

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



Advies inzake Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wet toetreding zorgaanbieders

20 juli 2020

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse orde van advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wet toetreding zorgaanbieders

I Inleiding

1. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB (de "**GCV**") heeft kennis genomen van het ambtelijk voorontwerp Besluit houdende regels ter uitvoering van de Wet toetreding zorgaanbieders (het "**Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza**"). De GCV maakt hierbij graag van de gelegenheid gebruik om op het Voorontwerp te reageren.
2. Het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza voorziet onder meer in nadere eisen ten aanzien van de bestuursstructuur van privaatrechtelijke zorgaanbieders. Deze eisen hebben voornamelijk betrekking op de samenstelling en de onafhankelijkheid van het interne toezicht. Volgens de Nota van Toelichting (NvT) beoogt deze uitvoeringsregeling "*zoveel mogelijk aan te sluiten bij bestaande normen uit het Burgerlijk Wetboek, de Governancecode Zorg 2017 en de corporate governancecode*" (p. 20 NvT). Vanuit dit perspectief zal de GCV hoofdzakelijk haar opmerkingen plaatsen.

II Algemene opmerkingen

3. In het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza worden in verband met de taakvervulling en samenstelling van het toezichthoudend orgaan van privaatrechtelijke rechtspersonen aanvullende voorschriften geïntroduceerd die ook al, in meerdere of mindere mate, op grond van bestaande of toekomstige wetgeving dan wel governancecodes gelden. Zonder volledigheid te pretenderen, kan worden gewezen op de maximale zittingstermijn van interne toezichthouders (artikel 6), de formele onafhankelijkheidseisen van artikel 7, het richtsnoer voor de taakvervulling van de interne toezichthouder (artikel 8) en de verplichting tot informatieverschaffing aan het interne toezichthoudend orgaan op grond van artikel 9. Naast een vergroting van administratieve lasten en regeldruk met de daaraan verbonden extra kosten ziet de GCV in deze overlap van regelgeving een risico van overregulering en complexe samenloopvraagstukken, waarover verschillende rechterlijke, private en toezichthoudende overheidsinstanties (zoals de Ondernemingskamer, de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Governancecommissie Gezondheidszorg) oordelen en vanuit uiteenlopende perspectieven eigen interpretaties respectievelijk (privaat- of bestuursrechtelijke) sancties aan kunnen verbinden. Dat lijkt als zodanig niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid.

4. De toelichting op het concept-uitvoeringsbesluit gaat er van uit dat bij instellingen met een holdingstructuur “*direct toezicht*” op de activiteiten van dochterondernemingen (zoals “*ingehangen zorgBV’s*”) geïndiceerd is en plaatst een kritische kanttekening bij “*getrapt toezicht*” vanwege “*het risico dat de interne toezichthouder mogelijke risico’s voor de instelling onvoldoende kan overzien*” (p. 9 NvT). Wat hier nu precies onder direct of onder getrapt toezicht wordt verstaan en welke vormen van toezicht in groepsverhoudingen toelaatbaar zijn, wordt echter niet inzichtelijk gemaakt. Evenmin wordt duidelijk gemaakt in hoeverre en op welke wijze een dergelijke vorm van direct toezicht vanuit de holdingmaatschappij -integraal en effectief- kan worden geëffectueerd bij dochtervennootschappen (NV en BV) waarvoor wettelijk immers een meer dwingendrechtelijk regime geldt dan voor reguliere stichtingen.
5. Op grond van de huidige toelatingseisen van de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) en het vigerende uitvoeringsbeleid van het CIBG kan intern toezicht vanuit de moedermaatschappij (i) via de bestuurlijke en aandeelhoudersband van haar dochtervennootschappen worden georganiseerd of (ii) meer rechtstreeks via statutaire informatie- en goedkeuring-bevoegdheden van de raad van toezicht van de moedermaatschappij ten aanzien van de activiteiten en besluitvorming van haar dochtervennootschappen worden geëffectueerd. De GCV veronderstelt dat deze varianten van integraal concerntoezicht ook nog steeds op grond van het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza kunnen worden gehanteerd.¹ De GCV adviseert om dat in de toelichting van het Uitvoeringsbesluit Wtza te expliciteren. Tevens verdient het aanbeveling om direct intern toezicht op dochtervennootschappen in dergelijke holding-structuren te bevorderen door aanvullende voorzieningen in het Uitvoeringsbesluit Wtza op te nemen op grond waarvan de raad van toezicht van de moedermaatschappij aan de wettelijke eisen voor de samenstelling, onafhankelijkheid en functioneren van de interne toezichthouder voldoet en voor het uitoefenen van zijn toezichthoudende functie over de reguliere goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van de bestuursbesluiten van haar dochtervennootschappen beschikt.²

