



Grenze(n)loze zorg

Het Nederlandse zorgstelsel in internationaal-rechtelijk perspectief

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Inhoud

Voorwoord 4

1 Inleiding 6

2 Internationale wet- en regelgeving op het gebied van het zorgstelsel 7

- 2.1 Verzekering van de Nederlandse gezondheidszorg 7
 - 2.1.1 Het Nederlands stelsel van ziektekostenverzekeringen in Europees kader 7
- 2.2 Het gemeenschapsrecht 9
 - 2.2.1 Algemeen discriminatieverbod op grond van nationaliteit 10
 - 2.2.2 Bepalingen op het gebied van het vrije verkeer (de interne markt) 10
 - 2.2.2.1 Vrij verkeer van goederen (geneesmiddelen en medische hulpmiddelen) 10
 - 2.2.2.2 Vrij verkeer van diensten (gezondheidszorg en verzekeringen) 17
 - 2.2.2.3 Vrij verkeer van personen (werknemers en hulpverleners) 21
 - 2.2.3 Bepalingen op het gebied van volksgezondheid 23
 - 2.2.4 Bepalingen op het gebied van sociaal beleid 25
 - 2.2.5 Bepalingen op het gebied van mededinging 26
 - 2.2.6 De Europese sociale zekerheidsverordening (EEG) nr. 1408/71 30
 - 2.2.7 De Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf 34
 - 2.2.8 Het Europese aanbestedingsrecht 36
- 2.3 Verdragsregels van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie 40

3 Knelpunten en mogelijke oplossingen 45

- 3.1 Eigen bijdragen 45
- 3.2 Percentage sociaal verzekerden 47
- 3.3 De Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 47
- 3.4 De Wet tarieven gezondheidszorg 50
- 3.5 De Wet ziekenhuisvoorzieningen 51
- 3.6 Geneesmiddelen 53
- 3.7 Overeenkomstenstelsel in relatie tot het vrije verkeer 54
- 3.8 Contracteerverplichting voor instellingen 55
- 3.9 Positie zorgkantoor in relatie tot mededinging 57
- 3.10 Overeenkomstenstelsel in relatie tot mededinging 57
- 3.11 De koppelverkoop van ziekenfonds- en aanvullende verzekering 60

4 Conclusies 61

Bijlagen

- I Schematisch overzicht van de verplichtingen van de Europese Code inzake sociale zekerheid 67
- II Schematisch overzicht van de verplichtingen van de IAO-verdragen 71

Voorwoord

‘Het kabinet zal bezien of, in het licht van de vergrijzing en andere ontwikkelingen, het wenselijk is om voor de langere termijn verdergaande aanpassingen van het verzekeringsstelsel voor te bereiden, daarbij mede rekening houdend met systemen en ontwikkelingen in andere EU-landen.’

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft de bovenstaande zin uit het Regeerakkoord van 1998 opgevat als een opdracht om een discussie voor te bereiden over de toekomst van het zorgstelsel. Inmiddels zijn op dit terrein de nodige ontwikkelingen in gang gezet. Een aantal externe adviezen en notities is uitgebracht of in voorbereiding. De minister van VWS heeft maatschappelijke organisaties uitgenodigd om hun standpunten en wensen verder te articuleren. Ook op ambtelijk niveau worden voorbereidingen getroffen voor de vernieuwing van het stelsel.

Ontwikkelingen binnen en buiten de zorg wekken bij menigeen de indruk dat de tijd meer dan ooit rijp is voor veranderingen in het stelsel. Binnen de gezondheidszorg lijken knelpunten steeds nijpender te worden, ondanks de groei van de financiële middelen van de afgelopen jaren. Van buiten af doen onder meer de toegenomen welvaart, technologie, demografische factoren en Europa hun invloed gelden. Ook een andere houding van de burger ten aanzien van de zorg is van betekenis. Tezamen geven deze ontwikkelingen aanleiding tot de vraag naar de toekomstige houdbaarheid van het huidige stelsel.

Afgaande op de media en congresserend Nederland lijkt in toenemende mate een ‘stelseldebat’ te ontstaan. Een impuls daartoe heeft het ministerie van VWS op 10 april 2000 gegeven door een conferentie te organiseren in het Scheveningse Kurhaus. Daarvan is al eerder een verslag gepubliceerd onder de titel *Met zorg veranderen*. Uiteenlopende organisaties en deskundigen, binnen en buiten de zorg, hebben zich tot dusver in het debat gemengd en zich uitgesproken over verschillende aspecten. Die inbreng is nodig en waardevol. Naar verwachting neemt de maatschappelijke discussie de komende maanden verder toe en het ministerie van VWS streeft ernaar daarbij een actieve rol te vervullen.

Die actieve rol blijkt ook uit enkele publicaties die het ministerie van VWS uitbrengt, ter voorbereiding op de gedachtevorming die later in het kabinet en in het parlement plaatsvindt. De publicaties zijn bedoeld om de maatschappelijke discussie verder te stimuleren en brengen daartoe relevante informatie bijeen. Vóór de zomer van 2001 zendt het kabinet een nota over de toekomst van het stelsel naar het parlement. Bij de totstandkoming van die nota spelen de uitkomsten van de maatschappelijke discussie een belangrijke rol.

In de publicaties komen de volgende thema's aan bod:

- ontwikkelingen en vraagstukken binnen het huidige zorgstelsel;
- sociaal-economische aspecten van het stelsel;
- internationaal-rechtelijke, met name Europese, aspecten.

De publicaties zijn een product van ambtelijke studiegroepen, bestaande uit medewerkers van het ministerie van VWS en het ministerie van Financiën. Zij hebben op basis van adviezen, literatuur en andere bronnen informatie bij elkaar gebracht die relevant is voor een discussie over het zorg- en verzekeringsstelsel. Ook hebben de werkgroepen gebruik gemaakt van signalen die de afgelopen maanden door verschillende maatschappelijke organisaties zijn afgegeven.

Bij de totstandkoming van deze publicatie zijn betrokken geweest:

A.G. Bloemheuvel, L.C. Mineur, J. Breit, J. Dommers, G.J.A. Hamilton, M. Klee, F.J. Krapels, J.R. Kruijenga, K.G.H. Okma, H.D.C. Roscam Abbing (allen ministerie van VWS) en J.G. Westerhof (ministerie van Financiën).

De voor u liggende publicatie is met name gewijd aan internationaal-rechtelijke aspecten van het stelsel. Welke knelpunten voor de nationale wet- en regelgeving op het terrein van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering volgen uit Europese wet- en regelgeving? Dat is de centrale vraag in de publicatie. De Europese wet- en regelgeving komt voort uit het EEG-verdrag, en bijbehorende verordeningen en richtlijnen, of uit normverdragen van de Raad van Europa en de Internationale arbeidsorganisatie.

