

Ministerie van Volkgezondheid, Welzijn en Sport
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Juridische analyse artikel Ia wetsvoorstel verbetering wanbetalersmaatregelen

Deze notitie is ambtelijk afgestemd met V&J

Conclusie

Volgens de huidige wetgeving hebben de betreffende zorgverzekeraars (voormalig ziekenfondsverzekeraars) per 1 januari 2016 een onvoorwaardelijk recht op hun voormalige ziekenfondsreserve. Artikel Ia van het wetsvoorstel verbetering wanbetalersmaatregelen regelt dat betreffende zorgverzekeraar het geld slechts houden zolang hij als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk werkt.

Door dit artikel worden aan het recht op de middelen van de ziekenfondsreserve dus toch weer voorwaarden gesteld, met terugbetaling als uiterste consequentie. Bovendien brengen die voorwaarden ook andere beperkingen mee voor het aanwenden van de opbrengsten die de betreffende zorgverzekeraars als private marktpartijen realiseren, het aantrekken van vermogen uit de kapitaalmarkt alsmede het kiezen voor een rechtsvorm of statutaire inrichting.

De juridische analyse van artikel Ia van het wetsvoorstel verbetering wanbetalersmaatregelen laat zien dat er een reëel afbreukrisico is dat een (nationale) rechter toepassing van de bepaling in strijd zal achten met het eigendomsrecht zoals beschermd door artikel 1 EP EVRM en met het vrij verkeer van kapitaal zoals neergelegd in artikel 63 VWEU. Met artikel Ia wordt zonder adequate motivering, althans zonder nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden en zonder enige vorm van compensatie te elfder ure voorwaarden die gedurende tien jaar zouden gelden voor onbepaalde tijd verlengd.

Inbreuken op het eigendomsrecht zijn gerechtvaardigd als deze voorzien zijn bij wet, met de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is in die zin dat er sprake moet zijn van rechtvaardig evenwicht tussen de bevordering van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu.

Artikel Ia knelt in het bijzonder op het punt van de proportionaliteit. Onvoldoende duidelijk is waarom de in dat artikel vormgegeven inbreuk op het eigendomsrecht van de zorgverzekeraars noodzakelijk is om het algemeen belang, het behoud van middelen die in een publiek stelsel van gezondheidszorg is opgebouwd, te dienen.

Inleiding

Op 21 april 2014 is het wetsvoorstel ter verbetering van wanbetalersmaatregelen door de Tweede Kamer aangenomen (Kamerstukken I 2014/15, 33 683, A). Het wetsvoorstel bevat in artikel Ia een wijziging van de Invoerings- en Aanpassingswet Zorgverzekeringswet (I&A Zvw). Artikel Ia is in het wetsvoorstel opgenomen doordat de Tweede Kamer een amendement van de leden Leijten en Van Gerven heeft aangenomen (Kamerstukken II 2014/15, 33 683, nr. 41). De behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is aangehouden om de consequenties en de juridische houdbaarheid van artikel Ia nader te onderzoeken. Deze notitie behandelt de juridische houdbaarheid.

Allereerst wordt de huidige wettelijke regeling geschetst. Daarna wordt belicht wat het amendement daaraan verandert, wat de gevolgen van het amendement zijn en hoe een zorgverzekeraar daartegen kan optreden. Centraal in deze notitie staat de vraag naar de rechtmatigheid van artikel Ia, in het bijzonder in verhouding tot het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Huidige I&A Zvw

In de I&A Zvw is het overgangsrecht opgenomen voor de vervanging van onder meer de Ziekenfondswet (Zfw) door de Zorgverzekeringswet (Zvw) per 1 januari 2006.

Ingevolge artikel 43b Zfw was een ziekenfonds verplicht een reserve aan te houden. De reserve werd gevormd door jaarlijkse toevoeging of onttrekking van het saldo van baten en lasten van een ziekenfonds. De wettelijke reserves van de ziekenfondsen zijn, na de introductie van de risicodragendheid in de uitvoering van de Ziekenfondswet, vanaf 1991 in een concurrentiële omgeving opgebouwd. Eind 2005 waren de reserves in totaal € 2 miljard. Zorgverzekeraars begeven zich sinds de introductie van de Zvw in 2006 met ondernemersrisico op de zorgverzekeringsmarkt en hebben er op die manier aan bijgedragen dat de voormalige ziekenfondsreserves in stand gehouden zijn gebleven.

