

## TOEZICHT OP UITBESTEDINGSRELATIES IN DE ZORGSECTOR

### Maatschappelijk belang / doel

Kwalitatief goede, veilige, toegankelijke en betaalbare zorg is een blijvend streven in Nederland. Belangrijk is dat die zorg verleend wordt vanuit een gezonde organisatie. Om dit te waarborgen worden eisen gesteld aan de inrichting van zorgorganisaties, zoals het hebben van een toezichthoudend orgaan. In dit artikel stel ik de effectiviteit van het intern toezicht bij zorgondernemingen aan orde. De reden is dat in een veelgebruikte juridische structuur in de zorgsector het toezichthoudende orgaan in een positie verkeert waarin het -zonder nadere afspraken- niet over adequate handvatten beschikt.

Voor een goed begrip van het speelveld schets ik twee veel voorkomende juridische structuren in de zorgsector. Ik ga op hoofdlijnen in op de (on)mogelijkheid om als zorginstelling winst uit te keren. Vervolgens duid ik de herkomst van een niet goed geëquipeerd toezichthoudend orgaan. Daarna geef ik drie mogelijke oplossingen om dat toezichthoudend orgaan meer handvatten te geven, waarbij ik een vergelijking maak met de pensioensector.

### Juridische structuren in de zorgsector

Zorgorganisaties die zorg verlenen op basis van een (eigen) toelating conform de Wet toelating zorg (**WTZi**), kennen ten minste één rechtspersoon in de structuur die als toegelaten instelling conform de WTZi kwalificeert. Aan de statuten van deze rechtspersoon worden eisen gesteld vanuit de WTZi en vanuit overige sectorale wet- en regelgeving. De toegelaten instelling is ook de rechtspersoon binnen de structuur die contracteert met bijvoorbeeld zorgverzekeraars.

Indien de zorgorganisatie bestaat uit verschillende rechtspersonen, is de toegelaten instelling vaak gepositioneerd aan de top van de structuur. De toegelaten instelling is -direct of indirect- enig aandeelhouder van diverse besloten vennootschappen vanuit waar de daadwerkelijke zorg wordt verleend, de ondersteunende diensten worden verricht en mogelijk het vastgoed wordt verhuurd.

### Reikwijdte van het toezicht vanuit een toegelaten instelling

Het toezichthoudend orgaan is gepositioneerd in de toegelaten instelling en heeft als kerntaak het houden van toezicht op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de zorginstelling. Indien de zorginstelling uit verschillende rechtspersonen bestaat, overstijgt de toezichthoudende taak de grenzen van de rechtspersonen waaruit de organisatie juridisch gezien is gevormd. De reikwijdte van het toezicht wordt derhalve bepaald door de aard van de onderneming of instelling<sup>1</sup> [●]. Het uitgangspunt dat de toezichthoudende taak zich uitstrekt over het gehele zorgconcern wordt bevestigd door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (hierna: inspectie)<sup>2</sup>. De inspectie gaat vanuit technisch oogpunt zelfs een stap verder. Zij geeft aan dat toezicht dat getrapd via de aandeelhoudersrelatie is vormgegeven, onvoldoende is. Het toezichthoudend orgaan zou rechtstreeks op de kleindochtervennootschappen moeten toezien<sup>3</sup>.

De zorgsector kent een andere veel geziene structuur. Een type structuur die vanuit juridische optiek meer vragen oproept dan de hiervoor beschrevene. Deze structuren ontleen hun bestaansrecht hoofdzakelijk aan het verbod op winstuitkering voor bepaalde zorginstellingen. Dat zet ik hieronder op hoofdlijnen uiteen.

### (On)mogelijkheid tot winstuitkering en onderscheid intramurale- en extramurale zorg

De aard en wijze van financiering van zorginstellingen wordt in belangrijke mate bepaald door de aard van de zorg die wordt verleend. Van oudsher bestaat een onderscheid tussen intramurale en extramurale zorgverlening. Een onderscheid dat de mogelijkheid op winstuitkering door de zorginstelling bepaalt. Grofweg

<sup>1</sup> Uitwerken Als aard van de onderneming het uitgangspunt is, hoe ga je dan om met een deelneming die een totaal andere activiteit uitoefent? Of is de reikwijdte van het toezicht 'rechtspersoon-overschrijdend' en strekt het zich ten minste uit over alle rechtspersonen waarin de rechtspersoon waarin het toezichthoudend orgaan gepositioneerd is –indirect- een belang heeft? En zo ja, hoe groot dient dit belang minstens te zijn?

<sup>2</sup> Rapportage tweede onderzoek naar goed bestuur binnen de Zorggroep Alliage te Heerenveen.

