

WINSTEXPERIMENT EN WETGEVING

**VOORSTEL VOOR DE JURIDISCHE VORMGEVING VAN HET WINSTEXPERIMENT VOOR
ZIEKENHUIZEN**

prof. mr. G.R.J. de Groot
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
11 februari 2008

INHOUD

SAMENVATTING	3
1. INLEIDING	5
2. JURIDISCH KADER VAN HET WINSTEXPERIMENT.....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Wet toelating zorginstellingen.....	7
2.3 Wet cliënt en kwaliteit zorg.....	11
2.4 Wet marktordening gezondheidszorg	11
2.5 Kwaliteitswet zorginstellingen	12
2.6 Fiscale wetgeving	13
3. JURIDISCHE VORMGEVING VAN HET WINSTEXPERIMENT.....	15
3.1 Inleiding.....	15
3.2 Structuur	16
3.3 Invulling in fasen.....	19
3.4 Start van het experiment	20
3.5 Tijdens het experiment	24
3.6 Afloop van het experiment	25
4. CONCLUSIE.....	28

SAMENVATTING

Het doel van dit rapport – geschreven in opdracht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) – is een passend juridisch raamwerk te bieden voor een experiment waarbij aan ziekenhuizen wordt toegestaan winst uit te keren. Het rapport bouwt voort op de materiële en beleidskeuzes die naar voren zijn gekomen in voorafgaand overleg met de NZa en in het rapport van prof. dr. K. Cools, *Ondernemerschap in de zorg – wenselijkheid en opzet van een experiment*. Winstuitkering toestaan is een politieke beslissing. In de juridische vormgeving moet rekening worden gehouden met de betrokken maatschappelijke belangen, zoals het behoud van de waarde van onroerende zaken ten behoeve van de zorg. Voor deelnemers aan het experiment is belangrijk dat de spelregels duidelijk zijn en niet tussentijds worden veranderd. Daarbij moet worden voorkomen dat vrijstelling van het verbod van winstuitkering gepaard gaat met een overmaat aan nieuwe regels. Op basis van deze uitgangspunten biedt het rapport een voorstel voor de juridische vormgeving van het winstexperiment. Dit voorstel is gebaseerd op een analyse van het wettelijk kader (Wet toelating zorginstellingen (WTZi), Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), Kwaliteitswet zorginstellingen, Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Wet op de omzetbelasting 1968).

Bij het winstexperiment zijn drie bestuursorganen betrokken: de minister van VWS, de NZa en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Deze bestuursorganen zullen een zestal juridische instrumenten moeten inzetten om het winstexperiment mogelijk te maken én in goede banen te leiden. Deze instrumenten zijn:

- *Beleidsdocument winstexperiment (VWS/NZa/IGZ)*. VWS, NZa en IGZ stellen een overkoepelend beleidsdocument vast waarin onder andere worden vastgelegd: de selectie van de deelnemers, de start van het experiment, de regels tijdens het experiment, de evaluatie en beëindiging van het experiment. Dit geïntegreerde beleidsdocument maakt marktpartijen duidelijk wat zij van de overheid kunnen verwachten en wat de overheid van hen verwacht.
- *Overeenkomst VWS/ziekenhuis met winstoogmerk*. De overeenkomst tussen overheid en het ziekenhuis met winstoogmerk bevat diverse afdwingbare rechten en verplichtingen van zowel overheid als ziekenhuis. Met name bevat de overeenkomst de regels waaraan het ziekenhuis zich tijdens het experiment moet houden.
- *Vrijstelling verbod winstoogmerk*. De minister van VWS zal een besluit moeten nemen waardoor het verbod van winstoogmerk voor aan het experiment deelnemende ziekenhuizen buiten toepassing wordt verklaard.
- *Toelating ziekenhuis met winstoogmerk*. De minister van VWS verleent aan de ziekenhuizen met winstoogmerk een toelating als instelling voor medisch specialistische zorg.
- *Beleidsregel(s) NZa*. Het winstexperiment is alleen mogelijk als de NZa een of meer specifiek voor het experiment geldende beleidsregels vaststelt. Daarvoor komt in

elk geval de honorering van medisch specialisten in de deelnemende ziekenhuizen in aanmerking.

- *Aanwijzing VWS.* Voordat de NZa een of meer experimenteerbeleidsregel(s) kan vaststellen, moet de minister van VWS een daartoe strekkende aanwijzing hebben gegeven.

In het winstexperiment kunnen drie fasen worden onderscheiden: de start van het experiment, de regels tijdens het experiment en de afloop van het experiment.

Wat de start van het experiment betreft, is het van belang dat een heldere procedure en objectieve criteria worden gehanteerd voor de selectie van de ziekenhuizen die aan het experiment zullen deelnemen. Belangrijke criteria zijn urbanisatiegraad, mate van specialisatie en financiële positie van de ziekenhuizen. Tijdens het experiment zal het ziekenhuis vreemd kapitaal aantrekken en zijn verbeterpotentieel waarmaken. Tegelijk zal het ziekenhuis aan contractuele eisen moeten voldoen ten aanzien van rechtsvorm, 'behoud van vermogen voor de zorg', overdracht en waardering van aandelen, winstuitkering en het verstrekken van bedrijfseconomische informatie en informatie over de kwaliteit van zorg.

In de loop van het experiment is een tussentijdse evaluatie voorzien. Na vijf jaar volgt een eindevaluatie. Het experiment is geslaagd wanneer volgens vooraf vast te stellen criteria een verbetering van de efficiency is opgetreden en de kwaliteit van de zorg gelijk is gebleven of is verbeterd. De overheid kan dan besluiten winsttoegmerk en -uitkering voor alle ziekenhuizen mogelijk te maken. Overigens zal het overheidsbeleid na afloop van het experiment niet alleen kunnen afhangen van de resultaten van het experiment, maar ook van politieke afwegingen die daar geheel of grotendeels los van staan.

Mocht bij het einde van het experiment het verbod van winstuitkering opnieuw van kracht worden, dan kan dit nadelige consequenties voor aandeelhouders hebben.

Ziekenhuis en investeerders kunnen daarover vooraf afspraken maken (exitregeling).

Een eventuele rol van de overheid in dit verband zal mede moeten worden gezien in het licht van de Europese regels over staatssteun.

Het rapport beoogt een solide juridische opzet te bieden, die maximale kansen voor het welslagen van het winstexperiment biedt.

1. INLEIDING

Het doel van dit rapport – geschreven in opdracht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) – is een passend juridisch raamwerk te bieden voor een experiment waarbij aan ziekenhuizen wordt toegestaan winst uit te keren, gericht simultaan twee doelen te realiseren: lagere kosten, leidend tot lagere prijzen, en hogere kwaliteit van de zorg. Aan het karakter van experiment is eigen dat het tijdelijk is en tevens dat slechts een beperkt aantal ziekenhuizen daaraan deelneemt. De beslissing om zo'n experiment toe te staan is aan de minister van VWS, aan wie de NZa adviseert.

Het juridisch raamwerk is een drieluik: het moet de toegang tot het experiment regelen (welke ziekenhuizen kunnen deelnemen en van welke criteria hangt dat af), de regels die tijdens het experiment gelden en de wijze waarop het experiment wordt geëvalueerd en afgesloten. Het is niet aan de juridische professie de economische en bestuurlijke keuzes te maken die voor de inrichting van het experiment nodig zijn, maar om gegeven die keuzes aan te geven hoe zij het beste kunnen worden gerealiseerd en welke beperkingen daarbij in acht moeten worden genomen. In dat verband bouwt het rapport voort op de materiële en beleidskeuzes die aan de orde zijn gekomen in voorafgaand overleg met de NZa en in het rapport van prof. dr. K. Cools RA, *Ondernemerschap in de zorg – wenselijkheid en opzet van een experiment*, dat eveneens in opdracht van de zorgautoriteit tot stand is gekomen.¹

Het is zinvol de – soms conflicterende – uitgangspunten te benoemen die bij het opstellen van dit rapport in acht zijn genomen.

Primaat van de politiek. Winstuitkering toestaan is een politieke beslissing. Vorm en condities van het experiment zijn aan politieke afwegingen onderworpen. In het proces waarmee aan het experiment vorm gegeven wordt, moet daarmee rekening worden gehouden. Bovendien moet op vooraf aangegeven momenten, tussentijdse en eindevaluatie, de ruimte bestaan het experiment voort te zetten of te beëindigen, afhankelijk van de politieke afweging op dat moment.

Maatschappelijke belangen. In de juridische vormgeving moet rekening worden gehouden met de bij het winstexperiment betrokken maatschappelijke belangen.

Vanzelfsprekend moet de juridische vorm optimale kansen bieden voor het welslagen van het experiment: lagere kosten en betere zorg. Even vanzelfsprekend is dat onder alle omstandigheden het verlenen van verantwoorde zorg moet worden gewaarborgd. Tenslotte moet rekening worden gehouden met de eis dat de in het verleden, in een beschermde omgeving opgebouwde waarde van onroerende zaken van ziekenhuizen beschikbaar blijft voor de zorg.

Reguleringszekerheid. Winstuitkering is geen doel op zichzelf, maar een middel om ziekenhuizen in staat te stellen extern kapitaal aan te trekken en vervolgens een betere kwaliteit van zorg, meer efficiency, of beide, te bewerkstelligen. Dit kan veranderingen in strategie, organisatie, cultuur en structuur van het ziekenhuis vergen. Dergelijke

¹ Het rapport wordt hierna verkort aangehaald als 'Ondernemerschap in de zorg'.

ontwikkelingen vergen een stabiele juridische omgeving, waarin voor alle betrokken spelers de regels duidelijk zijn. De spelregels moeten in principe tussentijds niet worden gewijzigd.

Liberaliseringsparadox. De kern van het experiment is liberalisering: de buitenwerkingstelling van de regel die nu winstuitkering verhindert. Eigen aan liberalisering is dat deze veelal gepaard gaat met een veelvoud van nieuwe regels, die bedoeld zijn om het gedrag van marktpartijen in de geliberaliseerde omgeving in goede banen te leiden en ongewenste neveneffecten te voorkomen. Tegenover liberalisering op één punt staan dan nieuwe regels op tal van andere punten, met het mogelijke gevolg dat initiatief en ondernemerschap niet de stimulans krijgen die beoogd was. Het is dan ook van belang dat nieuwe regels die de buitenwerkingstelling van het winstuitkeringsverbod begeleiden, alleen worden gesteld voor zover de bij het experiment betrokken maatschappelijke belangen die regels noodzakelijk maken.

