

ARTIKELEN

Professionalisering van intern toezicht bij zorgaanbieders

Mr. dr. A.G.H. Klaassen*

1. Inleiding

In februari 2013 werd bekend dat de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) in vijf delen wordt opgeknipt.¹ Een van de onderwerpen uit het wetsvoorstel is de verbetering van het interne toezicht bij zorgaanbieders.² Het interne toezicht zal deel gaan uitmaken van het wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap zorg. Eind 2013 zal het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer worden voorgelegd.

Momenteel stellen de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en het Uitvoeringsbesluit WTZi (de zogenoemde Transparantie-eisen) eisen aan het interne toezicht van zorginstellingen.³ Daarnaast geeft de Zorgbrede Governancecode (ZGC) uit 2010 een richtinggevend normenkader voor goed toezicht. In artikel 40 van de 'oorspronkelijke' Wcz⁴ worden de eisen opgesomd die betrekking hebben op het toezichthoudend orgaan. In de memorie van toelichting (MvT) staat dat de eisen in de Wcz dienen ter versterking en professionalisering van het toezichthoudend orgaan.⁵ Relevante vragen zijn: Dienen de eisen, zoals geformuleerd in artikel 40, in het nieuwe wetsvoorstel te worden opgenomen of zijn er nog verbeteringen mogelijk? Zo ja, welke verbeteringen? Ik zal steeds een vergelijking maken met de Transparantie-eisen en de ZGC, waarbij ik me de vraag stel of de in het wetsvoorstel genoemde eisen voldoen aan de hiervoor genoemde doelen van versterking en professionalisering. Bij de beantwoording van deze vragen neem ik steeds de stichting als uitgangspunt, aangezien zij nog steeds de meest voorkomende rechtsvorm in de zorg is.⁶ De opzet is als volgt. Onderwerp van paragraaf 2 zijn de incidenten in de zorg en de gekozen oplossingen. Paragraaf 3 gaat in op de verplichting van een toezichthoudend orgaan. In paragraaf 4 behandel ik de taak van het toezichthoudend orgaan. Paragraaf 5 gaat over

* Ageeth Klaassen is universitair docent ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, sectie Handels- en ondernemingsrecht.

1 Zie de brief van 8 februari 2013 (Gezamenlijke agenda VWS 'Van systemen naar mensen'), bijlage bij *Kamerstukken I* 2012/13, 32 620, nr. C.

2 Op grond van art. 39 lid 1 Wcz gaat het om zorgaanbieders die (i) zorg doen verlenen door in de regel meer dan tien personen en (ii) rechtspersoonlijkheid bezitten.

3 Art. 7 lid 3 onderdeel c jo. art. 9 lid 1 onderdeel b WTZi en de Transparantie-eisen van art. 6.1. t/m 6.5 Uitvoeringsbesluit WTZi.

4 Art. 40 Wcz geldt niet voor academische ziekenhuizen. Zie art. 39 lid 2 Wcz.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 65. Een aantal van deze eisen wordt zodanig belangrijk gevonden dat dwingend recht noodzakelijk wordt geacht.

6 Het antwoord kan anders luiden wanneer de zorgaanbieder een andere rechtsvorm heeft dan de stichting. Dit geldt in het bijzonder als het over de bevoegdheden gaat, zie par. 5. Zie A.G.H. Klaassen: 'Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg', *TvGR* 2011, p. 378.

de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan. De eisen aan de samenstelling en de leden van het toezichthoudend orgaan zijn onderwerp van paragraaf 6. Het antwoord op de gestelde vragen en de aanbevelingen volgen in paragraaf 7.

2. Wat ging er mis?

Uit een aantal incidenten in de zorgsector blijkt dat het interne toezichthoudend orgaan in sommige gevallen is tekortgeschoten. Zowel bij interne conflicten als bij de veiligheid van patiënten bleef de raad van toezicht (RvT) te veel aan de zijlijn staan. In het Medisch Spectrum Twente stelde een medicijnverlaafde neuroloog jarenlang verkeerde diagnoses. Een patiënt overleed door een brand op de operatiekamer in het Twenteborgziekenhuis. In de IJsselmeerziekenhuizen werd geopereerd bij onzuivere lucht. Er was sprake van samenwerkings- en communicatieproblemen bij de afdelingen chirurgie en anesthesiologie in het Diaconessenhuis in Meppel. Riskante maagverkleiningsoperaties vonden plaats in het Scheper Ziekenhuis. Bij het Maasstadziekenhuis waarde te lang een bacterie rond. Vaak bleek de focus van de leden van de RvT meer gericht te zijn op de financiën en de strategie in plaats van de kwaliteit van zorg. Ook ontbrak de noodzakelijke kennis over het zorgproces.⁷ In andere gevallen werden strategische beslissingen genomen die niet in het belang van de cliënt waren. De zorggroep Zonnehuizen ging ten onder door een reeks fusies en slecht management. Orbis was in ernstige financiële problemen gekomen door de bouw van een futuristisch ziekenhuis. Bij Philadelphia waren de restauratiekosten voor het monumentale landgoed en bijbehorende kasteel te hoog. Het faillissement van Meavita ontstond door mislukte plannen voor een eigen digitaal televisiekanaal en tv-foonproject. De RvT bleef (te veel) op afstand of reageerde te laat op ontstane situaties.