<sup>3</sup> Opmerkelijk omdat artikel 2:239 lid 3 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat besluiten van het bestuur van besloten vennootschappen slechts bij of krachtens de statuten kunnen worden onderworpen aan een orgaan van de vennootschap. De raad van toezicht van de topstichting is geen orgaan van de onderliggende BV's en kan juridisch technisch niet rechtstreeks toezicht houden. Bij Alliage is aan de aanwijzing van de inspectie tegemoet te komen door de rol van het toezichthoudend orgaan (die aan de top van de structuur is gepositioneerd) bij de onderliggende BV's, als onderdeel van de organisatie -via de statuten van die onderliggende BV's- te duiden. Voor stichtingen geldt niet een beperking die vergelijkbaar is met 2:239 lid 3 Burgerlijk Wetboek.

kan worden gesteld dat instellingen die intramurale zorg verlenen geen winst kunnen uitkeren en instellingen die extramurale zorg verlenen wel winst kunnen uitkeren<sup>4</sup>. De behoefte aan het aantrekken van risicodragend kapitaal door beide typen zorgverleners verschilt in beginsel niet. Vanuit financieel oogpunt is er geen ratio om risicodragend kapitaal in de vorm van eigen vermogen ter beschikking te stellen aan een zorginstelling die geen winst kan uitkeren. Hierom worden structuren gecreëerd die het financieel aantrekkelijk maken om wel te investeren in onderscheiden onderdelen van zorginstellingen. Ik noem ze alternatieve structuren.

### **Alternatieve juridische structuren in de zorgsector**

Ik ga niet in op de wenselijkheid van deze structuren in algemene zin en ook niet op de rol van de overheid op beleidsvormend terrein rondom deze alternatieve structuren. Ik wil graag één aspect van deze structuren aan de orde stellen en dat betreft de effectiviteit van het intern toezichthoudend orgaan op de zorgonderneming. Hieronder geef ik eerst weer hoe deze alternatieve structuren in de basis zijn vormgegeven. Vervolgens ga ik in op de wijze waarop het interne toezicht wordt ingericht en maak daarbij een vergelijking met de pensioensector.

Ik definieer de alternatieve structuur als één structuur, maar in de basis bestaat de alternatieve structuur uit twee onderdelen die rechtspersonenrechtelijk niet met elkaar verbonden zijn. In mijn voorbeeld zijn dit een stichting enerzijds en een holding met daaronder drie werkmaatschappijen anderzijds. De stichting is de toegelaten instelling conform de WTZi. De respectieve werkmaatschappijen verlenen zorg, verrichten ondersteunende diensten, verhuren vastgoed. Bestuurders van de stichting zijn ook bestuurder en aandeelhouder van de holding. Het toezichthoudend orgaan is gepositioneerd in de stichting. De stichting contracteert met zorgverzekeraars en besteedt de zorgverlening en ondersteunende diensten uit aan de werkmaatschappijen. Ook het vastgoed wordt door de stichting gehuurd van een van de werkmaatschappijen. De werkmaatschappijen ontvangen van de stichting een -markconforme- vergoeding en via de holding kan winst worden uitgekeerd aan de aandeelhouders.

#### **Vraag 1**

Het is de vraag of het toezicht binnen de stichting zich ook uitstrekt over de holding en de werkmaatschappijen. Een vraag die normaliter bij twee separate structuren niet snel gesteld wordt. Maar gezien de oorspronkelijke gedachte van de wetgever<sup>5</sup> het feit dat het primaire proces door de BV-tak wordt uitgevoerd, is het in deze opzet naar mijn idee een legitieme vraag. Omdat het toezichthoudend orgaan geen orgaan van de besloten vennootschappen is, kan vanuit de besloten vennootschap -via een rechtspersonenrechtelijke relatie- het toezicht niet worden verankerd. Vanuit de stichting is dit ook niet mogelijk -bijvoorbeeld via een rechtspersonenrechtelijke of bestuurlijke band.

#### **Vraag 2**

Vervolgvraag is daarom hoe binnen de alternatieve structuur het toezicht wel kan worden vormgegeven.

#### **Oplossing I – rechtspersonenrechtelijk vanuit BV**

Een oplossing is het installeren van een raad van commissarissen bij de holding. De zetels kunnen worden vervuld door de personen die ook toezichthouder bij de stichting zijn, waardoor zij een toezichthoudende rol bij de BV-tak krijgen. Aandachtspunt is dat de toezichthouders in verschillende hoedanigheden een functie binnen de structuur vervullen. De positie van een lid van de raad van toezicht bij een stichting verschilt van die van een lid van een raad van commissarissen van een besloten vennootschap<sup>6</sup>. Ook wordt de besluitvorming complexer. In mijn voorbeeld structuur hebben de bestuurders overigens een vergelijkbare positie; zij zijn bestuurder van de stichting en ook van de holding.

