

Het Toezichtkader Goed Bestuur: van toegevoegde waarde of gereed voor ‘ontregeling’?*

Mr. B.A. van Schelven**

1. Inleiding

De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) publiceerden op 6 juli 2016 hun Kader Toezicht op goed bestuur (Toezichtkader 2016).¹ In het Toezichtkader 2016 maken beide toezichthouders duidelijk wat ze ‘verwachten’ van het bestuur en het interne toezicht van zorginstellingen.²

De IGJ en de NZa publiceerden drie jaar later een ‘signalering’ waarin ze de noodklok luiden over (1) complexe bedrijfsstructuren in de zorg die bewust zouden worden gebruikt om wet- en regelgeving te omzeilen en (2) het feit dat de kaders voor goed bestuur en integere bedrijfsvoering slechts in beperkte mate zijn vastgelegd in publiekrechtelijke wet- en regelgeving.³ Deze signalering wekt de indruk dat het Toezichtkader 2016 niet voldeed en was bovendien voor de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (de Minister) reden om aan te kondigen dat hij het publiekrechtelijk toezicht op de governance van zorginstellingen wil versterken.⁴ De Minister lijkt hiermee te breken met de sinds januari 2015 door zijn departement gehuldigde opvatting dat regulering van de governance van zorginstellingen primair aan het veld is, welke opvatting ook ten grondslag lag aan de keuze van zijn ambtsvoorganger om destijds uitdrukkelijk af te zien van een eerder aangekondigd separaat wetsvoorstel Goed Bestuur.⁵

Het Toezichtkader 2016 is op 3 juli 2020 vervangen door het Kader goed bestuur (Toezichtkader 2020)⁶, waarbij het verschil met het Toezichtkader 2016 volgens de IGJ en de NZa bestaat in ‘wijzigingen in het thema interne toezicht.’⁷

* De tekst van dit artikel is op 5 september 2020 afgesloten.

** Bas van Schelven is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

1 Te raadplegen via puc.overheid.nl/nza.

2 In het Toezichtkader 2016 en 2020 wordt zowel de term ‘zorginstelling’ als ‘zorgaanbieder’ gebruikt. Dat heeft er mogelijk mee te maken dat de term ‘zorgaanbieder’ niet in de WTZi voorkomt. Ik gebruik in dit artikel uitsluitend vanwege de consistentie de term ‘zorginstelling’, waarmee ik zowel de normadressanten van de Wkkgz als de WTZi bedoel.

3 Bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 23235, nr. 179.

4 *Kamerstukken II 2018/19*, 23235, nr. 179.

5 *Kamerstukken II 2014/15*, 32012, nr. 23. Het in het voorjaar 2021 beoogde wetsvoorstel Wet integere bedrijfsvoering zorgaanbieders en art. 6-9 van de consultatieversie van het Uitvoeringsbesluit Wtza zijn de eerste uitvoeisels van deze koerswijziging (*Kamerstukken II 2019/20*, 34767, nr. 19 en Bijlage bij *Kamerstukken I 2019/20*, 34767 en 34768, D).

6 igi.nl, zoek op ‘kader goed bestuur’.

7 Toezichtkader 2020, p. 4.

In dit artikel onderzoek ik de rol die het Toezichtkader 2016 speelde in het toezicht van de IGJ op de governance van zorginstellingen en of het Toezichtkader 2020 de IGJ en de NZa voldoende handvatten biedt om te voorzien in de politieke en maatschappelijke wens tot een steviger extern sluitstuk op de governance van zorginstellingen. Ik bespreek hiertoe achtereenvolgens het Toezichtkader 2016, het Toezichtkader 2020 en de IGJ-rapporten over goed bestuur bij zorginstellingen Alliade, PrivaZorg en DeSeizoenen.⁸ Vervolgens concludeer ik dat het Toezichtkader 2016 slechts een marginale rol speelde in het toezicht van de IGJ en dat het onaannemelijk is dat dit anders wordt voor het Toezichtkader 2020. Ik sluit dit artikel af met een korte nadere probleemanalyse en enkele aanbevelingen die erop gericht zijn om de naleving van de Governancecode Zorg 2017 (Governancecode 2017) wettelijk te verankeren.

2. Toezichtkader 2016

2.1. Achtergrond

Het Toezichtkader 2016 is voor het eerst aangekondigd in het Beleidskader Goed Bestuur van de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) van 13 januari 2016 (Beleidskader).⁹ Het Toezichtkader 2016 wordt in het Beleidskader gekwalificeerd als een 'vervolg' op en 'nadere uitwerking van' het Beleidskader, waarin de IGJ en de NZa 'hun rollen en taken op het gebied van goed bestuur [expliciteren]', wat volgens beide toezichthouders nodig zou zijn 'voor de voorspelbaarheid en eenduidigheid van het externe toezicht'.¹⁰

In het Beleidskader staat dat er zeven 'belangrijke' wetten zijn waarin het kader voor goed bestuur is vastgelegd:¹¹

- Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz);
- Wet toelating zorginstellingen (WTZi);
- Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg);
- Jeugdwet;
- Wet normering topinkomens (WNT);
- Burgerlijk Wetboek (BW);
- Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz).

