

Investeren, profiteren, winst uitkeren: het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg maakt het mogelijk

*Mr. D. Dijkmans van Gunst**

Inleiding

Al jaren wordt over winstuitkering in de zorg gesproken. De zorg is er niet klaar voor en leent zich er niet voor betogen tegenstanders. Een mogelijkheid tot winstuitkering is noodzakelijk om de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van (medisch-specialistische) zorg te verbeteren, aldus de voorstanders en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.¹

Het wetsvoorstel wijziging van de Wet toelating zorginstellingen en enkele andere wetten teneinde investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg te bevorderen (Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg, hierna: het wetsvoorstel)² beoogt de aanbieders van medisch-specialistische zorg, zoals ziekenhuizen, maar ook zelfstandige behandelcentra (ZBC's), meer mogelijkheden te bieden om eigen vermogen aan te trekken door de investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg te verruimen. Zo hoeven zorgaanbieders minder vreemd vermogen aan te trekken of kan vreemd vermogen beter, tegen gunstiger voorwaarden (rente), worden aangetrokken. Indien een particulier kapitaalverschaffer bijdraagt aan het eigen vermogen wordt het immers ook voor verstrekkers van vreemd vermogen (banken) minder risicovol om een lening te verstrekken. Het wetsvoorstel is op 1 juli 2014 door de Tweede Kamer aangenomen, maar de behandeling door de Eerste Kamer is op 9 december 2014 tijdelijk opgeschort in verband met de toetsing door de Raad van State.

Er wordt met dit wetsvoorstel een mogelijkheid tot zogenaamde 'gereguleerde winstuitkering' geïntroduceerd. Omdat er publieke middelen met de zorg gemeoid zijn, worden de

winstuitkeringsmogelijkheden gereguleerd, om zo de beschikbaarheid en kwaliteit van zorg te waarborgen. Zowel aan de winstuitkering als aan de organisatie van de betreffende zorgaanbieder die winst wenst uit te keren, worden in het wetsvoorstel randwoorden gesteld. Deze voorwaarden zal ik nader uiteenzetten in deze bijdrage. Het voert te ver in het kader van deze bijdrage ook uitgebreid mijn kanttekeningen bij de genoemde voorwaarden te plaatsen. Voor meer informatie over de achtergrond en aanleiding van het wetsvoorstel en diverse uiteenzettingen, op- en aanmerkingen bij het wetsvoorstel verwijs ik naar een eerdere bijdrage in dit tijdschrift van De Jong,³ het proefschrift van Plomp⁴ en meer recent een uitgebreid artikel van haar hand in dit kader.⁵

Het wetsvoorstel

Momenteel is het voor ruwweg ziekenhuizen, verpleeg- en verzorgingshuizen op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en artikel 3.1 van het Uitvoeringsbesluit WTZi verboden om winst uit te keren in verband met de zogenaamde 'winstklem'. Deze instellingen mogen geen winstoogmerk hebben; de zorginstelling mag niet gericht zijn op het maken van winst en mag geen winstuitkeringen doen. Destijds is dit in de WTZi opgenomen omdat financiering uit de collectieve middelen zich niet zou verdragen met een vorm van winstuitkering in de zorg die zou toevloeien naar aandeelhouders in plaats van aan de zorg ten goede komen.⁶ Ingevolge het wetsvoorstel zal voornoemd artikel 5 lid 2 WTZi komen

* Mr. D. Dijkmans van Gunst is advocaat in het Zorgteam van Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Kamerstukken II 2011/12, 33168, 3.

2. Kamerstukken I 2013/14, 33168, A.

3. C.N. de Jong, Wetsvoorstel winstuitkeringen in de zorg, V&O 2012, p. 65-68.

4. E. Plomp, Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkeringen door zorginstellingen (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

5. E. Plomp, Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg, *Ondernemingsrecht* 2014, p. 146.

6. Kamerstukken II 2000/01, 27659, 3, p. 20.

te vervallen en worden vervangen door een nieuw hoofdstuk IVA met regels over winstuitkering door zorgaanbieders.

