

Kantellingen

Zorg tussen lidstaat en interne markt

ZORGVERZEKERINGEN, EG-RECHT
EN PARTICULIER INITIATIEF

MR. J.W. VAN DE GRONDEN

MET EEN VOORWOORD
DOOR DR. A. KLINK

W^I

WETENSCHAPPELIJK
INSTITUUT
VOOR HET CDA

Publikatie van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA.
Het Instituut heeft ten doel het (doen) verrichten van wetenschappelijke arbeid ten behoeve van het CDA op basis van de grondslag van het CDA en in aansluiting op het Program van Uitgangspunten. Het Instituut geeft gedocumenteerde adviezen over hoofdlijnen van het beleid, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek vanuit het CDA en/of van de leden van het CDA in vertegenwoordigende lichamen.



Wetenschappelijk Instituut voor het CDA
Dr Kuypersstraat 5, Postbus 30453, 2500 GL Den Haag
Tel. 070-3424870
Fax. 070-3926004
Email wi@bureau.cda.nl
Internet www.cda.nl/wi

ISBN 90-74493-31-9
2003 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoudsopgave

INHOUDSOPGAVE

Ten geleide 7

Voorwoord 9

1 Inleiding: de te onderzoeken varianten 18

- 1.1 De Europese Unie en de zorg 19
- 1.2 De varianten 21
 - A Publieke regelgeving, publieke uitvoering 22
 - B Publieke regelgeving, en niet winstbeogende particuliere verzekeraars 22
 - C Publiekrechtelijke regelgeving met randvoorwaarden voor het gehele particuliere initiatief 23
 - D Privaatrechtelijke verzekering en publiekrechtelijke randvoorwaarden 25
 - E Publiekrechtelijke regelgeving met kaders voor het particulier initiatief en opting out voor commerciële verzekeraars 26
- 1.3 Opzet van het onderzoek 26

2 Vrij verkeer, harmonisatie en zorgverzekeringen 28

- 2.1 Vrij verkeer en zorg 30
 - Toepasselijkheid van de regels voor het vrije verkeer 30
 - Inhoud van de regels voor het vrije verkeer 32
 - Zorgverzekeringen en het vrije verkeer 35
- 2.2 Harmonisatie 40
 - 2.2.1 Derde Schaderichtlijn 42
 - Toepasselijkheid van de Derde Schaderichtlijn 43
 - Kern van de Derde Schaderichtlijn 46
 - Toegang tot het verzekeringsbedrijf 46
 - Het toezicht op de financiële soliditeit 47
 - Het verbod van artikel 29 Derde Schaderichtlijn 48
 - Artikel 28 Derde Schaderichtlijn: algemeen belang 52
 - Artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn: de uitzonderingsbepaling voor ziektekostenverzekeringen 54
 - 2.2.2 Sociale zekerheidsverordening 57
- 2.3 Conclusie 61

3 Mededingingsrecht, de zorg en zorgverzekeringen 63

- 3.1 Begrip onderneming 64

3.2	De mededingingsregels voor ondernemingen	69
	Verboden afspraken	70
	Afspraken over kwaliteit	72
	Afspraken tussen zorgverzekeraars	72
	Machtsposities en verzekeraars	75
	Concentraties en zorgverzekeringen	76
	Taak van algemeen economisch belang	77
	Modernisering van het EG-mededingingsrecht en zorg	79
3.3	Overheid en mededinging	83
	Uitsluitende en bijzondere rechten	83
	Nieuwe norm	85
3.4	Staatssteun en zorg	87
3.5	Conclusies	91
4	Verhouding tussen het EG-recht, zorg en de betrokkenheid van particuliere verzekeraars	93
4.1	Variant A: publieke regelgeving, publieke uitvoering	94
4.2	Variant B: Publieke regelgeving, en niet winstbeogende particuliere verzekeraars	102
4.3	Variant C: publiekrechtelijke regelgeving met randvoorwaarden voor het gehele particuliere initiatief	110
4.4	Variant D: Privaatrechtelijke verzekering en publiekrechtelijke randvoorwaarden	125
4.5	Variant E: Publiekrechtelijke regelgeving met kaders voor het particulier	
4.6	Conclusies	147
5	Conclusies en oplossingsrichtingen	149
	EG-recht, particulier initiatief en het algemeen belang	150
	De EG-rechtelijke knelpunten van de inschakeling van particuliere zorgverzekeraars	153
	Juridische gevolgen	157
	De meest beperkende variant in overeenstemming met het EG-recht?	159
	Oplossingsrichtingen naar aanleiding van de Derde Schaderichtlijn	161
	Stap 1: Standpuntbepaling door de Commissie	161
	Stap 2: Aanpassing Derde Schaderichtlijn	163
	Stap 3: Speciale Europese regelgeving voor zorgverzekeringen	163
	Stap 4 Algemene principes verankerd in de Grondwet voor Europa	166
	Oplossingsrichtingen met betrekking tot het mededingingsrecht en de staatssteunregels	167

TEN GELEIDE

Het stelsel van de gezondheidszorg is de afgelopen decennia al vele malen voorwerp geweest van hervormingsvoorstellen. In het begin van de jaren negentig waren er de voorstellen van de commissie-Dekker en van verschillende wetenschappelijke bureaus van onderscheiden partijen (w.o. het CDA). De voorstellen liepen onder meer stuk op de onzekerheid over de vraag in hoeverre de ambities Europa-proof waren.

Ook anno 2003 doet die vraag zich gelden. Kunnen de voorstellen, zoals in contouren neergelegd in het Hoofdlijnenakkoord van het kabinet-Balkenende II, de toets van het Europese recht doorstaan? Het is deze vraag die centraal staat in het voorliggende rapport van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA. De uitkomst van de studie is dat het Europese recht, zoals gevormd door het Europese Hof en de Europese wetgever gaandeweg openingen creëert voor het zodanig ordenen van (deel)markten dat instanties (w.o. ziektekostenverzekeraars) zowel hun sociale ambities kunnen verwirkelijken als ondernemend kunnen opereren. De voorliggende studie doet voorstellen hoe de formele Europese wetgever een en ander verder juridisch kan ondersteunen: een belangrijk punt om tijdens het voorzitterschap van de Europese Unie van de kant van Nederland aan de orde te stellen.

De studie die voor u ligt, biedt op een belangrijk moment in de gezondheidspolitiek inzicht in het functioneren van het Europese recht, in de ontwikkelingsgang van de Europese jurisprudentie en in de agenda van de Europese wetgever. Dat inzicht kan behulpzaam zijn bij het effenen van het pad voor de hervormingsvoorstellen van het kabinet-Balkenende II.

Het bestuur van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA is de begeleidingscommissie onder leiding van drs. K. van de Steenhoven erkentelijk voor de werkzaamheden die zij heeft verricht. Leden van deze commissie waren drs. E.J. van Asselt, drs. S. Buijs (adviserend), mr. G.J.A. Hamilton, prof. dr. mr. J.H. Hubben, dr. A. Klink, J. van Leeuwen (adviserend), prof. dr. D. Pieters, mr. B. Pronk (adviserend), prof. dr. G.J. Vonk, mr. J.S. Watson, drs. F.J.M. Werner (adviserend) en mr. D.P.J. Woestenberg.

Het bestuur is met name mr. J.W. van de Gronden van het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht erkentelijk voor de gedegen studie die hij, in samenspel met de begeleidingscommissie en de directie en medewerkers van het WI voor het CDA, heeft gerealiseerd. Uit de gedegenheid van analyse en aanbevelingen spreekt vakmanschap.

Anders dan in het verleden heeft het WI voor het CDA gemeend de vragen rond het Europees recht zelf te moeten agenderen en een en ander niet over te laten aan de deskundigheid van ambtenaren en juristen. Het is belangrijk de politiek zèlf inzicht verwerft in de thematiek van het Europese recht, om zo de politieke dilemma's en vragen achter en rondom de juridische vragen op te sporen en te beantwoorden. Dat bevordert slagvaardigheid en verhindert dat de rechtsontwikkeling een zaak wordt van enkele specialisten, terwijl daar buitengewoon belangrijke maatschappelijke vragen mee zijn gemoeid.

Het bestuur van het WI spreekt de wens uit dat deze studie van invloed zal zijn op de besluitvorming over de toekomstige vormgeving van het stelsel van gezondheidszorg: niet eens zozeer om daarmee aan de eisen van het Europese recht te voldoen, maar vooral om een toegankelijke en betaalbare gezondheidszorg –uit een oogpunt- van solidariteit met de minst sterken in onze samenleving te kunnen behouden.

Mr. R.J. Hoekstra
(voorzitter)

Dr. A. Klink
(directeur)

VOORWOORD

Overheidshandelen en maatschappelijk initiatief

In 2000 publiceerde het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA de studie *Nieuwe regie in de zorg*¹. Daarin werd - in het verlengde van een eerdere studie van de Tweede Kamerfractie van het CDA² - gepleit voor een fundamentele herziening van de structuur van de gezondheidszorg. Niet lang daarna bepleitte ook de SER³ een wijziging van het zorgstelsel: met eenzelfde blikrichting. Om ook in de toekomst de solidariteit te garanderen, is het nodig om het zorgaanbod meer door de vraag gestuurd te maken. Verzekerden krijgen dan meer invloed op het pakket en de premie die zij daarvoor willen betalen en daarmee over de omvang en kwaliteit van het zorgaanbod. Dat heeft bovendien tot gevolg dat de aanbodsturing proportioneel wordt en de daarmee gemoeide bureaucratie en ondoeltreffendheid zullen worden teruggedrongen. Uiteraard moet dan wel aan randvoorwaarden zijn voldaan: tarieven en prijzen moeten transparant zijn, verzekeraars moeten contracten kunnen afsluiten met zorgaanbieders, er moet voldoende aanbod van zorg in regio's zijn om over de kwaliteit, tarieven etc. te kunnen onderhandelen. Dat vergt onder meer ruimte voor kleinschalige en nieuwe initiatieven van zorgaanbieders: een ruimte die vanuit christen-democratisch oogpunt vooral ook gewenst is omdat kleinschaligheid goede voorwaarden biedt voor zorg op maat, aandacht en betrokkenheid. Traditioneel koppelt de christen-democratie aan dit streefbeeld het ordeningsbeginsel van de gespreide verantwoordelijkheid.

Gespreide verantwoordelijkheid

Die gespreide verantwoordelijkheid is voor christen-democraten van betekenis omdat het aangeeft dat activiteiten als opvoeden, onderwijzen, opkomen voor goede arbeidsvoorwaarden of zorgen geen zaken zijn die primair tot het takenpakket van de overheid behoren. In christen-democratische kring

1 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Nieuwe regie in de zorg*. Een christen-democratische visie op de structuur en financiering van de gezondheidszorg, inclusief bijlage, Den Haag, september 2000, opgenomen in de serie 'Het wachten moe'.

2 CDA-Tweede Kamerfractie, *Naar meer menselijke maat in de gezondheidszorg*. Discussievoorstel om tot een betere verantwoordelijkheidsverdeling in de gezondheidszorg te komen van de CDA-fractie, Den Haag, september 1999.

3 Sociaal-Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Advies 00/12, Den Haag, december 2000.

wordt wel gesproken van origineire bevoegdheden. Die term geeft aan dat de genoemde activiteiten alleen oorspronkelijk en vitaal blijven en tot hun recht komen in niet-statelijke verbanden: respectievelijk het gezin, de school, de vakbond, de zorginstelling. De functies laten zich met andere woorden niet zomaar van de organisatie loskoppelen. Gebeurt dat wel en worden zij ondergebracht bij de markt of bij de staat dan gaat er iets wezenlijks verloren: dan commercialiseert bijvoorbeeld de zorg, dan verambtelijkt bijvoorbeeld het onderwijs. Vanuit de christen-democratische visie op de maatschappij wordt de aanwezigheid van privaat initiatief als zeer wenselijk, zelfs noodzakelijk beschouwd.

Primaat van de samenleving

Ook historisch valt het primaat van de samenleving op deze en andere domeinen te illustreren. De zorg was lange tijd een aangelegenheid van de kerken en van de charitas, van zelforganisatie en van burgerlijke initiatieven. Of het nu ging om hofjes, om gasthuizen, om diaconaal werk of om ziekenhuizen: in eerste aanleg gaan zij terug op maatschappelijke bewogenheid en onderlinge solidariteit, los van de overheden. Via onderlinge fondsvorming probeerden mensen de risico's van inkomensderving, bijvoorbeeld bij ziekte, zo goed en zo kwaad als het ging, te ondervangen.

Het was in de negentiende eeuw dat de overheid zich - terecht- meer en meer met deze activiteiten ging bemoeien. De activiteiten raken immers aan elementaire bestaansvoorwaarden van mensen, daarmee aan fundamentele rechten en niet minder aan het publieke welzijn. Sindsdien is er echter wel degelijk vrij permanent een politieke discussie ontstaan over de positie van het maatschappelijk middenveld. Zijn het bevorderen van welzijn, onderwijs, gezondheidszorg, maatschappelijk werk, etc taken van de staat of van maatschappelijke organisaties in de samenleving? Of het nu ging over volkshuisvesting, onderwijs, armenzorg, sociale wetgeving of om volksgezondheid: over de hele linie moest een *modus vivendi* gevonden worden tussen enerzijds dit maatschappelijke initiatief en anderzijds de overheden die werden aangespoord bij te dragen aan het oplossen van de sociale kwestie. Ook al was het particuliere initiatief weliswaar loffelijk, het vertoonde wel degelijk gebreken. Allereerst was er de inherente rechtsonzekerheid. De zieken, gehandicapten, werklozen, armen, enzovoort konden geen juridisch gewaarborgde aanspraken maken op duurzame en structurele steun, hulpverlening of onderwijs. Kerkgenootschap, charitatieve instellingen en andere organisaties hielden er heel verschillende criteria op na. Zogenaamde (collecte)bussen raakten aan het einde van hun mogelijkheden als de leden hun ingezette middelen, in perioden van hoogconjunctuur, onttrokken aan fondsen. Daarnaast ontkwam het particulier initiatief niet altijd aan bevoegding. In

brede kringen maakte men zich soms zorgen over de vrijblijvende hulpverlening van kerken en charitatieve instellingen, aangezien deze luiheid en apathie in de hand zou werken. Ten slotte bleven verzorgings- en onderwijsarrangementen qua structurele inbedding achter bij de zich professionaliserende samenleving. Dit vormde voor sociaal-democraten een reden om te pleiten voor het socialiseren van de productie en voor christen-democraten een reden om te pleiten voor een architectonische maatschappijkritiek. Al deze ontwikkelingen maakten dat sociale wetgeving noodzakelijk werd om de toegankelijkheid van elementaire voorzieningen (waaronder de zorg) te waarborgen.

Sociale wetgeving

Sociale wetgeving werd noodzakelijk: in de sfeer van het onderwijs, de gezondheidszorg, de sociale zekerheid en de woningbouw. Er ontstonden wettelijk gereguleerde aanspraken op deze diensten en arrangementen. Naarmate de catalogus van zorgplichten zich uitbreidde, werd de vraag urgent hoe de overheid de financiële, geografische en kwalitatieve toegankelijkheid van deze diensten kon garanderen. Moet het primaat liggen bij de overheid of bij zelfwerkzaamheid? Interventionisten pleitten al in de negentiende eeuw voor het onder overheidsbeheer brengen of houden van vitale diensten (nutsvoorzieningen zoals straatverlichting en energie, maar ook het onderwijs in de vorm van openbare scholen en zorgvoorzieningen). Anderen pleitten voor een inrichting van de maatschappij die voldoet aan het credo van Beveridge: *private action for a political purpose*. Het waren vooral de erflaters van de christen-democratie die wezen op het blijvende belang van het maatschappelijke initiatief, met name ook ten aanzien van onderwijs, zorg, sociale zekerheid en welzijn: juist ook ter wille van de kwaliteit van deze activiteiten. Inderdaad, vanwege hun bijdrage aan de humaniteit van de samenleving. Aansluiting was er (deels) met die sociaal-democraten die veel betekenis toekenden aan de coöperatieve gedachte en aan de rol van de vakbonden in de samenleving.

De geschillen zijn de politieke agenda blijven beheersen. Nog steeds kristalliseren zich rond dit vraagstuk (staatsinterventie of maatschappelijk initiatief, verzorgingsstaat of verzorgingsmaatschappij) standpunten van politieke partijen en sociale theoretici uit. Feit is dat met de groei van de verzorgingsstaat het particulier initiatief meer en meer onder druk van de staatsinterventies is komen te staan. Met de sanering van overheidsfinanciën, die op de opkomst van verzorgingsstaat volgde, is die invloed zeker niet altijd minder geworden. De sanering leverde een politiek van doelmatigheid, schaalvergroting en rationalisering (soms rantsoenering) op. Het is tegen die achtergrond dat de christen-democratie voor eerherstel van de vraagstu-

ring en van de maatschappelijke onderneming pleit. Zij doet dit overigens wel vanuit het besef dat de vervlechting van particulier initiatief en overheidshandelen een gegeven is. Vanuit verschillende verantwoordelijkheden dienen overheid en maatschappelijke instellingen complementair te werken.

Vervlechting

De manier waarop politieke partijen aan die vervlechting van overheidshandelen en maatschappelijk initiatief invulling willen geven, verschilt sterk.

Christen-democraten pleiten van oudsher voor een overheid die:

- het *primaat van het particuliere initiatief* waarborgt;
- de *toegankelijkheid van elementaire voorzieningen* in financiële, geografische en kwalitatieve zin garandeert en wel bij voorkeur in:
 - *regulerende zin* (ordening en normstelling) en pas in laatste instantie in
 - *presterende zin*.

Het is deze visie op de ordening van de samenleving die de grondrechtconceptie van christen-democraten inkleurt.⁴ Juist omdat voorliggende studie ingaat op de ordeningsvragen rond de (Europese) overheid en het maatschappelijk/particulier initiatief en een sterk juridische inslag heeft, is het zinvol om stil te staan bij de verhouding tussen vrijheidsrechten en sociale grondrechten en bij de rol van het particulier initiatief in deze.

Vrijheidsrechten en sociale grondrechten

Vrijheid kan niet zonder instituties: een pleidooi voor sociale vrijheidsrechten

De eerder genoemde functionalisering van onderlinge betrokkenheid is versterkt door de manier waarop de zorgplichten en grondrechten van de overheid in ons land vaak worden geïnterpreteerd. Daarbij is vaak sprake van een tweedelende voorstelling van zaken. Aan de ene kant is er het individu als drager van vrijheidsrechten: de overheid moet zich onthouden van inmenging in de privé-sfeer van burgers. Aan de andere kant is er de zorgplicht van de overheid rond de gezondheidszorg, huisvesting etc. Deze dualistische grondrechtsopvatting laat echter een gebrekkige sociologisch inzicht zien in de feitelijke werkingssfeer van grondrechten. Zeker in een moderne samenleving is vrijheid namelijk vaak *institutioneel* bepaald.⁵

4 Zie voor een uitgebreidere beschouwing A. Klink, *Christen-democratie en overheid. De christen-democratische politieke filosofie en enige staats- en bestuursrechtelijke implicaties*, Delft, 1991, hst. 5.

5 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid. Een keuze uit het werk van E.M.H. Hirsch Ballin*, 1991, p. 145-162.

Zonder vrije omroepen, zonder vrije scholen, verzekeraars en zorginstellingen, zonder maatschappelijk initiatief in de sfeer van de volkshuisvesting of welzijnsactiviteiten is vrijheid een abstractie. Dat is de reden waarom vanuit het WI voor het CDA aandacht is gevraagd voor *sociale vrijheidsrechten*, om daarmee aan te geven dat achter vrijheidsrechten in de regel *sociale functies* en *instituties* schuil gaan. Het gaat daarbij om instituties die de overheid enerzijds moet ondersteunen omdat zij activiteiten ontplooiën op sociaal grondrechtelijk terrein (zorg, onderwijs, welzijnswerk). Reden om te spreken van sociaal-grondrechtelijk georiënteerd particulier initiatief.⁶ Anderzijds moet de overheid de instituties een optimum aan ruimte geven voor ondernemerschap. Juist ook omdat zij activiteiten ontplooiën die de overheid niet zomaar kan overnemen: scholen met hun eigen pedagogische opvattingen, zorginstellingen met hun specifieke zorgvisie, vakbonden met hun specifieke opvattingen over solidariteit etc. Het is met andere woorden zinvol om te onderscheiden tussen:

- *vrijheidsrechten* die de overheid moet waarborgen;
- *sociale grondrechten*, waarmee de overheid een elementair niveau van wezenlijke diensten garandeert;
- *sociale vrijheidsrechten*, die de overheid ertoe aansporen om de samenleving zo te ordenen dat maatschappelijke instellingen de vrijheid hebben om op een eigen manier de diensten die met sociale grondrechten gemoeid zijn, aan te bieden (maatschappelijke ondernemingen)

Dit inzicht levert ook richtlijnen op de voor de sturingsconcepten die de overheden hanteren ten opzichte van het maatschappelijke organisaties. Om de speelruimte voor het maatschappelijke initiatief zo groot mogelijk te houden (vrijheidsrechten) en onderlinge zorg vooral aan burgers en hun instellingen over te laten (in casu de *feitelijke* horizontale werking van sociale grondrechten) doet zij er goed aan terughoudend en proportioneel te zijn met regels en voorschriften. Tegelijkertijd dienen zij ervoor te zorgen dat de ordening van de samenleving het voor maatschappelijke ondernemingen mogelijk maakt behalve ondernemend ook sociaal te handelen en hun ambities waar te maken.

Maatschappelijke onderneming en Europa

Het is van belang dat ook in Europees verband de rol van het maatschappelijk initiatief (voor wat betreft dit rapport: op het terrein van de zorg) onder-

⁶ Zie A. Klink, stellingen bij Christen-democratie en overheid, De christen-democratische politieke filosofie en enige staats- en bestuursrechtelijke implicaties, Delft, 1991.

kend wordt. Er dient juridische ruimte te zijn voor maatschappelijke ondernemingen: instellingen die niet tot het domein van de staat behoren, die zich ondernemend willen opstellen, maar uitdrukkelijk werken met een sociale missie.⁷ Het creëren van een dergelijke ruimte, binnen de EU, stuit in de sfeer van de zorg op wezenlijke vragen: waar meer plaats wordt ingeruimd voor *ondernemend handelen* speelt namelijk de vraag in hoeverre verzekeraars onder de schaderichtlijnen komen te vallen. Als dat het geval is, doet zich vervolgens namelijk de vraag voor of er nog wel invulling gegeven kan worden aan de *sociale doelstellingen* van het maatschappelijk ondernemen: in hoeverre staan overheidsregels (of onderlinge afspraken) die dat moeten waarborgen niet in de weg aan de Europese regels voor het vrije verkeer en aan het mededingingsrecht?

Wordt gekozen voor de andere optie, namelijk inbedding in een publiekrechtelijk bestel, om zo als het ware de richtlijnen te vermijden, dan doet zich de vraag voor of er voor verzekeraars en zorgaanbieders wel voldoende mogelijkheden zullen zijn om *ondernemend* op te treden. Naarmate de overheid de mogelijkheden voor marktwerking vergroot, komt de vraag namelijk op of het formele argument dat de zorg is ingebed in een publiekrechtelijke regeling nog wel een buffer biedt tegen het toepasselijk zijn van de EG-rechtelijke regels voor de interne markt, zoals de EG-schaderichtlijnen. Immers, als veel vrijheden voor marktwerking worden ingevoerd en bijvoorbeeld concurrerende verzekeraars de zorg dienen in te kopen voor verzekerden is Europeesrechtelijk gezien al snel sprake van economische activiteiten en die activiteiten vallen onder deze schaderichtlijnen, ook als een en ander formeel-juridisch gesproken geregeld is in het sociale zekerheidsrecht.

De voorliggende studie geeft aan dat de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie gaandeweg het eigen karakter van de actoren in de gezondheidszorg in relatie tot de overheid (de publiekrechtelijke sfeer) en de markt (het geheel van economisch gekwalificeerde activiteiten) begint te onderkennen. Dat is ook nodig om aan de ene kant *ondernemerschap* in de zorg een plek te geven en aan de andere kant de *sociale doelstellingen* (via regelgeving en via niet op winst gerichte maatschappelijke ondernemingen) te behouden en te versterken. Dat is òók nodig om in de nabije toekomst vraagsturing mogelijk te maken: met behoud van of sterker nog: zelfs ter wille van de solidariteit en de betaalbaarheid van de zorg op korte en middellange termijn.

⁷ Vgl. ook J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn, 1992.

Ontwikkelingen in Europa

Technologische en demografische ontwikkelingen in Europa drijven de kosten van de gezondheidszorg op. De stijging van premies is in alle landen van de gemeenschap (veel) groter dan de groei van het nationaal inkomen. Om de kosten in de hand te houden, buigen vrijwel alle landen van de EU zich met enige regelmaat over de omvang van verplichte verzekeringspakketten, de omvang van eigen risico's en eigen bijdragen en over de mate waarin het zorgstelsel nog doelmatig opereert. Van de ons omringende landen zijn het vooral het Verenigd Koninkrijk en Duitsland die ernaar streven ondernemerschap meer kansen te geven. België kent al een stelsel waarin meer sprake is van competitie. De zorgverlening is in dit land betrekkelijk effectief. In Frankrijk is een besteldiscussie (nog) niet aan de orde.

In het Verenigd Koninkrijk heeft de regering –Blair pogingen ondernomen om private klinieken in aanmerking te laten komen voor aanbesteding van zorgverrichtingen door de National Health Service: niet om de gezondheidszorg te privatiseren, wel om via marktwerking de effectiviteit van de zorg te verbeteren (het Verenigd Koninkrijk kent enorme wachtlijsten). In Frankrijk lopen de tekorten van de fondsen sinds 2002 in de vele miljarden. Pakketverkleining (minder medicijnen, korter verblijf in ziekenhuizen) moet in de financiële leemten voorzien. Frankrijk kent overigens slechts een klein aandeel van private verzekeraars (2,4% van de zorguitgaven). In Duitsland is onlangs het basispakket versmald (de tandarts bijvoorbeeld is uit het pakket, net als in Nederland). Er zijn afspraken gemaakt met de *Krankenkassen* dat zij de premies de komende jaren in de hand zullen houden. Ondertussen beseffen de politieke partijen dat verdere gezondheidszorghervormingen noodzakelijk zijn. Standpunten zijn nog niet definitief bepaald, maar het ziet ernaar uit dat de socialistische SPD zal pleiten voor één volksverzekering (zodat ook zelfstandigen en ouderen gaan meebetalen aan de premie), maar met meer mogelijkheden voor competitie. De christen-democratische CDU heeft gekozen voor een stelsel dat in grote lijnen lijkt op die van het kabinet-Balkenende II (nominale premie, meer competitie tussen verzekeraars en tussen zorgaanbieders, inkomenssolidariteit via de fiscus).

Uit deze korte tour d'horizon moge blijken dat Nederland niet het enige land is dat meer ruimte wil bieden aan ondernemerschap. De Europees-rechtelijke vragen die in deze studie centraal staan hebben een bredere reikwijdte. Zij raken niet alleen de juridische randvoorwaarden van het kabinetsstreven om de zorg op een privaatrechtelijke basis te herijken. Zij raken ook een discussie die over de grenzen heen wordt gevoerd over de gezond-

heidspolitiek en niet in de laatste plaats de positie die christen-democraten op dit vlak Europees breed (onder meer in het verband van de Europese Volkspartij, de grootste fractie in het Europees Parlement, dat in aangelegenheden van de interne markt tezamen met de Raad medewetgever is) innemen.

Optimale mix van vrijheid en regelgeving

Samengevat: het rapport onderzoekt welke vrijheidsgraden het Europese recht laat voor maatschappelijke ondernemingen op het terrein van de zorg. Het zoeken is daarbij naar de optimale mix van vrijheid en regelgeving. Het concept maatschappelijke onderneming pleit op zichzelf voor een optimale vrijheid voor zorgverzekeraars. Optimaal, want de vrijheid is er, bij wijze van spreken, niet ter wille van zichzelf. Ze moet dienend zijn met het oog op de sociale doelstellingen. De vrijheid is er om de sociale ambities te realiseren. Daarom is een juridische inbedding van de vrijheid en een ordening van het veld van de gezondheidszorg nodig. Een acceptatieplicht voor een standaardpakket en een zekere mate van premieregulering zijn onmisbaar. Zonder die regelgeving komt de sociale doelstelling niet tot haar recht. Zonder die inbedding zouden maatschappelijke ondernemingen van de markt worden weggedrukt door commerciële ondernemingen. Dit zou uiteindelijk ten koste gaan van verzekerden en onder hen vooral de meest kwetsbaren.

Dit gesteld hebbend, komen de spanningen met het Europese recht aan het licht. De Derde schaderichtlijn harmoniseert de Europese markt voor schadeverzekeraars. De vrijheid van het verzekeringsbedrijf verhoudt zich slecht met overheidsregulering die verder gaat dan de financiële solvabiliteit. De juridische inbedding van de vrijheid stuit met andere woorden op Europeesrechtelijke vragen.

Vrijheidsgraden voor maatschappelijk ondernemen in het Europese recht

Welke vrijheidsgraden laat het Europese recht voor maatschappelijk ondernemen? In dit rapport wordt een specifieke toets uitgevoerd voor de gezondheidszorg, maar het thema heeft een bredere strekking. Soortgelijke vragen gelden namelijk ook voor andere maatschappelijke sectoren als het onderwijs, de media, de woningbouwsector en werknemersverzekering.

Gekozen is voor een brede verkenning, waarin zowel een sterk gereguleerd stelsel als een stelsel met veel ruimte voor marktwerking zijn getoetst. Dit

mede tegen de achtergrond van het actuele debat over de (ook juridische) vormgeving van het zorgbestel. Concreet zijn vijf varianten geconstrueerd met een continuüm van volledig publiek enerzijds en vrijwel volledig privaat anderzijds. Uiteraard zijn er binnen het continuüm meer varianten te bedenken. Op basis van de hier getoetste varianten zijn ook andere varianten toetsbaar. Dit is mogelijk omdat de relevante aspecten van het Europees recht vooraf in een algemeen kader uiteen zijn gezet, waarna vervolgens per variant is gekeken hoe deze scoort op de verschillende aspecten van het Europees recht (vrij verkeer, Derde schaderichtlijn, sociale zekerheidsverordeningen, mededinging en staatssteun). De meerwaarde van deze benadering is dat een beter beeld ontstaat van de omslagpunten op de schaal van publiekrechtelijk naar privaatrechtelijk. Tevens biedt het rapport op deze wijze een uitgebreid overzicht van de Europeesrechtelijke aspecten van een basisverzekering in de zorg die het onderscheid tussen ziekenfonds en particuliere verzekeringen doet verdwijnen.

Tijdens de verkenning wordt uiteraard ook ingegaan op de voorkeur voor een privaatrechtelijk stelsel met publieke waarborgen (privaatrechtelijke vormgeving van het bestel aanhakend bij (elementen uit) varianten C en D, zoals besproken in hoofdstuk 1 van deze studie), zoals bepleit in het WI-rapport *Nieuwe regie in de zorg*, het CDA-verkiezingsprogramma 2002-2006 *Betrokken samenleving, betrouwbare overheid en het Hoofdlijnenakkoord van het kabinet Balkenende II*.⁸ Aangegeven wordt waar deze varianten leiden tot mogelijke spanningen met het Europees recht, gegeven de huidige wetgeving en jurisprudentie. Tevens wordt een weg gewezen hoe met deze spanningen om te gaan en wordt er aangegeven welke acties ondernomen zouden kunnen worden.

Dr. A. Klink

Directeur van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA

⁸ Waarbij opgemerkt zij dat in het WI-rapport en CDA-verkiezingsprogramma een volledige nominale premie werd bepleit en het kabinet is uitgekomen op een halve nominale premie in combinatie met een inkomensafhankelijke premie die door de werkgever moet worden opgebracht.

1 Inleiding: de te onderzoeken varianten

In het zorgstelsel in landen als Nederland speelt het particulier initiatief mede onder de invloed van de christen-democratische stroming van oudsher een belangrijke rol. Er bestaat op deze wijze een 'mix' tussen overheid, markt en particulier initiatief in deze sector. Deze sector leent zich derhalve bij uitstek voor onderzoek om inzicht te verkrijgen in de verhouding tussen het EG-recht en het particulier initiatief.

1.1 De Europese Unie en de zorg

De Europese Unie is gegrondvest op het EU-verdrag en het EG-verdrag. Voor het onderhavige onderzoek is alleen het EG-verdrag van belang, aangezien hierin de relevante beleidsterreinen van de zorg en de interne markt zijn geregeld. In dit onderzoek worden Europese Unie (EU) en Europese Gemeenschap (EG) als synoniem gebruikt.

Op grond van artikel 152 EG-verdrag beschikt de EG slechts over zeer beperkte bevoegdheden op het terrein van de volksgezondheid. Het optreden van de EG dient aanvullend te werken op het beleid van de lidstaten. De EG kan op grond van artikel 152 lid 4 sub a en sub b EG-verdrag regelgeving vaststellen, waarbij hoge kwaliteits- en veiligheidseisen worden gesteld aan organen en stoffen van menselijke oorsprong, bloed en bloederivaten en regelgeving op veterinair en fytosanitair gebied die rechtstreeks gericht zijn op de bescherming van de volksgezondheid. Verder dan deze onderwerpen gaan de regelgevende bevoegdheden van de EG niet, aangezien artikel 152 lid 4 sub c EG-verdrag bepaalt dat de EG stimuleringsmaatregelen mag aannemen die gericht zijn op de bescherming en de verbetering van de menselijke gezondheid, met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. Het vijfde lid van artikel 152 EG-verdrag bepaalt uitdrukkelijk dat bij het optreden van de EG op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd.

Van belang is voorts artikel 152 lid 1 EG-verdrag, op grond waarvan de EG bij de bepaling en de uitvoering van elk beleid en elk optreden een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekert. Dit beginsel staat bekend als het integratiebeginsel. Ten aanzien van een aantal belangen (zie in dit verband artikel 6 EG-verdrag voor milieu) verplicht het EG-verdrag de EG bij het ontwikkelen en uitvoeren van al haar beleid rekening te houden met deze belangen. Zij dienen te worden geïntegreerd in het proces van beleidsontwikkeling en -uitvoering.

Het EG-verdrag bevat ook enige sociale bepalingen die van belang zijn voor de zorg. In artikel 137 lid 4 EG-verdrag (zoals dat luidt sinds de inwerking-

trekking van het Verdrag van Nice) wordt bepaald dat de door de Gemeenschap met het oog op het sociaal beleid genomen maatregelen het recht van de lidstaten om de fundamentele beginselen van hun sociale zekerheidsstelsel vast te stellen onverlet moeten laten en dat deze maatregelen geen aanmerkelijke gevolgen mogen hebben voor het financieel evenwicht van de sociale zekerheidsstelsels van de lidstaten. Een stelsel van ziektekostenverzekering maakt deel uit van de sociale zekerheid van de lidstaten.

Eveneens verdient vermelding het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,⁹ dat, hoewel de juridische status (bindende rechtskracht) onzeker is, in de rechtspraak gebruikt wordt als interpretatiemiddel.¹⁰

In artikel 35 van dit handvest wordt bepaald dat eenieder recht heeft op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder de door de nationale wetgeving en praktijken gestelde voorwaarden. Voorts stelt artikel 34 van het handvest dat het recht op toegang tot sociale zekerheidsvoorzieningen en tot sociale diensten die bescherming bieden in gevallen zoals moederschap, ziekte etc. wordt erkend en geëerbiedigd.¹¹

Het recht van de Europese Unie staat aan de vooravond van grote veranderingen, althans indien de voorstellen van de Europese Conventie worden overgenomen door de verdragsluitende lidstaten. In de teksten van de Europese Conventie over de Ontwerp-Grondwet voor de Europese Unie verandert echter ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling op het terrein van de zorg weinig: afgezien van de aangelegenheden, die nu reeds ook in artikel 152 lid 4 EG-verdrag worden genoemd, beschikt de Europese Unie in deze voorstellen ook niet over regelgevende bevoegdheden en dient de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de organisatie van het zorgstelsel volledig te worden geëerbiedigd. Als de regeringsleiders van de lidstaten deze voorstellen overnemen, verandert er ten aanzien van de regelgevende bevoegdheden van de Europese Unie op het terrein van de zorg dus weinig in de toekomst. Wel krijgt het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie een verdragsrechtelijke status in de voorstellen van de Europese Conventie.¹²

Hoewel de Europese Unie ten aanzien van de zorg slechts over weinig regelgevende bevoegdheden beschikt, is de invloed van het EG-recht op de zorg

9 Pb. 2000 C364/1.

10 Zie bijvoorbeeld zaak T-54/99, max.mobil Telekommunikation Service, Jur. 2002, p. II-313.

11 Zie artikel III-174 van Ontwerp-Grondwet, Volumen II, CONV 848/03, Brussel 9 juli 2003.

12 Zie deel II van Ontwerp-Grondwet, Volume I, COMV 797/1/03, Brussel 12 juni 2003.

groeïend. Uit recente ontwikkelingen, zoals het arrest Müller-Fauré,¹³ blijkt dat het Europees recht belangrijke randvoorwaarden bevat ten aanzien van de inrichting van het zorgstelsel. Deze randvoorwaarden vinden hun oorsprong in regels op een terrein ten aanzien waarvan de EG wel over vergaande bevoegdheden beschikt, namelijk die van de interne markt. In de rechtspraak van het Hof wordt aan regels betreffende de instelling van de interne markt een brede interpretatie gegeven, zodat ook de zorgsector onder de reikwijdte van deze regels kan vallen.

De betrokkenheid van maatschappelijke organisaties bij de zorg is vanuit het EG-recht gezien een belangrijk gegeven. Veel maatschappelijke organisaties zullen in EG-rechtelijke termen vertaald economische activiteiten verrichten. Zij moeten daarom gekwalificeerd worden als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. De maatregelen die de overheid ten aanzien van hen neemt, moeten in overeenstemming zijn met de regels voor het vrije verkeer en met EG-richtlijnen en -verordeningen (waarin bijvoorbeeld de concurrentievoorwaarden op de interne markt worden geharmoniseerd). Tevens moet nagegaan worden of bepaalde financiële voordelen die de overheid aan deze organisaties verleent, staatssteun zijn, die in beginsel moeten worden aangemeld bij de Commissie.¹⁴ Omdat de Europese Unie aan de ene kant over (vrijwel) geen regelgevende bevoegdheden op het terrein van de zorg beschikt maar aan de andere kant zorgactiviteiten een economisch karakter hebben, is de verhouding tussen het EG-recht en de zorg vooral een aangelegenheid van de invloed van het Europese economische recht op de inrichting van de nationale zorgstelsels.

1.2 De varianten

Een cruciale rol in de zorg speelt de zorgverzekeraar. In dit onderzoek staat daarom de positie van deze organisatie centraal. Aan de andere particuliere organisaties wordt in dit onderzoek slechts zijdelings aandacht besteed. Nagegaan wordt welke randvoorwaarden het EG-recht stelt aan de wijze waarop de zorgverzekeraar zijn activiteiten uitoefent en de ruimte die het laat voor nationale wetgeving. Hierbij valt de wettelijke volksverzekering

13 In zaak C-385/99, Müller-Fauré (13 mei 2003, n.n.g.) besliste het Hof dat ingeval van extramurale zorg ziekenfondsverzekerden hun zorg konden betrekken bij zorgaanbieders in andere EU-lidstaten. Bij intramurale zorg mogen de ziekenfondsen, mits er geen wachtlijsten zijn, hun verzekerden behandelingen in ziekenhuizen in andere EU-lidstaten weigeren. Zie in dit verband ook zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, Jur. 2001, p. I-5473.

14 Zie artikel 87 en 88 EG-verdrag.

voor de care (AWBZ) behorende tot de sociale verzekeringen buiten dit onderzoek.

Bij de vormgeving van het zorgstelsel kan de overheid kiezen uit verschillende vormen van betrokkenheid van het particulier initiatief dan wel maatschappelijke organisaties. De volgende varianten, lopend van volledig gereguleerd tot marktwerking, worden in dit rapport bekeken. Om het inzicht in de verhouding tussen het EG-recht en het zorgstelsel te vergroten, is bij de selectie van de varianten uitgegaan van een glijdende schaal van publiek naar privaat.

A Publieke regelgeving, publieke uitvoering

De overheid legt in wet- en regelgeving (bijvoorbeeld een Wet zorgvoorzieningen naar analogie van de Wet Voorzieningen Gehandicapten) de aanspraken van haar ingezetenen vast. De uitvoering van deze aanspraken wordt in handen gelegd van publiekrechtelijke autoriteiten (bijvoorbeeld gemeenten of publiekrechtelijke organisaties als ZBO's). Deze publiekrechtelijke taakorganisaties moeten de uitvoering ter hand nemen. In een dergelijk systeem, dat in landen als het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Spanje bekend staat als *National Health Service*, spelen de overheid en het solidariteitsbeginsel een overheersende rol. Op basis van risico- en inkomenssolidariteit wordt ervoor gezorgd dat de aangeslotenen de benodigde zorg krijgen. In de regel bestaat geen ruimte voor marktwerking; er is immers bij uitvoering van overheidstaken als politietaken ook geen sprake van marktwerking. Toch is die restrictie niet strikt per se noodzakelijk: er kan een verhouding groeien van aanbesteding door een publieke autoriteit, waarbij publieke (en soms private) aanbieders op criteria als doelmatigheid etc. worden geselecteerd.

Kenmerken:

- een voorziening voor alle ingezetenen;
- voor de in de wet omschreven hulp;
- die gefinancierd wordt uit algemene middelen en verplichte eigen bijdragen;
- waarbij de uitvoerders niet met elkaar concurreren omdat zij een eigen werkgebied hebben;
- waarbij naast publieke ook particuliere zorgaanbieders kunnen worden gecontracteerd.

B Publieke regelgeving en niet winstbeoogende particuliere verzekeraars

De overheid legt het recht op hulp vast in de wetgeving en bindt de uitvoering aan overeenkomsten met de particuliere zorgaanbieders en vrije

beroepsbeoefenaren.

Particuliere ziekenfondsen en verzekeraars die toegelaten zijn om de wet (zoals in Nederland de ZFW/AWBZ) uit te voeren, zijn verplicht de hulp te contracteren. De ingezetenen hebben recht op inschrijving (soms beneden een bepaald inkomensniveau (ZFW)). Van een verzekeringsovereenkomst is geen sprake, aangezien de overheid de verzekeringsaanspraak vastlegt in de wet.

De uitoefening van de verzekeringstaak wordt ingekaderd in publieke regelgeving. Er worden eisen gesteld betreffende de toegang tot de zorg, solidariteit, premies e.d. Een en ander betekent dat er een acceptatieplicht bestaat en dat een eventuele premie- en pakketdifferentiatie niet gebaseerd is op risicoselectie. Dat niet op risico mag worden geselecteerd brengt met zich dat verzekeraars verplicht verevenen.

Een zeer belangrijke eis in deze variant is dat de betrokken particuliere verzekeraars geen winstoogmerk mogen hebben. Er wordt wel ruimte gecreëerd voor marktwerking (concurrentie). Er bestaat de mogelijkheid van premie- en pakketdifferentiatie (voor zover deze niet gebaseerd is op risicoselectie.) Door de gestelde normen wordt marktwerking gecombineerd met solidariteit. Er is derhalve sprake van gereguleerde marktwerking.

Kenmerken:

- een wettelijke verzekeringsaanspraak voor alle ingezetenen voor een in de wet omschreven standaardpakket;;
- die gefinancierd wordt door premieheffing en eigen bijdragen, waaronder nominale premies;
- waarbij niet-commerciële verzekeraars de hulp contracteren;
- waarbij deze uitvoerders door de wettelijke verevening en door de nominale rekenpremie vrijwel geen risico lopen.

C Publiekrechtelijke regelgeving met randvoorwaarden voor het gehele particuliere initiatief

De overheid legt de verzekeringsaanspraak vast in wetgeving (bijvoorbeeld in een Zorgverzekeringswet). De verzekering behoort krachtens het nationale recht tot het stelsel van sociale verzekeringen. Particuliere verzekeraars voeren dit wettelijk recht uit door middel van een goedgekeurd verzekeringsreglement. Het maakt hierbij niet uit of zij een winstoogmerk hebben; voor commerciële en niet-commerciële verzekeraars gelden dezelfde normen. Het gaat hierbij om normen die in variant B ook een belangrijke rol spelen: eisen betreffende de toegang tot de zorg (acceptatieplicht), solidariteit (geen premie- of pakketdifferentiatie op grond van risicoselectie), bepaalde premieregulering en verplichtingen tot verevening. Er wordt wel

ruimte voor concurrentie tussen de betrokken verzekeraars gelaten. Dit gebeurt door de aanspraak niet in hulp maar in functionele aanspraken naar aard en inhoud in de wet op te nemen en voor de omvang naar het reglement te verwijzen. Deze variant lijkt sterk op de plannen van het tweede Paarse kabinet uit de nota Vraag aan bod¹⁵ en het eerdere plan Simons. Aangezien naast deze ruimte voor concurrentie ook bepaalde randvoorwaarden met het oog op solidariteit door de wetgever zijn vastgesteld, is in variant C voor zowel de niet-commerciële als voor de commerciële verzekeraar sprake van gereguleerde marktwerking.

Kenmerken:

- een wettelijke verzekeringsaanspraak voor alle ingezetenen voor de in de wet omschreven aanspraak van een standaardpakket;
- uit te voeren door commerciële en niet-commerciële particuliere verzekeraars;
- die een acceptatieplicht¹⁶ hebben;
- die gefinancierd worden door middel van:
 - a bijdragen uit een op te richten risicovereveningsfonds dat gevuld wordt met nominale premies (geïnd door verzekeraars) en loongerelateerde (inkomensafhankelijk) werkgeversbijdragen ter hoogte van de helft van de totale premielast en een rijksbijdrage voor de kosten van beneden achttienjarigen, en
 - b door de verzekeraars zelf vastgestelde aanvullende premie, maar niet naar gezondheid of leeftijd gedifferentieerde nominale premies voor de niet door het Zorgfonds gedekte kosten van verzekerden van achttien jaar en ouder:
 - waarbij de verzekeraars om verzekerden op doelmatigheid concurreren op basis van afspraken die zij met zorgaanbieders maken: bijvoorbeeld goedkopere zorg als de wettelijke tarieven worden ingetrokken;
 - waarbij de verzekeraars boven een door de wetgever vast te stellen verplicht eigen risico vrijwillige eigen risico's met daarbij horende kortingen op de nominale premie aan mogen bieden en een voorgeschreven premiestaffel voor het beëindigen van het vrijwillig eigen risico;
 - waarbij de zorgaanbieders door de verzekeraars vrijwillig gecontracteerd worden en met elkaar concurreren op prijs en prestatie, en de verzekeraars aan de patiënt de keuzevrijheid tussen natura en restitutie mogen bieden;

15 Het Tweede Paarse kabinet had zijn plannen vastgelegd in de nota Vraag aan bod, kamerstukken II, 2000-2001, 27 885, nrs. 1-2.

16 Bij onbeperkte overgang volgens huidige Ziekenfondswet.

D *Privaatrechtelijke verzekering en publiekrechtelijke randvoorwaarden*

De overheid legt de verzekeringsaanspraak niet vast in de wetgeving, maar legt haar ingezetenen een verzekeringsplicht op. Eenieder wordt verplicht zich (volgens de regels van het privaatrecht) te verzekeren. Particuliere ziekenfondsen en ziektekostenverzekeraars bieden een private verzekering aan. Deze particuliere verzekering moet aan bepaalde minimumeisen voldoen. Gedacht kan worden aan de eisen betreffende een minimumdekking,¹⁷ een acceptatieplicht voor een standaarddekking, geen premiedifferentiatie op grond van risicoselectie, bij wet verplicht minimum aan eigen risico, bepaalde premieregulering en verplichtingen tot verevening. Hier is dus sprake van een gereguleerde marktwerking die verder gaat dan een doelmatige uitvoering van de wettelijke aanspraak. De aard van de aanspraak en de verzekering verschillen niet, maar elke verzekeraar bepaalt zelf door middel van de polisvoorwaarden de inhoud en omvang met de verzekeringsaanspraak (minimum, standaard of uitgebreid). Dit is productdifferentiatie met premiekortingen of opslagen op de standaardpremie per verzekeraar waarvoor de acceptatieplicht geldt. Het staat iedere verzekeraar vrij op blijkbaar 'lekkende' bepalingen remgeld te zetten of niet. Ook valt te denken aan verschillen in afbakening van vergoedingen van geneesmiddelen (apotheek/drogist).

Kenmerken:

- een verzekeringsplicht van ingezetenen die bestaat uit een minimumdekking van de noodzakelijke zorg;
- te verzekeren (verzekerd recht) door toegelaten commerciële en niet commerciële particuliere zorgverzekeraars
- die een (geclausuleerde¹⁸) acceptatieplicht voor de standaarddekking hebben;
- die gefinancierd worden door middel van:
 - c door de verzekeraar vast te stellen maatschappijpremies voor de standaarddekking voor volwassenen en kinderen maar niet gedifferentieerd naar geslacht, gezondheid of leeftijd en onder aftrek van
 - d vervangende premies voor de helft van de volwassenenpremies en volledig voor de kinderpemies uit een Zorgfonds dat gevuld wordt met een loongerelateerde werkgeversbijdrage en een rijksbijdrage voor de verzekering van beneden achttienjarigen met

¹⁷ Zie Sociaal-Economische Raad, Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen, Advies 00/12, Den Haag, december 2000, met uitzondering van de huisarts.

¹⁸ Geclausuleerd wil dan bijvoorbeeld zeggen tot 40 jaar onbeperkt; tussen 40 – 65 jaar met toeslag voor leeftijd van maximaal 20%.

- e een interne premievereeniging op basis van onvermijdelijk blijvende schadekenmerken (bijvoorbeeld invaliditeit, leeftijd, chronische ziekte, man/vrouw) naar analogie van de MOOZ om tot aanvaardbare (lagere) technische voorzieningen te komen;
- waarbij de verzekeraars de vrijheid hebben om, uiteraard buiten de premievereeniging om, het meerdere boven de standardeisen of het mindere voor eigen rekening en voorwaarden te verzekeren en
- een eigen risico in geld of dekking kunnen aanbieden met bijbehorende premiekorting met inachtneming van de wettelijke bepalingen voor het eigen risico;
- waarbij de zorgaanbieders door de verzekeraars vrijwillig gecontracteerd worden, en met elkaar concurreren op prijs en prestatie, en de verzekeraars aan de patiënt de keuzevrijheid tussen natura en restitutie mogen bieden;

E Publiekrechtelijke regelgeving met kaders voor het particulier initiatief en opting out voor commerciële verzekeraars

Voor de zorgverzekeraars worden twee regimes gecreëerd. Voor verzekeraars die willen handelen als ‘maatschappelijke ondernemingen’ geldt een privaatrechtelijk regime zoals omschreven onder variant D. De eisen waaraan de maatschappelijke ondernemingen moeten voldoen zijn: geen winstoogmerk, acceptatieplicht en geen premie- of pakketdifferentiatie op grond van risicoselectie. In dit verband speelt zelfregulering een belangrijke rol. Het andere regime bevat deze normen niet. Commerciële verzekeraars kunnen onder dit regime in betrekkelijk grote vrijheid –binnen de reguliere grenzen van het privaat- en verzekeringsrecht– hun producten aanbieden. In deze variant opereren de maatschappelijke ondernemingen in een context van gereguleerde marktwerking (mix van concurrentie en solidariteit) en de commerciële onderneming in de context van ‘vrije marktwerking’.

1.3 Opzet van het onderzoek

In vier van de vijf varianten is sprake van gereguleerde marktwerking. De aanwezigheid van concurrentie in deze varianten impliceert dat het Europees economisch recht een belangrijke rol speelt. Bezien vanuit het perspectief van het EG-recht zijn daarom de scheidslijnen tussen de varianten niet strikt maar vloeiend.

Hieronder wordt in hoofdstuk 2 eerst ingegaan op de verhouding tussen zorg en het vrije verkeer/harmonisatie (van concurrentievoorwaarden op de interne markt) en vervolgens in hoofdstuk 3 op de verhouding tussen mede-

dinging/staatssteun en zorg. In hoofdstuk 4 wordt nagegaan welke EG-rechtelijke knelpunten de hierboven genoemde varianten opleveren. In hoofdstuk 5 wordt afgesloten met enige conclusies en aanbevelingen. In deze paragraaf wordt ook in meer algemene zin ingegaan op de verhouding tussen EG-recht en het particulier initiatief.

2 Vrij verkeer, harmonisatie en zorgverzekeringen

Omdat in de meeste varianten sprake is van gereguleerde marktwerking (en niet van vrije marktwerking),¹⁹ impliceert dit dat de overheid in wet- en regelgeving randvoorwaarden stelt aan het gedrag van de verzekeraars. Het gaat hier bijvoorbeeld om eisen betreffende de toegang tot de zorg (acceptatieplicht), solidariteit (geen premie- of pakketdifferentiatie op grond van risicoselectie), bepaalde premieregulering en verplichtingen tot verevening. De overheid reguleert met andere woorden economische activiteiten. Deze activiteiten kunnen een grensoverschrijdend karakter hebben. Een en ander betekent dat de bepalingen uit het EG-verdrag van toepassing zijn die betrekking hebben op het vrije verkeer. Deze bepalingen zijn in beginsel aan de (nationale) overheden gericht.²⁰ Het gaat hier om de algemene basisregels voor de interne markt van de EU. Om het vrij verkeer van bepaalde producten, diensten of personen te bevorderen heeft de EU specifieke regelgeving vastgesteld (richtlijnen en verordeningen). Deze communautaire regelgeving wordt ook aangeduid met de term harmonisatie.

Hieronder wordt eerst ingegaan op de algemene regels van het vrije verkeer. Daarna komt specifieke Europese regelgeving aan de orde die voor het onderhavige onderzoek relevant is. Het gaat hierbij om de Schaderichtlijnen (in het leven geroepen om het vrije verkeer van verzekeringen te bevorderen) en de Sociale Zekerheidsverordening²¹ (die met name gericht is op het vrije verkeer van werknemers).

Er zijn bepalingen voor het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Het vrije verkeer van goederen is van belang, wanneer het gaat om producten als geneesmiddelen en hulpmiddelen. De regels voor het vrij verkeer van diensten komen in het vizier wanneer medische diensten (ziekenhuisopname, behandeling door artsen e.d.) op niet-permanente basis worden aangeboden. Hetzelfde geldt, wanneer een verzekeraar een verzekering wil aanbieden aan een consument in een andere lidstaat. Indien een persoon of rechtspersoon duurzaam aan het economisch leven wil deelne-

19 Met uitzondering van de commerciële verzekeraars uit variant E, die in deze variant concurreren met de maatschappelijke ondernemingen die wel (op vrijwillige basis) onderworpen zijn aan gereguleerde marktwerking.