#### **Oplossing II – bestuurlijk vanuit stichting**

---

<sup>4</sup> Het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg bestaat van oudsher en is aan het vervagen (*dit nog meer toelichten*). Artikel 3.1 WTZi geeft in de basis aan welke instellingen een winst oogmerk mogen hebben.

<sup>5</sup> Nota van toelichting als bijlage bij kamerstuk 27659 nr. 66 de dato 27 september 2004; *'De gewenste verschuiving van verantwoordelijkheden van overheid naar zorginstellingen vraagt in toenemende mate om transparant management en een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering van zorginstellingen'*. En in diezelfde nota op pagina 23 onder het kopje 'Hoofdstuk VI Transparantie-eisen'; 'Voor alle duidelijkheid merk ik op dat het bij de transparantie-eisen niet gaan om en kwalitatieve toets op het feitelijk functioneren van het bestuur of om de bedrijfsvoering zelf, maar om –het woord zegt het al- het afdwingen van transparantie over door de instelling gemaakte keuzes aan hen die met die instelling van doen hebben.

<sup>6</sup> Uitweiden over rol AV tov RvC en gelijke personele invulling bestuur en AV BV-tak

De stichting wordt bestuurder van de holding. Via de statuten van de stichting kan worden bepaald dat het bestuur -als vertegenwoordiger van de stichting- in hoedanigheid van bestuurder van een andere rechtspersoon voor bepaalde besluiten de goedkeuring van de raad van toezicht nodig heeft. Aandachtspunt is dat de reikwijdte van het toezicht dan afhangt van de bestuurlijke positie van de stichting bij de holding. De algemene vergadering van de holding heeft de bevoegdheid tot het ontslaan van de stichting als bestuurder van de holding. Tegelijkertijd heeft de raad van toezicht de bevoegdheid de bestuurders van de stichting te ontslaan. Los van de wenselijkheid van deze oplossing (hij is mijns inziens weinig transparant<sup>7</sup>) zou dit het toezicht vanuit de stichting -via het bestuur als vertegenwoordiger van de stichting in een bestuurlijke positie- wel kunnen versterken. De stichting heeft -in hoedanigheid van bestuurder van de holding- geen verplichting om de raad van toezicht van de stichting in het besluitvormingsproces te betrekken.

### **Oplossing III – obligatoir en operationeel vanuit stichting**

Gezien het feit dat (nagenoeg) dezelfde personen bij beide onderdelen in de alternatieve structuur functies bekleden, is het voorstelbaar dat de uitbesteding door de stichting aan de BV-tak in algemene zin geen dagelijkse prioriteit heeft. Toch zou het interne toezicht meer gestalte kunnen krijgen door de uitbesteding te professionaliseren<sup>8</sup>. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van de kennis op dat vlak in de pensioensector.

Voor pensioenfondsen heeft uitbesteding en het controleren van de uitbestedingspartijen namelijk wel dagelijkse prioriteit. En het speelveld van pensioenfondsen en hun uitbestedingspartijen is vergelijkbaar met de toegelaten instelling en de BV-tak in de alternatieve structuur; de kernactiviteit wordt uitbesteed aan een derde waar -zonder nadere afspraken- geen grip op bestaat.

#### Uitbesteding bij pensioenfondsen

De meeste pensioenfondsen besteden zowel hun pensioenadministratie als hun vermogensbeheer uit aan derden. Het pensioenfonds blijft vanzelfsprekend eindverantwoordelijk voor het behalen van de doelstellingen, alsmede voor het besturen van het fonds. In de Pensioenwet is vastgelegd dat het pensioenfonds ervoor zorg draagt dat de bij of krachtens de Pensioenwet gestelde regels van toepassing zijn op de derde aan wie wordt uitbesteed<sup>9</sup>. Ook wordt aangegeven welke taken een pensioenfonds niet kan uitbesteden.