De wetgever probeert op verschillende manieren de positie van het toezichthoudend orgaan te verbeteren. De eerste oplossing is een toezichthoudend orgaan verplicht te stellen. Het expliciteren van de (toezichts)taak van het toezichthoudend orgaan is de tweede oplossing. De derde oplossing is het vastleggen van de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan. Het toezichthoudend orgaan dient voldoende mogelijkheden te hebben om het bestuur deugdelijk te controleren en toezicht te houden op de organisatie van de zorgaanbieder. Daarbij moeten interne toezichthouders zich aanpassen aan de grotere rol en invloed op strategische beslissingen die van hen verwacht worden. Deze uitbreiding van bevoegdheden heeft tot gevolg dat hoge eisen worden gesteld aan de leden van het toezichthoudend orgaan.⁸ Vandaar dat artikel 40, als vierde oplossing, ook eisen stelt aan de samenstelling van het toezichthoudend orgaan.

3. Verplicht orgaan

Bij de nieuwe rol van zorgaanbieders hoort een goed en professioneel toezichthoudend orgaan.⁹ Artikel 40 lid 1 onderdeel a bepaalt: 'er is een orgaan dat tot taak heeft toezicht te

7 Zie A.G.H. Klaassen: 'Tekortschietend intern toezicht en de kwaliteit van zorg', *TvT* 2013, p. 57-68.

8 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 4, 9 en 10 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64.

9 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 65.

houden op het beleid van *het bestuur (...)* (cursivering: AGHK).¹⁰ Het wetsvoorstel lijkt hiermee te kiezen voor een zuiver raad van toezicht-model. In dit model is er naast het bestuur alleen een raad van toezicht (RvT) (waarbij het bestuur de dagelijkse leiding heeft dan wel deze overlaat aan een directie en zich meer met de algemene leiding bezighoudt). Door de woordkeuze 'het bestuur' is een raad van beheer-model onder het wetsvoorstel niet meer mogelijk. Bij dit laatste model fungeert het bestuur als toezichthoudend orgaan en oefent de directie de dagelijkse leiding uit.¹¹ Op grond van het wetsvoorstel kan het bestuur niet én verantwoordelijk zijn voor de bestuurstaak én de taak en de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan uitoefenen. Naar huidig recht is zowel onder het Uitvoeringsbesluit WTZi als onder de ZGC naast een raad van toezicht-model ook een raad van beheer-model toegestaan. Op grond van het huidige artikel 6.1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi is vereist dat er een orgaan is dat toezicht houdt op het beleid van de *dagelijkse of algemene leiding* (cursivering: AGHK) van de instelling. Volgens de ZGC is het raad van toezicht-model als bestuursmodel voor zorgorganisaties slechts het uitgangspunt, waardoor het raad van beheer-model ook tot de mogelijkheden behoort.¹² Indien de wetgever de mogelijkheid van een raad van beheer-model daadwerkelijk wil uitsluiten, zou dit duidelijker kunnen worden geformuleerd door te bepalen dat een zorgaanbieder een RvT dient te hebben. Met de nieuw gekozen formulering in de Wcz wordt in elk geval de vrijheid om de bestuursstructuur naar eigen inzicht in te richten beperkt.

Bovendien betekent de gekozen formulering van artikel 40 lid 1 onderdeel a dat het wetsvoorstel een zorgaanbieder ook niet de mogelijkheid geeft te kiezen voor een monistische bestuursstructuur.¹³ Bij dit model zijn bestuurders en toezichthouders verenigd in één orgaan. Het lijkt dat de dualistische bestuursstructuur, waarbij bestuur en toezicht formeel gescheiden zijn in twee afzonderlijke organen, het enige model wordt. Deze verplichte keuze lijkt mij niet nodig.¹⁴ Belangrijk is dat binnen een zorgaanbieder de taken bestuur en toezicht gescheiden worden uitgeoefend. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat deze twee taken in verschillende organen dienen te worden uitgeoefend. De kwaliteit van het toezicht is niet afhankelijk van de keuze voor een monistische of dualistische bestuursstructuur.¹⁵ De invulling van de toezichthoudende rol hangt primair af van degene die toezichthouder is.¹⁶ Het is niet de bedoeling, zoals blijkt uit het onderzoek bij de Jsselmee-

10 Dit kan een raad van toezicht (RvT) of een raad van commissarissen (RvC) zijn, afhankelijk van de rechtsvorm van de zorgaanbieder en zijn voorkeur. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 142.

11 Nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit WTZi, p. 25 (*Stb.* 2005, 575).

12 ZGC, Inleiding, p. 10.

13 Overigens laat art. 6.1 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi een monistische bestuursstructuur ook niet toe.

14 Zie ook C.H.C. Overes, 'De stichting en governance: bestuur en toezicht', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting: Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu 2011, p. 75.

15 Zie ook G.J.C. Rensen, 'De juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2010, nr. 42. Anders: RVZ, *Governance en kwaliteit van zorg*, Den Haag 2009, p. 36. Er is twijfel bij R. Goodijk, *Toezicht in semipublieke organisaties, Leren we van de misstanden?* (oratie Tilburg), 2011, p. 8 en p. 18 e.v.

