

## WETENSCHAP EN PRAKTIJK

# Winstuitkering in de zorg

## Een overzicht van enkele juridische ontwikkelingen op het gebied van winstuitkering in de zorg

*D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer*

### 1 Inleiding

Binnenkort ontvangt de Tweede Kamer een nieuw wetsvoorstel over (onder andere) winstuitkering in de zorg, het Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wibz).<sup>1</sup> Het wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid om bij risico's voor de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van zorg- en jeugdhulp, voorwaarden te verbinden aan winstuitkering voor zorgaanbieders, voor wie op dit moment geen wettelijk verbod op winstoogmerk en daarmee winstuitkering geldt.<sup>2</sup> Ruim elf jaar geleden, begin 2012, ontving de Tweede Kamer ook een wetsvoorstel over winstuitkering in de zorg.<sup>3</sup> Doel van de Wet vergroten investeringsmogelijkheden medisch-specialistische zorg (VIMSZ) was aanbieders van medisch-specialistische zorg (algemene en categorale ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra) door gereguleerde winstuitkering beter in staat te stellen financiering in de vorm van risicodragend vermogen aan te trekken van met name particuliere investeerders en institutionele beleggers.<sup>4</sup> Alhoewel de regering van oordeel was dat winstuitkering de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van de medisch-specialistische zorg ten goede komt, zou ongeclausuleerde winstuitkering tot risico's kunnen leiden.<sup>5</sup> Het wetsvoorstel VIMSZ bevatte daarom randvoorwaarden voor winstuitkering. De Tweede Kamer nam het voorstel<sup>6</sup> op 1 juli 2014 aan.<sup>7</sup> Door verschillende ontwikkelingen in de zorgsector<sup>8</sup> wijzigde het standpunt van het kabinet over winstuitkering in de zorg tussen 2012 en 2019 drastisch. In

1 Zie <https://internetconsultatie.nl/wibz/b1#>.

2 Onderaannemers in de intramurale zorg en hoofd- en onderaannemers in de extramurale zorg en de jeugdhulp, zie par. 3 en 4.

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

4 Zie over het wetsvoorstel VIMSZ E. Plomp, Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg, Ondernemingsrecht 2014/146 en het artikel van de eerste auteur destijds voor Vennootschap & Onderneming: D. Dijkmans van Gunst, Investeren, profiteren, winst uitkeren: het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg maakt het mogelijk, V&O 2015, afl. 2, p. 25.

5 Kamerstukken II 2011/12, 33168, nr. 3, p. 1.

6 Kamerstukken I 2013/14, 33168, A.

7 Groep Bontes/Van Klaveren, SGP, VVD, Van Vliet, 50PLUS/Klein, D66 en PvdA stemden voor.

8 Praktijken 'die niet passen binnen de maatschappelijke doelen die we met zorg nastreven'. Kamerstukken I 2018/19, 33168, O, p. 3 (brief 9 juli 2019).

plaats van het onder voorwaarden mogelijk maken van winstuitkering voor aanbieders van medisch-specialistische zorg, kwam de focus te liggen op het beperken van de winstuitkeringsmogelijkheden van aanbieders voor wie geen wettelijk winstuitkeringsverbod geldt. De Minister voor Medische Zorg en Sport kondigde maatregelen aan om onwenselijke praktijken tegen te gaan, en trok kort daarna het wetsvoorstel VIMSZ op 25 oktober 2019 in.<sup>9</sup>

Tot 2019 focust de wetgever zich met de VIMSZ dus op het vergroten van investeringsmogelijkheden voor aanbieders van intramurale zorg. Daarna slaat de wetgever een andere weg in: anno 2023 focust de wetgever zich met de Wibz uitsluitend op het beperken van winstuitkeringsmogelijkheden voor aanbieders van extramurale zorg. Hoe is deze koerswijziging van de wetgever ontstaan? Hoe gaan zorgaanbieders in de praktijk om met het verbod op winstoogmerk, en maakt het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg feitelijk nog wel uit – of staat het huidige verbod op losse schroeven? In deze bijdrage geven wij antwoord op deze vragen aan de hand van een analyse van het wettelijk verbod op winstoogmerk, de parlementaire geschiedenis en de ontwikkelingen in de praktijk.

Na een korte beschrijving van de relevante stelselwetten voor de zorgsector in paragraaf 2, volgt een toelichting op het wettelijk verbod op winstoogmerk in paragraaf 3. Daarna komen de van het verbod uitgezonderde categorieën en het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg aan bod in paragraaf 4. Het belang van winstuitkering in de zorg en hoe winstuitkering in de praktijk door intramurale zorgaanbieders plaatsvindt, stippen wij aan in paragraaf 5, gevolgd door een toelichting op de in de praktijk gebruikelijke en toegestane onderaannemingsconstructie, en meer specifiek de lege huls-constructie in paragraaf 6. De invloed van recente wetwijzigingen op deze praktijk komt aan bod in paragraaf 7. Omdat de discussies naar aanleiding van het wetsvoorstel VIMSZ (mede) ten grondslag hebben gelegen aan de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza), wijziging van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en de aangekondigde Wibz, en daarmee de koerswijziging van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) die in deze bijdrage centraal staat, is een nadere toelichting over het wetgevingstraject van de VIMSZ in paragraaf 8 onontbeerlijk. Dit klemt temeer nu wij in een eventueel volgende bijdrage graag nader ingaan op de Wibz (par. 9). In paragraaf 10 ronden wij af met enkele reflecties en een conclusie.

## 2 Stelselwetten zorgsector

Vier stelselwetten regelen de zorg in Nederland: de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet langdurige zorg (Wlz), de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) en de Jeugdwet. Iedereen die in Nederland woont of werkt, heeft recht op zorg uit het basispakket. Welke behandelingen, diensten en producten deel uitmaken van het basispakket is geregeld in de Zvw. Denk hierbij aan noodzakelijke geneeskundige zorg (huisartsenzorg, ziekenhuiszorg), geneesmiddelen en hulpmid-

9 Kamerstukken I 2019/20, 33168, P.

delen. De Zvw financiert deze curatieve zorg (*cure*) via zorgverzekeraars. De Wlz daarentegen ligt ten grondslag aan zorg voor mensen die permanent toezicht of 24-uurszorg in de nabijheid (thuis of in een instelling) nodig hebben (*care*). Denk hierbij bijvoorbeeld aan ouderenzorg en gehandicaptenzorg. Wlz-uitvoerders hebben de feitelijke uitvoering van de Wlz opgedragen aan zorgkantoren, die landelijk de levering van Wlz-zorg regelen. Gemeenten regelen overige vormen van hulp, ondersteuning en zorg op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet.

### 3 Verbod op winstoogmerk

Als zorgaanbieders zorg willen leveren die door vergoeding in aanmerking komt op grond van de Zvw of de Wlz, moeten zij in het bezit zijn van een toelatingsvergunning van de Minister van VWS. De Wtza en het Uitvoeringsbesluit Wtza reguleren deze toelating.<sup>10</sup> De Wtza schrijft niet voor welke (rechts)vorm een zorgaanbieder moet hebben. Veel zorgaanbieders in Nederland zijn van oudsher stichtingen, maar ook instellingen in de vorm van besloten vennootschappen (bv's) kunnen een Wtza-toelatingsvergunning krijgen, mits de instelling voldoet aan de vergunningsvoorwaarden uit de Wtza.<sup>11</sup> Bv's kunnen, in tegenstelling tot de in de Nederlandse zorgsector vrij gebruikelijke rechtsvorm van een stichting, op grond van het Nederlandse vennootschapsrecht winst uitkeren aan hun aandeelhouders.<sup>12</sup> Hoewel een zorgaanbieder in beginsel winst mag maken, bevat de WTZi<sup>13</sup> in art. 5 een verbod op winstoogmerk voor instellingen<sup>14</sup> in de zin van de WTZi: 'Een instelling heeft geen winstoogmerk, behoudens de bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën van instellingen.' Met het verbod op winstoogmerk uit de WTZi werd niet zozeer beoogd het streven naar winst (het streven naar een optimaal exploitatieresultaat) te verbieden, maar vooral de uitkering van winst te verbieden

10 De Wtza is niet van toepassing op wat ook wel het sociaal domein wordt genoemd; aanbieders van diensten en zorg op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet vallen niet onder de Wtza. Wel bevat de Jeugdwet een meldplicht. Wmo-aanbieders vallen onder gemeentelijk toezicht.

11 Zorgaanbieders die kwalificeren als instelling: organisatorische verbanden van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen (maatschappen, vof's en cv's), rechtspersonen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen, ongeacht het aantal mensen dat er werkt (bv's, nv's, verenigingen, coöperaties en stichtingen) en natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg doen verlenen, waarbij de natuurlijke persoon anderen inzet voor de zorgverlening (een eenmanszaak, die een aantal zzp'ers inzet).

12 Vgl. art. 2:285 lid 3 en 2:216 BW.

13 Let op: de Wtza verving per 1 januari 2022 het vergunningsregime uit de WTZi. Alhoewel de naam van de WTZi anders doet vermoeden, is deze wet dus niet meer relevant voor de benodigde toelatingsvergunning voor het aanbieden van Wlz- of Zvw-zorg. Zie voor meer informatie over de wijzigingen in de Wtza de columns van de eerste auteur voor de rubriek 'Terecht' van Zorgvisie magazine in de juni-uitgaven in 2023 (Werk aan de Winkel) en 2021 (Van Wtzi naar Wtza). Zie ter achtergrond eveneens E. Luijendijk, Governance van zorginstellingen: een overzicht van inrichtingsvereisten, MvO 2022, afl. 8-9, p. 236-248 en A.G.H. Klaassen, Van WTZi naar Wtza: meer drempels voor zorgaanbieders, Ondernemingsrecht 2020/130.

14 Art. 1 lid 1 sub f WTZi: 'instelling: een organisatorisch verband dat zorg of een andere dienst verleent waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 3.1.1 van de Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet'.

voor bepaalde groepen zorgaanbieders.<sup>15</sup> Winstuitkering is op grond van art. 5 WTZi dus niet toegestaan voor aanbieders van Wlz- of Zvw-zorg, tenzij de zorgaanbieder tot een van de uitgezonderde categorieën zoals beschreven in art. 3.1 van het Uitvoeringsbesluit WTZi behoort.<sup>16</sup>

De ratio achter het verbod op winstoogmerk is blijkens de memorie van toelichting<sup>17</sup> dat voorkomen moet worden dat collectieve middelen, opgebracht door de premiebetaler, als winst of dividend aan aandeelhouders ten goede komt in plaats van aan de zorg.<sup>18</sup> Volgens de wetgever dienden zorgaanbieders doelmatig en efficiënt te zijn en niet enkel te streven naar winstoptimalisatie.<sup>19</sup> Het streven naar winst en het streven naar kwaliteit lagen bij de invoering van de WTZi niet automatisch in elkaars verlengde. Op dat moment waren er onvoldoende *countervailing powers* om een eventuele uitruil tussen winst en kwaliteit te kunnen bewaken. Door het streven naar winstoptimalisatie bestond het risico dat ‘een opwaartse druk op de collectieve uitgaven ontstaat, die door de premiebetaler moeten worden opgebracht’.<sup>20</sup> Ook waren er ernstige zorgen dat de kwaliteit van de zorg onder druk zou komen te staan.<sup>21</sup> De overheid streefde echter naar verdere vrijheden in verschillende marktsegmenten met het oog op invoering van gereguleerde marktwerking in een vraaggestuurd in plaats van aanbodgestuurd stelsel in 2006. Een algeheel verbod op winstoogmerk werd daarmee onverenigbaar geacht, omdat het ontbreken van een winstoogmerk eraan in de weg zou kunnen staan effectief op de vraag naar zorg in te spelen (omdat doelmatigheid en efficiëntie in de organisatie niet zouden worden beloond). Daarnaast werden uitzonderingen mogelijk gemaakt onder de WTZi omdat de Raad van State van mening was dat het handhaven van een (volledig) verbod op winstoogmerk ‘een belemmering kan vormen voor de toegang tot het stelsel voor buitenlandse instellingen. De Raad vreest voor strijd met het EG-recht.’<sup>22</sup> In plaats van een algeheel verbod op winstoogmerk introduceerde

15 E. Plomp, *Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (diss. Amsterdam UvA), 2011, p. 22.

16 Als categorieën van instellingen waarvoor winstoogmerk is toegestaan, worden aangewezen instellingen die uitsluitend een of meer van de volgende vormen van zorg verlenen: audiologische zorg, behandeling van gedragswetenschappelijke aard in verband met een psychiatrische aandoening, farmaceutische zorg, huisartsenzorg, kraamzorg, medisch-specialistische zorg, uitsluitend in verband met een psychiatrische aandoening en niet in combinatie met Zvw-verblijf, mondzorg, paramedische zorg, persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding, schoonmaak van de woning of behandeling, anders dan behandeling van gedragswetenschappelijke aard in verband met een psychiatrische aandoening, indien deze vormen van zorg niet worden verleend in combinatie met Wlz-verblijf, trombosezorg, uitleen van verpleegartikelen, verloskundige zorg, verstrekken van hulpmiddelen, vervoer en zorg in een kleinschalige woonvoorziening.

