



Weglekrisico's in de zorg

Biedt de huidige en toekomstige wetgeving voldoende en noodzakelijke bescherming tegen de mogelijke weglek van zorggeld bij zorgstichtingen en -BV's?

Masterscriptie

Radboud Universiteit Nijmegen

Auteur:	A.J. (Arnoud) Snoei
Studentnummer:	4614534
Begeleider:	Prof. mr. G. van Solinge
Afstudeerrichting:	M Notarieel recht en M Ondernemingsrecht
Afstudeerdatum:	17 augustus 2021

Inhoud

Inhoud.....	3
Lijst van gebruikte afkortingen	8
1. Inleiding	11
1.1. Aanleiding.....	11
1.2. Probleemstelling en opzet	12
1.2.1. Hoofdvraag	12
1.2.2. Subvragen.....	12
1.2.3. Hoofdstukken	13
1.3. Afbakening.....	14
2. Maatschappelijke achtergrond	15
2.1. Inleiding.....	15
2.2. Weergave parlementaire geschiedenis.....	15
2.2.1. Inleiding	15
2.2.2. Bouwregime	15
2.2.3. Stelselwijziging	16
2.2.4. Afschaffing bouwregime	17
2.2.5. Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg.....	18
2.3. Weergave discussie.....	19
2.3.1. Inleiding	19
2.3.2. Private belangen versus publieke belangen	19
2.3.3. Collectieve middelen.....	20
2.3.4. Europees en internationaal recht.....	22
3. Winstuitkering: algemene wetgeving	24
3.1. Inleiding.....	24
3.2. Besloten vennootschap	24
3.2.1. Wezen van de besloten vennootschap	24

3.2.2.	Beperkte balanstest en uitkeringstest.....	24
3.2.3.	Zeggenschap van de aandeelhouders	25
3.3.	Stichting.....	25
3.3.1.	Wezen van de stichting.....	25
3.3.2.	Ontvangers.....	26
3.3.3.	Uitkeringen	27
3.3.4.	Doel.....	30
3.3.5.	Overtreding uitkeringsverbod.....	30
4.	Winstuitkering: zorgsectorwetgeving	31
4.1.	Inleiding.....	31
4.2.	Wet toelating zorginstellingen en Uitvoeringsbesluit WTZi.....	31
4.2.1.	WTZi-toelating	31
4.2.2.	Organisatorisch verband.....	32
4.2.3.	Reikwijdte van het winsttoogmerkverbod	32
4.2.4.	Inhoud van het winsttoogmerkverbod.....	33
4.2.5.	Winstklem	34
4.2.6.	Verboden winstuitkering.....	34
4.2.7.	Aanpassing art. 5 lid 2 WTZi.....	36
5.	Weglekrisico's in zorgstructuren.....	37
5.1.	Inleiding.....	37
5.2.	Hoofd- en onderaannemerstructuur	37
5.2.1.	De structuur	37
5.2.2.	Legaliteit.....	39
5.3.	Allocatiemodel in concernstructuur	40
5.3.1.	De structuur	40
5.3.2.	Legaliteit.....	41
5.4.	Herstructureringen.....	44
5.4.1.	Inleiding.....	44
5.4.2.	Zorggroep Alliade.....	45

5.4.3.	Legaliteit.....	45
5.5.	Verschillende weglekrisico's.....	46
6.	Interne beschermingsmechanismen.....	47
6.1.	Inleiding.....	47
6.2.	Transparantie-eisen	47
6.2.1.	Bestuursstructuur.....	47
6.2.2.	Toeziethoudend orgaan.....	48
6.2.3.	Toeziethoudend orgaan in zorgconcerns	49
6.3.	Richtsnoer bestuur en intern toezicht.....	51
6.3.1.	Inleiding.....	51
6.3.2.	Belang van de rechtspersoon.....	51
6.3.3.	Richtsnoer intern toezicht.....	52
6.4.	Belangenconflicten.....	53
6.4.1.	Inleiding.....	53
6.4.2.	Tegenstrijdig belangregeling.....	53
6.4.3.	Tegenstrijdig belang in (zorg)concerns.....	55
6.4.4.	Sectorale uitgangspunten	56
6.4.5.	Implicaties zorgstructuren.....	59
6.5.	Intern toezicht.....	61
6.5.1.	Voorwaarden effectief toezicht.....	61
6.5.2.	Bevoegdheden raad van commissarissen.....	61
6.5.3.	Intern concerntoezicht	62
6.6.	Cliëntenraad.....	63
6.6.1.	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018.....	63
6.6.2.	Bevoegdheden cliëntenraad	64
7.	Externe beschermingsmechanismen	67
7.1.	Inleiding.....	67
7.1.	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en Nederlandse Zorgautoriteit	67
7.1.1.	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd	67

7.1.2.	Nederlandse Zorgautoriteit	68
7.1.3.	Signalering	68
7.2.	College sanering zorginstellingen.....	69
7.2.1.	Art. 18 WTZi	69
7.3.	Rechterlijke toetsing	70
7.3.1.	Rechterlijke procedures in het algemeen	70
7.3.2.	Vermogensklem.....	70
8.	Implicaties aangekondigde zorgsectorwetgeving	74
8.1.	Inleiding.....	74
8.2.	(Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders	74
8.2.1.	Achtergrond	74
8.2.2.	Wet toetreding zorgaanbieders	74
8.2.3.	Uitvoeringsbesluit Wtza.....	80
8.2.4.	Aanpassingswet toetreding zorgaanbieders	85
8.3.	Wet integere bedrijfsvoering zorgaanbieders.....	86
8.3.1.	Achtergrond	86
8.3.2.	Inhoud.....	86
8.4.	Implicaties zorgstructuren	88
8.4.1.	Algemeen.....	88
8.4.2.	Hoofd- en onderaannemerstructuur.....	89
8.4.3.	Allocatiemodel in concernstructuur	90
8.4.4.	Herstructurerings	91
9.	Conclusie en aanbevelingen.....	92
9.1.	Inleiding.....	92
9.2.	Winstuitkering door zorginstellingen.....	92
9.3.	Weglekrisico's	93
9.4.	Beschermingsmechanismen	94
9.4.1.	Intern.....	94
9.4.2.	Extern.....	97

9.5. Slot.....	98
Bronnen.....	99
Literatuur	99
Parlementaire stukken.....	105
Jurisprudentie.....	107

Lijst van gebruikte afkortingen

AMvB	<i>Algemene Maatregel van Bestuur</i>
AWBZ	<i>Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten</i>
(A)Wtza	<i>(Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders</i>
BoZ	<i>Brancheorganisatie Zorg</i>
BV	<i>Besloten vennootschap</i>
BVm	<i>Maatschappelijke BV</i>
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
CR	<i>Cliëntenraad</i>
CCR	<i>Centrale cliëntenraad</i>
CSZ	<i>College sanering zorginstellingen</i>
GCZ (2017)	<i>Governancecode Zorg 2017</i>
GG	<i>Governancecommissie Gezondheidszorg</i>
IGJ	<i>Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd</i>
Msb	<i>Medisch-specialistisch bedrijf</i>
NV	<i>Naamloze vennootschap</i>
NZa	<i>Nationale Zorgautoriteit</i>
OK	<i>Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam</i>
RvS	<i>Raad van State</i>
RVZ	<i>Raad voor Volksgezondheid en Zorg</i>
VWS	<i>Volksgezondheid, Welzijn en Sport</i>
WBTR	<i>Wet bestuur en toezicht rechtspersonen</i>
WEZ	<i>Wet exploitatie zorginstellingen</i>
Wibz	<i>Wet integrale bedrijfsvoering zorgaanbieders</i>
WZV	<i>Wet ziekenhuisvoorzieningen</i>
Wkkgz	<i>Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg</i>
Wlz	<i>Wet langdurige zorg</i>
Wmcz (2018)	<i>Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (2018)</i>
Wmg	<i>Wet marktordening gezondheidszorg</i>
Wmo	<i>Wet maatschappelijke ondersteuning</i>
WNT	<i>Wet normering topinkomens</i>

Wpk	<i>Wet privaat kapitaal (Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg)</i>
WTZ(i)	<i>Wet toelating zorginstellingen</i>
Wtza	<i>Wet toetreding zorgaanbieders</i>
Zbc	<i>Zelfstandig behandelcentrum</i>
ZGC (2010)	<i>Zorgbrede Governancecode 2010</i>
Zfw	<i>Ziekenfondswet</i>
Zvw	<i>Zorgverzekeringswet</i>

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

De afgelopen jaren is de aandacht voor de besteding van collectieve middelen door zorginstellingen toegenomen. Het van overheidswege uitgedragen adagium luidt momenteel dat geld dat bestemd is voor de zorg, ook moet worden besteed aan de zorg.¹ Dat gebeurt niet altijd. Nieuwsberichten over zorgaanbieders die geleverde zorg te ruim declareren, of zelfs geheel niet geleverde zorg declareren, zijn niet moeilijk te vinden.² Dit soort frauduleuze praktijken staan al geruime tijd op de politiek-maatschappelijke radar en het arsenaal van de externe toezichthouders is in de regel ruim genoeg om daartegen op te treden. Echter komen ook andere wijzen waarop zorggeld wordt besteed steeds meer onder maatschappelijk vuur te liggen. Zorgondernemers die zichzelf dividend uitkeren, kunnen bijvoorbeeld meestal op weinig sympathie rekenen van media, politici en burgers, die in dat verband termen bezigen als ‘zorgcowboys’, ‘zakken vullen’, ‘schimmige constructies’ en ‘wegsluizen’.³

De overheid en externe toezichthouders hebben het, ietwat genuanceerder, bijvoorbeeld over ‘twijfelachtige financiële of organisatorische constructies’ of ‘complexe bedrijfs- of vennootschapsstructuren’ waarbij het risico bestaat dat collectieve middelen die voor de zorg zijn bestemd, ‘weglekken’.⁴ Hiermee wordt doorgaans bedoeld op ondernemingsrechtelijke structuren waarbinnen winsten van zorgondernemingen kunnen worden uitgekeerd aan private aandeelhouders, bijvoorbeeld door middel van uitbesteding van zorgverlening of andere diensten en door middel van vastgoedconstructies. Dit alles roept juridische vraagtekens op in het licht van het verbod van winsttoogmerk, dat momenteel grofweg geldt voor intramurale zorginstellingen op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Zo is het de vraag in hoeverre sommige in de praktijk gebezigde structuren rechtmatig zijn en in hoeverre de reeds bestaande interne en externe mechanismen bescherming bieden tegen dit soort ‘weglekrisico’s’.

Mede naar aanleiding van misstanden in het semipublieke domein is Boek 2 BW gewijzigd met de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR), die per 1 juli 2021 in werking is getreden. Om specifiek het toezicht op zorginstellingen te verbeteren, is recent de

¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 32 620, 238, p. 1 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

² Zie voor een korte bloemlezing Groot & Maassen van den Brink, *JV 2014*, p. 88-89.

³ Zo leert bijvoorbeeld een snelle zoektocht met de trefwoorden ‘*Buurtzorg*’, ‘*DeSeizoenen*’ en ‘*PrivaZorg*’ in combinatie met het trefwoord ‘winst’.

⁴ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2019/20*, 32 620, 238, p. 5 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019) en *Signalering: Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering 2019*, p. 1-2.

(Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders ((A)Wtza) aangenomen, die naar verwachting op 1 januari 2022 in werking treedt. Tot slot is de Wet integere bedrijfsvoering (Wibz) aangekondigd, die zoals het er naar uitziet het meest nadrukkelijk van de drie beoogt de weglek van zorggeld tegen te gaan. Het is de vraag op welke wijze de aangekondigde wetgeving verandering brengt in het vigerende winstuitkeringsregime en in genoemde beschermingsmechanismen. Voor het voorgaande is het bovendien belangrijk om een stap terug te doen en breder te kijken naar de context en totstandkoming van het verbod van winstoogmerk zoals we dat nu kennen. Met andere woorden is het ook de vraag in hoeverre winstuitkering in de zorg (on)wenselijk is en of het verbieden van winstuitkering noodzakelijk is.

1.2. Probleemstelling en opzet

1.2.1. Hoofdvraag

Het doel van deze scriptie is om te onderzoeken hoe het huidige winstuitkeringsregime in de zorgsector eruit ziet en met welk achterliggend idee dat regime tot stand is gekomen. Voorts is de vraag hoe dat regime de vormgeving van ondernemingsrechtelijke (financierings)structuren bij zorgondernemingen beïnvloedt, of met andere woorden bij welke zorgstructuren zich in de praktijk weglekrisico's voordoen. De vervolgvraag is of ten aanzien van die gebezigde structuren en praktijken voldoende en toereikende interne en externe mechanismen aanwezig zijn om eventuele weglekrisico's te beperken. Bij interne mechanismen valt in de eerste plaats te denken aan de organen van de zorginstelling zelf met hun taken, richtsnoer en bevoegdheden, maar ook aan wettelijke regelingen zoals de tegenstrijdig belangregeling die een interne handelswijze voorschrijft. Onder externe mechanismen versta ik bijvoorbeeld de externe toezichthouders en de rechter. Tot slot is het de vraag of en in hoeverre toekomstige (zorgsector)wetgeving voorziet in gewenste aanpassingen met betrekking tot het winstuitkeringsregime zelf en genoemde beschermingsmechanismen.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende hoofdvraag:

Biedt de huidige en toekomstige wetgeving voldoende en noodzakelijke bescherming tegen de mogelijke weglek van zorggeld bij zorgstichtingen en -BV's?

1.2.2. Subvragen

Dit onderzoek deel ik op in een aantal subvragen:

1. Wat is de (historische) context van het winstoogmerkverbod in de zorg?
2. Hoe zien de algemene wettelijke regelingen met betrekking tot winstuitkering eruit voor de besloten vennootschap (BV) en de stichting?

3. Hoe ziet de sectorale wet- en regelgeving met betrekking tot winstuitkering eruit voor zorginstellingen?
4. Bij welke in de praktijk door (aan het winstoogmerkverbod onderworpen) zorgondernemingen gehanteerde structuren doen zich met name weglekrisico's voor en op welke wijze?
5. In hoeverre zijn vorenbedoelde zorgstructuren legaal?
6. Welke interne ondernemingsrechtelijke mechanismen dienen ter voorkoming van de weglek van zorggelden bij zorgondernemingen en zijn deze mechanismen toereikend?
7. Welke externe toezichts- en handhavingsmechanismen dienen ter voorkoming van de weglek van zorggelden bij zorgondernemingen en zijn deze mechanismen toereikend?
8. (Hoe) brengt de aangekondigde zorgsectorwetgeving verandering in het vigerende winstuitkeringsregime en de daarmee verband houdende mechanismen?
9. Zijn bestaande zorgstructuren onder de toekomstige wetgeving legaal en (hoe) moeten bestaande zorgstructuren naar aanleiding van de toekomstige wetgeving aangepast en ingericht worden?
10. Voorziet toekomstige wetgeving in gewenste aanpassingen van het winstuitkeringsregime en in mechanismen die weglekrisico's moeten beperken?

1.2.3. Hoofdstukken

De subvragen komen aan bod in een aantal hoofdstukken. Allereerst schets ik de (historische) context van het winstoogmerkverbod in de zorg in hoofdstuk 2 (Maatschappelijke achtergrond), waarbij ik onder meer de achterliggende (parlementaire) discussie weergeef en het winstoogmerkverbod in internationaalrechtelijk licht plaats. In hoofdstuk 3 (Winstuitkering: algemene wetgeving) zet ik daarna uiteen hoe de algemene wettelijke regelingen met betrekking tot winstuitkering er op hoofdlijnen uitziet voor de BV en de stichting, de meest voorkomende rechtsvormen in de vorenbedoelde zorgstructuren. Vervolgens komt in hoofdstuk 4 (Winstuitkering: zorgsectorwetgeving) aan bod hoe de sectorale wet- en regelgeving met betrekking tot winstuitkering voor zorginstellingen – de WTZi en het Uitvoeringsbesluit WTZi – eruitziet.

In hoofdstuk 5 (Ondernemingsrechtelijke structuren in de zorg) kom ik op de vraag hoe zorgondernemingen die onderworpen zijn aan het WTZi-winstoogmerkverbod zich in de praktijk structureren om alsnog winstuitkeringen te kunnen doen, welke weglekrisico's zich in die structuren voordoen en in hoeverre de daar behandelde structuren en praktijken legaal zijn. Hierbij is aandacht voor de hoofd- en onderaannemerstructuur, het allocatiemodel in een concernstructuur en juridische herstructureringen.

Hoofdstuk 6 (Interne beschermingsmechanismen) betreft de vraag welke interne ondernemingsrechtelijke mechanismen dienen ter bescherming tegen het weglekken van zorggeld en of deze mechanismen toereikend zijn. Dit hoofdstuk gaat in op de (verplichte) bestuursstructuur van zorginstellingen, het richtsnoer van het bestuur en toezicht van een zorginstelling, belangenconflicten en de taken en bevoegdheden van organen van de zorginstelling. Hoofdstuk 7 (Externe beschermingsmechanismen) behandelt vervolgens de vraag naar de aanwezigheid en toereikendheid van externe toezichts- en handhavingsmechanismen die zien op weglekrisico's bij zorgondernemingen. Hierbij komen de externe toezichthouders en rechterlijke toetsing aan bod.

In hoofdstuk 8 (Implicaties aangekondigde zorgsectorwetgeving) worden tot slot de (verwachte) implicaties van de Wtza en de Wibz voor de bestaande zorgstructuren en voornoemde mechanismen beschouwd en beoordeeld.

1.3. Afbakening

In het onderzoek beperk ik mij ten eerste hoofdzakelijk tot een tweetal rechtsvormen, te weten de BV en de stichting. Dat doe ik voornamelijk vanwege de aard van de besproken zorgstructuren, die voornamelijk bestaan uit enkel BV's dan wel uit BV's en stichtingen. Hoewel ook het nodige te zeggen valt over winstuitkering bij bijvoorbeeld de coöperatie en de maatschap, omdat medisch specialisten vaak hun medisch-specialistisch bedrijf (msb) in die rechtsvormen organiseren, vallen deze rechtsvormen dus in beginsel buiten dit onderzoek.

Ten tweede beperk ik mij als het gaat om de interne mechanismen bij een zorginstelling vooral tot het interne toezicht en de cliëntenraad. Bij winstuitkering is de rol van de algemene vergadering bij de BV uiteraard ook zeer relevant, maar ik heb als (enigszins ongenueanceerd) uitgangspunt genomen dat aandeelhouders in beginsel vrij zijn om hun eigen belang in de zorgonderneming na te streven. De vervolgvraag die met name van belang is voor dit onderzoek is, gelet op de publieke belangen die mogelijk worden geschaad door het weglekken van zorggelden, welke rol de cliëntenraad en met name het interne toezicht kunnen of moeten hebben in de bescherming daarvan. De besproken wetgeving richt zich ook hoofdzakelijk op het interne toezicht en niet op de algemene vergadering.

Tot slot ga ik, als het over toekomstige wetgeving gaat, enkel in op de (A)Wtza en de Wibz. Opgemerkt zij dat ook de Wet maatschappelijke BV (BVM) mogelijk ingrijpende gevolgen zal hebben voor zorgondernemingen. Omdat voor deze wet op het moment van schrijven nog geen voorstel bestaat,⁵ baseer ik mij wat de BV betreft echter op de reeds bestaande wetgeving.

⁵ Enkel een aanzet: zie 'Besloten vennootschap met een maatschappelijk doel', internetconsultatie.nl.

2. Maatschappelijke achtergrond

2.1. Inleiding

Om te beginnen wil ik het huidige winstuitkeringsregime in de zorg tegen een bredere achtergrond plaatsen. In dit hoofdstuk schets ik daarom ten eerste in vogelvlucht de historische context van het winstoogmerkverbod in de zorg aan de hand van de parlementaire geschiedenis (§ 2.2). Daarna geef ik nog een aantal andere aspecten weer van de discussie omtrent winstuitkering en de weglek van zorggeld (§ 2.3).

2.2. Weergave parlementaire geschiedenis

2.2.1. Inleiding

De discussie omtrent winstuitkering in de zorg is niet bepaald nieuw. Het vigerende winstuitkeringsregime in de zorgsector is daarom het beste te begrijpen wanneer het wordt geschetst tegen zijn parlementaire achtergrond. Om deze reden zet ik de politieke hoogtepunten van de afgelopen decennia hieromtrent op een rij alvorens ik kom tot de bespreking van het huidige winstuitkeringsregime. Het betreft achtereenvolgens het bouwregime (§ 2.2.2), de stelselwijziging (§ 2.2.3), de afschaffing van het bouwregime (§2.2.4) en de Wet vergroten investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg (§ 2.2.5).

2.2.2. Bouwregime

Gedurende de tweede helft van de twintigste eeuw is de politiek zich in toenemende mate gaan inlaten met de zorg.⁶ Het Besluit normen en algemene voorwaarden voor erkenning van ziekenhuizen (1977) vormde de eerste wetgeving die een winstoogmerk van rechtspersonen die een ziekenhuis exploiteerden expliciet aan banden legde. Dergelijke rechtspersonen die winst beoogden, konden de erkenning die de wet vereiste niet krijgen. De Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV, 1979) verbood rechtspersonen vervolgens om een ziekenhuis te bouwen of te exploiteren zonder vergunning. Slechts rechtspersonen waarvan mocht worden aangenomen dat hun werkzaamheid niet was gericht op het behalen van winst, kwamen in aanmerking voor een vergunning.⁷ In 1998 werd het toepassingsgebied van de WZV verruimd middels de Regeling zelfstandige behandelcentra. De wet ging ook gelden voor privéklinieken die medisch-specialistische zorg leverden waarop aanspraak bestond ingevolge het bepaalde bij of krachtens de Ziekenfondswet (Zfw), in de regeling aangeduid als zelfstandige behandelcentra (zbc's).⁸

⁶ Plomp 2011, p. 113-114.

⁷ Zie art. 15 lid 1 jo. 6 lid 1 WZV (oud).

⁸ Art. 1 Regeling zelfstandige behandelcentra (oud). Medisch-specialistische zorg wordt over het algemeen geleverd door ziekenhuizen en wordt dus ook wel aangeduid als 'ziekenhuiszorg'. Die term kan echter misleiden, omdat ook er ook zbc's zijn die medisch-specialistische zorg leveren.

De overheid bekostigde in het WZV-systeem een aanzienlijk deel van het ziekenhuisvastgoed middels budgetfinanciering. Deze constructie wordt gewoonlijk aangeduid met het begrip 'bouwregime'. Rechtspersonen met een WZV-vergunning kregen een budget van de staat, waardoor onder meer de kapitaallasten – de rente- en afschrijvingskosten – van het ziekenhuisvastgoed uiteindelijk voor rekening van de overheid kwamen.⁹ Omdat op deze wijze niet de zorgaanbieder, maar de overheid alle kosten en risico's inzake het vastgoed droeg, werd winstuitkering door deze zorgaanbieders onwenselijk geacht.¹⁰ Het feit dat het huidige verbod van winstoogmerk (grofweg) geldt voor intramurale zorg¹¹ en niet voor extramurale zorg,¹² is terug te voeren op dit bouwregime.

2.2.3. Stelselwijziging

Aan het begin van deze eeuw is het zorgstelsel herzien. Daarbij vond een stelselomslag van centrale *aanbodregulering* naar *vraaggerichtheid* plaats. In plaats van de situatie dat de overheid door middel van een uitgebreid stelsel van wetten, regels, vergunningen en erkenningen de inhoud, prijs en omvang van het zorgaanbod regelde, zouden zorgaanbieders meer vrijheid moeten krijgen om op de zorgvraag in te kunnen spelen.¹³ De aanwezigheid van een winstoogmerk zou in dat systeem bij kunnen dragen aan het stimuleren van concurrentie en meer innovatie op de zorgmarkt.¹⁴

Het voorstel voor de Wet exploitatie zorginstellingen (WEZ, 2001) zou de WZV moeten vervangen. Anders dan de WZV zou de WEZ niet bij de bouw, maar bij de exploitatie van zorginstellingen (oftewel, bij het proces van zorgverlening zelf) moeten aansluiten.¹⁵ Voor de WZV-vergunning zou een vereiste exploitatietoestemming in de plaats komen. Onder de WEZ zou het winstuitkeringsregime echter grotendeels gehandhaafd blijven, omdat de minister bang was dat ruimere winstuitkeringsmogelijkheden zouden leiden tot winstoptimalisatie met kwaliteitsvermindering van de zorg als gevolg. Daarnaast wilde zij voorkomen dat publiek geld 'weglekte' naar private kapitaalverschaffers en dat winstmaximalisatie de prijzen – die (deels) betaald moesten worden uit collectieve middelen – zou opdrijven.¹⁶

Het niet verruimen van winstuitkeringsmogelijkheden kwam de minister op kritiek te staan van onder meer de Raad van State (RvS), die ongewijzigde handhaving van het verbod niet

⁹ Plomp 2011, p. 107-108.

¹⁰ *Kamerstukken I* 2017/18, 33 168, J, p. 2.

¹¹ Zorg waarbij de zorgbehoevende gedurende ten minste een etmaal onafgebroken binnen de instellingsmuren verblijft. Concreet gaat het om langdurige zorg (*care*) en de meeste medisch-specialistische zorg.

¹² Zorg waarbij de zorgbehoevende niet of minder dan een etmaal binnen de instellingsmuren verblijft.

¹³ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, 2, p. 19-20 en 92 (Nota).

¹⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, 2, p. 23-24 (Nota).

¹⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, 3, p. 4 (MvT).

¹⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, A, p. 12-13.

goed verklaarbaar achtte en vreesde dat zorginstellingen in toenemende mate complexe, niet-transparante juridische structuren zouden aannemen om het verbod te ontgaan. De intussen niet meer bestaande Raad voor Volksgezondheid en Zorg (RVZ) sloot zich in het advies 'Winst en gezondheidszorg' (2002) aan bij de kritiek van de RvS en pleitte voor een stelsel waarbinnen partijen 'maximale vrijheid' zouden hebben 'die nog verenigbaar is met het publieke kader waarin de zorg wordt verleend en de publieke belangen die in het geding zijn'.¹⁷ Ook plaatsten beide raden Europeesrechtelijke vraagtekens bij het verbod op winstuitkering, waarover later meer.

Uiteindelijk werd in het kader van de stelselherziening¹⁸ een gewijzigde variant van de WEZ ingevoerd in 2006, getiteld Wet toelating zorginstellingen (aanvankelijk afgekort tot WTZ, later tot WTZi). De WTZi sprak niet meer van een exploitatietoestemming, maar van een *toelating* voor zorginstellingen. Met de WTZi streefde de overheid naar verdergaande vrijheden op het gebied van winstoogmerk, door ook de mogelijkheden voor een deel van de publiek gefinancierde zorginstellingen op dat vlak te verruimen.¹⁹ Zo was de regering voornemens om stapsgewijs die mogelijkheden uit te breiden voor bepaalde intramurale zorginstellingen.²⁰

2.2.4. Afschaffing bouwregime

Alvorens over te gaan tot deze verruiming van winstuitkeringsmogelijkheden, formuleerde het kabinet een aantal voorwaarden. De eerste voorwaarde betrof de bekostiging van vastgoed. Instellingen kregen vanwege het bouwregime nog steeds de kapitaallasten vergoed door de overheid. Het kabinet wilde echter in plaats daarvan "*dat instellingen zelf afwegen hoe ze de kapitaallasten die het gevolg zijn van besluiten over huisvesting, zelf kunnen terugverdienen met de verkoop van zorgdiensten (het leveren van zorg)*"²¹ – dat systeem wordt ook wel aangeduid met de term *integrale prestatiebekostiging*. Deze integrale prestatiebekostiging zou ook transparant moeten zijn en de huisvestingslasten zouden er dus onderdeel van moeten uitmaken.²² De tweede voorwaarde betrof het vermogen dat tot dan toe was opgebouwd onder het bouwregime. Het kabinet formuleerde daaromtrent het beleidsuitgangspunt "*dat economische waarde die is opgebouwd in een door overheidsregels gecreëerde omgeving met weinig risico's niet mag «weglekken» naar commerciële partijen.*"²³

¹⁷ *Winst en gezondheidszorg* 2002, p. 30-33.

¹⁸ Van deze herziening maakte ook de Zorgverzekeringswet (Zvw) deel uit, die een verzekerd basispakket introduceerde en die meer concurrentie tussen zorgverzekeraars mogelijk maakte (zie Plomp 2011, p. 138-146) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), waarmee de Nationale Zorgautoriteit (NZa) als toezichthouder op de Nederlandse gezondheidszorgmarkt in het leven werd geroepen (zie Plomp 2011, p. 146-156).

¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 27 659, 16, p. 14-15 (derde NvW).

²⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 27 659, 17, p. 25 (Verslag II).

²¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 27 659, 52, p. 2 (Eerste kapitaallastenbrief, d.d. 8 maart 2005).

²² *Kamerstukken II* 2004/05, 27 659, 52, p. 5 (Eerste kapitaallastenbrief, d.d. 8 maart 2005).

²³ *Kamerstukken II* 2004/05, 27 659, 52, p. 5 (Eerste kapitaallastenbrief, d.d. 8 maart 2005).

Na invoering van de WTZi is vanaf 2008 het bouwregime ook daadwerkelijk stapsgewijs afgeschaft. De instellingen waar het bouwregime op van toepassing was geweest, werden hierdoor zelf verantwoordelijk voor hun (des)investeringen in vastgoed en de bijbehorende risico's. De kapitaallasten werden onderdeel van de integrale tarieven van zorginstellingen, zodat ze in beginsel voor rekening van de zorgverzekeraar kwamen.²⁴ In beginsel impliceerde de afschaffing van het bouwregime (dus) onder andere dat zorginstellingen het met collectieve middelen gefinancierd vastgoed zouden kunnen vervreemden en de opbrengst daarvan naar eigen inzicht besteden.

De regering wilde dat echter voorkomen, gezien het geformuleerde beleidsuitgangspunt omtrent het 'weglekken' van vastgoedwaarde, en diende in dat kader de Spoedwet vermogensbehoud zorginstellingen in. Als potentieel 'weglekgevaar' signaleerde het kabinet onder meer de mogelijkheid dat instellingen onroerende zaken zouden onderbrengen in een andere rechtspersoon waar het (externe) toezicht zich niet op richtte, waardoor de waarde zou kunnen worden onttrokken aan de zorg. De reeds aanwezige publieke en private waarborgen, waaronder de vereiste goedkeuring door het College sanering zorginstellingen (CSZ) voor het afstoten van onroerende zaken, zouden hiervoor onvoldoende zijn.²⁵ Het voorstel heeft wegens een negatief advies van de RvS de eindstreep echter niet gehaald.²⁶

Hoewel het bouwregime werd afgeschaft, bleef in de regelgeving op het gebied van winstuitkering het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg bestaan. Dat onderscheid vloeide echter rechtstreeks voort uit dat bouwregime. De vraag is dus of dat onderscheid zijn relevantie niet grotendeels is verloren.

2.2.5. Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg

Het voorstel tot de Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg (ingediend in 2012), ook wel Wet privaat kapitaal (Wpk), had vervolgens verandering moeten brengen in het winsttoogmerkverbod door gereguleerde winstuitkering voor medisch-specialistische zorginstellingen mogelijk te maken.²⁷ Het voorstel is echter in 2019 ingetrokken door de minister, omdat het kabinet de tijd op dat moment nog niet rijp achtte voor het vergroten van investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg.²⁸ Daarentegen zijn juist

²⁴ Plomp 2011, p. 165-166.

²⁵ Spoedwet vermogensbehoud zorginstellingen (*Stcrt.* 2011, 4030, p. 5-6).

²⁶ Plomp 2011, p. 169.

²⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, 3, p. 1-2 (MvT). Onder meer Linders & Weusten vroegen zich hierbij overigens af waarom de verruiming enkel voor medisch-specialistische zorg mogelijk gemaakt zou worden en niet voor intramurale zorg (via de Wlz); zie Linders & Weusten, *O&F* 2017, p. 64-65.

²⁸ *Kamerstukken I* 2019/20, 33 168, P, p. 1 (Brief van de minister voor Medische Zorg en Sport, d.d. 25 oktober 2019).

nadere voorwaarden aan dividenduitkering door extramurale zorginstellingen aangekondigd, waar ik later in dit onderzoek op inga.

2.3. Weergave discussie

2.3.1. Inleiding

De discussie omtrent winstuitkering in de zorg en het risico op het weglekken van gelden die bestemd zijn voor de zorg speelt zich af op meerdere terreinen en is bij vlagen gecompliceerd. Daarom schets ik in aanvulling op de weergave van de parlementaire geschiedenis nog een aantal elementen die een belangrijke rol spelen in de discussie, te weten private belangen versus publieke belangen (§ 2.3.2), collectieve middelen (§ 2.3.3) en Europees en internationaal recht (§ 2.3.4).

2.3.2. Private belangen versus publieke belangen

Allereerst lopen bij zorginstellingen verschillende private en publieke belangen door elkaar. Hoewel een aanzienlijk deel van de zorgverlening met collectieve middelen wordt gefinancierd, wordt de zorg zelf in Nederland nooit door de overheid aangeboden maar altijd door private zorgaanbieders. Private zorgaanbieders zijn in beginsel gebaat bij de mogelijkheid om winst uit te keren. Zorginstellingen kunnen dan eenvoudiger risicodragend vermogen van private kapitaalverschaffers aantrekken.²⁹ Investeerders kunnen dan immers een beloning – een deel van de winst – ontvangen als vergoeding voor het door hen beschikbaar gestelde risicodragende vermogen. Die investeerders nemen naast kapitaal vaak ook kennis van risico's, investeringsbeleid en andere aspecten van bedrijfsvoering mee die nuttig kan zijn voor de zorginstelling.³⁰ Over het algemeen staat daar ook zeggenschap voor de investeerders over de zorgonderneming tegenover.

Daartegenover is het evident dat de maatschappij als geheel er belang bij heeft dat het zorgstelsel op zijn minst naar behoren functioneert. Dat belang kan worden gezien als een overkoepelend maatschappelijk belang bij een goed niveau van volksgezondheid. Uit dat overkoepelende belang kunnen een aantal publieke deelbelangen worden gedestilleerd. Dat zijn specifiekere belangen bij het goed functioneren van de zorg in het algemeen of van een specifieke zorginstelling. In het bijzonder heeft de samenleving belang bij gezondheidszorg die voldoet aan een kwaliteitsstandaard, betaalbaar is en toegankelijk is.

Deze publieke (deel)belangen – kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid – staan in potentie op gespannen voet met winstuitkering. Het streven naar winst zou zorginstellingen er ten eerste toe kunnen bewegen om kostenverlagingen door te voeren ten koste van de kwaliteit

²⁹ Zie uitgebreider: Linders & Weusten, *O&F* 2017, p. 62-64.

³⁰ Brouwer & Rutten, *MJ* 2009.

van de door hen geleverde zorg. Ten tweede leidt het toestaan van winstuitkeringen tot pogingen om de omzet te verhogen. Dat zou kunnen zorgen voor hogere prijzen en tot onnodige zorgverlening ('ongepaste zorg' of 'overbehandeling'). De betaalbaarheid kan daardoor onder druk komen te staan.³¹ Ten derde kan de mogelijkheid om winst uit te keren zorgen voor *cherry picking* door zorginstellingen, dat wil zeggen dat zij vooral de voor hen meest rendabele zorgprestaties gaan verrichten. Het wordt met andere woorden wellicht minder interessant om (intensieve) zorg te verlenen aan zorgbehoevenden die verhoudingsgewijs weinig 'opleveren', waardoor de zorg minder toegankelijk wordt.³² Aandeelhouders die zich met name laten leiden door winst op korte termijn, kunnen daarmee kortom publieke belangen schaden.

