

Vergaderjaar 2011–2012

33 168

Wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten om het mogelijk te maken dat aanbieders van medisch-specialistische zorg, mits zij aan een aantal voorwaarden voldoen, winst uitkeren (voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 24 oktober 2011 en het nader rapport d.d. 8 februari 2012, aangeboden aan de Koningin door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 19 juli 2011, no. 11.001768, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels over winstuitkering door zorgaanbieders (Wet voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt ertoe om winstuitkering mogelijk te maken voor aanbieders van medisch-specialistische zorg. Daardoor zullen zij beter in staat zijn om financiering in de vorm van risicodragend vermogen aan te trekken, waarmee wordt beoogd de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van de medisch-specialistische zorg te verbeteren, aldus de toelichting. Om de beschikbaarheid en kwaliteit van zorg bij die aanbieders te borgen en omdat met die zorg veel publieke middelen gemoeid zijn, worden aan de organisatie van de zorgaanbieder en aan de winstuitkering randvoorwaarden gesteld.

De reikwijdte van het voorstel is in zo verre beperkt, dat het in principe betrekking heeft op die instellingen die medisch specialistische zorg aanbieden waarvoor het thans bij en krachtens de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi) is verboden om winst uit te keren. De aanbieders die al winst mogen uitkeren, worden door het voorstel niet geraakt. Het verbod blijft echter gelden voor aanbieders van intramurale AWBZ-zorg en voor academische ziekenhuizen. Voorts strekt het voorstel ertoe regels te treffen voor overgang van goederen van zorgaanbieders zonder winst-oogmerk naar zorgaanbieders met winstoogmerk. De beoogde inwerking-tredingdatum is 1 januari 2013.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen over de voorwaarden voor winstuitkering, over de overeenstemming met de

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

bepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal en inzake de vrije vestiging en over de overgang van goederen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 19 juli 2011, no. 11.001768, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 oktober 2011, No. W13.11.0281/III, bied ik U hierbij aan.

1. Voorwaarden voor winstuitkering

1.1. De gestelde voorwaarden en het hoofddoel van het voorstel

Het voorstel beoogt bij te dragen aan verbetering van kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van en in de zorg. In de toelichting¹ wordt uiteengezet dat het voorstel past binnen de stelselherziening in de zorg zoals deze met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet (Zvw) is ingezet. In dit stelsel is sprake van een privaat zorgverzekeringsstelsel en zorgverleningsstelsel met (forse) publieke randvoorwaarden. Zorgverzekeraars en aanbieders van zorg zijn in dit stelsel private ondernemingen. Sinds de stelselherziening is een stapsgewijze omslag gemaakt, van een stelsel waarin gestuurd werd op en door het aanbod, naar een stelsel van vraagsturing. Het doel van die omslag is te komen tot meer doelmatigheid, meer vrijheid voor zorgaanbieders en goede toegankelijkheid van de zorg. Daarvan zou een stimulans uitgaan voor de zorgaanbieders om de wensen en zorgbehoeften van patiënten centraal te zetten en zorg te leveren van kwaliteit die zoveel mogelijk aan die wensen en behoeften voldoet, aldus de toelichting. In de komende periode worden enkele verdere stappen in de richting van zo een stelsel van vraagsturing gezet, waaronder de invoering van prestatiebekostiging en vrije prijsvorming enerzijds en vergroting van de risicodragendheid van zorgverzekeraars door afschaffing van de ex-post verevening anderzijds. Daardoor kan aan concurrentie door instellingen in de zorg meer inhoud worden gegeven. Winstuitkering past in een dergelijk stelsel, aldus de toelichting bij het voorstel.

De toelichting vermeldt dat de regering erkent dat het ongeclausuleerd toestaan van winstuitkering ook kan leiden tot risico's voor de zorg, uit een oogpunt van kwaliteit, betaalbaarheid en doelmatigheid. In verband daarmee is in het voorstel voorzien in een aantal voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat tot winstuitkering mag worden overgegaan. Aanbieders van medisch-specialistische zorg voor wie het op grond van het voorstel mogelijk wordt gemaakt om winst uit te keren, moeten aan deze voorwaarden voldoen.² Zo moet aan de instelling waarbinnen de zorgaanbieder opereert, juridisch de vorm zijn gegeven van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een naamloze vennootschap of een coöperatie en moet hij aan de criteria van de artikelen 4, 5 en 6 voldoen. De belangrijkste voorwaarde voor de uitkering van winst is vervolgens dat de aanbieder een beschikking heeft van de minister waaruit blijkt dat de desbetreffende instelling voldoet aan eisen van kwaliteit en veiligheid. Deze beschikking kan pas worden aangevraagd in de tiende maand van het derde jaar volgend op de dag waarop de zorgaanbieder ten gevolge van investeringen eigen vermogen verwerft. Het bestuur van de instelling waarbinnen de zorgaanbieder opereert, moet toestemming geven voor de winstuitkering en het toezichthoudend orgaan van de zorgaanbieder moet worden gehoord. Door laatstgenoemde voorwaarden worden de zeggenschap en de beslissingsbevoegdheid van de private investeerder over de winstuitkering ingeperkt.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1.1.

² Voor aanbieders van extramurale AWBZ-zorg, huisartsen en fysiotherapeuten geldt het verbod van winstuitkering op grond van de vigerende wettelijke bepalingen niet. Voor aanbieders van intramurale AWBZ-zorg en voor academische ziekenhuizen blijft na de inwerkingtreding van voorliggend voorstel, het verbod gelden. Om te voorkomen dat een deel van de academische component bedoeld of onbedoeld wordt uitgekeerd aan aandeelhouders, kiest de regering er voor de academische ziekenhuizen uit te sluiten van de mogelijkheid om winst uit te keren (memorie van toelichting, paragraaf 2.3).

Het voorstel heeft betrekking op en is van betekenis voor de bereidheid van private partijen om te investeren in zorgaanbieders. De Afdeling zal hierna het voorstel met name beoordelen uit een oogpunt van effectiviteit op dat punt. In dat kader zal zij ingaan op de betekenis van de in het voorstel gestelde voorwaarden aan een winstuitkering voor de investeringsbereid. Daaraan voorafgaand, merkt zij op dat het stelsel van de Wet marktordening gezondheidszorg al verschillende andere maatregelen kent die deze investeringsbereidheid eveneens zouden kunnen beïnvloeden, gelet op onzekerheden die uit deze maatregelen (kunnen) voortvloeien.