Deze tekst is nadrukkelijk bedoeld als bijdrage aan het maatschappelijk debat. De analyses in de tekst zijn niet uitputtend – rond ieder onderwerp bestaan uitgebreidere documenten van instanties als het CPB, de RVZ, de SER, het SCP, de WRR en andere – en de tekst is ook niet bedoeld als een stellingname. De publicatie wil er wel toe aanzetten na te denken over de toekomstige inrichting van het zorg- en verzekeringsstelsel. Ik hoop dat velen er zich dan ook door aangesproken voelen hun inbreng in het komende debat te leveren.

Prof. dr. P.A.H. van Lieshout

Directeur-Generaal Zorg,

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

1 Inleiding

Welke knelpunten voor de nationale wetgeving op het terrein van gezondheidszorg en ziektekostenverzekering volgen uit Europese wet- en regelgeving? Dat is de centrale vraag in deze publicatie over internationaal-rechtelijke zaken. De bedoelde Europese wet- en regelgeving komt voort uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, de bijbehorende verordeningen en richtlijnen, de normverdragen van de Raad van Europa en de Internationale arbeidsorganisatie.

Het beantwoorden van deze vraag begint in hoofdstuk 2 met een beknopte schets van de inhoud en de betekenis van de genoemde wet- en regelgeving. Dit hoofdstuk bevat een uiteenzetting van de gebruikte begrippen (paragraaf 2.1), gevolgd door een weergave van het meest relevante Gemeenschapsrecht (paragraaf 2.2) en een overzicht van de verplichtingen die voor Nederland voortvloeien uit de normverdragen van de Raad van Europa en de Internationale arbeidsorganisatie (IAO) (paragraaf 2.3). Hoofdstuk 3 gaat in op de knelpunten in het huidige systeem die voortkomen uit het feit dat de Nederlandse wetgeving (nog) niet (volledig) is aangepast aan de eisen die de hiervoor genoemde internationale wet- en regelgeving stelt. Zo mogelijk worden oplossingen voor het gevonden probleem aangedragen. Hoofdstuk 4 bevat de conclusies.

De belangrijkste conclusie is dat het internationale recht de kern van het Nederlandse zorgstelsel niet aantast, maar dat onderdelen daarvan wel bijstelling behoeven. Als men op andere dan internationaal-rechtelijke gronden een structurele wijziging van het stelsel overweegt, dan is deze niet te realiseren in een volledig gedecollectiviseerde vorm omdat daarmee strijdigheid zou ontstaan met internationale rechtsregels. Mits gebruik wordt gemaakt van een zorgvuldig overgangsregime is een volledige collectivisering van het stelsel mogelijk.

2 Internationale wet- en regelgeving op het gebied van het zorgstelsel

Dit hoofdstuk is opgedeeld in drie paragrafen. De eerste paragraaf (2.1) bevat het wettelijk kader van de Nederlandse ziektekostenverzekeringen en een beknopte vergelijking van de inrichting van het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekeringen, met die in de overige lidstaten van de Europese Unie (EG). De rest van dit hoofdstuk bestaat uit twee paragrafen die de meest relevante Europese wet- en regelgeving kort omschrijven. Paragraaf 2.2 gaat in op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, op de Europese sociale zekerheidsverordening 1408/71 en op de Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf. Paragraaf 2.3 behandelt de relevante verplichtingen van de door Nederland bekrachtigde normverdragen van de Raad van Europa en de IAO.

2.1 Verzekering van de Nederlandse gezondheidszorg

Het Regeerakkoord 1998 verdeelt de zorg in drie compartimenten:

- Het eerste omvat de zware medische risico's. Daaronder vallen de kosten van medische en aanverwante zorg die vanwege hun langdurige of kostbare karakter zo hoog zijn dat een individu of een familie ze doorgaans niet kan betalen. Ook is er geen adequate dekking mogelijk door particuliere verzekeringsmaatschappijen. De financiering van deze zorg valt onder de AWBZ.
- Het tweede bestaat uit min of meer reguliere medische zorg. De ziekenfondsverzekering zoals geregeld in de ZFW, de particuliere ziektekostenverzekeringen, waaronder de standaardverzekering zoals geregeld in de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (Wtz), en de publiekrechtelijke ziektekostenverzekeringen voor ambtenaren dekken het grootste deel van de kosten van deze zorg.
- Het derde bestaat uit aanvullende, minder noodzakelijke zorgvormen. De particuliere ziektekostenverzekeringen dekken de kosten van dit onderdeel van de zorg. De omvang van medische zorg die in Nederland buiten enige verzekering valt, is te verwaarlozen.

Het voorgaande ziet er schematisch weergegeven als volgt uit:

Zorgcompartiment	Dekking	Verzekeringsvorm
1e compartiment	Zware medische risico's	AWBZ
2e compartiment	Reguliere medische zorg	ZFW + part. Verzekeringen + ambtenarenregelingen
3e compartiment	Aanvullende zorg	Particuliere verzekeringen en eigen betalingen

2.1.1 Het Nederlands stelsel van ziektekostenverzekeringen in Europees kader

Deze paragraaf plaatst het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekeringen in Europees kader. Bij deze vergelijking valt op dat de manier waarop Nederland zijn stelsel van ziektekostenverzekeringen vorm heeft gegeven, binnen de EU uniek is. Een eerste verschil met de overige lidstaten van de EG is de indeling van de zorg in compartimenten (zie paragraaf 2.1). In de andere lidstaten vormt de sociale ziektekostenverzekering één geheel. In Nederland is deze opgedeeld in de AWBZ waarvoor de gehele bevolking is verzekerd, en de ZFW waarvoor circa 60% van de bevolking is verzekerd. Dit brengt het tweede opmerkelijke verschil van Nederland met de rest van Europa met zich. In Nederland speelt voor de zogenaamde 'gewone ziektekosten' de particuliere verzekering een belangrijke rol. Circa 40% van de bevolking is particulier verzekerd, terwijl in de andere lidstaten de particuliere verzekering slechts een marginale rol speelt, als aanvullende verzekering bovenop een sociale verzekering of als een volledige verzekering voor een uiterst beperkt deel van de bevolking. Wel is het zo dat bepaalde zorgvormen die bij ons onder de AWBZ vallen, zoals bejaardenzorg, in andere lidstaten vaak als een sociale voorziening (bijstand) zijn geregeld.

In procenten ziet het voorgaande er als volgt uit:

	Sociale verzekering	Particuliere verzekering
Nederland	60%	40%
Andere EG-lidstaten	95-100%	0-5%

Als men in Nederland kijkt naar de verhouding in geld, dan ligt deze verdeling anders. 25% van de schadelast valt onder de particuliere verzekering en 75% onder de sociale ziektekostenverzekering.