Anderzijds kunnen winstuitkering en de betrokkenheid van private investeerders de publieke belangen juist ten goede komen. Meer beschikbaar kapitaal stelt zorginstellingen bijvoorbeeld in staat om ten behoeve van de kwaliteit van zorg benodigde investeringen te doen en te innoveren. Mogelijkheden om winst uit te keren maken de zorgmarkt daarnaast aantrekkelijker. Startende zorgaanbieders kunnen eenvoudiger startkapitaal bijeenbrengen, waardoor de toetredingsdrempel wordt verlaagd en de zorgmarkt dynamischer wordt.³³ Ook kan de toetreding van private kapitaalverschaffers leiden tot een doelmatige besteding van zorggeld, aangezien een efficiënte(re) aanwending van middelen normaliter meer winst oplevert en dus meer rendement voor investeerders oplevert.

2.3.3. *Collectieve middelen*

2.3.3.1. Zorgstelsel

Met het oog op winstuitkering is ook van belang dat zorgverlening in Nederland grotendeels wordt bekostigd uit collectieve middelen. De door zorgaanbieders geleverde zorgprestaties waarop aanspraak bestaat ingevolge de Zorgverzekeringswet (Zvw) worden betaald door zorgverzekeraars. In beginsel is iedere Nederlander verplicht een basiszorgverzekering af te sluiten,³⁴ op basis waarvan zij in elk geval zorgpremie betalen aan die zorgverzekeraars. Daarnaast worden zorgverzekeraars op grond van de Zvw nog gefinancierd uit het Zorgverzekeringsfonds (Zvf), dat bestaat uit inkomensafhankelijke (werkgevers)bijdragen, belastingen en een rijksbijdrage.³⁵

³¹ Voor het beeld: in 2019 bedroegen de totale zorguitgaven (zowel zorgpremies als overheidsbijdragen) meer dan 106 miljard. In 2009 was dat afgerond 82 miljard. Nog eens tien jaar eerder, in 1999, was dat afgerond 42 miljard; zie 'Zorguitgaven; kerncijfers', cbs.nl.

³² *Kamerstukken II 2011/12, 33 168, 3, p. 7-9 (MvT).*

³³ *Kamerstukken II 2011/12, 33 168, 3, p. 3-6 (MvT).*

³⁴ Art. 2 lid 1 jo. 10 Zvw jo. 2.1.1 lid 1 Wlz.

³⁵ Via het Zvf wordt ongeveer 50% van alle zorg betaald, waaronder zorg voor jongeren tot 18 jaar; zie 'Het Zorgverzekeringsfonds (Zvf)', zorginstituutnederland.nl.

Prestatiebekostiging is het uitgangspunt in het Zvw-systeem. Kortgezegd houdt prestatiebekostiging in dat de zorginstellingen (enkel) vergoed worden voor (daadwerkelijk) geleverde zorgprestaties (of -producten). Dat is bijvoorbeeld in tegenstelling tot het voorheen geldende bouwregime, waar de vergoeding voor huisvestingslasten door de overheid niet afhankelijk was van de geleverde zorgprestaties. Daarnaast geldt dat verzekeraars en aanbieders vrij zijn om een contract aan te gaan en dat de tarieven van zorg in beginsel vrij onderhandelbaar zijn (met uitzondering van een aantal zorgproducten, waarvoor een wettelijk maximumtarief geldt).³⁶ In deze tarieven kunnen onder meer huisvestingslasten tot uitdrukking komen.

Voor zorg in de zin van de Wet langdurige zorg (Wlz) is in beginsel iedere Nederlander van rechtswege verzekerd (volksverzekering).³⁷ De bekostiging van deze zorg is in bepaalde opzichten anders. De zorg wordt bijvoorbeeld ingekocht door zorgkantoren en personen die aanspraak maken op Wlz-zorg kunnen niet kiezen voor een bepaald zorgkantoor, waardoor nauwelijks sprake is van concurrentie.³⁸

2.3.3.2. Weglekrisico's

Mede in verband met de betaalbaarheid van de zorg heeft de overheid als uitgangspunt geformuleerd dat collectieve middelen die bestemd zijn voor de zorg ook daadwerkelijk dienen te worden besteed aan de zorg³⁹ (en niet op allerlei mogelijke wijzen verdwijnen in private (aandeelhouders)zakken). Dit uitgangspunt kan niet los gezien worden van maatschappelijk ongemak bij enerzijds berichten over (hoge) winstuitkeringen in de zorg en anderzijds berichten over allerlei tekorten en gebreken in de zorg. Dit ongemak werd bijvoorbeeld vrij recent geïllustreerd door de ophef rondom een forse dividenduitkering door een zorginstelling behorende tot de *PrivaZorg*-groep. De minister noemde dat excessief, niet leidend tot een doelmatige besteding van zorggeld en onwenselijk, hoewel het een instelling betrof waarvoor geen winstoogmerkverbod geldt.⁴⁰

³⁶ Van Manen & Sauter 2015, p. 192-193.

³⁷ Art. 2.1.1 lid 1 Wlz.

³⁸ Voor het beeld: in 2019 werd ruim 83% van de zorguitgaven gefinancierd uit verplichte verzekeringen, zoals op basis van de Zorgverzekeringswet (44%) en de Wet langdurige zorg (20%) en uit overheidsbijdragen (20%), waaronder de uitgaven van gemeenten in het kader van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo); zie 'Zorguitgaven stegen in 2019 met 5,2 procent', cbs.nl 11 juni 2020.

³⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2019/20*, 32 620, 238, p. 1 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

⁴⁰ Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 23 235, 186, p. 1 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

In dit verband wordt, mede van overheidswege, gesproken van het risico dat zorggeld ‘weglekt’.⁴¹ Niet altijd blijkt duidelijk wat men verstaat onder dergelijke weglekrisico’s. Omwille van de duidelijkheid is het goed om allereerst onderscheid te maken tussen weglekrisico’s en fraude. Frauderende zorgaanbieders ontvangen vergoedingen voor niet geleverde zorg, waardoor die middelen niet ten goede komen aan zorgverlening. Het gaat dan om gedrag dat zonder meer onrechtmatig is.⁴²

Weglekrisico’s lijken daarentegen uitsluitend te zien op (i) “*financiële en organisatorische structuren*”⁴³ die als zodanig niet onrechtmatig zijn en op (ii) transacties binnen zodanige structuren, die als zodanig evenmin onrechtmatig zijn. Deze fenomenen gaan ook niet zelden hand in hand. Het eerste ziet op structuren die het mogelijk maken om (indirect) winst uit te keren van zorgondernemingen waar in beginsel een winstuitkeringsverbod geldt. Het tweede betreft transacties⁴⁴ die niet-marktconform zijn en in het nadeel van de zorginstelling, waardoor collectieve middelen ondoelmatig worden besteed. In beide gevallen valt te spreken van collectieve middelen die (deels) niet worden besteed aan de zorg, maar het blijft enigszins vaag of de overheid en externe toezichthouders enkel het laatste of ook het eerste fenomeen als zodanig onwenselijk achten.

2.3.4. *Europees en internationaal recht*

Tot slot spelen er vragen omtrent de toelaatbaarheid van een verbod op winstuitkering in het licht van een aantal Europees- en internationaalrechtelijke bepalingen. In het bijzonder gaat het dan om bepalingen met betrekking tot het eigendomsrecht en het vrije verkeer.

Ten eerste beschermt art. 1 Eerste Protocol EVRM het recht op het ongestoord genot van eigendom van natuurlijke en rechtspersonen. Gelet daarop is het de vraag of een verbod op winstuitkering dat recht van zorginstellingen c.q. kapitaalverschaffers niet (ongerechtvaardigd) aantast. Plomp concludeert kortgezegd dat het verbod op winstuitkering waarschijnlijk kan worden aangemerkt als een vorm van regulering van eigendom, waarvoor mogelijk onvoldoende rechtvaardiging bestaat. Of er daadwerkelijk sprake is van schending van die bepaling, kan echter niet met zekerheid worden vastgesteld.⁴⁵

⁴¹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2019/20*, 32 620, 238, p. 1 en 5 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019). Zie ook de Nederlandse Zorgautoriteit in het rapport *Fenomeenonderzoek complexe juridische structuren van zorgaanbieders 2021*, p. 9 en 19-20.

⁴² Vgl. Groot & Maassen van den Brink, *JV 2014*, p. 90.

⁴³ Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 32 620, 238, p. 5 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

⁴⁴ Specifieker: transacties van een zorginstelling met een gelieerde partij die winst mag uitkeren.

⁴⁵ Plomp 2011, p. 272.

Ten tweede kan de vraag worden gesteld of het verbod van winstoogmerk schending van het EU-recht voor de interne markt oplevert. Volgens onderzoek uit 2018 kan de doelstelling om kwaliteit en betaalbaarheid van het zorgstelsel te borgen maken dat winstuitkeringsbeperkingen toegestaan kunnen zijn, mits is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. De maatregel moet ten eerste geschikt zijn voor dat doel (geschiktheidsvereiste). Om geschikt te zijn moet de maatregel coherent en consistent zijn vormgegeven. Het beoogde doel moet ten tweede niet kunnen worden bereikt met een minder belemmerende maatregel (noodzakelijkheidsvereiste). Dit alles vereist een gedegen onderbouwing van de wetgever.⁴⁶ Genoemd onderzoek geeft geen definitief antwoord op de vraag of het verbod van winstoogmerk houdbaar is. Wel wijzen de onderzoekers op de eenvoud waarmee het huidige verbod te omzeilen is, wat mogelijk problematisch is voor de juridische houdbaarheid.⁴⁷ Plomp stelt overigens wel duidelijk vast dat het huidige verbod naar alle waarschijnlijkheid schending van het EU-recht oplevert.⁴⁸

⁴⁶ *Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders* 2018, p. 63-66.

⁴⁷ Glas, Van de Gronden & Veenbrink, *TvGR* 2021, p. 590.

⁴⁸ Plomp 2011, p. 318-319. In gelijke zin Van Manen & Sauter 2015, p. 201.

3. Winstuitkering: algemene wetgeving

3.1. Inleiding

Nu de context van winstuitkering in de zorg is geschetst, is het de vraag hoe het winstuitkeringsregime in de zorg er precies uitziet. Winstuitkeringen door zorginstellingen aan private partijen worden immers vaak gezien als zorggelden die weglekken. Daarom is het van belang om in kaart te brengen in welke mate het huidige winstuitkeringsregime zorginstellingen toestaat om winst uit te keren. Daarvoor komen in dit hoofdstuk eerst de (on)mogelijkheden op het gebied van winstuitkering in het algemeen – op grond van Boek 2 BW – aan bod bij twee veelgebruikte rechtsvormen in de zorgsector: de BV (§ 3.2) en de stichting (§ 3.3).

3.2. Besloten vennootschap

3.2.1. *Wezen van de besloten vennootschap*

Om te beginnen worden, sinds dat is toegestaan, veel zorgondernemingen gedreven in een BV. Het kapitaal van de BV is verdeeld in aandelen.⁴⁹ Deze rechtsvorm heeft dwingendrechtelijk ten minste een algemene vergadering van aandeelhouders en een bestuur, ieder met hun eigen bevoegdheden.⁵⁰ De BV is naar zijn aard gericht op het behalen van winst, vermogensrechtelijk voordeel, ten behoeve van de verschaffers van risicodragend vermogen, oftewel de aandeelhouders.⁵¹ De winst die de vennootschap met haar activiteiten behaalt, voegt zij in eerste instantie toe aan het vennootschappelijk vermogen. Vervolgens zijn de NV en de BV in beginsel vrij om winst als dividend uit te keren aan de aandeelhouders, op een aantal wettelijke beperkingen na. De vermogenspositie moet namelijk een tweetal toetsen kunnen doorstaan: de beperkte balanstest en de uitkeringstest.

3.2.2. *Beperkte balanstest en uitkeringstest*

In beginsel is de algemene vergadering bevoegd tot bestemming van de winst en daarmee tot uitkering daarvan aan aandeelhouders, maar enkel voor zover de beperkte balanstest wordt doorstaan. Dat is het geval voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves.⁵² Als de vermogenspositie de beperkte balanstest doorstaat, behoeft het nog goedkeuring van het bestuur van de BV om gevolgen te hebben. Daarvoor moet het bestuur de uitkeringstest uitvoeren, oftewel beoordelen of de vennootschap na de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.⁵³ Het bestuur weigert de goedkeuring van het winstbestemmingsbesluit pas wanneer dat niet het geval is.

⁴⁹ Bij de BV kan worden volstaan met uitgifte van één aandeel (zie art. 2:175 lid 1 BW).

⁵⁰ Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/20.

⁵¹ Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/17.

⁵² Art. 2:216 lid 1 BW.

⁵³ Art. 2:216 lid 2 BW.

3.2.3. Zeggenschap van de aandeelhouders

Aandeelhouders van de BV kunnen middels het uitoefenen van een keur aan zeggenschapsrechten invloed uitoefenen op de activiteiten van de (zorg)onderneming. Te denken valt in de eerste plaats aan de bevoegdheden om bestuurders en commissarissen te benoemen, schorsen en ontslaan.⁵⁴ Het beleid en de strategie van de vennootschap liggen vervolgens in de handen van dat bestuur.⁵⁵ Ook heeft algemene vergadering goedkeuringsrechten ten aanzien van ingrijpende bestuursbesluiten, dat wil zeggen besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming.⁵⁶ Weliswaar is de wettelijke bepaling die dat regelt, art. 2:107a BW, van toepassing op de NV, maar in de literatuur wordt analoge toepassing daarvan voor de BV aangenomen.⁵⁷ Ten slotte is de algemene vergadering bevoegd de statuten te wijzigen⁵⁸ en heeft de algemene vergadering in beginsel doorslaggevende zeggenschap in bepaalde herstructurerings, zoals omzettingen,⁵⁹ fusies⁶⁰ en splitsingen.⁶¹

3.3. Stichting

3.3.1. Wezen van de stichting

De stichting is, zeker van oudsher, eveneens een veelgebruikte rechtsvorm in de zorgsector.⁶² Een voor de hand liggende verklaring is gelegen in het maatschappelijke karakter van een zorgonderneming. Die sluit aan bij de van oorsprong charitatieve aard van de stichting als rechtsvorm.⁶³ In tegenstelling tot de BV heeft de stichting een monistische structuur met in beginsel het bestuur als enige orgaan. Voor de stichting geldt voorts een ledenverbod.⁶⁴ Dat houdt in dat zij geen orgaan mag hebben dat – met name qua bevoegdheden – op één lijn is te stellen met de ledenvergadering van een vereniging.⁶⁵

De stichting kenmerkt zich door haar doel, dat zij over het algemeen probeert te verwezenlijken met behulp van haar vermogen. Daarvoor wordt de term 'doelvermogen' gehanteerd. De wet voorziet in verschillende wijzen op bescherming van dit doelvermogen. Tegen

⁵⁴ Art. 2:242 lid 1, 244 lid 1, 252 lid 1 en 254 lid 1 BW.

⁵⁵ Zie o.a. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *NJ* 2007/434, m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*), r.o. 3.7.

⁵⁶ Vgl. art. 2:107a BW.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/23.

⁵⁸ Art. 2:231 lid 1 BW.

⁵⁹ Art. 2:18 lid 2 sub a jo. 231 lid 1 BW.

⁶⁰ Art. 2:317 lid 1 BW.

⁶¹ Art. 2:334m lid 1 BW.

⁶² Zelfstandige behandelcentra (zbc's), samenwerkingsverbanden van ten minste twee medisch specialisten, zijn bijvoorbeeld overwegend stichtingen; zie *Uitkering van dividend door zorgaanbieders* 2019, p. 54.

⁶³ In vergelijking met de klassieke stichting is het gebied waarop hedendaagse stichtingen actief zijn behoorlijk uitgebreid, waaraan in de literatuur de nodige aandacht is besteed. Zie hieromtrent bijvoorbeeld reeds Van der Grinten, *WPNR* 1943/3844, p. 259 en later Van der Burg, *WPNR* 1992/6049, p. 361.

⁶⁴ Art. 2:285 lid 1 BW.

⁶⁵ *Asser/Rensen 2-III* 2017/326.

deze achtergrond geldt voor de stichting een verbod om als doel te hebben om uitkeringen te doen “aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen” (zie art. 2:285 lid 3 BW). De strekking van de bepaling is dat een stichting niet mag worden gebruikt als alternatief voor een (commerciële) juridische entiteit die naar zijn aard is gericht op het behalen van winst ten behoeve van oprichters, machthebbers (zoals aandeelhouders) of anderen.⁶⁶

Deze wettekst verdient enige nadere aandacht. Het vervolg betreft daarom ten eerste de vraag welke personen precies tot voornoemde categorieën behoren (§ 3.3.2). Vervolgens komt de vraag aan bod wat de wet precies onder uitkeringen verstaat (§ 3.3.3). Ten derde is er aandacht voor wat wordt bedoeld met ‘het doel van de stichting’ (§ 3.3.4). Ten slotte sta ik kort stil bij de consequenties die overtreding van het verbod kan hebben (§ 3.3.5).

3.3.2. *Ontvangers*

De wet onderscheidt drie categorieën van eventuele ontvangers van (ontoelaatbare) uitkeringen. Het verbod geldt allereerst ten aanzien van oprichters van de stichting. Dat is of zijn de perso(n)en(en) die de rechtshandeling verricht(en) die vereist is voor oprichting van de stichting.⁶⁷

Ten tweede is het verbod gericht op uitkeringen aan hen die deel uitmaken de organen van de stichting – door Bregstein ook wel aangeduid als ‘machthebbers’.⁶⁸ Er is enige discussie omtrent de vraag wat, naast het bestuur en de raad van commissarissen, al dan niet moet worden aangemerkt als orgaan in de zin van Boek 2 BW.⁶⁹ Gelet op het feit dat een orgaan blijkens de artt. 2:14 en 15 BW besluiten kan nemen, kan een orgaan worden omschreven als ‘een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die krachtens de wet of de statuten beslissende zeggenschap heeft in de rechtspersoon’.⁷⁰ Let wel: niet elke vorm van zeggenschap is beslissend en toegekend krachtens wet of statuten, dus niet elke functionele eenheid met enige zeggenschap moet worden aangemerkt als orgaan.

Ten derde geldt het verbod van art. 2:285 lid 3 BW voor uitkeringen aan ‘anderen’ dan oprichters en machthebbers. Ten aanzien van deze laatste categorie geldt, in tegenstelling tot de

⁶⁶ Vgl. Van Veen 2012, p. 379 en Polak 1956, p. 74.

⁶⁷ Art. 2:285 lid 1 BW.

⁶⁸ Bregstein, *WPNR* 1955/4417, p. 444.

⁶⁹ Er bestaat bijvoorbeeld discussie over de vraag of de statutaire positie van de geestelijk leider in HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5779, *NJ* 2000/493 (*Geestelijk leider*), die bindende adviezen kon geven aan een stichting, moet leiden tot de conclusie dat hij een orgaan van die stichting vormt. Recenter kwam dezelfde vraag aan de orde in de enquêteprocedure bij de Stichting Katholieke Universiteit, waarbij de Ondernemingskamer overwoog dat de statutaire bevoegdheden van de Bisschoppenconferentie maakten dat zij orgaan is van de stichting; zie Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033, *ARO* 2020/122 (*SKU*), r.o. 4.7.

⁷⁰ Deze definitie is ontleend aan Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:14 BW, aant. 3.1 en *Asser/Rensen 2-III* 2017/323.

categorieën oprichters en machthebbers, een uitzondering. De stichting mag wél als doel hebben om uitkeringen te doen aan ‘anderen’ als deze een ideële of sociale strekking hebben.

3.3.3. *Uitkeringen*

3.3.3.1. Prestaties zonder (gelijkwaardige) tegenprestatie

Nu duidelijk is op welke personen het verbod betrekking heeft, is van belang wat een uitkering in de zin van art. 2:285 lid 3 BW is. Het breed gedragen uitgangspunt komt erop neer dat een uitkering een prestatie is waar geen of geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat.⁷¹ Prestaties die een zakelijk karakter hebben, dus met andere woorden marktconform of *at arm's length* zijn, zijn dus geen uitkeringen. Deze maatstaf houdt in dat prestaties moeten geschieden op een wijze zoals onafhankelijke partijen die zouden verrichten. Of dat in voorkomende gevallen zo is, hangt af van de concrete omstandigheden. Het gaat daarnaast niet alleen om geldelijke prestaties, maar ook betalingen in natura alsmede “*voordelen in andere vorm*” kunnen uitkeringen zijn.⁷² In het vervolg bespreek ik concreet in hoeverre winstbewijzen en beloningen van bestuurders en machthebbers toelaatbaar zijn met het oog op het uitkeringsverbod.

3.3.3.2. Winstbewijzen

Voor zorgstichtingen die risicodragend vermogen willen aantrekken is het interessant om aandacht te wijden aan de (on)toelaatbaarheid van winstbewijzen. Bij winstbewijzen is het onder meer de vraag op welke (contractuele) voorwaarden het vermogen ter beschikking wordt gesteld. Het begrip ‘winstbewijs’ is niet vastomlijnd, dus voor de helderheid versta ik daaronder voor het vervolg een bewijs dat aan de houder ervan het (louter) contractuele recht geeft op een winstafhankelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vreemd vermogen.⁷³ De hoogte van de vergoeding is hierbij dus afhankelijk van de hoogte van het exploitatieoverschot.

Het winstbewijs vertoont hiermee enige gelijkennis met winstuitkering in de BV.⁷⁴ Het winstbewijs is echter in beginsel niet wezenlijk anders dan een geldleningsovereenkomst anders dan dat de rente afhankelijk is van de winst. Zolang die rente niet bovenmatig is, is er van een prestatie zonder (gelijkwaardige) tegenprestatie – oftewel een uitkering – geen sprake.⁷⁵ Doorslaggevend is daarbij of het winstbewijs blijkens de concrete voorwaarden recht geeft op een proportionele vergoeding. Een relatief kleine lening in combinatie met een hoog percentage van

⁷¹ Onder meer Van Veen 2012, p. 381 en *Asser/Rensen 2-III* 2017/323.

⁷² *Handelingen II* 1955/56, p. 2131.

⁷³ De term ‘winstbewijs’ is voor deze categorie niet optimaal, omdat het geen recht geeft op een deel van de winst, maar op een bedrag gelijk aan een deel van de winst; zie *Asser/De Serière 2-IV* 2017/377 en Kelterman & Baggerman, *WPNR* 2019/7257, p. 759. Zie ook voor een uitgebreider overzicht van categorieën winstbewijzen Kelterman & Baggerman, *WPNR* 2018/7204, p. 631.

⁷⁴ Van Veen 2012, p. 384-385.

⁷⁵ Zo ook Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 674.

de winst kan bijvoorbeeld blijk geven van onzakelijk handelen. Ook kunnen bepaalde afspraken juist indiceren dat er wel zakelijk wordt gehandeld. Bijvoorbeeld wanneer concreet wordt gemaakt dat de vergoeding stapsgewijs meestijgt met de winst⁷⁶ of wanneer de vergoeding wordt begrensd middels een *rentecap*.

Hier geldt evenwel een belangrijk voorbehoud. Indien aan een winstbewijs eveneens beslissende zeggenschapsrechten verbonden worden, is de houder van dat winstbewijs aan te merken als machthebber. De machthebber is in die situatie niet goed te onderscheiden van een aandeelhouder, wat leidt tot de conclusie dat een winstbewijs onder dergelijke voorwaarden in strijd is met het uitkeringsverbod. Daarnaast staat het toekennen van zeggenschap aan houders van winstbewijzen snel op gespannen voet met het ledenverbod.⁷⁷ Aan de houder van een winstbewijs hoeven uiteraard niet noodzakelijkerwijs zeggenschapsrechten toegekend te worden. Onder omstandigheden kan het in het belang van de stichting zijn om (niet-bovenmatige) winstafhankelijke vergoedingen voor terbeschikkingstelling van vermogen toe te kennen. Gebeurt dat zonder dat de ontvanger zeggenschap heeft of oprichter is, dan wordt, meen ik, daarmee het uitkeringsverbod dus niet overtreden.⁷⁸

3.3.3.3. Uitkeringen aan oprichters en machthebbers

Een volgende vraag is welke beperkingen de wetgever precies beoogt te stellen aan uitkeringen aan oprichters en machthebbers. Hoewel dit strikt genomen haaks staat op de wettekst, wordt breed aangenomen dat ook bepaalde uitkeringen aan oprichters en machthebbers niet vallen onder het uitkeringsverbod.⁷⁹ Zo geldt een uitzondering met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders. Bestuurdersbeloningen zijn als zodanig niet in strijd met het uitkeringsverbod. Die bezoldiging mag echter niet excessief zijn in verhouding tot de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden en gemaakte onkosten, volgt onder meer uit de rechtspraak.⁸⁰ In het geval van betalingen voor bestuurderswerkzaamheden is zelfs slechts onder zeer bijzondere omstandigheden denkbaar dat ze in strijd zijn met het uitkeringsverbod van art. 2:285 lid 3 BW, aldus de Rechtbank Rotterdam.⁸¹ Deze lijn valt vervolgens door te trekken naar vergoedingen aan oprichters en machthebbers (niet zijnde bestuurders). Immers valt niet goed in

⁷⁶ Ter illustratie: het rentepercentage wordt in beginsel vastgesteld op X%. Als de winst ten minste A bedraagt, wordt het rentepercentage Y% en als de winst ten minste B bedraagt, wordt het rentepercentage Z%, etcetera.

⁷⁷ Zie Schwarz 2011, p. 38-39.

⁷⁸ Zo ook Raaijmakers en Schwarz; zie Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 674 en Schwarz 2011, p. 39. Van Veen lijkt zich enkel uit te spreken tegen de toelaatbaarheid van winstbewijzen indien ze worden gehouden door oprichters en machthebbers, maar niet tegen winstbewijzen als zodanig; zie Van Veen 2012, p. 384-385.

⁷⁹ Zie Van Veen 2012, p. 382 (inclusief literatuurverwijzingen).

⁸⁰ Rb. Zwolle-Lelystad 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB6625, *JOR* 2007/296 (*Tubanto*), r.o. 4.5 en Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7368, *NJ* 2014/503 (*Vestia*), r.o. 4.21.

⁸¹ Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7368, *NJ* 2014/503 (*Vestia*), r.o. 4.21.

te zien waarom de redelijke vergoeding van werkzaamheden of onkosten van bestuurders niet en die van oprichters en andere machthebbers wel verboden zouden zijn. Het voorgaande volgt in principe ook al uit het uitgangspunt dat een prestatie geen vorm van winstuitkering is als er een gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat.

Een vaste, redelijke vergoeding voor werkzaamheden of gemaakte kosten is kortom aan wie dan ook toegestaan. Een vergoeding voor werkzaamheden die afhankelijk is van de hoogte van de winst, overschrijdt echter de grenzen van de stichting. Er geldt namelijk een dupliceringsverbod voor de stichting. Ze mag met andere woorden niet louter gebruikt worden ter verdubbeling van de persoon of personen achter de stichting met uitsluiting van aansprakelijkheid,⁸² zoals men met dat doel wel bijvoorbeeld een BV mag oprichten. Een winstafhankelijke vergoeding voor (bestuurders)werkzaamheden is daarmee in strijd.⁸³ In dat geval moet immers geoordeeld worden dat het doel van de stichting (in elk geval ten dele) gericht is op het commerciële gewin van degene die vergoeding ontvangt. Dat past niet bij de stichting, waarbij het resultaat van de onderneming slechts een middel behoort te zijn ter verwezenlijking van een ander doel – het stichtingsdoel.

Een resultaat- of prestatiegerelateerde beloning (bonus) zou daarentegen volgens Van Veen niet altijd verboden zijn.⁸⁴ Hierbij komen vragen op. Mijns inziens is bij bonussen die uitgekeerd worden bij het behalen van een bepaald exploitatieresultaat, sprake van een verboden uitkering. Het gevaar wordt bij zulke beloningen te groot dat niet het stichtingsdoel, maar het resultaat van de onderneming en bijgevolg het commerciële gewin van de bestuurder leidend worden. Bonussen worden echter vaak uitgekeerd voor prestaties die (in)direct verband houden met positieve financiële resultaten,⁸⁵ waardoor de vraag is welke bonussen wél zouden kunnen zijn toegestaan. Een voorbeeld daarvan bij een zorginstelling, is wellicht een bonus voor het verbeteren van de zorgkwaliteit. Daar vloeit immers niet noodzakelijkerwijs een hoger resultaat uit voort. Hoe dan ook is terughoudendheid geboden met de bezoldiging van stichtingsbestuurders indien die bezoldiging een andere vorm aanneemt dan een vaste, redelijke vergoeding voor bestuurderswerkzaamheden.

⁸² Vgl. onder meer Bregstein, *WPNR* 1955/4417, p. 444 en Reijnen, *WPNR* 2013/6989, p. 791. Rensen stelt in dit verband dat de stichting geen ‘verkapte vennootschap’ mag zijn; zie *Asser/Rensen 2-III* 2017/323.

⁸³ Van Veen 2012, p. 383.

⁸⁴ Van Veen 2012, p. 383.

⁸⁵ Zo is denkbaar dat het aantrekken van een bepaalde subsidie of het bereiken van een bepaald aantal donateurs resultaten zijn waar een bonus aan gekoppeld is, hoewel dergelijke resultaten het exploitatieresultaat beïnvloeden.

3.3.4. Doel

Strikt genomen – althans, tekstueel gezien – verbiedt art. 2:285 lid 3 BW niet het doen van uitkeringen zelf, maar het hebben van het doel om uitkeringen te doen. De vraag in dezen is ten eerste aan de hand waarvan het doel van de stichting bepaald moet worden. De wettelijke verplichting bestaat om bij oprichting van de stichting een doel in de statuten op te nemen.⁸⁶ De vraag is echter of dat doel nog steeds leidend is als de stichting feitelijk in strijd met het statutaire doel handelt. De praktijk kan immers verschillen van het statutaire doel als er alsnog uitkeringen plaatsvinden. Uit de parlementaire geschiedenis⁸⁷ valt dan ook af te leiden dat een rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet beoordelen wat het doel van de stichting inhoudt. Het statutaire doel van een stichting is dus niet doorslaggevend. Het achterhalen van het stichtingsdoel vergt een feitelijke beoordeling van wat de oprichter(s) en andere betrokkenen voor ogen hebben met de stichting.⁸⁸

3.3.5. Overtreding uitkeringsverbod

Ten slotte wil ik kort wijzen op een aantal mogelijke consequenties die het overtreden van het uitkeringsverbod voor de stichting heeft. Allereerst valt te denken aan de aantastbaarheid van een besluit tot winstuitkering. Dat is wellicht mogelijk vanwege strijd met het doel van de stichting (art. 2:7 BW),⁸⁹ strijd met de wet of statuten (art. 2:14 BW), een tegenstrijdig belang of anderszins. Als het besluit aangetast wordt, ontvalt de rechtsgrond aan de winstuitkering en kan deze als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.⁹⁰ Voorts kan een onrechtmatige daadvordering, van bijvoorbeeld een schuldeiser gericht tegen degene die besloot tot uitkering, wellicht succesvol zijn. Tot slot zou het overtreden van art. 2:285 lid 3 BW kunnen leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders dan wel toezichthouders.⁹¹

⁸⁶ Art. 2:286 lid 4 sub b BW.

⁸⁷ De minister: “Wanneer men echter een (...) figuur heeft, waarbij de inkomsten van de stichting geheel naar één bepaalde man gaan, ook al besteedt deze zijn gehele dag aan de stichting, zal men, naar ik geloof, moeten zeggen, dat het doel van de stichting inderdaad is gericht op het doen van uitkeringen aan die bestuurder. Ook hier zal de rechter intussen de juiste wegen hebben te vinden.” (Handelingen II 1955/56, p. 2132).

⁸⁸ Zo ook Van Veen 2012, p. 384 en Schwarz 2011, p. 38.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB6625, JOR 2007/296 (Tubanto), r.o. 4.4, waar (ook) gesproken wordt van ‘nietigheid’, maar waar vermoedelijk ‘vernietigbaarheid’ wordt bedoeld.

⁹⁰ Asser/Rensen 2-III 2017/324.

⁹¹ Van Veen 2012, p. 382.

4. Winstuitkering: zorgsectorwetgeving

4.1. Inleiding

Nu de hoofdlijnen van het Boek 2 BW-winstuitkeringsregime bij de BV en de stichting duidelijk is, is het mogelijk om op de sectorale wet- en regelgeving voor zorginstellingen op het gebied van winstuitkering in te zoomen. Het huidige winstuitkeringsregime voor zorginstellingen is grotendeels vormgegeven in de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en het bijbehorende Uitvoeringsbesluit WTZi (§ 4.2). Daarnaast maximeert de Wet normering topinkomens (WNT) de bezoldiging van zorgfunctionarissen. In dit hoofdstuk beperk ik mij echter tot de WTZi en het Uitvoeringsbesluit WTZi, waarbij ik achtereenvolgens inga op de WTZi-toelating (§ 4.2.1), het WTZi-begrip ‘organisatorische verband’ (§ 4.2.2), de reikwijdte van het WTZi-winstoogmerkverbod (§ 4.2.3), de inhoud van dat winstoogmerkverbod (§ 4.2.4) en de winstklem (§ 4.2.5). Tot slot sta ik stil bij wat verboden winstuitkeringen onder de WTZi zijn (§ 4.2.6) en bij een mogelijke aanpassing van de winstoogmerkbepaling (§ 4.2.7).

4.2. Wet toelating zorginstellingen en Uitvoeringsbesluit WTZi

4.2.1. WTZi-toelating

Het overgrote deel van de entiteiten die zorg willen verlenen, moet daarvoor naar huidig recht een toelating hebben in de zin van de WTZi: de WTZi-toelating. Die verplichting geldt voor bepaalde organisatorische verbanden die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat op grond van de Wet langdurige zorg (Wlz) of de Zorgverzekeringswet (Zvw).⁹² Het Uitvoeringsbesluit WTZi wijst de categorieën van instellingen aan waarvoor aldus een toelating is vereist. De categorieën in het uitvoeringsbesluit sluiten aan bij het type zorg dat een organisatie verleent.⁹³ Een organisatorisch verband dat is toegelaten, duidt de WTZi aan als ‘instelling’.⁹⁴ Bepaalde categorieën zorgorganisaties worden door de wet aangemerkt als in het bezit van een WTZi-

⁹² Om precies te zijn: organisatorische verbanden die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat ingevolge art. 3.1.1. Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in art. 1 sub d Zorgverzekeringswet (art. 5 lid 1 WTZi).

⁹³ Art. 1.2 Ub WTZi: het gaat om instellingen voor medisch-specialistische zorg (1), audiologische centra (2), trombosediensten (3) en instellingen voor huisartsenzorg (5), verloskundige zorg (6), kraamzorg (7), mondzorg (8), paramedische zorg (9), het verstrekken van hulpmiddelen (10), het verlenen van farmaceutische zorg (11), ziekenvervoer (12), erfelijkheidsadviesing (13), behandeling van gedragswetenschappelijke aard in verband met een psychiatrische aandoening (14), persoonlijke verzorging (17), verpleging (18), begeleiding (19), ADL-assistentie (20), behandeling, anders dan bedoeld onder nummer 14 (21) en de uitleen van verpleegartikelen (24). De cijfers tussen haakjes corresponderen met de nummering van de instellingscategorieën in art. 1.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

⁹⁴ Art. 1 lid 1 sub f WTZi. Overigens gaat de WTZi zelf niet vlekkeloos om met de terminologie. In art. 5 lid 2 WTZi wordt gesproken van een toelating die verleend kan worden aan ‘instellingen’ met een winstoogmerk, waar ‘organisatorische verbanden’ bedoeld zal zijn. Zie bijvoorbeeld Amersfoort, in: *T&C Gezondheidsrecht*, art. 1 WTZi, aant. 6 (online, bijgewerkt 28 maart 2021).

toelating en hoeven de toelating dus niet expliciet aan te vragen.⁹⁵ Overige organisaties moeten de toelating aanvragen bij het CIBG, een uitvoeringsorganisatie van het ministerie van VWS. In het vervolg ga ik in op de vraag wat de wet verstaat onder een organisatorisch verband en welke eisen er op het gebied van winstuitkering gelden voor instellingen met een WTZi-toelating.