16 Bij de nota naar aanleiding van het verslag van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, nr. 6, p. 17) is door de minister van Justitie opgemerkt dat er geen reden is een wettelijke uitwerking van het monistische bestuursmodel te onthouden aan andere rechtsvormen (bijvoorbeeld een stichting) indien de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Deze laatste voorwaarde is mijns inziens niet noodzakelijk. In dit geval moet de wet faciliterend zijn.

ziekenhuizen, dat de voorzitter van de RvT in feite gaat meebesturen.¹⁷ Het wetsvoorstel Wcz zou kunnen worden verbeterd door zorgaanbieders de keuzevrijheid te geven bij de vormgeving van de scheiding tussen bestuur en toezicht. Hiermee wordt de meeste ruimte geboden aan de gewenste professionalisering van de zorgsector.

4. Taak

Volgens artikel 40 lid 1 onderdeel a heeft het toezichthoudend orgaan tot taak: '(...) toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken *bij de zorgverlening* (cursivering: AGHK), en het bestuur met raad ter zijde te staan'. In vergelijking tot artikel 6.1 onderdeel a van het Uitvoeringsbesluit WTZi (algemene taakomschrijving) en artikel 4.1.1 van de ZGC (taakomschrijving in relatie tot het soort organisatie) lijkt het wetsvoorstel door de woordkeuze 'bij de zorgverlening' te willen benadrukken, dat het toezichthoudend orgaan het bewaken en bevorderen van kwaliteit van zorg als eerste prioriteit¹⁸ dient te beschouwen.¹⁹ Uit onderzoeken²⁰ bij het Medisch Spectrum Twente, het Scheper Ziekenhuis en het Maasstad Ziekenhuis bleek dat het toezichthoudend orgaan geen (of onvoldoende) toezicht hield op de kwaliteit van zorg. In het kader van professionalisering van het toezicht blijft het van belang dat het toezichthoudend orgaan toezicht houdt op *alle* taken van het bestuur.²¹ De kwaliteit van zorg is een van die taken. Wel mag van de RvT worden verwacht dat in geval van financiële problemen deze extra toeziet op het handelen van de RvB en op de continuïteit en kwaliteit van zorg die de zorgorganisatie levert, zo blijkt uit het Onderzoeksrapport bij Zonnehuizen.²²

De positie van het toezichthoudend orgaan zou nog kunnen worden versterkt door wettelijk vast te leggen in welk belang het toezichthoudend orgaan zijn taak moet uitoefenen.²³ Het Uitvoeringsbesluit WTZi bepaalt hierover niets. In de ZGC staat dat de RvT zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden afweegt.²⁴

17 Eindrapport commissie IJsselmeerziekenhuizen (commissie Kraaijeveld-Wouters), *Een ziekenhuis in de polders*, Lelystad 16 augustus 2002.

18 De IGZ heeft de taak van het toezichthoudend orgaan nader uitgewerkt in het Toezichtkader, Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, 2011, p. 18-19.

19 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64.

20 Rapport van de externe onderzoekscommissie MST over het (dis)functioneren van een medisch specialist en zijn omgeving, *En waar was de patiënt...?*, 2009 (Commissie Lemstra I); Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Vernieuwing op drift*, Onderzoek naar aanleiding van berichtgeving in april 2009 over calamiteiten bij maagverkleiningsoperaties in het Scheper Ziekenhuis Emmen, Den Haag 2011; Externe onderzoekscommissie MSZ, 'Oog voor het onzichtbare', *Onderzoek naar de uitbraak van de Klebsiella Oxa-48 bacterie in het Maasstad Ziekenhuis Rotterdam*, 2012. Zie ook *Een onvolledig bestuurlijk proces: hartchirurgie in UMC St Radboud, Onderzoek naar aanleiding van berichtgeving op 28 september 2005 over te hoge mortaliteit*, Den Haag 2008.

21 Zie ook Klaassen 2011, p. 379.

22 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, directie Markt en Consument, Onderzoeksrapport Stichting Zonnehuizen, oktober 2012, p. 10.

23 Een norm om het handelen van het toezichthoudend orgaan aan te toetsen is in het bijzonder van belang bij rechterlijke toetsing (bijvoorbeeld wanbeleid in het kader van enquêterecht).

24 Art. 4.1.3 ZGC.

Meer dan in de private sector dient het toezichthoudend orgaan²⁵ in de zorgsector rekening te houden met het maatschappelijk belang.²⁶ Reden hiervoor is dat instellingen grotendeels of uitsluitend beschikken over middelen die door wetgeving zijn bestemd voor het doel waarvoor zij zijn opgericht.²⁷ Een dergelijke norm is wenselijk omdat uit het rapport van de Algemene Rekenkamer blijkt dat elke toezichthouder hierop zijn eigen perspectief heeft.²⁸ Een duidelijke norm is ook noodzakelijk gezien het wetsvoorstel²⁹ om winstuitkeringen in de zorg toe te staan. Het is zowel voor een toezichthouder als voor de buitenwereld belangrijk vanuit welke invalshoek hij moet handelen. Alleen dan is duidelijk wat wordt verwacht van een toezichthouder. Ik pleit dan ook voor het opnemen van de volgende norm:³⁰ Bij de vervulling van hun taak richten de leden van het toezichthoudend orgaan zich naar het belang van de zorgaanbieder en de door hem in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden.³¹

