

Wetsvoorstel winstuitkeringen in de zorg

*mr. C.N. de Jong**

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft begin februari dit jaar een wetsvoorstel¹ bij de Tweede Kamer ingediend betreffende de mogelijkheid voor aanbieders van medisch-specialistische zorg om onder bepaalde voorwaarden winst te kunnen uitkeren aan hun leden (in geval van coöperaties) of aandeelhouders (in geval van kapitaalvennootschappen). Het wetsvoorstel is gegoten in de vorm van een wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz).² De Wcz is zelf nog niet aangenomen.

In deze bijdrage zet ik kort de achtergrond van het wetsvoorstel uiteen en vervolgens behandel ik de verschillende voorwaarden in het wetsvoorstel en maak ik enkele kanttekeningen daarbij.

Achtergrond

Onder huidig recht is het zorginstellingen voor medisch-specialistische zorg niet toegestaan om winst uit te keren. Dit verbod is opgenomen in artikel 5 lid 2 van de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi). Dergelijke zorginstellingen hebben de toelating van de minister van VWS krachtens artikel 5 lid 1 Wtzi nodig om actief te zijn in de zorg die wordt gedekt door de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) of de Zorgverzekeringswet (Zvw).

Het verbod om winst uit te keren leidt ertoe dat zorginstellingen voor hun kapitaalbehoefte in beginsel zijn aangewezen op verstrekkers van vreemd vermogen (doorgaans: banken), aangezien het in beginsel niet mogelijk is om verstrekkers van eigen vermogen een vergoeding in de vorm van dividend of andere kapitaalsuitkeringen te bieden. In de praktijk is het echter mogelijk om structuren toe te passen waarin *de facto* toch kapitaal in de vorm van eigen vermogen wordt verschaft. In deze bijdrage ga ik daar verder niet op in.

In het regeer- en gedoogakkoord van het kabinet-Rutte hebben de betrokken politieke partijen opgenomen dat private investeringen in de zorg zouden moeten worden aangemoedigd. Tegelijkertijd bestaat binnen de politiek de zorg dat pri-

vate investeerders mogelijk vermogen aan de zorginstellingen zouden kunnen onttrekken dat met publiek geld is opgebouwd of anderszins een te grote aanspraak zouden kunnen maken op het vermogen ten koste van de kwaliteit, het aanbod, de toegankelijkheid of betaalbaarheid van de geboden zorg. Het wetsvoorstel geeft daarom de mogelijkheid om slechts onder bepaalde voorwaarden uitkeringen te doen.

Het wetsvoorstel

De reikwijdte

De mogelijkheid om winst uit te keren geldt niet voor alle aanbieders van medisch-specialistische zorg (de Wcz gebruikt de definitie zorgaanbieders en niet zorginstellingen zoals de Wtzi). Voor de volgende zorgaanbieders bepaalt het wetsvoorstel dat het verbod zal blijven gelden: (1) zorgaanbieders die op grond van de AWBZ verzekerde, intramurale zorg verlenen (bijvoorbeeld gehandicaptenzorg, verzorgingshuizen, verpleeghuizen) en (2) academische ziekenhuizen.

Onder meer de volgende zorgaanbieders kunnen ook nu al winst uitkeren en dat blijft ongewijzigd: huisartsenzorg, tandartsenzorg, fysiotherapie, extramurale geestelijke gezondheidszorg en extramurale AWBZ-zorg.

De voorwaarden

De voorwaarden voor een zorgaanbieder om winst uit te keren zijn:

1. een beschikking van de minister dat de zorgaanbieder onder meer zijn bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en veiligheid naar behoren heeft ingericht. Deze beschikking kan slechts worden aangevraagd vanaf de tiende maand van het derde jaar na de dag waarop hij voor de eerste keer ten gevolge van een investering eigen vermogen verwerft;

Ad 1. Het wetsvoorstel bepaalt overigens niet dat de winst tijdens de duur van deze driejaarstermijn niet zou mogen worden gereserveerd en daarna gecumuleerd zou kunnen worden uitgekeerd.

