

AAN De Minister voor Langdurige Zorg en Sport,  
De Minister voor Rechtsbescherming,  
De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

VAN K.D. Meersma  
Advocaat  
TELEFOON +31 88 253 5129  
FAX +31 88 253 5258  
E-MAIL kmeersma@akd.nl

BEZOEKADRES Gustav Mahlerlaan 2970  
1081 LA AMSTERDAM  
POSTADRES Postbus 59280  
1040 KG AMSTERDAM  
Nederland  
INTERNET www.akd.nl

DATUM 30 november 2022

ONDERWERP **Wetsvoorstel integere bedrijfsvoering  
zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wibz)**

## I Inleiding

1. Naar aanleiding van de publicatie van het concept Wetsvoorstel integere bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders ('Wibz') en de bijbehorende concept-Memorie van Toelichting ('MvT') van 31 oktober 2022, zend ik hierbij mijn reactie op de consultatie.

## II Reactie op het concept Wibz

### II.1 Naamstelling

2. In de benaming van het wetsvoorstel wordt een relatie gelegd met integriteit. Dat vind ik ongelukkig, omdat het suggereert dat er iets mis is met de integriteit in de sector en dat die verbeterd kan worden met een wetsvoorstel. Beide is naar mijn waarneming niet het geval, en de MvT maakt niet aannemelijk dat het wel zo is. Het dekt evenmin de lading van het wetsvoorstel. De vraag bijvoorbeeld welke categorie zorgaanbieder wel en welke geen winst mag uitkeren, is geen integriteitsvraagstuk. Die wordt beantwoord, zo begrijp ik de toelichting, op basis van het functioneren van de markt. Afschaffing van het toezicht op de vervreemding van het zorgvastgoed – van harte toegejuicht – is evenmin een integriteitskwestie. Intrekking van een WTZa-vergunning vanwege disfunctionerende bestuurders? Dat is onkunde, niet noodzakelijkerwijs een gebrekkig moreel kompas.
3. Ik zou derhalve een zakelijker, neutrale benaming kiezen zoals:

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

*Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet toetreding zorgaanbieders, de Jeugdwet en enige andere wetten in verband met de doelmatigheid van de bedrijfsvoering van zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wet doelmatige bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders)*

## II.2 Algemene norm voor de bedrijfsvoering

4. Naar de voorgestelde artikelen 40c lid 1 Wmg en 4.2.2 lid 1 Jeugdwet moet de zorg- of jeugdhulpaanbieder zich bij de vervulling van zijn taak richten naar het belang van de zorg- of jeugdhulpaanbieder, waaronder het te behartigen maatschappelijke belang en het belang van de bij de zorg- of jeugdhulpaanbieder betrokken belanghebbenden.
5. De redactie van het voorstel leunt half op de reeds bestaande wettelijke bepalingen voor de taakomschrijving van de bestuurder, zie bijvoorbeeld art. 2:291 lid 3 BW. Voor de zorg kennen we inmiddels art. 8 Uitvoeringsbesluit WTZa, dat een taakopdracht aan de toezichthouder bevat. Ook daar vindt men vergelijkbare bewoordingen.
6. De redactie van de voorgestelde artikelen maken dat het allemaal net wat afwijkt op een merkwaardige manier. Het komt erop neer *dat de zorgaanbieder zich richt naar het belang van de zorgaanbieder*. Dat klinkt onnatuurlijk, onlogisch, of wellicht zo logisch dat men het niet in een wet verwacht. Zou hier niet, in aanvulling op de wettelijke regeling in Boek 2, een taakopdracht voor het bestuur moeten staan? De bestuurder moet zich richten naar het belang van de zorgaanbieder.
7. Deze bepalingen veroorzaken dat publiekrechtelijk toezicht op de gemaakte belangenafweging van het bestuur mogelijk is, zo leert de Memorie van Toelichting. De zorg- of jeugdhulpaanbieder moet inzicht kunnen geven en, in sommige gevallen, kunnen uitleggen waarom een belangenafweging een bepaalde kant op is gevallen. Het publiekrechtelijke toezicht op deze norm zal zich volgens het wetsvoorstel richten op de onderbouwing van de gemaakte keuze aan de hand van de ten tijde van de besluitvorming bekende omstandigheden, waarbij marginaal getoetst zal worden.<sup>1</sup>
8. Dit publiekrechtelijk toezicht op – in potentie – alles wat een zorgaanbieder doet, is ongewenst en wezensvreemd aan de inrichting van het Nederlandse zorgstelsel. Een panoptisch toezichthouder die zich over alles een oordeel mag vormen, zal zich over alles een oordeel gaan vormen. Dit terwijl de NZa, belast met deze taak, helemaal niet in staat is om de belangenafweging waar zorgbestuurders dagdagelijks voor staan op waarde te schatten. Dat is geen diskwalificatie van de NZa, maar slechts een constatering dat effectief overheidstoezicht een zekere begrenzing moet kennen. En die ontbreekt met deze publiekrechtelijke normstelling en het toezicht daarop van de NZa.