17 Kamerstukken II 2000/01, 27659, nr. 3, p. 20.

18 De Zvw verplicht iedereen die in Nederland woont of voor wie inkomstenbelasting wordt ingehouden om een zorgverzekering te hebben. Uiteindelijk worden de collectieve zorgkosten van Nederland betaald door burgers en bedrijven via hun nominale zorgverzekeringspremie, een inkomensafhankelijke bijdrage, eigen bijdragen en belastingen.

19 Kamerstukken II 2000/01, 27659, nr. 3, p. 13-14.

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

21 Kamerstukken II 2000/01, 27659, nr. 3, p. 20.

22 Kamerstukken II 2003/04, 27659, nr. A, p. 2 en 13-14.

het Uitvoeringsbesluit WTZi daarom categorieën van zorginstellingen die winst mochten uitkeren.

#### 4 Uitgezonderde categorieën van instellingen

Het verbod op winstuitkering onder de WTZi is conform de uitzonderingen in het Uitvoeringsbesluit WTZi, kort samengevat, van toepassing op instellingen waar patiënten/cliënten<sup>23</sup> kunnen overnachten (intramurale Wlz- of Zvw-zorg). Hieronder valt ook (verzekerde) medisch-specialistische zorg zoals ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra bieden, óók als patiënten niet noodzakelijkerwijs blijven overnachten. Van oudsher werd medisch-specialistische zorg namelijk gecategoriseerd als intramurale zorg omdat deze zorg vroeger alleen binnen de muren (intramuraal) van het ziekenhuis werd verleend. Zorgaanbieders daarentegen die ambulante zorg buiten de muren van een instelling althans zonder overnachting verlenen (extramuraal), zijn uitgezonderd van het verbod op winstuitkering.<sup>24</sup> Dit verschil tussen intramurale en extramurale zorg is ontstaan doordat de overheid in 2006, op het moment dat de WTZi werd ingevoerd, nog de risico's en kosten droeg van het zorgvastgoed. Dit betreft het zogenoemde 'bouwregime', waarbij instellingen hun kapitaallasten volledig vergoed door de overheid en zij daarover ook geen risico droegen. Winstuitkering door aanbieders van intramurale zorg werd daarom onwenselijk geacht. Ondanks de afschaffing van het bouwregime en daarmee de verschuiving van vastgoedrisico's van de overheid naar zorgaanbieders, en het steeds verder vervagen van grenzen tussen intramurale en extramurale zorg,<sup>25</sup> is tot op de dag van vandaag het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg terug te lezen in de uitgezonderde categorieën van instellingen in het Uitvoeringsbesluit WTZi.<sup>26</sup> Het verbod op winsttoegmerk geldt, behoudens enkele uitzon-

23 In de *cure* spreekt men in de praktijk van patiënten, in de *care* van cliënten.

24 Hetzelfde geldt voor zorgaanbieders die uitsluitend Wlz- of Zvw-zorg bekostigd uit een persoonsgebonden budget (pgb) verlenen, ook die zorgaanbieders vallen niet onder het verbod op winsttoegmerk. Vgl. noot 14 en art. 1 lid 1 sub f WTZi: voor deze via pgb's ingekochte zorg ontvangt de zorgaanbieder geen rechtstreekse vergoeding van de zorgverzekeraar (Zvw) of het zorgkantoor (Wlz), maar van de pgb-houder die zelf zorg inkoop. In de praktijk wordt in het kader van de WTZi ook wel gesproken over het bekostigingsvereiste, maar wij vinden dat een verwarrende term. Immers, ook het Zvw- en Wlz-pgb worden (alhoewel ingekocht via de verzekerde) uiteindelijk bekostigd door de zorgverzekeraar (Zvw) of het zorgkantoor (Wlz).

25 Niet alleen door het verplaatsen van de vastgoedrisico's van de overheid naar zorgaanbieders vervagen de grenzen tussen intramurale en extramurale zorg, maar ook door 'de verschuiving van zorg en de opkomst van nieuwe initiatieven zoals e-health', zie Kamerstukken II 2017/18, 34775 XVI, nr. 150, p. 2.

26 De wetgever is blijkens de consultatieversie van de Wibz vooralsnog niet voornemens dit te wijzigen. Een gemiste kans in onze optiek.

deringen, voor aanbieders van intramurale Zvw-en Wlz-zorg. Aanbieders van extramurale (Zvw- en Wlz-)zorg zijn uitgezonderd.<sup>27</sup>

Hoewel dit onderscheid tussen intramuraal en extramuraal op grond van het bouwregime ooit dus de achterliggende reden was voor hetzelfde onderscheid in het winstuitkeringsverbod en daarmee leidde tot een verbod voor ziekenhuizen<sup>28</sup> en zelfstandige behandelcentra (zbc's) om winst uit te keren, maakt het feit dat zelfstandige (private) behandelcentra tegenwoordig ook medisch-specialistische zorg leveren buiten de muren van het ziekenhuis (en daarmee feitelijk extramuraal) geen verschil. Inmiddels is dus niet de locatie waar zorg wordt verleend (binnen of buiten de muren van een instelling), maar de financieringswijze (vergoeding via Zvw of Wlz) in combinatie met het onderscheid in type zorg, zoals van oudsher bij invoering van de WTZi<sup>29</sup> en nog steeds in het Uitvoeringsbesluit WTZi gedefinieerd, bepalend voor de vraag welke zorgaanbieders uitgezonderd zijn van het winstuitkeringsverbod.

## 5 Het belang van winstuitkering en winstuitkering in de praktijk

Elke organisatie moet een positief exploitatieresultaat behalen om voort te kunnen bestaan – ook zorgorganisaties. Dat positief bedrijfsresultaat kan op verschillende manieren worden aangewend, waarvan de meest gebruikelijke het toevoegen aan de reserves (om de continuïteit te waarborgen), het doen van investeringen (in bijvoorbeeld innovatie) of het uitkeren van dividend aan de aandeelhouders zijn. Men is zich in algemene zin al lange tijd bewust van het belang van winstuitkering, onder andere voor de toetreding van private investeerders en voor meer marktwerking in de zorg. Zo wordt in de literatuur betoogd dat als gevolg hiervan (1) zorgaanbieders worden geprikkeld beter en efficiënter te presteren, waardoor ook zorgverzekeraars bepaalde zorg juist bij deze zorgaanbieders inkopen, en (2) niet alleen sprake is van toestroom van kapitaal, maar ook van kennis over risico's, bedrijfsprocessen en investeringsbeslissingen, waardoor de zorgsector professioneler en efficiënter kan worden georganiseerd. Dit zou de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg ten goede komen.<sup>30</sup> Daadwerkelijk onderzoek naar de

27 Samengevat geldt het winstuitkeringsverbod alleen voor zbc's, intramurale ggz-instellingen en intramurale gehandicapten- en/of ouderenzorginstellingen die Zvw- en Wlz-zorg leveren. Aanbieders van zorg die niet voor vergoeding op grond van de Zvw en Wlz in aanmerking komt (privéklinieken) en thuiszorginstellingen mogen winst uitkeren. Er zijn uitzonderingen op deze hoofdregel, zie noot 16. Kleinschalige woonvoorzieningen (intramurale zorg) mogen wel winst uitkeren.

28 Categoriele en algemene ziekenhuizen. Academische ziekenhuizen zijn sterk gereguleerd door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. De meeste academische ziekenhuizen kunnen als gevolg van hun publiekrechtelijke grondslag op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) geen winst uitkeren. De overige academische ziekenhuizen hebben als (verplichte) rechtsvorm de vereniging of stichting, en kunnen daarom geen winst uitkeren. Zie ook Kamerstukken II 2011/12, 33168, nr. 3, p. 7.

29 En voorganger van de WTZi, de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV).

30 Q. Keukens & L.B. Vissers, *Winstuitkeringen aan private investeerders in de zorg*, O&F 2012, afl. 1, p. 4-14; W. Brouwer & F. Rutten, 'Cowboy in de zorg' komt ook iets brengen: kapitaal en kennis, *Me Judice* 24 juli 2009.

positieve effecten en het belang van winstuitkering is echter zeer beperkt.<sup>31</sup> Recent kondigde de Minister van VWS nader onderzoek aan naar de positieve en negatieve effecten van private equity in de zorg.<sup>32</sup> Dergelijk onderzoek is in onze optiek essentieel voordat maatregelen worden geïntroduceerd met enig effect op bestaande winstuitkeringsmogelijkheden, als (beweerdelijk) gevolg van uitwassen, incidenten en gesignaleerde negatieve effecten. Gelet op het belang van winstuitkering heffen de positieve effecten de negatieve effecten mogelijk op.

Hoewel algemeen aanvaard is dat voor woekerwinsten in de zorg geen plaats is, is het 'in eerste instantie aan het toezichthoudend orgaan van de betreffende zorgaanbieder om te beoordelen of het uitkeren van dividend in het belang is van de continuïteit van de aanbieder en de zorgverlening aan patiënten. (...) Daarbij hoort ook dat de externe toezichthouders de normen uit de governancecode integreren in het reguliere toezicht op de zorg.<sup>33</sup> Naast intern toezicht op winstuitkering door het toezichthoudend orgaan, mag het uitkeren van rendement logischerwijs ook nooit ten koste gaan van de kwaliteit van de zorg.<sup>34</sup> Hoewel winstuitkering kritisch wordt bekeken,<sup>35</sup> betekent dit niet dat winstuitkering niet voorkomt in de deelsectoren die op grond van het Uitvoeringsbesluit WTZi niet zijn uitgezonderd van het verbod op winstoogmerk.<sup>36</sup> Anders dan veel mensen denken, wordt bijvoorbeeld bij ziekenhuizen ook winst uitgekeerd – niet door het ziekenhuis zelf, maar bijvoorbeeld in onderaanneming door maatschappen.<sup>37</sup>

Dat winstuitkering door ziekenhuizen én zbc's<sup>38</sup> (al dan niet via onderaanneming) al jaar en dag gebruikelijk is, bevestigde de toenmalige Minister van VWS (Hoogervorst) al in 2003: 'Binnen de ziekenhuizen maakt het merendeel van de specialis-

31 Zie in ieder geval de effectenanalyse uit 2019, par. 8.2.

32 Aanhangsel Handelingen II 2022/23, nr. 3125 (zie meer specifiek de antwoorden op vraag 3, 4, 5 en 11). De Minister van VWS heeft aangekondigd dat de IGJ en de NZa op dit moment onderzoek uitvoeren naar de rol van commerciële aanbieders in de huisartsenzorg en dat de minister in het verlengde daarvan een breder onderzoek gaat uitzetten om zorgbreed beter zicht te krijgen op de daadwerkelijke (positieve en negatieve) effecten van private equity in de zorg op kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid.