20 Zogenoemde horizontale werking -tussen particulieren onderling- van een aantal vrij verkeer-bepalingen wordt ook aangenomen. Het gaat hier om de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Zie bijvoorbeeld zaak 36/74, Walrave en Koch, Jur. 1974, p. 1405; zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, p. I-4921; zaak C-176/96, Lehtonen, Jur. 2000, p. I-2681, zaak C-281/98, Angonese, Jur. 2000, p. I-4139 en zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

21 Verordening 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, Pb. 1971 L 149/2.

men in een andere lidstaat, dan zijn de regels voor het vrije personenverkeer het relevante toetsingskader. Indien het om zelfstandig opererende ondernemingen gaat, moet getoetst worden aan het regime van de vrijheid van vestiging en indien het gaat om werknemers zijn de regels voor het vrije verkeer van werknemers van belang. Indien grensoverschrijdende kapitaalbewegingen worden beperkt door de overheid, dient te worden nagegaan of het regime voor het vrije kapitaalverkeer beperkt is.

In zorgzaken zijn vooral de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer van belang geweest. De meeste casus hadden betrekking op situaties, waarin een patiënt medische diensten wilde ontvangen in een andere lidstaat van de EU. In iets mindere mate is er getoetst aan het vrije goederenverkeer. Een aantal zorgzaken had betrekking op geneesmiddelen en hulpmiddelen (brillen). Vrijheid van vestiging is ook aan de orde geweest in een casus, waarin een zorgaanbieder op duurzame basis in een andere lidstaat van de EU zorg wilde aanbieden. Vrij verkeer van personen en zorg is vooral aan de orde geweest in het kader van de Sociale zekerheidsverordening en wordt daarom besproken in de paragraaf over harmonisatie. Er is geen rechtspraak voorhanden over het vrij verkeer van kapitaal en zorg. Aangezien de wijze waarop het Hof aan de verschillende vrij verkeer-bepalingen toetst in sterke mate op elkaar lijkt (er bestaat convergentie tussen deze bepalingen),²² wordt hieronder in paragraaf 2.1 het gehele vrij verkeer-regime behandeld.

2.1 Vrij verkeer en zorg

Toepasselijkheid van de regels voor het vrije verkeer

Reeds in een vroeg stadium heeft het Hof in de zaak *Luisi en Carbone*²³ aangegeven dat medische behandelingen onder de regels van het vrije verkeer vallen. Het aanbieden van dergelijke behandelingen werd in deze zaak beschouwd als een dienst. Daarnaast gaf het Hof aan dat in grensoverschrijdende zorgcasus niet alleen de aanbieder van medische diensten, maar ook de ontvanger ervan een beroep kan doen op de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer.²⁴ In de zaak-*Grogan*²⁵ herhaalde het Hof de stelling dat

22 Zie hierover bijvoorbeeld K.J.M. Mortelmans, *Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?*, *Common Market Law Review* 2001, p. 617-619.

23 Gevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, Jur. 1984, p. 377.

24 Zie V.G. Hatzopoulos, *Do the Rules on Internal Market Affect National Health Care Systems?*, in: M. McKee, E. Mossialos en R. Baeten, *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel, 2002, p. 127.

25 Zaak C-159/90, *Grogan*, Jur. 1991, p. I-4685.

medische werkzaamheden (in casu ging het om medische zwangerschapsafbreking) een dienst in de zin van het vrije verkeer van diensten van het EG-verdrag is. Het wekte dan ook geen verbazing dat het Hof in de zaak-Sodemare²⁶ besliste dat de Italiaanse regeling op grond waarvan alleen particuliere organisaties zonder winstoogmerk bejaardenzorg mogen aanbieden, getoetst werd aan het regime voor de vrijheid van vestiging, toen een Luxemburgse vennootschap met commerciële motieven bejaardentehuizen wilde exploiteren. De conclusie van deze rechtspraak is dat maatregelen en wetgeving van lidstaten op het terrein van de zorg snel onder de reikwijdte van de vrij verkeer-bepalingen vallen. Dezelfde opvatting treft men aan in de bekende arresten Kohll²⁷ en Decker.²⁸ In de zaak-Smits en -Peerbooms²⁹ behandelde het Hof 15 jaar na zijn arrest in de zaak Luise en Carbone nogmaals de principiële vraag naar de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrije verkeer op de zorg door te stellen dat ‘...volgens vaste rechtspraak medische werkzaamheden onder het toepassingsgebied van artikel 60 van het Verdrag vallen, zonder dat in dat opzicht een onderscheid moet worden gemaakt naargelang het gaat om verzorging in een ziekenhuis of daarbuiten.’³⁰ De bijzondere aard van de dienstverrichting kan een activiteit niet onttrekken aan het regime inzake het vrije verkeer, ook al behoren de desbetreffende activiteiten tot het terrein van de sociale zekerheid. Het Hof wijst er voorts op dat in het wettelijke kader van het Nederlandse zorgstelsel tegenover de medische verrichtingen een economische tegenprestatie staat. Het Hof stelt daarom het volgende: ‘In casu vormen de betalingen die de ziekenfondsen in het kader van het door de ZFW ingevoerde overeenkomstenstelsel verrichten, ook al gaat het om forfaitaire betalingen, wel degelijk de economische tegenprestatie voor de door het ziekenhuis verleende diensten en hebben zij zonder enige twijfel het karakter van een vergoeding voor het ziekenhuis dat de betaling ontvangt en dat een activiteit van economische aard verricht.’³¹ In de zaken-Vanbraekel³² en -Müller-Fauré³³ hield het Hof vast aan zijn standpunt dat medische verrichtingen economische activiteiten zijn die onder de regels van het vrije verkeer vallen. De constatering dat medische dienstverrichtingen onder het regime van het vrije verkeer vallen, impliceert daarmee dat dit regime ook van belang is

26 Zaak C-70/95, Sodemare, Jur. 1997, p. I-3395.

27 Zaak C-158/96, Kohll, Jur. 1998, p. I-1931.

28 Zaak C-120/95, Decker, Jur. 1998, p. I-1831.

29 Zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, Jur. 2001, p. I-5473.

30 Zie rechtsoverweging 53 van het arrest Smits en Peerbooms.

31 Zie rechtsoverweging 58 van het arrest Smits en Peerbooms.

32 Zaak C-368/98, Vanbraekel, Jur. 2001, p. I-5363.

33 Zaak C-385/99, Müller-Fauré, 13 mei 2003, n.n.g.

voor zorgverzekeringen op het terrein van de cure. Ter illustratie: in de zaak-Smits en Peerbooms en in de zaak Müller-Fauré toetste het Hof de Nederlandse ziekenfondswetgeving aan de regels voor het vrije verkeer van diensten.

Inhoud van de regels voor het vrije verkeer

Indien vaststaat dat de regels voor het vrije verkeer van toepassing zijn, dient te worden nagegaan of de desbetreffende nationale maatregel of wetgeving in strijd is met het verbod om het vrije verkeer te beperken. Nationale maatregelen die een onderscheid maken naar nationaliteit en zo de eigen onderdanen dan wel de eigen productie bevoordelen (deze maatregelen staan bekend als ('metonderscheidmaatregelen'), beperken het vrije verkeer.³⁴ Het verbod van onderscheid naar nationaliteit is een van de fundamentele beginselen van het EG-recht en is vastgelegd aan het begin van het EG-verdrag in artikel 12. Voor de zorg is een illustratieve zaak in dit verband het arrest-Ferlini.³⁵ In deze zaak toetste het Hof de wetgeving van de lidstaat Luxemburg krachtens welke aan Gemeenschapsambtenaren hogere tarieven voor geneeskundige verzorging in rekening worden gebracht dan aan bij een nationale stelsel van sociale zekerheid aangesloten ingezetenen, aan artikel 12 EG-verdrag. Aangezien er geen objectieve rechtvaardiging kon worden aangevoerd voor het verschil in de tarieven, was deze bepaling geschonden.

Maatregelen die echter geen onderscheid naar herkomst maken maar wel de toegang tot de markt beperken (de zogenoemde 'zonderonderscheidmaatregelen'),³⁶ worden ook geacht het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal te belemmeren. Bij het vrije goederenverkeer is dit reeds jaren vaste rechtspraak.³⁷ In de zaken-Alpine Investments (vrij verkeer van diensten),³⁸ -Gebhardt (vrijheid van vestiging),³⁹ -Bosman (vrij verkeer van personen)⁴⁰ en -Konle (vrij verkeer van kapitaal)⁴¹ achtte het Hof nationale financiële wetgeving, regelgeving betreffende de toegang tot het beroep van advocaat, transferregels uit de voetbalsport respectievelijk ruimtelijke ordeningswetgeving beperkend voor het vrije verkeer, ook al maakten deze maat-

34 Zie bijvoorbeeld zaak 2/74, Reyners, Jur. 1974, p. 631.

35 Zaak C-411/98, Ferlini, Jur. 2000, p. I-8081.

36 Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak C-190/98, Graf, Jur. 2000, p. I-493.

37 Zie met name zaak 8/74, Dassonville, Jur. 1974, p. 837; zaak 120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, p. 649 en zaak C-267/91, Keck, Jur. 1993, p. I-6097.

38 Zaak C-384/93, Alpine Investments, Jur. 1995, p. I-1141.

39 Zaak C-55/94, Gebhardt, Jur. 1995, p. I-4165.

40 Zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, p. 4921.

41 Zaak C-302/97, Konle, Jur. 1999, p. I-3099.

regelen geen onderscheid tussen nationale onderdanen en onderdanen uit andere lidstaten. Met enige voorzichtigheid moet hieruit de conclusie getrokken worden dat ook nationale maatregelen die zonder te discrimineren de toegang tot de markt van diensten, personen en kapitaal beperken, in strijd kunnen zijn met de regels voor het vrije verkeer;⁴² vooral op het terrein van het vrije dienstenverkeer is relatief veel rechtspraak voorhanden ter onderbouwing van deze conclusie.⁴³

Illustratief voor de zorg is de zaak Mac-Quen,⁴⁴ waarin in strijd met het verbod om de vrijheid van vestiging te beperken, een Belgische regeling die bepaalde eisen aan opticiens stelde, werd geoordeeld. Op grond van de in het geding zijnde Belgische voorschriften was het opticiens niet toegestaan om andere onderzoeksmethodes met betrekking tot het gezichtsvermogen te gebruiken, dan die waarbij de patiënt aangeeft, bijvoorbeeld door middel van lettertafels, aan welke optische gebreken hij lijdt. (Deze andere onderzoeksmethodes mochten alleen gebruikt worden door oogartsen.) De toegang tot de markt werd beperkt, omdat deze nationale bepaling de vestiging van opticiens in België belemmerde dan wel minder aantrekkelijk maakte.

Bij de toets aan de regels voor het vrije verkeer moet overigens niet uit het oog worden verloren dat deze regels van toepassing zijn in grensoverschrijdende situaties. De zogenoemde interne situatie –dit wil zeggen een casus waarin geen aanknopingspunt bestaat met goederen, diensten, personen of kapitaal in een andere lidstaat– valt niet onder de reikwijdte van het regime voor het vrije verkeer.⁴⁵ Omgekeerde discriminatie (benadeling van de eigen productie of andere onderdanen ten opzichte van de productie of onderdanen in andere lidstaten) is niet in strijd met dit Europese regime.⁴⁶ In meer recente rechtspraak is evenwel een tendens waar te nemen, waarbij het Hof de vraag naar de interne situatie probeert te ontwijken. Vooral in prejudiciële procedures, waarin een nationale rechter vragen stelt over de interpretatie van het EG-recht, vindt dit ‘ontwijkingsgedrag’ plaats. Het Hof

42 Zie hierover bijvoorbeeld P. Graig en G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 718-719 en p. 785-787 alsmede Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, zesde druk, 2003, p.588, 589, 604-606, 623-625 en 634.

43 Zie Kapteyn/VerLoren van Themaat, a.w., 2003, p. 624. Hier wordt onder meer verwezen naar zaak 205/84, Commissie t. Duitsland, Jur. 1986, p. 3755, die betrekking had op verzekeringen.

44 Zaak C-108/96, Mac Quen, Jur. 2001, p. I-837.

45 Zie bijvoorbeeld zaak 52/79, Debauve, Jur. 1980 en zaak C-108/98, RI.SAN.Srl, Jur. 1999, p. I-5219.

46 Zie bijvoorbeeld zaak 86/78, Peureux, Jur. 1979, p. 897.

laat het dan uitdrukkelijk aan de nationale rechter over om te bepalen of er sprake is van een interne situatie en in hoeverre het voor hem nuttig is in verband met het nationale recht om antwoord te krijgen op de door hem gestelde vragen; vervolgens gaat het Hof zelf over tot het uitleggen van de regels inzake het vrije verkeer.⁴⁷

Indien nationale maatregelen beperkingen opleveren, kunnen zij nog gerechtvaardigd zijn vanwege bepaalde legitieme doelstellingen. Specifiek toegespitst op de bepalingen van het vrije verkeer moeten twee typen excepties worden onderscheiden.⁴⁸ In de eerste plaats zijn er uitzonderingsbepalingen in het EG-verdrag zelf opgenomen. In artikel 30 EG-verdrag (voorheen artikel 36 EG-verdrag) is bijvoorbeeld bepaald dat het vrije goederenverkeer beperkt mag worden met het oog op de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten. Artikel 46 EG-verdrag (voorheen artikel 56 EG-verdrag) bevat uitzonderingen onder andere in verband met de volksgezondheid voor het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging. In de tweede plaats heeft het Hof in zijn rechtspraak uitzonderingen ontwikkeld voor het vrije verkeer, die in deze rechtspraak worden aangeduid als 'dwingende vereisten van algemeen belang' en in de literatuur 'Rule of Reason'⁴⁹ worden genoemd. Nadat het Hof voor het eerste in de arresten-Dassonville⁵⁰ en-Cassis de Dyon⁵¹ had erkend dat 'dwingende vereisten van algemeen belang' een beperking van het vrij verkeer rechtvaardigen kunnen, zijn er sindsdien een groot aantal belangen aan de catalogus van de Rule of Reason toegevoegd. In tegenstelling tot de excepties uit het EG-verdrag die limitatief zijn, gaat het bij de Rule of Reason om een open groep excepties. Sinds de arresten-Kohll en-Decker is als dwingende vereiste van algemeen belang erkend het financieel evenwicht van het sociaal zekerheidsstelsel (zoals een sociaal zorgverzekeringsstelsel). Voor een succesvol beroep op de verdragsexcepties en de uitzondering van de Rule of Reason is evenwel vereist dat voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel. Bij de toets aan dit beginsel staat de vraag centraal of de lidstaat het nagestreefde belang ook kan realiseren met minder beperkende middelen.

47 Zie bijvoorbeeld zaak 448/98, Guimont, Jur. 2000, p. I-663 en zaak C-300/01, Salzmann, 13 mei 2003, n.n.g.

48 Naast de hier besproken excepties is ook van belang de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG-verdrag (taak van algemeen economisch belang). Deze uitzondering kan zowel worden ingeroepen in geval van beperkingen van het vrije verkeer als in geval van beperkingen van de mededinging. Aangezien artikel 86 lid 2 EG-verdrag vooral toegepast is in het kader van het mededingingsrecht, zal dit artikel in de paragraaf over dit rechtsgebied behandeld worden.

49 Zie bijvoorbeeld Kapteyn/VerLoren van Themaat, a.w., p.559 e.v.

50 Zaak 8/74, Dassonville, Jur. 1974, p. 837.

51 Zaak 120/78, Cassis de Dyon, Jur. 1979, p. 649.

Ter illustratie van de wijze waarop de excepties uit het vrije verkeer in de zorgsector worden toegepast, kan wederom gewezen worden op het hierboven aangehaalde arrest-Mac Quen. De Belgische regeling op grond waarvan bepaalde diagnostische handelingen alleen verricht mochten worden door oogartsen en niet door opticiens, viel in beginsel onder het verbod om de vrijheid van vestiging te beperken, maar kon in principe gerechtvaardigd worden met een beroep op de verdragsexceptie van de volksgezondheid (artikel 46 EG-verdrag). Het Hof stelde echter dat onderzocht diende te worden in het kader van de evenredigheidstoets of de technische en wetenschappelijk vooruitgang geen einde had gemaakt aan de noodzaak om bepaalde diagnostische handelingen alleen voor te behouden aan oogartsen.

Zorgverzekeringen en het vrije verkeer

Hoe past het Hof de verboden en de excepties toe op zorgverzekeringen? Van belang voor de beantwoording van deze vraag zijn de reeds aangehaalde zaken-Kohll, -Decker, -Smits en -Peerbooms, Vanbraekel en Müller-Fauré; ook de recente zaak -Inizan⁵² is van belang. In de zaken -Kohll en -Decker was de vraag aan de orde of een lidstaat (in casu Luxemburg) aan de vergoeding van het genieten van een orthodontistische behandeling (een dienst) resp. de aanschaf van bril (een goed) in een andere lidstaat, in het kader van een restitutiestelsel het vereiste van een voorafgaande toestemming mag stellen.⁵³ Het Hof stelt dat dit vereiste een beperking van het vrije verkeer van diensten respectievelijk van goederen oplevert. Het is echter volgens het Hof de lidstaten toegestaan het vrije verkeer te beperken indien dit noodzakelijk is voor de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied, welke essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking. Door de Luxemburgse regering was evenwel niet aangetoond dat het vereiste van voorafgaande toestemming noodzakelijk was. Niet kon worden bewezen dat het toestemmingsvereiste onmisbaar was voor de instandhouding van een essentiële verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied. Het proportionaliteitsbeginsel stond aan een succesvol beroep op de exceptie van de dwingende vereisten van algemeen belang in de weg.

In de zaak-Smits en -Peerbooms toetste het Hof het Nederlands stelsel van zorg in natura, voor zover dit stelsel betrekking had op intramurale voorzie-

52 Zaak C-56/01, Inizan, 23 oktober 2003, n.n.g.

53 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze arresten o.a. de annotatie van H.A.G. Temmink, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1998, p. 265 e.v. en A.P. van der Mei, Decker en Kohll: Op weg naar een vrij verkeer voor patiënten in de Europese Gemeenschap?, Sociaal Recht 1998, p. 187-196.

ningen, aan de regels van het vrije dienstenverkeer.⁵⁴ Aan de orde waren twee casus, waarin twee patiënten zonder toestemming van hun ziekenfondsen behandelingen in ziekenhuizen in andere lidstaten hadden ondergaan. Aangezien een verzekerde zich alleen mag wenden tot een zorgaanbieder met wie zijn ziekenfonds een overeenkomst gesloten heeft en aangezien buitenlandse zorgaanbieders in de regel niet over een dergelijke overeenkomst beschikten, was er sprake van een beperking van het vrije dienstenverkeer. Op deze wijze gold er impliciet een toestemmingsvereiste voor behandelingen in een ziekenhuis in een andere lidstaat. Het Hof achtte deze beperkingen echter geoorloofd vanwege de verdragsexceptie van artikel 46 EG-verdrag (volksgezondheid) en het dwingende vereiste van het financieel evenwicht van het sociaal zekerheidsstelsel. De medische diensten die in ziekenhuizen worden aangeboden, vertonen onmiskenbaar een bijzonder karakter. De lidstaten moeten daarom de mogelijkheid hebben de ziekenhuiszorg te plannen, zodat binnen een lidstaat een netwerk aan ziekenhuizen in stand kan worden gehouden. De toets aan het proportionaliteitsbeginsel levert in deze zaak twee belangrijke nuances op. In de eerste plaats kwam de verlening van de toestemming aan de orde. Bij de verlening van de toestemming van behandeling in een ziekenhuis in een andere lidstaat onderzochten de Nederlandse ziekenfondsen of de behandeling in kwestie gebruikelijk was in de kring van de beroepsgenoten. Het Hof bepaalt dat deze 'gebruikelijkheid' geïnterpreteerd moet worden aan de hand van internationale en niet aan de hand van nationale maatstaven. In de tweede plaats stelde het Hof dat de toestemming niet geweigerd mag worden, indien in Nederland geen adequate zorg kan worden verleend. In geval van wachtlijsten voor een behandeling in een Nederlands ziekenhuis moet een patiënt derhalve de mogelijk-

54 Dit arrest wordt onder meer besproken in E. Steyger, *National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily)*, *Legal Issues of Economic Integration* 2002, p. 97-107, en I. van der Steen, *Het arrest Smits en Peerbooms: toestemmingsvereiste voor ziekenhuiszorg in een andere lidstaat getoetst aan het vrije dienstenverkeer*, *Nederlands Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, p. 213 e.v. en in de gecombineerde annotatie van J.W. van de Gronden bij de arresten in de zaak Smits en Peerbooms, de zaak Vanbraekel en de zaak Mac Quen in *SEW* 2001, p. 319 e.v.

heid hebben over de grens de medische behandeling te ontvangen.⁵⁵ In de zaak-Smits en -Peerbooms gaf het Hof de lidstaten enige ruimte.⁵⁶ In de zaak-Müller-Fauré nuanceerde het Hof evenwel de bevoegdheid van de lidstaten om in het kader van een stelsel van zorg in natura een (impliciet) toestemmingsvereiste te hanteren.⁵⁷ In deze zaak stond wederom het huidige Nederlandse stelsel centraal. Deze keer was niet alleen grensoverschrijdende intramurale zorg in het geding maar ook grensoverschrijdende extramurale zorg (behandeling door een vrije beroepsbeoefenaar in een andere lidstaat). Het Hof herhaalde dat de beperkingen van het vrije dienstenverkeer die het Nederlandse overeenkomstenstelsel met zich bracht, geoorloofd waren, voor zover er intramurale behandelingen in het geding waren. Wel moest de patiënt de zorg op tijd kunnen ontvangen. Bij de beoordeling van de tijdigheid van de zorg moet rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval, met de huidige stand van de gezondheidstoestand van de patiënt, met de mate van de pijn of de handicap waardoor hij bijvoorbeeld

55 In de einduitspraak in zaak Peerbooms oordeelde de Rechtbank Roermond overigens dat voldaan was aan het vereiste van de beoordeling van het betrokken ziekenfonds aan de hand van internationale medische maatstaven. Zie Rb. Roermond 6 december 2001, Peerbooms, RZA 2002, 15, m.nt. Van der Most. In de einduitspraak in de zaak Smits stelde de Rechtbank Roermond dat aan het vereiste van tijdige zorg was voldaan, aangezien in Nederland een even doeltreffende behandeling kon worden verkregen als in de Duitse kliniek in kwestie. Zie Rb. Roermond 13 november 2001, Smits, RZA 2002, 14. De belemmeringen van het vrije dienstenverkeer die het gevolg waren door de weigeringen van de desbetreffende ziekenfondsen om de in het buitenland gemaakte kosten te vergoeden, waren met andere woorden geoorloofd volgens de Rechtbank Roermond. Uiteindelijk stonden de klagers derhalve met lege handen.

56 Het arrest van het Hof in de zaak Smits en Peerbooms heeft overigens aanleiding gegeven tot veel rechtspraak op nationaal niveau in Nederland. Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 21 januari 2002, Alpha Kliniek (RZA 2002, 52); Rb. Maastricht 13 februari 2002, Alpha Kliniek (RZA 2002, 163); Vz. Rb. Den Haag 9 april 2002, Alpha Kliniek (RZA 2002, 82); Rb. Middelburg 23 april 2002, Alpha Kliniek (Awb 99/201); Rb. Utrecht, Alpha Kliniek, 24 mei 2002 (zaak SBR 01/890); Rb. Utrecht 24 mei 2002, IVF (zaak SBR 01/243); Rb. Maastricht 24 mei 2002, Alphakliniek (RZA 2002, 123); Rb. Utrecht 27 mei 2002, maagbandoperatie (RZA 2002, 126); Rb. Haarlem 21 juni 2002, IVF (RZA 2002, 168); Rb. Zutphen 11 juli 2002, Lymfoedeem (RZA 2002, 199) en Rb. Leeuwarden 20 september 2002, Alpha Kliniek (zaak 01/145), alsmede Beroepscommissie. WTZKV 20 maart 2002, Asklepios Paulinen Kliniek (RZA 2002, 137) en Beroepscommissie. WTZKV 20 februari 2002, knieoperatie (RZA 2002, 100).

57 Zie voor een bespreking van het arrest Müller-Fauré o.a. de annotatie van J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, SEW 2003, p. 270 e.v.

moelijk zijn beroepswerkzaamheden kan verrichten, en met diens antecedenten. Het criterium van de tijdigheid moet derhalve medisch worden ingevuld. Ten aanzien van de extramurale zorg kwam het Hof evenwel tot de conclusie dat de beperkingen van het vrije dienstenverkeer die het gevolg waren van het uit het zorg in natura-stelsel voortvloeiende toestemmingsvereiste, niet geoorloofd waren. Het beroep op het dwingende vereiste van het financieel evenwicht ging niet op volgens het Hof voor extramurale zorg, omdat de kans dat veel patiënten dit type zorg over de grens zouden gaan halen, klein is vanwege omstandigheden als taalbarrières, geografische afstanden, kosten voor verblijf in een andere lidstaat en gebrek aan informatie over de in een andere lidstaat aangeboden zorg. Daarnaast wordt extramurale zorg in de regel vlak bij de woonplaats van een patiënt aangeboden. Nu de kans dat 'grote stromen van grensoverschrijdende extramurale zorgbewegingen' op gang komen klein is, wordt het financiële evenwicht van het Nederlandse stelsel van zorg in natura niet bedreigd. Aangezien Nederland geen gegevens kon overleggen waaruit bleek dat het financieel evenwicht in gevaar was, kon niet worden aangetoond dat voldaan was aan het proportionaliteitsvereiste.

In de zaak-Müller-Fauré heeft het Hof een scheiding aangebracht tussen intramurale zorg en extramurale zorg. Ziekenfondsen mogen ten aanzien van het eerste type zorg een toestemmingsvereiste hanteren voor behandelingen in het buitenland en voor het tweede type niet.⁵⁸ In een casus is het derhalve van groot belang dat vast komt te staan of er sprake is van een intramurale of extramurale behandeling. Dit bleek recentelijk uit het arrest van het Hof van 23 oktober 2003 in de zaak-Inizan. In deze zaak was de vraag aan de orde of de bevoegde Franse autoriteiten het vereiste van voorafgaande toestemming voor een behandeling in het buitenland mochten hanteren. Voor de beantwoording van deze vraag acht het Hof het van belang dat de in het geding zijnde behandeling een multidisciplinaire pijnbehandeling was die in het ziekenhuis diende te worden ondergaan. Nu er derhalve sprake was van intramurale zorg en de toestemming door de autoriteiten zou worden verleend indien er niet tijdig een passende behandeling op het Frans grondgebied beschikbaar was, oordeelde het Hof dat de regels inzake

58 Zie in dit verband Circulaire 03/35 van 25 juni 2003 van het CVZ, waarin dit college aan de uitvoeringsorganisaties van de Ziekenfondswet en de AWBZ meedeelt dat de vergoeding van de extramurale zorg bij een zorgaanbieder in een andere lidstaat ten gevolge van het arrest Müller-Fauré niet meer afhankelijk gesteld mag worden van voorafgaande toestemming. Opmerkelijk genoeg had de rechtbank Maastricht deze conclusie reeds getrokken, voordat het Hof medio mei 2003 zijn arrest in de zaak Müller-Fauré had gewezen. Zie Rb. Maastricht, 6 maart 2002, CZ, AB 2002, 164, m.nt. E. Steyger en RZA 2002, 81.

het vrije dienstenverkeer niet geschonden waren. Ook de Nederlandse rech-

ter is reeds genoodzaakt geweest aan de hand van het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg de regels voor het vrije dienstenverkeer toe te passen. In zijn uitspraak van 26 september 2003 heeft de Rechtbank Maastricht⁵⁹ geoordeeld dat de kosten van een lymfdrainagebehandeling die een ziekenfondsverzekerde in Duitsland onderging, vergoed moesten worden (tot de hoogte van het bedrag waarop krachtens de Nederlandse wetgeving aanspraak gemaakt kon worden), daar het hier om een poliklinische behandeling ging waaraan de kwalificatie ‘extramuraal’ moest worden toegekend. De opname in het ziekenhuis, de intramurale verzorging, behoefde daarentegen niet vergoed te worden volgens de rechtbank. Het arrest van het Hof in de zaak Müller-Fauré bevat aan het einde nog een aantal opmerkelijke passages. In deze passages is een aantal algemene opmerkingen opgenomen die niet alleen betrekking hebben op een stelsel van zorg in natura, maar ook op een systeem van *National Health Service*.⁶⁰ Het Hof stelt dat, hoewel de inrichting van sociale zekerheidsstelsels tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort, de voortschrijdende Europese integratie tot gevolg heeft dat ook op deze terreinen de lidstaten, ook al hebben zij een zorgsysteem van zorg in natura of van een type *National Health Service*, gedeeltelijk hun bevoegdheden moeten inleveren.⁶¹ In dit verband wijst het Hof bijvoorbeeld naar de Sociale zekerheidsverordening die aan de lidstaten bepaalde coördinatieverplichtingen oplegt. (Op deze verordening wordt kort ingegaan in paragraaf 2.2.2.) Vervolgens wijst het Hof erop dat de lidstaten bevoegd blijven om de hoogte van de vergoedingen waarop een verzekerde recht heeft, te bepalen. In zijn arrest in de zaak-Duphar⁶² uit 1984 stelde het Hof dit ook reeds. Hieraan voegt het Hof toe in de zaak-Müller-Fauré dat de bevoegde lidstaat waar een naturastelsel geldt, de hoogte van de vergoeding bepaalt waarop patiënten die een behandeling in een andere lidstaat hebben ondergaan, recht hebben, mits deze bedragen berusten op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria. Uiteindelijk komt het Hof tot de conclusie dat het schrappen van de eis voor voorafgaande toestemming voor grensoverschrijdende extramurale zorg de wezenlijke kenmerken van het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekering niet aantasten.

59 Rb. Maastricht 26 september 2003, A. t. VGZ, zaak AWB 03/16 ZFW.

60 Hoewel de casus in de zaak Müller-Fauré geen betrekking had op zorg verschaft door organen van een *National Health Service*, voelde het Hof zich genoodzaakt op een dergelijk systeem in te gaan. Met name het Verenigd Koninkrijk had namelijk in zijn interventies voor het Hof in de zaak Müller-Fauré het bijzondere karakter van het zorgsysteem volgens de principes van de *National Health Service* benadrukt.

61 Zie rechtsoverwegingen 102-104 van het arrest Müller-Fauré.

62 Zaak 238/82, Duphar, Jur. 1984, p. 523.

Het arrest van het Hof in de zaak-Vanbraekel bevat nog nadere criteria voor

de bepalingen van de hoogte van de vergoedingen, waarop een patiënt recht heeft, indien hij een behandeling in een andere lidstaat ondergaat. In deze zaak had een Belgische patiënt, na hiervoor toestemming te hebben verkregen, een behandeling in een Frans ziekenhuis ondergaan. De vergoeding van de onkosten die hij kreeg in Frankrijk lag echter lager dan voor dezelfde behandeling in België. Indien hij de behandeling in België had ondergaan, dan was de vergoeding hoger geweest dan nu het geval was bij de behandeling in Frankrijk. Het Hof stelde dat verschil in vergoeding het vrije dienstenverkeer beperkte, nu het minder aantrekkelijk werd gemaakt voor Belgische verzekerden om medische diensten in Franse ziekenhuizen te ontvangen. Voor deze beperking bestond geen rechtvaardiging, zodat het vrije dienstenverkeer geschonden was. Een lidstaat mag derhalve voor een behandeling in het buitenland geen lagere vergoeding geven dan voor een vergelijkbare behandeling in de eigen lidstaat.

Uit bovenstaande arresten blijkt dat het Hof de wijze waarop in de lidstaat zorgverzekeringen gereguleerd zijn, toetst aan het vrije verkeer. De reden hiervoor is dat in de visie van het Hof medische verrichtingen kunnen worden gekwalificeerd als economische activiteiten (bijvoorbeeld goederen en diensten). Regulering die de toegang tot de zorgmarkten beperkt, levert in beginsel een belemmering van het vrije verkeer op. Zij vallen daarmee onder de verboden van het vrije verkeer. Het Hof houdt rekening met het bijzondere karakter van deze medische behandelingen, zodat in een aantal gevallen een beroep op een exceptie gedaan kan worden. De bewegingsruimte voor de lidstaten is door de ruime interpretatie van de bepalingen inzake het vrije verkeer evenwel aan grenzen gebonden. Aangetoond moet immers worden dat de regulering die met het oog op de volksgezondheid en het financieel evenwicht van het sociaal zekerheidsstelsel in het leven is geroepen, voldoet aan het evenredigheidsvereiste. Voor het huidige ziekenfondsstelsel is Nederland daarin geslaagd voor de intramurale zorg, maar niet voor de extramurale zorg. De standaardopmerking van het Hof dat de inrichting van de sociale zekerheid tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, dient dus te worden gerelativeerd, indien het gaat om de inrichting van zorgverzekeringen voor medische behandelingen, met andere woorden voor de cure.

2.2 Harmonisatie

Naast de algemene verdragsregels inzake het vrije verkeer, kan de EU om het vrije verkeer van specifieke goederen en diensten of van een bepaalde categorie personen te bevorderen specifieke regelgeving vaststellen. Zo kan de EU op grond van artikel 95 EG-verdrag (voorheen artikel 100A EG-verdrag)⁶³

63 Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam is de nummering van bepalingen van het EG-verdrag drastisch veranderd.

richtlijnen en verordeningen vaststellen die de goede werking van de inter-

ne markt tot onderwerp hebben. Ook zijn er bepalingen in het EG-verdrag die de EU de bevoegdheid toekent specifieke regelingen in het leven te roepen om bijvoorbeeld het vrije verkeer van werknemers te bevorderen (artikel 42 EG-verdrag, voorheen artikel 51 EG-verdrag), de vrijheid van vestiging (artikel 47 EG-verdrag, voorheen artikel 57 EG-verdrag) en het vrije dienstenverkeer (artikel 52 EG-verdrag, voorheen artikel 63 EG-verdrag). Deze specifieke regelingen hebben de economische integratie in de Europese Unie tot onderwerp.

De bevoegdheid van de EU om regelingen in het leven te roepen is limitatief opgesomd in de relevante verdragen. Zoals reeds is opgemerkt in het eerste hoofdstuk van dit rapport, kent artikel 152 EG-verdrag aan de lidstaten slechts in zeer beperkte mate regelgevende bevoegdheden toe op het terrein van de volksgezondheid. De inrichting van het zorgstelsel is een bevoegdheid van de lidstaten. Artikel 152 lid 5 EG-verdrag bepaalt uitdrukkelijk, zoals ook reeds aan de orde is geweest, dat bij het optreden van de Europese Unie op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd.

Aangelegenheden van de interne markt hebben echter vaak raakvlakken met beleidsterreinen waarin niet-economische belangen centraal staan, zoals de zorg. Het is daarom de Europese Unie toegestaan om regelgeving vast te stellen die zowel aspecten van de interne markt/vrij verkeer regelt als aspecten van de zorg, zolang de desbetreffende gemeenschapsregeling metterdaad het doel heeft de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren.⁶⁴ Dat in een dergelijke regeling voor de interne markt het zorgbelang zelfs een prominente plaats moet krijgen, vloeit voort uit het integratiebeginsel van artikel 152 lid 1 EG-verdrag, waarin de Europese Unie opgedragen wordt bij haar handelen op andere beleidsterreinen een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid te verzekeren.

In een EG-regeling die artikel 95 EG-verdrag of een andere economische rechtsgrondslag heeft, worden economische en niet-economische belangen geregeld en tegen elkaar afgewogen. Op deze wijze worden de concurrentievoorwaarden in de Europese Unie zoveel mogelijk geharmoniseerd. Na har-

64 Zie bijvoorbeeld zaak C-376/98, Duitsland t. Parlement en de Raad (Tabaksrichtlijn), Jur. 2000 p. I-8419 en zaak C-491/01, British American Tobacco, 10 december 2002, n.n.g. Uit deze arresten blijkt dat het louter vaststellen van het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving en het in abstracto duiden van de daarmee gepaard gaande risico's voor de interne markt niet voldoende is voor een rechtmatig gebruik van artikel 95 EG-verdrag als rechtsbasis.

monisatie van een bepaald onderwerp, dienen het nationale beleid en regel-

geving van de lidstaten in overeenstemming te zijn, met de desbetreffende EG-richtlijn of -verordening. Het nationale beleid en regelgeving ter zake dienen dan in beginsel niet meer getoetst te worden aan de algemene verdragsregels inzake het vrije verkeer, maar aan de Europese harmonisatiemaatregel in kwestie.⁶⁵ Er kan geen beroep gedaan worden op de verdragsexcepties en de jurisprudentiële rule of reason uit het vrije verkeer, om van een specifieke EG-harmonisatiemaatregel af te wijken; de excepties uit het vrije verkeer zijn geen soevereiniteitsvoorbehoud en verliezen in beginsel hun waarde op het moment dat een bepaalde aangelegenheid is geharmoniseerd.⁶⁶

Voor het onderhavige onderzoek over zorgverzekeringen en EG-recht zijn de schaderichtlijnen en dan met name de Derde Schaderichtlijn⁶⁷ van belang. Deze richtlijn die gebaseerd is op de verdragsbepalingen voor het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging, beoogt het vrije verkeer van schadeverzekeringen te bevorderen. Daarnaast is de reeds aangehaalde Sociale Zekerheidsverordening van belang. Deze verordening is overigens in strikte zin geen harmonisatiemaatregel daar in deze regeling geen harmonisatie van sociale zekerheidsaangelegenheden plaatsvindt⁶⁸ – op het terrein van de sociale zekerheid beschikt de Europese Unie over beperkte bevoegdheden, zo blijkt uit artikel 137 EG-verdrag. Geregeld is een aantal coördinatiebepalingen om het vrije verkeer van werknemers te bevorderen.

2.2.1 Derde Schaderichtlijn

De Schaderichtlijnen regelen de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden (anders dan in loondienst) op het terrein van de directe verzekeringen die in een lidstaat zijn gevestigd of zich daar willen vestigen, zo volgt uit artikel 1 van de Eerste Schaderichtlijn.⁶⁹ Zoals hierboven reeds aan de orde is geweest bevatten de richtlijnen en verordening op het terrein van de

65 Zie bijvoorbeeld C-324/99, DaimlerChrysler, Jur. 2001, p. I- 9897.

66 Zie bijvoorbeeld zaak 5/77, Tedeschi, Jur. 1977, p. 1555; zaak 72/83, Campus Oil, Jur. 1984, p. 2727 en zaak C-1/96, Compassion, Jur. 1998, p. I-1251.

67 Richtlijn 92/49 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, Pb. 1992 L288/1.

68 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 13 van zaak 313/86, Lenoir, Jur. 1988, p. 5391 en rechtsoverweging 52 van zaak C-34/02, Sante Pasquini, 19 juni 2003, n.n.g.

69 Eerste Richtlijn 73/239 van de Raad van 24 juli 1973 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.

interne markt en het vrije verkeer vaak een dubbele doelstelling. Dit geldt

ook voor de Schaderichtlijnen die de harmonisatie van gelijke concurrentievoorwaarden voor verzekeringsondernemingen binnen de EU en de bescherming van verzekerden nastreven.⁷⁰

Toepasselijkheid van de Derde Schaderichtlijn

De Derde Schaderichtlijn is niet van toepassing, zo blijkt uit artikel 2 lid 2 van de Derde Schaderichtlijn die verwijst naar artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn, op verzekeringen die opgenomen zijn in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid. In de zaak-Garcia⁷¹ besliste het Hof dat nationale sociale zekerheidsstelsels die (volledig) op het solidariteitsbeginsel zijn gebaseerd en waarvoor een aansluitingsplicht geldt, daarom niet onder de reikwijdte van de Derde Schaderichtlijn vallen. In het recente arrest-Freskot⁷² besliste het Hof dat een wettelijke landbouwverzekering welke in het leven was geroepen met het oog op de risico's van natuurevenementen, niet onder het toepassingsbereik viel van de Schaderichtlijnen, omdat de bijdrage die betaald werd aan de uitvoerder van de verzekering bij wet was vastgesteld, omdat de bijdrage door de belastingdienst werd geïnd en omdat de omvang en de bijzonderheden van de door de uitvoerder te verlenen diensten eveneens door de nationale wetgever werd vastgesteld op eenvormige wijze voor alle ondernemers.

Of er sprake is van sociale zekerheid in de zin van de Schaderichtlijn bepaalt het Hof in zijn rechtspraak aan de hand van materiële criteria en niet op basis van de kwalificatie die een lidstaat heeft gegeven aan een bepaald verzekeringsstelsel. Van belang in dit verband is het arrest van het Hof in zaak C-206/98, Commissie t. België.⁷³ In deze zaak betoogde België dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die door private ondernemingen werden aangeboden in deze lidstaat niet onder de Schaderichtlijnen vielen, daar deze verzekeringen krachtens het Belgische recht tot het stelsel van de sociale zekerheid behoren. Deze private arbeidsongeschiktheidsverzekering viel, zo stelde de Belgische regering, zelfs onder de reikwijdte van de Sociale zekerheidsverordening. Het Hof wijst er echter nadrukkelijk op dat het Belgisch stelsel voor arbeidsongevallenverzekering geen criterium kan vormen voor de bepaling van de reikwijdte van de Derde Schaderichtlijn.⁷⁴

70 Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht, advies van de landsadvocaat, Den Haag, 4 december 2002, p. 12.

71 Zaak C-238/94, Garcia, Jur. 1996, p. I-1673.

72 Zaak C-355/00, Freskot, 22 mei 2003, n.n.g.

73 Zaak C-206/98, Commissie t. België, Jur. 2000, p. I-3509.

74 Zie rechtsoverweging 41 van zaak C-206/98. Een vergelijkbare rechtsoverweging treft men aan in rechtsoverweging 53 van het reeds aangehaald arrest Freskot. Het Hof onderzoekt aan de hand van de systematiek van de Derde schade-

richtlijn het toepassingsbereik ervan. Er wordt daarbij groot belang gehecht aan artikel 55 van de Derde Schaderichtlijn, dat voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen welke voor eigen risico worden aangeboden een speciale uitzonderingsregeling bevat. Het Hof overweegt in dat verband het volgende:

‘Blijkens artikel 55 van richtlijn 92/49, dat evenals artikel 54 inzake de ziektekostenverzekering een speciale uitzondering op de algemene regeling van deze richtlijn vormt, vallen dergelijke verzekeringen onder de werkingssfeer van deze richtlijn.’⁷⁵

De verwijzing naar de ziektekostenverzekeringen is opmerkelijk, omdat deze kwestie niet aan de orde was in zaak C-206/98. Niet kan evenwel ontkend worden dat de problematiek van de particuliere ziektekostenverzekering grote gelijkenissen vertoont met die van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Door middel van een a contrario-redenering komt het Hof tot de conclusie dat voor de toepasselijkheid van de Derde schaderichtlijn het aanbieden van de verzekering voor eigen risico een belangrijke rol speelt. Van belang in dit verband achtte het Hof dat de betrokken Belgische verzekeringsondernemingen een tot de dienstensector behorende economische activiteit uitoefenen.⁷⁶ Het Hof formuleert dan uiteindelijk het volgende criterium:

‘Bijgevolg moet artikel 2, lid 2, van richtlijn 92/49 tegen de achtergrond van artikel 55 ervan aldus worden uitgelegd, dat deze richtlijn van toepassing is op verzekeringen die in het kader van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid door verzekeringsondernemingen voor eigen risico worden uitgeoefend.’⁷⁷

Voor de toepasselijkheid van de Derde Schaderichtlijn is het dus van belang of de verzekering in kwestie voor eigen risico wordt aangeboden en of er sprake is van een economische activiteit in de zin van het EG-verdrag. Zeker nu het Hof zo uitdrukkelijk in zaak C-206/98 heeft verwezen naar artikel 54 Derde schaderichtlijn ziektekostenverzekering, is deze zaak ook van belang voor de vraag naar de toepasselijkheid van de Schaderichtlijnen op ziektekostenverzekeringen. Ook al geeft een lidstaat dergelijke verzekeringen een plaats in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, dan nog is de toepasselijkheid van deze richtlijn niet uitgesloten. Indien dergelijke verzekeringen

⁷⁵ Zie rechtsoverweging 36 van zaak C-206/98.

⁷⁶ Zie rechtsoverweging 39 van zaak C-206/98.

⁷⁷ Zie rechtsoverweging 44 van zaak C-206/98.

voor eigen risico worden uitgeoefend en er sprake is van een economische

activiteit moeten de regels voor de Derde Schaderichtlijn in acht worden genomen.

In het rapport van de landsadvocaat over de verhouding tussen het EG-recht en de particuliere ziektekostenverzekering wordt de stelling verdedigd dat het criterium eigen risico niet te breed moet worden uitgelegd, daar het Hof deze woorden letterlijk heeft ontleend aan artikel 55 van de Derde Schaderichtlijn.⁷⁸ Indien het Hof het begrip eigen risico als algemeen criterium had willen poneren, dan had het niet zo nauw aangeknoopt bij de bewoordingen van dit artikel, maar had het eenvoudig kunnen constateren dat de verzekeraars voor eigen risico handelden. Het gaat volgens de landsadvocaat om het handelen voor eigen verzekeringsrisico; dit is het financiële risico dat als gevolg van de onzekerheidsfactor eigen is aan een verzekeringsrelatie. Deze redenering is logisch, nu in de richtlijn verzekeringsactiviteiten centraal staan. Hij kan echter niet rechtstreeks afgeleid worden uit het arrest van het Hof in zaak C-206/98, daar in de hierboven aangehaalde rechtsoverweging in vrij algemene bewoordingen gesproken wordt over eigen risico. Er wordt in deze rechtsoverweging wel verwezen naar artikel 55. Dit kan echter ook verklaard worden uit de omstandigheid dat het Hof voor de interpretatie van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn een aantal andere bepalingen uit de Schaderichtlijnen nodig had, met name artikel 55 en 54 van de Derde Schaderichtlijn. Na aan deze artikelen bepaalde gegevens te hebben ontleend was duidelijk hoe het begrip sociale zekerheid in de zin van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn diende te worden geïnterpreteerd. Deze interpretatie kan dan vervolgens een algemene gelding krijgen. In dit verband moet erop gewezen worden dat in het arrest-Garcia het Hof ter onderbouwing van de stelling dat het in het geding zijnde stelsel tot de sociale zekerheid in de zin van de Derde Schaderichtlijn behoorde, verwees naar het arrest-Poucet en Pistre.⁷⁹ In dit arrest stond het begrip economische activiteit uit het EG-mededingingsrecht centraal. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat volgens het Hof convergentie bestaat tussen het brede begrip economische activiteit uit het EG-verdrag (en dan met name uit het Europese mededingingsrecht) enerzijds en de activiteiten die onder de reikwijdte van de Derde Schaderichtlijn vallen anderzijds. De volgende stap die dan gezet zou kunnen worden is dat het in deze richtlijn niet om een beperkte interpretatie van de terminologie 'aanbieden voor eigen risico' gaat, maar om een brede interpretatie ervan tegen de achtergrond van het begrip economische activiteit.

Vooralsnog is onduidelijk hoe het begrip 'eigen risico' moet worden geïnter-

⁷⁸ Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 14.

⁷⁹ Gevoegde zaken, Poucet en Pistre, Jur. 1993, p. I-637.

preteerd. De enige aanwijzing die het Hof heeft gegeven over de convergen-

tie tussen de onder het vrije verkeer en onder de Derde Schaderichtlijn vallende activiteiten, is terug te vinden in rechtsoverweging 60 van het reeds aangehaalde arrest-Freskot. In deze rechtsoverweging stelt het Hof dat de werkingssfeer van de Schaderichtlijnen niet ruimer is dan de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrije verkeer. Of de werkingssfeer aanzienlijk beperkter is, wordt echter niet gesteld. Al met al moet de conclusie wel luiden dat, hoewel er nog enige onduidelijkheid over de reikwijdte bestaat, in ieder geval veel verzekeringen die een sociaal karakter hebben onder de Derde Schaderichtlijn kunnen vallen. Bij wijze van voorbeeld dient gewezen te worden op de Franse mutualiteiten ('mutuelles').⁸⁰

Kern van de Derde Schaderichtlijn

De kern van het regime van de Derde Schaderichtlijn is gelegen in de regels met betrekking tot de financiële soliditeit en de toegang tot de verzekeringsmarkten in de Europese Unie. Op grond van het principe van single licence heeft een verzekeraar voor de interne markt slechts één vergunning nodig; tevens is het principe van *country home control* van toepassing, hetgeen betekent dat in beginsel een verzekeringsonderneming alleen onderworpen is aan de regels en de toezichtinstantie van het land van vestiging.⁸¹ In de vijfde considerans van de Derde Schaderichtlijn worden deze principes omschreven door te overwegen dat harmonisatie tot stand wordt gebracht door wederzijdse erkenning van de vergunningen en van stelsels van bedrijfseconomisch toezicht, waardoor een zelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is, terwijl het toezicht in beginsel wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst. Overigens valt, in afwijking van de algemene regels voor het vrij verkeer, een interne nationale situatie ook onder een harmonisatiemaatregel, zodat een lidstaat voor zijn eigen verzekeringsondernemingen niet mag afwijken van de Derde Schaderichtlijn, tenzij deze richtlijn een dergelijk afwijken uitdrukkelijk toestaat.

Toegang tot het verzekeringsbedrijf

Titel II van de Derde Schaderichtlijn bevat de bepalingen betreffende de toegang tot het verzekeringsbedrijf. Hier is geregeld dat bij de toezichthoudende autoriteit van het land van herkomst/vestiging onder bepaalde voorwaarden een vergunning aangevraagd kan worden. De afgegeven vergunning geldt voor de gehele Gemeenschap; zij stelt de ondernemingen in staat

⁸⁰ Zie zaak C-239/98, Commissie t. Frankrijk, Jur. 1999, p. I-8935.

⁸¹ Zie ook het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 21.

aldaar werkzaamheden uit te oefenen, hetzij in het kader van het recht van

vestiging, hetzij in het kader van het vrij verrichten van diensten.⁸² In de Derde schaderichtlijn zijn eisen opgenomen betreffende het toezicht dat in de lidstaat van herkomst moet worden uitgeoefend. In dit toezicht moet de verzekeraar verboden zijn om activiteiten te verrichten die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Dit volgt uit artikel 8 lid 1 sub b van de Eerste Schaderichtlijn, zoals gewijzigd door de Derde schaderichtlijn. In zaak C-239/98, Commissie tegen Frankrijk,⁸³ werd Frankrijk door het Hof veroordeeld wegens schending van deze bepaling, omdat onder meer voor de Franse mutuelles geen onderscheid gemaakt werd tussen hun eigenlijke verzekeringsactiviteit en hun 'sociale activiteiten' (zoals het beheer van apotheken en brillenwinkels). Uit de Derde schaderichtlijn vloeit voort dat hetzelfde rechtssubject niet tegelijkertijd verzekeringsactiviteiten en 'sociale activiteiten' mag verrichten. In de zaak Association basco-béarnaise des opticiens indépendants,⁸⁴ heeft het Hof bepaald dat artikel 8 lid 1 sub b van de Eerste Schaderichtlijn voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om rechtstreekse werking te kunnen krijgen.⁸⁵ Indien een lidstaat dit artikel niet opneemt in zijn nationale wetgeving, kan een particulier derhalve voor de nationale rechter tegenover de overheid op deze bepaling een beroep doen.

Het toezicht op de financiële soliditeit

In titel III van de Derde Schaderichtlijn zijn de uitoefeningsvoorwaarden geregeld voor het verzekeringsbedrijf. Het gaat hier vooral om bepalingen met betrekking tot het toezicht op de financiële soliditeit (met name de solvabiliteit) van verzekeringsondernemingen. Artikel 13 van de Eerste Schaderichtlijn, zoals gewijzigd door artikel 9 van de Derde Schaderichtlijn, bepaalt dat het financiële toezicht op een verzekeringsonderneming, met inbegrip van het toezicht op de werkzaamheden die zij door bijkantoren en in het kader van dienstverrichting uitoefent, behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat van herkomst. Daarna volgt er een aantal artikelen waarin de voorschriften, waaraan dit toezicht moet voldoen, zijn

82 Zie artikel 5 van de Derde Schaderichtlijn dat artikel 7 van de Eerste Schaderichtlijn wijzigt.

83 Zaak C-239/98, Commissie tegen Frankrijk, Jur. 1999, p. I-8935.

84 Zaak C-109/99, Association basco-béarnaise des opticiens indépendants, Jur. 2000, p. I-7247.

85 Richtlijnbevestigingen dienen omgezet te worden in nationale wetgeving alvorens ze kunnen worden toegepast. Op grond van vaste rechtspraak, zoals bijvoorbeeld zaak 148/78, Ratti, Jur. 1979, p. 1629, kunnen evenwel niet-omgezette richtlijnbevestigingen alsnog worden toegepast, indien ze voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn. In dat geval krijgen ze rechtstreekse werking.

opgenomen. Zo zijn er voorschriften opgenomen ten aanzien van de deelne-

ming van een verzekeraar in een orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid dat aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten verricht. Op grond van de Schaderichtlijnen moet de lidstaat van herkomst de verzekeringsonderneming verplichten met betrekking tot het geheel van haar werkzaamheden toereikende technische voorzieningen te vormen, waartegenover congruente activa staan, die, wat de in de Gemeenschap gelegen risico's betreft, in de Gemeenschap moeten zijn gelokaliseerd. In de zaak-Skandia⁸⁶ betoogde het Hof echter dat de schaderichtlijn het de verzekeringsonderneming niet verbiedt om binnen de grenzen van zijn vrije vermogen (de activa die aanwezig zijn boven de activa die de technische voorzieningen dekken) aandelen te houden van een vennootschap, waarvan de activiteiten vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Dergelijke verboden mogen de lidstaten daarom niet opleggen aan de verzekeringsondernemingen. In het reeds aangehaalde arrest *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants* bepaalde het Hof dat de Schaderichtlijnen zich er niet tegen verzetten dat een verzekering binnen de grenzen van zijn vrije vermogen deelneemt in een orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid dat een handelsactiviteit vreemd aan het verzekeringsbedrijf verricht, mits de uit deze activiteit voortvloeiende risico's beperkt tot het vermogen van dat orgaan blijft. Op grond van artikel 8 lid 2 van de Eerste Schaderichtlijn, zoals gewijzigd door artikel 6 Derde Schaderichtlijn, mag overigens een verzekeraar een vergunning aanvragen om haar activiteiten uit te breiden naar een andere (verzekerings)branche. Deze aanvraag moet wel aan bepaalde vereisten voldoen, onder meer verband houdend met de solvabiliteit.

