



EEN GENERIEKE ZORGPLICHT?

De Nederlandse Zorgautoriteit en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd roepen op tot versterking van de integriteit en professionaliteit van bestuurders en toezichthouders in de zorg. Hun pleidooi werd mede ingegeven door berichten over zorgconstructies waardoor ‘zorggeld weg zou lekken’.

Inmiddels heeft de staatssecretaris van VWS maatregelen aangekondigd die zowel financieel als organisatorisch van aard zijn en een transparante bedrijfsvoering moeten bevorderen.

Tessa van den Ende, advocaat en toezichthouder in de zorg, neemt de voorstellen onder de loep.

Tessa van den Ende

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) publiceerden in maart 2019 een signalering waarin zij pleiten voor versterking van de integriteit en professionaliteit van het bestuur en toezicht in de zorg.¹ De toezichthouders zouden graag zien dat er een nieuwe wettelijke, open norm komt op het gebied van integere en professionele bedrijfsvoering. De signalering was mede ingegeven door de berichten over constructies in de zorg waardoor ‘zorggeld weg zou lekken’.² Inmiddels heeft de staatssecretaris van VWS de handschoen opgepakt en een aantal maatregelen aangekondigd die zowel financieel als organisatorisch van aard zijn.³

Een van die maatregelen ziet toe op wetgeving ter versterking van het intern toezicht. Doel van de maatregelen is – zoals de minister van VWS heeft toegelicht in de beleidsreactie op de signalering van de IGJ en de NZa – het versterken van het interne en externe toezicht, zodat de integere en professionele bedrijfsvoering binnen zorgaanbieders beter kan worden gewaarborgd. Centraal staat daarbij de rol van

een onafhankelijk intern toezichthouder als tegenmacht binnen een zorgorganisatie. Het is bij uitstek dat orgaan dat toeziet op het beleid dat binnen de organisatie bijdraagt aan de maatschappelijke doelstelling. VWS geeft aan te ‘werken aan meer inhoudelijke wettelijke eisen aan het intern toezicht in de zorg’. Daarbij wordt kennelijk onder meer gekeken naar bepalingen die zijn opgenomen in de Governance code Zorg, zoals over de samenstelling, positionering en het functioneren van de Raad van Toezicht.

Vreemd genoeg is van de ‘open norm’ waarover de NZa en de IGJ spraken in hun signalering geen sprake meer. Op grond van wet- en regelgeving kunnen de NZa en de IGJ van verschillende instrumentaria gebruik maken om toezicht te houden op de zorgaanbieder.⁴ Strikt juridisch beschouwd is ingrijpen in het wettelijk instrumentarium niet noodzakelijk.⁵ Dat neemt niet weg dat de realiteit niet altijd, of beter gezegd altijd niet, gelijk loopt met het wettelijk kader. Denk aan de faillissementen van het MC Slotervaart en de IJsselmeerziekenhuizen, of berichten over excessieve winsten in de zorg.⁶

Alles voorkomen bestaat niet, maar leren van de realiteit en oog hebben voor de toekomst van de zorg kan zeer zeker wel. Is een open norm die publiekrechtelijk verankerd is, zo erg? Of kan worden geleerd van andere sectoren, waar incidenten gevolgen hebben gehad voor de wijze waarop de integriteit en professionaliteit worden ingericht? Denk aan de woningbouwcorporaties en de financiële sector.

Wens NZa en IGJ

De probleemgerichte benadering van handhavingsvraagstukken van de Harvard-hoogleraar Malcolm K. Sparrow beantwoordt aan de roep van de NZa en de IGJ. De boodschap van Sparrow is 'Pick important problems, fix them, then tell everybody'. Centraal in de benadering van Sparrow staan de maatschappelijke problemen. Sparrow maakt onderscheid tussen verboden ('illegal') en schadelijk ('harmful') gedrag. Niet alleen externe maar ook interne toezichthouders zouden zich moeten richten op gedrag dat zowel verboden als schadelijk is. Daarnaast is er gedrag dat niet zo zeer verboden maar wel schadelijk is, omdat het tegen de bedoeling van de wet in gaat. Als ik het goed begrijp, gaat het de NZa en de IGJ niet om de vraag of winst al dan niet uitgekeerd zou mogen worden, of dat het winstverbod al dan niet dient te worden opgeheven. Het gaat de NZa en de IGJ om de realiteit die de wet- en regelgeving inhaalt.

VWS introduceert inmiddels maatregelen die zijn gericht op het bevorderen van kwaliteit en een transparante, integere en professionele bedrijfsvoering bij zorgaanbieders.⁷ Daarnaast introduceert VWS in de extramurale zorg – waar dividenduitkering nu wettelijk is toegestaan – voorwaarden aan het mogen uitkeren van dividend. De aard van de voorwaarden en

het tijdstip van inwerking treden kan volgens VWS variëren per deelsector en wordt gekoppeld aan het zich voordoen van excessen en de noodzaak die tegen te gaan, respectievelijk te voorkomen. Daarnaast beoordeelt VWS of er een norm geïntroduceerd moet worden voor een maatschappelijk maximaal aanvaardbare dividenduitkering.

In aanvulling hierop worden door VWS met het wetsvoorstel Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018, dat nu voor behandeling bij de Eerste Kamer ligt, de *checks and balances* binnen zorgorganisaties via de band van de medezeggenschap versterkt.⁸ Cliëntenraden krijgen meer rechten als het gaat om beslissingen die direct raken aan hun leefomgeving.

Ook krijgt de IGJ een handhavende taak ingeval een aanbieder niet beschikt over een cliëntvertegenwoordigend orgaan. In het wetsvoorstel Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) wordt een meldplicht geïntroduceerd voor alle nieuwe zorgaanbieders.⁹ Deze is niet alleen bedoeld voor de IGJ om alle nieuwe zorgaanbieders vollediger en eerder in beeld te hebben, maar ook om nieuwe zorgaanbieders voor de aanvang van de zorgverlening bewust te maken van de regels waar zij aan moeten voldoen en hun verantwoordelijkheid daarvoor. Daarbij zit in de Wtza een vergunningsplicht voor alle instellingen die medisch specialistische zorg (doen) verlenen en voor alle grotere instellingen die zorg (doen) verlenen als omschreven bij of krachtens de Wet langdurige zorg of Zorgverzekeringswet. In het wetsvoorstel voor de technische Aanpassingswet Wet toetreding zorgaanbieders (AWtza), dat tezamen met het wetsvoorstel Wtza voor behandeling bij de Tweede Kamer ligt, wordt een eerste stap gezet om het externe toezicht op de bedrijfsvoering van zorgaanbieders te

**HET GAAT DE NZA EN DE IGJ NIET OM DE VRAAG OF WINST
AL DAN NIET UITGEKEERD ZOU MOGEN WORDEN, OF DAT HET
WINSTVERBOD AL DAN NIET DIENT TE WORDEN OPGEHEVEN.
HET GAAT OM DE REALITEIT DIE DE WET- EN REGELGEVING
INHAALT**

versterken door het toezicht op de naleving van bestaande regels voor een transparante financiële bedrijfsvoering, het voor bepaalde zorgaanbieders geldende verbod op winstoogmerk en de aanlevering van de jaarverantwoording over te hevelen naar de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) waar de NZa op toeziet.¹⁰ Daarmee worden de toezichttaken meer in lijn gebracht met de kernexpertises van de IGJ en de NZa. Op grond van de Wkkgz kan de IGJ blijven ingrijpen als door (financieel) wanbestuur en slechte bedrijfsvoering de kwaliteit of de veiligheid van de zorg in het geding is.

De maatregelen richten zich hoofdzakelijk op de bedrijfsvoering en op het voorkomen van het weglekken van financiële middelen bestemd voor de zorg, niet zozeer op het bevorderen van kwaliteit en een transparante, integere en professionele bedrijfsvoering bij zorgaanbieders.

