

ADVIES OVER HET REGULEREN VAN WINSTUITKERING DOOR ZORGAANBIEDERS

Mr. J.M. Veenbrink, dr. L.R. Glas en prof.mr. J.W. van de Gronden

Vaksectie Internationaal en Europees recht, Radboud Universiteit

Nijmegen 17 december 2018

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Nederlands wettelijk kader	4
2.1 WTZi	4
2.2 Drie uitzonderingen op het toelatingsvereiste van de WTZi.....	7
3. Het recht op eigendom	10
3.1 Werkingssfeer van het EVRM en het Handvest	11
3.2 Afbakening: artikel 1 EP EVRM.....	11
3.3 Eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.....	12
3.4 Beperking van het recht op eigendom.....	14
3.5 Strijd met het recht op eigendom.....	15
4. Het recht van de interne markt voor de EU: vrij verkeersbepalingen VWEU	22
4.1 Grensoverschrijdende situatie	23
4.2 Vrijheid van vestiging	25
4.2.1 Toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging	25
4.2.2 Beperking van de vrijheid van vestiging.....	26
4.3 Vrij verkeer van diensten	27
4.3.1. Toepassingsbereik van het vrij verkeer van diensten	28
4.3.2 Beperking van het vrij verkeer van diensten.....	30
4.4 Vrij verkeer van kapitaal.....	31
4.4.1 Toepassingsbereik van het vrij verkeer van kapitaal.....	31
4.4.2 Beperking van het vrij verkeer van kapitaal	31
4.5 Rechtvaardiging van een beperking van de vrij verkeersbepalingen.....	34
4.5.1 Het te beschermen belang.....	36
4.5.2 Proportionaliteitsvereiste	39
4.5.2.1 Uitgangspunten in de rechtspraak van het HvJEU	40
4.5.2.2 Geschiktheid.....	43
4.5.2.3 Noodzakelijkheid.....	48
4.6 De Dienstenrichtlijn en de regulering van winstuitkering.....	55
5. Conclusie	62

1. Inleiding

De bewindspersonen van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) hebben per brief aan de Tweede Kamer op 13 juli 2018¹ een nader onderzoek aangekondigd over de juridische mogelijkheden om winstuitkering door zorgaanbieders te beperken of te verbieden. Naar aanleiding hiervan heeft de directie Patiënt en Zorgordening (PZo) van het ministerie van VWS de opdracht verleend aan onderzoekers van de Radboud Universiteit om een onderzoek uit te voeren teneinde inzicht te verkrijgen in de juridische mogelijkheden of kaders om, binnen het huidige zorgstelsel, winstuitkering door zorgaanbieders bij wettelijk voorschrift te beperken of te verbieden. Daarnaast is gevraagd om in te gaan op de meer specifieke vragen of het relevant is of winstuitkering voorheen al dan niet gereguleerd werd; of het verschil maakt of het gaat om winst van zorgaanbieders of van dochterondernemingen/derden; of de maatregel ook betrekking kan hebben op in het verleden opgebouwde winsten; of invoeringsmaatregelen geboden zijn; en of er onderscheid gemaakt kan of moet worden naar zorgsectoren. Het onderzoek is begeleid door de directies PZo en Wetgeving en Juridische Zaken (WJZ) van het ministerie van VWS.

Het onderhavige advies zal nader ingaan op de mogelijkheden om winstuitkering door verschillende zorgaanbieders te beperken of geheel te verbieden en op de meer specifieke vragen die hierboven geschetst zijn. Deze mogelijkheden worden belicht zowel vanuit het perspectief van de fundamentele rechten – namelijk het recht op eigendom zoals neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) – als vanuit het EU-recht voor de interne markt, met name de vrij verkeersbepaling uit het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Het EVRM en het EU-recht zijn bijzonder relevante rechtsbronnen voor Nederland, niet alleen omdat beide rechtsgebieden juridisch bindende verplichtingen bevatten, maar ook omdat de Nederlandse rechter beide rechtsbronnen toepast en veelvuldig verwijst naar de bijbehorende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU).

¹ Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2018, brief van de minister van volksgezondheid, welzijn en sport, de minister voor medische zorg en de staatssecretaris van volksgezondheid, welzijn en sport, TK 24775, nr. 150.

De centrale vraag in dit advies is in hoeverre het beperken of verbieden van winstuitkering door zorgaanbieders binnen het huidige zorgstelsel in overeenstemming is met het fundamentele recht op eigendom (EVRM en Handvest) en het EU-recht voor de interne markt. In dit advies wordt onder de regulering van winstuitkering verstaan zowel het verbieden als het beperken hiervan. Om deze vraag te beantwoorden, wordt eerst kort het huidige nationale wettelijk kader omtrent winstuitkering door zorgaanbieders geschetst. Na bespreking van dit wettelijk kader wordt de mogelijkheid om winstuitkering te verbieden en/of te beperken beoordeeld in het licht van de relevante bepalingen van het EVRM en het EU-recht. Afgesloten wordt met een aantal conclusies.

2. Nederlands wettelijk kader

In deze paragraaf staat de Nederlandse regelgeving die geldt voor winstuitkering door zorgaanbieders centraal. In de huidige regelgeving is de mogelijkheid tot winstuitkering gekoppeld aan de toelating uit hoofde van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Bij de bespreking van deze wet komen ook de redenen om winstuitkering te verbieden en mogelijke voor- en nadelen van (gereguleerde) winstuitkering aan bod zoals bewindspersonen en de regering die hebben geformuleerd. De hierop volgende paragrafen zullen teruggrijpen op de uitzonderingen en de voor- en nadelen die in deze paragraaf worden besproken, omdat deze punten relevant zijn voor de juridische analyse en dan met name de vraag of bepaalde beperkingen op rechten en/of vrijheden zijn toegestaan.

2.1 WTZi

Zorgaanbieders die zorg willen aanbieden die vergoed wordt door een zorgverzekeraar of vanuit de Wet langdurige zorg (Wlz) zullen op basis van artikel 5(1) van de WTZi een toelating dienen te verkrijgen om zorg te mogen verlenen.² Deze toelating wordt geacht te zijn gegeven voor een aantal extramurale zorgaanbieders.³ Deze wet verleent in beginsel geen toelating aan instellingen met een winstoogmerk. Op dit verbod op een winstoogmerk zijn uitzonderingen aangebracht per besluit.⁴ Dit houdt in grote lijnen in dat zorgaanbieders die extramurale Zvw-zorg en extramurale Wlz-zorg aanbieden wel winst mogen uitkeren onder het huidige regime.

Overigens is op het moment van het schrijven van dit advies een wetsvoorstel aanhangig om het WTZi-regime te vervangen. Het betreft hier de Wet toetreding zorgaanbieders (WTZa).⁵ Wel is het de bedoeling dat het verbod op winstoogmerk dat is opgenomen in de WTZi behouden blijft.⁶ Verder is er een wetsvoorstel in behandeling dat

² Wanneer de geleverde zorg valt onder de Jeugdwet of de WMO is dus geen WTZi-toelating nodig.

³ Zie artikel 2.2 Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen (Uitvoeringsbesluit WTZi).

⁴ Zie artikel 3.1 Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen (Uitvoeringsbesluit WTZi).

⁵ Zie kamerstukken 34767.

⁶ Zie Wetsvoorstel voor de WTZa, TK 34767, nr. 2 en Memorie van Toelichting bij de WTZa, TK 34767, nr. 3, par. 9.

winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg onder strenge voorwaarden mogelijk maakt.⁷

Het oorspronkelijke idee achter het verbod op winstoogmerk, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting destijds opgenomen bij de WTZi, was het voorkomen dat “collectieve middelen” als winst werden uitgekeerd. Winstuitkeringen pasten niet bij het doel van “kwalitatief goede zorgverlening”.⁸ Zorgaanbieders werden geacht “doelmatig en efficiënt”⁹ te zijn en niet slechts te streven naar winstoptimalisatie, wat kan leiden tot “een opwaartse druk op de collectieve uitgaven [...], die door de premiebetaler moet worden opgebracht”.¹⁰ Ook kan de kwaliteit van de zorg onder druk komen te staan als er winst uitgekeerd kon worden. Tot slot werd aangegeven dat er “op [dat] moment onvoldoende countervailing powers [waren] om een eventuele uitruil tussen winst en kwaliteit te kunnen bewaken”.¹¹ Zoals blijkt uit de brief van de bewindspersonen van VWS van 13 juli 2018 aan de Tweede Kamer, wordt de winstuitkering door aanbieders van intramurale zorg onwenselijk geacht, vanwege de risico’s en kosten die de overheid droeg van het zorgvastgoed. Het verschuiven van deze risico’s voor het vastgoed van de overheid naar de zorgaanbieders zelf doet de relevantie van het onderscheid wat betreft winstuitkering tussen intramurale en extramurale zorg vervagen. Zoals de bewindspersonen aangeven in de brief van 13 juli 2018 komt dit “onderscheid [namelijk] voort uit het voormalige «bouwregime» in de zorg, waarbij instellingen hun kapitaallasten volledig vergoed kregen door de overheid en zij daarover ook geen risico droegen”.¹²

De redenen om winstuitkering te verbieden, lijken dan ook neer te komen op (i) het voorkomen van het wegvloeien van publieke middelen naar private partijen – wat uiteindelijk kan leiden tot een verhoging van de zorgpremies – (ii) het voorkomen van onwenselijke productieprikkelers die mogelijk de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg aantasten,¹³ en

⁷ Zie Kamerstukken 33 168.

⁸ Memorie van Toelichting bij de Herziening van het stelsel van overheidsbemoediging met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen), TK 27659, nr. 3, par. 4.3.2.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2018, brief van de minister van volksgezondheid, welzijn en sport, de minister voor medische zorg en de staatssecretaris van volksgezondheid, welzijn en sport, TK 24775, nr. 150, p. 2.

¹³ Zie ook Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2018, brief van de minister van volksgezondheid, welzijn en sport, de minister voor medische zorg en de staatssecretaris van volksgezondheid, welzijn en sport, TK 24775, nr. 150, p. 2.

(iii) gebreken in de marktwerking, waardoor de uitruil tussen kwaliteit en winst niet goed wordt bewaakt.¹⁴ Deze redenen zouden eventueel gebruikt kunnen worden als gronden om winstuitkeringen in de extramurale zorg ook te beperken of te verbieden.

Overigens wijzen de bewindspersonen er in de brief van 13 juli 2018 op dat gereguleerde winstuitkering in de zorg ook voordelen kan hebben. Een voordeel is dat dergelijke winstuitkering de doelmatigheid kan verbeteren omdat het kostenbesparing stimuleert.¹⁵ Een ander voordeel is dat “instellingen gemakkelijker en/of goedkoper financiering kunnen vinden, waardoor toetreding en investeringen in kwaliteit, innovatie of continuïteit van de instelling wordt bevorderd”.¹⁶ Hierbij is relevant dat er tussen zorgsectoren niet alleen verschillen in de waarborgen tegen de risico's van winstuitkering bestaan, maar ook verschillen bestaan in financieringsbehoeften. De huidige regels houden geen rekening met deze verschillen. Aanbieders van bijvoorbeeld medisch-specialistische zorg kunnen nu geen risicodragend kapitaal aantrekken aangezien zij geen vergoeding mogen betalen, terwijl zij juist relatief veel behoefte hebben aan andere financieringsbronnen dan bankleningen.¹⁷ Zoals eerder aangehaald is er daarom thans een wetsvoorstel in behandeling dat winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg onder strenge voorwaarden toestaat. Volgens de toelichting zal deze wet het mogelijk maken om risicodragend vermogen aan te trekken om zo de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van dit type zorg te verbeteren.¹⁸ Daarnaast wordt gesteld dat de bedrijfsvoering van deze zorgaanbieders zal verbeteren, dat er dankzij de extra financiering meer innovatie kan plaatsvinden en dat het voor nieuwe toetreders gemakkelijker wordt om de markt te betreden, waardoor meer dynamiek ontstaat.¹⁹

¹⁴ Zie ook *ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Zie ook Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2018, brief van de minister van volksgezondheid, welzijn en sport, de minister voor medische zorg en de staatssecretaris van volksgezondheid, welzijn en sport, TK 24775, nr. 150, p. 2-3.

¹⁸ Memorie van Toelichting bij de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten, TK 33168, nr. 3, p. 1.

¹⁹ Memorie van Toelichting bij de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten, TK 33168, nr. 3, p. 3.

2.2 Drie uitzonderingen op het toelatingsvereiste van de WTZi

Een drietal categorieën zorgaanbieders behoeven geen toelating op basis van de WTZi om zorg aan te mogen bieden op de Nederlandse zorgmarkt.

Allereerst mogen zorginstellingen die een toelating hebben gekregen (een deel van) de zorg uitbesteden aan een derde of aan dochterondernemingen. Artikel 6.4(1) van het Uitvoeringsbesluit WTZi biedt impliciet de basis voor deze constructie door aan te geven dat er van andere organisatorische verbanden gebruik gemaakt mag worden zolang dit schriftelijk en inzichtelijk is vastgelegd. De doorlopende integrale toelichting bij de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) erkent expliciet de optie om zorg uit te besteden:

Ziekenhuizen en andere organisatorische verbanden, zoals thuiszorginstellingen hebben vaak voor het leveren van delen van de zorg overeenkomsten gesloten (uitbesteed) met derden. Ook hiervoor geldt dat degene die het uitbestedende verband in stand houdt (de hoofdaannemer), zorgaanbieder is. In dergelijke gevallen zal voor de cliënt niet altijd direct duidelijk zijn of de ingeschakelde derde als zorgaanbieder in de zin van deze wet kan worden aangesproken of dat de «uitbestedende» organisatie als zodanig is te beschouwen. De cliënt hoeft zich dat in de praktijk overigens niet af te vragen. Hij kan, afgaande op de wijze waarop partijen zich presenteren, de derde gewoon aanspreken op de naleving van de wet; indien dat aan de orde is, zal deze uiteraard de zorgaanbieder (de uitbestedende organisatie) daarbij betrekken. Hetzelfde geldt voor academische ziekenhuizen, waarin vaak de verschillende specialismen in «divisies» zijn georganiseerd. In het maatschappelijk verkeer is het nog steeds het academisch ziekenhuis dat de zorg verleent; degene die dat in stand houdt, is zorgaanbieder.²⁰

De mogelijkheid voor zorginstellingen om zorg uit te besteden, wordt dus expliciet erkend in de wetsgeschiedenis. Ook voormalig Minister Schippers heeft op basis van Kamervragen

²⁰ Doorlopende integrale toelichting op artikelen van het voorstel van Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, TK 32402, nr. F, p. 17.

erkend dat het uitbesteden van zorg aan derden of dochterondernemingen van een zorginstelling geoorloofd is.²¹

Ten tweede behoeven individuele, vrije of solistische beroepsbeoefenaars niet over een toelating te beschikken, aangezien de toelatingseis alleen geldt voor “instellingen” en de WTZi instellingen definieert als een “organisatorisch verband”.²² Een organisatorisch verband bestaat uit meer dan één beroepsbeoefenaar. Vrije beroepsbeoefenaars zullen formeel ook geen winst uitkeren, aangezien de “winst” al verdisconteerd is in de vergoeding die zij ontvangen voor hun diensten.

Ten derde is de toelatingseis niet van toepassing op logeeropvang met pgb in de Wlz. Dit betekent dat instellingen die uitsluitend logeeropvang aanbieden aan pgb-houders geen WTZi-toelating nodig hebben. Deze uitzondering is op 8 juni 2016 met terugwerkende kracht ingevoerd per 1 januari 2015 om kleinschalige logeervoorzieningen te behoeden voor te zware administratieve lasten.²³ Deze administratieve lasten – die eerder wel van toepassing waren – konden betekenen dat bepaalde logeerinstellingen niet aan de WTZi-eis voldeden en de verblijfskosten van het logeren niet uit het pgb kon worden betaald. Hierdoor werd er een te grote drempel opgeworpen voor respijtzorg.²⁴ Ook meer in het algemeen hebben zorgaanbieders die zorg leveren die geheel wordt betaald vanuit een pgb geen toelating nodig.

Resumé

Zorgaanbieders die zorg willen aanbieden die wordt vergoed door een zorgverzekeraar of vanuit de Wlz moeten toelating verkrijgen onder de WTZi, hetgeen in beginsel enkel mogelijk is wanneer de aanbieder geen winstoogmerk heeft. Drie categorieën zorgaanbieders hebben geen toelating nodig: derden en dochteraannemers die een deel van de zorg van een toegelaten zorginstelling op zich nemen, solistische beroepsbeoefenaars en zorgaanbieders die zorg verlenen die geheel wordt betaald vanuit een pgb. De redenen om winstuitkering te verbieden zijn het voorkomen van het wegvloeien van publieke middelen, het voorkomen van

²¹ Antwoord van Minister Schippers (VWS) (ontvangen 9 november 2016), Aangangsel Handelingen II 2016/17, TK 449.

²² Artikel 1 lid f juncto artikel 5 lid 1 WTZi.

²³ Aangangsel Handelingen, Vergaderjaar 2016-2017, nr. 1976.

²⁴ Memorie van Toelichting bij Wijziging van de Wet langdurige zorg, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, de Jeugdwet en de Zorgverzekeringswet, TK 34 279, nr. 3, par. 3.4.

onwenselijke productieprikkels en het bewaken van uitruil tussen kwaliteit en winst bij gebreken in de marktwerking. Deze redenen wijzen tevens op mogelijke nadelen van winstuitkering. Mogelijke voordelen van gereguleerde winstuitkering zijn onder andere het verbeteren van doelmatigheid door middel van kostenbesparing en het faciliteren van financiering, waardoor investeringen in de kwaliteit, innovatie of continuïteit kunnen worden bevorderd.

3. Het recht op eigendom

De mogelijkheden om winstuitkering te beperken of te verbieden hebben mogelijk gevolgen voor het recht op eigendom zoals dat is neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: artikel 1 EP)²⁵ en artikel 17 lid 1 van het Handvest.²⁶ Deze bepaling uit het Handvest codificeert het recht op eigendom dat eerder in de jurisprudentie van het HvJEU is erkend.²⁷ Het recht op eigendom ziet op het *ongestoord genot* van eigendom; er bestaat geen recht op het *verkrijgen* van eigendom.²⁸

Anders dan in de paragraaf over het recht van de interne markt voor de EU (paragraaf 4), wordt in deze paragraaf geen onderscheid gemaakt tussen, aan de ene kant, een vergunningsstelsel in combinatie met winstregulering en, aan de andere kant, winstregulering als rechtstreeks geldend voorschrift. De reden hiervoor is dat, zoals wordt toegelicht in paragraaf 3.5 bij de bespreking van het redelijk evenwicht-vereiste, het EHRM de staat een *margin of appreciation* geeft voor wat betreft de keuze van de manier van reguleren, waaronder ook de keuze van de aard en de omvang van een maatregel valt. Het zojuist omschreven onderscheid is daarom nauwelijks relevant voor de juridische analyse.

Deze paragraaf zal eerst ingaan op de werkingssfeer van het EVRM en het Handvest en bakent het onderzoek vervolgens af zodat het zich enkel richt op het EVRM. Vervolgens komt de beperkingssystematiek uit artikel 1 EP aan de orde in drie delen.

²⁵ “Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

²⁶ “Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voorzover het algemeen belang dit vereist.”

²⁷ Zie bijv. zaak C-44/79, Hauer, 13 december 1979, ECLI:EU:C:1979:290.

²⁸ Bijv. EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, par. 50.

