

36 686

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

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 26 juni 2024 en het nader rapport d.d. 27 januari 2025, aangeboden aan de Koning door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 12 maart 2024, nr. 2024000630, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 26 juni 2024, nr. W13.24.00046/III, bied ik U, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 12 maart 2024, no.2024000630, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Staatssecretaris Koninkrijksrelaties en Digitalisering, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet toetreding zorgaanbieders, de Jeugdwet en enige andere wetten in verband met de integriteit van de bedrijfsvoering van zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wet integere bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel is erop gericht de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg en jeugdhulp te bevorderen. De regering acht publiekrechtelijk toezicht op de integere bedrijfsvoering door zorgaanbieders nodig en wil daartoe de externe toezichthouders Nederlandse Zorgautoriteit (Nza) en Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) handvatten bieden om zorgaanbieders daarop aan te kunnen spreken. Bij twijfels over tegenstrijdige belangen of excessieve winstuitkeringen door zorgaanbieders

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

moet het externe toezicht sneller en voortvarender kunnen optreden. De regering komt daarom met nadere regelgeving, als aanvulling op het al bestaande wettelijke kader.

De Afdeling advisering van de Raad van State begrijpt de wens van de regering om te voorkomen dat financiële middelen die bedoeld zijn voor het verlenen van goede zorg en jeugdhulp, daar niet voor worden ingezet door niet-integer handelende zorgaanbieders. De Afdeling zet echter vraagtekens bij de wijze waarop de regering dit wil realiseren.

De Afdeling mist in de toelichting een duidelijke probleemanalyse. In dit verband merkt zij op dat nu al wettelijke eisen worden gesteld aan de manier waarop zorg- en jeugdhulpaanbieders hun zorg- en jeugdhulpverlening inrichten. De toelichting maakt onvoldoende duidelijk waarom deze bestaande (publiekrechtelijke) regelgeving, aangevuld door zelfregulering via governancecodes, ontoereikend is om toezicht te kunnen houden op en zo nodig handhavend op te treden tegen niet-integere bedrijfsvoering door zorg- en jeugdhulpaanbieders.

De toelichting maakt verder niet inzichtelijk welke vormen van niet-integer gedrag zich voordoen, bij welke categorieën zorgaanbieders dit het geval is en in welke mate dit voorkomt. Inzicht daarin is wel nodig om te kunnen bezien of de voorgestelde regeling nodig is, of deze proportioneel is, of maatregelen nodig zijn die alle zorg- en jeugdhulpaanbieders raken en of en zo ja welke alternatieven denkbaar zijn.

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting uiteen te zetten welke vormen van niet-integer gedrag zich voordoen, bij welke categorieën zorgaanbieders dit het geval is en in welke mate dit voorkomt. De Afdeling adviseert daarbij in te gaan op mogelijke verschillen tussen grote en kleine zorgaanbieders, en tussen zorgaanbieders die Zvw-zorg, Wlz-zorg en jeugdzorg aanbieden.

Voorts adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom de voorgestelde regeling, in aanvulling op de bestaande (publiekrechtelijke) regelgeving en zelfregulering via governancecodes in de zorg nodig is om toezicht te houden op integere bedrijfsvoering door zorg- en jeugdhulpaanbieders. Indien die motivering niet kan worden gegeven adviseert zij van de voorgestelde regeling af te zien.

Als rechtstreeks publiekrechtelijk toezicht op de naleving van de governancecodes in de zorg wenselijk wordt geacht, is een alternatief voor de voorgestelde normering, een regeling die voorziet in aanwijzing van de governancecodes die zorg- en jeugdhulpaanbieders dienen na te leven. De Afdeling adviseert daarbij aandacht te schenken aan de verschillen tussen zorg- en jeugdhulpaanbieders, in aard, taak en omvang.

Ten slotte maakt de Afdeling een opmerking over de proportionaliteit van de voorgestelde bevoegdheid voor de minister om de vergunning te weigeren of in te trekken indien een bestuurder of intern toezichthouder in de afgelopen vijf jaar in die hoedanigheid werkzaam was bij een zorgaanbieder die in die periode niet heeft voldaan aan de wettelijke aan zorgaanbieders gestelde vereisten. Die bevoegdheid is erop gericht niet-integere personen in het bestuur of als interne toezichthouder bij zorgaanbieders te weren of te stoppen. Daarom ligt het meer voor de hand een daarop toegespitste regeling in te voeren.

In verband met deze opmerkingen dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Achtergrond van het voorstel

Patiënten en cliënten moeten erop kunnen vertrouwen dat de zorg en jeugdhulp in Nederland kwalitatief goed, toegankelijk en betaalbaar is. Volgens de toelichting is een integere bedrijfsvoering een belangrijke voorwaarde voor het behartigen van deze maatschappelijke belangen. De meeste zorg- en jeugdhulpaanbieders zijn zich hiervan bewust. De afgelopen jaren heeft de zorgsector via zelfregulering verscheidene zorgcodes ontwikkeld, waaronder de Governancecode Zorg 2022.²

In de praktijk leven veel aanbieders de bepalingen uit deze code al na. Deze vorm van zelfbinding is daarmee een effectief instrument om een interne bestuursstructuur en toezichtstructuur te organiseren die integer is, aldus de regering.³ Toch ziet de regering aanleiding om met nadere regelgeving te komen, als aanvulling op het al bestaande wettelijk kader in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) en de (Aanpassingswet) Wet toetreding zorgaanbieders ((A)Wtza) en de privaatrechtelijke governancenormen.

Volgens de toelichting bieden governancecodes namelijk geen publiekrechtelijke grondslag voor toezicht op integere bedrijfsvoering of handhaving daarvan door een externe toezichthouder. Dit brengt met zich mee dat, als er gerede twijfels zijn over de integriteit van de bedrijfsvoering van een zorg- of jeugdhulpaanbieder, terwijl geen wettelijke normen worden overtreden, er geen grondslag bestaat voor de externe toezichthouder om dit nader te onderzoeken. Indien een zorg- of jeugdhulpaanbieder de zorg of jeugdhulp duidelijk benadeelt door een niet-integere bedrijfsvoering, kan de toezichthouder niet afdwingen dat de zorg- of jeugdhulpaanbieder de bedrijfsvoering aanpast, aldus de toelichting. Bovendien zijn niet alle aanbieders van zorg en jeugdhulp bij een governancecode aangesloten.⁴ Ook zijn er mogelijk misstanden met winstuitkeringen in de jeugdhulp waartegen niet kan worden opgetreden.⁵

Tegen deze achtergrond beoogt het voorstel de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg en jeugdhulp te bevorderen met verschillende maatregelen.

2. Inhoud van het voorstel

a. Waarborgen integere bedrijfsvoering

Ten eerste wordt in de Wmg en de Jeugdwet het vereiste opgenomen dat een zorg- en jeugdhulpaanbieder een integere bedrijfsvoering moet waarborgen.⁶

Dit houdt in dat zorg- en jeugdhulpaanbieders in ieder geval:

- a. voorkomen dat zij worden benadeeld door tegenstrijdige belangen van een lid van de dagelijkse of algemene leiding of de interne toezichthouder;*
- b. onverantwoorde risico's voorkomen bij het aantrekken of terugbetalen van eigen of vreemd vermogen;*
- c. normale marktvoorwaarden waarborgen bij van betekenis zijnde transacties*

² De Governancecode zorg is opgesteld door de Brancheorganisatie Zorg (BoZ). Actiz, de Nederlandse GGZ, de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU), de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) en de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) werken samen in de Boz en verplichten zichzelf tot de toepassing en naleving van de Governancecode Zorg.

³ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2.1.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁵ Memorie van toelichting, hoofdstuk 2.3.2.1.

⁶ Het geldt voor alle zorgaanbieders als bedoeld in de Wmg en jeugdhulpaanbieders als bedoeld in de Jeugdwet. Artikel 2, tweede lid, Wmg maakt mogelijk dat in het Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMg (Bub WMG) uitzonderingen gemaakt worden voor bepaalde categorieën van zorgaanbieders (2.3.1.3 MvT)

met een partij waarbij een persoon met zeggenschap in de zorg- of jeugdhulpaanbieder een direct of indirect belang heeft;

- d. nagaan of een adviseur die bij de besluitvorming over van betekenis zijnde transacties is betrokken, met de besluitvorming verbonden directe of indirecte belangen heeft.⁷*

Het wetsvoorstel geeft tevens een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over het waarborgen van integere bedrijfsvoering met het oog op de kwaliteit, toegankelijkheid of betaalbaarheid van de zorg, waarbij onderscheid kan worden gemaakt per vorm van zorg of per categorie van zorgaanbieders.⁸

b. Winstuitkeringsverbod en voorwaarden aan winstuitkering

Ten tweede wordt het thans in de Wtzi opgenomen winstuitkeringsverbod voor zorgaanbieders (en hoofdaannemers) van intramurale Zvw- en Wlz-zorg opgenomen in de Wmg.⁹ Voor jeugdhulpaanbieders wordt geen winstuitkeringsverbod geregeld. Het voorstel introduceert wel in de Wmg en de Jeugdwet de mogelijkheid om (ter beperking van risico's voor de kwaliteit, toegankelijkheid of betaalbaarheid van zorg en jeugdhulp) bij algemene maatregel van bestuur algemene en aanvullende voorwaarden te stellen aan het doen van winstuitkeringen door zorg- en jeugdhulpaanbieders voor wie het winstuitkeringsverbod niet geldt.¹⁰ Dit betekent dat deze voorwaarden ook gelden voor alle onderaannemers in de zorgsector.¹¹

c. Uitbreiding weigerings- en intrekkinggronden Wtza vergunning

Ten derde worden met het voorstel de weigerings- en intrekkinggronden van een Wtza toelatingsvergunning uitgebreid. De minister kan de (gevraagde) toelatingsvergunning ook intrekken:

- i. bij het niet verlenen van goede zorg als bedoeld in artikel 2 Wkkgz;¹²*
- ii. als niet wordt voldaan aan de in artikel 36 Wmg aan de administratie gestelde vereisten;¹³*
- iii. als de zorgaanbieder de integere bedrijfsvoering niet borgt, zoals dat is vereist in artikel 40c Wmg;¹⁴*
- iv. als een lid van de algemene of dagelijkse leiding, de interne toezichthouder of een persoon die anderszins zeggenschap heeft in de zorgaanbieder in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag in een van deze hoedanigheden werkzaam is geweest bij een zorgaanbieder die in die periode de in het eerste lid genoemde artikelen heeft overtreden;¹⁵*
- v. als sprake is van zodanige omstandigheden dat een goed en rechtmatig functioneren van de zorgaanbieder redelijkerwijs onvoldoende is geborgd.¹⁶*

Met het wetsvoorstel wordt de Nederlandse Zorgautoriteit (Nza) belast met de taak om erop toe te zien dat zorg¹⁷- en jeugdhulpaanbieders¹⁸ de integriteit van hun

⁷ Voorgesteld artikel 40c, eerste lid, onder a tot en met d, Wmg en voorgesteld artikel 4.4.2. Jeugdwet.

⁸ Voorgesteld artikel 40c, tweede lid, Wmg en voorgesteld artikel 4.4.2, tweede lid, Jeugdwet. Artikel 4.4.2 Jeugdwet treedt pas in werking met het wetsvoorstel Verbetering beschikbaarheid jeugdzorg, zie onderdeel B MvT p. 54.

⁹ Voorgesteld artikel 40d, eerste lid, van de Wmg. De Wtzi wordt in artikel IV ingetrokken.

¹⁰ Voorgestelde artikelen 40d, tweede en derde lid, Wmg en 4.5.3. eerste en tweede lid Jeugdwet.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.2.4.

¹² Voorgesteld artikel 5, eerste lid, onder b, Wtza en voorgesteld artikel 7, eerste lid, onder c, Wtza.

¹³ Voorgesteld artikel 5, eerste lid, onder e, Wtza en voorgesteld artikel 7, eerste lid, onder d, Wtza.

¹⁴ Voorgesteld artikel 5, eerste lid, onder f, Wtza en voorgesteld artikel 7, eerste lid, onder c, Wtza.

¹⁵ Voorgesteld artikel 5, tweede lid, Wtza en voorgesteld artikel 7, tweede lid, Wtza.

¹⁶ Voorgesteld artikel 5, derde lid, Wtza en voorgesteld artikel 7, derde lid, Wtza.

¹⁷ Voor zorgaanbieders geldt voorgesteld artikel 16, onderdeel e, Wmg.

¹⁸ De Nza heeft op dit moment geen toezichttaak op het terrein van de jeugdzorg. Het wetsvoorstel

bedrijfsvoering borgen en dat zij de bij amvb gestelde voorwaarden voor het doen van een winstuitkering naleven.

Geregeld wordt voorts dat de autoriteit hierop kan handhaven.¹⁹

3. Context van het wetsvoorstel

Sinds de stelselherziening in 2006 kent Nederland een vraaggestuurd zorgstelsel dat is gebaseerd op (gereguleerde) marktwerking. Zorgverzekeraars, zorgkantoren en gemeenten kopen zorg in bij zorgaanbieders en kunnen als ‘regisseur van het zorgstelsel’ door te onderhandelen met zorgaanbieders, zoals bijvoorbeeld ziekenhuizen en wijkverpleging, invloed uitoefenen op onder andere de prijs, kwaliteit, en doelmatigheid van de zorgverlening. Zorg- en jeugdhulpaanbieders zijn zelfstandige, risicodragende, private organisaties die verantwoordelijkheid dragen voor hun eigen bedrijfsmatige keuzes.

Om de implicaties van het wetsvoorstel te kunnen beoordelen, gaat de Afdeling hierna eerst in op de bestaande regels die zijn gericht op het bevorderen van integere bedrijfsvoering en winstuitkering door zorgaanbieders. Daarbij gaat het om enerzijds zelfregulering via governancecodes en anderzijds regulering via wettelijke maatregelen. Tevens wordt ingegaan op het huidige wettelijke kader rondom winstuitkeringen in de zorg.

a. Integriteit

i. Zelfregulering

Verschillende brancheorganisaties in de zorg, verenigd in de Brancheorganisaties Zorg (BOZ) hebben gezamenlijk de Governancecode Zorg (hierna: GCZ) vastgesteld.²⁰ Met de GCZ volgen zorgorganisaties zeven principes die breed gedragen zijn in de hele sector, die onder meer zien op goede zorg, waarden en normen, inrichting van de governance, goed bestuur en verantwoord toezicht. Die principes zijn belangrijk omdat goed bestuur en toezicht belangrijke voorwaarden zijn voor goede zorg.