Open wettelijke norm

In het signalement 'Integriteit in zorgorganisaties: perspectieven van bestuurders' van het Centrum voor Ethiek en Gezondheid (CEG 2016) werd integriteit onderzocht vanuit het perspectief van zorgbestuurders.¹¹ De term integriteit wordt in verband gebracht met transparantie, vertrouwen, alertheid, *compliance*, onafhankelijkheid, verantwoordelijkheid, moreel kompas, aanspreekbaarheid, zorgvuldigheid en het dienen van een algemeen belang. In negatieve zin, dus als er sprake is van een gebrek aan integriteit, werden de volgende termen in het onderzoek genoemd: fraude, corruptie, belangenverstrengeling, ongewenst gedrag, onduidelijkheid, oneerlijkheid, intimidatie, plagiaat en tunnelvisie. Een veelvoud aan betekenissen.

Het CEG signaleerde twee valkuilen bij het gebruik van de term. Bij het invullen van integriteit zijn er twee extremen die moeten worden vermeden. De ene valkuil is dat het begrip zo breed wordt ingevuld dat het zijn betekenis verliest of zelfs dat integriteit wordt verbonden aan zaken waarmee het niets te maken heeft. De andere valkuil is dat integriteit wordt versmald tot het volgen van de regels en transparant handelen. Het CEG verstaat onder integriteit een gelaagde persoonlijke eigenschap met vier componenten, namelijk betrouwbaarheid, deugdzzaamheid,

authenticiteit en reflectie. Integriteit heeft een situationeel en dynamisch karakter. Wat integer handelen is, ligt niet vast maar is aan verandering onderhevig.

Om *in control* te blijven moet de besturing van een zorgaanbieder meegroeien met de grootte en complexiteit van de organisatie en moeten bestuur en toezicht beschikken over alle competenties om mogelijke risico's adequaat te kunnen inschatten en adresseren. Zo kunnen problemen die afbreuk doen aan de kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid en toegankelijkheid van zorg worden voorkomen. Het is dan ook belangrijk dat bestuurders en interne toezichthouders in de zorg de wijze waarop zij de bedrijfsvoering van hun organisatie vormgeven goed kunnen verantwoorden en uitleggen en mogelijke integriteitsrisico's beheersen. Dat past bij de maatschappelijke verantwoordelijkheid van een zorgaanbieder.

Een dynamische norm past bij de signalering van de NZa en de IGJ. Effectief toezicht vraagt volgens hen om een duidelijke norm voor een integere en professionele bedrijfsvoering en een adequaat (wettelijk) instrumentarium. Het doel – zo geven beide aan – is in eerste instantie preventief. Een extra prikkel voor zorgaanbieders om hun aandacht voor risicomanagement op bestuurlijk, financieel en bedrijfsmatig vlak aan te scherpen. Dat geldt in het bijzonder wanneer zij hun zorgverlening via publieke middelen financieren. Daarnaast biedt een nieuwe wettelijke norm op het gebied van de integere en professionele bedrijfsvoering een mogelijkheid voor de IGJ en de NZa om in te grijpen als zich misstanden voordoen. Een nieuwe wettelijke norm is bij voorkeur een open norm. Een open norm stelt zorgbestuurders en interne toezichthouders in staat om te zoeken naar een voor de specifieke zorgaanbieder passende manier om aan de norm te voldoen. Bovendien stelt het de externe toezichthouder in staat om te sturen op gewenst gedrag en gewenste uitkomsten, zonder te zeer voor te schrijven hoe deze bereikt moeten worden. Daarnaast biedt een open norm de mogelijkheid om daaronder ook reeds gangbare (veld)normen uit de praktijk te scharen, zoals uit de Governance code Zorg.