Het lijkt logisch dat deze wetten ook de grondslag voor het Toezichtkader 2016 vormen, maar dat kan niet gelden voor de WNT, het BW en de Wmcz, aangezien de IGJ noch de NZa door de wetgever is belast met toezicht op en handhaving van deze wetten.¹² Dan res-teren dus de Wkkgz, WTZi, Wmg en Jeugdwet. Van deze wetten biedt de Wmg echter ook

8 Ik kies deze rapporten vanwege de aandacht die deze casus in de politiek en media kregen. Over de casus PrivaZorg en DeSeizoenen zijn respectievelijk vier (*Aanhangsel II* 2018/19, 3422 en 2019/20, 408, 411 en 413) en drie (*Aanhangsel II* 2018/19, 1174 en 2019/20, 815 en 1990) sets aan Kamervragen gesteld. Wie op Google zoekt op 'PrivaZorg inspectie' of 'DeSeizoenen inspectie' vindt een veelheid aan berichten uit diverse media, zoals NRC, het Parool en RTL Nieuws.

9 *Kamerstukken II* 2015/16, 32012, nr. 35, p. 2.

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 32012, nr. 35, p. 2.

11 *Kamerstukken II* 2015/16, 32012, nr. 35, p. 3-4.

12 De IGJ houdt wel toezicht op de per 1 juli 2020 van kracht zijnde opvolger van de Wmcz, de Wmcz 2018.

geen grondslag, omdat die wet niet ziet op goed bestuur maar – kort gezegd – op het correct declareren van zorg.¹³ Of de Wkkgz, WTZi en Jeugdwet wel een grondslag kunnen bieden, is onduidelijk.¹⁴ De voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vond deze vraag in ieder geval te complex om in kort geding te kunnen beantwoorden.¹⁵ Hoe dan ook houdt de NZa geen toezicht op deze wetten. Ik ga er daarom hierna van uit dat het toezicht op goed bestuur in de zorg is belegd bij de IGJ en laat de NZa buiten beschouwing.¹⁶

2.2. Uitgangspunt

Het Toezichtkader 2016 heeft als uitgangspunt dat goed bestuur 'een belangrijke factor' is bij het bewaken van de publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg. De IGJ maakt in het Toezichtkader 2016 duidelijk wat zij 'verwacht' van het bestuur en interne toezicht van zorginstelling, waarbij zij de vigerende Zorgbrede Governancecode (Governancecode) als veldnorm gebruikt. Deze verwachtingen gelden voor alle zorginstellingen, ongeacht omvang of organisatiestructuur.¹⁷

2.3. Verwachtingen

Het Toezichtkader 2016 bevat voor de raad van bestuur verwachtingen op drie gebieden: gedrag en cultuur, systemen en resultaten van de zorgverlening. Een voorbeeld van een verwachting over gedrag is:¹⁸

'Het bestuur legt verantwoording af over beleid, kwaliteit, veiligheid, continuïteit en financiën. Die verantwoording vindt in ieder geval jaarlijks plaats in het jaarverslag, maar ook incidenteel voor interne en externe belanghebbenden. Het bestuur heeft oog voor de belangen van alle betrokkenen, zoals patiënten, cliënten en zorgverleners.'

Een voorbeeld van een verwachting over de systemen is:¹⁹

'Er is een vastgestelde visie op kwaliteit en veiligheid. Het bestuur heeft de verantwoordelijkheden op die gebieden duidelijk belegd. In de dagelijkse praktijk moet deze visie voelbaar en aantoonbaar zijn doordat zij bekend is bij medewerkers en doordat duidelijk is wie welke verantwoordelijkheden en bevoegdheden heeft.'

13 Meersma en De Jong signaleren dat dit op p. 18 van het Toezichtkader 2016 ook expliciet wordt erkend (K.D. Meersma & M. de Jong, 'Governance in de zorg: een actieve overheid gevraagd?', *ZiP* 2017/1, p. 23).

14 Zie kritisch J.G. Sijmons, 'Over de "open normen" van goed bestuur en handhaving na invoering van de Wkkgz', *TvGR* 2016, p. 90. De Jeugdwet wordt overigens niet genoemd in het Toezichtkader 2016.

15 ABRvS (vzr.) 17 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3607. Deze uitspraak gaat over het informatieverzoek van de IGJ aan de curatoren van MC IJsselmeerziekenhuizen BV in het kader van haar onderzoek naar de vraag of bij het failliete ziekenhuis sprake is geweest van onbehoorlijke financiële constructies.

16 Alle drie de in de par. 4 te bespreken rapporten zijn dan ook opgesteld door de IGJ, niet door de NZa en de NZa.

17 Toezichtkader 2016, p. 3. Hierdoor is de Governancecode ook van toepassing op zorgaanbieders die geen lid zijn van een van de brancheorganisaties die de Governancecode opstelden, te weten ActiZ, de Nederlandse ggz, NFU, NVZ en VGN.

18 Toezichtkader 2016, p. 8.

19 Toezichtkader 2016, p. 10.

Deze en de overige verwachtingen vormen grotendeels uiterst open en vage normen. Hetzelfde geldt voor de vier verwachtingen die het Toezichtkader 2016 bevat voor de raad van toezicht, zoals:²⁰

‘De raad van toezicht heeft zicht op de sturing van de organisatie vanuit het primaire proces. De raad van toezicht ziet toe op sturing, risico’s en gedrag van het bestuur van de zorgaanbieder. Om de juiste vragen te kunnen stellen aan het bestuur, moet de raad van toezicht beschikken over de stuurinformatie van de organisatie. Hij moet de risico’s en dilemma’s in de patiëntenzorg kennen en weten hoe de organisatie omgaat met klachten, incidenten en calamiteiten.’

2.4. Toezichtstrategie

In het Toezichtkader 2016 staat dat het toezicht op goed bestuur niet alleen is gericht op handhaving maar ook op het ‘agenderen, voorkomen of oplossen’ van ‘problemen in de zorg’. Het is de bedoeling dat door preventie en vroegtijdige maatregelen handhaving wordt voorkomen. Opvallend genoeg richt deze toezichtstrategie zich niet alleen op ‘illegaal’ – ik neem aan: onrechtmatig – gedrag maar ook op ‘legaal, maar schadelijk gedrag’.²¹ De wettelijke grondslag voor dat laatste is onduidelijk en naar mijn waarneming ook niet aanwezig. Bovendien ontbreekt enig normenkader waaruit blijkt wanneer volgens de IGJ sprake is van ‘legaal, maar schadelijk gedrag’.