4.2.2. *Organisatorisch verband*

Het begrip ‘organisatorisch verband’ omvat blijkens de toelichting alle verschijningsvormen van instellingen die geen vrije beroepsbeoefenaren zijn,⁹⁶ dus ook rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid.⁹⁷ Een zorgorganisatie kan dus niet een bepaalde rechtsvorm kiezen om daarmee het toepassingsbereik van de WTZi en daarmee het toelatingsvereiste te ontlopen. Beslissend is kortom niet de rechtsvorm, maar of het type zorginstelling wordt aangewezen in het Uitvoeringsbesluit WTZi.

Een organisatorisch verband dat niet in het Uitvoeringsbesluit WTZi wordt genoemd, valt volgens de toelichting niet onder de wet. In dit kader wordt het voorbeeld gegeven van een specialistenmaatschap die werkt in een ziekenhuis op basis van een contract en die bijgevolg zelf niet wordt aangemerkt als ‘instelling voor medisch-specialistische zorg’ (een categorie uit het Uitvoeringsbesluit WTZi). Het ziekenhuis is in dat voorbeeld de instelling voor medisch-specialistische zorg en heeft een toelating nodig. De specialistenmaatschap valt onder de toelating van het ziekenhuis,⁹⁸ hoewel een specialistenmaatschap in feite ook een organisatorisch verband is. Doorslaggevend is echter of het organisatorische verband contractspartij is bij de overeenkomst op grond waarvan de zorg wordt geleverd. Is dat het geval, dan is een toelating vereist; anders niet.

4.2.3. *Reikwijdte van het winstoogmerkverbod*

Aan de WTZi-toelating is een aantal wettelijke eisen verbonden. De wet stelt ten eerste eisen aan de bestuursstructuur. Op deze zogenaamde ‘transparantie-eisen’ kom ik later terug. Ten tweede geldt voor bepaalde categorieën zorginstellingen een verbod van winstoogmerk. Deze zorginstellingen komen met andere woorden enkel in aanmerking voor een WTZi-toelating als zij geen winstoogmerk hebben. Vanwege de wettelijke systematiek geldt dit winstoogmerkverbod in beginsel voor alle categorieën zorginstellingen die een toelating nodig hebben, maar het Uitvoeringsbesluit WTZi wijst een aantal categorieën aan waarvoor een winstoogmerk wel is

⁹⁵ Het betreft ingevolge art. 2.2 Ub WTZi de instellingen onder de nummers 5 tot en met 14, 20 en 24 (zie noot 65). De overige categorieën zorgorganisaties moeten de WTZi-toelating dus wel aanvragen.

⁹⁶ Amersfoort, in: *T&C Gezondheidsrecht*, art. 1 WTZi, aant. 6 (online, bijgewerkt 28 maart 2021).

⁹⁷ *Stb.* 2005, 575, p. 14-15 (NvT).

⁹⁸ *Stb.* 2005, 575, p. 15 (NvT).

toegestaan.⁹⁹ Een beperking of uitbreiding van het aantal categorieën vereist hierdoor geen wetswijziging, maar enkel wijziging van het Uitvoeringsbesluit WTZi.

De categorieën van instellingen waarop het winstoogmerkverbod op dit moment van toepassing is, zijn de volgende: (i) instellingen voor medisch-specialistische zorg,¹⁰⁰ (ii) instellingen voor erfelijkheidsadvisering en (iii) instellingen voor persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding, ADL-assistentie en behandeling¹⁰¹ die de desbetreffende zorg verlenen in combinatie met Wlz-verblijf.¹⁰² Een Wlz-verblijf is een verblijf dat op grond van de Wlz behoort tot het verzekerde pakket. Kortgezegd is van een Wlz-verblijf in de regel sprake wanneer een zorgbehoevende langer dan een etmaal binnen de instellingsmuren verblijft.¹⁰³

Het huidige winstoogmerkverbod is concluderend niet van toepassing op de meeste zorginstellingen waar zorgbehoevenden niet langdurig verblijven, ook wel *extramurale* instellingen.¹⁰⁴ *Intramurale* instellingen, waar zorgbehoevenden wel langdurig verblijven, alsmede instellingen voor medisch-specialistische zorg,¹⁰⁵ vallen in de regel wel onder het winstoogmerkverbod.

4.2.4. Inhoud van het winstoogmerkverbod

Een vervolgvraag is hoe ver het verbod van winstoogmerk in materieel opzicht reikt. In elk geval strekt het verbod blijkens de memorie van toelichting niet zo ver dat instellingen geen positief exploitatieresultaat mogen behalen.¹⁰⁶ Aangenomen mag daarom worden dat niet beoogd is om een *winstoogmerk* als zodanig te verbieden, maar enkel het *uitkeren* van winst als vergoeding voor het ter beschikking stellen van risicodragend vermogen.¹⁰⁷ Het valt ook niet goed in te zien waarom het beogen van winst als zodanig bezwaarlijk zou zijn. Winst kan immers de vermogenspositie van de instelling verbeteren of de instelling in staat stellen om te investeren in verbetering van de zorgverlening. Daarnaast past het streven naar een optimaal resultaat bij een efficiënte en doelmatige bedrijfsvoering.¹⁰⁸

⁹⁹ Zie art. 5 lid 2 WTZi jo. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

¹⁰⁰ Tenzij zij uitsluitend die zorg verlenen in verband met een psychiatrische aandoening, niet in combinatie met een Zvw-verblijf (art. 3.1 sub a Uitvoeringsbesluit WTZi).

¹⁰¹ Om precies te zijn: behandeling anders dan behandeling van gedragswetenschappelijke aard in verband met een psychiatrische aandoening.

¹⁰² Zie art. 3.1 sub c Uitvoeringsbesluit WTZi.

¹⁰³ Zie art. 1.1.1 jo. 3.1.1 lid 1 sub a Wlz.

¹⁰⁴ Met uitzondering van extramurale instellingen die verzekerde medisch-specialistische zorg (anders dan psychiatrische zorg) verlenen of erfelijkheidsadvisering verstrekken.

¹⁰⁵ Instellingen voor medisch-specialistische zorg zijn in veel gevallen ook intramurale instellingen (bijvoorbeeld ziekenhuizen).

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2000/01*, 27 659, 3, p. 19-20 (MvT).

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 168, 3 (MvT).

¹⁰⁸ Plomp 2011, p. 23.

4.2.5. *Winstklem*

Het gebruik van rechtsvormen die naar hun aard winst beogen, is wel toegestaan.¹⁰⁹ Het winstoogmerkverbod impliceert dat bij commerciële rechtsvormen moet blijken dat zij niet als doel hebben om winst uit te keren.¹¹⁰ Bij commerciële rechtspersonen, waaronder de BV, moet dit ‘negatieve doel’ in elk geval blijken uit een in de statuten opgenomen *winstklem*.¹¹¹ Keukens en Vissers stellen dat daarnaast aandeelhouders dienen te verklaren dat zij zullen afzien van een winst- of dividenduitkering.¹¹² Een dergelijke (verplichte) verklaring heeft echter geen wettelijke basis en is mijns inziens ook overbodig als de statuten reeds toereikend zijn ingericht. Wel is het zo dat voor het CIBG, die toetst of zorginstellingen voldoen aan het winstoogmerkverbod, een dergelijke verklaring in plaats van een statutaire winstklem in de praktijk volstaat.¹¹³

4.2.6. *Verboden winstuitkering*

4.2.6.1. Combinatie winst- en zeggenschapsrechten

Terug naar het *winstoogmerkverbod*, wat dus materieel een *winstuitkeringsverbod* is. Ook hier speelt vervolgens de vraag wat precies moet worden verstaan onder een verboden winstuitkering. Deze vraag is met name relevant voor de BV, omdat de stichting al geen winst mag uitkeren op grond van art. 2:285 lid 3 BW. Hoewel de tekst van art. 5 lid 2 WTZi hierbij weinig behulpzaam is, lijkt in ieder geval aannemelijk dat het doen van dividenduitkeringen op grond van een besluit tot winstbestemming verboden is. Daarnaast meent Plomp op basis van de wetsgeschiedenis dat met het verbod vooral is beoogd de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten te verbieden.¹¹⁴ Wat de wetgever namelijk vooral lijkt te willen voorkomen, is dat het private (aandeelhouders)belang, dat soms enkel gericht is op winst op korte termijn, leidend kan zijn bij strategische beslissingen over publieke belangen.¹¹⁵

4.2.6.2. Vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen

Gelet op het gebrek aan een duidelijk omlinjende wettelijke definitie en het doel van de wetgever om de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten te verbieden, meen ik dat het verder voor de hand ligt om het begrip ‘winstuitkering’ grotendeels materieel te benaderen. De vraag of er sprake is van een verboden winstuitkering – oftewel, een verboden combinatie – moet in die benadering worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

¹⁰⁹ Plomp 2011, p. 21-22.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Klaassen, *Ondernemingsrecht* 2015, § 2.

¹¹¹ *Aanhangsel Handelingen II*, 2012/13, 2032, p. 3.

¹¹² Keukens & Vissers, *O&F* 2012, p. 9.

¹¹³ ‘Over de wet’, wtzi.nl.

¹¹⁴ Plomp 2011, p. 24. Zie bijvoorbeeld *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 957, p. 1, waarin de minister wijst op het onderscheid tussen winstuitkering aan een aandeelhouder en het betalen van rente op een obligatie, namelijk dat de aandeelhouder naast recht op winst ook zeggenschapsrechten heeft.

¹¹⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, 1, p. 31 (Governancebrief, d.d. 9 juli 2009).

Zo is mijns inziens verdedigbaar dat een proportionele vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen – ook als deze variabel is – te allen tijde toegestaan is, mits de ontvanger geen zeggenschapsrechten heeft in de BV. Dan bestaat immers niet het gevaar dat de koers van de zorgonderneming vooral wordt ingegeven door een korte termijn-winststreven. Dat lijkt mij recht doen aan de bedoeling van de wetgever.

Tegen deze achtergrond is het huidige verbod echter wel enigszins willekeurig. Zo valt niet goed in te zien waarom bijvoorbeeld een dividenduitkering aan de houder van stemrechtloze aandelen volledig verboden is, terwijl een (variabele) rentebetaling voor vreemd vermogen zoals een obligatielening wél toegestaan is.¹¹⁶ In beide gevallen ontvangt een persoon zonder zeggenschapsrechten een vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen. Het zou anders zijn wanneer de houder van stemrechtloze aandelen tevens bestuurder van de BV zou zijn, aangezien hij dan uit hoofde van die functie wel zeggenschap kan uitoefenen. Op grond van de materiële benadering zou de dividenduitkering aan hem dan ook verboden zijn.

Een ander voorbeeld van een willekeurig onderscheid dat de huidige wet maakt, is het onderscheid tussen houders van statutaire en niet-statutaire winstbewijzen. Statutaire winstbewijzen¹¹⁷ geven een contractueel recht op een deel van de winst, maar aan de daadwerkelijke uitkering van die winst dient nog wel een besluit tot winstbestemming ten grondslag te liggen. Dat maakt de betaling tot een dividenduitkering in de zin van Boek 2 BW en daarmee zou het een vorm van verboden winstuitkering zijn. Een niet-statutair winstbewijs geeft daarentegen geen recht op een deel van de winst in ondernemingsrechtelijke zin, maar op een bedrag dat gelijk is aan een deel van de winst.¹¹⁸ De betaling van de vergoeding is bijgevolg geen winstuitkering, maar het voldoen aan een verplichting (schuld).¹¹⁹ Volgens mij is dit dan ook in beginsel niet in strijd met het verbod van art. 5 lid 2 WTZi.

4.2.6.3. Overige uitkeringen

Met betrekking tot bestuurdersbeloningen geldt in beginsel hetzelfde uitgangspunt. De bestuurdersbeloning moet in verhouding staan tot de door de bestuurder verrichte werkzaamheden. Echter ligt de vraag of er sprake kan zijn van verboden winstuitkering op dit punt genuanceerder vanwege de Wet Normering Topinkomens (WNT), die ik voor het overige

¹¹⁶ Dat rentebetaling in het kader van een obligatielening is toegestaan, geeft de minister aan in *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, 957, p. 1.

¹¹⁷ Er is discussie over de vraag of deze winstbewijzen een statutaire grondslag behoeven. Zie Kelterman & Baggerman, *WPNR 2019*, p. 757-759 voor een overzicht van auteurs die menen dat dit type winstbewijs een statutaire grondslag behoeft. Kelterman en Baggerman zelf, alsmede Blanco Fernández en Schwarz, menen van niet; zie ook Blanco Fernández & Schwarz, *WPNR 1992*, p. 289.

¹¹⁸ Vgl. *Asser/De Serière 2-IV 2017/377* en Kelterman & Baggerman, *WPNR 2019*, p. 759.

¹¹⁹ Hiermee lijkt het op de rentebetaling voor een 'gewone' lening, met als enige verschil dat ze winstafhankelijk is. Evenals ik bij de stichting heb betoogd, hoeft dat niet problematisch te zijn als de vergoeding proportioneel is en niet wordt gecombineerd met zeggenschapsrechten.

buiten beschouwing laat. Plomp noemt ten slotte nog (i) de inkoop van eigen aandelen door de zorginstelling, (ii) de vermindering van het geplaatste kapitaal door de zorginstelling en (iii) de uitkering van het batig saldo aan aandeelhouders bij ontbinding van de zorginstelling als voorbeelden van handelingen waarvan aannemelijk is dat ze niet verboden zijn.¹²⁰ In de parlementaire geschiedenis is dat intussen voor de eerste twee handelingen expliciet bevestigd.¹²¹

4.2.7. *Aanpassing art. 5 lid 2 WTZi*

Opgemerkt zij ten slotte dat art. 5 lid 2 WTZi ten eerste aan duidelijkheid te wensen overlaat. Enerzijds doordat het begrip ‘winstoogmerk’ verwarrend is en anderzijds omdat de inhoudelijke reikwijdte van de bepaling niet blijkt uit de tekst. In het voorgaande heb ik voor nu een materiële benadering ten aanzien van het begrip winstuitkering bepleit, waarin de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten verboden is. Het verdient echter voorkeur om de bepaling in de toekomst nader te verduidelijken en de willekeur eruit te halen. Dat zou kunnen door middel van enkele aanpassingen van de bepaling zelf of middels een nadere invulling van het verbod in het Uitvoeringsbesluit WTZi.

Allereerst valt te denken aan een verandering van ‘instellingen met een winstoogmerk’ in ‘instellingen die tot doel hebben winst uit te keren’. Op die wijze wordt aansluiting gecreëerd met het winstuitkeringsverbod voor de stichting, wat ook een doelverbod is. Daarmee wordt ook duidelijker dat de wetgever een winstklem vereist bij de BV. Verder zou de wetgever in een (niet-limitatieve) lijst kunnen weergeven welke gedragingen in elk geval blijken geven van het doel om winst uit te keren. Het ligt voor de hand om bijvoorbeeld het doen van dividenduitkeringen daarin expliciet op te nemen. Ook zou de wetgever een algemenere norm kunnen opnemen waaruit blijkt dat de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten niet is toegestaan.

¹²⁰ Plomp 2011, p. 22.

¹²¹ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 168, 3, p. 6 (MvT).

5. Weglekrisico's in zorgstructuren

5.1. Inleiding

Uit de voorgaande hoofdstukken volgt onder meer dat voor stichtingen op grond van Boek 2 BW een uitkeringsverbod geldt en dat bovendien voor een aantal typen zorginstellingen met een WTZi-toelating – ongeacht de rechtsvorm – een winstuitkeringsverbod geldt op grond van de WTZi. In de praktijk zoeken zorginstellingen voor wie het winstoogmerkverbod geldt naar ondernemingsrechtelijke structuren of manieren om (alsnog) winst uit te kunnen keren. In de totstandkomingsfase van de WTZi werd zelfs reeds voorzien dat de systematiek zou kunnen leiden tot een toenemend aantal juridische constructies bij zorginstellingen met als doel om aan het winstoogmerkverbod te ontkomen. Specifiek werd al de uitbesteding aan zustervennootschappen in een concern genoemd.¹²²

De uitbesteding van al dan niet zorggerelateerde activiteiten komt in dit hoofdstuk aan bod bij de hoofd- en onderaannemerstructuur (§ 5.2) en het allocatiemodel in een concernstructuur (§ 5.3). Verder ga ik in op de vraag hoe via herstructureringen (§ 5.4) zorggelden kunnen weglekken en tot slot op verschillende weglekrisico's (§ 5.5). Bij elke structuur sta ik daarnaast stil bij de juridische toelaatbaarheid van de structuur of handelswijze.

5.2. Hoofd- en onderaannemerstructuur

5.2.1. De structuur

Wellicht de meest eenvoudige – en in elk geval een in de praktijk veel voorkomende – structuur die zorginstellingen waarvoor het winstoogmerkverbod geldt hanteren om alsnog winst uit te kunnen keren, is de structuur met een hoofdaannemer en een onderaannemer. In de hoofd- en onderaannemerstructuur bestaan er (ten minste) twee entiteiten. Ten eerste is er een toegelaten instelling. Dat kan een stichting zijn, maar dat hoeft niet. Deze toegelaten instelling is de hoofdaannemer, die overeenkomsten sluit met zorgverzekeraars op grond waarvan de zorg wordt verleend. Het eventuele exploitatieresultaat dat de toegelaten instelling zelf met deze zorgverlening behaalt, mag zij niet uitkeren vanwege het verbod van winstoogmerk dat voor de instelling geldt.

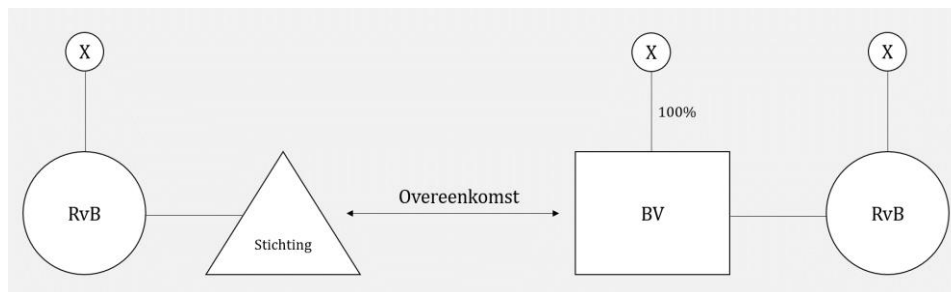
Vervolgens is er een tweede entiteit, de onderaannemer, die niet beschikt over een WTZi-toelating. De onderaannemer is in de regel een (zorg-)BV. De hoofdaannemer besteedt middels een uitbestedingsovereenkomst de zorgverlening uit aan deze onderaannemer, die de feitelijke zorg verleent aan de zorgbehoevende. Aangezien de onderaannemer geen eigen toelating (nodig) heeft, is deze niet onderworpen aan het winstoogmerkverbod. Het exploitatieresultaat dat de

¹²² Kamerstukken II 2000/01, 27 659, A, p. 12. Ook: *Winst en gezondheidszorg* 2002, p. 101-102.

onderaannemer behaalt, is dus in beginsel vrij uitkeerbaar, behoudens de algemene winstuitkeringsbepalingen op grond van Boek 2 BW. De onderaannemer kan dus ook zonder problemen risicodragend kapitaal aantrekken en dividend uitkeren aan aandeelhouders of andere betrokkenen.¹²³

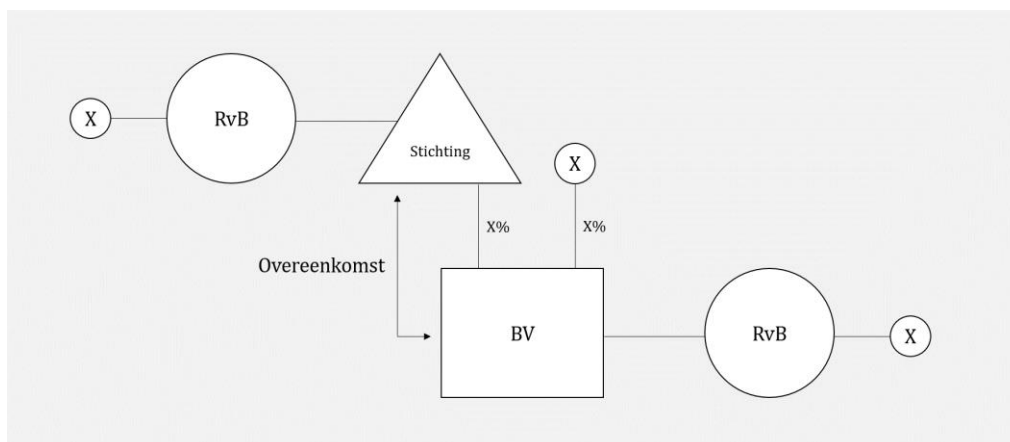
Deze structuur is in het bijzonder precair wanneer de bestuurder van de hoofdaannemer en de bestuurder en enig aandeelhouder van de onderaannemer (direct of indirect) dezelfde persoon zijn en de zorg niet gedeeltelijk, maar volledig wordt uitbesteed. Een dergelijke structuur, weergegeven in figuur 1, lijkt er uitsluitend op gericht om het uitkeren van winst ondanks het winstoogmerkverbod toch mogelijk te maken.

Figuur 1: hoofd- en onderaannemerstructuur¹²⁴



Uiteraard zijn op de structuur in figuur 1 ook varianten mogelijk. Zo kan tussen X en de BV nog een holdingvennootschap ingevoegd zijn, of kunnen er meerdere personen staan op de posities waar nu alleen X staat. Daarnaast komt uitbesteding voor in concernverband,¹²⁵ zoals geïllustreerd in figuur 2. Naast de stichting, die in deze figuur als holding fungeert, heeft de BV die de feitelijke zorg levert (direct of indirect) dan nog een of meer aandeelhouders.

Figuur 2: hoofd- en onderaannemerstructuur in concern



¹²³ De Jongh & Houwen 2015, p. 206-207.

¹²⁴ Deze figuur is ontleend aan Klaassen, *MvO* 2018, p. 37.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld Plomp 2011, p. 6.

5.2.2. Legaliteit

De wet verzet zich niet tegen de hoofd- en onderaannemerstructuur. Ze wordt reeds sinds jaar en dag toegelaten door de overheid¹²⁶ alsmede door de Nationale Zorgautoriteit (NZA), de externe toezichthouder in de zorgsector.¹²⁷ Uit de parlementaire geschiedenis voorafgaand aan de invoering van de WTZi blijkt dat zorginstellingen werkzaamheden, waaronder zorg, mogen uitbesteden:

“Het is zorginstellingen toegestaan om werkzaamheden uit te besteden. Dit uitbesteden is vaak noodzakelijk voor het goed kunnen leveren van een totaalpakket (zoals catering, schoonmaak en beveiliging). Ook voor het leveren van de zorg zelf kan een instelling een derde nodig hebben (zoals uitzendkrachten). Aan het inhuren van derden door toegelaten zorginstellingen zijn geen beperkingen gesteld.”¹²⁸

In de memorie van antwoord van de Wet toelating zorgaanbieders (Wtza) is dit onlangs nog – in niet mis te verstane bewoordingen – bevestigd. Onder meer valt te lezen:

“Het verbod op winstoogmerk in de intramurale zorg geldt alleen voor hoofdaanemers. Onderaanemers in de intramurale zorg en hoofd- en onderaanemers in de extramurale zorg mogen dus wel winst uitkeren.”¹²⁹

Dit strookt met het uitgangspunt van de toelichting bij de WTZi dat een organisatorisch verband dat binnen een toegelaten instelling werkzaam is, valt onder de toelating van die ‘overkoepelende’ en contracterende zorginstelling en dus zelf geen toelating nodig heeft.¹³⁰ De hoofdaannemer dient als toegelaten instelling overigens in het geval van uitbesteding wel nog steeds zijn verplichtingen die voortvloeien uit de wet en de overeenkomst met de zorgverzekeraar na te komen. Concreet is de uitbestedende instelling derhalve verantwoordelijk voor de kwaliteit van de geleverde zorg en de naleving van onder meer de WTZi.¹³¹

De hoofd- en onderaannemerstructuur heeft in politiek en maatschappelijk opzicht reeds het nodige stof doen opwaaien.¹³² Hoe (on)aanvaardbaar is deze uitbestedingsstructuur? Vooropgesteld zij dat uitbesteding als zodanig een middel is dat ten goede kan worden ingezet.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2003/04*, 29 200 XVI, 24, p. 3-4 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 31 oktober 2003).

¹²⁷ *Uitbesteding extramurale AWBZ-zorg 2007*, p. 45.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 689, 90, p. 3 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 31 oktober 2003, d.d. 3 mei 2006).

¹²⁹ *Kamerstukken I 2019/20*, 34 767, C, p. 30-31 (MvA).

¹³⁰ Zie het voorbeeld van de specialistenmaatschap in een ziekenhuis in § 4.2.2, dat ook wordt genoemd door Rijpma & Van den Nouwland, *TOP 2013*, p. 79.

¹³¹ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 689, 90, p. 3 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 31 oktober 2003, d.d. 3 mei 2006); zie ook De Jongh & Houwen 2015, p. 209-215.

¹³² Zie onder meer de in dit verband gestelde Kamervragen in *Aanhangsel Handelingen II 2016/17*, 449 en de artikelen waar Kamerleden bij hun vragen naar verwijzen.

Een instelling kan bijvoorbeeld door (een deel van de) zorgverlening uit te besteden efficiëntere, betere of goedkopere zorg bewerkstelligen. Zo kan een zorginstelling door gedeeltelijke uitbesteding beter focussen op het verlenen van zorg waarin zij excelleert. Uitbesteden is dus aanvaardbaar indien dat gebeurt in het belang van patiënten en verzekerden en tegen marktconforme prijzen.¹³³

Echter, in structuren zoals die in de figuren 1 en 2 waar de zorgverlening volledig wordt uitbesteed, lijkt het er al snel op dat degene(n) aan wie uiteindelijk winst wordt uitgekeerd voor die structuur hebben gekozen met als enige doel het winsttoegmerkverbod te ontwijken.¹³⁴ Zoals eerder geconcludeerd, is dit naar de letter van de wet niet verboden, want er zijn geen wettelijke beperkingen gesteld aan uitbesteding. Toch zullen deze structuren, die niet in het belang van patiënten en verzekerden zijn maar uitsluitend in het belang van de betrokken zorgondernemers, niet beoogd zijn door de wetgever. Ik meen dan ook dat structuren als in de figuren 1 en 2 in beginsel wel in strijd zijn met de geest van de wet, tenzij geoordeeld kan worden dat ze in het belang van patiënten en verzekerden zijn. Het daadwerkelijk tegengaan van deze structuren vergt echter een wetswijziging.

5.3. Allocatiemodel in concernstructuur

5.3.1. De structuur

Naast de hoofd- en onderaannemerstructuur maken zorgondernemingen gebruik van allocatiemodellen in een concernstructuur. In een allocatiemodel worden elementen van een zorgonderneming ondergebracht in verschillende rechtspersonen die gezamenlijk een concern vormen. Er zijn verschillende wijzen waarop dat kan, maar voor deze paragraaf neem ik een voorbeeld als uitgangspunt waar met name de vastgoedconstructie vragen oproept.

Een illustratief voorbeeld vormt de zorggroep DeSeizoenen, die centraal stond in een recente enquêteprocedure.¹³⁵ Bovenaan de groep stond een holdingvennootschap (WW Zorg Groep BV) met vier private aandeelhouders. De holdingvennootschap was enig aandeelhouder in drie andere vennootschappen: DeSeizoenen BV ('DeSeizoenen'), Vastgoed DeSeizoenen BV ('Vastgoed DeSeizoenen' of 'de vastgoedvennootschap') en Care Shared Service BV ('de servicevennootschap').¹³⁶ DeSeizoenen was een toegelaten instelling die zorg verleende en waarop het winstuitkeringsverbod van toepassing was.¹³⁷ Het vastgoed dat DeSeizoenen

¹³³ *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 449, p. 1-3.

¹³⁴ Klaassen, *MvO* 2018, p. 37.

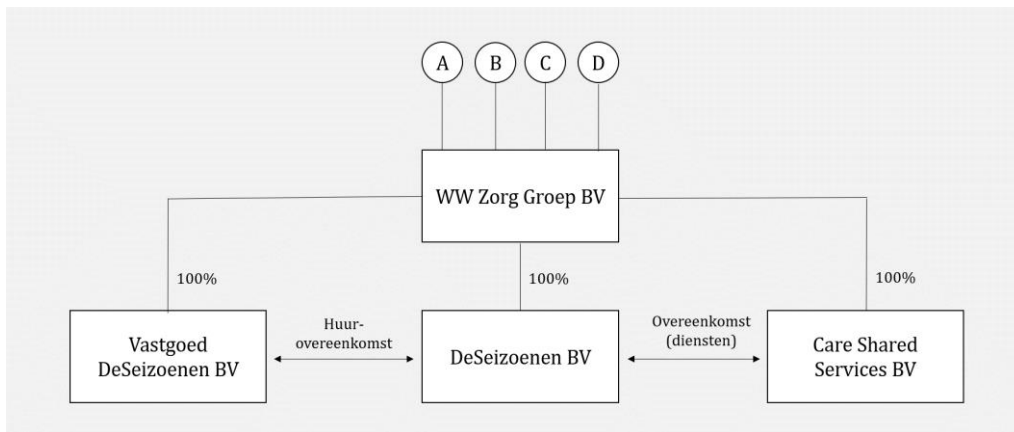
¹³⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*).

¹³⁶ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 2.5, 2.6.

¹³⁷ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 2.1.

exploiteerde voor haar zorgonderneming, huurde zij van Vastgoed DeSeizoenen, de eigenaar van het vastgoed. Van de huurpenningen die de vastgoedvennootschap ontving, betaalde zij de rente en aflossing. Daarnaast had DeSeizoenen een achtergestelde lening verstrekt aan Vastgoed DeSeizoenen, die werd aangewend voor de aankoop van het vastgoed.¹³⁸ De servicevennootschap verleende verder ondersteunende diensten op het gebied van onder meer bedrijfsvoering, administratie, facilitaire diensten en ICT aan DeSeizoenen en een aantal andere instellingen. Een en ander is weergegeven in figuur 3.

Figuur 3: Structuur van zorggroep DeSeizoenen



Dit is een voorbeeld van hoe verschillende activiteiten die samenhangen met dezelfde zorgonderneming kunnen worden verdeeld over verschillende rechtspersonen in dezelfde groep, met als gevolg dat niet alle activiteiten worden uitgevoerd door de toegelaten zorginstelling waarvoor een winstuitkeringsverbod geldt. De rechtspersonen die geen zorginstelling zijn, kunnen dan dus wel winst uitkeren die ten goede komt aan de uiteindelijk belanghebbenden, oftewel de private aandeelhouders. Die rechtspersonen, die dus zorgverlening niet als *core business* hebben, kunnen daardoor ook risicodragend vermogen aantrekken. De vergoeding voor dat vermogen, het dividend, alsmede de vergoeding die staat tegenover de risico's die de vastgoedvennootschap loopt, worden logischerwijs verdisconteerd in de huursom, die bijgevolg hoger uitvalt voor de zorginstelling.¹³⁹ Ook worden de kapitaallasten in deze structuur in feite bekostigd met de huurpenningen die de zorginstelling aan de vastgoedvennootschap betaalt.

5.3.2. Legaliteit

De enquêteverzoeker in de *DeSeizoenen*-casus, de centrale cliëntenraad, meende dan ook dat op deze manier collectieve middelen die bestemd waren voor de zorg via de huur- en dienstenovereenkomsten via de zustervennootschappen wegvloeiden naar de uiteindelijke

¹³⁸ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.29.

¹³⁹ Vgl. *Uitkering van dividend door zorgaanbieders* 2019, p. 67.

aandeelhouders.¹⁴⁰ Derhalve was het de vraag of deze structuur toelaatbaar was. Wat betreft de servicevennootschap staat de toelaatbaarheid van de onderhavige structuur niet zozeer ter discussie. Zoals reeds behandeld, mag een toegelaten instelling zaken uitbesteden aan partijen die niet onder het winstoogmerkverbod vallen, mits dat tegen marktconforme prijzen geschiedt.¹⁴¹ Die *shared services* kunnen zelfs kostenbesparingen opleveren, zoals ook de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) opmerkt.¹⁴² Ten aanzien van de vastgoedconstructie rijzen meer vragen over de rechtmatigheid.

Voorop staat dat er vanuit bedrijfsvoeringsoogpunt eveneens goede redenen kunnen zijn om het vastgoed dat een zorginstelling exploiteert te huren van een aparte vastgoedvennootschap, ook al is dat een zustersvennootschap. Op die manier kan immers worden bewerkstelligd dat de entiteit waarbinnen daadwerkelijk zorg wordt verleend ten aanzien van (eventuele waardeschommelingen van) het vastgoed geen financieel risico draagt.¹⁴³ Financiële tegenslagen die zien op het vastgoed, hebben dan in beginsel geen weerslag op de zorgverlening. Dat ziet ook de Ondernemingskamer als een mogelijke rationele reden om het vastgoed in een aparte vennootschap onder te brengen: *“Het besluit om niet te investeren in vastgoed is te billijk.”*¹⁴⁴ Het huren van vastgoed is overigens ook niet ongebruikelijk in de zorgsector en komt met name voor bij zbc's.¹⁴⁵

Een structuur met een aparte vastgoedvennootschap zorgt er echter niet noodzakelijkerwijs voor dat het risico voor de zorgvennootschap wordt uitgesloten. De centrale cliëntenraad stelde als enquêteverzoeker dat DeSeizoenen in deze specifieke constructie het ondernemingsrisico van het vastgoed droeg, terwijl het vastgoed op termijn onbezwaard zou toevallen aan de vier indirecte aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen. De Ondernemingskamer constateerde dat inderdaad een substantieel deel van het risico bij DeSeizoenen terecht was gekomen, onder meer vanwege het feit dat DeSeizoenen een forse achtergestelde lening had verstrekt aan Vastgoed DeSeizoenen in verband met de aankoop van het vastgoed.¹⁴⁶ Voorgaande overwegingen waren in deze enquêteprocedure echter name

¹⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.1.

¹⁴¹ De Ondernemingskamer voert het feit dat er geen aanwijzingen zijn dat de overeenkomsten met de servicevennootschap hebben geleid tot niet-marktconforme prijzen ook aan als reden om deze overeenkomsten niet in de enquête te betrekken; zie Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.34.

¹⁴² *Tweede Alliade-rapport* 2019, p. 3.

¹⁴³ Zo ook de IGJ; zie *Tweede Alliade-rapport* 2019, p. 3.

¹⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.8.

¹⁴⁵ *Uitkering van dividend door zorgaanbieders* 2019, p. 68-70.

¹⁴⁶ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.28 en 5.29.

relevant voor de vraag of sprake was van wanbeleid bij zorggroep DeSeizoenen. Over de toelaatbaarheid van de constructie als zodanig is de Ondernemingskamer duidelijk:

“De wenselijkheid van een dergelijke constructie staat niet ter beoordeling van de Ondernemingskamer. Dat deze constructie als zodanig niet in strijd is met wet- of regelgeving betreft een politieke beleidskeuze. De toezichthouders (NZA en IGZ/IGJ) zijn ingelicht en hebben geen aanleiding gezien in te grijpen. Van belang is echter wel dat de constructie er niet toe behoort te leiden dat voor de zorg bestemde gelden wegvloeien naar de zustersvennootschappen, waarvoor het verbod op winstuitkering niet geldt.”¹⁴⁷

Deze constructie is dus volgens de Ondernemingskamer *als zodanig* niet in strijd met de wet. Dat oordeel kan ik volgen. Wel zouden concrete omstandigheden een dusdanige constructie kennelijk ontoelaatbaar kunnen maken. De Ondernemingskamer formuleert de norm dat de constructie er niet toe behoort te leiden dat voor de zorg bestemde middelen wegvloeien. Kennelijk is dat in deze constructie volgens de Ondernemingskamer niet aan de orde, want ze is toelaatbaar. In deze vastgoedconstructie komen de kapitaallasten, die betaald worden aan de zustersvennootschap, als het goed is terug in de tarieven die de zorginstelling rekent aan de zorgverzekeraar. Daarin is het dividend van de indirecte aandeelhouders verdisconteerd. De Ondernemingskamer verstaat daar kennelijk geen weglek van zorggeld onder.¹⁴⁸ Aannemelijk is dus dat de Ondernemingskamer met het wegvloeien van zorggelden doelt op het risico van niet-marktconforme intragroepstransacties.