Dit wetsvoorstel ziet op aanbieders van medisch-specialistische zorg en winstuitkering wordt daarmee mogelijk voor ziekenhuizen en ZBC's. Het wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor aanbieders van andere typen zorg waarvoor de mogelijkheid om winst uit te keren al bestaat. Dit zijn de aanbieders van extramurale zorg als bedoeld in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). Via de AWBZ wordt de langdurige zorg voor ouderen, chronisch zieken en gehandicapten gefinancierd. Het verbod om winst uit te keren blijft voor intramurale AWBZ-instellingen en academische ziekenhuizen van kracht.

Soorten rechtspersonen die winst uit mogen keren, zijn de BV, NV of coöperatie. Dit betekent dat alle ziekenhuizen die nu nog de vorm van een stichting hebben hun juridische structuur zullen moeten heroverwegen. Een voor de hand liggende oplossing is de omzetting van een stichting naar een type rechtspersoon die winst mag uitkeren. Punt van aandacht daarbij betreft het vraagstuk van de vermogensklem op gelden van de stichting (bij omzetting kan slechts met toestemming van de rechter worden uitgekeerd). Het beklemd vermogen of de vruchten daarvan kunnen na omzetting niet toekomen aan de aandeelhouders en slechts worden besteed conform de doelstelling van de stichting, zie in dit kader artikel 2:18 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (zorgaanbieders/stichtingen zullen doorgaans als doel hebben gehad zorg te verlenen). Werk aan de winkel voor de ondernemingsrechtpraktijk dus. Saillant detail is overigens dat het beklemd eigen (stichtings)vermogen van ziekenhuizen door de regering in 2014 op zo'n EUR 3,5 miljard werd geschat.⁷

Een van de meest voor de hand liggende oplossingen voor voornoemde vermogensklem is het via een activa-/passiva-transactie overnemen van de vermogensbestanddelen van de stichting tegen een marktconforme prijs door een nieuwe rechtspersoon die geen stichting is. De zorgaanbieder gaat zo over naar de nieuwe rechtspersoon en de vruchten van deze nieuwe rechtspersoon kunnen wel aan aandeelhouders ten goede komen.⁸

Ook buitenlandse rechtspersonen kunnen winst uitkeren. In dat geval bestaan er geen eisen ten aanzien van de rechtsvorm. De voorwaarden voor winstuitkering (zie hierna) gelden op dezelfde wijze als voor Nederlandse (rechts)personen.

Voorwaarden voor winstuitkering

Geen winstuitkering eerste drie jaar na eerste investering en eerste uitkering maximaal 50% van de winst

In de eerste drie jaren na de eerste verwerving door een zorgaanbieder van eigen vermogen als gevolg van een investering

mag geen winstuitkering plaatsvinden. Deze termijn begint te lopen de dag na het verwerven van eigen vermogen ten gevolge van een investering. Overigens hoeft deze eerste investering niet van een private partij te komen. Let op, als de dag van de eerste investering voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel ligt, geldt een termijn van drie jaar vanaf de datum van inwerkingtreding van de wet. Vooralsnog is onbekend wanneer de wet in werking zal treden (nader bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, art. XII wetsvoorstel). Als gevolg van een amendement mag de winstuitkering het eerste jaar maximaal 50% van de behaalde winst bedragen (art. 16d lid 1 onder i).