Tenslotte behoort Nederland tot een minderheid van lidstaten waar het 'risque professionnel' is vervangen door het 'risque social'. In andere lidstaten staan op het gebied van medische zorg vaak twee stelsels naast elkaar: één stelsel dat de gevol-

gen van arbeidsongevallen en beroepsziekten regelt, en één stelsel voor de gevolgen van ziekte en moederschap. Bij de eerste categorie bestaat in het algemeen recht op prestaties bij ziekte of ongevallen die ontstaan of plaatsvinden in het bedrijf. De rechtsgrond hiervoor is het hiervoor genoemde 'risque professionnel'. Dit 'risque professionnel' oftewel een risico van de arbeid was een risico dat de werkgever voor zijn rekening moest nemen. Deze gedachte werd echter in Nederland na de Tweede Wereldoorlog meer en meer aangevochten. De nieuwe opvattingen zagen productieve arbeid niet zozeer als een dienst aan de private belangen van een werkgever, maar als een dienst aan de gemeenschap (vandaar 'risque social'). Eind jaren veertig gingen stemmen op voor het samenvoegen van de ongevallenverzekering enerzijds en de ziekte- en invaliditeitsverzekering anderzijds met als belangrijkste motivering dat het filosofisch en praktisch niet mogelijk was om letsel toe te schrijven aan bedrijfsmatige activiteiten. Met de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) in 1967 verliet Nederland het uitgangspunt van 'risque professionnel', zoals dat vanaf 1901 bij de Ongevallenwet is gehanteerd. Men koos expliciet voor een verzekering op basis van het zogeheten sociaal risico ('risque social'). De verdere ontwikkeling van het Nederlandse sociale verzekeringsstelsel is op dit uitgangspunt gebaseerd.

Verlenen van prestaties bij ziekte en ongevallen gebeurt nu ongeacht de oorzaak hiervan. Het maakt in Nederland niet uit of iemand een beroep doet op de ziektekostenverzekering omdat hij in zijn vrije tijd zijn been heeft gebroken bij het schilderen van zijn woning of tijdens het uitoefenen van zijn werk.

2.2 Het gemeenschapsrecht

Hieronder volgt een beknopte weergave van de relevante Europese wet- en regelgeving¹.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

- algemeen discriminatieverbod op grond van nationaliteit;
- bepalingen met betrekking tot het vrije verkeer (interne markt);
- het vrije verkeer van goederen (geneesmiddelen en medische hulpmiddelen);
- het vrije verkeer van diensten (gezondheidszorg en verzekeringsdiensten);
- het vrije verkeer van personen (werknemers en hulpverleners);
- bepalingen op het gebied van de volksgezondheid;
- bepalingen op het gebied van sociaal beleid;
- bepalingen op het gebied van mededinging;
- de Europese sociale zekerheidsverordening en
- de Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf.

1. Een uitgebreid overzicht is te vinden in de achtergrondstudie van P.J. Belcher 'The Role of the European Union in Healthcare' die is geschreven in opdracht van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg bij het RVZ-advies 'Europa en de gezondheidszorg', december 1999.

2.2.1 Algemeen discriminatieverbod op grond van nationaliteit

In de eerste alinea van Artikel 12 van het EG-verdrag staat: "Binnen de werkings-sfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden" (lex generalis). Bijzondere bepalingen inzake onder meer het vrije verkeer van goederen, personen en dien-sten werken dit verbod verder uit (lex specialis). Deze 'lex specialis'-bepalingen hebben voorrang boven die van genoemde 'lex generalis'².

De Europese Unie kan alleen ongelijkwaardigheden en discriminerende situaties opheffen voor de terreinen waarvoor zij bevoegdheden volgens het EG-verdrag heeft verkregen van de lidstaten. Voor zover ongelijke behandeling van onderdanen van de verschillende lidstaten het gevolg is van verschil in wetgeving, is er geen sprake van discriminatie maar van een dispariteit, terug te voeren op verschil tus-sen de nationale wetgevingen³. Verschillen in duur van opleidingen in de genees-kunde in verschillende lidstaten is een verschil in nationale regelgeving, en der-halve niet aan te merken als vorm van discriminatie tussen de burgers van die lid-staten.

Op grond van bepaalde verdragsartikelen (bijvoorbeeld de artikelen 40, 55 en 95 van het EG-verdrag) kunnen EG-richtlijnen of -verordeningen de onderlinge ver-schillen tussen de nationale regels van de lidstaten opheffen dan wel verkleinen.

2.2.2 Bepalingen op het gebied van het vrije verkeer (de interne markt)

Artikel 14, tweede lid, van het EG-verdrag definieert de interne markt als een ruim-te zonder binnengrenzen waarin het EG-verdrag het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal waarborgt. Door de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruime (EER) gelden de regels van interne markt niet alleen voor de EG-lidstaten maar ook voor Noorwegen, IJsland en Liechtenstein⁴.

2.2.2.1 Het vrije verkeer van goederen (geneesmiddelen en medische hulp-middelen)

Bij het vrije verkeer van goederen in de gezondheidszorg hebben de EU-regels in het bijzonder betrekking op de handel in geneesmiddelen en medische hulpmiddelen.

Voor zover er geen EG-richtlijnen zijn, en een specifiek terrein (of een deel daarvan) daardoor nog niet is geharmoniseerd, zijn de bepalingen van het EG-verdrag, van

2. Kapteyn, P.J.G. en P. Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de EG, Deventer: Kluwer, 1995, p. 104.

3. Ibid., pp. 108-109.

4. De 15 huidige EG-lidstaten zijn: België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Verenigd Koninkrijk, Ierland, Denemarken, Griekenland, Portugal, Spanje, Zweden, Oostenrijk, Finland en Nederland. Zwitserland is niet toegetreden tot de EER, maar er is inmiddels wel een verdrag tussen de EG-lidstaten en Zwitserland dat onder meer een groot deel van het vrije verkeer regelt.

toepassing. Dit geldt in het bijzonder voor de artikelen 28 en 30. Kwantitatieve invoerbepalingen en vergelijkbare maatregelen zijn op grond van artikel 28 tussen lidstaten verboden⁵. Dit betekent dat iedere nationale regeling die de grensoverschrijdende handel in geneesmiddelen kan belemmeren, verboden is⁶. Beperkingen van het vrije verkeer kunnen, op grond van de rechtvaardigingsgronden die in artikel 30 worden genoemd (onder meer de bescherming van de volksgezondheid), worden geoorloofd. Daarnaast heeft het Hof van Justitie in de jurisprudentie (Zaak Cassis de Dijon) de leer ontwikkeld dat door dwingende redenen van algemeen belang, mits noodzakelijk en proportioneel, bepaalde belemmeringen ook geoorloofd kunnen zijn⁷.

Doeleinden inzake geneesmiddelen en medische hulpmiddelen

De Europese richtlijnen (en enkele verordeningen) op het gebied van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen betreffen de harmonisatie van de regelgeving van de lidstaten om een Europese, interne markt op deze gebieden te verwezenlijken. Uitgangspunt is dat elke Europese regeling op het gebied van de productie, distributie en gebruik van geneesmiddelen past in het streven naar bescherming van de volksgezondheid en moet strekken tot bevordering van de interne markt⁸. Maatregelen om dit doel te realiseren mogen de ontwikkeling van de farmaceutische industrie en het vrije handelsverkeer in geneesmiddelen binnen de EG niet hinderen.