Het plan van behandeling is als volgt. In § 2 wordt de regelgeving beschreven die direct voor het winstexperiment van belang is. In § 3 wordt een voorstel ontwikkeld voor de juridische vormgeving van het experiment, waarbij de instrumenten zelf (§ 3.1) en de verschillende fasen van het experiment worden beschreven (§ 3.2).

2. JURIDISCH KADER VAN HET WINSTEXPERIMENT

2.1 Inleiding

Onderwerp van dit hoofdstuk is welke mogelijkheden de geldende wetgeving voor een winstexperiment biedt. Het hoofdstuk beperkt zich tot de wettelijke regelingen die de verhouding tussen overheid en ziekenhuis betreffen. Aan de orde komen de Wet toelating zorginstellingen (WTZi), de Wet cliënt en kwaliteit zorg, de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), de Kwaliteitswet zorginstellingen en de fiscale wetgeving. Niet behandeld worden de wettelijke regelingen waarmee een ziekenhuis met winstoogmerk zélf te maken heeft wanneer het in het kader van het winstexperiment zijn rechtsvorm aanpast, duurzame samenwerking met een investeerder aangaat of wanneer het verandering wil brengen in de samenwerking met de medisch specialisten: het rechtspersonen- en verbintenissenrecht (Boeken 2 en 6 Burgerlijk Wetboek), de Wet op de ondernemingsraden en de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen.

2.2 Wet toelating zorginstellingen

De WTZi bepaalt dat aangewezen categorieën instellingen moeten beschikken over een – door de minister van VWS te verlenen – toelating.² Tot de aangewezen categorieën behoren ‘instellingen voor medisch-specialistische zorg’, waaronder ziekenhuizen.³ De WTZi heeft als hoofdregel dat toelating niet wordt verleend aan instellingen met een winstoogmerk.⁴

Volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel kon toelating *uitsluitend* worden verleend aan instellingen zonder winstoogmerk.⁵ De regering vond het niet passen bij zorginstellingen die worden gecontracteerd door sociale ziektekostenverzekeraars, dat collectieve middelen als winstuitkering of dividend aan aandeelhouders ten goede komen. Een instelling die winst beoogt zal streven naar winstoptimalisatie waardoor, aldus de regering destijds, een opwaartse druk op de collectieve uitgaven ontstaat. Daarbij komt dat de gerichtheid op winst het risico meebrengt dat de kwaliteit van de zorg onder druk komt te staan.⁶ De categorische uitsluiting van winstoogmerk is destijds sterk bekritiseerd door de Raad van State.⁷ Vervolgens gaf ook de Raad voor de

² Artikel 5 lid 1 WTZi, luidend: ‘Een organisatorisch verband dat behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van instellingen die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 6 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet, moet voor het verlenen van die zorg een toelating hebben van Onze Minister.’

³ Artikel 1.2 onder 1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Tot de ‘instellingen voor medisch-specialistische zorg’ worden gerekend: ziekenhuizen (algemene, academische en militaire), categorale instellingen en zelfstandige behandelcentra (ZBC’s) (NvT, *Stb.* 2005, 575, p. 12-13).

⁴ Zie voor de juridische aspecten van het (verbod van) winstoogmerk verder J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2006, p. 217-220.

⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 2 (artikel 4 lid 4).

⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 20.

⁷ Advies RvS, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, A, p. 13-14.

Volksgezondheid en Zorg blijkt van een heel andere zienswijze: het uitgangspunt zou maximale vrijheid van partijen moeten zijn.⁸ In het vervolg van het wetgevingsproces heeft de regering inderdaad gekozen voor een andere oriëntatie dan oorspronkelijk. De koerswijziging werd als volgt toegelicht:

‘Het kabinet wil de marktwerking in de zorg verder stimuleren. [...] Waar veldpartijen meer vrijheid en verantwoordelijkheid kunnen dragen voor de organisatie van de zorg kunnen ook de mogelijkheden tot winstoogmerk worden verruimd.[...] Waar de Wet ziekenhuisvoorzieningen een absoluut verbod op winstoogmerk kent voor alle zorginstellingen, beperkt dit wetsvoorstel het verbod op winstoogmerk tot die instellingen die er voor kiezen om zorg te willen verlenen als bedoeld in de Ziekenfondswet en AWBZ (collectief gefinancierde zorg). [...] Met de onderhavige wijziging van het vierde lid van artikel 4 wordt duidelijker dan in het oorspronkelijke voorstel onderstreept dat het kabinet ook binnen de categorie instellingen die collectief gefinancierde zorg verlenen, streeft naar verdergaande vrijheden op het punt van het winstoogmerk. Binnen deze categorie worden op grond van de resultaten van verschillende deelmarktstudies bij de inwerkingtreding van het wetsvoorstel categorieën van instellingen of delen van instellingen aangewezen waar winstoogmerk is toegestaan. Ruimte bieden op een pragmatische manier is daarbij de leidraad. Het streven is op zo kort mogelijke termijn in zo veel mogelijk deelmarkten de keuze om een winstoogmerk te hanteren vrij te laten.’⁹

De wijziging hield in dat in artikel 5 lid 2 werd bepaald:

‘Een toelating kan aan instellingen met een winstoogmerk slechts worden verleend indien die instelling behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie.’

Het verbod van winstoogmerk bleef weliswaar hoofdregel, maar er kwam een mogelijkheid om daarvan bij algemene maatregel van bestuur (a.m.v.b.) af te wijken.¹⁰ De term ‘winstoogmerk’ munt niet uit door duidelijkheid.¹¹ Het verbod van winstoogmerk betekent niet dat een instelling geen winst mag maken. Letterlijk betekent het verbod dat de instelling niet op het maken van winst gericht mag zijn,¹² maar het impliceert tevens dat de instelling geen winst mag *uitkeren* en (dus) ook niet *tot*

⁸ Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Winst en gezondheidszorg*, Zoetermeer: 2000.

⁹ Derde nota van wijziging, Kamerstukken II 2003/04, 27 659, nr. 16, p. 13-14. Zie ook Nota Curatieve Zorg, Kamerstukken II 2003/04, 23 619, nr. 21, p. 6.

¹⁰ Zie verder Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II 2003/04, 27 659, nr. 17, p. 53-56; Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II 2003/04, 27 659, nr. 69, p. 5-6, 12, 25, 26-28.

¹¹ Een andere maar vergelijkbare formulering kwam voor in artikel 15 lid 1 Wet ziekenhuisvoorzieningen: ‘Een vergunning kan uitsluitend worden verleend aan een rechtspersoon van wie mag worden aangenomen dat zijn werkzaamheid niet gericht is op het behalen van winst’. Vgl. ook artikel 34 lid 3 onder b Ziekenfondswet, waarin werd bepaald dat als ziekenfonds slechts kon worden toegelaten een rechtspersoon ‘die direct noch indirect beoogt winst te maken’.

¹² MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 20.

doel mag hebben winst uit te keren.¹³ In de praktijk hebben als gevolg hiervan de meeste instellingen de rechtsvorm van stichting.¹⁴

Gedeeltelijke buitenwerkingstelling van het verbod van winstoogmerk in het kader van een experiment is zonder twijfel in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. De WTZi biedt twee mogelijkheden om het verbod van winstoogmerk buiten werking te stellen. De eerste mogelijkheid is vervat in artikel 5 lid 2: bij a.m.v.b. kan een categorie van instellingen worden aangewezen die ondanks een winstoogmerk kunnen worden toegelaten. Van deze mogelijkheid is al voor een groot aantal instellingen gebruik gemaakt.¹⁵ Deze bepaling leent zich echter niet voor toepassing bij een experiment waaraan een *beperkt aantal* ziekenhuizen deelneemt. Het woord 'categorie'¹⁶ duidt immers aan dat het gaat om *alle* instellingen die zich door een of meer kenmerken classificeren, door de functie die zij in de gezondheidszorg vervullen, zoals het verlenen van medisch-specialistische zorg. Het experiment is niet bedoeld voor een dergelijke, gehele categorie maar voor nader aan te wijzen individuele instellingen die tot die categorie behoren.¹⁷

De tweede mogelijkheid om het verbod van winstoogmerk buiten werking te stellen is vervat in artikel 2 lid 1 WTZi, waar is bepaald:

'Met het oog op de totstandkoming van een beleidsregel van de Nederlandse Zorgautoriteit op grond van artikel 57 van de Wet marktordening gezondheidszorg, kan bij ministeriële regeling met betrekking tot de instelling of instellingen waarvoor die beleidsregel geldt, worden bepaald dat delen van deze wet op die instellingen of een deel daarvan niet van toepassing zijn voor de duur van het in die beleidsregel bedoelde experiment.'

Deze bepaling vloeit voort uit een amendement.¹⁸ Volgens de toelichting daarop maakt het amendement een 'diepte-experiment' op grond van de Wet tarieven gezondheidszorg (nu Wmg) en de WTZi mogelijk. In de vorm van een experiment kan vooruit worden gelopen op het eindplaatje dat de WTZi schetst (gereguleerde marktwerking). Zo worden creatieve (ondernemers)geesten beloond voor het risico dat ze gaan lopen, terwijl toch voor de overheid de mogelijkheid bestaat om de vinger aan de pols te houden, aldus nog steeds de toelichting.

Allereerst is van belang dat artikel 2 lid 1 de minister de bevoegdheid geeft elk deel van de WTZi buiten toepassing te verklaren. De bepaling biedt dus de mogelijkheid om,

¹³ Vgl. artikel 2:285 BW, waar de stichting wordt omschreven als een rechtspersoon die beoogt 'een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken' (lid 1) en waarvan het doel niet mag inhouden 'het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen, noch ook aan anderen [...]' (lid 3).

¹⁴ Er zijn enkele toegelaten instellingen met de rechtsvorm van een besloten vennootschap, maar met een statutaire uitsluiting van winstuitkering aan aandeelhouders ('winstklem').