Winst wordt gedefinieerd in het wetsvoorstel als 'het door een zorgaanbieder in een boekjaar gerealiseerde resultaat uit gewone bedrijfsuitoefening vermeerderd met het buitengewone resultaat, alles na belastingen' (art. 16a lid 1 onder f). Plomp merkt hier terecht bij op dat de wetgever andere vormen van vermogensonttrekking, zoals de betaling van rente op obligaties, achtergestelde leningen, transacties met aandeelhouders, inkoop van eigen aandelen en de vermindering van het geplaatste kapitaal, ongereguleerd heeft gelaten en de voorwaarden uit het wetsvoorstel ook geen betrekking op de uitkering van reserves hebben, hetgeen opmerkelijk is omdat zorgaanbieders in de praktijk regelmatig voornoemde vormen van vermogensonttrekking gebruiken om het winstverbod te omzeilen.⁹

Positieve beoordeling minimumkwaliteitseisen door IGZ

De tweede voorwaarde betreft een eenmalige kwaliteitstoets door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), die de basis vormt voor het wel of niet verkrijgen van de noodzakelijke beschikking van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) om winst te mogen uitkeren (art. 16d lid 1 onder a en lid 2). De benodigde beschikking kan een zorgaanbieder niet eerder aanvragen dan in de tiende maand van het derde jaar volgende op de dag waarop hij voor de eerste keer ten gevolge van een investering eigen vermogen verwerft. Het toetsingskader van de IGZ betreft de 'Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid en of zorgaanbieder een deugdelijk veiligheidsmanagementsysteem heeft'.¹⁰ Gecontroleerd wordt of de zorgaanbieder (1) zijn bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg goed heeft ingericht en (2) beschikt over een gecertificeerd of geaccrediteerd veiligheidsmanagementsysteem (VMS).¹¹ VWS neemt de beschikking binnen een 'redelijke termijn' (maximaal acht weken, tenzij tijdig verlengd). Ruim 80% van de ziekenhuizen voldeed volgens de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen in 2013 aan het kwaliteitsmanagementsysteem.¹² Hoe streng de IGZ-toets wordt, en wat dit betekent voor de investeringsbereidheid van potentiële investeerders, is nog onduidelijk en dient de praktijk uit te wijzen.

9. Plomp 2014, p. 146.

10. www.igz.nl/actueel/nieuws/20110428toezichtkaderbestuurlijkeverantwoordelijkheidvoorkwaliteitenveiligheid.aspx.

11. Kamerstukken II 2012/13, 33168, 8, p. 23.

12. Kamerstukken II 2012/13, 33168, 8, p. 26.

7. Kamerstukken II 2012/13, 33168, 8, p. 6.

8. Kamerstukken I 2014/15, 33168, C, p. 33.

Goed om te weten is dat een zorgaanbieder en de investeerders na de eerste driejaarstermijn voorgoed af zijn van de IGZ-toets, deze is slechts eenmalig.

Positieve beoordeling financiële reserves

Het bestuur van de zorgaanbieder weigert goedkeuring voor de winstuitkering te geven indien (1) het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de zorgaanbieder na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden, en (2) indien de zorgaanbieder een NV is, het weet of redelijkerwijs kan voorzien dat de zorgaanbieder met het uitkeren van winst in strijd zal handelen met artikel 2:105 BW (art. 16d lid 3 en 4). Deze toets volgt uit het vennootschapsrecht, op basis waarvan voor kapitaalvennootschappen adequate toetsen op de financiële buffers gelden.¹³ De sanctie die het bestuur van de zorgaanbieder boven het hoofd hangt, indien toch winst wordt uitgekeerd terwijl de financiële reserves dit niet toelaten, is hoofdelijke aansprakelijkheid; voor zowel de NV als de coöperatie en rechtspersonen naar buitenlands recht wordt artikel 2:216 lid 3 en 4 BW van overeenkomstige toepassing verklaard in het wetsvoorstel.