De Europese richtlijnen inzake medische hulpmiddelen proberen de nationale voorschriften op elkaar af te stemmen voor de veiligheid en de gezondheidsbescherming van patiënten en gebruikers. Dit heeft als doel het vrije verkeer van deze hulpmiddelen binnen de EU te verzekeren. Daarnaast is het verbeteren, of minstens in stand houden, van de kwaliteit van de gezondheidsbescherming een belangrijk doel.

Ook op het terrein van de geneesmiddelen en medische hulpmiddelen probeert de EG handelsbelemmeringen, opgeworpen door nationale overheidsregelingen, weg te nemen. Hiermee zou uiteindelijk een Europese markt voor geneesmiddelen en hulpmiddelen kunnen worden verwezenlijkt. Omdat de regelgeving op het gebied van de volksgezondheid van land tot land aanzienlijke verschillen vertoonde, leidde dit tot onnodige kosten voor consument en bedrijfsleven.

5. Krachtens artikel 29 is er overigens ook een verbod op kwantitatieve uitvoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking.

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

7. Zaak 120/78, Rewe Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Jur. 1979, p. 649.

8. Zie artikel 95, derde lid, van het EG-Verdrag.

Inhoud inzake geneesmiddelen

De definitie van 'geneesmiddel' is vastgelegd in artikel 1 van Richtlijn 65/65/EEG en nader vorm gegeven in een grote hoeveelheid jurisprudentie, onder andere rond de grensgebieden met levensmiddelen, cosmetica en medische hulpmiddelen⁹. Tot dusver handelen de richtlijnen betreffende geneesmiddelen hoofdzakelijk over de kwaliteit, werkzaamheid en veiligheid (met uitzondering van Richtlijn 89/105/EEG). Deze richtlijnen harmoniseren de criteria op grond waarvan bedrijven een vergunning kunnen krijgen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen. Bij de verlening van handelsvergunningen mogen economische overwegingen geen rol spelen, maar moet het louter gaan om volksgezondheidsoverwegingen. Vanwege de voltooiing van de interne markt zijn er communautaire¹⁰ procedures voor het verlenen van handelsvergunningen voor geneesmiddelen ontstaan. Deze omvatten een gecentraliseerde procedure waarbij de Gemeenschap één vergunning voor de gehele interne markt verleent, en een gedecentraliseerde procedure waarbij wederzijdse erkenning van nationale handelsvergunningen plaatsvindt.

Ook voor bijvoorbeeld de etikettering, de reclame, goede praktijken inzake klinische proeven met geneesmiddelen en goede praktijken bij vervaardiging van geneesmiddelen bestaan Europese regels¹¹. De lidstaten behouden hun bevoegdheden op het gebied van inspectie en geneesmiddelenbewaking.

Richtlijn 92/26/EEG bevat de criteria voor de indeling van geneesmiddelen die op recept en die niet op recept verkrijgbaar zijn¹². De bevoegde autoriteiten van de lidstaten, waaronder het Nederlandse College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (CBG), moeten een lijst opstellen van geneesmiddelen die binnen hun grenzen uitsluitend op medisch recept verkrijgbaar zijn (zie Regeling 'UR-geneesmiddelen'). Lidstaten moeten deze lijst en de wijzigingen daarin jaarlijks aan de Europese Commissie en elkaar meedelen.

Op grond van ex-artikel 95 van het EG-verdrag (voormalig artikel 100A) heeft de Raad de zogenoemde Transparantierichtlijn aangenomen¹³. Deze richtlijn moet waarborgen dat alle betrokkenen kunnen nagaan of de nationale prijsstellingmaatregelen geen (verkapte) handelsbeperkingen zijn. Voor nationale overheden blijft het overigens mogelijk om de prijzen van geneesmiddelen en de vergoeding hiervan binnen het ziektekostenverzekeringsstelsel te bepalen dan wel te beïnvloeden.

9. Deze richtlijn is nadien vele malen gewijzigd. Zie voor overzicht: brief van minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 800 XVI, Nr. 74.

10. Communautair: met betrekking op de gemeenschap, in het bijzonder gebruikt in relatie tot de EG.

11. Zie voor overzicht: brief van minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, TK, 1999-2000, 26 800, XVI, Nr. 74.

12. Publicatieblad van de EG nr L 113 van 30/04/1992, pp. 5-7.

13. Richtlijn 89/105/EEG, Publicatieblad van de EG nr L 40 van 11/02/89, pp. 8-11.

In de preambule van de richtlijn staat, dat dit een 'eerste stap is naar de opheffing van deze verschillen'. Deze passage doelt op de verschillende nationale prijsmaatregelen, die het handelsverkeer (kunnen) beïnvloeden. Sinds 1989 is het op het gebied van de prijsstelling bij deze eerste stap gebleven.

Inhoud inzake medische hulpmiddelen

Tot medische hulpmiddelen behoren de instrumenten, toestellen, apparaten of stoffen die in gebruik zijn bij medisch handelen, en die in of aan het lichaam worden aangebracht. Dit kan variëren van ziekenhuisbed, rolstoel, gehoorapparaat, tandvulling, bril tot hartklep, beenprothese en in-vitro-diagnostica.

De EG-richtlijnen betreffende medische hulpmiddelen regelen alleen kwaliteits- en veiligheidseisen¹⁴. De EG-richtlijnen eisen wat betreft de medische hulpmiddelen in het algemeen, dat deze technisch veilig zijn, de klinische toestand van een patiënt niet in gevaar brengen en geneeskundig effectief zijn. De Commissie heeft het uitvoeren van deze algemene eisen tot specifieke vereisten en normen opgedragen aan de Europese normalisatie-instituten (CEN en Cenelec).

Er is geen EG-richtlijn voor de doorzichtigheid van maatregelen die de prijsstelling van medische hulpmiddelen en de opnemings daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg regelen. De preambule van Richtlijn 93/42/EEG over medische hulpmiddelen maakt onderscheid tussen de geharmoniseerde bepalingen en maatregelen die de lidstaten treffen voor het beheersen van collectieve uitgaven voor dergelijke hulpmiddelen¹⁵.

Werking inzake geneesmiddelen

Het Europees Bureau voor de Beoordeling van Geneesmiddelen, dat in Londen is gevestigd, is verantwoordelijk voor het verlenen van handelsvergunningen van geneesmiddelen die met biotechnologische technieken zijn bereid¹⁶. Het is ook mogelijk deze procedure te volgen bij innovatieve geneesmiddelen en geneesmiddelen met nieuwe actieve stoffen. Als de procedure met een positief resultaat is doorlopen, geeft de Europese Commissie een Europese handelsvergunning af. Voor andere geneesmiddelen geldt een gedecentraliseerde procedure. Hierbij is er in beginsel sprake van wederzijdse erkenning van handelsvergunningen tussen lidstaten. De nationale autoriteiten (voor Nederland: ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport/Agentschap College ter Beoordeling van Geneesmiddelen) geven de handelsvergunning af waarmee producenten een geneesmiddel op de markt kunnen brengen.