In de afgelopen jaren waren er vanuit de zorgsector verschillende initiatieven om bestuur en toezicht in de zorg verder te professionaliseren. Zo hebben de gezamenlijke brancheorganisaties in de zorg de eerdergenoemde Governancecode zorg 2017 ontwikkeld, waarin normen over het voorkomen van belangenverstrengeling en verantwoordelijkheden op het gebied van bestuur en intern toezicht zijn vernieuwd. Daarmee is duidelijker omschreven wat op dit gebied van zorgaanbieders wordt verwacht. Ook hebben de beroepsverenigingen voor bestuurders en Raden van Toezicht in de zorg speciale (accreditatie)programma's ingericht voor hun leden. Een open norm houdt de weg open om aan te sluiten bij nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak. Het is als het ware een professionele standaard die dynamisch wordt gevuld. Aan die professionele standaard dient je als zorginstelling, bestuur en toezicht überhaupt al te voldoen. Daar waar de IGJ en de NZa een nieuwe wettelijke norm zien voor ieder van hen om vanuit hun eigen discipline en wettelijke taak (kwaliteit en veiligheid van zorg voor de IGJ en toegankelijkheid en rechtmatigheid van zorg voor de NZa) toe te zien op die nieuwe norm, vraag ik mij af of eenzelfde wettelijke norm voor twee toezichthouders het antwoord is op de vraag. Toegegeven, de IGJ zou met de wettelijke open norm in de Wkkgz de goede zorg kunnen waarborgen, en de NZa op zijn beurt de bedrijfsvoerende kant van de zorg met een grondslag in de Wmg. Maar twee kapiteins op één schip, schept niet de gewenste duidelijkheid en roept ook de vraag op of en op welke wijze de open normen kunnen worden 'geladen'. Incidenten en verontwaardiging over gedrag en publiek geld zijn niet nieuw. Andere sectoren gingen

de zorg voor. Denk aan de financiële sector en de woningbouwcorporaties.

Generieke zorgplicht

De financiële sector heeft een geschiedenis achter de rug met crises en incidenten. Het financiële stelsel zette productgedrevenheid en verkoopgerichtheid boven het klantbelang en de kwaliteit. De roep om een cultuuromslag heeft destijds geleid tot een aantal maatregelen. Een van die maatregelen ziet toe op de invoering van de generieke zorgplicht. De AFM heeft deze wens naar buiten kenbaar gemaakt in haar wetgevingsbrief 2011.¹² Voor de zorgsector is de generieke zorgplicht interessant. Is een dergelijke generieke zorgplicht wat de NZa en de IGJ bedoelen als zij aangeven een 'open norm publiekrechtelijk te willen verankeren'?

Met de Wijzigingswet financiële markten 2014 is de generieke zorgplicht in de wet neergelegd:

Artikel 4:24a Wet op het financieel toezicht

1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.
3. De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.
5. Onze minister zendt binnen drie jaar na de inwerking-treding van dit artikel aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel in de praktijk.

**EEN OPEN NORM HOUDT DE WEG OPEN OM AAN TE SLUITEN
BIJ NIEUWE ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSPRAAK.
HET IS ALS HET WARE EEN PROFESSIONELE STANDAARD
DIE DYNAMISCH WORDT GEVULD. AAN DIE PROFESSIONELE
STANDAARD DIEN JE ALS ZORGINSTELLING, BESTUUR EN
TOEZICHT ÜBERHAUPT AL TE VOLDOEN**

INCIDENTEN EN VERONTWAARDIGING OVER GEDRAG EN PUBIEK GELD ZIJN NIET NIEUW. ANDERE SECTOREN GINGEN DE ZORG VOOR. DENK AAN DE FINANCIËLE SECTOR EN DE WONINGBOUWCORPORATIES

