

Commentaar bij	Commentaar bij de Wijziging van de Wet toelating zorginstellingen 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)
Datum	22-03-2016
Auteur	mr. drs. B.A. van Schelven

Haalt voorgenomen schrapping artikel 18 Wtzi dit keer wel de eindstreep?

1. Inleiding

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (de ‘minister’) heeft in een Kamerbrief van 9 maart jl. aangegeven dat artikel 18 Wet toelating zorginstellingen (‘Wtzi’) (alsnog) wordt geschrapt.¹ Daarmee zal een einde komen aan de praktijk waarin zorgaanbieders op grond van artikel 18 Wtzi langs het College sanering zorginstellingen (het ‘College sanering’) moeten voor goedkeuring van verkoop, verhuur of onderwerping aan enig beperkt recht van (delen van) hun gebouwen of terreinen. De minister schrijft dit naar aanleiding van een zeer kritisch advies van de Raad van State over het amendement-Bruins Slot, dat beoogde artikel 18 Wtzi uit te breiden naar goedkeuring voor koop of huur van gebouwen en terreinen.²

2. Achtergrond artikel 18 Wtzi

De achtergrond van het huidige artikel 18 Wtzi is dat zorginstellingen tot enige jaren geleden geen risico liepen over hun bouwinvesteringen. Een instelling die een ziekenhuis wilde bouwen, had onder het zogeheten bouwregime daarvoor twee vergunningen nodig: een toelating met bouw van de minister en een bouwvergunning van het College bouw zorginstellingen. De zorginstelling die over beide vergunningen beschikte, wendde zich voor de financiering van de bouw tot verschaffers van vreemd vermogen. In de praktijk beschouwden banken de bouwvergunning als zekerheid over de betaling van rente en aflossing, en verstrekten op die basis financiering.

De zorginstelling die een toelating met bouw en bouwvergunning had ontvangen, verzocht de Nederlandse Zorgautoriteit vervolgens om in het budget een vergoeding voor kapitaallasten op te nemen. Het financiële risico voor de kapitaallasten werd door middel van nacalculatie bij de zorginstelling weggehaald. Dat betekende dat indien het budget ontoereikend bleek te zijn, dat tekort werd goedgeemaakt door een verhoging van de door de zorginstelling te declareren tarieven. De vergoeding van kapitaallasten was op die wijze gegarandeerd.

¹ Kamerstukken II 2015/16, 33168, 29.

² Kamerstukken II 2015/16, 33168, 29 (bijlage).

Als onderdeel van de liberalisering van de zorg moesten zorginstellingen verantwoordelijkheid gaan dragen voor hun investeringen in bouw en vastgoed, en daarvoor ook het risico gaan dragen. Daartoe is voor ziekenhuizen per 1 januari 2008 het bouwregime afgeschaft.³ Ziekenhuizen die wilden bouwen, hadden daarvoor per die datum een toelating met bouw noch een bouwvergunning nodig. Daartegenover stond dat zij per die datum hun kapitaallasten moesten financieren vanuit hun omzet: de kapitaallasten waren verdisconteerd in de prijs per zorgprestatie. Er is sindsdien derhalve geen sprake meer van een gegarandeerde kapitaallastenvergoeding.

Met de afschaffing van het bouwregime was de grond aan het artikel 18 Wtzi in principe ontvallen. Er is sindsdien immers geen beschermde omgeving meer waarin zorginstellingen vermogen opbouwen ten aanzien waarvan de weglek moet worden voorkomen. De Raad van State concludeerde dat een aantal jaar geleden al eens,⁴ maar tot daadwerkelijke schrapping van het artikel leidde dat niet. In het kader van het wetsvoorstel Winstuitkering in de zorg was schrapping wel voorgenomen,⁵ maar het amendement-Bruins Slot doorkruiste dit voornemen.⁶

3. Advies Raad van State

Op verzoek van de minister heeft de Raad van State nu geadviseerd over het amendement-Bruins Slot.⁷ Dat advies is zeer kritisch. Het voorgestelde artikel 18 Wtzi haalt wat betreft de Raad van State de lat niet waar het aankomt op rechtszekerheid, noodzaak en proportionaliteit, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het 'VWEU'), het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (het 'EVRM') en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het 'Handvest'). Een greep uit de kritiek van de Raad van State:

- In het kader van de rechts(on)zekerheid: '[Volgens de toelichting is] het doel van artikel WTzi (...) het tegengaan van fraude en het bereiken van een "goede prijs". De inhoud van deze begrippen wordt niet nader omschreven en ingevuld. Bovendien bevat het voorgestelde artikel 18 WTzi geen inhoudelijke criteria voor de goedkeuring van een voorgenomen overeenkomst. Ook bevat het voorstel geen mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden.'⁸
- In het kader van de noodzaak en proportionaliteit: 'De Afdeling merkt op dat het uiteenlopende doelstellingen betreft die niet op elkaar aansluiten en veel vragen openlaten. Zo is niet duidelijk welke rol de overheid in dit verband zou moeten vervullen bij het tegengaan van fraude en wat in dit verband wordt bedoeld met fraude: gaat het om strafrechtelijke fraude of handelen dat niet overeenkomt met wat nu redelijk wordt gevonden. Ook is niet duidelijk waarom van overheidswege controle zou moeten plaatsvinden op het ontvangen van "een goede prijs" bij de vervreemding van onroerende zaken. Nu de gecontroleerde bouw voor zorginstellingen is afgeschaft

³ En per 1 januari 2009 voor de *care*.

⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33168, 4.

⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33168, 2.

⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33168, 28.

⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 33168, 29 (bijlage).

⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 33168, 29 (bijlage), p. 5.

en geen sprake meer is van budgetfinanciering, ontvalt, zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt, de grond aan het huidige artikel 18 WTZi.⁹

- In het kader van het VWEU: ‘In het voorgestelde artikel ontbreekt de formulering van een legitieme doelstelling in het algemeen belang, terwijl ook de toelichting bij het amendement niet duidelijk is (zoals hiervoor aan de orde is geweest). Voorts ontbreekt duidelijkheid of een behoorlijk evenwicht wordt bereikt tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de inbreuk op de verdragsvrijheden. Ook is voor betrokkenen niet voorzienbaar welke praktische betekenis het artikel zal hebben en hoe dit zal worden toegepast. Tot slot ontbreekt de mogelijkheid om voorwaarden aan de goedkeuring te verbinden.’¹⁰
- In het kader van het EVRM en het Handvest: ‘Zoals hiervoor (...) aangegeven is de betekenis van het doel van de goedkeuring niet duidelijk omdat “tegenaan van fraude” en het krijgen van een “goede prijs” te onbepaald zijn. Daardoor kan niet worden beoordeeld hoe de uit het EVRM en het Handvest voortvloeiende vereisten van toegankelijkheid, voorzienbaarheid en proportionaliteit in de toepassingspraktijk zullen kunnen worden gewaarborgd.’¹¹

Gelet op deze kritiek verbaast het niet dat de minister concludeert dat het voorgestelde artikel 18 Wtzi niet in de wet kan worden opgenomen. Terecht merkt de minister – in lijn met de Raad van State – op dat schrapping van artikel 18 Wtzi ook in lijn is ‘met het principe dat zorginstellingen zelfstandige risicodragende private organisaties zijn die zelf verantwoordelijk zijn voor bedrijfsmatige keuzes die worden gemaakt’.¹²

4. Eerdere kritiek op en voorgenomen schrapping van artikel 18 Wtzi

Het voornemen artikel 18 Wtzi te schrappen, is niet nieuw. In de zogeheten Tweede Kapitaallastenbrief uit februari 2007 schreef de minister al:¹³

‘In de situatie waarin (des)investeringsbeslissingen voor eigen rekening en risico komen van de instellingen past niet langer dat de overheid (het CSZ) zich hiermee vooraf bemoeit, ex ante toezicht houdt op de weglek van vermogen en eventuele meeropbrengsten bij verkoop afroomt. Een eventuele meeropbrengst dient in de nieuwe situatie ten goede te komen aan de instelling (evenals een eventueel verlies op verkoop ten laste komt van de instelling). (...) Deze beleidswijziging brengt ons tevens tot het voornemen om artikel 18 WTZi per 1 januari 2008 buiten toepassing te verklaren voor ziekenhuizen en per 1 januari 2009 voor intramurale AWBZ-instellingen en GGZ-instellingen.’

Op verzoek van de Tweede Kamer is dat voornemen toen niet doorgezet.¹⁴

⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 33168, 29 (bijlage), p. 5-6.*

¹⁰ *Kamerstukken II 2015/16, 33168, 29 (bijlage), p. 7.*

¹¹ *Kamerstukken II 2015/16 33168, 29 (bijlage), p. 8.*

¹² *Kamerstukken II 2015/16, 33168, 29, p. 2.*

¹³ *Kamerstukken II 2006/07, 27659 en 29248, 84, p. 10.*

¹⁴ *Stb. 2007, 461, p. 5-6.*

Ook de kritiek op artikel 18 Wtzi is niet nieuw. In 2006 plaatste Meersma reeds kritische kanttekeningen bij het artikel.¹⁵ Meer recent bepleitte Linders een variant die enkel ziet op vermogen dat is opgebouwd vóór afschaffing van het bouwregime.¹⁶ Zijn pleidooi is in lijn met een eerder advies van de Raad van State.¹⁷ Overigens maakte de minister dat onderscheid al eens in een beleidsregel uit 2008,¹⁸ maar die beleidsregel ging onderuit bij de Raad van State omdat de beleidsregel (om andere redenen) verder ging dan de Wtzi.¹⁹

5. Wanneer wordt artikel 18 Wtzi geschrapt?

Gelet op deze geschiedenis is het niet zonder meer gezegd dat het voornemen tot schrapping van artikel 18 Wtzi ook daadwerkelijk de eindstreep zal halen. Daarbij komt dat de schrapping onderdeel is van het Wetsvoorstel winstuitkering in de zorg. Dat wetsvoorstel is door de minister voor nadere studie in de ijskast gezet. De achtergrond daarvan is dat winstuitkering een van de randvoorwaarden is voor het zogeheten participatiemodel waarin medisch specialisten (mede-)eigenaar worden van het ziekenhuis. Het participatiemodel is een van de besturingsmodellen die zijn ontwikkeld in aanloop naar de invoering van de integrale bekostiging van de medisch-specialistische zorg per 1 januari 2015. Een van de doelen van de integrale bekostiging is het bevorderen van de gelijkgerichtheid van de belangen binnen het ziekenhuis. Om de beoogde gelijkgerichtheid verder te bevorderen wil de minister een nadere studie uitvoeren naar de mogelijkheden van aanvullende stimulansen.²⁰

Wanneer deze studie zal zijn afgerond is niet bekend. Dat het politieke tij te zijner tijd zodanig zal zijn gekeerd dat schrapping van artikel 18 Wtzi politiek niet langer opportuun is, valt niet uit te sluiten. Wel onderstreept het huidige advies van de Raad van State en deze brief van de minister dat toepassing van artikel 18 Wtzi op vermogen dat is opgebouwd ná afschaffing van het bouwregime zeer ernstige juridische bezwaren ontmoet.

¹⁵ K.D. Meersma, 'Eigendom en zeggenschap over het vastgoed in de zorg', *Z&F* 2006/10.

¹⁶ J.J. Linders, 'Maatschappelijk vermogen in een veranderende ziekenhuisbekostiging', in: *Financiering van zorginstellingen* (red. Berden, Houwen en Stevens) 2015.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33168, 4, p. 9-10.

¹⁸ *Stcrt.* 2007, 137.

¹⁹ ABRvS 19 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4720, *GJ* 2009/27, m.nt. J.J.M. Linders.

²⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 33168, 29, p. 3.