Artikel 2.1.9 I&A Zvw bepaalt wat het gevolg is van de inwerkingtreding van de Zvw voor de gereserveerde middelen en de andere middelen waarover het ziekenfonds beschikt ter uitvoering van de Zfw:

- ingevolge het eerste lid ontstaat een onmiddellijk opeisbare vordering ter hoogte van die middelen;
- in het tweede lid staat de uitzondering op het eerste lid: indien het ziekenfonds of zijn rechtsopvolger onder algemene titel zich voor 1 januari 2008 als zorgverzekeraar in de zin van de Zvw aanmeldt, vervalt de vordering;
- in het derde lid staat de uitzondering op de uitzondering: indien het ziekenfonds of zijn rechtsopvolger onder algemene titel niet (meer) in zijn statuten heeft vastgelegd dat hij ten doel heeft te werken als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk of indien hij niet meer als zorgverzekeraar werkzaam is, is de vordering er toch (weer). Deze uitzondering op de uitzondering geldt tot 1 januari 2016.

Kortom, een ziekenfonds mag het geld houden als hij tien jaar als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk werkt.

Inhoud artikel Ia

Blijkens de toelichting op het amendement behoort volgens de indieners de publiek opgebouwde reserve niet als winst te kunnen worden uitgekeerd. Daarom wordt artikel 2.1.9, derde lid, van de I&A Zvw vervangen. Door de voorgestelde tekst geldt de uitzondering op de uitzondering voor onbepaalde tijd. Een ziekenfonds mag het geld slechts houden zolang hij als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk werkt.

Gevolgen artikel Ia

Volgens de huidige wetgeving hebben de betreffende zorgverzekeraars per 1 januari 2016 een onvoorwaardelijk recht op hun voormalige ziekenfondsreserve. Door artikel Ia worden aan het recht op die middelen toch weer voorwaarden gesteld, met terugbetaling als uiterste consequentie. Bovendien brengen die voorwaarden ook andere beperkingen mee voor het aanwenden van de opbrengsten die de betreffende zorgverzekeraars als private marktpartijen realiseren, het aantrekken van vermogen uit de kapitaalmarkt alsmede het kiezen voor een rechtsvorm of statutaire inrichting.

Indien artikel 2.1.9 I&A Zvw wordt gewijzigd door artikel Ia heeft dat de volgende twee gevolgen:

- indien een zorgverzekeraar zijn rechtsvorm omzet en statutair winst gaat beogen, ontstaat er een schuld aan het Zorginstituut ter hoogte van de ziekenfondsreserve;
- indien een zorgverzekeraar er om die reden van afziet zijn rechtsvorm om te zetten en statutair winst te gaan beogen, loopt de zorgverzekeraar de mogelijkheid mis winst uit te keren en wordt de zorgverzekeraar belemmerd in het aantrekken van vermogen, bijvoorbeeld omdat de zorgverzekeraar geen aandelen kan uitgeven. Niet in de laatste plaats rust op de

zorgverzekeraar met betrekking tot de voormalige ziekenfondsreserve een voorwaardelijke vordering die zonder artikel Ia met ingang van 1 januari 2016 niet meer zou bestaan.

Alle zorgverzekeraars, behalve ASR, zijn nu een onderlinge waarborgmaatschappij en keren dus geen winst uit aan aandeelhouders. ASR is wel een NV, kan winst uitkeren, maar ASR was geen ziekenfonds en heeft dus geen reserves meegekregen. Verder heeft ONVZ ook geen voormalige ziekenfondsreserve.

Mogelijke juridische stappen zorgverzekeraars

Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing aan van wetten in formele zin aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties mogelijk. Zorgverzekeraars kunnen (een combinatie van) de volgende stappen ondernemen tegen het met artikel Ia gewijzigde 2.1.9 I&A Zvw:

- Ten eerste kan een zorgverzekeraar vorderen dat deze bepaling wegens onrechtmatigheid door de rechter buiten werking worden gesteld. Zie bijvoorbeeld HR 11 juni 2010, RvdW 2010, 747 (Staat/ANWB en Bovag).
- Ten tweede kan een zorgverzekeraar naar aanleiding van het opeisen van de vordering door het Zorginstituut een procedure aanspannen. De zorgverzekeraar zal de vordering betwisten door de stelling in te nemen dat het wettelijk voorschrift waarop de vordering is gebaseerd, onverbindend is. Ingevolge artikel 94 van de Grondwet vinden wettelijke voorschriften geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties;
- Ten derde kan een zorgverzekeraar een procedure uit hoofde van onrechtmatige overheidsdaad (onbehoorlijke wetgeving) starten naar aanleiding van de wetwijziging zelf (art 6:162 e.v. BW). Voor een geslaagde vordering moet er jegens de zorgverzekeraar een onrechtmatige daad zijn die de dader kan worden toegerekend en schade veroorzaakt. Als onrechtmatig handelen wordt gekwalificeerd het uitvaardigen van wetgeving die onverbindend is wegens strijd met hogere regelgeving. In dat geval zijn zowel de onrechtmatigheid als toerekenbaarheid gegeven. De wetwijziging betreft expliciet de zorgverzekeraar, zodat ook aan de relativiteit is voldaan. De schade bestaat uit de bovengeschetste gevolgen van artikel Ia. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2009, NJ 2009, 233 (Van den Boomen/Staat).
- Ten vierde kan de Staat bij strijd van een nationale regeling met het Europese recht volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie ook naar Europees recht aansprakelijk zijn. Zie bijvoorbeeld HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. 1991, p. I-5357, NJ 1994, 2 (Francovich/Italië). Hiervoor gelden overigens andere voorwaarden dan voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW: de lidstaat heeft een regel van Unierecht die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren voldoende gekwalificeerd geschonden en er bestaat een direct causaal verband tussen de schending en de schade (HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur/Bondsrepubliek Duitsland en Factortame/Verenigd Koninkrijk), Jurispr. 1996, p. I-1029, NJ 1997, 145).
- Ten vijfde kan een zorgverzekeraar, als alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, een klacht tegen de Staat indienen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Bij al deze stappen speelt de vraag naar de (on)rechtmatigheid van artikel Ia. Daar wordt hieronder op ingegaan.

Rechtmatigheid

Hoewel artikel 120 van de Grondwet de rechter verbiedt de grondwettigheid van wetten te toetsen, bijvoorbeeld aan de bescherming van het eigendom in artikel 14 van de Grondwet, is een formele wet niet onaantastbaar. De rechter kan het met artikel Ia gewijzigde artikel 2.1.9 I&A Zvw toetsen aan het EVRM en de VWEU. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2009, NJ 2009, 233 (Van den Boomen/Staat), waar wordt opgemerkt dat strijd van een wet in formele zin met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (EP EVRM) tot schadevergoeding verplicht.

EP EVRM

Artikel 1 EP EVRM beschermt het eigendomsrecht. Ingevolge die bepaling heeft iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom en zal aan niemand zijn eigendom worden ontnomen. Wel biedt deze bepaling de mogelijkheid tot regulering van het eigendomsrecht.

Voor de vraag of er sprake is van een schending van het ongestoord genot van eigendom zijn een drietal elementen van belang. Allereerst moet het gaan om een schending van een recht dat te kwalificeren is als 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP EVRM. Vervolgens is het de vraag of er daadwerkelijk een inbreuk is gemaakt op dit eigendom. Tot slot is het de vraag of deze inbreuk gerechtvaardigd is.

Het begrip 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP EVRM is in de Straatsburgse jurisprudentie zeer ruim (bijvoorbeeld een banktegoed, de aandelen in een vennootschap en daaraan verbonden rechten, de goodwill van een onderneming of rechten die met voldoende zekerheid in de verkrijging van eigendom van geld of goederen zullen resulteren). Ook rechten en belangen die een economische waarde vertegenwoordigen, kunnen onder het begrip eigendom vallen (zie onder andere EHRM, 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland (Serie A-306B)). Het begrip is niet beperkt tot privaatrechtelijke eigendom, maar kan ook aanspraken met een publiekrechtelijke grondslag omvatten. Financiële belangen verbonden aan de uitoefening van economische activiteiten worden eveneens gekwalificeerd als eigendom, zoals 'legitieme verwachtingen' die een ondernemer mocht koesteren op basis van overheidshandelen (EHRM, 29 november 1991, Pine Valley t. Ierland (Serie A-222), § 51).