De externe toezichthouder, De Nederlandsche Bank N.V., heeft naar aanleiding van een onderzoek onder pensioenfondsen in 2013 een guidance uitbesteding door pensioenfondsen opgesteld<sup>10</sup>. De guidance gaat over de uitbesteding van de kerntaak van pensioenfondsen en bevat een cyclus aan de hand waarvan uitbesteding wordt vormgegeven. De cyclus is opgebouwd uit vijf onderdelen, te weten het uitbestedingsbeleid, de keuze van de uitvoerder, de governance inzake de uitbesteding, de monitoring van de uitbesteding en de evaluatie van de uitbesteding. Toepassing van de guidance is vrijblijvend en een manier om te voldoen aan de verplichting voor pensioenfondsen om een beheerste en integere bedrijfsvoering te voeren<sup>11</sup>, waaronder mede wordt begrepen het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's. Bij besluit<sup>12</sup> worden eisen gesteld waaraan een overeenkomst tot uitbesteding dient te voldoen. In de service level agreement worden de detailwerkafspraken gemaakt; hoe vindt de uitvoering en het prestatie management plaats, welke prestatie indicatoren zijn vastgesteld.

Vervolgens wordt ervan uitgegaan dat het fonds aan de hand van de cyclus een periodieke interne controle uitvoert en daardoor controleert of de uitbesteding nog voldoet aan de oorspronkelijk gemaakte afspraken. Van een pensioenfonds wordt derhalve verwacht dat het 'in control' is en kan aantonen dat partijen waaraan is (onder)uitbesteed conform de maatstaven van het fonds presteren. Via rapportages en andere informatiebronnen verkrijgt het pensioenfonds inzicht in een belangrijk deel van het primaire proces van een pensioenfonds, wat buiten de organisatie zelf ligt.

Indien het pensioenfonds een raad van toezichtmodel hanteert, wil de raad van toezicht informatie over de kwaliteit van dienstverlening door de uitbestedingspartijen. De raad van toezicht wil weten of het bestuur 'in

<sup>7</sup> En transparantie is juist beoogd met de inwerkingtreding van het uitvoeringsbesluit WTZi. Zie ook de nota van toelichting als bijlage bij kamerstuk 27659 nr. 66 de dato 27 september 2004

<sup>8</sup> Voor zover dat nog niet op een gewenst niveau is. De omvang van dit beleid dient uiteraard onder meer idee rekening te worden gehouden met aard en complexiteit van de zorg, proportionaliteit

<sup>9</sup> Artikel 34 Pensioenwet

<sup>10</sup> Onderzoek De Nederlandsche Bank N.V. 'Risico's in de uitbestedingsrelatie'

<sup>11</sup> Artikel 143 Pensioenwet

<sup>12</sup> Artikel 13 Besluit uitvoering Pensioenwet

control' is over de uitbestede diensten. Via de gehanteerde bedrijfsprocessen kan de raad van toezicht inzicht krijgen in alle informatie, waaronder begrepen de diverse rapportages.

Een van de ontwikkelingen in de pensioensector is dat de extern toezichthouder, De Nederlandsche Bank N.V., meer toeziet op de uitbestedingsrelatie tussen de fondsen en ook op de uitbededingspartijen. In de overeenkomst van uitbesteding wordt vastgelegd dat De Nederlandsche Bank N.V. de bevoegdheid heeft om onderzoek te doen bij het pensioenfonds en/of bij de uitbestedingsrelatie<sup>13</sup>.

#### Uitbesteding bij zorginstellingen

Op een vergelijkbare wijze zou het toezicht door toezichthoudende organen van zorginstellingen met een alternatieve structuur kunnen worden ingericht. De uitbesteding van de kerntaak kan worden vormgegeven aan de hand van een cyclus die overeenkomt met de handreiking van De Nederlandsche Bank N.V.

Uitgangspunt van de uitbesteding is dat het bestuur van de toegelaten instelling als eindverantwoordelijke voor de te leveren zorg, ook eindverantwoordelijk is voor de bedrijfsvoering. Onderdeel van het (tactisch) beleid en de bedrijfsvoering is de uitbesteding van de zorgverlening. Het bestuur dient 'in control' te zijn over de uitbestede zorg en dient dit aan te tonen via de uitbestedingsprocessen en de rapportages die daaruit volgen. De raad van toezicht kijkt toe op de wijze waarop het uitbestedingsbeleid wordt gevormd, of wordt uitbesteed conform het beleid ofwel dat gemotiveerd wordt afgeweken, alle belangen in ogenschouw nemende. De raad van toezicht heeft inzicht in de rapportages, heeft op verzoek toegang tot alle informatie en kan bijvoorbeeld in gesprek met een uitbestedingspartij. Daarbij is het wel de bedoeling dat het toezicht formeel van aard blijft en niet materialiseert.

