

Vergaderjaar 2018–2019

33 168

Wijziging van de Wet toelating zorginstellingen en enkele andere wetten teneinde investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg te bevorderen (Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg)

M

VERSLAG VAN EEN NADER SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 5 februari 2019

De vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport¹ is met de brief van 2 november 2018² geïnformeerd over het nader onderzoek betreffende onder meer juridisch analytische kwesties aangaande het – na de eerste termijn van de Kamer op 9 december 2014 – door de Minister aangehouden voorstel «Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg». Bij brief van 21 november 2018³ is de regering vervolgens verzocht om bij die juridische analyse tevens de kwestie te betrekken van de beklemming en ontkenning van het stichtingsvermogen van ziekenhuizen.

Naar aanleiding van de reactie van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 14 december 2018 is op 21 december 2018 een vervolgbrief gestuurd.

De Minister heeft op 4 februari 2019 gereageerd.

De commissie brengt bijgaand verslag uit van het gevoerde nader schriftelijk overleg.

De griffier van de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
De Boer

¹ Samenstelling:

Ten Hoeve (OSF), Koffeman (PvdD), Kuiper (CU), De Vries-Leggedoor (CDA), Flierman (CDA), Ganzevoort (GL), Martens (CDA) (*voorzitter*), Van Strien (PVV), Bruijn (VVD) (*vicevoorzitter*), Gerkens (SP), Atsma (CDA), D.J.H. van Dijk (SGP), Don (SP), Van Hattem (PVV), Nooren (PvdA), Oomen-Ruijten (CDA), Prast (D66), Schnabel (D66), vac. (SP), Klip-Martin (VVD), Baay-Timmerman (50PLUS), A.J.M. van Kesteren (PVV), Van Zandbrink (PvdA), Fiers (PvdA), Wever (VVD), vac. (D66)

² Kamerstukken I 2017/18, 33 168, K.

³ Kamerstukken I 2017.18. 33 168, L.

BRIEF VAN DE VOORZITTER VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT

Aan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Den Haag, 21 december 2018

De vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) is met de brief van 2 november 2018⁴ geïnformeerd over het nader onderzoek betreffende onder meer juridisch analytische kwesties aangaande het – na de eerste termijn van de Kamer op 9 december 2014 – door de Minister aangehouden voorstel «Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg». Bij brief van de commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 21 november jl.⁵ vroegen de leden van de SP-fractie de regering om bij die juridische analyse tevens de kwestie te betrekken van de beklemming en ontkenning van het stichtingsvermogen van ziekenhuizen. Bij repliek van 14 december 2018 schrijft de Minister daarover: «Dit vraagstuk ligt naar mijn oordeel buiten de reikwijdte van de juridische analyse, omdat deze analyse in de kern in kaart beoogt te brengen wat de juridische kaders zijn voor het beperken of verbieden van winstuitkering door zorgaanbieders. Ik ben daarom niet voornemens deze extra onderzoeksvraag aan de onderzoekers voor te leggen.»

De leden van de SP-fractie menen dat de Minister in dezen abusief is, omdat de omzetting van een stichtingsvorm – zoals die thans geldt voor vrijwel alle ziekenhuizen – naar een kapitaalvennootschap een essentieel element van het wetsvoorstel vormt. Onderstaand lichten deze leden toe waarom bij deze omzetting de beklemming en ontkenning van het stichtingsvermogen cruciaal is, vanwege de dreiging dat het huidige stichtingsvermogen van ziekenhuizen van ruim € 4 miljard om niet dreigt toe te vallen aan toekomstige private financiers van ziekenhuizen – dat wil zeggen, mocht de regering het wetsvoorstel in huidige vorm wensen door te zetten.

