkeringsverbod als regel bestaan (eerste lid) en wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om voorwaarden te verbinden aan het uitkeren van winst (tweede lid).

De publiek bekostigde zorg in Nederland wordt uitgevoerd door private marktpartijen, de zorgaanbieders. Zorgaanbieders hebben in de bedrijfsvoering en governance te maken met een diversiteit van regulering, maar dragen geheel zelf de risico's voor de exploitatie en de investeringen. Tegen deze achtergrond is een winstklem of winstuitkeringsverbod binnen het zorgstelsel onevenwichtig en onlogisch. Dit is eerst en vooral een attentiepunt in het licht van

de houdbaarheid van het huidige stelsel en de continuïteit van zorgaanbieders. Anders gezegd: waarom zouden financiers bereid zijn op lange termijn toenemende risico's te lopen zonder een marktconforme vergoeding?

De wettelijke voortzetting van het winstuitkeringsverbod wordt in de memorie van toelichting gestaafd met de uitkomsten van extern onderzoek. De NVTZ concludeert dat genoemde positieve en negatieve effecten primair zijn gewogen langs de drie pijlers van het Nederlandse zorgstelsel; kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid. Indien ook de belangen van zorgaanbieders betrokken zouden worden in deze analyse, zou een groter accent worden gelegd op de criteria financierbaarheid, externe samenwerking, risicomanagement en continuïteit van zorgaanbieders. De invalshoek van de zorgaanbieder is echter onderbelicht. De keuze voor het winstuitkeringsverbod remt het ondernemerschap van private partijen.

Veel van de NVTZ-leden houden toezicht op een zorgaanbieder die zich heeft georganiseerd binnen een stichting. Voor deze aanbieders is het begrip winstuitkering niet opportuun. Statutair is het immers voor de stichting onmogelijk om winst uit te keren; er is evenmin sprake van aandeelhouders of leden aan wie winst uitgekeerd kan worden. Toekomstgericht is er echter (ook) aandacht nodig voor de belangen van zorgaanbieders die in een stichtingsvorm worden geëxploiteerd vanuit (1) financierbaarheid en (2) de noodzaak van samenwerking.

1. Financierbaarheid

Voor de financiering van investeringen in vastgoed, ICT en innovatie zijn zorgaanbieders primair aangewezen op bankfinanciering. Deze financiers zoeken financiële zekerheid in businesscases en convenanten met bancaire normen zoals DSCR en solvabiliteit. Banken signaleren een trendmatige verslechtering van de financiële performance van zorgaanbieders. Dit zal een tweedeling opleveren waarbij een deel van de sector bankfinanciering kan blijven aantrekken en een deel geen beroep kan doen op bankfinanciering. De laatstgenoemde groep is voor het aantrekken van vreemd vermogen aangewezen op financieringsalternatieven waarbij financiers alleen investeren met (gedeeltelijke) zeggenschap en een marktconform rendement; dit alternatief duldt redelijkerwijs geen blokkering door een winstuitkeringsverbod. Alternatieven kunnen worden gevonden in het gefaseerd loslaten van het winstuitkeringsverbod tot het toestaan van winst/dividend over een gemaximeerd vermogen (gemaximeerd percentage van het balanstotaal).

2. De noodzaak van samenwerking

Ontwikkelingen zoals Juiste Zorg op de Juiste Plek (JZOP), het Programma Wonen, Ondersteuning en Zorg voor Ouderen (WOZO) en het Integraal Zorgakkoord (IZA) benadrukken de onderlinge samenwerking tussen zorgaanbieders. Bij verdergaande samenwerking en/of investeringsopgaven van het samenwerkingsinitiatief wordt de governance (nog) belangrijker. Juridisch gezien is de BV of de coöperatie het grondmodel voor eenduidigheid wat betreft zeggenschap en de onderlinge regeling van rendement en risico's. De introductie van het winstuitkeringsverbod kan de haalbaarheid van reguliere samenwerkingsvormen raken.

