

**Een nieuw stelsel van zorgverzekering**  
Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht

mr. B.J. Drijber  
prof. mr. G.R.J. de Groot  
4 december 2002

*Fout! Geen inhoudsopgavegegevens gevonden.*

## 1. Inleiding

### 1.1 Vraagstelling

Volgens het Strategisch Akkoord tussen CDA, LPF en VVD komt er in 2005 naast de AWBZ één verplichte (privaatrechtelijke) verzekering tegen ziektekosten voor iedereen. Daarbij wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het Europees gemeenschapsrecht voor een privaatrechtelijk stelsel voldoende ruimte laat. In verband hiermee zijn ons de volgende vragen voor advies voorgelegd<sup>1</sup>:

1. In de eerste plaats zou ik willen vernemen of de formulering "privaatrechtelijke verzekering" impliceert dat de partij, met welke de burger op grond van zijn wettelijke verplichting een verzekeringsovereenkomst aangaat, moet worden gekwalificeerd als een verzekeringsonderneming waarop de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf van toepassing zijn.

2. De ICER-werkgroep zorgstelsel heeft aangegeven dat het vanuit Europeesrechtelijk standpunt risicovol is binnen het kader van een privaatrechtelijke verzekering wettelijk een acceptatieplicht aan verzekeraars op te leggen en de omvang van de verzekeringsdekking en de premiestelling te regelen. Met name de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf verbieden overheidsregels op deze punten. Gaarne verneem ik uw visie op de haalbaarheid van de beoogde regels inzake acceptatieplicht, dekking en premie in het licht van de genoemde richtlijnen.

3. [ ... ].

4. Gaarne verneem ik of de Europese regels inzake de mededinging naar uw oordeel de in het Strategisch Akkoord aangeduide verevening tussen verzekeraars/uitvoerders toestaan.'

Hierover hebben wij op 1 oktober 2002 een advies uitgebracht<sup>2</sup>. Dat advies gaf op onderdelen aanleiding tot nadere vragen. Daarnaast bestond, naar aanleiding van het eerste advies, behoefte aan een tweede advies over de juridische beoordeling van een publiekrechtelijk stelsel van ziektekostenverzekeringen met de materiele kenmerken zoals in het Strategisch Akkoord omschreven. Met betrekking tot dit laatste werden de volgende vragen voorgelegd<sup>3</sup>:

1. Zijn de in het Strategisch Akkoord opgenomen randvoorwaarden, te weten:
  - een verplichte verzekering voor de gehele bevolking;
  - voor een standaardpakket van noodzakelijke zorg<sup>4</sup>;
  - uit te voeren door private uitvoerders<sup>5</sup>;
  - die een acceptatieplicht hebben;
  - en die gefinancierd worden door middel van:
    - a. bijdragen uit een op te richten risicovereveningsfonds dat gevuld wordt met loongerelateerde werkgeversbijdragen ter hoogte van de helft van de totale premielast en een rijksbijdrage voor de verzekering van beneden achttienjarigen, en

<sup>1</sup> Brief van de minister van VWS van 29 juli 2002, kenmerk Z/VV-2304878.

<sup>2</sup> Met uitzondering van vraag 3, die vanwege het zeer technisch karakter ervan in overleg buiten bespreking is gelaten.

<sup>3</sup> Brief van 29 oktober 2002, kenmerk DWJZ/SWW-2328337.

<sup>4</sup> Het standaardpakket wordt door de wetgever omschreven; de wetgever kan het pakket aanpassen, eigen bijdragen wijzigen of het verplicht eigen risico wijzigen indien dat gegeven de macro kostenontwikkeling noodzakelijk wordt geacht.

<sup>5</sup> Bij de uitwerking van het Strategisch Akkoord wordt er vooralsnog van uitgegaan dat iedere kandidaat-uitvoerder die aan door de wetgever te stellen eisen voldoet, tot de uitvoering zal worden toegelaten.

- b. door de uitvoerder zelf vastgestelde, maar niet naar gezondheid of leeftijd gedifferentieerde nominale premies voor verzekerden van achttien jaar en ouder;
- waarbij de uitvoerders om verzekerden concurreren<sup>6</sup>;
  - en waarbij de uitvoerders (mogelijk) de vrijheid krijgen om, boven een door de wetgever vast te stellen verplicht eigen risico, varianten van vrijwillige eigen risico's met daarbij horende kortingen op de nominale premie aan te bieden;
  - waarbij de zorgaanbieders, die door de uitvoerders gecontracteerd (kunnen) worden, met elkaar concurreren;
  - en waarbij objectieve informatie over de kwaliteit van het aanbod van uitvoerders en zorgaanbieders ter beschikking komt;
  - waarbij algemene inkomenseffecten via belastingmaatregelen worden gecompenseerd;
  - en waarbij inkomenseffecten in huishoudingen worden gecompenseerd door middel van een toeslag waarvan de hoogte gelijk is aan het verschil tussen de genormeerde ziektekosten en de hoogte van de standaard verschuldigde nominale ziektekostenpremie minus het eigen risico<sup>7</sup>,
- binnen een publiek stelsel gezien het internationale recht alle te realiseren? Zo nee, welke zijn niet te realiseren dan wel leveren een risico van strijdigheid met internationaal recht op? Ik verzoek u hierbij niet alleen in te gaan op de afzonderlijke randvoorwaarden, maar deze ook in onderling verband te bezien.

[...] Ik verzoek u in het bijzonder in te gaan op de vraag of een publieke verzekering met de hiervoor opgesomde elementen al dan niet als tot het stelsel van sociale zekerheid behorend zal zijn aan te merken, dat wil zeggen in te gaan op de vraag of de richtlijnen schadeverzekering op zo'n verzekering van toepassing zullen zijn.

2. Is met het internationale recht verenigbaar dat de private uitvoerders van een publiekrechtelijke zorgverzekering - die failliet kunnen gaan - een winstoogmerk hebben? Hierbij versta ik onder winst: overschotten op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet respectievelijk op de uitvoering van met de uitvoerders van die wet gesloten zorgovereenkomsten, ter vrije beschikking van de uitvoerders (derhalve onder andere uitkeerbaar aan aandeelhouders in de uitvoerders). Ook hier verzoek ik u expliciet in te gaan op de vraag of zo'n winstoogmerk en/of de mogelijkheid van faillissement niet leidt tot de toepasselijkheid van de richtlijnen schadeverzekeringen.
3. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of de aan de publieke verzekering te ontleen aanspraken functioneel omschreven worden, dat wil zeggen, of niet (meer) bepaald wordt welke hulpverlener de verzekerde zorg aan de verzekerde dient te verlenen?
4. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of aan de uitvoerders van de publieke verzekering een zorgplicht wordt opgelegd, dat wil zeggen, de plicht om de bij de uitvoerder ingeschreven verzekerden die (verzekerde) zorg te (laten) leveren, waarop de verzekerde is aangewezen?
5. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of de publieke verzekering voorziet in een vangnetconstructie op grond waarvan zorgaanspraken van bij een faillierende uitvoerder ingeschreven verzekerden zeker worden gesteld? Zo ja, is het voldoende te regelen dat deze verzekerden zich in zo'n geval bij een andere uitvoerder kunnen inschrijven of dienen ook andere maatregelen getroffen te worden?
6. Hoewel niet rechtstreeks van belang voor het rechtskarakter van de Zorgverzekeringswet, verzoek ik u mij voorts te adviseren over de vraag of het internationale recht er aan in de weg staat dat zorgaanbieders een winstoogmerk - in eerder omschreven zin - hebben.'

<sup>6</sup> Bij de uitwerking van het Strategisch Akkoord wordt er vooralsnog van uitgegaan dat de verzekerden zelf bepalen bij welke uitvoerder zij zich inschrijven.

<sup>7</sup> Bij de uitwerking van het Strategisch Akkoord wordt ervan uitgegaan dat wordt bedoeld: (...) en de hoogte van de standaard verschuldigde nominale ziektekostenpremie waarin het eigen risico is verdisconteerd.

## *1.2 Wijze van behandeling; opzet van het advies*

Terwille van de overzichtelijkheid en duidelijkheid hebben wij ervoor gekozen niet een tweede, aanvullend advies uit te brengen, maar één integraal advies, waarin beide adviesaanvragen zijn verwerkt. Deze werkwijze maakte het ook mogelijk in het nu voorliggende advies tevens de opmerkingen te verwerken, waartoe ons eerste advies aanleiding heeft gegeven.

De opzet van het advies is als volgt.

Hoofdstuk 2 bevat een schets van het beoogde stelsel, zoals neergelegd in het Strategisch Akkoord.

In de hoofdstukken 3 tot en met 7 wordt het beoogde stelsel onderzocht op de verenigbaarheid ervan met het Europese recht:

- hoofdstuk 4 betreft de Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf, de zg. Schaderichtlijnen en de positie van buitenlandse ziektekostenverzekeraars, in welk verband tevens de verdragsbepalingen inzake vrije vestiging en vrije dienstverlening aan de orde komen
- hoofdstuk 5 betreft de internationale sociale zekerheid zoals neergelegd in Verordening 1408/71
- hoofdstuk 6 behandelt de voor deze materie van belang zijnde aspecten van mededingingsrecht
- hoofdstuk 7 bevat een slotbeschouwing ten aanzien van het Europese recht.

Hoofdstuk 8 behelst een toetsing van (de materiële kenmerken van) het beoogde stelsel aan bepalingen van andere internationale verdragen, zoals in de (tweede) adviesaanvraag genoemd.

Tot slot bevat hoofdstuk 9 een beknopte, samenvattende beantwoording van de vragen zoals deze in de twee adviesaanvragen zijn geformuleerd.

## *1.3 Terminologie*

In het Strategisch Akkoord en adviesaanvragen worden de termen 'uitvoerder' en 'verzekeraar' gebruikt om de organisaties aan te duiden die de nieuwe ziektekostenverzekering zullen uitvoeren. In dit advies worden eveneens beide termen gebruikt. Met het gebruik van de term 'verzekeraar' wordt niet een bepaalde juridische kwalificatie bedoeld.

## **2. Het beoogde stelsel van ziektekostenverzekeringen**

### *2.1 Het Strategisch Akkoord*

Het Strategisch Akkoord omschrijft het beoogde stelsel als volgt:

'Er komt in 2005 naast de AWBZ één verplichte (privaatrechtelijke) verzekering voor iedereen, verzorgd door private uitvoerders die een standaardpakket van noodzakelijke zorg aanbieden dat qua dekking vrijwel vergelijkbaar is met het huidige ziekenfondspakket. De nominale premie kan per verzekeraar verschillen. De premie gaat uit van een verplicht eigen risico dat desgewenst kan worden verhoogd. Kinderen tot 18 jaar betalen geen premie; deze wordt gefinancierd door een rijksbijdrage aan het fonds dat de verrekening en risicoverevening verzorgt. De helft van de totale premielast wordt door werkgevers betaald via een loongerelateerde bijdrage aan het eerder genoemde fonds. Om solidariteit en toegankelijkheid te garanderen geldt voor verzekeraars een acceptatieplicht voor het standaardpakket met een verbod op premiedifferentiatie naar gezondheid of leeftijd, in samenhang met een systeem van risicoverevening.

De invoering van een nominale ziektekostenpremie mag niet leiden tot een onaanvaardbaar hoge belasting van de individuele huishouding. Daarom ontvangen verzekerden een toeslag waarvan de hoogte gelijk is aan het verschil tussen de genormeerde ziektekosten en de hoogte van de standaard verschuldigde nominale ziektekostenpremie minus het eigen risico. Hiermee is een robuust instrument geïntroduceerd waarmee excessieve premielasten duurzaam kunnen worden gecompenseerd. Teneinde algemene inkomenseffecten van de invoering van het zorgstelsel in het jaar van invoering te compenseren zal in hetzelfde jaar een afgewogen pakket fiscale maatregelen worden genomen (waaronder afschaffing van de OZB voor woningen, verhoging van de algemene heffingskorting en de invoering van een inkomensafhankelijke kinderkorting).'

Na 'privaatrechtelijke' in de eerste regel is een voetnoot opgenomen, luidend: 'Uitgaande van de veronderstelling dat het gemeenschapsrecht daartoe voldoende ruimte laat'.

### *2.2 Kenmerken van het nieuwe verzekeringsstelsel*

De kenmerken van het stelsel kunnen als volgt nader worden omschreven.

#### *Kring van verzekerden*

'Iedereen'; het gaat dus om een verzekering die qua kring van verzekerden vergelijkbaar is met de volksverzekeringen.

#### *Uitvoering*

Gekozen is voor 'private uitvoerders'; tevens wordt de term 'verzekeraar' gehanteerd; wij gaan ervan uit dat in het Strategisch Akkoord wordt bedoeld dat de uitvoering in handen komt van privaatrechtelijke rechtspersonen.

#### *De verzekeringsrelatie*

De verzekeringsrelatie heeft (onder het voorbehoud van verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht) een privaatrechtelijk karakter: verzekerden en verzekeraars sluiten privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomsten.

### *Verzekerings- en acceptatieplicht*

Het gaat om een voor de burgers 'verplichte' verzekering; wij gaan ervan uit dat hiermee wordt bedoeld dat eenieder verplicht is een privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst te sluiten, waarbij een analogie mogelijk is met de verzekeringsplicht die de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) kent. Daar staat de verplichting van de verzekeraars tegenover om met personen die zich aanmelden een verzekeringsovereenkomst aan te gaan (acceptatieplicht). Een dergelijke acceptatieplicht kent de WAM niet.

### *Verzekeringsaanpakken*

De verzekeringsaanpakken zullen vergelijkbaar zijn met die van het huidige ziekenfondspakket. Het staat nog niet vast of er sprake zal zijn van een naturastelsel (waarin de verzekerde jegens de verzekeraar een aanspraak op zorg heeft) dan wel een restitutiestelsel (waarin de verzekerde jegens de verzekeraar een aanspraak op vergoeding van kosten heeft), of een combinatie van beide.

Het Strategisch Akkoord spreekt zich niet uit over de vraag of verzekeraars met aanbieders van zorg (instellingen voor gezondheidszorg en zelfstandig gevestigde beroepsbeoefenaren) overeenkomsten moeten sluiten, betrekking hebbend op de zorg die aan verzekerden wordt verleend en/of de kosten daarvan<sup>8</sup>.

### *Financiering*

Het nieuwe verzekeringsstelsel wordt gefinancierd door premies, behalve voor kinderen tot 18 jaar. Er komt een nominale premie die per verzekeraar kan verschillen, maar de verzekeraar mag de premie niet differentiëren naar gezondheid of leeftijd. De helft van de premie wordt door de werkgevers betaald via een loongerelateerde bijdrage.

De kosten van verzekerden tot 18 jaar worden gefinancierd door een rijksbijdrage. Om een onaanvaardbaar hoge belasting van de individuele huishouding te voorkomen kunnen verzekerden in aanmerking komen voor een toeslag. De toeslag is gelijk aan het verschil tussen 'de genormeerde ziektekosten en de standaard verschuldigde nominale ziektekostenpremie minus het eigen risico'. Er worden fiscale maatregelen genomen om algemene inkomenseffecten in het jaar van invoering te compenseren.

Er komt voor de verzekeraars een stelsel van risicoverevening. Risicoverevening en premieverrekening vinden via een fonds plaats.

### *2.3 Privaat- en publiekrechtelijke aspecten van het stelsel*

Van privaatrechtelijke vormgeving is sprake als de rechten en verplichtingen van de betrokken partijen (burgers, verzekeraars, instellingen voor gezondheidszorg en beroepsbeoefenaren, de overheid) berusten op privaatrechtelijke overeenkomsten. Van publiekrechtelijke vormgeving is

---

<sup>8</sup> Dergelijke overeenkomsten zijn inherent aan een naturastelsel, maar zijn ook mogelijk in een restitutiestelsel; de wenselijkheid van een dergelijk overeenkomstenstelsel hangt nauw samen met de mate van verantwoordelijkheid die op de verzekeraars moet rusten voor het aanbod van zorg en de beheersing van de kosten daarvan.

sprake als de rechten en verplichtingen van de betrokken partijen rechtstreeks voortvloeien uit de wetgeving (wet in formele zin of daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen).

Het Strategisch Akkoord gaat uit van een privaatrechtelijk stelsel, maar stelt aan dat stelsel eisen die in elk geval een publiekrechtelijke interventie nodig maken:

- van een verplichting tot het sluiten van verzekeringsovereenkomsten (een verplichting die zowel voor burgers als voor verzekeraars zal gelden) kan alleen sprake zijn als de wet daartoe verplicht
- aan de werkgevers kan slechts bij wet in formele zin de verplichting worden opgelegd de helft van de premielast (via een loongerelateerde bijdrage) te betalen
- financiering van de kosten van verzekerden tot 18 jaar via een rijksbijdrage impliceert eveneens een publiekrechtelijke interventie (begrotingswet)
- hetzelfde geldt voor de toekenning van een toeslag ter voorkoming van onaanvaardbaar hoge gezinslasten
- fiscale maatregelen om onaanvaardbare inkomenseffecten te compenseren kunnen slechts worden getroffen op grond van de (publiekrechtelijke) fiscale wetgeving.

Vervolgens rijst de vraag of andere aspecten van het stelsel privaat- dan wel publiekrechtelijk kunnen worden geregeld. Het gaat daarbij in het bijzonder om:

- de omvang van de verzekeringsdekking
- aard van de premies (nominale premie, zonder differentiatie naar gezondheid of leeftijd)
- de verrekening van de premies
- een stelsel van risicoverevening

Deze aspecten zouden in principe privaatrechtelijk kunnen worden geregeld op basis van landelijk geldende overeenkomsten tussen de verzekeraars, waarbij zij zich verbinden ten aanzien van de omvang van de verzekeringsdekking en de premiestelling, terwijl voor de premieverrekening en risicoverevening door de verzekeraars een privaatrechtelijke instelling in het leven zou kunnen worden geroepen.

Een dergelijke privaatrechtelijke vormgeving stuit echter op twee bezwaren:

- zonder wettelijk geregelde rechten en verplichtingen zijn de verzekeraars vrij in de bepaling van de verzekeringsvoorwaarden die zij aanbieden, zowel ten aanzien van de dekking als ten aanzien van de premies; de effectuering van een verzekeringsstelsel zoals in het Strategisch Akkoord beoogd kan zonder wetgeving en uitsluitend op basis van privaatrechtelijke overeenkomsten niet over de gehele linie worden gewaarborgd
- wanneer verzekeraars zich daarentegen – in het bijzonder ten aanzien van de verzekeringsdekking, de premiestelling en de risicoverevening – conformeren aan hetgeen de overheid op dat vlak voor ogen staat, kan dat slechts geschieden door overeenkomsten of onderling afgestemd feitelijk gedrag; deze gedragingen impliceren dat de verzekeraars de concurrentie uitsluiten of merkbaar beperken; overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die concurrentie tussen de verzekeraars uitsluiten of beperken zijn in strijd met het nationale en Europese mededingingsrecht en derhalve in beginsel verboden.

Kort gezegd is een privaatrechtelijke vormgeving dus ófwel niet effectief ófwel in strijd met het mededingingsrecht. Dat betekent dat in zoverre een privaatrechtelijke vormgeving ongeschikt is

voor de verwezenlijking van het verzekeringsstelsel dat volgens het Strategisch Akkoord wordt beoogd.

De conclusie hieruit is dat publiekrechtelijke interventie – in de vorm van één of meer wetten in formele zin en de daarop te baseren uitvoeringsregelingen – noodzakelijk is om de verwezenlijking mogelijk te maken van een stelsel van ziektekostenverzekering dat ook ten aanzien van de verzekeringsdekking, de aard van de premies (nominale premie, zonder differentiatie naar gezondheid of leeftijd), de verrekening van de premies en een stelsel van risicoverevening voldoet aan hetgeen blijkens het Strategisch Akkoord wordt beoogd.