Binnen deze toezichtstrategie is een belangrijk uitgangspunt het ‘vertrouwen’ dat een organisatie het publiek belang goed behartigt. Als de IGJ dit vertrouwen heeft, kan haar toezicht terughoudender zijn.²²

3. Toezichtkader 2020

3.1. Achtergrond

Het Toezichtkader 2020 vervangt na vier jaar het Toezichtkader 2016. In het Toezichtkader 2020 staat dat het verschil met het Toezichtkader 2016 bestaat in wijzigingen in het thema intern toezicht.²³ Waarom die wijzigingen nodig zijn wordt niet expliciet duidelijk gemaakt. Wel staat in het Toezichtkader 2020 dat een thema wordt aangescherpt als de IGJ voor het veld kansen ziet om te leren en te verbeteren.²⁴ Uit een interview van *Zorgvisie* met de IGJ over het Toezichtkader 2020 leid ik af dat de reden dat zij deze kansen op het thema intern toezicht ziet in ieder geval niet los kan worden gezien van de ontwikkelingen die ten grondslag liggen aan de in de inleiding genoemde ‘signalering’ van de IGJ en de NZA dat

20 Toezichtkader 2016, p. 13.

21 Toezichtkader 2016, p. 16.

22 Toezichtkader 2016, p. 16. Zie ook het door de IGJ op 9 oktober 2018 gepubliceerde ‘Afwegingskader vertrouwen’, dat als hulpmiddel dient voor inspecteurs als zij de afweging moeten maken of zij er vertrouwen in hebben dat het gedrag van een zorgaanbieder bijdraagt aan de goede zorgverlening (igj.nl, zoek op ‘afwegingskader vertrouwen’).

23 Toezichtkader 2020, p. 4.

24 Toezichtkader 2020, p. 4.

complexe bedrijfsstructuren in de zorg bewust zouden worden gebruikt om wet- en regelgeving te omzeilen.²⁵

3.2. *Uitgangspunt*

Het uitgangspunt van het Toezichtkader 2020 is ongewijzigd ten opzichte van het uitgangspunt van het Toezichtkader 2016: goed bestuur is 'een belangrijke factor' bij het bewaken van de publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg.²⁶ Wel is toegevoegd dat het zorgveld 'dit kader als richtinggevend [ziet]'.²⁷ Het is onduidelijk op basis waarvan de IGJ die feitelijke vaststelling maakt. De kritiek over toenemende regeldruk die de Nederlandse Vereniging van bestuurders in de zorg naar aanleiding van het Toezichtkader 2020 uitte, onderstreept die vaststelling in ieder geval niet.²⁸

3.3. *Verwachtingen*

Aan de verwachtingen die in het Toezichtkader 2020 gesteld worden aan het bestuur, is niets gewijzigd ten opzichte van het Toezichtkader 2016.

De verwachtingen voor de raad van toezicht zijn daarentegen integraal aangepast, waarbij in het algemeen van de raad van toezicht wordt verwacht dat hij naast het organisatiebelang ook steeds het maatschappelijk belang voor ogen moet houden en proactief in afstemming met het bestuur nieuwe maatschappelijke thema's moet agenderen.²⁹ Net als in het Toezichtkader 2020 zijn de verwachtingen grotendeels uiterst open en vaag, bijvoorbeeld:³⁰

'De raad van toezicht houdt toezicht op de kwaliteit van de zorgverlening en op de resultaten van de bedrijfsvoering. De raad van toezicht kijkt hierbij niet alleen terug, maar kijkt vooral vooruit naar kansen en risico's voor de organisatie. De raad van toezicht vormt een afgewogen en onafhankelijk oordeel en betreft hierin zowel de traditionele hard controls als de soft controls. Risico's ten aanzien van gedrag en cultuur in de hele organisatie zijn onderwerp van gesprek en staan regelmatig op de agenda.'

3.4. *Toezichtstrategie*

Aan de toezichtstrategie is in het Toezichtkader 2020 ten opzichte van het Toezichtkader 2016 eveneens niets veranderd. De IGJ richt zich dus nog steeds niet alleen op 'illegaal' gedrag, maar ook op 'legaal, maar schadelijk gedrag'.³¹ Daar dient zich net als in het Toezichtkader 2016 naar mijn waarneming geen wettelijke grondslag voor aan en het ontbreekt nog altijd aan enig normenkader waaruit blijkt wanneer de IGJ vindt dat sprake is van 'legaal, maar schadelijk gedrag'.

Verder staat in zowel het Toezichtkader 2020 als het Toezichtkader 2016 dat de IGJ door haar toezicht wil 'agenderen en stimuleren', maar dat ze ook beschikt over 'een arsenaal

25 Zorgvisie.nl, zoek op 'rvt eindigt muren instelling'.

26 Toezichtkader 2020, p. 4.

27 Toezichtkader 2020, p. 5.

28 'Zorgbestuurders gruwen van aangekondigd verscherpt toezicht', *FD*, 3 augustus 2020.