Het verbod van artikel 29 Derde Schaderichtlijn

Onderdeel van titel III, waarin de voorschriften betreffende het toezicht op de financiële soliditeit is opgenomen, is artikel 29 Derde Schaderichtlijn. Op grond van deze bepaling mogen de lidstaten geen bepalingen vaststellen, waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geëist van de algemene en bijzondere voorwaarden van verzekeringspolissen, van de tarieven alsmede van de formulieren en andere documenten waarvan de verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringsnemers. Daarnaast bepaalt artikel 29 dat voor het toezicht op de naleving van de nationale bepalingen betreffende verzekeringsovereenkomsten de lidstaten alleen een niet-systematische mededeling van de voorwaarden en andere documenten met betrekking tot de verzekering kunnen eisen, zolang dit vereiste geen voorwaarde vooraf vormt voor de uitoefening van de verzekeringsactiviteiten. Slechts een steekproefsgewijze

⁸⁶ Zaak C-241/97, *Skandia*, Jur. 1999, p. I-1879.

mededeling van de polisvoorwaarden achteraf is toegestaan. Tot slot bepaalt

artikel 29 Derde Schaderichtlijn dat de voorafgaande kennisgeving of de goedkeuring van voorgestelde tariefverhogingen alleen als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem gehandhaafd of ingevoerd mag worden. Kort samengevat bevat artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn twee verboden voor de lidstaten: - het verbod om voorafgaande goedkeuring te eisen voor het hanteren van algemene en bijzondere polisvoorwaarden en het verbod om systematische mededeling van deze voorwaarden te eisen.

Overigens bepaalt artikel 30 lid 2 van de Derde Schaderichtlijn dat een lidstaat die bepaalde verzekeringen verplicht stelt, kan eisen dat van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verplichte verzekering aan zijn bevoegde autoriteiten kennisgeving wordt gedaan, voordat deze voorwaarden in gebruik worden genomen.

Met betrekking tot de problematiek van de zorgverzekeringen is de interpretatie van artikel 29 Derde Schaderichtlijn van groot belang. In hoeverre wordt nationale regulering van (particuliere) ziektekostenverzekeringen (die geen betrekking hebben op de financiële soliditeit) verboden door dit richtlijnartikel?

Er bestaat over deze bepaling enige rechtspraak van het Hof, die echter niet op alle vragen antwoord biedt. Zo oordeelde het Hof dat de Franse wetgeving, op grond waarvan verzekeringsondernemingen verplicht waren stelselmatig door middel van fiches gegevens mee te delen die deel uitmaken van de algemene voorwaarden van verzekeringspolissen, onder meer in strijd was met artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn.⁸⁷ In het voorjaar van 2003 heeft het Hof zich uitgelaten over een Italiaanse maatregel, waarin het aan verzekeringsmaatschappijen verboden werd de tarieven te verhogen voor de verplichte wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen.⁸⁸ Bij de toets aan de Derde Schaderichtlijn van deze maatregel stelde het Hof dat artikel 29 Derde Schaderichtlijn uitgaat van het beginsel van tariefvrijheid. De tariefregeling die Italië had ingevoerd, beperkte volgens het Hof de vrijheid van verzekeringsmaatschappijen, met inbegrip van de ondernemingen die in het kader van de vrije vestiging en het vrij verrichten van diensten actief zijn, ten aanzien van de vaststelling en ontwikkeling van de tarieven in het kader van overeenkomsten voor wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen. Aangezien de Italiaanse regeling betrekking had op een specifieke sector van de schadeverzekering, was zij geen onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem, welke op grond van artikel 29 Derde Schaderichtlijn is toegestaan. Bij een algemeen prijscontrolesysteem gaat het immers om een systeem dat gekenmerkt wordt door een

87 Zaak C-296/98, Commissie t. Frankrijk, Jur. 2000, p. I-3025.

88 Zaak C-59/01, Commissie t. Italië, 25 februari 2003, n.n.g.

zekere mate van algemeenheid en homogeniteit.⁸⁹ Door de tarieven van de

wettelijke aansprakelijkheidsverzekeringen voor motorvoertuigen te bevriezen, zonder onderscheid te maken tussen op Italiaans grondgebied gevestigde verzekeringsmaatschappijen en die welke aldaar hun activiteiten uitoefenen via bijkantoren dan wel in het kader van het vrije dienstenverkeer, had Italië volgens het Hof in strijd met de Derde Schaderichtlijn gehandeld. De verplichting, die door de Italiaanse regeling in kwestie aan de verzekeringsmaatschappijen was opgelegd, om gegevens aan een databank te geven, werd evenwel niet in strijd met deze richtlijn geoordeeld door het Hof, omdat deze nationale verplichting een ander doel had dan de richtlijn, namelijk de bestrijding van fraude.

Uit het bovengenoemde arrest blijkt dat het Hof ervan uitgaat dat de Derde Schaderichtlijn gebaseerd is op het beginsel van tariefsvrijheid voor schadeverzekeringen, zodat nationale regulering van de tarieven voor schadeverzekeringen in principe problematisch kan zijn. Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in de Interpretatieve mededeling van de Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf.⁹⁰ De Commissie stelt in deze mededeling bijvoorbeeld dat ‘de vrijheid van tarieven’ is ingesteld door de Derde Schaderichtlijn. Op de tariefsvrijheid wordt hieronder teruggekomen in het kopje over artikel 28 Derde Schaderichtlijn.

Er bestaat geen rechtspraak over de verhouding tussen andere nationale (niet de financiële soliditeit betreffende) regulering en artikel 29 Derde Schaderichtlijn. In het ongewisse is voorsnóg hoe ruim het verbod uit deze bepaling moet worden geïnterpreteerd.

Voor een beperkte interpretatie pleit de plaats van artikel 29 in de Derde Schaderichtlijn. Het is onderdeel van het financiële toezicht dat geharmoniseerd wordt. In deze beperkte interpretatie is andere regulering dan die betreffende het financiële toezicht mogelijk, mits er geen voorafgaande goedkeuring of stelselmatige mededeling van polisvoorwaarden wordt geëist.⁹¹ Aangezien echter artikel 29 met zo veel woorden de tarieven noemt en het Hof uitgaat van tariefsvrijheid, stuit regulering van de tarieven zeer waarschijnlijk op bezwaren. Het voordeel van de beperkte interpretatie is dat de tekst van artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn gerespecteerd wordt. In dit verband moet de aandacht nogmaals gevestigd worden op het arrest Commissie t. Italië. In de Italiaanse regeling die in het geding was in dit arrest, werden aan verzekeringsmaatschappijen naast tariefvoorschriften

89 Zie rechtsoverweging 34 van het arrest Commissie t. Italië.

90 Pb. 2000 C43/5.

91 Vergelijk in dit verband I.G.F. Cath, De keuze voor een privaot of publiek stelsel wordt niet bepaald door het EU-recht, Memorandum van 20 februari 2003, p. 11-13.

ook verplichtingen betreffende de fraudebestrijding opgelegd. Deze waren niet in strijd met de Derde Schaderichtlijn, omdat de nationale wetgever met deze verplichtingen een ander doel (fraudebestrijding) nastreefde dan de Schaderichtlijnen (financieel toezicht, bevordering vrij verkeer). Evenals deze nationale verplichting op het terrein van de fraudebestrijding, zou betoogd kunnen worden dat regulering met een ander doel dan het regelen van financieel toezicht (bijvoorbeeld het waarborgen van de toegankelijkheid tot de zorg) niet in strijd komt met artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn. Voorts moet nog gewezen worden op het reeds aangehaalde artikel 30 lid 2 van de Derde Schaderichtlijn, waarin lidstaten de bevoegdheid gegeven wordt om te eisen dat de voorwaarden van verplicht gestelde verzekeringen gemeld worden bij de bevoegde autoriteiten. Er zijn blijkbaar verzekeringen met een bijzonder karakter, ten aanzien waarvan de lidstaten bevoegd blijven de niet tot het financiële toezicht behorende aangelegenheden te regelen.

Bij een ruime interpretatie van artikel 29 is het de lidstaten verboden in te grijpen in de algemene en bijzondere voorwaarden van de polisvoorwaarden van een schadeverzekering.⁹² Het voordeel van de ruime interpretatie is dat hij begrijpelijk maakt waarom artikel 54 Derde Schaderichtlijn, de uitzondering voor ziektekostenverzekeringen, nodig was. Daarnaast kan het opleggen van een verplichting als de acceptatieplicht nadelige consequenties hebben voor de financiële soliditeit die juist een van de belangrijke doelstellingen van de Schaderichtlijnen zijn. Een ruime interpretatie van het verbod van artikel 29 Derde Schaderichtlijn respecteert deze doelstelling, aangezien dan een lidstaat niet door middel van een acceptatieplicht de financiële soliditeit in gevaar mag brengen.

In titel IV van de Derde Schaderichtlijn is een aantal bepalingen opgenomen dat specifiek betrekking heeft op verzekeringsondernemingen die in een andere lidstaat een bijkantoor willen oprichten (vrije vestiging) of van plan zijn in een andere lidstaat werkzaamheden in het kader van het vrije dienstenverkeer te verrichten. In artikel 39 van de Derde Schaderichtlijn wordt uitdrukkelijk herhaald dat ook in dergelijke gevallen het verbod van artikel 29 van de richtlijn geldt. Hetgeen hierboven over artikel 29 is gezegd, geldt *mutatis mutandis* ook voor artikel 39 Derde Schaderichtlijn. Ten aanzien van de onderwerpen die niet geregeld zijn in de Schaderichtlijnen, blijven de lidstaten bevoegd eigen regels vast te stellen, mits zij de algemene regels van het vrije verkeer daarbij respecteren. De aangelegenheden die niet geharmoniseerd zijn door de Derde Schaderichtlijn, worden derhalve nog beheerst door het regime inzake het vrije verkeer.

92 De landsadvocaat kiest voor een ruime interpretatie van artikel 29 Derde Schaderichtlijn. Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 17-19.

De analyse van artikel 29 en daarmee van artikel 39 Derde Schaderichtlijn leidt tot de volgende conclusie. Om de omvang van het verbod van deze artikelen in voldoende mate te bepalen, is nadere rechtspraak of ingrijpen van de communautaire wetgever wenselijk. De lidstaten worden hierdoor evenwel geconfronteerd door een probleem van rechtsonzekerheid. Bij een ruime interpretatie van artikel 29 en 39 Derde Schaderichtlijn behoort nationale regulering op het terrein van acceptatie en dergelijke tot de aangelegenheden die door de Derde Schaderichtlijn geharmoniseerd zijn, zodat deze richtlijn het toetsingskader voor dergelijke nationale regulering is. Bij een beperkte interpretatie zal er echter vanuit gegaan moeten worden dat deze nationale regulering (met uitzondering van de nationale voorschriften met betrekking tot de tarieven) betrekking heeft op aangelegenheden die niet geharmoniseerd zijn, zodat de algemene regels van het vrije verkeer het aangewezen toetsingskader zijn. Waaraan moeten de lidstaten hun regulering van schadeverzekering op het terrein van de zorg toetsen? Aangezien er veel onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de interpretatie van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn, wordt hieronder in hoofdstuk 4 bij de toetsing van de verschillende varianten van zorgverzekering met zowel de beperkte als de ruime interpretatie van deze artikelen rekening gehouden.

Artikel 28 Derde Schaderichtlijn: algemeen belang

Artikel 28 dat evenals artikel 29 opgenomen is in titel III (toezicht op de financiële soliditeit), bepaalt dat een lidstaat, waar het risico is gelegen, een verzekeringsnemer niet kan beletten een overeenkomst te sluiten met een verzekeringsondernemer, voor zover deze overeenkomst niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in de lidstaat waar het risico is gelegen, gelden. Deze bepaling bevat dus zowel een verbod als een uitzondering: het sluiten van een verzekeringsovereenkomst mag in beginsel niet belet worden en een dergelijk beletten is wel toegestaan met het oog op het algemeen belang. De bepaling luidt als volgt:

‘De Lid-Staat waar het risico is gelegen, kan de verzekeringsnemer niet beletten een overeenkomst te sluiten met een verzekeringsonderneming die volgens de voorwaarden van artikel 6 van Richtlijn 73/239/EEG⁹³ een vergun-

93 Artikel 6 van Richtlijn 73/239, luidt na wijziging die de Derde Schaderichtlijn heeft aangebracht, als volgt: ‘De toegang tot het directe verzekeringsbedrijf wordt afhankelijk gesteld van het verkrijgen van een vergunning. Deze vergunning moet bij de autoriteiten van de Lid-Staat van herkomst worden aangevraagd door:

- a) de onderneming die haar hoofdkantoor op het grondgebied van deze Lid-Staat vestigt;
- b) de onderneming die, na de in de eerste alinea bedoelde vergunning te hebben verkregen, haar werkzaamheden tot een gehele branche of tot andere branches uitbreidt.’

ning heeft verkregen, voor zover deze overeenkomst niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in de Lid-Staat waar het risico is gelegen, gelden.’

Artikel 28 kan beschouwd worden als een centrale bepaling in de Derde Schaderichtlijn. Het geeft de mate van harmonisatie van de branche van de schadeverzekeringen weer. De principes van *single licence en country home control* zijn op Europees niveau geregeld, terwijl de lidstaten bevoegd blijven op het terrein van het algemeen belang. In zijn reeds aangehaalde arrest in de zaak over de Italiaanse maatregel betreffende de verplichte wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen, heeft het Hof enige duidelijkheid verschaft over de verhouding van de uitzondering van het algemeen belang uit artikel 28 en het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn. In rechtsoverweging 31 stelt het Hof dat artikel 28 geen uitzonderingsgrond kan vormen voor de tariefsvrijheid, waarvan artikel 29 en artikel 39 van de Derde Schaderichtlijn uitgaan. Als eerste argument hiervoor geeft het Hof dat in artikel 29 (en daarmee ook in artikel 39) zelf reeds staat aangegeven dat goedkeuring of kennisgeving van voorgestelde tariefverhogingen alleen mogen plaatsvinden als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem. In deze bepalingen zijn de afwijkingen van de tariefvrijheid volgens het Hof reeds uitdrukkelijk opgesomd. Als tweede argument geeft het Hof de plaats van artikel 28 op. Deze gaat (logisch gereedeneerd) vooraf aan artikel 29, die het op lidstaten rustende verbod om de tariefvrijheid anders dan als een onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem te beperken, nadrukkelijk vastlegt. In deze redenering kan blijkbaar een uitzonderingsbepaling die volgens de logica van de nummering vooraf gaat aan een verbodsbepaling, niet ingeroepen worden ter rechtvaardiging van het in deze bepaling opgenomen verbod.

Bij het arrest Commissie t. Italië moeten evenwel de volgende twee kanttekeningen geplaatst worden. In de eerste plaats werd in deze zaak een prijsmaatregel van de overheid getoetst die diep ingreep in de markt, namelijk het bevriezen van de tarieven voor motorvoertuigenverzekeringen. Niet op voorhand is duidelijk in hoeverre nationale voorschriften die op minder vergaande wijze de tarieven reguleren, in strijd met het beginsel van de tariefsvrijheid moeten worden geacht. In de tweede plaats lijkt het Hof dit beginsel te hebben overgenomen uit de (reeds aangehaalde) Interpretatieve mededeling van de Commissie over het vrije verkeer van diensten en het verzekeringsbedrijf. Het beginsel van tariefsvrijheid wordt door de Commissie vooral genoemd in de context van de motorrijtuigenverzekering;⁹⁴ dit was ook

94 Zie paragraaf 3 kopje c ‘De verplichte bonus/malusgraad met betrekking tot de premies voor de verplichte motorrijtuigenverzekering’ van de Interpretatieve mededeling van de Commissie.

het type verzekering waarop de litigieuze nationale maatregel uit het arrest Commissie t. Italië betrekking had. Niet vaststaat welke invulling het Hof zal geven aan het beginsel van tariefsvrijheid ten aanzien van de ziektekostenverzekeringen. Het hoeft geen betoog dat met deze laatstgenoemde verzekering grote belangen zijn gemoeid.

Artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn: de uitzonderingsbepaling voor ziektekostenverzekeringen

De Derde Schaderichtlijn bevat (naast de uitzondering genoemd in artikel 28) een aantal uitzonderingen op de door deze richtlijn geïntroduceerde regels. Voor de verhouding tussen het EG-recht en de zorgverzekeringen is artikel 54 van belang. Deze bepaling is toegespitst op de zorgverzekeringen. Op grond van het eerste lid van artikel 54 kan een lidstaat, waar overeenkomsten voor ziektekostenverzekeringen het door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk vervangen, verlangen dat deze overeenkomst voldoet aan de door die lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen ter bescherming van het algemeen belang waarop deze verzekering betrekking heeft. Daarbij kan bepaald worden dat de bevoegde autoriteiten van de algemene en bijzondere voorwaarden van de ziektekostenverzekering op de hoogte worden gebracht, alvorens deze in omloop wordt gebracht. In considerans 24 van de Derde Schaderichtlijn wordt aangegeven wat de inhoud van de wettelijke voorschriften voor een dergelijke ziektekostenverzekering kan zijn. Deze voorschriften kunnen beperkingen van de toegang verbieden en daarnaast kunnen zij voorzien in uniforme tarifiering naar soort overeenkomst en in voorschriften voor een levenslange dekking. Voorts kunnen verzekeraars volgens deze considerans verplicht worden een standaardovereenkomst aan te bieden waarvan de dekking gelijk loopt met die van het wettelijk stelsel van sociale zekerheid en waarvoor een maximumpremievoorschrift geldt; tevens kan deelname aan een compensatiestelsel verplicht worden gesteld. Het tweede lid van artikel 54 bepaalt dat lidstaten kunnen eisen dat de ziektekostenverzekeringen op een met levensverzekeringen vergelijkbare wijze wordt behandeld. Welke eisen de lidstaten onder meer kunnen stellen aan een op een levensverzekering lijkende ziektekostenverzekering wordt vervolgens ook opgesomd in het tweede lid van artikel 54.

Een belangrijk punt van discussie is de vraag hoe de woorden ‘geheel of gedeeltelijk vervangt’ uit het eerste lid van artikel 54 moeten worden geïnterpreteerd. In een letterlijke interpretatie moet tegelijkertijd met een particuliere ziektekostenverzekering een wettelijke stelsel van sociale zekerheid voor ziektekosten van kracht zijn in een lidstaat. Voor een groep ingezetenen geldt dan het private stelsel, terwijl op een andere groep ingezetenen het wettelijke sociale zekerheidsstelsel van toepassing is. Dit is thans het

geval in Nederland voor de WTZ-polis. In een meer ruime interpretatie kan het private stelsel het sociale zekerheidsstelsel in de tijd vervangen. Het ene stelsel volgt het andere op in de tijd.

Voor de beperkte interpretatie⁹⁵ pleit de redenering dat de woorden ‘kunnen vervangen’ duiden op een stelsel waarbij tegelijkertijd naast de private ziektekostenverzekeringen een wettelijk stelsel van sociale zekerheid voor ziektekosten bestaat of blijft bestaan. Daarnaast kan erop gewezen worden dat artikel 54 ooit in het leven geroepen is op verzoek van Nederland, Ierland en Duitsland met het oog op de destijds in de landen voorkomende particuliere ziektekostenverzekeringen.⁹⁶ Nederland wilde vooral de WTZ-polis veilig stellen. Het kenmerk van de WTZ-polis is juist dat deze in zijn geheel de vrijwillige ziekenfondsverzekering en bejaardenziekenfondsverzekering vervangt. De WTZ-polis biedt naast het stelsel van sociale zekerheid van het ziekenfonds voor een bepaalde groep ingezetenen een dekking van de ziektekosten.

Voor een meer ruime interpretatie⁹⁷ geldt randnummer 23 van de considerans van de Derde Schaderichtlijn, die uitgaat van de toegankelijkheid tot een ziektekostenverzekering voor eenieder. Aan het slot van deze considerans wordt betoogd ‘...dat moet worden gegarandeerd dat de verzekeringnemers, ongeacht hun leeftijd en hun gezondheidstoestand, daadwerkelijk toegang hebben tot een particuliere of op vrijwillige basis gesloten ziektekostenverzekering’. Een beperkte interpretatie van artikel 54 lijkt niet in overeenstemming met deze bewoordingen. Indien immers in een lidstaat een stelsel van particuliere ziektekostenverzekeringen een stelsel van sociale zekerheid is opgevolgd, dan zou een restrictieve interpretatie van artikel 54 tot gevolg hebben dat deze lidstaat geen nadere eisen, zoals een accepta-

95 Deze interpretatie wordt aangehangen door de landsadvocaat en de RVZ. Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 16 alsmede door het RVZ in het rapport ‘Gezondheidszorg en Europa: een kwestie van kiezen’, Zoetermeer 2002, p. 38-40. Zie in dit verband ook D. Pieters De Nederlandse zorgverzekering het licht van het recht van de EG, Zoetermeer, 1999, p. 76 (deelrapport bij het Advies van de RVZ ‘Europa en de gezondheidszorg’, Zoetermeer, 1999) en A.P. den Exter, Het nieuwe zorgstelsel vanuit Europeesrechtelijk perspectief, Christen Democratische Verkenningen, 2002/11 en 12, p. 34.

96 Zie nota Grenze(n)loze zorg, Ministerie van VWS, Den Haag, september 2000, p. 35 en 36 alsmede Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 28.

97 Ottervanger en De Jong lijken een ruimere interpretatie niet uit te sluiten. Zie T.R. Ottervanger en M.A. de Jong, Europeesrechtelijke aspecten van de basisverzekering, mei 2002, rapport voor de Bond van Verzekeraars, p. 4-6.

tieplicht en een verplichting tot vereveningen, mag stellen aan deze verzekering, hetgeen de toegankelijkheid tot de zorg voor eenieder in gevaar brengt. In de tweede plaats kan betoogd worden dat een ruime interpretatie recht doet aan het bijzondere karakter van een particuliere ziektekostenverzekering. In de reeds aangehaalde zaak-Smits en -Peerbooms bleek dat het Hof in het kader van de toets aan de regels van het vrije dienstenverkeer rekening wilde houden met het bijzondere karakter van de ziekenhuiszorg. Hieraan kan worden toegevoegd dat het Hof richtlijnen interpreteert met inachtneming van de zogenoemde integratiebeginselen uit het EG-verdrag. In de zaak-Concordia⁹⁸ legde het Hof een aanbestedingsrichtlijn uit tegen de achtergrond van artikel 6 EG-verdrag, op grond waarvan de eisen van milieubescherming moeten worden geïntegreerd in het beleid van de EG en de uitvoering ervan. Artikel 152 lid 1 EG-verdrag bepaalt, zoals reeds naar voren kwam, dat het optreden van de EG wordt gekenmerkt door een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid. Een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn lijkt in overeenstemming te zijn met dit integratiebeginsel op het terrein van de volksgezondheid. In de Interpretatieve mededeling die de Commissie met betrekking tot de Derde Schaderichtlijn heeft vastgesteld, wordt ook ingegaan op artikel 54. De Commissie betoogt in deze mededeling dat bij de uitleg van het begrip 'algemeen belang' uit de Derde schaderichtlijn de jurisprudentie van het Hof als leidraad moet worden genomen. In de Interpretatieve mededeling wordt artikel 54 als voorbeeld genoemd van een algemeen belangbepaling uit de Derde Schaderichtlijn. De Commissie erkent dat het begrip algemeen belang niet is gedefinieerd in de Derde Schaderichtlijn, maar geeft als reden hiervoor dat dit begrip moet worden beschouwd als een op de rechtspraak van het Hof gebaseerde constructie die open is en niet definitief vaststaat. Met name wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof over de bepalingen inzake het vrije verkeer. Het lijkt erop dat in de visie van de Commissie de uitzonderingsbepalingen uit de Derde Schaderichtlijn en de excepties uit het vrije verkeer samenvallen. Een beperkte en letterlijke interpretatie van een bepaling als artikel 54 Derde Schaderichtlijn lijkt de Commissie niet voor te staan. Opgemerkt moet evenwel worden dat de Commissie stelt dat het begrip algemeen belang als uitzonderingsbepaling restrictief moet worden uitgelegd, hoewel de ratio van deze opmerking, zo wordt uitdrukkelijk door haar gesteld, gelegen is in het voorkomen van misbruik (doordat er te vaak een beroep wordt gedaan op uitzonderingsbepalingen met het oog op niet-legitieme doelstellingen). Uiteindelijk heeft niet de Commissie maar het Hof het laatste woord bij de interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn. Uit bovenstaande blijkt

98 Zaak C-513/99, Concordia, Jur. 2002, p. I-7213.

dat zolang rechtspraak ter zake van dit richtlijnartikel ontbreekt, de duidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling voor de ziektekostenverzekeringen ontbreekt.⁹⁹ In een rapportage over vrijwillige ziektekostenverzekeringen die opgesteld is voor de Directoraat-Generaal voor werkgelegenheid en sociale zaken van de Commissie wordt een vergelijkbare conclusie getrokken.¹⁰⁰ Deze onduidelijkheid bracht ICER tot de conclusie dat het risicovol is om een stelsel van ziektekostenverzekeringen alleen op artikel 54 Derde Schaderichtlijn te baseren, hoewel een brede interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn wel voor mogelijk werd gehouden.¹⁰¹ Al met al leidt deze onduidelijkheid ertoe dat, evenals het geval was bij artikel 29 Derde Schaderichtlijn, hieronder bij toetsing van de varianten in hoofdstuk 4 gewerkt wordt aan de hand van zowel een brede als een beperkte interpretatie van artikel 54 van deze richtlijn.

2.2.2 Sociale zekerheidsverordening

Om het vrije verkeer van werknemers te bevorderen, welke vastgelegd is in artikel 39 EG-verdrag e.v, is de Sociale Zekerheidsverordening in het leven geroepen. De verordening bevat geen harmonisatiebepalingen in stricto sensu –de EG is immers niet bevoegd om de sociale zekerheid te harmoniseren– maar voorschriften voor de coördinatie van de nationale wetgevingen op het terrein van de sociale zekerheid. Het doel van deze coördinatie is om de stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten zo op elkaar te laten aansluiten dat werknemers en zelfstandigen de mogelijkheid hebben om gebruik te maken van het recht van het vrije verkeer: in beginsel moeten zij economisch actief kunnen worden in andere lidstaten zonder aanspraken op sociale zekerheid te verliezen.¹⁰² De verordening bevat voorschriften aan

99 Zie ook I.G.F. Cath, De keuze voor een privaat of publiek stelsel wordt niet bepaald door het EU-recht, Memorandum van 20 februari 2003, p. 11.

100 Zie E. Mossialos en S. Thomson, Voluntary health insurance in the European Union, 27 februari 2002, p. 157-164.

101 Zie het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 27-30. Zie in dit verband ook E. Steyger, De communautaire inhoud van het begrip 'Sociale zekerheid', Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2002, p. 95 en E-B van Veen, Concurrerende Zorgverzekeraars en een Wettelijk Stelsel van Sociale Zekerheid, Tilburg, 2002, p. 17.

102 Zie het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 24.

de hand waarvan bepaald moet worden welke nationale sociale zekerheidsregelingen van toepassing zijn op migrerende werknemers en zelfstandigen. De Sociale Zekerheidsverordening laat derhalve de bevoegdheid van de lidstaten om hun eigen stelsel van sociale zekerheid in te richten onverlet. Ten aanzien van de toepasselijkheid van de Sociale Zekerheidsverordening heeft het Hof overwogen dat de 'constitutieve elementen' van de socialezekerheidsprestaties, met name het doel waarop zij is gericht en de voorwaarden waaronder zij worden toegekend, bepalend zijn; niet doorslaggevend is de omstandigheid of een bepaalde prestatie krachtens nationaal recht als sociale zekerheid wordt aangemerkt.¹⁰³ Een wettelijke regeling moet, om gekwalificeerd te worden als sociale zekerheid in de zin van deze verordening, in elk geval verband houden met een van de in artikel 4 lid 1 van de verordening uitdrukkelijk opgesomde risico's, omdat het daar gaat om een exhaustieve opsomming.¹⁰⁴ Dat een regeling door een lidstaat niet is aangemeld als sociale zekerheid krachtens artikel 5 van de Sociale Zekerheidsverordening¹⁰⁵ is derhalve niet doorslaggevend voor de toepasselijkheid ervan.¹⁰⁶ Overigens valt het begrip sociale zekerheid uit de Sociale Zekerheidsverordening niet samen met dat uit de Schaderichtlijnen. Beide EG-rechtelijke regimes hanteren hun eigen definitie.

Op grond van Artikel 4 lid 1 sub a Sociale Zekerheidsverordening is deze verordening van toepassing op prestaties bij ziekte. Niet alleen publiekrechtelijke maar ook private ziektekostenverzekeringen lijken daarmee onder de verordening te kunnen vallen, voor zover in ieder geval krachtens een wettelijk regeling (inzake verplichte verzekering) de verzekerden recht op bepaalde prestaties bij ziekte hebben.¹⁰⁷ De verordening is voorts van toepassing, zo blijkt uit artikel 4 lid 1 sub b en sub e, in geval van prestaties bij invaliditeit (met inbegrip van die tot instandhouding of verbetering van de verdien capaciteit) en bij prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten; ook hierbij

103 Zie bijvoorbeeld zaak 249/83, Hoeckx, Jur. 1985, p. 973 en zaak C-45/90, Paletta, Jur. 1992, p. I-3423.

104 Zie vorige noot.

105 Op grond van artikel 5 van de Sociale Zekerheidsverordening dienen de lidstaten de wettelijke regelingen en stelsels die onder deze verordening vallen, aan te melden.

106 Zaak 35/77, Beerens, Jur. 1977, p. 2249.

107 Het ICER stelde bijvoorbeeld dat een wettelijk verplichte verzekering tegen ziektekosten voor de gehele bevolking die door privaatrechtelijke lichamen zou worden uitgevoerd, onder de reikwijdte van de Sociale Zekerheidsverordening zou vallen. Zie het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 30 en 31.

geldt voor de toepasselijkheid dat de desbetreffende prestaties onderwerp zijn van wettelijke regelingen betreffende de sociale zekerheid. Niet uitgesloten is dat bepaalde aspecten van een zorgverzekering onder de onderwerpen van artikel 4 lid 1 sub b en sub e vallen. Krachtens artikel 1 sub j Sociale Zekerheidsverordening vallen overigens bestaande en toekomstige contractuele bepalingen buiten de werkingssfeer van deze verordening, zelfs al zijn deze bepalingen algemeen verbindend verklaard. Indien bepaalde aspecten van de sociale zekerheid hun regeling gevonden hebben in een CAO vallen deze niet onder de werking van de Sociale Zekerheidsverordening, ook niet indien zij algemeen verbindend verklaard zijn door de overheid.¹⁰⁸ Contractuele stelsels van sociale zekerheid zijn van deze verordening uitgezonderd. Lidstaten kunnen trouwens onder bepaalde omstandigheden dergelijke stelsels toch onder de werkingssfeer van de verordening brengen door aanmelding.

Aangezien de verordening vooral coördinatiemechanismen bevat, zijn in deze EG-rechtelijke regeling, anders dan in geval van de Schaderichtlijnen, geen bepalingen opgenomen die aan de invoering van een bepaald stelsel van ziektekostenverzekering in de weg staan.¹⁰⁹ De verordening bevat evenwel belangrijke randvoorwaarden.

Krachtens de verordening mogen de lidstaten werknemers uit andere lidstaten in hun wetgeving betreffende sociale zekerheid niet ongunstiger behandelen dan de eigen onderdanen. Op grond van artikel 18 van de verordening dient bijvoorbeeld, indien het recht op prestaties bij ziekte afhankelijk is van de vervulling van een tijdvak, rekening te worden gehouden met in andere lidstaten verstreken tijdvakken voor zover nodig.

Op grond van artikel 22 lid 1 sub a van de verordening heeft een werknemer die verblijft op het grondgebied van een andere lidstaat, recht op onmiddellijke verstrekkingen, indien zijn toestand bijvoorbeeld met betrekking tot zijn gezondheid dat noodzakelijk maakt. Krachtens artikel 22 lid 1 sub c van de verordening kan een bevoegd nationaal orgaan (bijvoorbeeld een ziekenfonds) aan een werknemer toestemming verlenen om in een andere lidstaat een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan. Artikel 22 lid 2, tweede alinea bepaalt, dat wanneer de desbetreffende behandeling niet op het grondgebied van de lidstaat, waarop hij woont, aan de betrokkene kan worden gegeven, deze toestemming niet

108 Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 30.

109 De stelling, zoals die verdedigd wordt in de nota Grenze(n)loze zorg, Ministerie van VWS, Den Haag, september 2000, p. 33 en 34, dat de afschaffing van een sociale ziektekostenverzekering in strijd met de ratio van deze verordening zou zijn, lijkt te ver gaan. De verordening bevat slechts coördinatiemechanismen.

geweigerd kan worden. In het arrest-Inizan¹¹⁰ heeft het Hof deze bepaling als volgt uitgelegd. Wanneer de betrokkene krachtens de wettelijke bepalingen van de lidstaat waar hij woont, recht heeft op een bepaalde behandeling, dan mag de vergoeding van de kosten van deze behandeling in een andere lidstaat niet worden geweigerd, indien in de eerstgenoemde lidstaat niet tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Nationale ziekenfondsen kunnen dus problemen die ontstaan zijn in zaken als Kohll, Decker, Smits en Peerbooms en Müller-Fauré en die door het Hof zijn beoordeeld aan de hand van de regels voor het vrije verkeer, voorkomen door toepassing te geven aan dit artikel en toestemming voor behandelingen in het buitenland te verlenen. Artikel 31 bevat een regime speciaal in het leven geroepen met het oog op pensioengerechtigden. Op grond van het bepaalde onder a van dit artikel hebben pensioengerechtigden die verblijven in een andere lidstaat dan waar zij wonen, recht op bepaalde verstrekkingen die door de bevoegde autoriteiten van verblijf krachtens de toepasselijke wetgeving moeten worden verleend. De formulering van dit recht voor pensioengerechtigden wijkt af van die van het recht van de (nog actieve) werknemers van artikel 22 lid van de Verordening. In de zaak-IKA¹¹¹ heeft het Hof aan dit verschil belangrijke consequenties verbonden. Voor pensioengerechtigden (en hun gezinsleden) geldt voor het ontvangen van geneeskundige behandeling in het buitenland niet het vereiste dat hun gezondheidstoestand een dergelijke behandeling vanwege een aandoening opgekomen tijdens het verblijf onmiddellijk nodig maakt of het vereiste dat toestemming is verkregen van de bevoegde autoriteit van de woonplaats. Een pensioengerechtigde die tijdens een kortstondig verblijf in een andere lidstaat (bijvoorbeeld vanwege vakantie en familiebezoek –dit laatste was het geval in de zaak IKA) is, heeft dus recht op geneeskundige behandeling, ook al is er geen sprake van een spoedgeval. In het recente arrest Van der Duin¹¹² heeft het Hof evenwel de positie van pensioengerechtigden die zich gevestigd hebben in een andere lidstaat dan de lidstaat die verantwoordelijk is voor de pensioenbetalingen, nauwer omschreven. Krachtens de Sociale Verzekeringsverordening hebben dergelijke pensioengerechtigden zich ingeschreven voor de sociale zekerheid bij een orgaan van hun nieuwe woonplaats. Het Hof wijst erop dat krachtens de verordening de lidstaat die verantwoordelijk is voor de pensioenuitkeringen, dus de lidstaat van herkomst voor de pensioengerechtigde, de verstrekkingen moet betalen van een migrerende pensioengerechtigde aan het orgaan van zijn woonplaats. Het is volgens het Hof niet redelijk dat een dergelijke

110 Zaak C-56/01, Inizan, 23 oktober 2003, n.n.g.

111 Zaak C-326/00, IKA, 25 februari 2003, n.n.g.

112 Zaak C-156/01, Van der Duin, 3 juli 2003, n.n.g.

pensioengerechtigde naar eigen goeddunken medische behandelingen in de lidstaat van herkomst (waar het pensioen wordt genoten), kan ontvangen. Deze lidstaat zou dan voor de tweede keer de geneeskundige behandelingen van deze pensioengerechtigde vergoeden, die hij reeds gefinancierd heeft door middel van het aan de lidstaat van de woonplaats betaalde vaste bedrag. Om dit te voorkomen wordt hij gelijk gesteld aan personen die recht hebben op een pensioen krachtens de wettelijke bepaling van de lidstaat van het bevoegde orgaan. Dit betekent dat het orgaan van de lidstaat van woonplaats krachtens artikel 22 lid 1 sub c toestemming moet geven voor geneeskundige behandelingen die de pensioengerechtigde in de lidstaat van herkomst wil ontvangen. Uiteindelijk is het orgaan van de woonplaats het beste in staat, volgens het Hof, om concreet na te gaan of voldaan is aan de voorwaarden voor het verlenen van deze toestemming.

De Sociale Zekerheidsverordening bevat voorts belangrijke bepalingen met betrekking tot uitkeringen. Krachtens deze verordening zijn uitkeringen –in tegenstelling tot verstrekkingen die genoten worden in de woonstaat– exporteerbaar. Van belang voor de ziektekostenverzekering is het arrest-Molenaar.¹¹³ In dit arrest bepaalde het Hof dat het Duitse Pflegegeld een uitkering is, zodat het echtpaar Molenaar het recht op uitbetaling van het Duitse Pflegegeld in hun woonstaat Frankrijk had, ook al kende deze lidstaat niet een figuur als het Pflegegeld. Dit arrest kan betekenen dat bijvoorbeeld een persoonsgebondenbudget geëxporteerd kan worden naar andere lidstaten, indien werknemers daar hun woonplaats hebben.

2.3 Conclusie

Hoewel het Hof regelmatig in zijn arresten opmerkt dat de inrichtingen van het stelsel van sociale zekerheid, waaronder het stelsel van ziektekostenverzekeringen, tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, wordt in zijn rechtspraak vergaand ingegrepen in deze bevoegdheid. De vergaande invloed van het EG-recht op het nationale zorgstelsel is vooral gebaseerd op de EG-rechtelijke regels voor de interne markt. Het gaat hierbij om verdragsregels inzake het vrije verkeer, maar ook om de harmonisatiemaatregelen. Met name bij zorgverzekeringen waarin het particulier initiatief een belangrijke rol speelt, doet deze invloed zich gelden. Er is hier al snel sprake van een dienst of een goed in de zin van het vrij verkeer of verzekering in de zin van de Schaderichtlijnen. Niet uit het oog moet worden verloren dat het Hof er niet voor terug lijkt te schrikken meer publiekrechtelijke zorgverzekeringen aan het regime van het vrije verkeer te toetsen. In zijn

113 Zaak C-160/96, Molenaar, Jur. 1998, p. I-843.

recente arrest-Müller-Fauré heeft het Hof, zoals hierboven al aan de orde kwam, zelfs enige beschouwingen gewijd aan de verhouding tussen het vrije verkeer en een systeem van *National Health Service*. Ter rechtvaardiging van deze werkwijze heeft het Hof gewezen op de Sociale Zekerheidsverordening die ook belangrijke randvoorwaarden voor de (publiekrechtelijke) zorgstelsels bevat.

In het EG-recht, zeker ook in de rechtspraak van het Hof, zijn evenwel voorzieningen ingebouwd, waarin rekening wordt gehouden met het specifieke karakter van de zorgsector. Het nadeel van de voortschrijdende Europese integratie in de zorg door middel van de toepassing van de regels van de interne markt is dat deze integratie gepaard gaat met een sterke liberaliseringstendens. Bepaalde correcties die noodzakelijk zijn met het oog op het falen van bepaalde zorgmarkten en die daarom zijn vastgelegd in de nationale wetgeving van de lidstaten, kunnen dan sneuvelen. De 'scherpe kanten' van deze liberaliseringstendens kunnen worden ondervangen door de excepties. Naast de verdragsrechtelijke excepties die specifiek op de volksgezondheid zijn toegespitst (bijvoorbeeld de artikelen 30 en 46 EG-verdrag) erkent het Hof sinds de arresten-Kohll en -Decker de *Rule of Reason* van het financieel evenwicht van het sociaal zekerheidsstelsel (waaronder een sociaal zorgverzekeringsstelsel). Voor zorgverzekeringen is dit een belangrijke exceptie gebleken. Bepaalde beperkingen van het vrije verkeer van diensten werden door het Hof aanvaardbaar geacht op grond van deze uitzondering, voor zover het ging om intramurale zorg. Ook in de Derde Schaderichtlijn is een uitzonderingsbepaling opgenomen voor ziektekostenverzekeringen. De interpretatie hiervan levert echter grote problemen op. De communautaire wetgever, die met de vaststelling van deze richtlijn een belangrijk toetsingskader voor schadeverzekeringen in Europa heeft opgesteld, lijkt in onvoldoende mate de verhoudingen tussen verzekeringen en zorg te hebben doorzacht.¹¹⁴ Bij de invoering van stelsels, waarin particuliere ziektekostenverzekeringen een belangrijke rol spelen, kan deze onduidelijkheid moeilijk op te lossen problemen veroorzaken.

114 Zie in dit verband J.W. van de Gronden, Een Vierde Schaderichtlijn! Postscriptum bij Den Exter, Christen Democratische Verkenningen, 2002/11 en 12, p. 47.

3 Mededingingsrecht, de zorg en zorgverzekeringen

In de inleidende paragraaf van dit onderzoek is reeds gesteld, dat veel organisaties die in het kader van de zorg actief zijn, vanuit mededingingsrechtelijk perspectief als ondernemingen moeten worden gekwalificeerd. Het mededingingsrecht bevat belangrijke bepalingen voor het gedrag voor ondernemingen en regels voor de wijze waarop de overheid mag ingrijpen met betrekking tot dit gedrag. Voor zover zorgverzekeraars ondernemingen zijn, is voor hen het mededingingsrecht van belang.

Hieronder wordt daarom eerst ingegaan op het begrip onderneming.

Vervolgens komen de regels aan de orde die krachtens het mededingingsrecht gelden voor de ondernemingen. Daarna wordt ingegaan op het regime voor overheid en mededinging. Het EG-verdrag beschouwt de regels voor staatssteun als onderdeel van het mededingingsrecht; na de paragraaf betreffende overheid en mededinging wordt ingegaan op de staatssteunregels van de artikelen 87-89 EG-verdrag.

In dit hoofdstuk wordt het Europese en Nederlandse mededingingsrecht tegelijkertijd behandeld, daar de Nederlandse Mededingingswet geënt is op het Europese kartelrecht.¹¹⁵ De convergentie tussen het Europese en nationale mededingingsrecht zal in de toekomst alleen maar toenemen sinds de totstandkoming van de nieuwe Procedureverordening voor het Europese mededingingsrecht (Verordening 2003/1).¹¹⁶ Een van de voornaamste drijfveren van deze verordening is de decentrale toepassing van het EG-mededingingsrecht door de nationale autoriteiten. Tevens moet niet uit het oog worden verloren dat de d-g NMa (directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit) sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet een belangrijke rol gespeeld heeft, hetgeen blijkt uit de Richtsnoeren voor de zorgsector die hij eind 2002 heeft vastgesteld.¹¹⁷

3.1 Begrip onderneming

Zowel in het Nederlandse als in het Europese mededingingsrecht wordt uitgegaan van een functionele benadering van het begrip onderneming. Het

115 Zie bijvoorbeeld MvT bij het voorstel voor de Mededingingswet, Kamerstuk II 1995-1996, nr. 3, p. 10.

116 Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003, L1/1.

117 De Richtsnoeren voor de zorgsector, waarvan in Stcrt., 2002, 206, p. 18, kort melding is gemaakt, kunnen worden geraadpleegd op de website van de NMa (www.nma-net.nl). Op zijn site heeft de d-g NMa een rubriek aan de zorgsector gewijd, waarin naast de richtsnoeren andere documenten (zoals consultatiedocumenten) en zorgbesluiten van de NMa zijn opgenomen. Zie voor een bespreking van deze richtsnoeren: J.W. van de Gronden, Richtsnoeren voor de zorgsector: codificatie van de NMa-beleidspraktijk, Markt en Mededinging 2003, p. 36-53.

vertrekpunt van de definitie van het begrip onderneming is het arrest-Höfner:¹¹⁸ elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, wordt beschouwd als een onderneming. Zowel het Hof en de Commissie als de d-g NMa hebben zorgaanbieders als ondernemingen gekwalificeerd. Deze aanbieders worden geacht economische activiteiten te verrichten, namelijk het aanbieden van medische diensten of goederen. In de zaak-Pavlov¹¹⁹ besliste het Hof dat medische specialisten die optreden als zelfstandige vrije beroepsbeoefenaren, ondernemingen zijn (en dat de Landelijke Specialistenvereniging, thans Orde van Medische Specialisten, beschouwd diende te worden als een ondernemersvereniging). In de zaak-APB¹²⁰ kwalificeerde de Commissie apothekers als ondernemingen. De d-g NMa heeft ten aanzien van een groot aantal zorgaanbieders al verklaard dat zij ondernemingen zijn: onder andere huisartsen, apothekers, fysiotherapeuten, eerstelijnspsychologen, ziekenhuizen, revalidatiecentra, leveranciers van hulpmiddelen en geneesmiddelenegroothandels.¹²¹

Ingewikkelder ligt de situatie op het terrein van de sociale zekerheid en de zorgverzekeringen. Om te beoordelen of er sprake is van een economische activiteit moet worden nagegaan hoeveel ruimte er voor marktwerking door de wetgever gelaten is bij de vormgeving van bepaalde regelingen op het terrein van de sociale zekerheid en hoe groot de rol van het solidariteitsbegin-

118 Zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, p. I-1979.

119 Gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, Pavlov, Jur. 2000, p. I-6451.

120 Beschikking van de Commissie van 14 december 1989 in zaak IV/32.202 – APB, Pb. 1989, L18/35.

121 Zie bijvoorbeeld het Besluit van de d-g NMa in zaak 165, Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden van 5 juni 1998; het Besluit van de d-g NMa in zaken 590, 1570 en 1972, Amicon Zorgverzekeraar – Vrijgevestigde Fysiotherapeut (onthefing) en Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht) van 15 december 2000; het Besluit van de d-g NMa in zaak 537, LHV van 11 april 2001; Besluit van de d-g NMa in zaak 346, Intrakoop Coöperatieve Inkoopvereniging voor gezondheids- en seniorenzorg van 18 augustus 2000 en het Besluit van de d-g NMa in zaak 912, CZ-Apotheker van 6 juli 2001.

sel hierbij is.¹²² Indien er sprake is van een sociale zekerheidsverzekering waarin het solidariteitsbeginsel volledig is doorgevoerd en er (nagenoeg) geen ruimte voor marktwerking is (omdat er sprake is van een omslagstelsel, wettelijke vastgestelde tarieven, mechanische wetstoepassing e.d.), worden desbetreffende uitvoeringsorganisaties niet als ondernemingen gekwalificeerd.¹²³ Dit bracht het Gerecht van Eerste Aanleg ertoe om in de zaak FENIN¹²⁴ de uitvoeringsorganen van het Spaanse systeem van *National Health Service* niet als ondernemingen te bestempelen, omdat dit zorgsysteem gefinancierd werd door sociale bijdragen en andere bijdragen en omdat aan de aangeslotenen op basis van een algemene dekking gratis diensten werden verleend.¹²⁵ In het verlengde van deze Europese rechtspraak stelde de d-g NMa dat de zorgkantoren die de AWBZ uitvoeren geen ondernemingen zijn, omdat deze uitvoeringsorganisaties over weinig speelruimte beschikken, onder meer aangezien de AWBZ gefinancierd wordt door een bijdrage evenredig aan het inkomen, het verband tussen premie en uitkering ontbreekt, er een aansluitingsplicht bestaat en er geen beïnvloedingsmogelijkheid van de premies bestaat.¹²⁶ Indien daarentegen door de nationale wetgever gekozen is voor een mix van marktwerking en solidariteit, dus voor gereguleerde marktwerking, dan worden de betrokken uitvoeringsorganisaties wel als ondernemingen beschouwd. De introductie van de marktwerking brengt de toepasselijkheid van de mededingingsrechtelijke regels

122 Zie in dit verband V.G. Hatzopoulos, Killing national Health and Insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms, *Common Market Law Review* 2002, p. 710 e.v.; E. Mossialos, M. McKee, W. Palm, B. Karl en F. Marhold, The influence of EU law on the social character of health care systems in the European Union, Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union, Brussels, 19 November 2001, p. 98 e.v.; S. Sahmer, Krankenversicherung in Europa: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Kranken- und Pflegeversicherungsträger in Bereich der freiwilligen Versicherung, in: 8. Bonner Europa-symposium. Die Krankenversicherung in der Europäischen Union, Bonn, 1997, p. 53 e.v. en E. Steyger, Europese zaken in de zorg: een sociaal stelsel met tochtgaten?, in: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen (red.), *Het Stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg, en jurisprudentie-overzicht*, Den Haag, 2002, p. 64-67.

123 Zie gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, *Jur.* 1993, p. I-637 en zaak C-218/00, *Cisal*, *Jur.* 2002, p. I-691.

124 Zaak T-319/99, FENIN, 4 maart 2003, n.n.g.

125 Zie voor een bespreking van deze zaak S.B. Noë, Zaak T-319/99, FENIN: het ondernemingsbegrip nader uitgewerkt, *NTER* 2003, p. 147-149 en de annotatie van J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans bij deze zaak in *Ars Aequi* 2003, p. 464 e.v.

126 Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 181, *Zorgkantoren* van 10 maart 2000.

met zich, die derhalve fungeren als spelregels voor deze marktwerking. In de zaken FFSA¹²⁷ en in de Brentjensrechtspraak¹²⁸ besliste het Hof dat Franse respectievelijk Nederlandse beheerders van aanvullende pensioenfondsen wel ondernemingen waren, daar zij opereerden volgens het kapitalisatiebeginsel en de hoogte van de uitkeringen afhankelijk was van de opbrengsten van de beleggingen. In het geval van de Nederlandse pensioenfondsen hechtte het Hof er voorts belang aan dat het krachtens de toepasselijke wetgeving mogelijk was dat onder bepaalde (strikt omschreven) omstandigheden levensverzekeringsmaatschappijen het aanvullende pensioen aanboden (er was potentieel gezien toetreding tot de markt mogelijk). In het kielzog van deze rechtspraak heeft de d-g NMa geoordeeld dat ziekenfondsen ondernemingen zijn, nu een gedeelte van de premies nominaal (voor ongeveer 10%) is (en dus verschillend per ziekenfonds) en ziekenfondsen niet, zoals vroeger, gebonden zijn aan een werkgebied maar hun verzekering in geheel Nederland kunnen aanbieden.¹²⁹ Ziekenfondsen kunnen zich van elkaar onderscheiden en moeten derhalve volgens de NMa als onderneming worden beschouwd. Op deze organisatie is het mededingingsrecht van toepassing volgens de NMa.

Van belang in dit verband is de uitkomst van de zaak-AOK, waarin het Hof nog geen arrest heeft gewezen maar waarin de conclusie van de Advocaat-Generaal wel reeds beschikbaar is.¹³⁰ Deze komt tot de conclusie dat de Duitse *Krankenkassen* ondernemingen zijn, omdat zij de hoogte van de door de verzekerde te betalen bijdrage betalen,¹³¹ omdat zij kunnen concurreren bij het aanbieden van bepaalde diensten (bijvoorbeeld in de vorm van het aanbieden van aanvullende en preventieve behandelingen) en omdat zij in een concurrentieverhouding staan met particuliere verzekeraars met betrekking tot de personen die niet wettelijk verplicht zijn zich aan te sluiten bij een

127 Zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4015.

128 Het betreft hier de rechtspraak in zaak C-67/96, Albany; gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens en zaak C-219/97, Drijvende bokken, Jur. 1999, p. I-6025 en volgende.

129 Zie met name het Besluit van de d-g NMa in zaak 1165, ANOZ-ANOVA/ZAO van 29 december 1998 en het Besluit van de d-g NMa in zaak 882/44, Amicon (ont-heffingsaanvraag) en zaak 407/49, Texincare en Tevic t. Amicon (klacht) van 18 juni 1999. In andere besluiten, waarin de kwalificatie van ziekenfondsen aan de orde komt, verwijst de NMa voor de argumentatie dat een ziekenfonds een onderneming is, naar deze besluiten.

130 Zie Conclusie van 22 mei 2003 van A-G Jacobs in gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a, n.n.g.

131 Hierbij wordt de problematiek van de 'slechte risico's' opgelost door middel van een systeem van verevening.

Krankenkasse. Het lijkt er derhalve op dat in de ogen van de Advocaat-Generaal ziekenfondsen, zoals die actief zijn in Nederland, ondernemingen zijn (ook Nederlandse ziekenfondsen kunnen zich bijvoorbeeld in de hoogte van de nominale premies onderscheiden van elkaar). De kans is groot dat aan de hand van het toekomstige arrest van het Hof in de zaak-AOK bepaald kan worden in hoeverre het standpunt van de NMa dat Nederlandse ziekenfondsen ondernemingen zijn, in overeenstemming is met het EG-mededingingsrecht.

In de zorgsector treden de uitvoeringsorganisaties van de ziektekostenverzekeringen regelmatig op als inkoper van allerlei zorgproducten, zeker indien zij opereren in een stelsel van zorg in natura of in een *National Health Service*-systeem. In dergelijke gevallen rijst de vraag of de zorgverzekeraar op de inkoopmarkt als onderneming actief is. Het gewicht dat dergelijke organisaties gezien de omvang van hun vraag in kunnen nemen op de markt en de mogelijkheid dat zij daardoor wellicht over marktmacht zouden kunnen beschikken brachten Duitse,¹³² Britse¹³³ en Nederlandse¹³⁴ autoriteiten op het terrein van het mededingingsrecht ertoe, zorgverzekeraars op de inkoopmarkt aan te merken als onderneming. In de hierboven aangehaalde zaak-FENIN heeft het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG een andere benadering gekozen. Volgens het Gerecht kan een zorgverzekeraar op de inkoopmarkt alleen maar als onderneming worden beschouwd, indien hij op de verzekeringsmarkt ook als onderneming moet worden gekwalificeerd. De activiteiten van een organisatie aan de verkoopkant bepalen bezien vanuit mededingingsrechtelijk perspectief de hoedanigheid van de activiteiten van deze organisatie aan de inkoopkant. Aangezien de uitvoeringsorganen van de Spaanse *National Health Service* aan de verzekeringszijde geen economische activiteiten verrichten, kunnen zij, wanneer zij zorgproducten inkopen ook niet als onderneming worden aangemerkt. Op hun zorginkoop is het mededingingsrecht niet van toepassing. Dezelfde conclusie moet bijvoorbeeld getrokken worden ten aanzien van de inkoopactiviteiten van zorgkantoren, aangezien de uitvoering van de AWBZ-verzekering geen economische activi-

132 Zie voor een beschrijving van deze Duitse mededingingspraktijk: A. Winterstein, *Nailing the Jellyfish; Social Security and Competition Law*, *European Competition Law Review* 1999, p. 332 en 333 alsmede B. Karl, *Competition Law and Health Care Systems*, in: M. McKee, E. Mossialos en R. Baeten, *The impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel, 2002, p. 169-171.