Het voorgaande betekent dat in het nieuwe stelsel van privaatrechtelijke aard kunnen zijn:

- de wijze waarop de verzekeringsrelatie tot stand komt: een privaatrechtelijke overeenkomst tussen burger en verzekeraar, in plaats van een wettelijke regeling die personen kwalificeert als verzekerden
- het rechtskarakter van de uitvoerders/verzekeraars, die geen publiekrechtelijke bestuursorganen maar privaatrechtelijke rechtspersonen zijn<sup>9</sup>
- eventuele overeenkomsten die verzekeraars met aanbieders van zorg sluiten.

Het is bovendien duidelijk dat de verzekeringsrelatie, ook al zou deze privaatrechtelijk van aard zijn, in belangrijke mate de invloed van publiekrechtelijke regelgeving zal ondergaan: afgezien van de (zowel op burgers als verzekeraars rustende) verplichting tot het aangaan van verzekeringsovereenkomsten worden de uit die overeenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen in belangrijke mate bepaald door dwingend recht. De wet zal immers (moeten) regelen welke aanspraken de verzekerde heeft en wat de aard van de premie is die de verzekerde op grond van de overeenkomst verschuldigd is.

Ook is denkbaar (al vermeldt het Strategisch Akkoord daarover niets) dat bijzondere eisen worden gesteld aan de inrichting, de financiering en/of de bedrijfsvoering van de verzekeraars<sup>10</sup>.

Tenslotte is denkbaar dat het gewenst wordt eisen te stellen aan de (eventuele) overeenkomsten tussen verzekeraars en aanbieders van zorg. Ook in zoverre zou dan sprake zijn van (publiekrechtelijk) dwingend recht, dat de inhoud van de verzekeringsrelatie mede bepaalt.

## 2.4 Conclusie

Deze analyse leidt ertoe dat onderwerp van onderzoek is een verzekeringsstelsel waarin:

- hetzij de wet<sup>11</sup> de burger verplicht zich tegen ziektekosten te verzekeren (privaatrechtelijk stelsel, zoals in het Strategisch Akkoord primair beoogd) of de burger van rechtswege als verzekerde aanmerkt (publiekrechtelijk stelsel)
- de wet de verzekeraar verplicht personen als verzekerden te accepteren

---

<sup>9</sup> Opmerking verdient dat de hoedanigheid van privaatrechtelijke rechtspersoon niet uitsluit dat het bestuur daarvan als bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht geldt; dat is het geval als het privaatrechtelijke orgaan met enig openbaar gezag is bekleed.

<sup>10</sup> Afgezien van de eisen die normaliter voor elke verzekeraar gelden krachtens de Wet toezicht verzekeringbedrijf.

<sup>11</sup> Onder 'wet' moet hier worden verstaan: een wet in formele zin en de daarop te baseren uitvoeringsregelingen.

- de verzekeringsrelatie tot stand komt bij óf privaatrechtelijke overeenkomst óf van rechtswege
- de verzekeraars het karakter hebben van privaatrechtelijke rechtspersonen
- (eventueel) de wet nadere eisen stelt aan de verzekeraars
- de wet voorschrijft welke aanspraken de verzekering omvat
- de wet voorschrijft dat verzekerden een nominale premie verschuldigd zijn
- (eventueel) tussen verzekeraars en aanbieders van zorg privaatrechtelijke overeenkomsten worden gesloten
- (eventueel) de wet eisen stelt aan overeenkomsten tussen verzekeraars en aanbieders van zorg
- de wet de verzekeraars verbiedt de premie te differentiëren naar gezondheid of leeftijd
- de wet aan de werkgevers de verplichting oplegt de helft van de premielast (via een loongerelateerde bijdrage) te betalen
- bij (begrotings)wet wordt voorzien in de financiering van de kosten van verzekerden tot 18 jaar via een rijksbijdrage
- bij wet wordt voorzien in een toeslag ter voorkoming van onaanvaardbaar hoge gezinslasten
- bij fiscale wetgeving maatregelen worden getroffen om onaanvaardbare inkomenseffecten te compenseren
- bij wet een voorziening wordt getroffen voor de verrekening van de premies
- bij wet wordt voorzien in een stelsel van risicoverevening.

### 3. Uitgangspunten voor de Europeesrechtelijke beoordeling

Het Europese Hof van Justitie (hierna: 'het Hof') heeft meermalen vastgesteld dat de lidstaten hun bevoegdheid hebben behouden hun stelsels van sociale zekerheid in te richten<sup>12</sup>. Het heeft daar echter steeds in één adem aan toegevoegd dat de lidstaten bij het uitoefenen van die bevoegdheid het gemeenschapsrecht hebben te eerbiedigen. Daarbij moet met name worden gedacht aan bepalingen van het EG-Verdrag, zoals die inzake het vrij verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten, de mededinging en het verbod van staatssteun. Daarnaast geldt dat de lidstaten niet langer bevoegd zijn eenzijdig regelend op te treden terzake van onderwerpen die in communautair verband zijn geharmoniseerd. Voor dergelijke onderwerpen hebben de lidstaten namelijk hun bevoegdheden aan de Europese Gemeenschap overgedragen. Voor de onderhavige materie zijn in dat verband vooral de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf van belang.

Terzake van de inrichting van hun stelsel van ziektekostenverzekering kunnen lidstaten kiezen voor een publiekrechtelijk of een privaatrechtelijk stelsel dan wel een mengvorm. Naar gelang de gemaakte keuze voor de ene of de andere variant zullen de toepasselijke Europese regels evenwel (aanzienlijk) kunnen verschillen. Deze consequenties kunnen uiteraard mede van invloed zijn op de te maken keuzes.

Bij de analyse van de vraag welke regels van gemeenschapsrecht op een bepaald stelsel van toepassing zijn, spelen nationale kwalificaties een ondergeschikte rol. Het Hof wil namelijk voorkomen dat communautaire instrumenten qua reikwijdte per lidstaat zouden verschillen en bij gevolg niet uniform door de hele EU zouden worden toegepast. Steeds zullen materiële kenmerken beslissend zijn voor de kwalificatie van een nationaal stelsel.

Daar komt als complicerende factor bij, dat eenzelfde begrip in het ene communautaire instrument niet dezelfde betekenis hoeft te hebben als in het andere communautaire instrument. Een goed voorbeeld daarvan is het begrip 'wettelijk stelsel van sociale zekerheid', zoals hierna aan de orde zal komen. Deze discrepanties hangen samen met het gegeven dat zowel het Hof als de Commissie in het algemeen een teleologische interpretatiemethode hanteren bij de uitlegging van communautaire instrumenten. Dat heeft, concreet, tot gevolg dat de materiële werkingssfeer doorgaans zo ruim mogelijk wordt uitgelegd, uitzonderingen daarentegen strikt.

---

<sup>12</sup> HvJEG 7 februari 1984, Duphar e.a., zaak 238/82, Jur. p. 523, punt 16; 26 maart 1996, Garcia, zaak C-238/94, Jur. p. I-1673, punt 15; 17 juni 1997, Sodemare e.a., zaak C-70/95, Jur. p. I-3395, punt 27; 28 april 1998, Kohll, C-158/96, Jur. p. I-1931, punt 17; 12 juli 2001, Smits en Peerbooms, zaak C-157/99, Jur. p. I-5473, punt 44; en 22 januari 2002, Cisal de Battistello, zaak C-218/00, Jur. p. I-691, punt 31.

## 4. De Richtlijnen inzake het directe schadeverzekeringsbedrijf

### 4.1 Werkingssfeer en doel van de Schaderichtlijnen

Voor de beoordeling van de beoogde basisverzekering is cruciaal de vraag of de Europese richtlijnen inzake het directe schadeverzekeringsbedrijf (hierna: 'de Schaderichtlijnen')<sup>13</sup> daarop van toepassing zullen zijn. De Schaderichtlijnen hebben betrekking op de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden op het gebied van de directe verzekeringen welke door verzekeringsmaatschappijen die in een lidstaat zijn gevestigd worden verricht<sup>14</sup>. Het begrip 'directe verzekering' wordt niet gedefinieerd. Wel somt artikel 2, lid 1, van de Eerste richtlijn een aantal verzekeringen op waarop de Richtlijnen niet van toepassing zijn, zoals de levensverzekering en 'de verzekeringen die zijn opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid' (letter d). Het begrip 'verzekeringsonderneming' wordt al evenmin gedefinieerd. Er wordt slechts naar verwezen als een onderneming waaraan door een lidstaat een vergunning is gegeven voor de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf<sup>15</sup>. De Schaderichtlijnen zijn ook van toepassing op onderlinge waarborgmaatschappijen, tenzij aan bepaalde, cumulatieve, voorwaarden is voldaan, onder meer de voorwaarde dat de totale jaarlijkse premieontvangst niet meer dan € 1 miljoen bedraagt. In een bijlage bij de Eerste richtlijn zijn de branches opgesomd waarop de richtlijn van toepassing is. 'Ziekte' staat als punt 2 op de lijst van branches.

De Schaderichtlijnen hebben een tweeledig doel: het creëren van gelijke concurrentievoorwaarden voor verzekeringsondernemingen binnen de EU en de bescherming van verzekerden. Zij gaan uit van het principe van één vergunning voor de hele interne markt, te verlenen door de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong, waar het hoofdkantoor van de verzekeraar is gevestigd. Het is de toezichthouder van dat land, die als enige bedrijfseconomisch toezicht uitoefenen mag. Teneinde het vrij verkeer van schadeverzekeringen binnen de Europese Unie mogelijk te maken, bevatten de richtlijnen onder meer geharmoniseerde regels over de financiële bedrijfsvoering van schadeverzekeraars en de door deze aan te houden solvabiliteitsmarges en reservevorming. Een en ander is kernachtig tot uitdrukking gebracht in considerans 5 bij de Derde richtlijn:

'Overwegende dat met de onderhavige richtlijn wordt beoogd een wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfseconomisch toezicht, waardoor een zelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het toezicht wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst.'

---

<sup>13</sup> Eerste Richtlijn 73/239/EEG 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 EG L 228/3); Tweede Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 73/239/EEG (Pb EG L 172/1); en Derde Richtlijn 92/49 van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (Pb EG L 228/1).

<sup>14</sup> Zie artikel 1 van de Eerste richtlijn.

De door de Richtlijn gerealiseerde harmonisatie heeft daarnaast gevolgen voor de inhoudelijke eisen die lidstaten aan verzekeringsovereenkomsten mogen stellen (zie hierna, §4.4. en §4.5).

#### 4.2 *Eerste kwalificatieprobleem: valt het beoogde stelsel onder de uitzondering voor 'verzekeringen die zijn opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid'?*

##### 4.2.1 *Reikwijdte van deze uitzondering*

Blijkens artikel 2, lid 1, sub d) van de Eerste richtlijn, waarnaar artikel 2, lid 2 van de Derde richtlijn verwijst, zijn 'de verzekeringen die zijn opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid' van het toepassingsgebied uitgesloten (hierna: 'de sociale zekerheidsexceptie'). Daarmee rijst de vraag wat in deze context daaronder moet worden verstaan.

Deze vraag stond centraal in het arrest het Hof van 18 mei 2000, *Commissie/België*<sup>16</sup>, dat betrekking had op een verplichte arbeidsongevallenverzekering, die door particuliere verzekeraars werd uitgevoerd en die door België buiten het toepassingsgebied was gelaten van de nationale regeling waarbij de Derde richtlijn was omgezet. Het Hof betrok in zijn analyse artikel 55 van de Derde richtlijn, dat voor arbeidsongevallenverzekeringen een speciale regeling geeft:

'De lidstaten kunnen van de verzekeringsondernemingen die op hun grondgebied voor eigen risico de verplichte arbeidsongevallenverzekering uitoefenen, verlangen dat zij de specifieke voorschriften naleven die in hun nationale wetgeving ten aanzien van deze verzekering zijn opgenomen, met uitzondering van de bepalingen inzake het financiële toezicht, die onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat van herkomst vallen.'

Het Hof overwoog dat artikel 55 een speciale uitzondering op de algemene regeling van de Derde richtlijn vormt. Daarmee bevestigde het impliciet dat de in die bepaling genoemde arbeidsongevallenverzekeringen binnen de materiële werkingsfeer van de Schaderichtlijnen vallen (arrest, punt 36). Volgens de Belgische regering zou genoemd artikel 55 evenwel alleen betrekking hebben op arbeidsongevallenverzekeringen die niet onder de nationale sociale zekerheidsstelsels vallen. Het Hof verwierp dat argument, hetgeen bevestigt dat de door een lidstaat aan een nationale regeling gegeven kwalificatie 'sociale zekerheid' niet beslissend is voor de kwalificatie van die regeling ingevolge de Schaderichtlijnen (zie ook arrest, punt 41). België beriep zich erop dat de betrokken arbeidsongevallenverzekering onder de werkingsfeer van Verordening 1408/71 inzake sociale zekerheid viel (arrest, punt 27). Het Hof ging op dat argument zelfs niet in, hetgeen erop wijst dat het niet relevant werd gevonden.

De door België voorgestane enge uitleg van artikel 55 – en bijgevolg de ruime uitleg van de sociale zekerheidsexceptie –, werd vervolgens van de hand gewezen, onder meer op grond van het argument dat de betrokken verzekeringsondernemingen een tot de dienstensector behorende economische activiteit uitoefenden (arrest, punt 39). Het Hof concludeerde dat de Derde richtlijn van toepassing is op verzekeringen die in het kader van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid door verzekeringsondernemingen 'voor eigen risico worden uitgeoefend' (arrest, punt 44).

---

<sup>15</sup> Zie artikel 1, onder a), van de Derde richtlijn, dat verwijst naar artikel 6 van de Eerste richtlijn.

<sup>16</sup> Commissie/België, zaak C-206/98, Jur. p. I-3509.

Vooral de bewoordingen van deze concluderende rechtsoverweging kunnen de vraag doen rijzen of, in zijn algemeenheid, de sociale zekerheidsexceptie reeds dan toepassing mist wanneer (en omdat) uitvoerders van een ziektekostenverzekering *voor eigen risico* (en rekening) handelen. Naar onze mening rechtvaardigt het arrest niet een zo algemene conclusie. Anders had het Hof immers niet hoeven in te gaan op de betekenis van artikel 55, maar had het kunnen volstaan de toepasselijkheid van de sociale zekerheidsexceptie te ecarteren op grond van de enkele constatering dat de betrokken verzekeraars voor eigen risico handelden. De woorden 'voor eigen risico' lijken daarbij door het Hof letterlijk te zijn ontleend aan het geciteerde artikel 55. Zij vormen naar onze mening niet als zodanig een voldoende maatstaf voor de afbakening van genoemde uitzondering.

Dat betekent evenwel niet dat het dragen van risico een irrelevant gegeven zou zijn. Het dient echter, meer precies gezegd, te gaan om het *verzekeringsrisico*. Kernpunt is het financiële risico als gevolg van de onzekerheidsfactor die eigen is aan een verzekeringsrelatie. Hoewel het stellig niet eenvoudig is een precieze grens te trekken, dienen die risico's te worden onderscheiden van andere omstandigheden die het bedrijfseconomisch resultaat van een ziektekostenverzekeraar beïnvloeden, bijvoorbeeld de contracten met zorgaanbieders of *efficiencies* gerealiseerd bij de uitvoering van de verzekering. Overigens kan ook een uitvoeringsinstantie die gebonden is aan een door de overheid vastgestelde budgettering van de uitgaven voor verstrekkingen, een zeker risico dragen. Dat risico is echter, naar het ons voorkomt, eveneens van een andere orde dan het hier bedoelde verzekeringsrisico.

#### 4.2.2 Toepassing van de exceptie op de beoogde basisverzekering

In het stelsel dat is beoogd in het Strategisch Akkoord, komt de verzekeringsrelatie op grond van een overeenkomst tussen verzekeraar en verzekerde tot stand. Dit alleen al vormt een aanwijzing (maar ook niet meer dan een aanwijzing) dat het stelsel niet onder de sociale zekerheidsexceptie valt. De belangrijkste argumenten voor de opvatting dat het door het Strategisch Akkoord geschetste stelsel, in weerwil van de talrijke daarin opgenomen solidariteitselementen, *niet* onder de sociale zekerheidsexceptie valt, kunnen als volgt worden samengevat.

- a) Voorop moet worden gesteld dat het Hof, getuige onder andere de zaak *Commissie/België*, de uitzondering van artikel 2, lid 1, sub d, van de Eerste richtlijn restrictief uitlegt. Die benadering past in de courante interpretatiemethode van het Hof.
- b) Tegen deze achtergrond verdient artikel 54, lid 1, van de Derde richtlijn de aandacht. Deze bepaling (waarop wij hierna nader zullen ingaan) kent op onderdelen een uitzondering van het regime van de richtlijn voor een stelsel van overeenkomsten met betrekking tot ziektekosten die 'de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk kunnen vervangen'. Deze bepaling is in de Derde richtlijn opgenomen met het oog op onder andere de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (WTZ<sup>17</sup>). Het

---

<sup>17</sup> Thans de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998.

stelsel van de WTZ kent onmiskenbaar solidariteitselementen die in hoge mate vergelijkbaar zijn met die van de beoogde nieuwe basisverzekering. Nu de verzekering krachtens de WTZ kennelijk niet kon worden aangemerkt als sociale zekerheid in de zin van de Derde richtlijn (omdat in dat geval artikel 54 niet nodig was geweest), is het uiterst onaannemelijk dat de nieuwe basisverzekering, die vergelijkbare solidariteitselementen kent, wél als sociale zekerheid zou kunnen worden gekwalificeerd.

- c) Vervolgens is ook voor de juridische discussie niet zonder belang dat het Strategisch Akkoord een duidelijk signaal heeft willen afgeven voor een nieuw, marktgeoriënteerd, stelsel waarin particuliere verzekeraars met elkaar concurreren. De uitvoering van het stelsel wordt daarbij bewust in handen gelegd van ondernemingen die niet de uitvoering van de sociale zekerheid als activiteit hebben, maar hun bedrijf maken van het tegen vergoeding en met winstoogmerk aanbieden van verzekeringsovereenkomsten. In het licht daarvan is het niet plausibel dat de beoogde basisverzekering zou moeten worden gezien als een wettelijk stelsel van sociale zekerheid.
- d) Een laatste indicatie betreft de wijze waarop de premies worden vastgesteld: hoewel premiedifferentiatie op grond van leeftijd of gezondheid niet zal zijn toegestaan, zullen de aanbieders van de basisverzekering de hoogte van de nominale premies vrij kunnen vaststellen. Het vaststellen van de premie op grond van door de uitvoerder zelf vast te stellen criteria is echter vreemd aan stelsels van sociale zekerheid.

Deze elementen, elk afzonderlijk en in hun onderlinge samenhang gezien, wijzen duidelijk in de richting van een stelsel dat *niet* valt onder de sociale zekerheidsexceptie. De vraag is of dezelfde conclusie moet worden aangehouden voor een publiekrechtelijk stelsel met overigens dezelfde kenmerken. Die vraag wordt hierna in § 4.6 en 4.7 besproken.

#### 4.3 *Tweede kwalificatieprobleem: is de bijzondere regeling van artikel 54 van de Derde richtlijn van toepassing?*

De constatering dat de Schaderichtlijnen naar alle waarschijnlijkheid van toepassing zijn, doet vervolgens de vraag rijzen of de beoogde (algemene) basisverzekering in aanmerking komt voor het speciale regime dat voor bepaalde ziektekostenverzekeringen is neergelegd in artikel 54, lid 1, van de Derde richtlijn. Daartoe is vereist dat de basisverzekering kan worden aangemerkt als een stelsel van 'overeenkomsten die de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk kunnen vervangen'. In dat geval namelijk kan een lidstaat verlangen:

*'dat deze overeenkomst voldoet aan de door de lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen ter bescherming van het algemeen belang waarop deze verzekering betrekking heeft, en dat de bevoegde autoriteiten van deze lidstaat in kennis worden gesteld van de algemene en bijzondere voorwaarden van deze verzekering, alvorens deze in omloop wordt gebracht.'* (curs. BJD/dGr)

Onzeker is hoever de verplichtingen die een lidstaat ingevolge artikel 54, lid 1, mag opleggen, precies gaan. Punten 23 en 24 van de considerans, die specifiek (en uitsluitend) betrekking hebben op artikel 54, wijzen uit dat in een dergelijk geval een lidstaat bijvoorbeeld een maximumpremie kan opleggen, wat er overigens niet toe mag leiden dat particuliere verzekeringsmaatschappijen worden gedwongen tegen verlies te werken, en hen tevens kan dwingen aan een omslag- of ander compensatiestelsel deel te nemen. Of ook een acceptatieplicht kan worden opgelegd, staat echter geenszins vast<sup>18</sup>.