29 Toezichtkader 2020, p. 13-14.

30 Toezichtkader 2020, p. 13.

31 Toezichtkader 2020, p. 17.

aan bestuursrechtelijke instrumenten'.³² Dat impliceert dat het niet voldoen aan 'verwachtingen' kan leiden tot handhaving, althans het opleggen van een maatregel als verscherpt toezicht. Voor handhaving en het opleggen van maatregelen is een normschending nodig, maar in een interview met Skipr zegt de waarnemend inspecteur-generaal van de IGJ dat het Toezichtkader 2020 'niet normerend' is.³³ Als het Toezichtkader 2020 'niet normerend' is en dus geen normen bevat, valt niet goed in te zien welke rol het Toezichtkader 2020 kan spelen bij handhaving of het opleggen van een maatregel.³⁴

4. Drie rapporten over goed bestuur

Om zicht te krijgen op de manier waarop de IGJ zich in haar handelen door het Toezichtkader 2016 liet leiden, bespreek ik in deze paragraaf de rol van het Toezichtkader 2016 in drie recente rapporten waarin de IGJ het goed bestuur bij een zorginstelling toetst. Het gaat om de rapporten over Alliade uit maart 2019 (Alliade-rapport), PrivaZorg uit juni 2019 (PrivaZorg-rapport) en DeSeizoenen uit september 2019 (DeSeizoenen-rapport)³⁵, waarvan een inhoudelijk materiële bespreking overigens buiten het bestek van dit artikel valt.

4.1. *Alliade*

Het Alliade-rapport bevat de onderzoeksbevindingen van de IGJ naar drie transacties waarbij (de rechtsvoorganger van) Alliade in de periode 2008-2014 partij was en de 'financiële verhoudingen binnen de Zorggroep Alliade' in de periode 2008-2016.³⁶

In het hoofdstuk 'Toetsingskader' worden de Wkkgz, de WTZi, de Zorgbrede Governancecode 2010 (Governancecode 2010) en de statuten van Alliade genoemd.³⁷ Het Toezichtkader 2016 wordt niet genoemd, maar wel op vier andere plaatsen in het Alliade-rapport.

Ten eerste wordt het Toezichtkader 2016 geciteerd nadat de IGJ schrijft dat een zorginstelling op grond van artikel 3 Wkkgz moet zorgdragen voor een goede organisatie van de zorgverlening en dat goed bestuur en toezicht daar onlosmakelijk mee zijn verbonden. Het citaat luidt:³⁸

'Zorg, bestuur en toezicht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zorgverleners kunnen pas tot goede resultaten komen als het bestuur de voorwaarden op orde heeft.'

De (juridische) reden voor het invoegen van dit citaat wordt niet gegeven en is ook overigens onduidelijk.

32 Toezichtkader 2020, p. 19.

33 Skipr.nl, zoek op 'IGJ kapstok dialoog toezicht'.

34 Het Toezichtkader 2020 zou dan hoogstens een procedurele rol kunnen spelen in het toezicht van de IGJ op goed bestuur. De inhoud van het Toezichtkader 2020 wekt echter de indruk dat de IGJ een ambitieuzere rol voor zich ziet.

35 Alle rapporten zijn te raadplegen op toezichtdocumenten.igj.nl.

36 Alliade-rapport, p. 21.

37 Alliade-rapport, p. 11-15.

38 Alliade-rapport, p. 20.

De tweede keer dat het Toezichtkader 2016 wordt genoemd, is als de IGJ schrijft dat het cliëntbelang bij alle activiteiten van een zorgorganisatie leidend moet zijn en dat de daarmee 'onlosmakelijk' verbonden 'beginselen van behoorlijk bestuur' zijn 'verwoord' in onder meer het Toezichtkader 2016.³⁹

Ten derde wordt het Toezichtkader 2016 genoemd als de IGJ schrijft dat 'verschillende feiten uit het onderzoek relevant' zijn voor het 'beoordelen of aan de vereisten van artikel 3 Wkkgz en het gezamenlijk kader Toezicht op goed bestuur is voldaan'⁴⁰ (cursivering auteur). Het woord 'en' wekt de indruk dat de IGJ vindt dat uit het Toezichtkader 2016 autonome normen voortvloeien. Drie volzinnen later lijkt die gedachte echter alweer verlaten als de IGJ schrijft het Toezichtkader 2016 net als de Governancecode 2010 en parlementaire geschiedenis te 'hanteren' voor de invulling van de uit artikel 3 Wkkgz voortvloeiende 'algemene maatstaf voor hoe een zorgaanbieder zich dient te organiseren.'⁴¹ Deze invulling leidt tot de volgende, door de IGJ geformuleerde normen:

- 1 'Een zorgorganisatie dient dusdanig georganiseerd te zijn dat bij een overname eventuele risico's die voor de zorgverlening en de samenwerking een bedreiging vormen worden beheerst.'⁴²
- 2 'De essentie van goed organiseren van de zorg is om bij elke transactie te bewaken dat het belang van de zorg zoals kwaliteit en continuïteit voorop staat. Dat belang dient in het bijzonder bij strategische transacties goed onderbouwd en navolgbaar te zijn.'⁴³
- 3 'Een zorgorganisatie dient dusdanig georganiseerd te zijn dat bij een overname eventuele risico's die voor de zorgverlening een bedreiging vormen worden beheerst.'⁴⁴
- 4 'Een raad van bestuur van een zorgorganisatie dient het interne toezicht dusdanig te organiseren dat de raad van toezicht haar taken juist kan uitvoeren. In een situatie waarbij er sprake kan zijn van tegenstrijdige belangen neemt de waarde van een interne toezichthouder toe. De risico's van tegenstrijdige belangen binnen een zorgorganisatie dienen te worden beheerst. Het is de taak van een interne toezichthouder om toe te zien dat besluitvorming met tegenstrijdige belangen binnen een zorgorganisatie niet leidt tot een onaanvaardbaar risico voor goede zorg.'⁴⁵