133 Zie de uitspraak van 1 augustus 2002 van het Britse Competition Commission Appeal Tribunal in de zaak *Bettercare*. Deze uitspraak is te vinden op de volgende internetsite: <http://www.catribunal.org.uk/documents/JdgBCG010802.pdf>.

134 Dit standpunt nam de d-g NMa in het hierboven aangehaalde besluit in de zaak *Zorgkantoren*. Zie m.n. randnummer 65 van dit besluit.

teit vormt. Op zorgkantoren die met het oog op de bij hen aangeslotenen met instellingen, vrij gevestigde psychiaters en andere zorgaanbieders contracten sluiten, is het mededingingsrecht niet van toepassing.¹³⁵ Aangezien evenwel ziekenfondsen aan de verzekeringszijde wel economische activiteiten verrichten, althans volgens de opvatting van de NMa, zijn zij, ervan uitgaande dat dit standpunt van de NMa juist is, ook onderneming, wanneer zij zorg inkopen bij ziekenhuizen, (para)medische vrije beroepsbeoefenaren en andere zorgaanbieders. Op deze activiteiten is het mededingingsrecht wel van toepassing.

Tegen het arrest-FENIN van het Gerecht is overigens hoger beroep aangetekend.¹³⁶ Het Hof krijgt derhalve niet alleen in de zaak-AOK maar ook in de zaak-FENIN de gelegenheid om zich uit te spreken over de toepassing van het begrip onderneming op zorgverzekeringen.

3.2 De mededingingsregels voor ondernemingen

De kwalificatie ‘onderneming’ voor een zorgverzekeraar betekent dat deze zich moet houden aan de mededingingsrechtelijke regels. Het mededingingsrecht bestaat uit drie regimes.

- 1 Op grond van artikel 81 lid 1 EG-verdrag en artikel 6 Mededingingswet zijn mededingingsbeperkende afspraken verboden (kartelverbod). Bepaalde groepen afspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod krachtens de zogenoemde groepsvrijstellingen (deze vrijstellingen zijn vastgelegd in EG-verordeningen wat het Europese mededingingsrecht betreft en in algemene maatregelen van bestuur wat het Nederlandse mededingingsrecht betreft). Individuele afspraken kunnen worden uitgezonderd van het kartelverbod krachtens de ontheffingsmogelijkheid van artikel 81 lid 3 EG-verdrag en artikel 17 Mededingingswet. Ondernemingen die een taak van algemeen economisch belang hebben opgedragen gekregen door de overheid mogen, mits dit noodzakelijk is met het oog op deze taak, mededingingsbeperkende afspraken maken. Dit blijkt uit artikel 86 lid 2 EG-verdrag en artikel 11 Mededingingswet.

135 De d-g NMa stelde in het Besluit zorgkantoren dat deze uitvoeringsorganisatie wel als onderneming diende te worden beschouwd bij de inkoop van zorg bij vrij gevestigde psychiaters. Bij deze zorginkoop had de wetgever aan de zorgkantoren enige ruimte gegund. Deze redenering is niet in overeenstemming met de lijn die het Gerecht (later dan de NMa) heeft uiteengezet in de zaak FENIN. Zie verder hierover de annotatie van J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans bij het arrest FENIN in AAe 2003, p. 471 en 472.

136 Deze zaak in hoger beroep staat ingeschreven als zaak C-205/03 P.

2 Artikel 82 EG-verdrag en artikel 24 Mededingingswet verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie. De enige uitzonderingsbepaling die geldt voor het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie is de uitzonderingsbepaling van de taak van algemeen economisch belang. Met betrekking tot artikel 82 EG-verdrag is deze uitzondering terug te vinden in artikel 86 lid 2 EG-verdrag en voor het Nederlandse mededingingsrecht in artikel 24 Mededingingswet.

3 Krachtens de Concentratieverordening van de EG¹³⁷ en de artikelen 26 e.v. van de Mededingingswet moeten concentraties (fusies e.d.) die bepaalde drempelwaarden betreffende de omzet overschrijden, worden aangemeld bij de Commissie respectievelijk bij de d-g NMa.

Wat de toepassing van het mededingingsrecht in de zorgsector betreft, bestaat verreweg de meeste ervaring met de toepassing van het kartelverbod. Vooral de d-g NMa heeft sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet dit verbod met enige regelmatig toegepast op overeenkomsten uit de zorg.¹³⁸

Verboden afspraken

Uit de besluitpraktijk blijkt dat de d-g NMa vooral opgetreden heeft tegen mededingingsbeperkende afspraken die (para)medische vrije beroepsbeoefenaren als zorgaanbieders hebben gemaakt. Dit optreden was ook met name van belang voor de ziekenfondsen, daar deze afspraken rechtstreeks van invloed waren op de wijze waarop deze zorgaanbieders optraden op de zorginkoopmarkt tegenover de ziekenfondsen. In de terminologie van de Ziekenfondswet: op regionaal niveau werden afspraken gemaakt over de invulling van de medewerkersovereenkomsten. De vrije beroepsbeoefenaren stelden zich als collectief op tegenover een ziekenfonds bij de onderhande-

¹³⁷ Verordening 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 1989, L395/1.

¹³⁸ Zie voor een beschrijving van de besluitpraktijk van de NMa in de zorgsector onder andere: P.B. Gaasbeek, Mededingingswet en de zorgsector, in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red.), Mededinging en niet-economische belangen, Deventer, 2001, p. 59 e.v.; S.M. Evers en I.J. van den Berge, Mededingingsrechtelijke ontwikkelingen in de gezondheidszorg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2001, p. 368 e.v.; J.K. de Pree en D.J.M. de Grave, De NMa en marktwerking in de zorg: een impressie, Actualiteiten Mededingingsrecht, 2001 . 33 e.v.; A.W. Kist en H. Akyürek-Kievits, De rol van de NMa in de gezondheidszorg, ESB Dossier Zorgvuldig vernieuwen, 14 juni 2001, p. D30 en D31 en J.W. van de Gronden, Mededingingsrecht en gezondheidszorg, Markt en Mededinging, 2001, p. 267 e.v.

lingen over het medewerkerscontract. Dit blok is door de d-g NMa uiteen gespeeld. Collectieve afspraken over tarieven¹³⁹ alsmede over het vestigings- en spreidingsbeleid¹⁴⁰ zijn door d-g NMa in strijd met het kartelverbod bevonden; tevens was de d-g NMa niet bereid een ontheffing te verlenen.¹⁴¹ De NMa beschouwde de afspraken over het tarief en over het vestigings- en spreidingsbeleid als horizontale prijsafspraken respectievelijk als marktverdelingsafspraken, hetgeen in het mededingingsrecht ernstige schendingen van het kartelverbod opleveren; deze beperkingen worden beschouwd als *hard core*-restricties.¹⁴² Dit beleid van de d-g NMa dwingt de vrije beroepsbeoefenaren om zelfstandig met de ziekenfondsen te onderhandelen over de

139 Er werd afgesproken niet te contracteren onder het maximumtarief dat gold krachtens de Wet Tarieven Gezondheidszorg.

140 Het vestigings- en spreidingsbeleid werd vaak op landelijk niveau ontwikkeld door de beroepsgroep en vervolgens op regionaal niveau uitgevoerd. Op grond van dit beleid werd aan de hand van kwantitatieve normen die verband hielden met de hoeveelheid inwoners of patiënten in een bepaald gebied besloten of een zorgaanbieder zich mocht vestigen in dat gebied. Op regionaal niveau werd meestal een commissie ingesteld, waarin vertegenwoordigers van de beroepsgroep en van een zorgverzekeraar zitting hadden. Dit private orgaan, meestal Commissie van Overleg geheten, wees in geval van een vacature de vrijgekomen plaats toe een toetredende zorgaanbieder. Indien er geen vacature was, verleende het ziekenfonds op instigatie van de Commissie van Overleg, dus op instigatie van het zittende leden van een beroepsgroep, het verzoek van een nieuwkomer om een medewerkersovereenkomst te sluiten af. In de individuele medewerkersovereenkomsten die de vrij beroepsbeoefenaren met een ziekenfonds sloten, werd het private vestigings- en spreidingsbeleid van toepassing verklaard.

141 Zie bijvoorbeeld het Besluit van de d-g NMa in zaak 407/882, Amicon van 18 juni 1999; het Besluit in deze zelfde zaak genomen in bezwaar op 13 december 2000, het Besluit van de d-g NMa in zaak 767/141, Zorg en Zekerheid en Theo de Graaf brillen van 19 april 2000; het Besluit van de d-g NMa in zaken 590 en 1972 / Amicon Zorgverzekeraar – Vrijgevestigd Fysiotherapeut (ontheffing) en in zaak 1570, Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht) van 15 december 2000; het Besluit van de d-g NMa in zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging van 11 april 2001 en het in bezwaar genomen Besluit in het LHV-dossier (zaak 2513) van 21 december 2001 en het Besluit van de d-g NMa in zaak 912, CZ-Apotheker van 6 juli 2001. Zie ook randnummers 102-105 van de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.

142 Zie W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau en J. Stuyck, *Kartelrecht II* Europese Gemeenschap, Deventer 1997, p. 429 e.v. en P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak en S.A.C.M. Lavrijssen, *Inleiding mededingingsrecht*, tweede druk, Den Haag, 2002, p. 98.

medewerkerovereenkomsten, hetgeen met name in de huisartsensector tot enige commotie heeft geleid.¹⁴³

Afspraken over kwaliteit

Afspraken die zorgaanbieders maken over de kwaliteit zijn overigens wel geoorloofd volgens de d-g NMa, mits deze afspraken niet verder gaan dan het vaststellen van objectieve en transparante criteria.¹⁴⁴ Deze benadering van de d-g NMa vertoont grote gelijkenissen met de werkwijze van het Hof in de zaak Wouters,¹⁴⁵ die overigens niet speelde in de zorg maar in de advocatuur. In dit arrest besliste het Hof dat de afspraken die de vrije beroepsbeoefenaren uit de advocatuur maken over de deontologie, niet in strijd zijn met het kartelverbod, mits deze afspraken niet verder gaan dan noodzakelijk. In verband met deze afspraken achtte het Hof van belang de doelstellingen, die '...in casu verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren.'¹⁴⁶ Indien de mededingingsbeperkingen van de afspraken inherent zijn aan dergelijke doelstellingen, dan is het kartelverbod niet geschonden in de visie van het Hof.

Afspraken tussen zorgverzekeraars

De NMa heeft ook verschillende malen een oordeel uitgesproken over de afspraken die zorgverzekeraars hebben gemaakt. Een aantal ziekenfondsen heeft beleid ontwikkeld ten aanzien van doelmatige zorginkoop. Zo wordt voor bepaalde medische hulpmiddelen met voorkeurslijsten gewerkt, terwijl voor geneesmiddelen zogenoemde formularia tot stand zijn gekomen, op grond waarvan op basis van de werkzame stof en de prijs het meest doelma-

143 Dit bleek bijvoorbeeld uit de door Van den Akker (CDA) en Voûte-Droste (VVD) ingediende motie, waarin de regering opgeroepen werd te onderzoeken of het wenselijk was om de Mededingingswet toe te passen op de huisartsenzorg en om de NMa, indien nodig, een aanwijzing te geven, "(...)inhoudende dat de NMa de Mededingingswet voorsnog niet toepast op de huisartsensector(...)". Zie Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 52.

144 Zie randnummer 81 van het Besluit in de zaak Amicon Zorgverzekeraar – Vrijgevestigd Fysiotherapeut; randnummer 88 van het Besluit in de zaak Landelijke Huisartsen Vereniging en randnummers 101-104 van het Besluit in de zaak, CZ-Apotheker. Zie ook randnummer 114 en 115 van de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.

145 Zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

146 Zie rechtsoverweging 97 van het arrest Wouters.

tig geneesmiddelen kunnen worden afgeleverd. Dergelijke afspraken staan niet op gespannen voet met het kartelverbod, zo lang zij maar niet tot uitsluitingseffecten leiden (toetreding tot de markt van andere producten moet mogelijk blijven); zo moeten geneesmiddelenformularia en merkenvoorkeurslijsten regelmatig worden herzien, terwijl geneesmiddelen bij voorkeur op stofnaam dienen te worden voorgeschreven.¹⁴⁷

Indien ziekenfondsen gezamenlijk bij zorgaanbieders zorg gaan inkopen, vormen zij een inkoopcombinatie. Volgens de NMa strekken inkoopcombinaties er niet toe de mededinging te beperken, omdat zulke afspraken de kosten van de inkoop beogen te verlagen. Een inkoopcombinatie kan wel een mededingingsbeperkend gevolg hebben. Deze lijn is in overeenstemming met het algemene mededingingsbeleid van de Commissie met betrekking tot de zogenoemde horizontale overeenkomsten¹⁴⁸ (afspraken tussen ondernemingen met dezelfde functie in een bedrijfskolom). Om te bepalen of er sprake is van een mededingingsbeperkend gevolg moet zowel gekeken worden naar de inkoopmarkt als naar de markt waar de betrokken onderneming zelf als aanbieder van goederen of diensten optreden.¹⁴⁹ Een mededingingsbeperkend gevolg is mogelijk, wanneer de betrokken ondernemingen veel marktmacht (afnemersmacht) hebben op de inkoopmarkt (bijvoorbeeld gezien het gezamenlijke marktaandeel op deze markt). Ook kan vanwege het bestaan van *spill-over*-effecten de mededinging tussen de bij een inkoopcombinatie aangesloten ondernemingen worden beperkt op de markt waarop deze ondernemingen als verkopers optreden. Hiervan is onder meer sprake wanneer de kostenharmonisatie zo groot is dat de bij de inkoop samenwerkende ondernemingen zich niet meer van elkaar onderscheiden bij het aanbieden van hun product op de verkoopmarkt. Voor de ziekenfondsen betekent dit dat de effecten van het gezamenlijk inkopen zowel op de zorginkoopmarkt als op de zorgverzekeringsmarkt van belang zijn. Indien de bij de inkoop samenwerkende ziekenfondsen kleine marktaandelen hebben op de inkoopmarkt zal hun inkoopcombinatie niet zo snel

147 Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 407/882, Amicon van 18 juni 1999 en het Besluit van de d-g NMa in zaak 1915, Zilveren Kruis-Genesmiddelenformularium Kennemerland van 23 augustus 2001.

148 Zie randnummers 115-138 van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2001 C3/2.

149 Zie randnummers 62 en 63 van het Besluit van de NMa in zaak 169/28, HIC van 3 december 1999.

op mededingingsrechtelijke problemen stuiten,¹⁵⁰ terwijl dit wel het geval is indien deze marktaandelen groot zijn.¹⁵¹

Een belangwekkend besluit van de NMa heeft betrekking op de zaak van het Solidariteitsprotocol. In deze zaak hadden de particuliere ziektekostenverzekeraars afgesproken dat de premie voor een polis voor de oudste leeftijdscategorie niet hoger mag zijn dan 150% van de premie voor een 20-jarige voor hetzelfde product. Op deze wijze werd getracht door middel van zelfregulering vorm te geven aan risicosolidariteit. De regeling werd 'Premiebandregeling' genoemd. Tevens was afgesproken om zoveel mogelijk tegen te gaan dat lage premies voor collectieve contracten werden gefinancierd door hoge premies voor individuele contracten. Deze regeling werd 'Premiesubsidieregeling' genoemd. De 'Premiebandregeling' werd als mededingingsbeperkend aangemerkt, omdat verzekeraars minder geneigd waren aan jongeren verzekeringsproducten tegen scherpe premies aan te bieden, daar zij dan ook de premies voor de ouderen dienden te verlagen. Een vergelijkbare redenering ging volgens de NMa op voor de 'Premiesubsidieregeling', omdat deze regeling het voor de verzekeraars minder aantrekkelijk maakt om met scherpe aanbiedingen voor collectieve contracten zich van elkaar te onderscheiden.

Na de constatering dat het kartelverbod is geschonden, gaat de NMa na of er een ontheffing van dit verbod verleend kan worden op grond van artikel 17 Mededingingswet. In randnummer 129 van het Besluit in de zaak-Solidariteitsprotocol wijst de d-g NMa vrij resoluut de argumentatie af dat door de 'Premiesubsidieregeling' een maatschappelijke grens wordt getrokken met betrekking tot de verdere differentiatie van de premies. De felle concurrentie om de jongverzekerden behoort volgens de NMa nu eenmaal tot de normale werking van de markt. Het is niet aan de verzekeraars om een grens te trekken voor deze concurrentie.¹⁵² Illustratief is de volgende overweging van de NMa uit randnummer 129 van het besluit in de zaak over het Solidariteitsprotocol.

'Ten overvloede kan hieraan worden toegevoegd dat de premiebandbreedte-regeling, die naar eigen zeggen van ZN moet worden gezien als 'het trekken

150 Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 224, Inkooporganisatie Multizorg van 25 oktober 1999.

151 Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 652 en 145, Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ van 13 oktober 2000. Zie 152-163 van de Richtsnoeren van de NMa voor de zorgsector.

152 Zie voor een verdere beschouwing over dit standpunt van de NMa: de annotatie van J.W. van de Gronden bij het besluit in de zaak over het Solidariteitsprotocol, RZA 2003, nr. 67, p. 246-249.

van een maatschappelijke grens voor wat betreft de verdere differentiatie van de premies', de felle concurrentie ten aanzien van jonge verzekerden verhindert of beperkt, terwijl dit tot de normale werking van de markt voor particuliere ziektekostenverzekeringen behoort. Het is niet aan partijen om te bepalen wat een maatschappelijke grens voor premiedifferentiatie zou moeten zijn.'

Bij de 'Premiesubsidieregeling' is de d-g NMa minder resoluut in zijn afwijzing, maar uiteindelijk is hij ook hier niet bereid een ontheffing te verlenen. Het is onduidelijk in hoeverre de NMa bij de verlening van de ontheffing rekening wil houden met het specifieke karakter en belang van de zorg. De conclusie die uit de zaak over het Solidariteitsprotocol getrokken moet worden is dat de NMa een nogal kritisch standpunt inneemt ten opzichte van zelfregulering van zorgverzekeraars op het terrein van risicosolidariteit.

Overigens moet nog opgemerkt worden dat afspraken over de hoogte van de premies¹⁵³ of over de verdeling van verschillende markten onder het kartelverbod vallen. Aangezien dergelijke mededingingsbeperkingen hard core-restricties opleveren, zullen de Europese en nationale kartelautoriteiten niet bereid zijn om een ontheffing hiervoor te geven.

Machtsposities en verzekeraars

Door de afspraken tussen zorgaanbieders over vestiging en spreiding en over tarieven te verbieden, heeft de d-g NMa het collectief van de vrije beroepsbeoefenaren uiteen gespeeld. Op individuele basis moeten zij onderhandelen met de zorgverzekeraars. Het voordeel hiervan is dat de verzekeraars in staat gesteld worden de benodigde zorg in te kopen tegen een goede prijs/kwaliteit-verhouding. Niet uit het oog mag worden verloren dat de meeste ziekenfondsen op de regionale zorginkoopmarkten, waar zij de grootste inkoper zijn, een machtspositie innemen in de zin van artikel 82 EG-verdrag en artikel 24 Mededingingswet (verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie). Van een machtspositie is vaak sprake indien een onderneming 50% of meer van de relevante markt in handen heeft.¹⁵⁴ Dit zal vaak het geval zijn bij ziekenfondsen die actief zijn op de zorginkoopmarkt in hun oorspronkelijke werkgebied.

Het mededingingsrecht verbiedt niet het hebben van een machtspositie maar alleen het misbruik daarvan. In de Richtsnoeren voor de zorgsector wordt uitdrukkelijk gesteld door de NMa dat het weigeren van een dominant ziekenfonds om een contract met een zorgaanbieder te sluiten, daar-

153 Zie bijvoorbeeld zaak 45/85, Verband Sachversicherer, Jur. 1987, p. 405.

154 Zie bijvoorbeeld zaak C-62/86, Akzo, Jur. 1991, p. I-3359.

om niet automatisch misbruik is; zolang het beleid van een ziekenfonds met betrekking tot het al dan niet afsluiten van contracten objectief en transparant is, wordt artikel 24 Mededingingswet (of artikel 82 EG-verdrag) niet geschonden.¹⁵⁵ Indien een verzekeraar bijvoorbeeld concludeert dat de vraag naar een bepaalde dienst ten opzichte van het voorafgaande jaar niet is toegenomen, dan kan deze onderneming besluiten om geen contract te sluiten met een extra zorgaanbieder.¹⁵⁶

De toepassing van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie is een lastige aangelegenheid in de praktijk, ook in de zorgsector. Het is bijvoorbeeld lastig te bewijzen dat een bepaalde gedraging misbruik oplevert. Het besluit van de NMa in de zaak-Molenpad illustreert dit. De onderneming Molenpad, die diensten op het terrein van fysiotherapie aanbod, probeerde toe te treden tot de Amsterdamse markt voor fysiotherapie, nadat de NMa een einde had gemaakt aan het vestigings- en spreidingsbeleid van de beroepsgroep van de fysiotherapeuten op deze markt. Het ziekenfonds dat dominant was in Amsterdam, weigerde echter een overeenkomst met Molenpad te sluiten. De klacht die ingediend werd bij de NMa wegens schending van artikel 24 Mededingingswet, werd evenwel afgewezen, daar het ziekenfonds in kwestie zelfstandig (zonder te overleggen met de reeds gevestigde fysiotherapeuten) een beslissing had genomen en aangevoerd kon worden dat de reeds actief zijnde fysiotherapeuten konden voorzien in de totale zorgbehoefte op de desbetreffende markt. Toepassing van het verbod om misbruik te maken van een machtspositie leidt derhalve niet automatisch tot het forceren van toegang tot een (zorg)markt voor nieuwe ondernemingen.

Concentraties en zorgverzekeringen

Zowel ziekenfondsen als particuliere ziektekostenverzekeraars dienen, indien zij willen concentreren (fuseren), deze concentratie aan te melden bij de d-g NMa respectievelijk de Commissie, indien voldaan is aan de nationale respectievelijk Europese drempels voor aanmelding. Een concentratie is verboden in het mededingingsrecht, wanneer hierdoor een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt die mededinging op significante wijze belemmert.¹⁵⁷ De dimensie van de meeste concentraties bij zorgverzekeraars was tot nu toe nationaal en niet Europees, zodat de d-g NMa het bevoegde gezag was. Aangezien de verzekeringsmarkt landelijk is en hierop relatief veel spelers actief zijn, heeft de d-g NMa tot nu toe geen bezwaren

155 Zie randnummer 225 van de Richtsnoeren voor de zorgsector.

156 Zie vorige noot.

157 Zie art. 2 lid 2 en lid 3 COVO en artikelen 37 en 41 lid 2 Mededingingswet.

geuit tegen de voorgenomen concentraties bij de zorgverzekeraars.¹⁵⁸ Deze concentraties leidden niet tot de totstandkoming van een nieuwe machtspositie op de verzekeringsmarkt.

In de toekomst kan echter deze situatie meer gecompliceerd komen te liggen door de zorginkoopmarkt. Deze markten zijn regionaal en hierop bezitten veel ziekenfondsen een machtspositie. Het samengaan van zorgverzekeraars leidt dan al snel, indien hun zorginkoopactiviteiten in een of meer regio's overlappen, tot de versterking van verschillende machtsposities op diverse zorginkoopmarkten. De NMa kan dan mededingingsrechtelijke bezwaren aanvoeren tegen dergelijke concentraties.¹⁵⁹ Hierdoor kan een lastiger situatie ontstaan, aangezien de kans bestaat dat bijvoorbeeld door de introductie van een nieuw zorgstelsel met marktprikkels, Nederlandse verzekeraars in de toekomst meer concurrentie van buitenlandse verzekeraars zullen ondervinden, waaraan alleen voldoende tegenwicht kan worden geboden door te streven naar schaalvergroting door fusies en andere vormen van concentraties.

Taak van algemeen economisch belang

Aan het begin van deze paragraaf is al aan de orde geweest dat mededingingsbeperkende gedragingen, welke in strijd zijn met het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van economische machtspositie alsmede zelfs met de regels betreffende het concentratietoezicht, kunnen worden gerechtvaardigd door de exceptie van de taak van algemeen economisch belang. Deze exceptie heeft een breder bereik dan de ontheffingsmogelijkheid, omdat deze laatste uitzondering alleen betrekking heeft op het kartelverbod. De taak van algemeen economisch belang kan in het EG-recht, naast het sauveren van alle mededingingsrechtelijke verboden, zelfs worden ingeroepen ter rechtvaardiging van beperkingen van het vrije verkeer. De exceptie van de taak van algemeen economisch belang is vastgelegd in artikel 86 lid 2 EG-verdrag en in de artikelen 11, 25 en 41 lid 3 Mededingingswet.

Indien de overheid een onderneming belast met een dergelijke taak, is het mogelijk op deze bepalingen een beroep te doen. In beginsel vindt een dergelijke belasting plaats door middel van een wettelijke regeling of door middel van een besluit van een overheidsinstantie. Soms wordt uit een samenstel van wettelijke bepalingen, beleidsplannen en andere documenten afgeleid dat de betrokken onderneming geacht wordt een taak van algemeen

158 Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 1165, ANOZ Verzekeringen – ANOVA/ZA0 van 29 december 1998.

159 Zie J.W. van de Gronden, Mededingingsrecht en gezondheidszorg, Markt en Mededinging 2001, p. 274 en 275.

economisch belang uit te voeren.¹⁶⁰ Indien een nationale overheid bepaalde taken van algemeen economisch belang kwalificeert, zal het Hof in beginsel deze kwalificatie overnemen. Voor de zorg is het van belang om op te merken dat bijvoorbeeld het verrichten van EHBO-diensten als taak van algemeen economisch belang wordt beschouwd.¹⁶¹ In de hierboven reeds aangehaalde zaak-AOK, waarin het Hof nog zijn arrest moet wijzen, ging de Advocaat-Generaal ervan uit dat Duitse ziekenfondsen eveneens een taak van algemeen economisch belang uitvoeren.

Voor een succesvol beroep ter rechtvaardiging van een beperking van de mededinging of het vrije verkeer op artikel 86 lid 2 EG-verdrag en de artikelen 11, 25 en 41 lid 3 Mededingingswet is het vereist dat voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel. Hieraan is voldaan indien aangetoond kan worden dat de in het geding zijnde taak alleen onder economische aanvaardbare omstandigheden kan worden uitgeoefend door de mededinging (of het vrije verkeer) te beperken.¹⁶² Het is in dit verband opmerkelijk dat de NMa zeer terughoudend is met de erkenning dat ziekenfondsen in Nederland een taak van algemeen economisch belang hebben; vooralsnog laat de NMa het in het midden in hoeverre aan de ziekenfondsen deze kwalificatie toekomt.¹⁶³

De laatste jaren is in het EG-recht de belangstelling voor de taak van algemeen economisch belang toegenomen. In dit verband moet bijvoorbeeld gewezen worden op artikel 16 EG-verdrag, dat door het Verdrag van Amsterdam aan het EG-verdrag is toegevoegd. Dit verdragsartikel draagt de EG en de lidstaten op zorg te dragen voor het goede functioneren van de diensten van algemeen economisch belang. Daarnaast heeft de Commissie recentelijk het Groenboek over diensten van algemeen belang¹⁶⁴ gepubliceerd, waarin, omdat deze diensten een sleutelrol spelen bij het politieke debat over de rol van de overheid binnen de markteconomie, het vragen aan de

160 Zie bijvoorbeeld zaak C-293/92, Almelo, Jur. 1994, p. I-1501 en zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075.

161 Zie zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner, Jur. 2001, p. I-8089.

162 Zie bijvoorbeeld zaak 320/90, Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533.

163 Zie randnummer 43 van de Richtsnoeren voor de zorgsector. Zie in dit verband ook het Besluit van de d-g NMa genomen in bezwaar in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar van 13 december 2000.

164 Zie Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003) 270 def. In dit groenboek wordt een subtiel onderscheid gemaakt tussen diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang. Voor de toepasselijkheid van de excepties van artikel 86 lid 2 EG-verdrag is dit onderscheid overigens niet van belang.

lidstaten¹⁶⁵ stelt over de noodzaak van harmonisatie (door middel van een kaderrichtlijn) van deze problematiek.¹⁶⁶ Overigens heeft de Commissie haar beleid met betrekking tot de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-verdrag in 2000 bekendgemaakt in een mededeling.¹⁶⁷ Ook in de teksten van de Conventie over de toekomst van Europa wordt in artikel III-3 van de Ontwerp-Grondwet (Volumen II)¹⁶⁸ evenals in het huidige artikel 16 EG-verdrag, de Europese Unie en de lidstaten opgedragen de diensten van algemeen economisch belang goed te laten functioneren. Aan het slot van dit artikel wordt zelfs voorgesteld de beginselen en voorwaarden voor dit functioneren vast te leggen in een Europese wet.¹⁶⁹

Modernisering van het EG-mededingingsrecht en zorg

Zoals hierboven al aan de orde is geweest, kan de d-g NMa van het Nederlandse kartelverbod en de Commissie van het Europese kartelverbod ontheffing verlenen. De Commissie en de d-g NMa beschikken over het zogenoemde ontheffingsmonopolie: het is de uitsluitende bevoegdheid van deze kartelautoriteiten (onder controle van de Europese rechters respectievelijk de nationale administratieve rechter) om de ontheffing te verlenen. In de nabije toekomst zullen zich met betrekking tot de ontheffingsmogelijkheid van artikel 81 lid 3 EG-verdrag belangrijke wijzigingen voordoen. Op grond van artikel 1 van de zogenoemde nieuwe procedureverordening,¹⁷⁰

165 Zie voor het standpunt van het kabinet over dit groenboek en de vragen die de Tweede Kamer over dit standpunt gesteld heeft Kamerstukken II, 2003-2004, 22 112, nr. 283 resp. Kamerstukken II, 2003-2004, 22 112, nr. 291.

166 Zie in dit verband ook het Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken, 'Diensten van algemeen belang', COM (2001) 598, def. en het "Non paper", Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun, te raadplegen op: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_nl.pdf.

167 Zie Mededelingen van de Commissie, 'Diensten van algemeen belang in Europa', COM (2000) 580 def.

168 Brussel 9 juli 2003, CONV 848/03.

169 De 'Europese wet' in de zin van de voorstellen van de Conventie kan, zo blijkt uit artikel I-32 van de Ontwerp-Grondwet (Volume I, Brussel 12 juni 2003, CONV 797/1/03), vergeleken worden met de huidige EG-verordening. In de conventievoorstellen wordt dus van een ander rechtsinstrument uitgegaan (verordening) dan in het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang (richtlijn).

170 Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003, L1/1. De oude 'verordening' is Verordening 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, Pb. 1962, L13/204.

die de decentrale toepassing van de mededingingsregels wil bevorderen, zal het ontheffingsmonopolie van de Commissie vervallen. Het regime van deze verordening treedt in werking op 1 mei 2004. Dit betekent dat vanaf deze datum artikel 81 lid 3 EG-verdrag omgezet wordt in een wettelijke uitzondering die rechtstreeks toepasselijk is, zodat ook de nationale autoriteiten (mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties) de bevoegdheid krijgen te beoordelen of een kartel in overeenstemming is met de Europese ontheffingscriteria. Ondernemingen kunnen een met het Europees kartelverbod strijdige afspraak niet meer ter ontheffing aanmelden bij de Commissie, maar moeten zelfstandig beoordelen of deze in overeenstemming is met artikel 81 lid 3 EG-verdrag. In een civiele procedure voor de rechter of in een administratieve procedure door de NMa aangespannen ter handhaving van het EG-mededingingsrecht, zullen de betrokken ondernemingen moeten aantonen dat hun kartel geoorloofd is op grond van de rechtstreeks werkende ontheffingscriteria van artikel 81 lid 3 EG-verdrag. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat, gezien de convergentie tussen het Europese en nationale mededingingsrecht dat door de Nederlandse wetgever wordt nagestreefd, artikel 17 Mededingingswet ook gewijzigd zal worden zodat de d-g NMa eveneens zijn ontheffingsmonopolie zal verliezen. Het wekt dan ook geen verbazing dat de SER in zijn advies over de evaluatie van de Mededingingswet voorstelt artikel 17 te transformeren in een wettelijke uitzondering.¹⁷¹ Dit voorstel neemt de regering over, zo blijkt uit het kabinetsstandpunt van 23 oktober 2003 naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet.¹⁷²

Van belang is voorts artikel 3 lid 1 van de nieuwe procedureverordening, dat bepaalt dat ingeval van mededingingsbeperkende gedragingen met een effect op de tussenstaatse handel de nationale autoriteiten in ieder geval het EG-mededingingsrecht toepassen. Daarnaast mag het nationale mededingingsrecht worden toegepast. In de rechtspraak van het Hof wordt relatief snel een effect op de tussenstaatse handel aangenomen: potentiële beïnvloeding is voldoende.¹⁷³ Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een kartel dat het gehele grondgebied bestrijkt, hetgeen nationale drempelvorming tot gevolg heeft, welke in strijd is met de doelstellingen van de Europese integratie.¹⁷⁴ Ook in de grensregio's kan relatief snel beïnvloeding van de tussenstaatse handel worden aangenomen.

171 Zie Advies 03/06 van 16 mei 2003 van de SER, Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, Den Haag 2003, p. 8 en 35.

172 Zie kamerstukken 2003-2004, 29 272, Evaluatie Mededingingswet, nr. 1.

173 Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, p. 449.

174 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 29 van zaak 8/72, VCH, Jur. 1972, p. 977.

Vanaf 1 mei 2004 zijn de NMa en de nationale rechters aanzienlijk beperkt in hun keuzevrijheid bij de toepassing van de mededingingsregels op mededingingsbeperkende gedragingen met een tussenstaats effect: in ieder geval moet artikel 81 of 82 EG-verdrag worden toegepast. Dit heeft in de praktijk grote gevolgen voor bepaalde typisch Nederlandse voorzieningen in het mededingingsrecht. Voor de zorg is bijvoorbeeld de discussie over artikel 16 Mededingingswet van belang geweest. Op grond van deze bepaling was de d-g NMa niet bevoegd op te treden tegen met artikel 6 lid 1 Mededingingswet strijdige afspraken, indien deze afspraken onderhevig waren aan het toezicht van andere bestuursorganen. Door het College Tarieven Gezondheidszorg goedgekeurde tariefafspraken en door het College van Zorgverzekeringen goedgekeurde Uitkomsten van Overleg, ontsnapten zo aan artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Per 1 januari 2003 is echter artikel 16 Mededingingswet vervallen.¹⁷⁵ Naar aanleiding hiervan is discussie ontstaan over de noodzaak om artikel 16 Mededingingswet te doen herleven.¹⁷⁶ Deze discussie krijgt vanaf 1 mei 2004 een theoretisch karakter. Vanaf deze datum moet op veel kartels in ieder geval artikel 81 EG-verdrag worden toegepast. Aangezien deze verdragsbepaling van hogere orde is dan een nationale bepaling als artikel 16 Mededingingswet, kan een dergelijke nationale bepaling geen uitzondering maken op het Europese kartelverbod. Artikel 3 lid 2 van de nieuwe Procedureverordening bepaalt tevens dat de nationale regels betreffende het kartelverbod niet soepeler of strenger mogen zijn dan artikel 81 EG-verdrag. Met voorbijgaan aan een eventueel 'herleefd' artikel 16 Mededingingswet zullen de NMa en de nationale rechters waarschijnlijk op kartels met invloed op de tussenstaatse handel artikel 81 EG-verdrag toepassen, ook al zijn deze kartels voorwerp

175 Dit volgt uit het overgangsrecht van artikel 107 lid 2 Mededingingswet. In het wetsvoorstel dat aan de NMa de ZBO-status beoogde toe te kennen (Kamerstukken 27 638), was dankzij een amendement van de Tweede Kamer-leden Bolhuis en Leers (Kamerstukken II, 2001-2002, 27 639, nr. 23) een bepaling opgenomen op grond waarvan artikel 16 Mededingingswet voor onbepaalde tijd zou worden verlengd. De behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer werd aangehouden naar aanleiding van de brief van Minister Heinsbroek van 10 september 2002 (brief van 10 september 2002 van Minister Heinsbroek, Kamerstukken I, 2001-2002, 27 638, nr. 228f), zodat artikel 16 Mededingingswet gewoon vervallen is per 1 januari 2003.

176 Zie Kamervragen van het Tweede Kamer-lid Vendrik aan de Minister van Economische Zaken, Aanhangsel van de Handelingen 2002-2003, nr. 375; brief van de Minister van EZ van 17 december 2002, Kamerstukken II, 2002-2003, 27 639, nr. 61 en de brief van de Minister van VWS van 26 november 2002, MEVA/MESO-2336433. De laatste genoemde brief is tezamen met een brief van de d-g NMa over artikel 16 Mededingingswet en de zorg gepubliceerd op de site van VWS.

geweest van een toezichtsprocedure bij een ander bestuursorgaan. Het opnieuw vaststellen van artikel 16 Mededingingswet zal alleen gevolgen hebben voor 'kleine kartels', dat wil zeggen afspraken die geen invloed hebben op de tussenstaatse handel. Intussen heeft het kabinet in zijn standpunt over de evaluatie van de Mededingingswet aangegeven de werking van artikel 16 Mededingingswet niet te willen verlengen.¹⁷⁷

Overigens beschikt de d-g NMa ook thans, op grond van artikel 88 Mededingingswet over de bevoegdheid om artikel 81 lid 1 EG-verdrag¹⁷⁸ toe te passen. Formeel gezien had hij tussen 1998 en 2003 voor kartels met een effect op de tussenstaatse handel al kunnen voorbijgaan aan artikel 16 Mededingingswet. In de praktijk heeft de NMa dit echter nooit gedaan. In dit verband moet worden opgemerkt dat er thans een wetsvoorstel aanhangig is, waarin de Uitkomsten van Overleg tezamen met modelovereenkomsten worden afgeschaft.¹⁷⁹ In de nabije toekomst zullen de mogelijke mededingingsrechtelijke knelpunten, die het gevolg waren van deze goedgekeurde Uitkomsten van Overleg tot het verleden behoren.

De nieuwe procedureverordening voor het EG-mededingingsrecht geeft aanleiding tot de meer algemene conclusie dat vanaf 1 mei 2004 het voor de lidstaten moeilijk wordt om met het oog op de zorg speciale voorzieningen (bijvoorbeeld bepaalde uitzonderingen voor mededingingsbeperkende gedragingen in de zorgsector) vast te leggen in de nationale mededingingswetgeving. Deze voorzieningen zullen geen effect sorteren voor de mededingingsbeperkende afspraak met een effect op de tussenstaatse handel. Hetzelfde moet worden opgemerkt over het toezichtsinstrumentarium waarover de minister van Economische Zaken thans beschikt op grond van artikel 4 Mededingingswet. Op grond van het eerste lid kan deze minister algemene aanwijzingen geven aan de d-g NMa en op grond van het tweede lid kunnen deze aanwijzingen betrekking hebben op niet-economische belangen. Krachtens het vierde lid zijn individuele aanwijzingen ook mogelijk; ingeval van een eventuele toekenning van de status van zelfstandig bestuursorgaan aan de NMa

177 Zie kamerstukken 2003-2004, 29 272, Evaluatie Mededingingswet, nr. 1, p. 2 en p. 14-17.

178 Deze bevoegdheid heeft alleen betrekking op de toepassing van het Europese kartelverbod, omdat thans de Commissie nog beschikt over zijn ontheffingsmonopolie.

179 Zie Kamerstukken 28 994. Dit wetsvoorstel maakt het ook overigens mogelijk om in vergaande mate de contracteerplicht voor instellingen af te schaffen en heeft daarnaast als doelstellingen om het ontvangen van diensten van buitenlandse zorgaanbieders eenvoudiger te maken (dit laatste uiteraard tegen de achtergrond van het arrest Müller-Fauré).

vervalt evenwel deze laatstgenoemde bevoegdheid.¹⁸⁰ Uit de voorrang van het EG-recht boven het nationale recht vloeit voort dat de minister van EZ zijn aanwijzingsbevoegdheid niet zo kan uitoefenen dat afbreuk gedaan wordt aan het nuttig effect van artikel 81 en artikel 82 EG-verdrag. Er kunnen geen aanwijzingen gegeven worden over de zorg die in strijd zijn met deze verdragsbepalingen.

Over de verhouding tussen het Europese en nationale mededingingsrecht moet nog het volgende worden opgemerkt. Artikel 3 lid 2 van de nieuwe Procedureverordening bepaalt, zoals reeds opgemerkt is, dat de nationale regels betreffende kartels niet afwijken van artikel 81 EG-verdrag. Ten aanzien van eenzijdige gedragingen (welke onder artikel 82 EG-verdrag kunnen vallen) bepaalt dit artikel dat lidstaten hiervoor wel strengere voorschriften in het leven mogen roepen. Hiermee wordt wetgeving betreffende eerlijke handelspraktijken, welke voorkomt in lidstaten als Duitsland en België, toegestaan. Het is evenwel niet uitgesloten dat deze bepaling ook ruimte biedt voor sectorspecifieke mededingingsregels voor de zorg, mits deze regelgeving niet soepeler is dan het EG-mededingingsrecht en betrekking heeft op eenzijdige gedragingen.

3.3 Overheid en mededinging

Hoewel het EG-mededingingsrecht primair bedoeld is voor de ondernemingen –het vrij verkeer-regime is in beginsel gericht aan de overheden– bevat het EG-mededingingsrecht ook regels die gericht zijn aan de overheden. Aangezien de Mededingingswet niet dergelijke regels bevat en Nederland nog steeds geen generieke wet voor markt en overheid kent, komen in deze paragraaf alleen EG-rechtelijke regels aan de orde. Het gaat hierbij om twee typen regimes. Het eerste regime is vastgelegd in artikel 86 lid 1 EG-verdrag en het tweede regime, dat bekend staat als ‘nieuwe norm’, in de rechtspraak.

Uitsluitende en bijzondere rechten

Artikel 86, lid 1 (voorheen artikel 90, lid 1) EG-verdrag verbiedt de lidstaten om ten aanzien van bedrijven aan wie bijzondere of uitsluitende rechten

180 Dit blijkt onder meer uit het voorgesteld artikel 5d van het voorstel tot Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, EK 2001-2002, 27 639, nr. 228, welke voorstel overigens nog steeds niet is aangenomen door de Eerste Kamer. De behandeling van het voorstel is aangehouden op verzoek van de toenmalige Minister van EZ, Heinsbroek. Zie brief van de Minister van EZ van 10 september 2002, EK 2001-2002, 27 639, nr. 228f.

zijn toegekend, maatregelen te treffen die in strijd zijn met de regels van het EG-verdrag. Dit verdragsartikel verwijst hierbij met name naar de mededingingsregels. Voor een toets van een nationale overheidsmaatregel aan artikel 86, lid 1 EG-verdrag moet dus deze bepaling altijd in samenhang gelezen worden met de Europese mededingingsregels (en andere bepalingen uit het EG-verdrag, bijvoorbeeld de voorschriften voor het vrije verkeer). Veel rechtspraak van het Hof heeft de toepassing van artikel 86, lid 1 EG-verdrag juncto artikel 82 EG-verdrag tot onderwerp. Omdat het enkele bezit van een machtspositie niet in strijd is met artikel 82 EG-verdrag, staat de enkele toekenning van exclusieve of bijzondere rechten aan ondernemingen ook niet op gespannen voet met artikel 86 lid 1 juncto artikel 82 EG-verdrag. Een lid staat handelt slechts in strijd met deze bepalingen, indien een onderneming aan wie dergelijke rechten zijn toegekend, door de enkele uitoefening van de bevoegdheden die aan haar zijn toegekend, misbruik van haar machtspositie maakt of indien deze rechten een situatie in het leven kunnen roepen waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.¹⁸¹

Indien een bepaalde overheidsmaatregel in strijd met artikel 86 lid 1 EG-verdrag in samenhang met een andere verdragsbepaling wordt geoordeeld, kan deze maatregel worden gerechtvaardigd met een beroep op de exceptie van de taak van algemeen economisch belang van artikel 86 lid 2 EG-verdrag. Deze exceptie, die hierboven in het kader van de mededingingsregels voor ondernemingen reeds aan de orde kwam, kan derhalve ook worden ingeroepen ten gunste van overheidsmaatregelen.

Een voorbeeld van de toepassing van artikel 86 lid 1 EG-verdrag in de zorg is terug te vinden in het hierboven aangehaalde arrest-Ambulanz Glöckner. Indien krachtens het nationale recht voor het verrichten van diensten voor ambulancevervoer de noodzakelijke vergunning door de bevoegde instantie niet wordt verleend, omdat bij toetreding tot de markt van een nieuwe ambulancedienst de werking en de rentabiliteit van de eerstehulpdienst, waarvan het beheer is opgedragen aan medische hulpverleningsorganisaties, kan worden geschaad, dan beschikken deze hulpverleningsorganisaties over een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 86 lid 1 EG-verdrag. Aangezien op deze wijze de betrokken hulporganisaties hun machtspositie op de markt voor vervoer van spoedgevallen konden uitbreiden naar de markt voor ziekenvervoer (van patiënten die geen spoedgevallen zijn),

181 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 29 van het reeds aangehaalde arrest Höfner; rechtsoverweging 18 van zaak C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Jur. 1994, p. I-5077; rechtsoverweging 27 van zaak C-163/96, Raso, Jur. 1998, p. I-533; rechtsoverweging 41 van zaak C-266/96, Corsica Ferries France, Jur. 1998 p. I-3949, punt 41 rechtsoverweging 93 van het reeds aangehaalde arrest Brentjens en 67 en 68 van zaak C-209/98, Sydhavnens, Jur. 2000, p. I- 3743.

bestond strijd met artikel 82 juncto artikel 86 lid 1 EG-verdrag. Overigens stelde het Hof vast dat deze beperking te rechtvaardigen was met een beroep op artikel 86 lid 2 EG-verdrag, mits voldaan was aan het proportionaliteitsvereiste, hetgeen de nationale rechter nader moest onderzoeken.¹⁸² Indien een lidstaat aan een of meer organisaties als enige de bevoegdheid geeft om zorgverzekeringen uit te voeren, dan beschikken deze instanties, voor zover zij als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht kunnen worden gekwalificeerd, over een uitsluitend of bijzonder recht. De vormgeving van hun bevoegdheden moet dan in overeenstemming zijn met artikel 86 lid 1 EG-verdrag. Een lastig probleem kan bijvoorbeeld ontstaan, indien zij actief zijn op zowel de door de wet aan hen voorbehouden markt als op een min of meer vrije markt. In hoeverre brengt of dwingt de wetgever hen ertoe om hun machtspositie uit te breiden naar deze vrije markt? Indien daarentegen elke verzekeringsmaatschappij die aan een aantal kwalitatieve vereisten voldoet, in beginsel uitvoering mag geven aan deze zorgverzekering, is artikel 86 lid 1 EG-verdrag niet van toepassing.

Nieuwe norm

Onder meer in het arrest-INNO tegen ATAB¹⁸³ heeft het Hof beslist dat lidstaten geen maatregelen mogen treffen waardoor ondernemingen zich aan de mededingingsregels van het EG-verdrag kunnen onttrekken. Het nuttige effect van het EG-mededingingsrecht mag niet worden aangetast door de lidstaten. Deze regel die, ook al dateert hij alweer uit de jaren '70 van de vorige eeuw, bekend staat als nieuwe norm, werd aanvankelijk gebaseerd op de artikelen 85 of 86, 5 en 3 sub f (oude nummering) van het EG-verdrag. In meer recente jurisprudentie verwijst het Hof alleen naar artikel 10 EG-verdrag (het beginsel van gemeenschapstrouw) en artikel 81 of 92 EG-verdrag.¹⁸⁴

Artikel 81 lid 1 EG-verdrag (kartelverbod) juncto artikel 10 EG-verdrag is geschonden wanneer een lidstaat het totstandkomen van met het mededingingsrecht strijdige afspraken oplegt, wanneer dergelijke afspraken worden versterkt of begunstigd, of wanneer de lidstaat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particulieren over

182 De zaak *Ambulanz Glöckner* was een prejudiciële procedure. In deze procedures stellen de nationale rechters vragen aan het Hof naar aanleiding van een concreet geschil over de interpretatie van het EG-recht. In zijn antwoord kan het Hof de criteria aangeven hoe het geschil dient te worden opgelost en vervolgens de nationale rechter opdragen nader te onderzoeken of hieraan is voldaan.

183 Zaak 13/77, *INNO tegen ATB* Jur. 1977, p. 2115.

184 Zie bijvoorbeeld zaak C-35/96, *Commissie tegen Italië*, Jur. 1998, p. I-3851.

te dragen.¹⁸⁵ Artikel 82 EG-verdrag (verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie) juncto artikel 10 EG-verdrag is geschonden wanneer een lidstaat aan een onderneming een machtspositie verleent die deze onderneming in staat stelt de instandhouding van de daadwerkelijke concurrentie op de relevante markt te belemmeren door het deze onderneming mogelijk te maken, zich ten opzichte van haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.¹⁸⁶ Om schending van de nieuwe norm aan te tonen is het onvoldoende om vast te stellen dat een overheidsmaatregel de concurrentie verstoort. Pas wanneer deze overheidsmaatregel daarbovenop een duidelijk aanknopingspunt heeft bij ondernemersgedrag bestaat de mogelijkheid van een dergelijke schending.¹⁸⁷ Een voorbeeld is een algemeen verbindend verklaring van de overheid van een prijsafpraak.¹⁸⁸ Een afspraak over de prijzen belemmert de mededinging, terwijl bij een algemeen verbindend verklaring van een dergelijke afspraak door de overheid een verband bestaat tussen de overheid en gedrag van ondernemingen. Indien een overheidsmaatregel de mededinging beperkt zonder dat een dergelijk verband bestaat, is het uiteraard, hoewel de toets aan de nieuwe norm dan niet in het vizier komt, wel mogelijk dat deze overheidsmaatregel in strijd zou kunnen zijn met de regels voor het vrij verkeer.

Recentelijk heeft het Hof een belangrijk arrest gewezen, waarin de vraag aan de orde was in hoeverre nationale kartelautoriteiten (bijvoorbeeld de NMa in Nederland) de nieuwe norm mogen toepassen. In de zaak-CIF¹⁸⁹ besliste het Hof dat nationale kartelautoriteiten mogen vaststellen dat een nationale wet in strijd met artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag is. Een autoriteit als de NMa is dan verplicht deze wetgeving buiten toepassing te laten. Indien de litigieuze wetgeving de betrokken ondernemingen verplichtte bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen te verrichten en hen daarbij geen ruimte voor eigen autonoom gedrag liet, dan mogen de nationale kartelautoriteiten aan hen geen sancties opleggen. Indien echter de ondernemingen in kwestie nadat een nationale kartelautoriteit bij een beslissing de in het geding zijnde wetgeving in strijd met de nieuwe norm heeft verklaard, toch blijven volharden in het naleven van de concurrentiebeperkende nationale wettelijke bepalingen, kan een nationale kartelautoriteit als de NMa

185 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 16 van zaak 267/86, Van Eycke, Jur. 1988, p. 4769 en rechtsoverweging 10 van zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, p. I-5851.

186 Zie rechtsoverweging 38 van zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jur. 1979, p. 461 en rechtsoverweging 27 van zaak C-38/97, Librandi, Jur. 1998, p. I-5955.

187 Zie Van Gerven e.a., a.w., p. 558-561.

188 Zie in dit verband gevoegde zaken 209 t/m 213/84, Asjes, Jur. 1986, p. 1425.

189 Zie zaak C-198/01, CIF, 9 september 2003, n.n.g.

wel een sanctie opleggen. De beslissing van een kartelautoriteit, waarin strijd met de nieuwe norm wordt geconstateerd, brengt voor ondernemingen verplichtingen met zich voor de toekomst. Het nieuwe arrest legt aan autoriteiten als de NMa vergaande verplichtingen op in het kader van de toets van nationale regelgeving aan de nieuwe norm. De vraag rijst dan ook, evenals het geval was bij de modernisering van het EG-mededingingsrecht, in hoeverre een bepaling als artikel 16 Mededingingswet soulaas kan bieden voor bepaalde door een bestuursorgaan goedgekeurde mededingingsbeperkende gedragingen, nu de NMa op grond van het CIF-arrest verplicht is mededingingsbeperkende overheidsmaatregelen buiten toepassing te laten. Een voor de zorg belangrijk arrest over de nieuwe norm is de zaak-Pavlov. In deze zaak leek het Hof te accepteren dat de Nederlandse overheid een pensioenregeling van de medische specialisten algemeen verbindend verklaarde met het oog op het daarmee gediende sociale belang.¹⁹⁰ Uit deze zaak kan voorzichtig de conclusie getrokken worden dat een nationale overheid het nuttig effect van de mededingingsregels mag ontnemen, indien dit noodzakelijk is voor de realisering van bepaalde legitieme publieke belangen.¹⁹¹ Wat het huidige Nederlandse zorgstelsel betreft, speelt de discussie in hoeverre de nieuwe norm geschonden is wanneer het CTG tarieven goedkeurt die de landelijke organisaties van de vrije beroepsorganisaties overeengekomen zijn met de zorgverzekeraars.¹⁹² Op zijn minst is de conclusie gerechtvaardigd dat de overheid, op het moment dat zij maatregelen neemt waarin afspraken betreffende de prijzen tussen ondernemingen een belangrijke rol spelen, het risico neemt dat de nieuwe norm is geschonden.

3.4 Staatssteun en zorg

Een aparte plaats in de mededingingsregels van het EG-verdrag wordt ingenomen door de artikelen 87-89 EG-verdrag.¹⁹³ Op grond van artikel 87 lid 1

190 Zie rechtsoverwegingen 94 t/m 97 van de zaak Pavlov.

191 Zie E.M.H. Loozen, Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?, *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht* 2000, p. 305.

192 Zie bijvoorbeeld G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Deventer, 1998, p. 248 en 249; het verslag (gemaakt door D. Blaas en V.L. Derckx) van de Najaarsvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht 2001, *TvGR* 2002, p. 101; G.J.A. Hamilton, *Publiek belang en mededinging in de gezondheidszorg*, *TvGR* 2002, p. 154, voetnoot 28; J.W. van de Gronden, *Toezichthouders in de zorg en de NMa: conflicterende bevoegdheden*, *TvGR* 2002, p. 323 en 324 en M.A.J.M. Buijsen, *Mededinging in de gezondheidszorg*, *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 675-677.