Wat daar verder ook van zij, een beroep op artikel 54 zal alleen kunnen slagen als vaststaat dat die bepaling van toepassing is op een situatie als de onderhavige, waarin is beoogd een stelsel van verplichte particuliere ziektekostenverzekering in de plaats te stellen van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid. Naar het ons voorkomt heeft artikel 54 een beperktere strekking. Blijkens haar bewoordingen heeft deze regeling het oog op particuliere verzekeringen welke *de dekking* die door het wettelijke stelsel wordt geboden, geheel of gedeeltelijk *kunnen substitueren*, hetgeen veronderstelt dat er *daarnaast* een dekking op grond van een stelsel van sociale zekerheid *bestaat* c.q. blijft bestaan. Met andere woorden, deze regeling heeft niet het oog op de situatie waarin een overeenkomstenstelsel het wettelijk stelsel zélf geheel substitueert<sup>19</sup>. De eis van nevenschikking van twee stelsels blijkt ook uit considerans 24, waar gesproken wordt van een standaardovereenkomst waarvan de dekking gelijk loopt met die van de wettelijke stelsels van sociale zekerheid<sup>20</sup>.

De conclusie is dan ook artikel 54, lid 1 vermoedelijk niet van toepassing is op de beoogde basisverzekering. Dat heeft tot gevolg dat het algemene regime van de Schaderichtlijnen, zoals dat met name is neergelegd in de Derde richtlijn, van toepassing zal zijn. Thans zullen wij onderzoeken wat dat concreet betekent.

#### 4.4 De gevolgen van de toepasselijkheid van het normale regime van de Schaderichtlijnen

Aangezien de Schaderichtlijnen onder andere voorzien in harmonisatie van nationale wetgevingen, is hun relevantie niet beperkt tot de positie van buitenlandse (EU) maatschappijen die in het kader van de vrijheid van vestiging of de vrije dienstverlening verzekeringen aanbieden. Integendeel, de Schaderichtlijnen hebben ook vergaande gevolgen voor de mogelijkheden van de overheid regels te stellen terzake van *binnenlandse aanbieders* van verzekeringen. De speelruimte die de lidstaten nog hebben kan als volgt worden weergegeven.

Voor onderwerpen die door de richtlijn uitdrukkelijk zijn geharmoniseerd, hebben lidstaten geen speelruimte meer, zij het dat de richtlijn op onderdelen toestaat dat lidstaten voor (eigen)

---

<sup>18</sup> Opmerking verdient echter dat de Commissie voor zover bekend nooit bezwaar heeft gemaakt tegen de acceptatieplicht in de WTZ.

<sup>19</sup> Een indicatie hiervoor vormt ook de achtergrond van artikel 54, dat in de richtlijn is opgenomen op instigatie van Nederland, Duitsland en Ierland; in geen van die landen werd met de uitzonderingsbepaling beoogd ruimte te scheppen voor algehele vervanging van het stelsel van sociale zekerheid door een particuliere ziektekostenverzekering.

<sup>20</sup> Het rapport van de ICER werkgroep zorgstelsel kwam tot dezelfde conclusie. Daar werd tevens opgemerkt, dat op zichzelf een minder restrictieve interpretatie denkbaar is, volgens welke de uitzondering tevens van toepassing zou zijn op de algehele vervanging van een wettelijk stelsel door een stelsel van verzekeringsovereenkomsten, zonder dat een wettelijk stelsel als benchmark overblijft. De kans dat die

binnenlandse verzekeringsondernemingen *strengere* normen uitvaardigen dan in de Derde richtlijn zijn voorzien<sup>21</sup>.

Voor onderwerpen terzake waarvan de richtlijn geen harmonisatiebepaling bevat, zijn de lidstaten bevoegd gebleven regels en normen te stellen. Deze bevoegdheid is evenwel begrensd door (i) het systeem en de strekking van de Derde richtlijn (zowel t.a.v. binnenlandse als buitenlandse verzekeringsondernemingen) en (ii) het EG-Verdrag (met name t.a.v. buitenlandse ondernemingen).

De vraag die thans bespreking behoeft, is of zaken als een acceptatieplicht, een (gedeeltelijk) verbod op premiedifferentiatie etc. in de Derde Schaderichtlijn zijn geharmoniseerd, in de zin dat ze onder bepaalde voorwaarden zijn toegestaan of juist zijn verboden. De richtlijn is in dat opzicht niet erg eenduidig. Men zal er namelijk tevergeefs zoeken naar harmonisatiebepalingen over die onderwerpen, dit in tegenstelling tot onderwerpen als de solvabiliteitsratio. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de Richtlijn op dit punt zonder betekenis is en de lidstaten vrijlaat.

Een belangrijke indicatie dat het lidstaten niet is toegestaan in te grijpen in zaken als het acceptatiebeleid van de verzekeraars, de dekkingsomvang van de polissen en de hoogte van de premies, is te vinden in artikel 29, dat luidt:

'Lidstaten stellen geen bepalingen vast waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geëist van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven en de formulieren en andere documenten waarvan een verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers. Voor het toezicht op de naleving van de nationale bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomsten kunnen zij alleen een niet-systematische mededeling van deze voorwaarden en andere documenten eisen, zonder dat dit vereiste voor de verzekeringsonderneming een voorwaarde vooraf voor de uitoefening van haar werkzaamheden mag vormen.'

Deze bepaling is voor meer dan één uitleg vatbaar.

Volgens een eerste, letterlijke, interpretatie zou deze bepaling niets anders inhouden dan dat de overheid geen voorafgaande en systematische controle van de verzekeringspolissen mag uitoefenen (alleen ex-post controle, door de bevoegde toezichthouder, is toegestaan). Voor het overige zouden de lidstaten in beginsel vrij zijn in het stellen van wettelijke voorwaarden aan de inhoud van de verzekeringsovereenkomsten. Voor dat laatste zou steun kunnen worden gevonden in considerans 18 bij de Derde richtlijn:

'Overwegende dat de harmonisatie van het recht op het gebied van verzekeringsovereenkomsten geen prealabele voorwaarde is voor de totstandbrenging van de interne verzekeringsmarkt; dat derhalve de aan de lidstaten gelaten mogelijkheid om verzekeringsovereenkomsten tot dekking van op hun grondgebied gelegen risico's onder toepassing van hun recht te doen vallen, voldoende waarborgen biedt voor verzekeringnemers die behoefte hebben aan bijzondere bescherming.'

Deze overweging zou bevestigen dat de Derde richtlijn de voorwaarden regelt waaronder verzekeringsactiviteiten kunnen worden uitgeoefend, maar niet de inhoud van de

---

(ruimere) interpretatie door het Hof (dan wel de Commissie) wordt gevolgd, achten wij echter klein.

<sup>21</sup> Zie considerans 8 van de Derde richtlijn.

verzekeringsovereenkomst. Daaruit zou volgen dat ook in een privaatrechtelijk stelsel dat onder de werkingssfeer van de Schaderichtlijnen valt, ruimte is voor het stellen van vergaande inhoudelijke eisen aan de verzekeringsovereenkomsten.

Volgens een tweede, systematische en teleologische, interpretatie van artikel 29 volgt uit het verbod op voorafgaande controle van de verzekeringsvoorwaarden impliciet dat de verzekeringsondernemingen ook vrij moeten zijn die voorwaarden zo veel mogelijk naar eigen inzicht vast te stellen, tenzij de Derde richtlijn anders bepaalt of uitdrukkelijk anders toelaat. Artikel 29 behelst in die visie een 'negatief verbod': lidstaten moeten zich onthouden van ingrijpen in de contracteer- en premievoorwaarden. In die opzet is niet wel denkbaar dat een lidstaat een acceptatieplicht zou kunnen opleggen.

Wij sluiten ons aan bij de tweede interpretatie om de volgende redenen.

- a) Een (algemeen) verbod op voorafgaande kennisgeving van premievoorwaarden zou weinig zin hebben, als het de overheid zou zijn toegestaan de inhoud van de premievoorwaarden (volledig) te dicteren. In een dergelijk geval zou de voorafgaande mededeling van die voorwaarden immers nergens toe dienen.
- b) De speciale regeling van artikel 54 zou overbodig (en daarom zinledig) zijn, als dezelfde eisen ook reeds in het kader van het algemene regime van de Derde richtlijn aan ziektekostenverzekeringen zouden mogen worden gesteld. De toegevoegde waarde van die bepaling zou dan uitsluitend bestaan in de mogelijkheid van te voren de premievoorwaarden op te vragen<sup>22</sup>. Naar wij begrijpen bestond ten tijde van de onderhandelingen over de Derde richtlijn echter zowel aan de zijde van de Commissie als aan de zijde van de Nederlandse overheid de overtuiging dat het creëren van een uitzondering noodzakelijk was, omdat de WTZ anders in strijd zou komen met de Schaderichtlijnen<sup>23</sup>.
- c) In de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over 'Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de verzekeringssector' (waarop wij nader zullen ingaan als wij komen te spreken over de positie van buitenlandse verzekeraars) zijn aanwijzingen te vinden voor de stelling dat verzekeraars zelf de door hen gehanteerde voorwaarden moeten kunnen bepalen. Zo staat te lezen dat de Derde richtlijn 'de vrijheid van tarifiering heeft ingesteld' (naast de opheffing van voorafgaande en systematische controle van tarieven en overeenkomsten) en dat de handhaving van een verplicht tarifieringsmechanisme 'daarom in strijd met de geest en de letter van de Derde richtlijn [lijkt]'<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Die mogelijkheid bestaat overigens reeds bij verplicht gestelde verzekeringen; zie artikel 30, lid 2. Voor die verzekeringen kan dus, in afwijking van artikel 29, worden geëist dat de verzekeraar de polisvoorwaarden meedeelt aan de toezichthoudende autoriteit.

<sup>23</sup> In dat verband kan ook worden herinnerd aan de Resolutie 2000/2009 van het Europees Parlement (voorbereid door het EP lid Rocard), waarin de Commissie wordt gevraagd een Groenboek uit te brengen inzake de functie die aanvullende ziektekostenverzekeringen in de Europese Unie vervullen in relatie tot de toegankelijkheid van zorg en voorbereidingen te treffen om op korte termijn een voorstel in te dienen voor een op solidariteit gebaseerde richtlijn inzake aanvullende ziektekostenverzekeringen. Een dergelijk verzoek is alleen te begrijpen vanuit de veronderstelling dat aanvullende stelsels niet reeds onder artikel 54 vallen.

<sup>24</sup> Zie p. 21, naar aanleiding van de verplichte bonus/malusgraad m.b.t. de premies voor de verplichte motorrijtuigenverzekering. De passage waaruit is geciteerd, is echter in algemene termen geformuleerd.

- d) Het hiervoor geciteerde punt 18 uit de considerans doet niets anders dan erkennen dat er, ter bescherming van de consument, nadere voorwaarden kunnen worden gesteld aan de inhoud van de verzekeringsovereenkomsten die door buitenlandse verzekeraars worden aangeboden. Op zichzelf is het juist dat eisen die aan buitenlandse verzekeraars kunnen worden gesteld, ook kunnen worden opgelegd aan binnenlandse verzekeraars. De in considerans 18 erkende bevoegdheid van de lidstaten heeft echter alleen betrekking op algemene belangen die de zwakkere contractspartij beogen te beschermen. De voorgestelde beperkingen (acceptatieplicht etc.) kunnen ons inziens niet, en zeker niet allemaal, onder die noemer worden gebracht.
- e) Toepasselijkheid van de Schaderichtlijnen houdt in dat aan de (geharmoniseerde) eisen met betrekking tot onder meer de solvabiliteitsratio, technische voorzieningen etc. moet worden voldaan, dit alles onder controle van de Pensioen- en Verzekeringskamer. Van verzekeraars aan wie een acceptatieplicht en andere vergaande beperkingen en verplichtingen worden opgelegd, kan moeilijk worden verwacht dat zij aan die eisen voldoen, nu hun bedrijfsresultaten in hoge mate door exogene factoren worden bepaald. Een en ander bevestigt dat het opleggen aan particuliere verzekeraars van solidariteitselementen als voorzien in het Strategisch Akkoord zich niet verdraagt met het systeem en de doelstellingen van de Derde schaderichtlijn.

#### 4.5 *Positie van buitenlandse aanbieders van ziektekostenverzekeringen*

##### 4.5.1 *Eerste hypothese: nieuwe stelsel wel van toepassing op buitenlandse verzekeraars*

Indien het de bedoeling is het beoogde stelsel van toepassing te laten zijn op ziektekostenverzekeringen die aan Nederlandse ingezetenen worden aangeboden door maatschappijen met een door een andere lidstaat verleende vergunning – hetzij rechtstreeks grensoverschrijdend (in het kader van de vrijheid van dienstverlening), hetzij via een Nederlands bijkantoor (in het kader van de vrijheid van vestiging) – zal Nederland, als lidstaat van ontvangst, zijn eigen regelgeving op het punt van de basisverzekering voor ziektekosten gaan opleggen aan buitenlandse aanbieders van verzekeringen. De vraag is in hoeverre dat is toegestaan.

Relevant is met name artikel 39, lid 2, dat voor de lidstaat van het bijkantoor en de lidstaat van dienstverrichting (dus de lidstaat van ontvangst) een zelfde verbod bevat als het hiervoor geciteerde artikel 29<sup>25</sup>. Om de redenen die wij in § 4.4 hebben genoemd, staat de Richtlijn het *mutatis mutandis* niet toe om aan buitenlandse verzekeraars een acceptatieplicht (etc.) op te leggen.

---

<sup>25</sup> Ingevolge artikel 39, lid 1 werd tegelijkertijd artikel 18 van de Tweede Richtlijn ingetrokken. Het eerste lid van die laatste bepaling luidde: 'De huidige coördinatie belet niet dat de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen handhaven of invoeren, met name betreffende de goedkeuring van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen (...) van de tarieven (...), op voorwaarde evenwel dat de regels van de lidstaat van vestiging [het oorsprongslid] niet volstaan om het noodzakelijke beschermingsniveau te bereiken en de voorschriften van de lidstaat van dienstverrichting niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is.'

Vraag is wat in dit verband de betekenis van artikel 28 van de Derde richtlijn. Dat artikel luidt:

'De lidstaat waar het risico is gelegen, kan de verzekeringnemer niet beletten een overeenkomst te sluiten met een verzekeringonderneming die (...) een vergunning heeft verkregen, voor zover die overeenkomst niet in strijd komt met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in de lidstaat waar het risico is gelegen, gelden'<sup>26</sup>.

Deze bepaling is om te beginnen alleen relevant in grensoverschrijdende situaties. Dat blijkt duidelijk uit de tekst van de bepaling. In de tweede plaats kan op de bepaling alleen een beroep worden gedaan ter zake van onderwerpen die niet door de richtlijn zijn geharmoniseerd of gecoördineerd. Anders gezegd, men komt aan artikel 28 niet toe als het gaat om de rechtvaardiging van zaken die door de richtlijn zelf worden verboden. Artikel 28 is alleen in te roepen om beperkingen te rechtvaardigen ter zake van onderwerpen die niet in de richtlijn zijn geregeld. In de derde plaats komt het ons voor dat artikel 28 moet worden uitgelegd in het licht van de – hiervoor reeds geciteerde – considerans 18. Dat betekent dat de aan te voeren algemene belangen verband moeten houden met de bescherming van de 'zwakke partij'.

Voor onze analyse is het tweede punt het belangrijkste: alleen als zaken als acceptatieplicht (etc.) niet reeds door de richtlijn worden verboden, komt men aan artikel 28 toe. Anders gezegd, alleen in het geval onze interpretatie van artikel 29 en artikel 39, lid 2 (en dus onze argumenten in § 4.4), niet zouden opgaan, kan toetsing aan artikel 28 aan de orde komen. Deze benadering wordt bevestigd door de Interpretatieve Mededeling van de Commissie van begin 2000<sup>27</sup>. Daaruit blijkt namelijk duidelijk dat, wil de toepassing van een nationale maatregel op buitenlandse verzekeringsproducten kunnen worden gerechtvaardigd op grond van een 'algemeen belang bepaling', als prealabele eis geldt dat zij betrekking heeft op een niet-geharmoniseerd onderwerp.

Is aan die voorwaarde voldaan, dan gelden voor het overige de voorwaarden die volgens vaste jurisprudentie moeten zijn vervuld om een belemmering van het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen<sup>28</sup>:

- (i) de regeling dient zonder onderscheid te worden toegepast op binnenlandse en buitenlandse ondernemingen
- (ii) de regeling dient bescherming van de volksgezondheid of een 'dwingend vereiste van algemeen belang' na te streven, dat niet van economische aard mag zijn
- (iii) de regeling dient naar haar aard geschikt te zijn om dat belang ook te verwezenlijken
- (iv) de belemmering dient evenredig te zijn aan het nagestreefde doel, anders gezegd: er zijn geen alternatieven voor handen die het vrije verkeer minder beperken.

Thans zullen wij deze voorwaarden toepassen op het beoogde stelsel, waarbij wij er *veronderstellenderwijze* van uitgaan dat aan de prealabele voorwaarde (geen geharmoniseerd of gecoördineerd onderwerp) is voldaan.

<sup>26</sup> Zie ook artikel 41 dat een vergelijkbare regeling inhoudt voor het grensoverschrijdend adverteren.

<sup>27</sup> Pb EG C 43/5 van 16 februari 2000.

<sup>28</sup> Sinds het arrest van 30 november 1995, Gebhard, zaak C-55/94, Jur. blz. I-4167, punt 37.

De eerste voorwaarde (geen discriminatie) zal geen groot probleem hoeven op te leveren, aangenomen dat de buitenlandse aanbieders mogen meedoen aan het systeem van risicoverevening. In het kader van de tweede voorwaarde (dwingende reden van algemeen belang) kan men, afhankelijk van de vraag welke belemmering precies gerechtvaardigd moet worden, onder meer denken aan de bescherming van de volksgezondheid, de toegankelijkheid van een stelsel van ziektekostenverzekering voor de gehele bevolking en het waarborgen van het financieel evenwicht van het betrokken stelsel. Het feit dat in de Interpretatieve Mededeling van de Commissie deze rechtvaardigingsgronden niet zijn terug te vinden, laat onverlet dat ze door het Hof zijn erkend<sup>29</sup>. Het uitsluitend algemeen financieel (of budgettair) belang van de Staat kan daarentegen niet als rechtvaardigingsgrond worden opgevoerd<sup>30</sup>. De derde voorwaarde (de eis van geschiktheid) zou geen probleem hoeven te zijn: zo lijkt een acceptatieplicht zonder meer een geschikt middel om de toegankelijkheid van een stelsel van ziektekostenverzekeringen te waarborgen, terwijl een gedeeltelijk verbod op premiedifferentiatie en het vereveningsstelsel daar direct mee samenhangen en daaraan dus in wezen accessoir zijn. De laatste voorwaarde (de proportionaliteitstoets) levert doorgaans de meeste problemen op. Een acceptatieplicht is een vergaande maatregel om toegankelijkheid van een ieder tot een (betaalbare) ziektekostenverzekering zeker te stellen. Verdedigd zou echter kunnen worden dat die maatregel ook werkelijk noodzakelijk is om te waarborgen dat een ieder toegang heeft tot een ziektekostenverzekering en, daarmee, tot de medische zorg. Het systeem van risicoverevening verzacht bovendien het belemmerende effect dat van de acceptatieplicht uitgaat. Hierover kan uiteraard ook anders worden gedacht; bijvoorbeeld is denkbaar dat een dergelijk systeem alleen nodig zou zijn voor slecht verzekerbare risico's.