De IGJ maakt niet duidelijk hoe deze normen zijn te herleiden tot het Toezichtkader 2016, de Governancecode 2010 en/of de parlementaire geschiedenis. Een analyse van de parlementaire geschiedenis van artikel 3 Wkkgz leert echter dat deze normen daar niet uit voortvloeien.⁴⁶ Ook zijn zij niet een-op-een terug te vinden in het Toezichtkader 2016 of de Governancecode 2010. Met wat lenigheid van geest kan voor normen 1 tot en met 3

39 Alliade-rapport, p. 43.

40 Alliade-rapport, p. 49.

41 Alliade-rapport, p. 49. Daarmee lijkt de IGJ het Toezichtkader 2016 te kwalificeren als een beleidsregel over de uitleg van een wettelijk voorschrift ex art. 1:3 lid 4 Awb. Zo bezien zou dan ook de inherente afwijkingsbevoegdheid uit art. 4:84 Awb daarop van toepassing zijn. Verder valt op dat de IGJ in de Governancecode 2010 niet alleen 'hanteert' om art. 3 Wkkgz in te vullen, maar op p. 57-58 ook zelfstandig aan de Governancecode 2010 toetst.

42 Alliade-rapport, p. 49.

43 Alliade-rapport, p. 50.

44 Alliade-rapport, p. 51.

45 Alliade-rapport, p. 52.

46 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 104-105.*

eventueel worden bepleit dat zij uit de tweede in het Toezichtkader 2016 genoemde systeem-norm voortvloeien,⁴⁷ maar artikel 3.1 lid 2 en 3 Governancecode 2010 biedt mijns inziens meer houvast.⁴⁸ Ten aanzien van norm 4 dient voor zowel het bestuur als de raad van toezicht uitsluitend de Governancecode 2010 zich als bron aan.⁴⁹

De IGJ concludeert dat alle vier de door haar geformuleerde normen zijn geschonden,⁵⁰ wat leidt tot het oordeel dat Alliade artikel 3 Wkkgz 'onvoldoende heeft nageleefd'.⁵¹ Het Toezichtkader 2016 wordt niet genoemd bij het trekken van deze conclusie.

4.2. PrivaZorg

Het PrivaZorg-rapport bevat de onderzoeksbevindingen van de IGJ naar het onttrekken van gelden uit de zorg door de PrivaZorg-aandeelhouders en de verwachting dat in de nabije toekomst opnieuw een omvangrijk geldbedrag uit de zorg zou worden onttrokken, waarmee mogelijk de kwaliteit en continuïteit van zorg in het geding zouden komen.⁵²

De IGJ beantwoordt in dit kader de volgende hoofdvragen:

- 1 'Is PrivaZorg (...) op zodanige wijze georganiseerd dat een en ander redelijkerwijs leidt tot het verlenen van goede zorg en de continuïteit ervan?'⁵³
- 2 'Voldoet PrivaZorg aan de vereisten van de [WTZi] ten aanzien van de onderwerpen verbod op winst oogmerk en waarborgen voor een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering?'⁵⁴

Deze hoofdvragen zijn opgeknipt in meerdere deelvragen.⁵⁵

In de paragraaf 'Toetsingskader' noemt de IGJ de Wkkgz en de WTZi als 'belangrijkste wetten waaruit het toetsingskader voor dit onderzoek bestaat', waarbij zij het Uitvoeringsbesluit WTZi (UB WTZi) als uitwerking van artikel 9 en 15 WTZi noemt. Hiernaast schrijft de IGJ dat de Richtlijn voor de Jaarverslaggeving RJ 655 (RJ 655), de Regeling verslaggeving WTZi (Regeling Verslaggeving) en het model-jaardocument waarnaar in RJ 655 en de Regeling Verslaggeving wordt verwezen 'van belang' zijn. Verder bestempelt de IGJ de Governancecode 2017, het Toezichtkader 2016 en diverse Kamerbrieven over Goed

47 'Van het bestuur wordt verwacht dat hij een operationeel integraal kwaliteitssysteem heeft voor het bewaken, beheersen en verbeteren van de kwaliteit van zorg, waaronder interne risicobeheersing, veilige melding van incidenten en interne audits vallen.' Toezichtkader 2016, p. 10.

48 Lid 2: 'Bij de vervulling van zijn taak richt de Raad van Bestuur zich naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden af.' Lid 3: 'De Raad van Bestuur is verantwoordelijk voor het beheersen van de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorgorganisatie en voor de financiering van de zorgorganisatie. De Raad van Bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de Raad van Toezicht.'

49 Art. 3.1 lid 4 over het informeren door het bestuur van de raad van toezicht, art. 3.3 en 4.5 over belangenverstrengeling. De eerste RvT-norm uit het Toezichtkader 2016 die bepaalt dat de raad van toezicht de Governancecode 2010 moet toepassen, is hier niet van toegevoegde waarde.

50 Alliade-rapport, p. 49-52.

51 Alliade-rapport, p. 53.

52 PrivaZorg-rapport, p. 4.

53 PrivaZorg-rapport, p. 4.

54 PrivaZorg-rapport, p. 5.

55 PrivaZorg-rapport, p. 4-5.

Bestuur als 'documenten' waaruit het toetsingskader 'verder' bestaat. Ook zijn diverse PrivaZorg-statuten en -reglementen betrokken 'in' het toetsingskader.⁵⁶

Bij het beantwoorden van de deelvragen toetst de IGJ aan de Governancecode 2017, de WTZi, het UB WTZi, de Regeling Verslaggeving en de RJ 655, maar niet aan het Toezichtkader 2016. De IGJ constateert bij alle deelvragen dat PrivaZorg normen onvoldoende naleefde, behalve ten aanzien van normen uit de Governancecode 2017 en UB WTZi die moeten voorkomen dat gelden oneigenlijk aan de zorg worden onttrokken.⁵⁷ Het Toezichtkader 2016 komt ook overigens niet meer terug in het PrivaZorg-rapport.