De Afdeling signaleert een mogelijke spanning tussen het oogmerk van de voorgestelde ruimte voor winstuitkering en de gestelde voorwaarden voor zo'n winstuitkering. In feite gaat het om een spanning tussen de principes die ten grondslag liggen aan het voorziene stelsel van concurrentie door aanbieders op de zorgverleningsmarkt aan de ene kant en het publieke belang van handhaving van de toegankelijkheid en kwaliteit van de aangeboden zorg aan de andere kant. Immers, door de gestelde voorwaarden zou het voor private investeerders met risicodragend kapitaal minder aantrekkelijk kunnen blijken te zijn om te investeren in de zorg dan thans wordt voorzien. Weliswaar wordt in paragraaf 1.4 van de memorie van toelichting aangegeven dat uit een onderzoek van Boer & Croon uit 2010 is gebleken dat de investeringsbereidheid van private investeerders in de medisch-specialistische zorg groot is. Uit het onderzoek blijkt echter niet dat de thans in het voorstel opgenomen randvoorwaarden voor winstuitkering in dat onderzoek zijn betrokken. Indien door de voorgestelde voorwaarden de investeringsbereidheid met risicodragend kapitaal mocht afnemen, zou een dergelijke omstandigheid – ondanks het feit dat het voorstel past binnen het vraaggestuurd stelsel – in de weg kunnen staan aan het realiseren van het doel van het wetsvoorstel.

De Afdeling adviseert in de toelichting het verbinden van voorwaarden aan het kunnen doen van een winstuitkering als zodanig nader te beargumenteren en zo nodig het voorstel aan te passen.

1.2. De gestelde voorwaarden en de EU-regels inzake het vrije kapitaalverkeer

In de toelichting bij het voorstel wordt uitgebreid ingegaan op de Europeesrechtelijke aspecten van de in het wetsvoorstel opgenomen voorwaarden voor uitkering van winst door aanbieders van medisch-specialistische zorg. Daarbij wordt onderkend dat de voorgestelde voorwaarden worden gekwalificeerd als een belemmering van het vrije kapitaalverkeer en in principe verboden zijn.

In de toelichting wordt tevens aangegeven dat dwingende redenen van algemeen belang zoals de bescherming van de volksgezondheid en het risico van ernstige aantasting van het financieel evenwicht van het stelsel van sociale zekerheid, een dergelijke belemmering kunnen rechtvaardigen. Zoals de toelichting ook aangeeft blijkt uit verschillende arresten dat het Hof van Justitie bereid is de beleidsvrijheid die de lidstaten in de zorg hebben, te respecteren.

In dit verband merkt de Afdeling het volgende op. Voor de beoordeling van het voorstel geldt als uitgangspunt naar het recht van de Europese Unie de titel over volksgezondheid, zoals die luidt na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Volgens artikel 168, zevende lid, VWEU eerbiedigt de Unie de verantwoordelijkheden van de lidstaten met betrekking tot de bepaling van hun gezondheidsbeleid, alsmede de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging.

De Afdeling wijst erop dat bij de beoordeling van de noodzaak van de maatregel in verhouding tot het nagestreefde doel, zoals uit overweging 51 van het arrest Petersen¹ blijkt, moet worden nagegaan of de uitzonderingen die aan de orde zijn, geen afbreuk doen aan de coherentie van de regelgeving doordat zij tot een met die doelstelling strijdig resultaat leiden. Er dient immers aan te worden herinnerd dat met een regeling slechts de verwezenlijking van het ingeroepen doel kan worden gewaarborgd, wanneer deze regeling daadwerkelijk ertoe strekt dat doel coherent en stelselmatig te bereiken. In deze overweging uit het arrest Petersen wordt door het Hof van Justitie verwezen naar het arrest Hartlauer.² Dit arrest Hartlauer is ook in de toelichting aangehaald, maar aan het coherentievereiste dat in dat arrest Hartlauer een belangrijke plaats inneemt, is in de toelichting niet getoetst.

De Afdeling adviseert naar aanleiding van het voorgaande de toelichting aan te vullen.

1.3. De gestelde voorwaarden nader bezien

Het voorstel voorziet in de artikelen 2 tot en met 6 in een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan voordat tot winstuitkering mag worden overgegaan. De Afdeling merkt over de verschillende voorwaarden het volgende op.

a. Voorschriften over de gang van zaken bij de zorgaanbieder

Het voorstel bevat enkele voorschriften die de regeling raken van bevoegdheden binnen de betreffende zorgaanbieder. Het gaat daarbij met name om artikel 4, eerste lid, onder b, en derde tot en met vijfde lid, en artikel 5. Deze voorschriften sluiten aan bij het voorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht³, in het bijzonder het in dat voorstel voorgestelde artikel 216 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Dat voorstel is echter beperkt tot de bv, terwijl het onderhavige voorstel ook geldt voor de nv en voor de coöperatie. In de memorie van toelichting bij het voorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is opgemerkt dat de voorgestelde flexibilisering niet is doorgetrokken naar de rechtsvorm van de naamloze vennootschap, dit omdat de regeling van de naamloze vennootschap op meer punten afhankelijk is van Europese richtlijnen.⁴

Nu het onderhavige voorstel elementen bevat die in genoemd wetsvoorstel zijn beperkt tot de bv, mist de Afdeling in de toelichting behandeling van de vraag waarom de regering er voor heeft gekozen deze elementen ook toe te passen op naamloze vennootschappen, en met name of daarmee geen spanning ontstaat met de toepasselijke Europese richtlijnen. In de toelichting wordt niet naar specifieke richtlijnen verwezen.⁵

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

b. Voorschriften over de rechtsvorm van de zorgaanbieder

Ingevolge artikel 3, eerste lid, onder a, van het voorstel mag een aanbieder van zorg die valt binnen het bereik van het wetsvoorstel, alleen winst uitkeren indien deze aanbieder de rechtsvorm heeft van een besloten vennootschap, naamloze vennootschap of coöperatie. Het voorstel voorziet niet in de mogelijkheid van winstuitkering door verenigingen en stichtingen. Dit is naar het oordeel van de Afdeling begrijpelijk nu, zoals de toelichting (paragraaf 3.2.5) vermeldt, deze rechtsvormen niet zijn bedoeld voor winstuitkering.