14. EG-richtlijnen 93/42, 98/79, 90/385 en 93/68.

15. Publicatieblad van de EG Nr. L 169 van 12.7.1992, p. 1.

16. Verordening 2309/93 (Publicatieblad van de EG nr 214 van 1993).

Ondanks dat Richtlijn 92/26/EEG de criteria van indeling heeft geharmoniseerd zijn er nog grote verschillen in de indeling van geneesmiddelen binnen de EG. Sommige geneesmiddelen zijn in de ene lidstaat uitsluitend op recept en in de andere lidstaat vrij verkrijgbaar¹⁷. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat de lidstaten een uiteenlopende betekenis hechten aan het begrip vrij verkrijgbaar (of niet-recept). In sommige lidstaten kan iedereen dergelijke geneesmiddelen afleveren, in Nederland alleen de drogist of apotheker, en in de meeste landen uitsluitend de apotheker. Of bepaalde medicijnen in het pakket van de sociale ziektekostenverzekering worden opgenomen verschilt per lidstaat. Het EG-recht staat dit tot op heden toe.

Richtlijn 89/105/EEG behandelt de transparantie van de prijsstellingregeling van geneesmiddelen en de opnemingsregeling van geneesmiddelen in het nationale gezondheidszorgstelsel. Deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten hun maatregelen moeten baseren op objectieve en voor alle betrokkenen controleerbare criteria. Ook moeten zij beslissingen over de prijsstelling van een geneesmiddel en het besluit om een geneesmiddel niet te vergoeden onder het nationale gezondheidszorgstelsel motiveren.

De Europese Commissie heeft in de Mededeling 'Interne Markt voor geneesmiddelen' naar aanleiding van het Decker-arrest¹⁸ opgemerkt dat 'het feit dat geneesmiddelen worden gebruikt in het kader van stelsels van gezondheidszorg niet betekent dat de regels van de interne markt daarop niet van toepassing zijn'¹⁹.

Als marktdeelnemers bezwaren aantekenen tegen een nationale regeling voor prijzen en vergoedingen van geneesmiddelen, toetsen de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie deze regeling zowel aan de artikelen 28-30 van het EG-verdrag als aan het van toepassing zijnde secundaire Gemeenschapsrecht, in casu Richtlijn 89/105/EEG²⁰. Van een maatregel van gelijke werking, zoals bedoeld in artikel 28 van het EG-verdrag, is volgens de jurisprudentie van het Europese Hof sprake, wanneer een land de prijzen op een zodanig niveau heeft vastgesteld dat de invoer van producten en de afzet daarvan onmogelijk is of veel moeilijker is dan de afzet van binnenlandse producten²¹. Het Hof ziet een prijscontrolesysteem dat onderscheid maakt tussen binnenlandse en ingevoerde producten als een maatre-

17. Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van Richtlijn 92/26/EEG, COM (97) 581 def., p. 4.

18. Zaak C-120/95, N. Decker v. Caisse de maladie des employés privés, Jur. 1998, I-1831.

19. Europese Commissie, document COM (98) 588 def., p. 6.

20. Kapteyn, P.J.G. en P. Verloren van Themaat, Deventer: Kluwer, 1995, p. 386; Zaak C-5/77, Tedeschi, Jur. 1977, p. 1555 en Zaak C-72/83, Campus Oil, Jur. 1984, p. 2727.

21. Zaak C-181/82, Rousset.

gel van gelijke werking²². Een nationale prijsbeheersingmaatregel is strijdig met artikel 28, wanneer de overheid de maximumprijzen vastlegt op een niveau, waarop uit andere lidstaten ingevoerde geneesmiddelen niet met een redelijke winst op de (nationale) markt kunnen worden afgezet.

Belangrijke randvoorwaarden voor de toetsing van een nationale maatregel aan de artikelen 28 en 30 zijn de volgende:

- het al dan niet ontbreken van een Europese regeling op een bepaald beleidsterrein;
- het maken van onderscheid tussen nationale en ingevoerde producten²³;
- het bestaan van de rechtvaardiging/noodzakelijkheid van de maatregel (uit hoofde van algemeen belang en/of volksgezondheidsbelang);
- de evenredigheidstoets (de maatregel verhoudt zich evenredig tot het doel en is bovendien noodzakelijk)²⁴.

Werking inzake medische hulpmiddelen

Een fabrikant dient zijn medische hulpmiddel voor te leggen aan een bij de Europese Commissie aangemelde instanties (voor Nederland: Kema en TNO-Certification). Deze aangemelde instantie toetst of het product aan de door CEN of Cenelec opgestelde normen voldoet. Vervolgens moet de fabrikant zorgen voor een zogenaamde CE-markering op (de verpakking van) de geteste hulpmiddelen²⁵.

Medische hulpmiddelen met een CE-markering mogen vrij circuleren binnen de interne markt overeenkomstig hun bestemming (bijvoorbeeld in de gezondheidszorg). Hulpmiddelen zonder CE-merk mogen niet meer op de markt komen als hierop Europese regelgeving en normering van toepassing zijn.

Richtlijn 93/42/EEG laat vrij dat lidstaten de bevoegdheid hebben om maatregelen te treffen voor het beheren van de financiële middelen voor de ziektekostenverzekeringssystemen die betrekking hebben op medische hulpmiddelen. Zij moeten daarbij het Gemeenschapsrecht volgen. Voor de prijsstelling en vergoeding van medische hulpmiddelen onder het stelsel van nationale gezondheidszorg bestaat geen EG-regelgeving. Hiervoor geldt het juridische kader van de artikelen 28-30 van het EG-verdrag. Van belang is hierbij het Decker-arrest waarbij een Luxemburgs ziekenfonds een Luxemburgse verzekerde de kosten van een in België gekochte bril met corrigerende glazen (= medische hulpmiddel) niet wilde vergoeden, op grond van het feit dat voor aankoop in het buitenland voorafgaand toestemming nodig is. Het EG-Hof verklaarde dit strijdig met artikel 30 (nu 28) en 36 (nu 30) van het EG-ver-

22. Memorie van toelichting op de Wet Geneesmiddelenprijzen, TK, 1994-1995, 24 266, nr. 3, p. 16.

23. Overigens kunnen ook maatregelen zonder dit onderscheid eronder vallen.

24. Lauwaars, R.H. en C.W.A. Timmermans, Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1989, pp. 166-167.

25. 'CE' betekent 'Conformité Européenne'.

drag. Voor aankoop in Luxemburg was geen toestemming nodig terwijl dat voor de aankoop in een andere lidstaat wel vereist was. De maatregel was als indirecte handelsbelemmering verboden²⁶ zonder dat hiervoor, op grond van artikel 30 EG of de jurisprudentie, een rechtvaardiging was.