De conclusie is dat, in de – door ons niet gedeelde – veronderstelling dat de Derde Schaderichtlijn een acceptatieplicht en een verbod op premiedifferentiatie niet als zodanig verbiedt, het EG-Verdrag aan het opleggen van dergelijke eisen, in samenhang met het vereveningsstelsel, aan buitenlandse aanbieders van de basisverzekering niet per se in de weg hoeft te staan. De evenredigheidstoets is echter de meest kwetsbare schakel.

#### *4.5.2 Tweede hypothese: nieuwe stelsel niet van toepassing op buitenlandse aanbieders*

Indien buitenlandse aanbieders niet aan het nieuwe stelsel van basisverzekering worden onderworpen, kan desalniettemin een belemmering van het vrije dienstenverkeer ontstaan, als gevolg van het feit dat alle personen die binnen de kring van verplicht verzekerden vallen, een basisziektekostenverzekering volgens het Nederlandse model moeten afsluiten. Zij worden er dus van weerhouden *een buitenlandse verzekering* (in het buitenland) af te sluiten voor de risico's die de Nederlandse basisverzekering dekt. Buitenlandse aanbieders van alternatieve verzekeringsproducten worden daarom als aanbieders uitgeschakeld.

---

<sup>29</sup> Zie onder meer de arresten Kohll en Decker (reeds aangehaald).

<sup>30</sup> Zie reeds het arrest in de zaak Duphar (reeds aangehaald). Zie verder, in verband met het vrij verrichten van diensten, het arrest van 29 april 1999, zaak C-224/97, Ciola, Jur. 1999, p. I-2517 en, in de context van het vrij kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging, het arrest van 4 juni 2002, zaak C-367/98, Commissie/Portugal, punt 52.

Deze casuspositie wordt niet gedekt door artikel 39, lid 2, van de Derde richtlijn, omdat het primair gaat om een beperking die wordt opgelegd aan de ontvanger van een verzekeringsdienst. Immers, de norm die tot de beperking leidt, is gericht aan de verzekerde. Voor de rechtvaardigingstoets is artikel 28 evenmin van toepassing. Daarom valt men direct terug op het Verdrag. De uitkomst van die toetsing zal dezelfde zijn als zo-even, wanneer althans aannemelijk kan worden gemaakt dat een wettelijke verzekeringsplicht noodzakelijk is om de met het nieuwe stelsel nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken.

#### *4.6 Alternatieve oplossingsrichtingen*

In § 4.4 hebben wij geconcludeerd dat het in het Strategisch Akkoord beoogde (privaatrechtelijke) stelsel waarschijnlijk niet verenigbaar zal blijken met de Derde richtlijn. Minstgenomen kleven aan het beoogde stelsel risico's die meebrengen dat gedurende lange tijd onzekerheid over de juridische toelaatbaarheid van dat stelsel zal blijven bestaan; een onzekerheid die op zichzelf al afbreuk doet aan de – uit het Strategisch Akkoord sprekende – doelstelling een goede ziektekostenverzekering voor iedereen te *waarborgen*. Het onverkort vasthouden aan de geschetste uitgangspunten voor een privaatrechtelijk stelsel bergt daarmee het risico in zich dat een ingewikkeld wetgevend traject wordt doorlopen voor een stelsel dat achteraf de kans loopt de toets van de rechterlijke kritiek niet te doorstaan. Een juridische aanval op het stelsel lijkt bijvoorbeeld voorstelbaar van de kant van verzekeraars die de basisverzekering willen aanbieden maar de daartoe gestelde voorwaarden als te knellend aanvaardden. Dat betekent dat er twee oplossingsrichtingen zijn.

##### *4.6.1 Trachten de Derde richtlijn aangepast te krijgen zodat het geschetste stelsel er wel in past*

Aangezien de Commissie het exclusieve initiatiefrecht heeft een voorstel tot wijziging van artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn in te dienen, zal zij gewonnen moeten worden voor de Nederlandse wensen en ideeën. Het Nederlandse pleidooi zal meer kans van slagen hebben als het wordt ondersteund door een aantal andere lidstaten en niet door de bedrijfstak wordt tegengewerkt. Los daarvan is onze inschatting thans dat de Commissie terughoudend zal staan tegenover het opnemen van nieuwe of verdergaande uitzonderingen in de Schaderichtlijnen, juist omdat met de Derde richtlijn voordien bestaande uitzonderingen en beperkingen zijn geschrapt. Zelfs al zou de Commissie bereid zijn gevolg te geven aan suggesties van Nederlandse zijde, dan nog is onzeker of de gewenste wijziging ongeschonden door de Europese wetgevingsprocedure komt. De ervaring leert dat politieke compromissen moeten worden gesloten, zowel tussen de lidstaten in het kader van de Raad als tussen de Raad en het Europees Parlement<sup>31</sup>.

Al met al moeten de kansen voor Nederland om de noodzakelijke aanpassingen in de Derde richtlijn met succes doorgevoerd te krijgen, laag worden ingeschat.

---

<sup>31</sup> Bij dat alles zij bedacht dat de 'Gezondheidsraad' (opgegaan in de Raad Werkgelegenheid, Sociaal beleid, Volksgezondheid en Consumentenzaken) niet de bevoegde Raadsformatie is om besluiten te nemen met betrekking tot wijzigingen in de Schaderichtlijn.

#### *4.6.2 Trachten het stelsel anders vorm te geven, ten einde het onder de sociale zekerheidsexceptie en daarmee buiten de Schaderichtlijnen te brengen*

Deze oplossingsrichting, die ook ten grondslag ligt aan de vervolgadviessaanvraag van 29 oktober 2002, ligt meer voor de hand. In dat verband is voorgesteld het stelsel niet meer op privaatrechtelijke maar op publiekrechtelijke leest te schoeien, in die zin dat de verzekeringsrelatie uit hoofde van de wet, en dus rechtswege, en niet op grond van een overeenkomst tot stand komt.

Uit vorenstaande analyse (§ 4.2.2) zal echter duidelijk zijn dat deze – formele – wijziging op zichzelf genomen onvoldoende is om het stelsel onder de sociale zekerheidsexceptie te brengen. Zoals hiervoor aangegeven, vormt de wijze waarop de verzekeringsrelatie tot stand komt (privaat- of publiekrechtelijk) een aanwijzing voor de kwalificatie van het stelsel al dan niet als ‘sociale zekerheid’, maar is dat aspect niet van doorslaggevende betekenis. Anders gezegd: het feit dat een stelsel vanuit formeel-juridisch oogpunt publiekrechtelijk van aard is, betekent nog niet dat het daarmee ook het karakter van sociale zekerheid in de zin van de betrokken richtlijnbevestiging heeft. Die constatering doet de vraag rijzen welke elementen aan de lijst zouden moeten worden toegevoegd of daaruit zouden moeten worden geschrapt, om de kans zo groot mogelijk te maken dat de basisverzekering, wat de Schaderichtlijnen betreft, als sociale zekerheid kan worden gekwalificeerd.

#### *4.7 Vormgeving van een publiekrechtelijk stelsel nader onderzocht*

##### *4.7.1 De karakteristieken van het nieuwe stelsel nader bezien*

De kenmerken van het beoogde nieuwe stelsel laten zich in drie categorieën indelen. Er zijn kenmerken die hetzij vereist zijn voor, of die bijdragen aan het sociale-zekerheidskarakter van het stelsel; er zijn kenmerken die niet of moeilijk inpasbaar zijn in het begrip sociale zekerheid; en er zijn kenmerken die voor de kwalificatie (al dan niet) als sociale zekerheid neutraal zijn. Uit een dergelijke rubricering vloeit voort wáár de kwetsbare plekken van het nieuwe stelsel zitten; vervolgens kan aan de hand daarvan worden bezien welke wijzigingen nodig zijn om zo veel mogelijk te verzekeren dat het nieuwe stelsel wél als sociaal zekerheidsstelsel kan worden gekwalificeerd.

- a) In de eerste plaats de (solidariteits)kenmerken die hetzij vereist zijn voor, hetzij bijdragen tot de kwalificatie ‘sociale zekerheid’:
- de verzekeringsrelatie komt krachtens de wet tot stand
  - de verzekering is voor alle ingezetenen verplicht
  - er is een voorgeschreven standaardpakket te verlenen zorg
  - op de verzekeraars rust een acceptatieplicht
  - er is een verbod op premiedifferentiatie naar gezondheid en leeftijd
  - er komt voor iedereen een gelijk verplicht eigen risico

- er komt een risicovereveningssysteem waar alle uitvoerders aan mee moeten doen
  - 50% van de financiering zal afkomstig zijn van inkomensgerelateerde premies
  - financiering van de verzekerden tot 18 jaar geschiedt uit de algemene middelen
  - bij premielast van meer dan 5% van het gezinsinkomen is een toeslag voorzien
  - er vindt compensatie van inkomenseffecten via belastingmaatregelen plaats.
- b) In de tweede plaats de kenmerken die – zeker tezamen genomen – met een stelsel van ‘sociale zekerheid’ niet verenigbaar zijn:
- vrijheid van de uitvoerder de hoogte van nominale premies te bepalen aan de hand van door hem zelf vast te stellen criteria
  - vrijheid om, behalve op grond van leeftijd en gezondheid, premiedifferentiatie toe te passen op gronden die (mogelijk in ver verwijderd verband) samenhangen met het aangegane risico (bij voorbeeld woonplaats)
  - uitvoering van de verzekering door ondernemingen die het verzekeringsbedrijf uitoefenen.
- c) In de derde plaats de kenmerken die niet aan de kwalificatie ‘sociale zekerheid’ in de weg hoeven te staan en in zoverre ‘neutraal’ zijn:
- het feit dat de nominale premies door de uitvoerder zelf worden geïnd
  - mogelijkheid om naast een verplicht eigen risico een vrijwillig eigen risico in de vorm van premiekorting aan te bieden
  - het feit dat een verzekerde zelf zijn uitvoerder kan kiezen
  - de eventuele keuze voor een restitutiestelsel in plaats van een *in natura* stelsel
  - de functionele omschrijving van aanspraken, waardoor de zorgverzekeraar grotere vrijheid heeft te bepalen wie ‘het product’ zal leveren
  - concurrentie tussen zorgaanbieders
  - de mogelijkheid dat zorgaanbieders met winstgevend oogmerk handelen
  - transparantie-eisen t.a.v. de informatie over de kwaliteit van het aanbod van uitvoerders en zorgaanbieders.

Uit deze rubricering volgt dat er drie problematische aspecten zijn: de vrijheid van premievaststelling, de mogelijkheid van premiedifferentiatie en de eventuele uitvoering door verzekeringsondernemingen. Deze drie aspecten worden hierna aan een nadere beschouwing onderworpen.

#### *4.7.2 Premievaststelling: een glijdende schaal*

De wijze waarop de premie wordt vastgesteld is naar onze mening een belangrijke sleutel voor het trekken van de grens op deze glijdende schaal. Variabele factoren zijn met name: wie stelt de premiestructuur vast (overheid of uitvoerder)? Wie stelt de premiehoogte vast (overheid of uitvoerder?) Zijn er normen voor de premiehoogte of niet? Mag een winstopslag in de premie worden verdisconteerd of niet? Mag er premiedifferentiatie plaatsvinden of niet? Mogen winsten/overschotten worden behouden/voor uitvoering van de verzekering gereserveerd/aan aandeelhouders uitgekeerd?

Bij de premievaststelling in een wettelijk stelsel van ziektekostenverzekering zijn zeer veel modaliteiten denkbaar. Bezien in het licht van het Europeesrechtelijke sociale zekerheidsbegrip zoals dat in de Schaderichtlijnen aan de orde is, kan men zich die modaliteiten als een glijdende schaal voorstellen. Kenmerkend daarvoor is dat iedere toevoeging van een element van marktwerking aan een stelsel dat in aanzet is opgezet als een stelsel van sociale zekerheid, het risico met zich mee brengt dat een punt wordt overschreden vanaf waar niet langer meer kan worden gesproken van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van de Derde richtlijn. Problematisch daaraan is, dat op grond van de huidige stand van de rechtspraak niet met zekerheid valt aan te geven waar dat omslagpunt ligt.

Van deze glijdende schaal wordt het ene uiterste gevormd door:

*een stelsel waarin de overheid aard en hoogte van de premies bindend en voor alle verzekerden op gelijke wijze vaststelt op zodanige wijze dat de premies uitsluitend dekking bieden voor de kosten van de verzekering, zonder enige mogelijkheid tot vorming van winsten of behoud van overschotten,*

en het andere uiterste door:

*een stelsel waarin de uitvoerders volledige vrijheid hebben, ten aanzien van zowel de premiestructuur, de premiehoogte als de premiedifferentiatie, en waarin de uitvoerder geheel vrij is de premie vast te stellen mede met het oog op het behalen van winst.*

In het eerste stelsel bestaat er geen verband tussen de hoogte van de premie en de inschatting van het verzekeringsrisico; in het tweede stelsel bestaat die koppeling juist wel. Het eerste stelsel beantwoordt aan de logica van een op solidariteit gebaseerd stelsel van wettelijke sociale zekerheid; het tweede stelsel beantwoordt daarentegen aan een klassieke logica van vrije mededinging en het behalen van winst. Dat heeft tot gevolg dat in het eerste geval de uitvoerder gebonden is aan door solidariteitsoverwegingen gedicteerde beperkingen, terwijl hij in het tweede geval het verzekeringsbedrijf uitoefent, hetgeen een winststreven impliceert.

#### *4.7.3 Modaliteiten*

De hierna besproken modaliteiten worden hierdoor gekenmerkt dat in beide sprake is van overheidsinterventie in de premievaststelling teneinde een zo duidelijk mogelijke relatie tussen de premies en de kosten van de verzekering te waarborgen.

##### *a) Eerste modaliteit: normering van de premievaststelling*

In de Europese stelsels van sociale zekerheid worden gewoonlijk de premies zodanig vastgesteld, dat zij zijn afgestemd op de uitgaven waartoe de uitvoering van de verzekering en dat de verzekerden volgens vastliggende maatstaven bijdragen aan de lasten van de verzekering. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse sociale zekerheidsregelingen buiten de context van de ziektekostenverzekeringen. Toegespitst op de ziektekostenverzekering zou hiermee in overeenstemming zijn dat de hoogte van de nominale premie door de uitvoerders moet worden bepaald op basis van objectieve gegevens, in het bijzonder de omvang van de te verwachten

schadelast. Zo wordt voorkomen dat de premies worden vastgesteld aan de hand van voornamelijk of uitsluitend economische overwegingen die niets uitstaande hebben met het solidariteitsprincipe waarop een stelsel van sociale zekerheid berust, zoals overwegingen betreffende de marktpositie van de uitvoerder of het door de uitvoerder nagestreefde winstniveau.

Een mogelijke modaliteit zou dan ook een stelsel zijn waarin de premievaststelling in wettelijk vastgelegde maatstaven wordt genormeerd. Er is dan een waarborg dat de premies ex ante uitsluitend worden afgestemd op de inkomsten die nodig zijn om de verzekering uit te voeren en dat zij in zoverre een zuivere uitdrukking vormen van het aan het stelsel ten grondslag liggende solidariteitsprincipe. Die wettelijke normering kan onverlet laten dat de vaststelling van de te berekenen premies geschiedt door de individuele uitvoerder en ook dat de uitvoerder van een dergelijk stelsel, als de schadelast lager is dan voorzien, overschotten kan realiseren en in zoverre winst kan maken. In deze modaliteit is een winst oogmerk toelaatbaar, zij het dat het dan alleen gaat om winst 'achteraf' als gevolg van een efficiënte uitvoering van de verzekering en niet als gevolg van een 'vooraf' in de premiestelling verdisconteerd winstelement. Het kunnen realiseren en vrij kunnen aanwenden van een aldus behaalde winst (hetzij voor de toekomstige uitvoering van de verzekering, hetzij voor uitkering aan aandeelhouders) kan een prikkel vormen voor een doelmatige uitvoering van de verzekering zonder nochtans het sociale zekerheidskarakter van de premiestelling geweld aan te doen.

*b) Tweede modaliteit: normering van de premiehoogte*

Een alternatieve modaliteit zou een stelsel zijn waarin de nominale premie krachtens de wettelijke regeling door de overheid aan een maximum of een bepaalde bandbreedte wordt gebonden. Dat zou op zichzelf een logisch complement zijn van de acceptatieplicht en stellig bijdragen tot het karakter van sociale zekerheid. Wij zien dit als een alternatief dat op de hiervoor aangeduide glijdende schaal een vergelijkbare positie inneemt. Het verschil tussen de alternatieven is dat in het eerste alternatief de uitvoerder de overheid niet rechtstreeks in de premievaststelling intervenueert maar deze wel aan normen bindt die een winstelement ex ante uitsluiten; in het tweede alternatief intervenueert de overheid wel direct in de premievaststelling maar is het beneden de toegestane marges van de premie mogelijk daarin een winststopslag te verdisconteren.

Nu het in deze modaliteit gaat om het vaststellen van bedragen, lijkt het voor de hand te liggen dat de wet in formele zin zelf alleen een rechtsbasis creëert, op basis waarvan de betrokken ministers (norm-)bedragen vaststellen. Naar onze mening dient het daarbij wel te gaan om een vaststelling vooraf, waarbij zo nodig – bij wijze van repressief toezicht – aanvullende maatregelen kunnen worden vastgesteld. Dat laatste veronderstelt overigens dat de overheid inzicht heeft in de bedrijfsvoering van de uitvoerders.

Naast deze modaliteiten moet aandacht worden geschonken aan twee andere als problematisch aangeduide aspecten, de premiedifferentiatie en de uitvoeringsorganisatie. Deze komen hierna aan de orde.

#### *4.7.4 Premiedifferentiatie*

De omschrijving van het nieuwe stelsel, waarvan wij in dit advies uitgaan, sluit weliswaar premiedifferentiatie op grond van gezondheid en leeftijd uit, maar niet differentiatie op andere gronden, al dan niet (verwijderd) verband houdend met de 'verboden' factoren gezondheid en leeftijd. Met het oog op de kwalificatie sociale zekerheid zou een meer stringent stelsel naar onze mening geboden zijn, en wel een algeheel verbod op premiedifferentiatie op grond van aan de persoon van de verzekerde gerelateerde factoren, dus ook buiten leeftijd en gezondheid. Met deze eis zou worden bereikt dat het verband tussen de hoogte van de premie en de hoogte van het individuele risico (dat moet worden onderscheiden van de totale schadelast) volledig of nagenoeg volledig wordt verbroken. Deze eis zou een naar verhouding beperkte aanvulling vormen op het reeds voorziene verbod van premiedifferentiatie op grond van leeftijd en gezondheid.

#### *4.7.5 Uitvoeringsorganisatie*

Het beoogde stelsel raakt buiten de sfeer van de sociale zekerheid als de uitvoering in handen van wordt of kan worden gelegd van ondernemingen die zich toeleggen op de uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf. Het is daarom van belang dat de uitvoering van de nieuwe basisverzekering wordt opgedragen of overgelaten aan aparte entiteiten die – op nader te bepalen wijze – gescheiden zijn van een onderneming die een particuliere, aanvullende ziektekostenverzekering aanbiedt. Die splitsing is noodzakelijk, omdat particuliere verzekeraars het verzekeringsbedrijf uitoefenen, waarvan de essentie uit de aard der zaak bestaat in het dragen van een verzekeringsrisico. Het is daarom noodzakelijk dat de basisverzekering wordt aangeboden door entiteiten die financieel en organisatorisch zijn afgescheiden van particuliere verzekeraars, zoals dat in de huidige situatie het geval is met de ziekenfondsverzekering.