In haar wetgevingsbrief uit 2011 schonk de AFM aandacht aan de introductie van een generieke zorgplicht: *'De AFM is van oordeel dat een generieke zorgplicht een goede aanvulling zou zijn op de regels voor zorgvuldige advisering en de (nog te ontwikkelen) toekomstige bevoegdheden met betrekking tot het productontwikkelingsproces. (...) Het is niet proportioneel en effectief om al deze zaken met gedetailleerde regels tegen te gaan. In die situaties is een vangnetbepaling op grond waarvan financiële ondernemingen kunnen worden aangesproken effectiever. Een dergelijke zorgplichtbepaling "u dient te handelen in het belang van de klant" ontbreekt op dit moment. Het invoeren van een generieke zorgplicht zou de impliciete doelstelling van de wet expliciet maken, wat bijdraagt aan de normoverdracht. Ook wordt op die wijze nauwer aangesloten bij vergelijkbare normering in het BW.'*

De algemene zorgplicht heeft een open karakter. In de consultatiefase is hiertegen door verschillende partijen het bezwaar gemaakt dat hiermee mogelijk het legaliteits- dan wel rechtszekerheidsbeginsel in het geding zou komen omdat vooraf niet voldoende duidelijk is wanneer de AFM tot handhaving overgaat.¹³ Mede naar aanleiding van die geuite zorgen, is een aantal waarborgen in artikel 4:24a Wft opgenomen. De algemene zorgplicht heeft het karakter van een vangnetbepaling, hetgeen inhoudt dat de AFM in principe dient op te treden op basis van andere (meer specifieke) wettelijke bepalingen en slechts wanneer deze ontbreken of ongeschikt zijn om een evidente misstand aan te pakken, de algemene zorgplicht mag gebruiken om snel en effectief op te treden tegen onvoorziene evidente misstanden. Wanneer deze zorgplicht is geschonden, kan de AFM daarom pas tot handhaving overgaan indien zich evidente misstanden voordoen die schadelijke gevolgen (kunnen)

hebben voor de consument of begunstigde. De bevoegdheid om een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen, mag de AFM pas inzetten nadat zij eerst een aanwijzing heeft gegeven die door de betreffende financiële dienstverlener niet is opgevolgd.

De algemene zorgplicht is te vinden in het eerste lid. Het tweede lid bepaalt dat bij advisering, meer nog dan bij andere vormen van dienstverlening, de belangen van de cliënt centraal moeten staan. Een financiële dienstverlener die een consument een product aanbiedt, mag in zekere mate het eigen (commercieel) belang laten meewegen en hoeft niet in alle gevallen de consument naar het voor hem gunstigste product te leiden. Als de dienst bestaat uit advisering, dan moet de consument erop kunnen vertrouwen dat diens belang wel centraal staat. Het derde lid ziet toe op de handhavingsbevoegdheid van de AFM. Als de AFM constateert dat een financiële dienstverlener in strijd handelt met de zorgplicht uit dit artikel, dan kan zij een aanwijzing geven, bijvoorbeeld een opdracht om een bepaalde handelwijze te staken of een product niet langer aan te bieden. Als de financiële dienstverlener geen gehoor geeft aan de aanwijzing, kan de AFM een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen. Het derde lid van artikel 4:24a Wft maakt duidelijk dat de AFM slechts terughoudend gebruik mag maken van die handhavingsbevoegdheid. Het uitgangspunt blijft dat de AFM zal optreden op basis van bestaande specifieke voorschriften. Het artikel is slechts bedoeld als vangnetbepaling als er sprake is van evidente misstanden en optreden op grond van de specifieke voorschriften niet mogelijk is. Het laatste lid verplicht de minister om binnen drie jaar aan het parlement verslag uit te brengen over de doeltreffendheid en effecten van de bepaling.

De generieke zorgplicht uit de Wft klinkt ongetwijfeld als muziek in de oren voor de NZa en de IGJ. Maar heeft het de AFM de afgelopen jaren ook gebracht wat werd gezocht? De AFM heeft (nog) niet formeel gehandhaafd op grond van enkel artikel 4:24a Wft. Dit blijkt ook uit het verslag (van de bevindingen) van de evaluatie van de algemene zorgplicht dat op 30 december 2016 met de Tweede Kamer is gedeeld.¹⁴ Voor het opheffen van de generieke zorgplicht ziet de AFM geen aanleiding. Wel geeft de AFM aan dat de generieke zorgplicht informeel een effectieve en proportionele manier is om financiële dienstverleners erop te wijzen dat zij het belang van hun klant in acht dienen te nemen. Zo fungeert de generieke zorgplicht als stok achter de deur.

