

Samenvatting masterscriptie ‘Weglekrisico’s in de zorg’

Geld dat is bestemd voor de zorg, moet ook worden besteed aan de zorg, zo luidt het adagium van de overheid op dit moment. Op het eerste gezicht lijkt het moeilijk om het daarmee oneens te zijn. Complexe problematiek laat zich echter zelden vangen in eenvoudige zinnen als deze. Wat bedoelt de overheid hiermee? Welk geld is precies bestemd voor de zorg? Gaat het om alle zorg? Als geld dat is bestemd voor de zorg aan de zorg moet worden besteed, waar mag het dan níét aan worden besteed? En is dit adagium ook (voldoende) in wetgeving vertaald en afdwingbaar?

Zorg wordt in Nederland grotendeels betaald uit collectieve middelen, te weten zorgpremies en belastinggeld. Dat geldt in ieder geval voor de zorg waar Nederlanders recht op hebben op grond van de verplichte basisverzekering (Zorgverzekeringswet, Zvw) en op grond van de wet (Wet langdurige zorg, Wlz). Zorginstellingen die deze zorg verlenen, kiezen vaak voor de stichting als juridisch vehikel om de zorgonderneming in onder te brengen. Zij kunnen echter bijvoorbeeld ook voor een besloten vennootschap (BV) kiezen. In het algemeen mogen stichtingen eventueel resultaat dat de onderneming genereert kortgezegd niet als dividend uitkeren aan private kapitaalverschaffers. BV’s mogen wel dividend uitkeren aan aandeelhouders, mits het eigen vermogen daarvoor toereikend is. Voor een aantal zorginstellingen geldt op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) echter een verbod van winsttoegmerk. De WTZi verbiedt voor hen niet het maken van winst, maar wel het uitkeren van dividend aan verschaffers van eigen vermogen (grof gezegd: aandeelhouders). Ik noem dat daarom het winstuitkeringsverbod.

Het huidige winstuitkeringsverbod geldt voor instellingen die intramurale¹ en/of medisch-specialistische zorg² verlenen en niet voor extramurale instellingen.³ Dat onderscheid is te verklaren vanuit het bouwregime, waarin de overheid kortgezegd het vastgoed van instellingen bekostigde. Omdat het bouwregime intussen is afgeschaft en (alle) zorginstellingen zelf verantwoordelijk zijn voor vastgoed(des)investeringen, én omdat het huidige onderscheid in het licht van Europees recht waarschijnlijk niet toelaatbaar is, meen ik dat dit verbod nog eens goed tegen het licht gehouden moet worden. Los daarvan gebruiken een aantal zorginstellingen in de praktijk ondernemingsrechtelijke structuren die hen in staat stelt om alsnog – op legale wijze – winst uit te keren aan private kapitaalverschaffers. Ik spreek in dit verband van ‘weglekrisico’s’. Hiervan bespreek ik er een aantal in mijn scriptie.

De eerste structuur is een hoofd- en onderaannemersstructuur, die bijvoorbeeld kan bestaan uit een stichting die als hoofdaannemer contracten sluit met een zorgverzekeraar en een BV die als onderaannemer op basis van een uitbestedingsovereenkomst met de stichting de zorg daadwerkelijk levert. In die situatie geldt het verbod niet voor de onderaannemer, die dus winst mag uitkeren. Verder is het mogelijk om in een zorggroep bestaande uit meerdere rechtspersonen het vastgoed van de zorggroep en de niet-zorggerelateerde dienstverlening onder te brengen in zustervennootschappen van de zorginstelling, die vervolgens vergoedingen betaalt aan die zustervennootschappen (allocatiemodel in concernstructuur). De zustervennootschappen mogen in die situatie eveneens winst uitkeren. Ten slotte is denkbaar dat bij herstructurering van een zorginstelling – zoals omzetting, juridische fusie en

¹ Intramurale zorg is zorg waarbij de zorgbehoevende langer dan een etmaal binnen de instellingsmuren verblijft.

² Dit betreft de meeste zorg die doorgaans in ziekenhuizen wordt verleend.

³ Extramurale zorg is zorg waarbij de zorgbehoevende niet langer dan een etmaal binnen de instellingsmuren verblijft.

(af)splitsing – vermogen van de zorginstelling terechtkomt in een rechtspersoon waarvoor het winstuitkeringsverbod niet geldt.