5. Bevoegdheden

In het wetsvoorstel worden in artikel 40 lid 1 onderdeel e de onderwerpen opgesomd waaraan het toezichthoudend orgaan in ieder geval zijn goedkeuring dient te geven. Ik werk dit hierna per bevoegdheid uit. Het is de vraag of deze opsomming van bevoegdheden voldoende is, gezien vanuit het oogpunt van professionalisering en versterking van de positie van het toezichthoudend orgaan in een stichting.³²

Voordat ik nader inga op de toegekende bevoegdheden in artikel 40 lid 1 onderdeel e, eerst nog het volgende. Artikel 40 Wcz kiest in mijn ogen niet voor de meest voor de hand liggende wetstechniek door de bevoegdheden te laten opnemen in de statuten. Het gaat om dwingend recht. Het heeft dan de voorkeur om deze voorschriften in de wet zelf op te nemen.³³

Statutenwijziging. In het Uitvoeringsbesluit WTZi en de ZGC wordt niet gesproken over een goedkeuringsbevoegdheid van het toezichthoudend orgaan bij een statutenwijziging. Bij een stichting kan, indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen, het bestuur bevoegd

25 Dit geldt ook voor het bestuur. Zie Hof Amsterdam 21 september 2010, LJN BN6929, JOR 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman. Zie met name r.o. 4.5.

26 Zie hierover ook Plomp 2011, p. 351; Luursema e.a. 2003, p. 31. Anders: T.J. van der Ploeg, 'De juridische inkadering van de "maatschappelijke onderneming"', in: J.G. Sijmons e.a., *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg*, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer 2008, p. 122/123.

27 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 9.

28 Zie Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur in uitvoering*, Den Haag: 2008, p. 27.

29 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, nr. 2.

30 De tekst is bijna geheel ontleend aan art. 307e van het ingetrokken wetsvoorstel over de maatschappelijke onderneming en art. 31 Woningwet (nieuw), zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 2. Deze norm geldt dan ook voor bestuurders.

31 Zie ook art. 2.2.1 ZGC. De RvT keurt goed wie de belanghebbenden zijn van de zorgaanbieder.

32 De bevoegdheden kunnen bij een andere rechtsvorm bij een ander orgaan liggen, zoals de algemene vergadering. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 402, nr. 7, p. 67-68.

33 Zie ook Klaassen 2011, p. 374. Het is dan wel aan te bevelen dat de Wcz een bepaling gaat bevatten waarin staat dat de statuten aanvullende bepalingen kunnen bevatten over de taak en de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en van zijn leden. Vgl. art. 2:140/250 lid 3 BW.

zijn tot statutenwijziging.³⁴ In de statuten staan de meest elementaire organisatieregels. Het is dus van belang dat het toezichthoudend orgaan hierop toezicht houdt. De vereiste goedkeuring van het toezichthoudend orgaan bij een wijziging van de statuten van de zorgaanbieder zorgt ervoor dat het toezichthoudend orgaan ongewenste wijzigingen van de statuten kan tegenhouden. Deze bevoegdheid betekent een versterking van zijn positie.

Concentraties en huisvestingsplan. Het toezichthoudend orgaan krijgt in het wetsvoorstel een goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van bestuursbesluiten over concentraties³⁵ en huisvestingsplannen voor de lange termijn. Dit is niet voor niets. Ik verwijs naar Zonnehuizen, Orbis en Philadelphia. In het Uitvoeringsbesluit WTZi wordt hierover niets geregeld en artikel 4.1.2 ZGC bevat een uitgebreide opsomming van besluiten die in elk geval onderworpen zijn aan de goedkeuring van de RvT.

In het kader van het toezicht op het te voeren bestuursbeleid kan het van belang zijn dat toezichthouders hun goedkeuring geven aan belangrijke bestuursbesluiten. Het toezichthoudend orgaan kan kennis nemen van de strategie van het bestuur en zo nodig kan na een interne discussie de strategie worden aangepast. Mijns inziens is er op dit punt wel een verbetering mogelijk. Wat opvalt, is dat niet wordt aangeknoopt bij artikel 2:164 BW. In dat artikel wordt een overzicht gegeven van besluiten die aan de goedkeuring van de RvC bij een structuurvennootschap zijn onderworpen. De besluiten genoemd in artikel 2:164 BW kunnen ook relevant zijn voor zorgaanbieders. Ik noem bijvoorbeeld: het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon, het nemen van een deelneming, investeringen van een bepaalde omvang, voorstel tot ontbinding, aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling, beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van die werknemers. Ook artikel 4.1.2 ZGC bevat een uitgebreidere opsomming van bestuursbesluiten die aan de goedkeuring van de RvT zijn onderworpen. Overigens is artikel 4.1.2 ZGC niet identiek aan artikel 2:164 BW. De positie van het toezichthoudend orgaan zou nog meer versterkt worden als het aantal bestuursbesluiten dat onderworpen is aan goedkeuring van het toezichthoudend orgaan wordt aangevuld.

Benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van bestuurder. Voor een zorgaanbieder gaat gelden dat de statuten dienen te bepalen dat het toezichthoudend orgaan de besluiten neemt over het benoemen, schorsen, ontslaan en bezoldigen van de bestuursleden, indien het een stichting betreft. Het Uitvoeringsbesluit WTZi bepaalt hierover niets. De ZGC bepaalt wel uitdrukkelijk dat de RvT verantwoordelijk is voor deze bevoegdheden.³⁶

Het is een vooruitgang dat het wetsvoorstel bepaalt dat deze bevoegdheden in geval van een stichting altijd bij het toezichthoudend orgaan berusten. Dit is het orgaan dat inzicht moet hebben in de noodzakelijke bestuurssamenstelling. Overigens bleek bij IJsselmeerziekenhuizen, Philadelphia en Meavita dat de RvB onvoldoende voor zijn taak was bere-

34 Art. 2:293 BW.

35 Art. 40 lid 1 onder e 2 is gewijzigd door *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 253, nr. 2. Niet langer zijn fusies en overdrachten van de zeggenschap over de zorg of een onderdeel daarvan onderworpen aan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan maar concentraties als omschreven in de Mededingingswet.

36 Art. 3.2.2 ZGC, tenzij deze bevoegdheid bij de algemene vergadering berust. Bij een stichting is dat niet mogelijk.

kend.³⁷ Voor een evenwichtige bevoegdheidsverdeling (*checks and balances*) is het van belang dat de onder toezicht gestelde verantwoording moet afleggen aan de toezichthouder. Met de schorsings- en ontslagbevoegdheid wordt de toezichthouder in staat gesteld om in te grijpen. Bijvoorbeeld als dat voor de borging van de kwaliteit of veiligheid van de zorg noodzakelijk is.³⁸ Zonder sanctiemogelijkheden is het moeilijk om effectief toezicht uit te oefenen op het bestuur.³⁹ De bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging vloeit voort uit de bevoegdheid tot benoeming.⁴⁰ Op dit punt is geen verbetering of aanvulling nodig.

Benoeming, ontslag en bezoldiging van toezichthouder. Het wetsvoorstel bepaalt dat bij een stichting de toezichthouders worden benoemd en hun bezoldiging wordt bepaald door het toezichthoudend orgaan. Dit komt overeen met artikel 4.2.1 ZGC. Het Uitvoeringsbesluit WTZi bevat hierover geen voorschriften. Bij een stichting, waar andere toezichthouders (zoals leden en aandeelhouders) ontbreken, is dit een voor de hand liggende keuze. Het bestuur is in elk geval uitgesloten. Een systeem waarin de leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd door bestuurders is in strijd met een evenwichtige verdeling van bevoegdheden.⁴¹ De wet regelt niet wie bevoegd is tot benoeming bij oprichting – meestal wordt de benoeming geregeld in de akte van oprichting. Een regel hierover zou een gewenste aanvulling zijn.

Daarnaast kan op schriftelijk verzoek van het toezichthoudend orgaan⁴² de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (OK) een lid van het toezichthoudend orgaan ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak of wegens andere gewichtige redenen op grond waarvan er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het toezichthoudend orgaan niet zal voldoen aan het eerste lid, onderdeel b.⁴³ Het Uitvoeringsbesluit WTZi bevat hierover geen bepaling. Volgens de ZGC ontslaat de RvT de eigen leden.⁴⁴ Bij een stichting, waar andere toezichthouders (zoals leden en aandeelhouders) ontbreken, is deze bepaling een vooruitgang. Het probleem doet zich voor dat, als het toezichthoudend orgaan (of een van de toezichthouders) disfunctioneert en de statuten daarvoor geen voorziening bevatten, er niemand kan ingrijpen. In het kader van de onafhankelijkheid van het toezichthoudend orgaan is het begrijpelijk dat de rechter zijn oordeel geeft over een eventueel ontslag.

37 Zie Eindrapport commissie IJsselmeerziekenhuizen; CSZ, G.J.P. van Otterloo & Th.G.J.M. van de Burgt, *Onderzoek bij stichting 'Protestants-Christelijke Stichting Philadelphia Zorg'*, 15 december 2008; CSZ, G.M.W.M. de Keijser, *Rapportage oorzaken financiële problemen bij Meavita*, 12 mei 2009.

38 IGZ, Toezichtkader, Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, 2011, p. 18-19.

39 Zie ook M.A. Luursema, M.J.W. van Twist, F.A. Breemer, R.M. Timmerman & F. Gronheid, *Toekomst voor raden van toezicht?, Corporate governance in de publieke sector in vergelijkend perspectief*, Van Gorcum 2003, p. 34.

40 De RvT moet hierbij rekening houden met de Wet Normering Topinkomens.

41 Zie Asser/Rensen 2-III* 2012, nr. 345 (Rechtspersonenrecht, Overige rechtspersonen, Kluwer: Deventer 2012).

42 Naast het toezichthoudend orgaan kunnen ook het bestuur en de cliëntenraad dit verzoek doen. Overigens is het in mijn ogen onwenselijk dat het bestuur ook een dergelijk verzoek kan doen. Zie Klaassen 2011, p. 382.

43 Voor het geval alle leden van het toezichthoudend orgaan 'opstappen' is een regeling waarin staat op welke wijze moet worden voorzien in geval van ontstentenis van het toezichthoudend orgaan ook zinvol.