2. goedkeuring van de winstuitkering door het bestuur van de zorginstelling, waarover het volgende is bepaald:
 - a. het bestuur weigert deze goedkeuring slechts indien de winstuitkering plaats zou vinden in strijd met hetgeen daaromtrent in de Wcz (de betreffende bepalingen

* Mr. C.N. de Jong is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Kamerstukken II 2011/12, 33 168, nr. 2.

2. Omdat de Wcz zelf nog niet in werking is getreden, bevat het wetsvoorstel de wetswijzigingen voor zowel de nieuwe Wcz als de bestaande Wtzi, voor het geval bij invoering van het wetsvoorstel de Wcz nog niet in werking is getreden. Als de Wcz in werking treedt, vervalt de Wtzi.

omtrent winstuitkering staan in dit wetsvoorstel) is geregeld, of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de zorgaanbieder na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden;³

- b. indien de zorgaanbieder een NV is, weigert het bestuur de goedkeuring ook indien het weet of redelijkerwijze kan voorzien dat de zorgaanbieder met het uitkeren van winst in strijd zal handelen met artikel 2:105 Burgerlijk Wetboek (BW);

Ad 2. Indien de uitkering van winst ertoe heeft geleid dat een NV, een coöperatie of een rechtspersoon naar buitenlands recht niet voort kan gaan met het betalen van zijn of haar opeisbare schulden, is op de bestuurders daarvan artikel 2:216 lid 3 en 4 BW⁴ van overeenkomstige toepassing. De voorwaarden onder 2 gelden in aanvulling op de voorwaarden in het BW (cumulatief). Het is opmerkelijk dat de wetgever op een dergelijke wijze in een bijzondere wet ingrijpt in de kapitaalbeschermingsregels zoals die gelden op grond van het BW. Ook is het de vraag of het op deze wijze volledig is, nu de regels omtrent inkoop (art. 2:207 BW) en kapitaalvermindering (art. 2:208 BW) niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.

3. de zorgaanbieder heeft geen steun ontvangen, er is geen garantie afgegeven ten gunste van de zorgaanbieder op grond van de Garantieregeling Inrichtingen voor Gezondheidszorg 1958, en op de zorgaanbieder is geen aanwijzing, bevel of last onder bestuursdwang van toepassing;

Ad 3. Ik ga op deze voorwaarden en de bestuursrechtelijke aspecten daarvan in deze bijdrage niet verder in.

4. indien de zorgaanbieder een toezichthoudend orgaan heeft (in de regel is dat bij een zorgaanbieder met meer dan tien zorgverleners), moet dit orgaan over elk voornemen tot het uitkeren van winst worden gehoord. Het toezichthoudend orgaan krijgt in het kader van de winstuitkering geen ander recht dan te worden gehoord. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting⁵ (MvT) lichten niet toe wat er van het toezichthoudend orgaan wordt verwacht indien het het niet eens is met de winstuitkering;
5. voor zover winst is toegevoegd aan andere dan de wettelijke of statutaire reserves mag het toegevoegde bedrag slechts aan aandeelhouders of leden worden uitgekeerd indien de zorgaanbieder (ook rechtstreeks) winst mag uitkeren. Deze laatste voorwaarde is bedoeld om te voorkomen dat de voorwaarden voor winstuitkering worden omzeild door de winst eerst aan de vrije reserves toe te voegen, om vervolgens een kapitaalsuitkering te doen.

3. Dit is gelijk aan de regeling zoals opgenomen in het wetsvoorstel over de flex-BV (Kamerstukken II 31 058).

4. Het wetsvoorstel bedoelt te verwijzen naar de artikelen zoals die gelden na invoering van de flex-BV.

5. Kamerstukken II 2011/12, 33 168, nr. 3.

De hierboven (onder het kopje 'De reikwijdte') genoemde groep van zorgaanbidders die onder de huidige regelgeving ook al winst kunnen uitkeren, is grotendeels uitgezonderd van bovenstaande voorwaarden.