<sup>1</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 8.

### II.3 Wettelijke grondslag voor de tegenstrijdige belangenregeling

9. De voorgestelde artikelen 40c lid 2 Wmg en 4.2.2 lid 2 Jeugdwet bevatten een tegenstrijdig belangenregeling, waarbij beoogd is aan te sluiten bij de tegenstrijdige belangenregeling uit Boek 2 BW. Deze regeling zal gelden voor de bestuurders en de interne toezichthouders van zorg- of jeugdhulpaanbieders, ongeacht de rechtsvorm.
10. Wanneer een bestuurder of interne toezichthouder van de zorg- of jeugdhulpaanbieder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met de belangen van de zorgaanbieder, neemt de bestuurder of intern toezichthouder niet deel aan de beraadslaging. Als daardoor geen besluit genomen kan worden door het beslissingsbevoegde orgaan, moet de besluitvorming worden overgedragen aan een ander (orgaan). Door zorg- of jeugdhulpaanbieders met rechtspersoonlijkheid wordt daarvoor de regeling uit Boek 2 BW gevolgd. Zorg- of jeugdhulpaanbieders zonder rechtspersoonlijkheid moeten zelf voorzien in een andere wijze tot het nemen van een besluit, zoals het verschuiven van de beslissingsbevoegdheid naar een eventuele interne toezichthouder.<sup>2</sup>
11. Slechts wanneer het doorschuiven van de beslissingsbevoegdheid niet mogelijk is, komt de beslissingsbevoegdheid weer terug bij degene die in eerste instantie beslissingsbevoegd was. Het belang om beslissingen te kunnen maken prevaleert dan.<sup>3</sup>
12. De voorgestelde artikelen 40c lid 3 Wmg en 4.2.2 lid 3 Jeugdwet schrijven voor dat bij deelname aan de beraadslaging en besluitvorming, terwijl sprake is van een tegenstrijdig belang, de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastgelegd moeten worden. De doelen daarvan zijn het bieden van transparantie aan de betrokken partijen over hoe de zorgaanbieder omgaat met dergelijke situaties en het controleerbaar maken van de integriteit van de belangenafweging van de zorg- of jeugdhulpaanbieder voor de externe toezichthouder.<sup>4</sup>
13. Dit komt niet uit de lucht vallen. De aandacht die de NZa en de IGJ aan tegenstrijdig belang en belangenverstremming geven, is niet onopgemerkt gebleven. Maar is het een groot probleem in de zorg? Rechtvaardigt het een eigen wettelijke regeling? Het antwoord is wat mij betreft: nee. De casuïstiek die wetgevende arbeid kan rechtvaardigen, ontbreekt in de MvT.
14. Daarbij komt dat het voorgestelde artikelen 40d Wmg en 4.4.3 Jeugdwet een norm wordt geïntroduceerd die ervoor zorgt dat de zorg- of jeugdhulpaanbieder de normale marktvoorwaarden hanteert bij bepaalde van betekenis zijnde transacties tussen de zorgaanbieder en een partij waarbij een bestuurder, een aandeelhouder of een interne toezichthouder van de zorgaanbieder een direct of indirect belang heeft. Deze norm geldt ongeacht of sprake is van tegenstrijdig belang.<sup>5</sup> Is daarmee niet geregeld wat geregeld moet worden? Kan het BW daarnaast niet gewoon zijn werk

<sup>2</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 8.

<sup>3</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 8.

<sup>4</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 9.

<sup>5</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 10.

doen? Dan kan ook geprofiteerd worden van de rechtsontwikkeling aldaar,<sup>6</sup> in plaats dat een eigen leerstuk wordt geïntroduceerd.