Meersma en Verkerk stellen in hun noot ook de vraag waar deze norm – dat de constructie er niet toe mag leiden dat zorggeld wegvloeit – vandaan komt. Zij komen tot het vermoeden dat de Ondernemingskamer de norm leest in het verbod van winstoogmerk van art. 5 lid 2 WTZi.¹⁴⁹ Zij wijzen er echter op dat het winstoogmerkverbod enkel geldt voor toegelaten instellingen en dat het uitbesteden van alle economische activiteiten door een WTZi-instelling aan een entiteit zonder winstklem geen strijd met de wet oplevert. Het is volgens hen daarom nog maar de vraag of de door de Ondernemingskamer geformuleerde norm een juridische grondslag heeft. Ik deel deze twijfel, mede gelet op de volgende passage uit de wetsgeschiedenis:

“Het systeem van de wet regelt dat de exploitatietoestemming [lees: WTZi-toelating] wordt verleend aan de instelling die de zorg levert. Dit betekent dat een dergelijke instelling kan

¹⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.2 en 5.3; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.22.

¹⁴⁸ Zie ook Klaassen, die DeSeizoenen ook als voorbeeld aanhaalt van een zorgaanbieder waarbij zorggeld kan weglekken. Zij gaat daarbij (ook) niet in op de vraag of dat daadwerkelijk aan de orde is; zie Klaassen, *WPNR* 2020/7299, p. 737.

¹⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *GJ* 2018/140, m.nt. Meersma & Verkerk (*DeSeizoenen I*).

behoren tot een groter organisatorisch verband, waarvan de andere onderdelen wel een winstoogmerk (mogen) hebben. In dat het geval gaat het erom dat de collectief gefinancierde en de privaat gefinancierde middelen die in het grotere organisatorische verband omgaan, niet door elkaar lopen.”¹⁵⁰

Hieruit volgt dat het winstoogmerkverbod zich niet uitstrekt tot groepsvennootschappen die geen toelating (nodig) hebben. Wat betreft zorginstelling *DeSeizoenen* zelf is verder evident dat er geen sprake is van een handeling die in strijdig is met het verbod, aangezien er geen rechtstreekse dividenduitkering dan wel een andere vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen vanuit de toegelaten instelling plaatsvindt.¹⁵¹

Hoewel *DeSeizoenen* een substantieel deel van het vastgoedrisico droeg, voornamelijk vanwege een aan de vastgoedvennootschap verstrekte achtergestelde lening, was de hoogte van de huursom verder zakelijk.¹⁵² Indien die huursom zakelijk is, maakt het voor de zorginstelling en voor de besteding van collectieve middelen in feite geen verschil of wordt gehuurd van een groepsmaatschappij of van een derde: de druk op de collectieve middelen is in beide gevallen gelijk. Zou de huursom niet marktconform zijn, dan viel wellicht nog te betogen dat tegenover de huursom geen gelijkwaardige prestatie stond en dat die handeling daarom als (indirecte) verboden winstuitkering gezien zou moeten worden, al is twijfelachtig of art. 5 lid 2 WTZi zo ver reikt.

Of er sprake is van (on)zakelijk handelen met groepsmaatschappijen is verder eventueel relevant in het kader van belangenconflicten. Ook bij (de totstandkoming van) de constructie als geheel, waaronder dan ook de achtergestelde lening valt, kunnen tegenstrijdige belangen spelen. Hierover handelt het volgende hoofdstuk.

5.4. Herstructureringen

5.4.1. Inleiding

Tot slot nog enige aandacht voor herstructureringen. Bij herstructureringen van zorginstellingen kan in algemene zin het gevaar bestaan dat zorggelden ‘weglekken’. Het weglekgevaar bij herstructureringen moet ten eerste genuanceerd worden. Een toegelaten zorginstelling die zich als stichting omzet naar een BV en die verder dezelfde ondernemingsactiviteiten blijft uitvoeren, moet nog steeds over een toelating beschikken en zal derhalve een winstklem in de statuten op moeten nemen. Hetzelfde geldt wanneer de zorgonderneming bijvoorbeeld middels een activa-passivatransactie van een stichting overgaat

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 27 659, 3, p. 20 (MvT).*

¹⁵¹ Vgl. § 4.2.6.

¹⁵² Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 4.2.

op een BV. Bovendien krijgt elke (zorg)stichting die zich omzet op grond van het algemene rechtspersonenrecht te maken met de vermogensklem, waarover ik later nog kom te spreken. Niettemin zijn er herstructureringen denkbaar waarbij wel betoogd kan worden dat sprake is van een weglek van collectieve middelen. Als voorbeeld neem ik de recente *Alliade*-casus.

5.4.2. *Zorggroep Alliade*

De IGJ heeft enige tijd geleden een drietal omvangrijke transacties tussen Zorggroep Alliade en de Freya-groep onderzocht. Van dit onderzoek licht ik een aantal elementen uit, zij het op vereenvoudigde wijze. Voor zover relevant gaat het om de overname van twee 100%-dochtervennootschappen van Freya Holding BV ('Freya Holding') door Stichting Alliade ('Alliade'). Die overname kwam tot stand via de Stichting Talant ('Talent'), die de overeenkomst tot aandelenoverdracht met Freya Holding was aangegaan. Talent beschikte over een WTZi-toelating, Alliade niet. Nadat Talent 75% van de aandelen in beide vennootschappen had verkregen, werd een nieuwe stichting ('NZ') in het leven geroepen middels een afsplitsing. De aandelen bevonden zich na afsplitsing in het vermogen van NZ, evenals de resterende rechten en plichten die voortvloeiden uit de overeenkomst met Freya Holding én een bedrag om het resterende aandelenpakket mee te financieren. Vervolgens fuseerde NZ met Alliade, als gevolg waarvan deze vermogensbestanddelen overgingen op Alliade.¹⁵³

5.4.3. *Legaliteit*

De IGJ vindt bezwaarlijk aan voorgaande herstructurering dat op deze manier de raad van bestuur van Talent middelen die ten goede hadden moeten komen aan de zorgverlening, buiten het regime van de WTZi heeft geplaatst. Hoewel de inspectie deze gedragingen 'onwenselijk' acht, ziet zij onvoldoende grond om een overtreding van het verbod van winstoogmerk vast te stellen.¹⁵⁴ De IGJ motiveert dat door te wijzen op het feit dat er vanuit Talent niet rechtstreeks dividenden zijn uitgekeerd aan aandeelhouders.¹⁵⁵

Ik meen dat er met betrekking tot deze herstructurering inderdaad niet gesproken kan worden van een verboden winstuitkering. Een afsplitsing gevolgd door een fusie kan moeilijk gezien worden als prestatie van Talent aan Alliade. Het is een gedraging, of zoals de IGJ het noemt een 'samenstel van rechtshandelingen', die tot stand komt op grond van interne besluitvorming. In voorkomende gevallen kunnen er wellicht gebreken kleven aan de besluitvorming omtrent herstructureringen, bijvoorbeeld wat betreft het functioneren van het (interne) toezicht en mogelijke tegenstrijdige belangen. Herstructureringen als zodanig kunnen echter niet getypeerd worden als vormen van verboden winstuitkering. Wel blijkt dat ook bij juridische

¹⁵³ *Tweede Alliade-rapport 2019*, p. 15-20.

¹⁵⁴ *Tweede Alliade-rapport 2019*, p. 56-57.

¹⁵⁵ *Tweede Alliade-rapport 2019*, p. 4.

herstructureringen het gevaar bestaat dat collectieve gelden die bestemd zijn voor de zorg weglekken, althans van WTZi-instellingen worden overgeheveld naar entiteiten die in beginsel niet zijn onderworpen aan het verbod van winstoogmerk.

5.5. Verschillende weglekrisico's

In het voorgaande zijn een aantal 'weglekvormen' beschreven. Voor het vervolg is het goed om deze nog nadrukkelijk te onderscheiden. Hierbij zij opgemerkt dat van overheidswege of anderszins geen vastomlijnde definitie van het fenomeen weglekken bestaat en dat het dus discutabel kan zijn of genoemde fenomenen gerekend moeten worden tot het (ongewenst) weglekken van zorggeld.

Bij de hoofd- en onderaannemerstructuur en bij het allocatiemodel kan in de eerste plaats worden gesproken van weglek van zorggeld die wordt veroorzaakt door de structuur zelf. Kortweg gaat het dan om weglek van zorggeld omdat op de beschreven manieren winstuitkeringen kunnen worden gedaan die door de toegelaten instelling zelf niet zouden mogen worden gedaan, oftewel weglek die samenhangt met winstuitkering. Of hierbij daadwerkelijk sprake is van het weglekken van zorggeld, hangt af van de omstandigheden. Deze structuren kunnen immers ook juist leiden tot kostenbesparingen. Aannemelijk is echter dat bij een hoofd- en onderaannemerstructuur waarin *alle* zorg wordt uitbesteed niet kostenbesparing, maar ontwijken van het winstuitkeringsverbod de voornaamste reden voor de structuur is. Die vorm van weglek is daarmee in mijn ogen ongewenst. Voor het allocatiemodel kunnen immers ook nog andere goede redenen bestaan, zoals risicospreiding en efficiëntie.

In de tweede plaats kan worden gesproken van weglek die samenhangt met niet-marktconforme transacties. Het risico op niet-marktconforme transacties doet zich met name voor bij intragroepstransacties in het allocatiemodel.¹⁵⁶ Bij deze vorm is wel zonder meer sprake van ongewenste weglek van zorggeld. Tot slot zijn de weglekrisico's bij herstructureringen van een andere aard. Deze risico's zien op de mogelijkheid dat er vermogen wordt onttrokken aan het (toezicht onder het) WTZi-regime, waarna het mogelijk kan worden uitgekeerd als winst.

¹⁵⁶ In de hoofd- en onderaannemerstructuur is dat risico ook aanwezig, maar daar is bijvoorbeeld de zorgverzekeraar als externe partij nog bij betrokken, die er als het goed is zorg voor draagt dat de prijzen voor de zorgverlening marktconform zijn.

6. Interne beschermingsmechanismen

6.1. Inleiding

In het voorgaande is aan de orde gekomen bij welke structuren en op welke wijze zorggelden kunnen weglekken, bijvoorbeeld naar aandeelhouders. In dit hoofdstuk staan de mechanismen centraal die intern, dat wil zeggen bij de zorginstelling zelf, bescherming kunnen bieden tegen het weglekken van zorggelden. Ik probeer daarbij een antwoord te geven op de vraag of het huidige ondernemingsrechtelijke systeem van Boek 2 BW, aangevuld met sectorwetgeving, daartegen voldoende bescherming biedt. Hierbij is in het bijzonder aandacht voor concernverhoudingen bij zorginstellingen, aangezien voornoemde structuren zich vaak in zorgconcerns manifesteren.

Allereerst ga ik in op de zogenaamde transparantie-eisen die de wet stelt aan de bestuursstructuur van de zorginstelling, met name als het gaat om het verplichte toezichthoudende orgaan (§ 6.2). Daarna ga ik in op het wettelijke richtsnoer van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen (§ 6.3). Vervolgens komen belangenconflicten, die zich vaak voordoen in voornoemde zorgstructuren, aan bod (§ 6.4). Tot slot ga ik in op de taken en bevoegdheden van een tweetal organen van de zorginstelling, te weten het intern toezichthoudende orgaan (§6.5) en de cliëntenraad (§ 6.6). Beschouwd wordt welke plaats deze organen innemen in het systeem van *checks and balances* binnen de zorginstelling, dat bescherming moet bieden tegen weglekrisico's.

6.2. Transparantie-eisen

6.2.1. Bestuursstructuur

In een stelsel van gereguleerde marktwerking passen om te beginnen een aanzienlijke mate van eigen verantwoordelijkheid voor goed bestuur en toezicht – *governance* – van zorginstellingen en zelfreguleringsvormen binnen de sector zelf. Die eigen verantwoordelijkheid voor de *governance* vormt in de ogen van de wetgever het uitgangspunt. Met de invoering van de WTZi en het Uitvoeringsbesluit WTZi heeft de overheid het vervolgens als haar taak opgevat om op dat gebied “*de kaders aan te geven, condities te scheppen en stimulerend op te treden*”.¹⁵⁷ Het Uitvoeringsbesluit WTZi stelt dan ook eisen aan de bestuursstructuur van alle toegelaten zorginstellingen. Deze zogenoemde transparantie-eisen zijn voorwaarden voor een WTZi-toelating.¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Stb.* 2005, 575, p. 23 (NvT).

¹⁵⁸ Art. 9 lid 1 sub b WTZi.

6.2.2. Toezichthoudend orgaan

Het Uitvoeringsbesluit WTZi schrijft met betrekking tot de bestuursstructuur onder meer voor dat er een orgaan is dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat.¹⁵⁹ Dit verplichte toezichthoudende orgaan is een belangrijk onderdeel van de wetgeving die de publieke en private belangen bij de zorginstelling beoogt te beschermen, mede vanwege de rol die (onafhankelijk) toezicht kan vervullen in gevallen van belangenverstrengeling – waarover later meer.

Het onderscheid dat wet hier maakt tussen de dagelijkse en de algemene leiding van de instelling is te verklaren vanuit door sommige stichtingen gehanteerde algemeen bestuur/dagelijks bestuur-modellen (AB/DB-modellen).¹⁶⁰ In een van de varianten van het AB/DB-model, het bestuur/directiemodel, is er een (statutair) bestuur dat feitelijk als toezichthoudend orgaan functioneert en een (niet-statutaire) directie die belast is met de dagelijkse leiding.¹⁶¹ In het andere model is er een raad van commissarissen¹⁶² en een raad van bestuur, waarbij de raad van bestuur ofwel de dagelijkse leiding heeft, ofwel de dagelijkse leiding in handen is van een (niet-statutaire) directie en de raad van bestuur zich bezighoudt met de algemene leiding. Beide modellen zijn wettelijk toegestaan blijkens de toelichting op het Uitvoeringsbesluit WTZi.¹⁶³

Verder gelden nadere eisen ten aanzien van de onafhankelijkheid van de leden van het toezichthoudende orgaan. Een persoon kan ten eerste niet tegelijkertijd deel uitmaken van het toezichthoudende orgaan en de dagelijkse dan wel algemene leiding.¹⁶⁴ Dat betekent ook dat een zorginstelling niet kan kiezen voor een *one tier board*, hoewel die optie sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) wel openstaat voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen.¹⁶⁵ Ook een AB/DB-model waarbij er geen organieke splitsing is tussen de algemene en de dagelijkse bestuurder(s) behoort voor een WTZi-instelling niet tot de mogelijkheden.

¹⁵⁹ Art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Volgens art. 2.1 lid 4 en 5 van het Uitvoeringsbesluit WTZi is art. 6.1 van toepassing op instellingen voor medisch-specialistische zorg, instellingen voor persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding of behandeling. Op overige instellingen is het artikel slechts van toepassing indien er ten minste vijftig personen werkzaam zijn bij de onderneming.

¹⁶⁰ Nader over het AB/DB-model: Bier, *Ondernemingsrecht* 2017, p. 595-596.

¹⁶¹ Ook wel het bestuur/directiemodel, een specifieke vorm van het algemeen bestuur/dagelijks bestuursmodel (AB/DB-model).

¹⁶² Om aan te haken bij de terminologie van de WBTR. In de praktijk werd en wordt dit over het algemeen de raad van toezicht genoemd.

¹⁶³ *Stb.* 2005, 575, p. 25 (NvT).

¹⁶⁴ Art. 6.1 lid 1 onder a Uitvoeringsbesluit WTZi.

¹⁶⁵ Zie Klaassen, *WPNR* 2018/7192, p. 367, Oostwouder, *O&F* 2020, p. 18 en Kreileman & Dumoulin, *Ondernemingsrecht* 2021, p. 420.

Ten tweede moet het orgaan zodanig zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de dagelijkse of algemene leiding en welk deelbelang ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.¹⁶⁶ Dit vergt een inhoudelijke beoordeling van de zorginstelling zelf. De wet verbiedt hier – behalve eerder genoemde dubbelfunctie van toezichthouder en bestuurder – immers niet bepaalde dubbele functies of hoedanigheden als zodanig. Wel vereist het Uitvoeringsbesluit WTZi ten slotte dat de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de organen inzichtelijk wordt vastgelegd.¹⁶⁷ Zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid moeten deze eisen vastleggen in de statuten.

6.2.3. Toezichthoudend orgaan in zorgconcerns

De eisen aan de bestuursstructuur kunnen vragen oproepen in concernverbanden. Zorgconcerns kunnen op verschillende wijzen zijn vormgegeven, maar vaak bestaan ze uit BV's, stichtingen, of een combinatie daarvan. Hoewel het niet mogelijk is om aandelen te houden in een stichting en een stichting daarom in eerste instantie geen dochtermaatschappij lijkt te kunnen zijn,¹⁶⁸ wordt aangenomen dat ook een stichting de positie van dochter kan innemen. Van Uchelen-Schipper noemt twee manieren om een moeder-dochterverhouding tussen twee stichtingen te creëren. Ten eerste kan stichting B zich tot dochterstichting maken door statutair een benoemingsrecht ten aanzien van de meerderheid van haar bestuurders toe te kennen aan stichting A. Ten tweede kunnen de besturen van de stichtingen een personele unie vormen. Een personele unie kan statutair 'verankerd' worden door het bestuurslidmaatschap bij stichting A als statutaire kwaliteitseis te stellen voor bestuurders bij stichting B. Ook kan stichting A als (enig) bestuurder van stichting B worden benoemd.¹⁶⁹

Het is de vraag hoe de eis van het verplichte toezichthoudende orgaan moet worden gelezen voor concerns. Duidelijk is dat aan de eis voldaan kan worden door op het niveau van iedere WTZi-instelling binnen de groep – ervan uitgaande dat het meerdere WTZi-instellingen betreft – een raad van commissarissen in te stellen. In concernverhoudingen is het echter niet ongebruikelijk om het interne toezicht centraal te regelen. De raad van commissarissen wordt dan ingesteld op het 'hoogste niveau', oftewel bij de rechtspersoon van waaruit centraal leiding wordt gegeven aan het concern.¹⁷⁰ De toezichthoudende taak van de raad van commissarissen richt zich vervolgens ook op de dochtermaatschappijen.¹⁷¹ Als alleen die 'hoogste' rechtspersoon een WTZi-instelling is, wordt daarmee zonder meer voldaan aan de eis van het toezichthoudende orgaan.

¹⁶⁶ Art. 6.1 lid 1 onder b Uitvoeringsbesluit WTZi.

¹⁶⁷ Art. 6.1 lid 1 onder c Uitvoeringsbesluit WTZi.

¹⁶⁸ In de zin van art. 2:24a BW.

¹⁶⁹ Van Uchelen-Schipper, *WPNR* 2016/7124, p. 873-874.

¹⁷⁰ Van Uchelen-Schipper, *WPNR* 2016/7124, p. 873.

¹⁷¹ Bartman & Dorresteijn/Olaerts, *Van het concern* 2020/3.5.

Indien zich in de groep echter (ook) dochters met een WTZi-toelating bevinden, is het discutabel of aan de eis kan worden voldaan met enkel een raad van commissarissen op het hoogste niveau. Mijns inziens is dat afhankelijk van hoe het interne toezicht is vormgegeven.

Het toezicht van de raad van commissarissen bij dochtermaatschappijen kan op een aantal manieren vorm krijgen. Ten eerste zal een mate van het toezicht zich onvermijdelijk manifesteren op indirecte¹⁷² wijze: de raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur dat de moedermaatschappij vertegenwoordigt ten aanzien van haar bevoegdheden bij de dochter. Dat bestuur vertegenwoordigt de moedermaatschappij in elk geval in haar hoedanigheid als aandeelhouder in de dochtervennootschap door te stemmen in de algemene vergadering, of, indien het een dochterstichting betreft, bij het uitoefenen van haar bevoegdheden daarin. Daarnaast kan A rechtspersoon-bestuurder zijn van B, waardoor het bestuur van A ook A vertegenwoordigt in die hoedanigheid. In dat geval omvat de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen niet alleen het toezicht op het bestuur in haar hoedanigheid als bestuur van A, maar ook in haar hoedanigheid als ‘vertegenwoordiger’ van A als rechtspersoon-bestuurder van B.¹⁷³ Op deze manier is dus sprake van indirect of getrappt toezicht op de algemene of dagelijkse leiding van de dochter.

Ten tweede is het mogelijk dat op het niveau van dochtermaatschappij B statutair de toezichthoudende taak rechtstreeks wordt toebedeeld aan de raad van commissarissen van moedermaatschappij A.¹⁷⁴ Deze vorm is in potentie – afhankelijk van de concrete invulling – het meest effectief, omdat deze de raad van commissarissen in staat kan stellen om rechtstreeks toezicht uit te oefenen. Indien de raad van commissarissen daarbij statutaire bevoegdheden krijgt, kan hij de toezichthoudende taak in zorginstelling B effectief gestalte geven. Bovendien meen ik dat deze laatste vorm van toezicht de enige van de drie is waarmee een dochter met een WTZi-toelating kan voldoen aan de toezichthoudend orgaan-eis die het Uitvoeringsbesluit WTZi stelt. Het Uitvoeringsbesluit WTZi vereist immers een statutaire grondslag voor het toezichthoudende orgaan op WTZi-instellingsniveau, die ontbreekt in de twee eerste vormen van (indirect) toezicht.¹⁷⁵

¹⁷² Zie ook Bartman & Dorresteijn/Olaerts, *Van het concern* 2020/3.5.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld Appels, *MvO* 2020, p. 279, ook voor een uitgebreidere bijdrage betreffende het toezicht op de rechtspersoon-bestuurder.

¹⁷⁴ Vgl. bijvoorbeeld de structuur van zorggroep Alliade. Het intern toezicht was daar ingevuld door een bepaling in de statuten van de dochterstichtingen dat de raad van toezicht van Stichting Alliade toezicht hield op die dochterstichting; zie *Tweede Alliade-rapport* 2019, p. 17.

¹⁷⁵ Art. 6.1 lid 2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

6.3. Richtsnoer bestuur en intern toezicht

6.3.1. Inleiding

Van belang is om te weten waar bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen zich bij hun taakvervulling moeten richten. Als er bijvoorbeeld besluiten worden genomen over het vormgeven van ondernemingsrechtelijke structuren, uitbestedingsovereenkomsten worden gesloten, herstructureringen worden doorgevoerd of anderszins transacties worden uitgevoerd waarbij weglekgevaar bestaat, rijst de vraag hoe dat zich verhoudt met het maatschappelijke karakter van de zorginstelling. De vraag die in dat licht centraal staat, is daarom of en in hoeverre publieke belangen onderdeel uitmaken van het richtsnoer van het bestuur en het interne toezicht van zorginstellingen.

Bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie.¹⁷⁶ Dit belang wordt, indien aan een rechtspersoon een onderneming is verbonden, doorgaans in belangrijke mate bepaald door het bevorderen van het bestendige succes of de continuïteit van die onderneming (§ 6.3.2.1).¹⁷⁷ Het belang van de rechtspersoon wordt verder grotendeels gekleurd door het statutaire doel (§ 6.3.2.2).¹⁷⁸

6.3.2. Belang van de rechtspersoon

6.3.2.1. Het bevorderen van het bestendige succes of de continuïteit van de onderneming

De zorginstelling heeft een wettelijke taakopdracht om goede zorg te verlenen.¹⁷⁹ De instelling heeft daarnaast van nature al een eigen doelstelling om goede zorg aan cliënten te bieden. Het bevorderen van het bestendige succes of de continuïteit van de zorgonderneming is immers onmogelijk te realiseren zonder goede zorg aan te bieden. Slechte zorgverlening leidt uiteindelijk in de regel tot minder cliënten, een lagere omzet, mogelijk minder contracten met zorgverzekeraars, et cetera. Op dezelfde wijze is het in het belang van de zorginstelling om redelijke tarieven te rekenen voor zorgprestaties, met name vanwege haar concurrentiepositie. Deze in beginsel private belangen van de instelling lopen dus feitelijk parallel – of zijn verweven – met de publieke belangen van kwaliteit en betaalbaarheid.¹⁸⁰

Kortom: niet alleen de maatschappij en de individuele zorgbehoevende hebben belang bij goede en betaalbare zorg, maar in de eerste plaats ook de instelling zelf. Ik meen dat het antwoord op de vraag of publieke belangen onderdeel uitmaken van het belang van de rechtspersoon tegen

¹⁷⁶ Artt. 2:239 lid 5 en 250 lid 2 (bestuurders en commissarissen BV) en 291 lid 3 en 292a lid 2 (bestuurders en commissarissen stichting) BW. De WBTR legt de op dit punt reeds gangbare normen wettelijk vast.

¹⁷⁷ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt Van Schilfgaarde (*Cancun I*), r.o. 4.2.1.

¹⁷⁸ Overes, *Ondernemingsrecht* 2015, p. 520.

¹⁷⁹ Art. 2 lid 1 Wkkgz. Zie ook Principe 1 GCZ 2017 en Houwen, *TvOB* 2016, p. 25.

¹⁸⁰ Vgl. Overes 2016, p. 88 (over onderwijsinstellingen).

deze achtergrond bevestigend moet worden beantwoord, in zoverre dat die belangen voortvloeien uit de wettelijke taakopdracht en samenvallen met de eigen doelstelling van de rechtspersoon.

6.3.2.2. Het statutaire doel

De Raad van State merkt, enigszins in gelijke zin, ook op dat bij privaatrechtelijke rechtspersonen in de semipublieke sector (mede) het publieke belang wordt gediend door te voldoen aan het statutaire doel, aangezien daarin in de regel het publieke belang verweven is.¹⁸¹ Dat uit zich bijvoorbeeld concreet als het gaat om het winstuitkeringsverbod bij de BV. De voor de BV verplichte winstklem is een onderdeel van het statutaire doel. Met het voldoen aan dat doel, dienen bestuur en toezicht dus een publiek belang dat (verplicht) onderdeel is geworden van het eigen doel van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Bovendien hebben veel zorginstellingen het verlenen van goede zorg als zodanig ook uitdrukkelijk hebben opgenomen in hun statutaire doelstelling.

6.3.3. *Richtsnoer intern toezicht*

Verschilt voorts bij zorginstellingen het belang waarnaar bestuurders zich dienen te richten van het belang waar interne toezichthouders zich naar moeten richten? Die suggestie is in de parlementaire geschiedenis weleens gewekt, in de zin dat toezichthouders van semipublieke instellingen zich primair het maatschappelijke belang zouden moeten aantrekken.¹⁸² Dat is echter niet het geval. Van een interne toezichthouder bij een privaatrechtelijk rechtspersoon kan niet worden verlangd dat hij het belang van de rechtspersoon ondergeschikt maakt aan het maatschappelijke belang. Een dergelijk standpunt is volgens de Raad van State onverenigbaar met de wijze waarop inhoud is gegeven aan de vrijheid en autonomie van personen, die voor het ontplooiën van semipublieke activiteiten privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen oprichten.¹⁸³

Aangaande het belang van goed onderwijs geldt verder het uitgangspunt dat dat publieke belang (van goed onderwijs) een prominente plaats heeft binnen het geheel van deelbelangen dat samen het belang van de rechtspersoon vormt, maar dat dat belang daarin niet op voorhand doorslaggevend is.¹⁸⁴ Hetzelfde kan gezegd worden over het belang van goede zorg. Uiteraard heeft het belang van goede zorg een prominente plaats binnen het belang van de rechtspersoon. Op voorhand doorslaggevend is het echter niet, ook niet voor toezichthouders. Het richtsnoer van bestuurders en toezichthouders is immers identiek – uit Boek 2 BW blijkt wat dat betreft geen

¹⁸¹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 251, 4, p. 4.*

¹⁸² *Zie Kamerstukken II 2014/15, 33 822, 4, p. 8: "Interne toezichthouders dienen primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger, niet de instelling".*

¹⁸³ *Kamerstukken II 2014/15, 34 251, 4, p. 4; vgl. ook Overes, Ondernemingsrecht 2015, p. 520.*

¹⁸⁴ *Zie Kamerstukken II 2014/15, 34 251, 4, p. 7 en 13-14.*

onderscheid. Wel verschillen hun rollen. Bij de toezichthoudende functie ligt bijvoorbeeld voor de hand dat nadrukkelijk toezicht wordt gehouden op de naleving van wet- en regelgeving.

Tot slot zij wel opgemerkt dat interne toezichthouders die toezicht houden op meerdere rechtspersonen in een concern te maken kunnen hebben met uiteenlopende belangen in de groep. Het richtsnoer van het interne toezicht kan derhalve per groepsmaatschappij verschillen, bijvoorbeeld omdat de ene vennootschap wel en de andere geen WTZi-toelating heeft, waarover meer in de volgende paragraaf.

6.4. Belangenconflicten

6.4.1. Inleiding

In het bijzonder bij zorginstellingen waarvan functionarissen tevens direct of indirect investeerder zijn en waarbij structuren worden opgetuigd zoals besproken in het voorgaande hoofdstuk, spelen belangenconflicten vaak een centrale rol.¹⁸⁵ Dit was bijvoorbeeld ook het geval in de casus *DeSeizoenen*,¹⁸⁶ waar een aantal functionarissen bij het besluit om het vastgoed onder te brengen in een rechtspersoon zonder WTZi-toelating kortgezegd een dubbele pet op hadden. Vanuit de overheid en vanuit de zorgsector zelf is dan ook de nodige aandacht voor belangenconflicten in de zorg, om te voorkomen dat collectieve middelen worden aangewend voor transacties waar het risico van belangenverstremgeling aan kleeft.¹⁸⁷

In het vervolg zet ik daarom het kader met betrekking tot belangenverstremgeling uiteen. Daarvoor besteed ik achtereenvolgens aandacht aan de tegenstrijdig belangregeling uit Boek 2 BW (§ 6.4.2) en specifiek aan tegenstrijdige belangen in (zorg)concerns (§ 6.4.3). Vervolgens ga ik in op de sectorale uitgangspunten aangaande belangenconflicten uit onder andere de Governancecode Zorg 2017 (§ 6.4.4). Ten slotte kom ik tot de bespreking van wat dit kader concreet impliceert voor zorgstructuren waarbij weglekrisico's bestaan (§ 6.4.5).

6.4.2. Tegenstrijdig belangregeling

6.4.2.1. Algemene regeling

Allereerst bevat het algemene rechtspersonenrecht na introductie van de WBTR een tegenstrijdig belangregeling voor de vereniging en de stichting, die gelijk is aan de al bestaande regeling voor de NV en de BV. Een bestuurder mag op grond daarvan niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap (de 'onthoudingsregel'). Als daardoor geen bestuursbesluit genomen kan worden (omdat alle bestuurders een tegenstrijdig belang

¹⁸⁵ Bischof & Van Hoewijk, *Ondernemingsrecht* 2020, p. 884.

¹⁸⁶ Zie § 5.3.

¹⁸⁷ Van der Sangen 2015, p. 232.

hebben), schuift de bevoegdheid om het besluit te nemen door naar de raad van commissarissen, indien ingesteld (de 'doorschuifregel'). Als er geen raad van commissarissen is, schuift de bevoegdheid in beginsel door naar de algemene vergadering (BV),¹⁸⁸ of neemt het bestuur het besluit alsnog onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen (stichting).¹⁸⁹ Voor geconflicteerde commissarissen geldt een soortgelijke tegenstrijdig belangregeling.¹⁹⁰ Niet-naleving van deze regelingen levert in beginsel een totstandkomingsgebrek op, dat het besluit vernietigbaar maakt.¹⁹¹

6.4.2.2. Persoonlijk en (zuiver) kwalitatief tegenstrijdig belang

De strekking van de tegenstrijdig belangregeling is de vennootschap te beschermen tegen het risico dat een bestuurder of commissaris bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie, zich meer gelegen laat liggen aan een persoonlijk belang.¹⁹² Het persoonlijk tegenstrijdige belang is te onderscheiden van het (zuiver) kwalitatief tegenstrijdige belang. Dat is een niet met het belang van de rechtspersoon parallel lopend belang dat een functionaris heeft vanwege zijn functie bij een andere rechtspersoon. In de woorden van Leijten doet zich bij een persoonlijk tegenstrijdig belang een conflict van een belang en een plicht voor en bij een (zuiver) kwalitatief tegenstrijdig belang een conflict van plichten.¹⁹³ Van een *zuiver* kwalitatief tegenstrijdig belang is sprake als dat belang niet is verweven met een persoonlijk belang.¹⁹⁴ De vraag of daadwerkelijk sprake is van een tegenstrijdig belang moet ten slotte worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.¹⁹⁵

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de huidige wettelijke tegenstrijdig belangregeling uitsluitend betrekking heeft op een conflict van een belang en een plicht, of ook op een conflict van plichten. Ik sluit mij wat deze discussie betreft aan bij Leijten, die stelt dat de huidige regeling niet ziet op een zodanig conflict van plichten.¹⁹⁶ Uitgaande van deze benadering

¹⁸⁸ Art. 2:239 lid 6 BW.

¹⁸⁹ Art. 2:291 lid 6 BW.

¹⁹⁰ Artt. 2:250 lid 5 (BV) en 292a lid 7 (stichting) BW.

¹⁹¹ Ex art. 2:15 lid 1 sub a BW.

¹⁹² Vgl. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, 3, p. 10 (MvT).

¹⁹³ Ter illustratie: X is bestuurder van vennootschap A. Vennootschap A handelt met vennootschap B, waarin X aandelen houdt. X heeft jegens vennootschap A de plicht zich te richten naar het belang van de rechtspersoon, maar heeft als aandeelhouder een (tegengesteld) belang bij een maximaal onderhandelingsresultaat voor vennootschap B (conflict van belang en plicht). Is X niet aandeelhouder, maar bestuurder van vennootschap B, dan heeft X de plicht om zich zowel naar het belang van A als naar het belang van B te richten (conflict van plichten).

¹⁹⁴ *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-Ilb 2019/222*; bij gebruik van de term 'conflict van plichten' doel ik expliciet op een *zuiver* kwalitatief tegenstrijdig belang.

¹⁹⁵ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, *NJ 2007/420*, m.nt. Maeijer (*Bruil*), r.o. 3.4 en 3.5.

¹⁹⁶ Leijten, *Ondernemingsrecht 2019*, p. 433 en 437-438. Anders: De Jongh, *Ondernemingsrecht 2019*, p. 358-361. Ik meen dat onder meer de keuze voor het woord 'persoonlijk belang' in combinatie met de verwijzing in de wetsgeschiedenis naar *Bruil*, waar juist een onderscheid wordt gemaakt tussen een 'persoonlijk

is goed verdedigbaar dat de huidige tegenstrijd belangregeling in dit opzicht een lacune vertoont, omdat de wet niet voorschrijft hoe te handelen bij een conflict van plichten.

6.4.2.3. Tegenstrijdig belang in enquêterecht

In de loop der tijd heeft het leerstuk van tegenstrijdig belang echter ook een enquêterechtelijke dimensie gekregen. De tegenstrijdig belangregeling vindt in enquêteprocedures niet uitsluitend toepassing bij persoonlijke tegenstrijdige belangen, maar ook bij zuiver kwalitatieve tegenstrijdige belangen.¹⁹⁷ Zo is volgens de Ondernemingskamer de onthoudingsregel (ook) van toepassing bij een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, ook al zou verdedigbaar zijn dat dit niet reeds volgt uit de wettelijke tegenstrijdig belangregeling. Grond hiervoor biedt een ingevolge art. 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm met betrekking tot de besluitvorming.¹⁹⁸ Het onzorgvuldig omgaan met een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang kan blijk geven van wanbeleid (zie de *Xeikon*-beschikking).¹⁹⁹ Via deze omweg wordt een conflict van plichten door het enquêterecht dus alsnog in de tegenstrijdig belangsfeer getrokken.