De rechtsvorm van de uitvoerende rechtspersonen hoeft hierbij niet beslissend te zijn. Ook bij uitvoering door kapitaalvennootschappen (N.V. of B.V.) kan de wetgever voorwaarden stellen aan de winstbestemming, met name door reservevorming voor te schrijven bij een positief bedrijfsresultaat.

#### *4.7.6 Slotbeschouwing*

Naar onze mening bieden de hiervoor voorgestelde wijzigingen de redelijke zekerheid dat het nieuwe stelsel van ziektekostenverzekeringen kan worden gerekend tot de sociale zekerheid en daarmee buiten het algemene regime van de Derde richtlijn valt.

Daarbij moet worden onderstreept dat van meer dan 'redelijke zekerheid' in dat verband geen sprake kan zijn. Noch de rechtspraak van het Hof, noch andere Europeesrechtelijke bronnen bevatten scherp omlijnende maatstaven die bij het ontwerpen van een nieuw stelsel kunnen worden aangelegd. Er is ook niet één, duidelijk omlijnende, modaliteit die vanuit Europeesrechtelijk oogpunt moet worden gekozen, op straffe van verlies van de kwalificatie sociale zekerheid.

De gesuggereerde wijzigingen sluiten een winstoogmerk bij de uitvoering van de verzekering niet uit. Weliswaar impliceert het uitoefenen van een verzekeringsbedrijf een winstoogmerk, maar men kan niet – omgekeerd – zeggen dat het aanbieden van een wettelijke sociale verzekering nooit

gepaard zou kunnen gaan met een winstoogmerk. De mogelijkheden op het aanbieden van de basisverzekering als zodanig winst (in de zin van een financieel overschot) te behalen zullen echter sterk zijn ingeperkt, wat de onvermijdelijke consequentie is van het feit dat het verzekeringsrisico sterk wordt beperkt. Winsten kunnen wel worden gerealiseerd als gevolg van voordelen behaald aan de 'inkoopzijde' (zoals contracten met zorgaanbieders) en als gevolg van efficiënt beheer. Een extra prikkel voor het voeren van een efficiënt beheer zou kunnen voortvloeien uit de omstandigheid dat het beoogde systeem budgetneutraal is, aangezien bij overschrijding van de verwachte kosten per categorie van verzekerden – een factor waarmee iedere uitvoerder in beginsel te maken kan krijgen – niet is voorzien dat het risicovereveningsfonds bijpast. Dat fonds zal immers alleen onevenwichtigheden tussen uitvoerders, als gevolg van het verbod op risicoselectie, compenseren.

Aan de hand van de bestaande Europeesrechtelijke bronnen kan verder niet bij voorbaat worden uitgesloten dat een nieuw stelsel ook bij méér ruimte voor het winstoogmerk (met name door verdiscontering van een winstopslag, op welke wijze dan ook, in de premies) nog steeds voldoet aan de kwalificatie sociale zekerheid. Nogmaals moet echter worden onderstreept dat elke toevoeging van (markt)elementen die niet inherent zijn aan sociale zekerheid, maar wel aan de uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf, het risico vergroot dat (naderhand blijkt dat) een stelsel niet als sociale zekerheid wordt gekwalificeerd, en dan de toets van de Derde schaderichtlijn niet kan doorstaan.

De hiervoor door ons gesuggereerde aanpassingen blijven naar onze mening aan de veilige kant. Wij realiseren ons dat een keuze voor een dergelijke oplossingsrichting in veel opzichten om een verdere uitwerking vraagt en dat daarbij ook overwegingen van politieke opportuniteit aan de orde zijn, die zich niet of niet geheel in een juridisch kader laten vatten<sup>32</sup>.

#### 4.8 Toepassing van de kenmerken op een privaatrechtelijk stelsel

Omwille van de volledigheid lopen wij door dezelfde kenmerken heen, ten einde te bezien welke daarvan zouden kunnen worden gerealiseerd in het kader van een privaatrechtelijk systeem :

- a) In de eerste plaats de kenmerken die met de Derde richtlijn niet verenigbaar zijn (zie hiervoor, § 4.4):
- verzekeringsrelatie ontstaat van rechtswege
  - standaardpakket
  - verbod premiedifferentiatie
  - verplichte deelname aan risicovereveningssysteem
  - verplicht, vast, eigen risico<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Dit geldt ook voor het in essentie economische argument dat marktwerking ingrijpen in de premies juist overbodig zou maken. De gedachte lijkt te zijn dat uitvoerders om de gunst van de verzekerden concurreren en daarom een prikkel hebben scherpe premies te hanteren waardoor regels over de hoogte van de (maximale) premies of maximale winstopslag niet noodzakelijk zouden zijn om alle burgers tegen een aanvaardbare prijs toegang tot de basisverzekering te verschaffen. Wij zouden willen volstaan hierover op te merken dat de vaststelling van premies voor ziektekostenverzekeringen pleegt af te hangen van tal van complexe en veelal met elkaar samenhangende factoren. Genoemd argument zou daarom mogelijk nader empirisch onderzoek behoeven, dit mede in het licht van het feit dat dezelfde redenering in beginsel zou opgaan voor de meeste stelsels die thans in Europa gewoonlijk in de vorm van een wettelijke sociale verzekering worden aangeboden, zonder dat aan die redenering in de Europese stelsels tot dusver toepassing is gegeven.

<sup>33</sup> Althans voor wat betreft buitenlandse verzekeraars staat de Commissie daar zeer kritisch tegenover. Zie de

- b) In de tweede plaats kunnen kenmerken worden genoemd die door de Derde richtlijn worden vereist:
- verzekeringsrelatie ontstaat krachtens overeenkomst
  - acceptatievrijheid
  - vrijheid verzekeringspakket aan te bieden
  - vrijheid premies vast te stellen
  - toepassing equivalentiebeginsel (verband hoogte premie/hoogte risico)
  - eigen risico vrij overeen te komen.
- c) In de derde plaats zijn er kenmerken waartegen de Derde richtlijn zich als zodanig niet verzet:
- een voor elke burger verplichte verzekering (vgl. artikel 30, lid 2)
  - een waarborgfonds waaraan elke verzekeraar deelneemt (vgl. artikel 45)
  - keuze voor een restitutiestelsel
  - extra eigen bijdrage in de vorm van premiekorting
  - functionele omschrijving van de aanspraken
  - concurrentie tussen zorgaanbieders
  - winstgevendheid zorgaanbieders
  - transparantie-eisen t.a.v. informatie
  - compensatie van inkomenseffecten in de belastingsfeer.

## 5. Verordening 1408/71<sup>34</sup>

### 5.1 Algemeen

Deze verordening heeft ten doel de wetgeving van de lidstaten op het vlak van de wettelijke sociale zekerheid beter op elkaar af te stemmen teneinde het vrij verkeer van werknemers te vergemakkelijken. Daartoe hanteert de Verordening een aantal coördinatie-instrumenten: verbod op discriminatie naar nationaliteit; conflictregels voor de aanwijzing van de toepasselijke (nationale) wetgeving; de 'export' naar andere lidstaten van verkregen rechten op uitkeringen en pensioenen; en de samenstelling van opgebouwde verzekerings- en arbeidstijdvakken. Terwijl de Schaderichtlijnen primair gericht zijn op de aanbodkant van de markt, is deze verordening vóór alles gericht op de begunstigden van sociale zekerheidsregelingen.

Ingevolge artikel 4, lid 1 is de Verordening van toepassing op alle wettelijke regelingen betreffende een (limitatieve) lijst van takken van sociale zekerheid. Onder het eerste streepje van die lijst staat: 'prestaties bij ziekte en moederschap'. Voor de vraag of een bepaalde sociale verzekering of voorziening binnen de werkingssfeer van de Verordening valt, komt het aan op de constitutieve kenmerken van een prestatie, met name het doel waarop zij is gericht en de voorwaarden voor haar toekenning<sup>35</sup>. Die uitleg staat los van de uitleg van het hierboven geciteerde artikel 2, lid 1, sub d) van de Eerste richtlijn.

Het begrip 'wettelijke regeling' is als volgt gedefinieerd in artikel 1, sub j), eerste lid: '... de bestaande of toekomstige wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle uitvoeringsmaatregelen die betrekking hebben op de in artikel 4 leden 1 en 2 bedoelde takken en stelsels van sociale zekerheid.' Ingevolge het tweede lid zijn contractuele bepalingen van het toepassingsgebied van de Verordening uitgesloten, zelfs als deze bij een besluit van de overheid algemeen verbindend zijn verklaard. Te denken valt aan regelingen die hun grondslag vinden in een c.a.o. Zo zijn aanvullende pensioenstelsels van het toepassingsgebied van de Verordening uitgesloten. Hetzelfde geldt voor een collectieve ziektekostenverzekering die een bedrijf (krachtens c.a.o.) ten behoeve van zijn werknemers bij een verzekeraar heeft ondergebracht.

Titel III, hoofdstuk I van de Verordening bevat specifieke regels voor de toekenning van prestaties bij ziekte en moederschap. Dit hoofdstuk is zowel van toepassing op de verzekering tegen ziektekosten als op de verzekering tegen inkomstenderving als gevolg van ziekte. Het Hof geeft een ruime uitleg van de woorden 'prestaties bij ziekte en moederschap'<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Verordening betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, als gewijzigd en gecodificeerd bij Verordening 118/97 van de Raad van 2 december 1996 (PbEG 1997, L 28/1).

<sup>35</sup> Zie bijv. het arrest van 5 mei 1983, Piscitello, zaak 139/82, Jur. p. 1427.

<sup>36</sup> Zie onder meer het arrest van 10 januari 1980, Jordens-Vosters, zaak 69/79, Jur. p. 75, met name punten 8 en 9.

## 5.2 Toepasselijkheid van de Verordening op de beoogde basisverzekering

Algemeen aanvaard is dat de huidige Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten onder de werkingssfeer van de Verordening vallen. Naar onze mening dient voor de beoogde basisverzekering eenzelfde beoordeling te worden aangehouden. De hoofdverplichtingen en aanspraken van de beschermde personen zullen in een geheel van wettelijke regels (moeten) worden vastgelegd. Het lijkt geen twijfel dat die regels een 'wettelijke regeling' in de boven aangeduide zin zullen vormen. Voorts is onomstreden dat we te maken hebben met één van de takken van sociale zekerheid waarop de Verordening van toepassing is. Bij gevolg zullen de in de artikelen 19 e.v. van de Verordening genoemde categorieën personen recht op prestaties geldend kunnen maken binnen de in die bepalingen vastgelegde voorwaarden.

Aangezien het huidige wettelijke zorgstelsel eveneens onder de werkingssfeer van Verordening 1408/71 valt, lijkt die toepasselijkheid geen belemmering te vormen voor de verwezenlijking van de beoogde basisverzekering, te meer daar het geen verschil maakt of het stelsel een privaatrechtelijk karakter heeft (zoals beoogd in het Strategisch Akkoord) of een publiekrechtelijk karakter (naar het alternatieve model).

Aandachtspunt zal evenwel moeten zijn of het toevertrouwen van de basisverzekering aan particuliere ziektekostenverzekeraars gevolgen heeft voor de samenwerking met de organen van andere lidstaten, bij voorbeeld voor wat betreft de verstrekkingen bij verblijf in een andere lidstaat (formulier E 111)<sup>37</sup>. Dat punt laten wij hier verder rusten.

---

<sup>37</sup> Wat aanspraak op medische diensten betreft komt een EG-onderdaan die in een ander land dan waar hij woont behoefte heeft aan medische zorg, al een eind met de regels van het vrij verkeer van diensten (arrest van 12 juli 2001 in de zaak Vanbraeckel, zaak C-368/98, Jur. p. I-5363). Deze diensten moeten echter worden onderscheiden van de verzekeringsdiensten waar het in het onderhavige advies om gaat.

## 6. Het Europees mededingingsrecht

### 6.1 Zijn de uitvoerders van de basisverzekering 'ondernemingen'?

Het mededingingsrecht is op het stelsel alleen van toepassing als de uitvoerders van de basisverzekering als 'onderneming' moeten worden aangemerkt. Zo ja, dan dienen zij zich te houden aan artikel 81 EG (verbod van mededingingsbeperkende afspraken) en artikel 82 EG (verbod van misbruik van machtspositie), alsook aan de Mededingingswet. In dat geval dient ook te worden onderzocht of een vereveningsregeling verenigbaar is met de mededingingsregels (hierna § 6.2) en of een dergelijk systeem een verboden staatssteun kan opleveren (hierna § 6.3). Zijn de uitvoerders daarentegen niet als 'ondernemingen' aan te merken, dan kan het mededingingsrecht in beginsel verder buiten beschouwing blijven.

Het Hof neigt naar een ruime interpretatie van het begrip 'onderneming' in het kader van de artikelen 81 e.v. EG. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de inhoud (de aard van de activiteiten) en niet op de vorm (rechtspersoon, wijze van financiering). Beslissend is of de verrichte activiteiten, althans in beginsel, ook door een particuliere onderneming en met winstoogmerk kunnen worden verricht. In diverse zaken had het Hof te oordelen over de vraag of een entiteit die belast was met de uitvoering van een regeling van sociale zekerheid, diende te worden aangemerkt als een 'onderneming' voor de toepassing van de mededingingsbepalingen van het EG Verdrag<sup>38</sup>. Uit die rechtspraak blijkt – kort gezegd – dat hoe strakker een regeling is en hoe meer solidariteitselementen zijn ingebouwd, des te groter de kans is dat het orgaan dat die regeling uitvoert, niet een onderneming is. Onder meer de volgende factoren zijn relevant:

- het verplichte karakter van deelneming aan een regeling kan een belangrijke aanwijzing vormen dat de uitvoerder geen onderneming is<sup>39</sup>, maar hoeft ook weer niet op zichzelf beslissend te zijn<sup>40</sup>
- het verbod van risicoselectie brengt niet automatisch mee dat van een onderneming geen sprake is (zo bijvoorbeeld de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen)
- indien de uitvoerder in hoge mate vrij is zelf de (hoogte van de) premies te bepalen, is dat een belangrijke aanwijzing dat het om een onderneming gaat
- een vierde element is of de verstrekkingen worden gefinancierd via kapitalisatie (waarbij de uitkeringen worden gefinancierd uit een reserve en de met beleggingen behaalde rendementen) of op grond van een omslagstelsel (waarbij de uitkeringen in beginsel worden gefinancierd uit de in hetzelfde jaar betaalde premies).

---

<sup>38</sup> Zie HvJ EG 17 februari 1993, Poucet en Pistre, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, Jur. p. I-637; 16 november 1995, Franse Landbouwpensioenen, zaak C-244/94, Jur. p. I-4013; 21 september 1999, Albany, zaak C-67/96, Jur. p. I-5751; 21 september 1999, Brentjens, zaken C-115/97 tot C-117/97, Jur. p. I-6025; 21 september 1999, Drijvende Bokken, zaak C-219/97, Jur. p. I-6121; 12 september 2000, Pavlov, gev. zaken C-180/98 tot C-184/98, Jur. p. I-6451 en, laatstelijk, arrest van 22 januari 2002, Cical di Battistello, zaak C-218/00 (reeds aangehaald).

<sup>39</sup> Zo ook het arrest Garcia (reeds aangehaald), punt 14.

<sup>40</sup> Zie de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken met betrekking tot de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen.

Wanneer deze rechtspraak wordt toegepast op de privaatrechtelijke basisverzekering met de in het Strategisch Akkoord genoemde kenmerken zal zeer waarschijnlijk moeten worden geconcludeerd dat de uitvoerende verzekeringsmaatschappijen als 'ondernemingen' zijn aan te merken, met name om de volgende reden:

- a) de gedachte is dat zij concurreren om de gunst van de verzekerde, aan wie de vrije keuze wordt gelaten bij welke maatschappij hij zich verzekert;
- b) ondanks de acceptatieplicht zullen de uitvoerders van de basisverzekering vrij zijn de hoogte van de nominale premies te bepalen;
- c) gerealiseerde overschotten (voor zover die niet via het vereveningssysteem worden weggesluisd) kunnen, als de verzekeraar een kapitaalvennootschap is, ten goede komen aan aandeelhouders.

De vraag rijst of doorvoering van de hiervoor in § 4.7 gesuggereerde wijzigingen de analyse anders zou kunnen doen uitvallen. Verdedigd zou namelijk kunnen worden dat eenzelfde lichaam of entiteit activiteiten van verschillende aard uitoefent, waarbij het met betrekking tot de ene categorie activiteiten (bijvoorbeeld zorginkoop) als onderneming wordt aangemerkt, terwijl met betrekking tot andere activiteiten (bijvoorbeeld het aanbieden van een verzekering) de solidariteitsaspecten zodanig overheersen dat niet van een economische activiteit kan worden gesproken. De *Richtsnoeren voor de zorgsector*, die de NMa op 24 oktober 2002 heeft uitgevaardigd, bevatten in dat opzicht mogelijk een interessant aanknopingspunt:

'53. Een bedrijf kan met betrekking tot de ene activiteit wel een onderneming zijn in de zin van de Mw en met betrekking tot de andere activiteit niet. Dit betekent dat men bij de beoordeling moet uitgaan van de specifieke activiteit, waar het in de betreffende zaak om gaat.

54. Op dit moment zijn zorgverzekeraars voor zover het gaat om het 'aanbieden' van AWBZ-verzekeringen aan hun verzekerden géén ondernemingen in de zin van de Mededingingswet<sup>41</sup>. Verzekerden zijn immers automatisch bij "hun" ziekenfonds dan wel particuliere ziektekostenverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. De hoogte van de premie voor het AWBZ-gedeelte wordt door de Minister van VWS vastgesteld. Deze premies worden op een percentage van het inkomen vastgesteld, door de belastingdienst geïnd en gestort in het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten. Verzekeraars worden uit dit fonds voor de gemaakte kosten gecompenseerd. Er is derhalve geen sprake van "aanbieden" of "verkoop" van AWBZ-verzekeringen op de markt, maar van mechanische wetstoepassing. De zorgverzekeraars hebben bovendien taken met betrekking tot het beheer van het Algemeen Fonds en "eigen bijdragen" en controletaken. Met betrekking tot deze taken is er sprake van uitoefening van overheidsgezag, dan wel van taken die onlosmakelijk zijn verbonden met de tenuitvoerlegging van een wettelijke algemene volksverzekering zoals de AWBZ.

55. Op het moment dat de zorgverzekeraars AWBZ-zorg inkopen, nemen zij echter wel deel aan het economisch ruilverkeer. De activiteiten op dit gebied verschillen niet wezenlijk van de inkoop van zorg voor de ziekenfondsverzekerden. De zorgverzekeraars zijn derhalve in het kader van de AWBZ op dit moment alleen ondernemingen voor zover het gaat om de inkoop van zorg ten behoeve van de AWBZ-verzekerden en voor zover zij daarbij over voldoende vrijheid beschikken om daarmee de prestaties van zorgaanbieders te beïnvloeden. In het besluit

---

<sup>41</sup> Vgl. het besluit van 25 oktober 1999, zaak 224 (Inkooporganisatie MultiZorg).

*Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren*<sup>42</sup> kwam de NMa tot de conclusie dat dit in ieder geval geldt bij de inkoop van diensten van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren en bij de inkoop van hulpmiddelen.'

Een dergelijke analyse, waarbij een entiteit afhankelijk van de verrichte activiteit wel of niet een onderneming is, veronderstelt dat de inkoopzijde (en de daarbij gemaakte kosten) kan worden losgekoppeld van de verkoopzijde (en de daarbij gegenereerde inkomsten). Wij merken op dat het Hof in de diverse zaken met betrekking tot de Nederlandse bedrijfs- en beroepspensioenfondsen niet een dergelijk onderscheid heeft gemaakt tussen de hoedanigheid van een fonds als belegger op de kapitaalmarkt en de hoedanigheid van het fonds als aanbieder van een verplichte pensioenverzekering aan de relevante kring van werknemers/zelfstandigen. Het Hof heeft er tot dusverre voor gekozen een entiteit integraal wel of integraal niet als onderneming aan te merken. Los van deze onzekerheid, heeft de NMa de huidige ziekenfondsen ook voor wat het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen betreft (en anders dan de AWBZ), als ondernemingen aangemerkt<sup>43</sup>. Het lijkt niet waarschijnlijk dat, in het nieuwe stelsel, de met de uitvoering belaste entiteiten minder speelruimte zullen krijgen dan de ziekenfondsverzekeraars thans. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat zij, ook in een stelsel dat is aangepast volgens een van de door ons in § 4.7 genoemde alternatieven, nog steeds als 'onderneming' kwalificeren. Die conclusie hoeft echter geen belemmering te zijn voor de invoering van het stelsel.