In de GCZ geldt integriteit als algemene waarde die zich onder meer vertaalt in het voorkomen van ongewenste belangenverstremgeling. Ongewenste belangenverstremgeling wordt daarbij beschreven als een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar negatief raken of negatief beïnvloeden dusdanig dat de organisatie kan worden benadeeld en vertrouwen of legitimiteit verliest. Het gaat dan bijvoorbeeld om bevoordeling van zakelijke relaties en zakelijke kansen aanwenden voor persoonlijk voordeel. De GCZ bevat onder meer

Verbetering beschikbaarheid jeugdzorg moet daarin verandering brengen. Op grond van voorgesteld artikel 9a.4 Jeugdwet krijgt de NZa de taak om toezicht te houden op de in dat wetsvoorstel voorgestelde nieuwe bepalingen over de financiële bedrijfsvoering van jeugdhulpaanbieders (artikel 4.5.1 en 4.5.2 Jeugdwet). Met onderhavig wetsvoorstel wordt aan die toezichtstaak toegevoegd a) het waarborgen van de integere bedrijfsvoering (voorgesteld artikel 4.4.2 Jeugdwet) en b) het naleven van de voorwaarden bij winstuitkering (voorgesteld artikel 4.5.3 Jeugdwet). De artikelen 4.4.2 en 4.5.3 Jeugdwet treden pas in werking als het wetsvoorstel Verbetering beschikbaarheid jeugdzorg in werking is getreden. Zie de samenloop-bepaling als vermeld in artikel XIII van de Memorie van toelichting.

¹⁹ Voorgesteld artikel 16, onderdeel e, Wmg en artikel 76, eerste lid en voorgesteld derde lid, Wmg voor de zorgaanbieders. Voor de jeugdhulpaanbieders geldt voorgesteld artikel 16, onderdeel r, Wmg en artikel 78h, tweede lid, Wmg. Ook hiervoor geldt dat laatstgenoemde artikelen pas in werking treden als het wetsvoorstel Verbetering beschikbaarheid jeugdzorg in werking is getreden. Zie de samenloop-bepaling als vermeld in artikel XIII van de Memorie van toelichting.

²⁰ Brancheorganisaties Actiz, de Nederlandse GGZ, de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra, de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland,

voorschriften om een integere bedrijfsvoering te waarborgen. Naast voorschriften die zijn gericht op het voorkomen van een ongewenste belangenverstrengeling, gaat het daarbij bijvoorbeeld om een goede inrichting van de governance door de raad van bestuur en de raad van toezicht.

Strikt genomen geldt de GCZ alleen voor zorgaanbieders die lid zijn van een van de voormelde brancheorganisaties. Toch is naleving van de GCZ ook van belang voor niet-leden omdat zorgverzekeraars, zorgkantoren en gemeenten doorgaans alleen contracteren met zorgaanbieders die de GCZ naleven. In dit verband is van belang dat zorgverzekeraars verplicht zijn de integriteit van zorgaanbieders te toetsen alvorens een relatie aan te gaan of te verlengen.²¹ Ten behoeve hiervan hebben zorgverzekeraars het portaal Raadpleging Integriteit Zorgaanbieders ontwikkeld. Via dit portaal kunnen zorgverzekeraars diverse bronnen raadplegen, waardoor zij in een zo vroeg mogelijk stadium inzicht krijgen in de integriteit van zorgaanbieders en mogelijke risico's.²² Op basis van de risico's kunnen zij afwegen of en in hoeverre zij een zakelijke relatie met de zorgaanbieder willen aangaan of continueren.

Daarnaast beschouwen de IGJ en de Nza voor hun wettelijke toezichtstaken op goed bestuur op grond van de Wtza, respectievelijk de Wmg, de GCZ als een breed gedragen veldnorm die geldt voor alle zorgaanbieders, ongeacht of zij lid zijn van een brancheorganisatie.²³ Tevens hanteert de IGJ deze normen als concretisering van artikel 3 Wkkgz²⁴) en artikel 5 WTZi (het verbod op winstoogmerk).²⁵

ii. Wettelijke regels

Buiten de bepalingen uit de GCZ gelden voor zorgaanbieders met rechtspersoonlijkheid in de eerste plaats de wettelijke bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek, die mede zijn gericht op bevordering van integriteit van bedrijfsvoering.

In de Wtza zijn ook eisen gesteld omtrent de bestuursstructuur.²⁶ Vergunningsplichtige zorgaanbieders zijn verplicht tot het instellen van intern toezicht. Dit moet zodanig zijn vormgegeven dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur van de instelling en welk deelbelang dan ook, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. In het uitvoeringsbesluit Wtza worden de eisen uitgewerkt en die beogen de onafhankelijke taakvervulling door de interne toezichthouder te borgen. Zo moet de interne toezichthouder zich bij de vervulling van zijn taak richten naar het belang van de instelling, het te behartigen maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden.²⁷

De IGJ is belast met het toezicht op de naleving hiervan.²⁸ De minister van VWS is als verantwoordelijke bevoegd om ter handhaving van voormelde eisen, een last onder dwangsom op te leggen. Ook kan de minister een toelatingsvergunning weigeren of intrekken als aannemelijk is dat niet aan deze vereisten zal worden voldaan.

b. (Verbod op) winstuitkeringen

²¹ Artikel 3:10 Wet financieel toezicht en artikel 3.4 van het protocol Verzekeraars & Criminaliteit.

²² Zie ook: Zorgverzekeraars Nederland, *Uniforme maatregel portaal Raadpleging Integriteit Zorgaanbieders, Regels voor gebruik en privacy zorgaanbieders m.b.t. RIZ*, waarin wordt gewezen op de verplichtingen uit de Wet op het financieel toezicht en het protocol Verzekeraars & Criminaliteit.

²³ Kader Goed Bestuur.

²⁴ In de zin van goed bestuur als randvoorwaarde voor de organisatie van goede zorg.

²⁵ Zie rapport *Faillissement Slotervaartziekenhuis B.V., Onderzoek naar goed bestuur in de periode 2014-2018, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en de Nederlandse Zorgautoriteit*, paragraaf 4.2.

²⁶ Artikel 3, gelezen in verbinding met artikel 4 van de Wtza.

²⁷ Artikel 8, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit Wtza.

²⁸ Artikel 11 Wtza.

De Wet toelating zorginstelling (Wtzi) regelt het verbod op een winstuitkering voor instellingen, die hoofdaannemers zijn.²⁹ Een instelling wordt in de Wtzi gedefinieerd als een organisatorisch verband dat zorg of een andere dienst verleent waarop aanspraak bestaat uit hoofde van de Wet langdurige zorg of Zorgverzekeringswet. In het Uitvoeringsbesluit Wtzi wordt een aantal categorieën van instellingen van dit verbod op winstuitkering uitgezonderd.³⁰ Het gaat dan hoofdzakelijk om extramurale zorg- en jeugdhulpaanbieders.³¹

Op dit moment voorziet de Jeugdwet niet in een winstuitkeringsverbod voor jeugdhulpaanbieders. De Jeugdwet maakt geen onderscheid tussen hoofd- en onderaannemers.

c. Onderzoek van Algemene Rekenkamer naar effectiviteit fraudebestrijding

De Algemene Rekenkamer heeft in april 2022 het rapport 'een zorgelijk gebrek aan daadkracht' uitgebracht over de effectiviteit van de bestrijding van zorgfraude met publiek geld in Nederland.³² Zorgfraude wordt in het rapport uitgelegd als het opzettelijk en doelbewust in strijd met de regels in de zorg handelen met het oog op eigen of andermans financieel gewin. Bijvoorbeeld als een zorgaanbieder meer zorg declareert dan hij daadwerkelijk levert of dat helemaal geen zorg wordt geleverd terwijl er wel voor wordt betaald.