#### **Conclusie**

Huidige wet en regelgeving geven toezichthoudende organen binnen de alternatieve structuren niet de juiste handvatten om hun taak goed te kunnen uitoefenen. Vanuit de extern toezichthouder bestaat de wens om die toezichthoudende organen beter te equiperen, waarbij de oplossing die volgt uit het Alliade rapport juridisch gezien niet mogelijk is. Van de drie door mij geschetste oplossingen lijkt de laatste wijze van het versterken van het toezicht de zuiverste. Omdat ook de inspectie de toegelaten instelling als hoofdaannemer verantwoordelijk houdt voor de kwaliteit van de te leveren zorg<sup>14</sup>, is het toezichthoudend orgaan in de alternatieve structuur naar mijn idee juist gepositioneerd. Via oplossing III kan vervolgens meer grip worden gecreëerd vanuit het toezichthoudend orgaan.

Tegelijkertijd blijft de vraag overeind staan welke handvatten een toezichthoudend orgaan vanuit rechtspersonenrechtelijke optiek heeft. En ook de vraag in hoeverre dat in deze sector relevant is.

---

<sup>13</sup> Artikel 13 lid 2 sub g Besluit uitvoering Pensioenwet

<sup>14</sup> Kamerstukken 34767 en 34768 Nr. 56 brief van de minister van 10 februari 2020.

Naar noot?:

### **Toezichthoudend orgaan bij zorginstelling**

Sectorspecifieke wet en regelgeving stellen bij bepaalde zorginstellingen eisen aan het bestuursmodel en de inrichting van de statuten<sup>15</sup>. Een zorginstelling dient onder meer een (intern) toezichthoudend orgaan te kennen<sup>16</sup>. De kerntaak van het toezichthoudend orgaan is het houden van toezicht op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling. Bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan kunnen verschillen al naar gelang het type rechtspersoon dat de zorginstelling in stand houdt. Het Burgerlijk Wetboek kent voor -niet grote<sup>17</sup> - stichtingen op dit moment geen wettelijke bepalingen met betrekking tot toezichthoudende organen. Dat verandert zodra de Wet bestuur en toezicht in werking is getreden<sup>18</sup>. Voor besloten vennootschappen geeft de wet wel regels die betrekking hebben op een raad van commissarissen<sup>19</sup>. Vanuit sectorregelgeving worden eisen gesteld aan de toezichthoudende organen die ongeacht het type rechtspersoon waarin het toezichthoudend orgaan is gepositioneerd van toepassing zijn. De eisen dienen veelal de onafhankelijkheid van het toezicht te waarborgen, de rolverdeling tussen bestuur en toezicht nader te duiden en handvatten te geven aan het toezichthoudend orgaan om te kunnen acteren.

---

<sup>15</sup> Artikel 5 Wet toelating zorginstellingen (WTZi) bepaald dat een bij amvb aangewezen categorie van instellingen die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat ingevolge 3.1.1. van de Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet, moet voor het verlenen van die zorg een toelating hebben van Onze Minister. In lid 2 van artikel 5 Wet toelating zorginstellingen wordt bepaald dat een toelating aan een instelling met een winsttoegmerk slechts kan worden verleend indien die instelling behoort tot een bij amvb aangewezen categorie. De criteria aan de hand waarvan de toelating wordt verleend, vloeien voort uit de beleidsregels van Onze Minister die in lijn zijn met de vierjaarlijks bekend te maken visie van de Minister op kwalitatief goed, doelmatig, evenwichtig en voor eenieder toegankelijk stelsel van gezondheidszorg. Bedoelde amvb; het uitvoeringsbesluit WTZi wijst de categorieën in artikel 5 WTZi aan.

<sup>16</sup> Het uitvoeringsbesluit WTZi stelt in hoofdstuk IV eisen aan de besturingsstructuur en de bedrijfsvoering. Er dient een toezichthoudend orgaan te zijn dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding. Er worden eisen gesteld aan de samenstelling van het toezichthoudend orgaan. Deze vereisten zijn nader uitgewerkt in de transparantie-eisen <https://www.wtzi.nl/documenten/formulieren/2017/10/26/transparantie-eisen>

<sup>17</sup> Uit artikel 2:297b Burgerlijk Wetboek volgen onvereenigbaarheden met het zijn van toezichthouder van een stichting die voldoet aan criteria in artikel 2:297a Burgerlijk Wetboek naar wordt verwezen. Het Burgerlijk wetboek bevat thans geen regels omtrent de benoeming, ontslag, verantwoordelijkheden, taken, etc van een toezicht houdend orgaan bij een stichting.

<sup>18</sup> De wet bestuur en toezicht rechtspersonen (kamerstuk 34491) 28 januari door Tweede Kamer aangenomen.

<sup>19</sup> Artikel 2:250 e.v. Burgerlijk Wetboek.