Mate van verbindendheid

De EG-richtlijnen zijn bindend voor het resultaat. De manier waarop dit resultaat wordt bereikt wordt overgelaten aan de verantwoordelijkheid van de individuele lidstaten (art. 249 EG-verdrag).

Nederland heeft de meeste EG-richtlijnen voor geneesmiddelen omgezet in de Wet op de geneesmiddelenvoorziening (WOG) en de daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur en regelingen. De verordening die de gecentraliseerde procedure introduceert, werkt direct. De Nederlandse wetgeving bestrijkt niet de centrale handelsvergunning. De strafbaarstellingen voor overtreding van de bepalingen van de verordening, zijn om strafrechtelijke redenen wel opgenomen in de WOG.

De Wet geneesmiddelenprijzen (WGP) van 1998 geldt niet voor de invoering van EG-regelgeving. Op grond van de WGP mag de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een maximumprijs vaststellen voor geneesmiddelen, waarvan de prijs in Nederland hoger is dan de gemiddelde prijs van vergelijkbare geneesmiddelen in andere lidstaten van de EU²⁷. De normen voor de vaststelling van de maximumprijzen zijn in de wet genoemd. In de toelichting bij de WGP staat nadrukkelijk dat de lidstaten vrij zijn bij het treffen van prijsstellingsmaatregelen. Bij de vormgeving is gekeken naar de toepasselijke Verdragsbepalingen en de bijbehorende jurisprudentie²⁸. De memorie van toelichting bij de WGP bevat een toetsing aan artikel 28 van het EG-verdrag en aan de criteria van de Transparantierichtlijn. De Europese Commissie heeft tot op heden geen bezwaar aangetekend bij de Nederlandse notificatie van de WGP en de daarop gebaseerde Regeling maximumprijzen geneesmiddelen²⁹.

Nederland heeft de EG-richtlijnen voor medische hulpmiddelen omgezet in de Wet op de medische hulpmiddelen en daarop gebaseerde algemene maatregelen van

26. Zaak C-120/95, Decker.

27. Momenteel zijn dat België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.

28. MvT (Stb. 24 266, Tweede Kamer, 1994-1995, nr. 3, p. 17) en Lisman, J., De Wet Geneesmiddelenprijzen: een voorbeeld van economisch gezondheidsrecht, in: Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, Nr. 2/1997, pp. 87-93.

29. In de literatuur is er wel kritiek geuit over de Europeesrechtelijke aspecten van de WGP, m.n. door B.H. ter Kuile in zijn boek 'Onzekerheden over de invloed van Gemeenschapsrecht op nationale gezondheidszorg', Deventer: Kluwer, 1997, pp. 67-116.

bestuur en regelingen. Zodra er farmaceutische stoffen bij betrokken zijn, is de WOG van toepassing.

De artikelen 28-30 van het EG-verdrag vormen het Europeesrechtelijke kader voor de deelgebieden van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen die niet door EG-richtlijnen en -verordeningen zijn geregeld. Het verbod op kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (artikel 28) en de uitzonderingsgrond daarop (artikel 30) gelden voor de overheidsinstellingen van de lidstaten³⁰. Deze artikelen werken rechtstreeks. Dit betekent dat particulieren zich hierop kunnen beroepen voor de nationale rechter.

In de loop der jaren heeft het Hof in veel arresten artikel 28 (ex artikel 30) uitgelegd. 'De meeste uitspraken zijn van prejudiciële aard. De waakzaamheid van de marktdeelnemer, meer dan de watchdogtaak van de Commissie, is debet aan de jurisprudentievloed. Mede om die reden is de rechtspraak sterk casuïstisch'³¹.

2.2.2.2 Het vrij verkeer van diensten (gezondheidszorg en verzekeringen)

Inhoud

Als de bepalingen voor het vrije verkeer van goederen, personen en kapitaal niet gelden, beschouwt artikel 50 van het EG-verdrag diensten als dienstverrichtingen die normaal tegen vergoeding worden aangeboden.

In de Europese rechtspraak is duidelijk geworden, dat het moet gaan om economische activiteiten die normaal tegen vergoeding worden aangeboden³².

Er bestaat een onderscheid tussen de volgende typen diensten:

- a. diensten waarvoor de dienstverlener zich verplaatst naar de locatie van de consument (bijvoorbeeld een arts uit een andere lidstaat komt naar Nederland voor zijn werk);
- b. diensten waarvoor de consument zich naar het land van de dienstverlener verplaatst (bijvoorbeeld een in Nederland verzekerde patiënt gaat naar een andere lidstaat voor een medische behandeling);
- c. diensten waarvoor noch de dienstverlener noch de consument zich hoeft te verplaatsen (bijvoorbeeld aankoop/verkoop van een verzekeringscontract per post)³³;
- d. diensten waarvoor zowel de dienstverlener als de consument zich verplaatsen (bijvoorbeeld in geval van buitenlandse sportevenementen waarbij een sporter begeleid wordt door zijn sportarts)³⁴.

30. Ook communautaire instellingen moeten zich overigens aan deze artikelen houden (Zaak C-114/96).

31. Kapteyn, P.J.G. en P. Verloren van Themaat, 1995, p. 381.

32. Ibid., p. 432.

33. Mortelmans, K.J.M., in: Jurisprudentie en annotaties Europees recht *Ars Aequi* 1963...1990, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1991, p. 478.

34. Zaak C-198/89, *Toeristengids III*, Jur. 1991, I-727.

Om de vrijheid tot het verrichten van diensten te vergemakkelijken heeft de EG verschillende richtlijnen vastgesteld³⁵. Zo zijn er richtlijnen voor het vrij verkeer van diensten van artsen, tandartsen, verpleegkundigen, apothekers, verloskundigen en andere hulpverleners in de gezondheidszorg. Door deze richtlijnen is vrij verkeer van diensten en personen (in loondienst), en het recht van vrije vestiging mogelijk. Dit maakt de rechtsbases van deze richtlijnen drieledig: artikel 40 (personen), artikel 47 (recht van vestiging) en artikel 55 (diensten).

Ook het verkopen van een verzekering valt onder het vrij verkeer van diensten. Op het gebied van de schadeverzekeringen, waartoe de particuliere ziektekostenverzekeringen behoren, zijn er drie Europese richtlijnen aangenomen. Deze komen in paragraaf 2.2.7 aan de orde.

Wat betreft de sociale verzekeringen, waartoe ook de sociale ziektekostenverzekeringen behoren, is de Europese sociale zekerheidsverordening (EEG) nr. 1408/71 van toepassing. Deze verordening is gebaseerd op artikel 42 inzake het vrije verkeer van werknemers en artikel 235 (nu artikel 308) en restartikel van het EG-verdrag. Verordening EEG nr. 1408/71 coördineert de sociale zekerheidsbepalingen die noodzakelijk zijn voor een vrij verkeer van werknemers, zelfstandigen en hun gezinsleden. Hierdoor behouden zij, bij een verplaatsing naar een andere lidstaat, de sociale zekerheidsrechten die zij al hebben opgebouwd. Zonder dit recht zouden personen weerhouden kunnen worden naar een andere lidstaat te migreren. Verordening EEG nr. 1408/71 komt in paragraaf 2.2.6 verder aan de orde.