33 Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 3425, p. 2. Zie over de rol van de Governancecode Zorg 2022 en het Kader Goed Bestuur 2022 van de IGJ en de NZa W.J. Oostwouder, S. Monsma & A. Peelen, Governance en compliance in de zorg na invoering van de Governancecode Zorg 2022 en de publicatie van het Kader Goed Bestuur 2022, O&F 2023, afl. 2, p. 39-59.

34 Niet alleen zien externe toezichthouders daarop toe, ook is het aan inkopers van zorg om hier scherpe afspraken over te maken bij de zorginkoop, aldus VWS.

35 Het bestuur en het toezichthoudend orgaan van zorginstellingen moeten o.a. op grond van Boek 2 BW, zelfregulering (de Governancecode Zorg 2022) en beleidskaders van de IGJ en NZa zeer kritisch zijn en blijven bij het uitkeren van winst.

36 Zie par. 4.

37 Let wel op het onderscheid tussen algemene en academische ziekenhuizen, zie noot 28.

38 In 1998 trad de Regeling zelfstandige behandelcentra in werking, op grond waarvan private partijen (zbc's) medisch-specialistische zorg konden aanbieden. Alhoewel in 1998 sprake was van de nodige bedenkingen, bleken deze ongegrond: wachtlijsten namen af en de effecten van vraagsturing en marktwerking werden zichtbaar. De kleinschaligheid (en geen nachtzorg) trok personeel aan, maar zorgde ook voor minder 'overhead en bureaucratie'; behandelcentra boekten 'efficiencywinst ten opzichte van de ziekenhuizen', zie Kamerstukken II 2002/03, 28600 XVI, nr. 116, p. 2.

ten deel uit van maatschappen, zelfstandige samenwerkingsverbanden van twee of meer personen. Het inkomen van de specialisten hangt af van de winst van de maatschap. Ook hier wordt dus “winst” gemaakt. Winst in de ziekenhuiszorg is dan ook minder bijzonder dan het lijkt.<sup>39</sup> Het uitbesteden van zorgverlening door entiteiten met een (toen nog WZV-)vergunning, waaraan een verbod op winstoogmerk was gekoppeld, aan vennootschappen die wél winst konden uitkeren, bestond toen ook al: ‘Het komt voor dat behandelcentra werkzaamheden uitbesteden aan onderaannemers (medisch specialisten) die wel werkzaam zijn binnen een winst beogende rechtspersoon, bijvoorbeeld een B.V. De onderaannemers declareren hun werkzaamheden bij het behandelcentrum (dat zelf dus geen winst mag maken).’ In 2003 merkte minister Hoogervorst in dit kader al op ‘dat het toelaten van winstbeogende zorgaanbieders ook voordelen kan hebben in het licht van het nastreven van een goede kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg en een doelmatige organisatie hiervan’. Recent heeft de huidige Minister van VWS (Kuipers) naast de aandachtspunten, óók de voordelen en daarmee het belang van winstuitkering in de zorg in het algemeen bevestigd: winstuitkering kan ‘prikkelen tot innovaties of andere overwegingen die de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg ondersteunen’.<sup>40</sup>

Naast winstuitkering door onderaannemers in ziekenhuisverband, wordt ook door andere zorgaanbieders van intramurale zorg via onderaanneming winst uitgekeerd. Hoe dit precies werkt, lichten wij in de volgende paragraaf toe.

## 6 Winstuitkering door onderaannemers

In principe staat het zorgaanbieders die kwalificeren als instelling in de zin van de WTZi<sup>41</sup> vrij contracten te sluiten met derden of gelieerde partijen die niet onder het winstuitkeringsverbod vallen. De wet beperkt de contractsvrijheid van instellingen niet: hoofd-onderaannemingsovereenkomsten, (management)vergoedingsafsprake

39 Kamerstukken II 2003/04, 29200 XVI, nr. 24.

40 Aanhangsel Handelingen II 2022/23, nr. 1934. Zie ook par. 8.3. Ook hoogleraar marktordening in de zorg M. Varkevisser ziet geen principiële redenen waarom je tegen (private) investeerders in de zorg zou zijn: ze brengen kennis, kunde, innovatie én investeringsgeld mee. Zie o.a. M. Varkevisser, Ruimte voor goedwillende investeerders in de zorg, drempels voor cowboys, Management Scope 23 mei 2023 en Private equity koopt honderden zorgaanbieders, tijd voor meer (toe)zicht?, Het Financieel Dagblad 4 mei 2023 (in mijn reactie op dit artikel, De roep om ‘meer toezicht’ is een reflex die de zorg niet beter maakt, Het Financieel Dagblad 10 mei 2023, betoog ik overigens dat alvorens op te roepen tot nog meer toezicht, eerst de positieve effecten van private equity in de zorg in kaart moeten worden gebracht). Ook in het verleden pleitten tal van specialisten voor het vergroten van winstuitkeringsmogelijkheden ten behoeve van het aantrekken van privaat kapitaal, zie o.a. de bijdrage van hoogleraren L. Bovenberg & M. Canoy, Doorbreek taboe op winst bij ziekenhuizen, Het Financieel Dagblad 11 juli 2009 en H. Linders & M. Weusten, Geen woorden, maar daden – waarom winstuitkering in de zorg (juist nu) belangrijk is, O&F 2017, afl. 1, p. 67-68.

41 Tot 2022 waren dit instellingen met een WTZi-toelating. Het verbod op winstuitkering was tot de invoering van de Wtza gekoppeld aan de toelatingsvergunning. Met de invoering van het nieuwe vergunningsregime in de Wtza is deze koppeling losgelaten en het verbod op winstoogmerk gekoppeld aan het (nieuwe) instellingsbegrip uit de gewijzigde WTZi.



ken en/of winstdelende leningen behoren in de praktijk tot de mogelijkheden.<sup>42</sup> Een veelvoorkomende constructie in de sector is de zogenoemde ‘hoofd-onderaannemingsconstructie’.<sup>43</sup> In dat geval sluit de toegelaten instelling, waarop het winstuitkeringsverbod uit de WTZi van toepassing is, contracten met zorgverzekeraars en/of zorgkantoren voor het leveren van zorg die voor vergoeding in aanmerking komt. Vervolgens besteedt deze hoofdaannemer de daadwerkelijke zorgverlening van de gecontracteerde zorg uit aan een andere instelling (veelal een bv). Dit kan een derde partij zijn, maar intragroepuitbesteding is ook toegestaan. Deze onderaannemer waaraan de hoofdaannemer de volledige zorgverlening uitbestedt, mag wél winst uitkeren aan aandeelhouders (met inachtneming van de gebruikelijke restricties die gelden voor alle ondernemingen (ook buiten de zorgsector) zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek (BW) en de statuten,<sup>44</sup> en zorgspecifieke restricties op basis van bijvoorbeeld de Governancecode Zorg 2022.<sup>45</sup> Op de vraag of hiermee geen sprake is van een U-bochtconstructie waarmee het wettelijk verbod op winstuitkering wordt omzeild, antwoordde de voormalige Minister van VWS (Schippers) in 2016 dat de op grond van de WTZi toegelaten instelling (de hoofdaannemer) wettelijk en privaatrechtelijk aansprakelijk blijft voor de geleverde zorg door de onderaannemer: ‘Er is dan geen sprake van ontduiking.’<sup>46</sup> Sterker nog, reeds bij invoering van de WTZi in 2006 bevestigde de toenmalige Minister van VWS (Hoogervorst) (1) dat het toegestaan is dat zorginstellingen werkzaamheden uitbesteden, en (2) dat dit niet alleen belangrijk is in geval van schoonmaak, catering en beveiliging, maar dat ook de zorgverlening kan worden uitbesteed aan een bv.<sup>47</sup> De aandeelhouder van die onderaannemings-bv kan logischerwijs, conform

42 Het staat zorgaanbieders ook vrij contracten af te sluiten met betrekking tot financieringsregelingen (inclusief intercompanyleningen). Zie over het werken met bijv. (achtergestelde) leningen met een variabel rentepercentage K. Meersma, *Winstuitkering door ziekenhuizen*, NJB 2010/1152.

43 Zie A.G.H. Klaassen, *BV-constructies in de zorgsector: van schijn naar werkelijkheid*, MvO 2018, afl. 1-2, p. 36-44, voor het antwoord op de vragen of bv-constructies in de zorg in strijd zijn met het verbod op winstuitkering uit de WTZi (nee) en het bezoldigingsmaximum (nee), of in strijd zijn met *de geest* van relevante wetten (daarover kan verschillend worden gedacht). Wij kunnen ons vinden in de constatering dat winstuitkering via bv's die in onderaanneming werken, niet in strijd is met de wet: al vóór de invoering van de WTZi en zodra zbc's tot de markt werden toegelaten, is dit mogelijk geacht door VWS (zie ook noot 38 en 39 en de aangehaalde parlementaire geschiedenis). Dientengevolge is een dergelijke constructie die al meer dan twintig jaar op grote schaal wordt gebruikt, in onze optiek ook niet in strijd met *de geest* van de wet.

44 Let op: veelal bevatten de contracten met zorgverzekeraars en/of zorgkantoren goedkeuringsrechten ten aanzien van de uitbesteding van gecontracteerde zorg. Een andere eis waar instellingen bij onderaanneming rekening mee moeten houden, is art. 4 Wkkgz, op grond waarvan de zorgaanbieder een schriftelijke overeenkomst met de onderaannemer moet sluiten, die waarborgt dat deze zich bij zijn werkzaamheden laat leiden door de op de zorgaanbieder rustende wettelijke verplichtingen en de regels die de zorgaanbieder heeft vastgesteld omtrent de zorgverlening.

45 Zie par. 5.

46 Aanhangsel Handelingen II 2016/17, nr. 448. Klaassen daarentegen meent dat winstuitkering door bv's in een hoofd-onderaannemingsconstructie in strijd zou kunnen zijn met de geest van 'de (huidige) WTZi als onderaanneming "bewust" wordt gebruikt om wettelijke regels, zoals het verbod op winstuitkering, te omzeilen'. Zie Klaassen 2018. Rechterlijke uitspraken of parlementaire stukken die dit standpunt onderschrijven, zijn de auteurs niet bekend. Zie ook noot 43.

47 Kamerstukken II 2005/06, 29689, nr. 90, p. 3.

het vennootschapsrecht, dezelfde (indirect) aandeelhouder zijn als van de hoofdaannemer.

Hoewel de hiervoor beschreven bedrijfsstructuur van de hoofd-onderaannemingsconstructie in de praktijk veelvuldig wordt toegepast en al jaar en dag gebruikelijk is, is deze constructie tot de invoering van de Wtza per 1 januari 2022 niet als zodanig gedefinieerd en ook niet gereguleerd. Dit is veranderd door de invoering van de Wtza. De derde nota van wijziging bij de Wtza en de nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza<sup>48</sup> definiëren een dergelijke hoofd-onderaannemingsconstructie voor het eerst als ‘lege huls’-constructie. Als de hoofdaannemer waarop het winstuitkeringsverbod van toepassing is zelf geen enkele zorg levert en *alle* met zorgverzekeraars en/of zorgkantoren gecontracteerde zorg uitbesteedt aan een onderaannemer, is sprake van een ‘lege huls’. De invoering van de Wtza heeft dus consequenties voor onderaannemers van een lege huls, maar (vooralsnog) geen consequenties voor de winstuitkeringsmogelijkheden van de onderaannemer.<sup>49</sup> Dit lichten wij toe in de volgende paragraaf.