Voor de zorg?

Toegegeven, een open wettelijke norm klinkt beduidend bedreigender dan een generieke zorgplicht als ultimatum remedie voor de NZa of de IGJ. Een generieke zorgplicht geïnspireerd op de plicht zoals opgenomen in de Wft zou én Den Haag gerust kunnen stellen én de zorginstellingen. Een stok achter de deur zal dan hoogstwaarschijnlijk na evaluatie niet benut blijken te zijn, maar zal wel gewerkt hebben. En wie kan daar nu tegen zijn...

Noten

1. Signalering NZa en IGJ, 'Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering in de zorgsector', 5 maart 2019
2. In de zorg doen zich regelmatig incidenten voor die worden gekoppeld aan integriteit en/of bedrijfsvoering. Denk aan de aanklacht tegen wangedrag en slecht werkgeverschap binnen de NZa van klokkenluider Arthur Gotlieb (2014), de zaak tegen de ex-neuroloog Jansen (2013), diverse berichten dat er meer zorg wordt gedeclareerd dan in werkelijkheid is verricht, excessieve beloningen van vertrekkende bestuurders, faillissementen van zorginstellingen en andere.
3. Brief Staatssecretaris VWS d.d. 9 juli 2019, Investeringsmogelijkheden voor zorgaanbieders en het bevorderen van kwaliteit en een transparante, integere en professionele bedrijfsvoering.
4. Zoals het instrumentarium opgenomen in de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) en de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).
5. In zoverre ben ik het eens met mr. K. Meersma. Zie ook <https://www.zorgvisie.nl/blog/klaas-meersma-ambtelijke-obesitas-bij-nza-en-igj/>.

6. <https://www.trouw.nl/politiek/kabinet-wil-excessieve-winst-in-de-zorg-inperken>.
7. Brief staatssecretaris VWS d.d. 9 juli 2019, Investeringsmogelijkheden voor zorgaanbieders en het bevorderen van kwaliteit en een transparante, integere en professionele bedrijfsvoering.
8. Kamerstukken I 2018/19, 34 858, A.
9. Kamerstukken II 2016/17, 34 767, nr. 2.
10. Kamerstukken II 2016/17, 34 768, nr. 2.
11. Het CEG is een samenwerkingsverband van de Gezondheidsraad en de Raad voor de Volksgezondheid en Samenleving. Zie <https://www.ceg.nl/documenten/signalementen/2016/01/21/integriteit-in-zorgorganisaties-perspectieven-van-bestuurders>.
12. Wetgevingsbrief AFM 2011, p. 3, bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 31980, 55.
13. Kamerstukken II 2013/13, 33 632, nr. 3, p. 25. Zie bijvoorbeeld ook: 'Ongebruikt maakt onbemind: bespiegelingen over nut en noodzaak van de generieke zorgplicht van artikel 4:24a Wft', C.W.M. Lieverse, Tijdschrift voor Financieel Recht, nr. 7/8, juli/augustus 2013, p. 225; 'De dubbele rol van het recht bij de effectiviteit van het financieel toezicht', M. Aelen en M. van den Broek, Tijdschrift voor Financieel Recht, nr. 1/2, februari 2014, p. 18; en (algemener) 'Een rivier treedt buiten haar oevers... Waar is de dijkgraaf?', V.P.G. de Serière, Ondernemingsrecht 2015/35.
14. Kamerstukken II 2016/17, 32 545, nr. 59.

Over de auteur

Tessa van den Ende is advocaat/partner Zorg bij Nysingh advocaten-notarissen Utrecht, tevens toezichthouder in de zorg. Zij adviseert en ondersteunt zorginstellingen bij alles wat raakt aan de zorg, in het bijzonder bij governance vraagstukken.