¹⁵ Zie artikel 3.I Uitvoeringsbesluit WTZi. Uitgezonderd zijn zorginstellingen waarvan de geleverde zorg niet in het kader van de Zorgverzekeringswet of de AWBZ wordt vergoed. Instellingen die zorg leveren die wel via de Zorgverzekeringswet of de AWBZ wordt vergoed en destijds niet onder de WZV vielen. Het gaat hier bijvoorbeeld om de kraamcentra, RIAGG's en thuiszorginstellingen. Vgl. NvT, *Stb.* 2005, 575, p. 14.

¹⁶ Zie voor deze term behalve artikel 5 lid 2 ook artikelen 1 leden 2 en 3, 5 lid 1, 7 lid 1 en 16 WTZi.

¹⁷ Vgl. in deze zin brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer 8 november 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 17 659, nr. 47, p. 4.

¹⁸ Gewijzigd amendement van het lid Weekers ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 32, *Kamerstukken II* 2003/04, 27 659, nr. 45.

zoals voor het winstexperiment nodig is, artikel 5 lid 2 WTZi buiten toepassing te verklaren, zodat het mogelijk is toelating te verlenen aan ziekenhuizen mét winstoogmerk. Artikel 2 lid 1 kan worden toegepast ten aanzien van één of meer individuele instellingen. Uit de totaliteit van instellingen die medisch-specialistische zorg verlenen, kan dus een beperkt aantal ziekenhuizen worden geselecteerd aan wie vrijstelling van het verbod van winstoogmerk wordt verleend.

Artikel 2 lid 1 biedt niet de mogelijkheid 'sec' het verbod van winstoogmerk terzijde te stellen, maar kan alléén worden toegepast in samenhang met een beleidsregel van de NZa die betrekking heeft op de aan het experiment deelnemende instellingen. Er moet dus steeds een directe relatie met een dergelijke beleidsregel zijn. De duur van de vrijstelling van, in dit geval, het wettelijk verbod van winstoogmerk, is slechts van kracht gedurende de tijd dat volgens de beleidsregel sprake is van een experiment.¹⁹ Voor een experiment geldt een voorhangprocedure: de ministeriële regeling moet worden voorgelegd aan Tweede en Eerste Kamer en kan eerst na tien dagen daarna worden vastgesteld.²⁰

Tot slot vereist de wet dat de minister het experiment 'tijdig' en 'tijdens de uitvoering van het experiment' evalueert.²¹ Deze bepaling is niet geheel duidelijk. Er blijkt niet uit of kan worden volstaan met een evaluatie aan het *einde* van het experiment (welke evaluatie dan wel *tijdens* het experiment moet plaatsvinden) of dat bedoeld is (tevens) een *tussentijdse* evaluatie te verlangen. Aan de wettelijke eis is zonder twijfel voldaan als zowel een tussentijdse evaluatie als een eindevaluatie plaatsvindt. De wet stelt geen eisen aan inhoud, criteria en procedure van de evaluatie. Ter wille van de reguleringszekerheid is het niettemin van belang tevoren vast te leggen wanneer, hoe en aan de hand van welke criteria het experiment zal worden geëvalueerd.

Nog een ander facet van de WTZi moet worden genoemd. Op grond van artikel 13 WTZi heeft de minister van VWS aan de toelating van (onder andere) ziekenhuizen voorschriften verbonden die tot doel hebben te waarborgen dat de waarde van onroerende zaken die de instellingen in een beschermde, risicoarme omgeving hebben verworven, voor de zorg behouden blijft (en dus bijvoorbeeld niet aan aandeelhouders wordt uitgekeerd).²² Deze regels gelden in principe ook voor ziekenhuizen die in het kader van het beoogde experiment met winstoogmerk werkzaam zijn. De minister heeft echter de vrijheid de beleidsregel aan te passen en voor aan het experiment deelnemende ziekenhuizen afwijkende voorschriften vast te stellen, wanneer dat voor het winstexperiment wenselijk wordt geacht.

Tot slot verdient de jaarverslaggeving aandacht. Op rechtspersonen die een ziekenhuis exploiteren zijn de gewone bepalingen van het Burgerlijk Wetboek over de jaarrekening

¹⁹ Aldus uitdrukkelijk artikel 2 lid 3 WTZi: 'De regeling vervalt op het tijdstip waarop ingevolge de beleidsregel het experiment is geëindigd.'

²⁰ Artikel 2 lid 2 WTZi.

²¹ Artikel 2 lid 4 WTZi.

²² Dit voorschrift is gebaseerd op door de minister vastgestelde beleidsregels, zie Regeling van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 9 juli 2007, nr. MC-U-2776561, houdende vaststelling van beleidsregels ex artikelen 4 en 13 van de Wet toelating zorginstellingen, *Stcrt.* 2007, 137. Deze beleidsregels en de daarop gebaseerde voorschriften worden naar verwachting binnenkort in gewijzigde vorm vastgesteld.

en het jaarverslag van toepassing.²³ Daarnaast is er een aanvullende regeling op grond van de WTZi, de Regeling verslaggeving WTZi. Deze regeling verwijst voor de jaarrekening naar de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en voegt daaraan een aantal verplichtingen toe. Voor het jaarverslag verwijst de regeling naar de Voorschriften voor de inrichting van het Jaarverslag van Zorginstellingen. Het is niet nodig in de regels over de jaarverslaggeving wijziging te brengen specifiek met het oog op het winstexperiment.²⁴ Voor zover voor de monitoring van het experiment aanvullende gegevens nodig zijn, kan daar op andere wijze in worden voorzien.²⁵

2.3 *Wet cliënt en kwaliteit zorg*

De minister van VWS heeft aangekondigd dat onder andere de bepalingen van de WTZi in de toekomst zullen opgaan in de Wet cliënt en kwaliteit zorg. Het desbetreffende wetsvoorstel is op dit moment in voorbereiding en de toekomst ervan is niet zeker. Met dit wetsvoorstel kan hier dan ook nog geen rekening worden gehouden.

2.4 *Wet marktordening gezondheidszorg*

Op een ziekenhuis, als rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent,²⁶ zijn de bepalingen van de Wmg van toepassing. Een ziekenhuis met winstoogmerk is evenals andere ziekenhuizen in principe onderworpen aan tariefregulering. Voor ziekenhuizen die deelnemen aan een experiment moet – zoals hiervoor in verband met artikel 2 lid 1 WTZi aangegeven – in een beleidsregel een specifieke regeling worden getroffen. In dit verband zijn de beleidsregels genoemd die de honorering regelen die medisch specialisten aan of via het ziekenhuis in rekening mogen brengen.²⁷ De honorering kent een minimum- en een maximumbedrag per uur. In het kader van het winstexperiment wordt het wenselijk geacht dat de deelnemende ziekenhuizen geheel vrij zijn in de bepaling van hun contractuele en financiële relaties met medisch specialisten.²⁸ Daartoe kunnen de deelnemende ziekenhuizen voor de beoogde duur van het experiment van deze regels worden vrijgesteld.²⁹ In de beleidsregel die met het oog op het experiment wordt vastgesteld moet tevens de duur van het experiment worden vastgelegd. De vrijstelling op grond van de WTZi is hieraan gekoppeld: de vrijstelling geldt voor de

²³ Zie Titel 9 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek.

²⁴ Aandacht verdient wel artikel 6 Regeling verslaggeving WTZi, dat verplicht tot verantwoording het verschil tussen budget en opbrengsten; aan te nemen valt dat deze bepaling hoe dan ook wijziging zal ondergaan in verband met de verandering van bekostigingssystematiek voor de ziekenhuizen.

²⁵ Namelijk via de in § 3.2 omschreven overeenkomst. Zie ook § 2.3 in verband met de informatieplicht op grond van de Wmg.

²⁶ Artikel 1 onder c Wmg.

²⁷ Zie Beleidsregel uurtarief DBC's (CI-1001), Beleidsregel DBC bedragen en overige bedragen medisch specialistische zorg door of vanwege de zorginstelling A-segment (CI-1025), Beleidsregel DBC-bedragen en overige bedragen medisch specialistische zorg door of vanwege de zorginstelling B-segment (CI-1026) en Beleidsregels normtijden DBC's (CI-1028).

²⁸ Zie hierover nader *Ondernemerschap in de zorg*, § 3.j.

²⁹ Dan moeten tevens de tariefbeschikkingen buiten toepassing worden verklaard ten aanzien van medisch specialisten, werkzaam in de deelnemende ziekenhuizen.

termijn die in de beleidsregel van de NZa is genoemd. De voorgestelde tijdsduur is vijf jaar.

Voor 2009 wordt voor een belangrijk deel van de ziekenhuiszorg de invoering beoogd van een nieuw bekostigingssysteem in de vorm van maatstafconcurrentie, dat ook van toepassing zal zijn op ziekenhuizen die aan het winstexperiment deelnemen.³⁰ Nagegaan moet worden of alle vanaf 2009 geldende beleidsregels zonder meer op de deelnemende ziekenhuizen van kunnen zijn dan wel het noodzakelijk is bepaalde beleidsregels niet of in gewijzigde vorm op de deelnemende ziekenhuizen van toepassing te verklaren. Op dit moment kan dat nog niet worden vastgesteld. Dit onderzoek kan pas worden uitgevoerd zodra de precieze inhoud van de vanaf 2009 geldende beleidsregels bekend is.