193 Zie voor een algemeen overzicht van de problematiek van staatssteun en zorg: M.T. de Gans, *Staatssteun in de gezondheidszorg*, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003, p. 362 e.v.

EG-verdrag is concurrentievervalsende staatssteun verboden die de tussenstaatse handel beperkt. Op grond van artikel 87 lid 3 kan de Commissie staatssteun die de lidstaten bij haar hebben aangemeld onder bepaalde voorwaarden goedkeuren. Artikel 88 lid 3, laatste alinea EG-verdrag bepaalt dat een lidstaat een steunmaatregel niet ten uitvoer mag leggen, voordat deze door de Commissie is goedgekeurd. Deze bepaling staat bekend als de blokkeringsregel. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de blokkeringsregel rechtstreekse werking heeft.¹⁹⁴ De Procedureverordening voor staatssteun, Verordening 659/99,¹⁹⁵ bepaalt hetzelfde in artikel 3. De rechtstreekse werking van de blokkeringsregel heeft als consequentie dat een particulier bij de nationale rechterlijke instanties hierop een beroep kan doen en dat deze rechterlijke instanties vervolgens de overheid dienen te veroordelen tot terugvordering van de ten onrechte uitgekeerde steun bij de begunstigde bedrijven. Uiteraard kan de Commissie ook de desbetreffende lidstaat vorderen de onrechtmatige steun terug te vorderen. In dit verband kan een lidstaat zich er niet op beroepen dat de terugvordering wel erg lastig is, indien de Commissie reeds uitgekeerde steun heeft afgekeurd.¹⁹⁶ Alleen indien het absoluut onmogelijk is om de steun terug te vorderen, bijvoorbeeld in geval van een faillissement, mag terugvordering achterwege blijven.¹⁹⁷ Het is thans in de rechtspraak van het Hof nog onduidelijk op welk moment de aanmeldingsplicht ontstaat: op het moment dat er sprake is van een steunmaatregel of op het moment dat deze maatregel die concurrentie op de gemeenschappelijke markt vervalst en de tussenstaatse handel beïnvloedt. Het Gerecht lijkt in een recent arrest ervan uitgegaan dat de aanmeldingsplicht reeds ontstaat op het moment dat een maatregel als staatssteun dient te worden gekwalificeerd.¹⁹⁸ In ieder geval is krachtens de zogenoemde de *minimis*-regeling steun van 100.000 euro die aan een onderneming wordt verleend over een periode van 3 jaar toegestaan.¹⁹⁹ Gezien de vervlechting van

194 Zie bijvoorbeeld zaak 120/73, Lorenz, Jur. 1973, p. 1471 en zaak 84/82, Duitse steun textielindustrie, Jur. 1984, p. 1451.

195 Verordening 659/99 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-verdrag, Pb. 1999 L83/1.

196 Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 56 t/m 61 van zaak C-303/88, Italië tegen Commissie, Jur. 1991, p. I-1433.

197 Zie bijvoorbeeld zaak C-348/93, Commissie t. Italië, Jur. 1995, p. I-673.

198 Zie rechtsoverweging 142 van gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, P & O European Ferries, 5 augustus 2003, n.n.g.

199 Zie Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de *minimis*-steun, Pb. 2001 L10/30. Voorheen was dit vastgelegd in de Mededeling van de Commissie inzake de *minimis*-steun, Pb. 1996 C68/9.

de economieën van de lidstaten in veel lidstaten, zullen veel steunmaatregelen die niet onder de de *minimis*-regeling vallen, relatief vaak de tussenstaatse handel beïnvloeden en de concurrentie op de gemeenschappelijke markt.²⁰⁰ Deze steun moet in ieder geval aangemeld worden.

Aangezien het achterwege laten van aanmelding van steunmaatregelen vergaande gevolgen kan hebben, is de definitie van het begrip steunmaatregel van groot belang. Het Hof interpreteert dit begrip ruim. In de zaak-SFEI tegen La Poste overwoog het Hof in dit verband het volgende:

‘Het begrip steun omvat dus niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor –zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn– van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.’²⁰¹

Uit deze ruime definitie van het begrip steun volgt automatisch dat subsidies zijn aan te merken als staatssteun. Ook andere maatregelen echter, zoals leningen onder gunstige voorwaarden, kunnen steun opleveren. Of dit het geval is moet beoordeeld worden aan de hand van het *market investor principle*. Zou een reguliere marktpartij onder dezelfde condities een bepaalde lening hebben gegeven of een bepaalde investering hebben gedaan? Het antwoord op deze vraag zou ontkennend moeten luiden bij leningen met een rentepercentage ver onder de marktrente of bij investeringen in een bedrijf waarin bijvoorbeeld vanwege een dreigend faillissement geen enkel normaal commercieel bedrijf interesse zou hebben gehad. Globale steun –dit wil zeggen steun die aan alle ondernemingen wordt verleend– valt niet onder het EG-rechtelijke steunregime. Voor de toepasselijkheid van artikel 87 lid 1 EG-verdrag moet voldaan zijn aan het vereiste van selectiviteit.²⁰²

Een met het oog op de zorgsector belangrijke vraag is in hoeverre de financiële compensatie die door de overheid verleend wordt voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen, aangemerkt moet worden als steun. Tot voor kort was de rechtspraak hierover onduidelijk. Er waren aanwijzingen dat dergelijke compensaties als staatssteun dienden te worden gekwalifi-

200 Vergelijk in dit verband randnummer 19 van de Conclusie van A-G Van Gerven bij zaak C-303/88, Italië tegen Commissie, Jur. 1991, p. I-1433. Hier wordt gesteld dat, gezien de vergevorderde Europese marktintegratie men zich slechts in bijzondere omstandigheden een steunmaatregel kan voorstellen die geen negatief effect heeft op de tussenstaatse handel.

201 Zie rechtsoverweging 58 van zaak C-39/94, La Poste, Jur. 1996, p. I-3547.

202 T. Joris, Nationale steunmaatregelen en het Europees Gemeenschapsrecht. Een onderzoek van het communautaire beleid, met bijzondere nadruk op procedure en rechtsbescherming, Antwerpen-Apeldoorn, 1994, p. 69.

ceerd. Zij dienden te worden aangemeld bij de Commissie die dan op grond van artikel 87 lid 3 dan wel op grond van artikel 86 lid 2 EG-verdrag kon beoordelen of de maatregel in kwestie diende te worden goedgekeurd.²⁰³ Een dergelijke benaderingswijze zou als consequentie kunnen hebben dat bijvoorbeeld bepaalde financiële voordelen die door de overheid aan ziekenfondsen zijn verleend, dienen (voorzover zij als steun dienen te worden beschouwd) te worden aangemeld bij de Commissie, alvorens deze ten uitvoer kan worden gelegd. In de zaak-Ferring,²⁰⁴ die betrekking had op de distributie van geneesmiddelen, nam het Hof een ander standpunt in. In deze zaak stelde het Hof dat een financiële compensatie voor de uitvoering van een openbare dienstverplichting niet als steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-verdrag kan worden aangemerkt, voorzover de compensatie niet verder gaat dan noodzakelijk is. Aangezien sprake was van tegenstrijdige rechtspraak, was onduidelijk welke lijn het Hof wilde volgen.

In de zaak-Altmark, die speelde in de vervoerssector, kreeg het Hof de gelegenheid om een principiële uitspraak te doen. Op 24 juli 2003 heeft het Hof in deze zaak zijn arrest gewezen.²⁰⁵ In dit arrest werd de lijn uit de zaak-Ferring gevolgd. De voorwaarden waaronder de lidstaten een beroep konden doen op deze lijn werden wel nader verfijnd.

Een financiële compensatie wordt niet als staatssteun aangemerkt, indien aan de volgende vier voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, rekeninghoudend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats moet, wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (rekeninghoudend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen).

Met het arrest-Altmark heeft het Hof de lidstaten enige armslag gegeven om te werken met subsidies en vergelijkbare instrumenten in bijzondere sectoren als die van de zorg. Zonder deze armslag hadden veel van dit soort in-

203 Zie zaak C-174/97P, FFSA, Jur. 1998, p. I-1303 en Zaak T-46/97, SIC, Jur. 2000, p. II-2125.

204 Zaak C-53/00, Ferring, Jur. 2001, p. I-9067.

205 Zie zaak C-280/00, Altmark, 24 juli 2003, n.n.g.

strumenten die in de zorg worden gehanteerd, moeten worden aangemeld. Niet uit het oog moet evenwel worden verloren, dat de lidstaten bij het verlenen van de financiële compensaties de vier voorwaarden van het arrest-Altmark moeten eerbiedigen. Indien zij dit niet doen, is er alsnog sprake van staatssteun met alle gevolgen van dien: zowel de Commissie als een belanghebbende kan dan terugvordering van de verleende voordelen eisen. De laatstgenoemde kan dit doen bij de nationale rechter op grond van de rechtstreekse werking van de blokkeringsregel.

3.5 Conclusies

Omdat het EG-mededingingsrecht een ruime definitie van het begrip onderneming kent, is het van toepassing op veel actoren in de zorg. In beginsel vallen vrijwel alle zorgaanbieders onder het mededingingsrecht. Er zijn goede gronden aan te voeren voor de conclusie dat organisaties die zorgverzekeringen aanbieden eveneens als ondernemingen moeten worden beschouwd, indien de nationale wetgever bij de vormgeving van zijn taken naast elementen van solidariteit elementen van marktwerking heeft geïntroduceerd. In hoeverre bijvoorbeeld een Nederlands ziekenfonds een onderneming is, wordt uiteindelijk beslist door het Hof. Op grond van de in paragraaf 3.1 besproken jurisprudentie en beschikkingenpraktijk is het evenwel gerechtvaardigd om uit te gaan van de hypothese dat zorgverzekeraars die hun werkzaamheden verrichten in wettelijke kader waarin (op substantiële wijze) marktprikkels zijn geïntroduceerd, ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. In zorgstelsels waar particuliere verzekeringen een belangrijke rol spelen, moet derhalve rekening gehouden worden met het mededingingsrecht.

Op grond van het mededingingsrecht zijn bepaalde typen van zelfregulering problematisch. Uiteraard geldt dit wanneer deze zelfregulering betrekking heeft op prijzen (bijvoorbeeld afspraken om niet te contracteren onder het maximum WVG-tarief of afspraken over de hoogte van de verzekeringspremies) en op toegang tot de markt (bijvoorbeeld afspraken over vestiging en spreiding). De NMa heeft zelfs afspraken over risicosolidariteit tussen de particuliere ziektekostenverzekeraars verboden in zijn besluit over het Solidariteitsprotocol.

De kwalificatie van zorgverzekeraars en zorgaanbieders brengt ook de toepasselijkheid van de regels voor overheid en mededinging en van het staatssteunregime met zich. Dit betekent bijvoorbeeld dat de overheid op grond van de nieuwe norm geen mededingingsbepurende afspraken (bijvoorbeeld met betrekking tot de prijs) van zorgaanbieders en zorgverzekeraars algemeen verbindend mag verklaren en geen staatssteun (welke de Commissie

niet heeft goedgekeurd) mag geven aan hen.

In de rechtspraak van het Hof, en ook wel in de besluitpraktijk van de NMa, zijn echter wel aanwijzingen te vinden dat vanwege het publieke belang onder bepaalde omstandigheden bepaalde afspraken of overheidshandelingen met gevolgen voor de mededinging zijn toegestaan. Gewezen moet worden op de zaak-Wouters waarin het Hof afspraken over deontologie (mits ze niet verder gaan dan noodzakelijk) sauveerde en het beleid van de NMa over objectieve en transparante afspraken over kwaliteit in de zorg niet in strijd achtte met het kartelverbod. Ook van belang zijn de ontwikkelingen rondom de taak van algemeen economisch belang (artikel 16 EG-verdrag en het Groenboek over deze taken, het arrest-Amublantz Glöckner). Het recente arrest in de zaak-Altmark, waarin bepaalde financiële compensaties door de overheid gegeven aan ondernemingen die openbare dienstverplichtingen uitvoeren niet als staatssteun werden beschouwd, toont aan dat het Hof ook bij de toets aan de artikelen 87-89 EG-verdrag rekening houdt met de verantwoordelijkheden die aan bepaalde ondernemingen met het oog op het algemeen belang zijn opgedragen. Uit deze rechtspraak blijkt dat in het mededingingsrecht (waaronder het staatssteunregime) plaats is ingeruimd voor de inschakeling van het particulier initiatief ten gunste van het algemeen belang. Voor de zorg, waarin particuliere partijen als zorgverzekeraars een belangrijke rol spelen, is dit een belangrijke conclusie.

4 Verhouding tussen het EG-recht, zorg en de betrokkenheid van particuliere verzekeraars

In dit hoofdstuk wordt nagegaan in hoeverre de opties die in hoofdstuk 1 van dit onderzoek besproken zijn, in overeenstemming zijn met het EG-recht. Onderzocht wordt welke knelpunten er bestaan bij de inschakeling van private partijen bij de uitvoering van zorgverzekeringen. Zoals in hoofdstuk 1 reeds is opgemerkt, is om het inzicht in deze problematiek te vergroten, bij de selectie van de varianten uitgegaan van een glijdende schaal van publiek naar privaat. De consequentie hiervan is dat in dit hoofdstuk begonnen wordt met de publiekrechtelijke variant A. Vanaf variant B worden ‘private elementen’ toegevoegd.

4.1 Variant A: publieke regelgeving, publieke uitvoering

In variant A zijn de verzekeringsaanspraak en de omvang van het pakket in de wet vastgelegd. De uitvoerders van de verzekering zijn publiekrechtelijke lichamen en de uitvoering van hun taken worden gefinancierd uit de algemene middelen. Concurrentie is niet mogelijk daar elke uitvoerder zijn eigen werkgebied toegewezen krijgt (‘postcodezorg’). In deze variant is de zorgverzekering met andere woorden volledig op het solidariteitsbeginsel gebaseerd.

Derde Schaderichtlijn

Een dergelijke vormgeving van de zorgverzekering valt niet onder de Derde Schaderichtlijn, daar er sprake is van sociale zekerheid in de zin van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn. (Op grond van deze bepaling is een wettelijk stelsel van sociale zekerheid uitgesloten van het toepassingsbereik van de Schaderichtlijnen.) Zoals het geval was in het arrest-Garcia (aangehaald in paragraaf 2.2.1), moeten de ingezetenen zich aansluiten bij het stelsel van variant A. Voorts wijst het grote aandeel dat de gelden uit de publieke middelen hebben bij de financiering van de zorgverzekering, op een stelsel van sociale zekerheid. Het feit dat er geen concurrentie mogelijk is en er geen sprake is van een zelfstandige bedrijfsvoering van de uitvoerder, betekent dat de uitvoeringsorganisatie geen onderneming is in de zin van het mededingingsrecht (zie verder hieronder).²⁰⁶ In het arrest-Garcia wordt uitdrukkelijk gesteld dat de Schaderichtlijnen niet van toepassing kunnen zijn op instellingen die zich niet kwalificeren als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht; op grond van de rechtsbasis van de richtlijn (de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer), kunnen zelfs geen richtlijnen met betrekking tot dergelijke instellin-

206 Dit volgt uit de reeds aangehaalde arresten in de zaak Poucet en Pistre en de zaak Cisal.

gen worden vastgesteld.²⁰⁷ Daarnaast wordt de hoogte van de te betalen bijdrage volledig bepaald door de wetgever, hetgeen in het arrest-Freskot (aangehaald in paragraaf 2.2.1) een argument was om de Derde Schaderichtlijn niet van toepassing te achten.

De Sociale Zekerheidsverordening

De Sociale Zekerheidsverordening is wel van toepassing op het publieke stelsel van Variant A. Er is immers sprake van verzekering bij prestaties bij ziekte krachtens een wettelijke verzekering, hetgeen op grond van artikel 4 lid 1 sub a van deze verordening de toepasselijkheid ervan met zich brengt. Aangezien, zoals reeds is opgemerkt, de Sociale Zekerheidsverordening vooral voorziet in coördinatiebepalingen, leidt de conclusie betreffende de toepasselijkheid ervan niet tot grote principiële bezwaren. Bij de inrichting van een stelsel als variant A dient de betrokken lidstaat er vooral voor te zorgen dat de onderdanen uit andere lidstaten, die op zijn grondgebied verblijven, hun aanspraken kunnen waarmaken, waarop zij krachtens de verordening recht hebben. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op artikel 22 lid 1 sub a van de verordening op grond van een werknemer die verblijft op het grondgebied van een andere lidstaat, recht heeft op onmiddellijke verstrekkingen, indien zijn toestand bijvoorbeeld met betrekking tot zijn gezondheid dat noodzakelijk maakt.

Het vrije verkeer

De conclusie dat de Derde Schaderichtlijn niet een stelsel als die van variant A harmoniseert, impliceert dat de toets aan de bepalingen inzake het vrije verkeer van groot belang is. Bestaat de mogelijkheid dat variant A in strijd is met de regels van bijvoorbeeld het vrije dienstenverkeer? In dit verband moet gewezen worden op het arrest van het Hof in de zaak-Müller-Fauré, welk arrest aangehaald is in paragraaf 2.1 en in de inleiding. In paragraaf 2.1 is opgemerkt dat het Hof aan het einde van dit arrest, wanneer de principiële kwestie van de toepasselijkheid van de regels inzake het vrije verkeer van diensten op zorgverzekering aan de orde is, niet alleen ingaat op het in het geding zijnde stelsel van Nederlandse ziekenfondsverzekeringen, maar ook op een systeem van *National Health Service*. Zoals reeds werd gesteld, is dit zeer opmerkelijk, omdat hierover geen vragen waren gesteld door de nationale rechter in de prejudiciële procedure,²⁰⁸ omdat eenvoudigweg laatstgenoemd systeem geen onderdeel was van het concrete

²⁰⁷ Zie rechtsoverwegingen 12 en 13 van het arrest Garcia.

²⁰⁸ Zoals in een andere voetnoot hierboven al is uiteengezet, kunnen in een prejudiciële procedure nationale rechters naar aanleiding van een concreet geschil prejudiciële vragen stellen over de interpretatie van het EG-recht.

geschil. De enige aanleiding voor het Hof om het systeem van *National Health Service* in zijn overwegingen te betrekken was gelegen in de opmerkingen die landen met een dergelijk systeem, met name het Verenigd Koninkrijk, hadden gemaakt tijdens de procedure. Het Hof lijkt welbewust aan de lidstaten inzicht te willen geven in zijn standpunt over de verhouding tussen sterk gereguleerde publiekrechtelijke zorgstelsels aan de ene kant en het regime van vrij verkeer aan de andere kant. Volgens dit standpunt ontkomen de lidstaten, hoewel de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel tot hun bevoegdheden behoort, er niet aan dat zij vanwege de voortschrijdende Europese integratie ook op dit terrein gedeeltelijk hun bevoegdheden moeten inleveren.

Uit deze beschouwingen van het Hof in het arrest-Müller-Fauré moet de conclusie getrokken worden dat de regels inzake het vrije verkeer ook op een of andere manier toegepast moeten worden op stelsels zoals die van variant A, waarin de zorgaanspraak, de omvang van het pakket, de uitvoering en de financiering volledig door wettelijke voorschriften is bepaald. Een aanwijzing hoe een dergelijke toepassing eruit ziet, kan gevonden worden in het recente arrest-Freskot (reeds aangehaald in paragraaf 2.2.1). In dit arrest werden de diensten die een publiekrechtelijk uitvoeringsorgaan (in casu van een landbouwverzekering) aanbod, niet als dienst in de zin van het EG-verdrag gekwalificeerd, maar werd wel beslist dat de invoering van het desbetreffende stelsel van verplichte verzekering (waaraan dit publiekrechtelijk orgaan uitvoering gaf) getoetst diende te worden aan het vrij verkeer van diensten.²⁰⁹ Deze invoering kan namelijk voor particuliere verzekeraars in andere lidstaten een belemmering vormen om risico's te verzekeren die liggen in de lidstaat van de verplichte wettelijke verzekering (in casu op het terrein van de landbouw). Het vrije verkeerregime wordt van toepassing geacht wanneer de wettelijke verzekering betrekking heeft op verzekerbare risico's en niet wanneer een particuliere verzekeraar de risico's in kwestie niet kan verzekeren.²¹⁰ Indien er verzekerbare risico's in het geding zijn, levert de verplichting tot aansluiting bij een wettelijk systeem van verzekering een beperking van het vrije verkeer op, daar deze verplichting het voor buitenlandse verzekeraars moeilijker maakt om verzekeringen voor de risico's in kwestie aan te bieden.²¹¹ Een dergelijke belemmering kan gerechtvaardigd zijn vanwege de dwingende vereisten van algemeen belang (*rule of reason*), indien het een doelstelling van sociaal beleid

209 Zie rechtsoverweging 61 van het arrest Freskot.

210 Zie rechtsoverweging 62 van het arrest Freskot.

211 Zie rechtsoverweging 63 van het arrest Freskot.

nastreeft.²¹² Voor een succesvol beroep op deze exceptie moet uiteraard voldaan worden aan het evenredigheidsvereiste.²¹³

Het lijkt erop dat de invoering van (cq. de verplichting tot aansluiting bij) een wettelijk stelsel van verplichte verzekering getoetst dient te worden aan de regels van het vrije verkeer en dat deze regels van toepassing zijn, indien sprake is van een verzekerbaar risico. Publiekrechtelijk vormgegeven en wettelijk gereguleerde stelsels van zorgverzekeringen ontsnappen derhalve niet automatisch aan het vrije verkeer. In dit verband moet er overigens op gewezen worden dat in rechtspraak in zaken als Kohl, Decker, Smits en Peerbooms en natuurlijk Müller-Fauré door het Hof reeds meerdere malen is beslist dat medische verrichtingen diensten zijn in de zin van de regels voor het vrije verkeer uit het EG-verdrag, zodat hierop deze regels van toepassing zijn. Deze rechtspraak heeft ook betrekking op systemen als die van *National Health Service* en van variant A die de aanspraak voor de ingezetenen van een lidstaat op bepaalde medische verrichtingen regelen.²¹⁴

De toetsing van de publiekrechtelijke variant A aan het vrije verkeer van met name diensten zou als volgt kunnen verlopen. De activiteiten die de publiekrechtelijke uitvoerder verricht vallen niet onder het vrije (diensten)verkeer. De verplichting voor een ingezetene in de desbetreffende lidstaat om zich aan te sluiten bij deze uitvoerder kan daarentegen wel hieraan worden getoetst. In dit onderzoek staat immers de curatieve zorg centraal. In een lidstaat als Nederland is deze zorg thans ondergebracht in het tweede compartiment, omdat deze zorg in beginsel verzekerbaar wordt geacht. Voorts zijn er in Nederland en in andere landen particuliere ziektekostenverzekeraars op het terrein van de curatieve zorg actief. Hieruit kan de conclusie getrokken worden dat variant A in beginsel aan de verboden van het vrije verkeer getoetst dient te worden. De verplichting tot aansluiting bij het stelsel van variant A levert een beperking van het vrije verkeer van diensten op, daar het voor particuliere verzekeraars in andere lidstaten niet meer mogelijk is om verzekeringen aan te bieden voor risico's die door dit stelsel worden gedekt. De vraag is nu of er een exceptie voorhanden is die deze beperking kan rechtvaardigen. Het antwoord is dat verschillende excepties uitkomst kunnen bieden: de verdragsexceptie van volksgezondheid uit artikel 46 EG-verdrag en de *Rule of Reason*-exceptie van het financieel evenwicht van een sociale zekerheidsstel-

212 Zie rechtsoverwegingen 65-69 van het arrest-Freskot.

213 Zie rechtsoverwegingen 70-73 van het arrest Freskot

214 Zie J. Nickless, *The Internal Market and the Social Nature of health Care*, in: M. McKee, E. Mossialos en R. Baeten, Brussel, 2002, p. 63-69. Vergelijk in dit verband ook G. Davies, *Welfare as a Service*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 36 en 37.

sel. De verplichte aansluiting bij het stelsel van variant A leidt immers tot toegankelijkheid tot de zorg voor eenieder. Bij de toets aan de voorwaarde van evenredigheid, waaraan voldaan moet worden voor een geslaagd beroep op de excepties, zal het Hof de lidstaten waarschijnlijk een niet geringe mate aan beleidsvrijheid gunnen. In het arrest-Duphar maar ook in Müller-Fauré heeft het Hof immers gesteld dat de inrichting van de sociale zekerheidsstelsels tot de bevoegdheden van de lidstaten behoren. In de zaken Duphar en Müller-Fauré is bijvoorbeeld beslist dat de omvang van het verzekerde pakket bepaald wordt door de lidstaten, mits dit op non-discriminatoire wijze gebeurt. In beginsel is derhalve de kans groot dat met succes een beroep op de excepties gedaan kan worden ter rechtvaardiging van het stelsel van variant A.

Desalniettemin kunnen er problemen rijzen. Als het systeem niet naar behoren functioneert op een aantal terreinen is zeker goed voorstelbaar dat niet meer aangetoond kan worden dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. In dit verband moet herinnerd worden aan het arrest-Smits en Peerbooms, waarin beslist werd dat bij intramurale zorg de beperkingen van het vrije dienstenverkeer niet meer gerechtvaardigd waren op het moment dat er wachtlijsten bestonden. Op dat moment kunnen de bij de publiekrechtelijke instanties aangeslotenen zich wenden tot bijvoorbeeld ziekenhuizen in andere lidstaten en hoeven zij niet te wachten op een behandeling in de nationale ziekenhuizen bij wie de publiekrechtelijke instanties de zorg hebben ingekocht dan wel hebben geregeld. De problematiek van wachtlijsten is in variant A niet ondenkbaar, nu in het Britse systeem van *National Health Service* overwogen wordt vanwege de problemen van de wachtlijsten concurrentie van buitenlandse ondernemingen te introduceren.²¹⁵ Bij extramurale zorg kan zelfs met een beroep op Müller-Fauré gesteld worden dat deze aangeslotenen ook zonder het bestaan van wachtlijsten zich mogen laten behandelen door vrije beroepsbeoefenaren in het buitenland. In dit arrest werd immers het toestemmingsvereiste voor behandelingen in een andere lidstaat voor dit type zorg een ongeoorloofde beperking van het vrije dienstenverkeer geacht. De situatie wordt nog moeilijker, wanneer het stelsel van variant A in zeer ernstige mate tekortschiet. De vraag is dan aan de orde in hoeverre een bij dit systeem aangesloten ingezetene met een beroep op het vrije verkeer van diensten onder de aansluitplicht bij het stelsel uit kan en zich voor de ziektekosten mag laten verzekeren bij een verzekeringsmaatschappij in een andere lidstaat. Bij een ernstig tekortschietend stelsel van sociale zekerheid voor ziektekosten –bijvoorbeeld wanneer voor de meeste behandelingen in ziekenhuizen wachtlijsten bestaan, de meeste

215 Zie het bericht 'New NHS hospitals will be built, staffed and run from abroad' van 29 juni 2003 op www.telegraph.co.uk/news.

aangesloten geen huisarts meer hebben, etc.– kan immers nog moeilijk worden betoogd dat de beperking van het vrije dienstenverkeer die het gevolg is van de aansluitplicht bij dit stelsel, nog evenredig is. Voor een lidstaat wordt het dan moeilijk om zich te verweren tegen ziektekostenverzekeraars die wel de noodzakelijk zorg kunnen aanbieden bij bijvoorbeeld privé-klinieken. Het hoeft geen betoog dat een dergelijke ontwikkeling bijdraagt aan een tweedeling in de zorg, aangezien niet alle ingezetenen een dergelijke particuliere verzekering kunnen afsluiten. Dit zou overigens een paradoxale situatie opleveren, aangezien stelsels van het type variant A juist volledig gebaseerd zijn op het solidariteitsbeginsel.

Overigens blijkt uit het bovenstaande bericht over de Britse *National Health Service* dat de introductie van marktwerking vooral bestaat uit de invoering van een aanbestedingsprocedure. Bij de uitvoering van deze procedure moet ook het vrije verkeer in acht worden genomen.²¹⁶ Daarbij moet voorts opgemerkt worden dat op bepaalde aanbestedingen het EG-aanbestedingsrecht, zoals vastgelegd in verschillende richtlijnen, van toepassing kan zijn.

Het mededingingsrecht

De publiekrechtelijke instanties die de zorgverzekering van variant A uitvoeren hebben daarbij geen enkele beleidsvrijheid. De hoogte van bijdragen die de aangesloten moeten betalen, zijn bij wet geregeld, terwijl het grootste gedeelte van de gelden afkomstig is van de overheid. Zij zijn op basis van risico- en inkomenssolidariteit actief in een werkgebied, waarin zij geen concurrentie ondervinden van andere uitvoeringsorganisaties. Het optreden van de publiekrechtelijke instanties wordt volledig beheerst door beginselen van solidariteit. Op grond van de arresten in de zaak-Poucet en Pistre en in de zaak-Cisal (beide reeds aangehaald) moet dan ook de conclusie getrokken worden dat deze instanties geen ondernemingen zijn, zodat het mededingingsrecht niet op hen van toepassing is. In variant A wordt evenals het geval is bij het Spaanse systeem van *National Health Service*, de uitvoering gefinancierd door sociale bijdragen en andere bijdragen en worden er aan de aangesloten op basis van een algemene dekking gratis (medische) diensten verleend. In paragraaf 3.1 kwam reeds aan de orde, dat op grond van deze kenmerken het Gerecht van Eerste Aanleg tot de conclusie kwam dat de beheersorganen van het Spaanse systeem van *National Health Service* geen ondernemingen waren in de zin van het mededingingsrecht. Dezelfde conclusie kan derhalve getrokken worden voor de publiekrechtelijke instellingen van variant A.

Zoals uit de inleiding van dit onderzoek bleek, kan bij variant A overwogen worden enige marktprikkels te introduceren in de vorm van aanbeste-

216 Zie in dit verband zaak 45/87, Dundalk, Jur. 1988, p. 4929.

ding door een publiekrechtelijke autoriteit (zie het hierboven aangehaalde bericht over de *National Health Service* van het Verenigd Koninkrijk). Indien het de bedoeling is dat op deze wijze de zorgaanbieders (ziekenhuizen, huisartsen e.d.) worden geselecteerd, dan heeft de introductie van de concurrentie betrekking op de zorginkoopmarkt. Uit het reeds aangehaalde arrest FENIN volgt dat de uitvoerders van het publiekrechtelijke stelsel voor sociale zekerheid daarmee nog geen ondernemingen worden; zolang hun verzekeringsactiviteiten niet als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt en zij aan de ‘verkoopkant’ niet actief zijn op een markt, worden zij niet als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht beschouwd. Indien echter de uitvoering van (delen van) de zorgverzekering zelf wordt aanbesteed, ontstaat er op het moment van aanbesteding concurrentie tussen de reeds actief zijnde publiekrechtelijke instantie en (particuliere) verzekeraars, die afkomstig kunnen zijn uit andere lidstaten. Het meedingen naar de concessie voor de uitvoering van (bepaalde onderdelen van) een publiekrechtelijke zorgverzekering moet beschouwd worden als een economische activiteit waarop het mededingingsrecht van toepassing is. In de aanbestedingsprocedure zullen de betrokkenen derhalve de regels betreffende het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie dienen na te leven. Indien echter de concessie verleend wordt aan een bepaalde instantie, is de vraag in hoeverre de uitvoering van de zorgverzekering ook een economische activiteit is. Indien aan de wettelijke regulering van de verzekering niets verandert, zou voorzichtig naar analogie van het arrest-Diego Cali²¹⁷ de conclusie getrokken kunnen worden dat de uitvoering van de wettelijke zorgverzekering nog steeds geen economische activiteit was. In het arrest-Diego Cali werd een privaatrechtelijke NV die de uitvoering van een taak (in casu de controle op naleving van milieuregeling in de haven van Genua) van een publiekrechtelijke instantie had overgenomen, niet als onderneming gekwalificeerd omdat de betrokken activiteiten wegens hun karakter niet economisch waren (maar behoorden tot de typische overheidsprerogatieven). Zolang bij de uitvoering van de wettelijke zorgverzekering geen enkele marktwerking wordt gecreëerd, blijft deze activiteit haar niet-economische karakter behouden. Dit kan veranderen, wanneer de introductie van de aanbestedingsprocedure ook de invoering van enige marktprikkels met zich brengt bij de uitvoering van de zorgverzekering. Van belang is dan wel dat deze marktprikkels betrekking hebben op de verzekeringstaak zelf (bijvoorbeeld in de vorm van nominale premies en toelating van andere instanties die de zorgverzekering uitvoeren) en niet op de zorginkooptaak. In het eerste geval kan de betrokken uitvoeringsorganisatie als onderneming worden gekwalificeerd, in het tweede geval

217 Zaak C-343/95, Diego Cali, Jur. 1997, p. I-1547.

niet gezien het arrest van het Gerecht in de zaak-FENIN.

Zoals gesteld is in paragraaf 3.2, heeft de toepasselijkheid van het mededingingsrecht als gevolg dat de betrokken uitvoeringsorganisatie zich moet houden aan het kartelverbod, het verbod om misbruik van machtspositie te maken en aan het regime voor het concentratietoezicht. Dit stelt bepaalde eisen aan haar beleid, maar leidt niet tot onoverkomelijke problemen.

Indien een uitvoeringsorganisatie als onderneming moet worden gekwalificeerd en zij heeft als enige het recht om in een bepaalde regio of aan bepaalde categorieën ingezetenen de wettelijke zorgverzekering aan te bieden, dan is artikel 86 lid 1 EG-verdrag van toepassing. Zoals in hoofdstuk 3 al aan de orde is geweest, verbiedt deze bepaling dat lidstaten op zodanige wijze alleenrechten en bijzondere rechten toekennen aan ondernemingen dat de verdragsregels, waaronder de mededingingsbepalingen, geschonden worden. Het enkel toekennen van een alleenrecht of bijzonder recht is echter niet in strijd met artikel 86 lid 1 juncto artikel 82 EG-verdrag of een andere bepaling uit het mededingingsrecht (of het regime voor het vrije verkeer). Hiervan kan wel sprake zijn bij bijvoorbeeld uitbreiding van de machtspositie op de voorbehouden markten naar andere markten ten gevolge van overheidsmaatregelen. Bij de vormgeving van het alleenrecht zal de betrokken lidstaat hiermee rekening dienen te houden; onder omstandigheden kan, zo bleek uit het arrest-Ambulanz Glöckner, een dergelijke uitbreiding van de machtspositie geoorloofd zijn met een beroep op artikel 86 lid 2 EG-verdrag.

Problemen kunnen ontstaan met het staatssteunregime op het moment dat bepaalde uitvoeringsorganisaties door introductie van bepaalde marktprikkels als ondernemingen moeten worden beschouwd. Deze problemen kunnen echter wellicht worden opgelost, indien gebruikt wordt gemaakt van een transparante aanbestedingsprocedure en van de mogelijkheden van de Altmark-rechtspraak: de uitvoering van de zorgverzekering wordt vormgegeven als de uitvoering van een openbare dienstverplichting, waarbij de vier eisen van het arrest-Altmark in acht worden genomen.²¹⁸ In dat geval kunnen de aan de uitvoeringsorganisatie toegekende gelden beschouwd worden als financiële compensaties voor de uitvoering van een openbare dienstverplichting.

Uit bovenstaande blijkt dat de publiekrechtelijke variant weinig problematisch is in het licht van het mededingingsrecht in zijn meest 'zuivere' vorm. Er kunnen echter niet onaanzienlijke knelpunten ontstaan op het moment dat er bepaalde marktprikkels worden geïntroduceerd, daar hierdoor de uitvoeringsorganisaties het predikaat onderneming kunnen krijgen. Met name moet een voorziening getroffen worden voor de aan deze organisaties toegekende financiële voordelen, vanwege het gevaar van verboden staatssteun.

218 Zie paragraaf 3.4, waarin deze vier eisen worden beschreven.

4.2 Variant B: Publieke regelgeving en niet winstbeogende particuliere verzekeraars

In variant B worden de verzekeringsaanspraak en het recht op (medische) hulp vastgelegd in de wetgeving en de uitvoering ervan overgelaten aan particuliere verzekeraars die geen winstoogmerk mogen hebben. Zij kopen in het kader van een stelsel van zorg in natura de benodigde zorg in door overeenkomsten te sluiten met (particuliere) zorgaanbieders; niet gecontracteerde zorg kan eventueel vergoed worden. Op de uitvoerders rust een acceptatieplicht en er mag geen premie- of pakketdifferentiatie op basis van risicoselectie plaatsvinden. De verzekeraars verevenen onderling en wel op zodanige wijze dat zij vrijwel geen risico lopen. De financiering vindt plaats door premieheffing, waaronder nominale premies, en uit eigen bijdragen van de aangeslotenen. Omdat concurrentie toch op een of andere manier wordt toegelaten, is er sprake van gereguleerde marktwerking.

Derde Schaderichtlijn

Voor de beantwoording van de vraag of de Derde Schaderichtlijn van toepassing is, dient te worden nagegaan of de sociale verzekering uit variant B beschouwd kan worden als sociale zekerheid in de zin van de Schaderichtlijnen. Uit het in paragraaf 2.2.1 aangehaalde arrest-Commissie t. België blijkt dat hiervan sprake is, indien de verzekeringen voor eigen risico worden aangeboden. Zoals in paragraaf 2.2.1 al aan de orde is geweest, is een belangrijke vraag hoe breed het begrip risico moet worden uitgelegd. Bij de ruime definitie waarin het begrip economische activiteit centraal staat, is de kans groot dat de Schaderichtlijnen van toepassing zijn. Door de introductie van concurrentie worden de uitvoerders in variant B namelijk als onderneming gekwalificeerd (zie hieronder het kopje 'mededingingsrecht'). Zij bieden derhalve de zorgverzekering voor eigen risico aan: zij lopen een regulier bedrijfsrisico bij de uitvoering van de sociale verzekering. De toepasselijkheid van de Derde Schaderichtlijn brengt met zich onder meer de verplichting van naleving van het verbod om aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten te verrichten. Zoals in paragraaf 2.2.1 reeds aan de orde is geweest, heeft het Hof reeds meerdere malen uitgemaakt dat vanwege dit verbod Franse mutuelles geen sociale activiteiten zoals het beheer van apotheken en brillenwinkels mogen verrichten. Daarnaast mag, zo bleek eveneens uit paragraaf 2.2.1, een verzekeringsbedrijf alleen aandelen bezitten in vennootschappen die aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten verrichten, voor zover deze aandelen binnen de grenzen van zijn vrije vermogen blijven.²¹⁹ Een en ander betekent dat het toestaan aan uitvoerders

²¹⁹ Zie in dit verband het arrest-Skandia en het arrest Association basco-béarnaise des opticiens indépendants (reeds aangehaald).

van sociale verzekeringen om eigen zorginstellingen te exploiteren, zoals in het kader van de Nederlandse Ziekenfondswet gebeurd is voor farmaceutische hulp en huisartsenzorg,²²⁰ onder druk zou komen te staan. In dit verband moet worden opgemerkt dat het verbod om aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten te verrichten wellicht niet geschonden is, indien de eigen instellingen geëxploiteerd worden door een zorgverzekeraar om alleen zorg aan te bieden aan de eigen verzekerden. De redenering zou dan zijn dat een zorgverzekeraar door middel van dergelijke instellingen wier activiteiten beperkt zijn tot degenen die bij hem verzekerd zijn, invulling geeft aan de verzekeringsaanspraken, zodat er geen sprake is van aan de verzekeringsbranche vreemde activiteiten. In hoeverre deze redenering stand kan houden, wordt uiteindelijk beslist in de rechtspraak van het Hof. Welke consequentie de Derde Schaderichtlijn heeft voor regulering betreffende de acceptatieplicht, risicoselectie e.d., komt hieronder aan de orde in paragraaf 4.3, die betrekking heeft op variant C.

Indien echter het begrip 'risico' beperkt dient te worden uitgelegd en eronder verstaan moet worden 'verzekeringsrisico',²²¹ is de Derde Schaderichtlijn niet van toepassing, nu door verevening op basis van veel kenmerken door middel van nominale rekenpremies waardoor verzekeraars vrijwel geen risico lopen,²²² door de wettelijke omschrijving van de verzekeringsaanspraken en de wijze van financiering, die slechts voor een deel gebaseerd is op de inning van nominale premies en voor een belangrijk deel op de inning van inkomensafhankelijke premies en werkgeversbijdragen, de uitvoerders geen aan verzekeringen inherente risico's lopen. Meer in het algemeen gezegd: de optelsom van de elementen van publiekrechtelijke regulering van variant B (vergaande verevening, verplichting van inkopen van zorg, geen winstoogmerk, aanspraak en recht op hulp wettelijk omschreven, verzekering bij rechtswege, geringe ruimte voor zelfstandige bedrijfsvoering, geringe rol voor nominale premies) maakt bij de beperkte interpretatie van het begrip 'eigen risico' de kans groot dat er volgens het Hof geen sprake is van een verzekeringsrisico in de zin van de Derde Schaderichtlijn. Niet uit het oog mag echter worden verloren dat, naarmate de overheid meer marktprikkels invoert (groter aandeel van nominale pre-

220 Zie de Verlening vrijstelling verbod op het zelf leveren van farmaceutische hulp, Stcrt. 1998, 246, p. 36 en het Besluit algemene vrijstelling van verbod op zelf leveren van huisartsenzorg en deelneming in instellingen voor huisartsenzorg, Stcrt. 2002, 209, p. 24.

221 Hieronder wordt verstaan het financiële risico dat als gevolg van de onzekerheidsfactor eigen is aan een verzekeringsrelatie. Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 14.

222 Vergelijk in dit verband E. Steyger, a.w. 2002, p. 95.

mies e.d.) met het oog op de efficiëntie, er een omslagpunt kan worden bereikt dat de conclusie rechtvaardigt dat er wel sprake is van een verzekeringsrisico, zodat niet meer ontsnapt kan worden aan de toepasselijkheid van het regime van de Schaderichtlijnen.

Als werkhypothese wordt verder voor de bespreking van variant B ervan uitgegaan dat de sociale verzekering van deze variant niet onder de schaderichtlijnen valt. Hieraan moet toegevoegd worden dat, indien besloten wordt om het aanbieden van een sociale verzekering in de zin van variant B afhankelijk te stellen van een bepaalde inkomensgrens en om de ingezetenen met een inkomen boven de grens een ziektekostenverzekering te laten afsluiten met een particuliere verzekeraar, op deze laatstgenoemde verzekering de Schaderichtlijnen uiteraard wel van toepassing zijn. Artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn lijkt het mogelijk te maken, ongeacht de interpretatie van artikel 29 van deze richtlijn, dat de overheid aan het aanbieden van een dergelijke particuliere verzekering bepaalde randvoorwaarden stelt, nu er sprake is van een verzekeringsovereenkomst die een dekking biedt welke vergelijkbaar is met de dekking van een naast die overeenkomst bestaand stelsel van sociale zekerheid.²²³

De Sociale Zekerheidsverordening

Evenals het geval was bij variant A, is de Sociale Zekerheidsverordening van toepassing op de sociale verzekering van variant B. Deze verzekering moet beschouwd worden als een verzekering bij prestaties bij ziekte krachtens een wettelijke verzekering, in de zin van artikel 4 lid 1 sub a van deze verordening. De toepasselijkheid van de verordening brengt geen problemen met zich. Bij de vormgeving van de sociale verzekering van variant B dienen de coördinatiebepalingen van de verordening in acht te worden genomen. In dit verband kan er bijvoorbeeld op gewezen worden dat, indien een lidstaat besluit uit overwegingen van vraagsturing voor bepaalde zorgaanspraken het naturastelsel om te zetten in persoonsgebonden budgetten, deze budgetten waarschijnlijk op grond van het arrest-Molenaar (aangehaald in paragraaf 2.2.2) exporteerbaar zijn, aangezien aannemelijk is dat dergelijke budgetten uitkeringen zijn in de zin van de Sociale Zekerheidsverordening.²²⁴ Daarnaast moet rekening gehouden worden met de zogenoemde conflictre-gels van de verordening: de verordening gaat er in beginsel vanuit dat de

223 Pieters plaats evenwel kanttekening bij de geoorloofdheid van de verplichting voor particuliere verzekeraars uit het Nederlandse recht om in bepaalde omstandigheden een standaard verzekering in de zin van de WtZ aan te bieden. Zie D. Pieters, a.w., p. 73-77.

224 Zoals in paragraaf 2.2.2 reeds aan de orde kwam zijn op grond van de Sociale Zekerheidsverordening verstrekkingen niet maar uitkeringen wel exporteerbaar.

sociale zekerheidsregels van toepassing zijn op een werknemer van het land waarin deze werkt, ook al woont hij in een ander land.²²⁵ Niet alle in Nederland woonachtige werknemers zullen dus onder het stelsel van variant B vallen, terwijl inwoners uit andere lidstaten die onder het stelsel van sociale zekerheid van Nederland vallen, zich moeten kunnen aansluiten bij een organisatie die de zorgverzekering van variant B uitvoert.

Vrije verkeer

Nu ervan uitgegaan wordt dat een sociale verzekering in de zin van variant B niet is geharmoniseerd, moet nagegaan worden of de regels van het vrije verkeer van toepassing zijn. De diensten die de uitvoerders uit variant B verrichten vallen onder het regime van het vrije verkeer, nu zij door de introductie van marktwerking economische activiteiten vormen (zie ook hieronder het kopje ‘mededingingsrecht’). Deze uitvoeringsorganisaties uit variant B lijken voorts sterk op de ziekenfondsen wier beleid centraal stond in de zaken-Kohl, -Decker, -Smits en Peerbooms, -Vanbraekel en -Müller-Fauré. Zoals in paragraaf 2.1 reeds uiteen is gezet, vallen de door deze instellingen verrichte activiteiten onder het vrije verkeer. Dit betekent dat de overheidsregulering met betrekking tot dergelijke activiteiten, in overeenstemming moet zijn met de regels voor het vrije verkeer. Het vertrekpunt bij de toets van het Hof aan deze regels zal de bekende ‘Duphar-riedel’ zijn: de inrichting van de sociale zekerheid is een bevoegdheid van de lidstaten. De eis dat organisaties die niet gericht zijn op winst, niet de sociale verzekeringen mogen uitvoeren, levert een beperking van het vrije verkeer van diensten dan wel van de vrijheid van vestiging op. Een rechtspersoon uit een andere lidstaat met commerciële motieven kan niet de ziektekostenverzekering aanbieden in de lidstaat, waar variant B geldt. Ook indien hij een filiaal wil vestigen met het oog op de uitvoering van deze verzekering is dat niet mogelijk, zolang hij commerciële motieven heeft. De gerede kans bestaat echter dat deze beperking gerechtvaardigd is met een beroep op een verdragsexceptie (volksgezondheid ex artikel 46 EG-verdrag) of op een dwingend vereiste van algemeen belang (doelstellingen van sociaal beleid). Uit het arrest-Sodemare,²²⁶ waarin het verbod van winsttoegmerk van zorgaanbieder (exploitatie van bejaardentehuizen) centraal stond, blijkt dat ‘...bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht een lidstaat zich in het kader van zijn bevoegdheid om zijn stelsel van sociale zekerheid in te richten, op het standpunt kan stellen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een stelsel van sociale bijstand zoals in het hoofdgeding aan de

225 Zie hierover F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, derde druk, Den Haag, 2001, p. 69 e.v.

226 Dit arrest is aangehaald in paragraaf 2.1.

orde is, noodzakelijkerwijs inhoudt, dat de toelating tot dit stelsel van particuliere aanbieders als verleners van diensten van sociale bijstand gebonden dient te zijn aan de voorwaarde, dat zij geen winstoogmerk hebben.²²⁷

Aangezien een uitvoeringsorganisatie van een sociale verzekering in de zin van variant B ook geacht moet worden 'sociale bijstand' te verlenen, kunnen lidstaten waarschijnlijk ook aan een dergelijke organisatie de eis van het ontbreken van een winstoogmerk stellen. Een beroep op een exceptie moet evenwel in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Dit betekent dat de nationale vormgeving van dit vereiste niet, zonder objectieve redenen, ten nadele van organisaties in het buitenland mag uitvallen. Een dergelijke discriminatie kan ontstaan, wanneer de uitvoeringsorganisatie de vorm moet hebben van een rechtspersoon naar het nationale recht van de lidstaat in kwestie, zodat rechtspersonen naar het nationale recht van andere lidstaten niet zijn toegestaan, ook al mogen deze rechtspersonen krachtens het nationale recht van die andere lidstaten geen winstoogmerk hebben.

De acceptatieplicht, het verbod van premie- en pakketdifferentiatie naar risico en de verplichting om deel te nemen aan een systeem van verevening kunnen ook de toegang tot de markt beperken. Het wordt voor buitenlandse organisaties lastig om toe te treden tot de markt, omdat zij eenieder moeten accepteren die zich aanmeldt, zonder daarbij ook maar een onderscheid te maken in de te berekenen premie of het te vergoeden pakket. Voor deze nationale verplichtingen geldt eveneens dat er goede gronden bestaan om deze beperking in het licht van de excepties geoorloofd te achten.²²⁸ Ook hier is een beroep mogelijk op de excepties van de volksgezondheid uit artikel 46 EG-verdrag (in de vorm van de toegankelijkheid tot de zorg) en van het dwingend vereiste van algemeen belang (het financieel evenwicht van een sociaal zekerheidsstelsel). Bij de vormgeving van deze verplichtingen dient de wetgever uiteraard het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Hij mag het bijvoorbeeld voor buitenlandse organisaties niet moeilijker maken om deel te nemen aan een systeem van verevening, dan voor binnenlandse organisaties (een acceptatieplicht zonder een adequate deelname aan verevening is immers een groot nadeel).

In dit verband is er door het ICER op gewezen dat de verplichting opgelegd aan buitenlandse verzekeraars om deel te nemen aan een vereveningsstelsel een vergaande verplichting is. Wat deze verplichting betreft gelden er hoge eisen voor de motivering om te kunnen voldoen aan het evenredigheidsbe-

227 Zie rechtsoverweging 32 van het arrest Sodemare.

228 Zie ook het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 40-45.

ginsel.²²⁹ Er wordt op gewezen dat uit het systeem van de Derde Schaderichtlijn voortvloeit dat aan verzekeraars geen verplichtingen (bijvoorbeeld in de vorm van bepaalde premieregulering) worden opgelegd die ertoe leiden dat zij verliezen lijden.²³⁰ Dergelijke verplichtingen zijn waarschijnlijk in strijd met de regels voor het vrije verkeer te zijn. Bij de vormgeving van het systeem van verevening dient dus ervoor gewaakt te worden dat ondernemingen door de wetgever in een verliesgevende positie gebracht worden. Aan de andere kant kan uiteraard de acceptatieplicht verzekeraars ook verliezen bezorgen, daar de kans bestaat dat zij te veel verzekerden met een slecht risico in hun klantenbestand hebben. Juist om deze nadelen te compenseren roept de overheid een systeem van verevening in het leven. Voor een geslaagd beroep op de excepties is het met andere woorden van groot belang dat de overheid op zorgvuldige wijze vormgeeft aan de acceptatieverplichting en het systeem van verevening.

De grootste knelpunten op het terrein van het vrije verkeer doen zich in variant B voor bij de contractering van zorgaanbieders in het kader van het stelsel van zorg in natura. Door middel van het sluiten van zorginkoopovereenkomsten kunnen de uitvoeringsorganisaties het zorgaanbod plannen. Uit de rechtspraak van het Hof die in paragraaf 2.1 is besproken (met name de arresten-Kohll, -Decker, -Smits en -Peerbooms en Müller-Fauré) blijkt evenwel dat deze planning alleen is geoorloofd voor zover het gaat om intramurale zorg. Het stelsel van zorg in natura brengt een impliciet toestemmingsvereiste met zich, daar vooral met buitenlandse zorgaanbieders geen zorginkoopovereenkomst zal worden gesloten in de praktijk, zodat een verzekerde van zijn uitvoeringsorganisatie toestemming moet vragen voor behandeling door zorgaanbieders in andere lidstaten. Dit levert een beperking van het vrije dienstenverkeer op die alleen voor intramurale zorg geoorloofd is met het oog op de noodzaak van de planning van deze zorg. Voor extramurale zorg ontbreekt deze noodzaak volgens het Hof, nu niet verwacht hoeft te worden dat veel patiënten zich zullen wenden tot vrije beroepsbeoefenaren over de grens. Dit impliceert dat een lidstaat voor de sociale verzekering van

229 Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 43- 45.

230 In considerans 24 van de Derde Schaderichtlijn, die een uitleg geeft aan artikel 54 (de uitzonderingsbepaling voor ziektekostenverzekeringen) staat dat in het kader van dit artikel de lidstaten maximumprijsvoorschriften mogen vaststellen en de verplichting om deel te nemen aan compensatiestelsels mogen opleggen. Gezien het gelegde verband tussen de maximumprijzen en de compensatiestelsels kan de conclusie getrokken worden dat overheidsmaatregelen die verzekeraars dwingen verlies te maken in strijd met de richtlijn zijn.

variant B niet onbeperkt gebruik kan maken van het stelsel van zorg in natura. Hij kan niet tegenhouden dat een patiënt zich wendt tot een extramurale zorgaanbieder in een andere lidstaat. Wel mag hij eisen dat er met binnenlandse zorgaanbieders contracten worden gesloten, daar in beginsel omgekeerde discriminatie is geoorloofd, zoals in paragraaf 2.1 reeds aan de orde is geweest. Ten aanzien van intramurale zorg kan het stelsel van zorg in natura wel gehanteerd worden. In geval van wachtlijsten echter mag een patiënt niet meer belet worden zich te laten behandelen in een buitenlands ziekenhuis, waarbij de noodzaak van deze zorg beoordeeld moet worden aan de hand van internationale (en niet nationale) medische criteria. Dit volgt uit de toets aan het evenredigheidsbeginsel die het Hof heeft uitgevoerd in de zaak-Smits en Peerbooms (zie hierover paragraaf 2.1).

