No.W13.18.0213/III 's-Gravenhage, 9 oktober 2018

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2018 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Leijten, Bruins Slot en Ploumen tot wijziging van het voorstel van wet van de leden Leijten, Bruins Slot en Ploumen houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars, met memorie van toelichting.

Het voorstel betreft een novelle bij het initiatiefwetsvoorstel houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars, dat aanhangig is bij de Eerste Kamer.[[1]](#footnote-1)

Naar aanleiding van gemaakte opmerkingen en adviezen die tijdens de behandeling zijn ingewonnen, zijn verschillende aanpassingen van technische aard aangebracht. Zoals de toelichting vermeldt is de strekking van het voorstel evenwel ongewijzigd gebleven, hoewel in verband met de verschillende aanpassingen ervoor is gekozen alle onderdelen van het oorspronkelijke voorstel te vervangen.[[2]](#footnote-2)

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het voorstel opmerkingen over de verhouding tussen een verbod op winstuitkering en de uitgangspunten van het zorgverzekeringsstelsel en de rol van zorgverzekeraars in dit stelsel. Zij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over de novelle niet positief kan worden geadviseerd. Het voorgestelde verbod maakt het voor potentiële toetreders en bestaande zorgverzekeraars met groeiambitie moeilijk, zo niet onmogelijk, om kapitaal aan te trekken, omdat kapitaalverschaffers geen redelijke vergoeding op het eigen vermogen kan worden geboden. Voorts beperkt dit verbod de herstelmogelijkheden voor zorgverzekeraars om te kunnen voldoen aan de solvabiliteitsvereisten. Gegeven de zwakke kapitaalpositie van veel zorgverzekeraars brengt dit mee, dat zij dan geen andere mogelijkheid zullen hebben dan het verhogen van de verzekeringspremies om hun solvabiliteit op het vereiste peil te brengen. Het voorstel leidt in dat geval tot een kostenstijging voor verzekerden.

De juridische risico’s van het voorgestelde verbod, die in het advies over het oorspronkelijke voorstel zijn gesignaleerd, worden met het voorliggende voorstel niet weggenomen.

1. Inleiding

Bij de invoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw) in 2006 is geregeld dat de ziekenfondsen, die na de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel als (private) zorgverzekeringsondernemingen zouden gaan optreden, hun in de ziekenfondsperiode met publiek geld opgebouwde reserves mochten behouden om te kunnen voldoen aan de solvabiliteitseisen. In de Invoerings- en aanpassingswet zorgverzekeringswet is in dat verband een bepaling opgenomen dat deze reserves gedurende tien jaar (tot 2016) beklemd zouden zijn. Dat hield in dat zorgverzekeringsondernemingen deze reserves gedurende deze periode niet als winst mogen uitkeren. Dit verbod geldt niet voor reserves die zijn opgebouwd in de periode daarna, nu zij opereren als private verzekeringsondernemingen die zelf risico’s lopen en die zelf aan de solvabiliteitsvereisten moeten voldoen.

In een (aangenomen) amendement bij een wijzigingsvoorstel van de Zvw in 2014 was voorzien dat dit verbod permanent zou gaan gelden.[[3]](#footnote-3) Voordat deze wijziging in werking kon treden is deze verlenging van de termijn beperkt tot twee jaar, dus tot 2018.[[4]](#footnote-4)

Met het oorspronkelijke initiatiefvoorstel met betrekking tot het verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars werden in essentie twee voorstellen gedaan . In de eerste plaats zou het tijdelijke verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars ter zake van de oude ziekenfondsreserves wederom worden gewijzigd in een permanent verbod (de beperking tot 2018 wordt dus teruggedraaid). In de tweede plaats zou het permanente verbod worden uitgebreid tot alle winsten en reserves die ter zake van de basisverzekering worden gemaakt.

De Afdeling adviseerde in haar advies over het initiatiefwetsvoorstel om het voorstel te heroverwegen in verband met door haar naar voren gebrachte principiële bezwaren.[[5]](#footnote-5) Zij merkte – kort samengevat – op dat het voorstel op gespannen voet staat met het zorgverzekeringsstelsel, zoals dat sinds de invoering van de Zvw functioneert en zich heeft ontwikkeld. Daarnaast wees de Afdeling op een aantal juridische en praktische complicaties. Zij zette vraagtekens bij de rechtvaardiging die in de toelichting werd aangevoerd voor het voorstel in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming eigendom) en artikel 63 VWEU (vrij kapitaalverkeer).