Beleidsregels die met het oog op het experiment gelden voor de deelnemende ziekenhuizen, kunnen slechts worden vastgesteld op basis van een aanwijzing van de minister van VWS.³¹ Deze aanwijzing moet tevoren worden voorgelegd aan Tweede en Eerste Kamer.³²

Het ligt voor de hand dat gedurende het experiment voor de monitoring daarvan behoefte bestaat aan financiële en andere informatie van de deelnemende ziekenhuizen. Een deel van de relevante informatie zal te vinden zijn in de jaarverslaggeving. Voor andere of verder strekkende informatie verdient de regeling in de Wmg van de informatieplicht aandacht. Artikel 61 Wmg kent een ruim omschreven, van waarborgen en sancties voorziene³³ informatieplicht, die mede op ziekenhuizen rust. De regeling kent echter een duidelijke beperking: het gaat steeds om gegevens die voor de uitvoering van 'deze wet' van belang zijn, waarmee wordt bedoeld op de Wmg zélf. De kern van het winstexperiment wordt gevormd door de vrijstelling van het verbod van winsttoegmerk *op grond van de WTZi*. Gegevens zullen nodig zijn voor de beoordeling van de wenselijkheid van continuering van de vrijstelling op grond van die wet. Mogelijk zal daarom de regeling van de informatieplicht in de Wmg een ontoereikende basis zijn om (nadere) informatie te verzamelen waaraan in het kader van het experiment behoefte bestaat. Hiervoor zal dan ook een andere, geschikte juridische vormgeving moeten worden gevonden.³⁴

2.5 Kwaliteitswet zorginstellingen

De Kwaliteitswet zorginstellingen is van toepassing op ziekenhuizen, ongeacht de vraag of zij met winsttoegmerk opereren of niet.³⁵ De kernverplichting van de zorgaanbieder is

³⁰ Aanwijzing van de minister van VWS van 29 oktober 2007, *Stcrt.* 245 (Aanwijzing inzake voorbereiding ziekenhuiszorg 2009).

³¹ Artikel 59 lid 3 Wmg.

³² Artikel 8 Wmg.

³³ Zie onder andere artikelen 62 (nadere regels NZa), 63 (naar waarheid verstrekken) en 64 Wmg (toepasselijkheid bevoegdheden zoals voorzien in Awb).

³⁴ Als oplossing hiervoor wordt hierna (§ 3.2) een overeenkomst voorgesteld.

³⁵ De wet is toepasselijk op zorgaanbieders. Onder zorgaanbieder wordt verstaan 'de natuurlijke persoon of rechtspersoon, die een instelling in stand houdt'. Een instelling is een 'organisatorisch verband dat strekt tot de verlening van zorg' (artikel 1 lid 1 onder b en c Kwaliteitswet zorginstellingen).

het aanbieden van ‘verantwoorde zorg’.³⁶ De wet kent diverse bepalingen waarmee aan deze verplichting uitwerking wordt gegeven. De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) is belast met het toezicht op de naleving van de wet. De minister van VWS heeft bevoegdheden tot handhaving.³⁷ Er is geen aanleiding bij de toepassing van de Kwaliteitswet zorginstellingen bijzondere regelingen te treffen voor ziekenhuizen die aan het winstexperiment deelnemen. De wet biedt daarvoor ook geen mogelijkheden. Iets anders is dat de IGZ ten aanzien van de deelnemende ziekenhuizen behoefte kan hebben over specifieke informatie met betrekking tot de kwaliteit van de zorg. Voor het verkrijgen van dergelijke informatie biedt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een grondslag, zo lang het gaat om de vraag of het ziekenhuis voldoet aan de eis van ‘verantwoorde zorg’. Voor dat doel is er bijvoorbeeld de basisset prestatie-indicatoren.³⁸ In de beschikbaarstelling van andere of verder strekkende kwaliteitsinformatie zal – zo nodig complementair – moeten worden voorzien door middel van een overeenkomst met de deelnemende ziekenhuizen. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan informatie die in het kader van het project Transparantie Medisch-Specialistische Zorg en de CQ Index beschikbaar zijn alsmede de *Hospital Standardised Mortality Rate* en andere gegevenssets, telkens voor zover ervoor wordt gekozen deze gegevenssets voor het experiment te gebruiken.³⁹

2.6 Fiscale wetgeving

Ziekenhuizen zijn op grond van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van de heffing van vennootschapsbelasting vrijgesteld. De voorwaarde daarvoor is, in de bewoordingen van de wet, dat ‘het lichaam van publiekrechtelijke aard is, dan wel, indien dat niet het geval is, het lichaam, zo het winst behaalt, deze uitsluitend kan aanwenden ten bate van een ingevolge het onderhavige artikel vrijgesteld lichaam of een algemeen maatschappelijk belang’.⁴⁰ Voor een ziekenhuis dat in de vorm van een kapitaalvennootschap wordt geëxploiteerd en dat als zodanig winst kan uitkeren aan aandeelhouders, geldt de vrijstelling niet. De aan het winstexperiment deelnemende ziekenhuizen zullen dus aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen zijn. In dit rapport wordt ervan uitgegaan dat de heffing van vennootschapsbelasting geen beletsel is voor het winstexperiment.

De heffing van BTW is in hoge mate in Europees verband geharmoniseerd. Relevant is hier de BTW-richtlijn 2006.⁴¹ De richtlijn verplicht de lidstaten vrijstelling te verlenen voor ziekenhuisverpleging en medische verzorging, alsmede de handelingen die daarmee nauw samenhangen. De lidstaten mogen die vrijstelling echter afhankelijk

³⁶ Artikel 2 Kwaliteitswet zorginstellingen.

³⁷ Artikelen 7 en 8 Kwaliteitswet zorginstellingen.

³⁸ IGZ, NVZ, NFU, OMS, *Prestatie-indicatoren ziekenhuizen – Basisset 2007*, Utrecht: 2006.

³⁹ *Ondernemerschap in de zorg*, § 3.b.

⁴⁰ Artikel 5 lid 1 sub c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verbinding met artikel 4 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971.

⁴¹ Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, *Pb* L347 van 11 december 2006.

stellen van de voorwaarde dat de instellingen niet systematisch het maken van winst mogen beogen en dat eventuele winsten niet mogen worden uitgekeerd, maar moeten worden aangewend voor de instandhouding of verbetering van de diensten in kwestie.⁴² In de Nederlandse wetgeving is inderdaad gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de vrijstelling te beperken tot dienstverlening zonder winstoogmerk.⁴³ Bij ongewijzigde wetgeving is het gevolg dat de deelnemers aan het winstexperiment aan de heffing van BTW onderworpen zijn en andere ziekenhuizen niet. Het behoeft geen betoog dat onder dergelijke ongelijke omstandigheden een winstexperiment geen kans van slagen heeft.⁴⁴

Er is wetgeving voorbereid die tot doel heeft de vrijstelling van BTW toepasselijk te doen zijn op alle instellingen voor gezondheidszorg, ongeacht of zij winst(uitkering) beogen of niet. Deze wijziging is echter nog niet in werking getreden.⁴⁵ De beoogde wijziging biedt overigens niet in ieder opzicht duidelijkheid. Het is uiteraard gewenst dat vóór de aanvang van een winstexperiment die duidelijkheid wel bestaat.⁴⁶

⁴² Artikelen 132 en 133 BTW-richtlijn 2006.

⁴³ Volgens artikel 11 lid 1 onder c en f Wet op de omzetbelasting 1968 zijn van omzetbelasting vrijgesteld: 'c. het verzorgen en het verplegen van in een inrichting opgenomen personen, alsmede het verstrekken van spijzen en dranken, geneesmiddelen en verbandmiddelen aan die personen; [...] f. de bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen leveringen en diensten van sociale of culturele aard, mits de ondernemer geen winst beoogt en niet een ernstige verstoring van concurrentieverhoudingen optreedt ten opzichte van ondernemers die winst beogen'. Lid 2 bepaalt: 'De vrijstellingen, bedoeld in het eerste lid, onderdelen c, e en t, zijn slechts van toepassing, indien met de aldaar bedoelde prestaties geen winst wordt beoogd. Onder het beogen van winst wordt mede verstaan het behalen van exploitatieoverschotten, tenzij deze niet worden uitgekeerd, doch worden aangewend ten dienste van de bedoelde prestaties.' Artikel 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 bepaalt: 'Als leveringen en diensten van sociale of culturele aard als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel f, van de wet, worden aangewezen de leveringen en diensten, genoemd in de bij dit besluit behorende bijlage B.' Bijlage B vermeldt: 'b. De leveringen en diensten als bedoeld in artikel 7 van het besluit, die als zodanig worden verricht door de hierna genoemde instellingen: [...] 13. ziekenhuizen, poliklinieken, psychiatrische inrichtingen en dergelijke inrichtingen, voor zover de diensten niet reeds kunnen worden gerangschikt onder artikel 11, eerste lid, onderdeel c, van de wet. De Algemene aantekening aan het slot van bijlage B vermeldt: [...] 'De in de onderdelen b en c bedoelde instellingen, behoudens die bedoeld in de posten 29 en 33 van onderdeel b, mogen niet systematisch het maken van winst beogen en, zo er wel winst wordt gemaakt, mogen zij deze niet uitkeren, maar moet die winst worden aangewend voor de instandhouding of verbetering van de leveringen en diensten die worden verleend.'

⁴⁴ Zie ook *Ondernemerschap in de zorg*, § 5.e.

⁴⁵ Het Belastingplan 2006 (wet van 15 december 2005, *Stb.* 683) vermeldt in artikel IX: 'De Wet op de omzetbelasting 1968 wordt als volgt gewijzigd: A – In artikel 11, tweede lid, vervalt «c.»'. Artikel XXXV lid 2 vermeldt: 'In afwijking van het eerste lid treden [...] en artikel IX, onderdeel A, in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip'. Ook is aanpassing van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 voorzien, die nog evenmin in werking is getreden.

⁴⁶ Weliswaar wordt bij het k.b. van 15 december 2005 de vrijstelling opengesteld voor ondernemers die wel systematisch het maken van winst beogen, maar dit neemt niet weg dat het 'verbod van winstoogmerk' in de Wet op de omzetbelasting 1968 *zelf* (artikel 11 sub f) nog steeds genoemd wordt. Het is niet helemaal duidelijk hoe deze tegenstrijdigheid in de regelgeving moet worden uitgelegd. Formeel gezien gaat bij tegenstrijdigheid de wet voor en is de algemene maatregel van bestuur (het besluit) onverbindend, voor zover in strijd met de wet in formele zin. Er zijn echter aanwijzingen dat deze benadering in het onderhavige geval te streng is. Dit blijkt zowel uit navraag bij het ministerie van Financiën als uit literatuur. Verder blijkt uit de nota van toelichting (*Stb.* 2005, 687, p. 17) dat het expliciet de bedoeling van de staatssecretaris is geweest met dit besluit aan te sluiten op de in het Belastingplan 2006 geregelde vrijstelling voor leveringen en diensten op grond van artikel 11 lid 1 sub c.