De verzekering van rechtswege brengt geen beperking van het vrije verkeer met zich, zo lang maar niet onmogelijk gemaakt wordt voor de verzekerde om zich aan te sluiten bij een uitvoeringsorganisatie in een andere lidstaat of een organisatie, waarvan de 'moeder' gevestigd is in een andere lidstaat. De wettelijke omschrijving van het pakket kan een beperking opleveren, daar een organisatie uit het buitenland niet meer vrij is naar eigen inzicht een pakket aan te bieden aan bepaalde verzekerden. Deze beperking is te rechtvaardigen met name met een beroep op artikel 46 EG-verdrag (volksgezondheid) en op het dwingende vereiste van het financieel evenwicht van het stelsel van sociale zekerheid.²³¹ Doordat een ingezetene verzekerde is van een bepaald (minimum)pakket is de toegankelijkheid van de zorg voor eenieder gewaarborgd en is de financiering van het stelsel mogelijk, doordat alleen de noodzakelijke zorg is opgenomen. In arresten als -Duphar en -Müller-Fauré is beslist dat de inhoud van de te vergoeden verstrekkingen een bevoegdheid van de lidstaten is, zolang bij bepaling van deze inhoud objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria in acht worden genomen. Indien uitvoeringsorganisaties onder bepaalde omstandigheden wordt toegestaan bij het aanbieden van het verzekeringspakket enige aanvullende verzekeringen beschikbaar te stellen, kan dit bijdragen aan de conclusie dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. Een dergelijke verruiming van de bedrijfsvrijheid draagt bij aan de onderbouwing van de conclusie dat de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk, nu de lidstaten de organisaties in kwestie in de gelegenheid stellen op bepaalde punten (ten gunste van de verzekerde) af te wijken van het wettelijk pakket. Ten aanzien van deze aanvullende verzekeringen bestaat evenwel wel de gerede kans dat hierop de Schaderichtlijnen van toepassing zijn.

231 Zie in dit verband ook Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 39 en 40.

Mededingingsrecht

Uit de in paragraaf 3.1 van dit rapport besproken zaak-FENIN blijkt het volgende. Indien de verzekeringsactiviteiten van de uitvoeringsorganisaties als economische activiteiten moeten worden beschouwd, zijn deze organisaties ondernemingen; indien dit niet het geval is, vallen, zelfs wanneer er marktprikkels voor de zorginkoop zijn ingevoerd, de betrokken organisaties niet onder het mededingingsrecht. Het feit dat een gedeelte van de premies nominaal is duidt op de aanwezigheid van economische activiteiten aan de verzekeringskant, daar op deze wijze enige prijsconcurrentie tussen de uitvoeringsorganisaties kan plaatsvinden. Indien, hetgeen een logische consequentie van de aanwezigheid van een nominale premie is, de uitvoeringsorganisaties niet gebonden zijn aan een vast werkgebied maar actief kunnen zijn in heel Nederland, kunnen de ingezetenen kiezen bij welke organisatie zij zich aansluiten, hetgeen leidt tot concurrentie tussen de verschillende uitvoeringsorganisaties. De kans is dus zeer groot dat de instellingen die de sociale verzekering van variant A uitvoeren, ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn.

Dit betekent dat zij zich moeten houden aan het kartelverbod, het verbod op misbruik van economische machtspositie en de regels voor het concentratietoezicht. Afspraken over de hoogte van de nominale premies zijn ongeoorloofd, bij de zorginkoop mogen zij zich niet opstellen als een blok maar moeten er verschillende concurrerende zorginkoopcombinaties naast elkaar bestaan. In geval van een machtspositie op een zorginkoopmarkt moet er een objectief en transparant zorginkoopbeleid worden gehanteerd en bij fusies moeten voldoende zelfstandige spelers overblijven. De overheid mag geen afspraken tussen de uitvoeringsorganisaties met negatieve gevolgen voor de mededinging algemeen verbindend verklaren, aangezien zij dan in strijd handelt met artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag.

Principiële bezwaren met betrekking tot variant B behoeft dit evenwel niet op te leveren. De toepassing van de aan de ondernemingen gerichte mededingingsrechtelijke regels door de NMa draagt bij aan een *level playing field* op de markt die de overheid beoogd heeft met de invoering van concurrentie. Opgemerkt dient evenwel te worden dat, zoals in paragraaf 3.2 reeds uiteengezet is bij de bespreking van de zaak-Molenpad, de toepassing van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, er niet automatisch toe leidt dat nieuwe zorgaanbieders kunnen toetreden tot de markt. Indien voor variant B gekozen wordt onder andere om de concurrentie en de doelmatigheid van de zorginkoopmarkt te bevorderen (naturastelsel), verdient het aanbeveling dat de overheid nagaat of er sectorspecifieke mededingingsregels noodzakelijk zijn.²³²

In de praktijk kan er zich evenwel vanwege het concentratietoezicht een lastig probleem voordoen. Indien de concurrentie toeneemt omdat vanwege de

toenemende Europese integratie organisaties (verzekeraars) uit andere lidstaten actief worden op de nationale markt, kan het voor de nationale uitvoeringsorganisaties opportuun zijn om te fuseren, aangezien alleen uitvoeringsorganisaties van enige omvang voldoende tegenwicht kunnen bieden aan de buitenlandse spelers. Het probleem doet zich dan voor dat op de regionale zorginkoopmarkt door fusies tussen nationale uitvoeringsorganisaties machtsposities ontstaan met een significante beperking van de mededinging. In paragraaf 3.2 kwam aan de orde dat dergelijke fusies op mededingingsrechtelijke problemen kunnen stuiten. Indien fusies dan verboden worden, kunnen nationale uitvoeringsorganisaties wellicht weinig tegenwicht bieden aan de buitenlandse concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt. Aangezien in variant B aan de uitvoeringsorganisaties geen afzonderlijke werkgebieden zijn toegewezen (daar is tenminste van uitgegaan bij de bespreking van deze variant), beschikken zij niet over uitsluitende of bijzondere rechten in de zin van artikel 86 lid 1 EG-verdrag. Evenals het geval was bij variant A, moet bij variant B niet uit het oog worden verloren dat er sprake kan zijn van staatssteun. Gelden die in vorm van Rijksbijdragen aan de uitvoeringsorganisaties worden gedoneerd kunnen dit predikaat krijgen.²³³ Dit zou betekenen dat door de overheid verleende financiële voordelen moeten worden aangemeld bij de Commissie voor goedkeuring. Een andere oplossing is om er voor te kiezen deze voordelen vorm te geven als compensaties voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen. Deze oplossing heeft alleen kans van slagen indien de randvoorwaarden van het arrest Altmark (welke besproken zijn in paragraaf 3.4) in acht worden genomen.

4.3 Variant C: publiekrechtelijke regelgeving met randvoorwaarden voor het gehele particuliere initiatief

110

In variant C wordt de verzekeringsaanspraak vastgelegd in de wet en behoort de zorgverzekering op grond van het nationale recht tot het stelsel

232 Zie in dit verband de brief van 12 april 2002 van de Minister en de Staatssecretaris van VWS inzake de vernieuwing van het zorgstelsel, Kamerstukken II, 27 855, nr. 17, p. 4, 5 en 24-43. Hier wordt gesteld dat gezien de transitiefase waarin de Nederlandse zorgsector zich op dit moment bevindt (van aanbodregulering naar vraagsturing in een meer concurrerende omgeving) het wenselijk is vanwege de grote toetredingsbarrières om sectorspecifieke mededingingsregels voor de zorg in het leven te roepen.

233 Zie in dit verband M.T. de Gans, a.w., p. 373 en 374. De Gans stelt dat bepaalde gelden die bijvoorbeeld ten laste van de door het CVZ beheerde Algemene Kas worden uitgekeerd aan ziekenfondsen, waarschijnlijk staatssteunmaatregelen zijn in de zin van artikel 87 lid 1 EG-verdrag.

van sociale zekerheid. Particuliere verzekeraars bieden de wettelijke verzekering aan. De ingezetenen betalen een nominale premie aan de particuliere verzekeraars. Winstoogmerk is toegestaan bij het aanbieden van de verzekering.

Hierbij geldt de volgende overheidsregulering. Het verzekeringsreglement moet door een overheidsinstantie worden goedgekeurd. Er geldt een acceptatieplicht, er mag geen premie- of pakketdifferentiatie plaatsvinden op grond van risicoselectie. Er bestaat een verplichting om te verevenen.

Daarnaast wordt een bepaalde vorm van premieregulering (bepaalde maximum- en minimumbandbreedtes) in het leven geroepen. Het aan te bieden pakket wordt door de wetgever voorgeschreven. Ter bevordering van de concurrentie bestaan de wettelijke omschrijvingen niet uit aanspraken in hulp maar in functionele aanspraken (hierbij wordt voor de omvang verwezen naar het reglement). De verzekeraar kan hierbij aan de verzekerde keuze bieden uit een restitutiesysteem of een naturasysteem. De wet bevat een verplicht eigen (minimum)risico. De verzekeraar kan hierbij aan de verzekerde de mogelijkheid geven van een hoger eigen risico en een daarbij passende lagere nominale premie.

De verzekeraar financiert zijn activiteiten gedeeltelijk uit nominale premies. Daarnaast wordt een risicovereveningsfonds opgericht, het zogenoemde Zorgfonds. Deze financiert voor het andere gedeelte de ziektekostenverzekering. Het fonds wordt bekostigd door inkomensafhankelijke werkgeversbijdragen, nominale premies van de verzekeraars en Rijksbijdragen voor verzekerden beneden de 18 jaar.

Derde Schaderichtlijn

Uit het in paragraaf 2.2.1 besproken arrest-Commissie t. België blijkt dat de omstandigheid dat een verzekeringsstelsel krachtens nationaal recht tot de sociale zekerheid behoort, niet van belang is voor de vraag of de Derde Schaderichtlijn van toepassing is. Indien een verzekering voor eigen risico wordt aangeboden, is er geen sprake van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn.²³⁴

In de ruime definitie van het begrip risico valt variant C onder de Derde Schaderichtlijn: de verzekeraars die de verzekering van variant C aanbieden, verrichten immers economische activiteiten (zie verder het kopje 'mededingingsrecht'). De vraag is in hoeverre dit het geval is indien uitgegaan moet worden van de interpretatie, waarin het begrip verzekeringsrisico een centrale rol speelt. Een belangrijk verschil met variant B is dat de verevening waarschijnlijk minder ver gaat (betrekking heeft op een kleiner aantal ken-

²³⁴ Op grond van deze bepaling zijn wettelijke stelsels van sociale zekerheid uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Schaderichtlijnen.

merken). Op deze wijze lopen verzekeraars, gevoegd bij het feit dat het verbod op premiedifferentiatie ook niet verder gaat dan voorzover deze differentiatie betrekking heeft op risicoselectie, in bepaalde mate risico's die inherent zijn aan een verzekeringsrelatie.²³⁵ Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat ook commerciële verzekeraars worden toegelaten, hetgeen ook geen aanwijzing is voor het bestaan van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid. Tevens lijken in variant C de nominale premies een veel grotere rol te spelen dan in variant B, hetgeen ook de aanwezigheid van een verzekeringsrisico impliceert. Hierbij moet er eveneens op gewezen worden dat binnen bepaalde randvoorwaarden verzekerden bij een verzekeraar kunnen kiezen voor een hoger eigen risico en een lagere nominale premie. Deze elementen in hun onderlinge samenhang bezien, rechtvaardigen de conclusie dat de verzekering van variant C voor eigen risico wordt aangeboden en derhalve niet beschouwd kan worden als een onderdeel van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van de Schaderichtlijnen.²³⁶ Het maakt derhalve niet uit dat er in variant C sprake is van een verzekering van rechtsweg; de conclusie zou niet anders zijn, indien in variant C gekozen zou worden voor een wettelijke verzekeringsplicht.

De wettelijke regelingen betreffende de goedkeuring van het verzekeringsreglement, de acceptatieplicht, het verbod op premie- en pakketdifferentiatie op grond van risicoselectie, de verplichting tot verevenen, de premiereregulering, de omvang van het pakket en de omvang van het eigen risico dienen getoetst te worden aan de Derde Schaderichtlijn en wel aan artikel 29 en artikel 39 van deze richtlijn.²³⁷ Reeds aangegeven is dat op basis van de rechtspraak niet met zekerheid gezegd kan worden of artikel 29 en artikel 39 ruim of beperkt dienen te worden geïnterpreteerd.

Bij een beperkte interpretatie zijn, zoals in paragraaf 2.2.1 reeds naar voren kwam, nationale voorschriften die geen verband houden met de financiële soliditeit niet verboden. Uit het aangehaalde arrest-Commissie t. Italië blijkt evenwel dat artikel 29 en artikel 39 uitgaan van het beginsel van tariefsvrijheid. Aan de ene kant zou betoogd kunnen worden dat het verbod op premiedifferentiatie en de premiereregulering deze vrijheid aantasten. Door het verbod op premiedifferentiatie staat het aan verzekeringsondernemingen niet meer vrij om aan verschillende verzekeringsnemers verschillende tarieven aan te bieden uit overwegingen ontleend aan het te lopen risico. Op

235 Zie in dit verband B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 27.

236 Zie in dit verband B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 14 en 15.

237 Zoals in paragraaf 2.2.1 reeds naar voren kwam, bevatten beide artikelen hetzelfde verbod. Uit artikel 39 volgt dat het verbod van artikel 29 ook geldt voor het geval de verzekeringsdiensten worden aangeboden door verzekeraars uit andere lidstaten.

grond van premiereregulering kunnen onder respectievelijk boven bepaalde minimum- of maximumbandbreedtes geen premies in rekening worden gebracht. Dit tast de tariefsvrijheid aan, daar per slot van rekening de premies de tarieven voor de verzekeringsproducten zijn. De slotzinnen van artikel 29 en artikel 39, staan regulering van de tarieven van verzekeringen als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem toe. Interventies die op specifieke sectoren van een verzekeringsbranche zijn gericht, worden, zo besliste het Hof in arrest-Commissie t. Italië, niet geacht onderdeel te zijn van een dergelijk prijscontrolesysteem. Het verbod op premiedifferentiatie en de premiereregulering zijn interventies die specifiek op de branche van de ziektekostenverzekeringen zijn gericht en kunnen daarom niet gekwalificeerd worden als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem. Aan de andere kant kan echter ook gesteld worden dat de uitkomsten van het arrest Commissie t. Italië niet onverkort kunnen worden toegepast op de tariefsregulering van de ziektekostenverzekeringen, nu in dit arrest de bevestiging van de verzekeringspremie en de branche van motorrijtuigenverzekering centraal stonden, zoals reeds naar voren kwam in paragraaf 2.2.1. Bij premiereregulering die bepaalde minimum- of maximumbandbreedtes voorschrijft bestaat er voor de betrokken verzekeringsmaatschappijen nog enige vrijheid. Deze vrijheid is nog groter bij het verbod op premiedifferentiatie. Bij een dergelijk verbod kan immers de premie per verzekeringsmaatschappij verschillen, zolang binnen één verzekeringsmaatschappij maar één doorsneepremie bestaat voor alle verzekerden. De vraag rijst met andere woorden of het Hof bij het poneren van het beginsel van de tariefsvrijheid het oog heeft gehad op een absolute vrijheid of op een relatieve vrijheid. Indien het om een relatieve vrijheid zou gaan maakt zeker het verbod op premiedifferentiatie, die de tariefsconcurrentie tussen de verzekeringsmaatschappijen niet aantast, kans om te ontsnappen aan het verbod van artikel 29 Derde Schaderichtlijn. Helaas kan, nu het Hof het beginsel van tariefsvrijheid niet verder heeft gepreciseerd, geen uitsluitend gegeven worden over de exacte interpretatie ervan.

Bij de beperkte interpretatie van artikel 29 Derde Schaderichtlijn kan ten aanzien van de overige wettelijke regelingen dan de voorschriften voor de premie hetzelfde gesteld worden als ten aanzien van de nationale verplichting om gegevens aan een databank door te geven welke aan de orde was in het arrest-Commissie t. Italië, namelijk dat deze een andere doelstelling nastreven dan die centraal staat in de Derde Schaderichtlijn (financiële soliditeit en de principes van *single licence* en *country home control*). De verplichting uit dit arrest had als doelstelling fraudebestrijding, terwijl de overige wettelijke regelingen van variant C de toegang tot de ziektekostenverzekering en de zorg tot doel hebben. Deze wettelijke regulering is dan toegestaan, zolang er geen voorafgaande melding of goedkeuring van algemene

en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen wordt geëist. Bij een ruime interpretatie van artikel 29 en artikel 39 is het de lidstaten verboden in te grijpen in de algemene en bijzondere voorwaarden van de polisvoorwaarden van een schadeverzekering.²³⁸ Dit is een ruim verbod, zodat, indien de ruime interpretatie gevolgd moet worden niet alleen het verbod op premiedifferentiatie en de premieregulering ongeoorloofd zijn, maar ook de verplichting van goedkeuring van het verzekeringsreglement, de acceptatieplicht, de verplichting tot verevenen, de voorschriften ten aanzien van de omvang van het pakket en de omvang van het eigen risico niet toegestaan zijn. Deze verplichtingen leiden ertoe dat een lidstaat vergaand ingrijpt in de polisvoorwaarden van een verzekering. Wie geaccepteerd moet worden, welke dekking aangeboden wordt en welk eigen risico er geldt zijn belangrijke aspecten van de beslissingen die een verzekeraar neemt bij het opstellen van een polis, terwijl verplichte verevening in niet onaanzienlijke mate effect heeft op de bedrijfsvoering van de verzekeraar.

Geconcludeerd moet worden dat ook bij een beperkte interpretatie van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn niet uitgesloten is dat de wettelijke voorschriften betreffende de verzekering van variant C (namelijk die met betrekking tot het tarief) onder de reikwijdte van het verbod van deze artikelen vallen. Voor de invoering van een zorgverzekering als omschreven in variant C is dit geen onbelangrijke conclusie, nu met name het verbod op premiedifferentiatie een belangrijk onderdeel van deze verzekering is, aangezien dit verbod noodzakelijk is met het oog op de noodzakelijk geachte risicosolidariteit.

De vraag is in hoeverre uitzonderingsbepalingen uit de Derde Schaderichtlijn oplossingen kunnen bieden voor de gerezen problemen. Uit het arrest-Commissie t. Italië bleek dat dit niet geval is voor artikel 28 Derde Schaderichtlijn, daar dit artikel geen beperking van het beginsel van tariefsvrijheid kan rechtvaardigen.²³⁹

Dit betekent dat nagegaan moet worden in hoeverre artikel 54 Derde Schaderichtlijn soulaas kan bieden. In paragraaf 2.2.2 is naar voren komen gekomen dat bij deze bepaling eveneens zowel een beperkte als een ruime uitleg mogelijk is. In de beperkte uitleg dient tegelijkertijd naast de overeenkomsten die de dekking van een sociaal zekerheidsstelsel op het terrein van ziektekosten vervangen, dit sociale zekerheidsstelsel zelf te bestaan. In variant C is dit niet geval: alleen de verzekeringsovereenkomsten bieden de dekking voor de ziektekosten. In de beperkte uitleg van artikel 54 Derde Schaderichtlijn kunnen de met artikel 29 en 39 van dezelfde richtlijn strijdige nationale bepalingen van variant C niet gerechtvaardigd worden.

238 Zie in dit verband B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 17-19.

239 Zie verder hierover paragraaf 2.2.1.

Bij een ruime uitleg volgt de dekking die de overeenkomsten bieden, de dekking van het sociale zekerheidsstelsel op in de tijd. Dit betekent dat variant C wel onder de reikwijdte van artikel 54 Derde Schaderichtlijn kan vallen, aangezien de overeenkomsten uit deze variant de ziekenfondsverzekering in de tijd opvolgen.

Niet uit het oog mag worden verloren dat bij een ruime interpretatie van artikel 54 niet alle nationale regulering van ziektekostenverzekeringen automatisch geoorloofd is. Per nationale verplichting moet worden nagegaan in hoeverre dit het geval is. Welke nationale bepalingen uit variant C kunnen onder de uitzondering van artikel 54 vallen bij een ruime uitleg? Dit artikel bepaalt dat de overeenkomst in kwestie voldoet aan de door die lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen ter bescherming van het algemeen belang waarop deze verzekering betrekking heeft. In considerans 24 wordt voorts nog gesteld dat er voorschriften mogen worden gesteld betreffende het verbieden van beperkingen tot de toegang, voorschriften voor uniforme tarifiering naar soort overeenkomst, voorschriften op grond waarvan een standaardovereenkomst wordt aangeboden waarvoor een maximumpremievoorschrift geldt en voorschriften op grond waarvan verplicht wordt deelgenomen aan compensatiestelsels. Naar mijn mening bestaan er goede argumenten om dergelijke voorschriften, mits ze voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, geoorloofd te achten, ook al staan ze niet in een richtlijnartikel maar in de considerans. De interpretatie van een richtlijn aan de hand van de considerans is immers, logischerwijs, een geaccepteerde en reguliere interpretatiemethode in het EG-recht.²⁴⁰

Het verbod op premiedifferentiatie op grond van risicoselectie kan, zo kan betoogd worden, beschouwd worden als een regeling van uniforme tarifiering naar soort overeenkomst. Zoals immers reeds opgemerkt is, beperkt dit verbod (in enige mate) de tariefsvrijheid en heeft het derhalve invloed op de wijze waarop verzekeringspremies in rekening worden gebracht. Het differentiatieverbod brengt een zekere uniformering aan in de tarieven. Deze uniformering is niet volledig maar is beperkt per verzekeraar en per product (wel of niet een eigen hoger risico). Om de toegang tot de zorg te realiseren door risicoselectie tegen te gaan, gaat dit meer beperkte type uniformering van het tarief niet verder dan nodig is. Er bestaat gereede kans dat derhalve voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

De premiereregulering, voor zover deze bedoeld is om een maximumbandbreedte aan te geven, kan beschouwd worden als een voorschrift voor de

240 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 17 van zaak C-202/94, Van der Feesten, Jur. 1996, p. I-355; rechtsoverweging 13 van zaak C-149/94, Vergy, Jur. 1996, p. I-299 en rechtsoverweging 15 van zaak 173/83, Commissie t. Frankrijk, Jur. 1985, p. 491.

maximumpremie.²⁴¹ Deze is gekoppeld aan een standaardovereenkomst (het wettelijk gedefinieerde pakket). Om te kunnen voldoen aan het evenredigheidsbeginsel moet de maximumpremie op een adequate hoogte worden vastgesteld. Voorkomen moet worden dat een verzekeraar gedwongen wordt verlies te lijden, zoals hierboven reeds uiteengezet is bij de bespreking van variant B. Dit dient uiteraard te worden beoordeeld in samenhang met het vereveningssysteem.

De verplichting om te verevenen kan beschouwd worden als een verplichting om deel te nemen aan compensatiestelsels. Door de verevening worden immers de verzekeraars gecompenseerd voor hun slechte risico's. Zoals bij de bespreking van variant B reeds opgemerkt is, kan de deelname aan een vereveningssysteem een vergaande verplichting zijn. Deze verplichting moet derhalve niet verder gaan dan noodzakelijk is en derhalve alleen gericht zijn op het doel met het oog waarop het in het leven is geroepen, namelijk de toegankelijkheid tot een zorgverzekering voor eenieder.

De acceptatieplicht is, zo zou kunnen worden beargumenteerd, het spiegelbeeld van het verbieden van beperkingen tot de toegang, nu door de acceptatieplicht eenieder toegang tot een ziektekostenverzekering heeft.²⁴² Zelfs wanneer een acceptatieplicht niet gelijk gesteld mag worden aan een dergelijk verbieden, maakt hij goede kans om gerechtvaardigd te worden door artikel 54 lid 1 Derde Schaderichtlijn. In algemene bewoordingen wordt in dit richtlijnartikel bepaald dat aan ziektekostenverzekeringen voorschriften betreffende het algemeen belang kunnen worden gesteld. Een acceptatieplicht dient het algemene belang van de toegang tot de zorg. Waarschijnlijk is voldaan aan het evenredigheidsbeginsel, nu er geen minder beperkend middel beschikbaar is om toegang tot de zorgverzekeringen te realiseren. De wettelijke omschrijvingen van het aan te bieden pakket zijn, zo zou kunnen worden betoogd, te beschouwen als voorschriften voor het aanbieden van een standaardovereenkomst. De evenredigheid lijkt te zijn gewaarborgd, nu door de functionele omschrijvingen bij het aanbieden van het standaardpakket enige flexibiliteit is toegestaan. Het verbod op pakketdifferentiatie naar risico, dat in variant C vooral betekent het aanbieden van een hoger eigen risico tegen een lagere nominale premie, lijkt ook geoorloofd, omdat op deze wijze eveneens enige flexibiliteit wordt ingebouwd in het systeem van de zorgverzekeringen. De wettelijke verplichting om het verzekeringsre-

241 Zie ook I.G.F. Cath, De keuze voor een privaat of publiek stelsel wordt niet bepaald door het EU-recht, Memorandum van 20 februari 2003, p. 21.

242 Zie in dit verband ook Zie ook I.G.F. Cath, De keuze voor een privaat of publiek stelsel wordt niet bepaald door het EU-recht, Memorandum van 20 februari 2003, p. 20 en 21.

glement goed te keuren houdt vooral verband met het aan te bieden standaardpakket en kan dus, mits voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel, geoorloofd worden geacht.

Bij een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn lijken de nationale voorschriften voor een zorgverzekering als bedoeld in variant C goede kans te maken om de toets aan dit artikel te doorstaan. Uiteraard is het niet uitgesloten dat de hierboven aangebrachte kwalificaties betwist kunnen worden. Hierover is het volgende op te merken. Zelfs, indien de besproken nationale wettelijke regelingen niet letterlijk onder de in considerans 24 genoemde voorschriften gebracht kunnen worden, is een beroep op artikel 54 nog mogelijk. Dit richtlijnartikel staat immers wettelijke bepalingen gericht op het algemeen belang toe. In dit verband moet ook herinnerd worden aan artikel 28 Derde Schaderichtlijn, op grond waarvan lidstaten verzekeraars mogen beletten verzekeringen te sluiten, indien deze in strijd zijn met de nationale bepalingen inzake het algemeen belang. Waar het uiteindelijk bij de ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn op aan komt, is dat bij de vormgeving van de wettelijke verplichtingen voor de zorgverzekeringen van variant C voldaan wordt aan het evenredigheidsbeginsel.

De toepasselijkheid van de Schaderichtlijnen heeft niet alleen als consequentie dat de nationale regulering van de zorgverzekeringen aan artikel 29 en 54 Derde Schaderichtlijn dient te worden getoetst, maar uiteraard ook dat de bepalingen betreffende de financiële soliditeit van toepassing zijn op de verzekeraars die de zorgverzekering van variant C aanbieden. Het toezicht op de financiële soliditeit op de zorgverzekeraars uit andere lidstaten ligt derhalve in handen van de toezichthouders uit die lidstaten; tevens kunnen zij met de vergunning die zij verkregen hebben in de lidstaat van vestiging, toetreden tot de Nederlandse markt. Dit is het gevolg van het principe van *country home control* en het principe van *single licence*. Daarnaast bevat de Derde Schaderichtlijn, zoals reeds hierboven bleek bij de bespreking van variant B, voorschriften op grond waarvan het problematisch is voor zorgverzekeraars om eigen instellingen te hebben. Zoals reeds naar voren is gekomen, is het de onder de Schaderichtlijnen vallende zorgverzekeraar verboden om aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten te verrichten. Zij mogen tevens alleen aandelen bezitten in vennootschappen die aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten verrichten, voor zover deze aandelen binnen de grenzen van zijn vrije vermogen blijven.

In variant C bestaat de mogelijkheid dat de zorgverzekeringen zijn gebaseerd op een stelsel van zorg in natura. De vraag kan rijzen in hoeverre inkoop van zorg door een verzekering een activiteit is die vreemd is aan de verzekeringsbranche. Indien dit het geval is moet de zorginkoopafdeling in een aparte rechtspersoon worden ondergebracht, en mogen de aandelen die

de verzekeraar in deze vennootschap bezit niet de grens van zijn vrije vermogen overschrijden. Evenwel kan betoogd worden dat de inkoop van de zorg zo nauw samenhangt met de activiteit van de zorgverzekering, namelijk het realiseren van de verstrekkingen waarop de verzekerden krachtens hun verzekering recht hebben, dat een dergelijke inkoop geen strijd oplevert met het verbod om aan de verzekeringsbranche vreemde activiteiten te verrichten.

De Sociale Zekerheidsverordening

De zorgverzekering van variant C valt onder de Sociale Zekerheidsverordening, nu er sprake is van een verzekering bij prestaties bij ziekte krachtens een wettelijke verzekering, in de zin van artikel 4 lid 1 sub a van deze verordening. In zorgvariant C worden in een combinatie van wettelijke bepalingen elementen geregeld betreffende de verzekering en prestaties bij ziektes. Hoewel bij het aanbieden van deze zorgverzekering, (commerciële) particuliere verzekeraars een belangrijke rol spelen, is er geen sprake van een contractueel stelsel. (In paragraaf 2.2.2 is aan de orde geweest dat contractuele stelsels buiten de reikwijdte van de Sociale Zekerheidsverordening vallen.)²⁴³ De belangrijkste aangelegenheden (omvang van het te vergoeden pakket, eigen risico, acceptatieplicht, verevening, verbod op premiedifferentiatie) zijn vastgelegd in wettelijke bepalingen, zodat sprake is van wettelijke sociale zekerheid en niet van contractuele sociale zekerheid.²⁴⁴

Zoals reeds meerdere malen is opgemerkt, brengt de toepasselijkheid van de Sociale Zekerheidsverordening geen principiële problemen met zich. Bij de uitwerking van een zorgstelsel in de zin van variant C dient een lidstaat uiteraard, zo kwam ook reeds bij de bespreking van variant B aan de orde, rekening te houden met de conflictbepalingen van de verordening. De verordening gaat, zoals reeds naar voren kwam, er vanuit dat de sociale zekerheidsregels van toepassing zijn op een werknemer van het land waarin deze werkt, ook al woont hij in een ander land. Niet alle in Nederland woonachtige werknemers zullen dus onder het stelsel van variant C vallen, terwijl er voorzieningen getroffen moeten worden voor inwoners uit andere lidstaten die onder het stelsel van sociale zekerheid vallen van Nederland.²⁴⁵ Een en

243 Zie artikel 1 sub j Sociale Zekerheidsverordening.

244 Zie in dit verband Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 31 en B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 31.

245 Zie in dit verband Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 38.

ander betekent dat de verzekering van rechtswege zich niet letterlijk tot elke ingezetene kan uitstrekken. De ingezetenen die krachtens de Sociale Zekerheidsverordening onder een stelsel van sociale zekerheid van een andere lidstaat vallen, moeten worden uitgezonderd, terwijl zij die, hoewel zij woonachtig zijn in een andere lidstaat, desalniettemin onder het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid vallen, dienen te worden 'toegevoegd' aan de groep van rechtswege verzekerden.

Vrij verkeer

Indien bepaalde aangelegenheden geharmoniseerd zijn, blijft een toets aan de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer achterwege. Bij een ruime interpretatie van artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn betekent dit dat, behalve wat de nationale bepalingen over zorg in natura en verzekering van rechtswege betreft, deze verdragsbepalingen niet van belang zijn voor de zorgverzekeringen van variant C. Gezien het beginsel van tariefvrijheid kan niet uitgesloten worden dat het verbod op premiedifferentiatie en de premieregulering zelfs bij een beperkte uitleg van artikel 29 Derde Schaderichtlijn onder het verbod van dit richtlijnartikel valt. Bij een beperkte interpretatie van artikel 29 Derde Schaderichtlijn worden de aangelegenheden uit de nationale wettelijke bepalingen betreffende de goedkeuring van het verzekeringsreglement, de acceptatieplicht, het verbod op pakketdifferentiatie, de verplichting tot verevenen, de omvang van het pakket en de omvang van het eigen risico, in ieder geval niet geharmoniseerd en die van de premievoorschriften wellicht niet. Deze nationale bepalingen worden hieronder getoetst aan de bepalingen inzake het vrije verkeer. Alvorens hiertoe over te gaan, is vooraf de volgende opmerking te maken. Artikel 28 Derde Schaderichtlijn verbiedt lidstaten om verzekeraars te beletten verzekeringsovereenkomsten te sluiten, tenzij dit noodzakelijk is vanwege het algemeen belang. Indien dit artikel ruim wordt geïnterpreteerd, zouden de wettelijke bepalingen betreffende de acceptatieplicht etc, hiermee in strijd kunnen zijn, omdat op deze wijze een verzekeraar door deze nationale bepalingen ervan weerhouden wordt (belet wordt) om verzekeringsovereenkomsten te sluiten. Vervolgens moet dan nagegaan worden of deze nationale bepalingen in overeenstemming zijn met het algemeen belang. Indien het Hof voor deze benaderingswijze zou kiezen, wordt er een stramen gevolgd dat lijkt op dat van het vrije verkeer: toets aan een ruim verbod en aan een exceptie van algemeen belang. Deze toets zou hetzelfde uitvallen als de toets aan het vrije verkeer die hieronder wordt uitgevoerd.²⁴⁶

²⁴⁶ Vergelijk in dit verband het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 33-36

Hetgeen hieronder over het vrije verkeer gesteld wordt, geldt derhalve mutatis mutandis voor het geval het Hof artikel 28 Derde Schaderichtlijn ruim uitlegt.

Hieronder worden overigens ook de wettelijke bepaling dat iedere ingezetene van rechtswege verzekerd is en de keuzemogelijkheid tussen restitutie en zorg in natura, besproken. Deze aangelegenheden zijn niet bij de toets aan de Schaderichtlijnen aan de orde gekomen, omdat zij hier niet onder vallen. Ten aanzien van de keuzevrijheid tussen restitutie en zorg in natura is er daarbij wel van uitgegaan dat een verzekeraar niet verplicht is een dergelijke keuzemogelijkheid aan te bieden aan de verzekerde. Indien een dergelijke verplichting zou bestaan, wordt er ingegrepen in de polisvoorwaarden en bestaat er strijd met een ruim geïnterpreteerd verbod van artikel 29 Derde Schaderichtlijn, zodat dan tevens moet worden nagegaan of artikel 54 van de richtlijn soulaas zou bieden.

Zoals in variant B reeds is opgemerkt, zal het vertrekpunt voor het Hof zijn de bekende 'Duphar-riedel' (inrichting van de sociale zekerheid is een bevoegdheid van de lidstaten). Bij de bespreking van variant B is ook reeds aangegeven dat de acceptatieplicht, het verbod van pakketdifferentiatie naar risico, de voorschriften betreffende de premie en de verplichting om deel te nemen aan een systeem van verevening beperkingen van het vrije verkeer opleveren (de toegang tot de markt wordt belemmerd), maar dat zij waarschijnlijk, mits zij op proportionele wijze zijn vormgegeven, te rechtvaardigen zijn met een beroep op artikel 46 EG-verdrag (volksgezondheid) en het dwingende vereiste van het financieel evenwicht van het sociaal zekerheidsstelsel. Een voordeel van variant C boven variant B is dat iets gemakkelijker aangetoond kan worden dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. Het verbod op winstoogmerk ontbreekt immers, hetgeen een beperking van het vrije verkeer minder is.

Met een beroep op arresten als Duphar en Müller-Fauré kan gesteld worden dat de wettelijke omschrijvingen van de te verzekerde pakketten (waaronder begrepen de modaliteiten van het eigen risico) geen strijd met de regels van het vrije verkeer opleveren. In variant C is de omvang van het pakket zelfs functioneel omschreven en bestaat de mogelijkheid om genoeg te nemen met een hoger eigen risico (en een lagere premie), zodat er meer flexibiliteit bestaat dan in variant B. Deze flexibiliteit draagt eraan bij dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. De verplichting om uit te gaan van een minimaal eigen risico lijkt aan de ene kant beperkend (geen vrijheid om verzekeringen zonder eigen risico aan te bieden) en aan de andere kant geoorloofd met het oog op het financiële evenwicht.

Evenals in variant B kan ten aanzien van de wettelijke eisen voor een zorgverzekering in de zin van variant C gesteld worden, dat de gerede kans bestaat dat de beperkingen van het vrije verkeer, waartoe die eisen aanlei-

ding geven, gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de excepties. Het evenredigheidsbeginsel speelt hierbij een belangrijke rol. Aangezien er bij variant C van meer marktwerking wordt uitgegaan dan bij variant B, moet de overheid bij de concrete vormgeving zorgvuldig nagaan of de opgelegde verplichtingen niet verdergaande verplichtingen bevatten dan noodzakelijk is. Al was het alleen maar omdat op een meer commerciële zorgverzekeringsmarkt bepaalde commerciële particuliere verzekeraars er eerder baat bij hebben om te procederen en om het stelsel voor de rechter aan te vechten.

In het kader van de behandeling van variant B is reeds opgemerkt dat een bepaling op grond waarvan elke ingezetene van rechtswege verzekerd is, geen beperking van het vrije verkeer oplevert, zolang het voor een ingezetene maar niet moeilijker gemaakt wordt om zich te wenden tot een verzekeraar in een andere lidstaat dan in de eigen lidstaat. In beginsel bestaan er ook geen knelpunten bezien vanuit het regime van het vrije verkeer, wanneer in variant C een wettelijke verzekeringsplicht zou bestaan in plaats van een verzekering van rechtswege, mits uiteraard een verzekeraar uit een andere lidstaat ook kan toetreden tot de nationale markt. In de bespreking van variant D wordt verder ingegaan op de verzekeringsplicht.

Een belangrijk onderdeel dat nog bespreking verdient, is de mogelijkheid van zorg in natura. In variant C wordt de verzekerde de keuze gelaten te kiezen uit een systeem van restitutie of van zorg in natura. Bij de behandeling van variant B is aan de orde geweest dat bezien vanuit het vrije verkeer een door de overheid opgelegd naturastelsel bepaalde problemen oplevert op het terrein van het vrije verkeer. In variant C wordt de verplichting echter niet opgelegd door de overheid maar is hij voorwerp van overeenkomst tussen de verzekeringsnemer en de verzekeraar. Dit is een horizontale relatie en de werking van de bepalingen inzake het vrije verkeer hebben slechts in beperkte mate horizontale werking. In het arrest-Janssen t. VGZ²⁴⁷ heeft het Gerechtshof Den Bosch evenwel de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer toegepast in een dergelijke horizontale relatie. De reden die het Gerechtshof gaf voor deze horizontale toepassing, was het aan de rechtspraak van het Hof (van Justitie van de EG) ontleende criterium dat een particulier enige macht kan uitoefenen over een andere particulier waardoor het door het EG-verdrag gewaarborgde recht van het vrije verkeer bemoeilijkt kan worden. In casu ging het om een beperking die vastlag in de algemene voorwaarden van de verzekeringsmaatschappij in kwestie voor verzekeringspolissen; het is voor een verzekerde niet mogelijk om te onderhande-

247 Hof Den Bosch 19 november 2002, Janssen e.a. t. VGZ, Verkeersrecht 2003, nr. 41. Dit arrest wordt besproken in J.W. van de Gronden, Vrij verkeer en zorgverzekeringen: medisch toerisme in Europa?, Verkeersrecht 2003, p. 69-75.

len over de algemene voorwaarden, zodat een verzekeraar enige macht over hem uitoefent. Opgemerkt moet worden dat tegen het arrest van het Gerechtshof geen cassatie bij de Hoge Raad is ingesteld en dat het Hof van Justitie van de EG zich tot nu toe nog niet over een geschil tussen een particuliere ziektekostenverzekeraar en particulier verzekerde heeft uitgesproken, zodat niet volledig duidelijk is in hoeverre de uitkomst van het arrest in de zaak-Janssen t. VGZ een juiste interpretatie van het EG-recht is. Hierna wordt ervan uitgegaan dat het Hof van Justitie in een dergelijke zaak eenzelfde opvatting zou hebben ingenomen als het Gerechtshof Den Bosch. Indien in variant C het voor verzekerden in de praktijk daadwerkelijk mogelijk is om te kiezen uit een systeem van restitutie en natura is het de vraag of in dergelijke horizontale relaties de regels voor het vrije verkeer wel kunnen worden toegepast, aangezien niet voldaan lijkt te zijn aan het criterium van een 'zekere macht'. Gesteld dat ingeval van een keuze voor restitutie behandeling door een zorgaanbieder in een andere lidstaat mogelijk was geweest, is het maar de vraag of een verzekerde die geopteerd heeft voor de naturaverzekering, een beroep kan doen op het vrij verkeer van bijvoorbeeld diensten, indien hij of zij zich niet kan wenden tot een bepaalde zorgaanbieder over de grens. Hij heeft immers de vrije keuze gehad om zijn zorg over de grens te gaan halen, aangezien dit mogelijk was geweest bij een restitutieverzekering. Indien echter in de praktijk de keuze voor een restitutieverzekering betekent dat zorg over de grens ook moeilijk te ontvangen is of indien deze verzekering zeer duur is, zou weer wel sprake kunnen zijn van een zekere macht die de horizontale toepassing van de regels van het vrije verkeer rechtvaardigt. Al met al lijken in variant C de regels van vrije verkeer minder impact op de naturaverstrekingen te hebben dan in variant B.

Mededingingsrecht

Het spreekt voor zichzelf dat verzekeraars uit variant C ondernemingen zijn, nu zij in een concurrerende context hun diensten aanbieden. Zij moeten derhalve de regels van het kartelverbod, het verbod van misbruik van economische machtspositie en het concentratietoezicht naleven. Zoals reeds bij de bespreking van variant B is opgemerkt, brengt dit geen principiële bezwaren met zich. Door middel van deze regels kan de NMa toezien op de mededinging op de markt. Zoals reeds hierboven in het kader van variant B is gesteld, kan de toepassing van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie er in relatief veel gevallen niet toe leiden dat nieuwe zorgaanbieders toetreden tot de markt. Indien de overheid in het stelsel uit overwegingen van doelmatigheid een belangrijke plaats toekent aan een concurrerende zorgmarkt, dan kan overwogen worden of er behoefte bestaat aan sectorspecifieke mededingingsregels.

Tevens moet opgemerkt worden dat de concentratieregels, evenals in variant

B, problemen kunnen veroorzaken met betrekking tot fusies van Nederlandse verzekeraars met dominante positie op diverse regionale zorginkoopmarkten die willen concurreren met grote buitenlandse verzekeraars op de verzekeringsmarkt. Deze problemen zijn groter dan bij variant B, omdat in variant C gezien de mate van marktwerking het aantrekkelijker is voor buitenlandse verzekeraars om toe te treden tot Nederlandse markt. Groter zijn evenwel de problemen waartoe het staatssteunregime aanleiding kan geven.²⁴⁸ Er wordt namelijk een Zorgfonds opgericht, dat wordt betaald uit nominale premies van de verzekeraars, loongerelateerde werkgeversbijdragen en rijksbijdragen voor kosten voor verzekerden onder de 18 jaar. Indien dit fonds wordt beheerd door een instantie die onderdeel is van de lidstaat, kunnen de gelden die hieruit aan de verzekeraars worden verstrekt beschouwd worden als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-verdrag. Dit geldt zelfs voor de gelden die hun oorsprong vinden in de betalingen van de nominale premies door de verzekeraars. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat ingeval van een (parafiscale) heffing op ondernemingen, de overheid die deze gelden vervolgens besteedt ten gunste van deze ondernemingen, staatssteun verleent.²⁴⁹ Getracht kan worden de problemen, waartoe de toepasselijkheid van het EG-verdrag inzake staatssteun aanleiding geeft, als volgt op te lossen. Er kan voor gekozen worden de uitkeringen te kwalificeren als financiële compensaties voor het verrichten van openbare dienstverplichtingen. Hierbij moeten de volgende uit het arrest-Altmark (aangehaald in paragraaf 3.4) afkomstige voorwaarden in acht worden genomen.

In de eerste plaats moeten de begunstigde ondernemingen, in casu de verzekeraars, daadwerkelijk belast zijn met het verrichten van openbare dienstverplichtingen (bijvoorbeeld het verplicht aanbieden van een zorgverzekering voor eenieder) en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn in de wet. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend (bijvoorbeeld op het terrein van de verevening), vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van het verrichten van de openbare dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de naleving van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats moet, wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aan-

248 Vergelijk in dit verband het Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 45.

249 Zie bijvoorbeeld zaak C-171/91, Lornoy, Jur. 1992, p. I-6523.

besteding, het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand

van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen). Indien hieraan voldaan is, bestaat de kans dat de uit het Zorgfonds gedane uitkeringen niet als staatssteun behoeven te worden gekwalificeerd. Opgemerkt moet evenwel worden dat, indien een lidstaat ten onrechte meent de criteria van het Altmark-arrest te hebben gerespecteerd, de door hem verstrekte financiële voordelen alsnog als staatssteun kunnen worden gekwalificeerd. Niet uit het oog moet worden verloren dat maatregelen van lidstaten die als steun worden aangemerkt en die niet zijn goedgekeurd door de Commissie, op grond van (de rechtstreekse werking van) de blokkeringsregel kunnen worden teruggevorderd.²⁵⁰ Een meer veilige weg is om de betrokken staatssteun aan te melden bij de Commissie en te vragen de steun goed te keuren bijvoorbeeld op grond van artikel 86 lid 2 EG-verdrag. De Commissie kan dan eventueel, bijvoorbeeld in de vorm van een beschikking, vaststellen dat er geen sprake is van staatssteun, omdat de aangemelde maatregelen voldoen aan de 'Altmark-criteria'. Van groot belang in dit verband is de uitkomst van de zaak-British United Provident Association. In deze zaak keurde de Commissie bij beschikking het Ierse systeem van risicoverevening goed, omdat de aan de voornaamste Ierse verzekeraar, de Voluntary Health Insurance Board, toegekende financiële voordelen als compensatie voor de naleving van de openbare dienstverplichtingen zijn te beschouwen volgens deze gemeenschapsinstelling.²⁵¹ Tegen deze beschikking is beroep aangetekend door de British United Provident Association bij het Gerecht van Eerste Aanleg.²⁵² Het toekomstige arrest van het Gerecht en eventueel dat van het Hof, indien in deze zaak ook hoger beroep mocht worden aangetekend, kunnen belangrijke criteria bevatten voor de beoordeling van systemen van risicoverevening aan de hand van de Europese regels voor staatssteun.

De toets aan het EG-recht valt anders uit, indien het Zorgfonds wordt beheerd door verzekeraars, geen onderdeel van de lidstaat is en de overheid verzekeraars verplicht deel te nemen aan een dergelijk fonds. In dat geval kan de nieuwe norm (artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag) geschonden zijn, daar de overheid de ondernemingen verplicht afspraken te maken om

250 Zie hierover paragraaf 4.3.

251 Zie de beschikking van de Commissie van 15 mei 2003 in zaak N 46/2003, Ireland Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market. Deze beschikking is gepubliceerd op volgende internetsite:

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n046-03.pdf.

252 Deze zaak staat ingeschreven als zaak T-289/03 bij het Gerecht. Zie Pb. 2003 C264/32.

een Zorgfonds op te richten en om op grond van deze afspraken in het kader van risicosolidariteit gelden aan dit Zorgfonds te doneren.²⁵³ De gerede kans bestaat dat dergelijke afspraken als mededingingsbeperkend worden beschouwd, nu uit het besluit van de NMa over het Solidariteitsprotocol blijkt dat de NMa afspraken over risicosolidariteit, waarbij alle verzekeraars betrokken zijn, als concurrentiebeperkend kwalificeert. Het opleggen door de overheid van dergelijke afspraken zou dan strijd met artikel 81 juncto artikel 10 EG-verdrag opleveren. In de zaak-Pavlov is, zoals reeds bleek uit paragraaf 3.3, voorzichtig een exceptie met het oog op het algemeen belang erkend voor schendingen van artikel 81 juncto artikel 10 EG-verdrag. Deze voorzichtige erkenning is echter te onzeker om beleid op te baseren. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de rijksbijdragen nog steeds als staatssteun moeten worden beschouwd, ook in een constructie dat het fonds onder de verantwoordelijkheden van de verzekeraars valt. Meer kans om strijd met het EG-recht te voorkomen, bestaat in het geval het Zorgfonds onderdeel van de overheid is, daar dan gebruik gemaakt kan worden van de mogelijkheden van het arrest-Altmark of van de aanmeldingsprocedure van steunmaatregelen bij de Commissie.

4.4 Variant D: Privaatrechtelijke verzekering en publiekrechtelijke randvoorwaarden

In variant D zijn de ingezetenen niet van rechtswege verzekerd, maar is eenieder door de wetgever verplicht om een particuliere verzekering voor ziektekosten af te sluiten. Particuliere maatschappijen bieden deze verzekering aan tegen betaling van nominale premies en mogen daarbij een winst-oogmerk hebben. De wet stelt de volgende randvoorwaarden aan de wijze waarop deze verzekering wordt aangeboden: eisen betreffende een minimumdekking, een verplicht wettelijk minimum voor het eigen risico, acceptatieplicht voor een standaarddekking en geen premiedifferentiatie op grond van risicoselectie, bepaalde premiereregulering en verplichtingen tot premieverevening. De acceptatieplicht is beperkt geclausuleerd (bijvoorbeeld tot 40 jaar onvoorwaardelijk en tot 65 met een premieopslag van maximaal 20%). De aard van de aanspraak en de verzekering verschillen niet, maar elke verzekeraar bepaalt zelf door middel van de polisvoorwaarden de inhoud en omvang van de verzekeringsaanspraak (minimum, standaard of uitgebreid). Aan deze productdifferentiatie kunnen dus kortingen of toeslagen op de premie worden verbonden. Ook kan de verzekeraar, met

253 Zie in dit verband ook E. Steyger, a.w. 2002, p. 96.

in achtneming van het verplicht minimum voor eigen risico voor het standaardpakket, verzekeringen aanbieden waarbij lagere of hogere eigen risico's gelden met daarbij behorende toeslagen of kortingen op de premies. Indien bepaalde verstrekkingen te hoge kosten met zich brengen, kan een verzekeraar hiertegen maatregelen nemen ('remgeld'). Evenals in variant C wordt er in het kader van de verevening een Zorgfonds opgericht. Dit wordt bekostigd door inkomensafhankelijke premies opgebracht door de werkgevers en door rijksbijdragen voor de verzekering van personen beneden de 18 jaar. Naast de oprichting van het Zorgfonds vindt er tussen de ziektekostenverzekeraars een interne premieverevening plaats op basis van onvermijdelijk blijvende schadekenmerken (bijvoorbeeld invaliditeit, leeftijd, chronische ziekte, man/vrouw) naar analogie van de MOOZ om tot aanvaardbare (lagere) technische voorzieningen te komen. De verzekeraar heeft de mogelijkheid de verzekerde een keuze te bieden uit een verzekering die gebaseerd is op het principe van restitutie dan wel op het principe van zorg in natura. Ten aanzien van de zorgaanbieders moet opgemerkt worden dat de wettelijke tarieven voor de zorgaanbieders en de vergunningplichtige bouw worden uitgefaseerd.

Derde Schaderichtlijn

Het spreekt voor zich dat bij een ruime interpretatie van het begrip 'aanbieden voor eigen risico' en van het begrip 'wettelijk stelsel van sociale zekerheid', de zorgverzekering van variant D onder de reikwijdte van de Schaderichtlijnen valt.²⁵⁴ Dit is ook het geval, indien ervan uitgegaan wordt dat de Schaderichtlijnen alleen van toepassing zijn, indien aangetoond wordt dat er sprake is van een verzekeringsrisico. De premieverevening vindt alleen plaats op grond van bepaalde objectieve kenmerken, zodat ten aanzien van een aantal andere aspecten een daadwerkelijk verzekeringsrisico wordt gelopen. Daarnaast zijn commerciële verzekeraars toegelaten, zijn de premies nominaal, is de premieregulering voornamelijk beperkt tot het verbod op risicoselectie, zijn er verschillen met betrekking tot het verzekeringspakket mogelijk en met betrekking tot het eigen risico. Al met al staat het buiten kijf dat de zorgverzekeringen van variant D onder de reikwijdte van de Schaderichtlijnen vallen.

De nationale wettelijke bepalingen inzake het aan te bieden pakket (standaard, minimum of uitgebreid), het verplicht wettelijk minimum voor het eigen risico, de acceptatieplicht voor een standaarddekking, het verbod op premiedifferentiatie op grond van risicoselectie, bepaalde premieregulering

254 Zoals reeds meerder malen is opgemerkt, vallen op grond van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn wettelijke stelsels van sociale zekerheid niet onder het toepassingsbereik van de Schaderichtlijnen.

en de verplichting tot premieverevening dienen getoetst te worden aan de Derde Schaderichtlijn. Centraal in deze toetsing staat, zo bleek reeds bij de behandeling van variant C, het verbod van artikel 29 en artikel 39²⁵⁵ alsmede de uitzondering van artikel 54 Derde Schaderichtlijn.

Zoals reeds naar voren kwam, is niet alleen bij een ruime interpretatie maar ook bij een beperkte uitleg van het verbod van artikel 29 en 39, dit verbod relevant voor nationale bepalingen die van invloed zijn op het beginsel van de tariefsvrijheid. In het (reeds aangehaalde) arrest-Commissie t. Italië heeft het Hof gesteld dat deze artikelen op dit beginsel zijn gebaseerd en dat de uitzondering welke besloten ligt in de slotzin van artikel 29 en artikel 39 (uitzondering op de tariefsvrijheid ingeval van een nationaal systeem van algemene prijscontrole) geen tariefsinterventie in een specifieke verzekeringsbranche kan rechtvaardigen. Aangezien, zoals hierboven bij de bespreking van variant C reeds naar voren kwam, het niet uitgesloten is dat het verbod op premiedifferentiatie en bepaalde premiereregulering de vrijheid van verzekeraars in de ogen van het Hof de vrijheid van tarief aantasten, kunnen deze voorschriften ook bij een beperkte interpretatie van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn onder het verbod van deze artikelen vallen. Voorts wordt in variant D –in afwijking van variant C– de verevening gegoten in de vorm van premieverevening. Hierbij wordt ook geïnterveneerd in het proces van vaststelling van de premies, aangezien een verzekeraar met verzekerden met relatief veel ‘goede risico’s’ premies moet overdragen aan een verzekeraar met relatief veel ‘slechte risico’s’, hetgeen ook een inbreuk op de tariefsvrijheid zou kunnen opleveren in de visie van het Hof. Dit probleem zou natuurlijk ondervangen kunnen worden door in variant D uit te gaan van een schadelastverevening.

Bij een beperkte interpretatie van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn, hebben deze richtlijnartikelen geen betrekking op nationale voorschriften die geen verband houden met de financiële soliditeit. De nationale wettelijke bepalingen inzake het aan te bieden pakket, een verplicht wettelijk minimum voor het eigen risico en acceptatieplicht voor een standaarddekking zijn daarmee niet verboden door de Derde Schaderichtlijn (geen aangelegenheden van financiële soliditeit) mits op grond van deze bepalingen geen voorafgaande goedkeuring of mededeling van de polisvoorwaarden wordt vereist. In deze benadering moeten dergelijke nationale bepalingen derhalve getoetst worden aan het regime inzake het vrije verkeer.

255 Zoals in paragraaf 2.2.1 reeds naar voren kwam, bevatten beide artikelen hetzelfde verbod. Uit artikel 39 volgt dat het verbod van artikel 29 ook geldt voor het geval de verzekeringsdiensten worden aangeboden door verzekeraars uit andere lidstaten.