44 Zie art. 4.2.1 ZGC, tenzij het een bevoegdheid van de algemene vergadering betreft.

Profielschets. Het goedkeuren van de profielschets voor de leden van het toezichthoudend orgaan is een andere bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan die op grond van het wetsvoorstel dient te worden opgenomen in de statuten. Het Uitvoeringsbesluit WTZi kent niet de eis van een profielschets. De ZGC bevat hierover wel een aanbeveling.⁴⁵ Bij het opstellen van de profielschets kan er rekening mee worden gehouden dat ten minste één lid van de RvT zorgprofessional is (geweest). Specifieke deskundigheid over de sector en het zorgproces is essentieel binnen de RvT.⁴⁶

De profielschets wordt echter opgesteld door de zorgaanbieder. Voorkomen moet worden dat het bestuur invloed kan uitoefenen op zijn toezichthouders. Om die reden dient het toezichthoudend orgaan zelf, en niet de zorgaanbieder, te bepalen hoe het toezichthoudend orgaan samengesteld dient te zijn.⁴⁷ Een goedkeuringsbevoegdheid is in dit geval niet voldoende. Op dit punt wordt een wijziging aanbevolen omdat het wetsvoorstel niet leidt tot een versterking van de positie van het toezichthoudend orgaan.

Jaarrekening en decharge. Ook de goedkeuring van de jaarrekening door het toezichthoudend orgaan dient op basis van het wetsvoorstel in de statuten te worden opgenomen. Bovendien berust ook bij dat orgaan de verlening van een eventuele decharge. Over deze bevoegdheden bepaalt het Uitvoeringsbesluit WTZi niets. In de ZGC staat dat beide bevoegdheden bij de RvT berusten.⁴⁸

Bij een stichting komt de toezichthoudende taak van het toezichthoudend orgaan beter tot zijn recht indien het toezichthoudend orgaan deze bevoegdheden heeft. Toezicht kan niet worden uitgeoefend als er geen rekenschap wordt afgelegd over het functioneren van het bestuur.⁴⁹ Door deze verplichtingen legt het bestuur verantwoording af aan het toezichthoudend orgaan. Dit betekent een versterking van zijn positie. Ik beveel aan de term goedkeuren te vervangen door het woord vaststellen indien het een stichting betreft. Dit sluit beter aan bij Boek 2 BW.⁵⁰

De bevoegdheden die het toezichthoudend orgaan in het wetsvoorstel toebedeeld heeft gekregen passen bij een professionele uitoefening van zijn taak. Met deze bevoegdheden kan het toezichthoudend orgaan zijn verantwoordelijkheid waarmaken en hiermee wordt zijn positie versterkt. Men kan zich afvragen of niet kan worden volstaan met de bepalingen in de ZGC. In mijn ogen dienen de organisatiestructuur en de bijbehorende bevoegdheidsverdeling een wettelijke basis te hebben.⁵¹ Aan te bevelen is wel de wettekst op som-

45 Zie art. 4.2.8 ZGC.

46 RVZ 2009, p. 36; IGZ, *De vrijblijvendheid voorbij, Sturen en toezichthouden op kwaliteit en veiligheid in de zorg*, Staat van de gezondheidszorg 2009, Den Haag 2009, p. 42 en 43; Externe onderzoekscommissie MST 2009, p. 51. Zie ook J. Legemaate, *Verantwoordelijkheid nemen voor kwaliteit, Advies naar aanleiding van de aanbevelingen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg in haar rapport over de zaak van de Twentse Neuroloog*, Amsterdam 2009, p. 22.

47 Zie ook D. Mollema & B. Bier, 'Winstuitkeringen en enkele aspecten van toezicht bij zorgaanbieders', *Ondernemingsrecht* 2012, nr. 97.

48 Art. 4.1.2 ZGC en art. 3.2.2 ZGC, tenzij deze bevoegdheid (wettelijk) aan de algemene vergadering toekomt.

49 SER, *Ondernemerschap voor de publieke zaak*, Den Haag 2005, p. 59-60. Zie ook H. Beckman, 'Decharge en interne aansprakelijkheid', in: J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 261.

50 Zie art. 2:300 lid 3 BW. Indien het gaat om de andere rechtsvormen verwijs ik naar Klaassen 2011, p. 384.

51 Bij voorkeur in Boek 2 BW, zolang dat nog niet het geval is in sectorale wetgeving.

mige punten zodanig aan te passen dat ook wordt voldaan aan de eisen van een evenwichtige verdeling van bevoegdheden.

6. Samenstelling

De statuten van een zorgaanbieder dienen volgens artikel 40 lid 1 onderdeel b, c en d met het oog op het waarborgen van goed bestuur van de rechtspersoon zodanig ingericht te zijn, dat er eisen aan de samenstelling en de leden van het toezichthoudend orgaan worden gesteld.⁵² In een algemene maatregel van bestuur (AMvB) kunnen, volgens artikel 40 lid 3, nog nadere eisen worden gesteld aan de leden van het toezichthoudend orgaan. In het kader van de professionalisering is het niet vreemd dat aan een toezichthouder kwaliteitseisen worden gesteld. Een toezichthouder dient goede kennis en competenties te hebben, hij verstaat de kunde én de kunst van het toezien en is gekwalificeerd, aldus de IGZ.⁵³ Kwaliteitseisen zijn essentieel om tegenwicht aan bestuurders te kunnen bieden. Een verbetering van de kwaliteit van de leden van de RvT kan bijdragen aan het realiseren van verantwoorde zorg. Vraag is alleen of dit de juiste eisen zijn. Ik werk dit hierna uit per onderdeel.

