

Bestuurlijke ondertoezichtstelling van zorginstellingen

mr. E.J. Daalder
mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen
24 oktober 2013

INHOUD

Managementsamenvatting	3
1. Inleiding	6
1.1 Achtergrond van het onderzoek	6
1.2 Vraagstelling	6
1.3 Definiëring van bestuurlijke ondertoezichtstelling	7
1.4 Expertmeeting	7
1.5 Indeling van het advies	8
2. Toezichts- en handavingsinstrumentarium in de zorg	9
2.1 Huidig toezichts- en handavingsinstrumentarium	9
2.1.1 Handavingskader IGZ	9
2.1.2 Kwaliteitswet zorginstellingen	10
2.1.3 Wet toelating zorginstellingen	11
2.2 Toekomstige maatregelen op het gebied van goed bestuur in de zorg	13
2.3 Analyse	14
3. Andere sectoren: onderwijs, corporaties en financiële instellingen	17
3.1 Wonen	17
3.2 Onderwijs	18
3.3 Financiële instellingen	20
3.4 Analyse	21
4. Balans	23
4.1 Algemeen	23
4.2 Bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin	23
4.3 Bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin	25
5. Conclusie	27

Managementsamenvatting

Vraagstelling. Het ministerie van VWS heeft Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. opdracht gegeven te onderzoeken of en zo ja, hoe de introductie van het instrument bestuurlijke ondertoezichtstelling van zorginstellingen daadwerkelijk een toegevoegde waarde kan hebben ten opzichte van het huidige instrumentarium dat de IGZ en de minister van VWS tot hun beschikking hebben om in te grijpen bij zorginstellingen.

Definitie bestuurlijke ondertoezichtstelling. Van 'bestuurlijke ondertoezichtstelling' bestaat geen definitie. In dit advies hebben wij een onderscheid in bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge en in ruime zin gemaakt. Onder bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin verstaan wij het aanstellen van een bewindvoerder. Benoeming van een bewindvoerder kan door de rechter op verzoek van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld de minister), door de rechter of door de minister zelf plaatsvinden. Onder bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin verstaan wij het door de minister toevoegen van een externe adviseur aan de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht of het plaatsen van een functionaris met bepaalde bevoegdheden en/of aan wie moet worden gerapporteerd naast de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht. Het gedwongen vervangen van leden van de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht scharen wij eveneens onder het begrip bestuurlijke ondertoezichtstelling.

Huidig instrumentarium is in principe toereikend. Op dit moment staat aan de IGZ en de minister van VWS een groot aantal instrumenten ter beschikking om op te treden tegen tekortschietende bestuurders van zorginstellingen. Deze buitenwettelijke instrumenten en wettelijke instrumenten (uit de Kwzi) kunnen doorgaans alleen worden ingezet als de kwaliteit van zorg/verantwoorde zorg op enigerlei wijze in het geding is. Bij handhaving van de regels van de Wtzi is de directe relatie met de zorg afwezig, maar ook dan treedt de IGZ doorgaans alleen op als de verantwoorde zorg in het geding is. Ook bij de maatregelen die thans op het gebied van goed bestuur in voorbereiding zijn, wordt een koppeling gelegd met de kwaliteit van zorg.

Naar ons oordeel biedt het bestaande toezichts- en handavingsinstrumentarium, aangevuld met de voorgestelde wettelijke maatregelen om goed bestuur in de zorg verder te bevorderen, op voorhand voldoende mogelijkheden om in te grijpen wanneer de kwaliteit en veiligheid van zorg in het gedrang komt. Voorwaarde daarbij is dat op een meer inventieve wijze toepassing wordt gegeven aan de aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi. De aanwijzingsbevoegdheid is immers ruim geformuleerd: de enige beperking is dat er enige relatie met verantwoorde zorg moet zijn, dat wil zeggen zorginhoudelijk dan wel goed bestuur als voorwaarde om te komen tot verantwoorde zorg.

Het huidige en voorgestelde toezichts- en handhavinginstrumentarium voorziet (anders dan op grond van Wtzi) niet in mogelijkheden om in te grijpen bij disfunctioneren van bestuurders van zorginstellingen, *zonder* dat aannemelijk is dat het disfunctioneren enige negatieve invloed heeft op de kwaliteit of veiligheid van zorg. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat de overheid geen verantwoordelijkheid toekomt bij het besturen en financieren van zorginstellingen. Van een leemte in het instrumentarium lijkt op dit punt dan ook geen sprake te zijn. Alleen daar waar de continuïteit van cruciale zorg niet langer door zorgverzekeraars kan worden gegarandeerd, heeft de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid om in te grijpen en heeft zij mogelijkheden om de beschikbaarheid van die zorg te waarborgen.

Vergelijking met andere sectoren. In dit onderzoek is een vergelijking getrokken met formele en informele interventiebevoegdheden die de overheid in de sectoren onderwijs, corporaties en financiële instellingen heeft. Die vergelijking laat in de eerste plaats zien dat in de sectoren wonen en onderwijs in hoge mate dezelfde problemen spelen als in de zorgsector. Niet alleen de kwaliteit en het bestuurlijk beheer kan in het gedrang zijn maar ook het financieel beheer van instellingen. De sectoren wonen en onderwijs kennen evenals de zorgsector een aanwijzingsbevoegdheid. In de tweede plaats toont de vergelijking aan dat er ook verschillen tussen de zorgsector en de sectoren wonen en onderwijs bestaan. Het toezicht op onderwijsinstellingen en corporaties heeft een bredere scope omdat daar niet alleen toezicht op kwaliteits- en publiekrechtelijke aspecten wordt gehouden maar ook op financieel-bestuurlijke aspecten van de instellingen. Bovendien vindt in deze sectoren de financiering van de instellingen op een andere wijze plaats. De directere relatie met overheidsmiddelen in de sectoren onderwijs en corporaties vormt een rechtvaardiging voor de overheid om ook verantwoordelijkheid te nemen als sprake is van bestuurlijk en/of financieel wanbeheer. Het financieel toezicht biedt door juist de specifieke aandacht op bestuurders en een andere scope – bewaken van de stabiliteit en integriteit van de financiële sector – een minder goed referentiekader voor de zorgsector.

De reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid wordt in de sectoren wonen en onderwijs tamelijk ruim opgevat. Via de aanwijzing worden verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin toegepast. Naar ons oordeel kan hier, ondanks de verschillen tussen de sectoren, een parallel worden getrokken met de aanwijzingsbevoegdheid in de zorgsector.

Bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin is mogelijk. Het is naar ons oordeel in beginsel juridisch mogelijk om verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin met de huidige aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi te realiseren. Het strekt tot aanbeveling als de minister deze nadere invulling van de aanwijzingsbevoegdheid toelicht in een beleidskader. Daarbij kan onderscheid worden

gemaakt in een achttal – minder en meer binnen de instelling ingrijpende – maatregelen. Bij het inzetten van deze maatregelen is van belang voor ogen te houden dat zorginstellingen niet direct door de overheid bekostigde private instellingen zijn en er tussen de overheid en zorginstellingen geen directe financiële relatie bestaat. Daarom kunnen en zouden de interventie maatregelen minder snel moeten worden ingezet dan bijvoorbeeld het geval is in de sectoren wonen en onderwijs. Daarbij is van belang dat het voortbestaan van een instelling, minder dan in de genoemde sectoren, geen doel van toezicht is, behalve wanneer de continuïteit van zorg in het geding is.

Het voordeel van het scharen van vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin onder de aanwijzingsbevoegdheid is dat er een mogelijkheid wordt gecreëerd om daarmee bestuurders te dwingen meer complexe bestuurlijke problemen daadwerkelijk op te lossen. Daaraan kan in de praktijk in incidentele gevallen behoefte bestaan.

Het risico dat aan elke vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin is verbonden, is dat de minister mede verantwoordelijk is voor de zorg en politiek kan worden aangesproken. Aan de ministeriële verantwoordelijkheid zou invulling kunnen worden gegeven door het formuleren van duidelijke voorwaarden wanneer bestuurlijke ondertoezichtstelling mogelijk is.

Bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin is niet nodig. De noodzaak om bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin (aanstellen van een bewindvoerder) in de zorg te introduceren, dringt zich naar ons oordeel niet onmiddellijk op. De reden daarvoor is dat er reeds een groot aantal interventiemogelijkheden bestaan en een aantal wettelijke maatregelen om goed bestuur in de zorg verder te bevorderen in voorbereiding zijn. Bovendien lijkt deze interventiemogelijkheid, gelet op het ontbreken van een directe financiële relatie tussen overheid en zorgaanbieder, niet te passen binnen de huidige beleidskaders.

1. Inleiding

1.1 Achtergrond van het onderzoek

In de Tweede Kamer is geopperd dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) momenteel onvoldoende instrumenten zou hebben om in te grijpen wanneer een zorginstelling kwalitatief door de bodem zakt.¹ De minister en staatssecretaris van VWS hebben toegezegd de Tweede Kamer vóór de begrotingsbehandeling VWS te informeren over hun opvattingen over de introductie van het instrument van *bestuurlijke ondertoezichtstelling* van zorginstellingen.²

Het ministerie van VWS heeft Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. opdracht gegeven te onderzoeken of en zo ja, hoe de introductie van het instrument bestuurlijke ondertoezichtstelling van zorginstellingen daadwerkelijk een toegevoegde waarde kan hebben.

1.2 Vraagstelling

In dit advies zal worden onderzocht of en zo ja hoe de introductie van het instrument van bestuurlijke ondertoezichtstelling daadwerkelijk een toegevoegde waarde kan hebben ten opzichte van het huidige instrumentarium dat de IGZ en de minister van VWS tot hun beschikking hebben om in te grijpen bij zorginstellingen.

Deze vraag wordt in het licht van drie uitgangspunten beantwoord: (a) het waarborgen van kwaliteit van zorg bij zorginstellingen, (b) het waarborgen van een gezonde financiële positie van zorginstellingen, en (c) het in acht nemen van beginselen van goed bestuur (*good governance*) in de zorg.

De vraag valt in de volgende onderdelen uiteen.

In de *eerste plaats* wordt beoordeeld in hoeverre het huidige instrumentarium dat ter beschikking van de IGZ en de minister van VWS staat, toereikend is om in te grijpen bij zorginstellingen.

¹ Handelingen II van 31 mei 2012, Misstanden Maasstad Ziekenhuis, TK 90-8-29 en Toezegging tijdens de voortzetting van de behandeling van het wetsvoorstel Regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg) op 2 juli 2013 (Kamerstuk 32 402).

² Toezegging tijdens de voortzetting van de behandeling van het wetsvoorstel Regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg) op 2 juli 2013 (Kamerstuk 32 402). Zie ook Kamerstukken II, 2013/14, 32 012, nr. 15, p. 7.

In *de tweede plaats* wordt in kaart gebracht in hoeverre de introductie van bestuurlijke ondertoezichtstelling, met inachtneming van de randvoorwaarden die in dit verband uit het nationale en Europese recht voortvloeien, een oplossing kan bieden voor eventuele leemten in dit instrumentarium. Daartoe worden de voor- en nadelen van de inzet van dit instrument besproken en afgewogen. Daarbij wordt een vergelijking getrokken met formele en informele interventiebevoegdheden die de overheid in andere sectoren – onderwijs, corporaties en financiële instellingen – heeft.

1.3 *Definiëring van bestuurlijke ondertoezichtstelling*

Van 'bestuurlijke ondertoezichtstelling' bestaat geen definitie. Verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling kunnen worden onderscheiden, variërend van het 'bijplaatsen' van een adviseur bij de Raad van Toezicht of de Raad van Bestuur tot een al dan niet door de rechter bij de instelling benoemde externe bewindvoerder. Vanwege deze verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling kiezen wij er voor in dit advies een onderscheid in bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge en in ruime zin te maken.

Onder bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin verstaan wij het aanstellen van een bewindvoerder. Benoeming van een bewindvoerder kan door de rechter op verzoek van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld de minister), door de rechter of door de minister zelf plaatsvinden.

Onder bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin verstaan wij het door de minister³ toevoegen van een externe adviseur aan de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht of het plaatsen van een functionaris met bepaalde bevoegdheden en/of aan wie moet worden gerapporteerd naast de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht. Het gedwongen vervangen van leden van de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht scharen wij eveneens onder het begrip bestuurlijke ondertoezichtstelling.⁴

1.4 *Expertmeeting*

Naast wet- en regelgeving, literatuur en beleidsdocumenten hebben wij bij de uitvoering van dit onderzoek gebruik gemaakt van de kennis en ervaringen die zijn gedeeld tijdens twee expertmeetings. Op 2 oktober 2013 heeft een expertmeeting

³ De IGZ kent de mogelijkheid van het toevoegen van een buitengewoon inspecteur. In wezen is dit een variant op een benoeming van een externe adviseur. In het laatste geval is dit een aanstelling door de minister; de buitengewoon inspecteur wordt toegevoegd in het kader van het toezicht door de IGZ.

⁴ In dit rapport gaan wij niet in op de vraag wat de rol van de IGZ bij bestuurlijke ondertoezichtstelling door de minister zou moeten zijn. IGZ signaleert dat een bestuurlijke ondertoezichtstelling los staat van de IGZ, om een politiek gestuurde toezichthouder te voorkomen. Er zou anders niet langer sprake zijn van onafhankelijk toezicht.

plaatsgevonden waaraan vertegenwoordigers van de Directie Markt en Consument en Directie Langdurige Zorg van het ministerie van VWS, de IGZ, het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (OCW) en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK) hebben deelgenomen. Op 4 oktober 2013 heeft een expertmeeting plaatsgevonden met vertegenwoordigers van de Directie Curatieve Zorg en van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie van VWS.

1.5 Indeling van het advies

In § 2 wordt het huidige toezichts- en handavingsinstrumentarium voor de IGZ en de minister van VWS op basis van de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet toelating zorginstellingen geanalyseerd. Tevens wordt hier ingegaan op maatregelen die in voorbereiding zijn om goed bestuur in de zorg te bevorderen. In § 3 worden de interventiebevoegdheden in andere sectoren, te weten onderwijs, corporaties en financiële instellingen, besproken. Daarbij wordt ook ingegaan op de overeenkomsten en verschillen met de zorgsector. In § 4 wordt de balans opemaakt, waarbij wordt ingegaan op de voor- en nadelen van bestuurlijke ondertoezichtstelling van zorginstellingen. Het advies wordt in § 5 afgesloten met een conclusie.

2. Toezichts- en handhavingsinstrumentarium in de zorg

2.1 Huidig toezichts- en handhavingsinstrumentarium

2.1.1 Handhavingskader IGZ

De IGZ ziet toe op de naleving van wet- en regelgeving, (beroeps)normen, richtlijnen en standaarden op het terrein van de kwaliteit van zorg en medische producten. De IGZ is belast met het toezicht op de naleving van 29 wetten. De Kwaliteitswet zorginstellingen (hierna: Kwzi) is één van die wetten. Ook de Wet toelating zorginstellingen (hierna: Wtzi) behoort tot het inspectiedomein van de IGZ.

In het IGZ-handhavingskader⁵ is beschreven welk type maatregelen en instrumenten de IGZ kan gebruiken om nalevingsgedrag van (onder meer) zorginstellingen te bevorderen en af te dwingen. De IGZ kan gebruikmaken van 'lichte' tot 'zware' maatregelen. In het algemeen zal de IGZ kiezen voor het type maatregel dat in de gegeven situatie het meest doelgericht is: een lichte maatregel waar het kan en een zwaardere waar dat nodig is.⁶ Voor zover voor dit onderzoek van belang, onderscheidt de IGZ – van 'licht' naar 'zwaar' - de volgende typen maatregelen met bijbehorende instrumenten:⁷

1. Advies en stimuleringsmaatregelen: motiveren, overtuigen;
2. Corrigerende maatregelen: eisen opstellen verbeterplan, instellen verscherpt toezicht;
3. Bestuursrechtelijke maatregelen: opleggen van aanwijzing, bevel, last onder dwangsom/last onder bestuursdwang.