## 7 Consequenties Wtza voor onderaannemers in lege huls-constructie

### 7.1 Wtza algemeen

Op 1 januari 2022 trad de Wtza in werking.<sup>50</sup> De Wtza vervangt het toelatingssysteem van de WTZi en heeft betrekking op drie thema’s. De Wtza bevat allereerst een meldplicht bij de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ). De meldplicht heeft tot doel alle zorgaanbieders (in de ruimste zin van het woord<sup>51</sup>) in beeld te krijgen bij de IGJ (ten behoeve van risicogestuurd toezicht) en zorgaanbieders bewust(er) te maken van de aan hen gestelde eisen.<sup>52</sup> De Wtza bevat daarnaast een vergunningplicht. Deze nieuwe vergunningsprocedure strekt ertoe het toelatingssysteem te verbeteren en aan te scherpen, waardoor de kwaliteit en de rechtmatigheid van de zorg kunnen worden bevorderd. In het kader van die procedure gelden niet alleen eisen met betrekking tot een transparante en ordelijke bestuursstructuur en bedrijfsvoering (zoals onder de WTZi het geval was), maar ook kwaliteitseisen.<sup>53</sup> De Wtza bevat ook wettelijke eisen ten aanzien van een on-

48 Kamerstukken II 2019/20, 34767, nr. 17, p. 4; Stb. 2021, 159, p. 10.

49 Het is nog de vraag of de Wibz, en meer specifiek de daarbij behorende algemene maatregel van bestuur, daar in de toekomst verandering in brengt.

50 De Aanpassingswet Wtza (AWtza) regelde diverse aspecten die voortvloeien uit de invoering van de Wtza, en de als gevolg daarvan noodzakelijke technische overgangsregelingen. De AWtza bevat een aantal inhoudelijke wijzigingen (van andere wetten), waaronder het toezicht op het verbod op winsttoogmerk, dat met de invoering van de Wtza is overgegaan van de IGJ naar de NZa.

51 Aangesloten is bij het instellingsbegrip uit de Wkkgz.

52 Art. 2 Wtza; Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3, p. 2 en 6.

53 Art. 4 Wtza; Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3, p. 2 en 7.

D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer

afhankelijk intern toezichthoudend orgaan.<sup>54</sup> De interne toezichthouder moet onder andere bestaan uit minimaal drie personen,<sup>55</sup> die maximaal twee termijnen van vier jaar mogen aanblijven<sup>56</sup> en op wie de (aangescherpte!) onafhankelijkheids-eisen ex art. 7 Uitvoeringsbesluit Wtza van toepassing zijn.<sup>57</sup> De versteviging van het interne toezicht beoogt aan de voorkant de kwaliteit en doelmatigheid van de zorg te verbeteren. De wettelijke verankering van normen uit (onder andere) de Governancecode Zorg 2022 geeft de externe toezichthouder bestuursrechtelijk bovendien meer handvatten om zorgaanbieders hierop aan te spreken.<sup>58</sup> Daar waar de WTZi slechts relevant was voor instellingen met een WTZi-toelating en geen consequenties had voor onderaannemers in een onderaannemingsconstructie, is de reikwijdte van de vergunningplicht onder de Wtza gewijzigd. Dit heeft mogelijk consequenties voor onderaannemers.

## 7.2 Vergunningplicht voor onderaannemers in lege huls

Anders dan de meldplicht geldt de vergunningplicht uit de Wtza in beginsel alleen voor hoofdaannemers. Maar let op: in voetnoot 5 van de nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza<sup>59</sup> staat onder verwijzing naar de derde nota van wijziging een uitzondering voor de onderaannemer 'die zorg verleent voor een zorgaanbieder die zelf geen enkele zorg verleent'.<sup>60</sup> De uitzondering op de regel, als gevolg waarvan onderaannemers geen vergunningplicht hebben, geldt dus niet voor onderaannemers in een lege huls-constructie. Een instelling (onderaannemer) is dus vergunningplichtig als de onderaannemer wordt ingeschakeld door een andere instelling (hoofdaannemer) die zelf *alle* zorg uitbesteedt. Dit betekent dat in dat geval zowel de hoofdaannemer als de onderaannemer onder de vergunningplicht valt.

54 Als de instelling op grond van art. 3 Wtza verplicht is een toezichthoudend orgaan te hebben, dan moet de instelling voldoen aan de strikte eisen die gesteld worden aan de samenstelling en leden van dit toezichthoudend orgaan, zoals beschreven in art. 3 Wtza en nader uitgewerkt in art. 7 Uitvoeringsbesluit Wtza. Schending van deze eisen levert een intrekingsgrond voor de Wtza-vergunning op.

55 Art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wtza.

56 Art. 6 lid 2 Uitvoeringsbesluit Wtza.

57 Art. 3 Wtza.

58 Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3, p. 26.

59 Stb. 2021, 159, p. 10.

60 Kamerstukken II 2019/20, 34767, nr. 17, p. 4.

### 7.3 *Getrapte toezicht vergunningplichtige onderaannemers*

De belangrijkste consequentie van de vergunningplicht (naast diverse zorgregulatoire en administratieve plichten<sup>61</sup>) is dat ook de bestuursstructureisen op deze vergunningplichtige onderaannemers van toepassing zijn.<sup>62</sup> Op het moment dat deze instellingen (binnen de overgangperiode van twee jaar, dus vóór 1 januari 2024!) een Wtza-vergunning aanvragen,<sup>63</sup> moeten zij aan de eisen ten aanzien van onafhankelijkheid van intern toezicht voldoen, tenzij sprake is van een van de wettelijke uitzonderingen.<sup>64</sup> Het is toegestaan dat een persoon lid is van de interne toezichthouder van verschillende instellingen binnen een groep (zowel bij een moeder- als bij een dochterorganisatie). Er is na publicatie van het concept-Uitvoeringsbesluit Wtza in 2020 in de sector echter onduidelijkheid ontstaan over de voorwaarden voor het gebruik van getrapte toezicht.<sup>65</sup> Getrapte toezicht is echter nog steeds mogelijk: met de Wtza is geen wijziging beoogd ten opzichte van de

- 61 Bij de vergunningverlening toetst het CIBG aan de volgende specifieke eisen: een onafhankelijk intern toezichthouder (art. 3 Wtza, indien die eis op de instelling van toepassing is), een dusdanige organisatie dat dit leidt tot het verlenen van goede zorg (denk daarbij aan voldoende kwalitatief als kwantitatief toegerust personeel en materieel, een goede toedeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten, en voor zover nodig voldoende bouwkundige voorzieningen (art. 3 Wkkgz)), een systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van zorg (art. 7 Wkkgz), een interne procedure, waarin stapsgewijs wordt aangegeven hoe wordt omgegaan met signalen van incidenten (art. 9 Wkkgz), een regeling financiële bedrijfsvoering (art. 40a lid 1 Wmg), financieel gescheiden administratie van zorgactiviteiten van andere beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten (art. 40a lid 2 Wmg), een ordelijke en controleerbare financiële administratie (art. 40a lid 4 Wmg), rechtmatig declareren (art. 35 lid 1, 2, 6 en 7 Wmg) en een cliëntenraad (art. 2 lid 1 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018), indien die eis op de instelling van toepassing is).
- 62 Naast onderaannemers in een lege huls-constructie zijn er ook andere categorieën van instellingen die vergunningplichtig zijn geworden met de invoering van de Wtza. Het betreft alle nieuwe, maar ook bestaande instellingen die medisch-specialistische zorg (doen) verlenen, dan wel met meer dan tien zorgverleners (inclusief uitbesteding) zorg of een dienst als omschreven bij of krachtens de Wlz of de Zvw (doen) verlenen, die over een Wtza-vergunning moeten beschikken. Ingevolge art. 1 Wtza is een zorgverlener een natuurlijke persoon die beroepsmatig zorg verleent.
- 63 Zie voor het meldingsformulier en het aanvraagformulier voor de vergunning de Uitvoeringsregeling Wtza. De vergunning is overigens verbonden aan het KvK-nummer van de instelling. Wijzigingen in het handelsregister worden automatisch doorgegeven aan het CIBG, maar als het KvK-nummer wijzigt, dient een nieuwe vergunningaanvraag te worden ingediend.
- 64 Zie art. 3 lid 4 Wtza jo. art. 5 Uitvoeringsbesluit Wtza. Uitgezonderd zijn bijv. zorgaanbieders die met tien of minder zorgverleners zorg (doen) verlenen. Tussen de 10 en 25 zorgverleners gelden specifieke regels, afhankelijk van het type zorg (zie art. 5 sub e Uitvoeringsbesluit Wtza).
- 65 Van getrapte toezicht is sprake als op het niveau van een moeder-/holdingvennootschap een toezichthoudend orgaan is ingesteld, dat ook toezicht houdt op dochtervennootschappen. Het concept uitvoeringsbesluit bevatte echter de volgende, zonder context of toelichting nogal verwarrende tekst: 'Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat bij een instelling waarbij sprake is van een holdingstructuur, de interne toezichthouder niet in een positie gebracht mag worden waarin geen direct toezicht mogelijk is op de activiteiten van bijvoorbeeld dochterondernemingen (zoals "ingehangen" zorgBV's). Anders zou er immers sprake zijn van "getrapte" toezicht en ontstaat het risico dat de interne toezichthouder mogelijke risico's voor de instelling onvoldoende kan overzien.' Deze passage is daarna geschrapt in de nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wtza: 'Onder andere Houthoff, de BoZ, Holla advocaten, Van Doorne en de GCV geven in hun reactie aan dat de term "getrapte toezicht" in de nota van toelichting als verwarrend wordt ervaren. Gezien de ontstane verwarring is ervoor gekozen om deze term als zodanig te schrappen.'

mogelijkheid voor getrappt toezicht onder de WTZi. Het CIBG, het uitvoeringsorgaan van VWS dat de vergunningaanvragen behandelt, schrijft op zijn site dat bij getrappt toezicht vereist is dat de interne toezichthouder rechtstreeks toezicht moet kunnen houden op het niveau waar de voor de instelling belangrijke beleidsbeslissingen kunnen worden genomen.<sup>66</sup> In de praktijk is daarvan sprake als de moedervennootschap met toezichthoudend orgaan bestuurder is van de vergunningplichtige instelling(en) waarop het toezichthoudend orgaan van de moeder (getrappt) toezicht houdt. Ook is daarvan sprake als het bestuur van de vennootschap op welk niveau het toezichthoudend orgaan is ingesteld, uit dezelfde personen bestaat als het bestuur van de vennootschap waarop het toezichthoudend orgaan (getrappt) toezicht houdt.<sup>67</sup> De toezichthouder van een hoofdaannemer kan in principe dus ook toezichthouder zijn van een onderaannemer, mits de onderaannemer een dochter van de hoofdaannemer is in de zin van art. 2:24a BW of de onderaannemer met de hoofdaannemer is verbonden als groepsvennootschap in de zin van art. 2:24b BW.

#### 7.4 *Winstuitkering onderaannemers*

De vergunningplicht voor onderaannemers in een lege huls-constructie heeft (vooralsnog)<sup>68</sup> geen invloed op de winstuitkeringsmogelijkheden voor onderaannemers zoals toegestaan onder de WTZi. Dit is expliciet bevestigd in het kader van de invoering van de Wtza: 'Het verbod op winstoogmerk in de intramurale zorg geldt alleen voor hoofdaannemers. Onderaannemers in de intramurale zorg en hoofden onderaannemers in de extramurale zorg mogen dus wel winst uitkeren. Met de onderhavige wetsvoorstellen (A)Wtza wordt het verbod niet inhoudelijk gewijzigd.'<sup>69</sup>

Ook Beleidsregel TH/BR-033 *Transparante bedrijfsvoering en verbod op winstoogmerk van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)* bevestigt in de toelichting op art. 3 dat alhoewel voor het verbod op winstoogmerk in de WTZi de koppeling met de toelating is losgelaten en het instellingsbegrip is gewijzigd,<sup>70</sup> de huidige reikwijdte overeenkomt met de reikwijdte van het verbod op winstoogmerk dat gold voor de inwerkingtreding van de AWtza. Dat betekent ook 'dat het verbod op winstoogmerk niet van toepassing is op onderaannemers'.<sup>71</sup>

66 Zie [www.toetredingzorgaanbieders.nl/alles-over-de-vergunningplicht/vraag-en-antwoord/wat-wordt-bedoeld-met-getrappt-intern-toezicht](http://www.toetredingzorgaanbieders.nl/alles-over-de-vergunningplicht/vraag-en-antwoord/wat-wordt-bedoeld-met-getrappt-intern-toezicht).