III Artikelsgewijs commentaar

6. Op grond van artikel 6 lid 1 van het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza dient het toezichthoudend orgaan ten minste uit drie natuurlijke personen te bestaan. Uitzonderingen op deze regel gelden, kortweg, alleen voor kleinere organisaties die met minder dan tien of vijftientig zorgverleners medisch specialistische of intramurale zorg (thuis) respectievelijk extramurale zorg verlenen. Deze uitzonderingsbepaling geldt krachtens artikel 5 sub c en d van het Voorontwerp in algemene zin ook ten aanzien van de overige inrichtingseisen voor de bestuursstructuur van vergunningsplichtige zorgorganisaties. De GCV vraagt zich af of deze -lage- getalsmatige eis niet een onevenredig zware belasting voor kleinschalige, innovatieve zorgorganisaties impliceert. Zulks ook mede bezien in relatie tot governancevoorschriften van (i) de wettelijke structuurregeling op grond waarvan dergelijke eisen in principe pas gelden voor grote coöperaties, naamloze en besloten vennootschappen waar ten minste honderd werknemers (in Nederland) werkzaam zijn³ respectievelijk (ii) de Governancecode Zorg 2017 op grond waarvan kleine zorgorganisaties met minder dan vijftig medewerkers die zorg

¹ Daarvoor kan onder andere worden verwezen naar de Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II*, 2017/18, 34 767, nr. 6 (Wet toetreding zorgaanbieders) p. 27: “*De eisen omtrent een transparante bestuursstructuur en controleerbare bedrijfsvoering komen overeen met de huidige WTZi-eisen.*”

² Zoals dat bijvoorbeeld voor netbeheerders in bijzondere wetgeving wordt geregeld: zie artikel 11 lid 3 en 4 Elektriciteitswet 1998 en artikel 3 lid 3 en 4 Gaswet. Voor zorgorganisaties wordt dit voornamelijk nog gebaseerd op de wetsgeschiedenis van artikel 2:210 lid 4 BW (Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 277, nr. 5 (Herziening preventief toezicht) p. 10), zie L.G.H.J. Houwen, Onafhankelijkheid van toezichthouders in concernverhoudingen, *TvOB* 2013-5, p. 182 in het bijzonder noot 38.

³ Artikel 2:63b lid 2 sub c jo. 63f lid 3; artikel 2:153 lid 2 sub c. jo. 158 lid 2 BW; en artikel 2:263 lid 2 sub c jo. 268 lid 2 BW.

verlenen vanwege hun aard, omvang en diversiteit de ruimte hebben om deze bestuurlijke inrichtingseisen zelf op een passende wijze in te vullen die dan specifiek kan worden toegesneden op de betrokken instelling.⁴ Het voorontwerp ontleent dit getalscriterium van 10 respectievelijk 25 zorgverleners aan de instellingsgrens voor cliëntenraden op grond van (artikel 3 lid 1 van) de nieuwe Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018, maar deze medezeggenschapswetgeving heeft een geheel andere doelstelling, functie en ratio dan de interne governance-vereisten voor een -verplicht- commissariaat. De GCV geeft in overweging om voor de toepasselijkheid van deze inrichtingseisen voor de bestuursstructuur, en in het bijzonder voor het minimumaantal toezichthouders, aansluiting te zoeken bij de specifieke governancenormen en aanbevelingen van de Governancecode Zorg 2017 en deze eisen dus pas voor zorgorganisaties met vijftig of meer zorgverleners verplicht te stellen.