De advies- en stimuleringsmaatregelen en corrigerende maatregelen kennen geen formele wettelijke basis.⁸ De bestuursrechtelijke maatregelen hebben wel een wettelijke grondslag (zie hierna).

Het toezicht van de IGZ is te beschouwen als een onmisbaar sluitstuk gelet op de publieke belangen waarmee zorgverlening is omgeven (toegankelijkheid van kwalitatief goed en betaalbare zorg).

⁵ IGZ, IGZ-handhavingskader. Richtlijn voor transparante handhaving, december 2008, herzien januari 2013, raadpleegbaar op www.igz.nl.

⁶ IGZ-handhavingskader, p. 15.

⁷ IGZ-handhavingskader, p. 16-18. De instrumenten zijn in het onderstaande niet uitputtend opgesomd, volstaan is met een weergave van de instrumenten die in relatie staan tot het leveren van verantwoorde zorg.

⁸ Dat geldt voor veel toezichthouders. Algemeen wordt aangenomen dat deze instrumenten voor goed toezicht onontbeerlijk zijn.

2.1.2 Kwaliteitswet zorginstellingen

De Kwzi verplicht de zorgaanbieder tot het leveren van 'verantwoorde zorg'. De eisen die daarbij aan de zorgaanbieder worden gesteld, hebben niet alleen betrekking op zuiver zorginhoudelijke aspecten (artikel 2).⁹ Ook moet worden voldaan aan eisen van goed bestuur. Gelet op het bepaalde in artikel 3 Kwzi behoort tot het leveren van verantwoorde zorg namelijk ook het dusdanig organiseren van de zorgverlening, het zodanig voorzien van de instelling, zowel kwalitatief als kwantitatief, van personeel en materieel en het zorg dragen voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling, dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot verantwoorde zorg.

Het toezicht van de IGZ heeft betrekking op beide aspecten van verantwoorde zorg: de inhoudelijke zorg en het goed bestuur (als voorwaarde om te komen tot verantwoorde zorg).

De IGZ kan bij het uitoefenen van dit toezicht de meer 'lichte' maatregelen – motiveren, overtuigen, opstellen verbeterplan – aanwenden. Ook kan de IGZ gebruik maken van de zwaardere maatregel van het instellen van verscherpt toezicht.

De ingrijpender bestuursrechtelijke maatregelen van de aanwijzing, het bevel en de last onder bestuursdwang zijn gebaseerd op artikel 8 en 10 van de Kwzi. Daarbij zij opgemerkt dat de IGZ alleen formeel bevoegd is deze maatregelen op te leggen als sprake is van acuut gevaar voor de veiligheid of de gezondheid. Doet die situatie zich voor, dan kan de IGZ de zorgaanbieder een schriftelijk bevel geven (artikel 8 lid 4 Kwzi). Het is de minister van VWS die – in de praktijk op advies van de IGZ – een aanwijzing kan geven (artikel 8 lid 1-3 Kwzi), een bevel kan verlengen (artikel 8 lid 4 Kwzi) en een last onder bestuursdwang kan opleggen (artikel 10 Kwzi).

De Kwzi omschrijft niet nader welke inhoud een op te leggen aanwijzing, bevel of last onder bestuursdwang mag of moet hebben. Het enige aanknopingspunt is dat de maatregel strekt tot het bereiken van 'verantwoorde zorg' (als bedoeld in artikel 2 en 3 Kwzi). De IGZ/de minister beschikken daarmee, in potentie, over redelijk uitgebreide bevoegdheden om in te grijpen bij zorginstellingen.

De vraag is hoe ruim of eng het begrip 'zorg' in de Kwzi in het kader van de aanwending van de handhavingsbevoegdheden moet worden geïnterpreteerd. Deze vraag is, zij het beknopt, bij de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving aan de orde gekomen. De regering heeft destijds aangegeven dat "het besturen van een ziekenhuis als

⁹ Onder verantwoorde zorg wordt daarbij verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt.

zodanig niet is aan te merken als 'zorg' zoals bedoeld in de Kwzi". Ook gaf de regering aan dat "een ziekenhuis niet onder curatele kan worden gesteld" en dat "de IGZ niet zelf extra personeel kan aannemen om uitvoerende werkzaamheden in instellingen waar te laten nemen"; dat zou "niet aansluiten bij de wettelijke taken van de IGZ en de verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg".¹⁰

Hieruit kan worden afgeleid dat het besturen van een zorginstelling *sec*, dus zonder dat als gevolg van bestuurlijk handelen of nalaten het leveren van verantwoorde zorg in gevaar komt, geen reden kan zijn om op grond van de Kwzi in te grijpen. Er zal altijd op enigerlei wijze een relatie moeten kunnen worden gelegd tussen het bestuurlijk handelen en nalaten en 'zorg' als bedoeld in artikel 2 of 3 Kwzi.

2.1.3 Wet toelating zorginstellingen

De IGZ is ook belast met het toezicht op de naleving van de Wet toelating zorginstellingen (hierna: Wtzi). De Wtzi bevat eisen die aan het betuur van een zorginstelling worden gesteld.

Ten behoeve van het verkrijgen van een toelating van de minister, kunnen aan een zorginstelling onder meer eisen worden gesteld over de bestuursstructuur en over waarborgen voor een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering (artikel 13 Wtzi). De regels over de bestuursstructuur en de bedrijfsvoering zijn nader uitgewerkt in artikel 6.1 t/m 6.5 van het Uitvoeringsbesluit Wtzi. Aan de bestuursstructuur worden onder meer de eisen gesteld van de aanwezigheid van een toezichthoudend orgaan, de onafhankelijkheid van dit orgaan en de vastlegging van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen dagelijkse leiding en het toezichthoudend orgaan. Verplichtingen die aan de bedrijfsvoering worden gesteld zijn het voeren van een duidelijke financiële administratie, het schriftelijk vastleggen welk orgaan welke bevoegdheden heeft ten aanzien van de bedrijfsvoering, hoe de zorgverlening is georganiseerd en van welke organisatorische verbanden gebruik wordt gemaakt.

Aan de genoemde verplichtingen uit de Wtzi en het Uitvoeringsbesluit Wtzi is nader invulling gegeven in Zorgbrede Governancecode 2010 van de Brancheorganisaties Zorg. Deze code is opgesteld en goedgekeurd door de brancheorganisaties van zorginstellingen. De code bevat onder meer concrete verplichtingen voor de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht (bijvoorbeeld het vermijden van elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen enig lid van de Raad van Bestuur/Toezicht). De IGZ beschouwt deze code als een algemeen

¹⁰ Kamerstukken II, 2007/08, 31 122, nr. 10, p. 4-5.

maatschappelijk, breed gedragen veldnorm als uitwerking van deze wetgeving.¹¹ De IGZ maakt bij haar toezicht op zorginstellingen gebruik van deze code.

De minister van VWS kan – op advies van de IGZ - de toelating intrekken, indien niet of in onvoldoende mate (meer) wordt voldaan aan de bij of krachtens de artikel 13 lid 1 Wtzi gestelde eisen (artikel 13 lid 2). Dit is een zeer ingrijpende bevoegdheid waarmee bovendien de continuïteit van zorg op zichzelf niet wordt gewaarborgd. Alvorens tot intrekking over te gaan, kan de minister er op grond van artikel 37 Wtzi voor kiezen een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom op te leggen.