Solvabiliteitsmarge van zorgaanbieder (en groep) van ten minste 20%

Via het amendement-Van der Staaij is een solvabiliteitsmargevereiste van 20% opgenomen in het wetsvoorstel. Dit heeft tot gevolg dat een zorgaanbieder die medisch-specialistische zorg verleent geen winst mag uitkeren indien zijn solvabiliteitsmarge (en, indien hij deel uitmaakt van een zorgaanbiedersgroep, de solvabiliteitsmarge van het hoofd van die groep) na de winstuitkering minder dan 20% zou zijn (art. 16d lid 1 onder b).¹⁴ Daarnaast kunnen nadere regels aan de maximale daling van de solvabiliteit als gevolg van een winstuitkering worden gesteld via een algemene maatregel van bestuur (art. 16d lid 1 onder b en art. 16da). Hiermee worden de financiële weerbaarheid en continuïteit van de zorgaanbieder gegarandeerd, en wordt getracht te voorkomen dat zorgaanbieders gaan schuiven met schulden om winstuitkering mogelijk te maken.

De solvabiliteit van aanbieders van medisch-specialistische zorg is de afgelopen jaren gestegen, zo blijkt uit onderzoeken van BDO¹⁵ en PriceWaterhouseCoopers.¹⁶ De solvabiliteit is de afgelopen jaren gestegen van 12,0% in 2009 en 14,1% in 2010 naar 14,9% in 2011, maar niet alle onderzochte zorgaanbieders voldoen daarmee aan de normen die deze onderzoeken ten aanzien van solvabiliteit hanteerden. Meer specifiek voldeden op basis van de gebruikte gegevens in 2011 16 van de 80 onderzochte algemene ziekenhuizen aan de in de onderzoeken gestelde streefnorm voor solvabiliteit van 20% of hoger.¹⁷ De

solvabiliteitsmarge van algemene ziekenhuizen ligt momenteel rond de 16%.¹⁸

Resultaat voorafgegane drie boekjaren positief

Het bestuur mag winstuitkering pas goedkeuren als het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefeningen na belastingen gedurende de drie jaren die aan het uitkeringsjaar vooraf zijn gegaan, positief is geweest (art. 16d lid 1 onder c). Voor de definitie van gewone bedrijfsuitoefening wordt aangesloten bij de regels en definities uit het BW en de Regeling verslaggeving WTZi; het resultaat uit gewone bedrijfsuitoefening is de opbrengst (bijvoorbeeld vergoedingen voor het leveren van zorg en het uitlenen van personeel) verminderd met de lasten (bijvoorbeeld personeelskosten en inkoop van goederen) en met de te betalen renten en belastingen.¹⁹ Buitengewone baten en lasten vloeien niet voort uit de gewone bedrijfsuitoefening en tellen dus niet mee.

Voor eerste winstuitkering voorafgaande toestemming van de NZa vereist

Een zorgaanbieder die voor het eerst winst uitkeert, dient voorafgaande toestemming van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) te hebben verkregen (art. 16d lid 1 onder h en lid 6, 7 en 8). De NZa kan toestemming weigeren indien (1) de zorgaanbieder onvoldoende inzicht biedt in de gevolgen voor het zorgaanbod als gevolg van de winstuitkering, (2) niet aan de overige voorwaarden voor winstuitkering wordt voldaan, of (3) de zorgverlening, kwaliteit en continuïteit van de zorg in gevaar komen uitsluitend als gevolg van het winsttoogmerk van de zorgaanbieder. Deze extra toets naast de kwaliteitstoets van de IGZ is in het wetsvoorstel opgenomen om de gevolgen en risico's van winstuitkering te beperken; winstuitkering dient gericht te zijn op investeringen en mag niet ten koste gaan van de zorg (art. 16e lid 1).²⁰ De IGZ houdt als toezichthouder toezicht op de kwaliteitsaspecten van de zorg. De NZa houdt voornamelijk toezicht op de effecten voor het zorgaanbod.

