

Juridische handreiking zorgverkoop - Samen inschrijven

Inhoud

1. [Geschikte vormen](#)
2. [Hoe te kiezen?](#)
3. [Fiscale aspecten van samen inschrijven](#)
4. [Let op de AMC!](#)

Samen inschrijven

Gemeenten gaan bij de inkoop van zorg in het kader van de Wmo geregeld uit van gezamenlijke inschrijving door meerdere zorgaanbieders, bijvoorbeeld in het kader van wijkgerichte zorg. De verwachting is dat dat na invoering van de Jeugdwet en de Wmo 2015 nog veel vaker het geval zal zijn.

Hierna wordt uiteengezet hoe zorgaanbieders hier invulling aan kunnen geven. Allereerst worden geschikte vormen voor samenwerking in het kader van de zorgverkoop behandeld. Daarna gaan we (kort) in op de fiscale aspecten die in ogenschouw moeten worden genomen. Voorts wordt ingegaan op vragen aan de hand waarvan kan worden bepaald welke samenwerkingsvorm het meest geschikt is. Tot slot geven we aan welke mededingingsrechtelijke regels in acht genomen dienen te worden.

Voorafgaand aan het schetsen van de verschillende samenwerkingsvormen merken we op dat de rechtsvorm afgestemd kan en moet worden op wat partijen inhoudelijk willen bereiken met de samenwerking: vorm volgt functie. De juridische vormgeving van de samenwerking kent veel flexibiliteit en kan worden aangepast op de invulling van de samenwerking. Daar zijn eigenlijk maar twee uitzonderingen op: fiscale consequenties kunnen aanleiding zijn te kiezen voor een bepaalde structuur en de Mededingingswet ("Mw") kan maken dat er concessies moeten worden gedaan aan de omvang van de samenwerking om te voorkomen dat in strijd met het kartelverbod wordt gehandeld.

1. Geschikte vormen

Drie rechtsvormen die over het algemeen het best passen bij samenwerking in het kader van de zorgverkoop door zorgaanbieders van gehandicaptenzorg zijn:

1. de onderaannemingsovereenkomst;
2. de vennootschap onder firma;
3. de joint venture in de vorm van een rechtspersoon.

Voor alle drie geldt dat samenwerking beperkt kan worden tot bepaalde onderdelen, bijvoorbeeld alleen de onderdelen waarop de zorginkoop ziet.

Onderaannemingsovereenkomst

Een onderaannemingsovereenkomst is een samenwerkingsovereenkomst waarbij één partij zich namens meerdere partijen inschrijft bij een zorginkoopprocedure van het zorgkantoor of de

gemeente. Met de onderaannemingsovereenkomst kan de inschrijvende partij de gecontracteerde zorg vervolgens (gedeeltelijk) doorleiden naar de samenwerkingspartners.

N.B. Voordat voor de constructie van onderaanneming gekozen wordt is het raadzaam na te gaan of de zorgkantoren/gemeentes bij inschrijving of contractering voorwaarden of beperkingen stellen aan het inzetten van onderaannemers. Vaak is toestemming nodig.