2.3.2. Aandachtspunten rondom het winstuitkeringsverbod

a. Duidelijke en logische regulering

Voor het goed functioneren van de zorgmarkten is duidelijke regulering een randvoorwaarde. De verandering van het winstuitkeringsverbod van aanbieder naar (functioneel) aanbod draagt bij aan die consistentie. Anderzijds is het inconsistent om onderaannemers en hoofdaannemers anders te behandelen rondom de winstklem. De bepaling dat onderaannemers (voorlopig) buiten het winstuitkeringsverbod vallen, werkt een tweedeling in de hand. Onbedoeld ontstaan daardoor:

- Zorgaanbieders die géén winst mogen uitkeren;
- Identieke zorgaanbieders die met een simpele structurering wel winst kunnen uitkeren (door het tussenvoegen van een onderaannemer).

Ten slotte valt op dat de normstelling rondom winstuitkeringen later uitgewerkt wordt in een algemene maatregel van bestuur en dus vooralsnog onduidelijk blijft.

b. Conditionering van winstuitkeringen

Voor de situaties waarin geen winstuitkeringsverbod geldt, zullen nadere voorwaarden worden geïntroduceerd en bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld worden. Daarbij verwijst de MvT in algemene zin en niet limitatief naar de financiële gezondheid van de zorgaanbieder, de kwaliteit van zorg en de betrokkenheid van de interne toezichthouder. Voor goede marktwerking is regelzekerheid en -duidelijkheid van belang. Naast procedurele aspecten (wie is bevoegd in de besluitvorming?) is daarbij ook heldere normstelling essentieel. Daarbij ligt de mogelijkheid om aan te sluiten bij de huidige bepalingen in het BW. De beperkte uitkeerbaarheid van dividend/winstuitkering is in het BW vanuit crediteurenbescherming geborgd in de balans- en uitkeringstest (liquiditeitstest). De overweging voor een separate toets op de kwaliteit van de zorg of jeugdhulp is daarbij een opvallende keuze. Niet alleen omdat het evident complex is om tot een dekkende set van kwaliteitsnormen te komen; de kwaliteit van de zorg of jeugdhulp is zo cruciaal dat deze a priori vooraf en tussentijds geborgd is c.q. moet zijn bij het verlenen, weigeren en intrekken van een Wtza-vergunning (en niet achteraf na de vaststelling en de goedkeuring van de jaarverantwoording).

c. Waarom een winstuitkeringsverbod in de situaties waarin geen zorggeld weglekt?

Vanuit het perspectief van continuïteit in de financierbaarheid van de zorgaanbieders verdient het verbod op winstuitkering een nuancering. Zo is het aan te bevelen onderscheid te maken tussen een winstuitkering aan een zorgaanbieder enerzijds en uitkering aan overige rechtspersonen en natuurlijke personen anderzijds. Als winsten uitgekeerd worden aan een zorgaanbieder is immers geen sprake van het weglekken van zorggelden naar de private sector. Dit bevordert de voorgestane samenwerking tussen zorgaanbieders.

d. Winstuitkering als loon van een natuurlijk persoon

De MvT stelt dat het winstuitkeringsverbod niet zal gelden voor gevallen waarin de winst in feite het loon van een natuurlijk persoon vormt. Waarschijnlijk wordt bedoeld op een ontheffing van het winstuitkeringsverbod bij ZZP'ers, eenmanszaken en vennootschappen onder firma. De NVTZ acht een verdere verduidelijking, ook in samenloop met de WNT, wenselijk.