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer zijn op verzoek van de Kamer niet alleen door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en De Nederlandsche Bank (DNB), maar ook door anderen, zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM), adviezen en commentaren uitgebracht.[[6]](#footnote-6) Al deze commentaren liggen in dezelfde lijn als het hiervoor geschetste eerdere advies van de Afdeling. Naar aanleiding van die adviezen en commentaren hebben de initiatiefnemers besloten een novelle in te dienen, welke thans voorligt.

De strekking van het voorstel is, zoals de toelichting vermeldt,[[7]](#footnote-7) ongewijzigd gebleven, maar in verband met de verschillende aanpassingen is ervoor gekozen alle onderdelen van het oorspronkelijke voorstel te vervangen. Voor zover er inhoudelijke veranderingen zijn, gaat het volgens de Afdeling vooral om enkele verduidelijkingen. Zo wordt duidelijker verwoord dat winstuitkering over privaat opgebouwd vermogen of uit de aanvullende verzekering buiten het verbod valt, en dat de aanwending van winst binnen de zorgverzekeraar aan bepaalde voorwaarden is gebonden. Verder worden enkele praktische problemen bij zorgverzekeraars die deel uitmaken van een groep aangepakt.

Hierna wordt, mede in het licht van de voorgeschiedenis, nader ingegaan op de belangrijkste praktische gevolgen van het voorstel.

2. Gevolgen voor het zorgverzekeringsstelsel en voor het functioneren van zorgverzekeraars

a. *Zorgverzekeringsstelsel*

Sinds de stelselherziening uit 2006, zoals die is doorgevoerd met onder andere de inwerkingtreding van de Zvw en de Wet marktordening gezondheidszorg, is in de zorg sprake van een privaat zorgverzekeringsstelsel met publiekrechtelijke randvoorwaarden. Zorgverzekeraars, zorgaanbieders en verzekerden zijn in dit stelsel in een driehoeksverhouding gebracht op basis van gereguleerde marktwerking.

Bij de inwerkingtreding van het stelsel was de marktwerking nog vrij beperkt. Zo was voor veel behandelingen sprake van vaste prijzen, van budgetfinanciering van zorginstellingen, van ex postverevening bij verzekeraars en van contracteerverplichtingen tussen verzekeraars en zorgaanbieders. Inmiddels is echter de contracteervrijheid vergroot en zijn de budgetfinanciering en de ex post vereveningsmechanismen afgebouwd.

In het zorgverzekeringsstelsel opereren verzekeringsondernemingen op een markt waarbij zij marktrisico’s lopen. De resultaten die verzekeringsondernemingen bereiken, hangen dan ook in sterke mate samen met de bedrijfseconomische en strategische keuzes die een verzekeringsonderneming maakt. De door verzekeringsondernemingen behaalde resultaten zijn daarbij niet alleen het gevolg van de vereveningsbijdrage, maar ook van de geïnde premies, de resultaten van de zorginkoop en bijvoorbeeld managementkeuzes.

De eerder genoemde rapportages van toezichthouders bevestigen dat invoering van het verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars de mogelijkheden van zorgverzekeraars om hun kapitaalpositie te versterken beperkt.[[8]](#footnote-8) Een kapitaalverschaffer wil een redelijke vergoeding op het geïnvesteerde vermogen ontvangen. Krijgt hij die niet, dan zal hij niet risicodragend in de Nederlandse zorgsector investeren. Dit heeft aanzienlijke gevolgen voor de mogelijkheden van zorgverzekeraars om de kapitaalpositie op het vereiste peil te brengen en te houden (solvabiliteitseisen), en voor de toetredings- en groeimogelijkheden in de zorgverzekeringsmarkt.

De ACM wijst er, in het verlengde van eerdere analyses,[[9]](#footnote-9) in dit verband op dat de zorgverzekeringsmarkt nu al enkele (in sterke mate onvermijdelijke) drempels bevat die toetreding door nieuwe zorgverzekeraars en groeistrategieën voor bestaande zorgverzekeraars moeilijk maken en die tot gevolg hebben dat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt niet optimaal is.[[10]](#footnote-10) In dit verband wijst zij met name op het moeten voldoen aan kapitaaleisen, het vereiste van het verkrijgen van een vergunning van DNB en reguleringsonzekerheid bij marktpartijen.