3. JURIDISCHE VORMGEVING VAN HET WINSTEXPERIMENT

3.1 Inleiding

Met het oog op de juridische vormgeving wordt hier onderscheid gemaakt tussen de 'structuur': de juridische instrumenten waarmee aan het winstexperiment vorm kan worden gegeven (§ 3.2) en de wijze waarop in de achtereenvolgende fasen van het experiment van die instrumenten gebruik wordt gemaakt (§ 3.3).

De juridische instrumenten zijn zowel van *publiekrechtelijke* aard (de vaststelling van een beleidsdocument, de vrijstelling van het verbod van winstoogmerk, de daarmee samenhangende aanpassing van beleidsregel(s) en de toelating van ziekenhuizen met winstoogmerk) als van *privaatrechtelijke* aard (een overeenkomst tussen VWS en de betrokken ziekenhuizen). Volgtijdelijk bestaat het experiment uit: selectie van deelnemende ziekenhuizen, start van het experiment, het experiment zelf, tussentijdse evaluatie, eindevaluatie en de afwikkeling van het experiment. Het is noodzakelijk dat potentiële gegadigden en deelnemende ziekenhuizen vooraf zo veel mogelijk zekerheid krijgen over de selectie voor het experiment, de regels die tijdens het experiment zullen gelden, de duur van het experiment, de criteria aan de hand waarvan de resultaten van het experiment zullen worden beoordeeld en de gevolgen van beëindiging van het experiment.

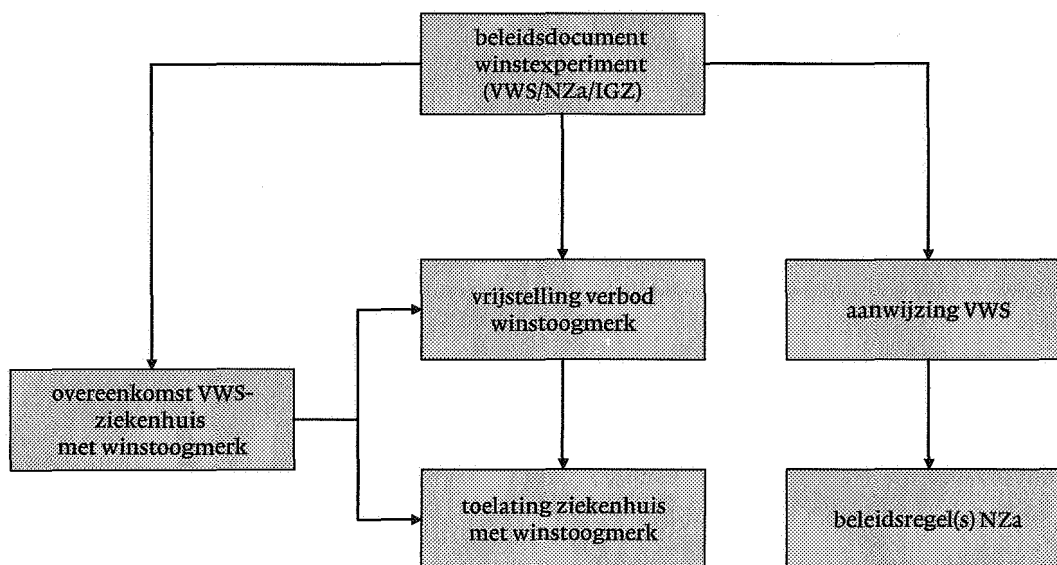
Bij de regulering van en het toezicht op het experiment zijn drie bestuursorganen betrokken. De minister van VWS in verband met de selectie van ziekenhuizen die aan het experiment deelnemen, het buiten toepassing verklaren (of weer van toepassing verklaren) van het verbod van winstoogmerk ten aanzien van deelnemende ziekenhuizen, het verlenen van toelating aan de deelnemende ziekenhuizen in hun nieuwe rechtsvorm en het vaststellen van de regels die deze ziekenhuizen in acht moeten nemen. De NZa, in verband met advisering aan de minister van VWS over de opzet van het experiment en de besluiten die in diverse fasen moeten worden genomen, de aanpassing van de beleidsregels die voor deelnemende ziekenhuizen gelden en het opvragen van informatie bij de ziekenhuizen en de evaluatie daarvan. Tenslotte de IGZ, door het verzamelen en beoordelen van informatie over de kwaliteit van de zorg in de deelnemende ziekenhuizen. Voldoende reguleringszekerheid kan ziekenhuizen alleen worden geboden als het beleid van deze bestuursorganen voldoende op elkaar is afgestemd en dat afgestemde beleid op een zodanige wijze wordt vastgelegd dat de ziekenhuizen op de uitvoering daarvan kunnen rekenen.

Aan de andere kant zullen de ziekenhuizen aan zekere verplichtingen moeten voldoen, zoals ten aanzien van de rechtsvorm, de eigendomsverhoudingen, de condities en mate van winstuitkeringen en de informatie die over kwaliteit en efficiency beschikbaar moet komen. De verplichtingen van de ziekenhuizen op deze punten zullen solide moeten worden vastgelegd, zodanig dat nakoming van hun verplichtingen verzekerd is en daarmee op een adequate wijze publieke verantwoording kan worden afgelegd over verloop en resultaten van het experiment.

Dit alles leidt ertoe een juridische vormgeving voor te stellen zoals hierna wordt uitgewerkt.

3.2 Structuur

Voorgesteld wordt aan het experiment vorm te geven met zes instrumenten, schematisch als volgt weergegeven:



De inhoud en functie van elk van deze instrumenten worden hierna toegelicht.

Beleidsdocument winstexperiment (VWS/NZa/IGZ). VWS, NZa en IGZ stellen een overkoepelend beleidsdocument vast waarin worden vastgelegd: de selectie van de deelnemers aan het experiment, de juridische vormgeving van de start van het experiment, de rechten en verplichtingen van de ziekenhuizen tijdens het experiment, de duur van het experiment en de procedures en criteria die zullen worden gehanteerd bij de tussentijdse evaluatie en de evalueatie. Met dit gezamenlijk beleidsdocument wordt, vóórdat ziekenhuizen verzoeken om deelneming aan het experiment, duidelijk gemaakt hoe de selectie plaatsvindt, wat de juridische vormgeving zal zijn, welke eisen gedurende het experiment worden gesteld en hoe het experiment zal worden geëvalueerd; het bevat een geïntegreerde beschrijving hoe de drie betrokken bestuursorganen (VWS, NZa en IGZ) zullen oordelen en handelen. Voor een belangrijk

deel zal het beleidsdocument betrekking hebben op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden van VWS, NZa en IGZ. In zoverre heeft het gezamenlijk beleidsdocument het karakter van 'beleidsregel' in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb.⁴⁷ De betrokken bestuursorganen zijn, behoudens bijzondere omstandigheden, verplicht in overeenstemming met die beleidsregel te handelen.⁴⁸ Hiermee biedt het beleidsdocument de noodzakelijke zekerheid over overheidsregulering en –toezicht vóór, tijdens en bij afloop van het experiment.

Overeenkomst VWS/ziekenhuis met winstoogmerk. De overeenkomst regelt: de verplichting van VWS om de deelnemende ziekenhuizen vrij te stellen van het verbod van winstoogmerk en dit besluit voor de duur van het experiment te handhaven;⁴⁹ de verplichtingen van het ziekenhuis met winstoogmerk op het punt van de *governance*, eigendomsverhoudingen, waardering van aandelen, aandelentransacties van het ziekenhuis, eventueel de niet-verhandelbaarheid van aandelen, informatieverstrekking aan NZa en IGZ; de financiële consequenties van beëindiging van het experiment; de intrekking van de vrijstelling voor het geval het ziekenhuis niet aan zijn verplichtingen voldoet, naast de mogelijkheid van een vordering tot nakoming van die verplichtingen. Hier wordt ervan uitgegaan dat de overheid uitsluitend contracteert met het ziekenhuis in kwestie en *niet* met derden, met name ook niet met partijen die in het ziekenhuis (willen) investeren. Deze derden zijn contractspartij van het ziekenhuis. Het is in principe aan ziekenhuis en investeerder zelf om hun onderlinge relaties te regelen. De overheid staat daar buiten.

De rechtsvorm van de overeenkomst is nodig om te waarborgen dat het ziekenhuis tijdens het experiment voldoet aan regels op het punt van *governance*, eigendomsverhoudingen, waardering van aandelen, aandelentransacties, normering van de winstuitkering en informatieverstrekking. Dergelijke regels kunnen redelijkerwijs nodig worden geacht met het oog op het experiment. De wettelijke bepaling over experimenten (artikel 2 WTZi) bevat echter geen regeling over het opleggen van voorschriften aan de instellingen die aan een experiment deelnemen. De WTZi biedt wel de mogelijkheid voorschriften aan de toelating te verbinden,⁵⁰ maar het is niet zeker of deze bepaling voldoende ruimte biedt om alle eisen te stellen die met het oog op het experiment nodig zijn. Voorschriften kunnen immers alleen worden opgelegd met het oog op de doeleinden waartoe het toelatingsvereiste is gesteld. Eisen die in het kader van een experiment worden gesteld, passen daarin niet zonder meer. Met een overeenkomst daarentegen kunnen de regels waaraan deelnemende ziekenhuizen moeten voldoen, voldoende duidelijk en op juridisch solide wijze worden

⁴⁷ De betrokken bestuursorganen zijn op grond van artikel 4:81 lid 1 Awb bevoegd dergelijke beleidsregels vast te stellen, ook zonder specifieke grondslag in de WTZi of de Wmg.

⁴⁸ Artikel 4:84 Awb.

⁴⁹ Dit kan slechts een 'inspanningsverplichting' zijn omdat de minister van VWS staatsrechtelijk niet zonder meer kan overeenkomen dat de ziekenhuizen van het verbod van winstuitkering zullen worden vrijgesteld. Er is immers een voorhangprocedure van toepassing, in het kader waarvan de minister de vrijheid moet hebben om, indien nodig, op het voornemen tot vrijstelling terug te komen als het overleg met het parlement hem daartoe aanleiding zou geven.