67 Ter illustratie: de toezichthouder van bijv. een contracterende stichting kan dus ook toezichthouder zijn van de bv die de volledige zorg in onderaanneming uitvoert, mits de onderaannemer een dochterinstelling van de stichting is in de zin van art. 2:24a BW of de onderaannemer met de instelling in een groep als bedoeld in art. 2:24b BW is verbonden.

68 Denkbaar is dat (indachtig het wetsvoorstel VIMSZ) de introductie van voorwaarden aan winstuitkering voor aanbieders van extramurale zorg op grond van de Wibz in de toekomst gepaard gaat met het laten vervallen van het winstuitkeringsverbod voor aanbieders van intramurale zorg (dat voor onderaannemers immers al een dode letter is).

69 Kamerstukken I 2019/20, 34767, C, p. 30.

70 Art. 1 lid 1 sub f WTZi.

71 Beleidsregel TH/BR-033 *Transparante bedrijfsvoering en verbod op winstoogmerk*, (toelichting op) art. 3, en Kamerstukken I 2019/20, 34767, C.

Ook de Wibz beoogt dit (vooralsnog) niet te wijzigen, omdat er op dit moment niet genoeg gegevens bekend zijn om te concluderen dat een volledig winstverbod voor onderaannemers noodzakelijk en proportioneel is: 'Bij een algemene maatregel van bestuur zal daarom vooralsnog worden vastgelegd dat onderaannemers van zorgaanbieders niet onder de reikwijdte van het winstuitkeringsverbod vallen.'<sup>72</sup>

### 7.5 *Vullen lege huls geen alternatief voor vergunningplicht onderaannemers*

In de praktijk ervaren wij dat zowel zorgaanbieders als hun juristen en advocaten verkennen waar de grenzen liggen van de uitzondering voor onderaannemers in een lege huls-constructie. Deze zorgaanbieders moeten namelijk, in afwijking van de uitzondering dat onderaannemers die zorg verlenen in opdracht van een hoofdaannemer niet vergunningplichtig zijn, voor 1 januari 2024 wél een vergunning aanvragen als zij zorg verlenen 'voor een zorgaanbieder die zelf geen enkele zorg verleent'.<sup>73</sup> Taalkundig impliceert deze zin dat de uitzondering<sup>74</sup> op de uitzondering<sup>75</sup> niet van toepassing is als de hoofdaannemer zelf (iets van) zorg verleent. Echter hoeveel zorg de hoofdaannemer zelf moet leveren en hoe dat te kwantificeren (aantal fte's aan hulpverleners, declaratiegedrag?) is gissen. Maar heeft de wetgever wel bedoeld twee opties te introduceren? Kunnen zorgaanbieders, in plaats van het aanvragen van een vergunning voor de onderaannemer(s) (*Optie 1*), de lege huls voorkomen door de hoofdaannemer zelf zorg te laten leveren (*Optie 2*)? Van medewerkers bij VWS, de IGJ, de NZa en het CIBG ontvingen wij enigszins wisselende antwoorden, maar de gemeenschappelijke deler was hetzelfde: het is niet de bedoeling geweest twee opties te introduceren. Onderaannemers in een lege huls-constructie dienen voor het einde van dit jaar een Wtza-toelatingsvergunning aan te vragen. Doen zij dat om hun moverende redenen niet, dan zetten ze niet alleen hun eigen *business* op het spel, maar ook de uitzondering op de vergunningplicht voor onderaannemers in het algemeen, aldus een van de ambtenaren die wij spraken.<sup>76</sup>

### 7.6 *Definitie onderaannemer en extern toezicht*

Hoe door het CIBG als vergunningverlenende instantie en de NZa als externe toezichthouder op het verbod op winstoogmerk<sup>77</sup> gaat worden getoetst of sprake is van een onderaannemer in plaats van een hoofdaannemer (al dan niet in een lege huls-constructie), is nog onduidelijk. De wetteksten van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), de Wtza en de WTZi maken geen onderscheid tussen

72 MvT bij Wibz (internetconsultatie versie d.d. 31 oktober 2022), p. 14-15.

73 Kamerstukken II 2019/20, 34767, nr. 17, p. 4.

74 Onderaannemers in een lege huls zijn wél vergunningplichtig.

75 Onderaannemers zijn in beginsel niét vergunningplichtig.

76 Naast bestuursrechtelijke handhavingsrisico's (last onder dwangsom/herstel sanctie en de bestuurlijke boete/punitieve sanctie) kan het niet beschikken over een toelatingsvergunning ook consequenties hebben voor de zorgfinanciering. Zorgverzekeraars en zorgkantoren kunnen contractueel vastleggen dat er aan de Wtza-verplichtingen moet worden voldaan, en aan schending hiervan consequenties verbinden. In de praktijk zien wij naleving van de Wtza als expliciet vereiste terugkomen in de contracten van zorgverzekeraars.

77 Zie in dit kader Beleidsregel TH/BR-033 Transparante bedrijfsvoering en verbod op winstoogmerk van de NZa.

D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer

hoofdaannemers en onderaannemers. Wel bevat Beleidsregel TH/BR-033 van de NZa een definitie van onderaannemer: ‘een zorgaanbieder die binnen het kader van de binnen een andere zorgaanbieder verleende zorg een deel van die zorg verleent’. De gelijkenis met art. 1 lid 6 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) is evident,<sup>78</sup> maar het niet nader definiëren in de diverse recente wetwijzigingen is een gemiste kans, zoals wij hierna in relatie tot de Wet normering topinkomens (WNT) toelichten.

Voor de toepassing van de winstuitkeringsuitzondering is het van belang onderscheid te kunnen maken tussen de toegelaten instellingen, en meer specifiek of het een toegelaten hoofdaannemer of onderaannemer betreft. Als uit het online zorgaanbiedersportaal<sup>79</sup> blijkt dat meerdere entiteiten binnen een groep (waaronder zowel (een) hoofd- als (een) onderaannemer(s)) over een toelatingsvergunning beschikken en tot een groep behoren die verzekerde zorg verleent, dient namelijk te worden vastgesteld welke instelling(en) opereert (opereren) als onderaannemer om te kunnen bepalen welke instelling(en) winst uit mag (mogen) keren.

Onduidelijk is nog hoe het CIBG omgaat<sup>80</sup> met een toelatingsaanvraag van een onderaannemer (1) in een lege huls-constructie, die (2) zorg verleent die niet is uitgezonderd in het Uitvoeringsbesluit WTZi (bijvoorbeeld medisch-specialistische zorg). Het CIBG beoordeelt bij de toelatingsaanvraag de statuten van de zorgaanbieder. De statuten van de onderaannemer zullen geen verbod op winstoogmerk bevatten, terwijl uit de doelomschrijving zeer waarschijnlijk wel volgt dat de vennootschap verzekerde zorg verleent (al dan niet in opdracht van een hoofdaannemer). Onderaannemers zijn niet verplicht in hun statuten op te nemen dat zij in onderaanneming werken en ook niet of de zorg die zij verlenen, wordt verleend in opdracht van een hoofdaannemer die zelf geen enkele zorg verleent. In dat geval zal uit de statuten van deze onderaannemers dus allereerst blijken dat sprake is van een instelling in de zin van de Wtza. Gelet op de huidige definitie van instelling in de WTZi, zou daaruit (ten onrechte) óók afgeleid kunnen worden dat sprake is van

78 Het is overigens de vraag hoe art. 1 lid 6 Wkkgz zich verhoudt tot de onderaannemer in een lege huls. In dat geval is immers geen sprake van een ‘instelling [de onderaannemer] die binnen het kader van de binnen een andere instelling [de hoofdaannemer] verleende zorg een deel van die zorg verleent’, omdat de onderaannemer in een lege huls *alle* zorg verleent. Overigens wordt met art. 4 lid 1 sub b Wkkgz sowieso ondervangen dat de wettelijke regels die van toepassing zijn op de hoofdaannemer ook van toepassing zijn op de onderaannemer, maar dat terzijde. Wij volstaan hier met de constatering dat de met de Wtza geïntroduceerde subcategorie onderaannemers in een lege huls zorgt voor een nieuwe variant in het gezondheidsrecht, waarvan nog niet alle juridische consequenties (zo blijkt uit par. 7) uitgekristalliseerd zijn.

79 Zie <https://zoeken.zorgaanbiedersportaal.nl/>.

80 En de NZa met het toezicht daarop.

een instelling in de zin van de WTZi<sup>81</sup> – waarop naar de letter van de wet het winstuitkeringsverbod van toepassing is. Onderaannemers zijn, zoals hiervoor toege- licht, nu juist uitgezonderd van het verbod op winstuitkering uit de WTZi. Op dit moment is nog onduidelijk hoe externe toezichthouders hiermee omgaan en hoe onderaannemers eventuele discussie daaromtrent kunnen voorkomen. Het ligt hierbij, zowel voor instellingen als voor autoriteiten, voor de hand te focussen op (1) de aanwezigheid van een (interne) hoofd-onderaannemingsovereenkomst,<sup>82</sup> maar belangrijker nog (2) op het meest in het oog springende verschil<sup>83</sup> tussen hoofd- en onderaannemers: de contracten met zorgverzekeraars (of zorgkantoren, in geval van Wlz-zorg).<sup>84</sup>

### 7.7 WNT en onderaannemers

De (gebrekkige) gewijzigde definitie in de WTZi zorgt ook voor onduidelijkheid voor onderaannemers in relatie tot de WNT.<sup>85</sup> Tot de invoering van de Wtza was de WNT van toepassing op alle zorginstellingen met een WTZi-toelating (aangevraagd of van rechtswege).<sup>86</sup> De WNT was niet van toepassing op onderaannemers. De toepasselijkheid van de WNT is sinds inwerkingtreding van de (A)Wtza direct gekoppeld aan het ‘instellingsbegrip’ als bedoeld in art. 1 lid 1 sub f WTZi, in plaats van aan het toelatingsregime. Dit instellingsbegrip uit de WTZi bevat geen uitzondering (of definitie) voor onderaannemers.

Valt een onderaannemer die Zvw- en/of Wlz-zorg levert in onderaanneming (al dan niet in een lege huls) daarmee onder de WNT? De wetgever antwoordde ont- kennend: ‘Aangezien onder het begrip “instelling” in artikel 1 van de WTZi daar-

81 Zie art. 1 lid 1 sub f WTZi. Dit artikel maakt immers geen onderscheid tussen hoofd- en onderaan- nemers. Dus ook de feitelijke verlening van zorg die voor vergoeding in aanmerking komt op grond van de Wlz of Zvw (ongeacht welke vennootschap de onderliggende contracten daartoe heeft ge- sloten en declareert) zou daar, naar de letter van de WTZi, nu onder kunnen vallen. Dit lijkt een ommissie van de wetgever bij invoering van de Wtza en de gelijktijdige wijziging van de WTZi. Voorkomen moet worden dat op deze manier alsnog een verkapt winstuitkeringsverbod voor on- deraannemers wordt geïntroduceerd. Dat was uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever. De Wibz biedt de mogelijkheid de sector hier duidelijkheid over te verschaffen – dit klemt temeer nu de WTZi wordt ingetrokken bij invoering van de Wibz.

82 Of een uitbestedingsovereenkomst, een dienstverleningsovereenkomst en overige overeenkomsten van soortgelijke strekking. Vermoedelijk zal het CIBG een dergelijke overeenkomst opvragen, althans de aanvrager dient in ieder geval het CIBG te informeren of sprake is van onderaanneming.