De beslissing om aan een zorginstelling een toelating te verlenen en het uitoefenen van het toezicht en de handhaving op basis van de Wtzi staat los van de kwaliteit van zorg die de zorginstelling levert. De Wtzi maakt dus ook toezicht en handhaving mogelijk zonder dat er een relatie met 'zorg' hoeft te zijn, maar de IGZ legt die relatie in de uitoefening van haar bevoegdheden op grond van de Wtzi doorgaans wel. Indien door het niet of in onvoldoende mate voldoen aan de eisen gesteld bij of krachtens de Wtzi de verantwoorde zorgverlening in het geding komt, is de Kwzi daarom het aangrijpingspunt voor de IGZ/de minister om maatregelen te nemen ten behoeve van de kwaliteit en veiligheid van de zorg.

De IGZ heeft de wijze waarop zij op basis van de Kwzi en Wtzi toezicht houdt op de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, nader geëxpliciteerd en gestructureerd in het 'Toezichtkader Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid' (2011).¹² Het toezichtkader bevat de uitgangspunten die bepalend zijn voor het inspectietoezicht op de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid. Tevens zijn aandachtspunten geformuleerd die de voor de IGZ meest belangrijke aspecten omvatten als het gaat om de invulling van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid. Het gaat daarbij om de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van het bestuur en het interne toezicht van de zorginstelling.¹³ De IGZ beoordeelt de bestuurlijke verantwoordelijkheid daarbij altijd in relatie tot de mogelijke gevolgen voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg.¹⁴ De inspectie ziet goed bestuur en intern toezicht als een belangrijke randvoorwaarde voor het leveren van verantwoorde zorg.

¹¹ Zie IGZ, Toezichtkader Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, 2011, p. 8.

¹² Dit toezichtkader is ontwikkeld op basis van de publicatie van de Staat van de Gezondheidszorg 2009: De vrijblijvendheid voorbij van de IGZ. De IGZ heeft het explicieter toezien op de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid in de zorg als een permanent aandachtsgebied voor de komende jaren bestempeld. Zie het Meerjarenbeleidsplan 2012-2015, 'Voor gerechtvaardigd vertrouwen in verantwoorde zorg (II)' van de IGZ.

¹³ Toezichtkader, p. 17.

¹⁴ Toezichtkader, p. 14.

2.2 Toekomstige maatregelen op het gebied van goed bestuur in de zorg

In het verleden hebben zich bij zorginstellingen verschillende incidenten voorgedaan als gevolg van tekortschietend bestuur en intern toezicht. Het is daarom nodig om de verantwoordelijkheid van bestuurders en interne toezichthouders van zorginstellingen nader te bezien. De afgelopen jaren zijn er vanuit 'het veld' en door de overheid reeds diverse initiatieven ontplooid om nadere invulling te geven aan 'goed bestuur' in de zorg. Hiervóór werd al de Zorgbrede Governancecode 2010 en het Toezichtkader Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid 2011 van de IGZ genoemd.

Op dit moment is wetgeving in voorbereiding om het goed bestuur van zorginstellingen verder te verbeteren. De minister en de staatssecretaris van VWS hebben bij brief van 19 september 2013 aan de Tweede Kamer hun voorstellen uiteengezet om de regelgeving op het gebied van goed bestuur in de zorg aan te scherpen.¹⁵ In een nog in te dienen wetsvoorstel goed bestuur in de zorg zullen op drieërlei vlak regels worden gesteld. In de eerste plaats wordt met het oog op het goed kunnen functioneren van raden van bestuur en raden van toezicht, een algemene wettelijke resultaatsnorm voor goed bestuur bij zorgaanbieders geïntroduceerd. Daarbij worden aanvullende verplichtingen gesteld waaraan de bestuurs- en toezichtsstructuur moet voldoen.

In de tweede plaats wordt, met het oog op het kunnen uitoefenen van invloed van medezeggenschapsorganen op het beleid van de zorgaanbieder, een wettelijke resultaatsnorm voor medezeggenschap geïntroduceerd. Die resultaatsnorm wordt aangevuld met verplichtingen om de medezeggenschapspositie van de cliënt verder te borgen.

In de derde plaats wordt de toelating van nieuwe zorgaanbieders verscherpt. De bedoeling daarvan is de interne governancestructuren van een zorgaanbieder reeds vanaf het begin dat een instelling zorg levert, zodanig in te richten dat de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg geborgd wordt. Een van de te nemen maatregelen daarbij is het bij de toelating standaard toetsen of voldaan wordt aan de eisen voor instellingen die gelden op het gebied van kwaliteit of veiligheid van zorg. De IGZ wordt belast met het toezicht op de genoemde drie onderdelen; ook wordt (op onderdelen) een rol toegekend aan de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) en het intern toezicht op de bedrijfsvoering van zorginstellingen.

Ook op ander vlak wordt wetgeving voorbereid die verband houdt met het besturen van zorginstellingen. In de wetsvoorstellen 33 253¹⁶/32 402¹⁷ is een drietal

¹⁵ Kamerstukken II, 2013/14, 32 012, nr. 15, Goed bestuur in de zorg.

¹⁶ Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico's voor de continuïteit van zorg

maatregelen opgenomen die als doel hebben dat de overheid haar verantwoordelijkheid kan nemen wanneer de kwaliteit of de bereikbaarheid van zorg in gevaar komt als gevolg van een faillissement van een zorgaanbieder of als gevolg van schaalvergroting. Een van die maatregelen is de introductie in de Kwzi/Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) van de bevoegdheid aan de minister van VWS om – na advies van de IGZ en de NZa - een zorginstelling op te splitsen vanwege kwaliteitsargumenten.¹⁸ Daartoe kan de minister de bestaande aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi in de vorm van een structurele maatregel aan de zorgaanbieder opleggen. De aanwijzing kan alleen worden opgelegd als er een aantoonbare relatie bestaat tussen de organisatiestructuur en de tekortschietende kwaliteit van de zorgverlening. Deze aanvulling op het bestaande handavingsinstrumentarium van de IGZ/de minister is zeer ingrijpend en is in het wetsvoorstel dan ook als *ultimum remedium* instrument geformuleerd. Het wetsvoorstel regelt voorts dat de minister bij het niet naleven van de hier genoemde aanwijzing, een last onder bestuursdwang kan opleggen.

Een tweede voorgestelde maatregel is de bevoegdheidstoekenning aan de NZa in de Wet marktordening gezondheidszorg om zorgaanbieders en zorgverzekeraars te dwingen in hun overeenkomst afspraken te maken over de continuïteit van cruciale zorgverlening (na faillissement van de zorgaanbieder). De overheid kan hierdoor de sector dwingen haar verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van cruciale zorg. Ook ontstaat er door dit wetsvoorstel een meldplicht voor zorgverzekeraars ten aanzien van continuïteitsproblemen. De NZa toetst op basis van deze melding of er sprake is van overmacht bij een zorgverzekeraar.¹⁹

2.3 Analyse

De IGZ/minister van VWS kunnen op dit moment een scala aan instrumenten inzetten tegen tekortschietende bestuurders van zorginstellingen. Van deze 'escalatieladder' kan doorgaans alleen gebruik worden gemaakt als de kwaliteit van zorg/verantwoorde zorg op enigerlei wijze in het geding is; alleen bij handhaving van de regels van de Wtzi is de directe relatie met de zorg afwezig, maar de IGZ treedt ook dan doorgaans op als de verantwoorde zorg in het geding is. Ook bij de maatregelen die op het gebied van goed bestuur in de pijplijn zitten, wordt een koppeling gelegd met de kwaliteit van zorg.

alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg.

¹⁷ Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg.

¹⁸ Kamerstukken I, 2012/13, 33 253, A, Kamerstukken I, 2012/13, 32 402, E.

¹⁹ De derde voorgestelde maatregel in wetsvoorstel 33 253 betreft het aanscherpen van de concentratietoetsing in de zorgsector doordat de NZa de bevoegdheid krijgt om goedkeuring te onthouden aan concentratievoornemens van zorgaanbieders. Deze maatregel is voor dit onderzoek niet relevant.