*Mogelijke rechtsvormwijziging van ziekenhuizen: beklemming en ontkenning van stichtingsvermogen bij overgang van stichting naar kapitaalvennootschap of winst-uitkerende coöperatie.*⁶

De regering was in 2014 van oordeel dat er bij de omzetting van een stichting naar een kapitaalvennootschap (i.c. in het bijzonder bij ziekenhuizen) weinig aan de hand is. Het voormalig stichtingsvermogen zou beklemd zijn en blijven. «Het beklemd vermogen of de vruchten daarvan kunnen na omzetting in een stichting in een kapitaalvennootschap [...] niet toekomen aan de aandeelhouders.»⁷ Deze stelling is, zacht gezegd, betwistbaar. (Waar onderstaand korthedshalve BV staat, is inbegrepen de NV en, waar relevant, tevens de winst-uitkerende coöperatie.)

Ten eerste: aangaande de beklemming van het stichtingsvermogen en het mogelijk omzeilen van die beklemming is er volgens experts op dit gebied een belangrijke omissie in de huidige wet. Deze betreft de stichting die het

⁴ Kamerstukken I 2017/18, 33 168, K.

⁵ Kamerstukken I 2017.18. 33 168, L.

⁶ De woordvoerder van de SP-fractie op dit wetsdossier (33.168) heeft op het punt van rechtsvormwijziging dankbaar gebruik gemaakt van het advies van twee juridische experts op dit gebied, namelijk dr. Birgit Snijder-Kuipers (docent notarieel recht Rijksuniversiteit Groningen) en prof. dr. Jan L. van de Streek (hoogleraar fiscaal concernrecht Universiteit van Amsterdam). De leden van de SP-fractie zijn uiteraard uitsluitend zelf verantwoordelijk voor de specifieke bewoordingen van en de politieke wegingen bij het onderstaande, derhalve zonder dat genoemde experts daar enigerlei verantwoordelijkheid voor dragen.

⁷ Kamerstukken I 2014/15, 33 168 C, blz. 33 (memorie van antwoord).

gehele vermogen afsplitst in een BV (2:334b lid 4 BW), waarbij de BV aanvankelijk een ander doel heeft dan de stichting. Indien de statuten van de stichting voorafgaand aan de afsplitsing gewijzigd kunnen worden, is voor deze afsplitsing geen rechterlijke goedkeuring vereist (art. 2:334m lid 5 BW). Deze omissie in de wet wordt niet geheeld door de tweede zin van art. 2:18 lid 6 BW, die slechts van toepassing is op een opvolgende fusie en splitsing na omzetting.⁸ Op deze wijze kan de beklemming van het stichtingsvermogen worden omzeild waarbij het stichtingsvermogen aldus toevalt aan de kapitaal-verschaffende aandeelhouders.

De volgende punten betreffen doorgaans de rechtsvormwijziging waarbij niet de eerste weg werd gekozen.

Ten tweede: de regering stelde indertijd dat bij een rechtsvormwijziging in een BV waarbij het oorspronkelijk vermogen was ondergebracht in een stichting, de «privaatkapitaalverschaffers doorgaans eerst het in het verleden opgebouwde vermogen zullen willen afrekenen van de zorgaanbieder. Daartoe is de omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm voor hen niet het meest geëigende instrument. Waarschijnlijk is dat gekozen zal worden voor een activa/passiva transactie waarbij een nieuwe rechtspersoon (die geen stichting is) de vermogensbestanddelen van de stichting voor een marktconforme prijs zal overnemen. De tegenwaarde van deze vermogensbestanddelen komt dan in de stichting terecht die nog steeds het oorspronkelijke stichtingsdoel houdt ...»⁹ Onduidelijk is waarom dit waarschijnlijk zou zijn. Immers, een constructie met inbreng van beklemd vermogen lijkt veel aantrekkelijker voor de kapitaal-verschaffende aandeelhouders. Dit geldt a fortiori voor «financiële sprinkhanen» (beleggers die gericht zijn op kortetermijnwinsten en die niet schromen om vermogen aan een instelling te onttrekken) waarmee, zo nemen de leden van de SP-fractie aan, de regering toch tevens rekening zal willen houden?