¹ Zaak C-341/08, Petersen, 12 januari 2010.

² Zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009.

³ Kamerstukken I 2009/10, 31 058, A.

⁴ Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, blz. 7.

⁵ Zie met name de Tweede richtlijn van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken. Pb. 1977, L 26/1.

De Afdeling merkt echter op dat uit het voorgestelde artikel 3, eerste lid, onderdeel a, gelezen in samenhang met de toelichting, moet worden afgeleid, dat buitenlandse rechtspersonen zijn uitgesloten van de mogelijkheid van winstuitkering. Die uitsluiting is – aldus de toelichting – ingegeven door het feit dat deze buitenlandse rechtspersonen ingevolge de EU-regels over de vrijheid van vestiging (artikel 49 van het VWEU) niet onderworpen mogen worden aan het Nederlandse vennootschapsrecht.¹ Volgens de toelichting leidt de uitsluiting van buitenlandse rechtspersonen, die een beroep kunnen doen op de EU-regels inzake de vrije vestiging, evenwel tot een belemmering van het recht van vestiging voor vennootschappen die naar het recht van een andere lidstaat (of EER lidstaat) zijn opgericht. Een dergelijke belemmering kan alleen dan gerechtvaardigd worden onder het EU-recht, wanneer met succes een beroep kan worden gedaan op de exceptie van volksgezondheid van artikel 52 van het VWEU.

De Afdeling vindt in de toelichting geen met het EU-recht sporende argumenten die tot de conclusie kunnen leiden dat de uitsluiting van buitenlandse rechtspersonen in verhouding tot het algemeen belang noodzakelijk en proportioneel is en in overeenstemming is met het discriminatieverbod, opgenomen in artikel 49 VWEU.

De Afdeling adviseert daarom het voorstel op dit punt van een dragende overweging te voorzien.

c. Wachtijd voor winstuitkering

Het voorstel voorziet in het vereiste van toestemming van de minister om winst te mogen uitkeren. Hiertoe dient een aanvraag te worden ingediend. Ingevolge het voorgestelde artikel 4, eerste lid, onderdeel a, gelezen in samenhang met het tweede lid, mag deze aanvraag pas worden gedaan tegen het einde van het derde jaar na de ingangsdatum van de investering door de geldverstrekker. Zo moeten continuïteit en de lange termijnbelangen van de onderneming worden geborgd.

De Afdeling merkt hierover het volgende op:

1°. De wachtijd wordt als voorwaarde gesteld om te voorkomen dat private investeerders die gericht zijn op een korte termijn belang, dit ten koste laten gaan van de stabiliteit van de onderneming en de kwaliteit van de zorg.² Indien hier daadwerkelijk voor moet worden gevreesd, is het volgens de Afdeling echter de vraag of de voorgestelde wachtijd hiertegen een effectieve remedie is. Het wetsvoorstel bepaalt dat de winst pas na een bepaalde termijn mag worden uitgekeerd. Het bepaalt daarentegen niet dat winst die is gemaakt in de daaraan voorafgaande jaren, niet mag worden gereserveerd en daarna gecumuleerd mag worden uitgekeerd. Zo bezien, is de betekenis van de wachtijd voor het beoogde doel betrekkelijk. Daarbij is het overigens onduidelijk of er na ommekomst van de wachtijd van drie jaar nog beperkingen zijn, andere dan de in het vennootschapsrecht gebruikelijke, om de aldus gereserveerde winstuitkeringen die in de loop van die drie jaar zijn opgebouwd en niet zijn uitgekeerd, vervolgens in één keer uit te keren. Daar komt bij dat een investeerder die nadien het aandelenpakket overneemt, niet of nauwelijks met deze voorwaarde lijkt te worden geconfronteerd.

De Afdeling merkt op dat het effect dat de minister beoogt te bewerkstelligen met de te stellen voorwaarden aan de winstuitkering aan de eerste investeerder, alsnog teniet wordt gedaan, als artikel 4, tweede lid, zo moet worden uitgelegd dat voor een nieuwe investeerder die wel is gericht op korte termijn belang, slechts de resterende wachtijd dan wel geen wachtijd geldt, indien hij de rechtspersoon overneemt tijdens de wachtijd dan wel kort na afloop ervan. Dit alles roept vragen op over de effectiviteit van de voorgestelde wachtijd. Het leidt

¹ Zie de memorie van toelichting, paragraaf 7.1 (Interne markt: regels van vrij verkeer van kapitaal), derde tekstblok.

² Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3.

er naar het oordeel van de Afdeling voorts toe dat er, gelet op het eerder genoemde coherentievereiste, aan moet worden getwijfeld of de beperking van het kapitaalverkeer die het gevolg is van deze wachtperiode (artikel 63 van het VWEU) voldoende kan worden gerechtvaardigd.

- 2°. *De wachtperiode is zo opgezet dat de investeerder eerst aandeelhouder moet worden en de onderneming vervolgens, na bijna drie jaar, een beschikking kan aanvragen om tot winstuitkering te kunnen overgaan. Dat levert de investeerder drie jaar lang onzekerheid op over de vraag of de investering wel tot een resultaat zal kunnen leiden. Dit roept de vraag op of investeerders wel bereid zullen zijn deze onzekerheid te accepteren. Zij zullen hun beleid immers ook weer moeten verantwoorden.*

De Afdeling adviseert nader op het vorenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

d. Topinkomens

Volgens par. 3.2.8 van de toelichting geldt in het geval van winstuitkering als voorwaarde dat wordt voldaan aan de criteria voor de topinkomens. De Afdeling wijst er op dat in het voorstel van Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector¹ (Wet normering bezoldiging) grenzen aan de topinkomens in de publieke en semipublieke sector worden gesteld (zie in dit verband in het bijzonder artikel 1.4, eerste lid, gelezen in samenhang met bijlage 3 van dat voorstel). Of er daarbij sprake is van winstuitkering door de rechtspersoon, is niet relevant. In paragraaf 5 van de Wet normering bezoldiging wordt de handhaving van die wet geregeld.