Indien echter ervan uitgegaan moet worden dat artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn ruim dienen te worden geïnterpreteerd, zijn de onderhavige nationale bepalingen allen in strijd met dit richtlijnartikel.

Op grond van deze interpretatie is het immers de lidstaten niet toegestaan in te grijpen in de algemene en bijzondere voorwaarden van de polisvoorwaarden van een verzekering, dus ook niet in die van een ziektekostenverzekering. Nationale wettelijke bepalingen die eisen stellen aan het pakket dat een verzekeraar moet aanbieden, aan het eigen risico en aan de acceptatie regelen belangrijke polisvoorwaarden en staan daarmee op gespannen voet met een ruim uitgelegd artikel 29 Derde Schaderichtlijn.

Het opmerkelijke van de conclusie die in voorafgaande alinea's is getrokken, is dat het voor de toepassing van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn weinig uitmaakt hoe de bepalingen over het aan te bieden pakket, de premies, het eigen risico en de acceptatie eruit zien. In variant D is gekozen, wat deze bepalingen betreft, voor een meer verfijnd systeem dan in variant C. Er zijn verschillende verzekeringspakketten mogelijk, er bestaan verschillende modaliteiten met betrekking tot het eigen risico en de acceptatieplicht is geclausuleerd. Bij de formulering van het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn is met dit soort nuances geen rekening gehouden. Het is alles of niets: de bepalingen vallen er in het geheel niet onder of zij zijn in hun geheel verboden. In de conclusies wordt op terug gekomen.

Net zoals in variant C speelt de uitzondering van artikel 54 Derde Schaderichtlijn een belangrijke rol in variant D. Zoals reeds opgemerkt is bij de bespreking van variant C, moet bij artikel 54 Derde Schaderichtlijn ook uitgegaan worden van een beperkte interpretatie danwel van een ruime interpretatie.

Bij de beperkte interpretatie moet tegelijkertijd naast de dekking die door de verzekeringsovereenkomsten geboden wordt een dekking bestaan die geboden wordt door een stelsel van sociale zekerheid. In variant D bestaat een dergelijk sociaal zekerheidsstelsel niet, zodat voor nationale wettelijke met artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn strijdige bepalingen in hun geheel een beroep op artikel 54 Derde Schaderichtlijn niet openstaat. Zij zijn eenvoudigweg verboden. Bij een beperkte interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn wordt eveneens geen rekening gehouden met bepaalde verfijningen die in een nationaal systeem zijn aangebracht.

Dit ligt anders bij een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn, daar in dat geval de zorgverzekering van variant D in de tijd een stelsel van sociale zekerheid op het terrein van ziektekosten heeft opgevolgd. Bij een ruime uitleg van artikel 54 Derde Schaderichtlijn is in een dergelijke situatie een beroep op de uitzondering van dit richtlijnartikel principieel toegestaan. Er bestaat dan de gereede kans, zoals bij de behandeling van

variant C reeds naar voren kwam, dat bepaalde nationale wettelijke bepalingen geoorloofd zijn. De centrale vraag bij de toets aan artikel 54 is dan of deze nationale wettelijke bepalingen noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van het algemeen belang. In considerans 24 van de Derde Schaderichtlijn wordt een aantal voorbeelden van nationale voorschriften genoemd die gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op artikel 54. Zoals echter bij de bespreking van variant C reeds opgemerkt is, moet deze opsomming niet als limitatief worden beschouwd, nu artikel 54 in zulke algemene bewoordingen (de bescherming van het algemeen belang) is gesteld. Wat de acceptatieplicht betreft, kan worden opgemerkt dat een dergelijke verplichting als de keerzijde van de medaille van het in considerans 24 genoemde verbod van beperkingen tot de toegang beschouwd kan worden. Het verbod op premiedifferentiatie, bepaalde premieregulering en de verplichting van premieverevening kunnen vallen in de categorie voorschriften voor uniforme tarifiering naar soort overeenkomst danwel onder maximumpremievoorschriften, welke beide categorieën eveneens in considerans 24 genoemd worden. De tarieven mogen verschillen naar eigen risico, hetgeen beschouwd kan worden als tarifiering naar soort overeenkomst, waarvan in variant D ook sprake is vanwege het bestaan van pakketten met standaard, minimum en uitgebreide dekking naast elkaar. Ten aanzien van de premieverevening moet opgemerkt worden dat deze ook gekwalificeerd zou kunnen worden als een deelname aan een compensatiestelsel, waarvan ook sprake is in considerans 24. Dit vereveningsstelsel beoogt immers de nadelen te compenseren die het gevolg zijn van een acceptatieverplichting. Tevens wordt in considerans 24 gerept van de verplichting een standaardovereenkomst aan te bieden; deze verplichting komt ook voor in variant D, waarin de verzekeraar verplicht is een standaardverzekering aan te bieden. Nogmaals, waar het uiteindelijk om gaat bij de toets aan artikel 54 Derde Schaderichtlijn ingeval van een brede interpretatie, is niet of de desbetreffende nationale wettelijke bepalingen worden genoemd in het voorbeeldlijstje van considerans 24 maar of ze noodzakelijk zijn ter bescherming van het algemeen belang. De toets aan het evenredigheidsbeginsel is derhalve van groot belang. Het voordeel van variant D boven dat van variant C is dat de beperkingen die aan de verzekeraars worden opgelegd, minder ver gaan. De verevening vindt alleen plaats op grond van bepaalde objectieve kenmerken, de acceptatieplicht is geclausuleerd, er kunnen verschillende verzekeringspakketten worden aangeboden (standaard, minimum en uitgebreid) en er bestaan verschillende modaliteiten ten aanzien van het eigen risico. De nationale regulering van variant D geeft de zorgverzekeraars derhalve enige flexibiliteit in de bedrijfsvoering. Dit maakt het stelsel minder kwetsbaar in de toets aan het evenredigheidsbeginsel: het is bijvoorbeeld makkelijker dan bij variant C te beargumenteren dat de aan de verzekeraars opgelegde

bepkeringen niet verder gaan dan noodzakelijk.²⁵⁶ Bij een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn bestaat dus de mogelijkheid om rekening te houden met verfijningen in een zorgstelsel.

Opmerkelijk in dit verband is dat vergaande overheidsregulering argumentatie biedt om te ontsnappen aan de toepasselijkheid van de Schaderichtlijn (een wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn) maar als ten gevolge van een terugtrekkende overheid het omslagpunt van de toepasselijkheid van de Schaderichtlijn is bereikt,²⁵⁷ de overblijvende vergaande overheidsregulering uit oogpunt van het evenredigheidsbeginsel kwetsbaar is. Meer marktconforme stelsels hebben dan meer kans van slagen, althans indien van een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn wordt uitgegaan.

Sociale Zekerheidsverordening

Een verschil met de zorgverzekering van variant C is dat er geen verzekering van rechtswege ontstaat, maar dat gekozen is voor een verplichting voor ingezetenen om zich te verzekeren. Op grond van artikel 4 lid 1 sub a Sociale Zekerheidsverordening is deze verordening van toepassing op een wettelijke verzekering bij prestaties bij ziekte. Evenals in variant C worden in variant D de belangrijkste elementen van de zorgverzekering vastgelegd in wettelijke bepalingen: acceptatieplicht, bepaalde verplichtingen met betrekking tot de premie, omvang van het te verzekeren pakket, eigen risico, etc. Er is derhalve sprake van wettelijke sociale zekerheid en niet van contractuele sociale zekerheid.²⁵⁸

De toepasselijkheid van Sociale Zekerheidsverordening vormt geen principieel obstakel voor de invoering van variant C. Wel dienen bijvoorbeeld de conflictregels van deze verzekering te worden gerespecteerd, die met het oog op het vrije verkeer van personen zijn vastgesteld. Zoals reeds aan de orde is geweest, zijn op grond van deze verordening op een werknemer in beginsel de sociale zekerheidsregels van toepassing van het land, waarin hij werkt (ook al woont hij in een ander land). Dit betekent dat niet aan alle ingezetenen een verplichting tot verzekering kan worden opgelegd. Anders zouden de ingezetenen die krachtens de conflictregels van de verordening

256 Zie in dit verband T.R. Ottervanger en M.A. de Jong, a.w. 2002, p. 5 en 6, waarin betoogd dat het meer gereguleerde stelsel van de nota Vraag aan bod vanuit het perspectief van het evenredigheidsbeginsel kwetsbaarder is dan het meer flexibele stelsel van de SER.

257 Zie in dit verband B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 25 e.v.

258 Zie ook Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekering van de Interdepartementale Commissie Europees recht, ICER 2001-3/31a, Den Haag, 3 april 2001, p. 31 en B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 31.

onder een ziektekostenstelsel van een andere lidstaat vallen, ook nog verplicht zijn een ziektekostenverzekering af te sluiten, en zo geconfronteerd worden met dubbele kosten voor een zorgverzekering. Een dergelijke situatie is in strijd met de verordening. Daarnaast moeten er voorzieningen getroffen worden voor inwoners uit andere lidstaten, die krachtens deze conflictregels onder het stelsel van sociale zekerheid van Nederland vallen. Krachtens de Sociale Zekerheidsverordening werken de bevoegde instanties van de lidstaten die onder andere wettelijke verzekeringen voor ziektekosten uitvoeren, samen om zo er voor te zorgen dat ingeval van grensoverschrijdend verkeer de betrokkenen de verstrekkingen krijgen waarop zij recht hebben²⁵⁹ (bijvoorbeeld in het kader van formulier E 111). De wetgever dient ervoor te zorgen dat, indien gekozen wordt voor variant D, de particuliere verzekeraars ook op een of andere manier participeren in deze samenwerking.²⁶⁰ Van belang in dit verband is bijvoorbeeld artikel 22 lid 1 sub a van de verordening, op grond waarvan een werknemer die verblijft op het grondgebied van een andere lidstaat, recht heeft op onmiddellijke verstrekkingen, indien zijn toestand bijvoorbeeld met betrekking tot zijn gezondheid dat noodzakelijk maakt. De particuliere verzekeraars dragen er tezamen met de bevoegde autoriteiten van de andere betrokken lidstaat mede de verantwoordelijkheid voor dat deze verstrekkingen vergoed worden. In de zaak-IKA heeft het Hof zelfs uitgemaakt dat op grond van artikel 31 van de verordening, zo bleek hierboven in paragraaf 2.2.2, pensioengerechtigden die bijvoorbeeld tijdens vakantie of familiebezoek verblijven in een andere lidstaat dan waar zij wonen, recht op verstrekkingen hebben die door de bevoegde autoriteiten van verblijf krachtens de toepasselijke wetgeving moeten worden verleend, ook al is er geen sprake van een spoedeisende situatie. In een zorgstelsel zoals aan de orde in variant D dienen de particuliere verzekeraars er eveneens voor te zorgen tezamen met de bevoegde autoriteiten van de andere betrokken lidstaat dat de pensioengerechtigden hun aanspraken kunnen verzilveren.

De coördinatiemechanismen van de Sociale Zekerheidsverordening kunnen in een privaatrechtelijk verzekeringsstelsel, zoals dat aan de orde is in variant D, aanleiding geven tot lastige problemen. Zo heeft bijvoorbeeld een persoon die pensioen ontvangt krachtens het recht van een lidstaat met zorgvariant D, maar woont in een andere lidstaat, op grond van artikel 28 van de verordening recht op zorgverstrekkingen door de bevoegde instanties in de lidstaat van de woonplaats voor de rekening van de bevoegde instanties van de lidstaat, waar het pensioen genoten wordt.²⁶¹ Een dergelij-

259 Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 51 van het arrest IKA (reeds aangehaald).

260 Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, a.w., p. 31.

261 Zie hierover F. Pennings, a.w., p. 143.

ke pensioengerechtigde kan ervoor kiezen zich te verzekeren voor het minimumpakket; hij betaalt dan een relatief lage premie. Hij krijgt echter de verstrekkingen in de lidstaat van de woonplaats. Indien deze lidstaat een stelsel van sociale zekerheid kent, waarin slechts één pakket gedefinieerd is dat ook nog uitgebreider is dan het minimumpakket waarvoor de verzekering is afgesloten, dan heeft de migrerende pensioengerechtigde recht op meer verstrekkingen dan waarvoor hij premies betaald heeft. De kosten hiervan worden gedragen door de zorgverzekeraars uit de lidstaat van zorgvariant D, aan wie de bevoegde instanties van de woonplaats de rekeningen opsturen. Een dergelijk probleem vindt zijn oorzaak in het grote verschil dat bestaat tussen sociale zekerheid in een marktomgeving en sociale zekerheid in een nagenoeg volledig door de overheid gereguleerde context. Dergelijke verschillen zijn moeilijk te overbruggen door coördinatiemechanismen.

Vrij verkeer

Zoals reeds bleek bij de behandeling van variant C, neemt het belang van het regime inzake het vrije verkeer toe bij een beperkte interpretatie van het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn. Bij een ruime uitleg zijn veel aan de zorgverzekering te stellen voorwaarden geharmoniseerd. Ook bij een beperkte interpretatie van artikel 29 en artikel 39 is, zoals reeds meerdere malen is opgemerkt, niet uitgesloten dat de nationale voorschriften die betrekking hebben op de premie, onder dit richtlijnartikel vallen. Bij een beperkte interpretatie dienen derhalve in ieder geval aan het vrije verkeer te worden getoetst de nationale eisen betreffende een minimumdekking, de voorschriften betreffende het verplicht wettelijk minimum voor het eigen risico en de acceptatieplicht voor een standaarddekking; wellicht dienen de voorschriften betreffende de premies bij een dergelijke interpretatie ook aan het regime voor het vrije verkeer te worden getoetst. Daarnaast is het zinvol om na te gaan in hoeverre een schadelastverevening in plaats van een premieverevening op basis van onvermijdelijk blijvende schadekenmerken in strijd zou kunnen zijn met het regime voor het vrije verkeer. De eerstgenoemde vereveningsvorm valt namelijk, in tegenstelling tot de laatstgenoemde vereveningsvorm in ieder geval niet onder een beperkte interpretatie van het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn, omdat hij het beginsel van tariefsvrijheid onverlet laat.

Overigens geldt hier ook wat voor variant C gold: indien artikel 28 Derde Schaderichtlijn ruim moet worden uitgelegd en de nationale bepalingen betreffende zorgverzekeringen (voor zover niet in strijd met artikel 29 en artikel 39 van deze richtlijn) hieraan getoetst moeten worden, dan zal door het Hof een stramen gevolgd worden dat gelijk is aan de toets aan de regels inzake het vrije verkeer. Hetgeen hieronder over het vrije verkeer wordt gesteld, geldt derhalve mutatis mutandis voor een situatie, waarbij artikel

28 Derde Schaderichtlijn (verbod voor lidstaten op het beletten van het sluiten van verzekeringsovereenkomsten, tenzij dit beletten noodzakelijk is vanwege het algemeen belang) ruim moet worden geïnterpreteerd.

Daarnaast moet bij de toets aan de regels voor het vrije verkeer nog ingegaan worden op de nationale bepalingen betreffende de verzekeringsplicht, de bepalingen ten aanzien van de verhouding tussen restitutie en zorg in natura, het gefaseerd afschaffen van wettelijke tarieven voor de zorgaanbieders en het gefaseerd afschaffen van de vergunningplichtige bouw. Deze nationale voorschriften zijn niet behandeld bij de Schaderichtlijnen, omdat deze richtlijnen geen betrekking hebben op dergelijke aangelegenheden. Evenals bij variant C moet daarbij worden opgemerkt dat wat de keuzevrijheid tussen restitutie en zorg in natura betreft, ervan uit gegaan is dat de zorgverzekeraar niet verplicht wordt deze keuzevrijheid aan te bieden aan de verzekerde. (Een dergelijke verplichting zou namelijk wel onder de reikwijdte van de Schaderichtlijn kunnen vallen, namelijk indien artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn ruim moeten worden uitgelegd.)

Zoals reeds meerdere malen is opgemerkt, staat een toets van de nationale voorschriften betreffende zorgverzekeringen ‘in de sleutel’ van het uitgangspunt van het arrest van het Hof in de zaak-Duphar: de inrichting van een stelsel van sociale zekerheid behoort tot de bevoegdheden van de lidstaten. In variant D wordt evenwel veel ruimte voor marktwerking gelaten, nog meer dan in variant C, zodat de zorgverzekering van variant D geen voorbeeld is van een regulier stelsel van sociale zekerheid, waarmee het Hof in het verleden is geconfronteerd. Een en ander betekent dat naar mijn mening belangrijke eisen gesteld worden aan de evenredigheidsstoets, die uitgevoerd wordt om te beoordelen of eventuele beperkingen gerechtvaardigd zijn.

De wettelijke bepalingen omtrent de samenstelling van het pakket (waaronder begrepen de modaliteiten van het eigen risico) beperken de toegang tot de markt voor verzekeraars uit andere lidstaten, nu zij niet vrij zijn in het aanbieden van de verzekeringspolis (tegen een bepaald risico variërend van hoog tot nul). Beargumenteerd zou kunnen worden dat deze beperking gerechtvaardigd kan zijn, nu in arresten als Duphar en Müller-Fauré door het Hof gesteld is dat, mits er uitgegaan wordt van objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria, de lidstaten in beginsel de omvang van de verzekeringsaanspraak mogen vaststellen.²⁶² Deze bepalingen stelt een lidstaat vast met het oog op het financiële evenwicht en de toegang tot de zorg (volksgezondheid). Hierbij mag op grond van het evenredigheidsbeginsel een lidstaat, zeker nu als uitgangspunt vergaande marktwerking is gekozen,

²⁶² Vergelijk Zie ook I.G.F. Cath, De keuze voor een privaat of publiek stelsel wordt niet bepaald door het EU-recht, Memorandum van 20 februari 2003, p. 19 en 20.

niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. In variant D is flexibiliteit ingebouwd, doordat er drie pakketten worden aangeboden (standaard, minimum en uitgebreid) en verschillende modaliteiten met betrekking tot het eigen risico mogelijk zijn. Daarnaast kan een verzekeraar 'remgeld' stellen op verstrekkingen waarvan de kosten te hoog worden, terwijl de verzekeraar in zijn polisvoorwaarden invloed kan uitoefenen op de inhoud en omvang van de verzekeringsaanspraak. Derhalve beschikken verzekeraars met betrekking tot het aan te bieden pakket over ruimte met betrekking tot het te voeren commerciële beleid en de nodige mogelijkheden om zich van elkaar te onderscheiden. Deze vormgeving maakt de zorgverzekering van variant D minder kwetsbaar uit oogpunt van het evenredigheidsbeginsel.

De acceptatieplicht vormt, zoals reeds meerdere malen is gesteld, eveneens een beperking van het vrije verkeer. Deze is te rechtvaardigen met het oog op de toegang tot de zorg (volksgezondheid in de zin van de exceptie van artikel 46 EG-verdrag). In hoeverre aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan in een commerciële context, hangt af van de vraag of de verplichting niet verder gaat dan noodzakelijk is. In dit verband is het positief te waarderen dat de acceptatieplicht geclausuleerd is, aangezien aan verzekerden in een bepaalde leeftijdscategorie (bijvoorbeeld tussen 40 en 65 jaar) een premieopslag van maximaal 20% in rekening mag worden gebracht.

Zoals reeds opgemerkt is, valt een schadelastverevening (in tegenstelling tot een premieverevening) niet onder een beperkt geïnterpreteerd verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn. Hoe zou een dergelijke verevening gebaseerd op onvermijdelijk blijvende schadekenmerken de toets aan de regels voor het vrij verkeer kunnen doorstaan? Zoals reeds naar voren kwam, moet een verplichting om deel te nemen aan verevening als vergaand worden beschouwd. De conclusie dat er een beperking van het vrije verkeer bestaat, is dan snel getrokken. In hoeverre deze beperking gerechtvaardigd is met een beroep op het financiële evenwicht en de toegang tot de zorg (volksgezondheid), hangt af van de toets aan het evenredigheidsbeginsel. De verevening in variant D gaat niet zo ver als in andere varianten, daar deze beperkt blijft tot onvermijdelijk blijvende schadekenmerken. Bezien vanuit het perspectief van het evenredigheidsbeginsel, is de verevening uit variant D daarom minder kwetsbaar dan die uit andere varianten, waarbij overigens niet uit het oog moet worden verloren dat deze verevening plaatsvindt in de meest commerciële context van alle varianten. Meer in het algemeen gesteld, geabstraheerd van het kader van variant D, hangt de toets aan het evenredigheidsbeginsel van een vereveningstelsel af van de eigenschappen van de markt. Moet op basis van een economische inschatting geconcludeerd worden dat, indien ten aanzien van bepaalde aspecten niet verevend wordt, juist hierop een vergaande risicoselectie door de verzekeraars zal plaatsvinden? Indien dit het geval is, luidt de conclusie waarschijnlijk dat

een meer vergaande verevening evenredig is, terwijl, indien deze vraag ontkenkend zou moeten worden beantwoord, waarschijnlijk niet voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

De voorschriften betreffende premiereregulering en het verbod op premiedifferentiatie kunnen ook het vrij verkeer beperken, daar zij de toegang tot de markt moeilijker maken. Buitenlandse verzekeraars moeten immers, niet alleen (vanwege de acceptatieplicht) elke klant accepteren die zich aanmeldt, maar ook afzien van het maken van onderscheid tussen de voor de verschillende verzekeringsnemers te berekenen premie, waarbij de bandbreedte van de hoogte van deze premies ook bepaald kan zijn. Ook hier is evenwel, mits voldaan aan het evenredigheidsbeginsel, beroep mogelijk op de excepties van artikel 46 EG-verdrag (volksgezondheid) en de Rule of Reason (het financieel evenwicht van het zorgstelsel). De voorschriften betreffende de premies vormen immers een onlosmakelijk geheel met de acceptatieplicht en de plicht tot verevening; dit samenstel aan verplichtingen heeft tot doel het verzekeren van toegang tot de zorg voor een ieder. Reeds meerdere malen is opgemerkt dat een wettelijke bepaling op grond waarvan de ingezetenen van rechtswege verzekerd zijn in beginsel geen problemen oplevert (mits de Sociale Zekerheidsverordening en met name de conflictregels van deze verordening worden gerespecteerd). Voor de verplichting dat eenieder zich moet verzekeren geldt ook dat er geen principiële EG-rechtelijke problemen bestaan, zolang deze verplichting niet geldt voor ingezetenen die krachtens de Sociale Zekerheidsverordening onder een stelsel van sociale zekerheid van een andere lidstaat vallen en er voorzieningen worden getroffen voor inwoners in andere lidstaten die krachtens deze zelfde verordening onder het stelsel van sociale zekerheid van Nederland vallen. Daarnaast kan een ingezetene niet verboden worden zich aan te sluiten bij een verzekeringsmaatschappij uit een andere lidstaat. Een dergelijke bepaling zou onherroepelijk in strijd zijn met het communautaire regime voor het vrije dienstenverkeer (in geval een verzekeraar vanuit een andere lidstaat een verzekering in Nederland wil aanbieden) dan wel met het regime voor de vrijheid van vestiging (in geval een verzekeraar uit een andere lidstaat een filiaal in Nederland wil openen om van daaruit de zorgverzekering aan te bieden). Er wordt immers in een dergelijke situatie gediscrimineerd naar nationaliteit.

Wat de keuze tussen restitutie of zorg in natura betreft: bij de bespreking van variant C is reeds opgemerkt dat hier de kwestie van de zogenoemde horizontale werking van de bepalingen inzake het vrije verkeer speelt. In hoeverre kunnen deze bepalingen worden toegepast in rechtsrelaties tussen particulieren? Op basis van het arrest Janssen e.a. t. VGZ van het Gerechtshof Den Bosch (welk arrest op Europees niveau nog niet bevestigd is) is dit mogelijk, indien de particuliere verzekeraar ten opzichte van zijn

verzekerde over een zekere macht beschikt, waardoor het vrije verkeer beperkt kan worden. Indien voor particulier verzekerden in de praktijk daadwerkelijk een keuzemogelijkheid bestaat uit de twee verschillende verzekeringsvormen (restitutie of zorg in natura) waarbij het bijvoorbeeld in het kader van de restitutieverzekering mogelijk is om zich te wenden tot buitenlandse aanbieders, kan betoogd worden dat de bepalingen inzake het vrije verkeer niet van toepassing zijn. Indien echter dit niet het geval is en er in wezen alleen de mogelijkheid voor een verzekerde bestaat zich aan te sluiten bij een naturasysteem, is er in beginsel sprake van een beperking van het vrije verkeer (mits de door het Gerechtshof Den Bosch in de zaak Janssen VGZ verrichte analyse juist is.) Zoals in paragraaf 2.1 reeds naar voren kwam zijn deze beperkingen, zo volgt uit de arresten in de zaak Smits en Peerbooms en in de zaak Müller-Fauré van het Hof, voor intramurale zorg binnen bepaalde randvoorwaarden geoorloofd en onrechtmatig voor extramurale zorg. Het grote verschil echter tussen het Nederlandse ziekenfondstelsel dat aan de orde was in deze arresten en de zorgverzekeringen van variant D, is dat in het eerstgenoemde stelsel aanbodsturing centraal stond en in het laatstgenoemde stelsel vraagsturing (gezien de relatief grote ruimte voor marktwerking) het uitgangspunt is. Een van de argumenten om beperkingen van het vrije verkeer bij intramurale zorg geoorloofd te achten was voor het Hof gelegen in het planningsargument: door middel van overeenkomsten konden de bevoegde autoriteiten de noodzakelijke zorg plannen. De vraag is nu in hoeverre het planningsargument nog een rol kan spelen in een stelsel met vraagsturing. Op zijn minst moet gesteld worden dat beperkingen van het vrije verkeer van intramurale zorgdiensten in een door vraag gestuurd stelsel moeilijker te rechtvaardigen zijn dan in een stelsel dat aan de orde was in de zaak Smits en Peerbooms alsmede in de zaak Müller-Fauré.

In variant D worden op termijn de wettelijke tarieven voor zorgaanbieders afgeschaft en de vergunningplichtige bouw uitgefaseerd. Deze maatregelen, op grond waarvan bepaalde beperkende regelgeving wordt opgeheven, leveren geen problemen op in het licht van het vrije dienstenverkeer en wel om de volgende reden. Niet uitgesloten is dat een wettelijk tarief voor een dienst een beperking van het vrije verkeer oplevert, nu het Hof in het arrest Sea-Land een verplichting tot betaling van een vergoeding voor een dienst (in casu voor loodsactiviteiten in een haven) als een beperking van het vrije verkeer heeft gekwalificeerd.²⁶³ Daarnaast levert de vergunningplicht voor het bouwen van zorginstellingen beperkingen van de vrijheid van vestiging op, nu dergelijke vergunningen slechts in beperkte mate worden afgegeven.

263 Zie rechtsoverweging 38 van gevoegde zaken C-430/99 en C-431/99, Sea-Land, Jur. 2002, p. I-5235.

Hoewel zeker niet uitgesloten is dat deze beperkingen te rechtvaardigen zijn,²⁶⁴ hoeft het geen betoog dat het opheffen ervan bezien vanuit het vrije verkeer onproblematisch is.

Tot slot moet over de verhouding tussen het vrije verkeer en variant D het volgende worden opgemerkt. Aan de ene kant bevat deze variant een aantal flexibele regelingen, waarin ruimte gelaten wordt voor eigen commercieel beleid van de verzekeraars, hetgeen vanuit het evenredigheidsbeginsel positief te waarderen is. Aan de andere kant is variant D van alle varianten het meest commercieel, zodat ook op grond van het evenredigheidsbeginsel ter rechtvaardiging van de overheidsinterventies in de eveneens door de overheid nagestreefde marktwerking goede argumenten moeten worden aangevoerd. Deze argumenten kunnen gevonden worden in de specifieke eigenschappen van de markt. Een en ander betekent dat bij de wettelijke vormgeving goed rekenschap van deze eigenschappen gegeven dient te worden en niet verder wordt ingegrepen dan strikt noodzakelijk is. Ook in eventuele procedures, die in een commerciële variant van zorgverzekeringen zeker niet uitgesloten zijn, voor de nationale rechter of voor het Hof dient vervolgens nauwkeurig te worden uiteengezet op grond van welke kenmerken van de markt ingegrepen is. De problematiek van verevening laat zien dat de beantwoording van de vraag of het evenredigheidsbeginsel in acht genomen is, mede afhankelijk is van bepaalde economische data (ten aanzien van welke aspecten moet verevend worden om te voorkomen dat de verzekeraars op risico gaan verevenen?).

Mededingingsrecht

Gezien het commerciële karakter van variant D en de grote mate van marktwerking in deze variant, moet de conclusie luiden dat de verzekeraars ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. Zij dienen derhalve te handelen in overeenstemming met het kartelverbod en het verbod om misbruik van een economische machtspositie te maken. Tevens is op hen het concentratietoezicht van toepassing. In deze variant is gezien het commerciële karakter ervan, vergeleken met andere varianten, het meest waarschijnlijk dat verzekeraars uit andere lidstaten zullen toetreden tot de Nederlandse markt. Zoals bij de behandeling van andere varianten reeds is opgemerkt, kan de toetreding tot de Nederlandse markt van grote buitenlandse spelers, ertoe leiden dat Nederlandse verzekeraars willen fuseren om zo voldoende sterk te zijn voor de concurrentie met deze spelers. Deze fusie zal op de verzekeringsmarkt die waarschijnlijk nationaal zal zijn (geheel

²⁶⁴ In het arrest *Sea-Land* werd betoogd dat in deze zaak de rechtvaardiging gelegen was in het behoud van de openbare veiligheid, welke essentieel is voor een nautische dienst. Zie rechtsoverweging 42 van het arrest *Sea-Land*.

Nederland) niet op mededingingsrechtelijke problemen stuiten, zolang uit dergelijke fusies geen ondernemingen ontstaan met een aandeel van 50% of hoger op de markt voor ziektekostenverzekeringen. Zoals reeds meerdere malen betoogd is, kunnen er eerder mededingingsrechtelijke problemen rijzen op de zorginkoopmarkten die regionaal van karakter zijn. Door fusies tussen nationale verzekeraars ontstaan hier namelijk eerder machtsposities (juist vanwege het regionale karakter van deze markten). Indien derhalve in zorgvariant D de zorginkoop een belangrijke rol dient te spelen, moet dit probleem worden opgelost. Hoe krijg je tegelijkertijd een concurrerende verzekeringsmarkt (voldoende grote spelers) en een voldoende concurrerende zorginkoopmarkt (meer dan een grote verzekeraar als zorginkoper)?

Nu toetreding tot de markt van ziektekostenverzekeringen vrij is, ontstaan in variant D geen ondernemingen die een uitsluitend of bijzonder recht hebben in de zin van artikel 86 lid 1 EG-verdrag. Er kunnen wel problemen met het steunregime ontstaan. Er dient immers een Zorgfonds voor de verevening te worden opgericht, waaraan de werkgevers de inkomensafhankelijke premies afdragen en waaraan de overheid Rijksbijdragen doneert voor verzekerden onder de 18 jaar. Wanneer dit fonds wordt beheerd door een overheidsinstelling, moeten de door dit fonds uitgekeerde gelden als staatssteun worden gekwalificeerd. Aan de kwalificatie staatssteun wordt niet ontsnapt, indien de wetgever de verzekeraars verplicht zelf een Zorgfonds op te richten dat door hen beheerd wordt. In dat geval lopen in ieder geval de Rijksbijdragen het risico om het etiket staatssteun opgeplakt te krijgen, terwijl de overheid werkgevers (dus vrijwel alle ondernemingen) verplicht gelden te betalen aan een specifieke groep verzekeraars (ondernemingen), zodat hier het gevaar van staatssteun ook op de loer ligt. Daarnaast leidt de constructie van de oprichting van een privaat door verzekeraars beheerd fonds waarschijnlijk ook tot strijd met artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag. De overheid verplicht immers de verzekeraars afspraken te maken over de oprichting van een fonds dat compensaties verstrekt in het kader van schadevereveningen. Afspraken over risicosolidariteit, zo bleek uit het besluit van de NMa over het Solidariteitsprotocol, stuiten snel op mededingingsrechtelijke bezwaren. Indien de overheid dergelijke afspraken verplicht gaat stellen, is de kans op schending van artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag groot.

Indien gekozen wordt voor een door de overheid beheerd Zorgfonds behoeven alleen de problemen van staatssteun te worden opgelost. Zoals bij de bespreking van variant C reeds naar voren is gekomen, zijn twee oplossingsrichtingen denkbaar. In de eerste plaats kan ervoor gekozen worden om, tegen de achtergrond van het arrest-Altmark, de door dit fonds uitgekeerde gelden vorm te geven als financiële compensaties voor het verrichten van openbare dienstverplichtingen. Hierbij moeten de volgende uit het arrest-

Altmark²⁶⁵ afkomstige voorwaarden in acht worden genomen. In de eerste plaats moeten de begunstigde ondernemingen, in casu de verzekeraars, daadwerkelijk belast zijn met het verrichten van openbare dienstverplichtingen (in casu zorgverzekeringen voor eenieder) en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn in de wet. Dit zal in de commerciële variant D niet eenvoudig zijn; de acceptatieplicht van 'slechte risico's' en het aanbieden van verzekeringen aan ingezetenen onder de 18 jaar kunnen hierbij evenwel als vertrekpunt worden genomen. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend (bijvoorbeeld op het terrein van de verevening), vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van het verrichten van de openbare dienstverplichtingen, rekeninghoudend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de naleving van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats moet, wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (rekeninghoudend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen). Pas indien aan alle vier de voorwaarden is voldaan, kunnen de door het 'overheidszorgfonds' gedane betalingen aan de verzekeraars ontsnappen aan de kwalificatie staatssteun. Zoals bij de bespreking van variant C reeds naar voren is gekomen, is aanmelding van de door dit Zorgfonds te nemen maatregelen bij de Commissie in het kader van artikelen 87-89 EG-verdrag een meer veilige weg, daar op deze wijze de Commissie in de gelegenheid gesteld wordt de eventueel als staatssteun te kwalificeren maatregelen alsnog goed te keuren. Het probleem bij foute inschatting van de criteria uit het Altmark-arrest, is dat de maatregelen alsnog als staatssteun moeten worden aangemerkt en op grond van de rechtstreeks werkende blokkeringsregel moeten worden teruggevorderd door de overheid bij de begunstigde verzekeraars. Eveneens bij de bespreking van variant C is opgemerkt dat thans bij het Gerecht de zaak-British United Provident Association aanhangig is, waarin de vraag centraal staat of het Iers systeem van risicoverevening staatssteun oplevert dan wel of de krachtens dit systeem toegekende voordelen als compensatie voor de naleving van openbare dienstverplichtingen dienen te worden beschouwd. Het toekomstige arrest van het Gerecht kan hierover meer duidelijkheid verschaffen.

265 Dit arrest is aangehaald in paragraaf 3.4.

4.5 Variant E: Publiekrechtelijke regelgeving met kaders voor het particulier initiatief en opting out voor commerciële verzekeraars

Variant E is een subvariant van variant D. Ook hier is eenieder verplicht een particuliere ziektekostenverzekering af sluiten bij particuliere verzekeraars. Het grote verschil is dat een verzekeraar de keuze heeft te opereren als reguliere commerciële verzekeraar of als maatschappelijke onderneming. Indien hij als commerciële verzekeraar optreedt gelden er voor hem geen bijzondere wettelijke bepalingen; hij behoeft zich in beginsel alleen te houden aan de regels die krachtens het privaatrecht voor hem gelden. Indien hij evenwel kiest te handelen als maatschappelijke onderneming, dient hij een aantal bijzondere wettelijke bepalingen in acht te nemen: geen winstoogmerk, acceptatieplicht, verbod op premie- of pakketdifferentiatie op grond van risicoselectie en de verplichting een standaardpakket aan te bieden. Daarnaast ligt het voor de hand dat er verevend wordt tussen de maatschappelijke ondernemingen. De scheiding tussen commerciële verzekeraars en maatschappelijke ondernemingen heeft tot gevolg dat vooral de laatste groep relatief veel slechte risico's zal verzekeren. Hier tegenover staat dat de overheid bepaalde financiële voordelen zal verlenen aan de maatschappelijke ondernemingen, bijvoorbeeld in de vorm van bepaalde fiscale faciliteiten of subsidies.²⁶⁶

Derde Schaderichtlijn

Op zowel de commerciële verzekeraars als op de maatschappelijke ondernemingen is de Derde Schaderichtlijn van toepassing. Beide typen verzekeraars lopen immers verzekeringsrisico's. De maatschappelijke ondernemingen zelfs nog meer dan de commerciële verzekeraars, aangezien zij eenieder, dus ook hen met slechte risico's moeten accepteren, zodat zij vaker tot uitkering zullen komen dan de commerciële verzekeraars. Bij zowel de beperkte uitleg (economische activiteit) als de ruime interpretatie (verzekeringsrisico) van het criterium van het aanbieden van verzekeringen voor eigen risico is de Derde Schaderichtlijn van toepassing op de zorgverzekeringen van variant E. Het hoofdkenmerk van variant E is dat ondernemingen vrijwillig een aantal normen (acceptatieplicht e.d.) in acht nemen. Zij zijn hiertoe niet verplicht en hebben een relatief grote vrijheid (binnen de grenzen van het privaat-

²⁶⁶ Vergelijk in dit verband de notitie Naar meer menselijke maat in de gezondheidszorg. Discussievoorstel om tot een betere verantwoordelijkheidsverdeling in de gezondheidszorg te komen van de CDA-Tweede Kamerfractie, Den Haag, september 1999, p.25 en 42, waarin voorgesteld wordt om de als maatschappelijke ondernemingen opererende ziekenfondsen vrij te stellen van winstbelasting. Meer in het algemeen wordt in dit verband gesproken van een eventuele uitruil van belangen.

recht) om de bijzondere en algemene voorwaarden van de verzekeringspolissen te bepalen. Het lijkt er derhalve op dat nationale wettelijke voorschriften betreffende de acceptatieplicht e.d. van variant E niet in strijd zijn met artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn, noch bij een beperkte noch bij een ruime interpretatie van dit richtlijnartikel. Er bestaat immers geen verplichting voor de verzekeraars om deze voorschriften in acht te nemen, zodat zelfs het beginsel van tariefsvrijheid, waarop artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn is gebaseerd, in tact blijft. De gerede kans bestaat dat het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn niet is geschonden, zodat niet toegekomen wordt aan de uitzondering van artikel 54 Derde Schaderichtlijn.

Niet uit het oog moet evenwel worden verloren dat de bepalingen uit de Derde Schaderichtlijn, zoals die betreffende de financiële soliditeit, door de nationale wetgever moeten worden toegepast op de zorgverzekeraars (de commerciële en maatschappelijke ondernemingen). Het verbod om aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten te verrichten en de bepalingen betreffende de beleggingen gelden daarmee voor alle zorgverzekeraars van variant E. Ook maatschappelijke ondernemingen mogen derhalve geen eigen zorginstellingen exploiteren en kunnen alleen aandelen bezitten in vennootschappen die dergelijke instellingen exploiteren, voorzover deze aandelen binnen de grenzen van het vrije vermogen blijven.²⁶⁷ Ook zijn ten aanzien van in andere lidstaten gevestigde verzekeraars (waaronder de maatschappelijke ondernemingen in andere lidstaten) de financiële toezichthouders van die lidstaten bevoegd op grond van het beginsel van *country home control*, en niet de Nederlandse verzekeringskamer. Daarnaast kunnen deze verzekeraars op grond van het principe van *single licence* met de vergunning die verkregen is in de lidstaat van vestiging, toetreden tot de Nederlandse markt.

Sociale Zekerheidsverordening

Op grond van artikel 1 sub j Sociale Zekerheidsverordening vallen contractuele stelsels van sociale zekerheid buiten de reikwijdte van deze verordening. De verzekering die de commerciële verzekeraars in variant E aanbieden moet waarschijnlijk gekwalificeerd worden als een dergelijk stelsel, aangezien voor de wijze waarop zij de ziektekostenverzekering aanbieden geen samenstel van wettelijke bepalingen geldt.²⁶⁸ Dit lijkt anders te liggen

²⁶⁷ Dit volgt uit de reeds aangehaalde arresten *Skandia* en *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants*.

²⁶⁸ Lidstaten kunnen overigens van de Sociale Zekerheidsverordening uitgezonderde contractuele stelsels van sociale zekerheid door aanmelding ervan onder de reikwijdte van de verordening brengen binnen bepaalde randvoorwaarden. Dit blijkt uit artikel 1 sub j van de Sociale Zekerheidsverordening.

voor de maatschappelijke ondernemingen, daar zij, hoewel op vrijwillige basis, onderworpen zijn aan wettelijke bepalingen met betrekking tot het aanbieden van een verzekering bij ziekte. Op grond van artikel 4 lid 1 sub Sociale zekerheidsverordening is deze verordening van toepassing op alle wettelijke regelingen betreffende prestaties bij ziekte. Hieraan lijkt de zorgverzekering die de maatschappelijke ondernemingen in variant E aanbieden, te voldoen.

Zoals reeds meerdere malen is gesteld, brengt de toepasselijkheid van de Sociale Zekerheidsverordening geen principiële problemen met zich, zolang rekening gehouden wordt met de randvoorwaarden van de verordening, zoals de conflictregels. De verplichting tot verzekering voor de ingezetenen kan niet gelden voor hen die krachtens deze conflictregels onder het stelsel van sociale zekerheid van een andere lidstaat vallen. Voorts moet er een voorziening getroffen worden voor inwoners van andere lidstaten die volgens deze zelfde regels onder het stelsel van sociale zekerheid van Nederland vallen. In het geval van variant E betekent dit dat zij het recht moeten hebben zich aan te sluiten bij de maatschappelijke ondernemingen. Aangezien de commerciële verzekeraars hun producten aanbieden in het kader van een contractueel stelsel van sociale zekerheid, zijn zij niet verplicht een ziektekostenverzekering aan te bieden aan deze inwoners van andere lidstaten.

Vrij verkeer

Aangezien de wettelijke voorwaarden voor de zorgverzekering van variant E niet geharmoniseerd worden door de Schaderichtlijnen (althans met betrekking tot het vrijwillige karakter van de regulering van de aan te bieden zorgverzekeringen), moet nagegaan worden of het vrije verkeer beperkt wordt.

Een dergelijke beperking is aanwezig, indien de toegang tot de markt moeilijker gemaakt wordt. In beginsel is hiervan geen sprake, nu de nationale wettelijke voorschriften een facultatief karakter hebben. Aangezien zij niet behoeven te worden nageleefd, kunnen verzekeraars in andere lidstaten zonder hiermee rekening te houden hun verzekeringen aanbieden in Nederland danwel zich vestigen (in een filiaal) in Nederland en deze verzekeringen vanuit deze vestiging aanbieden.

Bedacht moet evenwel worden dat gezien de financiële voordelen die aan een maatschappelijke onderneming gegund worden en gezien het eventuele pr-voordeel van de status 'maatschappelijke onderneming', het mogelijk dient te zijn voor verzekeraars uit andere lidstaten om ook te kunnen opereren als een maatschappelijke onderneming. Indien dit niet toegestaan is, is er alsnog sprake van een beperking van het vrije dienstenverkeer of de vrijheid van vestiging die vanwege het discriminatoire karakter ervan zeer waarschijnlijk niet te rechtvaardigen is. Strijd met het EG-recht bestaat zelfs

in het geval met succes betoogd zou worden dat het vrije verkeer niet beperkt is omdat de buitenlandse verzekeraars altijd nog kunnen toetreden als commerciële verzekeraar, daar in dat geval het 'basisverbod' van discriminatie naar nationaliteit van artikel 12 EG-verdrag geschonden is.²⁶⁹

In dit verband moet erop gewezen worden dat een verkapte beperking, die eruit bestaat dat een maatschappelijke onderneming een bepaald type rechtspersoon naar Nederlands recht moet zijn (bijvoorbeeld een vereniging of een stichting), waarschijnlijk ook niet geoorloofd is. De eis met betrekking tot de rechtspersoonlijkheid wordt gesteld met het oog op het ontbreken van winstoogmerk. Naar het recht van andere lidstaten kunnen evenwel ook rechtspersonen worden opgericht die eveneens geen winstoogmerk mogen hebben. De beperking die het gevolg zou zijn van de eis dat er sprake moet zijn van een bepaalde rechtspersoon naar Nederlands recht, gaat derhalve verder dan nodig is. Betoogd zou kunnen worden dat wel in overeenstemming met het evenredigheidsvereiste is een bepaling op grond waarvan een maatschappelijke onderneming een rechtspersoon moet hebben op grond waarvan naar Nederlands recht of het recht van andere lidstaten het hebben van een winstoogmerk ongeoorloofd is.

Aangezien in deze variant geen keuze is gemaakt voor zorg in natura of een systeem van restitutie, wordt hier niet verder op ingegaan. Bij de bespreking van de varianten B, C en D is uiteengezet in welke gevallen wettelijke bepalingen of afspraken over zorg in natura een beperking van het vrije verkeer kunnen opleveren.

Overigens is de verplichting opgelegd aan de ingezetenen om zich te verzekeren tegen ziektekosten geen beperking van het vrije verkeer, mits, zo is reeds meerdere malen gesteld, deze verplichting zo wordt vormgegeven dat men zich ook kan wenden tot verzekeraars in andere lidstaten.

Mededingingsrecht

Zowel de commerciële verzekeraars als de maatschappelijke ondernemingen zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Ten aanzien van beide typen ondernemingen geldt dat de toepasselijke wetgeving in ruime mate voorziet in marktwerking. Omdat de overheid een speciale taak heeft opgedragen aan de maatschappelijke onderneming op het terrein van risicosolidariteit, zijn er goede gronden om deze taak te kwalificeren als taak van algemeen economisch belang, zodat artikel 86 lid 2 EG-verdrag van toepassing is op de maatschappelijke ondernemingen.

De commerciële verzekeraars en de maatschappelijke ondernemingen moeten zich houden aan het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken

²⁶⁹ Zie voor een toepassing van het verbod van discriminatie in de zorg het reeds aangehaalde arrest Ferlini.

van een economische machtspositie. In hoeverre dit problemen oplevert, hangt af van de rol die zelfregulering speelt in variant E. Indien de overheid ervan uitgaat dat de verevening zonder tussenkomst van de wetgever tot stand moet komen, dan dienen de maatschappelijke ondernemingen, wellicht tezamen met een aantal commerciële verzekeraars, hierover afspraken te maken. Op grond van deze afspraken worden de schadelasten van zogenoemde 'slechte risico's' en daarmee belangrijke kosten van het verzekeringsproduct gespreid over de verschillende verzekeraars, terwijl zonder dergelijke afspraken dergelijke kosten voor de rekening van een individuele verzekeraar zouden zijn gekomen. De concurrentie tussen de verzekeraar met betrekking tot deze kosten wordt beperkt en deze beperking is zeer waarschijnlijk merkbaar; er bestaat derhalve strijd met het kartelverbod. Het ligt niet voor de hand dat de NMa een ontheffing zal verlenen voor deze afspraken, nu de NMa in de zaak over het Solidariteitsprotocol een kritische houding innam tegenover de in deze zaak in het geding zijn de afspraken over risicosolidariteit. Een andere oplossing, waarvan overigens niet geprofiteerd kan worden wanneer commerciële verzekeraars ook partij zijn bij de afspraken, kan gelegen zijn in een beroep op de exceptie van de taak van algemeen economisch belang die vastgelegd is in artikel 86 lid 2 EG-verdrag en voor 'Nederlandse kartels' in artikel 11 Mededingingswet. Vooralsnog is echter de NMa zeer terughoudend met de toepassing van de exceptie van de taak van algemeen economisch belang.²⁷⁰ Voorts zou kunnen worden overwogen om een nationale vrijstelling vast te stellen voor afspraken over verevening. Een dergelijke vrijstelling zal echter geen afbreuk kunnen doen aan de toepassing van het kartelverbod van artikel 81 EG-verdrag. Aangezien na de inwerkingtreding van de in paragraaf 3.2 besproken Verordening 1/2003 (per 1 mei 2004) de NMa op afspraken met een effect op de tussenstaatse handel het EG-mededingingsrecht moet toepassen en kartels die het gehele grondgebied bestrijken geacht worden in de meeste gevallen een dergelijk effect te hebben, zullen de NMa en de nationale rechters bij afspraken over verevening waarschijnlijk vaak met voorbijgaan aan nationale vrijstellingen artikel 81 EG-verdrag toepassen.

De oplossing voor de overheid om vereveningsafspraken algemeen verbindend te verklaren, is eveneens zeer riskant. Zo ontstaat immers zeer waarschijnlijk strijd met artikel 10 juncto artikel 81 EG-verdrag. Hierbij moet nog opgemerkt worden dat een algemeen verbindendverklaring een overheidsmaatregel is met een verbindend karakter die derhalve wel getoetst dient te worden aan het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn. Hetgeen hierboven gesteld is over de afspraken over risicoverevening geldt

270 Zie bijvoorbeeld randnummers 35-44 van de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.

ook indien de maatschappelijke ondernemingen afspraken maken over acceptatieplicht, de afwezigheid van winstoogmerk, de omvang van het pakket en het verbod op premie- en pakketdifferentiatie. Indien een of meer van deze verplichtingen onderdeel moet zijn van zelfregulering, is de kans op schending van het mededingingsrecht levensgroot. Het gaat hierbij om belangrijke ondernemersbeslissingen op het terrein van de ziektekostenverzekeringen. Indien een substantieel aantal zorgverzekeraars betrokken is bij de afspraken, is er waarschijnlijk sprake van een merkbare beperking van de mededinging. Ook wanneer de overheid bepaalde onderdelen van een verplichting in wet- en regelgeving vastlegt en het aan de maatschappelijke ondernemingen overlaat het overige te regelen door middel van zelfregulering, is waarschijnlijk het kartelverbod geschonden. In het mededingingsrecht wordt ervan uitgegaan dat de door de wetgever gecreëerde ruimte door ondernemingen wordt ingevuld met concurrentie en niet met afspraken.²⁷¹

Indien daarentegen de rol van zelfregulering relatief beperkt blijft, zijn de mededingingsrechtelijke problemen minder groot. Indien de acceptatieplicht, de verplichting om een standaardpakket aan te bieden en het verbod tot pakket- en premiedifferentiatie in de wet geregeld zijn, wordt het mededingingsrecht niet geschonden. Het aanknopingspunt van de regulering ligt dan niet bij de ondernemingen maar bij de overheid.

Problemen met het staatssteunregime kunnen echter wel ontstaan, indien 'het zwaartepunt' bij de overheid ligt. In de eerste plaats worden in variant E bepaalde financiële voordelen toegekend aan maatschappelijke ondernemingen. Dit brengt automatisch het gevaar van staatssteun met zich. In de tweede plaats is de kans groot dat, zo bleek hierboven bij de bespreking van andere varianten, bij een systeem van verevening waarbij de overheid een

271 Zie in dit verband gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie, Jur. 1985, p. 3831, waarin het Hof besliste dat de ruimte die maximumprijnsvoorschriften bieden (om lagere prijzen vast te stellen) niet teniet gedaan mag worden door prijsafspraken. Daarnaast heeft NMa afspraken tussen (para)medische vrije beroepsbeoefenaren om niet te contracteren onder het maximumtarief die krachtens de WTG tot stand zijn gekomen, in strijd met artikel 6 Mededingingswet geoordeeld. Zie bijvoorbeeld het Besluit van de d-g NMa van 18 juni 1999 in zaak 407/882, Amicon; het Besluit in deze zelfde zaak in bezwaar genomen op 13 december 2000; het Besluit van de d-g NMa, van 19 april 2000 in zaak 767/141, Zorg en Zekerheid en Theo de Graaf brillen; het Besluit van de d-g NMa in zaken 590 en 1972 / Amicon Zorgverzekeraar – Vrijgevestigd Fysiotherapeut (ontheffing) en in zaak 1570, Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht) van 15 december 2000; het Besluit van de d-g NMa in zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging van 11 april 2001 en het Besluit van de d-g NMa in zaak 912, CZ-Apotheker van 6 juli 2001.

grote rol speelt, een vereveningsfonds wordt opgericht, dat beheerd wordt door de overheid. De door dit vereveningsfonds uitgekeerde gelden lopen eveneens grote kans de kwalificatie staatssteun te krijgen. Zoals eveneens meerdere malen aan de orde is geweest, kunnen op twee manieren de problemen die verband houden met het staatssteunregime, worden opgelost. In de eerst plaats kan getracht worden te profiteren van de mogelijkheden die het recente arrest-Altmark biedt. Hierbij moet, zoals reeds meerdere malen uiteengezet is, aan de volgende voorwaarden worden voldaan. Ten eerste moeten de begunstigde ondernemingen, in casu de maatschappelijke ondernemingen, daadwerkelijk belast zijn met het verrichten van openbare dienstverplichtingen (in casu zorgverzekeringen voor eenieder) en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn in de wet. Een dergelijk betoog is waarschijnlijk voor maatschappelijke ondernemingen (in tegenstelling tot de verzekeraars van de meer commerciële variant D) goed te onderbouwen. Een belangrijke rol in de argumentatie zal ongetwijfeld spelen dat door de activiteiten van de maatschappelijke ondernemingen de toegankelijkheid tot de zorg voor eenieder gewaarborgd is, omdat ook slechte risico's worden geaccepteerd. Ten tweede moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend (bijvoorbeeld op het terrein van de verevening), vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. Ten derde mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van het verrichten van de openbare dienstverplichtingen, rekeninghoudend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de naleving van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In dit verband moet ook gewezen worden op de reeds aangehaalde zaak-British United Provident Association, die thans bij het Gerecht aanhangig is. De uitkomst van deze zaak is ook van belang voor de vraag in hoeverre variant E elementen van staatssteun bevat. Wanneer de overheid mocht besluiten aan de maatschappelijke ondernemingen bepaalde fiscale voordelen toe te kennen, bijvoorbeeld in de vorm van een vrijstelling van de winstbelasting, dan bestaat de gerede kans dat compensaties hoger zijn dan noodzakelijk. Het belastinginstrument is immers geen middel om per onderneming op nauwkeurige wijze vast te stellen of de gemaakte kosten gedekt zijn. Ten vierde moet, wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen). Pas indien aan alle vier de voorwaarden is voldaan, kunnen de door overheid toegekende financiële voordelen en de betalingen uitgekeerd door het vereveningsfonds dat beheerd wordt door de overheid, niet als staatssteun worden beschouwd. Zeker wanneer de maatschappelijke ondernemingen voordelen krijgen uit twee overheidsbronnen,

is een belangrijk punt van aandacht of de toegekende financiële compensaties niet verder gaan dan noodzakelijk is. Zoals bij de bespreking van variant C en variant D reeds aan de orde is geweest, is aanmelding van de door de overheid toegekende financiële voordelen bij de Commissie in het kader van artikelen 87-89 EG-verdrag een meer veilige weg, aangezien zo de Commissie in de gelegenheid gesteld wordt deze voordelen goed te keuren, voor het geval zij (bijvoorbeeld door onjuiste toepassing van de criteria uit het Altmark-arrest) toch het karakter van steunmaatregelen hebben. Zoals reeds gesteld is, leidt een foute inschatting van de toepasselijkheid van criteria uit het Altmark-arrest, ertoe dat de maatregelen alsnog als staatssteun moeten worden beschouwd en op grond van de rechtstreeks werkende blokkeringsregel moeten worden teruggevorderd door de overheid bij de begunstigde verzekeraars. Op deze blokkeringsregel kunnen particulieren voor de nationale rechter een beroep doen.