Natuurlijke personen. Leden van het toezichthoudend orgaan kunnen uitsluitend natuurlijke personen zijn, zo bepaalt onderdeel b. Dit is een nieuwe eis in vergelijking met artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi en de ZGC. De eis dat leden van een toezichthoudend orgaan natuurlijke personen zijn, is volgens mij vanzelfsprekend. In Boek 2 BW is dit alleen bepaald voor de NV en BV⁵⁴, maar niet voor de stichting. Een toezichtsfunctie vereist naar zijn aard een persoonlijke taakvervulling.⁵⁵

Geen persoonlijk belang In onderdeel b staat verder dat de leden geen persoonlijk belang hebben bij de zorgverlening. Deze eis staat niet in het Uitvoeringsbesluit WTZi. Wel stond in artikel 6.1 lid 1 (oud) Uitvoeringsbesluit WTZi het volgende: 'b. de leden van het toezichthoudend orgaan hebben geen directe belangen bij de instelling, bijvoorbeeld als directeur, werknemer of beroepsbeoefenaar die zijn praktijk voert in de instelling'. In artikel 4.5 ZGC staat dat belangenverstrengeling moet worden vermeden. De zorgaanbieder dient te worden beschermd tegen het risico dat een toezichthouder bij zijn handelen een persoonlijk belang laat prevaleren. Deze eis bevordert een professionele taakuitoefening. Dit kan echter per zorgaanbieder verschillen. Daarom is het goed dat de wet de norm vastlegt⁵⁶ en de invulling daarvan bij AMvB (of ZGC) kan geschieden. Hierin kunnen omstandigheden worden genoemd wanneer sprake is van mogelijke belangenconflicten.

Onafhankelijk en kritisch. Leden van het toezichthoudend orgaan moeten ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren, zo bepaalt onderdeel b. Dit staat ook in artikel 6 lid 1 onderdeel b Uitvoeringsbesluit WTZi

52 Deze eisen gelden ook voor toezichthouders die benoemd zijn op grond van het bindende voordrachtsrecht.

53 IGZ 2009, p. 42.

54 Zie art. 2:140/250 lid 1 BW.

55 Zie ook *Kamerstukken II 1983/84*, 16 631, nr. 6, p. 17 en art. 2:129a lid 1 BW.

56 Aan te bevelen is duidelijkheid te scheppen over de sanctie als de norm wordt overtreden. Zie Rensen 2010, nr. 42.

en artikel 4.4.1 ZGC, al ligt in die bepalingen de nadruk op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan als geheel en niet op het individuele lid. Onafhankelijkheid is essentieel voor het onderzoeken, bevragen, beoordelen en ingrijpen.⁵⁷ Daarom is deze eis belangrijk in het kader van professionalisering.

In een AMvB zal worden opgenomen dat toezichthouders geen bestuurder kunnen zijn bij dezelfde zorgaanbieder en geen bestuurder of toezichthouder bij een rechtspersoon in dezelfde groep. Ook werknemers of opdrachtnemers kunnen geen toezichthouder zijn, zo staat in de nota naar aanleiding van het verslag.⁵⁸ Het lijkt mij een goede zaak dat alleen de norm in de wet komt te staan. Voor de onafhankelijkheidscriteria kan ook worden verwezen naar de ZGC.⁵⁹ De situaties kunnen per zorgaanbieder en per tijdsperiode verschillen. In die gevallen kan het toezichthoudend orgaan de afweging zelf maken. Bijzondere omstandigheden kunnen een rechtvaardiging zijn om van de ZGC af te wijken.

Voldoende leden. Onderdeel c schrijft voor dat in de statuten moet staan dat het toezichthoudend orgaan bestaat uit ten minste drie leden. Het Uitvoeringsbesluit WTZi en de ZGC zeggen niets over het aantal leden. De eis van ten minste drie leden is bedoeld om te waarborgen dat belangrijke afwegingen van het toezichthoudend orgaan in een dialoog door meerdere personen kunnen worden voorbereid en gemaakt, zo staat in de MvT. Dit waarborgt tevens dat in geval van ontstentenis van één van leden de toezichthoudende functie kan blijven worden uitgeoefend.⁶⁰ Eén toezichthouder zou simpelweg te weinig zijn om een professionele taakuitoefening te kunnen waarborgen. Een regeling in het geval van ontstentenis van alle leden zou nog een zinvolle aanvulling kunnen zijn.

In staat tot goede taakvervulling. Onderdeel d bepaalt dat statutair gewaarborgd dient te zijn dat de leden van het toezichthoudend orgaan in staat zijn tot een goede taakvervulling. Ook hier lijkt weer te gelden dat een individueel lid hieraan moet voldoen. In het Uitvoeringsbesluit WTZi wordt hierover niets bepaald. In artikel 4.2.2 ZGC staat een vergelijkbare zinsnede: 'De Raad van Toezicht dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen.'