7. Voor de concrete uitwerking van de formele onafhankelijkheidseisen voor interne toezichthouders wordt volgens de toelichting op het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de Governancecode zorg 2017, de Corporate Governance Code en de (weliswaar sterk verouderde) toelichting op het huidige Uitvoeringsbesluit WTZi. Op wezenlijke onderdelen wordt daar echter, zonder nadere motivering, van afgeweken. Zo wordt in de toelichting op de formele onafhankelijkheidseis van artikel 7 lid 1 sub b onder 2 opgemerkt dat leden van de interne toezichthouder bij belet of ontstentenis van bestuurders tijdelijk kunnen voorzien in de dagelijkse of algemene leiding. Deze opmerking staat op gespannen voet met (de strekking van) par. 4.1.3 Governancecode Zorg 2017 op grond waarvan de raad van toezicht of zijn afzonderlijke leden geen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de raad van bestuur overnemen en evenmin de bestuursfunctie vervullen. Het impliceert naar het oordeel van de GCV ook een zekere inconsistentie in de voorgestelde regelgeving: gedurende zijn lidmaatschap van de raad van toezicht zou een toezichthouder wel een tijdelijke bestuursfunctie mogen vervullen, terwijl dat in de periode van één jaar vóór zijn lidmaatschap van de raad van toezicht niet mogelijk is. Dat klemt te meer als men dit in samenhang met bpb 2.3.9 van de Corporate Governance Code leest: de betreffende toezichthouder die tijdelijk voorziet in het bestuur dient in dat geval uit het toezichthoudend orgaan te treden, maar kan vervolgens op grond van de bepaling van artikel 7 lid 1 sub b onder 2 van het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza minimaal een jaar niet meer als toezichthouder van de zorgorganisatie fungeren.
8. Op grond van de nieuwe bepaling van artikel 7 lid 1 sub b onder 7 zou een bestuurder van een moedermaatschappij geen toezichthoudende functie meer mogen vervullen in een van haar dochtervennootschappen of -stichtingen dan wel joint ventures. Naar het oordeel van de GCV worden hierdoor, in afwijking van onder andere de onafhankelijkheidseisen van zowel par. 2.6.2 van de Governancecode Zorg 2017 als bpb 2.1.8 sub vii van de Corporate Governance Code, onnodige belemmeringen opgeworpen voor een effectieve bestuurlijke organisatie en inrichting van groepsmaatschappen en joint ventures van zorgorganisaties. Een sluitende motivering voor deze afwijkingen van de huidige governancecodes ontbreekt in de toelichting op deze bepaling: in de NvT wordt op p. 23 enkel verwezen naar de voorafgaande onafhankelijkheidseis van subonderdeel 6 van artikel 7 lid 1 sub b. Op grond daarvan mag een interne toezichthouder geen aandelen houden in de vennootschap omdat het aandeelhoudersbelang zich volgens deze toelichting niet goed laat verenigen met de toezichthoudende taak. Wat daar van zij, van tegenstrijdige belangen of ongewenste belangenverstrengeling zal in groepsverhoudingen doorgaans geen sprake zijn. Het verdient dan ook volgens de GCV aanbeveling om ten aanzien van deze onafhankelijkheidseis aansluiting te zoeken bij bovengenoemde bepalingen van Corporate Governance Code en de Governance Code Zorg 2017 en dus ook voor deze onafhankelijkheidseis in ieder geval een uitzondering op te nemen voor groepsverhoudingen en zo mogelijk ook voor joint ventures.

⁴ Hoofdstuk B. Kleine organisaties, GCZ 2017.

9. De GCV constateert voorts dat het richtsnoer voor de taakvervulling van de interne toezichthouders door artikel 8 van het Voorontwerp Uitvoeringsbesluit Wtza nader wordt geconcretiseerd: *“De interne toezichthouder richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de instelling, het te behartigen maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden.”*. Een dergelijke concretisering is strikt genomen overbodig, maar adresseert wel duidelijk de maatschappelijke belangen, of beter gezegd, de publieke belangen van kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorgverlening, als wezenlijk onderdeel van het belangenspectrum van deze zorgorganisaties. Naar het oordeel van de GCV zou het overweging verdienen om in de toelichting meer aandacht te besteden aan de verhouding tussen deze sectorspecifieke invulling van dit richtsnoer en de algemene normstelling voor de taakvervulling van bestuurders en toezichthouders, namelijk het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie, zoals dat ook in het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen wordt geformuleerd. Het maatschappelijk belang dient in dat verband weliswaar nadrukkelijk door bestuurders en toezichthouders in de belangenafweging te worden betrokken, maar domineert of prevaleert niet per definitie en vormt, anders dan in de NvT (op p. 24) wordt gesuggereerd, evenmin het maatgevend kader om tot een aanvaardbare belangenafweging te komen.
10. Ten slotte komt de inschatting van de structurele regeldruk met de daaraan verbonden administratieve en financiële lasten de GCV nogal optimistisch voor. Doordat de reikwijdte en werkingssfeer van de wettelijke inrichtingseisen voor de bestuursstructuur fors worden uitgebreid, de vereisten voor omvang, samenstelling en onafhankelijkheid van de interne toezichthouder worden aangescherpt en op meerdere onderdelen afwijkingen ten opzichte van de huidige governancevoorschriften en -normen worden voorgesteld, zal de regeldruk dienovereenkomstig toenemen. Als onderdeel van de nieuwe vergunningseisen van de Wtza en veelal ook van de reguliere bekostigingsvoorwaarden zullen zorgorganisaties nauwgezet aan al deze voornamelijk formele organisatieregels moeten voldoen.

Den Haag, 20 juli 2020

Bijlage: samenstelling van de GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam

Mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

Mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag

Mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam

Prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

Secretariaat:

Mr. N.J.M. Sjerps
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA Den Haag
T 070 3307226
E j.sjerps@knb.nl