De ACM concludeert in dit verband dat een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars het voor potentiële toetreders en bestaande zorgverzekeraars met groeiambitie nog moeilijker zal maken om kapitaal aan te trekken, omdat zij kapitaalverschaffers geen redelijke vergoeding op het eigen vermogen kunnen bieden.

b. *Gevolgen voor verzekeraars*

Het oorspronkelijke voorstel (alsook de voorliggende novelle) is in belangrijke mate ingegeven door het risico dat de initiatiefnemers zien in de mogelijkheid dat grote - collectief opgebrachte - bedragen aan de zorg worden onttrokken.[[11]](#footnote-11)

*Zorgplicht en vereveningsbijdragen*

De Afdeling wijst erop dat zorgverzekeraars zeer beperkte mogelijkheden tot winstuitkering hebben, gelet op de wettelijke randvoorwaarden waaraan zij moeten voldoen. DNB en de NZa zien er op toe op toe dat de zorgverzekeraars geen uitkeringen doen die financieel onverantwoord zijn en dat de zorgplicht voor hun verzekerden goed en doelmatig wordt uitgevoerd.

Daarbij merkt de Afdeling het volgende op. Tegenover de premies en vereveningsbijdragen die verzekeraars ontvangen, staan verplichtingen tot zorgverlening (inkoop) en solvabiliteitseisen.[[12]](#footnote-12) Het in gebreke blijven met de zorginkoop leidt er niet alleen toe dat verzekeraars niet hun verplichtingen nakomen en de NZa kan ingrijpen wegens schending van de zorgplicht ten aanzien van de verzekerden, maar ook dat verzekerden zullen stemmen "met de voeten". Hetzelfde geldt wanneer een verkeerd financieel beleid leidt tot te hoge premies.

Collectief opgebrachte vereveningsbijdragen maken een belangrijk deel uit van de inkomsten van zorgverzekeraars. Deze zijn een ‘vergoeding’ voor wettelijk opgelegde verplichtingen, in het bijzonder de acceptatieplicht. Omdat de vereveningsbijdrage, mede vanwege Europeesrechtelijke randvoorwaarden, niet méér mag bedragen dan die vergoeding, bestaat geen grond voor de vrees dat die vergoeding als winst wordt uitgekeerd. Tegenover de vergoeding staan immers kosten die de zorgverzekeraars onvermijdelijk zullen moeten maken als gevolg van de wettelijk opgelegde verplichtingen.

*Solvabiliteit*

In het bijzonder dient te worden gewezen op de rol die de solvabiliteitseisen in dit verband spelen. Het niet voldoen aan deze eisen zal leiden tot ingrijpen door DNB als toezichthouder. Zorgverzekeraars zijn als verzekeringsondernemingen gebonden aan voor verzekeraars geldende solvabiliteitseisen. De verzekeringsrisico’s stellen eisen aan de omvang van het eigen vermogen.[[13]](#footnote-13) Het aantrekken van kapitaal is een belangrijke manier om te bewerkstelligen dat de solvabiliteit van een verzekeraar op het vereiste peil wordt gebracht.

De mogelijkheid van winstuitkering heeft daarbij in essentie de functie om (in voorkomend geval) een redelijke vergoeding voor het verstrekken van dat kapitaal mogelijk te maken. Zonder dergelijke vergoeding wordt het aantrekken van kapitaal in de praktijk onmogelijk. Het verstrekken van gewone leningen is geen oplossing, daar deze niet leiden tot een verbetering van de solvabiliteit.[[14]](#footnote-14)