Wij hebben geen reden aan te nemen dat de escalatieladder, aangevuld met de voorgestelde maatregelen om goed bestuur te bevorderen, op voorhand onvoldoende mogelijkheden biedt om in te grijpen wanneer de kwaliteit van zorg in het gedrang komt. Er kan op dit moment al veel. Dit geldt zeker als – binnen het wettelijke kader – verdere invulling zou worden gegeven aan de huidige, minder ingrijpende, bevoegdheden. Zo lijkt met name de aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi de ruimte te bieden om andere/verdergaande maatregelen voor te schrijven dan tot op heden doorgaans gebeurt (zie daarover par. 4). Een meer inventieve toepassing van de aanwijzingsbevoegdheid kan voorkomen dat de IGZ/minister minder snel voor de keuze wordt gesteld gebruik te maken van meer ingrijpende maatregelen – bijvoorbeeld het sluiten van een afdeling of gehele instelling.

Het lijkt doorgaans niet mogelijk om het huidige en voorgestelde instrumentarium in te zetten ingeval sprake is van disfunctioneren van bestuurders van zorgaanbieders (bijvoorbeeld op financieel gebied), *zonder* dat aannemelijk is dat het disfunctioneren enige negatieve invloed heeft op de kwaliteit of veiligheid van zorg. De vraag is echter *of* er voor de IGZ/de minister wel aanleiding zou moeten zijn om in deze gevallen van hun bevoegdheden gebruik te maken. Dit is deels een beleidsmatige vraag. Het is in dit verband van belang de verschillende verantwoordelijkheden in de zorgsector voor ogen te houden.

Zorginstellingen zijn private partijen met een privaatrechtelijke verantwoordelijkheid. Ze zijn zelf verantwoordelijk voor een goed financieel beheer en daarmee voor een goede financiële sturing. De Raad van Bestuur is eindverantwoordelijk voor en belast met het besturen van de zorgorganisatie. De Raad van Toezicht houdt hier toezicht op en kan als uiterste middel het bestuur ontslaan. Ook de ondernemingsraad kan via het recht van enquête ingrijpen. Daarnaast biedt boek 2 BW de mogelijkheid om apert disfunctionerende bestuurders te ontslaan.

De overheid is niet verantwoordelijk voor het besturen en financieren van zorginstellingen. De overheid heeft een verantwoordelijkheid voor de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg. Het gaat er de overheid dan ook om dat de continuïteit van (cruciale) zorg gewaarborgd blijft en niet de continuïteit van de zorginstelling. Dit uitgangspunt is de reden dat de overheid geen rol meer voor zich ziet in het voorkomen van faillissementen van zorgaanbieders. Er wordt tegenwoordig daarom niet langer door de NZa steun verleend aan een zorgaanbieder die in financiële problemen verkeert en failliet dreigt te gaan.²⁰

²⁰ Kamerstukken II, 2010/11, 32 620, nr. 10 en Kamerstukken II, 2011/12, 33 253, nr. 3, p. 5. Het nieuwe beleid is toegepast ten aanzien van het Ruwaard van Puttenziekenhuis. De overheid heeft dit ziekenhuis geen financiële steun verleend om zo het faillissement te voorkomen.

Om de continuïteit van zorg te waarborgen, hebben zorgverzekeraars in eerste instantie een zorgplicht voor het garanderen van continuïteit van zorg voor hun verzekerden als de zorginstelling in financiële problemen verkeert. Zij, en overigens ook financiers, houden de financiële positie van zorginstellingen dan ook goed in de gaten. De NZa controleert of de zorgverzekeraars hun zorgplicht voldoende naleven. In tweede instantie, en alleen wanneer de zorgverzekeraar vanwege overmacht niet aan zijn zorgplicht voor het garanderen van de continuïteit van cruciale zorg²¹ kan voldoen, heeft de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid. De overheid zal de beschikbaarheid van die cruciale zorgverlening garanderen door een tijdelijke vangnetstichting op te richten.²² Voor cruciale zorg is de tijdige beschikbaarheid daarvan immers belangrijk om ernstige gezondheidsschade te voorkomen.

Voorts kan via het systeem van interne *checks and balances* disfunctioneren van bestuurders van zorgaanbieders (bijvoorbeeld op financieel gebied) worden geadresseerd. Gewezen kan worden op de rol van cliënten(raden) en de ondernemingsraad (recht van enquête bij de Ondernemingskamer).

²¹ De regering duidt de volgende vormen van zorg aan als cruciaal: spoedeisende hulp, ambulancezorg, crisisopvang geestelijke gezondheidszorg, acute verloskunde, AWBZ-zorg. Zie o.a. Besluit beschikbaarheidsbijdrage WMG en Kamerstukken II, 2011/12, 33 353, nr. 3.

²² Zie Kamerstukken II, 2010/11, 32 620, nr. 10.

3. Andere sectoren: onderwijs, wonen en financiële instellingen

In de sectoren onderwijs en wonen blijkt een vergelijkbare behoefte aan interventie op bestuurlijk niveau te bestaan. In de onderscheiden wetten zijn daarom diverse bevoegdheden opgenomen voor de ministers van OCW c.q. BZK om in te grijpen op bestuurlijk niveau van de instellingen. Daarnaast zijn en worden, net als in de zorgsector, in deze sectoren diverse initiatieven ontplooid om goed bestuur en intern toezicht van de instellingen verder te bevorderen en het toezicht daarop te versterken.²³

3.1 Wonen

De sector wonen kent (ook) een escalatieladder van het toezicht op woningcorporaties. Deze ladder bevat – van minst ingrijpende naar meest ingrijpende maatregelen²⁴ – de volgende treden:

- Het geven van een aanwijzing aan de corporatie met de volgende inhoud:
 - verrichten of nalaten van een of meer handelingen (bijv. het opstellen van een verbeterplan),
 - het slechts mogen verrichten van handelingen na voorafgaande goedkeuring daarvan (door de minister dan wel door een door de minister aangewezen externe toezichthouder),
 - de aanstelling van een externe toezichthouder die ten behoeve van door de corporatie te verrichten handelingen het daarvoor benodigde plan opstelt; de corporatie verleent de toezichthouder alle medewerking daarbij.²⁵
- Het opleggen van een last onder dwangsom bij niet naleven van een van de hiervoor genoemde maatregelen;²⁶
- Het door de rechter, op verzoek van de minister, tijdelijk onder bewind laten stellen van de corporatie;²⁷
- Het intrekken van de toelating en daarmee het sluiten van de corporatie.²⁸

Indien een externe toezichthouder wordt aangesteld, wordt deze toegevoegd aan de Raad van Toezicht (als verantwoordelijk orgaan voor disfunctionerende bestuurders).

²³ Zie voor wonen het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (32 769). Zie voor onderwijs bijvoorbeeld de bepalingen die over functiescheiding intern toezicht en over goed bestuur in 2010 in de Wet op het primair onderwijs en Wet op het voortgezet onderwijs zijn opgenomen (wetsvoorstel 31 828) en het aanhangige wetsvoorstel Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs (33 472).

²⁴ Hier wordt geen uitputtende opsomming van mogelijke maatregelen gegeven. Zo zijn de meer informele, niet-wettelijke, maatregelen ('praten', 'onderhandelen') hier niet opgenomen.

²⁵ Artikel 70d Woningwet jo. artikel 41-43 Besluit beheer sociale-huursector.

²⁶ Artikel 105 Woningwet jo. artikel 70d Woningwet.

²⁷ Artikel 70e-70i Woningwet.

²⁸ Artikel 70 en 70a Woningwet en artikel 44 Besluit beheer sociale-huursector.

Door het versterken van het interne toezicht wordt bereikt dat het interne toezicht op de Raad van Bestuur wordt versterkt. Disfunctionerende bestuurders vertrekken in dat geval al uit zichzelf zonder dat verdergaande maatregelen hoeven te worden getroffen.

Met het oog op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de minister en de corporatie hanteert de minister stringente, systeemgerelateerde, voorwaarden voor de interventie. Zo wordt de opdracht van een externe toezichthouder vooraf zorgvuldig en nauwgezet afgebakend.