Deze sluiproute bevordert de duidelijkheid niet. Wat mij betreft verdient het daarom aanbeveling om de algemene tegenstrijdig belangregeling zodanig uit te breiden dat de regeling ook van toepassing wordt op een 'ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang'.²⁰⁰ Op die manier sluit de regeling aan op *Bruil*. Het ligt voor de hand om dit niet sectoraal te doen, maar in Boek 2 BW. Vervolgens kan sectorwetgeving de regeling nog wel van overeenkomstige toepassing maken voor zorginstellingen zonder rechtspersoonlijkheid. Op die manier kan de wet een duidelijk en volledig handelingskader bieden voor het interne toezicht in gevallen van alle belangenconflicten.

6.4.3. *Tegenstrijdig belang in (zorg)concerns*

Los van voorgaande aanbeveling is ook een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang dus reeds in de tegenstrijdig belangsfeer beland. Dat heeft concernrechtelijke implicaties. In concerns komt het immers regelmatig voor dat personen functies bekleden bij meerdere tot de groep behorende rechtspersonen. Als uitgangspunt geldt dan dat het belang van de groepsonderneming de belangen van de individuele groepsmaatschappijen overkoepelt, zodat die belangen parallel lopen. Eventuele conflicten van plichten worden op die manier in de regel opgeheven. In reguliere groepsverhoudingen is daarom niet snel sprake van een conflict van plichten.²⁰¹ Een niet-

belang' en een 'ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang', de zienswijze van Leijten ondersteunen; zie *Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 6, p. 18 (NV II)*.

¹⁹⁷ *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/223 en 235*.

¹⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, *JOR 2018/210*, m.nt. Bulten (*Intergamma*), r.o. 3.35.

¹⁹⁹ Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, *RO 2018/32 (Xeikon)*, r.o. 5.39.

²⁰⁰ Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, *NJ 2007/420*, m.nt. Maeijer (*Bruil*), r.o. 3.4.

²⁰¹ Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, *NJ 2007/420*, m.nt. Maeijer (*Bruil*), r.o. 3.6.

marktconforme transactie tussen twee groepsmaatschappijen kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn, omdat er per saldo voor de groep geen negatief resultaat door ontstaat.

Voor zorgconcerns ligt dat uitgangspunt echter genuanceerder, in elk geval als het een concern betreft waartoe zowel entiteiten mét als entiteiten zónder WTZi-toelating behoren. Neem de structuur van *DeSeizoenen*, met een (toegelaten) zorginstelling en een (niet toegelaten) vastgoedvennootschap en servicevennootschap. Het belang van de toegelaten zorginstelling wordt daar mede gekleurd door de wettelijke taakopdracht om goede zorg te verlenen en door de statutaire winstklem. Voor de niet toegelaten instellingen is dat niet het geval. In een zorgconcern is het parallel lopen van de individuele belangen van groepsmaatschappijen daarom geen vanzelfsprekendheid en dus kunnen zich eerder tegenstrijdige belangen voordoen. De beschikkingen inzake *DeSeizoenen* bevestigt dat.²⁰² Een niet-marktconforme intragroepstransactie waarbij één betrokken groepsmaatschappij is onderworpen aan het winstoogmerkverbod, zal daardoor in de regel niet gerechtvaardigd zijn.

Opgemerkt zij dat in de enquêteprocedure inzake *DeSeizoenen* waar tegenstrijdige belangen een grote rol speelde bij specifiek een zorginstelling, het uiteindelijk persoonlijke belangen betrof. Hetzelfde geldt voor de enquêteprocedure bij *Multihulp*.²⁰³ In beide gevallen ging het om functionarissen van een zorgvennootschap die overeenkomsten sloot met vennootschappen waarvan die functionarissen direct dan wel indirect aandeelhouder waren. Echter blijkt uit *Intergamma* en *Xeikon* zoals gezegd dat ook een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang al zorgvuldig handelen vereist, wat in een zorgconcern met niet-parallel lopende belangen dus extra oplettendheid vereist.

6.4.4. Sectorale uitgangspunten

6.4.4.1. Governancecode Zorg 2017

De Governancecode Zorg 2017 ('GCZ 2017', of: 'de Code'), die bij wijze van zelfregulering breed gedragen normen op het gebied van bestuur en toezicht in de zorgsector bevat, besteedt eveneens aandacht aan het onderwerp belangenconflicten. Van belang is dat naleving van de GCZ 2017 voor aangesloten zorginstellingen²⁰⁴ - hoewel strikt genomen niet juridisch afdwingbaar - niet vrijblijvend is. Brancheorganisaties stellen naleving van de GCZ 2017 als

²⁰² Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.31 en Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR* 2020/171, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.16. Zie in gelijke zin De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2019, p. 358 (voetnoot 6).

²⁰³ Vgl. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3621, *ARO* 2021/26 (*Multihulp*), r.o. 3.6.

²⁰⁴ De bij de initiërende brancheorganisaties aangesloten zorginstellingen leveren veruit het grootste deel van alle tweede- en derdelijnszorg in Nederland, maar vormen samen slechts een minderheid van alle instellingen met een WTZi-toelating; zie *Bouwen op een stevig fundament* 2020, p. 4.

lidmaatschapsvoorwaarde en externe toezichthouders gebruiken de GCZ 2017 als veldnorm.²⁰⁵ Instellingen die niet aan de Codenormen voldoen, komen bovendien veelal niet eens in aanmerking voor het contracteren met zorgverzekeraars.²⁰⁶ De GCZ 2017 is dus geen papieren tijger, ook niet voor niet aangesloten zorginstellingen.

Met betrekking tot belangenconflicten schrijft de Code kortgezegd voor dat *elke vorm* van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling van bestuurders of toezichthouders moet worden voorkomen en de schijn daarvan moet worden vermeden.²⁰⁷ Hierin ligt voor zorgfunctionarissen de opdracht besloten om reeds in een vroeg stadium mogelijke belangenconflicten – zowel persoonlijke als kwalitatieve tegenstrijdige belangen – te signaleren en tegen te gaan. Uit het gebod om de ‘schijn’ te vermijden, volgt in de woorden van de Governancecommissie Gezondheidszorg²⁰⁸ inzake *Buurtzorg* (ook) “*dat het niet alleen gaat om gevallen van persoonlijke bevoordeling of belangenverstremgeling die zich werkelijk hebben voorgedaan of om het reële en concrete gevaar dat die zich zullen voordoen, maar ook om een bestuurlijke constellatie die de schijn daarvan oproept.*”²⁰⁹

Een verschil met de wettelijke tegenstrijdig belangregeling is dat de wettelijke regeling de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang niet verbiedt en die aanwezigheid als zodanig geen aanleiding geeft om te twifelen aan een juist beleid. Doorslaggevend is hoe er met een tegenstrijdig belang wordt omgegaan en voor die omgang bevat de wet een regeling.²¹⁰ Dit uitgangspunt geldt niet in de GCZ 2017, die blijkens het voorgaande niet alleen beoogt om een dergelijke omgangsregeling te bieden, maar ook om bepaalde ‘bestuurlijke constellaties’ bij voorbaat al tegen te gaan.

Verder verbiedt de GCZ 2017 het bekleden van functies bij verschillende zorgorganisaties die binnen het verzorgingsgebied van de organisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden verrichten. Met dit verbod worden dus potentiële conflicten van plichten al voorkomen omdat de combinatie van die plichten al niet toegestaan is.²¹¹ Tot slot behoort het

²⁰⁵ *Bouwen op een stevig fundament* 2020, p. 4. Uitgebreid hierover: Houwen, *TvOB* 2019, p. 49.

²⁰⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3758 *JIN* 2021/26, m.nt. Cornelissen (*Zorgpunt Thuiszorg*). Een zorgkantoor stelt het ‘invoeren’ van de ZGC 2010 als inkoopvoorwaarde en weigert een contract aan te gaan omdat de zorgaanbieder i.c. niet voldeed aan de eisen die de ZGC 2010 aan de statuten stelde, met faillissement van de zorgaanbieder als gevolg.

²⁰⁷ 2.6.1. GCZ 2017.

²⁰⁸ De Governancecommissie Gezondheidszorg doet uitspraken in geschillen over de naleving van de GCZ 2017. Hoewel deze niet bindend zijn, kunnen bijvoorbeeld brancheorganisaties wel optreden tegen een zorgaanbieder die weigert de governance aan te passen (GCZ 2017, p. 6).

²⁰⁹ GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 (*ActiZ/Buurtzorg*), r.o. 4.10; overigens heeft de GG het hier abusievelijk over het ‘voorkomen’ van schijn, in plaats van het ‘vermijden’.

²¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 21 december 2005, *JOR* 2006/8 (*EVC*), r.o. 3.2; zie Leijten, *Ondernemingsrecht* 2019, p. 429-430.

²¹¹ 2.6.2. GCZ 2017.

volgens de GCZ 2017 ook tot de taak van de raad van bestuur om maatregelen te nemen die zorgen dat belangenverstremgeling van professionals, managers en medewerkers wordt voorkomen.²¹² Daarmee gaat GCZ 2017 eveneens een stuk verder dan de wettelijke tegenstrijdig belangregeling, die enkel ziet op (formele) bestuurders en toezichhouders.²¹³

6.4.4.2. Verzwaarde zorgvuldigheidsnorm

Dat de GCZ 2017 op het vlak van belangenconflicten verder gaat dan de wet, maakt nog niet dat het wettelijke tegenstrijdig belangbegrip ruimer moet worden uitgelegd voor zorginstellingen. De wet spreekt (dwingendrechtelijk) van een 'direct of indirect persoonlijk (tegenstrijdig) belang'. De wettelijke onthoudings- en doorschuifregeling is dus in beginsel uitsluitend daarop van toepassing.²¹⁴ Wel weerspiegelen de GCZ 2017-gedragsregels omtrent belangenverstremgeling de grote mate van zorgvuldigheid die binnen de zorgsector als norm wordt beschouwd.²¹⁵ Dit volgt uit de tweede *DeSeizoenen*-beschikking, waarin de enquêterechter nader ingaat op het kader voor belangenconflicten bij zorginstellingen.

De Ondernemingskamer overweegt ten eerste dat uit de wettelijke bepalingen, waaronder art. 2:8 BW, volgt dat een vennootschap bedacht moet zijn op gevallen van 'tegenstrijdig belang dan wel belangenverstremgeling' en daarmee zorgvuldig moet omgaan. Door het gebruik van de term 'belangenverstremgeling' sluit de Ondernemingskamer aan bij eerdere rechtspraak omtrent kwalitatieve tegenstrijdige belangen, waarbij dus ook zorgvuldigheid geboden is. Ten tweede is er bij zorginstellingen sprake van een soort verzwaarde zorgvuldigheidsnorm, vanwege (i) de belangen van zorgbehoevenden en (ii) het algemeen belang dat zorggelden ook daadwerkelijk aan zorg worden besteed.²¹⁶

Concreet brengt dit een onthoudingsplicht mee ten aanzien van de beraadslaging en de besluitvorming. Als het gehele orgaan geconflicteerd is, ligt het zelfs in de rede om een onafhankelijke functionaris op het niveau van dat orgaan aan te stellen.²¹⁷ Ook kan het onder omstandigheden geboden zijn dat de toezichhouders zich actief inlaten met het behartigen van de belangen van de zorginstelling.²¹⁸ Zoals Bulten in haar noot opmerkt, komen in deze beschikking ook de elementen terug uit onder meer de *Linders/Hofstee*-beschikking: het zorgvuldig scheiden van belangen, transparantie en het inschakelen van onafhankelijke

²¹² 2.6.3. GCZ 2017.

²¹³ Zie ook Houwen, *Ondernemingsrecht 2020*, p. 18-19.

²¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), onder 4 (noot).

²¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.18.

²¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.15 e.v..

²¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.18.

²¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.19.

deskundigen bij de beoordeling of een transactie *at arm's length* is.²¹⁹ Deze drie elementen komen eveneens terug in de beschikking inzake *Multihulp*, waardoor gesproken kan worden van een bestendige lijn in de rechtspraak.²²⁰

6.4.5. *Implicaties zorgstructuren*

6.4.5.1. Voorbeelden

Zoals eerder opgemerkt, spelen belangenconflicten vaak een centrale rol bij de (vormgeving van de) in het voorgaande hoofdstuk besproken zorgstructuren. Ik probeer dit duidelijk te maken aan de hand van een tweetal voorbeelden, waarin A een BV met een WTZi-toelating is waarvoor een winstoogmerkverbod geldt en B een niet toegelaten BV die winst kan uitkeren. Het eerste voorbeeld betreft een hoofd- en onderaannemerstructuur, het tweede een vastgoedstructuur.

6.4.5.2. Hoofd- en onderaannemerstructuur

X is enig bestuurder van A en enig aandeelhouder van B. X moet als bestuurder van A (de hoofdaannemer) besluiten over het aangaan van een overeenkomst tot uitbesteding van de zorgverlening met B (de onderaannemer). X heeft enerzijds als bestuurder van A de plicht om zich te richten naar het belang van A. A heeft onder meer als doel om goede zorg te verlenen en heeft niet als doel winst uit te keren. Anderzijds heeft X als aandeelhouder van B belang bij uitbesteding van de zorgverlening door A, omdat op die manier dividend aan X uitgekeerd kan worden. Ook heeft X belang bij voor B gunstige (en voor A dus ongunstige) voorwaarden in de uitbestedingsovereenkomst.²²¹ Daarom is hier sprake van een persoonlijk tegenstrijdig belang.

In eerste instantie is in dit geval de onthoudingsregel van toepassing op grond van art. 2:239 lid 6 BW. Aangezien X enig bestuurder is, treedt vervolgens de doorschuifregel in werking, waardoor de voor A verplichte raad van commissarissen het besluit moet nemen. De raad van commissarissen moet daarbij beoordelen of de uitbesteding in het belang van A is. Dat kan bijvoorbeeld niet het geval zijn als door uitbesteding de kwaliteit of continuïteit van de zorgverlening in gevaar komt, of de uitbestedingsovereenkomst onzakelijk is.

Stel nu dat X in plaats van aandeelhouder enkel bestuurder van B is, dan heeft X als bestuurder van A een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang. De onthoudingsregel is dan, gelet op *Intergamma* en *Xeikon*, eveneens van toepassing op grond van een uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsnorm. Omdat het om een zorginstelling gaat, kan het daarnaast blijken

²¹⁹ Vgl. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*).

²²⁰ Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3621, *ARO* 2021/26 (*Multihulp*), r.o. 3.6.

²²¹ Dit geldt overigens ook voor andere overeenkomsten, zoals huurovereenkomsten, managementovereenkomsten en dienstverleningsovereenkomsten.

DeSeizoenen in de rede liggen dat een onafhankelijke bestuurder wordt aangesteld of dat de commissaris(sen) zich actief inlaten met de besluitvorming.²²² Daarnaast volgt uit onder meer *Multihulp* dat in deze situatie de belangen zorgvuldig gescheiden dienen te worden gehouden, een hoge mate van transparantie geboden is en er reden kan zijn voor het inschakelen van onafhankelijke deskundigen.²²³

6.4.5.3. Vastgoedstructuur

X is bestuurder van A en aandeelhouder van holding C. Holding C is enig aandeelhouder van zowel A als B. Hier kan sprake zijn een belangenconflict als X namens A, die zorgvastgoed in eigendom heeft, bijvoorbeeld besluit over het opzetten van een *sale and lease back*-constructie met B. X heeft hier als aandeelhouder een vergelijkbaar (persoonlijk tegenstrijdig) belang als in het voorgaande voorbeeld. X heeft immers baat bij een maximaal onderhandelingsresultaat voor B (ten koste van A). Hierdoor vindt de wettelijke tegenstrijdig belangregeling rechtstreeks toepassing.

Stel dat X enkel bestuurder van zowel A als B is, dan brengen deze functies mee dat X zich zowel naar het belang van A als naar het belang van B behoort te richten. Doorgaans lopen deze belangen in een concern in beginsel parallel vanwege het overkoepelende concernbelang. Daardoor hoeft een niet-marktconforme intragroepstransactie niet bij voorbaat blijk te geven van onzorgvuldig handelen. Gelet op *DeSeizoenen* is dat in een zorgconcern als dit echter anders, omdat de belangen van A en B vanwege het winstoogmerkverbod voor A niet parallel lopen.²²⁴ Daarom is ook hier sprake van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang en geldt in beginsel hetzelfde als in het voorgaande voorbeeld.

6.4.5.4. Uitgebreid toetsingskader

Uiteraard zijn meer voorbeelden denkbaar waarin belangenconflicten en ‘weglekgevaar’ met elkaar verweven zijn. In aanvulling op de wettelijke tegenstrijdig belangregeling, die een handelswijze voorschrijft bij persoonlijke tegenstrijdige belangen, zijn in de enquêterechtspraak zorgvuldigheidsnormen ontwikkeld in geval van kwalitatieve tegenstrijdige belangen. Bovendien geldt voor zorginstellingen in dezen nog eens een verzwaarde zorgvuldigheidsnorm.

Al met al is er op deze wijze een uitgebreid toetsingskader tot stand gekomen, aan de hand waarvan de (enquête)rechter kan ingrijpen in gevallen van belangenconflicten. Concreet valt dan te denken aan de vernietiging van besluiten die genomen zijn onder invloed van

²²² Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR* 2020/171, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.18 en 5.19.

²²³ Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3621, *ARO* 2021/26 (*Multihulp*), r.o. 3.6.

²²⁴ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.31 en Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, *JOR* 2020/171, m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*), r.o. 5.16.

belangenverstrengeling.²²⁵ Daarnaast is door middel van zelfregulering via de governancecode(s) een aanvullend kader ontstaan waar zorginstellingen zich mee geconfronteerd zien door onder meer de brancheorganisaties, de Governancecommissie Gezondheidszorg, zorgverzekeraars en de externe toezichthouders.

Wel is het zo dat de rechter en de andere partijen vaak ‘achteraf’ oordelen. Het kwaad, wat dat dan in voorkomende gevallen ook mag zijn, kan dan reeds geschied zijn. Het is daarom juist ook zaak om belangenconflicten intern te signaleren en eventuele onzorgvuldige besluitvorming te voorkomen. Het interne toezicht speelt daarbij een cruciale rol.

6.5. Intern toezicht

6.5.1. Voorwaarden effectief toezicht

Als het gaat om structuren bij zorginstellingen die weglekrisico's opleveren, is het dus zaak dat het interne toezicht bij de zorginstelling effectief kan functioneren, bijvoorbeeld om belangenconflicten te signaleren en daar adequaat mee om te gaan.²²⁶ Gelet hierop is een voldoende onafhankelijke samenstelling een eerste voorwaarde waar het interne toezicht aan moet voldoen. Het interne toezicht moet transacties en besluiten onafhankelijk van het bestuur kunnen toetsen. Aan de onafhankelijkheid stelt het Uitvoeringsbesluit WTZi, zoals al eerder besproken, eisen.

Verder is het voor effectief toezicht echter ook essentieel dat het toezichthoudende orgaan beschikking heeft over alle relevante informatie in de zorginstelling, of indien het dat niet heeft, die informatie kan achterhalen. Op deze informatieverschaffing kom ik terug in hoofdstuk 8. Tot slot is het van belang dat het toezichthoudende orgaan voldoende is geëquipeerd om in te kunnen grijpen in gevallen dat zich ongewenste weglek van zorggelden dreigt voor te doen.

6.5.2. Bevoegdheden raad van commissarissen

De raad van commissarissen is uitgerust met een aantal wettelijke bevoegdheden die hem in staat stellen in te grijpen als de situatie daar om vraagt. Zo een situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als bestuurders, ondanks dat zij tegenstrijdige belangen hebben, besluiten dreigen te nemen waardoor zorggelden kunnen wegvloeien. Ik noem ten eerste de bevoegdheid om

²²⁵ In een enquêteprocedure als blijkt van wanbeleid; zie art. 2:356 onder a BW. In een civiele procedure kan dit bij schending van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling op grond van art. 2:15 lid 1 onder a BW of bij schending van een zorgvuldigheidsplicht op grond van art. 2:8 jo. 15 lid 1 onder b BW. Weliswaar heeft vernietiging van een besluit in beginsel slechts interne werking en dient het belang van dat instrument om die reden genuanceerd te worden; zie bijvoorbeeld Overes, *Ondernemingsrecht* 2021, p. 457. Gewezen zij echter op de verscheidenheid aan voorzieningen die de enquêterechter ten dienst staan om eventuele gevolgen van geconflicteerde besluitvorming alsnog terug te (doen) draaien.

²²⁶ Vgl. Bos, *TvGR* 2021, p. 71 e.v., die in bredere zin wijst op de plicht tot ‘vroegsignalering’ van het interne toezicht bij de zorginstelling.

bestuurders te schorsen.²²⁷ Ook deze bevoegdheid geldt na introductie van de WBTR voor zowel de BV als de stichting. Wel bestaat de mogelijkheid om hiervan statutair af te wijken (tenzij de raad van commissarissen ook bevoegd is tot benoeming).²²⁸

Ten tweede heeft de raad van commissarissen een wettelijk goedkeuringsrecht ten aanzien van een voorstel tot juridische fusie of splitsing. Dat is echter niet het geval indien alle fuserende rechtspersonen stichtingen zijn, of indien alle partijen bij de splitsing stichtingen zijn.²²⁹ Bij stichtingen is alleen goedkeuring van de raad van commissarissen vereist als de raad van commissarissen op grond van de statuten goedkeuring moet verlenen voor een besluit tot statutenwijziging.²³⁰ Ook kan goedkeuring van de rechtbank vereist zijn, als niet alle bepalingen van de statuten gewijzigd mogen worden.²³¹ Aangezien zich bij herstructurering van zorginstellingen weglekrisico's kunnen voordoen, is het volgens mij wenselijk dat ook de raad van commissarissen van zorgstichtingen altijd een wettelijk goedkeuringsrecht hebben bij juridische fusies en splitsingen. Het ligt voor de hand om dat in sectorwetgeving te regelen.

Tot slot zij gewezen op de bevoegdheid van de raad van commissarissen (of een ander toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van de rechtspersoon is ingesteld) om ten aanzien van de zorginstelling een enquête te verzoeken.²³² Daarmee kan het interne toezicht het beleid en de gang van zaken van de betreffende zorginstelling aan een rechterlijke toetsing onderwerpen – mits aan de overige ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het gegeven dat de Ondernemingskamer (onmiddellijke) voorzieningen kan treffen,²³³ maakt dat het enquêterecht kan fungeren als adequate noodrem in gevallen waarin de raad van commissarissen misstanden signaleert maar zelf onvoldoende in staat is om daar iets tegen te doen.

6.5.3. *Intern concerntoezicht*

De wettelijke bevoegdheden van de raad van commissarissen stellen hem in staat toezicht te houden op (het bestuur van) de rechtspersoon waar de raad van commissarissen is ingesteld. Als het gaat om een concern waarbij de raad van commissarissen is ingesteld bij de moedermaatschappij, hebben die bevoegdheden derhalve geen betrekking op dochtervennootschappen of -stichtingen. Dat kan effectief concerntoezicht bemoeilijken.

²²⁷ Artt. 2:257 lid 1 (BV) en 292a lid 3 BW (stichting).

²²⁸ Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/301.

²²⁹ Artt. 2:312 lid 4 (fusie) en 334f lid 4 BW (splitsing).

²³⁰ Art. 2:317/334m lid 1 en lid 3, derde volzin BW.

²³¹ Art. 2:317/334m lid 5 BW.

²³² Art. 2:346 lid 1 sub d jo. lid 2 BW.

²³³ O.g.v. art. 2:349a lid 2 BW (in elke stand van het geding) of art. 2:355 lid 1 jo. 356 BW (indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken).

In de praktijk hangt het af van de precieze concernstructuur of die moeilijkheid zich daadwerkelijk voordoet. Zo kunnen bepaalde bevoegdheden alsnog statutair zijn toegekend door dochtermaatschappijen. Ook kan het zijn dat het bestuurders van de moedermaatschappij tevens de dochtermaatschappijen besturen, hetzij omdat de moedermaatschappij rechtspersoonbestuurder is van de dochtermaatschappij, hetzij omdat er sprake is van personele unies. Met handelen op moedermaatschappijniveau kan dan in voorkomende gevallen ook (indirect) worden gehandeld op dochtermaatschappijniveau. Tot slot acht ik niet ondenkbaar dat een enquête die is verzocht door de raad van commissarissen onder omstandigheden betrekking kan hebben op een of meer dochtermaatschappijen, net als kapitaalverschaffers onder omstandigheden een concernenquête kunnen bewerkstelligen.²³⁴

Echter verdient concerntoezicht bij zorginstellingen, meen ik, wel extra aandacht van de wetgever, vanwege de instellingen waar dit minder goed is geregeld. De interne toezichthouder moet ten minste te allen tijde in staat gesteld worden om op de hoogte te zijn van het beleid en de gang van zaken bij dochtermaatschappijen en om daarop effectief toe te zien. Ook zou de raad van commissarissen idealiter bevoegdheden toegekend moeten krijgen die hem in staat stellen in te grijpen op dochterniveau. Te denken valt aan goedkeuringsrechten ten aanzien van ingrijpende besluiten en aan een schorsingsbevoegdheid ten aanzien van de bestuurders van de dochter, zonder statutaire afwijkingsmogelijkheid.

6.6. Cliëntenraad

6.6.1. Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018

Als laatste interne mechanisme dat bescherming kan bieden tegen weglek van zorggeld valt te denken aan de cliëntenraad (CR), die op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (Wmcz 2018) rechtstreeks de gemeenschappelijke belangen van cliënten behartigt. Cliënten van de zorginstelling krijgen hiermee een wettelijk middel om voor hun gezamenlijke cliëntenrechten op te komen. De cliëntenraad kan eveneens op een aantal manieren een vinger aan de pols houden als het gaat om transacties en structuren die weglekrisico's opleveren.

De verplichting om een cliëntenraad in te stellen, geldt op grond van art. 3 lid 1 Wmcz 2018 grofweg voor (i) instellingen die bij AMvB aangewezen extramurale zorg aanbieden en waar in de regel meer dan 25 personen zorg verlenen en (ii) andere instellingen waar in de regel meer dan 10 personen zorg verlenen.²³⁵ Voor het instellingbegrip is verwezen naar de Wkkgz, maar het

²³⁴ Vgl. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, NJ 2005/127 m.nt. Maeijer (*Landis*).

²³⁵ Onder 'instelling' worden onder meer verstaan: een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent en een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen; art. 1 lid c Wmcz 2018 jo. art. 1 lid 1 Wkkgz.

normadressaat van de Wmcz 2018 is ruimer. Een instelling die enkel in opdracht van een andere instelling zorg verleent, is geen instelling in de zin van de Wkkgz, maar wel in de zin van de Wmcz 2018. Dit betekent dat onderaannemers in de hoofd- en onderaannemerstructuur verplicht zijn om een cliëntenraad in te stellen als zij enkel uitbestede zorg verlenen.²³⁶ Hoofdaannemers zijn dus, mits de grens wat betreft het aantal zorgverleners wordt gehaald, altijd verplicht om een cliëntenraad te hebben.

De wet geeft bevat ook de mogelijkheid voor het bestuur en de cliëntenra(a)d(en) om in overleg een centrale cliëntenraad (CCR) in te stellen voor locatie-overstijgende aangelegenheden.²³⁷ Dat kan met name zinvol zijn als het een omvangrijke zorgorganisatie met verschillende onderdelen betreft.²³⁸ Omdat het te ver voert om alle bevoegdheden van de cliëntenraad te bespreken, beperk ik mij in het vervolg tot de bevoegdheden die in mijn ogen het meeste van belang zijn als het gaat om (de vorming van) bedrijfsstructuren en het toezicht op weglekrisico's.

6.6.2. Bevoegdheden cliëntenraad

6.6.2.1. Instemmings- en adviesrechten

Allereerst heeft de cliëntenraad een aantal *instemmingsrechten*. Deze hebben met name betrekking op algemeen beleid van de zorginstelling dat de zorgverlening aan cliënten zelf raakt.²³⁹ Daarnaast heeft de cliëntenraad *adviesrechten* ten aanzien van bepaalde typen besluiten van de zorginstelling, bijvoorbeeld inzake wijziging van de doelstelling, fusies of samenwerkingen, overdracht van zeggenschap over de zorg, ingrijpende veranderingen in de zorgverlening en het vaststellen van de begroting en jaarrekening.²⁴⁰ De zorginstelling kan in theorie relatief eenvoudig afwijken van een advies van de cliëntenraad.²⁴¹

Hoewel de cliëntenraad geen instemmingsrecht heeft ten aanzien van deze ingrijpende besluiten, heeft hij wel een instemmingsrecht ten aanzien van de medezeggenschapsregeling.²⁴² In de medezeggenschapsregeling wordt onder meer geregeld op welke wijze de cliëntenraad wordt betrokken bij de besluitvorming inzake wijziging van de doelstelling, fusies of samenwerkingen en overdracht van zeggenschap over de zorg.²⁴³ Door deze combinatie van een instemmingsrecht dat ziet op de procedure en een adviesrecht dat ziet op het besluit, is als het

²³⁶ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 858, 3, p. 40 (MvT).

²³⁷ Art. 3 lid 5 Wmcz 2018.

²³⁸ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 858, 3, p. 17 (MvT).

²³⁹ Zie art. 8 lid 1 Wmcz 2018.

²⁴⁰ Art. 7 lid 1 Wmcz 2018.

²⁴¹ Als de zorginstelling het advies van de cliëntenraad niet volgt, moet zij daarover ten minste eenmalig overleg plegen met de cliëntenraad; zie art. 7 lid 5 Wmcz 2018.

²⁴² Art. 8 lid 1 sub a Wmcz 2018.

²⁴³ Art. 3 lid 3 Wmcz 2018.

goed is alsnog gewaarborgd dat de cliëntenraad in een vroeg stadium en op adequate wijze invloed kan uitoefenen op deze ingrijpende besluiten.²⁴⁴

6.6.2.2. Enquêterecht

Tot slot bevat het instrumentarium van de cliëntenraad nog een ingrijpende bevoegdheid: art. 12 Wmcz 2018 kent aan cliëntenraden van instellingen die rechtspersonen zijn het recht toe om een enquête te verzoeken. Deze toekenning van het enquêterecht is niet meer zoals voorheen²⁴⁵ indirect vormgegeven via een wettelijke verplichting voor instellingen om de enquêtebevoegdheid in de statuten op te nemen, maar de wet kent het enquêterecht nu rechtstreeks toe aan de cliëntenraad. De wet spreekt nu ook expliciet van een cliëntenraad. Voorheen hoefde het orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigde niet noodzakelijkerwijs een cliëntenraad te zijn.²⁴⁶ Tot slot betreft de Wmcz 2018 cliëntenraden van alle zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid, ongeacht rechtsvorm. Dat is een grote stap: de eerdere verplichting gold alleen voor stichtingen en (formele) verenigingen met een onderneming waarin in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn.

Op deze wijze is in de loop der tijd zowel de drempel voor cliëntenraden om een enquête te verzoeken aanzienlijk verlaagd, als de groep enquêtegerechtigden behoorlijk uitgebreid. De wet laat door rechtstreekse toekenning van het enquêterecht geen ruimte meer om het indienen van een enquêteverzoek door middel van voorwaarden in de statuten te beperken.²⁴⁷ Daarnaast verplicht de Wmcz 2018 ten opzichte van de voorgaande Wmcz meer instellingen een cliëntenraad in te stellen, waardoor het aantal cliëntenraden zou moeten zijn toegenomen.²⁴⁸ Sinds de toekenning van het enquêterecht aan de cliëntenraad heeft overigens een zevental cliëntenraden de gang naar de Ondernemingskamer ondernomen.²⁴⁹ Deze verlaagde enquêtedrempel is tegen de achtergrond van (complexe) bedrijfsstructuren, herstructureringen en weglekrisico's bij zorginstellingen een belangrijk gegeven, omdat het enquêterecht voor de

²⁴⁴ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 858, 3, p. 16 (MvT).

²⁴⁵ Zie art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi (oud).

²⁴⁶ Dit kon bijvoorbeeld ook een (regionaal) patiënten- of consumentenplatform zijn; zie *Kamerstukken II 2001/02*, 27 659, 7, p. 63 (NV II) en *Kamerstukken II 2001/02*, 27 659, 17, p. 49 (Verslag II).

²⁴⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 858, 3, p. 23 (MvT).

²⁴⁸ Leferink, *TvGR* 2019, p. 129.

²⁴⁹ Zie Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3172, *JOR* 2010/187 (*Zorgcentra De Betuwe*), Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9903, *JOR* 2010/188 m.nt. Verburg (*Sherpa*), Hof Amsterdam (OK) 19 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9692, *JOR* 2013/206 m.nt. De Mol (*Ilmarinen*), Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4433, *ARO* 2014/183 (*Hofpoort Ziekenhuis*), Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2859 (*Stichting Zorgorganisatie Niko*), Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*) en Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2099, *JOR* 2019/220 m.nt. Josephus Jitta (*PrivaZorg*).

cliëntenraad een belangrijk middel kan zijn om het beleid en de gang van zaken aan een rechterlijke toetsing te onderwerpen.²⁵⁰

²⁵⁰ De Zorgbrede Governancecode 2010 (de voorloper van de GCZ 2017) noemt het enquêterecht ook als “effectief middel [om] maatschappelijk niet-gepaste hoge dividenduitkeringen of andere besluiten die niet stroken met het zijn van een maatschappelijke onderneming, tegen te gaan” (zie p. 42).

7. Externe beschermingsmechanismen

7.1. Inleiding

Ook buiten de zorginstelling zijn mechanismen aanwezig die het weglekken van zorggelden kunnen voorkomen of tegengaan. In dit hoofdstuk wordt de rol die deze mechanismen – externe toezichthouders en de rechter – kunnen en zouden moeten spelen bij weglekrisico's nader belicht.

Hoewel zorginstellingen private ondernemingen zijn die in beginsel beheerst worden door het privaatrecht, kent ons zorgstelsel in aanvulling daarop publieke toezichts- en handhavingsmechanismen ter voorkoming of beperking van incidenten die publieke belangen kunnen schaden. Het externe toezicht op en de handhaving bij zorginstellingen is voornamelijk opgedragen aan de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) (§ 7.1). Ook speelt het College sanering zorginstellingen (CSZ) een rol in het externe toezicht, met name als het gaat om vastgoedtransacties in de zorg (§ 7.2). Verder kan bij het toezicht op en het ingrijpen bij zorginstellingen van buitenaf zoals gezegd gedacht worden aan de rechter, bij wie gedragingen van de zorginstelling aan een onafhankelijke toetsing kunnen worden onderworpen. Wat betreft de rechterlijke toetsing ga ik met name in op de werking van de vermogensklem (§ 7.3).

7.1. Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en Nederlandse Zorgautoriteit

7.1.1. *Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd*

Het externe toezicht van de IGJ valt met name uiteen in toezicht op de naleving van de WTZi en de Wkkgz, voor zover hier relevant. De IGJ is dus ten eerste belast met het toezicht op de naleving van de WTZi en het Uitvoeringsbesluit WTZi.²⁵¹ De IGJ houdt daarom toezicht op onder meer naleving van het winstoogmerkverbod en de verplichte bestuursstructuur van zorginstellingen, die volgen uit het Uitvoeringsbesluit WTZi.²⁵² Het niet naleven daarvan kan grond opleveren om de WTZi-toelating van een instelling in te trekken.²⁵³ De IGJ kan op basis hiervan dus ingrijpen in bijvoorbeeld gevallen van verboden winstuitkeringen of het niet hebben van een (onafhankelijk samengesteld) toezichthoudend orgaan.

Verder is de IGJ belast met het toezicht op de naleving van bepalingen uit de Wkkgz.²⁵⁴ In de hoofd- en onderaannemerstructuur is (slechts) de hoofdaannemer gehouden die bepalingen na te leven, tenzij de hoofdaannemer zelf niet feitelijk zorg verleent.²⁵⁵ Op basis van de Wkkgz ziet

²⁵¹ Art. 35 WTZi.

²⁵² Zie Hoofdstuk VI Uitvoeringsbesluit WTZi.

²⁵³ Art. 13 lid 2 WTZi; zie ook *Stb.* 2005, 575, p. 24 (NvT).

²⁵⁴ Art. 24 lid 1 Wkkgz.