Het onderzoek heeft zich gericht op de wijkverpleging, beschermd en begeleid wonen en jeugdzorg omdat die als kwetsbaar voor fraude worden beschouwd. In grote lijnen constateert de Rekenkamer dat de verschillende actoren die (mogelijke) fraude kunnen onderzoeken, aantonen en handhaven, zoals de IGJ en de NZa vaak vanuit hun individuele rolopvatting handelen. De Rekenkamer adviseert de minister beter toezicht te houden op de naleving van de verantwoordelijkheden en afspraken over inzet en prestaties van de IGJ en de NZa op dit punt, dat zij in de uitvoering expliciet afspreken wie bij sterke signalen van fraude de regie op de opvolging neemt en dat ze in de uitvoering alle mogelijkheden benutten die ze op grond van de wet hebben.

4. (Toezicht op) integere bedrijfsvoering en winstuitkering (probleemanalyse)

a. De aanleiding voor normstelling integere bedrijfsvoering en winstuitkering
De regering acht publiekrechtelijk toezicht nodig op integere bedrijfsvoering door zorgaanbieders. In de toelichting wordt gewezen op een signalering van de IGJ en de NZa van 5 maart 2019, waarin zij hebben gewezen op een toename van meldingen rond de integriteit van bedrijfsvoering van zorgaanbieders.³³ Volgens de IGJ en de NZa gaat het daarbij om schending van normen uit governancecodes, bijvoorbeeld ten aanzien van (de schijn van) belangenverstremgeling, maar ook om de verplichtingen ten aanzien van de tegenstrijdigbelangregeling, zoals die in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen.³⁴ De toezichthouders kunnen daarop volgens hen niet handhaven omdat de kaders voor goed bestuur en een professionele en integere bedrijfsvoering slechts in beperkte mate in publiekrechtelijke wet- en regelgeving zijn vastgelegd.³⁵ De IGJ en NZa pleiten ervoor

²⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

³⁰ Een winstoogmerk moet worden uitgelegd als winstuitkering.

³¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.2.1.

³² De Algemene Rekenkamer, *Een zorgelijk gebrek aan daadkracht. Onderzoek naar de effectiviteit van zorgfraudebestrijding*, april 2022. www.rekenkamer.nl.

³³ Kamerstukken II 2018/19, 23235, nr. 179.

³⁴ De tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders is vastgelegd in artikel 2:239 BW.

³⁵ De tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders is vastgelegd in artikel 2:239 BW.

daar wat aan te doen.³⁶

Het stellen van nadere voorwaarden aan winstuitkeringen door zorgaanbieders voor wie geen winstuitkeringsverbod geldt, wordt voorts nodig geacht, omdat het doen van winstuitkeringen risico's voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg en jeugdhulp met zich meebrengt. Specifiek voor jeugdhulpaanbieders wijst de toelichting op risico's voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van jeugdhulp als gevolg van niet-integere bedrijfsvoering. Daarbij gaat het vaak om niet-integere financiële stromen tussen verschillende met de jeugdhulpaanbieder verbonden entiteiten en belangenverstrengeling of tegenstrijdige belangen van bestuurders en/of toezichthouders.

Het belang bij de voorgestelde regels wordt volgens de toelichting onderstreept door 'diverse casuïstiek'.³⁷

b. Problematiek niet-integere bedrijfsvoering en winstuitkeringen

De Afdeling begrijpt de wens van de regering om te voorkomen dat financiële middelen die bedoeld zijn voor het verlenen van goede zorg en jeugdhulp, daar niet voor worden ingezet. Door het hanteren van een niet integere bedrijfsvoering, met gebruikmaking van ondoorzichtige constructies en geldstromen kan dat leiden tot ongerechtvaardigde (persoonlijke) financiële bevoordeling van of zelfverrijking door bestuursleden, toezichthouders of anderszins. Dergelijke praktijken hebben immers vroeg of laat negatieve gevolgen voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg. De Afdeling mist in de toelichting echter een duidelijke probleemanalyse. De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

Volgens de toelichting zijn de voorgestelde normen voor integere bedrijfsvoering nodig, omdat het op dit moment voor de NZa en IGJ als externe toezichthouder niet mogelijk is om handhavend op te treden in het geval de bedrijfsvoering bij een zorgaanbieder niet-integer is, maar hierdoor nog geen risico's voor de kwaliteit van de zorg ontstaan of onrechtmatige declaraties plaatsvinden.

De Afdeling merkt op dat, naast de regels voor rechtspersonen in Boek 2 BW, in de Wkkgz, Wtza en Jeugdwet nu al publiekrechtelijke eisen worden gesteld aan de manier waarop zorg- en jeugdhulpaanbieders hun zorg- en jeugdhulpverlening inrichten.³⁸ Daarnaast is er de GCZ, die de IGJ en NZa, zoals hiervoor beschreven, voor hun wettelijke toezichtstaken op goed bestuur, beschouwen als een breed gedragen veldnorm die geldt voor alle zorgaanbieders, ongeacht of zij lid zijn van een brancheorganisatie. De toelichting maakt onvoldoende duidelijk waarom deze bestaande (publiekrechtelijke) regelgeving ontoereikend is om toezicht te kunnen houden op en zo nodig handhavend op te treden tegen niet-integere bedrijfsvoering door zorg- en jeugdhulpaanbieders.

In dit licht wijst de Afdeling erop dat uit het genoemde rapport van de Algemene Rekenkamer volgt dat de problematiek vooral voortvloeit uit een gebrek aan daadkracht om signalen van zorgfraude daadwerkelijk op te volgen en dat zelfs bij de sterkste signalen van fraude de aanpak hiervan weinig oplevert. Volgens het rapport deden de organisaties die verenigd zijn in de Taskforce Integriteit en Zorg, waaronder de IGJ en

³⁶ Kamerstukken II 2018/19, 23235, nr. 179.

³⁷ In een voetnoot in de Memorie van toelichting wordt gewezen op het Slotervaartziekenhuis, Zorggroep Alliade, Privazorg en De Seizoenen. Niet uiteengezet wordt welke problemen zich daarbij hebben voorgedaan en waarom toezicht op integere bedrijfsvoering in die gevallen niet goed mogelijk bleek.

³⁸ Artikel 3 Wkkgz, artikel 4.1.1 Jeugdwet, artikel 3 Wtza.

de NZa, onvoldoende om vast te stellen of daadwerkelijk fraude werd gepleegd. Als fraude wel werd aangetoond, leidde dit er meestal niet toe dat de fraudeur ermee stopte of zelfs ook maar aanmerkelijk werd gehinderd. Het ontbreken van concrete handhaafbare normen of handhavingsinstrumenten wordt niet als oorzaak van de problematiek genoemd.

Zo bezien lijkt het probleem er vooral in te zitten dat de toezichthouders de bestaande instrumenten onvoldoende benutten, dat zij geen opvolging geven aan vermoedens van niet-integer gedrag en fraude door daarnaar onderzoek te doen, en nalaten de nodige handhavingsmaatregelen te treffen. Dat probleem is niet op te lossen met het stellen van nieuwe wettelijke normen voor integere bedrijfsvoering.