Gelet op deze jurisprudentie valt zeer waarschijnlijk onder het begrip 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP EVRM het in artikel 2.1.9 I&A Zvw geregelde met ingang van 2016 ongeclausuleerd recht op de middelen ter hoogte van de voormalige ziekenfondsreserve.

Vervolgens is aan de orde of artikel Ia een inbreuk zou vormen op het eigendom. Het EHRM neemt al snel aan dat er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. Er is reeds sprake van een 'inmenging' indien "the possibility of exercising the right to property" de facto aanzienlijk beperkt wordt (EHRM, 23 september 1982, Sporrang & Lönnroth t. Zweden (Serie A-52), § 60).

Gelet op de jurisprudentie van het EHRM zal zeer waarschijnlijk het met artikel Ia gewijzigde artikel 2.1.9 I&A Zvw aangemerkt worden als een inbreuk. Immers, het ongeclausuleerde recht van een zorgverzekeraar op de voormalige ziekenfondsreserve wordt voor onbepaalde tijd te niet gedaan met de bovengeschetste gevolgen van dien.

Tot slot is het de vraag of deze inbreuk gerechtvaardigd is. Niet elke beperking van het eigendom levert immers een schending van artikel 1 EP EVRM op. In de rechtspraak is hiervoor een toetsingskader ontwikkeld. De toetsing geschiedt aan de hand van de volgende drie stappen:

- de legitimiteit (lawfulness): is de inbreuk voorzien bij wet?
- het doel (general interest): dient de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang?
- de proportionaliteit (fair balance): bestaat er een rechtvaardig evenwicht tussen de bevordering van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu?

De verdragstaten komen een hoge mate van vrijheid toe om te beoordelen of de beperking van het eigendomsrecht proportioneel en in het algemeen belang is (margin of appreciation).

Zeer waarschijnlijk doorstaat het met artikel Ia gewijzigde artikel 2.1.9 I&A Zvw deze toetsing niet, ondanks de 'wide margin of appreciation' van de Staat.

- Op het eerste gezicht is voldaan aan het vereiste van legitimiteit, aangezien het hier een maatregel in de vorm van een formele wet betreft. Daarbij dient wel een kanttekening geplaatst te worden: er was al bij wijze van overgangsregime een wettelijke maatregel getroffen met betrekking tot de voormalige ziekenfondsreserves. De 'legal certainty' die er was, wordt teniet gedaan. Van overheidswege is niet de indruk gewekt dat het huidige artikel 2.1.9 I&A Zvw in de voorgestelde zin aangepast zou worden; integendeel, het amendement (voor zover dat al

toelaatbaar zou worden geacht) is door de regering ten stelligste ontraden (Kamerstukken II 2013/14, 33 683, nr. 27). Zorgverzekeraars zullen zich kunnen beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen.

- Het algemeen belang dat wordt gediend, is het behoud van middelen die in een publiek stelsel van gezondheidszorg is opgebouwd, hetzij voor de zorg (zolang een zorgverzekeraar voldoet aan de voorwaarde geen winst na te streven), hetzij voor de overheid (zodra ophoudt met het verlenen van zorg of een winstoogmerk aanneemt).

Daartegen kan het volgende worden ingebracht. Het algemeen belang dat met de invoering van de Zvw is gediend, is een goed werkend Nederlands zorgstelsel, waarin zorgverzekeraars als private partijen een belangrijke rol vervullen op de zorgmarkt. Op de zorgmarkt bewegen zich behalve zorgverzekeraars, ook zorgaanbieders en verzekerden/patiënten. Binnen de driehoeksrelatie tussen deze onderling verbonden marktpartijen kan onderscheid gemaakt worden tussen de zorgverzekeringmarkt, de zorgverleningsmarkt en de zorginkoopmarkt. Op de zorgverzekeringmarkt concurreren zorgverzekeraars om verzekerden, op de zorgverleningsmarkt concurreren zorgverleners om (verzekerde) patiënten en op de zorginkoopmarkt concurreren zorgverleners om zorgverzekeraars. Scherpe concurrentie tussen en onderhandelingen door zorgverzekeraars zijn essentieel voor de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg in Nederland. Om die positie in te kunnen nemen en een gelijk speelveld voor zorgverzekeraars te creëren op de zorgverzekeringmarkt, hebben de zorgverzekeraars de voormalige ziekenfondsreserves mogen behouden. Bovendien zijn de voormalige ziekenfondsreserves door de ziekenfondsen zelf opgebouwd en door de zorgverzekeraars in stand gehouden.