## 6.2 *Is een vereveningsregeling verenigbaar met het mededingingsrecht?*

Deze vraag behoeft alleen beantwoording als de uitvoerders van de basisverzekering wél als onderneming moeten worden beschouwd.

De beoogde vereveningsregeling strekt ertoe het (extra) verzekeringsrisico dat ontstaat als gevolg van het verbod op risicoselectie (en daardoor mogelijke oververtegenwoordiging van 'slechte risico's') te compenseren. Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt bestaat er weinig twijfel over dat, wanneer ondernemingen uit zichzelf een dergelijk stelsel zouden opzetten en toepassen, zij daartoe afspraken zouden moeten maken die de mededinging ernstig beperken. De vraag is nu wat rechtens is, wanneer het vereveningssysteem bij publiekrechtelijke regeling wordt ingesteld.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof verplicht de algemene goede trouwverplichting die is neergelegd in artikel 10 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 3, sub g) en 81-82, de lidstaten om zich ervan te onthouden maatregelen te nemen of te handhaven die afbreuk kunnen doen aan het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels. Een dergelijke situatie doet zich in een van de volgende drie situaties voor, namelijk wanneer een lidstaat (a) de totstandkoming van met artikel 81 strijdige mededingingsafspraken oplegt of stimuleert, dan wel (b) de werking ervan versterkt, of (c) aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te laten. In elk van die

---

<sup>42</sup> Besluit van 10 maart 2000, zaak 181, randnummer 63.

<sup>43</sup> Zie het besluit van 29 december 1998 in zaak 1165, ANOZ Verzekeringen/ANOVA-ZAO.

hypothese blijft evenwel het vereiste overeind dat de overheidsmaatregel in verband moet staan met (bestaande of toekomstige) mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen<sup>44</sup>.

De beoogde vereveningsregeling zal in de wet worden vastgelegd en, naar verwachting, in lagere regelgeving nader worden uitgewerkt. Er is aanleiding te veronderstellen dat geen van de drie zo juist genoemde hypothesen zich hier voor zal doen. Immers, de overheid dwingt verzekeringsondernemingen noch stimuleert hen een vereveningssysteem op te zetten. Zij sanctioneert ook niet een bestaand vereveningssysteem tussen zorgverzekeraars. Van het overdragen van overheidsprerogatieven aan de bedrijfstak is al evenmin sprake.

De conclusie is dat er op dit moment geen reden is te veronderstellen dat het instellen van een vereveningssysteem in strijd hoeft te komen met de verplichtingen die voor de lidstaten voortvloeien uit artikel 10, *jo.* 3, sub g) en 81 EG. Indien evenwel, ter uitwerking van het vereveningssysteem, nadere afspraken tussen de deelnemende uitvoerders worden gemaakt, zal de conclusie vermoedelijk anders uitvallen.

### 6.3 *Levert een vereveningssysteem verboden staatssteun op?*

Ook de vraag naar verboden staatssteun is alleen relevant als de uitvoerders van de basisverzekering als 'onderneming' moeten worden aangemerkt.

In het kader van het vereveningssysteem worden gelden van de ene onderneming overgedragen naar één of meer andere ondernemingen. Wanneer die overdracht door de overheid wordt voorgeschreven of zelfs georganiseerd, rijst de vraag of sprake is van verboden staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1 EG. Aangezien nog weinig bekend is over de modaliteiten van het vereveningssysteem, moet hier worden volstaan met een zeer voorlopig antwoord.

Relevant in dit kader is het arrest van het Hof van 13 maart 2001 (*Preussen Elektra/Schleswig AG*, zaak C-379/98, Jur. p. I-2099). Die zaak had betrekking op – kort gezegd – een bij wet opgelegde verplichting van producenten van gewone stroom om producenten van groene stroom te subsidiëren via een aankoopplicht boven de marktprijs. Volgens het Hof was deze steun niet met openbare middelen bekostigd en daarom geen 'staatssteun'. De volgende overwegingen zijn interessant:

'59. In casu moet worden vastgesteld, dat de aan particuliere elektriciteitsbedrijven opgelegde verplichting tegen minimumprijzen elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen, geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit meebrengt.  
'60. Bij gevolg kan de verdeling van de voor de particuliere elektriciteitsbedrijven uit deze afnameverplichting voortvloeiende financiële last tussen deze bedrijven en andere particuliere ondernemingen, evenmin een rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen vormen.

---

<sup>44</sup> De in het begin van de jaren '90 door sommigen verdedigde stelling dat genoemde verdragsbepalingen ook dan reeds worden geschonden wanneer een overheidsmaatregel een kartel overbodig maakt en dus hetzelfde effect heeft als een kartel, is door het Hof uitdrukkelijk verworpen in de arresten van 17 november 1993, Meng, zaak C-2/91, Jur. p. I-5751 en Ohra Schadeverzekeringen, zaak C-245/91, Jur. p. I-5851. In vaste jurisprudentie onderscheidt het Hof sindsdien de drie genoemde hypothesen (a)-(c).

'61. In die omstandigheden is het feit dat de afnameverplichting bij wet is opgelegd en aan bepaalde ondernemingen een onbetwistbaar voordeel verleent, geen grond om die verplichting te kwalificeren als steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1 [thans 87, lid 1] van het Verdrag.'

Hoewel genoemd arrest niet geheel onomstreden is, levert het een duidelijke aanwijzing op voor de stelling dat een vereveningssysteem tussen verzekeringsondernemingen niet noodzakelijkerwijs hoeft af te ketsen op het verbod van steunmaatregelen. Aandachtspunt is evenwel hoe om te gaan met de rijksbijdragen ten behoeve van de dekking van minderjarigen. Wanneer die rijksbijdrage de werkelijke aan de verzekering van minderjarigen toe te rekenen kosten overschrijdt, zou dit als staatssteun kunnen worden gezien. Eén en ander dient zorgvuldig te worden uitgewerkt.

## 7. Slotbeschouwing ten aanzien van het Europese recht

Hoewel het gemeenschapsrecht de lidstaten de keus laat hun zorgverzekeringsstelsel op publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke leest te schoeien, blijkt uit vorenstaande analyse dat de Europese regelgeving in hoge mate uitgaat van een dichotomie tussen enerzijds op solidariteit gebaseerde wettelijke sociale zekerheidsstelsels en anderzijds op contractuele vrijheid gebaseerde particuliere verzekeringen. Hybride mengvormen dreigen daarbij al snel tussen wal en schip bekned te raken. Een privaat systeem met veel solidariteitselementen en een publiek systeem met elementen van marktwerking hoeven elkaar inhoudelijk weinig te ontlopen, toch kunnen zij onder een sterk verschillend regime vallen. Hoewel steeds materiële, constitutieve, factoren voor de aan te brengen kwalificatie doorslaggevend zijn, kan die kwalificatie vervolgens vérgaande consequenties hebben.

Zo ook hier: de elementen waarmee wordt getracht het in het Strategisch Akkoord beoogde stelsel van basisverzekering te laten voldoen aan het gewenste niveau van toegankelijkheid en solidariteit, zijn op zichzelf niet voldoende om dit stelsel onder de noemer 'wettelijk stelsel van sociale zekerheid' in de zin van de Schaderichtlijnen te brengen, maar tegelijkertijd gaan zij verder dan in een stelsel van particuliere verzekeringen is toegestaan. Het wijzigen van de vorm van het stelsel, in die zin dat de verzekering van rechtswege en niet op grond van overeenkomst ontstaat, is een stap richting een stelsel van sociale zekerheid, maar op zichzelf niet voldoende. Een publiekrechtelijk stelsel is immers niet automatisch een wettelijk stelsel van sociale zekerheid in de zin van de Derde richtlijn.

Het uitbreiden of versterken van de reeds voorziene solidariteitselementen zal de strijdigheid met de Derde schaderichtlijn aanvankelijk nog kunnen vergroten, tótdat een omslagpunt is bereikt vanaf waar sprake is van een stelsel van sociale zekerheid dat buiten de werkingssfeer van de Schaderichtlijnen valt. Nu noch in de Schaderichtlijnen noch elders (positief) staat opgesomd aan welke voorwaarden moet zijn voldaan, wil sprake zijn van een 'verzekering die is opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid', en ook jurisprudentie daarover ontbreekt, bestaat geen zekerheid wanneer dat omslagpunt precies wordt bereikt en waar dus de grens exact moet worden getrokken.

Niettemin hebben wij getracht aan te geven welke wijzigingen daartoe vermoedelijk nodig zijn in vergelijking met het stelsel uit het Strategisch Akkoord (zie § 4.7). Naast het feit dat de verzekering van rechtswege ontstaat zijn dat:

- de overheid stelt regels ten aanzien van de premies
- premiedifferentiatie op grond van aan de persoon van de verzekerde gerelateerde factoren wordt verboden, ook buiten leeftijd en gezondheid
- de uitvoering wordt opgedragen of overgelaten aan aparte entiteiten die op nader te bepalen wijze afgescheiden zijn van een onderneming die een particuliere, aanvullende ziektekostenverzekering aanbiedt.

Aldus ontstaat een stelsel waarin het solidariteitskarakter en niet het economisch risico overheersend is. Er wordt een hoge mate van solidariteit gecreëerd, te meer daar de – in het huidige duale stelsel - bestaande verschillen tussen ziekenfonds verzekerden en particulier

verzekerden voor wat betreft het standaardpakket zullen worden opgeheven. De solidariteit komt ook tot uitdrukking in de financiering van het stelsel en in compensatie in de inkomenssfeer.

Tegelijkertijd laat deze opzet ruimte voor marktwerking, vooral aan de inkoopkant.

Zorgverzekeraars kunnen overeenkomsten met individuele zorgaanbieders sluiten over de kwaliteit, volume en prijs van de te leveren zorg. Verzekeraars zullen in beginsel prikkels hebben om scherp in te kopen en zodoende de premies 'laag' te houden. Winsten kunnen ook aan 'de verkoopkant' worden gerealiseerd, namelijk als de schadelast lager is dan voorzien en het beheer efficiënt verloopt. De concurrentie wordt ook vergroot door eisen te stellen aan de transparantie van de markt. Tenslotte is het binnen grenzen mogelijk verzekerden te laten profiteren van een premiekorting in de vorm van een verhoogd eigen risico, als zij dat wensen.

## 8. Toetsing aan andere internationale verdragen

### 8.1 Inleiding

De Internationale Arbeidsorganisatie (International Labour Organisation, ILO) heeft zich vanaf haar oprichting in 1919 mede gericht op de sociale zekerheid<sup>45</sup>. Voor de Tweede Wereldoorlog kwamen verdragen tot stand die een sociale verzekering beoogden voor specifieke risico's en voor speciale groepen. Hier relevant zijn de ILO-Verdragen nrs. 24 en 25, die een minimum aan sociale zekerheid bij ziekte eisen voor bepaalde categorieën werknemers. Na de Tweede Wereldoorlog heeft de ILO zich gericht op het bredere concept van sociale zekerheid voor grotere bevolkingsgroepen. In 1952 kwam Verdrag nr. 102 tot stand, dat algemene minimumeisen stelt aan de stelsels van sociale zekerheid van de verdragsstaten. De verdragsstaten waren bevoegd dit verdrag selectief te ratificeren; Nederland heeft alle delen van het verdrag geratificeerd. Nadien zijn voor specifieke takken van sociale zekerheid afzonderlijke verdragen tot stand gekomen, in het bijzonder voor moederschap (Verdrag nr. 103) en voor de risico's van arbeidsongevallen en beroepsziekten (Verdrag nr. 121).

In 1961 kwam het Europees Sociaal Handvest (ESH) tot stand, dat ten aanzien van de sociale zekerheid teruggrijpt naar ILO-Verdrag nr. 102. Volgens het ESH moeten de stelsels van sociale zekerheid tenminste aan de normen van dat verdrag voldoen<sup>46</sup>. Vanwege deze verwijzing zal het ESH hierna niet afzonderlijk worden behandeld.

In het kader van de Raad van Europa ontstond in dezelfde periode de ambitie het minimumpeil van sociale zekerheid hoger te leggen dan voortvloeide uit het ESH en ILO-Verdrag nr. 102. In 1964 kwam daartoe de Europese Code inzake sociale zekerheid met bijbehorend Protocol tot stand<sup>47</sup>. De Code is in belangrijke mate geënt op ILO-Verdrag nr. 102, maar eist bij de selectieve ratificatie die ook dit verdrag kent, dat de verdragsstaten niet tenminste drie, maar zes onderdelen aanvaarden. Er is inmiddels een herziene Code tot stand gekomen, maar deze is nog niet voor Nederland in werking getreden. De herziene Code zal daarom niet systematisch worden besproken<sup>48</sup>.

Mondiale verdragen over gezondheidszorg en (sociale) ziektekostenverzekeringen ontbreken. Wel bevat het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESC) een omschrijving van een aantal sociale grondrechten die, hoezeer ook abstract geformuleerd, ook in

---

<sup>45</sup> Zie over e.e.a. A.T.J.M. Jacobs, Algemene minimum-normen. In: A.T.J.M. Jacobs e.a. (red.), *Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimumnormen van de IAO en de Raad van Europa*, Kluwer 1992, p. 1-22.

<sup>46</sup> Volgens artikel 12 ESH moeten de verdragsstaten 'het stelsel van sociale zekerheid [...] houden op een bevredigend peil, dat ten minste gelijk is aan het peil dat vereist is voor de bekrachtiging van het Internationale Arbeidsverdrag (no. 102) betreffende minimum-normen van sociale zekerheid'. Daarnaast eist artikel 13 van de verdragsstaten dat zij waarborgen 'dat een ieder die geen toereikende inkomsten heeft en niet in staat is zulke inkomsten door eigen inspanning of met andere middelen te verwerven, in het bijzonder door uitkeringen krachtens een stelsel van sociale zekerheid voldoende bijstand verkrijgt en in geval van ziekte de voor zijn toestand vereiste verzorging geniet'. Deze bepaling – algemeen geformuleerd als zij is – bevat geen concrete maatstaven aan de hand waarvan de kenmerken van het beoogde nieuwe stelsel kunnen worden getoetst. Artikel 13 blijft daarom buiten verdere behandeling.

<sup>47</sup> Zie hierover Charles Villars, *Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel*, George, Geneve 1979.

<sup>48</sup> De herziene Code zal wel ter sprake worden gebracht bij het eigen risico (§ 8.3.4), omdat deze een oplossing

het onderzoek moeten worden betrokken. Het IVESC spreekt over een recht van een ieder 'op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid' en verplicht de verdragsstaten maatregelen te nemen tot volledige verwezenlijking van dit recht, onder andere door 'het scheppen van omstandigheden die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen'.

## 8.2 Winstoogmerk

### 8.2.1 Toelaatbaarheid winstoogmerk bij uitvoering van de verzekering

De onderzochte verdragen kennen, op twee na, geen bepalingen over het winstoogmerk bij de uitvoering van de verzekering. De uitzonderingen zijn ILO-Verdragen nrs. 24 en 25, beide daterend uit 1927. ILO-Verdrag nr. 24 verplicht de verdragsstaten een stelsel van ziekte- en ziektekostenverzekering in te voeren voor arbeiders in de industrie en de handel en voor huispersoneel. ILO-Verdrag nr. 25 bevat dezelfde verplichting ten behoeve van werknemers in de agrarische sector.

Artikel 6, lid 1, van beide verdragen bepaalt dat de verzekering wordt uitgevoerd door 'autonome instellingen'. Deze instellingen mogen, aldus dit artikellid, geen winst beogen. Deze bepalingen verzetten zich, wat de in die verdragen omschreven verzekering betreft, er dus tegen dat de uitvoeringsorganisatie van de verzekering een winstoogmerk heeft. Niettemin achten wij het verdedigbaar dat uitvoering van de verzekering met winstoogmerk hierop niet behoeft af te stuiten. Er zijn daarvoor twee argumenten.

In de eerste plaats staat in deze verdragen niet het oogmerk voorop een stelsel tot stand te brengen volgens de precieze specificaties van die verdragen, zoals het verbod van winstoogmerk, maar het doel aan de beschermde groepen personen bepaalde *materiële rechten* te waarborgen. Dit wordt geïllustreerd door de systematiek van beide verdragen. Ingevolge beide verdragen mogen de verdragsstaten van de verplichte verzekering zoals deze verdragen die voorschrijven, personen uitzonderen die krachtens andere wetten of regelingen aanspraken hebben die, in totaliteit gezien, equivalent zijn aan de aanspraken die de verdragen beogen toe te kennen<sup>49</sup>. Van een equivalentie zoals hier bedoeld is in de beoogde nieuwe ziektekostenverzekering sprake, en daaraan hoeft een winstoogmerk bij de uitvoering van de verzekering in het geheel niet af te doen. Beide verdragen bieden aanspraak op medische behandeling vanaf het intreden van ziekte gedurende tenminste de periode waarover men recht heeft op ziekteuitkering, alsmede aanspraak op geneesmiddelen en therapeutische middelen. De beoogde ziektekostenverzekering biedt diezelfde aanspraken en méér.

In de tweede plaats gaat het hier om zeer gedateerde verdragen, die zijn gevolgd door latere ILO-Verdragen (de Verdragen nrs. 102, 103 en 121). De latere verdragen kennen een belangrijk meer gedetailleerde regeling over de verzekering tegen ziektekosten zónder nochtans uitvoering van de verzekering met winstoogmerk te verbieden. De latere verdragen hebben bovendien betrekking op bredere categorieën personen dan de eerdere verdragen, maar omvatten de personenkring van die

---

biedt voor beperkingen die uit de geldende Europese Code inzake sociale zekerheid voortvloeien.

<sup>49</sup> Artikel 2, lid 3, van beide verdragen.

verdragen in elk geval óók. Niets zou meer voor de hand hebben gelegen dan in de gedetailleerde regeling van deze verdragen, die mede betrekking heeft op de uitvoering van de verzekering en de inrichting van de uitvoeringsorganisatie, ook een verbod van winstoogmerk op te nemen, als de verdragsstaten dat onverenigbaar met de doelstellingen van de verdragen zouden hebben geacht. Onder deze omstandigheden is goed verdedigbaar dat het principe<sup>50</sup> dat (verdrags)bepalingen van latere datum voorrang hebben boven (verdrags)bepalingen van eerdere datum meebrengen dat aan het verbod van winstoogmerk bij de uitvoering van de verzekering in de oudere verdragen geen betekenis meer toekomt.

De hiervoor weergegeven gedachtengang biedt geen volledige zekerheid<sup>51</sup>. Het spreekt vanzelf dat iedere twijfel over de consequenties van beide ILO-Verdragen zou worden weggenomen als Nederland deze verdragen zou opzeggen. Opzegging van deze verdragen betekent geen verkorting van de aanspraken van burgers, omdat de latere ILO-Verdragen een ruimere beschermingsomvang kennen dan de Verdragen nrs. 24 en 25.

### *8.2.2 Toelaatbaarheid winstoogmerk bij zorgaanbieders*

De onderzochte verdragen zijn erop gericht de aanspraken van burgers te regelen, waarin de verdragsstaten in hun stelsels van sociale zekerheid moeten voorzien. Voor zover daarin over de uitvoering iets wordt bepaald, betreft het de organisaties die de sociale zekerheidsregelingen uitvoeren en de verdragsstaat zelf. In geen van de verdragen is enige bepaling te vinden die iets naders regelt over positie of inrichting van de zorgaanbieder. De verdragsstaten zijn voor een belangrijk deel vrij in de vormgeving van het in de verdragen voorgeschreven stelsel van ziektekostenverzekering.