Als de diensten worden verricht vanuit een eigen vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat en een duurzaam³⁶ karakter hebben, dan zijn de artikelen 43 tot en met 48 inzake het recht van vestiging van het EG-verdrag van toepassing en niet de artikelen inzake het dienstenverkeer³⁷.

Doeleinden inzake diensten

Het doel van het vrij verkeer van diensten is, net als bij het tot stand komen van een Europese markt, het vrij verkeer van goederen. Het EG-verdrag en bijbehorende richtlijnen en verordeningen proberen handelsbelemmeringen, op het gebied

35. Artsen: 93/16, tandartsen: 78/686 en 76/687, verloskundigen: 80/154, 80/155 en 80/1273, apothekers: 84/432/EEG en 84/433/EEG, verpleegkundigen: 77/452, 77/453 en 89/595; voor de overige beroepen in de gezondheidszorg gelden de richtlijnen 89/48/EEG, 92/51/EEG en 95/43/EG.

36. Zie Zaak C-55/94, Reinhard Gebhard v. Consiglio dell 'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Jur. 1995, I- 4165 waar het Hof aangeeft aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of iets 'vestiging' dan wel 'dienstverlening' is.

37. Lauwaars, R.H. en C.W.A. Timmermans, Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek, 1989, p. 180 en p. 187.

van diensten die nationale overheidsregelingen hebben gecreëerd, weg te nemen. Dit draagt bij aan de economische ontwikkeling van de Europese Unie zoals artikel 2 van het EG-verdrag beoogt.

Werking inzake diensten

Artikel 49 van het EG-verdrag verbiedt beperkingen op het vrij verkeer van diensten binnen de Europese Unie. Dit artikel geldt alleen wanneer er voor een bepaald terrein geen of onvoldoende specifieke Europese richtlijnen of verordeningen bestaan. Deze richtlijnen en verordeningen geven nadere gemeenschappelijke regels voor het vrije verkeer van bepaalde diensten.

Volgens artikel 49 mogen lidstaten, bij gebrek aan nadere gemeenschappelijke regels, geen maatregelen treffen die het dienstenverkeer tussen lidstaten belemmeren. Ook bij binnenlands verkeer mogen zij in beginsel geen onderscheid maken tussen ingevoerde diensten en de diensten van nationale bodem³⁸. Directe of indirecte discriminatie van dienstverlener, dienstverrichting of consument, op grond van nationaliteit of de omstandigheid dat de dienstverlener in een andere lidstaat is gevestigd, is verboden. Kortom, in principe mag het niet uitmaken of een dienst zich beweegt binnen een lidstaat of van de ene naar de andere lidstaat.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof laat het gemeenschapsrecht de lidstaten vrij om hun stelsels van sociale zekerheid in te richten. De lidstaten behoren wel het gemeenschapsrecht te eerbiedigen. Ook op sociale ziektekostenverzekeringen zijn de artikelen 49 en 50, inzake het vrije verkeer van diensten, van toepassing³⁹. Overigens stelt Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie van 18 mei 2000 in zaak C-157/99⁴⁰ dat verstrekkingen van geneeskundige hulp in natura, die in het kader van een stelsel van verplichte ziektekostenverzekering als het Nederlandse, door een verzekeraar aan zijn verzekerden worden verleend, het element van vergoeding missen. Deze diensten zouden niet als diensten in de zin van het EG-verdrag aan te merken zijn. De Advocaat-Generaal stelt – om misverstanden te voorkomen – dat zijn conclusie betrekking heeft op geneeskundige hulp die enkel bestaat uit verstrekkingen in natura, die door een sociaal zekerheidsstelsel als het Nederlandse wordt verleend, waarbij de mogelijkheid om de kosten van deze hulp aan de verzekerden te vergoeden is uitgesloten. Het Hof heeft immers

38. Zie voetnoot 23.

39. Zaken C-279/80, Webb, Jur. 1981, p. 3305; C-15/96, Kohll, Jur. I, p. 1931, punt 21. Zie tevens de (nog aanhangige zaken) C-157/99 (Geraets-Smits en Peerbooms) en C-385/99 (Müller-Fauré en Van Riet) waarbij de Nederlandse rechter aan de Europese rechter over de vergoeding binnen het Nederlandse stelsel van sociale ziektekostenverzekering van in het buitenland gemaakte kosten voor medische behandelingen prejudiciële vragen heeft gesteld over de uitleg van de artikelen 49 en 50 van het EG-verdrag.

40. Zie vorige voetnoot.

meermaals verklaard, dat medische dienstverrichtingen moeten worden aangemerkt als diensten in de zin van het EG-verdrag (par. 3.7). Dat bleek bijvoorbeeld uit het arrest van het Europees Hof van Justitie in zaak C-159/90 (Grogan). Dit handelt over het Ierse verbod op het verspreiden van informatie over in andere lidstaten gelegen klinieken, waar vrijwillige zwangerschapsafbrekingen worden verricht. Het Hof verklaarde in dit arrest, dat een medische zwangerschapsafbreking, verricht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar zij plaatsvindt, een dienst is in de zin van het EG-verdrag⁴¹.

Bij een dwingende redenen van algemeen belang is het mogelijk om het vrije dienstenverkeer beperkingen op te leggen als er geen gemeenschappelijke regelingen zijn. Dit algemeen belang kan bestaan uit:

- een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel;
- de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied;
- redenen van volksgezondheid verband houdende met een voor ieder toegankelijke ziekenhuiszorg⁴².

Deze beperkingen moeten dan van niet-economische aard zijn en zijn onderworpen aan de noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets. De algemene randvoorwaarden die bij de interpretatie en toepassing van de uitzonderingen bij artikel 28 van het EG-verdrag zijn ontwikkeld, vinden dus langzamerhand ook expliciet invulling bij het dienstenverkeer⁴³.

Bij de Kohll en Decker-arresten heeft het Hof ook een verband gelegd met de EG-richtlijnen inzake gereguleerde beroepen, met name artsen, tandartsen en opticiens (93/16, 78/686, 78/687, 92/51): 'Aankoop van een bril bij een opticien in een andere lidstaat biedt gelijkwaardige waarborgen als aankoop bij een op het nationale grondgebied gevestigde opticien'. Te meer daar de bril is gekocht op voorschrift van een oogarts (zaak-Decker). 'Artsen en tandartsen in andere lidstaten moeten derhalve voor het vrij verrichten van diensten worden geacht alleszins gelijkwaardige waarborgen te bieden als artsen en tandartsen die op het nationale grondgebied zijn gevestigd' (zaak-Kohll). Kwaliteitsbewaking van in andere lidstaten geleverde medische producten of diensten, kan dus geen rechtvaardiging – uit oogpunt van bescherming van de volksgezondheid – opleveren voor nationale regelingen die vrij verkeer belemmeren (Decker en Kohll)⁴⁴.