De IGJ beantwoordt vervolgens niet expliciet de twee in het begin van het PrivaZorg-rapport geformuleerde hoofdvragen, maar trekt de 'eindconclusie' dat PrivaZorg niet voldoet aan artikel 3 Wkkgz, omdat de '[kwaliteit] en continuïteit van zorg (...) onvoldoende [zijn] gewaarborgd door gebrek aan goed bestuur en intern toezicht in combinatie met onvoldoende financiële waarborgen'.⁵⁸ Het Toezichtkader 2016 wordt wederom niet genoemd bij het trekken van deze eindconclusie.

4.3. DeSeizoenen

Het DeSeizoenen-rapport bevat de onderzoeksbevindingen van de IGJ naar de zogeheten 'dienstenconstructie' van DeSeizoenen.⁵⁹ Deze dienstenconstructie betreft de ondersteunende diensten die Care Shared Service BV (CSS) leverde aan DeSeizoenen, zoals IT-diensten. DeSeizoenen en CSS zijn beide 100% dochter van WW Zorg Groep B.V. In de onderzoeksperiode bestond bovendien een personele unie tussen het bestuur van DeSeizoenen en CSS.⁶⁰ Vanwege deze inrichting van het bestuur en toezicht in combinatie met de dienstenconstructie wilde de IGJ beoordelen of bij DeSeizoenen sprake was 'van voldoende bestuurlijke en financiële randvoorwaarden voor het leveren van goede zorg'.⁶¹

De IGJ beantwoordt in dit kader de volgende hoofdvraag:

'Was de zorgverlening binnen DeSeizoenen in de periode 2016 t/m 2017 op zodanige wijze georganiseerd dat één en ander redelijkerwijs leidt tot het verlenen van goede zorg zoals vastgelegd in artikel 3 van de Wkkgz?'⁶²

Deze hoofdvraag is opgeknipt in drie deelvragen.

56 PrivaZorg-rapport, p. 7. De IGJ lijkt hiermee een onderscheid te hebben willen maken tussen formele wetten, materiële wetten, soft law / beleid en interne regels van PrivaZorg. Waarom het UB WTZi als AMvB dan in het rijtje formele wetten staat is onduidelijk, temeer omdat niet het UB WTZi maar de later genoemde Regeling Verslaggeving de 'uitwerking' van art. 15 is.

57 PrivaZorg-rapport, p. 35-43. Hierbij valt op dat de IGJ handelen uit 2013 toetst aan de Governancecode 2017, wat op gespannen voet staat met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel.

58 PrivaZorg-rapport, p. 43.

59 DeSeizoenen-rapport, p. 5.

60 DeSeizoenen-rapport, p. 5-7.

61 DeSeizoenen-rapport, p. 5.

62 DeSeizoenen-rapport, p. 5.

In de paragraaf ‘Kader wet- en regelgeving’ noemt de IGJ de volgende wet- en regelgeving als grondslag voor het onderzoek⁶³:

- WTZi;
- Uitvoeringsbesluit WTZi;
- Wkkgz;
- Wet langdurige zorg.

Separaat van dit rijtje worden in dezelfde paragraaf het Toezichtkader 2016, de Governancecode 2010 en 2017, de Regeling Verslaggeving en RJ 655 genoemd.⁶⁴

Bij het beantwoorden van deelvragen is getoetst aan normen uit de Governancecode 2010 en 2017, WTZi, UB WTZi, Regeling Verslaggeving en RJ 655, maar niet aan het Toezichtkader 2016. De IGJ constateert vervolgens bij alle deelvragen dat DeSeizoenen de getoetste normen onvoldoende naleefde, met uitzondering van het verbod op winstookmerk uit artikel 5 WTZi.⁶⁵ Het Toezichtkader 2016 komt ook in het DeSeizoenen-rapport overigens niet meer voor.

De IGJ concludeert vervolgens bij beantwoording van de hoofdvraag dat DeSeizoenen ‘onvoldoende voldeed’ aan artikel 3 Wkkgz. Die conclusie baseert zij op haar conclusies ten aanzien van de deelvragen.⁶⁶ Het Toezichtkader 2016 wordt ook dit keer niet genoemd bij het antwoord op de hoofdvraag.

5. Tussenconclusie: Toezichtkader 2016 speelde marginale rol in het toezicht van de IGJ

Uit paragraaf 4 blijkt dat de IGJ de wettelijke grondslag voor haar toezicht op goed bestuur zoekt in artikel 3 Wkkgz en de WTZi, waarbij artikel 3 Wkkgz een grotere rol speelt dan de WTZi. Verder blijkt dat het Toezichtkader 2016 in dat toezicht een marginale rol speelde en dat de IGJ voor invulling van de open norm uit artikel 3 Wkkgz zwaar leunt op de vigerende Governancecode.

Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat het Toezichtkader 2020 een belangrijkere rol gaat spelen dan zijn voorganger. Een eerste aanwijzing daarvoor is de uitspraak van de IGJ dat het Toezichtkader 2020 ‘niet normerend’ is. Ten tweede bevat het Toezichtkader 2020 uitsluitend een aanscherping van de ‘verwachtingen’ voor de raad van toezicht, terwijl niets in de Alliade-, PrivaZorg- of DeSeizoenen-rapporten erop wijst dat de IGJ niet uit de voeten kon met de ‘verwachtingen’ voor de raad van toezicht uit het Toezichtkader 2016. In alle drie de rapporten worden immers handelingen van de raden van toezicht betrokken bij het oordeel dat artikel 3 Wkkgz onvoldoende is nageleefd door de zorginstelling.⁶⁷ Het is daarom

63 DeSeizoenen-rapport, p. 6.

64 Het is onduidelijk waarom deze documenten niet in voornoemd rijtje zijn opgenomen. Dat zij geen materiele regelgeving vormen, lijkt in ieder geval niet de reden te kunnen zijn, aangezien de Regeling Verslaggeving een ministeriële regeling is.

65 DeSeizoenen-rapport, p. 13-16.

66 DeSeizoenen-rapport, p. 16.

67 Bijv. Alliade-rapport p. 53, PrivaZorg-rapport p. 40 en DeSeizoenen-rapport p. 14.

onwaarschijnlijk dat het Toezichtkader 2020 tot andere conclusies had geleid in de Alliade-, PrivaZorg en DeSeizoenen-rapporten.

Deze marginale rol van het Toezichtkader 2016 en 2020 in het toezicht van de IGJ is in mijn ogen ongerijmd met het overheidsbeleid om de zorg te 'ontregelen'.⁶⁸ Het Toezichtkader 2020 lijkt vanwege het zeer beperkte gewicht dat de IGJ erin de praktijk aan zal geven dan ook voor intrekking gereed te liggen.

6. Toezicht op goed bestuur: hoe dan wel?

6.1. Wettelijke verankering naleving Governancecode

De signalering van de IGJ en evidente politieke en maatschappelijke wens tot een steviger extern sluitstuk op de governance van zorginstellingen is wat mij betreft een werkelijkheid die niet kan worden genegeerd. Ik stel vast dat intrekking van het Toezichtkader 2020 echter niet in de weg hoeft te staan aan een solide reactie op die wens. In dat kader zou mijns inziens kunnen worden overwogen om een wettelijke grondslag te creëren voor de naleving van de Governancecode door zorginstellingen. Uit de Alliade-, PrivaZorg- en DeSeizoenen-rapporten blijkt immers dat de Governancecode de IGJ voldoende handvaten biedt om normerend op te treden tegen zorginstellingen die hun governance niet op orde zouden hebben. Bovendien heeft de Governancecode blijkens een recente evaluatie draagvlak in het veld.⁶⁹ Ook heeft het overgrote deel van de zorginstellingen de Governancecode geïmplementeerd in hun organisatie.⁷⁰ Tot slot wordt op deze manier een oplossing gecreëerd voor de uiterst wankel juridische grondslag waarop de IGJ de Governancecode op dit moment als veldnorm toepast.⁷¹

Het zou hierbij niet mijn voorkeur hebben om de Governancecode integraal in wet- of regelgeving op te nemen, maar enkel in wet- of regelgeving te verankeren *dat* zorginstellingen de Governancecode moeten naleven. Op deze manier wordt voorkomen dat governance in de zorg afhankelijk wordt van de (on)bereidheid en grillen van de wet- of

68 Het op 23 mei 2018 door de Minister van VWS, de Minister voor Medische Zorg en de Staatssecretaris van VWS gestarte actieplan '(Ont)regel de Zorg' beoogt de gelddruk in de zorg te verminderen. In de voortgangsbrief van 4 oktober 2019 schrijven de ministers en staatssecretaris dat zij ervan overtuigd zijn dat zij 'vol door moeten met de uitvoering van de gemaakt afspraken in het programma en er ook nog een tandje bovenop moeten doen'. (*Kamerstukken II 2019/20*, 29515, nr. 441, p. 1-2).

69 Innovatie en Advies Commissie, 'Good Governance: een gezamenlijke opgave – twee jaar ervaring met de nieuwe Governancecode Zorg', november 2019, p. 8. Te raadplegen via governancecodezorg.nl.

70 Veelal verplicht op basis van hun brancheorganisatielidmaatschap en/of zorginkoopcontracten. Het resterende deel heeft de Governancecode geïmplementeerd omdat de IGJ de Governancecode als veldnorm hanteert. Bovendien moeten zorgaanbieders met een WTZi-toelating op grond van art. 8a Regeling Verslaggeving in hun jaardocument verantwoording afleggen over de manier waarop het bestuur en raad van toezicht invulling geven aan de principes en bepalingen uit de Governancecode. Zie uitgebreid L.G.H.J. Houwen, 'Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voor bij?', *TvOB 2019/2*, p. 49-51.

71 De IGJ vindt die juridische basis ook zelf wankel (*Kamerstukken II 2018/19*, 23235, nr. 179, p. 2).

regelgever. Ook bestaat er op deze manier geen risico dat er een verschil bestaat tussen enerzijds wettelijke governance-normen en anderzijds de Governancecode.⁷²

Voor deze wettelijke verankering van de Governancecode dient zich een logische plek aan in de vorm van de volgend jaar in werking tredende Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza). Los van de parlementaire behandeling van zo'n aanpassing hoeft verankering in de Wtza in principe niet te leiden tot uitstel van inwerkingtreding van de wet, aangezien het overgrote deel van de zorginstellingen de Governancecode al in hun organisatie zullen hebben geïmplementeerd. Een overgangstermijn lijkt daarom niet noodzakelijk.

6.2. Bijkomende (grotere) verantwoordelijkheden veld en overheid

Met een wettelijke verankering van de Governancecode ontstaan naar mijn oordeel (grotere) verantwoordelijkheden voor zowel de opstellers van de Governancecode als de IGJ.