- In het bijzonder is geen goede onderbouwing te geven van de proportionaliteit. Het draait om de vraag of er een 'fair balance' is tussen de bevordering van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu. Het gekozen middel moet proportioneel zijn ten opzichte van het beoogde doel. De inbreuk op het eigendomsrecht mag niet leiden tot een 'individual and excessive burden' voor de betrokkene. Evenmin mag de maatregel willekeur of rechtsonzekerheid tot gevolg hebben. De voormalige ziekenfondsreserves maken bij de betrokken 7 zorgverzekeraarconcerns 16% à 40% uit van de totale reserves; de bedragen lopen uiteen van € 16 mln tot € 624 mln per concern. De huidige en toekomstige solvabiliteitseisen (Solvency II) zijn zodanig hoog dat meer dan de meegekregen ziekenfondsreserve aangehouden moet worden, ook al zou winst worden uitgekeerd. Om de voormalige ziekenfondsreserves te behouden voor de zorg (het doel) is het derhalve niet nodig te bepalen dat die reserve volledig terugbetaald moet worden bij het aannemen van een winstoogmerk (het middel), ongeacht de hoogte van de uit te keren winst (die vermoedelijk altijd aanzienlijk lager is dan het bedrag van de voormalige ziekenfondsreserve). Een zorgverzekeraar wordt onnodig belemmerd in het uitkeren van het bedrijfsresultaat bij wijze van winst. Er is dan ook geen 'fair balance' tussen het algemeen belang en het recht op eigendom. Verder wordt ongelijkheid gecreëerd tussen zorgverzekeraars die ongehinderd winst mogen beogen en zorgverzekeraars waarvoor dat niet geldt. Gelet hierop kan dus betoogd worden dat sprake is van een 'excessive burden' voor de betrokken zorgverzekeraars.

VWEU

Artikel 63 VWEU verbiedt alle beperkingen van het kapitaalverkeer en het betalingsverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen. Het uitkeren van winst en allerlei beleggings- en investeringstransacties vallen onder dit 'vrij verkeer van kapitaal' (zie Bijlage I van Richtlijn 88/361). Alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, zijn als dergelijke beperkingen te beschouwen (Zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 maart 1993, nr. C-168/91 (Konstantinidis), punt 15; HvJ EU 30 september 2003, nr. C-167/01 (Inspire Art); HvJ EU 9 maart 1999, nr. C-212/97 (Centros); HvJ EU 20 februari 2001, nr. C-205/99 (Analir e.a.) punt 21).

Dit verbod is niet absoluut. De VWEU zelf bevat in artikel 65 enkele uitzonderingen die hier niet relevant zijn. Buiten de uitzonderingen in het verdrag kunnen er nationale regels zijn die op grond van 'dwingende redenen van algemeen belang' voor kunnen gaan op de bepalingen van vrij

verkeer. Deze moeten volgens het arrest *Cassis de Dijon* redelijk zijn ('rule of reason'). Een beroep op rule of reason is alleen mogelijk bij een niet-discriminerende maatregel. De maatregel moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag niet verder gaan dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken. Verder moet de maatregel evenredig zijn aan het doel. De maatregel moet kenbaar en voorspelbaar zijn.

Uit verschillende arresten blijkt dat het Hof bereid is de beleidsvrijheid te respecteren die lidstaten in de zorg hebben (HvJ EU 10 maart 2009, nr. C-169/07 (*Hartlauer*); HvJ EU 19 mei 2009, nr. C-531/06 (*Commissie tegen Italië*); HvJ EU 19 mei 2009 gevoegde zaken nrs. C-171/07 en C-172/076 (*Apothekerkammer des Saarlandes*)).

Toetsing van het met artikel Ia gewijzigde artikel 2.1.9 I&A Zvw geeft het volgende beeld. Bij wijze van dwingende redenen van algemeen belang zijn in de jurisprudentie van het Hof erkend de volksgezondheid en het risico van een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het stelsel van sociale zekerheid (de betaalbaarheid en houdbaarheid van het systeem; HvJ EU 13 mei 2003, nr. C-385/99 (*Müller/Fauré*)). Het belang van de volksgezondheid omvat de doelstelling om een kwalitatief hoogstaande, evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te handhaven (de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg; HvJ EU 10 maart 2009, nr. C-169/07 (*Hartlauer*), punt 47). Zoals hierboven met betrekking tot de toetsing aan het algemeen belang in verband met artikel 1 EP EVRM opgemerkt, kan worden betoogd dat de voorgestelde bepaling niet dienstig is aan de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg in Nederland.