2.3.3 Modernisering toezicht op vastgoedtransacties

De NVTZ herkent de conclusie dat de invloed van het College Sanering Zorginstellingen in de praktijk als disproportioneel wordt ervaren. De beoogde afschaffing van het CSZ is echter vooral een procedurele verandering. Het opgelegde externe toezicht op de structurering van het verkoopproces en de marktconformiteit van de vastgoedtransactie vervalst met de invoering van de Wibz. Het valt op dat de MvT benadrukt dat de randvoorwaarden daarvoor wettelijk geborgd zijn. Wettelijke bepalingen over (tegenstrijdige) belangen mitigeren weliswaar de tendenties, maar borgen niet de deskundigheid en de professionaliteit die in een incidenteel verkoopproces bepalend zijn voor het maximaliseren van de verkoopopbrengst. De NVTZ onderschrijft de extra aandacht van de interne toezichthouder voor marktconformiteit van (vastgoed)transacties; ook en vooral de professionaliteit die (ook zonder de CSZ-toets) een goed gestructureerd verkoopproces verlangt. Daar niet iedere interne toezichthouder zal beschikken over een vastgoeddeskundige, acht de NVTZ het raadzaam om (al dan niet tijdelijk) een adviesorgaan in te stellen dat zorgaanbieders kan bijstaan op het gebied van vastgoedtransacties, met name waar het gaat om kleine instellingen.

3. Resumerend

De NVTZ onderschrijft het voornemen om fraude in de zorg en misbruik van zorggelden effectief aan te pakken. Evenwel zijn wij van mening dat de Wibz zoals voorgesteld niet de (juiste) middelen biedt voor deze effectieve aanpak. Onzes inziens heeft het veld onvoldoende input kunnen geven op de inhoud van het voorstel, wat eraan heeft bijgedragen dat de wet aan het doel van het waarborgen van integere bedrijfsvoering in de zorg voorbyschiet.

Om te beginnen hebben wij grote twijfels bij de proportionaliteit van de maatregelen die het wetsvoorstel aanreikt voor gevallen waarin 'niet-integere bedrijfsvoering' is gesignaleerd. Deze maatregelen, die grotendeels gebaseerd zijn op het handelen van een individu, zouden verregaande gevolgen kunnen hebben voor de gehele zorgonderneming en de continuïteit van zorg.

Daarnaast wordt onzes inziens in het wetsvoorstel onvoldoende rekening is gehouden met andere relevante rechtssystemen, waarin bovendien verschillende onbenutte middelen om niet-integere bedrijfsvoering aan te pakken, zijn opgenomen. Bovendien is het wetsvoorstel niet in lijn met de uitgangspunten van het IZA, waaronder het verminderen van administratieve lasten, het bevorderen van samenwerking tussen zorgorganisaties en het vertrouwen in en op zorgprofessionals. Bovendien bestaat onduidelijkheid over de verhouding tussen de bepalingen uit het wetsvoorstel en veldnormen uit de Governancecode Zorg 2022.

Daarnaast zijn wij van mening dat het ingewikkeld is om winstuitkering te verbieden en dat een verbod gemakkelijk te omzeilen is. Wij zijn dan ook voorstander van een benadering waarbinnen individuele gevallen beoordeeld en veroordeeld kunnen worden. Wel herkent de NVTZ de conclusie dat het CSZ geen plek meer heeft binnen de zorgpraktijk, met de kanttekening dat het raadzaam is om zorgorganisaties op dit gebied enigszins gefaseerd los te laten.

In meer algemene zin is de NVTZ van mening dat dit wetsvoorstel, dat in wezen dient tot aanpassingen van de Wtza en de Wmg en afschaffing van de Wtzi, voorbijgaat aan het



merendeel van zorgaanbieders dat zuivere en integere intenties heeft en dat niet gebaat is bij onnodige administratieve lasten.

Tot slot zij opgemerkt dat de NVTZ zich aansluit bij de reacties van de NVZD en de BoZ op het onderhavige wetsvoorstel.

De NVTZ is te allen tijde bereid tot nader overleg.

Namens het bestuur van de NVTZ,

Hoogachtend,

A. Koster
Voorzitter