Voorts blijft de betekenis van governance in het inkoopstelsel zoals we dat kennen onderbelicht. Door zorgaanbieders geleverde zorg wordt ingekocht door zorgverzekeraars, zorgkantoren en zorgafnemers met een persoonsgebonden budget. Zoals hiervoor uiteengezet zijn zorgverzekeraars gehouden de integriteit van de zorgaanbieder te onderzoeken alvorens tot inkoop van zorg over te gaan. Inkopers van zorg hebben er, met het oog op de kwaliteit en betaalbaarheid, bovendien belang bij dat de zorgaanbieder een integere bedrijfsvoering hanteert. Uit de toelichting bij het voorstel blijkt niet dat de toetsing van integriteit van zorgaanbieders door inkopers van zorg tekort schiet en zo ja, wat daarvan de oorzaak is. Evenmin wordt daarin bezien of, en zo ja welke, maatregelen denkbaar zijn om het toezicht op integriteit door inkopers van zorg te versterken.

De Afdeling merkt tevens op dat in de toelichting niet duidelijk uiteen gezet wordt in welke mate niet-integere bedrijfsvoering zich bij zorgaanbieders voordoet. Volstaan wordt met een verwijzing naar een aantal incidenten. Met name biedt de toelichting geen inzicht in de vraag welke vormen van niet-integere bedrijfsvoering zich voordoen, bij welke categorieën zorgaanbieders dit het geval is en in welke mate dit voorkomt. Niet duidelijk wordt of er verschillen bestaan tussen grote en kleine zorgaanbieders, dan wel tussen zorgaanbieders die Wlz, Zvw of jeugdzorg aanbieden. Evenmin biedt het voorstel inzicht in de gevolgen hiervan voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg en jeugdhulp. Tegelijkertijd volgt uit de toelichting wel dat veel zorgaanbieders in de praktijk de (integriteits)bepalingen uit de GCZ naleven.³⁹

Wat betreft de risico's van winstuitkeringen voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg en jeugdhulp verwijst de toelichting naar een rapport van SiRM en Finance Ideas. Daarbij wordt melding gemaakt van mogelijke positieve effecten bij het toestaan van winstuitkering en van negatieve effecten. Uit de toelichting blijkt echter niet welke positieve en negatieve effecten zich in de praktijk voordoen en in welke mate.

Inzicht in het voorgaande is wel nodig om te kunnen bezien of de voorgestelde regeling nodig is, of deze proportioneel is, of maatregelen nodig zijn die alle zorg- en jeugdhulpaanbieders raken of dat die nodig zijn voor specifieke categorieën zorgaanbieders en of en zo ja welke alternatieven denkbaar zijn.

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting uiteen te zetten welke vormen van niet-integere bedrijfsvoering zich voordoen, bij welke categorieën zorgaanbieders dit het geval is en in welke mate dit voorkomt. De Afdeling adviseert daarbij in te gaan op mogelijke verschillen tussen grote en kleine zorgaanbieders, en tussen zorgaanbieders die Zvw-zorg, Wlz-zorg en jeugdzorg aanbieden.

³⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

Voorts adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom de voorgestelde regeling, in aanvulling op de bestaande (publiekrechtelijke) regelgeving nodig is om toezicht te houden op integere bedrijfsvoering door zorgaanbieders. Indien die motivering niet kan worden gegeven adviseert zij van de voorgestelde regeling af te zien.

De Afdeling merkt op begrip te hebben voor de wens om te voorkomen dat financiële middelen die bedoeld zijn voor het verlenen van goede zorg en jeugdhulp daarvoor niet worden ingezet en merkt ook op dat het hanteren van een niet integere bedrijfsvoering kan leiden tot ongerechtvaardigde (persoonlijke) financiële bevoordeling. De Afdeling mist echter een duidelijke probleemanalyse en motivering en wijst onder meer op de reeds bestaande wet- en regelgeving en de toepassing van zorgbrede governancecodes.

De Afdeling merkt terecht op dat goed onderbouwd moet zijn waarom dit wetsvoorstel, in aanvulling op de bestaande (publiekrechtelijke) regelgeving, nodig is. Zoals hieronder verder uiteen wordt gezet, acht de regering het noodzakelijk dat wettelijk wordt vastgelegd welke inhoudelijke eisen worden gesteld aan de bedrijfsvoering van zorg- en jeugdhulpverleners met het oog op het waarborgen van de maatschappelijke belangen van de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg en jeugdhulp. In de huidige situatie bestaan daarvoor, ook met inachtneming van alle relevante wettelijke regels en de Governancecode zorg, onvoldoende handhaafbare inhoudelijke normen. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in overleg met de betrokken toezichthouders het wetsvoorstel en de toelichting aangepast.

De aanpassingen betreffen ten eerste in het wetsvoorstel de norm voor een integere bedrijfsvoering. In de versie van het wetsvoorstel die aan de Afdeling is voorgelegd, was een brede open norm voor het voeren van een integere bedrijfsvoering door zorg- en jeugdhulpaanbieders opgenomen. Deze brede open norm is vervangen door meer proportionele, specifieke normen die ertoe bij dragen dat bestuurders, interne toezichthouders, aandeelhouders of andere investeerders zich niet laten leiden door persoonlijke financiële belangen. Het betreft een norm op grond waarvan zorg- en jeugdhulpaanbieders bij van betekenis zijnde transacties met partijen, met wie niet alleen een zakelijke relatie bestaat ("de verbonden partijen"), normale marktvoorwaarden moeten hanteren én een norm die voorschrijft dat zorg- en jeugdhulpaanbieders geen onverantwoorde risico's nemen bij het aantrekken of terugbetalen van eigen of vreemd vermogen. Deze twee voorgestelde specifieke normen voorzien in samenhang met de reeds in het wetsvoorstel voorgestelde aanscherping van het winstbegrip en het stellen van voorwaarden aan winstuitkeringen door zorg- en jeugdhulpaanbieders in een proportioneel en op de problematiek toegesneden wettelijk kader. In het wetsvoorstel zijn artikel I, onderdeel D en artikel II, onderdeel B aangepast. Dit is toegelicht in hoofdstuk 2, paragraaf 1 en 2 van de memorie van toelichting.

Ten tweede hebben de opmerkingen van de Afdeling geleid tot verduidelijking en aanvulling van de memorie van toelichting met voorbeelden, zoals casuïstiek, signalen uit verschillende media, rapporten van toezichthouders en onderzoeksrapporten. Deze zijn opgenomen in de paragrafen 1, 2 en 3 van hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting. Hierbij wordt ter verduidelijking het volgende opgemerkt. De exacte omvang van het probleem van niet-integer gedrag door zorg- en jeugdhulpaanbieder is niet bekend. Niet-integer gedrag laat zich moeilijk objectief onderzoeken en kan meestal slechts met voldoende zekerheid worden vastgesteld nadat daarover informatie van de aanbieder is verkregen. Deze aanbieder is nu juist degene die in veel gevallen geen belang heeft bij het verstrekken van die informatie. In de huidige situatie is de aanbieder

ook niet verplicht is om die informatie te verschaffen. De NZa heeft op grond van de huidige wetgeving geen bevoegdheden om adequaat onderzoek te doen naar ontwijkconstructies ten aanzien van winstuitkering, het nemen van onverantwoorde risico's bij het aantrekken of terugbetalen van eigen of vreemd vermogen of ten aanzien van de marktconformiteit van transacties met verbonden partijen. Het ontbreken van deze grondslag heeft tot gevolg dat geen volledig overzicht gegeven kan worden van de juistheid van signalen en/of meldingen.

Uit de in de memorie van toelichting geschetste casuïstiek komt wel naar voren dat er met regelmaat zorgelijke signalen zijn over niet-marktconforme transacties met verbonden partijen, het nemen van onverantwoorde risico's en ontwijkconstructies ten aanzien van het winstuitkeringsverbod. De regering vindt het zeer onwenselijk als zorg- en jeugdhulpaanbieders dit gedrag vertonen omdat sprake kan zijn van misbruik van collectieve middelen. De regelmaat van de genoemde signalen, gevoegd bij de huidige obstakels voor het doen van een goed onderzoek naar de juistheid van deze signalen, leidt de regering tot de conclusie dat de maatregelen in het wetsvoorstel noodzakelijk zijn.