²⁵⁵ De Jongh & Houwen 2015, p. 212-213.

de inspectie onder meer toe op de kwaliteit van de zorgverlening en de wijze waarop de zorgaanbieder zich heeft georganiseerd.²⁵⁶ Wat betreft die organisatie is van belang dat de aanbieder zorg dient te dragen voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden dat dit redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg.²⁵⁷ Indien de organisatiestructuur van de zorgaanbieder in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van goede zorg, kan die aanwijzing als ‘structurele’ maatregel worden opgelegd.²⁵⁸ Deze bevoegdheid maakt het mogelijk om de zorgaanbieder te verplichten de structuur van de organisatie aan te passen als het recht op goede zorg in het geding is als gevolg van een te omvangrijke of complexe organisatiestructuur.²⁵⁹

7.1.2. Nederlandse Zorgautoriteit

De NZa houdt toezicht op zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars. De NZa heeft onder meer een nadrukkelijke rol bij mededingingskwesties in de zorgsector. Zo kan de NZa aanbieders en verzekeraars ten eerste verplichtingen opleggen als er in haar ogen sprake is van een aanmerkelijke marktmacht.²⁶⁰ Ten tweede heeft een zorgaanbieder toestemming nodig voor het tot stand brengen van een *concentratie* – kortgezegd: een fusie, overname of oprichting van een *joint venture*.²⁶¹ De NZa voert in dat kader de zogenaamde *zorgspecifieke concentratietoets* uit.

7.1.3. Signalering

In 2019 verscheen een signalering van de IGJ en de NZa, waarin zij kortgezegd pleiten voor uitbreiding van hun toezichtskader en hun instrumentarium. De toezichthouders vragen in de signalering aandacht voor een groeiend aantal “*meldingen en signalen over het oneigenlijk besteden van zorggeld en twijfelachtige financiële of organisatorische constructies.*” De IGJ en de NZa wezen erop dat zij daar niet altijd (rechtstreeks) op kunnen handhaven, omdat het bijvoorbeeld gaat om normen uit de GCZ 2017, “*bijvoorbeeld ten aanzien van belangenverstremgeling en integere bedrijfsvoering.*” Ook komt het volgens de toezichthouders voor “*dat zorgaanbieders door bestuurlijke en/of financiële constructies wettelijke bepalingen omzeilen waardoor zorggelden oneigenlijk worden besteed.*” De toezichthouders vragen daarom om een nieuwe wettelijke norm op het gebied van integere en professionele bedrijfsvoering en om een uitbreiding van hun (handhavings)instrumentarium ter zake. Dat zou bij voorkeur een open norm moeten zijn, onder meer omdat dat het externe toezicht in staat stelt “*om te sturen op*

²⁵⁶ Art. 24 lid 1 jo. 2 resp. 3 Wkkgz.

²⁵⁷ Dit volgt uit art. 3 Wkkgz. Zoals Van Schelven weergeeft in Van Schelven, *TvGR* 2021, toetst de IGJ de governance bij zorginstellingen aan deze bepaling.

²⁵⁸ Art. 28 lid 1 Wkkgz.

²⁵⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 402, 12, p. 31 (derde NvW).

²⁶⁰ Art. 48 Wmg.

²⁶¹ Art. 49a Wmg jo. art. 27 Mededingingswet.

gewenst gedrag en gewenste uitkomsten, zonder te zeer voor te schrijven hoe deze bereikt moeten worden."²⁶²

Of het aanvullen van de publiekrechtelijke 'gereedschapskist' van de IGJ en de NZa strikt genomen noodzakelijk is, valt te betwijfelen. Zoals uiteengezet, hebben de toezichthouders – ofwel alleen, ofwel gezamenlijk – mogelijkheden om in te grijpen bij verboden winstuitkering, niet toereikend intern toezicht en complexe organisatiestructuren indien de structuur afbreuk doet aan goede zorgverlening. Meersma wijst er bovendien op dat de externe toezichthouders deze bestaande bevoegdheden soms nauwelijks benutten.²⁶³ Verder hebben het interne toezicht en de cliëntenraad al mogelijkheden om belangenverstremming bij besluitvorming aan rechterlijke toetsing te onderwerpen.

7.2. College sanering zorginstellingen

7.2.1. Art. 18 WTZi

Het College sanering zorginstellingen (CSZ), een derde externe toezichthouder, houdt specifiek toezicht op zorgvastgoedtransacties. Art. 18 WTZi bepaalt dat het bestuur van een zorginstelling een voornemen om gebouwen of terreinen blijvend niet meer voor de instelling te gebruiken, onverwijld moet melden aan het CSZ. Het CSZ kan vervolgens bepalen of het de vervreemding, verhuur of bezwaring van de gebouwen of terreinen aan zijn goedkeuring onderwerpt.²⁶⁴ Het CSZ beoordeelt vooral of de transactie marktconform is.²⁶⁵ Hierbij zij opgemerkt dat art. 18 WTZi eenvoudig is te omzeilen vanwege het criterium dat de instelling het onroerend goed blijvend niet meer wenst te gebruiken. Het is daarom bijvoorbeeld niet van toepassing op *sale and lease back*-constructies.²⁶⁶ In een casus als *DeSeizoenen* is daarom de goedkeuring voor het opzetten van de vastgoedstructuur bijvoorbeeld niet vereist.

Art. 18 WTZi is te plaatsen in het licht van het reeds langer dan een decennium geleden afgeschafte bouwregime. De wetgever heeft met deze regeling beoogd dat publieke gelden die zijn aangewend voor de bouw of aanschaf van onroerend goed ten behoeve van een zorginstelling, behouden blijven voor de zorgsector wanneer het desbetreffende onroerende goed wordt vervreemd.²⁶⁷ In de huidige context is deze bepaling minder goed te begrijpen. In een stelsel waarin de verantwoordelijkheid voor en risico's van zorgvastgoed bij private zorginstellingen zijn neergelegd en in een tijd waarin het aandeel collectieve middelen in dat vastgoed langzaam maar zeker afneemt, doet art. 18 WTZi aan als een vreemde – en enigszins gedateerde – eend in de

²⁶² *Signalering: Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering* 2019, p. 1-2.

²⁶³ Meersma, 'Ambtelijke obesitas bij NZa en IGJ', *Zorgvisie* 12 maart 2019.

²⁶⁴ Amersfoort, in: *T&C Gezondheidsrecht*, art. 18 WTZi, aant. 1 en 4 (online, bijgewerkt 28 maart 2021).

²⁶⁵ Art. 5 Beleidsregel vervreemding onroerende zaken.

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, 4.

²⁶⁷ Zie Advies van de Raad van State d.d. 2 maart 2015, nr. W13.15.0008/III/Vo, p. 2.

bijt.²⁶⁸ Met de Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg zou de bepaling dan ook geschrapt worden.²⁶⁹ Hoewel het schrappen van art. 18 WTZi en daarmee het opheffen van het CSZ wat mij betreft²⁷⁰ nog steeds aan te bevelen is, bestaat de regeling echter nog steeds.

7.3. Rechterlijke toetsing

7.3.1. Rechterlijke procedures in het algemeen

Bepaalde (complexe) financiële zorgstructuren die als zodanig niet direct in strijd zijn met de WTZi, maar die wel op zijn minst maatschappelijke vragen oproepen vanwege ‘weglekgevaar’, kunnen tot op zekere hoogte onderworpen worden aan een rechterlijke toetsing in een civiele procedure of in een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Dat is met name het geval als er sprake is van tegenstrijdige belangen, die doorgaans aanwezig zijn bij (het opzetten van) deze structuren. Omdat in het voorgaande al een aantal mogelijkheden bij de rechter aan bod zijn gekomen, ga ik hier in dit hoofdstuk niet verder op in. Wel ga ik verder in op de specifieke rechterlijke toetsing die plaatsvindt in het kader van omzettingen, waarbij collectieve middelen mogelijk kunnen weglekken.

7.3.2. Vermogensklem

7.3.2.1. Inleiding

Bij juridische herstructurerings van stichtingen – waaronder ik omzetting, (af)splitsing en fusie versta – bestaat het gevaar dat (collectieve) middelen die bestemd zijn voor de zorg, weglekken. Dat illustreert de *Alliade*-casus, waarin een afsplitsing en een daarop volgende fusie als gevolg had dat vermogensbestanddelen van een WTZi-instelling (Talant) bij een niet-WTZi-rechtspersoon (Alliade) terecht kwamen.²⁷¹ Een van de wettelijke mechanismen die de weglek van middelen die bestemd zijn voor de zorg kunnen voorkomen, is de *vermogensklem*. Op basis daarvan kunnen herstructurerings worden onderworpen aan een rechterlijke toetsing.

7.3.2.2. Omzetting van een stichting

Indien een stichting zich wenst om te zetten in een andere rechtspersoon, is allereerst rechterlijke machtiging vereist voor die omzetting. Vervolgens mag het vermogen van die stichting zonder toestemming van de rechter niet anders worden besteed dan voor de omzetting

²⁶⁸ Zo ook het kabinet in 2007 al (zie *Kamerstukken II 2006/07*, 27 659 en 29 248, 84, p. 10 (Brief van de minister en staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 9 juli 2007)) en de Raad van State (Advies van de Raad van State d.d. 2 maart 2015, nr. W13.15.0008/III/Vo, p. 6).

²⁶⁹ De minister vroeg zich zelfs hardop af of het in onroerend goed en inventaris besloten liggende vermogen dat met de kapitaallastenvergoedingen was aangeschaft, in juridische zin nog wel ‘publiekrechtelijk geld’ is waarover de overheid regels mag stellen; zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 168, 4, p. 12-13.

²⁷⁰ En ook wat de sector betreft; zie Heemstra, ‘Artikel 18 WTZi heeft zijn betekenis verloren’, *Zorgvisie* 5 februari 2019.

²⁷¹ *Tweede Alliade-rapport 2019*, p. 15-20. Zie ook § 5.4.

was voorgeschreven.²⁷² Dat dient vastgelegd te zijn in de statuten van de omgezette rechtspersoon. Dit *beklemd vermogen* betreft volgens de Hoge Raad in het *Optas*-arrest het saldo van de activa en passiva van de stichting op het moment van omzetting.²⁷³ Volgens deze *saldobenadering* zijn dus niet de ten tijde van de omzetting aanwezige afzonderlijke vermogensbestanddelen beklemd, maar ontstaat er een beklemd saldo dat tot uitdrukking komt in een beklemd reserve op de balans van de rechtspersoon na omzetting.²⁷⁴ De in mijn optiek deels terechte kritiek²⁷⁵ op deze *saldobenadering* laat ik hier verder buiten beschouwing.

Voor beantwoording van de vraag waar het beklemd vermogen aan besteed mag worden na omzetting, is het doel van de omgezette stichting van belang. Het beklemd vermogen mag in beginsel enkel in overeenstemming met dat doel worden besteed.²⁷⁶ Aangezien een stichting niet het doen van (winst)uitkeringen als doel mag hebben, mag het beklemd vermogen na omzetting dus niet als winst worden uitgekeerd. Een stichting kan daarom het vermogen dat blijkens haar statuten is bestemd voor de zorg niet alsnog als winst uitkeren door zich eenvoudigweg om te zetten in een andere rechtspersoon. Daarnaast leeft het doel van de omzettende stichting, wat bij zorginstellingen veelal zal neerkomen op het verlenen van goede zorg, op deze manier voort in de nieuwe rechtspersoon. Waar het statutaire doel van de stichting voor omzetting in beginsel nog te wijzigen is, is dat bovendien na omzetting niet meer veranderbaar.²⁷⁷

7.3.2.3. (Af)splitsing en fusie van een stichting

Bij de andere herstructureringstypen, (af)splitsing en fusie, is de vermogensklem niet direct van toepassing, maar slechts wanneer de stichting voorafgaand aan de splitsing of fusie is omgezet en er dus al beklemd vermogen in de rechtspersoon aanwezig is.²⁷⁸ Bij een splitsing of fusie van een stichting zonder voorafgaande omzetting ontbreekt een vermogensklem en wordt het doelvermogen van de stichting derhalve niet wettelijk beschermd. In de *Alliade*-casus bleef de vermogensklem daardoor buiten toepassing, omdat het een splitsing respectievelijk fusie van stichtingen betrof. Het uit de toegelaten zorginstelling afgesplitste vermogen was daarom niet beklemd.

²⁷² Art. 2:18 lid 6 BW.

²⁷³ HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8852, *NJ* 2011/352 (*Optas*), r.o. 3.3.4.

²⁷⁴ Zie De Leeuw, *WPNR* 2015/7056, p. 301.

²⁷⁵ Zie De Leeuw, *WPNR* 2015/7056, p. 301 en Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 101.

²⁷⁶ Art. 2:18 lid 6 BW.

²⁷⁷ Vgl. Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 100.

²⁷⁸ Zie art. 2:18 lid 6 BW: de wettekst verwijst naar het beklemd vermogen, dat alleen kan zijn ontstaan als gevolg van een eerdere omzetting. Zie ook *Kamerstukken II* 1987/88, 17 725, 18, p. 2 (zesde NvW), HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *NJ* 2018/377, m.nt. Van Schilfgaarde (*Holland Casino*), r.o. 3.5.4 en Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 99.

In dit licht is van belang dat een rechtspersoon *in beginsel* slechts kan worden gesplitst in of fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben.²⁷⁹ Het vermogen komt door fusie of splitsing van een stichting daarmee hoe dan ook terecht in een nieuwe stichting, waarvoor dus het uitkeringsverbod van art. 2:285 lid 3 BW nog steeds geldt. De wet maakt echter uitzonderingen. Bij splitsing van een stichting kunnen namelijk ook NV's of BV's worden opgericht.²⁸⁰ De stichting dient na de splitsing alle aandelen in de nieuwe vennootschap te verkrijgen en houdt zo uiteindelijk zeggenschap over het vermogen. Zij kan die aandelen vervolgens echter wel overdragen.²⁸¹ Het afgesplitste vermogen dat zich in de (af)gesplitste vennootschap bevindt, is na een dergelijke aandelenoverdracht onbeklemd en zou bijgevolg als dividend mogen worden uitgekeerd aan de nieuwe aandeelhouder.²⁸² Voor de splitsing of fusie is enkel rechterlijke goedkeuring vereist als de statuten het onmogelijk maken om een of meer bepalingen daarvan te wijzigen.²⁸³

7.3.2.4. Uitbreiding regeling Boek 2 BW

Op de hiervoor beschreven wijze kan de vermogensklem worden ontweken. Ook het doelvermogen van zorgstichtingen zou door deze vorm van herstructurering terecht kunnen komen in een BV of NV. Vermogen dat op grond van het stichtingsdoel bestemd is voor de zorg en ten aanzien waarvan voor de stichting een uitkeringsverbod gold, zou dan, afhankelijk van onder meer het doel van de nieuwe vennootschap, anders besteed kunnen worden.²⁸⁴ Het vermogen van de zorgstichting wordt bij dit type herstructurering in mijn ogen onvoldoende beschermd.

Met Creemers meen ik dat voor het onderscheid met betrekking tot de toepasselijkheid van de vermogensklem bij verschillende typen herstructurering geen rechtvaardiging bestaat en dat daarom een uitbreiding van de regeling in Boek 2 BW gewenst is. Concreet zou de wetgever de vermogensklemregeling rechtstreeks van toepassing kunnen verklaren op de juridische fusie en splitsing van een stichting.²⁸⁵

7.3.2.5. Herstructurering zorg-BV's

Vervolgens zij in dit verband gewezen op verschijnselen die zich zouden kunnen voordoen bij de herstructurering van een toegelaten zorg-BV waarvoor het winstoogmerkverbod geldt. Bij die BV wordt het vermogen in enigszins vergelijkbare zin beschermd door art. 5 lid 2 WTZi en de

²⁷⁹ Artt. 2:334b lid 1 en 310 lid 1 BW.

²⁸⁰ Art. 2:334b lid 4 BW.

²⁸¹ Zie ter illustratie Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275, *JOR* 2017/128 (*Holland Casino*) en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *NJ* 2018/377, m.nt. Van Schilfgaarde (*Holland Casino*).

²⁸² Zie Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 104.

²⁸³ Art. 2:317 lid 5 BW.

²⁸⁴ Vgl. Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 105.

²⁸⁵ Creemers, *WPNR* 2020/7269, p. 105-106.

vereiste statutaire winstklem als het doelvermogen van de stichting, dat wordt beschermd door art. 2:285 lid 3 BW. De vermogensklemregeling, die de vermogensbescherming na omzetting in feite continueert, is echter alleen van toepassing als een stichting zich omzet. Dat is te verklaren vanuit de gedachte dat het vermogen van een BV in beginsel niet hoeft te worden 'beschermd' tegen winstuitkering, aangezien het winst behalen ten behoeve van aandeelhouders juist een doel van de BV is. Die gedachte gaat echter niet op voor de zorg-BV waarvoor het winstoogmerkverbod geldt.

Vanwege het ontbreken van een vermogensklemregeling voor de BV is het vermogen van een zorg-BV na omzetting in beginsel onbeklemd. Het vermogen dat is opgebouwd in een WTZi-omgeving is in dat geval onvoldoende beschermd voor zover de rechtspersoon na omzetting niet zelf aan een winstuitkeringsverbod is onderworpen. Hetzelfde bezwaar kan in grote lijnen worden aangevoerd als het gaat om (af)splitsing of fusie van een zorg-BV waarvoor het winstoogmerkverbod geldt, waarbij (een deel van) het vermogen in een nieuwe BV zonder winstklem terechtkomt.

7.3.2.6. Nieuwe regeling sectorwetgeving

De huidige vermogensklemregeling ziet dus niet op BV's. Een uitbreiding van de vermogensklemregeling in Boek 2 BW naar splitsingen en fusies, zoals voorgesteld in het voorgaande, zou eveneens enkel gelden voor stichtingen. In het geval van zorg-BV's waarvoor het winstoogmerkverbod geldt, valt echter niet goed in te zien waarom de wet het vermogen bij herstructureringen niet op soortgelijke wijze beschermt. In mijn ogen ligt daarom op dit gebied aanvullende sectorwetgeving voor de hand, zolang het winstoogmerkverbod gehandhaafd blijft. Daarin zou een vermogensklemregeling opgenomen moeten worden voor toegelaten BV's die op grond van de huidige wetgeving reeds een winstklem in de statuten hebben moeten opnemen. Deze regeling zou dan moeten voorzien in een vermogensklem bij omzetting, splitsing en fusie.

8. Implicaties aangekondigde zorgsectorwetgeving

8.1. Inleiding

De wetgever zit niet stil als het de zorgsector betreft. Nadat de WBTR al de nodige gevolgen heeft gehad voor het gehele semipublieke domein, gaat binnenkort het WTZi-toelatingssysteem op de schop. Om zowel het interne als het externe toezicht op zorgaanbieders te verbeteren, is recent de (Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders ((A)Wtza) aangenomen. Deze wet bevat een aantal ingrijpende wijzigingen voor zorginstellingen. Bovendien ligt de Wet integrale bedrijfsvoering (Wibz) nog in het verschiet voor de zorgsector. Die wet beoogt zoals het er naar uitziet het meest nadrukkelijk van de twee om de weglek van zorggeld tegen te gaan.

In dit hoofdstuk ga ik in op de vraag op welke wijze de aangekondigde wetgeving verandering brengt in het vigerende winstuitkeringsregime en op de interne en externe beschermingsmechanismen die zijn belicht in de hoofdstukken 6 en 7. Daarvoor beschouw ik eerst de (A)Wtza (§ 8.2) en vervolgens de Wibz (§ 8.3). Tot slot bespreek ik de implicaties van de wetten voor het winstuitkeringsregime, de behandelde zorgstructuren en de beschermingsmechanismen (§ 8.4).

8.2. (Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders

8.2.1. Achtergrond

De Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza)²⁸⁶ en de Aanpassingswet toetreding zorgaanbieders (AWtza)²⁸⁷ treden op 1 januari 2022 in werking. Deze wetten brengen verandering in het toelatingssysteem onder de WTZi, omdat de WTZi-toets volgens de regering te beperkt is. Dat zou vooral het geval zijn omdat veel zorginstellingen nu van rechtswege worden toegelaten.²⁸⁸

8.2.2. Wet toetreding zorgaanbieders

8.2.2.1. Normadressaat

De Wtza houdt met name verplichtingen in voor zorgaanbieders. De Wtza verstaat onder *zorgaanbieder* in beginsel een instelling dan wel een solistisch werkende zorgverlener. Een *instelling* is (i) een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent of doet verlenen, (ii) een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen of (iii) een natuurlijke persoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen, met uitzondering van een instelling die binnen het kader van de binnen een andere instelling verleende zorg een

²⁸⁶ Kamerstukken I 2019/20, 34 767, A.

²⁸⁷ Kamerstukken I 2019/20, 34 768, A.

²⁸⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34 767, 3, p. 2 (MvT).

deel van die zorg verleent.²⁸⁹ Onderaannemers, die zorg verlenen op basis van een uitbestedingsovereenkomst, vallen onder deze laatste categorie en worden dus uitgezonderd van het zorgaanbieder-begrip.²⁹⁰ In tegenstelling tot de WTZi sluit de Wtza ten slotte voor het instelling-begrip niet aan bij het contracteren met de zorgverzekeraar, maar bij het feitelijk (doen) verlenen van zorg.²⁹¹

8.2.2.2. Meldplicht

De Wtza introduceert dus een nieuw toetredingssysteem, dat ten eerste bestaat uit een *meldplicht*. Elke zorgaanbieder die zorg²⁹² wil gaan verlenen, moet alvorens hij daarmee aanvangt melding doen aan de minister van VWS.²⁹³ Het doel van de meldplicht is enerzijds om de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) sneller en meer informatie te geven over alle nieuwe zorgaanbieders, zodat de IGJ effectief toezicht kan uitoefenen. Anderzijds beoogt het wetsvoorstel te waarborgen dat nieuwe zorgaanbieders beter bewust zijn van de eisen die aan zorgverlening worden gesteld en hun verantwoordelijkheid daarvoor.²⁹⁴

In het originele voorstel vielen onderaannemers niet onder het toepassingsbereik van de meldplicht,²⁹⁵ maar in het aangenomen wetsvoorstel wel.²⁹⁶ Reden daarvoor is dat de IGJ op die manier kan toezien op het nakomen van de verplichtingen van de hoofdaannemer om te waarborgen dat de onderaannemer goede zorg levert.²⁹⁷

8.2.2.3. Vergunningplicht

Naast het voldoen aan de meldplicht moeten bepaalde zorgaanbieders in de toekomst beschikken over een toelatingsvergunning. Het betreft (i) instellingen die medisch-specialistische zorg (doen) verlenen en (ii) (overige) instellingen die met meer dan tien zorgverleners zorg of een andere dienst als omschreven bij of krachtens de Wlz of de Zvw (doen) verlenen.²⁹⁸ De vergunningsprocedure zou door middel van toetsing ten eerste de kwaliteit van zorgverlening en

²⁸⁹ Art. 1 lid 1 Wtza (nieuw).

²⁹⁰ Zoals in hoofdstuk 5 nader toegelicht, zijn onderaannemers entiteiten die (daadwerkelijk) zorg verlenen op basis van een uitbestedingsovereenkomst met een hoofdaannemer. Een hoofdaannemer is op basis van een overeenkomst met een zorgverzekeraar verplicht om zorg te verlenen, maar kan deze uitbesteden. De onderaannemer valt onder de WTZi-toelating van de hoofdaannemer en heeft dus zelf geen WTZi-toelating nodig. Onderaannemers zijn in de regel zorg-BV's, maar blijkens de Wtza kunnen dat dus ook andere rechtspersonen of (organisatorische verbanden van) natuurlijke personen zijn.

²⁹¹ Zo ook Bischof & Van Hoewijk, *Ondernemingsrecht* 2020, p. 881.

²⁹² Zorg als bedoeld in de Wkkgz; dat is Wlz-zorg, Zvw-zorg en andere zorg (zie art. 1 lid 1 Wkkgz).

²⁹³ Art. 2 lid 1 Wtza (nieuw).

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 767, 3, p. 6 (MvT).

²⁹⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 767, 3, p. 6-7 (MvT).

²⁹⁶ Zie art. 1 lid 2 onder a jo. art. 2 Wtza (nieuw). De derde nota van wijziging strekte er echter toe "zorgaanbieders die in de praktijk worden aangeduid als «onderaannemers» onder de meldplicht te brengen"; zie *Kamerstukken II* 2019/20, 34 767, 17, p. 1 (derde NvW).

²⁹⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 34 767, 17, p. 2 (derde NvW).

²⁹⁸ Art. 4 lid 1 Wtza (nieuw).

ten tweede de governance van de desbetreffende nieuwe zorgaanbieders ten goede moeten komen.²⁹⁹ Vergunningplichtigen moeten, evenals nu het geval is voor WTZi-instellingen, voldoen aan eisen omtrent de bestuursstructuur,³⁰⁰ waarover later meer.

In tegenstelling tot de meldplicht geldt de vergunningplicht in beginsel niet voor onderaannemers, maar enkel voor hoofdaannemers.³⁰¹ Daarop is echter een uitzondering. Een onderaannemer die zorg verleent op basis van een uitbestedingsovereenkomst met een hoofdaannemer die zelf geen zorg verleent, wordt zelf vergunningplichtig.³⁰² Een dergelijke hoofdaannemer wordt aangeduid met het begrip 'lege huls'. Een lege huls is evenals de onderaannemer vergunningplichtig, omdat deze wel zorg doet verlenen. De wetsgeschiedenis geeft een voorbeeld:

“Een voorbeeld van een dergelijke constructie is een nieuwe stichting die een overeenkomst sluit met de zorgverzekeraar voor het verlenen van bepaalde medisch specialistische zorg en die deze zorg geheel laat verrichten door een daartoe ingestelde nieuwe besloten vennootschap (BV); in dat geval valt de betrokken stichting onder de meldplicht (en de vergunningplicht) omdat sprake is van een rechtspersoon die zorg doet verlenen en valt de BV onder de meldplicht (en de vergunningplicht) omdat daarbij sprake is van een rechtspersoon die de zorg verleent.”³⁰³

8.2.2.4. Eisen aan bestuursstructuur

Art. 3 lid 1 Wtza (nieuw) stelt een aantal eisen aan de bestuursstructuur van vergunningplichtige zorgaanbieders, waaronder dus ook de onderaannemers in een 'lege huls-constructie' vallen. De bestuursstructureisen verschuiven op deze wijze van een AMvB naar een wet in formele zin. Overigens is een aantal vergunningplichtige zorgaanbieders uitgezonderd van de bestuursstructureisen, te weten: (i) instellingen die met tien of minder zorgverleners medisch-specialistische zorg (doen) verlenen en (ii) extramurale instellingen die met vijftientig of minder zorgverleners Wlz- of Zvw-zorg (doen) verlenen.³⁰⁴ Een hoofdaannemer in een lege huls-constructie zal in de regel geen zorgverleners in dienst hebben en wordt hierdoor dus, in tegenstelling tot de onderaannemer, juist uitgezonderd van de bestuursstructureisen.

²⁹⁹ *Kamerstukken II 2016/17, 34 767, 3, p. 7 (MvT).*

³⁰⁰ Art. 3 lid 1 Wtza (nieuw).

³⁰¹ Een onderaannemer is immers (in de regel) een instelling die binnen het kader van de binnen een andere instelling verleende zorg een deel van die zorg verleent en valt daardoor buiten het bereik van het zorgaanbieder-begrip in art. 1 lid 1 Wtza (nieuw).

³⁰² Die onderaannemer verleent immers niet 'een deel van de zorg' die binnen de hoofdaannemer wordt verleend, want de hoofdaannemer verleent zelf helemaal geen zorg.

³⁰³ *Kamerstukken II 2019/20, 34 767, 17, p. 4 (derde NvW).*

³⁰⁴ Art. 5 onder c en d Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw) jo. art. 3 lid 1 Wtza (nieuw).

De eisen die de Wtza stelt aan de bestuursstructuur zijn de reeds bekende eisen ontleend aan art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi, die verplichten tot het instellen van een onafhankelijk toezichthoudend orgaan. De terminologie wijzigt enigszins in de Wtza: 'het toezichthoudend orgaan' wordt 'de interne toezichthouder'. Niet blijkt dat hiermee een inhoudelijke wijziging is beoogd. Doordat de verplichting tot het instellen van een interne toezichthouder voor onderaannemers van lege hulzen komt te gelden, verschuift die verplichting in veel gevallen als het ware van de hoofdaannemer naar de onderaannemer. Dat is een relevant gegeven, omdat dit de structuren zijn die er vaak enkel op zijn gericht om het winstuitkeringsverbod te ontwijken. Het interne toezicht komt op deze manier terecht bij de entiteit die winst kan uitkeren, waardoor er directer toezicht komt op de eventuele weglek van zorggeld.

8.2.2.5. Toezichthoudende taak

Wat wel beschouwd zou kunnen worden als inhoudelijke wijziging, is de uitbreiding van de taak van de interne toezichthouder. Op grond van art. 3 lid 1 onder a Wtza (nieuw) houdt de interne toezichthouder voortaan toezicht, niet alleen op het beleid en van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling zoals het Uitvoeringsbesluit WTZi voorschreef,³⁰⁵ maar ook op de *algemene gang van zaken binnen de instelling*. De wetgever beoogt met die toevoeging aan te sluiten bij de toezichthoudende taak zoals neergelegd in Boek 2 BW,³⁰⁶ dat ook het toezicht op de algemene gang van zaken binnen de rechtspersoon omvat.³⁰⁷

De tekst is echter niet geheel gelijkgeschakeld. De toezichthoudende taak uit Boek 2 BW betreft (onder meer) toezicht op de algemene gang van zaken in de *vennootschap en de met haar verbonden onderneming*, onderscheidenlijk de algemene gang van zaken in de *stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie*. De toevoeging 'en de met haar verbonden onderneming/organisatie' ontbreekt in de Wtza.³⁰⁸ De toelichtingen van de wetgever geven daarvoor geen reden. Verdedigbaar is dat de toevoeging ook overbodig zou zijn, omdat 'instelling' – anders dan 'vennootschap' of 'stichting' – in de Wtza reeds een geladen begrip is waarmee wordt verondersteld dat sprake is van bedrijfsmatige zorgverlening. Toezicht op de instelling houdt in die redenering ook toezicht op de binnen de instelling gedreven zorgonderneming in. In elk geval is er, meen ik, geen reden om te veronderstellen dat de toezichthoudende taak in de Wtza niet volledig aansluit bij de toezichthoudende taak in Boek 2 BW.

³⁰⁵ Vgl. de tekst van art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi, op grond waarvan het toezichthoudende orgaan "*toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat*".

³⁰⁶ Artt. 2:250 lid 2 (BV) en 2:292a lid 2 BW (stichting).

³⁰⁷ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 767, 11, p. 4 (tweede NvW) en *Kamerstukken I* 2020/21, 34 491, C, p. 13 (MvA).

³⁰⁸ Zoals opgemerkt door Klaassen, *WPNR* 2020/7299, p. 742.

Aangenomen moet dus worden dat de toezichthoudende taak in de Wtza dezelfde is als in Boek 2 BW. Voorheen was nog discussie mogelijk over de vraag of een toezichthoudend orgaan in de zin van het Uitvoeringsbesluit WTZi altijd zou moeten worden gekwalificeerd als een toezichthoudend orgaan in de zin van Boek 2 BW en of dat orgaan bijgevolg de bijbehorende (wettelijke) rechten en plichten bezat. Die discussie was mogelijk omdat de toezichthoudende taak in beide regelingen enigszins uiteenliep.³⁰⁹ Mede in het licht van de toelichting bij de WBTR, waarbij de wetgever ten aanzien van de kwalificatie van de raad van commissarissen de materiële benadering³¹⁰ volgt, lijkt me deze discussie beëindigd.³¹¹ Kortgezegd verplicht de Wtza de instelling om de interne toezichthouder de toezichthoudende taak in de zin van Boek 2 BW statutair³¹² toe te bedelen, waardoor dat orgaan per definitie een raad van commissarissen is in de zin van de wet.

8.2.2.6. Concerntoezicht

Wel opent het voorgaande omtrent de taak van de interne toezichthouder mogelijk een nieuwe discussie, en wel aangaande concerntoezicht. Bij dochtermaatschappijen wordt het interne toezicht momenteel vaak vormgegeven door de toezichthoudende taak statutair toe te bedelen aan de raad van commissarissen op moederniveau.³¹³ Strikt genomen zou de materiële benadering zoals de wetgever deze voorstaat echter met zich brengen dat de dochtermaatschappij daarmee ook een raad van commissarissen op haar eigen niveau instelt. De vraag is of de wetgever dat inderdaad beoogd heeft. De onduidelijkheid die de materiële benadering meebrengt omtrent de kwalificatie van de interne toezichthouder op dochterniveau is voor de praktijk onwenselijk.³¹⁴ Echter laat ik deze problematiek verder rusten vanwege de reikwijdte van dit onderzoek.

³⁰⁹ Dat zou wellicht de mogelijkheid openlaten om bij de zorginstelling een orgaan te creëren dat wel kan worden gekwalificeerd als toezichthoudend orgaan in de zin van het Uitvoeringsbesluit WTZi, maar niet als raad van commissarissen in de zin van Boek 2 BW, door aan dat orgaan enkel de taak toe te kennen om toezicht te houden op het bestuur van de instelling (en niet op de algemene gang van zaken binnen de instelling).

³¹⁰ Volgens de materiële benadering is de (statutaire) kwalificatie van het orgaan door de rechtspersoon zelf niet doorslaggevend voor de vraag of het orgaan een raad van commissarissen is in de zin van de wet.

³¹¹ Daarin wordt opgemerkt dat de kwalificatie van het orgaan door de rechtspersoon niet doorslaggevend is: "*Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet. Het orgaan heeft in dat geval de taken en bevoegdheden die door de wet aan een raad van commissarissen worden toebedeeld.*"; zie *Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 20 (MvT)*. Blanco Fernández 1993, p. 18 en Van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (IVOR nr. 112) 2018/5.2.4 menen dat niet enkel de statutaire taakomschrijving beslissend is voor kwalificatie, maar ook de aan het orgaan toegekende bevoegdheden. Die moeten het orgaan in staat stellen om de toezichthoudende taak daadwerkelijk te vervullen.

³¹² Zie art. 3 lid 3 Wtza (nieuw) jo. art. 6 (concept-)Uitvoeringsregeling Wtza.

³¹³ Zie hieromtrent § 6.2.3.

³¹⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2017, p. 573-574, die een formele benadering voorstaat.

De kwalificatieproblematiek loopt enigszins parallel aan een andere vraag omtrent concerntoezicht die rijst naar aanleiding van de toelichting³¹⁵ bij het Uitvoeringsbesluit Wtza. Daarin valt te lezen:

“(…) dat de zorgaanbieder de interne toezichthouder in staat moet stellen zijn taken zo goed mogelijk uit te voeren. Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat bij een instelling waarbij sprake is van een holdingstructuur, de interne toezichthouder niet in een positie gebracht mag worden waarin geen direct toezicht mogelijk is op de activiteiten van bijvoorbeeld dochterondernemingen (zoals ‘ingehangen’ zorg-BV’s). Anders zou er immers sprake zijn van ‘getrapt’ toezicht en ontstaat het risico dat de interne toezichthouder mogelijke risico’s voor de instelling onvoldoende kan overzien.”

In de literatuur wordt de vraag opgeworpen of dit betekent dat elke dochter een afzonderlijke interne toezichthouder zou moeten instellen.³¹⁶ Die uitkomst zou mijns inziens onwenselijk zijn. Het kan voor een zorgconcern juist waardevol zijn om het interne toezicht op alle dochters bij één raad van commissarissen op het hoogste niveau te beleggen, die de toezichthoudende taak vanuit een *helicopter view* kan uitvoeren. Met afzonderlijke raden van commissarissen op (uitsluitend) dochterniveau kan het totaalbeeld vertroebelen.