#### II.4 Mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden aan winstuitkering

15. Het is zorg- en jeugdhulpaanbieders toegestaan om winst te maken, maar het is niet iedere zorg- en jeugdhulpaanbieder toegestaan om winst uit te keren. De categorieën van zorgaanbieders in de Wlz of Zvw die wel winst mogen uitkeren, zijn benoemd in artikel 3.1 van het Uitvoeringsbesluit WTZi. In de Wibz wordt voorgesteld om het winstuitkeringsverbod op te nemen in de Wmg in plaats van in de WTZi.<sup>7</sup>
16. Door het winstuitkeringsverbod op te nemen in de Wmg en te koppelen aan het begrip zorgaanbieder in plaats van aan het begrip instelling, wordt de reikwijdte van het verbod veel groter. Dit raakt met name, zo blijkt ook uit de MvT, onderaannemers. Dat wordt vervolgens weer gecorrigeerd door in een algemene maatregel van bestuur categorieën van zorgaanbieders weer uit te sluiten.
17. Het is in Nederland gangbaar dat marktpartijen gebruik maken van een constructie waarin de huidige WTZi-toelating in een rechtspersoon wordt ondergebracht waar een winstklem op grond van de wet (stichting) of de statuten (een BV) op rust. Die entiteit sluit overeenkomsten met zorgverzekeraars. Vervolgens worden alle werkzaamheden uitbesteed aan een andere rechtspersoon - veelal een kapitaalvennootschap. Op die laatste rust het winstuitkeringsverbod van artikel 5 lid 2 WTZi (oud en nieuw) niet. De entiteit met de toelating doet niets anders dan contracteren met zorgverzekeraars of het zonder contract declareren aan de zorgverzekeraar of de patiënt, en besteedt alles één op één uit aan een profit center. Respectievelijke bewindspersonen hebben meer dan een keer er blijk van gegeven dat deze praktijk is toegestaan.
18. Met dit voorstel wordt deze constructie onder de reikwijdte van het winstuitkeringsverbod gebracht. Dat hiermee een staande, toegestane praktijk in beginsel wordt verboden, en dat daarmee de gerechtvaardigde verwachtingen waarmee zorgondernemers geld hebben geïnvesteerd in hun onderneming worden geraakt, krijgt geen aandacht in de MvT. Het is daarbij niet genoeg om te zeggen dat via een algemene maatregel van bestuur in eerste instantie een ontheffing zal worden gegeven. Er zit nogal verschil tussen iets mogen omdat het niet verboden is, en iets mogen omdat er een ontheffing is van een verbod.
19. Bij dit alles besteedt de memorie van toelichting onvoldoende aandacht aan de olifant in de kamer, de vrij verkeersbepalingen uit het VWEU. Het onderzoek van de Radboud Universiteit uit 2018 naar de toelaatbaarheid van een verbod op winstuitkering,<sup>8</sup> werpt meer drempels op dan het wetsvoorstel bereid is te nemen.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:GHAMS:2022:1287 voor relevante ontwikkelingen op dit vlak.

<sup>7</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 12.

<sup>8</sup> ADVIES OVER HET REGULEREN VAN WINSTUITKERING DOOR ZORGAANBIEDERS, Mr. J.M. Veenbrink, dr. L.R. Glas en

## II.5 Mogelijkheid van het stellen van voorwaarden aan de winstuitkering

20. In de Wibz wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om voorwaarden te stellen aan winstuitkering voor vormen van zorg waar *geen* winstuitkeringsverbod voor geldt. Het gaat daarbij om voorwaarden, opgesteld bij algemene maatregel van bestuur, waaraan moet zijn voldaan, voordat winstuitkering over dat boekjaar mogelijk is.<sup>9</sup> Deze voorwaarden kunnen ook gaan gelden voor de onderaannemers in de zorg.<sup>10</sup>
21. Per zorgvorm zal moeten worden bezien om welke voorwaarden het moet gaan. Signalen uit jaarverslagen of door input van toezichthouders zullen leiden tot de beoordeling of de introductie van voorwaarden noodzakelijk is. Als voorbeelden van signalen worden genoemd: hoge onverklaarbare winsten, nadelige effecten op de kwaliteit van zorg of veel korte termijn investeringen.<sup>11</sup> Ook zijn “veel korte termijn investeringen” kennelijk rode vlag, want die kunnen aanleiding zijn voor onderzoek. Waarom korte termijнинvesteringen verdacht zijn of beter achterwege kunnen blijven, lezen we niet.
22. Duidelijk is dat hier geen actueel probleem wordt opgelost. Bij die stand van zaken zou de legislatieve aandacht ook besteed kunnen worden aan zaken die wel bemoeienis van de wetgever rechtvaardigen.

## II.6 Definitie van winstuitkering

23. De voorgestelde definitie van winstuitkering verbiedt meer dan het beoogt te verbieden, bijvoorbeeld de schenking van de ene zorgaanbieder aan de andere. Dat komt in de praktijk nogal eens voor. Het lijkt niet goed die mogelijkheid af te sluiten.

## III **Afsluitend**

24. Ik ben graag beschikbaar voor een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,

K.D. Meersma  
Advocaat  
AKD

prof. mr. J.W. van de Gronden Vaksectie Internationaal en Europees recht, Radboud Universiteit Nijmegen 17 december 2018, te raadplegen via [zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-893420.pdf](http://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-893420.pdf)

<sup>9</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 13-14.

<sup>10</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 15.

<sup>11</sup> Memorie van Toelichting Wibz, p. 14.