Kanttekeningen

Driejaarstermijn

Er is een aantal kanttekeningen te plaatsen bij de driejaarstermijn genoemd onder 1 hierboven.

De driejaarstermijn geldt alleen vanaf het moment van investeren door de eerste investeerder. Na de eerste driejaarstermijn geldt er geen nieuwe driejaarstermijn bij nieuwe investeringen. Dus als de driejaarsdrempel eenmaal genomen is, dan valt deze vorm van kapitaalbescherming weg en vertrouwt de wetgever kennelijk op de gewone kapitaalbeschermingsregels met de additionele voorwaarden die onder 2 zijn genoemd. In de MvT wordt daarover opgemerkt dat een nieuwe driejaarstermijn bij nieuwe investeringen op grote praktische bezwaren zou stuiten en daarmee de investeringsbereidheid zou afnemen.

De minister merkt in de MvT op dat na afloop van de driejaarstermijn verwacht mag worden dat de eerste investeerder ervoor zal zorgen dat latere investeerders niet een kortetermijnrendement nastreven dat ten koste gaat van de langetermijnwaarde, die de eerste investeerder nastreeft. De eerste investeerder zou zijn belangen kunnen beschermen door bijvoorbeeld speciale aandelenklassen of stemrechten in te voeren. Het laatste veronderstelt dat de eerste investeerder blijft deelnemen in de zorgaanbieder. In dat geval kan ik mij inderdaad voorstellen dat de eerste investeerder zich zal inzetten om waarborgen te realiseren voor de langetermijnwaarde. In de situatie waarin de eerste investeerder zijn gehele belang echter verkoopt aan opvolgende investeerders, zie ik niet goed in hoe en waarom de eerste investeerder waarborgen zal realiseren voor de langetermijnwaarde; dergelijke waarborgen zullen immers de koper beperken en aldus de waarde van het verkochte belang drukken. Het wetsvoorstel en de MvT gaan ook niet in op de situatie waar in eerste instantie slechts voor een zeer beperkt bedrag wordt deelgenomen in de zorgaanbieder en waar de grote investering pas later volgt. In dat geval is het belang van de eerste investeerder mogelijk zo beperkt, dat het waarborgen van zijn belangen ten opzichte van opvolgende grote investeerders geheel niet opportuun is.

Een investeerder moet eerst deelnemen in de zorgaanbieder en pas na twee jaar en tien maanden kan de zorgaanbieder de vereiste beschikking van de minister aanvragen (en die pas na afloop van de driejaarstermijn verkrijgen). Dit levert een investeerder – naast de onzekerheid of winst wel zal worden gemaakt – ook nog voor in beginsel drie jaar lang onzekerheid op over de vraag of het uiteindelijk wel mogelijk zal zijn om winst uit te keren. De minister merkt hierover in de MvT op dat het vooraf voor de eerste investeerder kenbaar is aan welke

voorwaarden de zorgaanbieder moet voldoen om winst uit te mogen keren. Het kader dat aan de zorgaanbieder is opgelegd op basis van de Wcz en andere wetten zou volstrekt helder zijn en voor de investeerder zou gedurende de eerste drie jaar daarom geen grotere onzekerheid bestaan dan bij een normaal ondernemersrisico. Er wordt in de MvT echter niet uitgelegd waarom er niet voorafgaand aan de investering bevestiging kan worden gegeven dat er in beginsel aan de voorwaarden is of kan worden voldaan (behoudens het verloop van de driejaarstermijn). Het ligt mijns inziens voor de hand dat investeerders hieraan de voorkeur geven. De driejaarstermijn wordt door het geven van een dergelijke bevestiging niet aangetast.