Onder deze omstandigheden kan op grond van de onderzochte verdragen geen bezwaar ertegen worden gemaakt als zorgaanbieders hun diensten met winstoogmerk verlenen. Overigens valt nog aan te tekenen dat in alle verdragsstaten een deel van de zorgaanbieders – de zelfstandige beroepsbeoefenaren – traditioneel hun diensten in de uitoefening van een vrij beroep verlenen, dus met winstoogmerk. Er is geen reden om aan te nemen dat daarentegen een winstoogmerk bij instellingen strijdig zou zijn met de verdragen.

### *8.3 De kenmerken van het beoogde stelsel*

#### *8.3.1 Inleiding*

Ter beantwoording staat de vraag of de in het Strategisch Akkoord opgenomen randvoorwaarden, zoals hiervoor in § 1.1 nader genoemd, binnen een publiek stelsel bezien vanuit het internationale recht alle zijn te realiseren.

De onderzochte verdragen verlangen alle dat de verdragsstaten in hun nationale stelsels geneeskundige zorg waarborgen. Zij verlangen dat voor uiteenlopende risico's (ziekte,

---

<sup>50</sup> Zie ook artikel 30 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

<sup>51</sup> Volgens de Raad van State in zijn advies van 8 maart 1990, nr. W13.89.0552 is een stelsel dat geen belemmering inhoudt voor de toelating van verzekeraars die kiezen voor een winstgevende rechtsvorm, in strijd met de hier besproken verdragen. De Raad van State besteedt in zijn advies echter geen aandacht aan het hiervoor aangehaalde artikel 2, lid 3 en de samenhang met de latere ILO-Verdragen.

arbeidsongevallen en beroepsziekten, moederschap) en voor uiteenlopend omschreven doelgroepen. Elk van de verdragen bevat randvoorwaarden waaraan die nationale stelsels tenminste moeten voldoen. Die randvoorwaarden betreffen, samengevat<sup>52</sup>:

- de kring van personen aan wie aanspraken moeten toekomen
- de inhoud en de omvang van de aanspraken
- de toelaatbaarheid van eigen betalingen
- de uitvoeringsorganisatie
- de financiering.

Aan de hand van deze rubricering zullen hierna de kenmerken van het beoogde nieuwe stelsel worden onderzocht.

### *8.3.2 De kring van personen aan wie aanspraken moeten toekomen*

Het beoogde nieuwe stelsel omvat de gehele bevolking. Eenieder zal verplicht zijn zich te verzekeren. Daar staat tegenover dat op de uitvoerders een acceptatieplicht rust.

De kring van personen aan wie aanspraken moeten toekomen is in alle verdragen beperkt, en wel tot:

- werknemers in industrie en handel en huispersoneel (ILO-Verdrag nr. 24)
- werknemers in de agrarische sector (ILO-Verdrag nr. 25)
- door de verdragsstaat aan te wijzen groepen van loontrekkenden of inwoners, die tezamen tenminste 50% van de loontrekkenden of inwoners uitmaken (ILO-Verdrag nr. 102)
- vrouwelijke werknemers (ILO-Verdrag nr. 103)
- loontrekkenden (ILO-Verdrag nr. 121)
- door de verdragsstaat aan te wijzen groepen van loontrekkenden of inwoners, die tezamen tenminste een bepaald percentage van de loontrekkenden of inwoners uitmaken (Europese Code inzake sociale zekerheid en Protocol)

De beoogde nieuwe ziektekostenverzekering zal van toepassing zijn op de gehele bevolking en zal dus een ruimere personele werkingsfeer kennen dan de onderzochte verdragen. De combinatie van verzekerings- en acceptatieplicht waarborgt dat de nieuwe verzekering effectief op de bevolking van toepassing is. De nieuwe verzekering is in dit opzicht dus in overeenstemming met die verdragen.

### *8.3.3 Inhoud en omvang van de aanspraken*

Het beoogde nieuwe stelsel zal een 'standaardpakket van noodzakelijke zorg' omvatten.

De aanspraken die moeten worden toegekend, zijn volgens ILO-Verdragen nrs. 102 en 103 en de Europese Code inzake sociale zekerheid, samengevat<sup>53</sup>:

- de hulp van algemene artsen, met inbegrip van bezoeken aan huis

---

<sup>52</sup> Het hiervoor reeds behandelde onderwerp 'winstoogmerk' blijft hier verder buiten beschouwing.

<sup>53</sup> Hierbij worden de delen VI en VIII van ILO-Verdrag nr. 102 buiten beschouwing gelaten. Deel VI, dat de aanspraken bij arbeidsongevallen en beroepsziekten betreft, is vervangen door ILO-Verdrag nr. 121 (zie artikel 75 van ILO-Verdrag nr. 102 en artikel 29 van ILO-Verdrag nr. 121). Deel VIII, dat de aanspraken bij moederschap betreft, is vervangen door ILO-Verdrag nr. 103 (zie artikel 75 van ILO-Verdrag nr. 102).

- de hulp van specialisten binnen en buiten een ziekenhuis
- ziekenhuisopname
- de verstrekking van noodzakelijke geneesmiddelen
- prenatale zorg, hulp bij bevalling en postnatale zorg

Daaraan voegt ILO-Verdrag nr. 121 voor arbeidsongevallen en beroepsziekten toe, samengevat:

- opname in andere geneeskundige inrichtingen
- tandheelkundige zorg
- verstrekking van hulpmiddelen
- paramedische hulp.

Het Protocol bij de Europese Code inzake sociale zekerheid voegt nog toe:

- onderhoud van het gebit voor de beschermde kinderen.

De aanspraken ingevolge ILO-Verdragen nrs. 24 en 25 zijn beperkter omschreven dan in de hiervoor genoemde verdragen. Zij kunnen daarom buiten verdere beschouwing blijven.

De precieze inhoud van het beoogde 'standaardpakket van noodzakelijke zorg' is nog niet bekend. Als het verzekerde pakket overeenkomt met de aanspraken ingevolge de huidige ziekenfondsverzekering, voldoet het ruimschoots aan de eisen die de onderzochte verdragen aan de nationale stelsels stellen. Voor zover echter beperkingen ten opzichte van het huidige ziekenfondspakket zouden worden overwogen, zal alsnog in meer detail onderzoek moeten worden gedaan naar de verenigbaarheid met de verdragen<sup>54</sup>.

#### 8.3.4 De toelaatbaarheid van eigen betalingen

In het nieuwe stelsel wordt een ziektekostenverzekering met een verplicht eigen risico beoogd. De uitvoerders krijgen (mogelijk) de vrijheid daarenboven varianten van vrijwillige eigen risico's met daarbij behorende premiekortingen aan te bieden. De toelaatbaarheid van dergelijke eigen risico's zal worden onderzocht aan de hand van de afzonderlijke verdragen.

ILO-Verdragen nrs. 24 en 25 laten de verdragsstaten expliciet vrij om van de verzekerden betaling te verlangen van een deel van de kosten van medische zorg<sup>55</sup>.

ILO-Verdrag nr. 102 laat toe dat de gerechtigde of zijn kostwinner wordt verplicht een bijdrage te leveren in de kosten van de geneeskundige zorg, ontvangen in geval van ziekte-toestand. De desbetreffende regels moeten zodanig worden vastgesteld dat zij 'geen te zware last met zich brengen'<sup>56</sup>. Hieruit vloeien twee beperkingen voort.

De eerste beperking is dat alleen een eigen bijdrage kan worden verlangd in geval van ziekte en dus niet voor prenatale zorg, hulp bij bevalling en postnatale zorg<sup>57</sup>. Dit vindt bevestiging in een

<sup>54</sup> Vgl. het advies van de Raad van State van 8 maart 1990, nr. W13.89.0552, waarin onder verwijzing naar dezelfde verdragen bezwaar werd gemaakt tegen diverse beperkingen van het verzekerde pakket zoals beoogd in het toen aan de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel tot wijziging van de Ziekenfondswet en de AWBZ.

<sup>55</sup> Artikel 4, lid 2, van elk van deze verdragen.

<sup>56</sup> Artikel 10, lid 2.

<sup>57</sup> A.P. den Exter, *Basisverzekering internationaal-rechtelijk niet door de beugel*, Sociaal Recht 2002, p. 229-230, lijkt het verbod van eigen bijdragen ook in het kader van de ILO-Verdragen een wijdere strekking te willen

uitspraak van de Centrale Raad van Beroep<sup>58</sup>. Hieruit volgt dat het verplichte eigen risico niet van toepassing kan zijn op (de kosten van) deze zorg. Een vrijwillig tussen verzekeraar en verzekerde overeengekomen eigen risico, ook met betrekking tot (de kosten van) deze zorg, is niet in strijd met het verdrag.

De tweede beperking betreft de omvang van de eigen bijdrage of het eigen risico. Aangezien het verdrag niet aangeeft wanneer sprake is van een 'te zware last', behouden de verdragsstaten in dit opzicht beoordelingsvrijheid. De verdragsbepaling brengt hooguit mee dat in de nationale wetgeving aandacht moet worden geschonken aan de omvang van de lasten die voor de verzekerden ontstaan.

Ook ILO-Verdrag nr. 103 biedt niet de mogelijkheid aan de zorg voor, tijdens en na de bevalling een eigen bijdrage of eigen risico op te leggen<sup>59</sup>.

ILO-Verdrag nr. 121, dat betrekking heeft op arbeidsongevallen en beroepsziekten, kent niet de mogelijkheid om aan de verzekerde de verplichting op te leggen zelf aan de kosten van geneeskundige verzorging bij te dragen. Nu in dit verdrag met die van ILO-Verdrag nr. 102 vergelijkbare systematiek kent<sup>60</sup>, maar een specifieke bepaling over eigen betalingen ontbreekt, zou een verplichting tot eigen betalingen in het licht van dit verdrag in principe niet toelaatbaar moeten worden geacht.

Het verdrag kent echter een bijzondere bepaling voor het geval een verdragsstaat een 'algemene gezondheidsregeling' of een regeling voor geneeskundige zorg voor loontrekkenden heeft getroffen. Dan kan de verdragsstaat in zijn wetgeving bepalen dat de zorg aan hen die getroffen zijn door een arbeidsongeval of een beroepsziekte, *onder dezelfde voorwaarden* wordt verleend als aan andere rechthebbenden. Dit betekent dat dan ook aan degenen die getroffen zijn door een arbeidsongeval of beroepsziekte de verplichting kan worden opgelegd zelf een deel van de kosten van zorg te betalen. Hieruit volgt dat een verplicht eigen risico niet in strijd is met dit verdrag. Vrijwillig overeengekomen eigen risico's zijn evenmin in strijd met dit verdrag.

De Europese Code inzake sociale zekerheid kent in het algemeen deel over geneeskundige zorg (deel II) een omschrijving van de verstrekkingen die overeenkomt met die van ILO-Verdrag nr. 102<sup>61</sup>. Hierbij is expliciet voorzien in de mogelijkheid bijdragen van de verzekerden te verlangen, mits deze 'geen te zware last met zich brengen'<sup>62</sup>. Uit de Europese Code vloeien echter twee complicaties voort.

In de eerste plaats kent de Europese Code (naar analogie met de ILO-Verdragen) bijzondere voorzieningen in geval van arbeidsongevallen en beroepsziekten (deel VI) en moederschap (deel VIII). In deze bijzondere delen is – anders dan in deel II – *niet* voorzien in de mogelijkheid een eigen bijdrage te verlangen. Anders dan in ILO-Verdrag nr. 121 ontbreekt hier een bepaling die meebrengt dat het bijzondere deel 'wijkt' als de verdragsstaat een algemene regeling voor

---

geven, maar daarvoor bestaat naar ons oordeel geen grond.

<sup>58</sup> CRvB 29 mei 1996, RSV 1997, 9.

<sup>59</sup> Zie artikel 4.

<sup>60</sup> In het bijzonder ook in artikel 10, dat de verstrekkingen omschrijft en dat overigens voor een belangrijk deel overeenkomt met artikel 10, lid 1, van ILO-Verdrag nr. 102.

<sup>61</sup> Artikel 10 van de Europese Code inzake sociale zekerheid.

<sup>62</sup> Artikel 10, lid 2.

geneeskundige zorg kent. Hieruit zal moeten worden afgeleid dat een eigen bijdrage niet kan worden verlangd als de ziektekosten verband houden met een arbeidsongeval of een beroepsziekte en als het gaat om prenatale zorg, hulp bij bevalling en postnatale zorg.

In de tweede plaats bevat het Protocol bij de Europese Code inzake sociale zekerheid een beperking van de eigen bijdragen die ingevolge het algemeen deel over geneeskundige zorg mogen worden opgelegd. Als algemene regel geldt dat bijdragen van de gerechtigden 'geen te zware belasting' met zich mogen brengen, een eis die is geconcretiseerd door voor verschillende vormen van zorg een maximaal percentage aan te geven dat bij wijze van eigen bijdrage mag worden verlangd (wijziging artikel 10, lid 2, Europese Code). Dit percentage bedraagt 25 voor hulp van huisartsen, ziekenhuisverpleging, poliklinische specialistische hulp en hulp bij zwangerschap en bevalling; het bedraagt 33 1/3 voor 'onderhoud van het gebit'. Deze beperking zal bij vaststelling van een verplicht eigen risico in acht moeten worden genomen. De situatie dat een eigen risico hoger is dan het deel van de kosten dat voor rekening van de verzekerde mag blijven, zal zich allicht kunnen voordoen. Het verplicht eigen risico zal dus zodanig moeten worden vastgesteld en geregeld, dat gewaarborgd is dat de verzekerde niet meer dan de genoemde percentages voor de verschillende vormen van zorg hoeft te dragen. Dit alles geldt niet voor het vrijwillig overeen te komen eigen risico.

Deze beperkingen op grond van de Europese Code inzake sociale zekerheid zullen verleden tijd zijn wanneer de herziene Europese Code inzake sociale zekerheid voor Nederland in werking is getreden. De herziene Code kent een algemeen deel over geneeskundige zorg (deel II), dat de mogelijkheid biedt eigen bijdragen te verlangen, zo lang deze niet te bezwarend zijn of de medische verzorging minder effectief maken<sup>63</sup>. De herziene Code bevat verder een bijzonder deel over arbeidsongevallen en beroepsziekten (deel VI), waarin expliciet het opleggen van eigen bijdragen in de kosten van medische zorg wordt verboden<sup>64</sup>. Deze bepaling hoeft echter geen beletsel te vormen. In artikel 3, lid 3, van de herziene Code wordt namelijk bepaald dat een verdragsstaat die de verplichtingen van de delen II, III, IX en X aanvaardt, wordt geacht tevens te voldoen aan de verplichtingen in deel VI. Deze bepaling is uitdrukkelijk opgenomen met het oog op verdragsstaten die (zoals Nederland) in hun sociale zekerheidswetgeving ten aanzien van ziekte geen onderscheid maken al naar gelang het gaat om arbeidsongevallen en beroepsziekten<sup>65</sup>. Tenslotte bevat de herziene Code een bijzonder deel ten aanzien van moederschap (deel VIII). Hier wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid van oplegging van eigen bijdragen opengelaten<sup>66</sup>, onder dezelfde conditie als het algemeen deel van de herziene Code.

Het IVESC bepaalt op zichzelf niets over de mogelijkheid aan de verstrekking van zorg een eigen bijdrage of eigen risico te verbinden. Niettemin zou kan aan het IVESC wel een argument daartegen kunnen worden ontleend. De gedachtegang is dan als volgt<sup>67</sup>. Artikel 12, lid 1, IVESC spreekt over een recht van een ieder 'op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid'. Het tweede lid verplicht de verdragsstaten maatregelen te nemen tot volledige verwezenlijking van dit recht, onder andere door 'het scheppen van omstandigheden die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen'. Daaraan heeft Nederland

---

<sup>63</sup> Artikel 10, lid 2, herziene Europese Code inzake sociale zekerheid.

<sup>64</sup> Artikel 36, lid 2, herziene Europese Code inzake sociale zekerheid.

<sup>65</sup> Zie Explanatory Report on the European Code of Social Security (Revised), Straatsburg 1998, p. 21.

<sup>66</sup> Artikel 53, lid 2, herziene Europese Code inzake sociale zekerheid.

tenminste voor een belangrijk deel voldaan door de huidige Ziekenfondswet, de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 (WTZ 1998) en de AWBZ. Ziekenfondswet en WTZ 1998 kennen voor de curatieve zorg geen verplichting tot betaling van een eigen bijdrage of het dragen van een eigen risico. Invoering van een verplicht eigen risico in de nieuwe ziektekostenverzekering zou in zoverre een achteruitgang betekenen. Nu bepaalt artikel 2, lid 1, IVESC dat de verdragsstaten maatregelen nemen 'ten einde met alle passende middelen [...] steeds nader tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen'. Deze bepaling wordt (tevens) gezien als 'stand-still' bepaling: uit de verplichting vooruitgang te boeken volgt dat geen maatregelen mogen worden genomen die, in vergelijking met de reeds verwezenlijkte aanspraken van burgers, een achteruitgang betekenen<sup>68</sup>.

Wij delen deze gedachtegang niet. Naar onze mening kan niet zonder meer worden volgehouden dat de introductie van een eigen risico valt te beschouwen als een achteruitgang van het recht van burgers op een zo goed mogelijke gezondheid en de waarborg van geneeskundige bijstand en verzorging. In de eerste plaats staat niet bij voorbaat vast dat een stelsel van eigen risico's in de weg staat aan de toegankelijkheid van de gezondheidszorg en daarmee aan het doel een zo goed mogelijke gezondheid te waarborgen. In de tweede plaats zou het niet juist zijn het aspect van de eigen risico's louter op zichzelf te beschouwen. Het eigen risico vormt onderdeel van een stelsel waarin is gekozen voor een bepaalde verdeling van lasten (in de vorm van premies voor rekening van de werkgever, nominale premies voor rekening van de verzekerde en eigen risico's), zodanig dat een in economisch opzicht gezond en duurzaam stelsel van ziektekostenverzekeringen ontstaat. Een eigen risico is geschikt om de verzekerde zich bewust te laten zijn van de kosten van gebruik van voorzieningen van gezondheidszorg, zal hem prikkelen tot verantwoorde keuzes en kan aldus bijdragen aan een economisch handhaafbaar stelsel. Uiteindelijk is een dergelijk financieel evenwichtig stelsel méér in het belang van de toegankelijkheid van en de voorziening in een goede gezondheidszorg dan een stelsel zoals het huidige, waaraan – naar brede opvatting – manco's kleven die althans op termijn aan het goed functioneren van het stelsel van gezondheidszorg in de weg staan.

Voor degenen die thans particulier voor ziektekosten verzekerd zijn, komt hier nog bij dat er sprake is van continuïteit: in de huidige particuliere ziektekostenverzekeringen zijn eigen risico's immers algemeen gebruikelijk.

Naar onze mening hoeft de introductie van eigen risico's om deze redenen niet af te stuiten op het IVESC. Wél is het van belang dat in de wetgeving die strekt tot invoering van een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen uitdrukkelijk aandacht wordt geschonken aan het bezwaar dat aan het IVESC zou kunnen worden ontleend en dat daarbij duidelijk wordt gemotiveerd, mogelijk op basis van de hiervoor geschetste lijnen, waarom naar het oordeel van de wetgever de introductie van eigen risico's noodzakelijk is en niet in de weg staat aan de verwezenlijking van het recht van burgers op een zo goed mogelijke gezondheid en de waarborg van geneeskundige bijstand en

---

<sup>67</sup> Zie Den Exter, a.w.

<sup>68</sup> Zie hiervoor Office of the High Commissioner for Human Rights, The nature of States partner obligations, CESCR General comment 3; Matthew C.R. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Clarendon Press 1995, p. 129-134.

verzorging. Volledigheidshalve merken wij op dat de hiervoor besproken bezwaren niet gelden voor een vrijwillig eigen risico. Het IVESC staat daaraan niet in de weg.