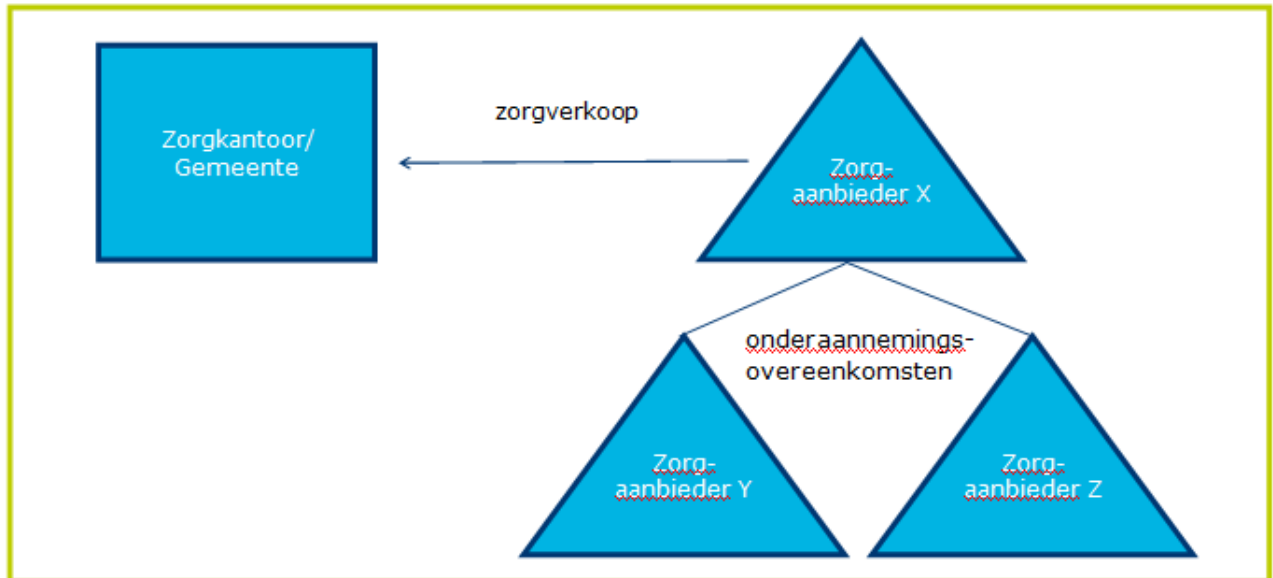
In zijn algemeenheid gelden binnen het contractenrecht als uitgangspunten: de contractvrijheid en de contracteervrijheid. Dit betekent dat partijen zelf kunnen kiezen om met elkaar samen te werken en de inhoud van de onderaannemingsovereenkomst (grotendeels) zelf mogen bepalen, bijvoorbeeld wat betreft de duur, de beëindiging en de vrijblijvendheid van de samenwerking. De VGN heeft een model voor een onderaannemingsovereenkomst met toelichting.

Een belangrijk aandachtspunt bij de keuze voor samenwerking door middel van onderaanneming is het verschil tussen onderaanneming en detachering (of het ter beschikking stellen van het personeel). Van onderaanneming is onder meer sprake indien een zorgaanbieder in opdracht van de hoofdaannemer onder eigen verantwoordelijkheid zorg levert. Als echter het personeel van de onderaannemer wordt ingezet en dit personeel onder (enige mate van) leiding en toezicht van de hoofdaannemer werkt, is mogelijk sprake van detachering/ter beschikking stellen van personeel in plaats van onderaanneming. Dit onderscheid is van belang omdat bij detachering geen gebruik kan worden gemaakt van de btw-vrijstelling die geldt voor zorgdiensten en de Wet Allocatie Arbeidskrachten Door Intermediairs (Waadi) van toepassing zal zijn. Bij de beoordeling of van onderaanneming dan wel detachering sprake is, zijn zowel de schriftelijke afspraken als de feitelijke uitvoering van belang.

Een onderaannemingsovereenkomst is een minder voor de hand liggende keuze indien de samenwerkingspartners mede tot doel hebben de samenwerking herkenbaar voor derden te laten zijn, bijvoorbeeld door de samenwerking onder een eigen naam naar buiten te laten treden. Hetzelfde geldt indien de gezamenlijke activiteiten financiële risico's met zich brengen of het samenwerkingsverband eigen rechten en/of verplichtingen wil aangaan.

Een onderaannemingsovereenkomst in de zorg zou in elk geval de volgende relevante onderwerpen/afspraken moeten bevatten:

- de activiteiten worden verricht door en op naam van de initiatiefnemers;
- alle verplichtingen van het samenwerkingsverband berusten bij de initiatiefnemers;
- personeel blijft in dienst van de initiatiefnemers;
- ieder is ten opzichte van derden aansprakelijk voor eigen handelen;
- aandachtspunt bij de uitwerking is dat dienstverlening over en weer in het kader van samenwerking btw-belast kan zijn, bij zorgdiensten is vaak vrijstelling mogelijk;
- samenwerking mag niet leiden tot strijd met het kartelverbod uit de Mededingingswet.



Vennootschap Onder Firma

Een vennootschap onder firma ("VOF") is een overeenkomst tussen zorgaanbieders die gericht is op de gezamenlijke uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijk naam. De initiatiefnemers (vennoten) verbinden zich om iets (bijvoorbeeld personeel, kennis en/of goederen) in te brengen en het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen. Het is niet nodig dat de inbreng gelijk is. De vennoten delen de winsten en verliezen in beginsel naar mate van ieders inbreng. Hier kan contractueel van worden afgeweken.