Het wetsvoorstel gaat niet in op de vraag hoe een BV, NV of coöperatie statutair moet worden ingericht zolang de driejaarstermijn nog niet is afgelopen. Volgens het beleid van de minister van VWS bij de verlening van toelatingen dient dan in de statuten te worden bepaald dat winst uitsluitend kan worden aangewend voor zover dat is toegestaan volgens de op de vennootschap van toepassing zijnde wet- en regelgeving, waaronder begrepen de Wtzi en het Uitvoeringsbesluit Wtzi (dit is onder meer terug te vinden in de statuten van Slotervaartziekenhuis B.V.).⁶

Bestaande en nieuwe zorgaanbieders

Het wetsvoorstel betreft zorgaanbieders in de vorm van een kapitaalvennootschap of een coöperatie. De vereniging en stichting zijn (gelet op wat over deze rechtsvormen al in Boek 2 BW is bepaald) uitgesloten als rechtsvorm voor de aanbieder van medisch-specialistische zorg die winst wil uitkeren.⁷ Veel bestaande zorgaanbieders hebben momenteel echter wel de rechtsvorm van een stichting of vereniging. De minister behandelt in de MvT niet met zoveel woorden hoe een zorgaanbieder met de rechtsvorm van vereniging of stichting zijn activiteiten kan onderbrengen in een kapitaalvennootschap of coöperatie. Er valt te denken aan (1) omzetting op grond van artikel 2:18 BW, (2) inbreng of afsplitsing van (een deel van) het vermogen of (3) overdracht van activa/passiva. Een bespreking van de verschillende mogelijkheden valt buiten het bereik van deze bijdrage. Op grond van artikel 2:18 lid 6 BW geldt overigens voor de omgezette stichting of vereniging een zogenoemde vermogensklem op het vermogen ten tijde van de omzetting (het zogenoemde doelvermogen); die vermogensklem geldt ook voor de vrucht van het doelvermogen, zijnde het rendement dat na omzetting met behulp van dat doelvermogen wordt gegenereerd.⁸ Dit is op zichzelf al een waarborg voor het vermogen van veel zorgaanbieders.

De MvT lijkt in beginsel uit te gaan van deelneming in en winstuitkering door een bestaande zorgaanbieder. Het is in de

praktijk echter ook mogelijk dat een nieuwe zorgaanbieder wordt gestart in de vorm van een kapitaalvennootschap of coöperatie. In dat geval zouden er mijns inziens geen zorgen moeten bestaan over het bestaande vermogen van de zorgaanbieder waarvoor een driejaarsdrempel zou moeten gelden. Wanneer een nieuwe zorgaanbieder wordt opgericht, is er immers in beginsel slechts eigen vermogen van de oprichters zelf. Mijns inziens is dan niet goed te rechtvaardigen dat ook in dat geval deze investeerders drie jaar moeten wachten alvorens zij de mogelijkheid hebben om winst uit te keren.

Aanvulling op bestaande regels omtrent winstuitkering

Voor de definitie van winst wordt aangesloten bij de beschrijving van de winst-en-verliesrekening in artikel 2:377 BW. Onder het verbod van winstuitkering valt niet de inkoop van eigen aandelen of vermindering van het geplaatst kapitaal.

Zoals hierboven genoemd, gelden de voorwaarden in het wetsvoorstel cumulatief. De regels van artikel 2:216 lid 3 en 4 wetsvoorstel flex-BV gelden ook voor de NV en de coöperatie:

1. Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.
2. Ontvangers (aandeelhouders, leden of andere winstgerechtigden) van uitgekeerde winst die wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met betaling van de opeisbare schulden zijn gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de uitkering.