3.1 Werkingssfeer van het EVRM en het Handvest

Het EVRM houdt voor Nederland verbindende rechten en verplichtingen in. Omdat Nederland het Eerste Protocol heeft geratificeerd, is het niet alleen gebonden aan het EVRM zelf, maar ook aan dit Protocol. Nederland dient “een ieder die ressorteert onder [zijn] rechtsmacht” de in het EVRM neergelegde rechten te verzekeren.²⁹

Nederland is ook gebonden aan het Handvest, maar de werkingssfeer van dit document is beperkter dan die van het EVRM. De EU-lidstaten zijn enkel aan de Handvestbepalingen gebonden wanneer zij “het recht van de Unie ten uitvoer leggen”.³⁰ Volgens het HvJEU betekent dit dat “de door Handvest gewaarborgde grondrechten moeten ... worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt”.³¹ Om binnen het toepassingsgebied van het Unierecht te vallen, moet er “een zekere mate van een verband bestaan dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere”.³² Hiervoor is relevant of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, de aard van de regeling en of de regeling niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet.³³

3.2 Afbakening: artikel 1 EP EVRM

Het vervolg van dit onderzoek richt zich enkel op artikel 1 EP om verschillende redenen. Ten eerste heeft het EVRM een bredere relevantie dan het Handvest vanwege de bredere werkingssfeer van het EVRM, zoals uitgelegd in de vorige sub-paragraaf. Daarnaast bestaat er meer (relevante) rechtspraak onder artikel 1 EP dan onder artikel 17 Handvest. Bovendien is het van groot belang om op te merken dat het HvJEU bij zijn interpretatie van artikel 17 Handvest hoe dan ook rekening zal houden met artikel 1 EP en de interpretatie van het EHRM. Het Handvest schrijft namelijk voor dat, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met de rechten in het EVRM, “de inhoud en reikwijdte” ervan dezelfde zijn

²⁹ Artikel 1 EVRM.

³⁰ Artikel 51 lid 1 Handvest

³¹ Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, par. 21.

³² Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, par. 24

³³ Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, par. 26.

als die het EVRM eraan toekent.³⁴ Volgens de (niet-bindende) Toelichtingen bij het Handvest is artikel 17 Handvest een van die corresponderende rechten en correspondeert hij met artikel 1 EP EVRM.³⁵ Ook voordat het Handvest in werking was getreden en toen het recht op eigendom nog enkel in de jurisprudentie van het HvJEU voorkwam, nam het HvJEU artikel 1 EP EVRM al “in aanmerking” bij zijn interpretatie van het recht op eigendom.³⁶

3.3 Eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM

De vraag of de mogelijkheden om winstuitkering te beperken of te verbieden in strijd komen met het recht op eigendom van zorgaanbieders valt uiteen in drie deelvragen. De eerste deelvraag, die het onderwerp is van deze sub-paragraaf, is of een dergelijke beperking of verbod ziet op eigendom in de zin van artikel 1 EP. Overigens staat buiten kijf dat een zorgaanbieder het slachtoffer kan worden van een schending van het recht op eigendom, aangezien artikel 1 EP expliciet vermeldt dat niet alleen natuurlijke, maar ook rechtspersonen het recht hebben op het ongestoord genot van hun eigendom.

Het EHRM interpreteert het begrip ‘eigendom’ in artikel 1 EP autonoom. Dit betekent dat zijn interpretatie losstaat van de betekenis die ‘eigendom’ krijgt in het nationale recht in de Verdragsstaten.³⁷ De interpretatie die het EHRM geeft aan dit begrip is ruim: eigendom kan ook niet-fysiek eigendom omvatten in de vorm van rechten en belangen,³⁸ zoals aandelen,³⁹ een klantenkring,⁴⁰ of een vergunning.⁴¹ Artikel 1 EP beschermt dus ook bepaalde economische belangen als ‘eigendom’.⁴² Een recht of belang dat geen fysieke vorm heeft, valt onder het begrip ‘eigendom’ wanneer het een objectief vast te stellen economische waarde

³⁴ Artikel 52 lid 3 Handvest.

³⁵ Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, Toelichting ad artikel 17.

³⁶ Zaak C-44/79, Hauer, 13 december 1979, ECLI:EU:C:1979:290, par. 5.

³⁷ EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, par. 100.

³⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, par. 124.

³⁹ EHRM 12 oktober 1982, 8588/79 (*Bramelid and Malmström/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:1012DEC000858879, p. 81; EHRM 21 juli 2015, 31833/06 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003183306, par. 49.

⁴⁰ EHRM 7 juli 1989, 10873/84 (*Tre Traktörer AB/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384, par. 43 en 53.

⁴¹ EHRM 7 juli 1989, 10873/84 (*Tre Traktörer AB/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384|ibid, par. 53.

⁴² Ibid; Het bedrijf moet dan de vergunning wel daadwerkelijk hebben gehad. Wanneer de vergunning niet wordt gegeven, kan de vergunning ook geen eigendom zijn.

vertegenwoordigt.⁴³ Nu winst een dergelijke waarde vertegenwoordigt, is winst eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM. Het recht op eigendom is daarom van toepassing.

Naast dat de zorginstellingen niet meer vrijelijk over de winst kunnen beschikken, betekent de regulering van winstuitkering dat investeerders in een zorginstelling geen winst meer uitgekeerd krijgen of dat dit slechts met beperkingen is toegestaan. Dit gegeven leidt tot de vraag of de investeerders over eigendom beschikken in de zin van artikel 1 EP wanneer het gaat om toekomstige winst. Eigendom in de zin van het EVRM kan zich uitstrekken tot een aanspraak of *claim* waarvan iemand een redelijke en legitieme verwachting heeft dat hij er effectief van zal kunnen gaan genieten.⁴⁴ De legitieme verwachting moet meer zijn dan hoop. Om hieraan te voldoen, moet de verwachting gegrond zijn in het nationale recht,⁴⁵ bijvoorbeeld omdat zij is gebaseerd op wetgeving, een rechtelijke beslissing of staande jurisprudentie.⁴⁶ Toekomstig inkomen of winst is daarom enkel eigendom in de zin van het EVRM indien iemand daartoe een *enforceable claim* heeft.⁴⁷ Nu investeerders in een zorginstelling geen zekerheid hebben dat aan hen winst zal worden uitgekeerd, aangezien het niet op voorhand gegeven is dat er daadwerkelijk winst zal worden gemaakt en zij geen *enforceable claim* hebben op toekomstige winst, hebben de investeerders geen recht op eigendom onder artikel 1 EP voor wat betreft toekomstige winst. Wanneer zij toch een klacht zouden indienen bij het EHRM, is het daarom aannemelijk dat het EHRM hun klacht niet-ontvankelijk *ratione materiae* verklaart.

In een aanverwant scenario kan het zo zijn dat een zorgaanbieder gedurende een bepaalde periode winsten oppot en deze dus niet uitkeert aan de aandeelhouders. Vervolgens besluit de overheid tot een verbod op winstuitkering. Als gevolg van deze beslissing zullen de aandeelhouders, die voor die beslissing nog hoop konden hebben dat de winsten zouden worden uitgekeerd, definitief de opgepotte winst niet meer uitgekeerd krijgen. Beschikken de investeerders in dit scenario over eigendom in de zin van artikel 1 EP? Het antwoord op deze vraag hangt af van – zoals zojuist uiteen is gezet – of zij een redelijke en legitieme verwachting

⁴³ EHRM 12 juli 2016, 562/05 (*SIA AKKA/LAA/Letland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000056205, par. 54.

⁴⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, par. 124.

⁴⁵ EHRM 7 februari 2013, 16574/08 (*Fabris/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2013:0207JUD001657408, par. 50.

⁴⁶ EHRM 10 juli 2002, 39794/98 (*Gratzinger en Gratzingerova/Tsjechië*), ECLI:CE:ECHR:2002:0710DEC003979498, par. 73; EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecký/Slowakije*), ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298, par. 35; EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, par. 63.

⁴⁷ EHRM 26 september 2002 (*Denimark Limited e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:2000:0926DEC003766097.

hadden dat zij effectief van de winst zouden kunnen gaan genieten. Ook in dit scenario was het nooit zeker dat de investeerders de winst ooit uitgekeerd zouden krijgen. De zorgaanbieder had bijvoorbeeld kunnen besluiten om de winst voor een ander doeleinde aan te wenden of de zorgaanbieder had failliet kunnen gaan. Het lijkt er daarom niet op dat de investeerders in dit aanverwante scenario een *enforceable claim* hebben met betrekking tot de opgepotte winst en daarmee hebben zij ook geen recht op eigendom in de zin van artikel 1 EP.

3.4 Beperking van het recht op eigendom

Omdat winst onder het eigendomsbegrip van artikel 1 EP valt wanneer het om zorgaanbieders gaat, komt in deze paragraaf de tweede deelvraag in de beperkingssystematiek van artikel 1 EP aan de orde: leidt het beperken of verbieden van winstuitkering tot een beperking van het recht op eigendom van zorgaanbieders in de zin van artikel 1 EP?

Het recht op eigendom geeft het individu of de rechtspersoon het recht om ongestoord te genieten van zijn eigendom in overeenstemming met het doel van het eigendom. Het intrekken van een vergunning kan bijvoorbeeld een beperking van het recht op eigendom inhouden.⁴⁸ Onder het ongestoord genot valt ook het van de hand doen van het eigendom.⁴⁹ Wanneer (bepaalde) zorgaanbieders hun winst niet mogen uitkeren of dit slechts in beperkte mate mogen doen, dan kunnen zij niet op dezelfde manier ongestoord gebruik maken van hun eigendom als wanneer zij dat wel mogen doen. Het reguleren van winstuitkering is daarom een beperking van het recht op eigendom. Dezelfde conclusie kan worden getrokken wanneer de mogelijkheden voor winstuitkering aan banden worden gelegd, bijvoorbeeld doordat per beschikking (bij ontheffing) slechts onder voorwaarden winstuitkering mogelijk is, aangezien dit ook betekent dat de zorgaanbieders niet vrijelijk over hun winst kunnen beschikken wanneer niet in hun voordeel wordt beschikt.

⁴⁸ EHRM 7 juli 1989, 10873/84 (*Tre Traktörer AB/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384, par. 53; Het bedrijf moet dan de vergunning wel daadwerkelijk hebben gehad. Wanneer de vergunning niet wordt gegeven, kan de vergunning ook geen eigendom zijn, zie EHRM 30 september 2010, 6754/05 (*92.9 HIT FM RADIO GMBH/Oostenrijk*), ECLI:CE:ECHR:2010:0930DEC000675405.

⁴⁹ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, par. 29.

Nu is vastgesteld dat het verbieden of anderszins reguleren van winstuitkering een beperking inhoudt van het recht op eigendom, moet worden vastgesteld welke regel uit Artikel 1 EP van toepassing is. Deze bepaling valt uiteen in drie regels:

1. Ontneming van eigendom (eerste alinea, tweede zin);
2. Regulering van eigendom (tweede alinea); en
3. Het beginsel van ongestoord genot van eigendom (eerste alinea, eerste zin).

Omdat de derde regel de algemene of restregel is, bepaalt het EHRM eerst of een van de eerste twee regels van toepassing is.⁵⁰ Bij de ontneming van eigendom onder de eerste regel wordt er *de jure* of *de facto* eigendom overgedragen en is compensatie vereist.⁵¹ De tweede regel is van toepassing wanneer er geen eigendom wordt overgedragen, maar regulering de eigenaar wel beperkt in hoe hij zijn eigendom kan gebruiken.⁵² Overigens is de vaststelling van de toepasselijke regel niet van al te groot belang aangezien de vereisten voor een geoorloofde inbreuk voor de verschillende regels vergelijkbaar zijn. Het EHRM heeft dan ook benadrukt dat de drie regels samenhangen en dat de twee meer specifieke regels moeten worden gezien in het licht van de algemene regel.⁵³ De eerste regel is niet van toepassing op het verbieden of beperken van winstuitkering, omdat de zorgaanbieders de winst niet daadwerkelijk wordt ontnomen. De tweede regel is wel relevant voor dit onderzoek, want een dergelijk verbieden of beperken heeft als gevolg dat de zorgaanbieders belemmerd worden in de wijze waarop zij hun winst bestemmen. Het gebruik van hun eigendom – de winst – wordt dus gereguleerd en in die zin bestaat er een beperking van het recht op eigendom.

3.5 Strijd met het recht op eigendom

Omdat in de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de maatregel een beperking inhoudt van het recht op eigendom vanwege regulering, wordt in deze paragraaf de laatste deelvraag van artikel 1 EP behandeld. Dit is de vraag of de beperking in strijd komt met de drie door artikel

⁵⁰ EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, par. 61.

⁵¹ EHRM 28 maart 2006, 36813/97 (*Scordino/Italië nr. 1*), ECLI:CE:ECHR:2006:0329JUD003681397, par. 251.

⁵² EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, par. 157.

⁵³ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, par. 37.

1 EP gestelde voorwaarden waaronder beperkingen van het recht op eigendom zijn toegestaan.

Wettelijke grondslag

Om niet in strijd te komen met artikel 1 EP, moet de beperking ten eerste rusten op een wettelijke grondslag. Het EHRM vereist een wettelijke grondslag die toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar is.⁵⁴ Ervan uitgegaan wordt dat het verbieden of beperken van winstuitkering, welke vorm het ook aanneemt, zal worden neergelegd in een wet, zoals de WTZi. Daarmee is aan de eerste voorwaarde voldaan wanneer deze wet ook aan de zojuist uiteengezette materiële eisen voldoet. Omdat het EHRM het begrip *law of loi* ook autonoom uitlegt, is het trouwens niet nodig dat een beperking is neergelegd in een wet in formele zin, zolang de ‘wet’ maar aan de materiële eisen voldoet.⁵⁵

Legitiem doel in het algemeen belang

Naast dat de beperking moet rusten op een wettelijke grondslag, moet zij een legitiem doel dienen in het algemeen belang.⁵⁶ Het begrip ‘algemeen belang’ is veelomvattend, in het bijzonder wanneer de wetgever sociaal en economisch beleid ten uitvoer legt. In die omstandigheden zal het EHRM het oordeel van de wetgever over het algemeen belang en het gekozen algemeen belang respecteren, tenzij dat oordeel kennelijk onredelijk is.⁵⁷ Het EHRM stelt zich zo terughoudend op, omdat de nationale autoriteiten in beginsel beter in staat zijn dan een internationale rechter om te beoordelen wat de bescherming van het algemeen belang vereist.⁵⁸ Deze terughoudende houding betekent dat het EHRM vrijwel altijd accepteert dat de staat in het algemeen belang handelt wanneer de staat dit aanvoert in een

⁵⁴ EHRM 9 november 1999, 26449/95 (*Špaček, s.r.o./Tsjechië*), ECLI:CE:ECHR:1999:1109JUD002644995, par. 54; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, par. 109; Zie voor een voorbeeld van een artikel 1 EP zaak waarin niet aan dit vereiste werd voldaan: EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD/Bulgarije*), ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999.

⁵⁵ EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/ Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, par. 47.

⁵⁶ Zie artikel 1 P1 zelf (‘in overeenstemming met het algemeen belang’), maar ook artikel 18 EVRM (‘Inperking van de toepassing van beperkingen op rechten’).

⁵⁷ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, par. 46; EHRM 30 juni 2005, 46720/99 (*Jahn e.a./Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099, par. 91; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, par. 166.

⁵⁸ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, par. 46; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, par. 165

artikel 1 EP-zaak.⁵⁹ Een door het EHRM geaccepteerd algemeen belang is bijvoorbeeld de goede organisatie van de gezondheidszorg.⁶⁰

De drie redenen zoals die in paragraaf 2 zijn beschreven, komen erop neer dat de wetgever beoogt de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg te waarborgen. Omdat het EHRM een redelijk oordeel van de wetgever over het na te jagen algemeen belang zal respecteren, is het niet nodig om hier uitvoerig in te gaan op de afzonderlijke doelstellingen. Dit is ook niet nodig omdat het EHRM het doel altijd in zeer brede termen omschrijft.⁶¹ Het is aannemelijk dat het EHRM de twee aangehaalde belangen zal accepteren als legitieme doelen in het algemeen belang.

Redelijk evenwicht tussen bevorderen algemeen belang en rechten individu

Tenslotte toetst het EHRM aan het vereiste van proportionaliteit. Om de proportionaliteit van een maatregel te beoordelen hanteert het EHRM een *fair balance*- of redelijke verhoudingstoets. Er moet een redelijke verhouding bestaan tussen het maatschappelijk belang dat wordt nagestreefd door middel van een maatregel en het recht van het individu (of de rechtspersoon) dat door die maatregel wordt aangetast.⁶² In de context van artikel 1 EP bestaat er geen redelijke verhouding wanneer het individu een individuele en excessieve last moet dragen.⁶³ De vraag is dus of “de individuele belangen veel zwaarder worden getroffen dan redelijk is gelet op de doelstellingen van de maatregel”.⁶⁴ Naast deze proportionaliteitstoets *stricto sensu* kan het EHRM andere factoren meenemen in zijn beoordeling.

Voor de beantwoording van de vraag of er een *fair balance* bestaat, is het van belang dat de staat een ruime *margin of appreciation* toekomt bij de regulering van eigendom. De staat beschikt dus over veel beoordelingsruimte om grenzen te stellen aan de uitoefening van het recht op eigendom. Dit betekent ook dat het EHRM niet een zeer strikte toets zal hanteren wanneer het beoordeelt of er een *fair balance* bestaat. De beoordelingsruimte is van

⁵⁹ T. Allen, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 129-130.

⁶⁰ EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, par. 86.

⁶¹ T. Allen, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 132.

⁶² EHRM 16 november 2010, 24768/06 (*Perdigão/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 63.

⁶³ EHRM 16 november 2010, 24768/06 (*Perdigão/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 67.

⁶⁴ J.H. Gerards (2011) *EVRM algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 160.

toepassing op de keuze van de manier van regulering en op de beoordeling of de gevolgen van de regulering gerechtvaardigd zijn in het algemeen belang.⁶⁵

Voor de proportionaliteitsanalyse *stricto sensu* is allereerst het gewicht van de doelstelling waarvoor de beperking wordt opgelegd relevant.⁶⁶ De doelstelling van de maatregel is het waarborgen van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg. Kwalitatief goede en betaalbare gezondheidszorg kan van levensbelang zijn en is van groot belang voor de kwaliteit van leven van veel mensen. Dit doel kan daarom worden aangemerkt als zwaarwegend. Hiertegenover zet het EHRM het gewicht van het aangetaste recht en de mate waarin dat recht wordt beperkt.⁶⁷ Het gewicht van het recht op eigendom van de zorgaanbieders lijkt minder zwaar te zijn dan het gewicht van de doelstelling. Hierbij is ook van belang dat het bij de zorgaanbieders gaat om een commercieel belang en dat het EHRM minder sympathiek staat tegenover klachten over beperkingen op het genot van eigendom dat voor een commercieel doeleinde wordt gebruikt. Het EHRM vindt dat partijen die een commercieel belang nastreven een groter risico moeten kunnen dragen dan zij die dat niet doen.⁶⁸ Voor de mate waarin het recht wordt aangetast is relevant dat de zorgaanbieders niet wordt verboden om winst te maken, maar dat 'enkel' de winstuitkering wordt gereguleerd of verboden en verder dat winst niet van hen zal worden afgenomen. Bovendien zal het verbieden en beperken van winstuitkering waarschijnlijk niet één-op-één betekenen dat zorgaanbieders failliet gaan; er zijn immers nu ook al zorgaanbieders die functioneren zonder dat zij winst mogen uitkeren. Hiertegenover staat dat, naar wat mag worden aangenomen, het verbod absoluut en permanent is (voor bepaalde zorgaanbieders althans). Indien echter voor de optie wordt gekozen om winstuitkering per beschikking of op een andere manier onder voorwaarden toe te staan, dan wordt het individuele recht minder vergaand beperkt dan wanneer dit geen optie is. Hoe dan ook lijkt de proportionaliteitstoets *stricto sensu* niet aan een verbod op winstuitkering in de weg te staan, in welke vorm het verbod ook wordt

⁶⁵ EHRM 30 augustus 2007, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd/Verenigd Koninkrijk*) ECLI:CE:ECHR:2007:0830JUD004430202, par. 55.

⁶⁶ EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, par. 124.

⁶⁷ EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, par. 116.

⁶⁸ T. Allen, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 141. De auteur haalt de volgende zaak aan: EHRM 23 februari 1995, 15375/89 (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH /Nederland*), ECLI:CE:ECHR:1995:0223JUD001537589.

gegoten, want de doelstelling is zwaarwegender dan het recht op eigendom van de zorgaanbieders en bovendien wordt dit recht niet zeer vergaand ingeperkt.

Voor de noodzakelijkheidstoets kent het EHRM niet veel gewicht toe aan het bestaan van alternatieven voor de door de staat gekozen maatregel. Het enkele bestaan van minder vergaande alternatieven maakt nog niet dat een maatregel niet gerechtvaardigd kan worden; dit zou een strikte noodzakelijkheidstoets inhouden die het EHRM niet bereid is te hanteren.⁶⁹ Wanneer de wetgever binnen de (ruime) *margin of appreciation* blijft, dan zal het EHRM geen uitspraak doen over of de gekozen optie de beste oplossing is of dat de wetgever een andere keuze had moeten maken.⁷⁰ Het bestaan van alternatieven is dus niet meer dan een factor die het EHRM meeneemt in zijn beoordeling.⁷¹ Het lijkt erop dat het EHRM alleen dan de maatregel niet accepteert wanneer de maatregel ongepast is in het licht van beschikbare alternatieven.⁷² Het voorgaande betekent dat het EHRM geen schending zal vinden van artikel 1 EP enkel omdat er een alternatieve oplossing voor handen is voor een verbod op winstuitkering, zoals het reguleren van winstuitkering.

Ook laat het EHRM het aan de nationale autoriteiten om te bepalen welk type maatregel geschikt is om het algemeen belang te beschermen; ook deze keuze valt binnen de *margin of appreciation*.⁷³ Zo ging het EHRM daarom in de zaak *Depalle* niet in op argumenten van de klager dat de staat andere maatregelen had moeten nemen om kustgebieden te beschermen.⁷⁴ Bovendien is het in de eerste plaats aan de nationale autoriteiten om over de aard en de omvang van een maatregel te beslissen.⁷⁵ Het EHRM ging daarom bijvoorbeeld niet mee in het argument van een klager dat het willekeurig was om een bepaalde activiteit (het vissen op mosselzaad) wel te verbieden en een andere activiteit (het vissen op volgroeide mosselen) niet.⁷⁶ Zoals de in paragraaf 4.5.2 besproken situaties laten zien, kan het verbod op winstuitkering in verschillende vormen worden gegoten. Omdat de keuze van de aard en

⁶⁹ EHRM 19 december 1989, 10522/83 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*), ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001052283, par. 53; EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, par. 51.

⁷⁰ EHRM 19 december 1989, 10522/83 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*), ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001052283, par. 53.

⁷¹ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, par. 51.

⁷² Ibid.

⁷³ EHRM 29 maart 2010, 34044/02 (*Depalle/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD003404402, par. 87.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, par. 129.

⁷⁶ Ibid.

omvang van een maatregel binnen de *margin of appreciation* valt, zal het EHRM geen schending van artikel 1 EP vinden enkel omdat de autoriteiten ook een minder vergaande optie hadden kunnen kiezen.

Naast de reeds besproken factoren, kan het EHRM – afhankelijk van de precieze feiten van een zaak – andere factoren meenemen in zijn *fair balance*-toets. Eén zo'n factor is of er al dan niet compensatie is verstrekt. Bij de regulering van eigendom maakt het enkele feit dat er geen compensatie is betaald echter nog niet dat artikel 1 EP is geschonden.⁷⁷ Ook onzekerheid over bijvoorbeeld wetgeving of bestuurlijke praktijken kan een factor zijn die het EHRM meeneemt.⁷⁸ In verband hiermee heeft het EHRM opgemerkt dat, wanneer er een algemeen belang op het spel staat, het de taak van de nationale autoriteiten is om tijdig, op passende wijze en consistent te handelen.⁷⁹ Anders dan in het EU-recht, betekent consistentie volgens het EHRM niet zozeer dat het relevante systeem coherent in elkaar moet zitten, maar eerder dat de gevolgen van de wetgeving niet willekeurig mogen zijn en dus dat de wetgeving op een consistente manier ten uitvoer moet worden gelegd.⁸⁰ In de zaak *Immobiliare Saffi* bijvoorbeeld kreeg de eigenaar niet de benodigde politieassistentie bij de huisuitzetting van een huurder die een appartement illegaal bezet hield. Of de eigenaar politieassistentie kreeg, was geheel afhankelijk van redelijk willekeurige factoren, namelijk de hoeveelheid verzoeken die er al lagen voor politieassistentie en het aantal beschikbare politieagenten. Het EHRM oordeelde onder andere daarom dat artikel 1 EP was geschonden.⁸¹ Artikel 1 EP bevat geen procedurele vereisten en de afwezigheid van rechtelijke toetsing in een procedure die leidt tot de regulering van eigendom levert daarom niet altijd een schending op.⁸² Wel is het zo dat een beperking van het recht op eigendom moet worden omgeven door procedurele waarborgen die het mogelijk maken dat degene die door de beperking wordt geschaad, de maatregel kan aanvechten.⁸³ Deze overige factoren lijken weinig relevant te zijn voor de maatregel die het onderwerp is van dit advies en de factoren leggen daarom geen gewicht in de schaal bij de beoordeling of de maatregel een redelijk evenwicht waarborgt.

⁷⁷ EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, par. 124. Dit is anders bij de ontneming van eigendom.

⁷⁸ EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, par. 168.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ EHRM 22 juni 2004, 31443/96 (*Broniowski/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2004:0622JUD003144396, par. 184.

⁸¹ EHRM 28 juli 1999, 22774/93 (*Immobiliare Saffi/Italië*), ECLI:CE:ECHR:1999:0728JUD002277493, par. 54, 59.

⁸² EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD/Bulgarije*), ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999, par. 134.

⁸³ Ibid; EHRM 21 mei 2002, 28856/95 (*Jokela/Finland*), ECLI:CE:ECHR:2002:0521JUD002885695, par. 45.

Zoals al uiteen is gezet, komt de proportionaliteitstoets onder artikel 1 EP in de kern neer op de vraag of de zorgaanbieders een individuele en excessieve last zouden moeten dragen als gevolg van een verbod op of de regulering van winstuitkering. Noch de proportionaliteitstoets *stricto sensu*, noch de andere factoren die relevant zijn voor de *fair balance*-toets duiden erop dat dit het geval zal zijn wanneer een dergelijke maatregel van toepassing zou zijn in welke vorm dan ook. Het is dus niet aannemelijk dat het EHRM een schending van artikel 1 EP zal vinden in een zaak die door zorgaanbieders in Straatsburg wordt aangespannen. Een belangrijke verklaring voor deze conclusie is de ruime *margin of appreciation* die het EHRM aan de staat zal toekennen. Bovendien beoordeelt het EHRM enkel het effect van de maatregel op de individuele zorgaanbieder; het EHRM toetst de relevante wetgeving niet in abstracto aan algemene standaarden. Deze conclusie blijft ook overeind wanneer in aanmerking wordt genomen in welke gevallen het EHRM wél een schending aannam van artikel 1 EP vanwege de regulering van eigendom. In deze zaken had de staat beslissingen genomen die duidelijk onredelijk waren. Dit was bijvoorbeeld het geval toen de regulering van eigendom over een lange periode willekeurig was, omdat een vrachtschip werd onderschept en vastgehouden zonder rechtvaardiging; het was simpelweg niet duidelijk waarom het schip werd vastgehouden.⁸⁴ Het EHRM vond ook een schending toen klager vanwege bepaalde wetgeving gedurende vijf jaar geheel geen huur had kunnen innen.⁸⁵ Tot slot constateerde het EHRM bijvoorbeeld een schending toen uit de willekeur van de procedures, het discriminatoire behandelen van klager en de disproportioneel harde maatregel bleek dat de autoriteiten geen oprecht, maar juist een willekeurig beleid hadden gevoerd.⁸⁶

⁸⁴ EHRM 13 december 2007, 40998/98 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2007:1213JUD004099898, par. 99.

⁸⁵ EHRM 2 november 2006, 68479/01 e.a. (*Radovici and Stănescu/Roemenië*), ECLI:CE:ECHR:2006:1102JUD006847901, par. 88; Zie ook EHRM 26 september 2006, 35349/05 (*Fleri Soler and Camilleri/Malta*), ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, par. 78.

⁸⁶ EHRM 8 april 2008, 21151/04 (*Megadat.com SRL/Moldavië*), ECLI:CE:ECHR:2008:0408JUD002115104, par. 79.

4. Het recht van de interne markt voor de EU: vrij verkeersbepalingen VWEU

In deze paragraaf worden de mogelijkheden om winstuitkering te beperken of te verbieden besproken in het licht van de fundamentele vrijheden in het VWEU. Deze mogelijkheden moeten beoordeeld worden in het licht van de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van kapitaal. Deze fundamentele vrijheden zullen in opeenvolgende volgorde behandeld worden. Er zijn geen (specifieke) harmonisatiemaatregelen van toepassing op de problematiek van de winstuitkering in de zorg.⁸⁷ De consequentie hiervan is dat niet getoetst dient te worden aan secundair Unierecht. Er dient evenwel een belangrijke kanttekening geplaatst te worden bij deze bevinding. Niet uit te sluiten is dat bepaalde zorg in de zin van de WTZi onder de Dienstenrichtlijn⁸⁸ valt. Artikel 2 lid 2 onder f van deze richtlijn zondert diensten van gezondheidszorg uit van haar toepassingsbereik. De vraag rijst hoe ruim deze uitzondering wordt uitgelegd. Bij toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn dient getoetst te worden aan deze Unieregeling in plaats van aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.

Een wettelijk bepaling die winstuitkering beperkt of verbiedt, kan onderdeel zijn van een vergunningstelsel, bijvoorbeeld doordat een dergelijke bepaling gekoppeld wordt aan de toelatingseisen in de WTZi. De nadruk ligt in dit onderzoek op het beperken of verbieden van de uitkering van winst. Het vergunningstelsel wordt alleen besproken in het licht van de koppeling aan het reguleren van de winstuitkering. Een wettelijke beperking of verbod inzake winstuitkering kan ook als algemeen voorschrift in wetgeving worden vastgelegd. In dat geval is de winstregulering geen onderdeel of voorwaarde van een vergunningstelsel, maar geldt deze regulering rechtstreeks voor zorgaanbieders wanneer zij actief zijn in Nederland. De controle op de naleving van deze regulering vindt achteraf plaats.

In de volgende sub-paragraaf zal allereerst stil gestaan worden bij de “trigger” voor het toepassen van de vrij verkeersbepalingen, namelijk de voorwaarde van de grensoverschrijdende situatie. Daarna wordt ingegaan op de verboden die vastgelegd zijn in de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer die mogelijk geschonden kunnen zijn.

⁸⁷ Zo zijn diensten van de gezondheidszorg in artikel 2(2)(f) van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123) uitgezonderd van de reikwijdte van deze richtlijn. Deze diensten zijn, aldus de preambule, alle diensten die worden verleent aan patiënten om “om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren”.

⁸⁸ Richtlijn 2006/123 betreffende diensten op de interne markt, Pb. 2006 L376/36.

Vervolgens wordt besproken op welke excepties een beroep gedaan kan worden. Tot slot wordt onderzocht in hoeverre de Dienstenrichtlijn van toepassing kan zijn en wat de mogelijke consequenties hiervan zijn.

4.1 Grensoverschrijdende situatie

Benadrukt dient te worden dat de fundamentele vrijheden in beginsel alleen van toepassing zijn op grensoverschrijdende situaties. Een Nederlandse onderdaan of vennootschap met alleen activiteiten in Nederland zal een eventuele regulering van winstuitkering niet met een beroep op de vrijverkeersbepalingen van het VWEU kunnen aanvechten. Toch is het HvJEU in een aantal arresten soepel geweest ten opzichte van het criterium van de grensoverschrijdende situatie. Twee categorieën van deze arresten komen hieronder aan de orde.

Allereerst doen binnenlandse partijen in sommige gevallen een beroep op de fundamentele vrijheden omdat de nationale maatregel in kwestie niet alleen voor hen beperkend is, maar ook voor marktspelers uit een andere lidstaat. Dit is in de literatuur ook wel aangeduid met het zogenoemde “mijn broeders hoeder”-argument.⁸⁹ Dit argument houdt in dat partijen in een zaak die geheel over een interne situatie gaat, zouden kunnen betogen dat een buitenlandse speler in de toekomst met dezelfde beperkingen kan worden geconfronteerd als waar zij nu al mee geconfronteerd worden. Er is dan sprake van een potentiële belemmering voor ondernemingen uit andere lidstaten. Het zou in een dergelijke zaak pragmatisch kunnen zijn voor een nationale rechter of het HvJEU om het EU-recht ook toe te passen op een zaak zonder grensoverschrijdend component. Zo was er in *Grupo Itevelasa*⁹⁰ volgens de betrokken partijen geen grensoverschrijdend element in hun zaak, die draaide om technische keuringen van voertuigen. Het HvJEU bevestigde dat de nationale wetgeving alleen getoetst kan worden aan de vrij verkeersbepalingen indien er een grensoverschrijdend element aanwezig is. Desalniettemin oordeelde het HvJEU dat “[i]n casu [...] geenszins [kan] worden uitgesloten dat ondernemingen die in andere lidstaten dan het Koninkrijk Spanje zijn gevestigd, interesse hadden of hebben om in deze lidstaat de technische

⁸⁹ Sascha Prechal heeft in 2015 nog op de risico's gewezen van deze benadering, zie S. Prechal (2015) 'Interne situatie en prejudiciële vragen', *SEW*, 63(11), 495-496.

⁹⁰ Zaak C-168/14, *Grupo Itevelasa e.a.*, 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:685.

controle van voertuigen te verrichten.”⁹¹ Het HvJEU lijkt hier, zeer pragmatisch, (toekomstige) problemen voor ondernemingen uit andere EU-lidstaten te willen voorkomen door alsnog antwoord te geven op de vragen van de nationale rechter. Dit zou ertoe kunnen leiden dat een nationale rechter het EU-recht ook (vrijwillig) gaat toepassen in een interne situatie. De Nederlandse rechter heeft de vrij verkeersbepalingen uit het Verdrag, naar ons bekend, nog niet toegepast in een zuiver interne situatie.

Ten tweede is het HvJEU in sommige zaken flexibel waar het gaat om het toepassen van het criterium van de grensoverschrijdende situatie. Deze flexibiliteit is te illustreren met het arrest *AGET Iraklis*.⁹² Deze zaak ging om een reorganisatie van een Grieks bedrijf. Nationale wetgeving gaf de mogelijkheid aan een overheidsorgaan om zich te verzetten tegen een collectief ontslag. Dit was, aldus het bedrijf, in strijd met onder meer de vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU. Tijdens de hoorzitting beargumenteerden de Griekse overheid en de vakbond dat er sprake was van een interne situatie.⁹³ Het HvJEU oordeelde desondanks dat er sprake was van een grensoverschrijdende situatie, aangezien een aandeelhouder met beslissende invloed over het Griekse bedrijf zich in een andere lidstaat bevond.⁹⁴ De vrijheid van vestiging kon daardoor ingeroepen worden. Deze zaak toont aan dat het HvJEU soms soepel omgaat met het criterium van de “grensoverschrijdende situatie”.

Zonder verder uitvoerig in te gaan op de “grensoverschrijdende situatie” kan wel gesteld worden dat het HvJEU soms pragmatisch en/of flexibel omgaat met dit concept. Het is daarom niet uitgesloten dat Nederlandse zorginstellingen de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer inroepen om de regulering van winstuitkering aan te vechten. Logischer is het echter dat een buitenlandse zorginstelling die tijdelijk of permanent diensten gaat verlenen in Nederland, dat doet. Ook is er de mogelijkheid dat Nederlandse zorginstellingen buitenlandse aandeelhouders hebben die beslissende invloed kunnen uitoefenen op de zorginstelling. In deze situatie zou een zorgaanbieder de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in kunnen roepen. Tot slot is het ook mogelijk dat een buitenlandse aandeelhouder (met of zonder beslissende invloed) het vrij verkeer van kapitaal zal inroepen wanneer geen winst uitgekeerd kan worden. Het vrij verkeer van kapitaal is, zoals hieronder uiteengezet wordt, ook van toepassing op kapitaalstromen tussen derde landen en de EU.

⁹¹ Zaak C-168/14, Grupo Itevelesa e.a., 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:685, par. 36.

⁹² Zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972.

⁹³ AG Wahl, in zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:429, par. 48.

⁹⁴ Zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972, par. 46-47.

4.2 Vrijheid van vestiging

Artikel 49 VWEU bepaalt dat de vrijheid van vestiging niet beperkt mag worden. Hieronder wordt onderzocht of het beperken of verbieden van winstuitkering onder deze Verdragsbepaling valt en in hoeverre het hiermee in strijd zou zijn.

4.2.1 Toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU is van toepassing op natuurlijke personen en vennootschappen die duurzaam actief worden op de markt van een andere lidstaat dan hun van hun staat van herkomst.⁹⁵ Uiteraard is deze vrijheid alleen van toepassing op EU-onderdanen, d.w.z. burgers met de nationaliteit van een lidstaat, en EU-vennootschappen in de zin van artikel 54, 1^e alinea VWEU. EU-vennootschappen zijn vennootschappen opgericht in een EU-lidstaat en met de statutaire zetel of hoofdvestiging in de EU.

In paragraaf 2 is opgemerkt dat de toelatingseisen van de WTZi slechts van toepassing zijn op instellingen en niet op individuele beroepsbeoefenaars.⁹⁶ Dit neemt niet weg dat de toelatingseisen uit de WTZi van toepassing kunnen zijn op natuurlijke personen. Ook natuurlijke personen kunnen een bedrijf oprichten dat in “organisatorisch verband” zorg zal aanbieden. Hetzelfde geldt uiteraard voor EU-vennootschappen.

Het vertrekpunt is dat artikel 49 VWEU het recht van primaire vestiging en het recht van secundaire vestiging waarborgt. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een onderdaan uit een andere lidstaat aandelen koopt in een Nederlandse zorginstelling en daardoor een beslissende invloed verkrijgt. Hierop is het recht van primaire vestiging van toepassing. Een onderdaan of een vennootschap uit een ander lidstaat kan ook een zorginstelling oprichten in Nederland bijvoorbeeld in de vorm van een nieuwe rechtspersoon. Deze dochteronderneming valt dan onder het recht van secundaire vestiging. In de loop van de tijd is evenwel het belang van het onderscheid tussen het recht van primaire vestiging en van secundaire vestiging in de jurisprudentie van het HvJEU sterk afgenomen. De focus in de rechtspraak ligt thans met name op de belemmering van de vrijheid van vestiging als zodanig en niet op de belemmering van

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, para. 25.

⁹⁶ Memorie van Toelichting bij de Herziening van het stelsel van overheidsbemoediging met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen), TK 27659, nr. 3, par. 4.2.1.

het recht van primaire of secundaire vestiging.⁹⁷ Hieronder wordt daarom geen aandacht meer besteed aan het onderscheid tussen primaire en secundaire vestiging.

4.2.2 Beperking van de vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU verbiedt discriminatie, maar ook alle overige belemmeringen tot toegang op de markt. Het HvJEU oordeelde in *Hartlauer* bijvoorbeeld dat een vergunningseis voor het oprichten van een zorginstelling onder het verbod van deze Verdragsbepaling viel, aangezien een vergunning de toegang tot de markt belemmerde.⁹⁸

Een wettelijke bepaling die winstuitkering beperkt of verbiedt, is niet discriminatoir, aangezien een dergelijke bepaling naar verwachting voor alle EU-vennootschappen/onderdanen zal gelden. Voorts lijkt het er ook niet op dat het moeilijker gemaakt wordt, bijvoorbeeld door de invoering van bepaalde op Nederlandse aanbieders toegesneden eisen, voor EU-vennootschappen/onderdanen om zich te vestigen in Nederland dan voor Nederlandse vennootschappen/onderdanen.

De vraag is dan ook of het beperken of verbieden van winstuitkering leidt tot een belemmering van de toegang tot de markt. Het verbreden van de beperking van de vrijheid van vestiging van “slechts” het non-discriminatieverbod naar het verbieden van non-discriminerende belemmeringen en markttoegangsbelemmeringen vindt zijn oorsprong in het arrest *Gebhard*.⁹⁹ Alle maatregelen die de vrijheid van vestiging kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken zijn beperkingen in de zin van artikel 49 VWEU.

Het verkrijgen van een beslissende invloed in een zorginstelling

Indien beslissende invloed in een vennootschap wordt verkregen kan de vrijheid van vestiging van toepassing zijn.¹⁰⁰ Een maatregel die “ontradend” werkt voor beleggers is een belemmering van de vrijheid van vestiging.¹⁰¹ Het beperken of verbieden van winstuitkering

⁹⁷ C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 388 e.v.

⁹⁸ Zaak C-169/07, *Hartlauer*, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, par. 34-39.

⁹⁹ Zaak C-55/94, *Gebhard*, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411.

¹⁰⁰ Zaak C-81/09, *Idryma Typou*, 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, par. 47; Zaak C-47/12, *Kronos International*, 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2200, par. 31; en Zaak C-201/15, *AGET Iraklis*, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972, par. 46.

¹⁰¹ Zie Zaak C-81/09, *Idryma Typou*, 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, par. 56, waar het HvJEU oordeelde dat dit een belemmering is van de vrijheid van vestiging *en* het vrij verkeer van kapitaal. Op het vrij verkeer van kapitaal wordt later ingegaan.

kan “ontradend” werken voor investeerders, omdat gedane investeringen niet, niet volledig of alleen onder bepaalde omstandigheden kunnen leiden tot een winstuitkering. EU-onderdanen/vennootschappen zullen minder snel een beslissende invloed willen verkrijgen in een zorginstelling wanneer de mogelijkheid om winst uit te keren ontbreekt of wordt beperkt. Het maakt daarbij niet uit of het reguleren van de winst onderdeel is van een vergunningstelsel dan wel is opgenomen in een wettelijk voorschrift dat rechtstreeks geldt. In beide gevallen wordt een investeerder ermee geconfronteerd dat winst niet vrijelijk mag worden uitgekeerd. Regulering van winstuitkering houdt dus een beperking in van de vrijheid van vestiging.

Een nieuw opgerichte Nederlandse vennootschap

Een EU-onderdaan/vennootschap kan een vestiging oprichten in Nederland. Winst mag in een dergelijk geval niet of slechts beperkt uitgekeerd worden aan de aandeelhouders, zowel wanneer winstregulering onderdeel is van een vergunningstelsel als wanneer deze regulering is vastgelegd in een rechtstreeks geldend wettelijk voorschrift. Ook hier kan ervan uitgegaan worden dat het HvJEU dit een belemmering acht van de vrijheid van vestiging. EU-onderdanen/vennootschappen zouden dan “ontraden” kunnen worden om een Nederlandse vennootschap op te richten. Het geldt dat de aandeelhouders ter beschikking hebben gesteld kan er immers niet toe leiden dat zij bij goed rendement winst uitgekeerd krijgen, dan wel dat zij een dergelijke uitkering slechts onder bepaalde omstandigheden zullen verkrijgen.

Resumé

Naar onze mening zal er door een beperking van de mogelijkheden om winst uit te keren een belemmering ontstaan van de vrijheid van vestiging. Of regulering van winstuitkering is toegestaan hangt daarom af van de beantwoording van de vraag of met succes een beroep op een rechtvaardigingsgrond gedaan kan worden. Hier wordt nader op ingegaan in subparagraaf 4.5.

4.3 Vrij verkeer van diensten

Artikel 56 VWEU verbiedt dat lidstaten het vrije verkeer van diensten belemmeren. Het gaat hier om werkzaamheden die een dienstverrichter tijdelijk uitoefent in een andere lidstaat dan

de staat van herkomst.¹⁰² Hieronder worden de mogelijkheden om de winstuitkering te beperken in het licht van deze Verdragsbepaling beoordeeld. Zowel het toepassingsbereik als het verbod op het beperken van het vrije verkeer van diensten komt aan de orde in deze paragraaf.

4.3.1. Toepassingsbereik van het vrij verkeer van diensten

De Memorie van Toelichting uit 2001 bij de WTZi sloot de toepassing van het vrij verkeer van diensten op grond van artikel 56 VWEU uit op basis van een drietal overwegingen. Allereerst is de toelatingseis uit de WTZi niet van toepassing op individuele beroepsbeoefenaars.¹⁰³ Ten tweede gaat het bij dienstverlening “ten principale om tijdelijke dienstverlening, zonder duurzame aanwezigheid op het grondgebied van de lidstaat waar de economische activiteit wordt uitgevoerd, hetgeen vanwege de beoogde reikwijdte van dit voorstel minder relevant is”.¹⁰⁴ Ten derde zal er geen discriminatie plaatsvinden omdat de WTZi geldt zonder onderscheid tussen Nederlandse en andere EU aanbieders van zorg.¹⁰⁵

Wanneer is het vrije verkeer van diensten van toepassing?

Naar onze mening kan evenwel de toepassing van het vrij verkeer van diensten op de WTZi niet geheel uitgesloten worden wanneer het gaat om het verbieden of beperken van winstuitkering.¹⁰⁶ Indien een zorgaanbieder besluit om in georganiseerd verband tijdelijk zorg aan te bieden in Nederland zal het een toelating dienen te verkrijgen tot de Nederlandse markt om in aanmerking te komen voor een vergoeding via de Zvw.¹⁰⁷ Een tandartsenpraktijk in bijvoorbeeld Duitsland met meerdere tandartsen zal aangeduid kunnen worden als een zorginstelling, aangezien het gaat om het in georganiseerd verband aanbieden van

¹⁰² Zie zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, para. 26.

¹⁰³ Memorie van Toelichting bij de Herziening van het stelsel van overheidsbemoediging met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen), TK 27659, nr. 3, par. 9.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Noch als het gaat om een vergunningseis in algemene zin, zie par. 4.3.2. Dit laatste is ook de visie van de Nederlandse wetgever. Zo wordt er in de Memorie van Toelichting bij het aanhangige wetsvoorstel voor de WTZa, TK 34767, nr. 3, p. 18, vermeld dat “[d]e meldplicht en vernieuwde vergunningsprocedure uit dit wetsvoorstel [...] een belemmering [kunnen] opleveren van het vrije verkeer van diensten.”

¹⁰⁷ Zie artikel 5(1) WTZi. Uiteraard is vergoeding uit hoofde van de Wet langdurige zorg irrelevant voor het vrij verkeer van diensten, aangezien het hier dan naar verwachting niet meer gaat om het tijdelijk aanbieden van diensten.

zorgactiviteiten.¹⁰⁸ Indien deze praktijk besluit om tijdelijk diensten aan te bieden in Nederland vanuit bijvoorbeeld een behandelruimte, dan zal het, om in aanmerking te komen voor de vergoeding uit de Zvw, een toelating dienen te verkrijgen. Een wettelijke maatregel die winstuitkering beperkt of verbiedt zou in dergelijke omstandigheden van toepassing kunnen zijn op deze tandartsenpraktijk.¹⁰⁹ De tandartspraktijk in kwestie kan evenwel dan ook een beroep doen op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer van diensten, omdat de praktijk de behandelingen op tijdelijke basis in Nederland aanbiedt. Bij bepaalde vormen van extramurale zorg is tijdelijk gebruik van infrastructuur, andere faciliteiten en apparatuur mogelijk. Volgens het HvJEU sluit het tijdelijke karakter van een dienst niet uit dat de aanbieder van deze dienst zich voorziet van een zekere infrastructuur, zoals een kantoorruimte.¹¹⁰ Dat een zorgdienst in een bepaalde behandelruimte wordt aangeboden doet derhalve niets af aan het tijdelijke karakter van deze dienst.

Niet alle zorgtypen kunnen echter naar hun aard vanuit een ander EU-land tijdelijk worden verleend in Nederland. Het betreft hier vooral intramurale zorg. Het is moeilijk voorstelbaar dat bij intramurale zorg tijdelijk gebruik gemaakt zal worden van infrastructuur, andere faciliteiten en apparatuur. Het aanbieden van dergelijke zorg vereist daarom dat de betrokken aanbieder langdurig aanwezig is op het grondgebied van Nederland. Dit betekent dat de vrijheid van vestiging van toepassing is volgens de rechtspraak van het HvJEU.¹¹¹ Verder kan bepaalde extramurale zorg, die onder meer wordt aangeboden door ziekenhuizen, door de noodzaak van de aanwezigheid van bepaalde complexe apparatuur en faciliteiten niet aangeboden worden op een tijdelijke basis in Nederland.

Reikwijdte van de regulering van winstuitkering en het vrije verkeer van diensten

Het hangt uiteindelijk van de reikwijdte van een in te voeren wettelijke maatregel betreffende winstuitkering af of de Verdragsbepalingen voor het vrij verkeer van diensten van toepassing zijn. Een regeling voor winstuitkering die geldt voor alle zorgaanbieders zal naar verwachting onder de reikwijdte van deze Verdragsbepalingen kunnen vallen. Voor zover deze regeling de uitkering van winst van aanbieders uit andere lidstaten betreft, zal artikel 56 VWEU het

¹⁰⁸ Zie artikel 1(1)(f) jo 5(1) WTZi.

¹⁰⁹ Dit is in de huidige situatie niet het geval, zoals zal worden uitgelegd, omdat het huidige winstverbod slechts van toepassing is op intramurale zorg.

¹¹⁰ Zie zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, para. 27.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, para. 25.

relevante toetsingskader zijn. Dit zou echter anders liggen, indien in een nationale wettelijke maatregel voor winstuitkering bepaald zou worden dat nationale regulering van winstuitkering niet geldt voor zorg die op tijdelijke basis in Nederland verleend wordt door buitenlandse zorginstellingen. Dit zal er dan toe leiden dat het vrij verkeer van diensten niet van toepassing is. Dit neemt niet weg dat andere vrijheden nog steeds van toepassing kunnen zijn.

4.3.2 Beperking van het vrij verkeer van diensten

Het vrij verkeer van diensten uit artikel 56 VWEU verbiedt discriminatie en alle overige belemmeringen van de toegang tot de markt. De uitbreiding van het non-discriminatieverbod naar alle belemmeringen van de toegang tot de markt vond voor het vrij verkeer van diensten plaats in het arrest *Säger*.¹¹² Een vergunningseis voor dienstverrichters werd in *Säger* dan ook aangemerkt als een beperking van het vrij verkeer van diensten.¹¹³ In een inbreukprocedure uit 2004 oordeelde het HvJEU op een vergelijkbare manier over de Franse verplichting voor laboratoria om een vergunning te verkrijgen alvorens een vergoeding te kunnen krijgen van zorgverzekeraars voor het uitvoeren van medisch-biologische analyses. Dit vergunningstelsel vormde een beperking van het vrij verkeer van diensten omdat de maatregel “de facto [uitsluit] dat de in een andere lidstaat gevestigde laboratoria diensten verstrekken aan in Frankrijk gevestigde verzekerden”.¹¹⁴ Verder werden (non-discriminatoire) beperkingen om reclame te maken beschouwd als belemmeringen van het vrije verkeer van diensten.¹¹⁵

Uit de rechtspraak van het HvJEU blijkt derhalve dat elke regeling die op een of andere manier ertoe kan leiden dat toegang tot de markt belemmerd wordt voor een dienstverrichter, een schending op artikel 56 VWEU oplevert.¹¹⁶ Regulering van winstuitkering leidt ook tot een dergelijke belemmering. De toegang tot de Nederlandse markt wordt lastiger gemaakt doordat op die markt behaalde winsten niet of slechts onder beperkingen mogen worden uitgekeerd. Zorgaanbieders worden “ontraden” om zo actief te worden in Nederland, omdat bij goed rendement niet vrijelijk over de winst kan worden beschikt.

¹¹² Zaak C-76/90, *Säger*, 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:331.

¹¹³ Zaak C-76/90, *Säger*, 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:331, par. 14.

¹¹⁴ Zaak C-496/01, Commissie t. Frankrijk, 11 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:137, par. 91.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld zaak C-405/98, *Gourmet*, 8 maart 2001, ECLI:EU:C:2001:135.

¹¹⁶ Zie C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 416 en 417.

4.4 Vrij verkeer van kapitaal

Artikel 63 VWEU bevat het verbod op het beperken van het vrije verkeer van kapitaal. Aangezien het verbieden of beperken van winstuitkering aandeelhouders en vergelijkbare partijen treft, is deze Verdragsbepaling eveneens relevant. Hieronder wordt ingegaan op zowel de toepasselijkheid als het verbod.

4.4.1 Toepassingsbereik van het vrij verkeer van kapitaal

Het begrip kapitaal wordt niet als zodanig verder gedefinieerd in het VWEU. Wel is de nomenclatuur in Bijlage I bij Richtlijn 88/361/EEG¹¹⁷ van indicatieve waarde voor het HvJEU om te bepalen of een transactie onder het vrij verkeer van kapitaal valt.¹¹⁸ Door een nationale wettelijke maatregel inzake winstuitkering zullen met name directe investeringen en portefeuillebeleggingen geraakt kunnen worden.

Uiteraard heeft artikel 63 VWEU betrekking op het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten. Uit de bewoordingen van deze Verdragsbepaling volgt echter ook dat de kapitaalstromen tussen de lidstaten en derde landen onder dit vrije verkeer vallen. Hier zijn een aantal uitzonderingen op,¹¹⁹ die overigens niet van toepassing zijn op de in dit onderzoek centraal staande problematiek. Een en ander betekent dan ook dat investeringen van natuurlijke personen of vennootschappen van buiten de EU in Nederlandse zorginstellingen ook onder het vrij verkeer van kapitaal vallen. Hier zal dan ook rekening gehouden moeten worden bij de invoering van een wettelijke maatregel om winstuitkering te beperken of verbieden.

4.4.2 Beperking van het vrij verkeer van kapitaal

Directe investeringen

¹¹⁷ Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, Pb. 1988 L178/5.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-98/01, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:273, par. 39; en zaak 282/04 en 283/04, Commissie t. Nederland, 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608, par. 19.

¹¹⁹ Deze uitzonderingen zijn te vinden in artikel 64(1), 65(4), 66 en 75 VWEU.

Zoals al aangegeven, zou het reguleren van winstuitkering eventueel directe investeringen kunnen belemmeren. Directe investeringen zijn investeringen in een bedrijf bedoeld om deel te nemen aan het bestuur van een vennootschap of om zeggenschap uit te oefenen in de vennootschap.¹²⁰ Het HvJEU is niet altijd even duidelijk in de scheiding tussen het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging waar het directe investeringen betreft. Het HvJEU geeft zijn huidige benadering met betrekking tot het scheiden van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal goed weer in het arrest *Idryma Typou*. Het verkrijgen van een beslissende invloed door het kopen van aandelen valt onder de vrijheid van vestiging,¹²¹ tenzij het verkrijgen van de aandelen gebeurt zonder de intentie om deel te nemen in het bestuur of om zeggenschap te verkrijgen in de vennootschap.¹²² Wanneer de nationale maatregel betrekking heeft op iedere deelneming in een vennootschap, ongeacht of er een zekere invloed wordt verkregen, zullen artikel 49 VWEU en artikel 63 VWEU van toepassing zijn.¹²³ Zoals Barnard ook aangeeft, weerspiegelt deze benadering het onderscheid tussen ondernemersactiviteiten (waar artikel 49 VWEU op van toepassing is) en investeringen (waar artikel 63 VWEU op van toepassing is).¹²⁴ Desalniettemin is het onderscheid tussen de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal van gering belang nu het HvJEU een convergerende aanpak kiest voor beide vrijheden. Het enige belangrijke verschil, waarop gewezen moet worden, is de reikwijdte van het vrij verkeer van kapitaal. De laatstgenoemde vrijheid is ook van toepassing op onderdanen of vennootschappen uit derde landen die investeren in Nederlandse zorginstellingen. Voor de materiële toetsing aan de vrij verkeersbepalingen is het onderscheid tussen het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging minder van belang. Ook bij het vrij verkeer van kapitaal worden discriminerende maatregelen en alle overige maatregelen die het recht op toegang tot de markt belemmeren als beperkingen gezien.

De “gouden aandeel-arresten” laten zien dat het HvJEU snel een belemmering aanneemt. Zo werden “zeer belangrijke bestuursbeslissingen”¹²⁵ bij KPN en TPG in de *Commissie t. Nederland* zaak onderworpen aan een veto door de Nederlandse Staat. Dit was

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld zaak 282/04 en 283/04, Commissie t. Nederland, 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608, par. 19.

¹²¹ Zaak C-81/09, *Idryma Typou*, 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, par. 47.

¹²² Zaak C-81/09, *Idryma Typou*, 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, par. 48.

¹²³ Zaak C-81/09, *Idryma Typou*, 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, par. 49.

¹²⁴ C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 527.

¹²⁵ Zaak 282/04 en 283/04, Commissie t. Nederland, 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608, par. 24.

een belemmering van directe investeringen. Ook in *Commissie t. Italië* gaf het HvJEU een brede uitleg aan het verbod in artikel 63 VWEU. In deze zaak vereiste Italië dat alleen apothekers vennoot kunnen zijn in een vennootschap die een apotheek runt. Het HvJEU kwalificeerde dit als een belemmering van artikel 63 VWEU omdat het “investeerders uit andere lidstaten ervan [kan] weerhouden in die ondernemingen te investeren”.¹²⁶

Het beperken of verbieden van winstuitkering kan investeerders ervan weerhouden om directe investeringen te doen in een zorginstelling, aangezien de economische ratio van het verkrijgen van aandelen (deels) wordt ontnomen; een aandeelhouder krijgt namelijk geen of slechts onder bepaalde voorwaarden dividenden voor zijn investeringen. Uiteraard kan een aandeelhouder nog steeds het doel hebben te investeren, bijvoorbeeld in de hoop dat de aandelen meer waard zullen worden. Doorverkoop is ook bij het verbieden of beperken van winstuitkering mogelijk. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat de regulering van winstuitkering een waardedrukkend effect op de aandelen kan hebben. Al met al lijkt er op basis van deze grond al een belemmering te zijn van het vrij verkeer van kapitaal, omdat niet vrijelijk dividenden kunnen worden uitgekeerd. Voorts is van belang dat aandeelhouders die zeggenschap verkrijgen niet de mogelijkheid hebben om naar eigen inzicht te besluiten dividenden uit te keren. Hierdoor wordt aan hen de mogelijkheid ontnomen om een belangrijke beslissing te nemen. Dit is, zo blijkt uit de voornoemde inbreukprocedure tegen Nederland, ook al een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal.

Portefeuille investeringen

Portefeuille investeringen zijn juist investeringen die niet bedoeld zijn om zeggenschap te verkrijgen in een vennootschap of deel te nemen aan een bestuur. Het kopen van aandelen om dividenden te verkrijgen of om ze door te verkopen zijn dan ook portefeuille investeringen. Een portefeuille investering kan, net als een directe investering, leiden tot een meerwaarde voor aandeelhouders. Ook hier kan de waarde van het aandeel toenemen en is het mogelijk dat de aandeelhouder dividend ontvangt. Een beperking van de mogelijkheid om winst uit te keren zal de waarde van een aandeel drukken, zoals al opgemerkt is. Daarnaast is het niet mogelijk om direct een positief financieel rendement te behalen door het ontvangen van dividend. Dit lijkt ons dan ook een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal.

¹²⁶ Zaak C-531/06, *Commissie t. Italië*, 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:315, par. 46.

Resumé

Het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders lijkt een belemmering te vormen van de vrijheid voor investeerders om directe investeringen of portefeuille investeringen te doen. Investeerders zullen minder snel geneigd zijn om aandelen te kopen van zorgaanbieders wanneer de mogelijkheden van winstuitkering zijn beperkt. Zo wordt ingegrepen in een belangrijke beslissingsbevoegdheid van een onderneming. Er zijn nog geen zaken voor het HvJEU gekomen waar het ging om verenigbaarheid van een nationale regulering van winstuitkering voor zorgaanbieders met het vrij verkeer van kapitaal. Wel heeft de Commissie in 2008 een inbreukprocedure gestart tegen Slowakije, waarin het aangaf dat een verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars in strijd was met het vrij verkeer van kapitaal.¹²⁷ Overschotten moesten door zorgverzekeraars geïnvesteerd worden in de zorg. De Commissie achtte dit klaarblijkelijk in strijd met het vrij verkeer van kapitaal. Op 20 november 2009 heeft de Commissie dan ook een aanmaningsbrief aan Slowakije gestuurd. Deze inbreukprocedure is uiteindelijk op 24 november 2011 gesloten, omdat het Slowaakse Grondwettelijk Hof deze nationale wet in strijd achtte met de Grondwet. De wet is uiteindelijk aangepast waardoor er geen precedenten zijn over de verenigbaarheid van de regulering van winstuitkering in de zorg met de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer van kapitaal.

4.5 Rechtvaardiging van een beperking van de vrij verkeersbepalingen

Uit het voorgaande komt naar voren dat het beperken of verbieden van winstuitkering een belemmering kan zijn van de drietal fundamentele vrijheden, namelijk de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van kapitaal. Een belemmering van deze vrijheden is niet automatisch verboden. Belemmeringen kunnen gerechtvaardigd worden op grond van de Verdragsexcepties of de in de rechtspraak van het HvJEU ontwikkelde *rule of reason*. Volksgezondheid is als grond genoemd om de Verdragsvrijheden te beperken. Voor de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten is dit terug te vinden in artikel 52 VWEU.¹²⁸ Het vrij verkeer van kapitaal kent volksgezondheid niet als Verdragsexceptie. Desalniettemin heeft het HvJEU deze grond ook al erkend als een dwingende reden van

¹²⁷ Zie dossiernummer 20084268.

¹²⁸ Voor het vrij verkeer van diensten gaat dit via de schakelbepaling van artikel 62 VWEU.

algemeen belang onder de *rule of reason*.¹²⁹ Het HvJEU haalt volksgezondheid dan ook in sommige gevallen aan onder de Verdragsexcepties, maar ook onder de *rule of reason* als legitieme reden om de fundamentele vrijheden uit het Verdrag te beperken. Daarnaast gebruikt het HvJEU in sommige zaken niet de volksgezondheid als legitiem belang, maar het financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel.¹³⁰ Het HvJEU ziet een zorgstelsel ook als een sociaal zekerheidsstelsel.¹³¹ Over het algemeen maakt de classificatie onder de Verdragsexceptie of de *rule of reason* niet veel verschil voor de uitkomst van een zaak. Op één punt is dit echter wel van belang. Direct discriminerende maatregelen kunnen slechts een rechtvaardiging vinden op basis van de Verdragsexcepties, maar niet op basis van de *rule of reason*.

Zowel voor de Verdragsexcepties als voor de *rule of reason* geldt voorts dat de maatregel evenredig dan wel proportioneel moet zijn. In het onderhavige onderzoek worden de termen evenredigheid en proportionaliteit als synoniem gebruikt. Om vast te stellen of een maatregel evenredig is, dient te worden nagegaan of deze geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde belang te waarborgen en of deze niet verder gaat dan nodig is voor het te bereiken doel.¹³² Het eerste aspect wordt het geschiktheidsvereiste genoemd en het tweede aspect het noodzakelijkheidsvereiste. Bij het geschiktheidsvereiste staat de vraag centraal of de ingezette middelen aangewezen zijn om het doel in kwestie te realiseren; het gaat om het verband dat bestaat tussen het middel en het doel.¹³³ Kan redelijkerwijs worden vastgesteld of de gekozen middelen geëigend zijn om de beoogde doelstelling te realiseren?¹³⁴ Bij het noodzakelijkheidsvereiste wordt onderzocht of de na te streven doelstellingen ook kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer minder beperken.¹³⁵ Het gaat hier om de test van de minst beperkende maatregelen.¹³⁶

¹²⁹ Dit gebeurde voor het eerst in zaak 120/78, Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon), 20 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:42, par. 8.

¹³⁰ Zaak C-158/96, Kohll, 28 april 1998, ECLI:EU:C:1998:171, par. 41.

¹³¹ Zie bijvoorbeeld zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, par. 29.

¹³² Zie in dit verband ook K. Lenaerts en P. van Nuffel (2017), *Europees recht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia, p. 152 en 153 en C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 179 en 489.

¹³³ Zie C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 179 en 489.

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld zaak C-333/14, Scotch Whisky Association, 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845, para. 56 en zaak C-148/15, Deutsche Parkinson Vereinigung, 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776, para. 36.

¹³⁵ Zie vorige noot.

¹³⁶ Zie C. Barnard (2016) *The Substantive Law of the EU*, Oxford: Oxford University Press, p. 489.

Voorts kan, zoals reeds opgemerkt, de *rule of reason* geen maatregel die discriminerend is, rechtvaardigen. Deze voorwaarde is hier minder van belang, aangezien een nationale wettelijke maatregel inzake winstuitkering niet van direct discriminerende aard lijkt te zijn, zoals hierboven is aangegeven.

4.5.1 Het te beschermen belang

Zoals beschreven in paragraaf 2, lijken er een drietal redenen te zijn om winstuitkeringen in de zorg te beperken. Allereerst wordt hiermee beoogd te voorkomen dat publieke middelen wegvloeien naar private partijen. Ten tweede wil de Nederlandse Staat onwenselijke productieprikkels die mogelijk de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg aantasten, voorkomen. Tot slot is er gewezen op het gebrek in de marktwerking zodat de uitruil tussen kwaliteit en winst niet goed wordt bewaakt. De laatste twee redenen komen naar onze mening op hetzelfde neer. Bij gebrek aan tegenprikkels zal een onderneming inderdaad minder goede kwaliteit leveren of inefficiënt werken om zo veel mogelijk winst te maken. Concurrentie tussen ondernemingen kan dit mogelijk voorkomen. De wetgever gaat er dan blijkbaar vanuit dat de huidige marktwerking onvoldoende is om de uitruil tussen kwaliteit en winst te bewaken, maar ook om onwenselijke productieprikkels tegen te gaan.

Kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg

Het HvJEU heeft in zijn jurisprudentie een tweetal doelstellingen op grond van de volksgezondheid erkend. Lidstaten zijn bevoegd om maatregelen te treffen die “enerzijds in het algemeen beogen dat op het grondgebied van de betrokken lidstaat een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg wordt geboden, en anderzijds berusten op het streven, de kosten te beheersen en verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden”.¹³⁷ Kortom, het HvJEU heeft erkend dat kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg twee doelstellingen zijn, op grond waarvan beperkingen van het vrije verkeer kunnen worden gerechtvaardigd.

¹³⁷ Zie zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 61. Zie ook zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 57. Vergelijk in dit verband ook E. Plomp (2011) *Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen*, Den Haag: SDU, p. 291 en 292.

De drie voornoemde redenen zijn onder deze twee door het HvJEU erkende doelstellingen te scharen. De Nederlandse Staat tracht met het reguleren van winstuitkering te voorkomen dat de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg in het geding komt. Het voorkomen van onwenselijke productieprikkels en het gebrek in de marktwerking om de uitruil tussen kwaliteit en winst te bewaken zijn beide terug te voeren op het doel de kwaliteit te waarborgen. Daarnaast wil de Nederlandse overheid voorkomen dat publiek geld wegvloeit naar private investeerders. Er lijken daarom geen puur economische motieven aan deze doelen ten grondslag te liggen. Puur economische motieven zal het HvJEU namelijk niet accepteren als legitieme gronden om de fundamentele vrijheden te beperken.¹³⁸ De achterliggende doelstelling van de regulering van winstuitkering bestaat echter uit de verwezenlijking van zorg op een kwalitatief hoog niveau en het garanderen van de toegankelijkheid hiervan voor een ieder. Dit streven valt onder de dwingende vereisten van algemeen belang die kunnen worden ingeroepen om beperkingen van het vrije verkeer te rechtvaardigen.¹³⁹

Het HvJEU geeft lidstaten een beoordelingsmarge om te bepalen op welk niveau zij de volksgezondheid willen beschermen.¹⁴⁰ Dit neemt niet weg dat er wel goed onderbouwde redenen moeten zijn voor een belemmering van de fundamentele vrijheden. Aangetoond moet worden dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste (geschiktheid en noodzakelijkheid). In paragraaf 4.5.2 wordt hierop ingegaan.

Solidariteit en kostenefficiëntie

Naast de bescherming van de kwaliteit en betaalbaarheid van het Nederlandse zorgstelsel, zou solidariteit ook een legitieme reden kunnen zijn om winstuitkeringen te verbieden of te beperken. Het HvJEU heeft, in het licht van de solidariteitsdoelstellingen en kostenefficiëntie, in meerdere uitspraken aanvaard dat op grond van nationale regelgeving bepaalde

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-158/96, Kohll, 28 april 1998, ECLI:EU:C:1998:171, par. 41.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, par.47 en 48 en gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, Blanco Pérez, 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300Perez, par. 63 en 65. In het laatstgenoemde arrest wordt ook verwezen naar artikel 168 lid 1 VWEU, waarin bepaald is dat binnen EU gestreefd wordt naar een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid.

¹⁴⁰ Zaak C-125/16, Malta Dentist Technologists Association e.a., 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:707, par. 60; zaak C-148/15, Deutsche Parkinson Vereinigung, 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776, par. 30; zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 61 en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 56.

zorgdiensten alleen mochten worden uitbesteed aan bedrijven zonder *winstoogmerk*.¹⁴¹ Zo werd in de zaak *Sodemare* door het HvJEU geaccepteerd dat krachtens Italiaanse wetgeving, die gebaseerd was op het solidariteitsbeginsel, bejaardenzorg alleen mocht worden aangeboden door organisaties zonder winstoogmerk.¹⁴² Uiteraard laat het beperken of verbieden van *winstuitkering* wel de mogelijkheid open dat winst gemaakt wordt. Dit betreft dan ook een andere situatie dan die van de *winstuitkering*. Toch zouden deze zaken inspiratie kunnen geven voor het invullen van de regulering van *winstuitkering*. Solidariteit dient dan ten grondslag te liggen aan het Nederlandse zorgstelsel.

Het punt is echter dat deze solidariteitsdoelstelling in het Nederlandse zorgstelsel een veel minder grotere rol inneemt dan voorheen. In dit stelsel is immers marktwerking ingevoerd. De systeembeslissing om commerciële partijen toe te laten op de zorgmarkt en om marktwerking (verdergaand) toe te staan, leidt er toe dat solidariteitsdoelstellingen niet meer voldoende aanwezig zijn om dit belang in te roepen. Het EU-mededingingsrecht kan hier als inspiratiebron dienen. Het HvJEU heeft duidelijk gemaakt dat uitvoerders van een zorgstelsel niet een economische activiteit uitoefenen, en dus niet onder het ondernemingsbegrip vallen, wanneer dit stelsel overwegend gebaseerd is op solidariteitsdoelstellingen. Het HvJEU heeft in mededingingsrechtelijke zaken geoordeeld dat niet alleen nagegaan moet worden of het solidariteitsbeginsel een overheersende rol speelt, maar ook of er voldoende overheidstoezicht is om te voorkomen dat de uitvoerder toch economische activiteiten verricht.¹⁴³ De aanwezigheid van de (geleidelijk) ingevoerde marktwerking in het Nederlandse zorgstelsel zal dan ook kunnen leiden tot de conclusie dat de solidariteitsdoelstellingen niet sterk genoeg aanwezig zijn voor het beperken van de fundamentele vrijheden. In een tweetal zaken die betrekking hadden op ambulancevervoer uitgevoerd door vrijwilligersorganisaties in Italië stelde het HvJEU dat een lidstaat aan een stelsel doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie ten grondslag kon leggen, maar dan mochten deze organisaties bij hun dienstverlening geen andere doelstellingen naleven.¹⁴⁴ Verder verwees het HvJEU naar het

¹⁴¹ Zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 63-67; en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 60-65; zaak C-70/95, Sodemare e.a., 17 juni 1997, ECLI:EU:C:1997:301, par. 32-34.

¹⁴² Zaak C-70/95, Sodemare e.a., 17 juni 1997, ECLI:EU:C:1997:301

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld zaak C-437/09, AG2R Prévoyance, 3 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:112, par. 53-65. Zie ook J.W. van de Gronden, *Services of General Interest and the Concept of Undertaking: Does EU competition Law Apply?*, *World Competition* 2018, p. 209-210.

¹⁴⁴ Zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 62 en 63 en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 62 en 63.

vereiste dat “die organisaties [...] bij de uitoefening van hun activiteit de hen door de nationale wettelijke regeling opgelegde vereisten strikt [moeten] naleven”.¹⁴⁵ Ook moest voorkomen worden dat onder het mom van vrijwilligerswerk door het uitkeren van bepaalde vergoedingen toch winst werd nagestreefd.¹⁴⁶ Het is dus maar zeer de vraag of in het Nederlandse zorgstelsel aan solidariteit een prominente rol is toegekend,¹⁴⁷ en of dit punt te vergelijken is met het stelsel dat aan de orde was in de twee zaken over medisch vervoer.

Resumé: rechtmatig belang voor het reguleren van winstuitkering

Er is, concluderend, naar onze mening een rechtmatig belang om de fundamentele vrijheden te beperken door middel van een wettelijke maatregel die winstuitkering beperkt of verbiedt. Zoals aangegeven, zijn de kwaliteit en de betaalbaarheid van het zorgstelsel voldoende gronden voor rechtvaardiging van een belemmering van de fundamentele vrijheden. Solidariteit en kostenefficiëntie zijn als gecombineerde grond naar verwachting echter niet voldoende om een belemmering te rechtvaardigen in het Nederlandse zorgstelsel. Daarom zullen in het Nederlandse zorgstelsel alleen de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg als rechtmatig belang kunnen dienen om winstuitkering te verbieden of te beperken.

Voor de toepassing van de rechtvaardigingsgrond maakt het niet uit of de regulering van de winstuitkering een algeheel verbod betreft, een verbod voor alleen intramurale zorg, een verbod voor bepaalde zorgsectoren of een verbod met uitzonderingen.

4.5.2 Proportionaliteitsvereiste

Voor een succesvol beroep op de excepties is het van groot belang dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. De modaliteiten van een maatregel die winstuitkering beperkt of verbiedt zijn bij toetsing aan dit vereiste wel van belang. Het maakt voor de proportionaliteit bijvoorbeeld uit of een algeheel verbod op winstuitkering wordt ingevoerd, of een regeling wordt vastgesteld die winstuitkering onder bepaalde omstandigheden toestaat en of de

¹⁴⁵ Zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 64; en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 61.

¹⁴⁶ Zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 64 en 65 en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 61 en 62.

¹⁴⁷ Vergelijk in dit verband ook E. Plomp (2011) *Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen*, Den Haag: SDU, p. 295 en 296.

winstregulering al dan niet onderdeel is van een vergunningstelsel. Om deze verschillen inzichtelijk te krijgen, wordt uitgegaan van de volgende drie situaties:

- (i) Regulering van winstuitkering voor alle zorgaanbieders;
- (ii) Regulering van winstuitkering voor intramurale zorgaanbieders, terwijl dergelijke regulering niet geldt voor extramurale zorg; en
- (iii) Regulering van winstuitkering voor *specifieke zorgaanbieders*.

Regulering van winstuitkering kan, zoals reeds aangegeven in paragraaf 1, een verbod op winstuitkering inhouden of een beperking van winstuitkering. Bij de bespreking van deze drie situaties wordt ook ingegaan op de vraag in hoeverre het uitmaakt of de winstregulering onderdeel vormt van een vergunningstelsel dan wel of deze regulering de vorm van een rechtstreeks geldend wettelijk voorschrift heeft. De reden hiervoor is dat een vergunningstelsel als zodanig ook een belemmering van het vrije verkeer is, zoals hierboven aan de orde kwam.

Hieronder wordt eerst ingegaan op de uitgangspunten die het HvJEU heeft ontwikkeld in zijn rechtspraak met betrekking tot de proportionaliteit. Vervolgens worden deze uitgangspunten toegespitst op de regulering van winst, waarbij wordt nagegaan of voldaan is aan het geschiktheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste. In dat kader komen de drie geschetste situaties aan de orde.

4.5.2.1 Uitgangspunten in de rechtspraak van het HvJEU

Bij de toets aan het proportionaliteitsbeginsel onderzoekt, zoals reeds is aangegeven, het HvJEU of de maatregel geschikt is voor de te beschermen belangen en of er geen minder belemmerend alternatief voorhanden is. De proportionaliteitstoets *stricto sensu*, die wel uitgebreid naar voren komt in de jurisprudentie van het EHRM, is minder duidelijk te vinden in de jurisprudentie van het HvJEU. Dit aspect van de proportionaliteitstoets houdt een afweging in van de aan de orde zijnde belangen. Over het algemeen zal het HvJEU niet zo snel een proportionaliteitstoets *stricto sensu* toepassen op maatregelen van lidstaten.¹⁴⁸

¹⁴⁸ S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (red.) (2017) *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 187-189.

In zijn rechtspraak heeft het HvJEU gewezen op artikel 168 lid 7 VWEU, dat bepaalt dat de organisatie en verlening van zorg een nationale bevoegdheid is, en overwogen dat de lidstaten daarom over een beoordelingsmarge beschikken bij de vaststelling van regelgeving voor de zorg.¹⁴⁹ Het HvJEU is desalniettemin door de jaren heen strenger gaan toetsen door te vereisen, ook in zorgzaken, dat een lidstaat voldoende onderzoek heeft gedaan naar de geschiktheid en de test van de minst beperkende maatregel (noodzakelijkheid). Een dergelijk onderzoek dient onderbouwd te zijn met specifieke gegevens.¹⁵⁰ Zo oordeelde het HvJEU bijvoorbeeld in het arrest *Scotch Whisky Association* het volgende:

54. De rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren, moeten gepaard gaan met deugdelijk bewijs of een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede met specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog (zie in die zin arresten Lindman, C-42/02, EU:C:2003:613, punt 25; Commissie/België, C-227/06, EU:C:2008:160, punt 63, en ANETT, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 50).

55. Deze bewijslast kan echter niet zo zwaar zijn dat de bevoegde nationale autoriteiten, indien zij een nationale regeling tot invoering van een maatregel als de MPU vaststellen, positief moeten aantonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd, niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden (zie in die zin arrest Commissie/Italië, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 66).

56. Tegen deze achtergrond staat het aan de nationale rechterlijke instantie die moet toetsen of de betrokken nationale regeling rechtmatig is, om na te gaan of het door de bevoegde nationale autoriteiten aangedragen bewijs relevant is om te kunnen beoordelen of die regeling zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel. Aan de hand van dat bewijs moet die rechterlijke instantie met name objectief beoordelen of het door de betrokken lidstaat overgelegde bewijs redelijkerwijs tot het oordeel kan leiden dat de gekozen middelen geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, Blanco Pérez, 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300, para 43 en 44.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld zaak C-456/10, ANETT, 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:241, para. 50.

bereiken, en of deze doelstellingen ook kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer van goederen minder beperken.¹⁵¹

In *Deutsche Parkinson Vereinigung* refereerde het HvJEU ook aan deze eisen dat lidstaten de door hun ingeroepen rechtvaardigingsgrond voldoende dienen te onderbouwen.¹⁵² Een lidstaat zal dan ook deugdelijk bewijs of een (wetenschappelijk) onderzoek moeten overleggen waaruit blijkt dat voldaan is aan het geschiktheidsvereiste en de test van de minst beperkende maatregel. Voorts moet een lidstaat niet alleen deugdelijk bewijs aandragen, maar dienen de gegevens ook specifiek genoeg te zijn om de geschiktheid en de noodzakelijkheid van een maatregel aan te tonen.¹⁵³ In *Malta Dentist Technologists Association* nam het HvJEU uiteindelijk aan dat een maatregel geschikt was, omdat de argumenten van de Maltese regering “ten minste voor een deel berusten op wetenschappelijke studies waaruit kan worden afgeleid dat deze argumenten niet louter beweringen zijn”.¹⁵⁴ Een goede onderbouwing van de geschiktheid en evenredigheid is dus vereist. De Nederlandse wetgever zal dus goed moeten onderbouwen waarom het beperken of verbieden van winstuitkering voor zorginstellingen geschikt en noodzakelijk is. De wetgever zal bijvoorbeeld voldoende moeten onderbouwen waarom de huidige marktwerking in de zorg te kort schiet om onwenselijke productieprikkelers tegen te gaan en om de uitruil tussen kwaliteit en winst te waarborgen. Indien dit bewijs wordt geleverd, maakt het in beginsel niet uit dat voor bepaalde zorgaanbieders in het verleden winstuitkering was toegestaan. Het HvJEU heeft geen beginsel geformuleerd, op grond waarvan eenmaal geïntroduceerde marktwerking niet mag worden teruggedraaid. In de zaak *Sydhavnens*, bijvoorbeeld, accepteerde het HvJEU dat op een markt voor afvalverwerkingen beperkingen werden geïntroduceerd en de vrijheid van ondernemingen aan banden werd gelegd, omdat gebleken was dat zonder deze beperkingen afvalrecyclingsdoelstellingen niet werden gerealiseerd.¹⁵⁵

¹⁵¹ Zaak C-333/14, *Scotch Whisky Association*, 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845, par. 54-56.

¹⁵² Zaak C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776, par. 35-36.

¹⁵³ Zaak C-333/14, *Scotch Whisky Association*, 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845, par. 54; zaak C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776, par. 35.

¹⁵⁴ Zie de *Opinie van AG Mengozzi*, Zaak C-125/16, *Malta Dentist Technologists Association e.a.*, 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:421, par. 30, waarnaar het HvJEU in zijn arrest verwijst: zaak C-125/16, *Malta Dentist Technologists Association e.a.*, 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:707, par. 62.

¹⁵⁵ Zaak C-209/98, *Sydhavnens*, 23 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:279, par. 77-83.

Hieronder worden de geschiktheid en de noodzakelijkheid van regulering van de winstuitkering nader besproken.

4.5.2.2 Geschiktheid

Regulering van winstuitkering moet een geschikte maatregel zijn om de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg te waarborgen. De ratio van een wettelijke maatregel om winstuitkering te beperken of te verbieden is om te voorkomen dat financiële middelen uit de zorg verdwijnen. De wetgever bevordert dat zorgaanbieders winst geheel of gedeeltelijk weer investeren in de zorg, of dat zij winst toevoegen aan hun reserves zodat eventuele toekomstige tegenvallers kunnen worden opgevangen. Het streven is om te voorkomen dat de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg in het geding komt, omdat zorgaanbieders dan niet hoeven te bezuinigen op de door hen te leveren zorg.

Hier moet nog wel gewezen worden op de systeembeslissing van de Nederlandse overheid om commerciële partijen toe te laten op de zorgmarkt. Winstuitkering beperken of verbieden, maar wel commerciële partijen toelaten, kan bij het HvJEU vragen omtrent de geschiktheid oproepen. Waarom laat de overheid commerciële partijen toe terwijl zij een zeer belangrijke commerciële beslissing, te weten de uitkering van winst aan aandeelhouders, niet mogen nemen? Dit lijkt ons een belangrijke beslissing voor commerciële partijen, omdat winstuitkering de beloning is voor de investeringen gedaan met het door aandeelhouders ingebrachte kapitaal. De wetgever dient dan ook goed en met concrete gegevens te onderbouwen dat het verbieden of beperken van winstuitkering door commerciële partijen ertoe leidt dat de kwaliteit van de zorg en de betaalbaarheid ervan wordt geborgd. Hieronder wordt ingegaan op de geschiktheid van de verschillende typen reguleringen van winstuitkering.

Regulering van winstuitkering voor alle zorgaanbieders

In beginsel is zowel een vergunningstelsel als een wettelijk voorschrift een geschikt instrument om de kwaliteit van de zorg en de betaalbaarheid ervan na te streven. Bij een vergunningstelsel kan een overheidsinstantie immers van tevoren nagaan of aan de eisen in kwestie is voldaan, terwijl bij een rechtstreeks geldend wettelijk voorschrift een dergelijke instantie actie kan ondernemen bij overtreding van deze eisen.

In dit verband wijzen wij op het volgende. Het HvJEU heeft, bijvoorbeeld in *Blanco Pérez*, aangegeven dat het verder differentiëren van een maatregel, ertoe kan leiden dat deze maatregel voldoet aan het geschiktheidsvereiste.¹⁵⁶ In *Blanco Pérez* ging het over een voldoende spreiding van apotheken over het grondgebied van Spanje. Deze spreiding werd bewerkstelligd op basis van demografische gegevens (in beginsel één apotheek per 2800 inwoners) en geografische gegevens (apotheken moeten in beginsel 250 meter van elkaar verwijderd zijn). In dun bevolkte gebieden kan onverkorte toepassing van het criterium van één apotheek per 2800 inwoners er echter toe leiden dat de toegankelijkheid tot de farmaceutische zorg in gevaar komt. Verder differentiering van dit criterium, doordat bepaalde afwijkingen ervan werden toegestaan, voorkwam dat gevaar. In dicht bevolkte gebieden kan het afstandscriterium van 250 meter juist de toegankelijkheid tot de farmaceutische zorg onder druk zetten, doordat er dan te weinig apothekers zijn om aan de vraag te kunnen voldoen. Een verdere nuancering van de criteria had dus niet als consequentie dat het doel van spreiding van apotheken niet meer bereikt werd. Sterker nog, volgens het HvJEU was deze nuancering geboden gezien de specifieke kenmerken van de markt.¹⁵⁷

Differentiatie in de regulering van winstuitkering kan er dan ook toe leiden dat het HvJEU deze maatregel eerder als geschikt beschouwt, dan wanneer een dergelijke differentiatie achterwege blijft. Uitzonderingen op een algeheel verbod, waardoor winstuitkering onder bepaalde omstandigheden wel toegestaan wordt, kunnen als gevolg hebben dat sneller aan het vereiste van geschiktheid wordt voldaan dan bij een verbod zonder uitzonderingen. Winstuitkering wordt dan slechts beperkt en niet geheel verboden. Het toestaan van het verrichten van winstuitkering kan worden verbonden aan de naleving van voorwaarden die erop gericht zijn de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg te waarborgen. Beperkingen om winst uit te keren zijn eenvoudiger in overeenstemming met het geschiktheidsvereiste te brengen dan een algeheel verbod.

In het licht van rechtspraak als *Blanco Pérez* rijst de vraag waarom een algeheel verbod op winstuitkering voor alle zorgaanbieders geschikt is om de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg te garanderen. Deze vraag kan alleen positief beantwoord worden, indien hiervoor een concrete en overtuigende onderbouwing wordt gegeven.

¹⁵⁶ Gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez*, 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300, para. 96-103.

¹⁵⁷ Gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez*, 1 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:300, para. 96 en 99-102. Zie ook J.W. van de Gronden, 'De arresten *Blanco Pérez* en Commissie tegen Spanje: een goed evenwicht tussen de interne markt en de zorgbevoegdheden van de Lidstaten?', *NtEr* 2010, p. 226

Voorts is coherentie en systematische vormgeving van de maatregel van groot belang.¹⁵⁸ Bij een gebrek aan coherentie en systematische vormgeving, zal het HvJEU eerder aannemen dat een maatregel niet geschikt is om het beoogde doel te bereiken dan wanneer een dergelijk gebrek zich niet voordoet.¹⁵⁹ Indien regulering van winstuitkering voor alle zorgaanbieders relatief eenvoudig te ontgaan is, komt de coherentie ervan onder druk te staan en daarmee is dan ook niet voldaan aan het vereiste van geschiktheid. Problemen met de coherentie en de geschiktheid kunnen zich voordoen, indien bijvoorbeeld de winst kunstmatig laag wordt gehouden door het opvoeren van bepaalde kostenposten. Een management fee, die op een zeer hoog niveau wordt vastgesteld, kan er bijvoorbeeld toe leiden dat bepaalde gelden alsnog naar derden vloeien; indien via deze constructie de desbetreffende gelden bij de aandeelhouders terecht komen, is de kans groot dat niet voldaan is aan het vereiste van geschiktheid.

De coherentie kan ook onder druk staan, indien de uitvoering van zorg mag worden uitbesteed aan aanbieders, waarvoor het verbod op of beperking van winstuitkering niet geldt.¹⁶⁰ Indien de 'hoofdaannemer' geen of beperkt winst mag uitkeren, terwijl dochterondernemingen of derden die uiteindelijk de zorg verlenen dat wel mogen, is het risico op strijd met de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer groot. In dit verband moet ook gewezen worden op de twee Italiaanse ambulancezaken die in paragraaf 5.4.1 zijn aangehaald. In deze zaken stond nationale wetgeving centraal die ambulancevervoerders verbood om winst nastreven en om over te gaan tot winstuitkering. In die context heeft het HvJEU bij de toetsing aan het geschiktheidsvereiste uitdrukkelijk overwogen dat voorkomen moest worden dat onder het mom van vrijwilligerswerk toch direct of indirect winst werd nagestreefd door het uitkeren van bepaalde vergoedingen.¹⁶¹ Alleen betaling van daadwerkelijk voor de diensten gemaakte kosten kon aan de orde zijn.

Regulering van winstuitkering voor aanbieders in de intramurale zorg

¹⁵⁸ Zie L. Hancher en W. Sauter (2012) *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford: Oxford University Press, p. 108 en 122.

¹⁵⁹ Zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, par. 55.

¹⁶⁰ Zie ook E. Plomp (2011) *Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen*, Den Haag: SDU, p. 300-302.

¹⁶¹ Zaak C-50/14, CASTA, 28 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:56, par. 64 en 65 en zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440, par. 61 en 62.

Indien de nationale wetgever ervoor kiest om winstuitkering alleen te reguleren in de intramurale zorg, dan moet erop gewezen worden dat deze maatregel niet meer gebaseerd kan worden op argumenten die in het verleden werden aangevoerd vanwege de problematiek van het vastgoed. Voor het beperken of verbieden van winstuitkering in de intramurale zorg is een deel van de oorspronkelijke redenen in paragraaf 2 niet meer relevant, omdat de zorgaanbieders thans zelf de risico's voor het vastgoed dragen. De wetgever zal daarom redenen moeten geven waarom het verbieden van winstuitkering in de intramurale zorg wel geschikt is om de kwaliteit en betaalbaarheid van het zorgstelsel te handhaven, maar waarom dit niet geldt voor de extramurale zorg. Uiteraard moeten deze redenen ook gegeven worden, indien de wetgever ervoor kiest uitkering van de winst niet te verbieden maar voorwerp te maken van beperkingen. Het uitleggen van de coherentie van deze maatregel is dan ook noodzakelijk om een gerechtvaardigde belemmering te mogen maken op de fundamentele vrijheden. Hier zou beargumenteerd kunnen worden dat aanbieders van intramurale zorg meer investeringen zullen moeten doen dan aanbieders van extramurale zorg. Zij zullen namelijk gespecialiseerde en dure medische infrastructuur en/of apparatuur moeten aanschaffen en onderhouden. Regulering van winstuitkering kan dan voorkomen dat winst wegvloeit naar aandeelhouders, terwijl dit eigenlijk in het onderhoud van vastgoed of in de aanschaf van vastgoed gestoken had moeten worden. In dit verband wijzen wij erop dat in het verleden het HvJEU ten aanzien van intramurale zorg geaccepteerd heeft dat de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen aan patiënten werd beperkt, voor zover de instandhouding van een verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op het grondgebied van een lidstaat essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking.¹⁶² Vergelijkbare argumentatie voor de beperking van dit vrije verkeer is opgenomen in artikel 8 lid 2 onder a van Richtlijn 2011/24.¹⁶³ Het HvJEU stelt dat bij intramurale zorg overwegingen betreffende een toereikende en permanente toegang tot deze zorg en overwegingen om kosten te beheersen en verspilling te vermijden een belangrijke rol spelen.¹⁶⁴ Het vrije verkeer

¹⁶² Zie bijvoorbeeld zaak C-157/99, Smits-Peerbooms, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404, para. 74 ; zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, para. 67 en zaak C-372/04, Watts, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, para. 105.

¹⁶³ Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg, Pb. 2011 L88/45.

¹⁶⁴ Zie zaak C-157/99, Smits-Peerbooms, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404, para. 78 en 79; zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, para. 79 en 80 en zaak C-372/04, Watts, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, para. 109.

van intramurale zorgdiensten mocht daarom worden beperkt, mits patiënten tijdig een doeltreffende behandeling konden krijgen op het eigen grondgebied.¹⁶⁵ Opvallend in dit verband is dat het HvJEU van oordeel was dat het algehele niveau van de bescherming van de volksgezondheid niet werd bedreigd door het vrije verkeer van patiënten bij *extramurale* zorg.¹⁶⁶ Blijkbaar wordt bij de toetsing aan het geschiktheidsvereiste veel waarde gehecht aan de investeringen die met het oog op intramurale zorg worden gedaan.

Hierboven is al aangegeven dat zowel een vergunningstelsel als een rechtstreeks geldend voorschrift geschikt kunnen zijn. In dat verband merkten wij ook op dat het voor de coherentie en daarmee voor de geschiktheid van de maatregel van groot belang is dat niet aan de regulering van winstuitkering kan worden ontsnapt door middel van bijvoorbeeld uitbestedingsconstructies of het kunstmatig verhogen van bepaalde kostenposten.

Regulering van winstuitkering voor specifieke zorgaanbieders

Ook wanneer bepaalde zorgaanbieders geen of onder beperkingen winst mogen uitkeren, maar anderen weer wel, zal de wetgever het verschil goed moeten onderbouwen. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het verbieden of beperken van winstuitkeringen voor ziekenhuizen. De expertise en medische apparatuur die een ziekenhuis nodig heeft, behoeft veel investeringen. Regulering van winstuitkering voor de ziekenhuiszorg kan in een dergelijk geval als een geschikte maatregel worden beschouwd. De argumentatie kan dan zijn dat gestimuleerd moet worden dat de behaalde winst geïnvesteerd wordt in de ziekenhuiszorg dan wel dat negatieve prikkels voor de kwaliteit van deze zorg voorkomen moeten worden. Indien de regels voor de winstuitkering beperkt worden onderbouwd, d.w.z. wanneer de onderliggende reden vooral betrekking zal hebben op de expertise en de medische apparatuur, dan zal regulering van winstuitkeringen voor bijvoorbeeld psychologen minder geschikt zijn. De wetgever zal dan ook aandacht moeten schenken aan de redenen voor het beperken of verbieden van winstuitkeringen per zorgsector. Zoals aangegeven, kan differentiatie van de regulering (voor zover gebaseerd op concrete gegevens) de kans vergroten dat deze regulering als geschikt wordt gezien. Ook hier moet worden opgemerkt dat zowel een vergunningstelsel als een rechtstreeks geldend voorschrift geschikt is, mits

¹⁶⁵ Zie zaak C-157/99, Smits-Peerbooms, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404, para. 82-107; zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, para. 83-90 en zaak C-372/04, Watts, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, para. 114-122.

¹⁶⁶ Zie zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, para. 94-108.

beide instrumenten coherent zijn vormgegeven. Dit betekent onder meer dat zorgaanbieders de verboden niet relatief eenvoudig kunnen omzeilen.

Coherentie en winstuitkering door zorgaanbieders en zorgverzekeraars

Aan het slot van deze sub-paragraaf over het geschiktheidsvereiste, wijzen wij op het volgende probleem. Thans is er een wetsvoorstel aanhangig bij de Eerste Kamer die het verbod voor zorgverzekeraars om winst uit te keren permanent beoogt te verbieden.¹⁶⁷ Ook hier spelen argumenten van het wegvloeien van publieke middelen naar private partijen en de kwaliteit van de zorg (winsten moeten opnieuw worden geïnvesteerd in de zorg) een rol.¹⁶⁸ De kans bestaat dat er voor zorgverzekeraars en zorgaanbieders zeer uiteenlopende regels zullen gelden voor het uitkeren van winst. De mogelijkheden om winst uit te keren zouden bijvoorbeeld kunnen worden verruimd voor zorgaanbieders, terwijl voor zorgverzekeraars een verbod op winstuitkering komt te gelden. Hierdoor kan het regime voor winstuitkering in de zorg niet coherent zijn vormgegeven, indien geen goede onderbouwing voor dit verschil kan worden gegeven. Dit kan grote gevolgen hebben voor de toepassing van de Verdragsexcepties. Het risico bestaat dan dat het HvJEU de conclusie trekt dat niet voldaan is aan het geschiktheidsvereiste en dat daarom strijd met het EU-recht bestaat. Dit probleem wordt voorkomen, indien de wetgever een coherente set aan regels voor winstuitkering voor zowel de zorgaanbieders als de zorgverzekeraars vaststelt.

4.5.2.3 Noodzakelijkheid

Bij het noodzakelijkheidsvereiste wordt nagegaan of de na te streven doelstelling niet op een minder vergaande wijze kan worden gerealiseerd. De test van de minst beperkende maatregel moet met het oog op dit vereiste worden uitgevoerd.

In het kader van het noodzakelijkheidsbeginsel kan het overgangsrecht dat van toepassing is wanneer een oud regime wordt vervangen door een nieuw regime van belang zijn. Een lidstaat moet op grond van dit vereiste de nieuwe wettelijke regels op een zodanig moment invoeren dat de betrokken ondernemingen in staat zijn om in overeenstemming te

¹⁶⁷ Kamerstukken 34 522.

¹⁶⁸ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 522, nr. 3, p. 2-4.

handelen met deze nieuwe regels.¹⁶⁹ Het HvJEU heeft in dit verband gesteld dat het rechtszekerheidsbeginsel met zich brengt dat een lidstaat moet voorzien in een voldoende lange overgangperiode, zodat marktdeelnemers zich kunnen aanpassen, dan wel dat een lidstaat moet voorzien in een billijke vergoedingsregeling.¹⁷⁰ Zo had Duitsland volgens het HvJEU bij de invoering van een verplicht systeem van statiegeld en individuele terugname van verpakkingen de producenten en verkopers te weinig tijd gegund om een dergelijk systeem op te zetten.¹⁷¹ Het HvJEU overwoog dat de invoering van een dergelijk systeem gerechtvaardigd kon worden door milieudoelstellingen maar dat de producenten en verkopers een voldoende lange overgangstermijn moeten hebben om zich te kunnen aanpassen aan de nieuwe wettelijke eisen.¹⁷² Omdat deze termijn te kort was, ging het Duitse wettelijke systeem verder dan noodzakelijk was. De betrokken ondernemingen moesten voldoende gelegenheid hebben om voor inwerkingtreding van de nieuwe Duitse wetgeving voor verpakkingsafval zich aan te passen aan deze wetgeving.¹⁷³

Het is derhalve vereist dat bij de invoering van regulering van winstuitkering de zorgaanbieders voldoende tijd hebben om zich in te stellen op de nieuwe eisen. Er is echter geen rechtspraak, waaruit voortvloeit dat winsten opgebouwd in het verleden door ondernemingen niet onderworpen zouden mogen worden aan een dergelijke regulering. Indien evenwel de nieuwe regulering niet van toepassing is op in het verleden behaalde winsten van zorgaanbieders voor wie het huidige winstuitkeringsverbod niet geldt, is dat een argument ten gunste van de stelling dat voldaan is aan het noodzakelijkheidsvereiste. Indien echter deze winsten niet profiteren van overgangsrecht, is niet automatisch de conclusie gerechtvaardigd dat de regulering verder gaat dan noodzakelijk is. Veel zal afhangen van de argumentatie: komen de kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg in het geding, als uitkering van in het verleden verkregen winsten buiten de reikwijdte van de wettelijke maatregel in kwestie komen te vallen?

¹⁶⁹ Zie zaak C-309/02, Radlberger, 14 december 2004, ECLI:EU:C:2004:799, para. 80.

¹⁷⁰ Zie zaak C-322/16, Global Starnet, 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:985, para. 46-49 en zaak C-98/14, Berlington Hungary, 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:386, para. 83-85.

¹⁷¹ Zie zaak C-463/01, Commissie t. Duitsland, 14 december 2004, ECLI:EU:C:2004:797, para. 79-83. Zie ook zaak C-309/02, Radlberger, 14 december 2004, ECLI:EU:C:2004:799, para. 79-82.

¹⁷² Zie C-463/01, Commissie t. Duitsland, 14 december 2004, ECLI:EU:C:2004:797, para. 79.

¹⁷³ Zie W.T. Algra, 'Het Duitse statiegeldstelsel, hergebruik of definitief verwijderd? Statiegeld voor wegwerpflessen, de Verpakkingsrichtlijn en artikel 28 EG', NtER 2005, p. 53.

Hieronder gaan wij in op regulering van winstuitkering voor alle zorgaanbieders, dan op regulering voor intramurale zorgaanbieders en vervolgens op regulering voor zorgaanbieders in bepaalde sectoren. Ook besteden wij aandacht aan het verschil tussen een vergunningstelsel en een rechtstreeks geldend voorschrift.

Regulering van winstuitkering voor alle zorgaanbieders

Eerder in dit advies zijn de drie redenen genoemd die ten grondslag liggen aan regulering van winstuitkering. Allereerst wezen wij op het wegvloeien van publieke middelen naar private partijen. Dit heeft te maken met de betaalbaarheid van de zorg. De redenen van de onwenselijke productieprikkels en van het gebrek in de marktwerking waardoor uitruil tussen kwaliteit en winst niet voldoende gewaarborgd worden, houden verband met de kwaliteit van de zorg. De genoemde redenen lijken uit te gaan van een gebrek in de marktwerking in de zorg. De Nederlandse wetgever zal met voldoende onderzoek en een deugdelijke motivering aan moeten tonen dat de huidige marktwerking in de zorgsector te kort schiet. Mocht dit inderdaad het geval zijn, dan kan het juist minder belemmerend zijn om de marktwerking te verbeteren. Indien dit niet het gewenste effect kan opleveren, dan moet vervolgens worden nagegaan of er nog andere maatregelen zijn die, hoewel zij een interventie op de markt inhouden, wellicht minder belemmerend zijn dan regulering van winstuitkering. Hierbij kan gedacht worden aan de volgende maatregelen: het hebben van winstoogmerk (d.w.z. het weren van commerciële partijen), kwaliteitseisen (vastgelegd in wetgeving), het verplichten om financiële buffers aan te houden en het vaststellen van tariefvoorschriften. Om inzicht te verlenen in de overwegingen die spelen bij de beoordeling in het licht van de test van de minst beperkende maatregel, wordt hieronder kort ingegaan op de genoemde alternatieven (inclusief de verbetering van de marktwerking).

Bij goede marktwerking in de zorg kunnen zorginstellingen het zich niet veroorloven om kwalitatief lagere zorg aan te bieden of om langere (ineffectieve) behandeltrajecten aan te bieden. Concurrentie van andere zorgaanbieders voorkomt dan negatieve productieprikkels. Ook zou de uitruil tussen kwaliteit en winst dan bewaakt worden, omdat patiënten gemakkelijk kunnen overstappen naar een andere zorginstelling ('stemmen met de voeten'). De vraag is wel hoe deze goede werking van de markt gerealiseerd kan worden. Voor patiënten en zorgverzekeraars zou hier een taak kunnen bestaan. Voor patiënten is het in het algemeen ingewikkeld om zorg te vergelijken. De overheid heeft hiervoor de website

www.kiesbeter.nl geïntroduceerd. Dit zou, zoals het motto van deze website al zegt, patiënten naar de goede zorg moeten wijzen. Voorts zouden zorgverzekeraars gestimuleerd kunnen worden om zorgcontracten af te sluiten op basis van de kwaliteit van een behandeling en niet alleen op basis van de prijs. Ook in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel om winstuitkeringen toe te staan in de medisch-specialistische zorg worden de voordelen van marktwerking ten opzichte van een verbod op winstuitkering uiteengezet:

Onderzoek wijst uit dat zo'n gemengd systeem [met zorgaanbieders die risicodragend kapitaal hebben aangetrokken en zorgaanbieders die dat niet hebben] heel goed kan functioneren. Doordat winstbeogende zorgaanbieders gaan meedingen naar de gunst van de patiënt zullen zij niet alleen zichzelf maar ook de niet winstbeogende zorgaanbieders uitdagen om de beste kwaliteit tegen de laagste kosten te bieden. De concurrentie zal dus sterker worden, ten gunste van de patiënt.¹⁷⁴

In 2001 was de Nederlandse regering minder overtuigd van de concurrentiewerking. Bij de Memorie van Toelichting bij de WTZi werd dan ook aangegeven dat "[h]et streven naar winst en het streven naar kwaliteit [...] niet automatisch in elkaars verlengde liggen".¹⁷⁵ Een verklaring voor dit verschil van inzicht kan liggen in de marktwerking die verder is geïntroduceerd over de jaren in de Nederlandse zorgsector. Wij wijzen er in dit verband op dat in 2006 het huidige stelsel, waarin marktwerking centraal staat, is geïntroduceerd.

De Nederlandse wetgever zou er ook voor kunnen kiezen om commerciële partijen te weren van de markt. Zorgaanbieders die een winstoogmerk hebben, mogen dan niet meer actief zijn. Een dergelijk verbod kan worden vormgegeven door alleen bepaalde rechtspersonen toe te staan, zoals stichtingen, onderlinge warborgmaatschappijen en verenigingen. Om discriminatie te voorkomen, moeten dan vergelijkbare rechtspersonen uit andere lidstaten ook worden geaccepteerd. Het verbod op het nastreven van winst zou als een coherente maatregel kunnen worden beschouwd. Het HvJEU ziet dit niet altijd als een

¹⁷⁴ Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten om het mogelijk te maken dat aanbieders van medisch-specialistische zorg, mits zij aan een aantal voorwaarden voldoen, winst uitkeren (voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg), TK 33168, nr. 3, par. 1.3.

¹⁷⁵ Memorie van Toelichting bij de Herziening van het stelsel van overheidsbemoedening met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen), TK 27659, nr. 3, par. 4.3.2.

ongerechtvaardigde belemmering. Hier wijzen wij op de discussie in paragraaf 4.5.1 van de HvJEU-zaken waarin er solidariteitsredenen bestonden om commerciële partijen te weren van bepaalde nationale zorgmarkten. Uiteraard gaat het weren van dergelijke partijen wel bijzonder ver wanneer marktwerking al is toegestaan. Dit zou inhouden dat commerciële partijen die al actief zijn op de markt in het geheel geen economische activiteiten meer kunnen uitoefenen op de Nederlandse markt. De kans bestaat dan ook dat het HvJEU een dergelijke maatregel niet als de minst belemmerend kwalificeert, maar juist als een maatregel die verder gaat dan regulering van winstuitkering. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat bij het weren van commerciële zorgaanbieders juist minder marktwerking wordt toegestaan dan bij een dergelijke regulering.

Voorts zou de Nederlandse wetgever ervoor kunnen kiezen om kwaliteitseisen voor zorginstellingen verder aan te scherpen. Wij gaan hier niet verder in op kwaliteitseisen, waaraan individuele zorgverleners moeten voldoen,¹⁷⁶ aangezien het verbieden of beperken van winstuitkering bedoeld is om de kwaliteit van de zorg verleend door zorginstellingen te waarborgen. Kwaliteitseisen kunnen bijvoorbeeld toegevoegd worden aan de WTZi om in aanmerking te komen voor een toelating. De meest logische optie lijkt ons, om de kwaliteitseisen uit de Wkkgz verder aan te scherpen. De IGJ kan hier dan toezicht op houden. Dit voorkomt dat zorginstellingen zich slechts laten leiden door winst en de kwaliteit daarbij uit het oog verliezen. De IGJ concludeerde in augustus 2018 dat de kwaliteitseisen niet altijd even goed bekend zijn bij zorginstellingen.¹⁷⁷ De meldplicht die ingevoerd zal worden door middel van de WTZa zou hier verandering in moeten brengen, aangezien zorginstellingen zich daarbij zullen moeten vergewissen dat zij de kwaliteitseisen kennen.¹⁷⁸

Ook wijzen wij op de mogelijkheid om zorginstellingen te verplichten bepaalde financiële buffers aan te houden. De winst boven die financiële buffers zou dan uitgekeerd kunnen worden. De financiële buffers kunnen dan, indien nodig, gebruikt worden voor (noodzakelijke) investeringen in de zorg. Ook deze maatregel zal minder ver ingrijpen in de

¹⁷⁶ De Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (BIG) en het toezicht daarop van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd komt bijvoorbeeld niet ter sprake.

¹⁷⁷ Zie de factsheet “kwaliteitseisen vaak niet bekend bij nieuwe of nog onbekende zorgaanbieders”, te raadplegen via <https://www.igj.nl/documenten/rapporten/2018/09/25/factsheet-kwaliteitseisen-vaak-niet-bekend-bij-nieuwe-of-nog-onbekende-zorgaanbieders>, laatst geraadpleegd op 11.12.2018.

¹⁷⁸ Zie de factsheet “kwaliteitseisen vaak niet bekend bij nieuwe of nog onbekende zorgaanbieders”, te raadplegen via <https://www.igj.nl/documenten/rapporten/2018/09/25/factsheet-kwaliteitseisen-vaak-niet-bekend-bij-nieuwe-of-nog-onbekende-zorgaanbieders>, laatst geraadpleegd op 11.12.2018.

bedrijfseconomische vrijheid van zorginstellingen dan het verbieden of beperken van winstuitkering.

Om te voorkomen dat niet een te groot gedeelte van de winst wordt uitgekeerd aan aandeelhouders zou de nationale wetgever ook met het oog hierop tariefvoorschriften kunnen invoeren dan wel de tariefbepalingen die gelden krachtens de Wet Marktordening Gezondheidszorg kunnen aanscherpen. Maximumtarieven vastgelegd in wetgeving kunnen ertoe leiden dat er minder winst wordt uitgekeerd dan mogelijk was geweest zonder deze regulering. Hoewel maximumtariefvoorschriften soms niet als beperkend worden gezien,¹⁷⁹ is dit wel het geval als door deze voorschriften marktdeelnemers uit andere lidstaten niet onder normale en doeltreffende mededingingsvoorwaarden de markt kunnen betreden.¹⁸⁰ In de rechtspraak is evenwel ook geaccepteerd dat tariefvoorschriften de kwaliteit van de dienstverlening kunnen verbeteren, mits een verband bestaat tussen deze voorschriften en de geleverde diensten.¹⁸¹ Voorts moet erop gewezen worden dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een zaak betreffende mondzorg (waarin een beroep was gedaan op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer) beslist heeft dat voorschriften betreffende maximumtarieven geschikt en noodzakelijk waren om de kosten van deze zorg te beteugelen en de toegankelijkheid ervan voor de consument te waarborgen.¹⁸²

Bij de invoering van regulering van winstuitkering zal de wetgever dan ook aan de hand van concrete gegevens moeten beargumenteren waarom voorgaande opties niet de voorkeur verdienen boven de genoemde regulering. Het HvJEU zal sneller akkoord gaan met een maatregel, waarbij winstuitkering wordt verboden of beperkt, indien de wetgever duidelijk onderbouwt aan de hand van concrete gegevens waarom andere minder belemmerende alternatieven geen plausible alternatieven zijn. Bij een gebrek aan onderbouwing bestaat het risico dat het HvJEU de maatregel niet proportioneel acht. Een beperking van winstuitkering wordt daarbij eerder gezien als een noodzakelijke maatregel dan een verbod. In het eerste geval kan immers winstuitkering worden toegestaan, indien daardoor niet de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg wordt geschaad.

¹⁷⁹ Zie zaak C-565/08, Commissie t. Italië, 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:188.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld zaak C-565/08, Commissie t. Italië, 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:188, para. 51 en gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla, 5 december 2006, ECLI:EU:C:2006:758, para. 59.

¹⁸¹ Zie gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla, 5 december 2006, ECLI:EU:C:2006:758, para. 61-70.

¹⁸² CbB 31 maart 2016, KNMT t. de NZa, ECLI:NL:CBB:2016:82.

In dit verband is het van belang dat het HvJEU een vergunningstelsel als een meer verdergaande maatregel ziet dan een rechtstreeks geldend voorschrift. Het HvJEU ziet een procedure van voorafgaande vergunning naar zijn aard als een beperking van het vrije verkeer.¹⁸³ De wetgever moet dan aantonen waarom minder ingrijpende procedures niet hetzelfde resultaat kunnen bereiken.¹⁸⁴ Dit is het geval, indien controle achteraf door een overheidsinstantie niet dezelfde waarborgen kan bieden als een vergunningstelsel dat gebaseerd is op controle vooraf.¹⁸⁵ Om de noodzakelijkheid van regulering van winstuitkering in de vorm van een vergunningstelsel aan te tonen, is het van belang dat de wetgever uiteenzet dat een rechtstreeks geldend verbod of beperking met controle achteraf niet op vergelijkbare wijze de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg garandeert. Dit kan het geval zijn, indien de wetgever duidelijk maakt dat eenmaal onterecht uitgekeerde winsten moeilijk kunnen worden teruggevorderd. Anders dan bij het geschiktheidsvereiste perkt het noodzakelijkheidsvereiste de keuzevrijheid tussen het instrument van het vergunningstelsel en het rechtstreeks geldend wettelijk voorschrift in.

Verder kan een differentiatie in regulering van winstuitkering de kans dat voldaan is aan het noodzakelijkheidsvereiste vergroten. Door onder bepaalde omstandigheden en/of voorwaarden toe te staan dat toch winst wordt uitgekeerd, wordt immers een maatregel in het leven geroepen die minder ver gaat dan een algeheel verbod. Hier zal het dan met name draaien om de argumentatie van de wetgever om voor een algeheel verbod op winstuitkering te kiezen.

Regulering van winstuitkering voor aanbieders in de intramurale zorg

Als de wetgever duidelijk uiteen heeft gezet waarom regulering van winstuitkering het minst belemmerende alternatief is, zal hij ook nog stil moeten staan bij de reikwijdte van deze regulering. Dit is ook al aan de orde gekomen bij de beoordeling van de geschiktheid van de maatregel, maar speelt ook een rol bij de evenredigheid.

Als het gaat om het voorkomen van winstuitkering zodat dit geld geïnvesteerd wordt in de zorg, dan lijkt deze redenering met name op te gaan voor het kopen van dure apparatuur,

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld zaak C-302/97, Konle, 1 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:271, par. 39.

¹⁸⁴ Zie zaak C-302/97, Konle, 1 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:271, para. 40.

¹⁸⁵ Zie zaak C-452/01m, Ospelt, 22 september 2003, ECLI:EU:C:2003:493, para. 44-53.

het doen van investeringen in vastgoed of het inkopen van expertise. Aannemelijk is dat intramurale zorg in het algemeen dit soort investeringen nodig heeft. De vraag is dan hoe dit ligt voor andere zorgaanbieders. Is de expertise in bijvoorbeeld psychologische zorg duur? In deze sector zullen geen (grote) investeringen gedaan hoeven te worden in medische apparatuur. De vraag is dan ook waar de grens ligt. Hoe zit het bijvoorbeeld met tandartszorg? Zijn de kosten van de expertise en de gebruikte apparatuur dusdanig hoog dat het verbieden of beperken van winstuitkering gerechtvaardigd kan worden?

In dit verband geldt eveneens dat een vergunningstelsel verder gaat dan een systeem van controle achteraf. Een vergunningstelsel zal daarom alleen als noodzakelijk worden gezien als rechtstreeks geldend voorschriften niet dezelfde waarborgen kunnen bieden. Het spreekt verder voor zich dat het beperken van winstuitkering eerder als een noodzakelijke maatregel kan worden gezien dan een verbod daarop.

Regulering van winstuitkering voor specifieke zorgaanbieders

Indien de kwaliteit en de betaalbaarheid van de zorg alleen in het geding zijn voor bepaalde zorgaanbieders, zoals ziekenhuizen, dan brengt het noodzakelijkheidsvereiste met zich dat de regulering van de winstuitkering alleen dient te gelden voor deze zorgaanbieders. Indien de overheid niet kan aantonen dat winstuitkering verricht door bepaalde zorgaanbieders problematisch is, verzet het noodzakelijkheidsvereiste zich ertegen dat deze aanbieders onder de reikwijdte van wettelijke maatregelen inzake winstuitkering vallen. In het licht van hetgeen hierboven uiteen is gezet, is duidelijk dat een vergunningstelsel en een ongedifferentieerd verbod lastiger in overeenstemming met dit vereiste zijn te brengen dan een rechtstreeks geldend vereiste en een verbod dat onder bepaalde voorwaarden winstuitkering toelaat.

4.6 De Dienstenrichtlijn en de regulering van winstuitkering

Uitzonderingen in de Dienstenrichtlijn

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, is de Dienstenrichtlijn mogelijk van toepassing op bepaalde zorgdiensten in de zin van de WTZi. Deze richtlijn ziet op diensten die gewoonlijk tegen vergoeding worden aangeboden,¹⁸⁶ maar zondert expliciet “diensten van

¹⁸⁶ Zie artikel 2 lid 1 van de Dienstenrichtlijn alsmede artikel 4 onder 1 van de Dienstenrichtlijn juncto artikel 56 VWEU.

gezondheidszorg” uit in artikel 2 lid 2 onder f. Hierbij merken wij uitdrukkelijk op dat de wijze van organisatie en financiering in de zorg niet van belang zijn voor de toepassing van deze bepaling; tevens is voor de toepasselijkheid van de uitzondering het niet van belang of de zorgdiensten openbaar of particulier van aard zijn. Hoe moet deze uitzondering worden uitgelegd? In considerans 22 van de Dienstenrichtlijn wordt gesteld dat deze richtlijn niet geldt voor medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren. In haar *Handboek over de implementatie van de Dienstenrichtlijn* heeft de Commissie aangegeven waarvoor de uitzondering van artikel 2 lid 2 onder f niet geldt door op te merken dat activiteiten die niet bedoeld zijn om de gezondheidstoestand van patiënten te beoordelen, te handhaven of te verbeteren niet onder het begrip “diensten van gezondheidszorg” vallen.¹⁸⁷ In zijn arrest in de zaak *Femarbel*¹⁸⁸ heeft het HvJEU eenzelfde benadering gehanteerd. In dit arrest wordt bij de definiëring van het begrip “diensten van gezondheidsdienst” aangeknoopt bij artikel 3, sub a, van Richtlijn 2011/24.¹⁸⁹ Het HvJEU omschreef dit begrip als activiteiten die daadwerkelijk tot doel hebben de gezondheidstoestand van personen te beoordelen, te behouden of te herstellen, die worden verricht door een gezondheidswerker en die een hoofdbestanddeel vormen van de totaliteit van de door een zorgorganisatie verstrekte diensten.¹⁹⁰

Een aantal van de zorgactiviteiten die met name onder de Wlz vallen zijn er niet op gericht dat de gezondheidstoestand van een persoon wordt beoordeeld, behouden of hersteld. Uiteraard wordt in het kader van deze wet medische zorg aangeboden die onder de uitzondering van artikel 2 lid 2 onder f van de Dienstenrichtlijn valt. De Wlz geeft echter ook aanspraak op diensten die personen beogen te assisteren, zoals persoonlijke verzorging en begeleiding. De gerede kans bestaat dat dergelijke diensten niet onder de genoemde uitzondering van de “diensten van gezondheidsdienst” vallen. Het doel van dergelijke activiteiten is immers niet het stellen van een diagnose en het geven van een behandeling, maar het ondersteunen van hulpbehoevende personen.

¹⁸⁷ Zie het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, Luxemburg, 2007, p. 12.

¹⁸⁸ Zaak C-57/12, *Femarbel*, 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517.

¹⁸⁹ Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg, Pb. 2011 L88/45.

¹⁹⁰ Zaak C-57/12, *Femarbel*, 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, par. 41.

In het arrest *Femarbel*, dat ging over centra die hulp aan bejaarden verstrekten, is het HvJEU nog ingegaan op een andere uitzondering die vast is gelegd in artikel 2 lid 2 onder j van de Dienstenrichtlijn. Hier gaat het om sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood. Deze diensten zijn alleen uitgezonderd voor zover zij worden aangeboden door de staat zelf, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht of een mandaat hebben gekregen van de staat of door liefdadigheidsinstellingen die de staat als zodanig heeft erkend.

Activiteiten die gericht zijn op het ondersteunen van hulpbehoevende personen kunnen onder de uitzondering van artikel 2 lid 2 onder j van de Dienstenrichtlijn vallen. Het gaat hier om activiteiten die van wezenlijk belang zijn vanwege het grondrecht op menselijke waardigheid en die een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit.¹⁹¹ Activiteiten die vooral recreatie en ontspanning betreffen en weinig van doen hebben met het ondersteunen van hulpbehoevende personen vallen uiteraard niet onder de uitzondering van artikel 2 lid 2 onder j van de Dienstenrichtlijn. Voor de toepasselijkheid van deze uitzondering is voorts vereist dat zorgaanbieders de activiteiten verrichten, zoals omschreven door de richtlijnbevestiging. Voor de praktijk is met name de categorie aanbieders met een opdracht of een mandaat van de staat van belang, omdat onder deze categorie particuliere marktdeelnemers kunnen vallen.¹⁹² In navolging van het *Handboek over de implementatie van de Dienstenrichtlijn* van de Commissie¹⁹³ gaat het HvJEU ervan uit dat de staat aan dergelijke aanbieders de verplichting heeft opgelegd om bepaalde sociale diensten te verrichten.¹⁹⁴ Waar het uiteindelijk op aankomt, is of een aanbieder "... door de staat is gemachtigd door middel van een besluit dat op duidelijke en transparante wijze een werkelijke verplichting oplegt om, onder eerbiediging van bepaalde specifieke uitvoeringsvoorwaarden, dergelijke diensten te verrichten."¹⁹⁵ Er moet derhalve sprake zijn van een taak die de overheid aan een organisatie heeft toevertrouwd om bepaalde sociale diensten te verrichten.

¹⁹¹ Zaak C-57/12, *Femarbel*, 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, par. 43. Zie ook considerans 27 van de Dienstenrichtlijn.

¹⁹² Zie het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, Luxemburg, 2007, p. 13.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Zaak C-57/12, *Femarbel*, 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, par. 46.

¹⁹⁵ Zaak C-57/12, *Femarbel*, 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, par. 53.

Consequenties van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn

Indien bepaalde diensten noch “diensten van gezondheidszorg” noch “sociale diensten” zijn, dan is de Dienstenrichtlijn van toepassing. Dit heeft als consequentie dat de regulering van winstuitkering aan de Dienstenrichtlijn moet worden getoetst, voor zover het deze diensten betreft. Deze Unieregeling bevat bepalingen met betrekking tot zowel diensten die op permanente basis worden aangeboden (vestiging) als diensten die op tijdelijke basis worden aangeboden (vrij verkeer van diensten).

Het beperken of verbieden van winstuitkering dient in ieder geval beoordeeld te worden in het licht van de bepalingen uit de richtlijn die betrekking hebben op vestiging. Deze liggen vast in Hoofdstuk III. Als de regulering van winstuitkering onderdeel is van een vergunningstelsel, bijvoorbeeld in de vorm van de toelatingseisen in de WTZi, dan vormen de artikelen 9 t/m 13 van de richtlijn het relevante toetsingskader. De verplichting om toelating te verkrijgen van de Minister van VWS wordt beschouwd als een vergunningstelsel in de systematiek van de Dienstenrichtlijn.¹⁹⁶ De regulering van winstuitkering is dan een vergunningsvoorwaarde en dient daarom in overeenstemming te zijn met artikel 10 van de Dienstenrichtlijn. Met name het tweede lid van deze bepaling is van belang. Hierin is bepaald dat een vergunningsvoorwaarde niet discriminatoir mag zijn, gerechtvaardigd moet zijn vanwege een dwingende reden van algemeen belang, evenredig moet zijn, duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn, objectief moet zijn, vooraf moet worden bekendgemaakt alsmede transparant en toegankelijk dient te zijn. Deze eisen komen in wezen neer op codificatie van de rechtspraak van het HvJEU over de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. Hetgeen hierboven in paragraaf 4.5 over de na te streven belangen en de proportionaliteit is gesteld, geldt daarom ook voor toetsing aan artikel 10 lid 2 van de Dienstenrichtlijn. Wat dat betreft, zou een toetsing aan de Dienstenrichtlijn niet tot een ander resultaat leiden dan een toetsing aan de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging.

Wel zijn er aantal verschillen van institutionele aard, waarop wij moeten wijzen. Zowel in artikel 10 als in de artikelen 11, 12 en 13 van de Dienstenrichtlijn zijn een aantal voorschriften voor de procedure en de wijze van vergunningverlening opgenomen. Bij de toepasselijkheid van de richtlijn moeten deze bepalingen worden nageleefd. Een bekend

¹⁹⁶ Krachtens artikel 4 onder 6 van de Dienstenrichtlijn is elke procedure die voor een dienstverrichter de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit een vergunningstelsel.

voorbeeld is artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn dat de *lex silencio positivo* bevat. Deze richtlijnbevestigingen staan niet aan de invoering van een nationale maatregel die winstuitkering beperkt of verbiedt in de weg, maar reguleren wel de door de Minister van VWS te verlenen toelating. Deze regulering uit de Dienstenrichtlijn is ook vastgelegd in de Nederlandse Dienstenwet.

Indien het beperken of verbieden van winstuitkering de vorm krijgt van een rechtstreeks geldend voorschrift, is er geen sprake van een vergunningstelsel. Het desbetreffende voorschrift moet dan beschouwd worden als 'eis'.¹⁹⁷ In dat geval is artikel 15 lid 2 onder b en c van de Dienstenrichtlijn van belang. Deze bepaling gaat over nationale eisen betreffende rechtsvorm en het aandeelhouderschap van een onderneming. Considerans 71 en 73 van de richtlijn brengen deze vereisten in verband met een verbod op winstoogmerk. Gezien deze brede interpretatie die de Dienstenrichtlijn zelf geeft, lijkt het voor de hand te liggen om ervan uit te gaan dat een nationale maatregel die winstuitkering beperkt of verbiedt onder artikel 15 lid 2 onder b en c valt. Dit heeft als consequentie dat op grond van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn aangetoond moet worden dat een dwingende reden van algemeen belang wordt nagestreefd op proportionele wijze. Indien dit niet kan worden bewezen, is de Dienstenrichtlijn geschonden. In dit verband moet, zoals ook het geval was bij de toetsing aan artikel 10 van de Dienstenrichtlijn, verwezen worden naar hetgeen in paragraaf 4.5 van dit rapport uiteen is gezet over het proportionaliteitsvereiste. Ook wat artikel 15 betreft, zou een toetsing aan de Dienstenrichtlijn niet tot een ander resultaat leiden dan een beoordeling in het licht van de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging.

Voor de toetsing aan artikel 10 en artikel 15 van de Dienstenrichtlijn wijzen wij nog op de volgende complicatie. Er is een belangrijk verschil wat de reikwijdte betreft tussen de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Het laatstgenoemde regime is van toepassing op interne situaties, terwijl dat niet het geval is bij het eerstgenoemde regime. In het arrest *Visser Vastgoed*¹⁹⁸ heeft het HvJEU beslist dat, ook indien er geen grensoverschrijdend effect is, hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn toepassing vindt. Zorgaanbieders die alleen in Nederland opereren, kunnen in dat geval een beroep op bijvoorbeeld artikel 10 lid 2 of artikel 15 van de Dienstenrichtlijn doen. Op deze

¹⁹⁷ Dit begrip is gedefinieerd in artikel 4 onder 7 van de Dienstenrichtlijn.

¹⁹⁸ Gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, *Visser Vastgoed*, 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

wijze kunnen zij de regulering van winstuitkering ter discussie stellen (voor zover er sprake is van diensten die onder de Dienstenrichtlijn vallen).

In paragraaf 4.3 is aan de orde geweest dat niet uitgesloten is dat zorgaanbieders uit andere lidstaten ook op tijdelijke basis in Nederland diensten aanbieden (vrij verkeer van diensten). Indien dit het geval is bij een dienst die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, dan is hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn van toepassing. Dit hoofdstuk gaat over het vrije verkeer van diensten. Op grond van artikel 16 lid 1 en lid 3 van de Dienstenrichtlijn mogen de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit door een verrichter uit een andere lidstaat op hun grondgebied niet afhankelijk maken van de naleving van nationale eisen. Voor dit verbod geldt een exceptie. Dergelijke eisen mogen opgelegd worden aan dienstverrichters uit andere lidstaten, indien deze non-discriminatoir zijn, noodzakelijk zijn vanwege redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid, de bescherming van het milieu en arbeidsvoorwaarden en proportioneel zijn. Hoewel het aantal belangen dat ter rechtvaardiging kan worden ingeroepen, beperkt is in artikel 16 Dienstenrichtlijn, is in leden 1 en 3 dus wel de volksgezondheid erkend als reden voor het beperken van de vrijheid van dienstverlening op tijdelijke basis. Net zoals het geval was bij hoofdstuk III van de richtlijn, vormen de rechtvaardigingsgronden van artikel 16 lid 1 en lid 3 van de Dienstenrichtlijn in hoge mate een codificatie van de jurisprudentie van het HvJEU over het vrije verkeer. Hetgeen in paragraaf 4.5 is gezegd, geldt daarom ook voor een beroep op deze rechtvaardigingsgronden.

Er dient echter wel een belangrijke kanttekening geplaatst te worden voor zover de regulering van de winstuitkering een onderdeel van een vergunningstelsel is. Artikel 16 lid 2 van deze richtlijn verbiedt uitdrukkelijk onder b dat een aanbieder die vanuit een andere lidstaat tijdelijk een dienst aanbiedt een vergunningplicht wordt opgelegd. Het is onduidelijk of voor dit concrete verbod een exceptie bestaat. Artikel 16 lid 2 Dienstenrichtlijn verwijst namelijk niet uitdrukkelijk naar de rechtvaardigingsgronden van artikel 16 lid 1 en lid 3 Dienstenrichtlijn. In het arrest Commissie tegen Hongarije¹⁹⁹ liet het HvJEU in het midden of een overtreding van een concreet verbod uit artikel 16 lid 2 van de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd kan worden. Hierdoor bestaat de reële mogelijkheid dat van een dienstverrichter die niet van de Dienstenrichtlijn uitgezonderde zorg vanuit een andere

¹⁹⁹ Zaak C-179/14, Commissie t. Hongarije, 23 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:108, par. 116.

lidstaat op tijdelijk basis aanbiedt niet verlangd mag worden dat hij om toelating door de Minister van VWS vraagt. Indien dat niet mag, kan de regulering van winstuitkering niet gekoppeld worden aan een vergunningstelsel.

5. Conclusie

Het fundamentele recht op eigendom

Wat artikel 1 EP betreft, is voor de wetgever allereerst van belang om zich te realiseren dat het recht op eigendom van toepassing is op winstuitkering door zorgaanbieders. Bovendien wordt het recht gereguleerd in de zin van artikel 1 EP en daarmee beperkt wanneer de wetgever winstuitkering door zorgaanbieders verbiedt of aan banden legt. Een beperking van het recht op eigendom hoeft echter niet te leiden tot een schending van datzelfde recht. Om dit te voorkomen moet de wetgever de volgende drie hoofdpunten in ogenschouw nemen.

Ten eerste is het van belang dat de wetgever de beperking van of het verbod op winstuitkering neerlegt in een wet zoals gedefinieerd door het EHRM, waarbij niet vereist is dat de wet een wet in formele zin is, maar wel dat de wet aan bepaalde materiële eisen voldoet. Die materiële eisen zijn dat de wet toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar is.

Ten tweede moet uit bijvoorbeeld de memorie van toelichting blijken dat de wet een legitiem doel in het algemeen belang dient. Omdat het EHRM een redelijk oordeel van de wetgever over het beoogde doel respecteert, toetst het EHRM de keuze van de wetgever niet indringend. Wanneer de wetgever bijvoorbeeld uitlegt dat het doel is om de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg te waarborgen, dan respecteert het EHRM die keuze.

Ten slotte moet de wetgever ervoor zorgen dat de maatregel proportioneel is in die zin dat er een redelijke verhouding bestaat tussen het beoogde doel en het recht van het individu dat door de maatregel wordt aangetast. In de context van artikel 1 EP moet de wetgever zich afvragen of het slachtoffer van de beperking een individuele en excessieve last draagt. Wanneer dit zo is, dan levert de maatregel een schending van artikel 1 EP op. De wetgever kan dit voorkomen door ervoor te zorgen dat het gewicht van het na te streven doel zwaarder weegt dan het gewicht van recht op eigendom en de mate waarin dat recht wordt beperkt. Des te minder het recht op eigendom wordt beperkt (bijvoorbeeld omdat onder voorwaarden winstuitkering toegestaan is), des te groter de kans is dat de proportionaliteitstoets *stricto sensu* in het voordeel van de wetgever wordt beslecht. Aangezien de wetgever een ruime *margin of appreciation* toekomt bij de regulering van eigendom, zal het EHRM niet snel concluderen dat het recht op eigendom is geschonden. Als gevolg van die beoordelingsruimte is het in beginsel aan de wetgever om een keuze te maken

uit beschikbare alternatieven alsmede om het type maatregel en de aard en omvang van de maatregel te kiezen. Alleen wanneer de wetgever keuzes maakt die duidelijk onredelijk zijn of wanneer de uitvoering van de relevante wet duidelijk onredelijke gevolgen heeft voor een individuele zorgaanbieder, dan wordt artikel 1 EP geschonden. In het licht van het voorgaande moeten de wetgever en de uitvoerende macht voorkomen dat er onzekerheid kan ontstaan over de relevante wetgeving of aanverwante bestuurlijke praktijken, dat de gevolgen van de wetgeving willekeurig zijn en dat er geen procedurele waarborgen zijn die het mogelijk maken om de maatregel aan te vechten.

Zoals in de inleiding bij paragraaf 3 is uitgelegd, is het recht op eigendom niet alleen in artikel 1 EP neergelegd, maar ook in artikel 17 van het Handvest. In paragraaf 3.2 hebben wij de keuze gemaakt om ons in dit onderzoek enkel te richten op artikel 1 EP vanwege verschillende redenen. De voorgaande analyse is echter wel grotendeels van toepassing op artikel 17 Handvest en het is daarom onwaarschijnlijk dat het HvJEU een schending van artikel 17 Handvest zou vinden in een zaak, waarin het EHRM van mening is dat artikel 1 EP niet is geschonden.

Het EU-recht voor de interne markt

Vanuit het perspectief van het EU-recht voor de interne markt dient geconcludeerd te worden dat de regulering van winstuitkering door zorgaanbieders een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal oplevert. Indien de regulering ook van toepassing is op aanbieders die tijdelijk vanuit een andere lidstaat zorg aanbieden in Nederland, wordt ook het vrije verkeer van diensten beperkt.

In hoeverre een wettelijke maatregel waarbij winstuitkering wordt beperkt of verboden, is toegestaan op grond van het EU-recht, hangt af van de vraag of er een beroep gedaan kan worden op de excepties. De doelstelling om de kwaliteit en de betaalbaarheid van het zorgstelsel te borgen, kan een voldoende grond vormen om met succes een beroep te doen op deze excepties. Het is dan van cruciaal belang dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Dit betekent in de eerste plaats dat de regulering geschikt is om de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg te realiseren (geschiktheidsvereiste) en in de tweede plaats dat deze doelstelling niet kan worden bereikt met een minder belemmerende maatregel (noodzakelijkheidsvereiste). De Nederlandse wetgever zal met concrete gegevens moeten onderbouwen of aan deze twee vereisten is voldaan. Een algemene stellingname dat

winstuitkering de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg schaadt, is onvoldoende. Indien een concrete onderbouwing gegeven wordt, maakt het niet uit dat in het verleden bepaalde zorgaanbieders meer mogelijkheden hadden om winst uit te keren dan het geval is onder de nieuwe wettelijke maatregel.

Om ervoor te zorgen dat aan het geschiktheidsvereiste is voldaan moet nagegaan worden in hoeverre differentiatie in de regulering van winstuitkering aangewezen is in het licht van de eigenschappen van de diverse zorgmarkten. Voorts moet deze regulering coherent en consistent zijn vormgegeven. Het moet niet mogelijk zijn om de regels voor winstuitkering te omzeilen. Indien zorg kan worden uitbesteed aan dochterondernemingen of derden, is het risico groot dat niet voldaan is aan het geschiktheidsvereiste en dat daarmee het EU-recht voor de interne markt is geschonden.

Indien de regulering in beginsel alle zorgaanbieders betreft, moet aangetoond worden dat er een verband bestaat tussen het reguleren van de winstuitkering bij al deze aanbieders en de doelstelling om de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg te garanderen. De specifieke kenmerken van de zorgdiensten verleend door al die aanbieders moeten ingrijpen in de uitkering van winst aangewezen maken. Indien de regulering van de winstuitkering alleen betrekking heeft op intramurale zorg, dan is het eenvoudiger om te voldoen aan het geschiktheidsvereiste dan wanneer deze regulering geldt voor alle zorgaanbieders. Het HvJEU heeft in zijn rechtspraak over bijvoorbeeld het vrije verkeer van patiënten het belang van investeringen in intramurale zorg erkend. Hierbij kunnen dan argumenten die verband houden met onder meer de instandhouding van de verzorgingscapaciteit worden aangevoerd. Indien ervoor gekozen wordt alleen de winstuitkering door specifieke zorgaanbieders te beperken of te verbieden, moeten de eigenschappen van de diensten van deze aanbieders een belangrijke rol spelen in de argumentatie met betrekking tot het geschiktheidsvereiste.

Wat het noodzakelijkheidsbeginsel betreft, is het van groot belang of er gekozen wordt voor een vergunningstelsel of een rechtstreeks geldend wettelijk voorschrift. De keuze voor een vergunningstelsel is alleen in overeenstemming met het EU-recht als door middel van een controle achteraf niet de benodigde waarborgen kunnen worden verkregen die wel mogelijk zijn met een vergunningsstelsel. Aangetoond moet worden dat de nadelige gevolgen voor de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg veroorzaakt door uitkering van winst niet door optreden achteraf kunnen worden geadresseerd. Verder is het van belang dat de zorgaanbieders voldoende gelegenheid krijgen zich aan te passen aan de nieuwe wettelijke

regels, indien de winstuitkering wordt gereguleerd. Het is niet vereist dat de regulering geen betrekking heeft op in het verleden behaalde winsten, mits aangetoond wordt dat de kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg in het geding komt indien deze winsten profiteren van overgangsrecht. Het in het leven roepen van dergelijk overgangsrecht maakt de kans dat voldaan is aan het noodzakelijkheidsvereiste wel groter.

Verder moet worden aangetoond dat geen andere maatregel voorhanden is die de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg op minder vergaande wijze belemmert dan het beperken of verbieden van winstuitkering. Onder meer moet ingegaan worden op de vraag waarom verbetering van marktwerking niet op dezelfde wijze deze doelstelling kan realiseren. Indien gekozen wordt voor het verbieden of beperken van winstuitkering voor alle zorgaanbieders, moet worden aangetoond waarom regulering van winstuitkering in alleen in intramurale zorg of door specifieke zorgaanbieders niet voldoende is. Wanneer gekozen wordt voor het verbieden van winstuitkering, moet worden uiteengezet waarom niet volstaan kan worden met het beperken van het doen van dergelijke uitkeringen. Daarbij is dan van belang dat duidelijk gemaakt wordt dat er geen omstandigheden zijn, waarin winstuitkering geen schade toebrengt aan de doelstelling van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg.

De gereede kans bestaat dat bepaalde zorg, die met name in het kader van de Wlz wordt aangeboden, niet beschouwd kan worden als diensten van gezondheidszorg in de zin van de Dienstenrichtlijn. Indien dit het geval is, vallen de activiteiten in kwestie onder de reikwijdte van deze richtlijn, tenzij de overheid het verrichten ervan als taak heeft toevertrouwd aan de marktdeelnemers. In die omstandigheid is sprake van sociale diensten die niet binnen het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn vallen.

De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn brengt met zich dat voor zover de vrijheid van vestiging aan de orde is, ook een beroep gedaan kan worden op het EU-recht voor de interne markt, indien er geen sprake is van een grensoverschrijdend effect. Voor de geoorloofdheid van de regulering van de winstuitkering hebben de richtlijnbevestigingen die betrekking hebben op de vrijheid van vestiging geen andere gevolgen dan die voortvloeien uit de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging.

Voor de bepalingen van de Dienstenrichtlijn die betrekking hebben op het vrije dienstenverkeer zijn er wel verschillen. De gereede kans bestaat dat regulering van de winstuitkering die gekoppeld is aan een vergunningstelsel niet toegestaan is op grond van

artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Een rechtstreeks geldend voorschrift betreffende winstuitkering is evenwel onder dezelfde voorwaarden geoorloofd onder artikel 16 van de Dienstenrichtlijn als onder de Verdragsbepalingen voor het vrij verkeer van diensten.

Uit bovenstaande analyse blijkt dat voor de verenigbaarheid van regulering van winstuitkering door zorgaanbieders met het EU-recht voor de interne markt het van essentieel belang is dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Als commerciële partijen zijn toegelaten in een bepaalde sector, dan is het streven naar winst een belangrijk gegeven. Het verbieden van een kernbeslissing van commerciële partijen, namelijk het uitkeren van winst aan aandeelhouders, grijpt diep in. Hiervoor moeten met het oog op geschiktheid en noodzakelijkheid goede argumenten gebaseerd op concrete gegevens bestaan.