Een VOF wordt meestal aangegaan voor onbepaalde tijd en in de overeenkomst kan worden geregeld onder welke omstandigheden tussentijds kan worden opgezegd. De samenwerking kan ook worden aangegaan voor bepaalde tijd, bijvoorbeeld de duur van één specifieke inschrijving. In dat geval kan worden afgesproken dat de overeenkomst eindigt als de zorgkantoren of de gemeente niet met de VOF willen contracteren.

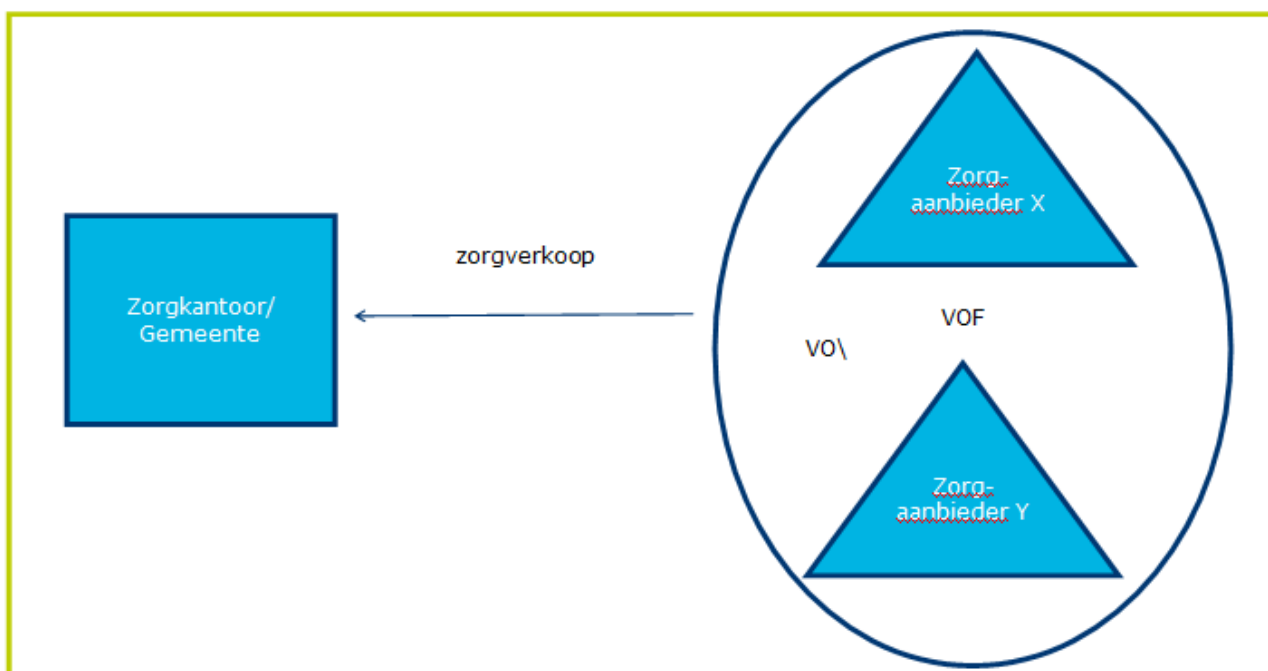
In beginsel is elke vennoot (iedere zorgaanbieder die deelneemt) bevoegd op naam van de VOF te handelen. Een VOF kan zelfstandig, als samenwerkingsverband, contracteren met een gemeente of zorgkantoor. Omdat de VOF onder een eigen naam als zelfstandige entiteit naar buiten treedt, kunnen derden als zij een vordering op de VOF zouden hebben ieder van de vennoten voor het geheel daarvan aanspreken.

Indien dat wenselijk wordt geacht kan de VOF een eigen bestuur en toezicht hebben, al dan niet onder indirecte invloed van de initiatiefnemers.