⁵⁰ Artikel 13 lid 1 WTZi.

vastgelegd. Omgekeerd geldt dat de overeenkomst de deelnemende ziekenhuizen voldoende duidelijkheid biedt over het overheidsbeleid, waaronder ook over de financiële consequenties van beëindiging van het experiment. De overeenkomst zal uiteraard moeten worden aangegaan onder de opschortende voorwaarden dat diverse voor het experiment noodzakelijke besluiten inderdaad tot stand komen resp. in werking treden.⁵¹

Vrijstelling verbod winstoogmerk. Op dit punt is nauwelijks toelichting nodig. De vrijstelling is onmisbaar om winst te kunnen uitkeren. De minister van VWS zal een besluit moeten nemen waardoor artikel 5 lid 2 WTZi ten aanzien van de deelnemende ziekenhuizen buiten toepassing wordt verklaard. De eenvoudigste wijze om dat te doen is in het besluit te verwijzen naar de ziekenhuizen die de Overeenkomst VWS/ziekenhuis met winstoogmerk zijn aangegaan.

Toelating ziekenhuis met winstoogmerk. De minister van VWS verleent aan het ziekenhuis met winstoogmerk toelating als instelling voor medisch specialistische zorg. Indien alle activiteiten overgaan naar de rechtspersoon met winstoogmerk, kan de toelating, verleend aan de oude rechtspersoon, worden ingetrokken.⁵² Eventueel worden de voorschriften inzake behoud van vermogen voor de zorg buiten toepassing verklaard of aangepast. Door verlening van de toelating aan de rechtspersoon met winstoogmerk wordt tevens bereikt dat eventuele afwijkende voorschriften (met name over 'behoud van vermogen voor de zorg') ook alleen voor dit ziekenhuis gelden. Overigens zouden deze voorschriften ten aanzien van de deelnemende ziekenhuizen buiten toepassing kunnen worden verklaard, wanneer andere mechanismen voldoende waarborgen tegen een onverantwoorde aanwending vermogen(sbestanddelen) bieden, zoals een contractueel voorgeschreven begrenzing van de winstuitkering.

Aanwijzing VWS. Voordat de NZa de hierna te noemen experimenteerbeleidsregel kan vaststellen, moet de minister van VWS een daartoe strekkende aanwijzing hebben gegeven. Deze aanwijzing moet worden 'voorgehangen' bij Tweede en Eerste Kamer.

Beleidsregel(s) NZa. Een of meer specifiek voor het experiment geformuleerde beleidsregels zijn noodzakelijk omdat de vrijstelling van het verbod van winstoogmerk op grond van de WTZi alleen kan worden verleend in samenhang met (en voor de geldingsduur van) een door de NZa vastgestelde beleidsregel. Het ligt voor de hand dat de NZa voor de duur van het experiment de beleidsregels die de honorering van medisch specialisten regelen buiten werking stelt ten aanzien van de deelnemende ziekenhuizen.

⁵¹ Onder andere de vrijstelling van het verbod van winstoogmerk, de toelating van het ziekenhuis met winstoogmerk en de wijziging van beleidsregels door de NZa.

⁵² Hiermee wordt niet beoogd mogelijke andere variaties uit te sluiten, bijvoorbeeld die waarin een deel van het ziekenhuis zonder winstoogmerk blijft bestaan en een ander deel wordt ondergebracht in een nieuwe rechtsvorm mét winstoogmerk. In dat geval hoeft de toelating niet te worden ingetrokken.

3.3 Invulling in fasen

Ook in de vormgeving van het proces is het essentieel dat zowel voor de betrokken bestuursorganen als de deelnemende ziekenhuizen duidelijk is wat van hen wordt verwacht. De volgende fasen kunnen worden onderscheiden.

<i>Start van het experiment</i>	
1	voorlopige informatie over het experiment (informatie is tevens opvraagbaar of te downloaden)
2	NZa/VWS publiceren op een website alle vragen die over het experiment zijn gesteld met de daarop gegeven antwoorden
3	bekendmaking beleidsdocument en concept-overeenkomst
4	uiterste datum indiening aanvraag toelating experiment met bijlagen
5	VWS (of NZa namens VWS) stelt aanvragers in de gelegenheid naar aanleiding van hun aanvraag te worden gehoord
6	NZa adviseert minister welke ziekenhuizen voor deelname aan het experiment moeten worden aangewezen
7	minister beslist welke ziekenhuizen voor deelname aan het experiment worden aangewezen
8	tussen VWS en geselecteerde ziekenhuizen wordt een overeenkomst aangegaan
9	minister legt aan parlement voor: <ul style="list-style-type: none"> - ontwerp van ministeriële regeling op grond van artikel 2 lid 1 WTZi - voorgenomen aanwijzing inzake beleidsregels op grond van Wmg
10	minister stelt vast: <ul style="list-style-type: none"> - ministeriële regeling op grond van artikel 2 lid 1 WTZi - aanwijzing inzake beleidsregels op grond van Wmg
11	overheid besluit tot vrijstelling BTW voor ziekenhuizen met winstoogmerk
12	NZa stelt met oog op experiment beleidsregel vast ten aanzien van honorering medisch specialisten in de geselecteerde ziekenhuizen (en eventuele andere beleidsregels)
13	geselecteerde instellingen leggen aan NZa documentatie over hun rechtsvorm en het vermogen van de rechtspersoon over
14	geselecteerde instellingen verkrijgen een (nieuwe) toelating en oude toelatingen worden ingetrokken
15	inwerkingtreding van: <ul style="list-style-type: none"> - ministeriële regeling op grond van WTZi - nieuwe toelatingsbeschikkingen - beleidsregel(s) NZa - vrijstelling BTW voor ziekenhuisdiensten met winstoogmerk
<i>Tijdens het experiment</i>	
16	toetsing aandelentransacties

17	periodieke monitoring
18	tussentijdse evaluatie
19	besluitvorming continuering/beeindiging
<i>Afloop van het experiment</i>	
20	eindevaluatie
21	besluitvorming
22	afwikkeling experiment

Deze fasen worden hierna uitgewerkt, gegroepeerd in drie onderdelen: de start van het experiment, het experiment zelf en de afsluiting ervan. In dit rapport is de start van het experiment het verst uitgewerkt. De volgende fasen zijn minder ver uitgewerkt, omdat het daar sterk aankomt op een nadere invulling die nog moet plaatsvinden (bijvoorbeeld van de evaluatiecriteria).

3.4 Start van het experiment

In deze fase staat de selectie centraal van de ziekenhuizen die aan het experiment deelnemen. Inherent aan een experiment is dat niet alle ziekenhuizen kunnen deelnemen, maar een beperkt aantal. Er wordt van uitgegaan dat het minimum vier ziekenhuizen is en het maximum zes.⁵³ Er moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat méér dan zes ziekenhuizen voor het experiment in aanmerking willen komen. Dit betekent dat een procedure en criteria nodig zijn voor de selectie van de ziekenhuizen die aan het experiment zullen deelnemen. Die selectie moet te verantwoorden en juridisch houdbaar zijn. Uit een oogpunt van behoorlijk bestuur is het noodzakelijk dat alle ziekenhuizen gelijke kansen op deelname hebben en dat over deelname wordt beslist aan de hand van objectieve criteria.

1	voorlopige informatie over het experiment (informatie is tevens opvraagbaar of te downloaden)
2	NZa/VWS publiceren op een website alle vragen die over het experiment zijn gesteld met de daarop gegeven antwoorden
3	bekendmaking beleidsdocument en modelovereenkomst

In eerste instantie zal informatie over het experiment algemeen toegankelijk moeten worden gemaakt. Alle potentiële gegadigden beschikken dan over dezelfde (voor)informatie (fase 1). Die informatie zal een voorlopig karakter hebben. Het is immers mogelijk dat vragen en opmerkingen uit 'het veld' leiden tot aanpassingen en verduidelijkingen van de vormgeving van het experiment. Een Q&A-procedure (fase 2) kan daartoe behulpzaam zijn. Het eigenlijke startpunt voor de procedure is de bekendmaking van het beleidsdocument van VWS, NZa en IGZ waarin de procedure

⁵³ *Ondernemerschap in de zorg*, § 5.a.

voor en de condities van het experiment worden uiteengezet, alsmede de inhoud van de modelovereenkomst op basis waarvan overeenkomsten tussen VWS en deelnemende ziekenhuizen zullen worden gesloten. Deze informatie zal toereikend moeten zijn om de ziekenhuizen in staat te stellen te beoordelen of zij daadwerkelijk aan het experiment willen deelnemen.

4	uiterste datum indiening aanvraag toelating experiment met bijlagen
5	VWS (of NZa namens VWS) stelt aanvragers in de gelegenheid naar aanleiding van hun aanvraag te worden gehoord

In het beleidsdocument zal een redelijke termijn (bijvoorbeeld twee maanden) moeten worden vastgelegd waarbinnen aanvragen voor toelating tot het experiment kunnen worden ingediend. Bij de criteria zal een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de criteria waaraan het aanvragende ziekenhuis moet voldoen om aan de selectie deel te nemen, en de eigenlijke selectiecriteria.

Voor deelname aan de selectie worden de volgende criteria voorgesteld.

- a. De aanvrager moet een toegelaten ziekenhuis zijn. Het experiment is gericht op algemene ziekenhuizen en dus niet op academische en categorale ziekenhuizen. Ook zelfstandige behandelcentra kunnen niet deelnemen. De kring van mogelijke deelnemers zal dus nader moeten worden afgegrensd.⁵⁴
- b. Als het ziekenhuis tevens zorg verleent in de zin van de AWBZ, zal moeten worden aangetoond dat – en op welke wijze – een toereikende administratieve scheiding is aangebracht tussen de ziekenhuiszorg en de AWBZ-zorg.⁵⁵ Het winstexperiment geldt immers alleen voor het ziekenhuis, niet voor AWBZ-zorg.
- c. Een verklaring volgens een nader vast te stellen *format*, waarin de aanvragende rechtspersoon verklaart welke rechtsvorm in geval van toelating tot het experiment zal worden gekozen (naamloze of besloten vennootschap of, in de toekomst, een maatschappelijke onderneming⁵⁶) en welke zeggenschapsverhoudingen dan van toepassing zullen zijn. De inhoud van deze verklaring kan naderhand een plaats krijgen in de overeenkomst tussen VWS en deelnemend ziekenhuis.
- d. Een (accountants)verklaring waaruit blijkt dat de bij de functie-uitoefening van het ziekenhuis betrokken activa zijn of worden ondergebracht in de rechtspersoon die het ziekenhuis exploiteert of in een vennootschap waarvan het ziekenhuis de

⁵⁴ Voor het experiment zou van de volgende omschrijving kunnen worden uitgegaan: de inschrijving voor het experiment staat open voor instellingen voor medisch specialistische zorg als bedoeld in artikel 1.2 onder 1 Uitvoeringsbesluit WTZi die tevens verblijf bieden als bedoeld in artikel 2.10 Besluit zorgverzekering, niet zijnde een academisch ziekenhuis of een instelling die uitsluitend of in hoofdzaak zorg verleent in verband met een psychiatrische aandoening of die uitsluitend of in hoofdzaak revalidatiezorg verleent.