Aanknopingspunt voor het opleggen van de genoemde maatregelen is het in strijd handelen met het belang van de volkshuisvesting door de corporatie. De bescherming van het belang van de volkshuisvesting wordt hierbij ruim opgevat: niet alleen uit kwaliteitsoverwegingen maar ook vanwege falend (financieel) bestuur *sec* kan worden opgetreden. De minister ziet in het laatste geval een rol voor de overheid, omdat het vermogen van de corporaties als gevolg van publieke financiering in het verleden en bepaalde voordelen als maatschappelijk gebonden wordt beschouwd. Falend (financieel) bestuur kan een direct, negatief, effect hebben op het maatschappelijk gebonden vermogen. Daarnaast geldt in de corporatiesector een systeem van borging tussen corporaties onderling, met een vangnetfunctie voor de overheid.

3.2 *Onderwijs*

Ook in het onderwijs wordt een escalatieladder van toezicht op onderwijsinstellingen gebruikt.²⁹ Naast minder ingrijpende maatregelen als het attenderen en waarschuwen, het maken van een herstelplan door het bestuur van de onderwijsinstelling en bestuurlijk overleg tussen de Onderwijsinspectie en het bestuur, kunnen ook ingrijpender interventiebevoegdheden worden uitgeoefend.

In de onderwijswetgeving is geregeld dat de minister van OCW – op basis van een rapport van de Onderwijsinspectie³⁰ - de rechtspersoon die de school in stand houdt een aanwijzing kan geven, indien sprake is van wanbeheer van een of meer bestuurders of interne toezichthouders.³¹ Daarbij is limitatief omschreven welke gevallen als 'wanbeheer' worden beschouwd. 'Financieel wanbeleid' behoort daar onder meer toe, maar problemen met de onderwijskwaliteit niet. Daarvoor gelden wel

²⁹ Zie bijlage bij Kamerstukken II, 2012/13, 33 495, nr. 10.

³⁰ En eerst nadat een meer informeel traject is gevolgd (zoals betuurlijk overleg met de instelling).

³¹ Artikel 163b Wet op het primair onderwijs, artikel 103g Wet op het voortgezet onderwijs, artikel 145 Wet op de expertisecentra. Op dit moment is het wetsvoorstel versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs aanhangig waarin een vergelijkbare aanwijzingsbevoegdheid is opgenomen voor het hoger onderwijs (33 472). Een verschil is dat de aanwijzing daar wordt gegeven aan de Raad van Toezicht.

specifieke andere regels. De aanwijzing wordt gegeven indien in strijd met de bekostigingsvoorwaarden is gehandeld.

In de wet is niet geregeld welke inhoud de voor te schrijven maatregelen in het kader van de aanwijzing kunnen hebben. De reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid wordt door de minister tamelijk ruim opgevat. De volgende maatregelen kunnen worden voorgeschreven om de overtreding van de geschonden norm te herstellen:³²

- De rechtspersoon wordt opgedragen om te besluiten tot vervanging van een of meer bestuurders of interne toezichthouders;³³
- De opdracht om de instelling of een onderdeel daarvan te reorganiseren of om bepaalde voorzieningen te treffen;
- Het aanstellen van een bewindvoerder die rechtstreeks aan de minister rapporteert;
- Het tijdelijk onder curatele stellen van de instelling.

Ook kan de minister van OCW 'maatregelen' treffen indien de kwaliteit van het onderwijs of de kwaliteit van het bestuur ernstig of langdurig tekortschiet.³⁴ Tot deze maatregelen behoort de mogelijkheid het bestuur van de instelling te laten bijstaan door een extern deskundige.

Het voordeel van een aanwijzing en het treffen van een maatregel is dat deze niet direct ten koste gaan van de middelen die beschikbaar zijn voor het onderwijsproces omdat deze zich tegen het bestuur richten. Daarmee kan worden voorkomen dat de leerlingen de dupe worden van bestuurlijk wanbeheer.

Indien een aanwijzing niet wordt opgevolgd, kan de minister van OCW – de vergaande maatregel van – een bekostigings sanctie opleggen. De bekostiging kan geheel of gedeeltelijk worden ingehouden of opgeschort.³⁵

Tot slot kan de minister van OCW, als *ultimum remedium* maatregel, besluiten dat een openbare school wordt opgeheven of de bekostiging van een bijzondere school wordt beëindigd, indien sprake is van ernstig of langdurig tekortschieten van de basiskwaliteit van het onderwijs.³⁶

³² Zie het conceptverslag van het wetgevingsoverleg van 30 september 2013 over het wetsvoorstel versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs, raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl.

³³ Zie ook Kamerstukken II, 2008/09, 31 828, nr. 3.

³⁴ Artikel 164a Wet op het primair onderwijs, artikel 104a Wet op het voortgezet onderwijs, artikel 146a Wet op de expertisecentra.

³⁵ Artikel 164 Wet op het primair onderwijs, artikel 104 Wet op het voortgezet onderwijs, artikel 146 Wet op de expertisecentra.

³⁶ Artikel 164b Wet op het primair onderwijs en de equivalenten daarvan in de overige onderwijswetgeving.

De minister treedt op vanuit haar verantwoordelijkheid voor het naar behoren functioneren van het onderwijsstelsel. Alleen als het onderwijsstelsel in het geding is, zal dus worden opgetreden. De noodzaak van optreden kan daarbij gelegen zijn in de slechte kwaliteit van het onderwijs, maar ook of alleen in (bestuurlijk of financieel) wanbeheer. De rechtvaardiging om ook ingeval van wanbeheer op te treden bestaat hierin dat onderwijsinstellingen via het systeem van onderwijsbekostiging publiek worden gefinancierd.

3.3 Financiële instellingen

Het instrument van de aanwijzing is ook opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft).³⁷ De Nederlandse Bank (hierna: DNB)³⁸ kan (onder meer) – mits er sprake is van een overtreding van de Wft - financiële ondernemingen door middel van het geven van een aanwijzing verplichten ten aanzien van in de aanwijzingsbeschikking aan te geven punten, binnen een redelijke termijn, een bepaalde gedragslijn te volgen.³⁹ De aanwijzing kan betrekking hebben op de bedrijfsvoering of de financiële positie van de onderneming. De aanwijzing kan bijvoorbeeld inhouden dat de financiële onderneming bestuurders moet heenzenden of bepaalde activiteiten moet staken. DNB kan een financiële onderneming eveneens – rauwelijks - een aanwijzing geven, indien zij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen, van die financiële onderneming in gevaar kunnen brengen.⁴⁰ Indien de aanwijzing niet wordt opgevolgd, kan DNB, voor zover dat bij wet is bepaald, vervolgmaatregelen nemen (bijvoorbeeld een meer specifieke aanwijzing, een last onder dwangsom of, in zeer ernstige gevallen, de intrekking van de vergunning).

Naast de algemene aanwijzingsbevoegdheid kan het onder omstandigheden noodzakelijk zijn om bij financiële ondernemingen verdergaande greep te krijgen op de bedrijfsvoering, indien gestelde regels (dreigen te) worden overtreden. Hiervoor kan worden gebruik worden gemaakt van het instrument van een stille curator.⁴¹ DNB kan in drie situaties de afweging maken om dit instrument in te zetten: (a) indien het lichtere instrument van de aanwijzing niet tot het gewenste resultaat leidt, (b) indien als gevolg van bijzondere gebeurtenissen de adequate functionering van de financiële onderneming in gevaar is, of (c) wanneer de financiële soliditeit van de financiële onderneming zodanig in gevaar is dat onverwijld ingrijpen noodzakelijk is.⁴²

³⁷ Doorgaans voorafgegaan door een waarschuwing of een mededeling.

³⁸ Aan de AFM komen vergelijkbare bevoegdheden toe. Die worden niet besproken.

³⁹ Artikel 1:75 lid 1 Wft.

⁴⁰ Artikel 1:75 lid 2 Wft.

⁴¹ Artikel 1:76 Wft. Zie Kamerstukken II, 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 43.

⁴² Zie Kamerstukken II, 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 43.