Een zorg-VOF heeft de volgende relevante kenmerken:

- de zorg-VOF wordt op grond van een overeenkomst tussen initiatiefnemers uitgeoefend onder een eigen naam;
- een VOF is een bijzondere vorm van een overeenkomst en kent hierdoor veel flexibiliteit bij de inrichting van de VOF;
- vennoten zijn ten opzichte van derden hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van de VOF;

- een VOF kan een eigen afgescheiden vermogen hebben en ten laste daarvan verplichtingen aangaan;
- dienstverlening tussen de vennoten onderling en/of tussen de VOF en de vennoten is in beginsel btw belast, bij zorgdiensten is vaak vrijstelling mogelijk;
- afhankelijk van de afspraak over de verdeling van de zeggenschap onder de vennoten, de duurzaamheid van de VOF en de mate waarin deze zelfstandig in de maatschappij opereert, moet de oprichting van de VOF vooraf (als concentratie) worden gemeld bij de ACM of moet rekening worden gehouden met het kartelverbod.



Joint Venture in een rechtspersoon

Een joint venture in een rechtspersoon is een door de zorgaanbieders opgerichte rechtspersoon. Deze rechtspersoon schrijft zich in voor de zorginkoop bij de gemeentes en/of zorgkantoren. De rechtspersoon is een zelfstandige juridische entiteit en heeft eigen rechten en verplichtingen, zoals het contracteren met gemeentes/zorgkantoren. Voor een joint venture zijn verschillende rechtspersonen geschikt, zoals de stichting, de coöperatie en de besloten vennootschap.

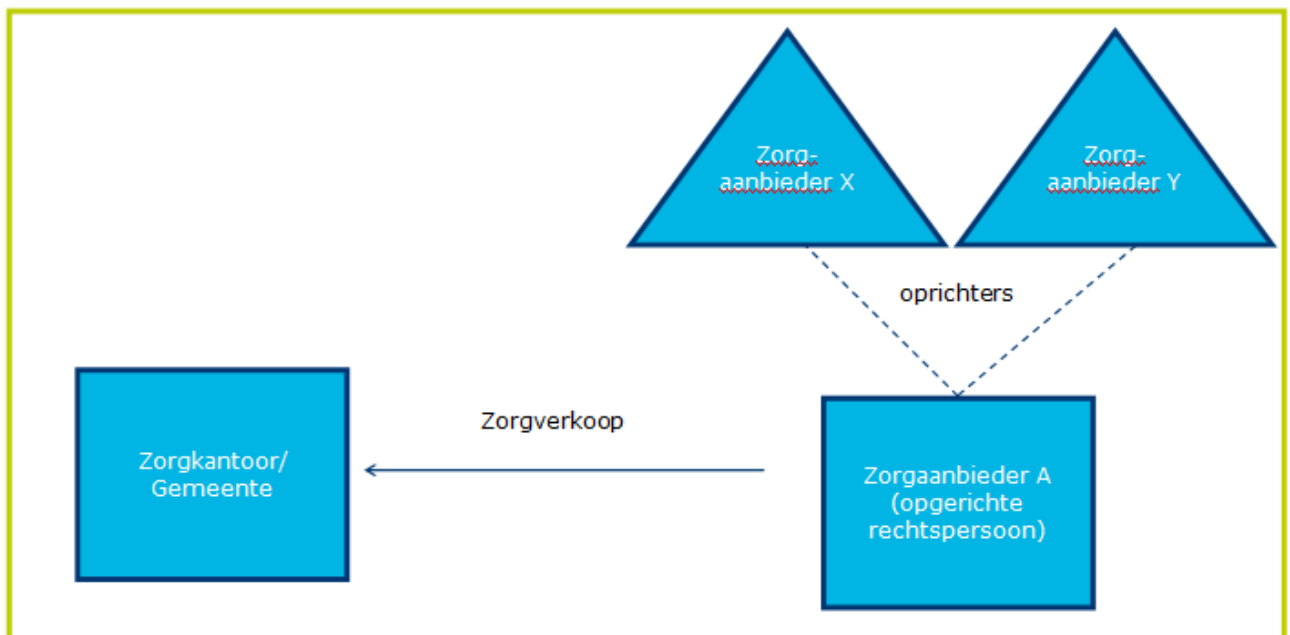
Mits daarover geen andere afspraken zijn gemaakt, is alleen de opgerichte rechtspersoon aansprakelijk voor nakoming van de eigen verplichtingen. De initiatiefnemers zijn in beginsel niet aansprakelijk voor eventuele verplichtingen van de rechtspersoon. Dit maakt dat bij een samenwerking voor onbepaalde tijd en die financiële risico's met zich brengt samenwerking middels de joint venture in een rechtspersoon aan te bevelen is.