83 Dat verschil is ook aangehaald door het CIBG in ons contact met hen over de definitie van instelling in relatie tot de WNT, zie par. 7.7.

84 Het klantcontactcentrum van het CIBG bevestigde dat in specifieke situaties de onderaannemings- overeenkomst kan worden opgevraagd.

85 Dat dit ook een aandachtspunt is voor de Wibz blijkt uit een van de reacties op de internetconsul- tatie: ‘De Wtzi wordt met dit wetsvoorstel ingetrokken. Omdat de Wtzi ook in andere wetten doorwerkt, bevat het wetsvoorstel ook bepalingen over hoe daarmee wordt omgegaan. Het wets- voorstel regelt echter niet hoe er na invoering van dit wetsvoorstel wordt omgegaan met de door- werking van de Wtzi in de Wet normering topinkomens. Uit artikel 1.3 lid 1 sub d jo. Bijlage 1 Wnt gebruikt het Wtzi-instellingsbegrip namelijk als aanhaakpunt voor de toepassing van de Wnt voor een groot aantal zorgaanbieders. In de definitieve versie van het wetsvoorstel verdient dit vanzelf- sprekend aandacht.’

86 Art. 1.3 lid 1 sub d WNT jo. Bijlage 1.



D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer

mee dezelfde instellingen zullen vallen als de instellingen die tot de wijziging van de WTZi een WTZi-toelating nodig hebben, gaat het hier om een louter redactionele wijziging, die inhoudelijk geen gevolgen heeft. De reikwijdte van de WNT wijzigt er niet door.<sup>87</sup> Bedoeld is geen nieuwe groepen zorgaanbieders onder deze reikwijdte te brengen.<sup>88</sup> Aangezien pas later (in de derde nota van wijziging) de vergunningplichtige lege huls-constructie werd geïntroduceerd, en daarmee feitelijk een nieuwe groep van zorgaanbieders die een toelatingsvergunning moeten aanvragen, ontstond onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de WNT. Immers, bij gebrek aan een definitie van onderaannemer in de Wtza en de WTZi kwalificeren onderaannemers die feitelijk verzekerde zorg leveren, naar de letter van de WTZi als instelling in de zin van de WTZi. In antwoord op vragen hierover bevestigde het CIBG de lezing uit voorgaande paragraaf ook in relatie tot de WNT: de instelling die contracteert met, en declareert bij het zorgkantoor en/of de zorgverzekeraar, is de instelling die moet voldoen aan de WNT.

## 8 Wetsvoorstel VIMSZ

### 8.1 Inleiding

Zoals in de inleiding van dit artikel al aan bod kwam, beoogde het wetsvoorstel VIMSZ uit 2012 aanbieders van medisch-specialistische zorg, zoals ziekenhuizen, maar ook zbc's meer mogelijkheden te bieden eigen vermogen aan te trekken door de investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg te verruimen. Dit wetsvoorstel introduceerde de mogelijkheid tot zogenoemde 'gereguleerde winstuitkering'; zowel aan de winstuitkering als aan de organisatie van de betreffende zorgaanbieder die winst wenst uit te keren, werden in het wetsvoorstel randvoorwaarden gesteld.<sup>89</sup> Het wetsvoorstel VIMSZ is uiteindelijk ingetrokken. Verschillende incidenten in de (met name) extramurale (Wlz-)zorg, waar winstuitkering zoals toegelicht vooralsnog is toegestaan, temperden het (politieke) enthousiasme om de mogelijkheden voor winstuitkering voor aanbieders van intramurale zorg te vergroten. Een paar van de meest bekende voorbeelden van incidenten die leidden tot politieke commotie, Kamervragen en moties van Kamerleden over winstuitkering in de zorg, betroffen het faillissement van het Slotervaartziekenhuis en de

87 Kamerstukken II 2016/17, 34768, nr. 3, p. 12.

88 Zie [www.jaarverantwoordingzorg.nl/actueel/nieuws/2021/10/28/toepasselijkheid-wnt](http://www.jaarverantwoordingzorg.nl/actueel/nieuws/2021/10/28/toepasselijkheid-wnt).

89 Samengevat betrof het de volgende voorwaarden: geen winstuitkering eerste drie jaar na eerste investering, eerste winstuitkering maximaal 50% van de winst, positieve beoordeling minimumkwaliteitseisen door IGZ (nu IGJ), positieve beoordeling financiële reserves door bestuur, solvabiliteitsmarge van zorgaanbieder (en groep) van ten minste 20% (inclusief regels per AMvB voor maximale daling solvabiliteit), resultaat voorafgegane drie boekjaren positief, voor eerste winstuitkering voorafgaande toestemming van de NZa vereist, positief advies toezichhoudend orgaan en goedkeuring bestuur. Voor meer informatie over de achtergrond en aanleiding van het wetsvoorstel en diverse uiteenzettingen, op- en aanmerkingen bij het wetsvoorstel verwijs ik naar C.N. de Jong, *Wetsvoorstel winstuitkering in de zorg*, V&O 2012, p. 65-68, Plomp 2011 en Plomp 2014, p. 146.

IJsselmeerziekenhuizen, en de taferelen bij Zorggroep Alliade<sup>90</sup> en DeSeizoenen.<sup>91,92</sup> De Minister van VWS kondigde naar aanleiding van deze en andere incidenten in de sector in 2018 nader onderzoek aan naar winstuitkering in de zorg en de effecten daarvan op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg.<sup>93</sup> Niet lang na het delen van de uitkomsten van deze onderzoeken trok de Minister van VWS het wetsvoorstel VIMSZ in.

Omdat de discussies naar aanleiding van dit wetsvoorstel (mede) ten grondslag hebben gelegen aan de Wtza, wijziging van de WTZi en de aangekondigde Wibz, is een nadere toelichting hierover onontbeerlijk alvorens in paragraaf 9 (en in meer detail in een eventuele volgende bijdrage) de inhoud van de Wibz kort nader toe te lichten en de koerswijziging van VWS te analyseren.

### 8.2 *Effectenanalyse en juridische analyse van winstuitkering*

Het onderzoek<sup>94</sup> in opdracht van VWS bestond uit een drietal trajecten:

- 1 een onderzoek naar de praktijk rond dividenduitkering in de zorg en de (mogelijke positieve en negatieve) effecten daarvan op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg;<sup>95</sup>
- 2 een juridische analyse van de relevante juridische kaders voor het beperken of verbieden van winstuitkering door de Radboud Universiteit Nijmegen;<sup>96</sup> en
- 3 een publieke consultatie waarin (branche)organisaties in de zorg in de gelegenheid werden gesteld hun visie op winstuitkering door zorgaanbieders te geven.<sup>97</sup>

90 Een ander voorbeeld destijds betrof thuiszorgorganisatie PrivaZorg. De IGJ deed onderzoek naar de governance en bedrijfsvoering van thuiszorgorganisatie PrivaZorg. Er was sprake van bestuurlijke onrust en daarnaast was PrivaZorg wat betreft haar financiële verslaglegging onvoldoende transparant richting interne en externe toezichthouders, voldeed zij volgens de IGJ niet aan de vereisten uit de Governancecode Zorg en verliep de besluitvorming ten aanzien van een belangrijke herstructurering in 2017 onzorgvuldig. PrivaZorg stond al onder verscherpt toezicht in verband met bestuurlijke onrust. De IGJ vulde het verscherpte toezicht daarom aan met de bevindingen uit het onderzoek. Zie [www.igj.nl/actueel/nieuws/2019/06/18/verscherpt-toezicht-voor-privazorg-aangevuld](http://www.igj.nl/actueel/nieuws/2019/06/18/verscherpt-toezicht-voor-privazorg-aangevuld).

91 Hof Amsterdam 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465; Hof Amsterdam 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144.

92 De wetgever haalt het NZa- en IGJ-onderzoek naar Alliade in de MvT bij de Wibz expliciet aan: de IGJ en de NZa gaven te kennen een belangrijke beperking te ondervinden doordat zij pas (formeel) kunnen ingrijpen als er risico's ontstaan voor de kwaliteit van zorg of onrechtmatige declaraties – maar dan is het leed al geschied.

93 Kamerstukken I 2017/18, 33168, J.

94 Kamerstukken I 2018/19, 33168, O. Zie voor een overzicht inclusief bijlagen bij de brief en samenvattingen van de onderzoeksrapporten [www.eerstekamer.nl/behandeling/20190709/brief\\_van\\_de\\_minister\\_van\\_vws\\_de\\_2/info](http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20190709/brief_van_de_minister_van_vws_de_2/info).

95 SiRM & Finance Ideas, Uitspraak van dividend door zorgaanbieders (in opdracht van het Ministerie van VWS), Utrecht 17 juni 2019, [www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30515](http://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30515).

96 J.M. Veenbrink, L.R. Glas & J.W. van de Gronden, Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders, Radboud Universiteit Nijmegen, 17 december 2018, [www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30516](http://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30516).

97 Zie [www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30520](http://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2019D30520).

Het juridische onderzoek leidde tot de conclusie dat het (verder) reguleren van winstuitkering een beperking van het recht op eigendom op kan leveren, omdat zorgaanbieders niet meer vrijelijk over hun behaalde winst kunnen beschikken. Dat hoeft echter niet te leiden tot een schending van datzelfde recht. Een dergelijke beperking is slechts toegestaan als de beperking (1) rust op een wettelijke grondslag, (2) een legitiem doel dient in het ‘algemeen belang’, zoals de kwaliteit, toegankelijkheid en/of betaalbaarheid van zorg, en (3) proportioneel is. Er moet een redelijk evenwicht zijn tussen de bevordering van het algemeen belang en de rechten van de zorgaanbieders (‘fair balance’). Alhoewel de wetgever beschikt over een ruime *margin of appreciation*, is de proportionaliteitstoets een aandachtspunt. Hoe minder het recht op eigendom wordt beperkt (bijvoorbeeld omdat onder voorwaarden winstuitkering toegestaan is, aldus de onderzoekers), des te groter de kans dat de proportionaliteitstoets in het voordeel van de wetgever uitvalt. Voorkomen moet worden dat onzekerheid kan ontstaan over ‘de relevante wetgeving of aanverwante bestuurlijke praktijken, dat de gevolgen van de wetgeving willekeurig zijn en dat er geen procedurele waarborgen zijn die het mogelijk maken om de maatregel aan te vechten’.<sup>98</sup> Alhoewel (nadere) regulering van winstuitkering weliswaar niet direct zal leiden tot een schending van eigendomsrechten (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens), zal dit wel grote gevolgen hebben voor zorgaanbieders en kan dit een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal met zich brengen. Een beperking van deze vrijheden kan met een beroep op de zogenoemde ‘rule of reason’ worden gerechtvaardigd. De proportionaliteit is (ook) in dat kader een (groot) aandachtspunt.<sup>99</sup> Het streven naar winst is voor commerciële partijen immers een belangrijk gegeven. Het verbieden daarvan ‘grijpt diep in’, aldus de onderzoekers. Volgens het onderzoek van de Radboud Universiteit Nijmegen moet specifiek onderzoek kunnen aantonen dat een maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde belang te waarborgen, en dat deze maatregel niet verder gaat dan nodig voor het te bereiken doel. Voor zover ons bekend bestaat dergelijk onderzoek naar de proportionaliteit van winstuitkeringsmaatregelen (meer specifiek de noodzakelijkheid en geschiktheid) in algeme-