Toezichthoudend orgaan heeft advies uitgebracht

Het toezichthoudend orgaan van een zorgaanbieder moet vooraf advies uitbrengen over de beoogde winstuitkering (art. 16e lid 1). Deze voorwaarde fungeert als een 'minimumeis' voor de betrokkenheid van de raad van toezicht of raad van commissarissen van een zorgaanbieder, maar een zorgaanbieder mag meer (statutair) regelen dan slechts dit algemene adviesrecht van het toezichthoudend orgaan.²¹ Het toezichthoudend orgaan dient in beginsel dus slechts te worden 'gehoord'. Er zijn volgens de regering immers situaties denkbaar waarin bijvoorbeeld kleine ZBC's een daadwerkelijk goedkeuringsrecht niet in hun governancestructuur vinden passen.²² Aangezien het BW hier niets over regelt, heeft de

13. Kamerstukken II 2011/12, 33168, 3, p. 13.

14. Kamerstukken II 2013/14, 33168, 21.

15. BDO, Benchmark ziekenhuizen 2012, oktober 2012.

16. PriceWaterhouseCoopers, Brancheanalyse gezondheidszorg 2011, november 2011.

17. BDO 2012. Zie ook Kamerstukken II 2012/13, 33168, 7, p. 6.

18. BDO Benchmark ziekenhuizen 2013, www.bdo.nl/nl/publicaties/documents/bdo-benchmark-ziekenhuizen-2013.pdf en Kamerstukken I 2014/15, 33168, C, p. 7.

19. Kamerstukken II 2012/13, 33168, 7, p. 7.

20. Kamerstukken II 2013/14, 33168, 19.

21. Kamerstukken II 2013/14, 33168, 24.

22. Kamerstukken I 2014/15, 33168, C, p. 8.

regering met deze voorwaarde ten minste het recht om gehoord te worden willen verankeren. Overigens stelt de Zorgbrede Governancecode 2010 (ZGC) goedkeuring van de raad van toezicht wel verplicht.²³ Vier brancheorganisaties in de zorg hebben door middel van de ZGC zelf regels vastgelegd voor goed bestuur en toezicht voor zorginstellingen. Naleving van de ZGC geldt als lidmaatschapsverplichting voor de aangesloten brancheorganisaties,²⁴ waar de meeste zorgaanbieders bij zijn aangesloten. Volledigheidshalve merk ik op dat alhoewel een stichting op grond van het BW niet gehouden is een toezichthoudend orgaan in te stellen, hiertoe voor zorginstellingen onder de WTZi wel een verplichting bestaat.

Het toezichthoudend orgaan mag ten hoogste voor de helft bestaan uit (vertegenwoordigers van) aandeelhouders (art. 16c lid 2, geïntroduceerd bij het amendement-Dijkstra). De ratio hiervan is dat een aandeelhouder sneller geneigd zal zijn om winstuitkering toe te staan, waardoor de controlefunctie van het toezichthoudend orgaan wordt uitgehold.²⁵

Bestuur heeft goedkeuring verleend

Winstuitkering kan niet plaatsvinden zolang het bestuur geen goedkeuring aan het besluit tot uitkering van winst heeft verleend (art. 16d lid 1 onder d).

Uitzonderingen op winstuitkering en toezicht

Winstuitkering is niet mogelijk indien de zorgaanbieder steun ontvangt op grond van een beschikking van de NZa (art. 16d lid 1 onder e). De regering merkte in dit kader op dat publieke steun zich slecht verhoudt met private winst. Een uitzondering betreft de 'beschikbaarheidsbijdrage' op grond van artikel 56a Wet marktordening gezondheidszorg (WVG). Dat is een betaling die rechtstreeks ten laste van het Zorgverzekeringsfonds (Zvf) of het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten (AFBZ) aan een zorgaanbieder wordt gedaan, dus zonder tussenkomst van een zorgverzekeraar.²⁶ Ook is geen winstuitkering mogelijk zolang tegen de zorgaanbieder handhavend is opgetreden door de IGZ (art. 16d lid 1 onder g).

Het toezicht op de naleving van het wetsvoorstel vindt plaats door de NZa. De zorgaanbieder heeft de plicht om na winstuitkering aan de NZa te melden op welke wijze is geborgd dat aan de voorwaarden van de winstuitkering is voldaan (art. 16i). Deze plicht rust niet alleen na de eerste winstuitkering op de zorgaanbieder, dit moet elke keer bij de NZa worden gemeld. Sancties op het niet melden betreffen een dwangsom en/of boetes.