Ten derde: het lijkt aannemelijk, of althans niet uitgesloten, dat in de eerste jaren na omzetting van stichting in BV, de – c.q. sommige – kapitaal-verschaffende aandeelhouders zullen trachten – bijvoorbeeld via herwaarderingen – ondernemingsverliezen af te boeken op het beklemd vermogen.

De rechtspraak laat zien dat het beklemd vermogen kan worden uitgehold door reorganisatiekosten af te boeken van het beklemd vermogen.¹⁰

Ten vierde: ten aanzien van de situatie na verliesnemings door de BV met beklemd vermogen stelde de regering indertijd: «Als er vervolgens weer een positief resultaat wordt gehaald kan dit echter niet onbeklemd naar de aandeelhouders vloeien. Hieraan staat immers artikel 2:18 BW in de weg. Aangezien het positieve resultaat is behaald met behulp van vermogensbestanddelen die na omzetting beklemd zijn, zijn ook de vruchten hiervan beklemd en is blote uitkering aan aandeelhouders of leden niet mogelijk.»¹¹ De regering lijkt hier onterecht optimistisch aangaande «her-beklemming». Immers, de Hoge Raad heeft in het Optas-arrest¹² beslist dat beklemd vermogen ziet op het *saldo* van alle vermogensbestanddelen *ten tijde van de omzetting* (en dus niet op de individuele activa en passiva van de rechtspersoon na omzetting). Het beklemd vermogen

⁸ Zie B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Kluwer: 2010, p. 132–133.

⁹ Kamerstukken I 2014/15, 33 168 C, blz. 33.

¹⁰ Zie: Rechtbank Zwolle 7 februari 2003, nr. HARK02-78, JOR 2004/2 – BV Icare Thuiszorgwinkels Flevoland.

¹¹ Kamerstukken I 2014/15, 33 168 C, blz. 34.

¹² HR 21 januari 2011, NJ 2011, 352.

kan aldus door bedrijfsverliezen worden aangetast en zelfs tot nihil worden teruggebracht.

Ten vijfde: dit punt betreft het (resterende) beklemd vermogen en de beklemming van de vruchten daarvan. De wet geeft aan dat dat het oorspronkelijk vermogen van de stichting en de vruchten daarvan beklemd is (art. 2:18 lid 6 BW). Maar uit de wet blijkt niet hoe deze vruchten (het rendement op het beklemd vermogen) berekend zouden moeten worden.¹³ De in de praktijk te kiezen verdeelsleutel tussen de vruchten van het beklemd en onbekteld vermogen, is dan arbitrair. Het ontbreken van een wettelijke regeling in deze, vormt een potentieel «lek» in de beklemming.

Ten zesde: in de memorie van toelichting wordt gesproken over «ongerechtvaardigde onttrekking van middelen aan de zorgaanbieder».¹⁴ De regering stelde in de memorie van antwoord indertijd dat «de raad van bestuur en de raad van toezicht een dergelijke onttrekking moeten verhinderen».¹⁵ Die stelling is opmerkelijk. Immers, juist het bestuur (al dan niet met goedkeuring van de Raad van Commissarissen) is het orgaan dat het besluit tot de onttrekking zal nemen en zal dit eigen besluit dus niet verhinderen.¹⁶

Conclusie en slotopmerking

Volgens de meest recente CBS-cijfers bedraagt het eigen vermogen van de niet-academische ziekenhuizen eind 2016 ruim € 4 miljard.¹⁷ Het betrof hier op één na allemaal stichtingen.¹⁸ Uit de bovenstaande punten blijkt dat dit vermogen, dan wel vruchten ervan, door het wetsvoorstel 33 168 potentieel kan overgaan in private handen als ware het een schenking.

Ziekenhuizen zijn in het maatschappelijk middenveld opgebouwd, oorspronkelijk veelal door religieuze ordes en diaconessen die «liefdewerk» verrichtten zonder of slechts een geringe beloning, en mede gesteund door donaties. De regering zou hier niet aan voorbij behoren te gaan en, om deze reden, maar ook in het algemeen, dienen te verhinderen dat door beleggers vermogen aan ziekenhuizen wordt onttrokken.