Een gevolg van het voorstel is dat de mogelijkheden om de solvabiliteit op peil te houden of te vergroten worden beperkt. Dit gaat ten koste van de herstelmogelijkheden van zorgverzekeraars. Het aanvullen van eigen vermogen zal door het voorstel vrijwel alleen via het premie-instrument kunnen plaatsvinden. DNB acht het voorstel derhalve vanwege de mogelijke effecten op de solvabiliteit, herstelmogelijkheden en bedrijfsvoering van zorgverzekeraars in de oorspronkelijke vorm niet in het belang van de financiële soliditeit van de zorgverzekeraars en indirect ook niet in het belang van de verzekerden.[[15]](#footnote-15) Dit is volgens DNB niet zonder praktische betekenis: gesignaleerd wordt dat verschillende ontwikkelingen nu al druk zetten op de kapitaalpositie van zorgverzekeraars, die hun huidige kapitaalbuffers dan ook hard nodig hebben om de volatiliteit in het bedrijfsresultaat op te vangen. Vooral bij kleinere en middelgrote zorgverzekeraars is de kapitaalpositie relatief volatiel. Die volatiliteit kan voor alle verzekeraars nog toenemen omdat de balans onder de Europese regels voor zorgverzekeraars (Solvency II) zoveel mogelijk op marktbasis moet worden gewaardeerd.[[16]](#footnote-16)

De zwakke kapitaalpositie van veel zorgverzekeraars brengt mee dat vergroting van de solvabiliteit noodzakelijk is. Met het voorgestelde verbod zullen zorgverzekeraars hiertoe geen andere mogelijkheid hebben dan het verhogen van de verzekeringspremies. Het voorstel leidt in dit geval tot een kostenstijging voor verzekerden.

c. *Juridische risico’s*

In de discussie in de aanloop naar en over het (oorspronkelijke) voorstel is de verhouding tot het EVRM en het EU-recht aan de orde geweest.[[17]](#footnote-17) De Afdeling was er in haar advies bij het oorspronkelijke initiatiefvoorstel niet van overtuigd dat het voorstel de toets aan artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol bij het EVRM[[18]](#footnote-18) kan doorstaan.[[19]](#footnote-19) Zij wees er voorts op dat een en ander met betrekking tot het EU-recht, in het bijzonder het vrije verkeer van kapitaal, niet wezenlijk anders ligt en dat de twijfels over de verenigbaarheid met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM mutatis mutandis gelden voor de toets aan het vrije kapitaalverkeer (alsook in voorkomend geval de vrijheid van dienstverlening[[20]](#footnote-20) en het recht van vrije vestiging[[21]](#footnote-21)).

Nadien is uitvoerig studie gedaan naar de EU- en EVRM aspecten van het voorstel, waarin tot dezelfde conclusies is gekomen.[[22]](#footnote-22) Daarin is eveneens geconcludeerd dat het verbod op winstuitkering kwetsbaar is in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

De eerdere adviezen zijn voor de NZa aanleiding geweest om onder verwijzing daarnaar te wijzen op de juridische kwetsbaarheid van het voorstel. In dit verband merkt de NZa op dat de kans groot moet worden geacht dat bezwaar en beroep zal worden ingesteld tegen handhavende maatregelen in dezen en dat niet uit te sluiten is dat een eventuele rechtszaak verloren wordt.[[23]](#footnote-23)

De Afdeling merkt op dat de NZa hiermee in een lastige positie komt, nu zij als toezichthouder is aangewezen om het verbod te handhaven.

De Afdeling is van oordeel dat deze principiële vragen met het voorliggende voorstel niet zijn weggenomen. Dit kan leiden tot langdurige onzekerheid bij zorgverzekeraars over de condities waaronder zij hun verzekeringsbedrijf uitoefenen.

d. *Conclusie*

Het vorenstaande leidt de Afdeling tot de conclusie dat een verbod op winstuitkering niet strookt met de uitgangspunten van het zorgverzekeringsstelsel en de rol van zorgverzekeraars in dit stelsel.

Het voorgestelde verbod maakt het voor potentiële toetreders en bestaande zorgverzekeraars met groeiambitie moeilijk, zo niet onmogelijk, om kapitaal aan te trekken, omdat kapitaalverschaffers geen redelijke vergoeding op het eigen vermogen kan worden geboden. Voorts beperkt dit verbod de herstelmogelijkheden voor zorgverzekeraars om te kunnen voldoen aan de solvabiliteitsvereisten. Gegeven de zwakke kapitaalpositie van veel zorgverzekeraars brengt dit mee, dat zij dan geen andere mogelijkheid zullen hebben dan het verhogen van de verzekeringspremies om hun solvabiliteit op het vereiste peil te brengen. Het voorstel leidt in dat geval tot een kostenstijging voor verzekerden.

De juridische risico’s van het voorgestelde verbod, die in het advies over het oorspronkelijke voorstel zijn gesignaleerd, worden met het voorliggende voorstel niet weggenomen.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling het voorgestelde verbod te heroverwegen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft ernstige bezwaren tegen het initiatiefvoorstel en adviseert van het voorstel af te zien.