Uit het vorenstaande blijkt in mijn ogen echter niet dat de wetgever afzonderlijke raden van commissarissen per dochtermaatschappij beoogt te verplichten. De toelichting geeft enkel aan dat de instelling de interne toezichthouder in staat moet stellen zijn taken zo goed mogelijk uit te voeren. Daarvoor is ‘direct toezicht’ op de activiteiten van dochterondernemingen een vereiste. Voorkomen moet worden dat risico’s voor de instelling onvoldoende te overzien zijn. Uitsluitend een raad van commissarissen op het hoogste niveau die toezicht houdt op dochtermaatschappijen kan hier nog mee in overeenstemming zijn. Dat is in beginsel anders als het toezicht is vormgegeven via de raad van commissarissen die toezicht houdt op het bestuur dat de moeder vertegenwoordigt als aandeelhouder c.q. bestuurder bij de dochter. Dan is sprake van getrapt toezicht, hetgeen kennelijk niet strookt met de bedoeling van de wetgever.³¹⁷

De enigszins aangepaste, nieuwe toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza ondersteunt het voorgaande. Hieruit lijkt zelfs te volgen dat de wetgever een raad van commissarissen op het hoogste niveau prefereert boven afzonderlijke raden van commissarissen.³¹⁸

³¹⁵ NvT concept-Uitvoeringsbesluit Wtza, p. 8-9.

³¹⁶ Deze vraag wordt bijvoorbeeld impliciet gesteld door Klaassen, *WPNR* 2020/7299, p. 743. Oostwouder meent dat de toelichting inderdaad op die manier moet worden gelezen; zie Oostwouder, *O&F* 2020, p. 13.

³¹⁷ Anders: Bischof & Hoewijk, *Ondernemingsrecht* 2020, p. 883.

³¹⁸ Zie *Stcrt.* 2021, 15977, p. 10: “Dit betekent dat de (...) leiding ervoor zorg moet dragen dat de intern toezichthouder effectief toezicht kan houden op het niveau waar de (...) leiding belangrijke beleidsbeslissingen over de instelling neemt. Bijvoorbeeld in geval een instelling deel uitmaakt van een groep (...) en/of indien er

8.2.3. *Uitvoeringsbesluit Wtza*

8.2.3.1. Eisen aan intern toezicht

In het Uitvoeringsbesluit Wtza komen nadere eisen aan het interne toezicht van vergunningplichtige zorgaanbieders te staan. Deze eisen hebben betrekking op (a) de waarborging van de onafhankelijke taakvervulling door de interne toezichthouder; (b) de samenstelling van de interne toezichthouder; (c) de verstrekking van inlichtingen en gegevens aan de interne toezichthouder en; (d) de taken of bevoegdheden van de interne toezichthouder.³¹⁹ De eisen in het Uitvoeringsbesluit Wtza zijn, in tegenstelling tot de eisen in de Wtza zelf, nieuw. Ik bespreek in het vervolg de eisen die vooral relevant zijn met het oog op belangenconflicten en/of weglekrisico's.

8.2.3.2. Onafhankelijkheidseisen

Voorts scherpt het Uitvoeringsbesluit Wtza de onafhankelijkheidseisen ten aanzien van het interne toezicht op twee manieren aan. Een lid van de interne toezichthouder mag ten eerste uitsluitend een (passende) financiële vergoeding van de instelling ontvangen voor de werkzaamheden die hij als toezichthouder heeft verricht.³²⁰ Het Uitvoeringsbesluit Wtza somt ten tweede een aantal hoedanigheden op die 'in ieder geval' onverenigbaar worden geacht met een lidmaatschap van het interne toezicht.³²¹ Gold voorheen enkel dat een lid van het interne toezicht niet tevens onderdeel mocht uitmaken van de dagelijkse of algemene leiding, nu worden daar een handvol hoedanigheden aan toegevoegd. Een lid van het interne toezicht mag:

1. tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan het toezichthouderschap geen bestuurder³²² van dezelfde instelling of een dochter- of groepsmaatschappij³²³ van de instelling zijn (geweest);
2. in het jaar voorafgaand aan het toezichthouderschap niet tijdelijk hebben voorzien in het bestuur³²⁴ van de instelling of een dochter- of groepsmaatschappij van de instelling bij belet of ontstentenis;

sprake is van een holdingstructuur, moet de intern toezichthouder toezicht kunnen houden op ontwikkelingen binnen de groep/de holding die de instelling raken of een risico kunnen vormen voor de instelling."

³¹⁹ Art. 3 lid 2 Wtza (nieuw).

³²⁰ Art. 7 lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³²¹ Art. 7 lid 1 sub b Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³²² Het Uitvoeringsbesluit Wtza gebruikt de term 'lid van de dagelijkse of algemene leiding'. Ik gebruik hier omwille van de leesbaarheid 'bestuurder'. Onder lid van de dagelijkse of algemene leiding verstaat het Uitvoeringsbesluit mede een (mede)beleidsbepaler (art. 7 lid 3 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw)).

³²³ Zie art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw): "*Onder instelling (...) wordt mede verstaan een dochtermaatschappij van de instelling als bedoeld in [art. 2:24a BW] alsmede de met de instelling in een groep verbonden rechtspersonen of vennootschappen als bedoeld in [art. 2:24b BW]."*

³²⁴ Het Uitvoeringsbesluit Wtza spreekt over de dagelijkse of algemene leiding. Korthedshalve gebruik ik de term bestuur.

3. geen werknemer van de instelling of een dochter- of groepsmaatschappij van de instelling zijn, of in de drie jaar voorafgaand aan het lidmaatschap zijn geweest;
4. geen zakelijke relatie met de instelling of een dochter- of groepsmaatschappij van de instelling hebben, of in de drie jaar voorafgaand aan het lidmaatschap hebben gehad, die de onafhankelijkheid dan wel het vertrouwen in die onafhankelijkheid in gevaar brengt;
5. geen bestuurder van een andere instelling zijn indien een bestuurder van de instelling waar hij toezichthouder is (of een dochter- of groepsmaatschappij daarvan), toezichthouder is van die andere instelling (ook wel het verbod van kruislingse dubbelfuncties);³²⁵
6. geen aandelen in de instelling of een dochter- of groepsmaatschappij van de instelling houden;
7. geen *bestuurder* zijn van een rechtspersoon die aandelen houdt in de instelling waar hij toezichthouder is (of een dochter- of groepsmaatschappij van die instelling), of die – kortgezegd – met die instelling concurreert;
8. geen *toezichthouder* zijn van een concurrerende instelling, tenzij dat een dochter- of groepsmaatschappij is;
9. geen *toezichthouder* zijn van een rechtspersoon die aandelen houdt in de instelling waar hij toezichthouder is (of een dochter- of groepsmaatschappij van die instelling), tenzij dat een groepsmaatschappij is.

Allereerst zij opgemerkt dat het CIBG³²⁶ al aan een aantal onverenigbaarheidseisen toetst in het kader van de WTZi-toelating.³²⁷ Daarvoor ontbreekt nu in beginsel een concrete wettelijke basis, die het Uitvoeringsbesluit Wtza dus zal leveren. In zoverre biedt deze bepaling meer rechtszekerheid dan voorheen. Het Uitvoeringsbesluit Wtza vult de onverenigbaarheden daarnaast aan.

8.2.3.3. Onafhankelijkheidseisen en belangenconflicten

Wat betreft het tegengaan van belangenconflicten waarbij zich weglekrisico's voordoen, is het mijns inziens wenselijk om onafhankelijkheidseisen te stellen aan het interne toezicht. Een onafhankelijke samenstelling van de interne toezichthouder voorkomt belangenconflicten. Op deze lijst met onverenigbare hoedanigheden is in mijn ogen echter wel een en ander aan te merken. In de eerste plaats richt de wetgever zich niet uitsluitend op het lid van het interne toezicht, maar ook op diens echtgenoot of andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant

³²⁵ Met andere woorden: een toezichthouder van instelling X mag in beginsel bestuurder zijn van instelling Y, tenzij een bestuurslid van instelling X (tevens) toezichthouder is van instelling Y.

³²⁶ De uitvoeringsorganisatie van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, die WTZi-toelatingen verstrekt.

³²⁷ Zie 'Over de wet', wtzi.nl.

tot in de tweede graad. Nu is dat op zich niet onbegrijpelijk, maar wel enigszins arbitrair. Waarom wel de broer, maar niet de neef?

Daarnaast wordt toegelicht dat voornoemde situaties of hoedanigheden dermate grote risico's voor (de schijn van het ontbreken van) de onafhankelijkheid van de leden van de interne toezichthouder meebrengen dat in ieder geval niet kan worden gesproken van een onafhankelijk lid van de interne toezichthouder.³²⁸ Evenwel valt, meen ik, niet van alle genoemde situaties in te zien dat ze op voorhand de onafhankelijkheid van de toezichthouder in gevaar brengen. Om een voorbeeld te noemen: het eigen belang van de aandeelhouder laat zich volgens de toelichting niet goed verenigen met de taak van de interne toezichthouder, terwijl Oostwouder erop wijst dat de belangen van aandeelhouders veelal juist parallel lopen met het belang van de zorginstelling.³²⁹ Ik meen dat ook bijvoorbeeld een aan het toezichthouderschap voorafgaand werknemerschap van een persoon niet bij voorbaat zijn onafhankelijkheid in gevaar brengt. Ook strekken de onverenigbaarheden zich blijkens art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw) uit tot dochter- en groepsmaatschappijen, waardoor het toepassingsbereik erg ruim is.

Ik vrees dat de zoektocht van zorginstellingen naar geschikte toezichthouders met deze regeling wordt bemoeilijkt, omdat steeds minder personen in aanmerking komen voor die functie. Bovendien is fundamentele kritiek te geven op het opnemen van een dergelijke uitgebreide lijst in het Uitvoeringsbesluit Wtza. De wet bevat al een algemene tegenstrijdig belangregeling in Boek 2 BW. De wetgever doet in mijn ogen door het opnemen van deze lijst in het Uitvoeringsbesluit Wtza afbreuk aan het uitgangspunt van die regeling. Die houdt in dat niet de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, maar de omgang daarmee doorslaggevend is bij de beoordeling van bestuurlijk handelen. Ik zie onvoldoende rechtvaardiging voor het standpunt dat dit uitgangspunt bij private zorginstellingen anders zou moeten zijn en ik meen daarom dat de wetgever terughoudendheid zou moeten betrachten bij het bij voorbaat aanwijzen van onverenigbaarheden. Of er sprake is van tegenstrijdige belangen, hangt blijkens *Bruil* immers af van de concrete omstandigheden van het geval.

8.2.3.4. Implicaties onafhankelijkheidseisen

Desalniettemin is het interessant om te zien welke implicaties een aantal van deze eisen hebben voor de praktijk, met name ten opzichte van de nu door het CIBG gehanteerde eisen. Ten eerste valt op dat het CIBG momenteel aandelenbezit van toezichthouders en familieleden³³⁰ tot 10% toestaat.³³¹ Het Uitvoeringsbesluit Wtza verbiedt daarentegen niet alleen aandelenbezit in

³²⁸ *Stcrt.* 2021, 15977, p. 28.

³²⁹ *Stcrt.* 2021, 15977, p. 29 en in reactie daarop Oostwouder, *O&F* 2020, p. 16.

³³⁰ De echtgenoot of andere levensgezel, het pleegkind of de bloed- of aanverwant tot in de tweede graad van de toezichthouder.

³³¹ Zie 'Over de wet', wtzi.nl.

de instelling, maar ook in dochter- en groepsmaatschappijen volledig.³³² Het Uitvoeringsbesluit Wtza kan er dus voor zorgen dat toezichthouders bepaalde aandelen moeten vervreemden. Overigens blijkt dat het verbod specifiek betrekking heeft op aandelen en dus niet op andere financiële belangen.³³³

Daarnaast wijzigt er een en ander in de onverenigbaarheden in concernverband. Het CIBG staat momenteel lidmaatschap van de interne toezichthouder niet toe als de betreffende persoon of een familielid bestuurder of toezichthouder is van een rechtspersoon die 10% of meer van de aandelen in de instelling houdt.³³⁴ Het Uitvoeringsbesluit Wtza laat echter ook deze 10%-grens los en de onverenigbaarheid ziet daarmee op alle rechtspersonen met aandelen in de instelling.³³⁵ Wel bevat het Uitvoeringsbesluit Wtza een uitzondering als het gaat om concernverhoudingen, die te beschouwen is als verruiming. Het wordt toegestaan dat een persoon lid is van de interne toezichthouder van verschillende instellingen binnen een groep en bij zowel een moeder- als een dochtermaatschappij.³³⁶ In algemene zin blijft het zijn van zowel bestuurder als toezichthouder in één groep wel onverenigbaar.³³⁷

Tot slot voegt het Uitvoeringsbesluit Wtza nieuwe³³⁸ onverenigbaarheden toe ten opzichte van de CIBG-toets. Een persoon mag geen toezichthouder zijn als hij of een familielid *bestuurder* is van een andere instelling die (deels) concurreert met de instelling³³⁹ of die (deels) concurreert met een dochter- of groepsmaatschappij van de instelling.³⁴⁰ Deze onverenigbaarheid geldt ook indien de persoon of een familielid *toezichthouder* is bij zo een concurrerende instelling, tenzij die concurrerende instelling een dochter- of groepsmaatschappij is.³⁴¹

8.2.3.5. Richtsnoer

Het Uitvoeringsbesluit Wtza introduceert ook een specifiek richtsnoer voor leden van het interne toezicht van zorginstellingen. Bij de vervulling van zijn taak dient de interne toezichthouder zich te richten naar (i) het belang van de instelling, (ii) het te behartigen maatschappelijke belang en (iii) het belang van de betrokken belanghebbenden.³⁴² Het is echter

³³² Art. 7 lid 1 sub b onder 6° (jo. lid 2) Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³³³ *Stb.* 2021, 159, p. 23 (NvT).

³³⁴ Zie 'Over de wet', wtzi.nl.

³³⁵ Art. 7 lid 1 sub b onder 7° en 9° Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³³⁶ *Stb.* 2021, 159, p. 37 (NvT).

³³⁷ Mede op grond van art. 7 lid 1 sub b onder 1° Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³³⁸ Helemaal nieuw zijn deze onverenigbaarheden niet; ze zijn ontleend aan 2.6.2 GCZ 2017.

³³⁹ Art. 7 lid 1 sub b onder 7° Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³⁴⁰ Ex art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³⁴¹ Art. 7 lid 1 sub b onder 8° Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³⁴² Art. 8 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw). Dit richtsnoer is ook (grotendeels) terug te vinden in de Woningwet; zie art. 31 lid 1 Wonw.

de vraag in hoeverre dit richtsnoer materieel afwijkt van het Boek 2 BW-richtsnoer van de raad van commissarissen.³⁴³

Het maatschappelijke belang is zoals eerder gezegd reeds verweven met het belang van de zorginstelling en deze toevoeging is daarom (voor rechtspersonen) strikt genomen overbodig.³⁴⁴ Daarnaast dienen toezichthouders van rechtspersonen bij de vervulling van hun taak reeds zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon en haar onderneming zijn betrokken.³⁴⁵ Dat dit expliciet in wetgeving voor het semipublieke domein wordt opgenomen, zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat dit niet geldt voor rechtspersonen buiten dat domein.

Het richtsnoer zoals dat is geformuleerd in het Uitvoeringsbesluit Wtza is in mijn ogen dan ook verwarrend en voor zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid overbodig.³⁴⁶ Het zou wat mij betreft de voorkeur verdienen om ofwel de algemene normstelling voor rechtspersonen uit Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op het interne toezicht bij niet-rechtspersonen, ofwel een afwijkende normstelling te formuleren die enkel voor het interne toezicht van niet-rechtspersonen geldt. Los hiervan luidt de conclusie dat het 'nieuwe' richtsnoer voor het interne toezicht bij zorginstellingen geen verandering brengt in het reeds geldende richtsnoer. Het uitgangspunt blijft in mijn ogen dan ook dat toezichthouders zich niet *meer* moeten laten leiden door enig maatschappelijk belang dan bestuurders zouden moeten doen.

8.2.3.6. Informatieverschaffing

Tot slot bevat het Uitvoeringsbesluit Wtza een bepaling omtrent informatieverschaffing aan de raad van commissarissen. Die informatieverschaffing is, zoals eerder geconstateerd, van essentieel belang voor effectief intern toezicht.³⁴⁷ De raad van commissarissen heeft reeds een aantal wettelijke rechten op het gebied van informatieverschaffing. Het bestuur is ten eerste enerzijds verplicht om de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen. Anderzijds heeft de raad van commissarissen een verantwoordelijkheid om belangrijke informatie in te winnen.³⁴⁸

Het Uitvoeringsbesluit Wtza legt de informatieverschaffing naar de interne toezichthouder verder vast. De instelling verschaft de interne toezichthouder ten eerste tijdig de

³⁴³ Te weten het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie: zie de artt. 2: 250 lid 2 (commissarissen BV) en 292a lid 2 (commissarissen stichting) BW.

³⁴⁴ In gelijke zin onder meer: Klaassen, *WPNR* 2020/7299, p. 745, Houwen, *TvOB* 2014, p. 144-145, Houwen, *TvOB* 2016, p. 25.

³⁴⁵ Vgl. onder meer HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun I*), r.o. 4.2.1.

³⁴⁶ Zo ook Van Uchelen-Schipper, *MvO* 2019, p. 72 en Oostwouder, *O&F* 2020, p. 18.

³⁴⁷ Zo ook Klaassen, *WPNR* 2020/7299, p. 745 en *Stcrt.* 2021, 15977, p. 30.

³⁴⁸ *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/378 en 379.

voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens. Ten tweede moet de instelling het interne toezicht ten minste jaarlijks schriftelijk op de hoogte stellen van (i) de hoofdlijnen van het strategisch beleid, (ii) de algemene financiële risico's en (iii) het beheers- en controlesysteem van de instelling.³⁴⁹ De WBTR introduceerde al een soortgelijke verplichting tot informatieverschaffing voor de rechtspersonen waarvoor dat nog niet gold.³⁵⁰ Daarom heeft deze regeling in het Uitvoeringsbesluit Wtza voor zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid op het eerste gezicht weinig toegevoegde waarde.

Deze verplichting heeft evenwel nut in concernverhoudingen. Een zorginstelling die als dochter niet zelf een raad van commissarissen heeft ingesteld, maar waar de raad van commissarissen op moederniveau het interne toezicht van de zorginstelling vormt, wordt hierdoor ook verplicht om informatie te verschaffen aan die raad van commissarissen. Dat zou niet zo zijn op grond van Boek 2 BW. Deze bepaling stelt raden van commissarissen in zorgconcerns daarom beter in staat om effectief toezicht uit te oefenen op dochtermaatschappijen. Zo kan de raad bijvoorbeeld belangenconflicten in een eerder stadium signaleren en daar beter op acteren. Een gewenste aanvulling dus.

8.2.4. Aanpassingswet toetreding zorgaanbieders

8.2.4.1. Winstoogmerkverbod

De Aanpassingswet Wtza wijzigt de WTZi met het oog op de vervanging van het WTZi-toelatingssysteem door het Wtza-vergunningssysteem. De wijzigingen hebben daarom ook met name betrekking op bepalingen die wegens het vervallen van de toelating hun nut verliezen. Het winstoogmerkverbod blijft echter wel in de WTZi staan, met als verschil dat het verbod niet langer wordt gekoppeld aan een WTZi-toelating.³⁵¹

Materieel wijzigt het winstoogmerkverbod vooralsnog niet. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de AWtza niet tot doel heeft om wijzigingen aan te brengen in het geldende winstuitkeringsregime: *“Het verbod op winstoogmerk in de intramurale zorg geldt alleen voor hoofdaanemers. Onderaanemers in de intramurale zorg en hoofd- en onderaanemers in de extramurale zorg mogen dus wel winst uitkeren. Met de onderhavige wetsvoorstellen (A)Wtza wordt het verbod [op winstoogmerk] niet inhoudelijk gewijzigd.”*³⁵² In de memorie van toelichting wordt dus ook nog eens herhaald dat onderaanemers niet onder het winstoogmerkverbod vallen, zoals ik al eerder heb vastgesteld.

³⁴⁹ Art. 9 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw).

³⁵⁰ Artt. 2:251 lid 1 (BV) en 292a lid 10 BW (stichting).

³⁵¹ Zie *Kamerstukken I 2019/20*, 34 768, A, p. 1-2.

³⁵² *Kamerstukken I 2019/20*, 34 767, C, p. 30 (MvA).

Hierover zij nog wel het volgende opgemerkt. Zoals gezegd zijn onderaannemers onder de Wtza in beginsel niet vergunningplichtig, tenzij zij onderaannemer zijn van een 'lege huls'. Het is niet ondenkbaar dat de wetgever hiermee voorsorteert op een beperking van de hoofd- en onderaannemerstructuur die in de praktijk gebruikt kan worden om het winstoogmerkverbod te ontwijken. Het is immers mogelijk dat op termijn de WTZi helemaal verdwijnt en het winstoogmerkverbod wordt gekoppeld aan een Wtza-vergunning. Dat zou in principe het gevolg hebben voor een hoofd- en onderaannemerstructuur waarin de hoofdaannemer de zorg volledig uitbesteedt dat de onderaannemer, in tegenstelling tot nu, óók geen winst meer mag uitkeren.

De hoofd- en onderaannemerstructuur heeft in de parlementaire behandeling overigens wel aandacht gekregen. Zo heeft Jansen (PVV) een amendement ingediend met de strekking dat een instelling waarvoor het winstoogmerkverbod geldt alleen zorgverlening mag uitbesteden aan onderaannemers zonder winstoogmerk, om te voorkomen dat geld dat bestemd is voor de zorg wegvloeit naar aandeelhouders.³⁵³ Een amendement van Hijink (SP) zou regelen dat die instellingen geen zorg zouden mogen uitbesteden aan onderaannemers waar bestuurders van de hoofdaannemers zelf financiële belangen hebben.³⁵⁴ Hun amendementen zijn echter verworpen, waardoor de (A)Wtza al met al geen gevolgen heeft voor de legaliteit van de hoofd- en onderaannemerstructuur.

8.3. Wet integere bedrijfsvoering zorgaanbieders

8.3.1. Achtergrond

Minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft naast de (A)Wtza een ander wetsvoorstel aangekondigd, te weten het voorstel Wet integere bedrijfsvoering zorg (Wibz). Het voorstel scherpt de wettelijke eisen aan de bedrijfsvoering van zorgaanbieders aan. De contouren van het wetsvoorstel tekenen zich al af in enkele brieven van de minister. Naar verwachting bevat het voorstel maatregelen op in elk geval de vier volgende onderdelen: (i) excessieve dividenduitkeringen, (ii) belangenverstremgeling, (iii) versterking van de positie van de interne toezichthouder en (iv) uitbreiding en inrichting van de Wtza-vergunning.³⁵⁵ Ik bespreek vanwege de relevantie enkel de eerste drie onderdelen.

8.3.2. Inhoud

8.3.2.1. Voorwaarden dividenduitkering

Het wetsvoorstel zal in elk geval aanvullende voorwaarden stellen aan dividenduitkering. Waarschijnlijk gebeurt dat op drie punten. Ten eerste wil de minister nadere voorwaarden

³⁵³ Kamerstukken II 2019/20, 34 768, 23, p. 1-2.

³⁵⁴ Kamerstukken II 2019/20, 34 768, 17, p. 1.

³⁵⁵ Zie Kamerstukken II 2019/20, 34 767, 19, p. 4-6 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 25 november 2019).

verbinden aan dividenduitkering in de *extramurale zorg*, waar momenteel geen wettelijke beperkingen zijn gesteld aan winstuitkering (anders dan de algemene beperkingen op grond van Boek 2 BW). Mogelijk verschillen die voorwaarden per deelsector. Gedacht zou kunnen worden aan voorwaarden aan de financiële gezondheid, kwaliteit van de zorg, governance en de termijn waarbinnen dividend mag worden uitgekeerd. De voorwaarden zouden gaan gelden voor zowel hoofd- als onderaannemers.

De tweede maatregel ziet op het huidige winsttoegmerkverbod voor de *intramurale zorg*. De minister wil met de Wibz de mogelijkheid openen om voorwaarden te stellen aan winstuitkering door onderaannemers in de intramurale zorg, gelet op het feit dat het huidige verbod enkel ziet op hoofdaannemers. Ook deze voorwaarden hangen mogelijk af van de deelsector. Tot slot wordt bezien of er een norm geïntroduceerd moet worden voor een *maatschappelijk maximaal aanvaardbare dividenduitkering*. Onderzocht wordt of een dergelijke norm wenselijk, juridisch mogelijk en handhaafbaar is.

8.3.2.2. Belangenverstrengeling

De Wibz bevat naar verwachting ook een verplichting voor zorgaanbieders op het gebied van belangenverstrengeling. Zorgaanbieders moeten voorkomen dat binnen hun organisatie persoonlijke belangen van bestuurders of andere individuen binnen de organisatie prevaleren boven het maatschappelijke belang van de instelling. De minister plaatst dat tegen de achtergrond dat zorggeld effectief, doelmatig en rechtmatig moet worden besteed. Momenteel zouden er onvoldoende heldere regels omtrent het tegengaan van ongewenste vormen van belangenverstrengeling zijn. Als voorbeeld van een onwenselijke praktijk noemt de minister een vastgoedconstructie waarbij zorggeld wegvloeit door niet-marktconforme huurprijzen.

De NZa zou bovendien in de toekomst direct moeten kunnen optreden bij (een vermoeden van) belangenverstrengeling binnen een zorgorganisatie. Nu zou de externe toezichthouder enkel kunnen ingrijpen bij risico's voor de kwaliteit van de zorg of onrechtmatige declaraties. Daarnaast wordt mogelijk het toezicht van het CSZ op vastgoedtransacties overgeheveld naar de NZa, zodat effectiever kan worden opgetreden in gevallen van belangenverstrengeling en ontwijkconstructies die ook vastgoedtransacties omvatten.

8.3.2.3. Versterken positie interne toezichthouder

Verder onderstreept de minister het belang van sterk en onafhankelijk intern toezicht, onder meer als sprake is van 'ongewenste belangenverstrengeling'.³⁵⁶ De Wibz houdt daarom

³⁵⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 34 767, 19, p. 5-6 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 25 november 2019). De door de minister gebruikte term 'ongewenste belangenverstrengeling' is mijns inziens verwarrend, omdat deze impliceert dat niet elke vorm van belangenverstrengeling ongewenst

mogelijk (nog meer) aanvullende bepalingen in met betrekking tot de interne toezichthouder. Erg concreet wordt dit nog niet, maar wel zal daarbij aandacht zijn voor de interne toezichthouder in complexe vennootschapsstructuren. De interne toezichthouder moet niet alleen voldoende zicht hebben op de holding, maar ook op de dochterrechtspersonen binnen het concern. Een goede informatiepositie en de juiste bevoegdheden zijn daarvoor van belang. Hiermee lijkt de minister in ieder geval aan te geven dat één (overkoepelende) raad van commissarissen in een zorgconcern zou kunnen volstaan, mits dat toereikend is vormgegeven.

8.4. Implicaties zorgstructuren

8.4.1. Algemeen

8.4.1.1. Winstuitkering

De (A)Wtza heeft zoals gezegd nog geen implicaties voor het winstuitkeringsregime in de zorg. De winstuitkeringsmogelijkheden van zorginstellingen lijken echter met de Wibz wel te worden beperkt, zoals uiteengezet – niet alleen voor intramurale, maar ook voor extramurale zorg. Opvallend is dat het kabinet 180 graden is gedraaid ten opzichte van het Wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg en het bredere voornemen sinds de stelselherziening om winstuitkeringsmogelijkheden juist te verruimen; dit laatste mede gelet op de afschaffing van het bouwregime, waar het verbod grotendeels zijn oorsprong in vindt.

Aangaande de juridische houdbaarheid van het (huidige) verbod van winstoogmerk bestaat ook nog steeds de nodige onzekerheid.³⁵⁷ Om schending van EU-recht te voorkomen, zullen de aangekondigde maatregelen op het gebied van winstuitkering blijk moeten geven van een consistent en deugdelijk onderbouwd regime, dat voldoet aan het geschiktheids- en het noodzakelijkheidsvereiste.³⁵⁸ In elk geval wordt het winstuitkeringsregime ten aanzien van intramurale instellingen naar verwachting consistent nu het verbod waarschijnlijk ook gaat gelden voor onderaannemers. Het is verder echter de vraag of de wetgever die toets zal kunnen doorstaan, zeker als het om winstuitkeringsbeperkingen in de extramurale zorg gaat.³⁵⁹ Volgens

is. Echter wordt elders in de brief (p. 4) gesproken over het voorkomen van 'belangenverstremgeling'. Of de minister elke vorm van belangenverstremgeling bij voorbaat ongewenst vindt, blijft zo onduidelijk.

³⁵⁷ Waarover, zoals eerder genoemd, Plomp 2011, p. 318-319 en *Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders* 2018, p. 63-66.

³⁵⁸ Glas, Van de Gronden & Veenbrink, *TvGR* 2021, p. 592-593.

³⁵⁹ Dat de juridische grondslag voor winstuitkeringsbeperkingen in de extramurale zorg fragiel is, onderkent ook het kabinet in *Kamerstukken II* 2018/19, 35 000 XVI, 133, p. 1 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en van de secretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 9 juli 2019), onder verwijzing naar *Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders* 2018.

het kabinet zelf blijkt namelijk niet dat dividenduitkering in de zorg de kwaliteit, toegankelijkheid of betaalbaarheid van zorg structureel in gevaar brengt.³⁶⁰

Veeleer lijkt het erop dat (maatschappelijke verontwaardiging over) incidenten in de zorgsector – onder meer *Alliade*, *MC Slotervaartziekenhuis*,³⁶¹ *MC IJsselmeerziekenhuizen* en *PrivaZorg*³⁶² – de voornaamste aanleiding vormen voor een restrictiever winstuitkeringsregime. Echter dringt zich de vraag op in hoeverre die incidenten blijk geven van een structureel probleem en zo ja, of de oplossing dan gelegen is in een stringenter winstuitkeringsregime of eerder in een zaak als beter intern toezicht op besluitvorming. In de incidenten die maatschappelijk stof doen opwaaien, spelen belangenconflicten namelijk bijna zonder uitzondering een centrale rol.

8.4.1.2. Belangenconflicten

Naast de nieuwe eisen aan de onafhankelijkheid van de interne toezichthouder in het Uitvoeringsbesluit Wtza, bevat de Wibz vermoedelijk een nieuwe norm voor de zorgsector betreffende belangenverstremming. Zorgaanbieders moeten voorkomen dat binnen hun organisatie persoonlijke belangen van bestuurders of andere individuen binnen de organisatie prevaleren boven het maatschappelijke belang van de instelling. Hoewel het enigszins afhangt van hoe deze norm wordt geformuleerd, is het de vraag of een dergelijke norm inhoudelijk iets zal toevoegen ten opzichte van de reeds geldende algemene tegenstrijdig belangregeling en het aanvullende kader uit de rechtspraak.³⁶³

Een nieuwe norm kan wel iets toevoegen als deze niet enkel op bestuurders en commissarissen en/of niet enkel op rechtspersonen zou zien. Mijns inziens zou het daarom aanbeveling verdienen om ten eerste de algemene tegenstrijdig belangregeling in Boek 2 BW aan te vullen door ook een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder het bereik daarvan te brengen. Vervolgens kan een sectorale regeling deze norm van overeenkomstige toepassing verklaren op zorginstellingen zonder rechtspersoonlijkheid en wellicht op anderen dan bestuurders en commissarissen.

8.4.2. *Hoofd- en onderaannemerstructuur*

De aankomende wetgeving heeft mogelijk verstrekkende gevolgen voor de hoofd- en onderaannemerstructuur, hoewel deze als zodanig legaal blijft. De Wtza richt zich daarbij vooral op de structuur met een (toegelaten) hoofdaannemer de zorgverlening *volledig* uitbesteedt,

³⁶⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 000 XVI, 133, p. 1 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en van de secretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 9 juli 2019), onder verwijzing naar *Uitkering van dividend door zorgaanbieders 2019*.

³⁶¹ Zie

³⁶² Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 23 235, 186, p. 1 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019) en *Onderzoek PrivaZorg 2019*.

³⁶³ Zie hieromtrent uitgebreid § 6.4.

oftewel de 'lege huls-constructie'. De Wtza bevat voor onderaannemers van lege hulzen reeds de nieuwe verplichting om een interne toezichthouder in te stellen, naast de verplichting die al geldt en blijft gelden voor de hoofdaannemer. De positie van de interne toezichthouder wordt bovendien versterkt, onder andere door het toekennen van informatierechten. De Wtza maakt daarmee een begin en de Wibz zal dat verder uitbouwen. Dit is een belangrijk gegeven, omdat met deze versterking van het interne toezicht in de hoofd- en onderaannemerstructuur het risico van niet-onafhankelijke besluitvorming en niet-marktconforme transacties wordt verkleind. De interne toezichthouder houdt immers toezicht op mogelijke tegenstrijdige belangen.

Voorts zal de Wibz naar verwachting nadere voorwaarden stellen aan winstuitkering door onderaannemers in algemene zin – dus niet enkel onderaannemers van lege hulzen. Mijns inziens is die ontwikkeling te begrijpen. Ze getuigt in elk geval van een consistenter beleid ten aanzien van winstuitkering bij zorginstellingen dan tot op heden, waarbij het verbod van winstoogmerk door uitbesteding relatief eenvoudig te omzeilen is. Dat is in het licht van EU-recht belangrijk. Het is daarbij in ieder geval verstandig dat niet de uitbestedingspraktijk als zodanig aan banden wordt gelegd, omdat er goede redenen kunnen zijn voor uitbesteding van zorgverlening. Het is dan ook niet te verwachten dat de hoofd- en onderaannemerstructuur geheel verdwijnt naar aanleiding van de nieuwe wetgeving, maar de lege huls-structuur wordt vermoedelijk minder aantrekkelijk als door middel van uitbesteding het verbod van winstoogmerk niet meer kan worden ontkomen.

8.4.3. Allocatiemodel in concernstructuur

Als het gaat om het allocatiemodel, waarbij niet de zorgverlening, maar zaken zoals vastgoed en dienstverlening worden ondergebracht bij zustersvennootschappen, verandert de aankomende wetgeving wat betreft de toelaatbaarheid en de aantrekkelijkheid van de structuur weinig. Het aangekondigde winstuitkeringsregime ziet naar verwachting enkel op zorgverlening; niet op uitbesteding van andere diensten en niet op vastgoedstructuren. De structuur blijft dus ook legaal.

Wel krijgen deze (en andere) zorgconcerns te maken met het aangescherpte kader voor intern toezicht. Wtza-vergunningplichtige entiteiten binnen een concern zullen moeten nagaan of de interne toezichthouder in staat wordt gesteld om rechtstreeks toezicht uit te oefenen op de ondernemingsactiviteiten van die entiteiten. De Wtza houdt nog geen verplichting in om op dochterniveau een afzonderlijke raad van commissarissen in te stellen, maar de (overkoepelende) interne toezichthouder krijgt via art. 9 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw) wel rechtstreeks recht op informatie.

Daarnaast moet de interne toezichthouder op grond van de Wtza gaan voldoen aan de onafhankelijkheidseisen van art. 7 Uitvoeringsbesluit Wtza (nieuw), die meer

onverenigbaarheden bevatten dan waarop het CIBG nu toetst. Een sterkere positie en een toename in de onafhankelijkheid van het interne toezicht zou moeten leiden tot minder belangenverstrengeling bij zorgorganisaties. Overigens opent het Uitvoeringsbesluit Wtza juist de mogelijkheid om bij meerdere groepsmaatschappijen tegelijkertijd toezichthouder te zijn. Dat is in mijn optiek een wenselijke ontwikkeling die de transparantie binnen een concern ten goede kan komen.

Wat betreft de vastgoedstructuur wijzigt inhoudelijk niets met de komst van de Wtza. De nieuwe Wibz-norm op het gebied van belangenconflicten heeft mogelijk wel gevolgen voor besluitvorming omtrent vastgoedtransacties, aangezien de minister deze expliciet benoemt.³⁶⁴ Ook blijft in beginsel goedkeuring nodig voor vastgoedtransacties op grond van art. 18 WTZi, al verschuift het externe toezicht op dat punt naar verwachting van het CSZ naar de NZa. De mogelijkheid om dat goedkeuringsvereiste te ontwijken, bijvoorbeeld met een *sale and lease back*-constructie, blijft vermoedelijk bestaan.

