

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor [5.1.2e] (Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport)
van [5.1.2e] (kantoor landsadvocaat)
datum 5 november 2021
inzake Analyse winsttoogmerk in overeenkomst Mediq
zaaknr 11016957

1 Inleiding

- 1.1 U heeft ons de vraag gesteld in hoeverre Mediq Nederland B.V. ("Mediq") zich jegens het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn & Sport ("VWS") heeft verbonden geen winst te maken in het kader van haar activiteiten ten behoeve van het Landelijk Consortium Hulpmiddelen (het 'LCH').
- 1.2 Op basis van de tekst van de Overeenkomst 2020 komt onzes inziens het beeld naar voren dat VWS van Mediq heeft bedongen dat Mediq de crisissituatie niet zou aangrijpen (misbruiken) om excessieve winsten te maken. Onze conclusie op basis van de tekst van de overeenkomst tussen Mediq en VWS is dat Mediq echter geen verplichting op zich heeft genomen om in het geheel geen winst te maken.
- 1.3 Hierbij past wel de kanttekening dat de uitleg van een overeenkomst niet uitsluitend op basis van de tekst ervan moet geschieden, maar dat ook van belang is wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarop hebben wij geen zicht en dat hebben wij niet in onze analyse kunnen betrekken.
- 1.4 In paragraaf 2 van deze notitie beschrijven wij de relevante feiten en omstandigheden. Paragraaf 3 bevat onze analyse.

2 Relevante feiten en achtergronden

- 2.1 Door de COVID-19-pandemie is in Nederland voor de gezondheidszorg een groot tekort aan persoonlijke beschermingsmiddelen, medische hulpmiddelen en andere roerende zaken ten behoeve van de bestrijding van de COVID-19-pandemie ontstaan. Kort nadat de COVID-19-pandemie uitbrak, is in maart 2020 onder regie van VWS het LCH onder grote tijdsdruk ontstaan om het genoemde tekort tegen te gaan. Het LCH is



een samenwerkingsverband tussen diverse zorgaanbieders, hulporganisaties en andere partijen waaronder VWS en Mediq.

- 2.2 In dit verband hebben VWS en Mediq afspraken gemaakt, die zijn neergelegd in de volgende overeenkomsten/documenten:
- een overeenkomst van 23/24 maart 2020;
 - het eerste addendum van 23 april 2020;
 - het tweede addendum van 22/23 juli 2020, en
 - de op verzoek van VWS herziene financiële afspraken kostenverrekening Mediq (als eerder overeengekomen in het tweede addendum) zoals vastgelegd op 30 december 2020/13 januari 2021, (de overeenkomst inclusief addenda hierna: de "**Overeenkomst 2020**").
- 2.3 In de Overeenkomst 2020 is een aantal passages opgenomen die zien op de mogelijkheid voor Mediq om winst te maken.
- 2.4 Ten eerste is in de considerans van de overeenkomst van 23/24 maart 2020 het volgende opgenomen:
- "IN AANMERKING NEMENDE DAT:
(...)
h. Mediq wil hierbij zoveel mogelijk open en transparant handelen en neemt hierbij als uitgangspunt dat zij deze diensten verleent zonder winstoogmerk;
(...)"*
- 2.5 Ten tweede neemt Mediq in artikel 3.1 van de Overeenkomst 2020 de verplichting op zich om zich in te spannen om tot verkoopprijzen te komen die "*in een gebruikelijke verhouding staan tot de (...) inkooprijzen voor Mediq*". In artikel 4.10 van de Overeenkomst 2020 is bepaald dat VWS te allen tijde instructies geeft omtrent de te hanteren verkoopprijzen van producten, waarmee VWS in theorie de marge van Mediq kan bepalen.
- 2.6 Ten derde zijn in de 'herziene Financiële afspraken kostenverrekening Mediq' *fixed fee* afspraken gemaakt over vergoeding door VWS van de kosten van de financiële infrastructuur.
- 2.7 Daarnaast, voor zover Mediq verliezen zou maken of schade zou lijden, bevat de Overeenkomst 2020 enkele passages die beogen de risico's daarvan bij VWS te leggen:



- in artikel 2.1 van de Overeenkomst 2020 verklaart de minister van VWS zich garant te stellen voor diverse financiële risico's die Mediq in verband met de haar activiteiten ten behoeve van het LCH loopt;
- in artikel 4.8 van de Overeenkomst 2020 garandeert de minister van VWS, kort gezegd, dat hij Mediq volledig schadeloos stelt voor alle directe schade die Mediq in verband met de Overeenkomst 2020 en daaruit voortvloeiende overeenkomsten lijdt;

- 2.8 Voor het overige zijn ons geen schriftelijke afspraken bekend die van invloed kunnen zijn op de vraag of Mediq winst mag maken. Wel vergoedt VWS de interne kosten van Mediq op basis van uurtarieven en ook de kosten van door Mediq ingehuurd inhuurkrachten, waarbij de uurtarieven voor zover bekend zijn gebaseerd op de door haar aan de betreffende medewerker betaalde salarissen, maar mogelijk toch ook een winstmarge voor Mediq omvatten. Voor zover wij begrijpen zijn hierover verder geen schriftelijke afspraken gemaakt.
- 2.9 Mediq en VWS streven ernaar de activiteiten van Mediq ten behoeve van het LCH af te bouwen. In dat verband zal, als gezegd, een financiële eindafrekening worden opgesteld (zie artikel 5 van de Overeenkomst 2020). Daarbij is de vraag gerezen of Mediq winst heeft gemaakt met de activiteiten bij het LCH en wat daarover precies is afgesproken.
- 2.10 Wij hebben begrepen dat Mediq niet bereid is om een tekst te ondertekenen met de strekking dat Mediq geen winst zou hebben gemaakt. Dat doet vermoeden dat Mediq wel degelijk winst maakte.