De Afdeling vraagt aandacht voor de noodzaak en proportionaliteit van het wetsvoorstel. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is daarom het wetsvoorstel beperkt tot gedrag waarover de meeste signalen zijn ontvangen of waarvoor de grootste risico's worden gezien.

Ook is in paragraaf 2.1 van de toelichting meer aandacht besteed aan de bepalingen omtrent winstuitkeringen voor zorg- en jeugdhulpaanbieders. Daarbij is duidelijker toegelicht dat veel signalen betreffende een niet-integere bedrijfsvoering te maken hebben met het vermoeden dat er mogelijk sprake is van ongepast winstbejag.

Ook is de noodzaak van het wetsvoorstel in de memorie van toelichting duidelijker uiteengezet. De hoofdstukken 1 en de paragrafen 1, 2 en 3 van hoofdstuk 2 zijn daartoe na ontvangst van het advies van de Afdeling aangepast. Daarin is uiteengezet dat de regering aanvullende wetgeving nodig acht om te voorkomen dat financiële middelen die bedoeld zijn voor het verlenen van goede zorg en jeugdhulp, daar niet voor worden ingezet. Bij de onderbouwing van de noodzaak tot het stellen van regels is onder meer betrokken dat de huidige regelgeving op grond van de Wkkgz, Wtza, de Jeugdwet of de Wmg niet voorziet in afdwingbare normen die de risico's van de hierboven genoemde praktijken van transacties met verbonden partijen adresseren. De in dit wetsvoorstel voorgestelde normen zijn dus aanvullend op de bestaande wettelijke regels. Dit is toegelicht in de afzonderlijke onderdelen van het wetsvoorstel in de paragrafen 1, 2, 3 en 4 van hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting. Voorts is nader toegelicht dat publiekrechtelijk toezicht op de naleving van de aangepaste normen van belang is met het oog op het verder voorkomen van misstanden dan wel het kunnen onderzoeken en indien nodig effectief kunnen handhaven in geval van misstanden. De regering is van mening dat niet volstaan kan worden met zelfregulering bijvoorbeeld door de Governancecode zorg, onder meer vanwege het 'principle based' karakter van die code. Hieronder wordt daar verder op ingegaan. Ook is toegelicht dat hier evenmin via de inkoopvoorwaarden afdoende in kan worden voorzien. Niet alle zorgaanbieders sluiten een contract af met één of meerdere ziektekostenverzekeraars. Daarnaast bieden inkoopcriteria niet altijd voldoende soelaas om ongewenste praktijken bij te sturen, bijvoorbeeld in een situatie waarin er sprake is van grote schaarste van het zorgaanbod.

De Afdeling haalt een rapport van de Algemene Rekenkamer over zorgfraude aan ter onderbouwing van het standpunt dat bestaande wet- en regelgeving zou volstaan en dat de oorzaak vooral gelegen is in een tekortschietend externe toezicht in de praktijk. De regering is van oordeel dat hier zaken door elkaar lopen. Het rapport van de Algemene Rekenkamer ging specifiek over de aanpak van zorgfraude. Dit wetsvoorstel gaat over

het versterken van het publiekrechtelijk toezicht op een integere bedrijfsvoering. Uiteraard is het van belang dat toezichthouders effectief gebruik maken van het reeds beschikbare wettelijke instrumentarium, echter het ontbreken van een dergelijk instrumentarium voor het borgen van een integere bedrijfsvoering is hier het probleem. Zoals hierboven is uiteengezet, kan in de huidige situatie bij signalen niet adequaat worden onderzocht of een zorg- of jeugdhulpaanbieder niet-integer heeft gehandeld en kan bij overtreding niet worden gehandhaafd. In de huidige situatie is er dus onvoldoende wettelijke grondslag om daarop toezicht te houden en waar nodig te handhaven. In hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting is dit verduidelijkt en zijn daarbij concrete voorbeelden gegeven.

Voorts ziet de regering geen aanleiding om bij het stellen van de normen onderscheid te maken tussen categorieën zorgaanbieders, zoals gesuggereerd door de Afdeling. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat er bijvoorbeeld alleen bij kleine of middelgrote zorg- of jeugdhulpaanbieders risico's bestaan op dit vlak. Signalen laten zien dat niet-integer gedrag, zeker als daar ruimte voor is door onvoldoende regulering, zich bij zowel grote, middelgrote als kleine zorgaanbieders voordoet. Er is ook vanuit de gestelde normen gezien geen aanleiding om deze niet op kleine zorgaanbieders van toepassing te laten zijn. Wel kan de toezichthouder besluiten om differentiatie in het toezicht aan te brengen, bijvoorbeeld per categorie zorgaanbieder of per soort transactie. Het wetsvoorstel biedt daartoe de ruimte, vanwege het open karakter van de normen. Ook kan de NZa in beleidsregels aansluiten bij de aard van de zorgverlening of de grootte van de aanbieder. Het wetsvoorstel voorziet derhalve in regels die niet verder gaan dan noodzakelijk met het oog op het gestelde doel. Maatwerk in het toezicht is mogelijk.

5. Normen voor en toezicht op integere bedrijfsvoering (probleemaanpak)

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op. Volgens de toelichting is het problematisch dat de governancecodes in de zorg geen publiekrechtelijke grondslag bieden voor toezicht of handhaving door een externe toezichthouder.

Het voorstel is erop gericht om rechtstreeks toezicht op de naleving en handhaving van de governancecodes in de zorg mogelijk te maken. In plaats daarvan stelt het voorstel echter zelfstandige wettelijke normen voor integer gedrag. Bovendien kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over het waarborgen van integere bedrijfsvoering. Daarmee sluit de regeling niet aan bij wat daarmee volgens de toelichting wordt beoogd. Met de voorgestelde regeling wordt immers niet bereikt dat de governancecodes in de zorg publiekrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, maar worden wettelijke normen naast die governancecodes geplaatst.

De Afdeling wijst erop dat dit problematisch is, omdat daarmee het risico bestaat dat de wettelijke normen (op termijn) gaan afwijken van de governancecodes in de zorg. Daarmee doorkruist het voorstel aansluiting bij de door zelfregulering ontwikkelde normen, die volgens de toelichting juist waardevol worden geacht.

Als rechtstreeks publiekrechtelijk toezicht op naleving van de governancecodes in de zorg noodzakelijk wordt geacht, is een alternatief voor de voorgestelde normering een regeling die voorziet in de aanwijzing van de governancecodes in de zorg, die zorgaanbieders dienen na te leven.⁴⁰ Daarmee ontstaat een wettelijke norm die

⁴⁰ Vergelijk bijvoorbeeld de aanwijzing van de Nederlandse corporate governancecode, op grond van

vervolgens ook publiekrechtelijk handhaafbaar is. Het stellen van zelfstandige wettelijke normen voor integere bedrijfsvoering is dan niet nodig. Daarmee wordt bovendien de betekenis van zelfregulering versterkt en verzekerd dat, zoals volgens de toelichting bedoeld is, de voorgestelde regeling niet leidt tot toename van regeldruk voor zorgaanbieders.

Als rechtstreeks publiekrechtelijk toezicht op de naleving van governancecodes in de zorg noodzakelijk wordt geacht en dragend kan worden gemotiveerd, adviseert de Afdeling de voorgestelde regeling voor integere bedrijfsvoering van zorgaanbieders in voormelde zin aan te passen.