Het voorgestelde artikel 16 bepaalt dat winstuitkering niet mag plaatsvinden, zolang niet is voldaan aan een last onder dwangsom die is opgelegd ingevolge paragraaf 3 van de Wet normering bezoldiging, dan wel een op grond van artikel 5.5 van die wet opgeëist bedrag niet is voldaan.

Begrijpt de Afdeling het goed, dan moet het voorgestelde artikel 16 worden gezien als een «bijzondere incasso-methode» van de dwangsom of het bovenmatig uitgekeerde bedrag zijnde een onverschuldigde betaling als bedoeld in de Wet normering bezoldiging.

Zoals hiervoor opgemerkt bevat de Wet normering bezoldiging zelf instrumenten voor die gevallen waarin de wet wordt overtreden. Verder kent de Algemene wet bestuursrecht bepalingen omtrent de last onder dwangsom. Door daaraan uitvoering te geven, kan de Wet normering bezoldiging worden gehandhaafd.

De Afdeling merkt in dit verband voorts op dat degene die een te hoog topinkomen in de zin van de wet heeft ontvangen en moet terugbetalen, niet dezelfde persoon hoeft te zijn als de private investeerder in de zorgonderneming. In genoemde gevallen kan het gebruik van de voorgestelde bepaling die winstuitkering aan die investeerder in dat geval onmogelijk maakt, worden gezien als een oneigenlijk middel om het doel van de Wet normering bezoldiging te bereiken.

De Afdeling adviseert om artikel 16 te schrappen.

1. Voorwaarden voor winstuitkering

1.1. De gestelde voorwaarden en het hoofddoel van het voorstel

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de mogelijke spanning tussen het oogmerk van de voorgestelde ruimte voor winstuitkering en de gestelde voorwaarden voor

¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 600.

winstuitkering wordt het volgende opgemerkt. Bij de vaststelling van de randvoorwaarden is een balans gevonden tussen het borgen van de publieke belangen enerzijds en het behoud van de investeringsbereidheid anderzijds. De voorwaarden die zijn gekozen zijn naar het oordeel van het kabinet voldoende streng om de risico's voor het publieke belang weg te nemen, maar niet zó streng dat private investeerders niet meer willen investeren (waardoor de doelen van de wet niet behaald zouden kunnen worden). De voorwaarden met betrekking tot de kwaliteit, de duur van de investering en de financiële reserves zijn tot stand gekomen mede op basis van het onderzoek dat Stichting Economisch Onderzoek (SEO) in februari 2010 in opdracht van de Nederlandse Vereniging van ziekenhuizen (NVZ) heeft gedaan. SEO heeft in haar onderzoek op basis van gesprekken met investeerders geconcludeerd dat de voorwaarden de investeringsbereidheid niet te zeer beperken. Medewerkers van mijn departement hebben tijdens veldbijeenkomsten ook zelf private investeerders geraadpleegd bij de invulling van de randvoorwaarden die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen. Volgens de investeerders die aanwezig waren, zijn de voorwaarden niet zo streng dat deze de investeringsbereidheid te veel beperken (met als gevolg dat de doelen van het wetsvoorstel niet behaald zouden kunnen worden). Volgens deze investeerders, maar ook volgens de overige aanwezigen bij deze veldbijeenkomsten, zijn de voorwaarden echter wel streng genoeg om de publieke belang te borgen. Een en ander is in de toelichting nader uitgewerkt, zoals door de Afdeling advisering van de Raad van State geadviseerd.

1.2 De gestelde voorwaarden en de EU-regels inzake het vrije kapitaalverkeer

Conform het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State heeft de regering de toelichting bij dit wetsvoorstel aangevuld met het coherentievereiste zoals uiteen gezet in de arresten Hartlauer en Petersen¹.

1.3 De gestelde voorwaarden nader bezien

a. Voorschriften over de gang van zaken bij de zorgaanbieder

De passage in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht waarnaar de Afdeling verwijst, is een algemene opmerking waarmee is beoogd te motiveren waarom de voorgestelde wijzigingen enkel op de besloten vennootschap (bv) zien en niet tevens voor de naamloze vennootschap (nv) zijn doorgevoerd. De opmerking had geen specifieke betrekking op artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek (BV). In het wetsvoorstel wordt voor het specifieke geval van winstuitkering door een zorgaanbieder artikel 2:216, derde en vierde lid, van overeenkomstige toepassing verklaard op de nv, omdat dit artikel goed past in de zorgvuldigheid waarmee een winstuitkering in de visie van de regering gepaard dient te gaan. Bovendien is er geen bepaling in een van de vennootschapsrichtlijnen van de EU die eraan in de weg staat om deze bepaling op nv's van toepassing te verklaren. De enige vennootschapsrichtlijn die aan het onderwerp raakt, is de 2^e richtlijn, 77/91/EEG. Deze richtlijn is van toepassing op nv's. In de artikelen 15 en 16 van die richtlijn is de winstuitkering opgenomen. Artikel 15 gaat over de voorwaarden voor uitkering aan aandeelhouders, artikel 16 over de terugbetaling van ten onrechte uitgekeerd dividend door de aandeelhouders die niet te goeder trouw waren toen zij de uitkering ontvingen. Deze artikelen zijn geïmplementeerd in artikel 2:105 BW en dit artikel is onverkort van toepassing op de zorgaanbieder die een nv is. De toevoeging via artikel 4 van het wetsvoorstel (inmiddels artikel 41d Wcz/16d Wtzi) van de voorafgaande goedkeuring door het bestuur van

¹ HvJ EU 10 maart 2009, nr. C-169/07 (Hartlauer), HvJ EU 12 januari 2010, nr. C-3141/08 (Petersen).

een besluit tot winstuitkering en de opname, in artikel 5 (inmiddels artikel 41e Wcz/16e Wtzi), van de plicht vooraf het oordeel van het toezichthoudend orgaan in te winnen, worden niet geraakt door artikelen 15 en 16 van de richtlijn, omdat die niet over de besluitvorming gaan. De aansprakelijkheid van bestuurders sluit aan bij de algemene bepaling daarover in artikel 2:9 BW en de jurisprudentie op basis van dat artikel. Zoals is aangegeven in de memorie van toelichting bij artikel 216, voorziet dat artikel in een andere invulling van de bestuurstaak op dit punt en verduidelijkt het de verhouding tussen het bestuur en de aandeelhouders (Kamerstukken II 2006/07, 31 058, p. 32).