Omdat zorg in Nederland wordt geleverd door private partijen in private rechtsvormen, is het algemene rechtspersonenrecht van toepassing op zorgstichtingen en -BV's. Een aantal regelingen daaruit zorgen ervoor dat weglekrisico's beperkt worden. Zo geldt voor bestuurders en toezichthouders onder meer een richtsnoer. Bestuurders en toezichthouders in de zorg moeten zich bij hun taakvervulling concreet richten op de hoofddoelstelling van de zorginstelling: het verlenen van goede zorg. Ook bevat het rechtspersonenrecht (en aanvullende rechtspraak) een norm die een zorgvuldige handelswijze bij belangenconflicten voorschrijft (in de wet is dat de tegenstrijdig belangregeling). Voor zorginstellingen geldt bovendien een verzwaarde zorgvuldigheidsnorm. Omdat belangenconflicten zich bij de door mij genoemde weglekrisico's vrijwel zonder uitzondering voordoen, biedt deze norm belangrijke bescherming tegen weglekrisico's. Zo volgt hieruit bijvoorbeeld dat transacties in beginsel marktconform moeten zijn.

Op basis van de WTZi is voor zorginstellingen waarvoor het winstuitkeringsverbod geldt daarnaast een raad van commissarissen verplicht, die toezicht houdt op het beleid en de gang van zaken binnen de instelling. De raad van commissarissen heeft op grond van het rechtspersonenrecht een verscheidenheid aan bevoegdheden om in te grijpen bij transacties of handelingen waarbij zich weglekrisico's voordoen. Ook zijn er van overheidswege externe toezichthouders ingesteld (de IGJ en de NZa). Zij kunnen echter slechts ingrijpen wanneer het winstuitkeringsverbod sec wordt overtreden of wanneer een bepaalde structuur gevaar voor de zorgverlening oplevert. Door het bestaan van de genoemde interne en externe 'beschermingsmechanismen', meen ik dat een aantal weglekrisico's in de praktijk gerelativeerd kunnen worden.

Ten slotte bestaat er een regeling voor stichtingen die zich omzetten. Op grond van deze zogenoemde 'vermogensklemregeling' mag de rechtspersoon waarin de stichting zich omzet na de omzetting het vermogen dat aan die stichting toebehoorde enkel uitgeven aan het doel dat de stichting voordien had. Deze regeling zou wat mij betreft van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard bij fusies en splitsingen van stichtingen, omdat de regeling daar nu niet voor geldt. Ook zou in sectorale wetgeving deze regeling kunnen worden geïntroduceerd voor andere rechtspersonen dan stichtingen, omdat deze rechtspersonen in zekere zin – net als stichtingen – een vermogen aanhouden met een specifiek doel (te weten: goede zorgverlening).

Het onderwerp winst in de zorg heeft intussen veel politieke aandacht en er komt dan ook de nodige wetgeving aan. De Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) treedt in 2022 in werking; deze wet wijzigt in principe niets wezenlijks aan het winstuitkeringsverbod, maar stelt wel een raad van commissarissen verplicht voor meer zorginstellingen. Verder worden de onafhankelijkheidseisen waar dat interne toezicht aan moet voldoen, verzwaard. Naar mijn mening gaat de Wtza daarin behoorlijk ver, maar vast staat dat het interne toezicht op onder andere weglekrisico's wordt aangescherpt. Overigens kan een zorggroep waartoe meerdere zorginstellingen behoren in beginsel – ook onder de Wtza – wel volstaan met één overkoepelende raad van commissarissen, die de gehele groep goed moet kunnen overzien.

De Wet integere bedrijfsvoering zorgaanbieders (Wibz) – waarvoor nog een voorstel in de maak is – tornt ten slotte wel aan het huidige winstuitkeringsverbod. Naar verwachting zal deze wet winstuitkering in de hiervoor beschreven hoofd- en onderaannemersstructuur aan banden leggen en zullen winstuitkeringsmogelijkheden voor extramurale zorginstellingen worden beperkt. Het allocatiemodel in concernstructuur en de besproken herstructureringen blijven naar verwachting echter grotendeels 'buiten schot'. Het is de vraag of dat, mede gelet op de wensen van de IGJ en de NZa om complexe structuren verder tegen te gaan, zo blijft.