### *8.3.5 De uitvoeringsorganisatie*

Het nieuwe stelsel van ziektekostenverzekering moet worden uitgevoerd door private uitvoerders. De toelaatbaarheid daarvan wordt hierna aan de hand van de afzonderlijke verdragen onderzocht.

ILO-Verdragen nrs. 24 en 25 verlangen dat de verzekering wordt uitgevoerd door onafhankelijke instellingen die onder administratief en financieel toezicht van een overheidsorgaan staan. Instellingen die als particulier initiatief zijn opgericht, moeten speciale overheidstoestemming hebben. Daarnaast is bepaald dat de verzekerde personen in het bestuur moeten participeren. Dat geschiedt echter onder de voorwaarden die de nationale wetgeving stelt<sup>69</sup>. Deze verdragen staan niet in de weg aan toelating door private uitvoerders. Overigens geldt ook hier dat het verdrag de verdragsstaten vrijlaat een anders ingericht nationaal stelsel te hebben, zo lang de daaruit voortvloeiende aanspraken equivalent zijn aan die welke uit deze verdragen voortvloeien. Bovendien is de betekenis van de verdragen nrs. 24 en 25 beperkt vanwege de meer gedetailleerde voorzieningen die zijn getroffen in de – van latere datum zijnde – andere ILO-Verdragen.

ILO-Verdrag nr. 102 bevat geen keuze voor een private of publieke uitvoering van de ziektekostenverzekering. Overigens bestaat in de – uiterst schaarse – literatuur enige aarzeling over de toelaatbaarheid van inschakeling van particuliere verzekeraars<sup>70</sup>, maar deze aarzeling vindt naar onze mening geen steun in het verdrag, zo lang aan centrale doelstelling van het verdrag wordt voldaan, de te verzekeren personen de aanspraken te waarborgen die het verdrag hen toekent.

Er geldt wel een bijzondere bepaling voor het geval de administratie van de verzekering niet wordt gevoerd door een op overheidsvoorschriften berustende instelling of door een regeringsdepartement, dat verantwoording schuldig is aan een parlement. In dat geval eist het verdrag dat 'vertegenwoordigers van de beschermde personen' deelnemen aan de administratie of met raadgevende stem daarbij worden betrokken<sup>71</sup>.

Daarnaast is bepaald dat de verdragsstaat een algemene verantwoordelijkheid moet aanvaarden voor een goede administratie van de instellingen en diensten die betrokken zijn bij de toepassing van het verdrag. Dit betekent dat de nationale wetgeving op enige wijze moet voorzien in toezicht op en de mogelijkheid van interventie in de uitvoering van de verzekering, in geval de kwaliteit van de uitvoering te kort schiet. De vorm en mate van toezicht en interventie zijn in het verdrag niet nader geregeld en zijn dus overgelaten aan de beoordeling van de verdragsstaat.

---

<sup>69</sup> Zie voor e.e.a. artikel 6 van beide verdragen.

<sup>70</sup> A.T.J.M. Jacobs, a.w., p. 20 verwoordt deze aarzeling, overigens zonder verdere toelichting; dergelijke aarzeling bestaat niet bij Charles Villars, a.w., p. 24.

<sup>71</sup> Artikel 72, lid 1. De nationale wetgeving kan daarnaast bepalingen bevatten over deelneming van vertegenwoordigers van de werkgevers en de overheid.

ILO-Verdrag nr. 103 bevat geen op dit punt relevante bepalingen.

ILO-Verdrag nr. 121 en de Europese Code inzake sociale zekerheid komen wat de uitvoeringsorganisatie betreft met ILO-Verdrag nr. 102 overeen<sup>72</sup>. In de omschrijving van de voorgenomen nieuwe ziektekostenverzekering is voorzien in uitvoering door private uitvoerders, maar daarbij is (nog) niet voorzien in participatie van verzekerden en ook niet in de wijze waarop gestalte wordt gegeven aan de overheidsverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de verzekering. Aan deze onderwerpen zal bij de verdere uitwerking aandacht moeten worden geschonken.

Het Protocol bij de Europese Code inzake sociale zekerheid bevat geen nadere bepalingen ten aanzien van de uitvoeringsorganisatie. Dergelijke bepalingen komen ook niet in het IVESC voor.

### *8.3.6 Financiering*

Het is de bedoeling dat de nieuwe verzekering wordt gefinancierd door

- bijdragen uit een op te richten risicovereveningsfonds dat wordt gevuld met loongerelateerde werkgeversbijdragen ter hoogte van de helft van de premielast en een rijksbijdrage voor de verzekering van personen jonger dan 18 jaar, en
- door de uitvoerder zelf vastgestelde, niet naar gezondheid of leeftijd gedifferentieerde, nominale premies voor verzekerden van 18 jaar en ouder.

Daarnaast geldt dat

- algemene inkomenseffecten zullen worden gecompenseerd via belastingmaatregelen
- inkomenseffecten in huishoudingen zullen worden gecompenseerd door middel van een toeslag, waarvan de hoogte gelijk is aan het verschil tussen de genormeerde ziektekosten en de hoogte van de standaard verschuldigde nominale ziektekostenpremie minus het eigen risico.

De afzonderlijke verdragen bepalen over de financiering van een stelsel van ziektekostenverzekering het volgende.

ILO-Verdragen nrs. 24 en 25 volstaan met de bepaling dat verzekerden en hun werkgevers aan de financiering van de verzekering zullen bijdragen. De verdragsstaat is vrij te beslissen over een financiële bijdrage van de overheid<sup>73</sup>. De voor het nieuwe stelsel beoogde financieringswijze is in overeenstemming met deze verdragen.

ILO-Verdrag nr. 102 kent een meer gedetailleerde regeling, die als volgt kan worden samengevat<sup>74</sup>:

- de kosten van de verzekering moeten collectief worden gedragen door premies, belastingen of een combinatie van beide
- personen met een geringe draagkracht mogen niet te zwaar worden belast
- rekening moet worden gehouden met de economische toestand van de verdragsstaat en de te beschermen groepen

---

<sup>72</sup> Artikel 24 ILO-Verdrag nr. 121 en artikel 71 Europese Code inzake sociale zekerheid.

<sup>73</sup> Artikel 7 van beide verdragen.

<sup>74</sup> Artikel 71.

- het totaal van de premies ten laste van loontrekkenden mag ten hoogste 50% bedragen van 'het totaal der inkomsten, nodig voor de bescherming van deze loontrekkenden, hun echtgenoten en kinderen', waarbij kinderbijslagen en uitkeringen terzake van arbeidsongevallen en beroepsziekten buiten beschouwing blijven: vereenvoudigd betekent dit dat ten hoogste de helft van de totale uitkeringslasten ten laste van loontrekkenden mag worden gebracht
- de verdragsstaat moet een algemene aansprakelijkheid voor de verstrekking van uitkeringen op zich nemen en daartoe de nodige maatregelen nemen.

ILO-Verdrag nr. 103 bepaalt dat premies voor een verplichte sociale verzekering voor de 'risico's' van moederschap moeten worden betaald door mannen en vrouwen in een onderneming, zonder onderscheid naar geslacht. Het verdrag laat de verdragsstaten vrij te bepalen door wie, werkgevers, werknemers, of beide, de premies worden gedragen.

ILO-Verdrag nr. 121 kent geen nadere regeling voor de financiering. Wel is bepaald dat de verdragsstaat een algemene verantwoordelijkheid moet aanvaarden voor de verlening van prestaties krachtens het verdrag en daartoe maatregelen moet nemen<sup>75</sup>.

De Europese Code inzake sociale zekerheid bevat een regeling over de financiering, die gelijk is aan die van ILO-Verdrag nr. 102<sup>76</sup>. Het bij de Code behorende Protocol bevat daarover geen nadere bepalingen.

Gezien het voorgaande moet de voorgenomen wijze van financiering van het nieuwe ziektekostenverzekeringstelsel worden getoetst aan de maatstaven zoals neergelegd in ILO-Verdrag nrs. 102 en 103 en de Europese Code inzake sociale zekerheid.

Aan de eerste eis – de kosten van de verzekering moeten collectief worden gedragen door premies, belastingen of een combinatie van beide – wordt in het voorgenomen stelsel voldaan.

Ook aan de tweede eis – personen met een geringe draagkracht mogen niet te zwaar worden belast – zal kunnen worden voldaan doordat algemene inkomenseffecten via belastingmaatregelen worden gecompenseerd en doordat inkomenseffecten in huishoudingen worden gecompenseerd door een toeslag. Opmerking verdient dat de verdragen niet nader aangeven wanneer er sprake is van een te zware belasting van personen met een geringe draagkracht. Dit brengt mee dat de verdragsstaten in dit opzicht hun beoordelingsvrijheid behouden.

Hetzelfde geldt voor de derde eis, dat rekening moet worden gehouden met de economische toestand van de verdragsstaat en de te beschermen groepen.

Of aan de vierde eis – het totaal van de premies ten laste van loontrekkenden mag ten hoogste 50% bedragen van de totale uitkeringen – is voldaan, kan op grond van de voorgenomen financieringswijze niet worden beoordeeld. De voorgenomen financieringswijze is in overeenstemming met de verdragen, als aan de hand van de totale financiering van de sociale zekerheid kan worden aangetoond dat de grenzen die de verdragen stellen, niet worden

---

<sup>75</sup> Artikel 25.

<sup>76</sup> Artikel 70.

overschreden. Hieraan zal bij de verdere uitwerking van de stelselherziening aandacht moeten worden geschonken.

De vijfde eis – de verdragstaat moet een algemene aansprakelijkheid voor de verstrekking van uitkeringen op zich nemen en daartoe de nodige maatregelen nemen – is in de voorgenomen financieringswijze niet terug te vinden. Hieraan zal nadere aandacht moeten worden geschonken.

De laatste, uit ILO-Verdrag nr. 103 voortvloeiende eis – gelijkheid in premieplicht tussen mannen en vrouwen – kan buiten beschouwing blijven: uit niets blijkt dat een onderscheid in premieplicht tussen mannen en vrouwen zou worden beoogd.

Met de hiervoor aangegeven voorbehouden ten aanzien van de vierde en vijfde eis is de conclusie dat de voorgenomen financieringswijze verenigbaar is met de ILO-Verdragen en de Europese Code inzake sociale zekerheid.

Het IVESC bevat geen specifieke bepalingen ten aanzien van de financiering van het stelsel van gezondheidszorg.

#### *8.3.7 Verdere kenmerken van het beoogde nieuwe stelsel*

In de voorafgaande subparagrafen zijn verschillende belangrijke kenmerken van het beoogde nieuwe stelsel getoetst aan de verdragen die in het onderzoek zijn betrokken. De volgende kenmerken zijn nog niet aan de orde geweest:

- tussen de uitvoerders wordt om de gunst van de verzekerden geconcurrereerd
- de zorgaanbieders, met wie door de uitvoerders kan worden gecontracteerd, staan met elkaar in concurrentie
- er komt objectieve informatie over de kwaliteit van het aanbod van uitvoerders en zorgaanbieders ter beschikking.

Geen van de onderzochte verdragen bevat bepalingen waarmee deze kenmerken in strijd zijn of die tot nader onderzoek naar mogelijke strijdigheid aanleiding geven. Ook in zoverre is het beoogde nieuwe stelsel dus verenigbaar met die verdragen.

## 9. Samenvattende beantwoording van de adviesaanvragen

### 9.1 Inleiding

Hierna volgt een beknopte beantwoording van de vragen zoals vervat in de brieven van de minister van VWS van 29 juli en 29 oktober 2002. De vraagstelling in de brief van 29 juli heeft betrekking op een *privaatrechtelijk* stelsel van ziektekostenverzekering, die in de brief van 29 oktober op een *publiekrechtelijk* stelsel.

### 9.2 Brief 29 juli 2002: *privaatrechtelijk stelsel*

Vraag 1:

'In de eerste plaats zou ik willen vernemen of de formulering "privaatrechtelijke verzekering" impliceert dat de partij, met welke de burger op grond van zijn wettelijke verplichting een verzekeringsovereenkomst aangaat, moet worden gekwalificeerd als een verzekeringsonderneming waarop de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf van toepassing zijn.'

Naar onze mening zijn de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf inderdaad van toepassing op de uitvoerders/verzekeraars die verzekeringsovereenkomsten sluiten in het kader van het beoogde nieuwe stelsel van ziektekostenverzekering; dit overigens niet uitsluitend op grond van het privaatrechtelijke karakter van de verzekeringsovereenkomst, maar mede – en vooral – vanwege de materiele kenmerken van het beoogde stelsel. Eén en ander is in § 4.2 en 4.3 toegelicht.

Vraag 2:

'De ICER-werkgroep zorgstelsel heeft aangegeven dat het vanuit Europeesrechtelijk standpunt risicovol is binnen het kader van een privaatrechtelijke verzekering wettelijk een acceptatieplicht aan verzekeraars op te leggen en de omvang van de verzekeringsdekking en de premiestelling te regelen. Met name de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf verbieden overheidsregels op deze punten. Gaarne verneem ik uw visie op de haalbaarheid van de beoogde regels inzake acceptatieplicht, dekking en premie in het licht van de genoemde richtlijnen.'

Naar onze mening zijn de beoogde regels inzake acceptatieplicht, dekking en premie in een privaatrechtelijke verzekering niet verenigbaar met de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf. Dit is toegelicht in § 4.4 en 4.8.

Vraag 4:

'Gaarne verneem ik of de Europese regels inzake de mededinging naar uw oordeel de in het Strategisch Akkoord aangeduide verevening tussen verzekeraars/uitvoerders toestaan.'

Naar onze mening staan de Europese mededingingsregels de hier bedoelde verevening tussen verzekeraars/uitvoerders toe, als deze wettelijk wordt vastgelegd. Dit is toegelicht in § 6.2 en 6.3.

### 9.3 Brief 29 oktober 2002: publiekrechtelijk stelsel

Vraag 1:

'Zijn de in het Strategisch Akkoord opgenomen randvoorwaarden, te weten:

[...]

binnen een publiek stelsel gezien het internationale recht alle te realiseren? Zo nee, welke zijn niet te realiseren dan wel leveren een risico van strijdigheid met internationaal recht op? Ik verzoek u hierbij niet alleen in te gaan op de afzonderlijke randvoorwaarden, maar deze ook in onderling verband te bezien.'

Een stelsel als in de vraagstelling omschreven zal naar onze mening niet zonder meer als 'sociale zekerheid' kunnen worden gekwalificeerd. Het gevolg daarvan zou zijn dat de Europese richtlijnen voor het directe schadeverzekeringsbedrijf van toepassing zijn, hetgeen eraan in de weg zou staan een acceptatieplicht op te leggen, het verzekerde pakket bindend voor te schrijven, voorschriften te stellen ten aanzien van het karakter van de premie en het eigen risico en premiedifferentiatie te verbieden. Hoewel onze analyse onvermijdelijk met onzekerheden omgeven is, menen wij dat wijzigingen nodig zouden zijn om het stelsel te kunnen kwalificeren als sociale zekerheid en dus (de beperkingen, voortvloeiend uit) de Europese schaderichtlijnen niet van toepassing te laten zijn. Naast het feit dat de verzekering van rechtswege ontstaat zijn die wijzigingen:

- de overheid stelt regels ten aanzien van de nominale premies
- premiedifferentiatie op grond van aan de persoon van de verzekerde gerelateerde factoren wordt verboden, ook buiten leeftijd en gezondheid
- de uitvoering wordt opgedragen of overgelaten aan aparte entiteiten die op nader te bepalen wijze afgescheiden zijn van een onderneming die een particuliere, aanvullende ziektekostenverzekering aanbiedt.

Eén en ander is toegelicht in § 4.7.

Daarnaast vloeien uit andere internationale verdragen (ILO-Verdragen, Europese Code inzake sociale zekerheid en bijbehorend Protocol, Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten) beperkingen voort waarmee bij de vormgeving van een nieuw stelsel rekening moet worden gehouden:

- het standaardpakket van noodzakelijke zorg moet voldoen aan de eisen als neergelegd in ILO-Verdragen en Europese Code inzake sociale zekerheid
- vertegenwoordigers van de verzekerden moeten kunnen deelnemen aan de uitvoering van de verzekering of daarbij met raadgevende stem worden betrokken
- de genoemde verdragen stellen maxima aan het deel van de premies die ten laste van de verzekerden mogen komen
- ten aanzien van een nieuw in te voeren verplicht eigen risico zal moeten (kunnen) worden gemotiveerd dat dit geen afbreuk doet aan de rechten van burgers 'op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid' en de waarborg van geneeskundige bijstand en verzorging in geval van ziekte (Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten)

- eigen betalingen zijn niet toelaatbaar als de geneeskundige zorg verband houdt met arbeidsongevallen of beroepsziekten
- eigen betalingen zijn niet toelaatbaar voor zover het gaat om de kosten van prenatale zorg, hulp bij bevalling en postnatale zorg
- eigen betalingen zijn niet toelaatbaar voor zover zij méér bedragen dan 25% van de kosten voor huisartsenhulp, ziekenhuisverpleging en poliklinische specialistische hulp en voor zover zij méér bedragen dan 33 1/3% voor de kosten van tandheelkundige hulp.

Eén en ander is toegelicht in hoofdstuk 8.

Vraag 2:

'Is met het internationale recht verenigbaar dat de private uitvoerders van een publiekrechtelijke zorgverzekering - die failliet kunnen gaan - een winstoogmerk hebben? Hierbij versta ik onder winst: overschotten op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet respectievelijk op de uitvoering van met de uitvoerders van die wet gesloten zorgovereenkomsten, ter vrije beschikking van de uitvoerders (derhalve onder andere uitkeerbaar aan aandeelhouders in de uitvoerders). Ook hier verzoek ik u expliciet in te gaan op de vraag of zo'n winstoogmerk en/of de mogelijkheid van faillissement niet leidt tot de toepasselijkheid van de richtlijnen schadeverzekeringen.'

Het winstoogmerk is naar onze mening op zichzelf verenigbaar met het internationale recht, met een voorbehoud ten aanzien van ILO-Verdragen nrs. 24 en 25. Het winstoogmerk leidt op zichzelf niet tot toepasselijkheid van de Europese schaderichtlijnen, maar zal doorgaans verband houden met andere factoren die in onderlinge samenhang wel tot die toepasselijkheid leiden.

Eén en ander is toegelicht in § 4.7 en § 8.2.1.

Vragen 3, 4 en 5:

'3. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of de aan de publieke verzekering te ontlene aanspraken functioneel omschreven worden, dat wil zeggen, of niet (meer) bepaald wordt welke hulpverlener de verzekerde zorg aan de verzekerde dient te verlenen?

4. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of aan de uitvoerders van de publieke verzekering een zorgplicht wordt opgelegd, dat wil zeggen, de plicht om de bij de uitvoerder ingeschreven verzekerden die (verzekerde) zorg te (laten) leveren, waarop de verzekerde is aangewezen?

5. Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang of de publieke verzekering voorziet in een vangnetconstructie op grond waarvan zorgaanspraken van bij een faillerende uitvoerder ingeschreven verzekerden zeker worden gesteld? Zo ja, is het voldoende te regelen dat deze verzekerden zich in zo'n geval bij een andere uitvoerder kunnen inschrijven of dienen ook andere maatregelen getroffen te worden?'

Geen van deze aspecten achten wij voor de beantwoording van vraag 1 van wezenlijk belang (zie § 4.7). Wel is het van belang erop te wijzen dat de overheid een algemene aansprakelijkheid voor de verstrekkingen op zich moet nemen en daartoe de nodige maatregelen moet treffen (zie § 8.3.6).

Vraag 6:

'Hoewel niet rechtstreeks van belang voor het rechtskarakter van de Zorgverzekeringswet, verzoek ik u mij voorts te adviseren over de vraag of het internationale recht er aan in de weg staat dat zorgaanbieders een winstogmerk - in eerder omschreven zin - hebben.'

Het internationale recht staat er niet aan in de weg dat zorgaanbieders een winstogmerk hebben (zie § 8.2.2).