De opgerichte rechtspersoon heeft een eigen bestuur en eventueel een toezicht houdend orgaan. Hierin kunnen bestuurders van de initiatiefnemers plaats nemen. Afhankelijk van de gekozen rechtspersoon kunnen de initiatiefnemers ook op andere wijze invloed uitoefenen, bijvoorbeeld door aandeelhouderschap bij de BV en lidmaatschap bij de coöperatie.

Mocht een einde komen aan de samenwerking en geen behoefte meer bestaan aan de daartoe opgerichte rechtspersoon, dan kan deze worden ontbonden met inachtneming van wettelijke en/of statutair voorgeschreven formaliteiten, zoals bijvoorbeeld wie de bevoegdheid heeft een dergelijk besluit te nemen.

Een rechtspersoon als vorm voor samenwerking in de zorg heeft de volgende kenmerken:

- een rechtspersoon is een zelfstandige juridische entiteit;
- een rechtspersoon verricht eigen activiteiten onder eigen naam;
- de rechtspersoon kent een eigen vermogen en is in beginsel aansprakelijk voor eigen handelen;
- dienstverlening aan of door de rechtspersoon kan btw-belast zijn, bij zorgdiensten (bijv. onderaanneming) is vaak vrijstelling mogelijk;
- een rechtspersoon kan vennootschapsbelastingplichtig zijn. Bij (verzekerde) zorgactiviteiten is vaak vrijstelling mogelijk;
- afhankelijk van de verdeling van de zeggenschap onder de initiatiefnemers en de mate waarin de rechtspersoon zelfstandig in de maatschappij opereert, moet de oprichting vooraf (als concentratie) worden gemeld bij de ACM of moet rekening worden gehouden met het kartelverbod.



2. Hoe te kiezen?

Zoals eerder aangegeven dient bij het kiezen van de rechtsvorm het adagium "vorm volgt inhoud" voorop te staan. Het kan voorkomen dat een gemeente een bepaalde samenwerkingsvorm voorschrijft. Mocht dat niet het geval zijn, dan is het van belang dat partijen, alvorens een rechtsvorm te kiezen, afstemmen wat ze verwachten van de beoogde samenwerking en wat er inhoudelijk mee moet worden bereikt.

Om op basis van de inhoud van de beoogde samenwerking een keuze te maken voor een samenwerkingsvorm, is beantwoording van de volgende vragen relevant:

- wat is het doel van de samenwerking?
- wat is het onderwerp van de samenwerking?
- wat verwachten de samenwerkingspartners van elkaar?
- wat is de te verwachten duur van de samenwerkingspartners van de samenwerking?

Op basis van deze antwoorden zullen de samenwerkingspartners een vorm kunnen kiezen. Met het kiezen van de vorm kunnen ze rekening houden met de volgende factoren:

- zeggenschap van de initiatiefnemers;
- aansprakelijkheid van de initiatiefnemers;
- de wenselijkheid van eigen rechtspersoonlijkheid van de samenwerkingsvorm;
- eigen activiteiten en afgescheiden vermogen binnen de samenwerkingsvorm;
- de mededingsrechtelijke aspecten van de samenwerkingsvorm;
- de fiscale aspecten van de samenwerkingsvorm.

3. Fiscale aspecten van samenwerking

Zoals aangegeven is het aan te bevelen bij de keuze voor een samenwerkingsvorm rekening te houden met de fiscale aspecten. Daarbij staat met name de vraag centraal of (extra) belastingdruk (als gevolg van de samenwerking) kan worden voorkomen. Indien samenwerking wordt overwogen is het wenselijk een fiscalist in te schakelen alvorens een definitieve keuze te maken voor een bepaalde vorm. Heel in het kort wordt hierna op een aantal kenmerken van twee heffingen ingegaan: de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting.

Vennootschapsbelasting

BV's zijn belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting ("VPB") en worden geacht met hun gehele vermogen een onderneming te bedrijven. Een BV is 20% VPB verschuldigd over haar winst tot € 200.000,-- en over het meerdere is dat 25%. Stichtingen zijn belastingplichtig voor de VPB voor zover zij een onderneming drijven. Hiervan is sprake indien door een organisatie van kapitaal en arbeid wordt deelgenomen aan het economisch verkeer met het (fiscaal geobjectiveerde) oogmerk winst te behalen.