De artikelsgewijze toelichting is met een samenvatting van het voorgaande uitgebreid.

b. Voorschriften over de rechtsvorm van de zorgaanbieder

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State om het uitsluiten van buitenlandse rechtspersonen nader te motiveren, heeft de regering deze bepaling aangepast. Buitenlandse rechtspersonen kunnen nu net als Nederlandse rechtspersonen met in Nederland verleende medisch-specialistische zorg winst beogen en uitkeren. Zij dienen daartoe dan echter ook net als de Nederlandse rechtspersonen aan de in voorliggend wetsvoorstel geregelde voorwaarden te voldoen. Doorgaans zal dit geen problemen opleveren. In het – overigens tamelijk onwaarschijnlijke – geval dat de buitenlandse rechtspersoon niet aan alle voorwaarden kan voldoen omdat het (buitenlandse) rechtspersonenrecht dat op hem van toepassing is hem dat verbiedt (dit zal dan overigens slechts het geval kunnen zijn bij de verplichte voorafgaande goedkeuring van een winstuitkering door het bestuur en voor het inschakelen van een toezichthoudend orgaan) zal hij moeten kiezen voor het verlenen van zorg vanuit een Nederlandse rechtspersoon.

c. Wachtijd voor winstuitkering

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effectiviteit van de voorgesteld wachtijd wordt het volgende opgemerkt. Overwogen is om de driejaarstermijn bij elke nieuwe investering te laten gelden. Hierdoor zou worden voorkomen dat bij een nieuwe investeerder slechts de resterende wachtijd dan wel geen wachtijd geldt. Dit zou echter op grote praktische bezwaren stuiten, omdat investeerders vaak tijdens een investeringsperiode meerdere malen investeren in de aanbieder, bijvoorbeeld om innovaties te financieren. Indien de termijn zo zou worden aangepast dat deze voor elke investering zou gelden, zou de investeringsbereidheid sterk afnemen. Dit blijkt uit de gesprekken met investeerders tijdens veldbijeenkomsten.

Door de wachtijd te beperken tot de eerste investering wordt ervoor gezorgd dat de eerste investeerder een langetermijnperspectief heeft. Vervolgens zal deze eerste investeerder de waarde die binnen de zorgaanbieder wordt opgebouwd over de lange termijn als rendement terug verwachten. De winst die is gemaakt in voorafgaande jaren mag immers gereserveerd worden en op een later tijdstip worden uitgekeerd. De eerdere investeerder zal zijn langeretermijnperspectief en het behalen van zijn rendement willen uitstreken over een periode die langer is dan de wachtijd van drie jaar. De eerste investeerder zal er dus voor zorgen dat latere investeerders niet een kortetermijnwinstbejag nastreven, omdat dat ten koste gaat van het eigen langetermijnrendement. Alternatieve voorwaarden die kapitaalverschaffers op stringenter manieren aan de zorgaanbieder zouden binden, zouden leiden tot een geringe investeringsbereidheid. Daarom is de de wachtijd van drie jaar, alles tegen elkaar afwegend, evenwichtig vormgegeven. Hierdoor wordt ook het doel

van langetermijninvesteerdere aantrekken stelselmatig en coherent doorgetrokken in de voorwaarde van de wachttijd van drie jaar.

Vooraf is voor de eerste investeerder kenbaar aan welke voorwaarden de zorgaanbieder moet voldoen om winst uit te mogen keren. Het kader dat aan de zorgaanbieder is opgelegd op basis van deze wet en andere wetten is in dat opzicht volstrekt helder. Bij de beoordeling van de kwaliteitscriteria door de Inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ) is ook vooraf helder waaraan wordt getoetst. Er is voor de eerste investeerder gedurende de eerste drie jaar geen grotere onzekerheid dan een normaal ondernemersrisico. Omdat de voorwaarden vooraf kenbaar zijn en wettelijk zijn verankerd doet deze voorwaarde geen grote afbreuk aan de investeringsbereidheid.

d. Topinkomens

Artikel 16 was bedoeld als extra drukmiddel op degenen binnen een ziekenhuis die (ook) de normering van topfunctionarissen bepalen, om die normering binnen de grenzen van de bij en krachtens de Wet normering topinkomens te stellen normen te houden. Ik ben echter gevoelig voor het argument van de Afdeling advisering, dat het verbieden van winstuitkering aan een investeerder in een ziekenhuis indien een topfunctionaris binnen dat ziekenhuis een te hoog inkomen heeft, détournement de pouvoir op kan leveren indien die investeerder geen (beslissende) invloed heeft kunnen uitoefenen op het besluit om de topfunctionaris te hoog te bezoldigen. Daarnaast is het inderdaad zo, dat de Wet normering topinkomens samen met de Algemene wet bestuursrecht al in een eigen handhavingssysteem zal voorzien. Het advies van de Raad van State om artikel 16 te schrappen, heb ik daarom overgenomen.

Anders dan de Afdeling aanneemt, was artikel 16 van het ter advisering voorgelegde wetsvoorstel overigens niet bedoeld als een bijzondere incasso-methode voor een op grond van de (toekomstige) Wet normering bezoldiging op te leggen dwangsom of teruggevorderd bedrag. Het artikel regelde immers dat geen winst mocht worden uitgekeerd zolang aan een op grond van de desbetreffende wet opgelegde last onder dwangsom niet zou zijn voldaan dan wel een ingevolge die wet wegens onverschuldigde betaling opgeëist bedrag niet zou zijn terugbetaald. Van een bijzondere incasso-methode zou sprake zijn indien wél winst zou mogen worden uitgekeerd, maar de overheid ingevolge artikel 16 de mogelijkheid zou krijgen om zich van die winst preferent de dwangsom (nadat aan de last niet zou zijn voldaan) dan wel het opeisbare bedrag te laten uitkeren. Daarvan was in artikel 16 geen sprake.

2. Overgang van goederen

In artikel 9 en verder zijn voorschriften opgenomen betreffende de overgang van goederen en vermogensrechten vanuit de sfeer van aanbieders zonder winsttoegmerk naar een (op winst gerichte) sfeer buiten de zorg. Doel van deze regeling is om de desbetreffende waarde voor de zorg te behouden. Bij sfeerovergang dient daarom het (positieve) saldo van opbrengsten en kosten in het voor de sector relevante fonds te worden gestort (claimrealisatie).