In mijn ogen gaat het niet alleen om deskundigheid van de toezichthouder, maar ook om zijn geschiktheid.⁶¹ Een toezichthouder dient ook tijd te hebben om zijn taak naar behoren te vervullen, zo blijkt uit de nota naar aanleiding van het verslag. Er kan bijvoorbeeld een beperking worden gesteld aan het aantal nevenfuncties.⁶² Hiermee voldoet het wetsvoorstel aan de toezegging van de minister die is gedaan in debatten over diverse casus dat het aantal nevenfuncties van leden van het toezichthoudend orgaan beperkt zou moeten zijn.⁶³ Er is voor gekozen geen concreet aantal te kiezen, zodat zorgaanbieders dit zelf kunnen beoordelen.⁶⁴ Hiermee kan ik instemmen. Dit is afhankelijk van de persoon. Onder deze

57 *Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 3, p. 143.*

58 *Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 6, p. 76.*

59 Bijvoorbeeld art. 4.4.3, art. 4.4.4 en art. 4.4.5.

60 *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.*

61 Zie *Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 2* over de wijziging van de eis van deskundigheid in geschiktheid voor beleidsbepalers in de zin van de Wet op het financieel toezicht.

62 *Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 6, p. 75.*

63 *Kamerstukken II 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 10.*

64 In artikel 2:297b BW staat wel een concreet aantal.

eis valt ook de periodieke bijscholing die noodzakelijk is voor de toezichthouder om zijn belangrijke taak goed te vervullen.⁶⁵ In de ZGC is geregeld dat leden van een toezichthoudend orgaan na hun benoeming een introductie- of scholingsprogramma volgen en dat het toezichthoudend orgaan jaarlijks beziet welke training of opleiding verder nodig is.⁶⁶ Dit kan worden gezien als een uitwerking van deze bepaling in het wetsvoorstel.

Met de norm 'in staat tot een goede⁶⁷ taakvervulling' biedt de wet de basis voor het kunnen stellen van professionele eisen aan toezichthouders. De vereiste competenties van een toezichthouder zullen worden bepaald door het soort zorgaanbieder en de samenstelling van het toezichthoudend orgaan. In mijn ogen kan de invulling van de norm beter worden overgelaten aan een AMvB of de ZGC.

De hiervoor beschreven eisen zorgen voor een bewustwording aan welke eigenschappen een capabele toezichthouder moet voldoen. Het vastleggen van deze competenties zal de professionaliteit bevorderen. De tijd dat toezichthouden een erebaantje was, is met het voldoen aan deze eisen wel voorbij. Men kan zich afvragen of een aantal van deze eisen, die ook in de ZGC staan, in de wet moet komen. Aangezien in het wetsvoorstel in mijn ogen een juiste balans is gevonden tussen de vastlegging van de norm (die zal in de wet moeten komen te staan en niet in de statuten, zoals het wetsvoorstel voorschrijft) en de uitwerking van de norm in een AMvB of in de sectorale governance code (de ZGC), kan ik mij hierin vinden.

7. Slot

De vragen die in deze bijdrage aan de orde kwamen, zijn: Dienen de eisen, zoals geformuleerd in artikel 40 van de Wcz, in het wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap te worden opgenomen of zijn er nog verbeteringen mogelijk? Zo ja, welke verbeteringen? In het algemeen kan worden gezegd dat de eisen in artikel 40 voor de zorgsector een waardevolle aanvulling betekenen op de huidige regels van intern toezicht.

In de eerste plaats leiden de eisen tot een versterking van het interne toezicht. De toekenning van de bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan resulteert in een evenwichtig geheel van de (minimale) voorwaarden waaraan het interne toezicht binnen een zorgaanbieder moet voldoen. Hiermee komt de rol van het toezichthoudend orgaan die het moet vervullen ten opzichte van het bestuur geheel tot zijn recht. De eisen leveren in de tweede plaats ook een positieve bijdrage aan de professionalisering van toezichthouders. Op de eisen die worden gesteld aan de samenstelling en de leden van het toezichthoudend orgaan is weinig aan te merken. Met de gestelde eisen is een balans gevonden tussen algemene normen en de invulling van die normen. Artikel 40 geeft een zodanige basisregeling dat daarbij recht wordt gedaan aan de diversiteit van zorgaanbieders. De eisen beantwoorden in dit opzicht aan hun doel.

Op een paar punten kunnen de eisen in mijn ogen worden verbeterd. Belangrijk is dat de wet zelf de voorschriften dient te gaan bevatten in plaats van een aanpassing van de statu-

65 Zo vindt de minister, *Kamerstukken II 2010/11*, 32 402, nr. 6, p. 76.

66 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 402, nr. 6, p. 76.

67 Vervanging van de term 'goede' door 'behoorlijke' zou beter aansluiten bij Boek 2 BW.

ten te eisen. Daarnaast zijn enkele wijzigingen in de wettekst gewenst, aangezien niet steeds wordt voldaan aan de eisen van een evenwichtige verdeling van bevoegdheden. Een andere verbetering is dat het nieuwe wetsvoorstel zou moeten toestaan dat de zorgaanbieder kan kiezen voor een monistisch bestuursstelsel. Daarnaast is aan te bevelen een bepaling op te nemen over het belang waarnaar de toezichthouders zich moeten richten bij hun toezichtstaak.

Tot slot nog een relativerende opmerking. Het wetsvoorstel zal niet dé oplossing zijn voor alle toezichtsproblemen. Goed toezicht laat zich niet alleen in regels vangen. Het gaat uiteindelijk ook om het gedrag van de toezichthouders.⁶⁸

68 Zie ook Goodijk 2011, p. 9 en J.J. van Beek & M. Hübner, *Toezicht in de zorgsector; Een balancerend evenwicht*, Achtergrondstudie bij het advies Governance en Kwaliteit van Zorg, Utrecht 2008, p. 25.