Als een beroep op 'dwingende redenen van algemeen belang' slaagt, dient aan de daarbij gestelde voorwaarden te worden voldaan. Bovenstaande overwegingen met betrekking tot de toetsing aan de legitimiteit en de proportionaliteit in verband met artikel 1 EP EVRM doen gereede twijfel oproepen of, afgezien van het niet-discriminatoire karakter van de maatregel, wordt voldaan aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op 'dwingende redenen van algemeen belang'. Temeer, daar de verhouding tussen maatregel en doel in het kader van artikel 63 VWEU strenger wordt getoetst dan in het kader van artikel 1 EP EVRM.

Tot slot

Al met al is er een reëel afbreukrisico dat een (nationale) rechter toepassing van de bepaling in strijd zal achten met het eigendomsrecht zoals beschermd door artikel 1 EP EVRM en met het vrij verkeer van kapitaal zoals neergelegd in artikel 63 VWEU. Met artikel Ia wordt zonder adequate motivering, althans zonder nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden en zonder enige vorm van compensatie te elfder ure voorwaarden die gedurende tien jaar zouden gelden voor onbepaalde tijd verlengd.

Bezien zou kunnen worden of er een wijziging van artikel Ia mogelijk is die wel te rechtvaardigen valt in het licht van het EVRM en het VWEU. Te denken valt aan de voorwaarde dat een zorgverzekeraar niet zoveel winst uitkeert, dat de solvabiliteit daalt onder het bedrag van de ziekenfondsreserve. Dit stemt overeen met het doel dat de indieners van het amendement voor ogen hadden, namelijk dat de voormalige ziekenfondsreserves behouden blijven voor de zorg en niet bij wijze van winst zouden wegvloeien. Materieel sorteert het echter niet of nauwelijks effect vanwege de solvabiliteitseisen die aan zorgverzekeraars worden gesteld. Ook valt te denken aan de voorwaarde dat zorgverzekeraars die winst uitkeren tegelijk een deel van de voormalige ziekenfondsreserve terugbetaalt die in een evenredige verhouding staat tot de winstuitkering. In termen van proportionaliteit zou zo'n maatregel beter scoren.

Verder hadden de indieners van het amendement voor ogen dat de voormalige ziekenfondsreserves terugvloeien naar de overheid wanneer de zorgverzekeraar ermee stopt. Daar zou bij aansluiten de voorwaarde dat de zorgverzekeraar in dat geval de voormalige ziekenfondsreserve terugbetaalt.

Hoe dan ook, dergelijke nader uit te werken varianten nemen niet alle bezwaren in het licht van

het EVRM en het VWEU weg. Wel kan het risico worden verkleind van een geslaagd beroep van zorgverzekeraars op het EVRM en het VWEU.

Een bijzonder aandachtspunt is dat de termijn van tien jaar in artikel 2.1.9 I&A Zvw per 1 januari 2016 afloopt. Het beogen van winst of het stoppen met zorgverzekeringen heeft vanaf die datum volgens de huidige wetgeving geen gevolgen meer. Wanneer een wijziging van artikel 2.1.9 I&A Zvw na 1 januari 2016 in werking treedt, wordt in dat geval een vordering geïntroduceerd (of, gelet op het benadelend karakter van de wetwijziging, terugwerkende kracht mogelijk zou zijn, is twijfelachtig). De inbreuk op het eigendom en de beperking van het vrij verkeer van kapitaal wordt daarmee zwaarder en de rechtvaardiging daarvan nog moeilijker, vooral als de wetgever achter de feiten aanloopt indien zorgverzekeraars reeds winst nastreven.

Het is hoe dan ook van belang zorgverzekeraars te wijzen op de mogelijkheid van een aanstaande wetwijziging, zodat zij daarop kunnen anticiperen. Als zij dan toch winstoogmerk aannemen hebben zij de gevolgen daarvan mede aan zichzelf te wijten. Dit kan van belang zijn bij een eventuele schadeclaim.