Rechtspersonen (ook BV's) waarvan de activiteiten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend (90% of meer) bestaan uit zorgverlening, kunnen onder voorwaarden zijn vrijgesteld van VPB. Hiervoor geldt als extra voorwaarde dat eventueel behaalde winst, uitsluitend wordt aangewend ten behoeve van de rechtspersoon die zelf ook een beroep kan doen op de Zorgvrijstelling of ten behoeve van een algemeen maatschappelijk belang.

Omzetbelasting

Zowel rechtspersonen als een VOF zijn voor de omzetbelasting belastingplichtige ondernemers indien zij tegen vergoeding prestaties verrichten die niet zijn vrijgesteld van btw (administratie, hr-werkzaamheden). Indien daarvan sprake is in een samenwerkingsverband, kan worden onderzocht of de heffing van btw is te voorkomen door het vormen van een fiscale eenheid voor de btw of via een beroep op het leerstuk 'kosten voor gemene rekening'. Voor een fiscale eenheid voor de btw zijn de belangrijkste voorwaarden financiële, organisatorische en economische verwevenheid tussen de betrokken organisaties.

Wettelijk wordt onder meer vrijgesteld van btw het verzorgen en het verplegen van in een inrichting opgenomen personen, alsmede de handelingen die daarmee nauw samenhangen, zoals het verstrekken van spijzen, dranken en geneesmiddelen. Deze vrijstelling dient ruim te worden uitgelegd. Ook alle met de huisvesting verband houdende diensten vallen hier onder.

AWBZ-zorgdiensten en huishoudelijke verzorging als bedoeld in de Wmo zijn vrijgesteld van btw, mits verleend op basis van een AWBZ-indicatiebesluit, respectievelijk voor de Wmo op basis van een door de gemeente af te geven verklaring waaruit blijkt dat de zorg is verleend in het kader van een aanspraak op die zorg binnen de Wmo.

Overige fiscale aspecten

Bij een onderaannemingsovereenkomst is mogelijk de ketenaansprakelijkheid van belang. Een hoofdaannemer kan hoofdelijk aansprakelijkheid worden gehouden voor loonheffingen die zijn onderaannemer verschuldigd is in verband met het verrichten van werkzaamheden door diens werknemers. Hetzelfde geldt als het werk geheel of gedeeltelijk door onderaannemers wordt uitgevoerd.

Een voorwaarde voor ketenaansprakelijkheid is dat een onderaannemer voor een opdrachtgever een werk van stoffelijke aard uitvoert tegen een prijs. Een werk van stoffelijke aard wordt in de praktijk ruim uitgelegd. Ook zorgaanbieders moeten dus rekening houden met deze aansprakelijkheid. Het risico op deze aansprakelijkstelling kan worden beperkt of voorkomen door op een juiste wijze gebruik te maken van een geblokkeerde of depotrekening. Betalingen op deze rekeningen kunnen, mits voldaan wordt aan de voorwaarden, leiden tot een vrijwaring voor de hoofdaannemer.

Wanneer instellingen veel gebruik maken van vrijwilligers en de daarvoor bepaalde fiscale vrijstellingen benutten, moet hiermee rekening worden gehouden bij de keuze voor een samenwerkingsverband. Met name als een joint venture wordt vormgegeven met een BV, kunnen dergelijke vrijstellingen "in gevaar" komen. Dit kan worden voorkomen door tijdig overleg te hebben met een fiscalist en de belastingdienst.

4. Let op de ACM!

De Autoriteit Consument & Markt ("ACM") houdt toezicht op naleving van de mededingingsregels uit de Mw. We zullen hierna ingaan op de twee belangrijke vormen van toezicht uit de Mw: het concentratietoezicht en karteltoezicht. Welke vorm van toezicht van toepassing is op de samenwerking is afhankelijk van de inrichting van de samenwerking.

N.B. Mocht de samenwerking dusdanig groot zijn dat juist de omvang wordt ingezet bij de onderhandelingen over de prijzen, dan moet rekening worden gehouden met de regels omtrent aanmerkelijke marktmacht zoals de NZa die handhaaft op grond van de Wet Marktordening Gezondheidszorg.