Deze bepalingen gelden niet alleen voor vermogens die zijn opgebouwd in de tijd van gereguleerde bouw van zorginstellingen en budgetfinanciering voor het functioneren van zorginstelling tot 1 januari 2008, maar ook voor vermogens die nadien zijn of worden opgebouwd. De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Claimrealisatie

Voor goederen die in het verleden zijn gefinancierd met overheidsmiddelen of waarvan de overheid via de budgetfinanciering «budgetgaranties» heeft geleverd, was sprake van overheidsfinanciering en liepen de instellingen zelf geen enkel risico. Daarom valt goed te begrijpen dat de regering wil dat de waarde van de desbetreffende goederen en rechten behouden blijft voor de zorg. Echter, vanaf 1 januari 2008 maken kapitaallasten onderdeel uit van de tarieven in de zorg. Sedertdien lopen alle instellingen – waaronder de instellingen die intramurale zorg verlenen – met betrekking tot de kapitaallasten een gelijk risico, omdat deze uit de zorgomzet moeten worden gedekt. Aldus behoren de waarden van de desbetreffende goederen en rechten, voor zover deze na 1 januari 2008 zijn opgebouwd, tot het vermogen van de zorgaanbieder als ware het een private onderneming. Daarom valt niet in te zien waarom, in het geval van vervreemding als bedoeld in artikel 9 van het voorstel, deze waarden zouden moeten worden gestort in het hiervoor genoemde fonds. Een overeenkomstige redenering geldt voor de waardering tegen marktwaarde van deze goederen en rechten. Tot 1 januari 2008 liepen de instellingen geen risico's over de waarde van deze goederen, maar na die datum wel.

Zoals de Raad van State eerder heeft geadviseerd,¹ dient de waardering tegen marktwaarde van de desbetreffende vermogensbestanddelen plaats te vinden naar de stand van 1 januari 2008. Daarbij heeft de Raad ook gewezen op de noodzakelijke toetsing aan het artikel 1 van het eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

In de toelichting wordt weliswaar ingegaan op die toets,² maar daarbij wordt alleen ingegaan op de omzetting van een stichting in een rechtspersoon binnen het bereik van het voorstel en niet op vervreemding van goederen buiten het circuit van de zorg door overgang van een op winst gerichte zorgondernemer naar een ondernemer buiten de zorg. De Afdeling is van oordeel dat het behoud van de waarde en de wijze van waardering van de goederen en rechten dient te worden gekoppeld aan en te worden beperkt tot de peildatum van 1 januari 2008, het moment waarop de gewijzigde systematiek voor de bekostiging van zorgaanbieders is ingegaan.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

b. Uitwerking

De uitwerking van de regeling roept bij de Afdeling eveneens vragen op. In de opzet van artikel 9 vindt realisatie van de claim plaats bij overdracht of overgang van goederen van de niet-winstsfeer naar de winstsfeer, indien de desbetreffende verkrijger in de winstsfeer niet actief is in en voor de zorg. Wanneer de goederen behouden blijven voor de zorg, vindt claimrealisatie niet plaats.

Claimrealisatie vindt ook niet plaats in de volgende situaties:

- overdracht of overgang van goederen naar een niet-winstbeogende rechtspersoon buiten de zorg. Dit geldt echter ook wanneer die rechtspersoon de goederen vervolgens overdraagt aan een wel winstbeogende rechtspersoon buiten de zorg;*
- overdracht of overgang van goederen van een winstbeogende rechtspersoon in de zorg naar een rechtspersoon buiten de zorg.*

Aldus is geen sprake van een sluitend stelsel. Indien het argument is dat de overheid vanwege haar budgettaire betrokkenheid een gerechtvaardigde claim op goederen moet hebben en het bedrag dat daarmee gemoeid is, behouden moet blijven voor de zorg, stelt de Afdeling vast dat daaraan met dit voorstel niet consequent uitvoering wordt gegeven.

¹ Advies van 2 oktober 2009 inzake de Ontwerp-Spoedwet vermogensbehoud zorginstellingen (W13.09.0234/I) (Stcrt. 2011, 4030).

² Algemeen deel, paragraaf 7.2, van de toelichting.

De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren waarom dit onderscheid wordt gemaakt en zo nodig het voorstel aan te passen.

2. Overgang van goederen

a. Claimrealisatie

Het wetsvoorstel zoals dat ter advisering aan de Raad van State is voorgelegd, bevatte enkele bepalingen die gericht waren op het voor de zorg behouden van vermogen van zorginstellingen. De bepalingen kwamen er in de kern op neer dat een aanbieder van intramurale zorg als bedoeld in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) of de Zorgverzekeringswet, zijn goederen slechts mocht vervreemden tegen de marktwaarde ervan, welke waarde vervolgens gebruikt diende te worden voor de zorgverlening of – bijvoorbeeld indien de zorgaanbieder ophield te bestaan – in het Zorgverzekeringsfonds of Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten diende te worden afgestort.

De Afdeling advisering van de Raad van State is van mening dat dit te ver gaat, omdat aldus ook vermogen voor de zorg behouden zou moeten worden dat aanbieders van intramurale zorg in een risicovolle omgeving hebben verworven. Dat zou strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op kunnen leveren. De Afdeling advisering van de Raad van State vindt daarom dat vermogensbehoud slechts mag worden geëist voor dat deel van de goederen, dat met overheidsmiddelen is gefinancierd of waarvoor de overheid in het verleden «budgetgaranties» heeft geleverd. Zij is daarom van oordeel dat het behoud van de waarde en de wijze van waardering van de goederen en rechten dient te worden gekoppeld aan en te worden beperkt tot de peildatum van 1 januari 2008, het moment waarop volgens de Raad van State de gewijzigde systematiek voor de bekostiging van zorgaanbieders is ingegaan. In zijn advies van 2 oktober 2009 (Stcrt. 2011, 4030) waarnaar de Afdeling advisering in voorliggend advies verwijst, heeft de Raad van State daartoe ook een concreet voorstel gedaan: het voor de zorg te behouden vermogen zou moeten worden bepaald op de marktwaarde per 1 januari 2008 minus de schuldpositie in de vorm van hypothecaire of andere leningen en aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld grondsanering alsook minus de investeringen in gebouwen die niet op grond van het beschermde regime zijn bekostigd.