⁵⁵ Dan wel dat de verschillende soorten zorg in verschillende rechtspersonen zijn ondergebracht.

⁵⁶ Minister Hirsch Ballin van Justitie heeft een proeve van een wetsvoorstel dat de maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm introduceert, voor advies naar verschillende instanties gestuurd. Zie <http://www.minjus.nl/onderwerpen/wetgeving/maatschappelijkeonderneming/index.aspx>. In het kader van een consultatieronde heeft de minister (bij brief van 12 juli 2007) met het oog op de gezondheidszorg de vraag aan de orde gesteld of (beperkte) rendementsvergoeding, dan wel enige vorm van winstuitkering mogelijk moet zijn. Zie http://www.minjus.nl/images/Consultatiebrief%20M.O._tcm34-77157.pdf.

- aandelen houdt.⁵⁷ Ook de inhoud van deze verklaring kan naderhand een plaats krijgen in de overeenkomst tussen VWS en deelnemend ziekenhuis.
- e. Gegevens over eventuele vergunningen op grond van de Wet op bijzondere medische verrichtingen (WBMV) en andere, nader aan te duiden (sub)specialisaties. Deze gegevens kunnen nodig zijn met het oog op de verdere selectie van deelnemende ziekenhuizen.
 - f. Opgave van de financiële positie van het ziekenhuis volgens een nader vast te stellen *format*. Ook deze gegevens kunnen nodig zijn met het oog op de verdere selectie van deelnemende ziekenhuizen.
 - g. Overlegging van een strategisch plan en een *business case* in een nader vast te stellen *format*, dat duidelijk maakt welke strategie en welk beleid het ziekenhuis beoogt indien het als deelnemer van het experiment wordt aangewezen.⁵⁸ Met deze eis wordt niet een weging of beoordeling van voorgenomen strategie of beleid beoogd, maar wordt verzekerd dat het ziekenhuis een expliciete beleidsvisie heeft; wat die visie is en hoe daaraan uitwerking wordt gegeven, is aan het ziekenhuis zelf.

Als de aanvraag onvolledig is, wordt het ziekenhuis gedurende een korte termijn in de gelegenheid gesteld de aanvraag aan te vullen.⁵⁹ Aanvragen die desondanks onvolledig blijven of die niet tijdig zijn ingediend, worden buiten behandeling gelaten. Naar aanleiding van de aanvragen kunnen aan de ziekenhuizen nadere inlichtingen en gegevens worden gevraagd. Op verzoek kan een ziekenhuis in de gelegenheid worden gesteld de aanvraag mondeling toe te lichten.

6	NZa adviseert minister welke ziekenhuizen voor deelname aan het experiment moeten worden aangewezen
7	minister beslist welke ziekenhuizen voor deelname aan het experiment worden aangewezen

Deze fase betreft de uiteindelijke selectie. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de volgende gevallen:

- aantal aanvragende ziekenhuizen < 4: er worden geen ziekenhuizen aangewezen
- aantal aanvragende ziekenhuizen is 4, 5 of 6: alle aanvragende ziekenhuizen worden aangewezen
- aantal aanvragende ziekenhuizen > 6: aan de hand van de selectiecriteria wordt bepaald of het ziekenhuis wordt aangewezen.

De selectie in het laatste geval vindt plaats op basis van urbanisatiegraad, specialisatie⁶⁰ en financiële positie. De precieze methodiek wordt in het beleidsdocument VWS/NZa/IGZ nader uitgewerkt.

⁵⁷ *Ondernemerschap in de zorg*, § 5.e.

⁵⁸ *Ondernemerschap in de zorg*, § 5.b.

⁵⁹ Artikel 4:5 lid 1 Awb.

⁶⁰ De mate van specialisatie kan worden vastgesteld aan de hand van de vergunning(en) op grond van de WBMV en aan de hand van de (sub)specialisaties die het ziekenhuis kent.

De minister informeert alle aanvragende ziekenhuizen schriftelijk over de uitkomst van de procedure. Hier is sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, aangezien de beslissing tot gevolg heeft dat het ziekenhuis wel of niet in aanmerking komt om te worden vrijgesteld van het verbod van winstoogmerk. Bij de mededeling van het besluit moeten de ziekenhuizen dan ook worden gewezen op de mogelijkheid van indiening van een bezwaarschrift.

8	tussen VWS en geselecteerde ziekenhuizen wordt een overeenkomst aangegaan
9	minister legt aan parlement voor: <ul style="list-style-type: none"> - ontwerp van ministeriële regeling op grond van artikel 2 lid 1 WTZi; - voorgenomen aanwijzing inzake beleidsregels op grond van Wmg
10	minister stelt vast: <ul style="list-style-type: none"> - ministeriële regeling op grond van artikel 2 lid 1 WTZi; - aanwijzing inzake beleidsregels op grond van Wmg; - eventuele aanpassing beleidsregel 'behoud van vermogen'
11	overheid besluit tot vrijstelling BTW voor ziekenhuizen met winstoogmerk

Met deze stappen wordt uitvoering gegeven aan de selectie van deelnemende ziekenhuizen. De overeenkomst tussen VWS en ziekenhuizen wordt gesloten volgens het vooraf vastgestelde model. De overeenkomst zal – telkens afhankelijk van de nog vast te stellen uitwerking – verplichtingen van het ziekenhuis bevatten betreffende (continuering van de) rechtsvorm, vermogen, 'behoud van vermogen voor de zorg',⁶¹ waardering en overdracht van aandelen, winstuitkering⁶² alsmede de verplichtingen van het ziekenhuis tot verstrekking van bedrijfseconomische informatie en van informatie over de kwaliteit van zorg. Voorts zal de overeenkomst inhouden dat de ministeriële regeling, indien tot stand gekomen, ten aanzien van het gecontracteerde ziekenhuis zal kunnen worden beëindigd indien het ziekenhuis niet aan zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst voldoet. Tenslotte kunnen de consequenties van beëindiging van het experiment worden geregeld.

In de ministeriële regeling wordt bepaald dat artikel 5 lid 2 WTZi niet geldt voor instellingen die de (in de regeling nader aan te duiden) overeenkomst hebben gesloten. Daarmee wordt de vrijstelling gekoppeld aan de overeenkomst; bij het eindigen van de overeenkomst ten aanzien van een ziekenhuis eindigt voor dat ziekenhuis ook de vrijstelling van het verbod van winstoogmerk. Na voorlegging van de ministeriële

⁶¹ Het gaat hier om eventuele aanpassing of terzijdestelling van het voorschrift 'behoud van vermogen' dat de minister van VWS aan de toelating van (onder andere) de ziekenhuizen heeft verbonden; in plaats daarvan is begrenzing van de winstuitkering mogelijk.

⁶² De toegestane winstuitkering kan, indien gewenst, afhankelijk worden gesteld van solvabiliteitscriteria of aan bepaalde maxima of percentages worden gebonden, al dan niet onderscheiden naar soort aandeel.

regeling én de voorgenomen aanwijzing aan Tweede en Eerste Kamer worden regeling en aanwijzing vastgesteld.⁶³

In de aanwijzing wordt bepaald dat de NZa met het oog op het experiment één of meer beleidsregels vaststelt die specifiek voor de deelnemende ziekenhuizen gelden. Deze hebben in elk geval betrekking op de honorering van medisch specialisten in de deelnemende ziekenhuizen.

12	NZa stelt met oog op experiment beleidsregel vast die de normaal geldende honoreringssystematiek in de geselecteerde ziekenhuizen buiten werking stelt (en eventuele andere beleidsregels)
13	geselecteerde instellingen leggen aan NZa documentatie over hun rechtsvorm en het vermogen van de rechtspersoon over
14	geselecteerde instellingen verkrijgen een (nieuwe) toelating en oude toelatingen worden, voor zover niet meer nodig, ingetrokken

Deze fasen behoeven nauwelijks nadere toelichting. De in fase 13 bedoelde documentatie dient ertoe vast te stellen dat het ziekenhuis heeft gehandeld overeenkomstig de bij de aanvraag ingediende verklaring over de rechtsvorm en de zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen en in zoverre aan zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst heeft voldaan.

15	<p>inwerkingtreding van:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ministeriële regeling op grond van WTZi - nieuwe toelatingsbeschikkingen - beleidsregel(s) NZa - (eventueel) aangepaste voorschriften inzake behoud van vermogen - vrijstelling BTW voor ziekenhuisdiensten met winstoogmerk
----	---

Met de inwerkingtreding van deze besluiten en regelingen gaat het experiment werkelijk van start.