Concentratietoezicht

Concentraties (in beginsel overnames, fusies en bepaalde typen joint ventures) boven een bepaalde omvang dienen vooraf gemeld en goedgekeurd te worden door de ACM. Op deze wijze toetst de ACM vooraf of de voorgenomen samenwerking voldoet aan de mededingingsrechtelijke

regels. De samenwerking in de joint venture is na het verkrijgen van goedkeuring "gelegitimeerd". Eventuele samenwerking tussen de joint venture en/of de initiatiefnemer(s) zal getoetst moeten (blijven) worden aan een kartelverbod.

Een samenwerking kwalificeert als een concentratie indien sprake is van een gezamenlijke zeggenschap met een duurzaam karakter in een zelfstandig opererende eenheid. Om een zelfstandige opererende eenheid te zijn moet er een eigen organisatie zijn met eigen middelen (en mensen) die zelfstandig op de markt opereert. Dit houdt in dat ten aanzien van de hiervoor behandelde samenwerkingsvormen alleen de vennootschap onder firma of de joint venture in de vorm van een rechtspersoon een concentratie kunnen zijn.

Een belangrijk aspect bij de beoordeling of een joint venture een concentratie is, is de vraag hoe gecontracteerd wordt voor de te leveren zorg. Als de joint venture niet zelf met gemeentes en/of zorgkantoren gaat contracteren en alleen in onderaanneming van de initiatiefnemers werkt zal meestal geen sprake zijn van een concentratie omdat deze niet zelfstandig op de markt optreedt. De joint venture is dan namelijk voor inkomsten en cliënten afhankelijk van de initiatiefnemers.

Als aan alle voorwaarden voor een concentratie is voldaan zal het samenwerkingsverband bij de ACM moeten worden gemeld als de zogenoemde omzetrempels worden gehaald. Voor de zorgsector zijn dat de volgende drempels:

- gezamenlijke omzet van de initiatiefnemers van ten minste € 55 miljoen;
- waarvan ten minste twee betrokken ondernemingen in Nederland een omzet behaald hebben van minsten € 10 miljoen; en
- ten minste twee betrokken ondernemingen hebben elk een omzet van minstens € 5,5 miljoen.

Karteltoezicht

Als een samenwerking niet kwalificeert als concentratie zal getoetst moet worden of niet in strijd met het kartelverbod gehandeld wordt. Zorgaanbieders moet zelf beoordelen of ze al dan niet in strijd met dit verbod handelen. De ACM laat zich in beginsel voorafgaand aan de start van een samenwerking niet uit over de vraag of afspraken toelaatbaar zijn indien ze niet onder het concentratietoezicht vallen. Wel is onlangs een oproep gedaan door de ACM om gebruik te maken van de mogelijkheid haar een informele zienswijze te vragen.

Het kartelverbod verbiedt in beginsel alle afspraken/overeenkomsten tussen zorgaanbieders én alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die er toe strekken of tot gevolg hebben dat de concurrentie merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Hierbij moet gedacht worden aan prijsafspraken, afspraken met betrekking tot beperking van de productie of verdeling van de markt, bijvoorbeeld door cliënten op basis van afspraken aan elkaar door te verwijzen. Deze beperkingen zijn 'hardcore' beperkingen en niet toegestaan. Een uitzondering op het kartelverbod is mogelijk bij andere beperkingen als die (samengevat):

- bijdragen tot verbetering van de zorg of van de bereikbaarheid;
- een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen ten goede laten komen aan cliënten;

HANDREIKING

december 2013



- geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze doelstelling niet onmisbaar zijn; en
- niet de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken zorg uitschakelen (er moet rest concurrentie zijn).

In het Handboek Compliance van de VGN zijn stroomschema's opgenomen die een handvat kunnen bieden bij het bepalen welke samenwerking toelaatbaar is.

Sancties bij overtreding van het kartelverbod zijn:

- nietigheid van de afspraken;
- boetes (opgelegd door de ACM); en
- civielrechtelijke aansprakelijkheid.

De juridische handreiking *Zorgverkoop* is geschreven door Van Doorne Advocaten, in opdracht van de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN).

De Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) is de brancheorganisatie die opkomt voor de belangen van aanbieders in de gehandicaptenzorg. De 165 instellingen die bij ons zijn aangesloten, variërend van klein tot groot, bieden zorg en ondersteuning aan mensen met een verstandelijke, lichamelijke en/of zintuiglijke beperking.