Specifiek voor de financiële sector is dat voor financiële instellingen geldt dat hun bestuurders moeten voldoen aan eisen van betrouwbaarheid en geschiktheid.⁴³

De vergaande mogelijkheden voor DNB om in de bedrijfsvoering (waaronder het bestuur) van financiële instellingen in te grijpen vindt zijn rechtvaardiging in het belang van het bewaken van de stabiliteit en de integriteit van de financiële sector. Anders dan bij de sectoren wonen en onderwijs vinden de wettelijke voorschriften daarover hun oorsprong in EU-regelgeving.

3.4 Analyse

In de sectoren wonen en onderwijs spelen in hoge mate dezelfde problemen als in de zorgsector. Niet alleen de kwaliteit en het bestuurlijk beheer kan in het gedrang zijn maar ook het financieel beheer van instellingen. Een verschil tussen de zorgsector en die sectoren is echter dat het toezicht op onderwijsinstellingen en corporaties een bredere scope heeft. De minister van BZK en de minister van OCW/Onderwijsinspectie houden niet alleen toezicht op kwaliteit- en publiekrechtelijke aspecten, maar uitdrukkelijk ook op financieel-bestuurlijke aspecten van de instellingen. Hoewel in het kader van het toezicht op de naleving van de Wkzi en Wtzi ook aspecten van goed bestuur aan de orde (kunnen) komen, is dat bij de sectoren wonen en onderwijs meer prominent punt van aandacht bij het toezicht. Het financieel toezicht biedt door juist de specifieke aandacht op bestuurders en de andere scope een minder goed referentiekader.

Een tweede verschil tussen de zorgsector en de sectoren onderwijs en wonen is dat de financiering van de instellingen op een andere wijze plaatsvindt. Onderwijsinstellingen worden publiek gefinancierd (onderwijsbekostiging) en vanwege het maatschappelijk gebonden vermogen bij corporaties en de borgingsverplichtingen, bestaat in deze sectoren een financiële relatie tussen overheid en instellingen. In de zorgsector is sprake van financiering door privaat gefinancierde organisaties (zorgverzekeraars). De directere relatie met overheidsmiddelen vormt een rechtvaardiging voor de overheid om in de sectoren wonen en onderwijs verantwoordelijkheid te nemen als sprake is van bestuurlijk en/of financieel wanbeheer. In de zorg bestaat alleen, via de premies, een indirecte relatie met overheidsmiddelen (die overigens wel tot de collectieve middelen behoren).

In de sectoren onderwijs en wonen wordt de reikwijdte van de desbetreffende aanwijzingsbevoegdheden tamelijk ruim opgevat. Dit instrument biedt daar ruimte en mogelijkheden voor creativiteit. Via de aanwijzing worden verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling (in ruime zin) toegepast. Hier kan een parallel

⁴³ O.a. afdeling 3.3.2 Wft en Besluit prudentiële regels Wft en Beleidsregel geschiktheid 2012.

worden getrokken met de aanwijzingsbevoegdheid in de zorgsector. De aanwijzingsbevoegdheid in de Kwaliteitswet zorginstellingen is ruim geformuleerd. In de wet noch in de parlementaire geschiedenis is nader omschreven welke inhoud een op te leggen aanwijzing mag of moet hebben. De enige beperking is dat er enige relatie met verantwoorde zorg moet zijn (zorginhoudelijk dan wel goed bestuur als voorwaarde om te komen tot verantwoorde zorg). Het lijkt mogelijk om aan de aanwijzingsbevoegdheid in de Kwzi een vergelijkbare invulling te geven als in de andere sectoren gebeurt.

4 Balans

4.1 Algemeen

In paragraaf 2 constateerden wij geen reden te hebben om aan te nemen dat de escalatieladder in de zorg, aangevuld met de voorgestelde maatregelen om goed bestuur in de zorg verder te bevorderen, op voorhand onvoldoende mogelijkheden biedt om in te grijpen wanneer de kwaliteit van zorg in het gedrang komt. Wanneer sprake is van disfunctioneren van de bestuurder (bijvoorbeeld op financieel gebied) zonder negatief effect op de kwaliteit van zorg, zijn er minder mogelijkheden om in te grijpen, maar is het tegelijkertijd ook de vraag of de minister (anders dan op grond van de Wtzi) hierin wel een verantwoordelijkheid heeft. Dat lijkt niet het geval te zijn.

Tevens gaven wij in paragraaf 2 aan dat verdere invulling zou kunnen worden gegeven aan de aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi. De bespreking van de interventiebevoegdheden in de andere sectoren bevestigt dat de aanwijzing ruimte biedt voor het nemen van maatregelen met een verschillend karakter. Daartoe behoren ook maatregelen die de vorm hebben van bestuurlijke ondertoezichtstelling (in ruime zin).

4.2 Bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin

Het is naar ons oordeel in beginsel juridisch mogelijk om, zolang in objectieve zin de relatie met zorg kan worden gelegd, vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin met de huidige aanwijzingsbevoegdheid in de Kwzi te realiseren. Het nationale recht noch het Europese recht (meer in het bijzonder artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM) verzetten zich hier in zijn algemeenheid tegen. Wel zal in ieder geval aannemelijk moeten worden gemaakt dat de aanwijzing noodzakelijk is en dat deze voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze nadere invulling (en daarmee de facto verruiming) van de aanwijzingsbevoegdheid zou moeten worden toegelicht door de minister, bijvoorbeeld in een beleidskader.

Daarbij zou – olopend in mate van ingrijpendheid – kunnen worden gedacht aan de volgende instrumenten:

- Concrete opdracht aan Raad van Bestuur of Raad van Toezicht (bijvoorbeeld afzien van bepaalde investeringen);
- Concrete opdracht aan Raad van Bestuur of Raad van Toezicht om te rapporteren over bepaalde zaken;
- Concrete opdracht aan Raad van Bestuur of Raad van Toezicht om veranderingen in de organisatie aan te brengen (bijvoorbeeld een reorganisatie);

- Bijplaatsing van een externe waarnemer bij Raad van Bestuur of Raad van Toezicht;
- Bijplaatsing van een externe waarnemer bij Raad van Bestuur of Raad van Toezicht, waaraan ook moet worden gerapporteerd;
- Bijplaatsing van een externe deskundige bij Raad van Bestuur of Raad van Toezicht;
- Bijplaatsing van een externe adviseur met bevoegdheden bij Raad van Bestuur of Raad van Toezicht (bijvoorbeeld verplichte goedkeuring voor bepaalde handelingen en/of uitgaven).

Als *ultimum remedium* zou het aanwijzingsinstrument kunnen worden ingezet om te bewerkstelligen dat de Raad van Bestuur of Raad van Toezicht wordt uitgebreid of een of meer leden daarvan worden vervangen. Naar ons oordeel biedt de bestaande aanwijzingsbevoegdheid hiervoor voldoende ruimte.

Duidelijk moet zijn dat hier sprake is van steeds meer binnen de instelling ingrijpende maatregelen. In de sectoren wonen en onderwijs zal voor ingrijpendere maatregelen onder omstandigheden eerder aanleiding bestaan, omdat de specifieke relatie tussen interventie en kwaliteit (anders dan bij de zorg) als grondslag voor interventie daar niet wordt gesteld. Bij zorginstellingen gaat het om niet direct door de overheid bekostigde private instellingen en is er tussen overheid en zorginstellingen ook geen directe financiële relatie. Dat betekent dat de hiervoor geschetste mogelijkheden om te interveniëren minder snel kunnen en ook zouden moeten worden ingezet. Daarbij is van belang dat het voortbestaan van een instelling, minder dan in genoemde sectoren, als regel geen doel van toezicht is, behoudens wanneer de continuïteit van de zorg in het geding is.

Interventies die hoger in de interventieladder staan en waarbij aan een Raad van Bestuur of Raad van Toezicht bevoegdheden worden ontnomen of deze worden geclausuleerd, zullen daarom ook eerder gerechtvaardigd zijn als het gaat om grote zorginstellingen. Meer concreet: dergelijke interventies zijn onder omstandigheden denkbaar bij ziekenhuizen, intramurale zorginstellingen voor gehandicapten- of ouderenzorg, maar niet bij een huisartsenpraktijk of een tandartsenpraktijk.