3 Analyse

- 3.1 Vooropgesteld moet worden dat de uitleg van een overeenkomst, zoals de Overeenkomst 2020, niet uitsluitend op basis van de tekst van een overeenkomst kan geschieden. Het komt steeds aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Wel komt aan de tekst van een overeenkomst, zeker bij professionele partijen zoals de Staat en Mediq, belangrijke betekenis toe komt bij de uitleg van die overeenkomst.
- 3.2 Op basis van de tekst van de Overeenkomst 2020 menen wij, dat VWS vooral van Mediq heeft bedongen dat Mediq de crisissituatie niet zou aangrijpen (misbruiken) om grote winsten te maken. Dit is met zoveel woorden in artikel 3.1 bepaald. Hoe artikel 3.1 zich precies verhoudt tot het in de considerans onder h. opgenomen uitgangspunt is niet duidelijk. Deze twee passages lijken niet volledig met elkaar te rijmen ('geen winstoogmerk' is iets anders dan 'gebruikelijke marges'). De passages zouden wel met elkaar te rijmen zijn als ervan wordt uitgegaan dat op de *producten* een gebruikelijke



winstmarge mag worden gemaakt en de flankerende *diensten* van Mediq in principe zonder winstoogmerk plaatsvinden. Een contractuele bepaling van die strekking bestaat echter, voor zover wij konden nagaan, niet. Hoe dit ook zij: voor zover Mediq een gebruikelijke marge op de producten zou hebben gemaakt, heeft zij daarmee in elk geval geen contractuele afspraak geschonden.

- 3.3 Een geldstroom waarop Mediq eventueel winst zou kunnen hebben gemaakt, is de fixed fee voor de financiële infrastructuur. Het is evenwel inherent aan een *fixed fee* dat dit kan tegenvallen maar ook kan meevallen. Voor zover Mediq hierop winst zou hebben gemaakt, heeft Mediq daarmee derhalve evenmin een afspraak geschonden.
- 3.4 Een andere geldstroom waarop Mediq eventueel winst zou kunnen hebben gemaakt, zijn de interne kosten van Mediq en de kosten van door Mediq ingehuurde externen, bijvoorbeeld als in de uurtarieven een opslag zou zijn opgenomen. Gesteld dat dit het geval zou zijn (dat is ons niet bekend), rijst de vraag of Mediq daarmee enige op haar rustende verplichting uit hoofde van de Overeenkomst 2020 schendt.
- 3.5 Op basis van de tekst van de Overeenkomst 2020 heeft Mediq geen verplichting op zich genomen om geen winst te maken. In de considerans is (slechts) opgenomen dat Mediq als "*uitgangspunt*" neemt "*geen winstoogmerk*" te hebben. Deze bepaling in de considerans kan niet worden gelezen als harde verplichting om geen winst te maken.
- 3.6 Daarbij is van belang dat dit uitgangspunt is opgenomen in de considerans en niet in de overeenkomst zelf. Bepalingen in de considerans van een overeenkomst schetsen de context waarbinnen een overeenkomst wordt gesloten, maar leggen in de regel geen verplichtingen aan partijen op. Dat lijkt hier niet anders. Reeds om deze reden is onzes inziens geen sprake van een harde verplichting van Mediq om geen winst te maken.
- 3.7 Daarbij komt dat de bepaling spreekt van een "*uitgangspunt*". Een uitgangspunt is geen harde verplichting. Daarbij komt dat het uitgangspunt spreekt van het niet hebben van een "*winstoogmerk*" - en niet van 'het niet maken van winst'. Dat zijn twee verschillende dingen. Zo is ten aanzien van stichtingen, die geen winstoogmerk mogen hebben, in de jurisprudentie bijvoorbeeld uitgemaakt dat het niet hebben van een winstoogmerk niet eraan in de weg staat dat een stichting winst maakt.

Terzijde verdient opmerking dat het standpunt van Mediq zoals wij dat begrijpen, namelijk dat zij niet haar gebruikelijke winstmarge heeft nagestreefd, niet direct steun lijkt te vinden in de tekst van het uitgangspunt; immers, ook het nastreven van een beperktere winst lijkt moeilijk te rijmen met het niet hebben van een winstoogmerk. Aangezien op Mediq geen verplichting met die strekking rust, laten wij dit verder rusten.



4 Conclusie

- 4.1 Op grond van het voorgaande is onze conclusie dat VWS van Mediq heeft bedongen dat Mediq de crisissituatie niet zou aangrijpen (misbruiken) om excessieve winsten te maken. Op basis van de tekst van de overeenkomst tussen Mediq en VWS heeft Mediq geen verplichting op zich genomen om geen winst te maken.