Dit advies is nogmaals aanleiding geweest voor een grondige bestudering van de mogelijkheden om het behoud van vermogen voor de zorg juridisch waterdicht te regelen. Daarbij is uiteraard eerst nauwkeurig bezien of het door de Raad van State genoemde oplossing een goed alternatief is voor de in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen.

Dat is echter niet het geval. Anders dan de Raad meent, is 1 januari 2008, de datum waarop het bouwregime voor de instellingen in de cure (met uitzondering van instellingen op het terrein van de geestelijke gezondheidszorg) is afgeschaft, voor de bekostiging van deze instellingen geen relevante datum. Tot 1 januari 2005 werden de kapitaallasten van ziekenhuizen (daarbij gaat het vooral om de kosten voor verwerving en onderhoud van grond, gebouwen en inventaris) volledig vergoed, en sindsdien – en dus niet pas sinds 1 januari 2008 – dienen zij een steeds groter deel van die kapitaallasten door middel van het verlenen van zorg bij elkaar te verdienen. De manier waarop dit tot nog toe is ingevoerd, is complex. Zo werd per 2009 een regeling van kracht die voorzag in een – ook weer ingewikkelde – overheidsgarantie voor zover dit deel van de kapitaallasten toch niet geheel binnenkwam. Daarnaast golden voor instellingen voor medisch-specialistische zorg die geen ziekenhuis waren

andere data dan voor ziekenhuizen. Al met al is de kapitaallastenvergoeding voor instellingen voor medisch-specialistische zorg slechts gedeeltelijk afgeschaft. Met ingang van 1 januari 2012 wordt een eenduidig traject gestart dat erin voorziet dat de kapitaallastenvergoeding of -garantie voor ziekenhuizen per 1 januari 2017 volledig zal zijn afgeschaft. Evenzo was overigens 1 januari 2009, de datum waarop het bouwregime voor instellingen voor intramurale AWBZ-zorg en voor instellingen op het terrein van de geestelijke gezondheidszorg werd afgeschaft, geen voor de bekostiging van deze instellingen relevante datum. Instellingen voor intramurale AWBZ-zorg ontvangen nog steeds een gegarandeerde kapitaallastenvergoeding. Ook hier geldt dat met ingang van 1 januari 2012 met een fasegewijze afbouw wordt gestart. Deze dient per 1 januari 2018 gereed te zijn. Kortom, 1 januari 2008 is in dezen geen relevante datum.

Ten tweede is het lastig om de marktwaarde van goederen te bepalen op een in het verleden gelegen datum, of dit nu 1 januari 2008 of een andere datum zou zijn. Zeker voor gebouwen geldt namelijk, dat de waarde erg afhangt van wat een koper met het gebouw wil gaan doen. Zou bij de taxatie op een in het verleden gelegen datum uitgegaan moeten worden van een (per definitie fictieve) koper die het gebouw zou gaan slopen (lage waarde) of met minieme verbouwingen zou kunnen gaan gebruiken (hoge waarde) of iets daartussen in?

Ten derde geldt dat een bepaling die zegt dat de marktwaarde op een in het verleden gelegen datum voor de zorg moet worden bestemd, onrechtvaardig kan uitpakken. Zo dalen gebouwen en inventaris doorgaans met de tijd in waarde. Het voorstel van de Raad zou naar verwachting met zich brengen dat instellingen die een gebouw of een deel van hun inventaris willen verkopen, regelmatig meer waarde voor de zorg zouden moeten bestemmen (namelijk de waarde per 1 januari 2008) dan zij op de verkoopdatum voor deze goederen zouden kunnen bedingen. Aan de andere kant stijgt grond doorgaans in waarde. Deze waardestijging, waar de instelling doorgaans geen inspanningen voor verricht, zou dan weer niet voor de zorg behouden hoeven te blijven.

Ten slotte blijken de schulden die op onroerend goed van zorginstellingen liggen niet altijd gemaakt te zijn ter verwerving van dat goed, zodat het verschil tussen de marktwaarde en de schulden op de datum waarop de kapitaallastenvergoeding wordt afgeschaft (indien dat al in één keer geheel zou zijn gebeurd, quod non) geen correcte weergave zou opleveren van de waarde die met de kapitaallastenvergoeding is opgebouwd.

Al met al lijkt het niet verstandig om de voor de zorg te behouden waarde te koppelen aan de marktwaarde op een in het verleden gelegen datum. Nadat dit is geconstateerd, is onderzocht of het mogelijk zou zijn om uit te blijven gaan van de marktwaarde op de vervreemdingsdatum en deze vervolgens te corrigeren voor de waarde van dat gedeelte van de te vervreemden goederen, dat niet in een beschermde omgeving was opgebouwd. Ook dat bleek echter, mede gezien de zeer gedifferentieerde wijze waarop sinds 2005 in de cure met de kapitaallastenvergoeding en -garantie is omgegaan, niet mogelijk. Bovendien was, zoals hiervoor al is aangegeven, correctie met de ter verwerving van het onroerend goed gemaakte schulden niet mogelijk.

Van niet minder belang is het besef dat zorginstellingen private partijen zijn en dat men zich dientengevolge kan afvragen of zelfs het in onroerend goed en inventaris besloten liggende vermogen dat met de kapitaallasten-

vergoedingen is aangeschaft, in juridische zin nog wel «publiekrechtelijk geld» is waarover de overheid regels mag stellen.

Dit alles heeft mij doen besluiten in het voorliggende wetsvoorstel af te zien van het opnemen van bepalingen over vermogensbehoud.