98 Zie Veenbrink, Glas & Van de Gronden 2018, p. 62.

99 Kamerstukken II 2018/19, 35000 XVI, nr. 133, Bijlage B. Hoofddlijnen van de juridische analyse: ‘Een beperking van deze vrijheden kan met een beroep op de zogenoemde “rule of reason” worden gerechtvaardigd indien (i) de maatregel niet discrimineert tussen Nederlandse zorgaanbieders en aanbieders uit een andere lidstaat, (ii) onderbouwd wordt dat er een te beschermen belang is zoals de kwaliteit, toegankelijkheid en/of betaalbaarheid van zorg en (iii) de maatregel proportioneel is. *Ten aanzien van de proportionaliteit wijzen de onderzoekers erop dat regulering van winstuitkering diep ingrijpt bij zorgaanbieders. Rechtvaardiging van eventuele regulering van winstuitkering vergt daarom dat op grond van specifieke onderzoeksgegevens kan worden aangetoond dat de maatregel geschikt is om het beoogde belang te beschermen en niet verder gaat dan nodig is voor het te bereiken doel.*’[curs. DHG & AdB].

ne zin, maar ook zoals beoogd met de Wibz (nog) niet.<sup>100</sup> Uit dergelijk onderzoek moet met het oog op geschiktheid en noodzakelijkheid blijken:<sup>101</sup>

- 1 dat de nadelige gevolgen voor de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg veroorzaakt door uitkering van winst niet door optreden achteraf kunnen worden geadresseerd;
- 2 dat geen andere maatregel voorhanden is die de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg op minder vergaande wijze belemmert dan het beperken of verbieden van winstuitkering. Onder meer moet worden ingegaan op de vraag waarom verbetering van marktwerking niet op dezelfde wijze deze doelstelling kan realiseren. In dat kader ligt in onze optiek ook (het betrekken van) onderzoek naar de positieve effecten van winstuitkering voor de hand;
- 3 waarom, als de wetgever kiest voor het verbieden of beperken van winstuitkering voor alle zorgaanbieders, regulering van winstuitkering in alleen de intramurale zorg of door specifieke zorgaanbieders niet voldoende is;
- 4 waarom, wanneer gekozen wordt voor het verbieden van winstuitkering, niet volstaan kan worden met het beperken van het doen van dergelijke uitkeringen. Daarbij is dan van belang dat duidelijk wordt gemaakt dat er *geen* omstandigheden zijn waarin winstuitkering *geen* schade toebrengt aan de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg. Oftewel: slechts als winstuitkering onlosmakelijk gepaard gaat met het toebrengen van schade aan de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg, zou een dergelijk verbod aan de orde kunnen zijn.

De wetgever heeft voor zover ons bekend (vooralsnog) niets gepubliceerd waaruit één van bovenstaande punten en een juridische analyse in dat kader blijkt. Integendeel:

‘Afschaffen van toestaan van uitkeren van dividend leidt tot risico’s op toegankelijkheid en betaalbaarheid. Verbieden van uitkeren van dividend leidt bovendien mogelijk tot transitiekosten voor de overheid als praktijken van zorgaanbieders de facto onteigend worden (afhankelijk van de juridische consequenties). Het is twijfelachtig of de te verwachten hoge transitiekosten opwegen tegen onzekere opbrengsten en mogelijke negatieve effecten. Bovendien heeft verbieden van uitkeren van dividend waarschijnlijk negatieve impact op het Nederlandse vestigingsklimaat.’<sup>102</sup>

Dergelijke constatering uit de effectenanalyse uit 2019, gecombineerd met (1) de reeds bestaande mogelijkheid van winstuitkering door onderaannemers, zoals al twintig jaar in de praktijk toegepast én bevestigd door verschillende ministers van VWS (zie par. 7), en (2) de noodzakelijke proportionaliteitstoets zoals bevestigd door de Radboud Universiteit Nijmegen maken het bestaande winstuitkeringsverbod voor aanbieders van intramurale zorg vanuit juridisch perspectief in onze op-

100 De destijds door SiRM uitgevoerde effectenanalyse is immers niet gecombineerd met de reeds nu in de Wibz voorliggende maatregelen.

101 Zie Veenbrink, Glas & Van de Gronden 2018, p. 64-66.

102 Zie SiRM & Finance Ideas 2019, p. 12.

D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer

tiel bijzonder kwetsbaar.<sup>103</sup> Het invoeren van nadere beperkende maatregelen met de Wibz voor aanbieders van extramurale zorg dient uiterst zorgvuldig te worden onderzocht op juridische houdbaarheid.<sup>104</sup> Alhoewel de effectenanalyse van SiRM destijds ook herhaaldelijk wordt aangehaald in de memorie van toelichting bij de Wibz, lijkt de wetgever vooralsnog aan *cherry-picking* te doen wat betreft de conclusies destijds. Tot drie keer toe bevat de memorie van toelichting bij de Wibz een passage waarin staat dat het toestaan van winstuitkering voor de medisch-specialistische (of tweedelijns)zorg, intramurale ggz en intramurale zorg als bedoeld in de Wlz het grootste (potentieel) negatieve effect oplevert.<sup>105</sup> De nuancering uit het SiRM-rapport ontbreekt in deze passages volledig en het lijkt haast alsof de wetgever zelf nog een schepje boven op het reeds bestaande taboe van winstuitkering in de zorg doet. Immers: dit zijn niet de sectoren 'met de grootste negatieve effecten' van het toestaan van winst, maar *de enige sectoren* met überhaupt potentieel negatieve effecten (omdat slechts in deze intramurale sectoren een verbod op winstoogmerk van toepassing is, zie par. 6).

### 8.3 Positieve effecten winstuitkering

De potentieel positieve effecten van winstuitkering voor deze (extramurale) sectoren, of een combinatie van het enerzijds vergroten van winstuitkeringsmogelijkheden voor aanbieders van intramurale zorg (althans het in lijn brengen van de wet met de werkelijkheid) en het anderzijds beperken van winstuitkering voor aanbieders van extramurale zorg, blijven evenals een belangenafweging tussen de positieve en negatieve effecten volledig buiten beschouwing in de recente parlementaire geschiedenis. Dat is zonde, omdat het invoeren van maatregelen ter beperking van reeds bestaande winstuitkeringsmogelijkheden in de extramurale zorg nu juist 'in samenhang bezien' zou worden met het vergroten van de winstuitkeringsmogelijkheden voor intramurale zorg (zie par. 8.4). Dit is extra jammer, als men kritisch kijkt naar de mogelijke positieve effecten van winstuitkering die blijken uit verschillende nationale en internationale onderzoeken die worden aangehaald in het onderzoeksrapport van SiRM uit 2019:

- meer investeringen in innovatie bij nieuwe en bestaande partijen;
- meer aandacht voor patiëntervaring;
- positieve effecten om kwalitatief hoogstaande zorg te leveren door intrinsieke motivatie door eigendom;
- toetreding nieuwe partijen bevordert mogelijk de marktdynamiek;
- meer investering in de sector (mede door overname van zorgaanbieders in financiële problemen);

103 Zie ook K. Meersma, Zelfgemaakt bommetje onder het winstuitkeringsverbod, *Zorgvisie* magazine 2 september 2019.

104 Zonder verwijzing naar nader onderzoek concludeert de wetgever op p. 21 van de MvT bij de Wibz dat 'deze maatregel [het winstuitkeringsverbod en de mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden; DHG & AdB] proportioneel is'. Zonder onderzoek waaruit dit blijkt, is dit in onze optiek discutabel, maar gelukkig volgt wel de toevoeging dat 'het stellen van nadere voorwaarden aan winstuitkeringen pas mogelijk [is] indien is aangetoond waarom extra voorwaarden nodig zijn'. Dat dient per zorg- of jeugdhulpvorm dan wel per categorie zorg- of jeugdhulpaanbieder te worden onderzocht.

105 MvT, p. 11-13.

- klantgericht werken;
- kortere wachttijden;
- verbetering doelmatigheid door stimulans kostenbesparing;<sup>106</sup>
- meer flexibiliteit in financiering; en
- lagere kapitaallasten door meer verschillende kapitaalverstrekkers.<sup>107</sup>

Daar komt bij dat de onderaannemingsstructuur in een onderzoeksrapport van HVG in opdracht van VWS over de mogelijkheden tot het bevorderen van het participatiemodel<sup>108</sup> in 2017 als een (onnodig) ‘gekunstelde structuur’ werd beschreven. Voor de onderaannemingsstructuur zijn altijd extra entiteiten, extra overeenkomsten en extra geldstromen noodzakelijk. Daarmee is deze structuur<sup>109</sup> ‘onnodig bezwend’ en zijn de voorwaarden onvoldoende kenbaar. Dit zou aanleiding moeten zijn de wet op dit punt aan te passen en te actualiseren, aldus het rapport uit 2017.

Ook analyses van recenter datum zetten vraagtekens bij de houdbaarheid van het huidige verbod uit de WTZi, dat feitelijk geen verbod is door de toegestane onderaannemingsconstructie als gevolg waarvan zorgaanbieders winst wel degelijk kunnen uitkeren.<sup>110</sup> De wet is hoognodig toe aan een update op dit punt. Zie ook het reeds aangehaalde onderzoek van SiRM uit 2019, waarin geconcludeerd werd dat wijziging van het verbod op winstoogmerk voor aanbieders van intramurale zorg juist de transparantie ten goede kan komen:

‘Het blijkt lastig om de solvabiliteit van ZBC’s goed te begrijpen en interpreteren. Dit is mogelijk juist een effect van het verbod op uitkeren van dividend. Zonder dat verbod kan transparantie wellicht beter worden gerealiseerd. De redenen voor intransparantie vervallen als dividend mag worden uitgekeerd. Dan hoeft zorg niet te worden uitbesteed om alsnog dividend te kunnen uitkeren.’<sup>111</sup>

Gelet op het voorgaande staat het huidige verbod in de WTZi, en meer specifiek de uitgezonderde categorieën in het Uitvoeringsbesluit WTZi, door deze ontwikkelingen en de reeds uitgevoerde onderzoeken onder druk. Uit de tabel op pagina 96 van

106 De mogelijkheid om winst uit te keren heeft een disciplinerende werking voor de hele sector (!), zie SiRM & Finance Ideas 2019, p. 106.

107 SiRM & Finance Ideas 2019, par. 5.1 (positieve effecten van winstuitkering op kwaliteit), 6.1 (positieve effecten van winstuitkering op toegankelijkheid) en 7.1 (positieve effecten van winstuitkering op betaalbaarheid).

108 HVG Law, Onderzoek mogelijkheden tot bevorderen participatiemodel (in opdracht van VWS), 14 april 2017, p. 50.

109 Ook volgens branchevereniging Zelfstandige Klinieken Nederland (ZKN) was de structuur niet ongebruikelijk en werd zij volledig geaccepteerd door externe toezichthouders.

110 Zie in dit kader ook de recente analyse van M. van Poll, Hoe private equity geld verdient in de zorg, Het Financieele Dagblad 18 mei 2023. Van Poll stelt terecht de vraag of er met de toegestane onderaannemingsconstructie praktisch gezien wel een verbod op winstuitkering in de zorg is. Zie in dat kader ook de online blog van J. Verduijn uit 2017 met de duidelijke titel ‘Verbod op winst in ziekenhuiszorg bestaat niet’.

111 SiRM & Finance Ideas, p. 24-25 en par. 1.4.5.

het SiRM-onderzoek uit 2019<sup>112</sup> blijken meer positieve dan negatieve effecten bij het toestaan van het uitkeren van dividend voor zowel de toegankelijkheid van zorg als de kwaliteit van zorg. Het heeft niet mogen baten: de toenmalige Minister voor Medische Zorg en Sport (Bruins) ging in 2019 over tot intrekking van het wetsvoorstel VIMSZ en de discussie over winstuitkering lijkt zich de laatste tijd te versmallen naar het verder beperken van bestaande winstuitkeringsmogelijkheden voor aanbieders van extramurale zorg, in plaats van het vergroten daarvan voor aanbieders van intramurale zorg.