Slot

Met het wetsvoorstel wordt ingezet op investeerders met een lange adem; partijen die uit zijn op een snel resultaat, in de dis-

cussie aangeduid als 'sprinkhanen en cowboys', worden geweerd. Het wetsvoorstel vergroot zo de investeringsmogelijkheden voor zorginnovatie en kan een kwaliteitsimpuls betekenen voor financieel gezonde ziekenhuizen. Risico is wel dat die investeringen uitsluitend terechtkomen bij de koplopers in ziekenhuisland, die zich gaan toeleggen op de meest rendabele patiënten. Ik plaats daarom twee kanttekeningen bij het wetsvoorstel.²⁷ Allereerst acht ik denkbaar dat het wetsvoorstel in de huidige vorm slechts een oplossing gaat bieden voor zorginstellingen die er goed voor staan, in verband met de gestelde solvabiliteitseisen. Pensioenfondsen, een type investeerder waar de minister eerder de nadruk op legde, zullen uit oogpunt van reputatierisico en vooral ook gelet op hun rendementseisen niet snel investeren in een ziekenhuis dat het moeilijk heeft. Een investeerder met lef zou in het wetsvoorstel juist de ruimte moeten krijgen om een probleem op te lossen, om zo een faillissement af te wenden. Helaas blijkt het huidige wetsvoorstel daar niet in te voorzien.

In de tweede plaats stapt de minister met het wetsvoorstel iets te gemakkelijk heen over de zorg die is uitgesproken dat de nieuwe regeling kan leiden tot risicoselectie door ziekenhuizen. Meerdere Eerste Kamerfracties stellen daar onder andere in het voorlopig verslag²⁸ en het daaropvolgende nader voorlopig verslag²⁹ vragen over. Ziekenhuizen die winst willen gaan uitkeren, zullen zich nog meer gaan richten op de meest rendabele zorgtrajecten (bijvoorbeeld laagcomplex zorg). Zorgverzekeraars sturen daarbij vanuit hun regisseursrol naar voorkeurszorgaanbieders met de laagste prijzen. Gevolg hiervan kan zijn dat de onrendabele zorgprestaties terecht zullen komen bij een kleinere groep ziekenhuizen dan nu het geval is. Het wetsvoorstel verbiedt risicoselectie niet: een amendement daartoe is verworpen.³⁰ Zorgverzekeraars zullen ook niet op de rem trappen, zolang zij maar aan hun zorgplicht kunnen voldoen. De keuzevrijheid voor patiënten zal daardoor kunnen afnemen. De oplossing ligt dan ook niet in het wetsvoorstel dat winstuitkering mogelijk maakt. In de verhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders zal wel extra aandacht moeten worden besteed aan de aansluiting tussen werkelijke, realistische kosten van behandeling enerzijds en de hoogte van de vergoeding die verzekeraars betalen anderzijds. De NZa kan hier bijvoorbeeld met kostprijsonderzoeken een faciliterende rol spelen.

23. www.brancheorganisatieszorg.nl/doc/ZorgbredeGovernancecode2010BoZ.pdf.

24. www.brancheorganisatieszorg.nl/over_boz/leden.

25. Kamerstukken II 2013/14, 33168, 24.

26. Kamerstukken II 2011/12, 32393, 15, p. 2.

27. Zie in dit kader ook het blog dat ik samen met twee kantoorgenoten voor Zorgvisie schreef, www.zorgvisie.nl/Financien/Verdieping/2014/10/Leidt-winstuitkering-tot-risicoselectie-in-de-zorg-1625290W/.

28. Kamerstukken I 2014/15, 33168, B.

29. Kamerstukken I 2014/15, 33168, D.

30. Kamerstukken II 2013/14, 33168, 25 en Kamerstukken II 2013/14, 33168, 100, item 34.