De Afdeling onderstreept terecht het belang van de Governancecode zorg als instrument voor zelfregulering. De Governancecode zorg kan inderdaad door toezichthouders worden benut bij het invullen van open normen in relevante wetten. Echter, waar bevoegdheden ontbreken, kan de Governancecode zorg geen bevoegdheid scheppen om extern toezicht te houden en te handhaven.

Er is niet gekozen voor de door de Afdeling genoemde mogelijkheid om de Governancecode zorg aan te wijzen als publiekrechtelijk te handhaven code. Hoewel de Governancecode zorg een goed en belangrijk instrument van zelfregulering is en aanvullend kan werken bij de invulling van wettelijke open normen, is deze om diverse redenen niet geschikt om als zelfstandige basis voor publiekrechtelijke regelgeving te dienen. De Governancecode zorg is een brede, principle based code, die vanwege dit karakter op onderdelen lastig handhaafbaar is. Bovendien ziet de Governancecode zorg op onderwerpen die samenhangen met meerdere bestaande wettelijke verplichtingen (zowel zorgspecifieke zoals de Wmcz en de Wkkgz als meer algemene zoals het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de ondernemingsraden). Het toezicht op de naleving van deze code raakt dan ook aan de naleving van meerdere wetten, hetgeen praktisch gezien voor uitvoeringsproblemen bij handhaving kan zorgen. Ook heeft de overheid geen invloed op de wijzigingen of aanpassing van de Governancecode zorg, hetgeen tot onduidelijkheden en complicaties kan plaatsen indien de code in de toekomst door veldpartijen wordt aangepast, zeker als de regering de wijzigingen ongewenst zou vinden. De Governancecode zorg verschilt in dit opzicht bijvoorbeeld van de Corporate Governance Code (waarbij de overheid de Monitoring Commissie Corporate Governance Code heeft ingesteld).

Voor wat betreft het door de Afdeling gesignaleerde risico dat de wettelijke normen (op termijn) mogelijk afwijken van de governancecode is van belang dat de reikwijdte van de eerder voorgestelde norm voor integere bedrijfsvoering is beperkt en is geconcretiseerd. Er is geen sprake meer van een brede open norm die ziet op het voeren van een integere bedrijfsvoering maar van een specifieke norm die noopt tot het hanteren van normale marktvoorwaarden bij van betekenis zijnde transacties en een norm die ziet op het vermijden van onverantwoorde risico's bij het aantrekken of terugbetalen van eigen of vreemd vermogen. Met deze specifieke normstelling is eventuele doorkruising van de Governancecode zorg niet meer aan de orde.

Waar de Governancecode zorg en de voorgestelde normen dezelfde onderwerpen bestrijken, acht de regering dat niet problematisch. De voorgestelde normen zijn niet in strijd met de Governancecode zorg. Daarnaast bestaat in de huidige situatie ook overlap tussen de uitwerking van de principes in de Governancecode zorg en de regels in bijvoorbeeld de Wkkgz, de Wmcz, de Wet op de ondernemingsraden en de bepalingen in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

6. Eén zelfde regeling voor diverse categorieën zorgaanbieders

In aanvulling op het voorgaande merkt de Afdeling op dat het wetsvoorstel een algemene regeling voor integriteit neerlegt die voor het gehele zorgveld moet gaan gelden. Zoals de toelichting zelf vermeldt, is het zorgveld divers. Zorg- en jeugdhulpaanbieders verschillen in aard, taak en omvang dat zich ook uit in het wel of niet (nodig) hebben van een Wtza-vergunning. Ook het wettelijk stelsel waarin zij zich begeven, verschilt (Jeugdwet, Wlz, Wmo of de Zvw).

Dit roept de vraag op hoe effectief een algemene regeling als zodanig kan zijn, als degenen die aan die regeling gebonden worden, onderling zo verschillen. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de gestelde normen ook gericht zijn op en voldoende toepasbaar zijn voor het toezicht op solistisch werkende zorgaanbieders.

De Afdeling adviseert hieraan bij de vormgeving van het voorstel aandacht te besteden.

De Afdeling signaleert terecht dat zorg- en jeugdhulpaanbieders onderling grote verschillen vertonen in aard van de zorg of jeugdhulp die zij verlenen, de omvang van de organisatie en de wettelijke regels die gelden voor de desbetreffende aanbieder. Zoals hiervoor reeds toegelicht is het advies van de Afdeling de aanleiding geweest de brede open norm tot het voeren van een integere bedrijfsvoering te herzien en te vervangen door twee specifieke normen. Deze normen zijn waar het gaat om inhoud flexibel genoeg om zowel voor grote als kleine(re) zorg- en jeugdhulpaanbieders goed toepasbaar te zijn. In het toezicht kan bovendien worden gedifferentieerd naar categorie zorg- of jeugdhulpaanbieder of de aard van transactie. Het wetsvoorstel biedt daartoe ruimte. Op deze wijze kan de norm in het toezicht effectief worden toegepast voor iedere zorg- of jeugdhulpaanbieder.

7. Voorwaarden winstuitkering

Het wetsvoorstel geeft een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur generieke voorwaarden aan het doen van een winstuitkering door zorg- en jeugdhulpaanbieders te stellen. Ook voorziet het in een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur aanvullende voorwaarden te stellen aan het doen van een winstuitkering, waarbij onderscheid gemaakt kan worden per vorm van zorg of per categorie van zorgaanbieders.

De toelichting geeft enkele voorbeelden van generieke voorwaarden waaraan gedacht kan worden, maar maakt niet duidelijk of die voorwaarden daadwerkelijk gesteld gaan worden. Ook voor de aanvullende voorwaarden wordt dit niet duidelijk. Bovendien maakt de toelichting ook niet duidelijk aan welke vormen van zorg of categorieën van zorgaanbieders wordt gedacht.

De Afdeling merkt op dat investeerders in de zorg er belang bij hebben om voorafgaand aan het doen van investeringen te kunnen beoordelen of investeringen rendement kunnen opleveren en een afweging te maken van de risico's die zij daarbij lopen. Kapitaalverschaffers willen een redelijke vergoeding op geïnvesteerd vermogen ontvangen. Krijgen zij die niet, dan zullen zij ook niet risicodragend in zorgaanbieders investeren.

Daarbij is voorts van belang dat daarover vooraf en voor langere tijd duidelijkheid bestaat en zij niet gedurende de looptijd van een investering met veranderingen inzake de mogelijkheden tot winstuitkering worden geconfronteerd. Met de voorgestelde

regeling waarin bij algemene maatregel nadere voorwaarden aan het doen van winstuitkeringen kunnen worden gesteld, wordt die duidelijkheid vooraf voor langere tijd niet gegeven.

De Afdeling wijst in dit verband ook op het uitgangspunt dat de hoofdelementen van een regeling op het niveau van de wet geregeld dienen te worden.⁴¹ In het wetsvoorstel dient daarom duidelijk te worden gemaakt welke keuzes er met betrekking tot het stellen van voorwaarden aan winstuitkeringen worden gemaakt.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

De Afdeling signaleert terecht dat investeerders een gerechtvaardigd belang hebben bij duidelijkheid over de regels die van invloed kunnen zijn op de mogelijkheid om rendement te halen uit het vermogen en over de risico's die zij daarbij lopen. Het advies van de Afdeling om op wetsniveau (in plaats van in lagere regelgeving) duidelijkheid te geven over de specifieke voorwaarden voor winstuitkeringen is daarom opgevolgd. Tevens is afgezien van de mogelijkheid om bij lagere regelgeving zo nodig aangescherpte voorwaarden voor bepaalde categorieën zorgaanbieders of jeugdhulpaanbieders te stellen. Op deze wijze wordt maximale rechtszekerheid verschaft aan investeerders en alle andere betrokken partijen over de voorwaarden die gelden voordat een winstuitkering kan worden gedaan door zorg- en jeugdhulpaanbieders. De op wetsniveau gestelde voorwaarden liggen in het verlengde van hetgeen reeds was aangekondigd en zijn nader toegelicht in paragraaf 1 van hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting op het wetsvoorstel.