De compensatie voor de acceptatie van de 'slechte risico's' kan hoge kosten met zich brengen. De overheid kan zich daarom genoodzaakt zien om veel geld te geven aan de maatschappelijke ondernemingen. Hierdoor kan verdenking van staatssteun snel rijzen. Het verdient daarom aanbeveling om hieromtrent overleg te zoeken met de Commissie.

4.6 Conclusies

De meeste varianten leveren in bepaalde mate EG-rechtelijke knelpunten op. Zelfs variant A die een sterk publiekrechtelijk karakter heeft, ontsnapt niet aan de invloed van het EG-recht. Variant E, waarin facultatieve overheidsvoorschriften een centrale plaats innemen, kan eveneens op bepaalde punten in strijd komen met het EG-recht (met name met het mededingingsrecht).

De grootste knelpunten zijn, met name bij de varianten B, C en D, terug te voeren op de Derde Schaderichtlijn. Het maakt hierbij –uit een oogpunt van de verhouding tot het Europese recht- niet uit of er sprake is van een verzekering van rechtswege dan wel van een verzekeringsplicht. Vooral de onduidelijke bewoordingen van artikel 29, artikel 39 en artikel 54 Derde Schaderichtlijn leiden ertoe dat moeilijk vast te stellen is in hoeverre bepaalde nationale voorschriften geoorloofd zijn of niet. Hierdoor levert het baseren van een zorgstelsel op bijvoorbeeld de uitzonderingsbepaling van artikel 54 van de richtlijn knelpunten op. Het is overigens van belang om op te merken dat, wanneer uitgegaan moet worden van de toepasselijkheid van Europese bepalingen inzake het vrije verkeer op dergelijke nationale voorschriften, de kans op strijd met het EG-recht veel minder groot is. Met name aan de hand van het evenredigheidsbeginsel kan dan in het kader van de

toets aan de excepties worden nagegaan of er een juiste balans bestaat tussen de Europese interne markt en het zorgbelang. De reden waarom een dergelijke genuanceerde benadering niet goed mogelijk is onder de Derde Schaderichtlijn is gelegen in de omstandigheid dat het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn nogal ruim moet worden geïnterpreteerd, zodat de nationale voorschriften ongeacht de inhoud ervan verboden zijn, of beperkt moeten worden uitgelegd, zodat deze voorschriften, met uitzondering van die betreffende de premie, volledig buiten de reikwijdte van dit verbod vallen. Een vergelijkbare redenering geldt voor een beperkte interpretatie van de uitzonderingsbepaling van artikel 54 Derde Schaderichtlijn, daar alle met artikel 29 en 39 strijdige nationale voorschriften bij een dergelijke interpretatie niet gerechtvaardigd kunnen worden om de enkele reden dat er niet tegelijkertijd een stelsel van sociale zekerheid voor ziektekosten bestaat. Zoals hierboven aan de orde is geweest speelt bij een ruime interpretatie van artikel 54 van de richtlijn het evenredigheidsbeginsel wel een rol en is daarmee een meer genuanceerde benaderingswijze mogelijk. Van de andere knelpunten vallen die welke verband houden met het staatssteunregime het meeste op. Hoewel strijd met dit regime vergaande consequenties kan hebben vanwege de blokkeringsregel (terugvordering van de toegekende voordelen), bestaan er mogelijkheden om de gerezen problemen op te lossen (via het arrest-Altmark of door aanmelding bij de Commissie). De invloed van het EG-recht op de zorgstelsels van de lidstaten lijkt onomkeerbaar. De regels van het EG-recht dringen deze nationale stelsels binnen. Het gaat hier echter om economische regels die de werking van de interne markt beogen te bevorderen. Met het publieke belang van de zorg kunnen de lidstaten rekening houden met een beroep op de excepties, zoals die voorhanden zijn in het regime voor het vrije verkeer. De invloed die het Europees economisch recht heeft op de zorg, heeft desalniettemin consequenties voor de marktordening die de lidstaten willen kiezen in deze sector (is bijvoorbeeld gereguleerde marktwerking mogelijk?). Hierop wordt nader ingegaan in het volgende hoofdstuk (conclusies en oplossingsrichtingen).

5 Conclusies en oplossingsrichtingen

EG-recht, particulier initiatief en het algemeen belang

Soms wordt de suggestie gewekt dat het EG-recht dwingt tot een scherpe keuze tussen overheid en markt²⁷² in bijvoorbeeld de zorgsector;²⁷³ ook in het kader van de discussie over het nieuwe zorgstelsel is dit naar voren gebracht.²⁷⁴ Deze stelling is te zwart/wit en vindt geen bevestiging in recente ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden in het EG-recht. Het Hof is bereid arrangementen die in een publiek-privaat kader zijn gemaakt goed te keuren, mits aangetoond kan worden dat de betrokken interventies noodzakelijk en evenredig zijn. De uitkomst van de arresten in de zaak-Smits en Peerbooms en in de zaak-Müller-Fauré is illustratief. Ten aanzien van de intramurale zorg kon de lidstaat Nederland aantonen dat het ingrijpen in het vrije dienstenverkeer noodzakelijk was gezien de bijzondere karakteristieken van deze dienst en de markt in kwestie, terwijl bij extramurale zorg Nederland er niet in slaagde dit bewijs te leveren. Van belang is dat aangetoond wordt welke tekortkomingen in de marktwerking nopen tot ingrijpen om het publiek belang te waarborgen. In dit verband kan ook gewezen worden op het arrest in de zaak Glöckner, waarin een mededingingsbeperking in de zorgsector afkomstig van de overheid met een beroep op artikel 86 lid 2 EG-verdrag geoorloofd werd geacht onder andere op grond van argumenten die de betrokken nationale partijen hadden aangedragen: het alleenrecht in kwestie voor ambulancevervoer was noodzakelijk omdat bij vrije marktwerking het vervoer in spoedeisende gevallen tijdens 'daluren' of in perifere regio's in het gedrang zou komen.²⁷⁵

Ook buiten de zorgsector zijn arresten voor handen, waarin geaccepteerd wordt dat particuliere partijen in de context van de markt het algemeen belang nastreven. In de Brentjensrechtspraak²⁷⁶ werd het aan de sociale partners toegestaan CAO's te sluiten, ondanks hun (eventuele) beperkende effecten op de arbeidsmarkt; dergelijke afspraken zijn niet in strijd met het

272 Zie bijvoorbeeld Zie L. Bergkamp, *Corporate Governance and Social Responsibility: a New Sustainability Paradigm?*, *European Environmental Law Review* 2002, p. 143 en 146.

273 Zie het Advies van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, uitgebracht aan de Minister van VWS, Europa en de gezondheidszorg, Zoetermeer, 1999, p. 54.

274 Zie het Advies van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, uitgebracht aan de Pharmaceutical Committee van de Amerikaanse Kamer van Koophandel in Nederlands, *Gezondheidszorg en Europa: een kwestie van kiezen*, Zoetermeer, 2002, p. 43.

275 Zie rechtsoverwegingen 52, 53 en 58 van het arrest *Ambulanz Glöckner* (reeds aangehaald).

276 Zaak C-67/96, Albany, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens* en zaak C-219/97, *Drijvende bokken*, Jur. 1999, p. I-5751 en volgende.

kartelverbod, mits ze betrekking hebben op werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden.²⁷⁷ In dezelfde rechtspraak werd aanvaard dat pensioenfondsen een dermate essentiële sociale functie vervullen dat zij een taak van algemeen economisch belang hebben in de zin van artikel 86 lid 2 EG-verdrag.

In het in paragraaf 3.2 aangehaalde arrest-Wouters werden deontologische afspraken die bepaalde vrije beroepsbeoefenaren (in casu advocaten) maken, eveneens niet in strijd met het mededingingsrecht geoordeeld.

De Commissie bereidt thans zelfs een mededeling voor, waarin uiteengezet zal worden op welke wijze niet-mededingingsbelangen een plaats kunnen krijgen in het kader van de toets aan artikel 81 lid 3 EG-verdrag (onthefving van het kartelverbod).²⁷⁸ In de in paragraaf 3.4 besproken arresten-Ferring en -Altmark kunnen financiële compensaties die overheden aan bepaalde ondernemingen verleenden met het oog op de uitvoering van openbare dienstverplichtingen, aan de kwalificatie staatssteun ontsnappen, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

In de rechtspraak van het Hof wordt de lidstaten binnen bepaalde randvoorwaarden de ruimte gelaten om regelgeving vast te stellen die noodzakelijk is voor het algemeen belang. Tamelijk ruimhartig was het Hof in de zaak

277 Zo stelde het Hof in zaak C-222/98, Van der Woude (Jur. 2000, p.I-7111) dat een collectieve afspraak tussen sociale partners over de ziektekostenverzekering van werknemers, bijdraagt aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden en daarom evenals de collectieve afspraken over pensioenregelingen in de Brentjensrechtspraak, immuun voor het kartelverbod is.

278 Dit blijkt uit H. Gilliams, *Modernisation: from policy to practice*, *European Law Review*, 2003, p. 466 voetnoot 44. Een dergelijke mededeling is noodzakelijk, omdat vanaf 1 mei 2004, zoals reeds naar voren is gekomen in paragraaf 3.2 van dit onderzoek, artikel 81 lid 3 EG-verdrag ook door de nationale autoriteiten kan worden toegepast. Gilliams twijfelt er overigens aan hoeveel duidelijkheid een dergelijke mededeling zal brengen, aangezien de belangen van de deontologische eisen van de advocatuur in de zaak Wouters een plaats kregen in de toets aan artikel 81 lid 1 EG-verdrag (kartelverbod). Het is in ieder geval te hopen dat de mededeling van de Commissie ook betrekking heeft op de verhouding tussen de zorg en artikel 81 EG-verdrag. In randnummer 38 van haar Ontwerp-mededeling van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (Pb. 2003 C243/62) geeft de Commissie evenwel aan dat andere belangen dan die van de mededinging een plaats mogen krijgen in de toets aan de ontheffingscriteria van artikel 81 lid 3 EG-verdrag, maar dat de nationale autoriteiten de ondernemingen niet in staat mogen stellen de mededinging te beperken om doelstellingen van algemeen belang na te streven. Deze stelling van de Commissie geeft weinig inzicht in de verhouding tussen de ontheffingscriteria en het algemeen belang.

-PreussenElektra,²⁷⁹ waarin nationale regelgeving werd toegestaan die particuliere elektriciteitsbedrijven verplichtte om in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen tegen (boven de economische waarde liggende) minimumprijzen. Deze nationale regeling droeg volgens het Hof namelijk bij tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. In de rechtspraak van het Hof over de *golden shares* die diverse nationale overheden in bepaalde (geprivatiseerde) ondernemingen hebben wordt met zo veel woorden gesteld dat bij de toepassing van bepalingen inzake het vrije verkeer niet mag worden voorbijgegaan aan de bezorgdheden van de lidstaten die, naar gelang de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang.²⁸⁰ Hoewel de erkenning van deze bezorgdheden aan de lidstaten geen *carte blanche* verschaft, kan de behartiging van het algemeen belang een reden zijn om het vrije verkeer te beperken, mits voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste (aan welk vereiste overigens in een aantal '*golden share*-zaken' niet was voldaan). In de Duitse verzekeringszaak (die gewezen is voor de inwerkingtreding van de Derde Schaderichtlijn) heeft het Hof zelfs erkend dat op het terrein van verzekeringen dwingende redenen van algemeen belang bestaan die, mits het evenredigheidsvereiste in acht is genomen, beperkingen van het vrije dienstenverkeer kunnen rechtvaardigen.²⁸¹ Op het terrein van de schadeverzekeringen is er dus jurisprudentie voorhanden die ingrijpen in het vrij verkeer in beginsel geoorloofd acht met het oog op het algemeen belang, zij het dat deze rechtspraak dateert uit de tijd dat de Derde Schaderichtlijn dit beleidsterrein nog niet harmoniseerde. Op het niveau van de wetgeving in Europa zijn ook belangrijke ontwikkelingen die vermeld moeten worden. Gewezen kan worden op artikel 16 EG-verdrag, dat ervan uitgaat dat diensten van algemeen economisch belang, die in de regel door het particulier initiatief worden vervuld, goed moeten functioneren. Om beleid te ontwikkelen ten aanzien van de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang heeft de Commissie recentelijk

279 Zaak C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, p. I-2099.

280 Zie rechtsoverweging 43 van zaak C-483/99, Commissie t. Frankrijk, Jur. 2002, p. I-4781, rechtsoverweging 43 van zaak C-503/99, Commissie t. België, Jur. 2002, p. I-4808; rechtsoverweging 47 van zaak C-367/98, Commissie t. Portugal, Jur. 2002, p. I-4731 en rechtsoverweging 66 van zaak C-463/00, Commissie t. Spanje, 13 mei 2003, n.n.g.

281 Zie rechtsoverweging 33 van zaak 205/84, Commissie t. Duitsland, Jur. 1986, p. 3755.

een Groenboek over deze problematiek vastgesteld,²⁸² aan de hand waarvan de lidstaten worden geconsulteerd. In minder recente regelgeving treft men ook arrangementen aan, waarin het particulier initiatief een belangrijke rol speelt.²⁸³ In wezen is artikel 54 Derde Schaderichtlijn hiervan een voorbeeld. Binnen bepaalde randvoorwaarden wordt het de lidstaten mogelijk gemaakt om particuliere verzekeraars in te schakelen om een zorgverzekering die toegankelijk is voor bepaalde categorieën personen, aan te bieden.

De EG-rechtelijke knelpunten van de inschakeling van particuliere zorgverzekeraars
Hoewel binnen het EG-recht ruimte bestaat voor de lidstaten om met het oog op het algemeen belang het particulier initiatief in te schakelen, levert in de zorgsector het beleid van lidstaten met een ruime plaats voor particuliere zorgverzekeraars problemen op. Uit de toets die in het voorafgaande hoofdstuk is uitgevoerd (zoals samengevat in de conclusies van dat hoofdstuk), bleek dat bij varianten waarin deze verzekeraars een rol spelen –variant B tot en met variant E– EG-rechtelijke knelpunten bestaan. (De varianten zijn beschreven in hoofdstuk 1.) Variant A, die het meest sterk publiekrechtelijke karakter heeft, gaf aanleiding tot de minste knelpunten (voorzover de introductie van marktprikkels tot een minimum is beperkt), voornamelijk omdat vaststaat dat de Derde Schaderichtlijn niet van toepassing is op het stelsel van deze variant. Zelfs bij variant A is echter strijd met het EG-recht in bepaalde omstandigheden niet uitgesloten. Het bestaan van

282 Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003) 270 def.

283 Bij de totstandkoming van EG-regelgeving bestaat reeds geruime tijd ervaring met de betrokkenheid van het particulier initiatief vanwege de sinds in 1985 gebruikte harmonisatiemethode van de New Approach. Richtlijnen, met name op het terrein van de interne markt, delegeren (in bepaalde mate) de bevoegdheid tot het stellen van bepaalde technische standaards, vooral met betrekking tot de veiligheid en de gezondheid aan private European standards associations. Op het moment dat de Commissie deze standaards heeft goedgekeurd, moet er, behoudens tegenbewijs, ervan uitgegaan worden dat de producten die in overeenstemming met deze standaards zijn geproduceerd, in overeenstemming zijn met de essentiële vereisten uit de richtlijn in kwestie. Onlangs heeft de Commissie de Mededeling 'Enhancing the Implementation of the New Approach Directives' gepubliceerd met als de doel om deze wetgevingstechniek te verbeteren. Zie ENTR PE 2002/248/G1 New Approach. In de literatuur is de opvatting verdedigd dat, ondanks de kritiek die op deze regelgevingstechniek te leveren is, dankzij de New Approach de legitimiteit en de kwaliteit van de Europese regelgeving is verbeterd. Zie C. Joerges, H. Schepel en E. Vos, *The Law's Problems with the Involvement of Non-Governmental Actors in Europe's Legislative Processes: the Case of Standardisation under the 'New Approach'*, Florence, 1999, m.n. p. 5, 6, 9, 26, 27 en 39-43.

knelpunten betekent overigens niet dat daarmee automatisch strijd met het EG-recht een gegeven is.

Het bestaan van knelpunten kan verklaard worden uit de volgende twee gegevens. In de eerste plaats is er, hoewel de rechtspraak over zorg en EG-recht (met name op het terrein van het vrije verkeer) zich zeker sinds de bekende arresten Kohll en Decker gestaag ontwikkelt, relatief weinig jurisprudentie beschikbaar over de verhouding tussen de nationale regulering van zorgverzekeraars en het EG-recht. Hierdoor moeten de conclusies over de mogelijke verenigbaarheid van nationale voorschriften met bijvoorbeeld de communautaire bepalingen van het vrije verkeer of van de Derde Schaderichtlijn met een bepaalde mate van voorzichtigheid en de nodige slagen om de arm worden geformuleerd. Er bestaat eenvoudigweg geen rechtspraak over nationale voorschriften in de zorg als de acceptatieplicht, het verbod premies te differentiëren op grond van risicoselectie, de verplichting om te verevenen etc. Duidelijkheid bijvoorbeeld omtrent de vraag of dergelijke voorschriften de toets met het evenredigheidsbeginsel kunnen doorstaan, kan daarom niet volledig gegeven worden. De analyse berust op een inschatting die onder meer gebaseerd is op een analoge toepassing van de rechtspraak

die betrekking had op andere typen overheidsregulering. Een dergelijke onzekerheid is inherent aan relatief nieuwe beleidsvoornemens van lidstaten, zeker indien deze op het terrein van de zorg en de sociale zekerheid liggen.

In de tweede plaats moet de aanwezigheid van de knelpunten verklaard worden uit de onduidelijke formuleringen van de bepalingen van de Derde Schaderichtlijn die voor de zorgsector de kern van deze richtlijn vormen. Zoals in paragraaf 2.2.1 is aangetoond, is discussie mogelijk over de interpretatie van de verbodsbepaling van artikel 29 en artikel 39 Derde schaderichtlijn en de uitzonderingsbepaling van artikel 54 Derde Schaderichtlijn. Er bestaat zelfs onduidelijkheid over de belangrijke vraag naar de reikwijdte van de Schaderichtlijnen: wat moet verstaan worden onder een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, ten aanzien waarvan geldt dat deze niet onder het toepassingsbereik van deze richtlijnen vallen? De toets aan de Derde Schaderichtlijn heeft daarom een hypothetisch karakter. Slechts op grond van hypothesen, die met kracht van argumenten aanvechtbaar zijn, kunnen de verschillende varianten van zorgverzekeringen worden getoetst aan de Derde Schaderichtlijn. Vanaf het stelsel dat besproken is in variant B tot en met het stelsel van variant D (of variant E indien de overheid in deze variant besluit bepaalde verplichtingen aan alle verzekeraars op te leggen) loopt een lidstaat de kans dat de door hem noodzakelijk geachte regulering van zorgverzekeringen in strijd is met de Derde Schaderichtlijn.

In onderstaande tabel worden de varianten B, C, D en E afgezet tegen de

vraag hoe groot de kans is dat de Schaderichtlijnen van toepassing zijn ('toepasselijkheid'), de vraag hoe groot de kans is dat het verbod van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn is geschonden ('strijd met art. 29')²⁸⁴ en hoe groot de kans is dat, bij schending van artikel 29 en artikel 39, voldaan is aan de exceptie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn ('niet voldaan aan art. 54'). Variant A is buiten beschouwing gelaten, omdat op het stelsel van deze variant de Schaderichtlijnen niet van toepassing zijn. Bij variant E is, evenals bij de toets van deze variant aan de Derde Schaderichtlijn in paragraaf 4.5 het geval was, ervan uitgegaan de relevante overheidsvoorschriften een facultatief karakter hebben. De tabel ziet er als volgt uit.

TABEL DERDE SCHADERICHTLIJN EN DE VARIANTEN VAN ZORGVERZEKERINGEN

<i>Varianten</i>	<i>Toepasselijkheid</i>	<i>Strijd met art. 29</i>	<i>Voldaan aan art. 54</i>
B	niet uitgesloten ²⁸⁵	gerede kans ²⁸⁶	pleitbaar ²⁸⁷
C	zeer waarschijnlijk	gerede kans ²⁸⁸	pleitbaar ²⁸⁹
D	zeer waarschijnlijk	gerede kans ²⁹⁰	pleitbaar ²⁹¹
E	zeer waarschijnlijk	waarschijnlijk niet ²⁹²	pleitbaar ²⁹³

284 Aangezien de inhoud van artikel 39 hetzelfde is als die van artikel 29 wordt het eerstgenoemde artikel niet apart aangehaald in de tabel.

285 Bij een ruime interpretatie van het begrip 'aanbieden voor eigen risico' (het criterium van het arrest Commissie t. België) valt variant B onder het toepassingsbereik van de Derde Schaderichtlijn, bij een beperkte interpretatie van dit begrip niet.

286 In paragraaf 4.2 is voor de toetsing van de nationale regulering van de zorgverzekering van variant B verwezen naar variant C. Daar bleek dat bij een ruime interpretatie van artikel 29 Derde Schaderichtlijn veel nationale regulering met dit richtlijnartikel in strijd kwam. Bij een beperkte interpretatie bestaat, wellicht op de voorschriften betreffende de premie na, geen strijd met deze bepaling.

287 Hetgeen bij de bespreking van variant C is gesteld over artikel 54 geldt ook voor variant B. Bij een ruime interpretatie bestaat de gereede kans dat de nationale regulering van de zorgverzekering onder de uitzonderingsbepaling van dit richtlijnartikel valt en bij een beperkte interpretatie is deze kans afwezig.

288 Zoals reeds opgemerkt is bij variant B, zijn veel nationale voorschriften bij een beperkte interpretatie van artikel 29 hiermee niet in strijd. Bij het ruime interpretatie is dit wel het geval.

289 Bij een beperkte interpretatie van artikel 54 zijn alle nationale voorschriften

die in strijd zijn met artikel 29, niet gerechtvaardigd worden door deze uitzonderingsbepaling. Bij een ruime interpretatie van artikel 54 evenwel, die ook goed verklaarbaar is, zijn de nationale voorschriften die in strijd zijn met artikel 29, gerechtvaardigd door deze uitzonderingsbepaling, mits voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

290 Bij variant D geldt hetzelfde wat artikel 29 betreft als hetgeen opgemerkt is bij variant C.

291 Bij een beperkte interpretatie van artikel 54 zijn alle nationale voorschriften die in strijd zijn met artikel 29, niet gerechtvaardigd door deze uitzonderingsbepaling. Bij een ruime interpretatie van artikel 54 evenwel zijn de nationale voorschriften die in strijd zijn met artikel 29, gerechtvaardigd door deze uitzonderingsbepaling, indien voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

292 De kans dat de facultatieve voorschriften in strijd zijn met artikel 29 Derde Schaderichtlijn is niet groot, maar niet uit te sluiten zolang geen rechtspraak hierover bestaat.

293 Indien de facultatieve voorschriften wel in strijd zijn met artikel 29 Derde Schaderichtlijn, geldt ten aanzien van artikel 54 hetzelfde als hetgeen over dit richtlijnartikel bij variant D is opgemerkt, daar de inhoud van deze voorschriften niet (in grote mate) afwijken van de voorschriften die in variant D worden gehanteerd.

De tabel laat zien dat zelfs bij variant B, die een relatief hoog publiek karakter heeft, de kans van strijd met de Derde Schaderichtlijn bestaat. Eveneens wordt duidelijk dat de kans op strijd met de Derde Schaderichtlijn groter is bij varianten C en D. Bij variant E is deze kans aanzienlijk lager, maar, zoals bij de bespreking ervan in paragraaf 4.5 bleek, moet ten aanzien van deze variant een groot aantal mededingingsrechtelijke problemen worden opgelost.

Niet uit het oog mag worden verloren dat de complexiteit van de toets van verschillende zorgstelsels aan de Derde Schaderichtlijn niet gevangen kan worden in een schema. De voornaamste functie van bovenstaande tabel is om aan te geven hoe groot de onzekerheid is waartoe de relevante bepalingen van de Derde Schaderichtlijn aanleiding geven (tegen de achtergrond van het ontbreken van rechtspraak hierover). In 1997 publiceerde Ter Kuile zijn boek over zorg en EG-recht onder de veelzeggende titel 'Onzekerheden over de invloed van Gemeenschapsrecht op de nationale gezondheidszorg'.²⁹⁴ Hoewel de rechtspraak over EG-recht en zorg sindsdien niet stilgestaan heeft, kan desalniettemin de conclusie getrokken worden dat voor nationale regulering van zorgverzekeringen na 1997 niet meer duidelijkheid is gekomen.

Voor het bestaan van deze onduidelijkheid kunnen twee redenen worden aangevoerd. In de eerste plaats zijn, zoals reeds opgemerkt is, de onduidelijke bewoordingen van een aantal belangrijke artikelen van de Derde Schaderichtlijn hieraan debet. In de tweede plaats kan optimale rechtszekerheid pas verkregen worden, wanneer het Hof zich over de verhouding tussen het EG-recht en een bepaald nationaal zorgstelsel heeft uitgesproken. Deze stelsels van de lidstaten verschillen echter sterk van elkaar, zodat niet op voorhand duidelijk is welke consequenties een arrest van het Hof over het zorgstelsel van een lidstaat heeft voor de zorgstelsels van andere lidstaten. Tevens wordt de inrichting van zorgstelsels ook met enige regelmaat gewijzigd door de lidstaten zelf, zodat de vraag kan rijzen in hoeverre een arrest over het oude stelsel van een lidstaat nog relevant is voor het nieuwe stelsel van diezelfde lidstaat.

Juridische gevolgen

Ondanks dit gebrek aan duidelijkheid is er voor de nationale stelsels van zorgverzekering geen ontkomen meer aan: de EG-rechtelijke regels doen hun invloed gelden en tot en met de (bijna) volledig publiekrechtelijke variant A toe kunnen de Europese regels op het terrein van de interne markt het beleid van nationale overheden doorkruisen.

²⁹⁴ B.H. Ter Kuile, *Onzekerheden over de invloed van Gemeenschapsrecht op de nationale gezondheidszorg*, Deventer, 1997.

Met welke juridische gevolgen kan een lidstaat wier zorgverzekeringsbeleid wordt doorkruist door het EG-recht, worden geconfronteerd? In de eerste plaats kan de Commissie op grond van artikel 226 EG-verdrag een infractie-procedure starten tegen een lidstaat, die bijvoorbeeld zijn verplichtingen uit de Derde Schaderichtlijn niet nakomt. Indien een lidstaat wordt veroordeeld door het Hof en hij blijft volharden in zijn schending, dan kan de Commissie hem weer voor het Hof dagen; in deze procedure loopt hij de kans veroordeeld te worden tot betaling van een boete of een dwangsom, zo volgt uit artikel 228 lid 2 EG-verdrag.²⁹⁵ In de tweede plaats kunnen nationale voorschriften die bijvoorbeeld in strijd zijn met de Derde Schaderichtlijn, voor de nationale rechter worden aangevochten. Zoals reeds opgemerkt is, kunnen niet in wetgeving omgezette richtlijnbepalingen rechtstreekse werking krijgen, waarop een particulier in rechte een beroep kan doen.²⁹⁶ Daarnaast dient een nationale rechter de nationale regelgeving zoveel als mogelijk in overeenstemming met de geldende EG-richtlijnen uit te leggen (richtlijnconforme interpretatie).²⁹⁷ Tevens kan een lidstaat door de nationale rechter veroordeeld worden de schade te betalen van zijn particulieren die deze hebben geleden vanwege een schending door deze lidstaat van een EG-richtlijn of een andere EG-rechtelijke bepaling.²⁹⁸ De problematiek van

295 Tot nu toe is dit een lidstaat nog maar één keer overkomen. Het betrof hier de lidstaat Griekenland die bleef volharden in de schending van bepaalde EG-milieu-richtlijnen. Zie zaak C-387/97, Chania, Jur. 2000, p. I-5047.

296 Zie bijvoorbeeld zaak 148/78, Ratti, Jur. 1979, p. 1629.

297 Zie bijvoorbeeld zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 1891.

298 Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-6/90 en 9/90, Francovich, Jur. 1991, p. I-5357 en gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jur. 1996, p. I-1029. Zie ook rechtsoverweging 40 van zaak C-424/97, Haim, Jur. 2000, p. I-5123, waarin een schending van het EG-recht door de Duitse Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein centraal stond.

te late of onjuiste omzetting van EG-richtlijnen, zijn aangelegenheden die in verschillende sectoren in Nederland spelen en die grote consequenties kunnen hebben. Thans is deze vraag actueel voor de nieuwe Europese richtlijnen voor telecommunicatie²⁹⁹ die nog niet zijn omgezet in de Nederlandse wetgeving, terwijl de termijn voor de omzetting verstreek op 25 juli 2003.³⁰⁰

Een lidstaat die zijn verplichtingen die onder meer voortvloeien uit de Derde Schaderichtlijn niet nakomt, loopt niet onaanzienlijke risico's. Zeker in meer commerciële stelsels zijn procedures voor de nationale rechter niet uitgesloten gezien de grote belangen die verzekeringsmaatschappijen kunnen hebben bij een uitspraak waarin bepaalde nationale voorschriften in strijd met deze richtlijn geoordeeld worden.

De meest beperkende variant in overeenstemming met het EG-recht?

De hierboven getrokken conclusies zijn opmerkelijk, daar het gevolg ervan is dat naar mate de lidstaten kiezen voor meer marktwerking in een zorgverzekeringstelsel de 'mogelijke knelpunten die de regels voor de interne markt – met name de regels uit de Derde Schaderichtlijn – met zich brengen, groter worden. Als de situatie die met name zijn oorzaak vindt in de onduidelijke bewoordingen van een aantal artikelen uit de Derde Schaderichtlijn gezien wordt, ontstaat het volgende beeld: de variant die het meest ver-

299 Het gaat hier om Richtlijn 2002/19 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische, -communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), Pb 2002 L108/7; Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), Pb 2002 L108/21; Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake een gemeenschappelijk regelgevend kader voor elektronische – communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), Pb 2002 L108/33; Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake de universele dienst en gebruiksrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), Pb 2002 L108/51; Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, Pb 2002 L201/37 en richtlijn nr. 2002/77/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Dienstenrichtlijn), Pb 2002 L 249/21.

300 Het wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijnen is thans wel aanhangig. Zie kamerstukken 28 851.

gaand het vrije verkeer beperkt, levert (in zijn meeste zuivere vorm) de minste EG-rechtelijke problemen op, vooral omdat vaststaat dat op deze variant de Derde Schaderichtlijn niet van toepassing is. Varianten (met name C en D) waarin de meeste ruimte voor de interne markt gelaten wordt, leveren de meeste knelpunten op. Een opmerkelijke conclusie in het licht van het evenredigheidsbeginsel, op grond waarvan de lidstaten in het kader van het vrije verkeer verplicht zijn de minst beperkende maatregelen te kiezen.

De meest uiterste consequentie zou dan kunnen zijn dat een lidstaat onder druk van de regels die de instelling van één interne markt in Europa nastreven, kiest voor een zeer sterk gereguleerd zorgsysteem, dat veraf staat van het ideaal van die ene interne Europese markt. Het andere uiterste, een variant waarin particuliere verzekeraars de zorgverzekering aanbieden zonder enige noemenswaardige overheidsregulering, is geen alternatief, gezien de bijzondere eigenschappen van de zorgmarkt. Ook in landen, waar particuliere ziektekostenverzekeraars een grote rol spelen, heeft de overheid het noodzakelijk geacht de zorgsector in bepaalde mate te reguleren.³⁰¹

Indien de overheid in de zorg gebruik wil maken van het particulier initiatief in de vorm van inschakeling van particuliere verzekeraars, ontstaat er rechtsonzekerheid met betrekking tot de verenigbaarheid met het EG-recht, met name met de Derde Schaderichtlijn. Deze conclusie kan ook anders worden geformuleerd. Op het moment dat een lidstaat marktprikkels in de zorg wil introduceren om bepaalde efficiëntievoordelen te realiseren en, wat de zorgverzekeraars betreft, uit wil gaan van een systeem van gereguleerde marktwerking, is niet duidelijk of de Derde Schaderichtlijn dit toestaat. In hoeverre kunnen lidstaten in sectoren van sociale zekerheid als die van de zorgverzekeringen gebruik maken van de marktordening van gereguleerde marktwerking? Deze vraag is moeilijk te beantwoorden. Elke lidstaat die ten aanzien van de inrichting van zijn zorgverzekering gereguleerde marktwerking wil introduceren, stuit op problemen van rechtsonzekerheid. De oorzaak van deze rechtsonzekerheid is gelegen in de min of meer diagonale bevoegdheidsverdeling interne markt/zorg tussen de Europese Unie en de lidstaten. In het nationale recht wordt het publieke belang van de zorg behartigd, maar dit recht wordt opzij gezet door het EG-recht, indien het hiermee in strijd is. Een van de centrale doelstellingen van het EG-recht is evenwel de instelling van de interne markt, zodat van de voorrang van het EG-recht in de zorgsector een zeker liberaliserende tendens uitgaat. Dit is overigens niet in alle sectoren zo: ten aanzien van het milieubeleid beschikt de Europese Unie wel over regelgevende bevoegdheden, zodat eventuele pro-

301 Zie T.S. Jost, *Private or Public Approaches to Insuring the Uninsured: Lessons from International Experience with Private Insurance*, *New York University Review* 2001, p. 430 en 431.

blemen die ontstaan door conflicten tussen Europese marktintegratie en milieubelang op Europees niveau in regelgeving kunnen worden opgelost. In de zorgsector beschikt de Europese Unie niet over dergelijke bevoegdheden. Leidt de afwezigheid van deze bevoegdheden ertoe dat de lidstaten gedwongen worden een bepaald stelsel van ziektekostenverzekeringen te kiezen, terwijl zij juist de meeste regelgevende zorgbevoegdheden in de zorg niet aan de Europese Unie wilde overdragen om zelf de keuzevrijheid ten aanzien van het stelsel te behouden? Dit zou een nogal paradoxale consequentie zijn.

Oplossingsrichtingen naar aanleiding van de Derde Schaderichtlijn

Gegeven de voorkeur in het WI-rapport, het CDA-verkiezingsprogram en het Hoofdlijnenakkoord van Balkenende II voor een privaatrechtelijke variant met publieke randvoorwaarden worden in het navolgende een aantal stappen uitgewerkt. Hoe kan aan de gerezen problemen het hoofd worden geboden door lidstaten die particuliere zorgverzekeraars een belangrijke plek willen geven in de zorg? Deze lidstaten zouden een strategie kunnen volgen die bestaat uit de volgende vier stappen. De te zetten stappen zijn er enerzijds op gericht om meer rechtszekerheid te verkrijgen en anderzijds geven zij die partijen die dat beogen de kans om de positie van maatschappelijke ondernemingen in het Europese recht een plek te geven.

STAP 1: Standpuntbepaling door de Commissie

Er dient overleg gevoerd te worden met de Commissie. Onderzocht zou moeten worden hoe deze Gemeenschapsinstelling die toeziet op de naleving van het communautaire recht, belangrijke bepalingen als artikel 29, artikel 39 en artikel 54 Derde Schaderichtlijn uitlegt. In dit overleg kan duidelijk gemaakt worden door de betrokken lidstaat waarom bepaalde nationale randvoorwaarden, zoals die betreffende de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie en de risicoverevening, noodzakelijk en proportioneel zijn. Uiteraard zal daarbij een rol spelen dat de jurisprudentie van het Hof gaandeweg openingen heeft geboden voor het stellen van wettelijke randvoorwaarden aan (sociale) verzekeringen.

Indien ook de Commissie deze voorschriften in overeenstemming met de Derde Schaderichtlijn acht bijvoorbeeld vanwege een beperkte interpretatie van de verboden van artikel 29 en 39 Derde Schaderichtlijn dan wel vanwege een ruime interpretatie van artikel 54 Derde Schaderichtlijn, kan de Commissie verzocht worden dit standpunt vast te leggen en openbaar te maken. De Interpretatieve Mededeling van de Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf kan bijvoorbeeld aangepast worden. Ook kan een brief of ander document, waarin de Commissie haar interpretatie uiteenzet, openbaar worden gemaakt.

Indien de Commissie zich positief uitlaat over een voornemen van een lidstaat om een bepaald stelsel van particuliere ziektekostenverzekeringen in te voeren, zal de Commissie, op het moment dat dit voornemen ten uitvoer wordt gelegd, niet snel een infractieprocedure starten tegen de betrokken lidstaat. In een eventuele procedure voor de nationale rechter naar aanleiding van de verenigbaarheid van dit zorgstelsel met de Derde Schaderichtlijn, kan de overheid zich verdedigen door te verwijzen naar de officiële standbepaling van de Commissie.

Uiteraard heeft het Hof het laatste woord in de interpretatie van de Derde Schaderichtlijn. In een eventuele procedure voor het Hof (bijvoorbeeld naar aanleiding van prejudiciële vragen van een nationale rechter) zal echter het standpunt van de Commissie zwaar wegen voor het Hof, zoals ook bleek uit het arrest-Commissie t. Italië. In paragraaf 2.2.1 van dit rapport is aangegeven dat in dit arrest, dat betrekking had op de Derde Schaderichtlijn, het Hof zich bij het formuleren van het beginsel van tariefsvrijheid in de verzekeringsbranche heeft laten inspireren door de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over het vrije verkeer van diensten en het verzekeringsbedrijf. Indien de Commissie een positief standpunt over een stelsel van particuliere ziektekostenverzekeringen vastlegt in deze Interpretatieve Mededeling of in een ander document, kan erop worden geanticipeerd dat het Hof zal kiezen voor een ruime interpretatie van de uitzonderingsbepaling van artikel 54 Derde Schaderichtlijn of voor een meer beperkte interpretatie van het verbod uit artikel 29 en artikel 39 van dezelfde richtlijn. De inzet is dan dat het Hof bij de toets van een nationaal zorgstelsel aan de Derde Schaderichtlijn op enig moment rekening zal houden met de doelstelling van randnummer 23 van de considerans van de Derde Schaderichtlijn (toegankelijkheid tot een ziektekostenverzekering voor eenieder) en met het integratiebeginsel van de zorg uit artikel 152 lid 1 EG-verdrag (zoals het ook rekening hield met het milieu-integratiebeginsel toen nationaal aanbestedingsbeleid aan een EG-aanbestedingsrichtlijn moest worden getoetst).³⁰² Wellicht dat het Hof dan nationale regulering die de toegankelijkheid tot een ziektekostenverzekering en het zorgbelang waarborgt, respecteert. Indien voor deze weg gekozen wordt, dient bij de vormgeving nauwkeurig te worden nagegaan op grond van welke eigenschappen van de zorgsector en de zorgmarkt ingegrepen dient te worden en dat deze ingrepen niet verder gaan dan noodzakelijk is. In een eventuele procedure voor het Hof dient vervolgens te worden uiteengezet waarom een vanuit publiek belang verantwoord zorgstelsel niet kan standhouden op het moment dat bepaalde nationale voorschriften betreffende acceptatieplicht, etc onverbindend zijn. Het is daarnaast van belang dat een lidstaat die ervoor gekozen heeft zijn stelsel

302 Zie het reeds aangehaalde arrest Concordia.

mede te baseren op een ruime interpretatie van artikel 54 of een beperkte uitleg van artikel 29 en artikel 39 Derde Schaderichtlijn, een actief beleid voert om te interveniëren, ook in zaken waarin niet zijn eigen stelsel ter discussie staat, maar waarin wel principiële kwesties als de interpretatie van belangrijke bepalingen uit de Derde Schaderichtlijn of als de toepasselijkheid van de communautaire regels inzake het vrije verkeer, de mededinging of het staatssteunregime op de zorgsector aan de orde zijn.³⁰³ Een dergelijke werkwijze verkleint waarschijnlijk het risico dat een stelsel van particuliere zorgverzekeringen in strijd met het EG-recht wordt geoordeeld.

STAP 2: Aanpassing Derde Schaderichtlijn

Meer helderheid en rechtszekerheid wordt uiteraard verkregen door aanpassing van de Derde Schaderichtlijn. Aangezien de Commissie het recht van initiatief heeft om een voorstel in te dienen, is het ook bij stap 2 van belang dat overlegd wordt met de Commissie. Het hoeft geen betoog dat de Raad, dus de andere lidstaten van de EU, moet instemmen met de wijziging. Aangezien het Europees Parlement medewetgever is over aangelegenheden van de interne markt,³⁰⁴ is het van belang dat ook deze Gemeenschapsinstelling instemt met een wijziging van de Derde Schaderichtlijn. Stap 2 levert meer helderheid en rechtszekerheid op dan stap 1, maar zal meer tijd kosten om te zetten. Voor wie –zoals de christendemocratie– de ambitie heeft om het maatschappelijk ondernemen –tussen markt en staat– via juridische ordening ook Europeesrechtelijk te faciliteren, is het uiteraard van belang stap 2 te zetten, nog afgezien van de huidige discussie over de inrichting van het zorgstelsel. Daarmee is immers de ordening van de samenleving gemoeid en dat is vooral een zaak van de formele wetgever.

STAP 3: Speciale Europese regelgeving voor zorgverzekeringen

In hoofdstuk 2 is reeds uiteengezet dat bij de totstandkoming van de Derde Schaderichtlijn de consequenties van deze richtlijn voor ziektekostenverzekeringen niet voldoende zijn doordacht. Er bestaat behoefte van een EG-regeling die op evenwichtige en transparante wijze de verhouding tussen de

303 Het spreekt voor zich zelf dat dergelijke zaken aanleiding kunnen geven tot arresten die vergaande consequenties kunnen hebben voor het stelsel van zorgverzekeringen van een dergelijke lidstaat.

304 Zie artikel 95 EG-verdrag. Deze bepaling verklaart de codecisieprocedure van artikel 251 EG-verdrag van toepassing op de totstandkoming van richtlijnen en verordeningen op het terrein van de interne markt. Op grond van deze procedure kan het Europees Parlement de totstandkoming van nieuwe regelgeving voorkomen.

interne markt en de zorgverzekeringen regelt.³⁰⁵ Illustratief in dit verband is de resolutie van het Europees Parlement over de aanvullende ziektekostenverzekering,³⁰⁶ waarin de Commissie door het Parlement wordt opgeroepen te onderzoeken of er een richtlijn voor dergelijke ziektekostenverzekeringen in het leven moet worden geroepen.

De inhoud van een EG-regeling voor de interne markt en zorgverzekeringen behoeft niet te zijn dat de zorgverzekering volledig op Europees niveau wordt geharmoniseerd. Bij de huidige stand van het EG-recht is de Europese Unie hiertoe niet bevoegd, nu op grond van artikel 152 lid 5 EG-verdrag bevoegdheden van de lidstaten met betrekking tot de organisatie van de gezondheidszorg volledig moeten worden geëerbiedigd. Zoals reeds naar voren kwam, is in de tekstvoorstellen voor een Ontwerp-Grondwet voor de Europese Unie van de Conventie op dit punt weinig gewijzigd.

Er kan echter voor gekozen worden de spelregels voor inschakeling van particuliere zorgverzekeraars op Europees niveau vast te leggen om zo meer rechtszekerheid, meer transparantie te verkrijgen. Geregeld wordt dan dat, indien een lidstaat voor een bepaalde variant met betrokkenheid van particuliere zorgverzekeraars kiest, welke voorschriften deze lidstaat mag vaststellen en welke randvoorwaarden hij in acht moet nemen, zonder dat een lidstaat de plicht opgelegd krijgt deze variant in te voeren. Deze werkwijze is niet nieuw: ten aanzien van de sociale zekerheid op het terrein van de geneesmiddelenverstrekking bestaat een dergelijk regelgevingskader al in de vorm van de zogenoemde Transparantierichtlijn.³⁰⁷ Deze richtlijn verplicht de lidstaten bepaalde procedurevoorschriften in acht te nemen, indien zij de medicijnprijzen op een of andere wijze reguleren, zonder hen te verplichten daadwerkelijk over te gaan tot deze regulering; het staat hen vrij om voorschriften betreffende de geneesmiddelenprijzen vast te stellen. Daarmee gaat deze richtlijn niet verder dan het tot stand brengen van bepaalde spelregels.

Getracht kan worden om na te gaan in hoeverre het mogelijk is om op Europees niveau een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen tot stand

305 Zie voor een dergelijk pleidooi (reeds in 1995): G.J.A. Hamilton, Ziektekostenverzekering in Europees perspectief. Nederland 'de grote stelselwijziging' voorbij, Medisch Contact 1995, p. 1472.

306 Zie Pb. 2001 C223/339 (Resolutie 2000/2009 (INI)). Deze resolutie is voorbereid door een commissie met Rocard als voorzitter.

307 Richtlijn 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemings daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg, Pb. 1989 L40/8.

te brengen. In deze richtlijn wordt naar een balans gestreefd tussen de werking van de interne markt en het zorgbelang. De argumenten die voor de vaststelling van een dergelijke richtlijn kunnen worden aangevoerd zijn dat de economische regels van het EG-recht naar binnen 'kruipen' in de nationale gezondheidsstelsels – ook wel in de literatuur aangeduid als 'Euro-creep' –³⁰⁸ en dat een dergelijke 'Euro-creep' niet leidt tot een juiste balans tussen Europese marktintegratie en het gezondheidsbelang.³⁰⁹ Er bestaat behoefte aan regelgeving op Europees niveau die een moderne vorm van sociale zekerheid in de zorg mogelijk maakt, waarin gereguleerde marktwerking een belangrijke rol speelt.³¹⁰

In dit verband moet opgemerkt worden dat onderzocht dient te worden in hoeverre een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen gebaseerd kan worden op artikel 95 EG-verdrag (rechtsbasis voor maatregelen van de EG op het terrein van de interne markt); artikel 152 EG-verdrag (bepaling over de zorg uit het EG-verdrag) bevat immers geen rechtsgrondslag voor een dergelijke Europese maatregel. Aangetoond moet dan worden dat een dergelijke richtlijn metterdaad het doel heeft de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren, waarbij uitgegaan mag en moet worden van een hoog niveau van de bescherming van de volksgezondheid;³¹¹ het louter vaststellen van verschillen tussen nationale wetgeving en het in abstracto duiden van de daarmee gepaard gaande risico's volstaat niet voor een rechtmatig gebruik van deze rechtsbasis.³¹²

In een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen kan worden vastgelegd, indien een lidstaat besluit te kiezen voor een bepaalde zorgvariant met betrokkenheid van particuliere verzekeraars, welke nationale voorschriften bijvoorbeeld betreffende de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie op grond van risicoselectie en de verplichting tot deelname aan een systeem van verevening, door een lidstaat mogen worden vastgesteld. Nogmaals wordt opgemerkt dat de lidstaten niet gedwongen worden een bepaalde variant in te voeren. De Transparantierichtlijn kan een keuzepalet aan varianten bevatten, zonder de lidstaten te verplichten één

308 J. Nickless, *The Internal Market and the Social Nature of Health Care*, in: M. McKee, E. Mossialos en R. Baeten, *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel, 2002, p. 79.

309 J. Nickless, a.w., p. 81.

310 Zie E. Steyger, a.w. 2002, p. 97.

311 Dit vloeit voort uit het integratiebeginsel van de zorg uit artikel 152 lid 1 EG-verdrag, dat in de inleiding is behandeld.

312 Zie bijvoorbeeld zaak C-376/98, *Duitsland t. Parlement en de Raad* (Tabaksrichtlijn), Jur. 2000 p. I-8419 en zaak C-491/01, *British American Tobacco*, Jur. 2002, p. I-11453.

daarvan over te nemen. Indien een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen wordt vastgesteld, is het logisch dat geregeld wordt in hoeverre de Derde Schaderichtlijn nog van toepassing is op ziektekostenverzekeringen. Het spreekt vanzelf dat een lidstaat die een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen in het leven wil roepen afhankelijk is van de Commissie die het recht van initiatief heeft om voorstellen in te dienen, van andere lidstaten en van het Europees Parlement (er is sprake van een richtlijn voor de interne markt en krachtens artikel 95 EG-verdrag is dan de codicisieprocedure van toepassing).³¹³ Gezien de bevoegdheden, waarover het Europees Parlement beschikt in het kader van artikel 95 EG-verdrag, verdient het aanbeveling om met de verschillende fracties uit het Europees Parlement te overleggen.

STAP 4 Algemene principes verankerd in de Grondwet voor Europa

Meer in het algemeen moet worden afgevraagd in hoeverre de inrichting van het zorgstelsel een aangelegenheid is die vooral afhankelijk dient te zijn van de uitkomst van arresten van het Hof en van de toevallige casuïstiek van de zaken die bij deze rechter aanhangig gemaakt worden. Is hier een taak voor de wetgever en de politiek verantwoordelijken weggelegd? Een niet onbelangrijke gedeelte van deze taak zou ter hand moeten worden genomen op Europees niveau, gezien de invloed die het Europees recht thans reeds uitgeoefend heeft op de verschillende zorgstelsels van de lidstaten. Thans worden in het kader van de Intergouvernementele Conferentie naar aanleiding van de voorstellen van de Conventie over de toekomst van de Europese Unie onderhandelingen tussen de lidstaten gevoerd over een verdrag voor de Grondwet van Europa. De Europese integratie heeft grote consequenties voor het zorgstelsel van de lidstaten. Voor de goede voortgang van de Europese integratie en het verantwoord borgen van het algemeen belang van de zorg is het wenselijk dat op termijn belangrijke principes betreffende zorgverzekeringen in de Grondwet voor Europa worden geregeld. Iedere burger heeft immers recht op toegang tot de preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging en recht op toegang tot socialezekerheidsvoorzieningen en sociale diensten, zo bepalen artikelen II-35 en artikel II-34 van de Conventievoorstellen voor de Europese grondwet. Op lange termijn zal vastgelegd moeten worden in de Grondwet van Europa hoe dit gerealiseerd dient te worden in de Europese Unie en wat daarbij de verantwoordelijkheden van de Unie zelf zijn en wat de bevoegdheden van de lidstaten zijn.

313 Uit artikel 251 EG-verdrag blijkt dat het Europees Parlement een voorstel voor een richtlijn of verordening kan afwijzen in de codicisieprocedure.

Oplossingsrichtingen met betrekking tot het mededingingsrecht en de staatssteunregels

Niet alleen de onduidelijkheden waartoe de Derde Schaderichtlijn aanleiding geeft, veroorzaken knelpunten. Bij de verschillende toetsingen die aan het mededingingsrecht zijn uitgevoerd, bleek reeds dat er zich problemen kunnen voordoen op met name de zorginkoopmarkt. De toepassing van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie leidt niet automatisch tot toetreding van nieuwe zorgaanbieders, terwijl de regels betreffende het concentratietoezicht fusies die geen mededingingsproblemen op de verzekeringsmarkt opleveren, kunnen verbieden vanwege de aanwezigheid van dergelijke problemen op de zorginkoopmarkt. De transitie waarin de zorgsector zich thans bevindt kan aanleiding geven tot de introductie van sectorspecifieke mededingingsregels die er met name op gericht zijn de zorginkoopmarkt beter te laten functioneren. Een vraag die hierbij aan de orde moet komen is welke rol de NMa in het kader van deze sectorspecifieke regels zou moeten spelen. Deze autoriteit heeft reeds ruime ervaring opgedaan met de toepassing van de (generieke) mededingingsregels in de zorgsector.

De problemen waartoe het staatssteunregime aanleiding geeft, dienen eveneens te worden opgelost, al was het alleen maar omdat onrechtmatige staatssteun dient te worden teruggevorderd. Aangezien de Commissie op dit terrein over speciale goedkeuringsbevoegdheden beschikt, is het aan te raden met haar te overleggen. Uit dit overleg kan voortvloeien dat bepaalde maatregelen vanwege het mogelijk karakter van staatssteun dienen te worden genotificeerd.

Het voordeel van dit overleg is dat dan meteen andere problemen, onder meer verband houdend met de Derde Schaderichtlijn, kunnen worden aangekaart. Gezien de invloed die het EG-recht heeft op de inrichting van de zorgstelsels dient 'Brussel' bij het ontwerp ervan in een vroeg stadium te worden betrokken. Ten tijde van het plan-Dekker is de Derde Schaderichtlijn tot stand gekomen (begin jaren '90). Met het oog op de WTZ is mede onder druk van Nederland toen artikel 54 Derde Schaderichtlijn in het leven geroepen. De formulering van deze bepaling is sterk toegespitst op de begin jaren '90 van kracht zijnde zorgarrangementen. Niemand hield er echter rekening mee dat deze richtlijn ook van toepassing zou kunnen zijn op een basisverzekering die in een context van gereguleerde marktwerking diende te worden uitgevoerd.³¹⁴ Een dergelijke weeffout kan nu voorkomen worden door in een vroeg stadium op Europees niveau initiatieven voor de zorg te ontplooien.

³¹⁴ In de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Wet stelselwijziging ziektekostenverzekering tweede fase, ingediend op 8 juni 1990, werd opgemerkt dat, aan-

gezien men van rechtswege verzekerd was, er sprake was van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, zodat de Schaderichtlijnen niet van toepassing zouden zijn. Wel werd gesteld dat dit anders zou kunnen te komen liggen, indien er meer elementen van marktwerking zouden worden geïntroduceerd. Voorts werd gesteld dat de aanvullende verzekeringen met een privaatrechtelijke karakter wel onder de Schaderichtlijnen zouden vallen. Zie Kamerstukken 1989-1990, 21 592, nr. 3, p. 20 en 21 en het Advies van de Raad van State, Kamerstukken 1989-1990, 21 592, B, p. 11 en 12. Uit het onderzoek dat in dit rapport is verricht in paragraaf 2.2.1 en in hoofdstuk 4 blijkt dat op grond van (latere) rechtspraak van het Hof 'het van rechtswege verzekerd zijn' niet doorslaggevend is voor de kwalificatie van een systeem van ziektekostenverzekering als wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van artikel 2 lid 1 sub d Eerste Schaderichtlijn. Overigens was ten tijde van de indiening van het onderhavige wetsvoorstel (8 juni 1990) de Derde Schaderichtlijn van 18 juni 1992 uiteraard nog niet van kracht.