8.4.4. Herstructureringen

De Wtza en de Wibz hebben tot slot, zoals het ernaar uitziet, geen directe gevolgen voor herstructureringen zoals omzettingen, fusies en splitsingen waarbij collectieve middelen die bestemd zijn voor de zorg mogelijk wegvloeien. De inrichting van de vermogensklem is bijvoorbeeld nog niet als zodanig genoemd als onderwerp waar de Wibz of andere toekomstige wetgeving aandacht aan zou moeten besteden. Dat is enigszins opvallend, gelet op de politieke aandacht voor de *Alliade*-casus, waarbij vermogen door herstructurering buiten het WTZi-regime terecht kwam. Gelet op de inspraak van onder meer het interne toezicht en de cliëntenraad bij herstructureringen kunnen eventuele weglekrisico's enigszins worden gerelativeerd. Echter, zoals de *Alliade*-casus schetst, kan er in het huidige systeem wel weglek van zorggeld plaatsvinden. Kennelijk staat dit onderwerp onvoldoende op de radar van overheid en externe toezichthouders.

³⁶⁴ *Kamerstukken II 2019/20, 34 767, 19, p. 5-6* (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 25 november 2019).

9. Conclusie en aanbevelingen

9.1. Inleiding

Resteert een concluderend antwoord op de hoofdvraag: bieden de huidige en toekomstige wetgeving voldoende en noodzakelijke bescherming tegen het weglekken van zorggeld bij zorgstichtingen en -BV's? Hiervoor ga ik nogmaals kort in op het huidige winstuitkeringsregime bij zorginstellingen (§ 9.2), de weglekrisico's bij bestaande zorgstructuren (§ 9.3) en de interne en externe beschermingsmechanismen tegen weglek van zorggeld (§ 9.4), alvorens ik kom tot het slot (§ 9.5). In elke paragraaf ga ik daarnaast kort in op de implicaties van de toekomstige wetgeving en doe ik een aantal aanbevelingen.

9.2. Winstuitkering door zorginstellingen

BV's zijn naar hun aard gericht op winstmaximalisatie en mogen, mits hun vermogenspositie dat blijkt de beperkte balanstest en de uitkeringstest toestaat, behaalde vermogensrechtelijke resultaten als dividend uitkeren aan hun aandeelhouders. Stichtingen zijn gericht op een (doorgaans charitatief) doel, dat zij proberen te verwezenlijken met behulp van een doelvermogen. Ter bescherming van dat doelvermogen geldt een verbod om uitkeringen te doen aan onder meer oprichters of machthebbers. Dat verbod is samen te vatten als een verbod om jegens hen prestaties te verrichten waar geen of geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat.

Instellingen die zorg leveren waarop aanspraak bestaat op grond van de Wet langdurige zorg (Wlz) of de Zorgverzekeringswet (Zvw) hebben een toelating nodig op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Een voorwaarde voor de WTZi-toelating van instellingen die intramurale en/of medisch-specialistische zorg leveren is dat zij geen winstoogmerk mogen hebben (art. 5 lid 2 WTZi). Dit verbod van winstoogmerk houdt niet in dat die zorginstellingen geen exploitatieoverschot mogen behalen of beogen, maar dat zij winsten niet mogen uitkeren. Zorginstellingen mogen wel kiezen voor een BV, maar de WTZi-toelating wordt alleen verschaft als de statuten van de zorg-BV een winstklem bevat. Het winstuitkeringsverbod voor BV's houdt in ieder geval in dat dividenduitkeringen waaraan een besluit tot winstbestemming ten grondslag ligt niet zijn toegestaan; daarnaast heeft de wetgever voornamelijk beoogd de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten te verbieden om te voorkomen dat het private (aandeelhouders)belang leidend is bij besluiten waar publieke belangen mee gemoeid zijn. Dit blijkt echter niet geheel duidelijk uit de regeling zelf en dat maakt de regeling op punten willekeurig.

Het verbod om winst uit te keren voor intramurale zorginstellingen hangt samen met het bouwregime, waarin de overheid de kapitaallasten van die instellingen bekostigde. Hoewel het

bouwregime intussen is afgeschaft en de kapitaallasten onderdeel uitmaken van de integrale tarieven van zorginstellingen, is het verbod en het daardoor gemaakte onderscheid tussen intra- en extramurale instellingen blijven bestaan. De voornaamste reden is de vrees dat verruiming van de winstuitkeringsmogelijkheden, hoewel die met de stelselherziening werden beoogd, onacceptabele risico's opleveren voor de publieke belangen bij zorgverlening (kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid). Ook heeft de overheid als uitgangspunt geformuleerd dat collectieve middelen die voor de zorg bestemd zijn, ook daadwerkelijk aan de zorg besteed dienen te worden. Het is ten slotte de vraag in hoeverre het huidige verbod van winstoogmerk in Europeesrechtelijk perspectief toelaatbaar is.

De toekomstige (Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders (A)Wtza brengt inhoudelijk geen wijzigingen aan in het huidige winstuitkeringsregime. De Wet integrale bedrijfsvoering zorgaanbieders (Wibz) stelt daarentegen naar verwachting nadere beperkingen aan winstuitkering, niet alleen in de intramurale maar ook in de extramurale zorg. Ook bevat de Wibz mogelijk normen voor een maatschappelijk maximaal aanvaardbare dividenduitkering. Hoewel de nadere winstuitkeringsbeperkingen voor de intramurale zorg het winstuitkeringsregime minder willekeurig maken en het regime daarmee vanuit Europeesrechtelijk oogpunt eerder te rechtvaardigen is, is wel de vraag hoe terecht het huidige wettelijke onderscheid tussen intra- en extramurale zorginstellingen nog is. Het bouwregime is immers afgeschaft en bij de zorgstelherziening werd een verruiming van het winstuitkeringsregime beoogd. Bovendien is het zeer de vraag of er voldoende rechtvaardiging bestaat voor winstuitkeringsbeperkingen in de extramurale zorg, aangezien blijkt dat winstuitkering daar geen structurele gevaren oplevert voor publieke belangen.

9.3. Weglekrisico's

Een BV die intramurale of medisch-specialistische zorg verleent waarop een Wlz- of Zvw-aanspraak bestaat, mag momenteel dus geen dividend uitkeren. In de praktijk hanteren zorginstellingen echter structureren waarin (alsnog) winstuitkeringen kunnen plaatsvinden of waarmee op andere wijzen vermogen van zorginstellingen kan worden onttrokken aan de door het stichtingenrecht onderscheidenlijk de WTZi beschermde omgeving. In politiek verband worden deze verschijnselen vaak benoemd als structuren waarin het risico zich voordoet dat voor de zorg bestemde (collectieve) middelen 'wegvloeien' of 'weglekken'. Enigszins vaag blijft of met die weglekrisico's wordt bedoeld op winstuitkering als zodanig of op het risico dat er niet-marktconforme transacties plaatsvinden.

De bekendste structuur waarin die weglekrisico's zich kunnen voordoen, is de hoofd- en onderaannemersstructuur. Doordat de WTZi en het winstoogmerkverbod niet gelden voor de entiteit die de feitelijke zorg levert, maar bij de entiteit die contracteert met de zorgverzekeraar,

is het in die structuur mogelijk om de feitelijke zorgverlening uit te besteden aan een BV (de onderaannemer) die wél winst mag uitkeren. Met de Wibz blijft uitbesteden toegestaan, maar gaan naar verwachting ook winstuitkeringsbeperkingen gelden voor onderaannemers. Omdat op grond van de Wtza onderaannemers in lege huls-constructies³⁶⁵ vergunningplichtig worden, is het mogelijk om winstuitkering voor hen te verbieden door het niet uitkeren van winst als vergunningsvoorwaarde te stellen. Hoewel nog geen duidelijkheid is over de invulling van de winstuitkeringsbeperkingen voor (andere) onderaannemers, kunnen instellingen de hoofd- en onderaannemerstructuur door de Wibz hoogstwaarschijnlijk niet meer gebruiken om het winstuitkeringsverbod te ontwijken. Deze maatregel leidt als het goed is tot minder weglek van zorggeld.

Verder is het mogelijk om in een concernstructuur bepaalde aspecten van een zorgonderneming te alloceren in meerdere groepsmaatschappijen. Een toegelaten zorginstelling (dochtervennootschap) betaalt daarbij een vergoeding voor dienstverlening aan een servicevennootschap (zustervenootschap) en de zorginstelling huurt zorgvastgoed van een vastgoedvennootschap (zustervenootschap). De zustervenootschappen zijn niet onderworpen aan het WTZi-verbod en mogen daarom winst uitkeren die via een holdingvennootschap ten goede kan komen aan private aandeelhouders. Deze structuur is – terecht – toegestaan, echter mag deze er volgens de Ondernemingskamer niet toe leiden dat voor de zorg bestemde gelden wegvloeien naar zustervenootschappen die winst mogen uitkeren. Hiermee wordt vermoedelijk gedoeld op niet-marktconforme transacties. In mijn ogen wordt art. 5 lid 2 WTZi daarmee te ruim uitgelegd. Onder de toekomstige wetgeving blijft het alloceren in een concernstructuur als zodanig wel toegestaan.

Tot slot is denkbaar dat bij omzetting, fusie en/of splitsing van zorgstichtingen of -BV's vermogen van de zorginstelling buiten de bescherming van het stichtingenrecht en/of de WTZi wordt gebracht. De Wtza en naar verwachting ook de Wibz brengen daar geen verandering in en het lijkt erop dat de weglekrisico's die samenhangen met herstructureringen onvoldoende op de radar van het kabinet staan.

9.4. Beschermingsmechanismen

9.4.1. Intern

Algemene en sectorale wet- en regelgeving dragen bij aan de waarborging van publieke belangen door zorginstellingen. WTZi-instellingen zijn bijvoorbeeld verplicht om statutair een onafhankelijk toezichthoudend orgaan in te stellen. Instellingen die vergunningplichtig worden

³⁶⁵ In de lege huls-constructie is er één entiteit die met de zorgverzekeraar(s) contracteert (de hoofdaannemer) en vervolgens alle feitelijke zorgverlening uitbesteedt aan een of meer andere entiteiten (onderaannemers). De hoofdaannemer in de lege huls-constructie verleent dus zelf geen zorg.

op grond van de Wtza, worden daartoe ook verplicht. De toezichthoudende taak in de Wtza sluit aan bij Boek 2 BW, waardoor moet worden aangenomen dat de 'interne toezichthouder' in de zin van de Wtza voor stichtingen en BV's (altijd) een raad van commissarissen is. Nieuw aan de Wtza is vervolgens dat deze verplichting gaat gelden voor onderaannemers in lege huls-constructies, waardoor naar verwachting directer toezicht komt op weglekrisico's in de hoofd- en onderaannemerstructuur.

In zorgconcerns kunnen toegelaten dochtervennootschappen aan eis van verplicht intern toezicht voldoen door de toezichthoudende taak op te dragen aan de raad van commissarissen bij de moedervernootschap. De Wtza laat daar eveneens ruimte voor. Dat is verstandig, omdat het interne toezicht op die manier in staat kan worden gesteld om het volledige overzicht over een zorggroep te houden. Dat is temeer zo nu het Uitvoeringsbesluit Wtza informatieverstarring aan de interne toezichthouder verplicht, ook indien die enkel aanwezig is op moederniveau. Wel brengt de momenteel gehandhaafde materiële benadering met betrekking tot de kwalificatie van de raad van commissarissen onduidelijkheid met zich voor vergunningplichtige dochtermaatschappijen die de raad van commissarissen van de moedermaatschappij als interne toezichthouder benoemen. De Wtza neemt die onduidelijkheid niet weg.

Aanbeveling

In verband met de kwalificatieproblematiek kan de wetgever in de Wtza uitdrukkelijk opnemen dat in groepsverhoudingen de vergunningplichtige dochtermaatschappijen kunnen volstaan met het benoemen van de raad van commissarissen van de moedermaatschappij als interne toezichthouder.

Bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen dienen zich bij hun taakvervulling vervolgens te richten op de hoofddoelstelling van de instelling: het verlenen van goede zorg. Dat doel volgt uit de wettelijke taakopdracht van zorginstellingen en in veel gevallen uit het statutaire doel. Het belang van de zorg-BV wordt bovendien gekleurd door de verplichte winstklem. Tot slot dienen toezichthouders van rechtspersonen bij de vervulling van hun taak zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van andere betrokkenen, zo volgt uit de rechtspraak. Hoewel het Uitvoeringsbesluit Wtza een specifiek richtsnoer bevat voor zorgcommissarissen, moet worden aangenomen dat dit richtsnoer inhoudelijk niets toevoegt aan het reeds op grond van Boek 2 BW voor hen geldende richtsnoer. Het 'nieuwe' richtsnoer in het Uitvoeringsbesluit Wtza is daarom overbodig.

Aanbeveling

Om verwarring over het richtsnoer van commissarissen te voorkomen, kan het richtsnoer van het interne toezicht (in elk geval voor rechtspersonen) worden geschrapt.

In zorgstructuren waar zich weglekrisico's voordoen, liggen vrijwel altijd belangenconflicten op de loer. Dat is zowel mogelijk bij de vormgeving van de structuur als de (intragroeps)transacties die met die structuur samenhangen. In aanvulling op de wettelijke tegenstrijdig belangregeling, die een handelswijze voorschrijft in geval van persoonlijke tegenstrijdige belangen bij BV's en stichtingen, zijn in de enquêterechtspraak zorgvuldigheidsnormen ontwikkeld voor omgang van (zuiver) kwalitatieve tegenstrijdige belangen. Die kunnen ook aanwezig zijn bij intragroepstransacties, omdat de belangen in een groep waar zowel toegelaten zorginstellingen als niet toegelaten vennootschappen toe behoren niet altijd parallel lopen. Bovendien geldt voor zorginstellingen een verzwaarde zorgvuldigheidsnorm. Hoewel het strikt genomen voor stichtingen en BV's niet noodzakelijk is, is het aanvullen van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling wel gewenst. De Wibz zal hier mogelijk in gaan voorzien. Het Uitvoeringsbesluit Wtza bevat tot slot een – in mijn ogen té – uitgebreide lijst van onverenigbare functies voor toezichthouders, waardoor potentiële belangenconflicten bij voorbaat al worden voorkomen.

Aanbeveling

Om te verduidelijken dat zorgvuldigheid geboden is bij alle vormen van tegenstrijdige belangen en om voor voorkomende gevallen een concrete handelswijze voor te schrijven, kan de tegenstrijdig belangregeling in Boek 2 BW worden uitgebreid. De regeling zou niet alleen van toepassing moeten zijn in geval van persoonlijke belangen, maar ook in geval van andere belangen die niet parallel lopen met het belang van de rechtspersoon. In sectorale wetgeving kan de tegenstrijdig belangregeling voorts van overeenkomstige toepassing worden verklaard op anderen dan bestuurders en toezichthouders (en/of op zorginstellingen zonder rechtspersoonlijkheid).

Voorts heeft het interne toezicht bij zorginstellingen op dit moment vaak al de nodige bevoegdheden waarmee weglekrisico's kunnen worden beperkt, zoals goedkeuringsrechten ten aanzien van belangrijke besluiten en een schorsingsbevoegdheid, maar het is de vraag of die bevoegdheden in alle gevallen afdoende zijn. Zo is bij herstructurering van stichtingen niet altijd goedkeuring van de raad van commissarissen vereist en ook de positie van het interne toezicht in concernverhoudingen is soms zwak.

Aanbevelingen

Omdat bij herstructurerings weglekrisico's bestaan, kan in sectorwetgeving een wettelijk goedkeuringsrecht aan de raad van commissarissen van zorgstichtingen worden toegekend ten aanzien van juridische fusies en splitsingen. In sectorwetgeving kan daarnaast de positie van het interne toezicht (op moderniveau) in

concernverhoudingen worden versterkt. Ten eerste door goedkeuringsrechten toe te kennen ten aanzien van ingrijpende bestuursbesluiten op dochterniveau. Ten tweede door een schorsingsbevoegdheid toe te kennen die ziet op bestuurders op dochterniveau. Dat kan eenvoudigweg door deze bevoegdheden toe te kennen aan de ‘interne toezichthouder’ in de zin van de Wtza.

Kortom waarborgt de huidige wetgeving in combinatie met de lijn in de enquêterechtspraak een zorgvuldige besluitvormingsprocedure bij toegelaten zorginstellingen. Naast een aantal belangrijke bevoegdheden die met name de raad van commissarissen en in mindere mate de cliëntenraad kunnen inzetten om weglekrisico's te beperken, kunnen beide de gang naar de enquêterechter maken. Als besluitvorming waardoor zorggeld weglekt inderdaad tot stand is gekomen onder invloed van belangenconflicten, kan dat enquêterecht voor de raad van commissarissen onderscheidenlijk de cliëntenraad een effectieve noodrem zijn.

9.4.2. Extern

Naast de interne beschermingsmechanismen vindt extern toezicht plaats door de IGJ, de NZa en het CSZ. De IGJ heeft bevoegdheden om het winstuitkeringsverbod te handhaven en mag daarnaast (al dan niet samen met de NZa) enkel ingrijpen in bedrijfsstructuren als die structuren gevaar opleveren voor de kwaliteit van de zorgverlening. Verder ziet het CSZ als uitvloeisel van het afgeschafte bouwregime specifiek toe op de marktconformiteit van vastgoedtransacties, al is dat toezicht relatief eenvoudig te ontwijken.

Tot slot biedt de vermogensklem een zeer belangrijke waarborg tegen weglekrisico's, omdat op grond daarvan ook na de omzetting van een (zorg)stichting het doelvermogen in beginsel overeenkomstig het stichtingsdoel besteed dient te worden. Dat beklemd vermogen mag dus niet zomaar als dividend worden uitgekeerd na omzetting. De vermogensklem ziet echter niet op fusies en splitsingen en heeft enkel betrekking op stichtingen.

Aanbeveling

Om de vermogensklemregeling effectiever te maken, kan deze op twee manieren worden aangevuld. Allereerst door een uitbreiding van de regeling in Boek 2 BW, die de vermogensklem van overeenkomstige toepassing verklaart op fusies en splitsingen. Ten tweede door een vergelijkbare vermogensklemregeling op te nemen in sectorale wetgeving voor andere rechtspersonen dan stichtingen, waarvoor een winstoogmerkverbod geldt. Daarmee leeft het winstuitkeringsverbod voort in de rechtspersoon na een herstructurering.

9.5. Slot

Hoewel zich in het huidige winstuitkeringsregime weglekrisico's voordoen, kunnen deze in veel gevallen worden gerelativeerd door onder meer het verplichte interne toezicht bij zorginstellingen en de vereiste zorgvuldigheid in gevallen van tegenstrijdige belangen. De Wtza zorgt voor een onafhankelijker samenstelling en een sterkere informatiepositie van het interne toezicht (in concernverhoudingen), waardoor naar verwachting het risico op onder meer niet-marktconforme (intragroeps)transacties verder afneemt. Hoewel op onderdelen een en ander aan te merken is, levert de Wtza daarmee in algemene zin een positieve bijdrage aan het beperken van weglekrisico's in de zorgsector. Desalniettemin is nog verdere verbetering mogelijk.

De Wibz maakt verder naar verwachting een einde aan de hoofd- en onderaannemerstructuur als mogelijkheid om het verbod van winstoogmerk te ontwijken. Dat is vanuit rechtsgelijkheidsoogpunt terecht. Wel blijft de fundamentele vraag overeind of het verbod en het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg intussen niet achterhaald zijn. Bovendien geeft de wens om met de Wibz winstuitkering van extramurale zorgaanbieders te beperken in mijn ogen te veel blijk van incident-gedrevenheid en te weinig van een prangende noodzaak. De sleutel tot het beperken van incidenten in de zorg – uitsluiten is een illusie – ligt mijns inziens veeleer in het creëren van een wettelijk kader waarin besluiten zorgvuldig worden genomen.

Bronnen

Literatuur

Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders 2018

Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders, Nijmegen: Radboud Universiteit 2018.

Amersfoort, in: T&C Gezondheidsrecht, art. 1 WTZi

W. Amersfoort, commentaar op art. 1 WTZi, in: D.P. Engberts e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Amersfoort, in: T&C Gezondheidsrecht, art. 18 WTZi

W. Amersfoort, commentaar op art. 18 WTZi, in: D.P. Engberts e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Appels, MvO 2020, p. 277-286

M.A.C. Appels, 'Toezicht op de rechtspersoon-bestuurder. De (on)mogelijkheden vanuit het perspectief van de commissaris', *MvO 2020*, afl. 10-11, p. 277-286.

Bartman & Dorresteyn/Olaerts, Van het concern 2020

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn/M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bier, Ondernemingsrecht 2007, p. 590-596

B. Bier, 'Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht', *Ondernemingsrecht 2017/105*, afl. 13, p. 590-596.

Bischot & Van Hoewijk, Ondernemingsrecht 2020, p. 879-887

W.K. Bischot & D.M.C. van Hoewijk, 'Private equity in de zorg, een mijnenveld?', *Ondernemingsrecht 2020/153*, afl. 16, p. 879-887.

Blanco Fernández 1993

J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij NV en BV* (diss. Maastricht), Maastricht: Rijksuniversiteit Limburg 1993.

Blanco Fernández & Schwarz, WPNR 1992, p. 287-293

J.M. Blanco Fernández & C.A. Schwarz, 'Enkele opmerkingen over het participatiebewijs', *WPNR 1992*, afl. 6045, p. 287-293.

Bos, TvGR 2021, p. 68-75

E.C. Bos, 'Vroegsignalering in de zorg; de rol van de raad van commissarissen bij een zorginstelling in zwaar weer', *TvGR 2021*, afl. 2, p. 68-75.

Bouwen op een stevig fundament 2020

Bouwen op een stevig fundament. Uitkomsten van onderzoek naar de bijdrage van de Governancecode Zorg 2017 aan goed bestuur en toezicht in de zorg in opdracht van BoZ, Utrecht: Governance Support 2020.

Bregstein, WPNR 1955/4417, p. 443-445

M.H. Bregstein, 'Naar aanleiding van het verslag betreffende de wettelijke regeling inzake stichtingen', *WPNR* 1955, afl. 4417, p. 443-445.

Brouwer & Rutten, MJ 2009

W. Brouwer & F. Rutten, "'Cowboy in de zorg' komt ook iets brengen: kapitaal en kennis", *Me Judice*, 24 juli 2009.

Van der Burg, WPNR 1992/6049, p. 360-362

V.A.M. van der Burg, 'Vragen rond het maatschappelijk gebruik van de stichting', *WPNR* 1992, afl. 6049, p. 360-362.

Creemers, WPNR 2020/7269, p. 99-108

K.M.A. Creemers, 'Bescherming van het stichtingsvermogen bij herstructurering', *WPNR* 2020, afl. 7269, p. 99-108.

Fenomeenonderzoek complexe juridische structuren van zorgaanbieders 2021

Fenomeenonderzoek complexe juridische structuren van zorgaanbieders, Nederlandse Zorgautoriteit 2021.

Glas, Van de Gronden & Veenbrink, TvGR 2021, p. 579-593

L.R. Glas, J.W. van de Gronden & J.M. Veenbrink, 'De Europese grenzen aan winstuitkering door zorgaanbieders', *TvGR* 2021, afl. (44) 6, p. 579-593.

Van der Grinten, WPNR 1943/3844, p. 259-261

W.C.L. van der Grinten, 'De doeleinden der stichting', *WPNR* 1943, afl. 3844, p. 259-261.

Groot & Maassen van den Brink, JV 2014, p. 88-99

W. Groot & H. Maassen van den Brink, 'Oorzaken van fraude in de zorgsector', *Justitiële Verkenningen* 2014, afl. 3, p. 88-99.

Houwen, Ondernemingsrecht 2020, p. 12-22

L.G.H.J. Houwen, 'Normen en (morele) waarden van de Governancecode Zorg', *Ondernemingsrecht* 2020/3, afl. 1, p. 12-22.

Houwen, TvOB 2019, p. 44-52

L.G.H.J. Houwen, 'Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voorbij?', *TvOB* 2019/2, p. 44-52.

Houwen, TvOB 2016, p. 19-26

L.G.H.J. Houwen, 'De WBTR in het semipublieke domein: verhouding Boek 2 BW en sectorale governanceregulering', *TvOB* 2016/1, p. 19-26.

Houwen, TvOB 2016, p. 175-187

L.G.H.J. Houwen, 'Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen', *TvOB* 2016/6, p. 175-187.

Houwen, TvOB 2014, p. 135-147

L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014/4, p. 135-147.

Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:14 BW

J.B. Huizink, 'Art. 2:14 BW', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

De Jongh, Ondernemingsrecht 2017, p. 568-577

J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102, afl. 13, p. 568-577.

De Jongh, Ondernemingsrecht 2019, p. 357-365

J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68, afl. 7, p. 357-365.

De Jongh & Houwen 2015

E.L. de Jongh & L.G.H.J. Houwen, 'Winstuitkering en uitbesteding van medisch-specialistische zorg', in: H.J.J.M. Berden, L.G.H.J. Houwen & S.A. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015.

Kelterman & Baggerman, WPNR 2018/7204, p. 628-631

L.W. Kelterman & F. Baggerman, 'Winstrechten, een civielrechtelijk overzicht. Wat is een winstbewijs?', *WPNR* 2018, afl. 7204, p. 628-631.

Kelterman & Baggerman, WPNR 2019/7257, p. 757-760

L.W. Kelterman & F. Baggerman, 'Winstrechten, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2. Statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019, afl. 7257, p. 757-760.

Keukens & Vissers, O&F 2012, p. 4-14.

Q. Keukens & L.B. Vissers, 'Winstuitkeringen aan private investeerders in de zorg - De omzetting van een 'zorgstichting' in een 'zorg-bv'', *O&F* 2012, afl. (20) 1, p. 4-14.

Klaassen, WPNR 2018/7192, p. 361-369

A.G.H. Klaassen, 'Statutaire inrichting van zorginstellingen en het wetsvoorstel Wet toetreding zorgaanbieders', *WPNR* 2018, afl. 7192, p. 361-369.

Klaassen, MvO 2018, p. 36-44

A.G.H. Klaassen, 'BV-constructies in de zorgsector: van schijn naar werkelijkheid', *MvO* 2018, afl. 1 & 2, p. 36-44.

Klaassen, Ondernemingsrecht 2015/14

A.G.H. Klaassen, 'De strijd om het Slotervaartziekenhuis', *Ondernemingsrecht* 2015/14, afl. 3.

Klaassen, WPNR 2020/7299, p. 736-748

A.G.H. Klaassen, 'Wet toetreding zorgaanbieders en het Uitvoeringsbesluit Wtza: aanscherping van eisen', *WPNR 2020/7299*, p. 736-748.

Kreileman & Dumoulin, Ondernemingsrecht 2021, p. 418-428

N. Kreileman & S.H.M.A. Dumoulin, 'De wettelijke regeling van het monistisch bestuursmodel voor de verenigingen en de stichting', *Ondernemingsrecht 2021/72*, afl. 10/11, p. 418-428.

De Leeuw, WPNR 2015/7056, p. 294-302

A.E. de Leeuw, 'Hoe effectief is de vermogensklem?', *WPNR 2015/7056*, p. 294-302.

Leferink, TvGR 2019, p. 122-133

B.M. Leferink, 'Cliëntenraden in positie?', *TvGR 2019*, afl. (43) 2, p. 122-133.

Leijten, Ondernemingsrecht 2019, p. 429-439

A.F.J.A. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht 2019/80*, afl. 8, p. 429-439.

Linders & Weusten, O&F 2017, p. 61-68

H. Linders & M. Weusten, 'Geen woorden, maar daden – waarom winstuitkering in de zorg (juist nu) belangrijk is', *O&F 2017*, afl. 1, p. 61-68.

Van Manen & Sauter 2015

J.W. van Manen & W. Sauter, '(Opheffen van) het verbod op winstuitkering en het EU-recht', in: H.J.J.M. Berden, L.G.H.J. Houwen & S.A. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015.

Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019

M. van Olffen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Onderzoek PrivaZorg 2019

Onderzoek PrivaZorg: Gezond vertrouwen, Utrecht: Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd 2019.

Oostwouder, O&F 2020, p. 5-24

W.J. Oostwouder, 'Verscherpt Kader goed bestuur in de zorg: schoenmaker(s), blijf bij je leest!', *O&F 2020*, afl. (28) 3, p. 5-24.

Overes, Ondernemingsrecht 2015, p. 517-525

C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht 2015/103*, afl. 15, p. 517-525.

Overes 2016

C.H.C. Overes, 'Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2016.

Overes, *Ondernemingsrecht* 2021, p. 456-465

C.H.C. Overes, 'De stichting op de schop', *Ondernemingsrecht* 2021/76, afl. 10/11, p. 456-465.

Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:285 BW

C.H.C. Overes, 'Art. 2:285 BW', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

Plomp 2011

E. Plomp, *Winst in de zorg: Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Polak 1956

J.M. Polak, *De wet op stichtingen*, IJmuiden: Vermande Zonen 1956.

Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* 2006

M.J.G. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Reijnen, *WPNR* 2013/6989, p. 791-797

T.F.H. Reijnen, 'Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie', *WPNR* 2013, afl. 6989, p. 791-797.

***Asser/Rensen 2-III* 2017**

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Rijpma & Van den Nouwland, *TOP* 2013, p. 77-80

S. Rijpma & J. van den Nouwland, 'Investeren in zorg, (on)mogelijkheden', *TOP* 2013, afl. 2, p. 77-80.

Van der Sangen 2015

G.J.H. van der Sangen, 'Privaatrechtelijke waarborgen bij financieringsmodellen in de zorg', in: H.J.J.M. Berden, L.G.H.J. Houwen & S.A. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015.

Van Schelven, *TvGR* 2021, p. 15-27

B.A. van Schelven, 'Het Toezichtkader Goed Bestuur: van toegevoegde waarde of gereed voor 'ontregeling'?', *TvGR* 2021, afl. (45) 1, p. 15-27.

Schwarz 2011

C.A. Schwarz, 'Het vermogen van de stichting en het uitkeringsverbod', in: L. Lennarts e.a. (red.), *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm* (p. 35-43), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Asser/De Serière 2-IV 2017

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Signalering: Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering 2019

Signalering: Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering, Utrecht: Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd & Nederlandse Zorgautoriteit 2019.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tweede Alliade-rapport 2019

Tweede onderzoek naar goed bestuur binnen de Zorggroep Alliade te Heerenveen, Utrecht: Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd 2019.

Van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting (IVOR nr. 112) 2018

M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Uchelen-Schipper, WPNR 2016/7124, p. 868-878

M.J. van Uchelen-Schipper, 'De raad van toezicht bij een zorgstichting binnen een groepsverband of samenwerkingsverband', *WPNR* 2016, afl. 7124, p. 868-878.

Van Uchelen-Schipper, MvO 2019, p. 69-77

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot sectorale regels en governancecodes voor stichtingen', *MvO* 2019, afl. 3-4, p. 69-77.

Uitbesteding extramurale AWBZ-zorg 2007

Uitbesteding extramurale AWBZ-zorg. Een onderzoek naar relaties tussen zorgaanbieders en uitbestedingsconstructies in de AWBZ, Nederlandse Zorgautoriteit 2007.

Uitkering van dividend door zorgaanbieders 2019

Uitkering van dividend door zorgaanbieders. Praktijkanalyse en effectenanalyse, Utrecht: SiRM & Finance Ideas 2019.

Van Veen 2012

W.J.M. van Veen, 'Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited', in: W.J.M. van Veen & C.H.C. Overes (red.), *Met recht betrokken, opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. van der Ploeg* (p. 377-400), Deventer: Kluwer.

Winst en gezondheidszorg 2002

Winst en gezondheidszorg, Zoetermeer: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2002.

Parlementaire stukken

Handelingen II 1955/56, p. 2131.

Kamerstukken II 1954/55, 3 463, 4.

Kamerstukken II 1987/88, 17 725, 18 (zesde NvW).

Kamerstukken II 2000/01, 27 659, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2000/01, 27 659, A.

Kamerstukken II 2000/01, 27 855, 2 (Nota).

Kamerstukken II 2001/02, 27 659, 7 (NV II).

Kamerstukken II 2003/04, 27 659, 16 (derde NvW).

Kamerstukken II 2003/04, 27 659, 17 (Verslag II).

Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XVI, 24 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 31 oktober 2003).

Kamerstukken II 2004/05, 27 659, 52 (Eerste kapitaallastenbrief, d.d. 8 maart 2005).

Kamerstukken II 2005/06, 29 689, 90 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 31 oktober 2003, d.d. 3 mei 2006).

Kamerstukken II 2006/07, 27 659 en 29 248, 84 (Brief van de minister en staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 9 juli 2007).

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 6 (NV II).

Kamerstukken II 2008/09, 32 012, 1 (Governancebrief, d.d. 9 juli 2009).

Kamerstukken II 2011/12, 33 168, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2011/12, 33 168, 4.

Kamerstukken II 2012/13, 32 402, 12 (derde NvW).

Kamerstukken II 2014/15, 33 822, 4.

Kamerstukken II 2014/15, 34 251, 4.

Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2016/17, 34 767, 3 (MvT).

Kamerstukken I 2017/18, 33 168, J.

Kamerstukken II 2017/18, 34 858, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2018/19, 34 767, 11 (tweede NvW).

Kamerstukken II 2018/19, 35 000 XVI, 133 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en van de secretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 9 juli 2019).

Kamerstukken II 2019/20, 23 235, 186, p. 1 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

Kamerstukken II 2019/20, 32 620, 238 (Brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Medische Zorg en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 17 oktober 2019).

Kamerstukken I 2019/20, 33 168, P (Brief van de minister voor Medische Zorg en Sport, d.d. 25 oktober 2019).

Kamerstukken I 2019/20, 34 767, C (MvA).

Kamerstukken II 2019/20, 34 767, 17 (derde NvW).

Kamerstukken II 2019/20, 34 767, 19, p. 4 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, d.d. 25 november 2019).

Kamerstukken I 2019/20, 34 768, A.

Kamerstukken II 2019/20, 34 768, 23.

Kamerstukken II 2019/20, 34 768, 17.

Kamerstukken I 2020/21, 34 491, C, p. 13 (MvA).

Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 957.

Aanhangsel Handelingen II 2012/13, 2032.

Aanhangsel Handelingen II 2016/17, 449.

Jurisprudentie

HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5779, NJ 2000/493 (*Geestelijk leider*)

HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, NJ 2005/127 m.nt. Maeijer (*Landis*)

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420, m.nt. Maeijer (*Bruil*)

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434, m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*)

HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8852, NJ 2011/352 (*Optas*)

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun I*)

HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, NJ 2018/377, m.nt. Van Schilfgaarde (*Holland Casino*)

Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*)

Hof Amsterdam (OK) 21 december 2005, JOR 2006/8 (*EVC*)

Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3172, JOR 2010/187 (*Zorgcentra De Betuwe*)

Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9903, JOR 2010/188 m.nt. Verburg (*Sherpa*)

Hof Amsterdam (OK) 19 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9692, JOR 2013/206 m.nt. De Mol (*Ilmarinen*)

Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4433, ARO 2014/183 (*Hofpoort Ziekenhuis*)

Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2859 (*Stichting Zorgorganisatie Niko*)

Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275, JOR 2017/128 (*Holland Casino*)

Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/210, m.nt. Bulten (*Intergamma*)

Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, RO 2018/32 (*Xeikon*)

Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, JOR 2018/211 m.nt. Leijten (*DeSeizoenen I*)

Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2099, *JOR* 2019/220 m.nt. Josephus Jitta (*PrivaZorg*)

Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. Bulten (*DeSeizoenen II*)

Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033, *ARO* 2020/122 (*SKU*)

Hof Den Bosch 8 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3758 *JIN* 2021/26, m.nt. Cornelissen (*Zorgpunt Thuiszorg*)

Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3621, *ARO* 2021/26 (*Multihulp*)

Rb. Zwolle-Lelystad 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB6625, *JOR* 2007/296 (*Tubanto*)

Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7368, *NJ* 2014/503 (*Vestia*)