#### 8.4 *Intrekking wetsvoorstel VIMSZ*

Minister Bruins schreef bij intrekking van het wetsvoorstel VIMSZ de tijd niet rijp te achten voor een verruiming van de investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg.<sup>113</sup> De minister verwees in dat kader naar zijn brief van 9 juli 2019 met daarin de beleidsconclusie dat voordat een verruiming van de mogelijkheden voor dividenduitkering aan de orde kan zijn, eerst verdere verbeteringen moeten worden gerealiseerd in het inzicht in de kwaliteit van zorg. Ook bevatte de brief van 9 juli 2019 de aankondiging van maatregelen ter voorkoming van excessieve winsten, namelijk maatregelen gericht op (1) toetreding door nieuwe zorgaanbieders, (2) wijziging van de WNT 'om ontwijking van die wet via vennootschapsrechtelijke constructies (zoals onderaannemers) tegen te gaan', (3) transparante, integere en professionele bedrijfsvoering, en (4) het verbinden van nadere voorwaarden aan dividenduitkering in de extramurale zorg.

De maatregelen gericht op toetreding zijn inmiddels ingevoerd en daarin zijn tevens al maatregelen gericht op transparante, integere en professionele bedrijfsvoering meegenomen; met de invoering van de Wtza in 2022 vergroot VWS het inzicht in de kwaliteit van zorg en komen onderaannemers die winst uitkeren in een lege huls-constructie in beeld bij de autoriteiten (zie par. 7.1). Dat betekent nog niet dat als sprake is van ondoelmatige besteding van zorggelden, daar ook tegen opgetreden kan worden. De aangekondigde maatregelen om voorwaarden aan dividenduitkering door aanbieders van extramurale zorg te introduceren, was de opmaat naar het wetsvoorstel Wibz, en de reden voor intrekking van het wetsvoorstel VIMSZ. Minister Bruins vond het niet logisch met het wetsvoorstel VIMSZ vooruit te lopen op de aangekondigde maatregelen, want 'zowel dit wetsvoorstel als de wetgeving die momenteel wordt voorbereid strekt immers tot het stellen van voorwaarden aan dividenduitkering door zorgaanbieders'. Winstuitkeringsmogelijkheden voor intramurale zorg moeten 'in samenhang worden gezien met de overige aangekondigde maatregelen'. Tegen deze achtergrond is het wetsvoorstel VIMSZ ingetrokken.

112 Zie ook MvT Wibz (internetconsultatie, versie d.d. 31 oktober 2022), p. 11.

113 Kamerstukken I 2019/20, 33168, P.

## 9 Wetsvoorstel Wibz

Alhoewel uit onderzoek blijkt dat dividenduitkering de kwaliteit, toegankelijkheid en/of betaalbaarheid van zorg niet structureel in gevaar brengt,<sup>114</sup> maakt men zich zorgen om *excessieve* winstuitkering.<sup>115</sup> De Governancecode Zorg 2022 schrijft weliswaar voor dat zorgorganisaties die op grond van de WTZi winst mogen uitkeren, rekening moeten houden met de belangen van de zorgorganisatie op korte en lange termijn en haar maatschappelijke doelstelling en positie,<sup>116</sup> maar de IGJ en NZa kunnen daar (vooralsnog) niet op handhaven.<sup>117</sup> Hetzelfde geldt voor de uitkeringstest van Boek 2 BW, met hooguit civiele consequenties (bestuurdersaansprakelijkheid). Het publiekrechtelijk verankeren van deze normen in de wet maakt dit mogelijk. Met de beoogde (nieuwe) wettelijke normen zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Wibz kunnen partijen die persoonlijk gewin boven het maatschappelijk belang plaatsen, worden aangepakt door externe toezichthouders.<sup>118</sup> Het wetsvoorstel Wibz beoogt de Wtza, de Wmg en de Jeugdwet te wijzigen en de WTZi te laten vervallen.<sup>119</sup> Het geldende winstuitkeringsverbod voor hoofdaanemers van intramurale Zvw-zorg en Wlz-zorg blijft bestaan. De memorie van toelichting bevestigt dat onderaanemers op grond van de huidige regels niet gebonden zijn aan het winstuitkeringsverbod, en ook niet onder de reikwijdte daarvan komen te vallen met de invoering van de Wibz (dit zal bij algemene maatregel van bestuur worden vastgelegd).<sup>120</sup>

Het wetsvoorstel bevat publiekrechtelijke normen voor tegenstrijdige belangen, nadere intrekingsgronden voor de Wtza, en voorziet in de mogelijkheid voorwaarden te verbinden aan winstuitkering. Deze mogelijkheid ziet op alle zorgaanbieders waarvoor op dit moment geen verbod op winstuitkering geldt (onderaanemers in de intramurale zorg en hoofd- en onderaanemers in de extramurale zorg en de jeugdhulp, zie par. 3 en 4). Of, en zo ja, welke voorwaarden er uiteindelijk komen, zal per deelsector worden gezien. De voorwaarden volgen per algemene maatregel van bestuur. De memorie van toelichting verwijst naar voorwaarden die bijvoorbeeld kunnen zien op de financiële gezondheid van de winstuitkerende in-

114 Kamerstukken I 2018/19, 33168, O, p. 3 (en bijbehorende onderzoeken in de bijlagen bij deze brief, zie noot 100).

115 Aanleiding voor deze zorgen is o.a. het onderzoek van Follow the Money uit 2019 en het (vervolg) onderzoek van Follow the Money en KRO-NCRV's Pointer uit 2021, waaruit blijkt dat zorgondernemingen in de geestelijke gezondheidszorg, gehandicaptenzorg en thuiszorg in 2019 minstens € 25,1 miljoen aan dividend uitkeerden aan bestuurders en aandeelhouders. In enkele gevallen ging het om bedragen die oplopen tot € 2 miljoen per persoon. Omdat winstuitkeringen (nog) niet mee worden gerekend in de WNT, kunnen zorgbestuurders naast hun WNT-salaris ook dividend ontvangen.

116 Governancecode Zorg 2022, principe A.3 (Winstuitkering).

117 Volgens Oostwouder denken de IGJ en de NZa daar zelf kennelijk anders over, en maken deze normen uit de code deel uit van de veldnorm waarvan handhaving volgens deze externe toezichthouders onder hun toezicht valt. Zie hierover uitgebreid W.J. Oostwouder, *Verscherpt Kader goed bestuur in de zorg: schoenmaker(s), blij bij je leest!*, O&F 2020, afl. 3, p. 5-24.

118 MvT Wibz (internetconsultatie, versie d.d. 31 oktober 2022), p. 4-6.

119 Wetsvoorstel Wibz (internetconsultatie, versie d.d. 31 oktober 2022), art. I, III en IV.

120 MvT Wibz (internetconsultatie, versie d.d. 31 oktober 2022), p. 15.



D. Hooft Graafland & A.M.L. de Boer

stelling, de kwaliteit van de zorg of jeugdhulp, betrokkenheid van de interne toezichthouder en de termijn waarbinnen winst mag worden uitgekeerd.<sup>121</sup> Wij vermoeden daarom dat VWS de voorwaarden uit het wetsvoorstel VIMSZ van de plank haalt.<sup>122</sup> Zoals in paragraaf 8.2 toegelicht zal de proportionaliteit daarvan moeten worden getoetst.

De internetconsultatie van het wetsvoorstel Wibz sloot op 1 december 2022.<sup>123</sup> Het wetsvoorstel is op dit moment nog in voorbereiding en dient nog ter advisering aan de Raad van State te worden voorgelegd.<sup>124</sup> Daarna moet het wetsvoorstel door de Tweede en Eerste Kamer worden aangenomen. Het is dus nog afwachten of, en zo ja, wanneer en in welke vorm, de Wibz er daadwerkelijk komt. Dat kort voor de afronding van dit artikel het kabinet-Rutte IV is gevallen, maakt daarnaast dat de timing van dit wetgevingstraject onzeker is geworden. In een eventuele volgende bijdrage over winstuitkering in de zorg zullen wij in nader detail ingaan op de inhoud van het wetsvoorstel.

## 10 Reflecties en conclusie

Zoals uit de historische ontwikkelingen rond het thema winstuitkering in de zorg blijkt, is de discussie over de toelaatbaarheid van winstuitkering in het Nederlandse zorgstelsel van alle tijden. De zorg leent zich niet voor winstuitkering, betogen tegenstanders. Een mogelijkheid tot winstuitkering is noodzakelijk om de kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid van zorg te verbeteren, aldus voorstanders. Daar waar de ervaringen met zorginstellingen als DeSeizoenen, Slotervaart en Alliade van invloed waren op het wetgevingstraject van de VIMSZ, zijn recent naar aanleiding van incidenten en onderzoeksbevindingen in onder andere de jeugdzorg,<sup>125</sup> bij pgb-bureaus<sup>126</sup> en bij medisch specialisten<sup>127</sup> alle pijlen van Tweede Kamerleden gericht op het reguleren van (excessieve) winstuitkering via de Wibz. Excessen en incidenten liggen ten grondslag aan de rigoureuze koerswijziging van

121 MvT Wibz (internetconsultatie, versie d.d. 31 oktober 2022), p. 13-14.

122 Let op: deze eisen staan dus niet in het wetsvoorstel Wibz en worden niet genoemd in de MvT daarbij. Maar wij sluiten niet uit dat mogelijk voorwaarden van deze strekking volgen per algemene maatregel van bestuur. Zie voor een nadere toelichting op deze voorwaarden destijds o.a. Kamerstukken II 2013/14, 33168 nr. 3 (MvT) en nrs. 7-10 en Kamerstukken I 2014/15, 33168, C, E en G.

123 Overheid.nl, Consultatie Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders (Wibz), internetconsultatie.nl.

124 Wetsvoorstel integrale bedrijfsvoering zorg- en jeugdhulpaanbieders, Overheid.nl, Wetgevingskalender.

125 Zie o.a. Kamerstukken II 2022/23, 31839, nr. 967, mede in het licht van de hervormingsagenda. Dit betreft een nader gewijzigde motie van de leden Kwint en Peters over het garanderen via de Wibz dat excessieve winstuitkeringen (onder meer aan derden en private-equitypartijen) in de jeugdzorg tot het verleden gaan behoren.

126 Zie in dat kader o.a. de recente antwoorden van minister Helder op Kamervragen van het lid Dijk (SP) over het bericht 'Geld in de zorg verdwijnt massaal: Den Haag gaat aan kop' (2023Z08237, 11 mei 2023) van 21 juni 2023.

127 Denk aan de corrupte betalingen aan de cardiologen van het Isala ziekenhuis. Aanhangsel Handelingen II 2022/23, nrs. 703 en 361 en Kamerstukken II 2022/23, 32012, nr. 49.

VWS, waarbij de positieve effecten van winstuitkering op de achtergrond raken. Dat kan onwenselijk zijn als de positieve effecten sectorbreed de negatieve effecten van enkele incidenten opheffen. Het recent aangekondigde onderzoek naar de positieve en negatieve effecten van private equity in de zorg is dan ook meer dan welkom, maar zou ook gepaard moeten gaan met het effect dat reeds uitgaat van de Wtza en de mogelijke effecten van de publiekrechtelijke verankering van tegenstrijdigbelangnormen. Hoewel een aantal Tweede Kamerleden blijft strijden voor een (volledig) verbod op winstuitkering in de zorg, is de juridische houdbaarheid daarvan, zoals in dit artikel toegelicht, ronduit discutabel. Het huidige winstuitkeringsverbod staat op losse schroeven en sluit niet aan bij de praktijk. Wij concluderen dat het voor de hand ligt (1) het arbitraire onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg in relatie tot winstuitkering op te heffen, en daarmee (2) afscheid te nemen van een wettelijk verbod op winstoogmerk voor aanbieders van intramurale zorg (mede ter voorkoming van onnodig gekunstelde lege huls-constructies), en (3) uitsluitend winstuitkering te reguleren voor deelsectoren waarin excessen plaatsvinden, mits de voor deelsectoren te introduceren voorwaarden noodzakelijk en aantoonbaar proportioneel zijn.