Daarbij dient ook te worden bedacht dat iedere aanwijzing (i) moet berusten op de feitelijke constatering dat de instelling in strijd met wettelijke vastgestelde normen handelt, (ii) een redelijke reactie op de normschending vormt, (iii) de resultante is van de afweging van belangen tussen het belang om tegen schending van de norm op te treden en het belang van de betrokken instelling om zelf orde op zaken te stellen, en (iv) proportioneel is.

Het voordeel van deze wijze van gebruikmaking van de aanwijzingsbevoegdheid is dat er een mogelijkheid wordt gecreëerd bestuurders te dwingen meer complexe bestuurlijke problemen daadwerkelijk op te lossen. Een dergelijke nadere invulling van de aanwijzingsbevoegdheid biedt de mogelijkheid om tussen de traditionele instrumenten en de zeer vergaande alternatieven van sluiting van een afdeling of instelling te komen tot die interventie die in de gegeven omstandigheden geboden is. Zo is meer maatwerk mogelijk. Daaraan kan in incidentele gevallen behoefte bestaan. Hier kan het voorbeeld worden genoemd van grote intramurale instellingen (langdurige zorg) waar reguliere maatregelen onvoldoende (snel) effect bleken te hebben en waarbij het lastig is om tot sluiting over te gaan vanwege het ontbreken van alternatieven.

Uitgangspunt van het wettelijk systeem van toezicht is dat is voorzien in onafhankelijk Staatstoezicht, dat bij de IGZ is belegd. Gegeven het feit dat bestuurlijke ondertoezichtstelling in het kader van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister kan worden ingezet, is het de minister die tot de bestuurlijke ondertoezichtstelling zal besluiten, met hooguit een adviserende rol voor de IGZ. De onafhankelijkheid van de IGZ is, zoals haar vrees is, dus niet in geding. Overigens worden vergelijkbare instrumenten als de lagere vormen van de hiervoor genoemde interventieladder op dit moment ook al door de IGZ toegepast, zoals de bijplaatsing van de buitengewoon inspecteur.

Het risico dat aan elke vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin is verbonden, is dat de minister mede verantwoordelijk wordt voor de zorg en politiek kan worden aangesproken. Aan de ministeriële verantwoordelijkheid zou invulling kunnen worden gegeven door het formuleren van duidelijke voorwaarden wanneer bestuurlijke ondertoezichtstelling mogelijk is.

Onder de huidige regelgeving bestaan dus al verschillende mogelijkheden om daar waar nodig te komen tot een vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin.

4.3 Bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin

De zorgwetgeving voorziet momenteel niet in de mogelijkheid om direct of via de rechter een bewindvoerder te benoemen, die bevoegdheden van het bestuur overneemt. Deze mogelijkheid zou, voornamelijk gelet op de afschrikwekkende werking daarvan (en daarmee als stok achter de deur), in de wet kunnen worden opgenomen. Daarbij verdient het onze voorkeur een bewindvoerder via de rechter te benoemen, omdat dan een onafhankelijke toets wordt verricht. In aanmerking genomen echter dat er reeds een groot aantal interventiemogelijkheden bestaat, dringt de noodzaak om bewindvoering te regelen zich naar ons oordeel op dit moment niet onmiddellijk op. Relevant zijn daarbij de andere in de brief van 19 september

2013 geschetste toekomstige wettelijke maatregelen. Daar komt dan bij de (beleidsmatige) vraag of een dergelijke interventie van de overheid bij het bestuur van een zorginstelling past binnen de huidige beleidskaders. Dat lijkt niet het geval gelet op het ontbreken van een directe financiële relatie tussen overheid en zorgaanbieder, die er in andere sectoren wel is.

5 Conclusie

Op dit moment staat aan de IGZ en de minister van VWS een groot aantal instrumenten ter beschikking om op te treden tegen tekortschietende bestuurders van zorginstellingen. Deze buitenwettelijke en wettelijke instrumenten (uit de Kwzi) kunnen doorgaans alleen worden ingezet als de kwaliteit van zorg/verantwoorde zorg op enigerlei wijze in het geding is. Bij handhaving van de regels van de Wtzi is de directe relatie met de zorg afwezig, maar ook dan treedt de IGZ doorgaans alleen op als de verantwoorde zorg in het geding is.

Het huidige en voorgestelde toezichts- en handhavingsinstrumentarium voorziet (anders dan op grond van Wtzi) niet in mogelijkheden om in te grijpen bij disfunctioneren van bestuurders van zorginstellingen, zonder dat aannemelijk is dat het disfunctioneren enige negatieve invloed heeft op de kwaliteit of veiligheid van zorg. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat de overheid geen verantwoordelijkheid toekomt bij het besturen en financieren van zorginstellingen. Van een leemte in het instrumentarium lijkt op dit punt dan ook geen sprake te zijn. Alleen daar waar de continuïteit van cruciale zorg niet langer door zorgverzekeraars kan worden gegarandeerd, heeft de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid om in te grijpen en heeft zij mogelijkheden om de beschikbaarheid van die zorg te waarborgen.

Naar ons oordeel biedt het bestaande toezichts- en handhavingsinstrumentarium, aangevuld met de voorgestelde wettelijke maatregelen om goed bestuur in de zorg verder te bevorderen, op voorhand voldoende mogelijkheden om in te grijpen wanneer de kwaliteit en veiligheid van zorg in het gedrang komt. Voorwaarde daarbij is dat op een meer inventieve wijze toepassing wordt gegeven aan de aanwijzingsbevoegdheid uit de Kwzi. De aanwijzingsbevoegdheid is immers ruim geformuleerd: de enige beperking is dat er enige relatie met verantwoorde zorg moet zijn, dat wil zeggen zorginhoudelijk dan wel goed bestuur als voorwaarde om te komen tot verantwoorde zorg.

Het is naar ons oordeel in beginsel juridisch mogelijk om verschillende vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin met de huidige aanwijzingsbevoegdheid te realiseren. Het strekt tot aanbeveling als de minister deze nadere invulling van de aanwijzingsbevoegdheid toelicht in een beleidskader. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt in een achttal – minder en meer binnen de instelling ingrijpende – maatregelen. Bij het inzetten van deze maatregelen is van belang voor ogen te houden dat zorginstellingen niet direct door de overheid bekostigde private instellingen zijn en er tussen de overheid en zorginstellingen geen directe financiële relatie bestaat. Daarom kunnen en zouden de interventie maatregelen minder snel moeten worden ingezet dan bijvoorbeeld het geval is in de sectoren wonen en onderwijs.

Het voordeel van het scharen van vormen van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin onder de aanwijzingsbevoegdheid is dat er een mogelijkheid wordt gecreëerd om daarmee bestuurders te dwingen meer complexe bestuurlijke problemen daadwerkelijk op te lossen. Zo is meer maatwerk mogelijk. Daaraan kan in de praktijk in incidentele gevallen behoefte bestaan.

Het risico dat aan elke vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling in ruime zin is verbonden, is dat de minister mede verantwoordelijk wordt voor de zorg en politiek kan worden aangesproken. Aan de ministeriële verantwoordelijkheid zou invulling kunnen worden gegeven door het formuleren van duidelijke voorwaarden wanneer bestuurlijke ondertoezichtstelling mogelijk is.

De noodzaak om bestuurlijke ondertoezichtstelling in enge zin (aanstellen van een bewindvoerder) in de zorg te introduceren, dringt zich naar ons oordeel niet onmiddellijk op. De reden daarvoor is dat er reeds een groot aantal interventiemogelijkheden bestaan en een aantal wettelijke maatregelen om goed bestuur in de zorg verder te bevorderen, in voorbereiding zijn. Bovendien lijkt deze interventiemogelijkheid, gelet op het ontbreken van een directe financiële relatie tussen overheid en zorgaanbieder, niet te passen binnen de huidige beleidskaders.