De vice-president van de Raad van State,

1. Voorstel van wet van de leden Leijten, Bruins Slot en Bouwmeester houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars (Kamerstukken I 2016/17, 34522, A). [↑](#footnote-ref-1)
2. Memorie van toelichting, Inleiding. [↑](#footnote-ref-2)
3. Wetsvoorstel Wanbetalers, Kamerstukken II 2014/15, 33683, nr. 41. [↑](#footnote-ref-3)
4. De Afdeling was in haar advies reeds kritisch over deze verlenging (Kamerstukken II 2015/16, 34319, nr. 4). [↑](#footnote-ref-4)
5. Kamerstukken II 2016/17, 34522, nr. 4. [↑](#footnote-ref-5)
6. Zie onder andere Autoriteit Consument en Markt, Toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt, 24 januari 2017, nr. 15.0703.25; Glas, Van de Gronden en Looijestijn, Het wetsvoorstel tot het verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars in het licht van het EU-recht en het EVRM, Nederlands Juristenblad 6 oktober 2017/1853. Zie ook het eerdere advies van de Afdeling over het voorstel (Kamerstukken II 2016/17, 34522, nr. 4). [↑](#footnote-ref-6)
7. Memorie van toelichting, Inleiding. [↑](#footnote-ref-7)
8. DNB, advies van 18 mei 2017 initiatiefwetsvoorstel verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars en consequenties solvabiliteit zorgverzekeraars (Kamerstukken I 2016/17, 34522, F, bijlage, p. 7) en Visie op de toekomst van de Nederlandse zorgverzekeraars, december 2017, p. 5; NZa, advies wetsvoorstel verbod winstuitkering door zorgverzekeraars (Kamerstukken I 2016/17, 34522, E, bijlage, p. 25) ; ACM, Toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt, 24 januari 2017, nr. 15.0703.25, p. 26. [↑](#footnote-ref-8)
9. Nederlandse Zorgautoriteit, Marktscan zorgverzekeringsmarkt 2016, p. 8. [↑](#footnote-ref-9)
10. ACM, Toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt, 24 januari 2017, nr. 15.0703.25, p. 3. [↑](#footnote-ref-10)
11. Kamerstukken II 2016/17, 34522, nr. 3, p. 2/3. [↑](#footnote-ref-11)
12. Zie het advies over het oorspronkelijke voorstel (Kamerstukken II 2016/17, 34522, nr. 4). [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie nader DNB, Visie op de toekomst van de Nederlandse zorgverzekeraars, december 2017, p. 28-32. [↑](#footnote-ref-13)
14. Overigens wordt voor gewone leningen ook een vergoeding gevraagd, maar dan in de vorm van rente. [↑](#footnote-ref-14)
15. DNB, advies van 18 mei 2017 initiatiefwetsvoorstel verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars en consequenties solvabiliteit zorgverzekeraars (Kamerstukken I 2016/17, 34522, F, bijlage, p. 7). [↑](#footnote-ref-15)
16. DNB, Visie op de toekomst van de Nederlandse zorgverzekeraars, december 2017, p. 37. [↑](#footnote-ref-16)
17. Zie in dit verband Kamerstukken II 2015/16, 33683, nr. 57, bijlage. [↑](#footnote-ref-17)
18. En onder omstandigheden de artikelen 16 en 17 van het Handvest van de grondrechten van de EU. [↑](#footnote-ref-18)
19. Kamerstukken II 2016/17, 34522, nr. 4. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artikel 56 VWEU. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artikel 49 VWEU. [↑](#footnote-ref-21)
22. Glas, Van de Gronden en Looijestijn, Advies over het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars in het licht van het EU-recht en het EVRM, Radboud Universiteit Nijmegen, 30 januari 2017 (zie ook Glas, Van de Gronden en Looijestijn, Het wetsvoorstel tot het verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars in het licht van het EU-recht en het EVRM, Nederlands Juristenblad 6 oktober 2017/1853). [↑](#footnote-ref-22)
23. NZa, advies wetsvoorstel verbod winstuitkering door zorgverzekeraars (Kamerstukken I 2016/17, 34522, E, bijlage, p. 21). [↑](#footnote-ref-23)