Artikel I, onderdeel D, en artikel II, onderdeel B, van het wetsvoorstel zijn daartoe aangepast. Ook is de eerste paragraaf van hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting op dit punt aangevuld, evenals de artikelsgewijze toelichting bij de hiervoor genoemde artikelen en diverse andere passages die met de genoemde voorwaarden verband hielden.

8. Disfunctionerende bestuursleden, interne toezichthouders of andere personen met zeggenschap

Het wetsvoorstel introduceert de discretionaire bevoegdheid voor de minister om de toelatingsvergunning te weigeren of in te trekken indien een lid van de algemene of dagelijkse leiding, de intern toezichthouder of een persoon die anderszins zeggenschap heeft in de zorgaanbieder, in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag in een van deze hoedanigheden werkzaam is geweest bij een zorgaanbieder die in die periode niet heeft voldaan aan de krachtens artikel 5 Wtza (nieuw) gestelde eisen.⁴²

Volgens de toelichting wordt hiermee geëxpliciteerd dat niet alleen het functioneren van de zorginstelling zelf, maar ook de antecedenten van bij de zorginstelling betrokken natuurlijke personen kunnen meewegen bij het besluit om een vergunning te weigeren of in te trekken. Daarmee hoeft er niet direct een relatie te zijn met de kwaliteit, toegankelijkheid of betaalbaarheid van de te verlenen of reeds verleende zorg. Uit de toelichting volgt verder dat door het CIBG bij vergunningaanvragen nu ook al wordt beoordeeld of bestuursleden of leden van de interne toezichthouder betrokken zijn geweest bij een overtreding van de Wkkgz, Wmg of de Wmcz 2018, maar dat de bewijslast om een vergunning te weigeren in die gevallen hoog is, namelijk dat de zorgaanbieder niet zal voldoen aan de wettelijke vereisten.

⁴¹ Aanwijzing 2.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁴² Artikel III, voorgesteld artikel 5, derde lid, van de Wtza.

De Afdeling merkt op dat in de toelichting terecht staat, dat het feit dat geen directe relatie hoeft te worden gelegd met de kwaliteit of rechtmatigheid van de zorg, niet betekent dat lichtvaardig tot weigering of intrekking van een vergunning kan worden overgegaan. Steeds moet worden gemotiveerd dat een weigering of intrekking van een vergunning proportioneel is.⁴³ De Afdeling wijst er in dit verband op dat de voorgestelde regeling er feitelijk op gericht is om niet-integere bestuurders, intern toezichthouders of andere personen met zeggenschap bij de zorgaanbieder te weren, dan wel een halt toe te roepen.

De Afdeling is er niet van overtuigd dat weigering van een vergunning of intrekking van een vergunning van een zorgaanbieder in zijn algemeenheid kan worden gezien als een proportionele maatregel om niet-integere personen in het bestuur, interne toezichthouder of anderszins als persoon met zeggenschap bij de zorgaanbieder te weren. De toelichting vermeldt ook niet welke factoren bij die afweging een rol kunnen spelen zodat niet duidelijk is wat tegen elkaar wordt afgewogen.

Zo'n maatregel raakt bovendien niet alleen de niet-integere bestuurder, maar de gehele (organisatie van de) zorgaanbieder, waaronder personeel en overige bestuurders of intern toezichthouders. Maar ook degenen aan wie zorg of jeugdhulp wordt verleend. Zeker als besloten wordt tot intrekking van een reeds verleende vergunning op basis waarvan een zorgaanbieder met het leveren van zorg is gestart. Juist in deze tijd waarin de tekorten in de zorg en jeugdhulp voelbaar zijn, is dat onwenselijk.

Waar beoogd wordt niet-integere personen in het bestuur of als interne toezichthouder te weren, dan wel te stoppen ligt het meer voor de hand een daarop toegespitste regeling in te voeren. Daarbij dient in de toelichting ook aandacht te worden geschonken aan bestaande wettelijke regelingen voor het opleggen van bestuursverboden en waarom die niet afdoende zijn.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld. Bij de afweging of het een passende maatregel is om een vergunning te weigeren dan wel in het uiterste geval in te trekken bij disfunctionerende bestuurders, toezichthouders of personen met anderszins zeggenschap, spelen de gevolgen voor de toegankelijkheid en de continuïteit van de zorg een belangrijke rol. Per geval zullen bij de intrekking van een vergunning de consequenties moeten worden afgewogen met alle betrokkenen, zoals de IGJ, NZa en de zorgverzekeraars. De IGJ heeft als het om de kwaliteit van zorg gaat een uitgebreid handhavingsinstrumentarium van minder ingrijpend tot zeer ingrijpend (bijvoorbeeld het bevel om een instelling, of een afdeling binnen een instelling, gedurende een bepaalde periode te sluiten en de zaken op orde te brengen, voordat weer zorg geleverd mag worden) dat ook in ogenschouw moet worden genomen bij de vraag wat in een bepaalde situatie, waar de kwaliteit van zorg in het geding is, een passende maatregel is.

Ook voor bestuursverboden geldt dat dit een instrument is dat bij wanbestuur ingezet kan worden, bijvoorbeeld als er gereede twijfel bestaat over de integriteit van een bestuurder of toezichthouder. Zeker als het om een grote zorginstelling gaat met veel cliënten, is het in eerste instantie geen proportionele maatregel om de vergunning van de instelling in te trekken. In dat geval zijn ook andere maatregelen denkbaar die voor de continuïteit van zorg veel minder ingrijpend zijn en als eerste dienen te worden afgewogen. Dat laat onverlet dat er situaties denkbaar zijn waarin het intrekken van een vergunning wel een proportionele maatregel is. Te denken valt aan een instelling waar één bestuurder/eigenaar werkzaam is met één of een zeer beperkt aantal zorgverleners.

⁴³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.3, ad 3.

Met de uitbreiding van de vergunningplicht die per 1 januari 2025 in werking treedt, komen ook deze kleinere zorgaanbieders onder de reikwijdte van de vergunningplicht. Minstens zo belangrijk als het “aan de achterkant” intrekken van een vergunning, is dat de vergunning aan de voorkant (bij de aanvraag) geweigerd kan worden indien de bestuurders, toezichthouders of personen met anderszins zeggenschap, in het verleden de normen die verbonden zijn aan de vergunning overtreden hebben. Ook kan de vergunning worden geweigerd (of ingetrokken) indien in redelijke wijze kan worden verwacht dat gerede twijfel bestaat of deze personen een bedreiging vormen voor het behoorlijk bestuur van de zorgaanbieder. Hierdoor wordt het mogelijk om aan de voorkant in te grijpen, in plaats van te wachten totdat zich daadwerkelijk onregelmatigheid voordoet, waar de cliënten mogelijk de dupe van kunnen worden. Ook vraagt het om een intensief en tijdrovend handhavingstraject.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel, rekening houdend met het voorgaande, aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
M. Agema