De bezwaren die de Afdeling advisering van de Raad van State heeft tegen de vermogensbehoudbepalingen in het wetsvoorstel dat haar ter advisering is aangeboden, kleven ook aan het bestaande artikel 18 Wtzi. Ook dat artikel maakt immers geen onderscheid tussen voor de afschaffing van de kapitaallastenvergoeding opgebouwde waarde en na die datum opgebouwde waarde. Bovendien is het artikel gemakkelijk te omzeilen, omdat het slechts geldt indien een instelling haar onroerend goed blijvend niet meer wenst te gebruiken. Een AWBZ-instelling die haar onroerend goed aan een vastgoedbedrijf verkoopt en het er vervolgens voor eigen gebruik van terughuurt (sale and lease back), valt er niet onder. Hetzelfde geldt voor een ziekenhuis dat zich, in aanloop naar het kunnen uitkeren van winst zoals in dit wetsvoorstel geregeld, omzet van een stichting in een bv. Nu het niet mogelijk blijkt om een juridische waterdichte bepaling op te stellen waarmee het vermogensbehoud voor de zorg wordt geregeld (zie boven), is besloten met het wetsvoorstel ook artikel 18 Wtzi te schrappen.

b. Uitwerking

Aangezien besloten is geen bepalingen over vermogensbehoud meer in het wetsvoorstel op te nemen, behoeft dit punt van de Afdeling advisering van de Raad van State geen bespreking meer.

3. Overige wijzigingen

Onafhankelijk van het advies van de Raad van State zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting nog op de volgende punten gewijzigd.

1. Aangezien de mogelijkheid dat het wetsvoorstel voor de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz; Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nrs. 1 t/m 3 e.v.) eerder in werking treedt dan de bepalingen van voorliggend wetsvoorstel, inmiddels reëel is, is besloten voorliggend wetsvoorstel niet meer vorm te geven als een zelfstandige wet voor de periode dat de Wcz nog niet in werking is met wijziging van de Wcz zodra deze wel in werking treedt. In plaats daarvan is gekozen voor een wijziging van de Wcz, met een wijziging van de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi) voor het geval dat de nieuwe winstbepalingen toch eerder in werking zullen kunnen treden dan de Wcz. Het gaat hier om een wetstechnische operatie die overigens wel vele wijzigingen in de wetstekst en de (met name artikelsgewijze) toelichting ten gevolge heeft gehad. Tevens leidde deze wijziging ertoe dat het opschrift aangepast moest worden. Er is immers geen sprake meer van een zelfstandige wet. Het nieuwe opschrift luidt: Wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten om het mogelijk te maken dat aanbieders van medisch-specialistische zorg, mits zij aan een aantal voorwaarden voldoen, winst uitkeren (voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg).
2. In de versie van het wetsvoorstel zoals dat ter advisering aan de Afdeling advisering van de Raad van State is aangeboden, was het gedeelte waarmee de Wcz zou worden gewijzigd (artikel 14 van die versie) niet ingevuld, omdat op dat moment werd gewerkt aan een forse nota van wijziging waarmee de het wetsvoorstel Wcz zou worden aangepast. Het zou niet doelmatig zijn om met eerdergenoemd artikel 14 een tekst te wijzigen die eerst zelf nog flink gewijzigd zou worden. Inmiddels is de nota van wijziging op de Wcz aan de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr.

- 7), zodat het nu wel zinvol is in voorliggend wetsvoorstel wijzigingsbepalingen voor de Wcz op te nemen. Sterker, gezien het in voorgaande alinea genomen besluit, begint voorliggend wetsvoorstel nu met wijziging van de Wcz.
3. In de versie van het wetsvoorstel die aan de Afdeling advisering van de Raad van State was voorgelegd, werden zorgaanbieders die louter militairen zorg verleenden, buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel gehouden. Deze uitzondering bleek overbodig te zijn en is daarom komen te vervallen.
 4. Verkenning van de voorbereiding van de handavings- en toezichttaken die volgen uit dit wetsvoorstel heeft geleid tot het inzicht dat de NZa beter dan de IGZ in staat is om toezicht te houden op de naleving van de nieuwe bepalingen over winstuitkering. De taken die voortvloeien uit deze wet sluiten beter aan bij de NZa dan bij de IGZ. Zo is de expertise van de NZa op het gebied van handhaving van deze wet, zoals bijvoorbeeld accountancy, sterker ontwikkeld dan bij de IGZ. Omdat de taken volgend uit deze wet beter aan blijken te sluiten bij de reeds bestaande taken van de NZa, is gekozen het toezicht bij de NZa te beleggen. Hierdoor kan met minder kosten op een doelmatiger wijze toezicht worden gehouden. Bovendien kan in het toezicht worden aangesloten bij bestaande informatiestromen van zorgaanbieders aan NZa, bijvoorbeeld op basis van het jaardocument, waardoor handhaving en toezicht door de NZa voor zorgaanbieders ook minder belastend is. Het uitvoeren van de kwaliteitstoets zoals deze in deze wet is voorzien (artikel 41d, eerste lid, onderdeel a Wcz/artikel 16d, eerste lid, onderdeel a, Wtzi) zal wel bij de IGZ bevestigd blijven, aangezien de IGZ de daartoe meest aangewezen en geëquipeerde toezichthouder is. Dat betekent dat het bestaande informatieprotocol tussen IGZ en NZa zal worden aangepast, zodat goede samenwerking en informatie-uitwisseling is gegarandeerd.
 5. Op het moment mogen kleinschalige woonvoorzieningen die bekostigd worden uit de AWBZ, anders dan andere aanbieders van intramurale AWBZ-zorg, winst beogen en uitkeren. Dit wetsvoorstel regelt dat zorgaanbieders die intramurale AWBZ-zorg aanbieden, geen winst mogen uitkeren. Met de introductie van de nieuwe bekostiging van de AWBZ zal het onderscheid tussen kleinschalige en niet-kleinschalige woonvoorzieningen vanaf 2012 niet meer te maken zijn. De uitzondering voor kleinschalige woonvoorzieningen kan dus in de toekomst niet meer behouden blijven. Daarom wordt geregeld dat ook kleinschalige woonvoorzieningen in de toekomst geen winst mogen uitkeren, met dien verstande dat kleinschalige woonvoorzieningen die op de datum van inwerkingtreding van de wet al winst beogen, wel winst mogen blijven beogen en uitkeren. Hierdoor ontstaat een duidelijke grens. Reden voor deze regeling is dat aanbieders die nu winstbeogend zijn niet verplicht kan worden terug te gaan naar een niet winstbeogende situatie. Hiermee wordt voorkomen dat de overheid op reeds bestaande eigendomsrechten ingrijpt, hetgeen tot schadeclaims zou kunnen leiden.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
E. I. Schippers