De leden van de SP-fractie krijgen graag een reactie op het bovenstaande.

¹³ Zie B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Kluwer 2010, Hoofdstuk 4.

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 168, 3, blz. 21.

¹⁵ Kamerstukken I 2014/15, 33 168 C, blz. 35.

¹⁶ De regering stelde op p. 35 van de memorie van antwoord ook dat andere, zoals banken, dergelijke onttrekking niet zullen toelaten. Hiermee eraan voorbij gaande dat instellingen zoals banken een dergelijk bestuursbesluit niet kunnen verhinderen en uitsluitend sancties kunnen verbinden aan een genomen besluit, hetgeen het besluit zelf niet aantast. De regering stelde eveneens dat «de belastingregels een dergelijke onttrekking vrijwel onmogelijk maken». De regering leek hier te doelen op het standpunt van het Ministerie van Financiën dat een dergelijke onttrekking een belaste schenking oplevert van de omgezette rechtspersoon aan de aandeelhouder (met belasting tegen het anoniementarief). Dit standpunt is echter betwistbaar. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen*, Kluwer 2008 (blz. 149–154) over de houdbaarheid van dit standpunt.

¹⁷ Bron: CBS *Statline*, 19 december 2018.

¹⁸ «Alle ziekenhuizen in Nederland zijn stichtingen, met uitzondering van vier academische ziekenhuizen (drie zijn publiekrechtelijk rechtspersoon en één is een vereniging) en het Slotervaart ziekenhuis.» (Nota n.a.v. verslag TK, 33.158, blz. 8.)

De leden van de commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport zien uw reactie met belangstelling tegemoet en ontvangen deze graag bij voorkeur voor 1 februari 2019.

M.J.T. Martens

Voorzitter van de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport

BRIEF VAN DE MINISTER VAN VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 4 februari 2019

Op 21 december 2018 heeft de voorzitter van de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) mij een reactie gestuurd op mijn brief van 14 december 2018 inzake het verzoek van de SP-fractie om bij de juridische analyse naar winstuitkering door zorgaanbieders tevens de kwestie te betrekken van de beklemming en ontklemming van het stichtingsvermogen van ziekenhuizen.¹⁹ In uw reactie melden de leden van de SP-fractie mijn besluit om deze kwestie niet bij de juridische analyse te betrekken niet te onderschrijven. De leden van de SP-fractie lichten daarbij toe waarom naar hun oordeel de beklemming en ontklemming van het stichtingsvermogen een essentieel element vormt van het voorstel tot «Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg». In uw brief van 21 december 2018 vraagt u mijn reactie voor 1 februari 2019 te ontvangen. Met deze brief kom ik, mede namens de Minister voor Medische Zorg en Sport en de Staatssecretaris van VWS, aan dat verzoek tegemoet.

Graag bedank ik de leden van de SP-fractie voor hun uitgebreide toelichting. Zoals ik in mijn brief van 14 december 2018 heb toegelicht, beoogt de juridische analyse in de kern in kaart te brengen wat de relevante juridische kaders zijn voor het beperken of verbieden van winstuitkering door zorgaanbieders. Het onderzoek behandelt daarmee de meer fundamentele vraag in hoeverre de juridische kaders regulering van winstuitkering door zorgaanbieders toestaan. Deze vraag is van een andere orde dan de kwestie van de beklemming en ontklemming van het stichtingsvermogen van ziekenhuizen bij de omzetting van een stichtingsvorm naar een kapitaalvennootschap. Dit betreft immers de vormgeving van de regulering. Daarom ben ik nog steeds van oordeel dat dit geen onderwerp behoort te zijn van het onderzoek naar de juridische kaders. Uiteraard zal ik de kwestie van de omzetting van stichtingen adresseren bij de verdere behandeling van de regulering rond winstuitkering door zorgaanbieders in uw Kamer.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
H.M. de Jonge

¹⁹ Kamerstukken I 2017/18, 33 168, L.