Zoals reeds genoemd, is het gelijktrekken van de kapitaalbeschermingsregels opmerkelijk. De minister gaat in de MvT niet in op het gelijktrekken van de kapitaalbescherming voor de coöperatie, terwijl voor de coöperatie in beginsel geen wettelijke kapitaalbeschermingsregels gelden⁹ en de overeenkomstige toepassing van artikel 2:216 lid 3 en 4 wetsvoorstel flex-BV dus des te opmerkelijker is.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State dat rekening gehouden zou moeten worden met de Europese richtlijnen die gelden voor de NV, merkt de minister in de MvT op dat de artikelen in de Tweede Richtlijn, 77/91/EEG, over winstuitkering (art. 15 en 16 van deze richtlijn) er niet aan in de weg staan om de aanvullende bepalingen op NV's van toepassing te verklaren.

Voor aandeelhouders van een NV leidt dit tot de situatie dat een ontvangen uitkering die geoorloofd is op grond van artikel 2:105 BW alsnog (deels) zou moeten worden terugbetaald,

6. Zie P.V. Eijssvoogel, Winstuitkering door zorginstellingen: als het (straks) mag, hoe kan dat dan precies?, *Zorg & Financiering* 2008, nr. 7.

7. Ik verwijs in dit verband nog naar het ingetrokken wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming, Kamerstukken II, 32 003.

8. Zie hierover uitgebreid B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 115 e.v.

9. Mogelijk heeft de NV-/BV-jurisprudentie wel betekenis voor de kapitaalbescherming bij coöperaties, zie Asser/Rensen 2-III*, Deventer: Kluwer, nr. 226, slot.

indien de aandeelhouder wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en voor zover er een tekort is ontstaan. Hoewel eenzelfde aansprakelijkheid van een aandeelhouder ook kan bestaan op grond van geldende jurisprudentie,¹⁰ is het mijns inziens niet praktisch dat een dergelijke aansprakelijkheid voor een aandeelhouder van een NV uit een bijzondere regeling voortvloeit. Het opnemen van typisch vennootschapsrechtelijke regelingen in bijzondere wetten geeft een aandeelhouder slecht inzicht in zijn positie. Anderzijds is het toevoegen van bijzondere regelingen aan het BW evenmin wenselijk en zullen investeerders mogelijk eerder kennisnemen van bijzondere regelgeving wanneer zij investeren in een bijzondere sector zoals de zorg. Het probleem zou mijns inziens deels kunnen worden gemitigeerd door een voorschrift op te nemen in de Wcz om de betreffende regelingen op te nemen in de statuten. Een algemene verwijzing in de statuten naar ‘toepasselijke wetten regelgeving’ volstaat mijns inziens niet voor dit doel. Het probleem geldt in mindere mate voor de verplichtingen van het bestuur, want van het bestuur mag mijns inziens vanwege zijn grotere betrokkenheid meer worden verwacht ten aanzien van het verkrijgen van inzicht in zijn positie.

Slot

Het wetsvoorstel komt tegemoet aan de wens vanuit de politiek en de vraag vanuit het bedrijfsleven en de zorgsector zelf naar mogelijkheden voor meer betrokkenheid van private investeerders bij de zorgsector. Behoudens een aantal meer of minder belangrijke kanttekeningen, zijn de voorwaarden die gelden voor het uitkeren van winst mijns inziens op zichzelf werkbaar, en bepaalde zaken zullen mogelijk nog worden geadresseerd voor invoering van dit wetsvoorstel. Ik merk op dat het gelijktrekken van kapitaalbeschermingsregels de regeling relatief complex maakt en voor investeerders mogelijk minder inzichtelijk. Dit zou wellicht kunnen worden gemitigeerd door de toepasselijke regelingen in de statuten op te nemen. De praktische uitwerking van het wetsvoorstel, waaronder de omzetting van bestaande zorgaanbieders met de rechtsvorm van een stichting of vereniging, is een aspect dat in de MvT en in deze bijdrage niet is uitgewerkt, maar voor de praktijk is het een relevant punt.

10. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox).