

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/167609>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-26 and may be subject to change.



**Advies over het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars in het licht van het EU-recht en het EVRM**

Advies in opdracht van VGZ en Zilveren Kruis

Dr. L. Glas, mr. A. Looijestijn en prof.mr. J.W. van de Gronden (30 januari 2017)

**Inhoudsopgave**

1 Inleiding	p. 2
2 Toetsingskader	p. 3
2.1 Richtlijn Solvabiliteit II	p. 3
2.2 Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer	p. 5
2.3 Eerste Protocol EVRM	p. 5
2.4 Het EU Handvest van de Grondrechten	p. 7
3 Richtlijn Solvabiliteit II en het verbod op winstuitkering	p. 9
3.1 Doelstelling en reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 9
3.2 Verhouding Richtlijn Solvabiliteit II en winstbestemming	p. 10
3.3 Conclusie	p. 11
4 Het vrije verkeer en het verbod op winstuitkering	p. 13
4.1 Toepasselijke vrijheid (vrijheden) en mogelijke beperkingen	p. 13
4.1.1 Vrijheid van vestiging	p. 14
4.1.2 Vrij verkeer van kapitaal	p. 17
4.2 Rechtsvormen van zorgverzekeraars	p. 21
4.3 Rechtvaardigingsgronden	p. 22
4.3.1 Non-discriminatie en te beschermen belangen	p. 23
4.3.2 Toets aan het evenredigheidsbeginsel	p. 25
4.3.3 Conclusie	p. 33
5 Het Eerste Protocol van het EVRM en het verbod op winstuitkering	p. 35
5.1 Ziet het verbod op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1?	p. 35
5.2 Betreft het verbod een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1?	p. 38
5.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 gestelde voorwaarden?	p. 40
5.3.1 Wettelijke grondslag	p. 40
5.3.2 Legitiem doel in het algemeen belang	p. 41
5.3.3 Redelijk evenwicht tussen bevordering algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu	p. 41
5.4 Conclusie	p. 47
6 Slotconclusies	p. 48

# **Advies over het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars in het licht van het EU-recht en het EVRM**

Dr. L. Glas, mr. A. Looijestijn en prof.mr. J.W. van de Gronden

## **1 Inleiding**

Op dit moment is het wetsvoorstel van de leden Leijten, Bruins Slot en Bouwmeester aanhangig, dat beoogt een verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars in te voeren. Dit voorstel strekt ertoe een nieuwe artikel 28a aan de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) toe te voegen, op grond waarvan het aan een zorgverzekeraar verboden is om dividend uit te keren aan zijn aandeelhouders, winst uit te keren aan zijn leden dan wel winst uit te keren aan zijn werknemers. De winsten moeten aangewend worden om de reserves aan te vullen of om de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg te verbeteren. Tevens wordt aan de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg) een nieuw artikel 88a toegevoegd, op grond waarvan de Nederlandse Zorgautoriteit een bestuurlijke boete op kan leggen, indien het verbod op winstuitkering wordt overtreden. In het onderhavige advies wordt nagegaan in hoeverre het voorgenomen verbod op winstuitkering in overeenstemming is met het EU-recht en het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Daartoe wordt eerst het toetsingskader besproken. Vervolgens vindt de toetsing aan de relevante bepalingen van EU-recht en het EVRM plaats. Afgesloten wordt met enige conclusies.

## 2 Toetsingskader

In de EU is het aanbieden van schadeverzekeringen geharmoniseerd en daarom wordt eerst op deze harmonisatieregelgeving ingegaan. Indien een bepaalde aangelegenheid volledig is geharmoniseerd, dient volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) niet getoetst te worden aan de bepalingen voor het vrije verkeer in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU of Verdrag) maar aan de desbetreffende richtlijn of verordening.<sup>1</sup> Bij afwezigheid van harmonisatie, vormen deze verdragsbepalingen evenwel het relevante toetsingskader en daarom worden zij ook besproken in deze paragraaf. Vervolgens wordt ingegaan op het Eerste Protocol van het EVRM.

### 2.1 Richtlijn Solvabiliteit II

In het verleden waren de voorwaarden voor het aanbieden van schadeverzekeringen geharmoniseerd in de Eerste,<sup>2</sup> Tweede<sup>3</sup> en Derde Schaderichtlijn.<sup>4</sup> Thans heeft de Richtlijn Solvabiliteit II<sup>5</sup> deze EU-regelingen vervangen. Hoewel deze nieuwe richtlijn veel wijzigingen met name ter verbetering van de solvabiliteit van de verzekeraars heeft doorgevoerd, zijn de bepalingen die relevant zijn voor de zorgverzekeringen voor een groot gedeelte hetzelfde gebleven. Dit betekent dat de rechtspraak, zoals die zich ontwikkeld heeft in het kader van de oude Schaderichtlijnen in relatie tot de zorg, van belang blijft.

Artikel 2 van de Richtlijn Solvabiliteit is van groot belang voor de bepaling van de toepasselijkheid van het door deze richtlijn geïntroduceerde regime. Onder meer

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 5/77, *Tedeschi*, 5 oktober 1977, ECLI:EU:C:1977:144.

<sup>2</sup> Eerste Richtlijn (Richtlijn 73/239) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, Pb. 1973 L228/3.

<sup>3</sup> Tweede Richtlijn (Richtlijn 88/357) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 73/239, Pb. 1988 L172/1.

<sup>4</sup> Derde Schaderichtlijn (Richtlijn 92/49) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239 en 88/357, Pb. 1992 L228/1.

<sup>5</sup> Richtlijn 2009/138 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), Pb. 2009 L335/1. De Schaderichtlijnen worden aangeduid met de term Solvabiliteit I.

schadeverzekeringen vallen onder dit toepassingsbereik. Uit Bijlage I van deze richtlijn volgt dat onder schadeverzekeringsbranches onder meer ziekterisico's vallen. Uit artikel 4 van de richtlijn vloeit voort dat verzekeraars van geringe omvang zijn uitgezonderd. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om verzekeringsondernemingen, waarvan de bruto premie-inkomsten op jaarbasis niet meer zijn dan 5 miljoen EUR of waarvan de technische voorzieningen niet meer zijn dan 25 miljoen EUR. Niet aannemelijk is dat zorgverzekeraars onder een dergelijke drempel zouden vallen. Belangrijker is de uitzondering van artikel 3 van de richtlijn. Uitgezonderd zijn ook verzekeringen die vallen binnen een wettelijke regeling van sociale zekerheid. Een vergelijkbare bepaling kwam voor in artikel 2 lid 1 sub d van de Eerste Schaderichtlijn. Uit de rechtspraak van het HvJ EU over deze bepaling blijkt dat een nationaal sociaal zekerheidsstelsel dat volledig is gebaseerd op solidariteit buiten de reikwijdte van de geharmoniseerde regels voor schadeverzekeringen vallen.<sup>6</sup> Indien daarentegen een verzekeraar zijn verzekeringen voor eigen risico aanbiedt, valt deze niet onder de uitzonderingsbepaling, ook al wordt de verzekering in kwestie beschouwd als sociale zekerheid volgens het nationale recht.<sup>7</sup> Op dergelijke verzekeraars zijn de geharmoniseerde regels wel van toepassing. De rechtspraak van het HvJ EU heeft zijn waarde niet verloren gezien de grote overeenkomsten tussen artikel 3 van Richtlijn Solvabiliteit II en artikel 2 lid 1 sub d van de Eerste Schaderichtlijn. Nu zorgverzekeraars in Nederland voor eigen risico hun verzekeringen aanbieden, moet geconcludeerd worden dat zij binnen het toepassingsbereik van Richtlijn Solvabiliteit II vallen.

Deze conclusie betekent dat onderzocht dient te worden of het voorgenomen verbod op winstuitkering op gespannen voet staat met deze richtlijn. In paragraaf 3 zal op deze kwestie worden ingegaan. De doelstelling van Richtlijn Solvabiliteit II is om strenge solvabiliteitseisen in te voeren, om bepalingen voor het risicomanagement en bedrijfsvoering vast te stellen en om publicatievoorschriften in het leven te roepen.<sup>8</sup> Deze eisen zijn omgezet via de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). In dit

---

<sup>6</sup> Zie zaak C-238/94, Garcia, 26 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:132 alsmede zaak C-355/00, Freskot, 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:298.

<sup>7</sup> Zie zaak C-206/98, Commissie t. België, 18 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:256.

<sup>8</sup> Zie MEMO/07/286 van 10 juli 2007 van de Commissie, p. 1 en 2 en de toelichting van de DNB beschikbaar op de volgende internetsite: <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202376.jsp>.

verband moet nog opgemerkt worden dat de solvabiliteitseisen nader zijn uitgewerkt in Verordening Solvabiliteit II.<sup>9</sup>

## **2.2 De Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer**

Het is niet uitgesloten dat de Richtlijn Solvabiliteit II, hoewel zij betrekking heeft op het aanbieden van (schade)verzekeringen, het aspect van de winstuitkering niet (volledig) harmoniseert. In dat geval wordt het relevante toetsingskader (mede) gevormd door de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.

In het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van het voorgenomen verbod op winstuitkering met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, volgen wij het vaste patroon dat het HvJ EU van Justitie in zijn arresten over het vrije verkeer aanhoudt.<sup>10</sup> Dit betekent dat wij aandacht aan de volgende deelvragen zullen besteden.

- 1) Welke vrijheid (vrijheden) kan (kunnen) van toepassing zijn en waarom?
- 2) Vormt het verbod op winstuitkering een beperking van deze vrijheid/vrijheden?  
Ter wille van de leesbaarheid van dit advies, zullen wij de eerste en tweede deelvragen samen behandelen (paragraaf 4.1.).
- 3) Indien blijkt dat er inderdaad sprake is van een beperking, kan deze beperking onder het EU-recht worden gerechtvaardigd (paragraaf 4.3.)? Bij de beantwoording van deze deelvraag zullen wij in het bijzonder aandacht besteden aan de evenredigheid van het voorgesteld verbod op winstuitkering.

Voordat wij tot de behandeling van de derde deelvraag overgaan, zullen wij kort aandacht besteden aan de rechtsvormen die een zorgverzekeraar kan aannemen omdat de rechtsvorm een belangrijk rol speelt bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer. Dit doen wij hieronder in paragraaf 4.2.

## **2.3 Eerste Protocol van het EVRM**

Het voorgesteld verbod op winstuitkering heeft gevolgen voor hoe zorgverzekeraars over de door hun geboekte winst kunnen beschikken. Deze gevolgen leiden tot de vraag

---

<sup>9</sup> Verordening 2015/35 betreffende de toegang tot en de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), Pb. 2015 L12/1.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-208/00, Überseering, 5 november 2002, ECLI:EU:C:2002:632 (vrijheid van vestiging) en gevoegde zaken C-282 & C-283/04, Commissie t. Nederland, 28 september 2006 ECLI:EU:C:2006:608 (vrij verkeer van kapitaal).

of het verbod in strijd komt met het recht op eigendom zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: artikel 1 P1) bij het EVRM. Het Verdrag houdt voor Nederland verbindende rechten en verplichtingen in. Bovendien heeft Nederland het Eerste Protocol geratificeerd. De bepaling, met het opschrift “Bescherming van eigendom”, luidt:

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.

Door te erkennen dat iedereen het recht heeft op het “ongestoord genot van zijn eigendom”, garandeert artikel 1 P1 het recht op eigendom.<sup>11</sup>

De vraag of het verbod in strijd komt met het recht op eigendom van verzekeraars valt uiteen in de volgende deelvragen:

1. Ziet het verbod op ‘eigendom’ in de zin van artikel 1 P1? Zo ja:
2. Betreft het verbod een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1? Zo ja:
3. Is de uit het verbod voortvloeiende beperking van recht op eigendom in strijd met de door artikel 1 P1 gestelde voorwaarden waaronder beperkingen door de overheid van eigendom zijn toegestaan?

De voorwaarden waar onder punt 3 naar wordt verwezen zijn:

- a. Dat de beperking rust op een voldoende wettelijke grondslag;
- b. Dat de beperking een legitiem doel dient in het algemeen belang; en

---

<sup>11</sup> EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, rechtsoverweging 63.

- c. Dat er een redelijk evenwicht bestaat tussen het bevorderen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu.

Zoals hierboven al is aangegeven, wordt alleen de volgende deelvraag beantwoord wanneer het antwoord op de voorgaande deelvraag 'ja' luidt. Ook wordt alleen de volgende voorwaarde onder punt 3 behandeld wanneer aan de voorgaande voorwaarde is voldaan. Dit is ook de aanpak van het EHRM.<sup>12</sup>

Het onderdeel van het advies dat zich richt op het EVRM beperkt zich tot het recht op eigendom van verzekeraars. Of het verbod in strijd komt met het recht op eigendom van de aandeelhouders wordt niet besproken, alhoewel aandeelhouders het slachtoffer kunnen zijn van een beperking van het recht op eigendom, bijvoorbeeld wanneer zij een substantieel meerderheidsaandeel hebben en direct en persoonlijk geraakt zijn door de beperking van het eigendomsrecht.<sup>13</sup>

## 2.4 Het EU Handvest van de Grondrechten

De werkingssfeer van het Handvest is beperkt in die zin dat de Lidstaten van de EU enkel gebonden zijn aan de bepalingen van het Handvest wanneer zij "het recht van de Unie ten uitvoer brengen".<sup>14</sup> Dit betekent volgens het HvJ EU dat de Handvest-rechten moeten worden geëerbiedigd wanneer "een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt";<sup>15</sup> wanneer een juridische situatie niet daarbinnen valt, dan is het HvJ EU niet bevoegd om daarover uitspraak te doen.<sup>16</sup> 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".<sup>17</sup> Hiervoor is relevant of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, de aard

---

<sup>12</sup> EHRM 25 maart 1999, 31107/96 (*Iatridis/Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:1999:0325JUD003110796, rechtsoverweging 62; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 107.

<sup>13</sup> EHRM 28 januari 1983, 9266/81 (*Yarrow PLC t. Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD00090068, p. 185.

<sup>14</sup> Artikel 51 lid 1 Handvest.

<sup>15</sup> Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, rechtsoverweging 21.

<sup>16</sup> Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, rechtsoverweging 22.

<sup>17</sup> Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, rechtsoverweging 24.



van de regeling en of de regeling niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet.<sup>18</sup>

Het Handvest beschermt in artikel 17 lid 1 het recht op eigendom:

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.

Al voordat dit recht in het Handvest was opgenomen, werd het erkend door het HvJ EU in zijn jurisprudentie.<sup>19</sup> In de (niet-bindende) Toelichtingen bij het Handvest wordt uitgelegd dat artikel 17 Handvest overeenstemt met artikel 1 P1 EVRM.<sup>20</sup> Een aparte bespreking van artikel 17 Handvest en zijn deelvragen is daarom niet noodzakelijk.

---

<sup>18</sup> Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, rechtsoverweging 26.

<sup>19</sup> Zie bijv. zaak C-44/79, *Hauer*, 13 december 1979, ECLI:EU:C:1979:290.

<sup>20</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, Toelichting ad artikel 17.

### **3 Richtlijn Solvabiliteit II en het verbod op winstuitkering**

Hieronder worden de doelstelling en de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II besproken. Centraal staat daarbij de vraag of het verbod op winstuitkering binnen het toepassingsbereik van deze richtlijn valt. Daarna wordt ingegaan op het specifieke onderwerp van de verhouding tussen de richtlijn en de bestemming van de winst.

#### **3.1 Doelstelling en reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II**

Richtlijn Solvabiliteit II bevat een aantal bepalingen die betrekking hebben op winst. Zo schrijft artikel 123 van de Richtlijn Solvabiliteit II voor dat verzekeringsondernemingen ten minste twee keer per jaar nagaan welke onderdelen van hun bedrijf winst opleveren of tot verlies leiden. Deze bepalingen hebben echter geen betrekking op de relatie tussen aan de ene kant de verzekeraar en aan de andere kant de aandeelhouders, de leden van een rechtspersoon of werknemers. De bepalingen uit de richtlijn die expliciet winst als onderwerp hebben, harmoniseren derhalve niet de winstuitkering.

Verder bevat de richtlijn bepalingen met betrekking tot deelneming. In bepaalde gevallen moet de verwerving van een deelneming in een verzekeringsonderneming aan de toezichthoudende autoriteiten worden gemeld op grond van artikel 57 van de Richtlijn Insolventabiliteit II. Artikel 59 van deze EU-regeling bepaalt verder uitdrukkelijk dat de Lidstaten geen voorwaarden vooraf mogen verbinden aan de omvang van de deelneming; ook mag er geen economisch behoefteonderzoek met betrekking tot een dergelijke deelneming worden uitgevoerd. Uit deze bepaling volgt dat aan verzekeraars enige marktvrijheid moet worden gelaten.<sup>21</sup> Ook dergelijke bepalingen beogen echter niet de relatie tussen aan de ene kant de verzekeraar en aan de andere kant de aandeelhouders, de leden van een rechtspersoon of werknemers te regelen.

Voorts moet gewezen worden op artikel 21 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Op grond van deze bepaling mogen Lidstaten geen voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling verlangen van de algemene en bijzondere voorwaarden van verzekeringsovereenkomsten en tarieven (en met tarieven samenhangende aspecten).

---

<sup>21</sup> In het kader van de oude Schaderichtlijnen heeft het HvJ EU overwogen dat verwerving van deelnemingen in verzekeringsondernemingen onderhevig kunnen zijn aan nationaal toezicht, mits dit toezicht niet verdergaat dan noodzakelijk is. Zie zaak C-18/14, CO Sociedad de Gestión, 25 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:419.

Eenzelfde bepaling wordt aangetroffen in artikel 154 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Deze bepaling heeft betrekking op het commercieel beleid van een verzekeraar die zijn diensten in een andere Lidstaat dan waar deze gevestigd is, aanbiedt. De bepaling over de voorwaarden en de tarieven wordt zelfs nogmaals herhaald en wel in artikel 181, welke bepaling staat in de paragraaf over het toepasselijke recht. In dit verband moet erop gewezen worden dat ook de Derde Schaderichtlijn een sterk vergelijkbaar verbod had in de artikelen 6, 29 en 39. Op grond van deze artikelen uit de Derde Schaderichtlijn heeft het HvJ EU geconcludeerd dat de geharmoniseerde regels voor verzekeraars uitgaan van tariefvrijheid.<sup>22</sup> De artikelen 21, 154 en 181 van de Richtlijn Solvabiliteit regelen evenwel hoe om gegaan moet worden met de tarieven en de voorwaarden die de verzekeraar aan de verzekeringsnemer in rekening brengt respectievelijk oplegt. Zij bevatten geen voorschriften voor de aandeelhouders, leden van de rechtspersoon van een verzekeraar of zijn werknemers. Uiteindelijk gaat het bij deze richtlijnbevestigingen om de toegang tot het verzekeringsbedrijf. Ook de Richtlijnbevestigingen inzake de tariefvrijheid harmoniseren niet de problematiek van de winstuitkering.

In het licht van het voorafgaande is de conclusie dat de Richtlijn Solvabiliteit II de problematiek van de winstuitkering bij zorgverzekeraars niet harmoniseert. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat volgens artikel 180 van de richtlijn Lidstaten verzekeringen mogen onderwerpen aan wettelijke bepalingen van algemeen belang en dat volgens artikel 206 hiervan Lidstaten vanwege het algemeen belang specifieke voorschriften voor zorgverzekeringen mogen vaststellen. Deze richtlijnbevestigingen dienen beschouwd te worden als excepties op de verboden en voorschriften die vastgelegd zijn in de Richtlijn. Indien deze verboden niet zijn overtreden, wordt niet toegekomen aan de excepties.

### **3.2 Verhouding Richtlijn Solvabiliteit II en winstbestemming**

Hierbij moet wel één kanttekening geplaatst worden. Het tweede lid van artikel 28a Zvw van het voorstel bepaalt uitdrukkelijk dat onverminderd de mogelijkheid om reserves aan te vullen, de winst alleen gebruikt mag worden voor de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Deze bepaling stelt in tamelijk algemene bewoordingen vast dat de winst maar twee bestemmingen mag krijgen. Dit staat in schril contrast met

---

<sup>22</sup> Zie zaak C-59/01, Commissie t. Italië, 25 februari 2003, ECLI:EU:C:2003:102.

de verfijnde set aan voorschriften die de Richtlijn Solvabiliteit II heeft geïntroduceerd met het oog op de financiële soliditeit van de verzekeraars. De richtlijn heeft allerlei solvabiliteitsvereisten die gebaseerd zijn op daadwerkelijke risico's ingevoerd.<sup>23</sup> Naar mate van de complexiteit en de omvang van de risico's die een verzekeraar loopt, varieert de strengheid van de na te leven eisen.<sup>24</sup> Er worden dan ook specifieke eisen aan het vermogen van de verzekeraar gesteld.<sup>25</sup> Doordat artikel 28a lid 2 Zvw niet voorziet in een mechanisme voor afstemming met de Richtlijn (die geïmplementeerd is in de Wft) en Verordening Solvabiliteit II, waarin de richtlijnvoorschriften op zeer uitvoerige wijze zijn uitgewerkt, bestaat de gerede kans dat deze EU-rechtelijke normen worden doorkruist. Indien dit het geval is, dan zijn de Richtlijn en wellicht ook de Verordening geschonden. Gezien het gedetailleerde karakter van de voorschriften, mag ervan uitgegaan worden dat de relevante richtlijnbepalingen in dat geval rechtstreekse werking hebben.<sup>26</sup> De verordening heeft een dergelijke werking naar zijn aard.<sup>27</sup> Dit betekent dat in een eventueel geschil artikel 28a lid 2 Zvw buiten toepassing moet worden gelaten, mocht er strijd bestaan met deze richtlijn en verordening.<sup>28</sup> De afwezigheid van het genoemde mechanisme maakt deze bepaling derhalve kwetsbaar.

### 3.3 Conclusie

Uit bovenstaande analyse volgt dat het bepaalde in Richtlijn Solvabiliteit II geen betrekking heeft op het verbod op winstuitkering. De consequentie hiervan is dat dit verbod getoetst dient te worden aan de verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. In de volgende paragraaf wordt hierop ingegaan.

Het is evenwel niet uitgesloten dat het tweede lid van artikel 28a Zvw van het voorstel, op grond waarvan de winst slechts twee bestemmingen mag krijgen, de verfijnde set aan regels, zoals vastgelegd in Richtlijn Solvabiliteit II (geïmplementeerd in de Wft) en de Verordening Solvabiliteit II, doorkruist. Dit probleem kan worden opgelost, indien

---

<sup>23</sup> Zie W.G. de Haan en J.T. Kool, "Solvency II: een globale verkenning", *Tijdschrift voor Compliance* 2015, p. 328.

<sup>24</sup> Zie vorige noot.

<sup>25</sup> W.G. de Haan en J.T. Kool, "Solvency II: een globale verkenning", *Tijdschrift voor Compliance* 2015, p. 328 en p. 329.

<sup>26</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak 8/81, Becker, 19 januari 1982, ECLI:EU:C:1982:7.

<sup>27</sup> Zie artikel 288 VWEU.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 106/77, 9 maart 1978, ECLI:EU:C:1978:112.

uitdrukkelijk in dit tweede lid wordt gesteld dat geen afbreuk aan deze regels wordt gedaan.

## **4 Het vrije verkeer en het verbod op winstuitkering**

In deze paragraaf onderzoeken wij of het voorgenomen verbod op winstuitkering op gespannen voet staat met een of meer van de fundamentele vrijheden in het VWEU. Dit onderzoek voeren wij uit aan de hand van de deelvragen vermeld in paragraaf 2.2.

Vooraf dient te worden opgemerkt dat alle Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer slechts van toepassing zijn in zogenaamde 'grensoverschrijdende situaties'. Zogenaamde 'puur interne situaties' vallen niet onder deze Verdragsbepalingen, maar alleen onder het nationale recht van de Lidstaat in kwestie.<sup>29</sup> Dit betekent dat een Nederlandse vennootschap/onderdaan, die door het voorgenomen verbod op winstuitkering alleen belemmerd wordt haar/zijn activiteiten in Nederland uit te voeren, geen beroep op de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer kan doen. Wel komt een beroep toe op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer aan bijvoorbeeld een (rechts)persoon uit een andere Lidstaat die aandelen heeft of wil verwerven in een Nederlandse vennootschap.

### **4.1 Toepasselijke vrijheid (vrijheden) en mogelijke beperking**

Wij menen dat twee vrijheden mogelijk een rol kunnen spelen bij het voorgenomen verbod op winstuitkering: de vrijheid van vestiging (arts. 49-55 VWEU) en het vrije verkeer van kapitaal (arts. 63-66 VWEU).

Ofschoon het niet helemaal uit te sluiten is, achten wij het niet waarschijnlijk dat het vrije verkeer van diensten (arts. 56-62 VWEU), waarbij een buitenlandse verzekeraar rechtstreeks vanuit een in een andere Lidstaat opererende rechtspersoon polissen in Nederland aanbiedt, een rol speelt. Gezien de complexiteit van de zorgsector, ligt het niet voor de hand dat een zorgverzekeraar gevestigd in een andere Lidstaat, diensten in Nederland zou willen aanbieden zonder dat hij een rechtspersoon in Nederland opricht of een dergelijke rechtspersoon overneemt.

Hieronder wordt eerst op de vrijheid van vestiging ingegaan. Daarna behandelen wij de regels voor het vrije kapitaalverkeer.

---

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-134/95, USSL NO 47 di Biella, 16 januari 1997, ECLI:EU:C:1997:16, met name rechtsoverweging 19; zaak C-245/09, Omalet NV, 22 december 2010 ECLI:EU:C:2010:808 en zaak C-268/15, Ullens de Schooten, 15 november 2016, ECLI:EUC:2016:874.

#### **4.1.1 Vrijheid van vestiging**

Eerst zullen wij onderzoeken, in het kader van het voorgenomen verbod op winstuitkering, in welke situaties de vrijheid van vestiging van toepassing is. Daarna zullen wij onderzoeken of het voorgenomen verbod een beperking voor de uitoefening van deze vrijheid oplevert.

Wat de toepassing van de vrijheid van vestiging betreft, is het van belang om een onderscheid te maken tussen de uitoefening van deze vrijheid door EU-vennootschappen en door EU-onderdanen.

Wat vennootschappen betreft, geldt de vrijheid van vestiging slechts voor vennootschappen die aan de vereisten van artikel 54, 1<sup>e</sup> alinea voldoen. Dit zijn vennootschappen opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een Lidstaat, die hun statutaire zetel of hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de EU hebben. Vennootschappen uit derde landen kunnen geen beroep op de vrijheid van vestiging doen. Verder bepaalt de 2<sup>e</sup> alinea van artikel 54 VWEU welke entiteiten onder het begrip 'vennootschappen' vallen. Dit is een ruim begrip. De 2<sup>e</sup> alinea van artikel 54 bepaalt namelijk het volgende. "Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen." Wij zullen hierna vennootschappen die onder artikel 54 vallen aanduiden als EU-vennootschappen.

Wat de uitoefening van de vrijheid van vestiging door natuurlijke personen betreft, geldt deze vrijheid slechts voor EU-onderdanen en niet voor onderdanen van derde landen.

##### *EU-vennootschappen*

Ingevolge de eerste alinea van artikel 49 VWEU, kunnen EU-vennootschappen het recht van vestiging uitoefenen door de oprichting van een filiaal, agentschap of dochteronderneming in een andere Lidstaat. Dit wordt aangeduid als het recht van secundaire vestiging. Het is zeer de vraag of de Nederlandse wetgever aan een vennootschap opgericht naar het recht van een andere Lidstaat, die, door middel van

een filiaal of agentschap,<sup>30</sup> zorgverzekeringen op de Nederlandse markt wil aanbieden, eisen betreffende de bestemming van haar winst kan opleggen.

Deze situatie toont enige gelijkenis met die in de zaak *Inspire Art*.<sup>31</sup> In deze zaak verplichtte de Nederlandse wetgever buitenlandse vennootschappen die hoofdzakelijk in Nederland actief waren (onder meer) om de regels betreffende het maatschappelijke kapitaal van Nederlandse besloten vennootschappen na te leven. Dit leverde, volgens het HvJ EU, een beperking van de vrijheid van vestiging op, omdat de vennootschap in kwestie reeds voldeed aan de vennootschapswetgeving van de Lidstaat van oprichting en daarboven op nog regels van Nederlands vennootschapsrecht moest naleven.<sup>32</sup> Dit werd door het HvJ EU als het opleggen van een dubbele last beschouwd en dus als een beperking van de vrijheid van vestiging. Wij menen dat het opleggen van een verbod op winstuitkering aan zorgverzekeraars die naar het recht van een andere Lidstaat zijn opgericht tot een belemmering leidt welke artikel 49 VWEU verbiedt omdat dit een inbreuk op het recht van secundaire vestiging vormt.

Op het eerste gezicht lijkt de vrijheid van vestiging niet beperkt te zijn, indien de Nederlandse wetgever aan in Nederland gevestigde zorgverzekeraars een verbod op winstuitkering oplegt. Hier is immers sprake van een “puur interne situatie” (zie boven). Er is echter sprake van een grensoverschrijdende situatie, wanneer een vennootschap gevestigd in een andere Lidstaat actief als zorgverzekeraar op de Nederlandse markt wil worden door middel van de oprichting van een dochtermaatschappij naar Nederlands recht of door overname van een bestaande Nederlandse zorgverzekeraar.<sup>33</sup>

Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat, indien een controlerende meerderheid van de aandelen in een vennootschap wordt verworven, de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zijn.<sup>34</sup> Dit betekent dat de vrijheid van vestiging van toepassing is wanneer een EU-vennootschap/onderdaan de zeggenschap verkrijgt over de strategische activiteiten van een vennootschap in een andere Lidstaat. Het voorgenomen verbod op winstuitkering heeft tot gevolg dat een controlerende

---

<sup>30</sup> Agentschappen en filialen zijn geen aparte rechtspersonen maar maken deel uit van de moedermaatschappij en vallen dus onder het vennootschapsrecht van de moedermaatschappij.

<sup>31</sup> Zaak C-167/01, *Inspire Art*, 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>32</sup> Zie rechtsoverweging 101 van het arrest *Inspire Art*.

<sup>33</sup> Zie Memorie van Toelichting (hierna: MvT), p. 9 waar de vrees wordt geuit dat, indien winstuitkering mogelijk is, hedge funds zich tot de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt zullen wenden door aandelen in een zorgverzekeraar te kopen.

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld, zaak C-251/98, *Baars*, 13 april 2000, p. 2787, ECLI:EU:C:2000:205 rechtsoverweging 21-22, zaak C-208/00, *Überseering*, 5 november 2002, ECLI:EU:C:2002:632, rechtsoverweging 77 en zaak C-531/06, *Commissie tegen Italië*, 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:315, rechtsoverweging 40.



aandeelhouder in een Nederlandse zorgverzekeraar een belangrijk zeggenschapsrecht verliest, t.w. het recht om de bestemming van de winsten te bepalen. Het is dan de vraag of, wanneer een vennootschap opgericht naar het recht van een andere Lidstaat een dochtermaatschappij in Nederland wil oprichten c.q. wil overnemen, deze vennootschap niet belemmerd wordt, omdat een belangrijk zeggenschapsrecht verloren gaat.

Sinds het arrest *Gebhard*<sup>35</sup> hanteert het HvJ EU ten aanzien van alle Verdragsvrijheden een brede interpretatie van het begrip 'belemmering' of 'beperking'.<sup>36</sup> Alle nationale maatregelen die uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken worden als belemmeringen beschouwd.<sup>37</sup> Ter illustratie van deze ruime uitleg van het verbod vervat in artikel 49 VWEU wijzen wij op de arresten *Commissie tegen Italië* en *Apothekerkammer des Saarlandes*, waarin het HvJ EU bepaalde dat een nationaal vereiste, op grond waarvan alleen apothekers een apotheek mogen exploiteren, een beperking van de vrijheid van vestiging opleverde.<sup>38</sup>

Tegen de achtergrond van deze ruime interpretatie van het belemmeringsverbod van artikel 49 VWEU ligt het voor de hand om te veronderstellen dat een wettelijk verbod op winstuitkering onder dit verbod valt. De in een andere Lidstaat gevestigde moedermaatschappij kan immers niet de volledige zeggenschap uitoefenen over haar Nederlandse dochteronderneming die in Nederland op de markt van zorgverzekeringen actief is. Betoogd zou kunnen worden dat het hierdoor minder aantrekkelijk voor een vennootschap uit een andere Lidstaat wordt om actief op de Nederlandse markt voor zorgverzekeringen te worden door middel van de oprichting van een dochteronderneming naar Nederlands recht of door overname van een bestaande Nederlandse zorgverzekeraar. Ons inziens is daarom de kans groot dat het voorgenomen verbod op winstuitkering in dergelijke situaties onder het verbod van

---

<sup>35</sup> Zaak C-55/94, *Gebhard*, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>36</sup> Hoe breed dit begrip is blijkt treffend uit zaak C-442/02, *Caixa-Bank France*, 5 oktober 2004, ECLI:EUC:2004:586, waar een Franse wet die het kredietinstellingen verbod om rente over tegoeden in rekeningen-courant te vergoeden als een belemmering van de vrijheid van vestiging werd beschouwd. De reden hiervoor was dat de regeling in kwestie voor vennootschappen uit andere Lidstaten dan Frankrijk een ernstige belemmering vormde om in Frankrijk hun activiteiten uit te oefenen door middel van een dochtermaatschappij, hetgeen hun toegang tot de Franse markt ongunstig beïnvloedde.

<sup>37</sup> Zie rechtsoverweging 37 van het arrest *Gebhard*.

<sup>38</sup> Zaak C-531/06, *Commissie tegen Italië*, 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:315, rechtsoverweging 43-45 en gevoegde zaken C-171 en C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, 19 mei 2009, ECLI:EUC:2009:316, rechtsoverwegingen 22 t/m 24.

artikel 49 VWEU valt. Nagegaan moet daarom worden of dit verbod gerechtvaardigd kan worden.

### *EU-onderdanen*

Oprichting van een vennootschap in een Lidstaat door een onderdaan (natuurlijke persoon) van een andere Lidstaat valt onder het recht van (primaire) vestiging in de zin van artikel 49 VWEU. Ter illustratie kan het volgende voorbeeld worden gegeven: een Duitser kan een vennootschap naar Nederlands recht oprichten die als zorgverzekeraar actief op de Nederlandse markt wordt. Door het voorgestelde verbod op winstuitkering verliest een (controlerende) aandeelhouder een van zijn kernbevoegdheden in een vennootschap, t.w. het recht om de bestemming van de winsten te bepalen. Dit maakt het voor een onderdaan van een andere Lidstaat minder aantrekkelijk om zorgverzekeringen op de Nederlandse markt aan te bieden door middel van de oprichting van een Nederlandse vennootschap. Dit levert, naar onze mening, ook een beperking van de vrijheid van vestiging van een dergelijke onderdaan op; ook hiervoor moet worden nagegaan of een rechtvaardiging voorhanden is.

#### **4.1.2 Vrij verkeer van kapitaal**

Invoering van het verbod op winstuitkering kan ook tot een beperking van het vrije verkeer van kapitaal leiden.

Eerst willen wij opmerken dat, in tegenstelling tot de vrijheid van vestiging, het vrije kapitaalverkeer, behoudens een aantal uitzonderingen,<sup>39</sup> niet alleen voor EU-vennootschappen/onderdanen geldt, maar ook voor vennootschappen/onderdanen uit derde landen.

Het VWEU bevat geen definitie van het begrip 'kapitaalverkeer'. Het HvJ EU heeft herhaaldelijk bepaald<sup>40</sup> dat de nomenclatuur in Bijlage I bij Richtlijn 88/361/EEG<sup>41</sup> een

---

<sup>39</sup> Zie de artikelen 64, 66 en 75 VWEU. Geen van deze uitzonderingen speelt een rol wat het voorgenomen verbod op winst betreft.

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 36 en 37 van zaak C-483/99, Commissie tegen Frankrijk, 4 juni 2002, ECLI:EU:C:2002:327 en rechtsoverwegingen 39 en 40 van zaak C-98/01, Commissie tegen Verenigd Koninkrijk, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:273 en rechtsoverweging 19 van gevoegde zaken C-282 en C-283/04, Commissie tegen Nederland, 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608.

<sup>41</sup> Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, Pb. 1988 L178/5.

indicatieve waarde heeft om te bepalen welke soorten transacties onder het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU vallen.

In Bijlage I worden, onder meer, twee verschillende soorten investeringen als kapitaalbewegingen aangemerkt: directe investeringen en portefeuillebeleggingen.

### *Directe investeringen*

Volgens Bijlage I, moet het begrip 'directe investeringen' in de ruimste zin worden opgevat. Bijlage I definieert directe investeringen, kort gezegd, als de verwerving van een deelneming in een vennootschap door aandeelhouderschap dat de aandeelhouder de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te nemen in het bestuur van of de zeggenschap over de vennootschap. Het gaat hier daarom om investeringen met het doel controle over de strategische beslissingen van de vennootschap te verkrijgen.

Indien een vennootschap/onderdaan uit een andere Lidstaat of een derde land (grensoverschrijdende situatie) een deelneming in een Nederlandse zorgverzekeraar wenst te verwerven met het oog op de verkrijging van zeggenschap over de zorgverzekeraar, is er sprake van een directe investering in de zin van Bijlage I. Een dergelijke transactie valt daarom onder het vrije verkeer van kapitaal.

Wat de zeggenschap over vennootschappen betreft, is de rechtsspraak van het HvJ EU niet altijd helder over de vraag of hier het vrije verkeer van kapitaal of de vrijheid van vestiging van toepassing is.<sup>42</sup> Dit is echter niet van groot belang, omdat het HvJ EU bij alle Verdragsvrijheden hetzelfde toetsingskader gebruikt.<sup>43</sup>

In een aantal zogenaamde 'gouden aandeel-arresten', heeft het HvJ EU bepaald dat nationale maatregelen, zoals gouden aandelen of aandelen waaraan speciale rechten zijn verbonden, die het verwerven van aandelen in een EU-vennootschap kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere Lidstaten ervan weerhouden in een EU-

---

<sup>42</sup> Zie de Conclusie van Procureur-Generaal Wattel in Zaak X B.V. tegen Staatssecretaris van Financiën en vice versa, LjN: AV0834, Hoge Raad 41815; U. Jaremba en M. Shahid, "De samenloop van het kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging: een duidelijke afbakening tussen de vrijheden op het gebied van fiscale behandeling van dividenden?", *SEW* 2014, p. 506 en 507 en P.J.J.M. Peeters, "Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2007, p. 777-786.

<sup>43</sup> Zie C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, vijfde druk, Oxford University Press, 2016, p. 24 en 25 en U. Jaremba en M. Shahid, "De samenloop van het kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging: een duidelijke afbakening tussen de vrijheden op het gebied van fiscale behandeling van dividenden?", *SEW* 2014, p. 510. Dit betekent dat toelaatbaarheid van het voorgenomen verbod op winstuitkering onder het vrije verkeer van diensten (mocht deze vrijheid van toepassing zijn) ook op een vergelijkbare wijze zou worden getoetst.

vennootschap te investeren, als beperkingen in de zin van artikel 63 lid 1 VWEU moeten worden aangemerkt.<sup>44</sup> In het arrest *Essent* werd dit door het HvJ EU herhaald.<sup>45</sup> Verder willen wij wederom op het arrest *Commissie tegen Italië* wijzen. Hierin is geoordeeld dat een Italiaanse regeling op grond waarvan alleen apothekers vennoot kunnen zijn van vennootschappen die apotheken exploiteren, een belemmering van het vrije kapitaalverkeer oplevert, omdat uit andere Lidstaten afkomstige investeerders die geen apotheker zijn, geen deelnemingen in dit soort vennootschappen kunnen verwerven.<sup>46</sup>

De zogenaamde ‘gouden aandelen-arresten’ hadden betrekking op de overdracht van belangrijke bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders van een vennootschap naar de staat. Iets dergelijks gebeurt ook, zij het in mindere mate, door het voorgenomen wettelijke verbod op winstuitkering. Wij menen daarom dat de redenering van het HvJ EU in de ‘gouden aandelen-arresten’ ook opgaat voor het voorgenomen verbod op winstuitkering op grond van de volgende argumentatie.

Wat directe investeringen betreft, is een van de belangrijkste zeggenschapsrechten/kernbevoegdheden van de controlerende aandeelhouder het recht om de bestemming van de winsten van de vennootschap te bepalen. Onder het onderhavige wetsvoorstel komt dit recht niet meer toe aan de controlerende aandeelhouder. Het wetsvoorstel zelf bepaalt de bestemming van de winsten. De winsten mogen niet worden uitgekeerd aan de aandeelhouders, leden of werknemers, maar moeten slechts worden aangewend om de reserves aan te vullen of om de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg te verbeteren. Hierdoor zou een vennootschap/onderdaan uit een andere Lidstaat of een derde land ervan kunnen worden weerhouden om in een Nederlandse zorgverzekeraar een directe investering te verwerven. Er is dan sprake van een beperking van het vrije kapitaalverkeer die onder het EU-recht gerechtvaardigd dient te worden.

---

<sup>44</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-483/99, *Commissie tegen Frankrijk*, 4 juni 2002, ECLI:EU:C:2002:327, rechtsoverweging 41, zaak C-174/04, *Commissie tegen Italië*, 2 juni 2005, ECLI:EU:C:2005:350, rechtsoverweging 30 en 31 en gevoegde zaken C-282 en C-283/04, *Commissie tegen Nederland*, 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608, rechtsoverweging 20.

<sup>45</sup> Gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, *Staat der Nederlanden tegen Essent NV e.a.*, 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677, rechtsoverweging. 41.

<sup>46</sup> Zaak C-531/06, rechtsoverweging 133.

## *Portefeuillebeleggingen*

Bijlage I bij Richtlijn 88/361/EEG omschrijft portefeuillebeleggingen als investeringen in de vorm van de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt (of anderszins) met het uitsluitend doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur of de zeggenschap over de vennootschap te willen uitoefenen. Dit betekent dat indien een vennootschap/onderdaan uit een andere Lidstaat of een derde land effecten in een Nederlandse zorgverzekeraar als louter belegging wenst te verkrijgen, er sprake is van een portefeuillebelegging, welke transactie onder het vrije verkeer van kapitaal valt.

Wij menen op grond van de volgende argumenten dat het voorgenomen verbod op winstuitkering ook portefeuillebeleggingen in Nederlandse zorgverzekeraars zou kunnen ontmoedigen.

Zoals boven vermeld, gaat het hier niet om investeringen waarmee beoogd wordt zeggenschap over de vennootschap in kwestie te verkrijgen. Het gaat hier om de verwerving van aandelen met het uitsluitend doel om te beleggen. In dit verband wordt met beleggen bedoeld dat de aandeelhouder verwacht met de verwerving van de aandelen een financieel rendement te behalen. Dit kan op twee manieren. De eerste is dat, indien de vennootschap winsten maakt, de aandeelhouder van deze winsten profiteert in de vorm van een dividenduitkering. De tweede is dat rendement wordt behaald doordat de aandelen in waarde toenemen (koerswinst).

Beide manieren om rendement uit belegging in een Nederlandse zorgverzekeraar te behalen worden door het voorgenomen verbod op winstuitkering doorkruist. Ten eerste wordt de uitkering van dividenden geheel verboden. Ten tweede is het niet ondenkbaar dat een verbod op winstuitkeringen in de vorm dividend nadelig effecten op de (beurs)waarde van de aandelen van de zorgverzekeraar in kwestie zal hebben en derhalve op de aantrekkelijkheid om in dergelijke aandelen te investeren. Wie zal bereid zijn om in een vennootschap te beleggen, indien er met deze belegging totaal geen financieel rendement valt te behalen? Wij menen derhalve dat het voorgenomen verbod op winstuitkering ook portefeuillebeleggingen in Nederlandse zorgverzekeraars minder aantrekkelijk zal maken, wat een beperking van het vrije kapitaalverkeer zou opleveren.

## 4.2 Rechtsvormen van zorgverzekeraars

Hierboven hebben wij uitgelegd waarom wij menen dat het voorgenomen verbod op winstuitkering tot een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer kan leiden die onder artikel 49, respectievelijk artikel 63, VWEU wordt verboden. Wij willen echter hier een kanttekening plaatsen. Dit betreft de rechtsvormen die een Nederlands zorgverzekeraar kan aannemen.

Volgens de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij het wetsvoorstel,<sup>47</sup> kan een zorgverzekeraar, op grond van artikel 3.20 van de Wft, de volgende rechtsvormen kiezen: de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap (hierna: NV) en de Europese vennootschap (hierna: SE).

Om een bestaande Nederlandse zorgverzekeraar te kunnen overnemen (vrijheid van vestiging) of een directe investering in een Nederlandse zorgverzekeraar te verwerven die zeggenschap over deze onderneming oplevert (vrij kapitaalverkeer), is het noodzakelijk dat de aandelen in de zorgverzekeraar vrij verhandelbaar zijn. Dit geldt ook voor portefeuillebeleggingen in een Nederlandse zorgverzekeraar. Dit betekent dat deze aandelen door een vennootschap/onderdaan van een andere Lidstaat (of een derde land) vrijelijk kunnen worden verworven.

Op dit moment zijn relatief veel zorgverzekeraars een onderlinge waarborgmaatschappij. Een dergelijke rechtspersoon heeft geen kapitaal verdeeld in aandelen. Een onderlinge waarborgmaatschappij heeft dus geen aandeelhouders, maar leden. Het lijkt ons niet voor de hand liggend dat een vennootschap/onderdaan uit een andere Lidstaat (of uit een derde land) gemakkelijk lid van een onderling waarborgmaatschappij in Nederland kan worden.<sup>48</sup> Bovendien, indien een vennootschap/onderdaan uit een andere Lidstaat (of een derde land) lid van een Nederlandse zorgverzekeraar wordt die de rechtsvorm van een onderlinge waarborgmaatschappij heeft, wordt deze vennootschap/onderdaan slechts een van de

---

<sup>47</sup> Tweede kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 522, nr. 3, p. 8-9.

<sup>48</sup> Zie artikel 2:33 BW dat bepaalt "Tenzij de statuten anders bepalen, beslist het bestuur over de toelating van een lid en kan bij niet-toelating de algemene vergadering alsnog tot toelating besluiten." Bovendien bevat de Richtlijn Solvabiliteit II bepalingen met betrekking tot deelneming. Artikel 57 van deze richtlijn schrijft in bepaalde gevallen voor dat de verwerving van een (gekwalficeerde) deelneming in een verzekeringsonderneming aan de toezichthoudende autoriteiten moet worden gemeld en door deze autoriteiten moeten worden beoordeeld.

vele leden. Het is onmogelijk om lidmaatschappen te ‘stapelen’ en zodoende zeggenschap over een onderlinge waarborgmaatschappij te verkrijgen.

De MvT<sup>49</sup> spreekt de verwachting uit dat, indien winstuitkering toegestaan wordt, zorgverzekeraars die thans onderlinge waarborgmaatschappij zijn de rechtsvorm zullen omzetten naar een NV. De aandelen in een NV zijn wel vrij verhandelbaar. Deze kunnen door vennootschappen/onderdanen uit een andere Lidstaat of een derde land op de beurs of anderszins vrijelijk worden verworven. In een dergelijk geval zou het voorgenomen verbod op winstuitkering een beperking zijn de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal kunnen opleveren. Omzetting naar de rechtsvorm van een NV heeft derhalve belangrijke consequenties voor de toepassing van deze vrijheden.

### 4.3 Rechtvaardigingsgronden

Nu vastgesteld is dat het voorgenomen verbod op winstuitkering beperkingen van zowel de vrijheid van vestiging als het vrije verkeer van kapitaal kan opleveren, moet onderzocht worden of deze beperkingen onder het EU-recht te rechtvaardigen zijn.

Beperkingen van het vrije verkeer kunnen gerechtvaardigd worden door Verdragsexcepties en door de in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde rechtvaardigingsgrond van de dwingende redenen van algemeen belang, die ook bekend staat als *de rule of reason*.<sup>50</sup>

Wat de Verdragsexcepties betreft, moet gewezen worden op artikel 52 VWEU. Deze bepaling erkent dat overwegingen van volksgezondheid beperkingen van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen. De Verdragsexcepties die van toepassing zijn in het kader van het vrije kapitaalverkeer, zoals artikel 65 VWEU, zijn niet relevant in het kader van dit advies. Dit levert echter geen problemen op, omdat bescherming van de volksgezondheid ook onder de *rule of reason* valt.

In de rechtspraak is (tot nu toe) erkend dat de volgende twee doelstellingen beperkingen van het vrije verkeer met het oog op bescherming van de volksgezondheid kunnen rechtvaardigen: het realiseren van een kwalitatief hoogstaande, evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen en de handhaving

---

<sup>49</sup> MvT, p. 8.

<sup>50</sup> In zaak 120/78, Cassis de Dijon, 20 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:42 formuleerde het HvJ EU (voor het vrije verkeer van goederen) deze rechtvaardigingsgrond voor de eerste keer. In zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, rechtsoverweging 37, heeft het HvJ EU deze rechtvaardigingsgrond van toepassing verklaard op alle Verdragsvrijheden.

van het financiële evenwicht van sociale zekerheidsstelsels<sup>51</sup> (onder dergelijke stelsels vallen ook zorgregelingen).

Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat, om onder de *rule of reason* te kunnen vallen, nationale maatregelen aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.<sup>52</sup> Dezelfde voorwaarden, met uitzondering van de eis van non-discriminatie, gelden ook bij een beroep op artikel 52 VWEU.

Hieronder bespreken wij, in het kader van het voorgenomen verbod op winstuitkering, deze vier voorwaarden.

#### **4.3.1 Non-discriminatie en te beschermen belangen**

Het voorgesteld verbod op winstuitkering zal zonder discriminatie van toepassing zijn. Dit verbod zal gelden voor iedere zorgverzekeraar die op de Nederlandse markt actief is.

Om onder de *rule of reason* te vallen, moet de nationale maatregel voorts een dwingende reden van algemeen belang dienen. De MvT bij het wetsvoorstel maakt niet exact duidelijk welk algemeen belang door het voorgenomen verbod op winstuitkering wordt nagestreefd.

De MvT vermeldt, in het kader van de bespreking van een mogelijke schending van artikel 63 VWEU, dat het verbod op winstuitkering kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het belang van de volksgezondheid.<sup>53</sup> Eerder in de MvT wordt dit nader gepreciseerd, waar gesteld wordt dat het verbod op winstuitkering op diverse manieren het belang van kwalitatieve en toegankelijke zorg nastreeft.<sup>54</sup> Daarnaast heeft het voorliggende wetsvoorstel tot doel het vertrouwen van de burgers in het zorgstelsel te waarborgen.

---

<sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404, zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, zaak C-372/04, Watts, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, en zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-55/94, Gebhard, rechtsoverweging 37.

<sup>53</sup> MvT, p. 8.

<sup>54</sup> MvT, p. 5.



Zoals eerder in dit advies werd aangegeven, is in de rechtspraak van het HvJ EU erkend dat de het realiseren van een kwalitatief hoogstaande, evenwichtige en voor eenieder toegankelijke zorg en de handhaving van de financiële evenwicht van sociale verzekeringsstelsels (zoals zorgregelingen) beperkingen van het vrije verkeer kunnen rechtvaardigen.<sup>55</sup> Gesteld zou kunnen worden dat het voorgenomen verbod op winstuitkering deze twee doelstellingen nastreeft. Dit zou betekenen dat het verbod op winstuitkering zijn rechtvaardiging vindt in een dwingende reden van algemeen belang, erkend in de rechtspraak van het HvJ EU.

In dit verband moet op het volgende worden gewezen. Indien de niet uitgekeerde winsten van een zorgverzekeraar gebruikt mogen worden om de reserves van deze onderneming aan te vullen, kan de zorgverzekeraar deze winsten in de vorm van reserves oppotten. De winsten komen dan niet aan de zorg of aan de verzekerden ten goede, maar versterken de financiële positie van de zorgverzekeraar. Hieruit zou ook kunnen worden afgeleid dat het verbod op winstuitkering (mede) tot doel heeft de continuïteit en solvabiliteit van de zorgverzekeraars te versterken. Dit zou de indruk kunnen wekken dat zuiver economische redenen aan de invoering van het verbod op winstuitkering ten grondslag liggen en geen motieven ter bescherming van de volksgezondheid (verbetering van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg).

Het punt is dat volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU redenen van zuiver economische aard geen dwingende vereisten van algemeen belang vormen die een beperking van de Verdragsvrijheden kunnen rechtvaardigen.<sup>56</sup> Indien deze indruk wordt gewekt, wordt het verbod kwetsbaar vanuit EU-rechtelijk perspectief, omdat het invoeren van een rechtvaardigingsgrond dan bemoeilijkt wordt.

Het HvJ EU heeft evenwel aanvaard dat een nationale maatregel een gerechtvaardigde beperking van de Verdragsvrijheden kan vormen, wanneer hij is ingegeven door economische belangen die een doelstelling van algemeen belang nastreven.<sup>57</sup> Hier kijkt het HvJ EU naar het onderliggende belang dat met de maatregel wordt gediend. Wij menen dat de indieners van het wetsvoorstel duidelijker tot uitdrukking zouden moeten brengen waarom met de aanvulling van de reserves het onderliggende belang van de

---

<sup>55</sup> Zie zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404, zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270, zaak C-372/04, Watts, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325, en zaak C-169/07, Hartlauer, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141.

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld, Gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, Staat der Nederlanden tegen Essent NV e.a., 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677, rechtsoverweging 51 (en de daar aangehaalde jurisprudentie).

<sup>57</sup> *Ibid*, rechtsoverweging 52.

volksgezondheid wordt gediend en niet louter de financiële belangen van de zorgverzekeraar. Bescherming van de volksgezondheid is wel een dwingende reden van algemeen belang. Om misverstanden te voorkomen, verdient het daarom de voorkeur om (bijvoorbeeld in de MvT) de rol die het voorgenomen verbod op winstkering speelt in de verbetering van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg nauwkeuriger te onderbouwen. Daarnaast verdient het aanbeveling hierbij tevens in te gaan op de verhouding tussen het wetsvoorstel en het regime ingevoerd door de Richtlijn Solvabiliteit II, zoals aangegeven in paragraaf 3 van dit advies.

#### **4.3.2 Toets aan het evenredigheidsbeginsel**

Om vast te stellen of het voorgenomen verbod op winstuitkering op gespannen voet met het evenredigheidsbeginsel staat, dienen de volgende twee vragen te worden beantwoord: is dit verbod noodzakelijk om de doelstellingen van verbetering van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg te realiseren en gaat het verbod niet verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.<sup>58</sup>

In dit verband moet worden opgemerkt dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel door het HvJ EU in het kader van de Verdragsvrijheden strikter is dan de toetsing door het EHRM in het kader van artikel 1 P1. Uit de rechtspraak blijkt echter dat het HvJ EU bereid is de beleidsvrijheid die de Lidstaten hebben in de zorg te respecteren.<sup>59</sup> Dit impliceert dat het HvJ EU niet op zeer dringende wijze nationale zorgmaatregelen aan het evenredigheidsbeginsel toetst.

Verder willen wij opmerken dat het HvJ EU erkend heeft dat bij de huidige stand van het EU-recht, een Lidstaat kan beslissen welk niveau van bescherming van de volksgezondheid hij wenst te verzekeren.<sup>60</sup> In het arrest *Hartlauer* bijvoorbeeld bepaalde het HvJ EU daarom dat een Lidstaat in beginsel medische diensten zo kan organiseren dat hij voorrang geeft aan een stelsel van prestaties in natura, zodat elke patiënt in het hele land gemakkelijk toegang tot deze medische diensten heeft.<sup>61</sup> Ook komt betekenis toe aan artikel 168 lid 7 VWEU dat bepaalt dat aangelegenheden

---

<sup>58</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-169/07, *Hartlauer*, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141, rechtsoverweging 50.

<sup>59</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest *Hartlauer* en zaak C-141/07, *Commissie t. Duitsland*, 11 september 2008, ECLI:EU:C:2008:492.

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-141/07, *Commissie tegen Duitsland*, rechtsoverweging 51.

<sup>61</sup> Zie rechtsoverweging 53 van het arrest *Hartlauer*.

betreffende de organisatie en de verlening van zorg in beginsel tot de bevoegdheden van de Lidstaten behoren.

Tegen deze achtergrond moet de vraag naar de evenredigheid van het verbod op winstuitkering worden onderzocht. Hieronder zullen wij ingaan op vraag op het verbod op winstuitkering geschikt is om de beoogde doelstellingen te realiseren als op de vraag of er geen minder beperkende middelen zijn om deze doelstellingen te bereiken.

### *Is het verbod op winstuitkering geschikt?*

Indien wordt gegarandeerd dat de niet uitgekeerde winsten inderdaad aan de verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg worden besteed, zou verdedigd kunnen worden dat het voorgenomen verbod op winstuitkering geschikt is om de bescherming van de volksgezondheid te realiseren.

Indien, echter, de niet uitgekeerde winsten gebruikt mogen worden om de reserves van de zorgverzekeraars aan te vullen, zouden vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de geschiktheid van dit verbod om de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg te verbeteren.

Verder willen wij opmerken dat het HvJ EU erop heeft gewezen dat de nationale maatregel in kwestie slechts geschikt is om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan coherent en systematisch wordt nagestreefd.<sup>62</sup> Indien de niet uitgekeerde winsten vooral worden opgepot en niet aangewend worden voor de zorg, rijst de vraag of het winstverbod op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Zowel het toevoegen van de winst aan reserves als het uitkeren hiervan aan aandeelhouders, aan leden of aan werknemers, lijken geen bijdrage te leveren aan de verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg. Voor een gedeelte verplicht de Richtlijn Solvabiliteit II tot aanhouden van bepaalde reserve. Voor een gedeelte staat het echter vrij aan verzekeraars hoe zij omgaan met de gegenereerde winsten. Het is op voorhand niet duidelijk waarom de ene gedraging (winstuitkering) niet is toegestaan en de andere gedraging (ophoging van de reserves) wel. Indien op deze vraag geen antwoord kan worden gegeven, is het maar zeer de vraag of het verbod op winstuitkering geschikt is en daarmee in overeenstemming met de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.

---

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 55 van het arrest Hartlauer en de daar aangehaalde jurisprudentie.

In dit verband speelt tevens het volgende probleem. Op grond van artikel 3.1 van het Uitvoeringsbesluit WTZi juncto artikel 5 lid 2 van de Wet Toelating Zorginstellingen mogen bepaalde zorgaanbieders een winstoogmerk hebben en kunnen zij daarmee overgaan tot uitkering van winst. Verder is thans het wetsvoorstel Voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medische-specialistische zorg aanhangig.<sup>63</sup> Voorgesteld wordt om het mogelijk te maken dat onder bepaalde voorwaarden winst wordt uitgekeerd door zorgaanbieders, zoals ziekenhuizen.<sup>64</sup> Indien dit voorstel tot wet wordt verheven, terwijl winstuitkering voor zorgverzekeraars juist verboden blijft, ontstaat de volgende situatie. Veel zorgaanbieders, zoals ziekenhuizen, mogen winsten uitkeren aan bijvoorbeeld aandeelhouders, maar zorgverzekeraars niet. Dit doet de vraag rijzen waarom de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg niet in het geding zijn indien winsten ‘wegvloeien’ naar aandeelhouders van zorgaanbieders, maar wel indien winsten ‘wegvloeien naar’ aandeelhouders van zorgverzekeraars. In beide gevallen kan immers betoogd worden dat de winsten niet opnieuw geïnvesteerd worden in de zorgverlening. Waarom kan winstuitkering bij zorgverzekeraars niet ook toegestaan worden, eventueel onder voorwaarden die vergelijkbaar zijn met de voorwaarden die voor de winstuitkering door zorgaanbieders gaan gelden?<sup>65</sup>

De gerede kans bestaat dat in de ogen van het HvJ EU de doelstellingen van verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg op een niet coherente en systematische wijze worden nagestreefd. Uit de rechtspraak blijkt dat volgens het HvJ EU gebrek aan coherentie van invloed is op de verwezenlijking van de na te streven doelstellingen van algemeen belang.<sup>66</sup> Ter illustratie wordt op het volgende gewezen. In het arrest Hartlauer was de vraag aan de orde in hoeverre een vergunningplicht die door de Oostenrijkse wetgever voor tandheelkundige poliklinieken in het leven was geroepen, geschikt was om de doelstelling van de toegankelijkheid van de zorg van hoge kwaliteit te realiseren. Het HvJ EU kwam in deze zaak tot de conclusie dat dit niet het geval was, omdat deze vergunningplicht niet gold voor groepspraktijken die ook

---

<sup>63</sup> Zie Kamerstukken 33 168.

<sup>64</sup> Het zal overigens niet aan academische ziekenhuizen toegestaan zijn om winsten uit te keren volgens dit wetsvoorstel. Zie artikel 16 c WTZi, zoals deze bepaling komt te luiden indien het wetsvoorstel Voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medische-specialistische zorg, kamerstukken I, 2013-2014, 33 168 A, zou worden aangenomen.

<sup>65</sup> Artikel 16 d WTZi (zoals deze bepaling komt te luiden indien het wetsvoorstel Voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medische-specialistische zorg zou worden aangenomen) verbindt winstuitkering door zorgaanbieders aan bepaalde voorwaarden. Zo mag in het eerste jaar wanneer hiertoe wordt overgegaan, de uitkering niet groter zijn dan 50% van de winst.

<sup>66</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 61 van het arrest Hartlauer.

tandheekkundige zorg aanboden. Het handelen van deze aanbieders kon soortgelijke effecten hebben op de zorgmarkten in kwestie als het handelen van de poliklinieken; er was echter geen verklaring gegeven voor het gemaakte onderscheid tussen de poliklinieken en de groepspraktijken.<sup>67</sup>

Het 'wegvloeien' van winsten van zorgaanbieders naar bijvoorbeeld aandeelhouders heeft soortgelijke effecten als het 'wegvloeien' van de door zorgverzekeraars gegenereerde winsten naar hun aandeelhouders. In beide gevallen worden de winsten immers niet opnieuw geïnvesteerd in de zorg. In de MvT bij het wetsvoorstel voor het winstuitkeringsverbod voor verzekeraars wordt geen aandacht besteed aan de positie van de zorgaanbieders en er is daarom ook geen verklaring gegeven voor het verschillend behandelen van het uitkeren van winst bij de aanbieders en de verzekeraars. Dit is opmerkelijk, omdat investeringen in de zorg door de aanbieders zelf een directer effect hebben op de behandeling van patiënten dan investeringen gedaan door zorgverzekeraars. Door het ontbreken van een adequate verklaring voor het gemaakte onderscheid bestaat de gerede kans dat het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars niet geschikt en daarmee onevenredig is, indien zorgaanbieders wel winsten mogen uitkeren. In dat geval doet er zich strijd met de verdragsbepalingen voor het vrije verkeer voor.

*Gaat het verbod verder dan noodzakelijk?*

Zijn er minder beperkende maatregelen voorhanden om de doelstelling van verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg te realiseren?

Bij de beantwoording van deze vraag zullen wij aandacht besteden aan de vier argumenten die door de indieners van het wetsvoorstel in de MvT naar voren zijn gebracht om te bewijzen dat een verbod op winstuitkering nodig is om een kwalitatieve en toegankelijke zorg te bewerkstelligen. Deze argumenten zijn:

- 1) Winstuitkering zou zich niet verdragen met de maatschappelijke rol van de zorgverzekeraar.
- 2) Winstuitkering vormt een risico voor het risicovereveningssysteem.
- 3) Winstuitkering zou een prikkel voor meer overnames of verdere schaalvergroting doen ontstaan.

---

<sup>67</sup> Zie rechtsoverwegingen 55 t/m 63 van het arrest Hartlauer.

#### 4) Winstuitkering bedreigt solidariteit.

Wij beginnen met de constatering dat het verbod op winstuitkering permanent zal zijn en geen uitzonderingen kent. Het is echter van belang te vermelden dat dit verbod slechts geldt voor winsten die een zorgverzekeraar uit de basisverzekeringen maakt.<sup>68</sup> Uitkering van winsten die een zorgverzekeraar uit andere activiteiten behaalt, bijvoorbeeld uit het aanbieden van aanvullende zorgverzekeringen, valt niet onder het verbod. Dit is een minder ingrijpend middel dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel stond, waar het verbod op winstuitkering betrekking had op de winsten behaald uit alle activiteiten van een zorgverzekeraar.<sup>69</sup> Alleen bij het aanbieden van de basisverzekering worden publieke middelen ingezet (publiek opgebouwde reserves).

#### Maatschappelijke rol van de zorgverzekeraar

Zorgverzekeraars vervullen een maatschappelijke rol, t.w. het waarborgen van een goede, goed toegankelijke en betaalbare zorg. Volgens de indieners van het wetsvoorstel zou winstuitkering zich niet verdragen met deze maatschappelijke rol. Een van de argumenten die zij hiervoor aanvoeren is dat door winstuitkering een prikkel zou kunnen ontstaan om de premies die verzekerden betalen te verhogen, omdat dit de omzet van de verzekeraar zal verhogen waardoor er meer winst voor de aandeelhouders of leden zal bestaan. Er wordt echter niet gemotiveerd waarom winstuitkering tot premieverhoging zal leiden. Verder zijn wij van mening dat, indien er voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars bestaat, verzekerden 'met de voeten' zullen stemmen en besluiten naar een andere zorgverzekeraar over te stappen indien de premies sterk worden verhoogd. Het verzekeren van voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars en het actief toezichthouden op deze concurrentie lijken ons een minder ingrijpend middel dan een verbod op winstuitkering om premieverhoging tegen te gaan.

#### Risico voor een goed functionerend risicovereveningssysteem

---

<sup>68</sup> Zie Nota van Wijziging, Tweede Kamer vergaderjaar 2016-2017, 34 522, nr. 5.

<sup>69</sup> Deze wijziging werd aangebracht om tegemoet te komen aan het advies van de Raad van State, waarin werd gesteld dat een algemeen verbod op winstuitkering geen proportionele maatregel was omdat dit te ingrijpend was.

Voorts stellen de indieners van het wetsvoorstel dat winstuitkering een risico voor het risicovereveningssysteem (de ruggengraat onder het zorgverzekeringsstelsel)<sup>70</sup> vormt. Ten eerste zou het risicovereveningssysteem gevaar lopen omdat het aannemelijk is dat, indien winstuitkering wordt toegestaan, aandeelhouders of leden zullen sturen op een risicoselectie door de zorgverzekeraar.

De acceptatieplicht die door de Zvw<sup>71</sup> wordt voorgeschreven, beoogt echter dit probleem op te lossen. De acceptatieplicht houdt in dat een zorgverzekeraar niemand voor de basisverzekering mag weigeren. Voor aanvullende verzekeringen geldt de acceptatieplicht niet. De indieners van het wetsvoorstel lijken zich van de acceptatieplicht bewust te zijn, omdat zij over een ‘indirecte risicoselectie’ spreken waardoor er geen eisen gesteld worden aan de gezondheid, maar aan andere kenmerken van de potentieel verzekerde. Zij leggen echter niet uit wat ‘indirecte risicoselectie’ precies inhoudt en hoe deze selectiemethode zich tot de acceptatieplicht verhoudt. De acceptatieplicht in de Zvw lijkt ons een minder vergaand middel te zijn dan een verbod op winstuitkering om risicoselectie door zorgverzekeraars te voorkomen. In het wetsvoorstel wordt verzuimd om aan te geven waarom de acceptatieplicht te kort zou schieten.

Ten tweede stellen de indieners van het wetsvoorstel dat een positief vereveningsresultaat tot hogere winstuitkering zou kunnen leiden. Dit zou betekenen dat met publieke middelen gefinancierde vereveningsbijdragen naar private aandelenhouders worden doorgesluisd. Zoals is opgemerkt door de Afdeling Advisering Raad van State (hierna: RvS),<sup>72</sup> zou een positieve vereveningsresultaat een indicatie kunnen zijn dat de berekening van de vereveningsbijdragen te ruimhartig is waardoor er strijd zou kunnen ontstaan met de Verdragsbepalingen inzake staatssteun. Indien de vereveningsbijdragen tot overmatige overschotten leiden, zou de oplossing kunnen worden gevonden in een aanscherping en verbetering van het vereveningssysteem zelf om overcompensatie uit te sluiten of in een verscherping van het concurrentietoezicht.<sup>73</sup> Dergelijke maatregelen zouden minder ver gaan dan een verbod op winstuitkering.

### Prikkel voor overnames of verdere schaalvergroting

---

<sup>70</sup> MvT, p. 3.

<sup>71</sup> Zie artikel 3 Zvw.

<sup>72</sup> Advies Afdeling Advisering Raad van State en Reactie van de Initiatiefnemers, Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34 522, nr. 4 (hierna: Advies RvS, p. 5-6.

<sup>73</sup> Zie Advies RvS, p. 6.

De indieners van het wetsvoorstel menen dat de mogelijkheid tot winstuitkering het aantrekkelijk zal maken voor investeringsfondsen of hedge funds om aandelen in een Nederlandse zorgverzekeraar te kopen. Zij menen dat deze aandeelhouders vervolgens hun stemrecht zullen gebruiken om winstmaximalisatie te bereiken, en geen oog zullen hebben voor de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg.

Met dit argument lijken de indieners van het wetsvoorstel te willen beletten dat publieke middelen naar private partijen wegvloeien die op winstmaximalisatie uit zijn. Het verbod op winstuitkering zou met andere woorden (mede) dienen om ongewenste overnames van Nederlandse zorgverzekeraars te voorkomen.

De Richtlijn Solvabiliteit II bevat een aantal bepalingen over het verwerven van een gekwalificeerde deelneming in een verzekeringsonderneming.<sup>74</sup> Toestemming van de bevoegde autoriteiten van de Lidstaat waarin de verzekeringsonderneming is gevestigd is vereist voordat een gekwalificeerde deelneming kan worden verworven. Dit vereiste is omgezet in artikel 3:95 Wft. Hierin wordt bepaald dat het voor het houden, het verwerven, of in sommige gevallen het vergroten, van een gekwalificeerde deelneming<sup>75</sup> in een verzekeraar met zetel in Nederland een verklaring van geen bezwaar van de Nederlandsche Bank vereist is. Naar onze mening biedt deze bepaling voldoende bescherming tegen de ongewenste overname van een Nederlandse zorgverzekeraar. Waarom zou een verbod op winstuitkering meer bescherming bieden?

Indien het verbod op winstuitkering (mede) tot doel heeft om de solvabiliteit en continuïteit van de zorgverzekeraar te versterken, rijst de vraag of dit verbod noodzakelijk is om dit doel te realiseren. De continuïteit van de zorgverzekeraar wordt immers reeds gewaarborgd door de strenge voorschriften van de Richtlijn Solvabiliteit II en de Wft. Waarom is dan een extra verbod op winstuitkering nodig?

Voorts zou, zoals de RvS opmerkt, het voorgenomen verbod op winstuitkering ertoe kunnen leiden dat het voor zorgverzekeraars in de toekomst moeilijker wordt d.m.v. investeringen eigen vermogen aan te trekken; dit kunnen leiden tot het afsluiten van (mogelijk duurdere) leningen, waardoor de verzekeringspremies zouden kunnen

---

<sup>74</sup> Zie artikelen 57-63 Richtlijn Solvabiliteit II.

<sup>75</sup> Gekwalificeerde deelneming wordt in artikel 1:1 Wft als volgt gedefinieerd: “een rechtstreeks of middellijk belang van ten minste tien procent van het geplaatste kapitaal van een onderneming of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van ten minste tien procent van de stemrechten in een onderneming, of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van een daarmee vergelijkbare zeggenschap in een onderneming (...).”



stijgen.<sup>76</sup> Dit is precies het tegenovergestelde van wat de initiatiefnemers met het wetsvoorstel voor ogen hebben.

### Bedreiging van de solidariteit

Het Nederlandse stelsel van zorgverzekeringen is gebaseerd op de solidariteitsgedachte dat gezonde mensen bijdragen aan de zorg voor zieke mensen. Volgens de indieners van het wetsvoorstel, wordt deze solidariteitsgedachte bedreigd indien het mogelijk wordt voor zorgverzekeraars om winsten uit te keren. Deze aanname wordt niet verder onderbouwd, zodat het onmogelijk is om te bepalen of een verbod op winstuitkering verder gaat dan nodig is om de solidariteitsgedachte veilig te stellen. Waarom zou de solidariteit niet gerealiseerd kunnen worden door effectief toezicht op de concurrentie tussen verzekeraars en het aanscherpen en verbeteren van het riscovereveningssysteem?

### *Evaluatie m.b.t. de evenredigheid van het verbod op winstuitkering*

Opgemerkt moet worden dat niet met volledige zekerheid vastgesteld kan worden dat aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan, nu er geen rechtspraak van het HvJ EU over een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars bestaat. De Europese Commissie lijkt de overeenstemming van een dergelijk verbod met het vrije verkeer van kapitaal in twijfel te trekken. In 2008 is de Commissie een inbreukprocedure tegen de Slowaakse Republiek gestart omdat zij van mening was dat het door de Slowaakse wet ingestelde verbod voor zorgverzekeraars om vrij over de winsten te beschikken een ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van kapitaal vormde.<sup>77</sup> Volgens de Slowaakse wetgeving mochten ondernemingen die de verplichte zorgverzekering aanboden, geen winst uitkeren, maar dienden zij deze te herinvesteren in het nationale zorgsysteem.<sup>78</sup> Deze zaak is echter niet voor het HvJ EU gekomen omdat de Slowaakse wetgeving werd gewijzigd, waarbij onder bepaalde voorwaarden winstuitkering voor

---

<sup>76</sup> Advies RvS, p. 3.

<sup>77</sup> Inbreukprocedure nr. 2008/4268.

<sup>78</sup> Zie randnummer 15 van het Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014 in zaak SA.23008-2013/C, SZP en VZP. In dit besluit wordt slechts zijdelings op de kwestie van de winstuitkering door zorgverzekeraars ingegaan, omdat de betrokken zaak betrekking op staatssteun heeft.

zorgverzekeraars weer werd toegestaan;<sup>79</sup> ten gevolge van deze ontwikkeling sloot de Commissie in december 2011 de inbreukprocedure af.<sup>80</sup> Uit deze gang van zaken blijkt dat discussie over de evenredigheid van het voorgenomen verbod op winstuitkering niet uitgesloten is.

### 4.3.3 Conclusie

Het voorgenomen verbod op winstuitkering kan onder de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal vallen. Voorts kan dit verbod een beperking van deze vrijheden opleveren die door het VWEU wordt verboden, tenzij er hiervoor onder het EU-recht een rechtvaardiging bestaat.

Uit de MvT blijkt niet duidelijk welk doel met het voorgenomen verbod op winstuitkering wordt nagestreefd. De vraag rijst of dit verbod een zuiver economisch doel dient of een doel dat door artikel 52 VWEU en de *rule of reason* valt, t.w. bescherming van de volksgezondheid (verbetering van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg).

Zelfs indien wordt geaccepteerd dat verbetering van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg (bescherming van de volksgezondheid) de belangrijkste drijfveer voor het verbod is, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de evenredigheid van het verbod. De geschiktheid van het voorgenomen verbod om bescherming van de volksgezondheid te bereiken moet duidelijker worden onderbouwd. Een zeer problematisch punt is dat de nationale wetgever tegelijkertijd winstuitkering bij zorgaanbieders wil toestaan en bij zorgverzekeraars juist de winstuitkering blijvend wil verbieden. Hiermee staat de coherente en systematische vormgeving van de nationale wetgeving onder druk. De gereede kans bestaat dat het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars niet als geschikt wordt gekwalificeerd om doelstellingen van volksgezondheid mee na streven, indien zorgaanbieders wel winsten mogen uitkeren. Daarnaast rijst de vraag in hoeverre het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars noodzakelijk is, omdat niet duidelijk is of er minder ingrijpende maatregelen bestaan om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. In de MvT wordt heel eenvoudig en lichtvaardig tot de

---

<sup>79</sup> In januari 2011 verklaarde het Slowaakse Grondwettelijke Hof het verbod op winstuitkering onverenigbaar met diverse bepalingen van de Slowaakse Grondwet. Als gevolg van dit arrest hebben de Slowaakse autoriteiten wijzigingen in de wet aangebracht.

<sup>80</sup> Zie randnummer 15 van het Besluit van de Commissie in de zaak SZP en VZP.

conclusie gekomen dat het voorgenomen verbod aan het evenredigheidsbeginsel voldoet.

## 5 Het Eerste Protocol van het EVRM en het verbod op winstuitkering

Het EVRM-kader zoals uiteengezet in paragraaf 2.3 wordt hieronder toegepast op het verbod op winstuitkering. Eerst wordt ingegaan op de vraag of het verbod op winstuitkering betrekking heeft op eigendom. Dan wordt nagegaan of dit verbod leidt tot een beperking van het recht op eigendom. Vervolgens komen de voorwaarden, waaronder een dergelijke beperking mag plaatsvinden, aan de orde.

### 5.1 Ziet het verbod op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1?

Voor de toepasselijkheid van artikel 1 P1 is het van belang om te bepalen of zorgverzekeraars slachtoffer kunnen zijn van een schending van het recht op eigendom en of het verbod betrekking heeft op het eigendom van de zorgverzekeraars.

Om met het slachtofferschap te beginnen: artikel 1 P1 vermeldt expliciet dat niet alleen natuurlijke, maar ook rechtspersonen recht hebben op eigendom. Het is dus mogelijk dat een zorgverzekeraar getroffen wordt door een schending van dit recht.

Dan is vervolgens de vraag of het verbod betrekking heeft op het eigendom van de zorgverzekeraars. Het EHRM geeft het eigendomsbegrip zoals dat is vervat in artikel 1 P1 een autonome betekenis. Dat wil zeggen dat de betekenis van het begrip losstaat van de betekenis die 'eigendom' heeft in het nationale recht van de verdragsstaten.<sup>81</sup> Voorts heeft het EHRM het begrip ruim geïnterpreteerd, waardoor het niet beperkt is tot fysieke eigendom, maar ook bepaalde rechten en belangen omvat,<sup>82</sup> zoals aandelen,<sup>83</sup> een klantenkring<sup>84</sup> of jachtrechten.<sup>85</sup> Wanneer het om niet-fysiek eigendom gaat, is voor de vraag of het om een eigendom in de zin van artikel 1 P1 gaat van belang of de rechten/belangen een objectief vast te stellen economische waarde

---

<sup>81</sup> EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 100.

<sup>82</sup> EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, rechtsoverweging 124.

<sup>83</sup> Zie 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, rechtsoverweging 49.

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

<sup>85</sup> EHRM 29 april 1999, 25088/94 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894, rechtsoverweging 74.

vertegenwoordigen.<sup>86</sup> Bovendien kunnen eigendomsrechten, naast een privaatrechtelijke basis, een publiekrechtelijk basis hebben, waardoor pensioenaanspraken bijvoorbeeld als eigendom kunnen worden beschouwd.<sup>87</sup> Artikel 1 P1 geeft overigens geen recht tot het verkrijgen van bezittingen.<sup>88</sup>

Eigendom kan zich ook uitstrekken tot een aanspraak of *claim* waarvan kan worden betoogd dat iemand een redelijke en legitieme verwachting heeft dat hij er effectief van zal kunnen gaan genieten.<sup>89</sup> Een legitieme verwachting bestaat bijvoorbeeld wanneer iemand verwachtte dat hij, op basis van een bouwvergunning, een stuk land kon gaan ontwikkelen.<sup>90</sup> De legitieme verwachting zelf is niet het eigendomsrecht, want een dergelijke verwachting bestaat alleen wanneer er een aanspraak bestaat op een eigendom dat binnen de reikwijdte van artikel 1 P1 valt.<sup>91</sup> Vereist is dat de legitieme verwachting meer is dan enkele hoop. Om hieraan te voldoen, moet de verwachting gegrond zijn in het nationale recht,<sup>92</sup> bijvoorbeeld omdat zij is gebaseerd op wetgeving, een rechtelijke beslissing of staande jurisprudentie.<sup>93</sup> De verwachting dat wetgeving zal veranderen ten gunste van het individu lijkt dan ook niet genoeg te zijn voor een legitieme verwachting, maar wanneer de staat heeft besloten om wetgeving te creëren, dan kunnen daaruit wel legitieme verwachtingen voortkomen.<sup>94</sup> Een legitieme verwachting bestaat niet wanneer iemand hoopt op de erkenning van een eigendomsrecht dat hij nog niet effectief heeft kunnen uitoefenen of wanneer iemand

---

<sup>86</sup> EHRM 12 juli 2016, 562/05 (*SIA AKKA/LAA/Letland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000056205, rechtsoverweging 54.

<sup>87</sup> EHRM 13 december 2011, 27458/06 (*Lakićević e.a./Montenegro en Servië*), ECLI:CE:ECHR:2011:1213JUD002745806, rechtsoverweging 59.

<sup>88</sup> EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, rechtsoverweging 50.

<sup>89</sup> EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, rechtsoverweging 124.

<sup>90</sup> EHRM 29 november 1991, 12742/87 (*Pine Valley Developments Ltd e.a./Ierland*), ECLI:CE:ECHR:1991:1129JUD001274287, rechtsoverweging 51.

<sup>91</sup> EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecný/Slowakije*), ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298, rechtsoverweging 48.

<sup>92</sup> EHRM 7 februari 2013, 16574/08 (*Fabris/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2013:0207JUD001657408, rechtsoverweging 50.

<sup>93</sup> EHRM 10 juli 2002, 39794/98 (*Gratzinger en Gratzingerova/Tsjechië*), ECLI:CE:ECHR:2002:0710DEC003979498, rechtsoverweging 73; EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecný/Slowakije*), ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298, rechtsoverweging 35; EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, rechtsoverweging 63.

<sup>94</sup> EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecný/Slowakije*), ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298, rechtsoverweging 47; EHRM 22 januari 2009, 3991/03 (*Bulves AD/Bulgarije*), ECLI:CE:ECHR:2009:0122JUD000399103, rechtsoverweging 57.

een voorwaardelijke aanspraak had die is verlopen omdat niet aan een voorwaarde is voldaan.<sup>95</sup>

De zorgverzekeraars verwachten dat zij tien jaar na de inwerkingtreding van de Zvw vrijelijk over hun eigendom zouden kunnen beschikken door winst uit te keren aan hun aandeelhouders. Deze verwachting was legitiem, omdat zij was gebaseerd op een wettelijke bepaling, namelijk de Zvw, en niet enkel op de hoop dat het uitkeren van winst ooit mogelijk zou worden. Het is wel zo dat de termijn van tien jaar is verlengd met nog eens twee jaar, maar in MvT bij de wetgeving die deze verlening introduceerde, werd benadrukt “dat sprake is van een eenmalige verlening” en dat “de regulering binnen afzienbare termijn zal vervallen”.<sup>96</sup> De verlening doet gezien deze passages in de MvT niet af aan de legitieme verwachting.

In de MvT bij het wetsvoorstel over het verbod op winstuitkering wordt gesteld dat “[e]nige relativering” van de legitieme verwachtingen “noodzakelijk” is, vanwege discussies in de politiek over de vraag of winstuitkering voor zorgverzekeraars verboden zou moeten worden.<sup>97</sup> Deze relativering lijkt ons overbodig, omdat de legitieme verwachting in kwestie werd gewekt door wetgeving en daarom ook alleen teniet kan worden gedaan door wetgeving. Zoals een legitieme verwachting niet enkel door hoop kan worden geschapen, kan een legitieme verwachting ook niet onderuit worden gehaald door de ‘hoop’ die uit het politieke debat blijkt dat winst niet zal mogen worden uitgekeerd. Bovendien is het relativeren van een legitieme verwachting juridisch gezien irrelevant in die zin dat zo’n verwachting of wel of niet bestaat, ongeacht of zij al dan niet kan worden gerelativeerd.

Geconcludeerd dient te worden dat het verbod ziet op eigendom in de zin van artikel 1 P1 en zorgverzekeraars getroffen kunnen worden door schending van het recht op eigendom dat in dat artikel is vervat. Artikel 1 P1 is derhalve van toepassing.

---

<sup>95</sup> EHRM 22 januari 2009, 3991/03 (*Bulves AD/Bulgarije*), ECLI:CE:ECHR:2009:0122JUD000399103, rechtsoverweging 53.

<sup>96</sup> MvT, p. 7.

<sup>97</sup> MvT, p. 4; Dit betekent volgens de MvT overigens niet dat er geen legitieme verwachtingen waren.

## 5.2 Betreft het verbod een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1?

Omdat de eerste vraag bevestigend is beantwoord, komt de volgende vraag aan de orde in de beperkingssystematiek van het EVRM. Op grond van deze vraag moet worden nagegaan of er sprake is van een beperking van het relevante recht.

De standaard voor het vinden van een beperking van het recht op eigendom is niet heel hoog. Zo hoeft een beperking geen wettelijke oorzaak te hebben, maar kan er ook een *de facto* beperking bestaan.<sup>98</sup> Er is bijvoorbeeld sprake van een beperking wanneer de staat een vergunning van een bank intrekt, indien die vergunning essentieel is om te kunnen opereren als bank, en de intrekking automatisch resulteert in verplichte liquidatie.<sup>99</sup> Een beperking bestaat daarentegen bijvoorbeeld niet wanneer minderheidsaandeelhouders verplicht worden om hun aandelen af te staan aan meerderheidsaandeelhouders en deze verplichting niet tot willekeur leidt.<sup>100</sup>

Wanneer het voorgaande wordt toegepast op het verbod om winst uit te keren, kan worden aangenomen dat dit verbod een beperking vormt van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars. De verzekeraars zullen namelijk niet vrijelijk hun winst kunnen uitkeren aan aandeelhouders en dus niet vrijelijk met hun eigendom kunnen doen wat zij willen.

Nu bepaald is dat het verbod op winstuitkering een beperking inhoudt van het recht op eigendom zoals beschermd door artikel 1 P1, is de vervolgvraag welke regel uit het artikel van toepassing is. Het artikel omvat de volgende drie regels:

1. Ontneming van eigendom en vereisten daarvoor (eerste alinea, tweede zin);
2. Regulering van eigendom in het algemeen belang (tweede alinea); en
3. Het beginsel van ongestoord genot van eigendom (eerste alinea, eerste zin).

De eerste en tweede regel zijn meer precieze uitwerkingen van de derde regel die de algemene of restregel is.<sup>101</sup> Het EHRM bepaalt dan ook eerst of een van de eerste twee

---

<sup>98</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 63.

<sup>99</sup> EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD/Bulgarije*), ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999, rechtsoverweging 130.

<sup>100</sup> EHRM 19 juli 2007, 71440/01 (*Freitag/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2007:0719JUD007144001, rechtsoverweging 53.

<sup>101</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 61; EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James*

regels van toepassing is, voordat het een beperking aan de derde regel toetst.<sup>102</sup> Bij de ontneming van eigendom onder de eerste regel wordt er *de jure* of *de facto* eigendom overgedragen en is compensatie vereist.<sup>103</sup> De tweede regel is van toepassing wanneer er geen eigendom wordt overgedragen, maar de eigenaar wel beperkt wordt in hoe hij zijn eigendom kan gebruiken vanwege regulering.<sup>104</sup> Wanneer een zaak feitelijk en juridisch complex is, is het niet altijd mogelijk om te bepalen welke regel van toepassing is. In dat geval beoordeelt het EHRM de zaak in het licht van de algemene regel vervat in artikel 1 P1.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup>

In het geval van het verbod op winstuitkering is er geen sprake van ontneming, omdat de verzekeraars geen eigendom wordt ontnomen; ze mogen nog wel winst maken en die winst behouden.<sup>107</sup> Wel is er sprake van regulering, omdat ze niet langer hun winst vrijelijk mogen uitkeren, maar verplicht zijn de winst te gebruiken voor bepaalde doeleinden. De wetgever beoogt dus duidelijk het gebruik van eigendom te beheersen. Dit betekent dat de tweede regel van toepassing is.

Het antwoord op de tweede vraag in de EVRM-beperkingsystematiek luidt samengevat dat het verbod op winstuitkering een beperking inhoudt van het recht op eigendom van zorgverzekeraars. Op dit verbod is de tweede regel uit artikel 1 P1 van toepassing.

---

*e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37; EHRM 16 juli 2014, 60642/08 (*Ališić e.a./Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en 'de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië'*), ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD006064208, rechtsoverweging 105.

<sup>102</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 61; EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37.

<sup>103</sup> EHRM 28 maart 2006, 36813/97 (*Scordino/Italië nr. 1*), ECLI:CE:ECHR:2006:0329JUD003681397, rechtsoverweging 251.

<sup>104</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 157.

<sup>105</sup> EHRM 21 juli 2015, 31833/06 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003183306, rechtsoverweging 93; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 106.

<sup>106</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37.

<sup>107</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 62; 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, rechtsoverweging 64.



### 5.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 gestelde voorwaarden?

Zojuist is geconcludeerd dat het verbod op winstuitkering een beperking is van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars, omdat dit recht wordt gereguleerd. Om niet in strijd te komen met de door artikel 1 P1 gestelde voorwaarden voor regulering, moet het verbod een wettelijke grondslag hebben, een legitiem doel in het algemeen belang dienen en een redelijk evenwicht bereiken tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van de zorgverzekeraar.<sup>108</sup> De voorwaarden voor regulering zijn overigens vergelijkbaar met die voor de andere twee regels in artikel 1 P1.

Alvorens deze voorwaarden te behandelen en toe te passen op het verbod op winstuitkering, is het van belang om te benadrukken dat de staten een bijzonder ruime *margin of appreciation* toekomt bij de regulering van eigendom. Dit betekent dat zij veel beoordelingsruimte hebben om grenzen te stellen aan de uitoefening van het recht op eigendom en dat het EHRM niet heel strik zal zijn in de toetsing van nationale wetgeving die eigendom reguleert. Die beoordelingsruimte is van toepassing op de keuze van de manier van regulering en op de beoordeling of de gevolgen van de regulering gerechtvaardigd zijn in het algemeen.<sup>109</sup>

#### 5.3.1 Wettelijke grondslag

Het eerste en – volgens het EHRM belangrijkste – vereiste van artikel 1 P1 is legitimiteit.<sup>110</sup> De wettelijke grondslag die vereist is voor de beperking moet volgens de vaste rechtspraak van het EHRM toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar zijn.<sup>111</sup> De initiatiefwet voorziet in een uitbreiding van de Zvw en in een wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg. Hiermee voldoet de beperking aan het vereiste van een wettelijke grondslag.

---

<sup>108</sup> Zie ook paragraaf 2.3.

<sup>109</sup> 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, rechtsoverweging 55.

<sup>110</sup> Zie artikel 1 P1, tweede alinea: 'om die wetten toe te passen'; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 163; EHRM 16 juli 2014, 60642/08 (*Ališić e.a./Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en 'de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië'*), ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD006064208, rechtsoverweging 103.

<sup>111</sup> EHRM 9 november 1999, 26449/95 (*Špaček, s.r.o/Tsjechië*), ECLI:CE:ECHR:1999:1109JUD002644995, rechtsoverweging 54; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 109.

### 5.3.2 Legitiem doel in het algemeen belang

Voorts moet de beperking een legitiem doel dienen in het algemeen belang.<sup>112</sup> 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 doel respecteren, tenzij dat oordeel kennelijk geen redelijke basis heeft.<sup>113</sup> 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 in het algemeen belang is.<sup>114</sup> Een door het EHRM geaccepteerd algemeen belang is bijvoorbeeld de goede organisatie van de gezondheidszorg.<sup>115</sup>

Het doel van het voorliggende wetsvoorstel is, zoals reeds opgemerkt is in de inleiding van dit advies, om kwalitatieve en toegankelijke zorg te bewerkstelligen en daarnaast wil het wetsvoorstel het vertrouwen van de burgers in het zorgstelsel waarborgen. Gezien deze doelen dient het wetsvoorstel duidelijk een legitiem doel in het algemeen belang. In dit verband is voorts van belang dat de wetgever met het verbod op winstuitkering sociaal of economisch beleid ten uitvoer legt en hem dus een ruime *margin of appreciation* toekomt bij het kiezen van het legitieme doel. Bovendien is het oordeel van de wetgever niet kennelijk onredelijk.

### 5.3.3 Redelijke evenwicht tussen bevordering algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu

Ten slotte is vereist dat er een redelijk evenwicht of *fair balance* tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu bestaat, in het voorliggende geval, het recht op eigendom van de zorgverzekeraars. Dit vereiste

---

<sup>112</sup> Zie artikel 1 P1 zelf (‘in overeenstemming met het algemeen belang’), maar ook artikel 18 EVRM (‘Inperking van de toepassing van beperkingen op rechten’).

<sup>113</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 46; EHRM 30 juni 2005, 46720/99 (*Jahn e.a./Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099, rechtsoverweging 91; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 166.

<sup>114</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 46; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 165.

<sup>115</sup> EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, rechtsoverweging 86.

betekent dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen het middel (het verbod op winstuitkering) en het doel (kwalitatieve en toegankelijke zorg bieden alsmede vertrouwen in het zorgstelsel waarborgen).<sup>116</sup> Het EHRM stelt in het licht van het voorgaande de vraag of het middel een disproportionele en excessieve last oplegt aan het individu.<sup>117</sup> Om te bepalen of er sprake is van een redelijk evenwicht neemt het EHRM verschillende factoren mee in zijn afweging,<sup>118</sup> bijvoorbeeld of het middel leidt tot rechts(on)zekerheid. Ook houdt het EHRM rekening met de verschillende belangen die een rol spelen.<sup>119</sup> Zoals eerder aangegeven, kent het EHRM de staten een ruime *margin of appreciation* toe bij de keuze van het middel en bij het bepalen of de gevolgen daarvan gerechtvaardigd zijn in het algemeen belang, ook specifiek bij toepassing van de tweede regel.<sup>120</sup>

Voor de afweging of er een redelijk evenwicht is gevonden, is de eerste factor waar naar zal worden gekeken het gewicht van het doel waarvoor de beperking wordt opgelegd. Het doel van het verbod op winstuitkering is onder meer het waarborgen van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Het wetsvoorstel streeft dus een zwaarwegend doel na.<sup>121</sup>

Tegenover het gewicht van het doel kan het gewicht van het aangetaste recht en de mate waarin de uitoefening van dat recht beperkt wordt, worden geplaatst. Het gewicht van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars is kleiner dan dat van het waarborgen van kwalitatieve en toegankelijke zorg. Wat betreft de mate waarin de uitoefening van het recht op eigendom wordt beperkt, wordt in de MvT opgemerkt dat er geen verbod op het maken van winst is, maar op de uitkering daarvan aan de aandeelhouders; wanneer de wet in werking treedt kan de winst alleen voor bepaalde doeleinden worden aangewend (premieverlaging, verbetering van zorg of de reservepositie). Vanuit dit

---

<sup>116</sup> EHRM 16 november 2010, 24768/06 (*Perdigão/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, rechtsoverwegingen 63-64.

<sup>117</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 167.

<sup>118</sup> EHRM 24 oktober 1986, 9118/80, (*AGOSI/Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:1024JUD000911880, rechtsoverweging 54.

<sup>119</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 168.

<sup>120</sup> EHRM 28 juli 1999, 22774/93 (*Immobiliare Saffi/Italië*), ECLI:CE:ECHR:1999:0728JUD002277493, rechtsoverweging 49; 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, rechtsoverweging 55.

<sup>121</sup> Overigens lijkt het derde doel (vertrouwen in het zorgstelsel waarborgen) van relatief minder groot belang te zijn, maar omdat ook een zwaarwegender doel wordt nagestreefd, is dit niet van groot belang.

perspectief kunnen de zorgverzekeraars dus “vrijelijk over de reserves beschikken, zolang zij niet overgaan tot het uitkeren van winst”.<sup>122</sup> Daartegenover staat wel dat het verbod geen uitzondering(en) toestaat en dus in die zin vergaand is en dat het verbod voor onbepaalde tijd geldt. Voorts kan nog worden opgemerkt dat in de MvT staat dat relevant is dat er “onder de betrokkenen draagvlak bestaat; zorgverzekeraars hebben aangegeven dat zij geen behoefte hebben aan de mogelijkheid tot uitkering van winst aan aandeelhouders of leden”.<sup>123</sup> Deze aanname wordt niet verder onderbouwd. Wel wordt opgemerkt in de MvT dat het kabinet meerder malen aangegeven heeft “...dat zij met het verdwijnen van het verbod op winstuitkering verwacht dat zorgverzekeraars niet tot winstuitkering zullen overgaan”.<sup>124</sup> Wanneer dit draagvlak daadwerkelijk zou bestaan, zou het relevant kunnen zijn voor de redelijk-evenwicht-toets in die zin dat dit erop kan duiden dat de mate waarin uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt niet echt vergaand is. In hoeverre dit daadwerkelijk relevant is wanneer er een procedure voor het EHRM zou worden gevoerd is geheel de vraag aangezien het feit dat zo’n procedure wordt gevoerd al aangeeft dat er in ieder geval bij de zorgverzekeraar-klager in kwestie geen draagvlak bestaat. Daarbij kan het draagvlak in de toekomst veranderen: wanneer de mogelijkheid tot winstuitkering daadwerkelijk zou bestaan, dan zou het zo kunnen zijn dat er ook meer zorgverzekeraars komen met interesse tot het oprichten van bijvoorbeeld een NV om winst uit te kunnen uitkeren.

Voorts moet de vraag worden gesteld of het verbod daadwerkelijk geschikt is om bij te dragen aan de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Hierbij speelt de factor of er alternatieve middelen bestaan die minder ingrijpend zijn dan het verbod op winstuitkering een rol. Het EHRM benadrukt echter dat dit enkel één van de relevante factoren is om te bepalen of het middel redelijk en geschikt is om het legitieme doel te bereiken. Wanneer de wetgever binnen de hem toekomende – ruime in dit geval – *margin of appreciation* blijft, is het niet aan het EHRM om te beoordelen of de relevante wetgeving de beste oplossing is om met een bepaald probleem om te gaan of dat de

---

<sup>122</sup> MvT, p. 7.

<sup>123</sup> MvT, p. 8.

<sup>124</sup> MvT, p. 3.

wetgever zijn bevoegdheid op een ander manier had moeten uitoefenen.<sup>125</sup> Het EHRM stelt zich dus ook in dit opzicht terughoudend op.