Voor de opstellers van de Governancecode bestaat deze (grotere) verantwoordelijkheid er mijns inziens in om de Governancecode regelmatig bij te werken op basis van de nieuwe inzichten en overtuigingen over governance in de zorg. Een goede stok achter de deur zou kunnen worden gecreëerd door opname van een dwingende periodieke evaluatiebepaling in de Governancecode.⁷³ Gelet op het algemeen verbindend karakter dat een wettelijke verankering van de Governancecode met zich brengt, ligt het voor de hand dat bij het bijwerken van de Governancecode de huidige kring van betrokken brancheorganisaties zo ruim mogelijk wordt uitgebreid. Een alternatief hiervoor zou kunnen zijn om naleving van de Governancecode te verplichten, tenzij een brancheorganisatie een alternatieve, eigen governancecode kent.⁷⁴

Voor de IGJ bestaat deze (grotere) verantwoordelijkheid er mijns inziens allereerst in om uiterst terughoudend om te gaan met de inzet van haar externe toezicht en handhaving. Dit betekent in mijn ogen concreet dat de IGJ (er nog scherper op moet toezien dat zij) haar externe toezicht en handhaving uitsluitend inzet als de governance van een zorginstelling het bieden van goede zorg aan cliënten of patiënten evident in het geding brengt en de interne toezichthouder, medezeggenschap en externe stakeholders van die zorginstelling geen verandering in de governance kunnen of willen bewerkstelligen.⁷⁵ Een tweede (grotere) verantwoordelijkheid voor de IGJ is de eenduidige uitleg en toepassing van de vele open en vage normen die de Governancecode bewust bevat. Een beleidsregel lijkt daarvoor ogenschijnlijk een voor de hand liggende oplossing, maar daarmee wordt de

72 De Brancheorganisaties Zorg uiten langs deze lijnen kritiek in hun reactie op de consultatieversie van het Uitvoeringsbesluit Wtza (Brief van BoZ aan de Minister van 20 juli 2020, p. 4; internconsultatie.nl, zoek op 'uitvoeringsbesluit wtza').

73 Hetgeen op p. 5 van de Governancecode 2017 onder het kopje 'Innovatie en implementatie van de code' staat, lijkt mij hiervoor te vrijblijvend.

74 Een voorbeeld is de ZKN Governance code van Zelfstandige Klinieken Nederland.

75 Vgl. p. 6 van het VWS-Beleidskader Goed bestuur (*Kamerstukken II 2015/16, 32012, nr. 35*). Goede zorg bieden aan cliënten en patiënten is het eerste en meest belangrijke principe van de Governancecode: 'De maatschappelijke doelstelling en legitimatie van de zorgorganisatie is het bieden van goede zorg aan cliënten.' Goede governance is volgens de inleiding van de Governancecode dan ook een randvoorwaarde voor 'goede zorg'. Het is dus geen doel op zich.

ambitie tot verminderen van de regeldruk door intrekking van het Toezichtkader 2020 direct weer tenietgedaan. Een ander risico is dat zo'n beleidsregel verwordt tot een afvinklijstje, terwijl de opstellers van de Governancecode 2017 daar juist bewust afscheid van hebben willen nemen.⁷⁶ Zo bezien, lijkt eerder een belangrijke rol weggelegd voor de door de opstellers van de Governancecode 2017 ingestelde Governance innovatie en adviescommissie om waar nodig duidelijkheid te scheppen.⁷⁷

7. Conclusie

De IGJ kende in haar toezicht op goed bestuur van zorginstellingen een uiterst beperkt praktisch gewicht toe aan het Toezichtkader 2016. Het is onaannemelijk dat dit wijzigt voor het Toezichtkader 2020. Met het oog op de ambitie van de overheid om de zorg te 'ontregelen' lijkt het Toezichtkader 2020 zodoende voor intrekking gereed.

Het Toezichtkader 2020 biedt de IGJ dan ook onvoldoende handvatten om te voorzien in de politieke en maatschappelijke wens tot een steviger extern sluitstuk op de governance van zorginstellingen. Wettelijke verankering van naleving van de Governancecode ligt in dat kader eerder voor de hand. Daarmee zou feitelijk weinig veranderen, aangezien op dit moment het overgrote deel van de zorginstellingen de Governancecode al in hun organisatie heeft geïmplementeerd en de IGJ de Governancecode reeds als veldnorm toepast. Het verschil zal zijn dat dit toezicht dan op een solide juridische grondslag rust, wat vanuit rechtsstatelijk oogpunt vanzelfsprekend de voorkeur verdient boven de huidige situatie. Bovendien vervalt nut en noodzaak om van overheidswege governance-wet- en regelgeving uit te vaardigen, waardoor de regeldruk voor zorginstellingen wordt verlicht en tegelijkertijd het risico wordt weggenomen op onduidelijkheid en/of spanning tussen enerzijds de Governancecode en anderzijds wet- en regelgeving over de governance van zorginstellingen. Dat laatste is in het belang van de IGJ, zorginstellingen en niet in de laatste plaats patiënten/cliënten. Het belang van de IGJ bestaat erin dat zij één duidelijk toetsingskader heeft. Verder bestaat het belang van de zorginstellingen erin dat zij haar tijd, energie en geld niet hoeven te besteden aan die onduidelijkheid en/of spanning. Deze tijd, energie en geld kunnen dan vervolgens worden besteed aan de zorgverlening aan patiënten/cliënten, wat vanzelfsprekend in hun belang is.

⁷⁶ Governancecode 2017, p. 4.

⁷⁷ Deze commissie heeft onder de Governancecode 2017 onder meer de rol van adviserende instantie 'over governancevraagstukken die verder reiken dan het niveau van individuele casuïstiek'. Governancecode 2017, p. 6.