3.5 Tijdens het experiment

16	toetsing aandelentransacties
17	periodieke monitoring

Tijdens het experiment zal het ziekenhuis zich richten op de realisatie van de vastgestelde strategie en extern kapitaal aantrekken. Het ziekenhuis is vrij in de keuze van zijn beleid, op beperkingen na die nodig kunnen worden geacht met het oog op het

⁶³ Als het overleg met het parlement de minister aanleiding geeft de regeling niet tot stand te brengen, komt er uiteraard geen vrijstelling van het verbod van winstoogmerk. In dat geval is bovendien de opschortende voorwaarde waaronder VWS en ziekenhuis hebben gecontracteerd niet vervuld, zodat deze overeenkomst geen effect sorteert.

experiment. Hiertoe behoort – gezien het publieke belang dat bij de ziekenhuiszorg betrokken is – dat aandelentransacties vooraf worden gemeld, zodat de overheid kan beoordelen of de transactie wordt aangegaan met een partij die aan de nodige eisen op het punt van integriteit en soliditeit voldoet.⁶⁴ Hiervoor zullen nadere criteria moeten worden geformuleerd. Bij aandelentransacties zal moeten worden uitgegaan van de marktwaarde van de aandelen.⁶⁵ Winstuitkeringen moeten in overeenstemming zijn met de (eventueel) daaraan gestelde beperkingen.⁶⁶

Verder zal de overheid er tijdens de duur van het experiment op moeten toezien dat de deelnemende ziekenhuizen aan de gestelde eisen (blijven) voldoen en zal zij inzicht moeten hebben in de ontwikkeling van de kwaliteit van zorg en de efficiency van de ziekenhuizen. Hiertoe zullen de ziekenhuizen gegevens moeten verstrekken. Voor zover mogelijk zullen daarvoor reeds bestaande gegevensbronnen worden gebruikt (jaarrekening, jaarverslag, de periodieke informatie die ziekenhuizen aan NZa en IGZ verstrekken en het kwaliteitsjaarverslag). Op de ziekenhuizen zal contractueel de verplichting rusten periodiek voor zover nodig aanvullende gegevens te verstrekken.

18	tussentijdse evaluatie
19	besluitvorming continuering/beëindiging

Eventuele tussentijdse evaluatie kan bijvoorbeeld na 2,5 jaar plaatsvinden. Vooraf (in het beleidsdocument VWS/NZa/IGZ resp. de overeenkomst VWS/ziekenhuis) moet worden vastgelegd wanneer de tussentijdse evaluatie plaatsvindt, welke procedure daarbij wordt gevolgd, aan de hand van welke criteria wordt geëvalueerd en wat de gevolgen van de tussentijdse evaluatie kunnen zijn. Relevante, nader uit te werken, criteria zijn efficiency en kwaliteit van zorg. Een besluit over tussentijdse beëindiging is (uiteraard) alleen aan de orde als die mogelijkheid vooraf is vastgelegd. Ook moet vooraf worden vastgelegd welke uitkomsten tot tussentijdse beëindiging van het experiment ten aanzien van een deelnemend ziekenhuis kunnen leiden. Ook kan voor een opzet worden gekozen waarin de tussentijdse evaluatie *niet* tot beëindiging kan leiden.

3.6 Afloop van het experiment

20	eindevaluatie
21	besluitvorming
22	afwikkeling experiment

⁶⁴ Nader kan worden gezien of contractueel moet worden voorzien in een toestemmingseis dan wel in een geen-bezwaarsysteem.

⁶⁵ Zie *Ondernemerschap in de zorg*, § 3.a.

⁶⁶ Er is een scala van mogelijkheden voor regulering van winstuitkeringen. Bijvoorbeeld winst uit bepaald bedrijfsonderdeel (zoals onroerend goed) kan van uitkering worden uitgesloten; bedrijfseconomische parameters kunnen toepasselijk worden verklaard (o.a. solvabiliteit, liquiditeit). Ook kan worden gekozen voor enige vorm van preferentie van aandelen. Bijvoorbeeld: preferente aandelen met beperkte winstrechten voor externe investeerder, overige aandelen voor de stichting (voorrang voor externe beleggers bij de winstuitkering, maar uitkering is beperkt in omvang).

De eindevaluatie zal zijn beslag moeten krijgen tijdens het laatste jaar van het experiment of uiterlijk binnen drie maanden na het einde daarvan.⁶⁷ Vóór de aanvang van het experiment zal moeten zijn vastgelegd wanneer de eindevaluatie plaatsvindt, welke procedure daarbij wordt gevolgd en aan de hand van welke criteria wordt geëvalueerd. De criteria zullen in elk geval de efficiency en kwaliteit van zorg betreffen. Naar aanleiding van de eindevaluatie zijn verschillende conclusies mogelijk.

Het experiment kan als geslaagd worden aangemerkt als een verbetering van de efficiency is opgetreden en de kwaliteit van de zorg gelijk is gebleven of is verbeterd. Uiteraard moeten de criteria om de resultaten te beoordelen nader worden uitgewerkt. Bij een positieve uitkomst kan de overheid, afhankelijk van de wetgeving op dat moment, besluiten winstoogmerk en –uitkering voor alle ziekenhuizen⁶⁸ mogelijk te maken. Hierover kunnen vooraf geen bindende uitspraken worden gedaan of afspraken worden gemaakt. Onzeker is hoe de wetgeving bij afloop van het experiment zal luiden. Als de WTZi dan nog ongewijzigd zou gelden, zou een algemene afschaffing van het verbod van winstoogmerk slechts mogelijk zijn bij a.m.v.b. De staatsrechtelijke verhoudingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich vooraf vastlegt ten aanzien van de inhoud van een dergelijke a.m.v.b.⁶⁹ De overheid kan er bovendien ook op grond van een politieke afweging ook voor kiezen, ondanks het welslagen van het experiment, het verbod van winstoogmerk en –uitkering te handhaven.

Het experiment moet als niet geslaagd worden aangemerkt als volgens dezelfde nader vast te stellen criteria geen verbetering van de efficiency is opgetreden of de kwaliteit van de zorg is achteruit gegaan. In dit geval ligt het voor de hand dat na beëindiging van het experiment het verbod van winstoogmerk en –uitkering voor de deelnemende ziekenhuizen opnieuw van kracht wordt.

Het experiment eindigt⁷⁰ door het verstrijken van de termijn die was gesteld in de beleidsregel(s) van de NZa, waarnaar in het besluit op grond van artikel 2 lid 1 WTZi wordt verwezen. Daarmee komt tevens een einde aan de geldingsduur van de ministeriële regeling, waarmee het verbod van winstoogmerk terzijde was gesteld. Het ziekenhuis, dan waarschijnlijk nog in de vorm van een op winst gerichte rechtspersoon, zal moeten worden omgevormd tot een rechtspersoon zonder winstoogmerk. Indien op dat moment nog een regime van toelatingen geldt, zal de toelating aan die laatste rechtspersoon moeten worden verleend. Er moet rekening mee worden gehouden dat deze en andere consequenties een zekere termijn vergen. Aan deelnemende

⁶⁷ Artikel 58 lid 7 Wmg. Mochten eindevaluatie en rapportage na afloop van het experiment plaatsvinden, dan ligt het voor de hand dat dit gebeurt tijdens de periode gedurende welke de NZa na afloop van het experiment de gevolgen daarvan in stand laat (artikel 58 lid 5 Wmg).

⁶⁸ En eventuele andere categorieën instellingen.

⁶⁹ Dit geldt temeer nu hier een voorhangprocedure geldt die inspraak van het parlement waarborgt, zie artikel 65 WTZi.

⁷⁰ Indien wordt uitgegaan van de thans geldende wet- en regelgeving.

ziekenhuizen kan een 'uitlooptermijn' worden geboden om hen in staat te stellen zich op de gewijzigde omstandigheden in te stellen.⁷¹

Beëindiging van het experiment⁷² zal leiden tot een daling van de waarde van de aandelen in het ziekenhuis in vergelijking met de marktwaarde zoals die geweest zou zijn als de vrijstelling van het verbod van winsttoogmerk van kracht zou zijn gebleven, zodat aandeelhouders – waaronder externe investeerders – nadeel lijden. De mogelijkheid van dit nadeel kan een factor zijn in de afwegingen die ziekenhuizen en investeerders vóór de aanvang van het experiment maken.⁷³ Ziekenhuis en investeerders kunnen (vooraf) afspraken maken over de financiële consequenties indien na afloop van het experiment het verbod van winsttoogmerk opnieuw van kracht zou worden (exitregeling). Omdat het gaat om een experiment met een tevoren vaststaande maximale duur, en geen bindende toezeggingen kunnen worden gedaan over de mogelijkheid van winstuitkering na afloop van het experiment, is overheidsaansprakelijkheid voor financiële nadelen als gevolg van de afloop van het experiment niet aannemelijk. Een eventueel contractueel vast te leggen nadeelcompensatie zal onder deze omstandigheden de vraag doen rijzen naar de verenigbaarheid daarvan met de regels over staatssteun in het EG-Verdrag.⁷⁴ Deze facetten vereisen nader onderzoek, mocht uit beleidsmatig oogpunt enige vorm van financiële betrokkenheid van de overheid bij beëindiging van het experiment wenselijk worden geacht.

⁷¹ Artikel 58 lid 5 Wmg voorziet in een uitlooptermijn van minder dan twee jaar. De NZa kan besluiten de gevolgen van het experiment geheel of gedeeltelijk in stand te houden tot het einde van het boekjaar volgend op het boekjaar waarin het experiment is geëindigd. Deze bevoegdheid ziet alleen op de voortgezette werking van de beleidsregels, niet op de geldingsduur van de vrijstelling van het verbod van winsttoogmerk op grond van de WTZI. Het ligt echter voor de hand dat de toepassing van de Wmg en de toepassing van de WTZI op elkaar worden afgestemd.

⁷² Dit geldt zowel voor eventuele tussentijdse beëindiging als voor beëindiging na de eindevaluatie.

⁷³ Zie hierover nader *Ondernemerschap in de zorg*, § 5.i.

⁷⁴ Artikel 87 EG.

4. CONCLUSIE

Met de voorgestelde juridische vormgeving is beoogd een optimale uitgangspositie voor het welslagen van het winstexperiment te bieden. Aan (potentiële) deelnemers aan het winstexperiment en investeerders wordt reguleringszekerheid geboden. Elk ziekenhuis heeft een faire kans om aan het experiment deel te nemen. De verplichtingen van deelnemende ziekenhuizen worden op een solide wijze vastgelegd, zodat nakoming daarvan gedurende het experiment gewaarborgd is. De voorgestelde juridische vormgeving vergt de inzet van verschillende instrumenten (regelgeving, een aanwijzing, beleidsregel(s), toezichtbevoegdheden en een overeenkomst) door verschillende bestuursorganen. In het vorenstaande is vooralsnog op hoofdlijnen geschetst op welke wijze aan deze instrumenten toepassing kan worden gegeven. Op tal van punten is een nadere uitwerking noodzakelijk indien en nadat is besloten het licht voor het winstexperiment op groen te zetten.