De MvT stelt dat de kwaliteit van de zorg beter wordt gewaarborgd “indien winsten worden besteed aan de verbetering van de zorg, dan wanneer deze worden uitgekeerd aan aandeelhouders”.<sup>126</sup> Meer specifiek wordt uitgelegd dat, zonder het verbod op winstuitkering, er een prikkel kan ontstaan om de premies te verhogen om zo meer winst uit te kunnen keren, aangezien aandeelhouders binnen een NV “aanzienlijke macht” hebben. Dit zou de toegankelijkheid van de zorg verlagen.<sup>127</sup> Hier kan tegen in worden gebracht dat, zoals ook reeds is opgemerkt in paragraaf 4.3.2, wanneer de premies daadwerkelijk worden verhoogd, de verzekerden ‘met de voeten kunnen stemmen’ door over te stappen naar een andere verzekeraar. Het is dus maar de vraag of een verbod nodig is om te voorkomen dat de premies worden verhoogd. Mocht het ‘met de voeten stemmen’ niet werken, en winst wordt inderdaad uitgekeerd vanwege (te) hoge premies, dan zou als alternatief voor het verbod, zoals eveneens reeds aan de orde kwam in paragraaf 4.3.2, maatregelen genomen kunnen worden om de concurrentieverhoudingen te verbeteren.<sup>128</sup> Deze maatregelen zouden minder vergaand zijn dan het verbod.

Een andere meer specifieke motivering voor de geschiktheid van het verbod is dat winstuitkering een risico vormt voor een goed functionerend risicovereveningssysteem. In de MvT wordt in deze context de vraag gesteld of, indien er geen verbod is, “winst dan niet het primaire doel wordt”, wat ertoe kan leiden dat er “perverse prikkels ontstaan om bepaalde groepen verzekerden te mijden of slechtere zorg in te kopen” aangezien een positief vereveningsresultaat leidt tot een hoger winstuitkering.<sup>129</sup> Hoe de “perverse prikkels” precies tot die gevolgen leiden, wordt niet toegelicht. Tegen wat in de MvT uiteen wordt gezet, kan worden ingebracht dat ook op een andere manier kan worden voorkomen dat positieve (verevenings)resultaten als winst worden uitgekeerd, namelijk, zoals ook in paragraaf 4.3.2 uiteen is gezet, door de vereveningsmethodiek aan

---

<sup>125</sup> EHRM 19 december 1989, 10522/83 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*), ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001052283, rechtsoverweging 51 en 53.

<sup>126</sup> MvT, p. 5-6.

<sup>127</sup> MvT, p. 6.

<sup>128</sup> Zie ook Advies RvS.

<sup>129</sup> MvT, p. 3.

te scherpen om overcompensatie uit te sluiten.<sup>130</sup> Ook hier lijkt dus een minder vergaande maatregel dan het verbod mogelijk.

De laatste meer specifieke motivering is dat het toestaan van het uitkeren van winst zou kunnen leiden tot overnames of verdere schaalvergroting. Deze prikkel ontstaat volgens de MvT doordat de mogelijkheid tot winstuitkering het aantrekkelijk maakt voor investeringsfondsen of *hedge funds* om “aandelen te kopen in de zorgverzekeraar, [en] vervolgens het stemrecht op zo’n wijze uit te oefenen om winstmaximalisatie te bereiken, ongeacht wat dit betekent voor de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg”.<sup>131</sup> Hierover kan worden opgemerkt dat de Richtlijn Solvabiliteit II eisen stelt aan de solvabiliteit van de zorgverzekeraars teneinde hun continuïteit te waarborgen. Het zal dus niet mogelijk zijn om winstmaximalisatie door te voeren zonder rekening te houden met de continuïteit van de zorgverzekeraar. Bovendien zijn de zorgverzekeraars gebonden aan allerlei verplichtingen vastgelegd onder meer in de Zvw en rust op hen een acceptatieplicht. Niet wordt onderbouwd in de MvT waarom de huidige waarborgen tekortschieten om een kwalitatieve en toegankelijke zorg te verwezenlijken. Omdat de MvT op de hier aangestipte punten niet ingaat, overtuigt haar motivering niet echt. Schaalvergroting kan volgens de MvT “aantrekkelijk zijn, indien slechts de hoogte van de winst in aanmerking wordt genomen”, en “[m]assalere zorgaanbieding kan [...] een lagere kwaliteit van zorg met zich brengen”.<sup>132</sup> Waarom het één het ander met zich mee kan brengen, wordt niet onderbouwd en overtuigt daarom niet.

Verder is het maar de vraag of het verbod op winstuitkering daadwerkelijk zal bijdragen aan het vertrouwen van burgers in het zorgstelsel, wat één van de doelen van het verbod is. De reden voor deze bijdrage die de MvT geeft, is dat het “financieel voordeel van maatschappelijk ingelegde middelen niet verschuift naar een externe partij”.<sup>133</sup> Of dit doel daadwerkelijk zal worden bereikt is een vraag waarop het antwoord niet zonder concrete gegevens en onderbouwing te geven is. De MvT doet dan ook een aanname die zij niet staft.

Concluderend dient het volgende te worden gesteld. Voorop staat dat het redelijke evenwicht tussen het bevorderen van het algemeen belang en de bescherming van de

---

<sup>130</sup> Advies RvS.

<sup>131</sup> MvT, p. 6-7.

<sup>132</sup> MvT, p. 7.

<sup>133</sup> MvT, p. 5.

rechten van het individu het meest problematische aspect is van het verbod op winstuitkering zoals geanalyseerd in deze paragraaf. Dit betekent echter niet dat de vraag of het wetsvoorstel een redelijk evenwicht bewerkstelligt, en dus of het een disproportionele en excessieve last voor de zorgverzekeraars met zich mee brengt, met zekerheid kan worden beantwoord. De juridische analyse laat zien dat verschillende factoren in verschillende richtingen wijzen. Daar komt nog bij dat de rechtspraak van het EHRM zeer casuïstisch is en dat het EHRM zich nog niet heeft uitgesproken over een vergelijkbare casuspositie. Hoe dan ook zal het EHRM terughoudend toetsten omdat het een brede *margin of appreciation* in acht zal nemen, maar hoe de toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine uitwerkt in een concrete casus is moeilijk te voorspellen.

Welke richtingen wijzen de factoren op? Het doel lijkt zwaarder te wegen dan het middel en of de uitoefening van het recht vergaand wordt beperkt, is afhankelijk van welk aspect van het verbod wordt belicht. In het licht van deze factoren lijkt het verbod geen excessieve en disproportionele last op te leggen aan de verzekeraars. Wat betreft de geschiktheid, werd in dit advies geconstateerd dat er minder vergaande alternatieven bestaan om het doel te bereiken dan het verbod op winstuitkering. In dit opzicht wijkt deze analyse af van die in de MvT, waarin staat dat “[e]en minder ingrijpende maatregel die hetzelfde resultaat zou bereiken niet mogelijk is”, aangezien met de voorgenomen maatregel “wordt [...] verzekerd dat de winst niet aan derden kan worden uitgekeerd”.<sup>134</sup> Ervanuit gaande dat er toch alternatieven bestaan, is het van belang dat deze factor niet doorslaggevend is en dat, wanneer de wetgever binnen de *margin of appreciation* blijft, het bestaan van ongebruikte alternatieven niet tot het vinden van een schending zal leiden. De vraag is dus of de wetgever binnen de *margin of appreciation* blijft. Vanwege de gebrekkige onderbouwing van allerlei stellingnames in de MvT bestaat er het risico dat het EHRM deze vraag met ‘nee’ zou beantwoorden en dat het dus zou constateren dat artikel 1 P1 is geschonden. Dit risico is echter niet zo groot als bij de Verdragsbepalingen van het vrije verkeer het geval is.

---

<sup>134</sup> MvT, p. 8.

## 5.4 Conclusie

Het verbod op winstuitkering ziet op eigendom in de zin van artikel 1 P1, waardoor dat artikel van toepassing is. Voorts houdt het verbod een beperking in van het recht op eigendom van de verzekeraars. Wat de vraag betreft of de beperking in strijd komt met in de tweede regel van artikel 1 P1 gesteld voorwaarden is het duidelijk dat de beperking rust op een wettelijke grondslag en een legitiem doel dient in het algemeen belang. Minder duidelijk is of er een redelijk evenwicht bestaat tussen het middel en het doel. Het meest problematische aspect van het wetsvoorstel en de daarbij horende MvT is dat de geschiktheid van het middel voor het doel niet altijd overtuigend wordt gemotiveerd.

Zoals eerder is aangegeven in paragraaf 2.4, is het Handvest pas van toepassing wanneer de Zvw binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Eerder is geconcludeerd dat het voorgenomen verbod op winstuitkering onder de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal kan vallen. Daarom kan worden aangenomen dat het Handvest van toepassing is: er lijkt een zekere mate van verband tussen de Zvw en het Unierecht te bestaan.

Eerder is ook beschreven dat de rechten op eigendom in het Handvest en het EVRM overeenstemmen en dat de door het EVRM toegestane beperkingen niet mogen worden overschreden. Omdat dit advies het verbod op winstuitkering al toetst aan het EVRM, wordt het verbod op winstuitkering niet apart worden getoetst aan het Handvest. Wel kan worden opgemerkt dat, omdat er de kans bestaat dat artikel 1 P1 EVRM is geschonden, ook de kans bestaat dat artikel 17 Handvest is geschonden. In een eventuele prejudiciële procedure zou het HvJ EU bevoegd zijn om zich uit te laten over deze kwestie.



## 6 Slotconclusies

Het verbod op winstuitkering lijkt niet onder de reikwijdte van Richtlijn Solvabiliteit II te vallen. Niet kan evenwel worden uitgesloten dat er spanning bestaat tussen de algemene verplichting van het wetsvoorstel om winst aan te wenden voor de aanvulling van reserves of de verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg enerzijds en de verfijnde set aan voorschriften die de Richtlijn Solvabiliteit II heeft geïntroduceerd anderzijds.

Het verbod op winstuitkering valt wel binnen de reikwijdte van de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Ervan uit dient te worden gegaan dat beide 'vrij verkeren' worden belemmerd. Deze belemmeringen zijn alleen gerechtvaardigd indien deze op evenredige wijze de doelstellingen van kwalitatieve en toegankelijke zorg nastreven (geschiktheid en noodzakelijkheid). Wat de geschiktheid betreft, is een zeer problematische kwestie dat er thans aan de ene kant een wetsvoorstel aanhangig is dat winstuitkering bij zorgaanbieders wil toestaan en aan de andere kant een wetsvoorstel voorligt dat winstuitkering voor zorgverzekeraars juist blijvend wil verbieden. Zonder dat er een adequate verklaring voor dit onderscheid gegeven wordt, staat de coherente en systematische realisering van de nagestreefde doelstellingen ter discussie. De gerede kans bestaat daarom dat het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars niet voldoet aan het geschiktheidsvereiste, indien zorgaanbieders wel winsten mogen uitkeren.

De argumentatie uit de MvT is verder onvoldoende om aan te tonen dat het verbod op winstuitkering niet verder gaat dan noodzakelijk is. De voornaamste reden hiervoor is dat veel stellingnames niet nader onderbouwd zijn. Dit is opmerkelijk, nu de zorg een sector is die voortdurend voorwerp van evaluatie en rapportage is.

Het wetsvoorstel is kwetsbaar vanuit het perspectief van de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Met name vanwege het niet op coherente en systematische wijze nastreven van de doelstellingen van kwalitatieve en toegankelijke zorg bestaat de gerede kans dat deze Verdragsbepalingen zijn geschonden, indien aan zorgaanbieders wel en aan zorgverzekeraars niet wordt toegestaan om winst uit te keren.

Bij de toetsing aan artikel 1 P1 komen ook problemen aan het daglicht. Deze bepaling is van toepassing en het recht van eigendom van de verzekeraars is beperkt door het

verbod op winstuitkering. Het is onduidelijk of er een redelijk evenwicht bestaat tussen het middel (het verbod op winstuitkering) en het doel (kwalitatieve en toegankelijke zorg). De reden hiervoor is, net zoals bij de toetsing aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer, de onvoldoende onderbouwing van verschillende stellingnames. Het wetsvoorstel is daarom ook kwetsbaar vanuit het perspectief van het EVRM, maar wel minder kwetsbaar dan vanuit het perspectief van het zojuist besproken EU-recht, gezien de brede *margin of appreciation* die het EHRM aan de wetgever zal toekennen. Verder is het EU Handvest van de Grondrechten van toepassing. Nu artikel 17 hiervan, dat het recht op eigendom bevat, uitgelegd dient te worden in het licht van artikel 1 P1, is het wetsvoorstel ook kwetsbaar bezien vanuit het perspectief van het Handvest.

In een procedure die bij de nationale rechter wordt aangespannen, kunnen prejudiciële vragen aan het HvJ EU worden gesteld. Het HvJ EU is dan bevoegd om antwoord te geven op de vraag in hoeverre het verbod op winstuitkering op gespannen voet staat met de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal, de Richtlijn Solvabiliteit II en het recht op eigendom uit het EU Handvest van de Grondrechten. Daarnaast is het mogelijk dat de Commissie, al dan niet naar aanleiding van een klacht, een inbreukprocedure start op grond van artikel 258 VWEU; een dergelijke procedure kan ertoe leiden dat het HvJ EU op grond van artikel 260 VWEU de Lidstaat Nederland veroordeelt wegens niet-nakoming van het EU-recht. In paragraaf 4.3.2 van dit advies kwam reeds aan de orde dat de Commissie een inbreukprocedure tegen Slowakije had ingeleid, toen deze Lidstaat zorgverzekeraars verbod om vrij over hun winsten te beschikken. Deze procedure is uiteindelijk stop gezet, toen dit verbod werd ingetrokken door de Slowaakse overheid. Voordat een zaak bij het EHRM kan worden gebracht, moet de klager eerst de nationale rechtsmiddelen uitputten en dus een zaak voor de hoogste nationale rechter hebben gebracht.<sup>135</sup> Verder is het van belang om op te merken dat, nadat de hoogste nationale rechter uitspraak heeft gedaan, de klager vervolgens binnen zes maanden een zaak bij het EHRM aanhangig moet maken.<sup>136</sup> Duidelijk is dat het voorgenomen verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars aanleiding kan geven tot lange procedures bij zowel de nationale rechter als bij het HvJ EU en het EHRM.

---

<sup>135</sup> Artikel 35 lid 1 EVRM.

<sup>136</sup> Artikel 35 lid 1 EVRM; Deze termijn zal, wanneer Protocol 15 EVRM in werking treedt, worden verlaagd naar vier maanden.