41. Zaak C-159/90, Grogan, Jur. 1991, I-4685.

42. Rapport ter terechtzitting C-157/99, p. I-32, punt 150.

43. Kapteyn, P.J.G. en P. Verloren van Themaat, 1995, p. 437.

44. Zie ook Rapport van de Volksgezondheid, Welzijn en Sport, werkgroep ad-hoc Kohll en Decker, p. 9 en p. 19.

Mate van verbindendheid

Artikel 49 (EG-verdrag) inzake het vrij verkeer van diensten heeft rechtstreekse werking. Dat geldt ook voor artikel 43 betreffende het recht op vestiging voor inwoners van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Het Europese Hof heeft dit vastgesteld in de zaken *Reyners* (2/74) voor artikel 49 en *Van Binsbergen* (33/74) voor artikel 43⁴⁵.

2.2.2.3 Het vrij verkeer van personen (werknemers en hulpverleners)

Inhoud

‘Het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is vrij’ (artikel 39, lid 1, van het EG-verdrag). Dit omvat het opheffen van discriminatie tussen werknemers in lidstaten op het gebied van werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden.

Dit discriminatieverbod is verder uitgewerkt in Verordening (EEG) nr. 1612/68/EEG: ‘iedere onderdaan van een lidstaat heeft, ongeacht zijn woonplaats, het recht om op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid in loondienst te verrichten’ (artikel 1 Verordening (EEG) nr. 1612/68). Daarnaast bepaalt Verordening (EEG) nr. 1408/71 dat de migrerende werknemer dezelfde sociale voordelen geniet als de nationale werknemer (artikel 7, lid 2). Conform Richtlijn 68/360/EEG dienden de lidstaten de beperkingen op te heffen voor onderdanen van lidstaten en hun familieleden op wie Verordening (EEG) 1612/68 van toepassing is en die zich van de ene naar de andere lidstaat verplaatsten om aldaar te werken of te wonen⁴⁶. De lidstaten mogen alleen beperkingen opleggen als de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid in het geding is⁴⁷. Beperking vanwege de volksgezondheid wordt alleen opgelegd wanneer verblijf van een inwoner in een andere lidstaat ernstige gezondheidsbedreigingen met zich meeneemt (bijvoorbeeld bepaalde besmettelijke ziekten).

Daarnaast stelt artikel 18 van het EG-verdrag, dat iedere burger van de Unie (dus ook een niet-economisch actieve persoon) het recht heeft vrij op het grondgebied te reizen en te verblijven. Dit geldt onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden van het EG-verdrag en de uitvoeringsbepalingen. De Raad kan, om dit te bewerkstelligen, bepalingen vaststellen die vrij reizen en verblijven binnen de Unie makkelijker maken. De Raad stelt die bepalingen vast in samenwerking met het Europees Parlement, op voorstel van de Commissie.

Dit artikel is nog nauwelijks nader uitgewerkt. Dit hangt onder andere samen met de aspecten van visa, asiel en immigratie. Deze moet de EG nog regelen om – zoals het Verdrag dat noemt – een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot

45. Zaak C-2/74, *Reyners*, Jur. 1974, p. 631 en C-33/74, *Zaak-Van Binsbergen*, Jur. 1974, p. 1299.

46. Publicatieblad van de EG L 257/68 en 295/68.

47. Richtlijn 64/221/EEG en 72/194/EEG.

stand te brengen (artikelen 61 tot en met 73 EG-verdrag)⁴⁸. Al vóór de inwerking-treding van het Verdrag van Maastricht zijn er EG-richtlijnen tot stand gekomen die het verblijfsrecht binnen de EG regelen voor gepensioneerden (90/365), studenten (93/96) en een restcategorie (90/364). Om van dit recht gebruik te maken dienen zij (en hun eventuele gezinsleden) te beschikken over onder meer een ziektekostenverzekering die alle risico's in de ontvangende lidstaat dekt.

Het vrije verkeer van beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg is nader uitgewerkt in verschillende EG-richtlijnen. Er zijn specifieke EG-richtlijnen die de wederzijdse erkenning van diploma's en specialisaties van artsen, tandartsen, verloskundigen, verpleegkundigen en apothekers mogelijk maken tussen lidstaten. De richtlijnen regelen bovendien dat opleidingen in de lidstaten aan een aantal kwantitatieve eisen moeten voldoen (duur van opleiding, stage) en een aantal kwalitatieve eisen (type vakken).

Naast de specifieke richtlijnen bestaan er ook algemene regels voor de wederzijdse erkenning van overige gereguleerde beroepen, zoals de paramedische beroepen (EG-richtlijnen 89/48/EEG, 92/51/EEG en 95/43/EG).

Doeleinden

De opzet van de interne markt houdt in dat, naast het reeds besproken vrij verkeer van goederen en diensten, er ook een vrij verkeer van werkzame personen tot stand komt.

Werking

Het vrij verkeer van personen was aanvankelijk vooral gericht op het vrij verkeer van werknemers, zelfstandigen en hun gezinsleden. Belangrijk daarbij is de werking van Verordening (EEG) nr. 1408/71 (zie paragraaf 2.2.6). Naderhand is er ook specifieke regelgeving gekomen om het verblijfsrecht van o.m. gepensioneerden en studenten in een andere lidstaat te regelen.

Op grond van de diploma's en specialisaties die in EG-richtlijnen staan, en op grond van het algemeen stelsel van erkenning van onderwijsdiploma's en beroepsopleidingen, kunnen hulpverleners overal in de EG (en EER) – als werknemer of als zelfstandige – werken in de gezondheidszorg. Nederland heeft deze EG-richtlijnen omgezet in het kader van de Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg (BIG). De uitvoering daarvan met betrekking tot artsen, tandartsen en apothekers gebeurt via de opleidingscolleges van ondermeer de KNMG (privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen). Besluiten van deze colleges hebben de goedkeuring van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport nodig en worden in de Staatscourant gepubliceerd. Voor de overige beroepen (verpleegkundigen, verloskundigen, enz.) gebeurt de uitvoering alleen op basis van de Wet BIG.

48. Zie ook Protocol tot opneming van het Schengen-acquis in het kader van de EU gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie.

Al gaat het bij bovengenoemde richtlijnen niet om harmonisatie van regelgeving maar om wederzijdse erkenning van diploma's en specialisaties en coördinatie van beroepsuitoefening en vestiging, het Europese Hof van Justitie heeft in de zaak Kohll deze richtlijnen toch – de jure – als harmonisatierichtlijnen benoemd⁴⁹.

Voor patiënten in het bijzonder zijn geen specifieke Europese regels ontwikkeld gericht op een vrij patiëntenverkeer. In de regel is op deze categorie van personen het vrij verkeer van dienstverlening van toepassing.

Mate van verbindendheid

Artikel 39, lid 1 en 2, over het vrije verkeer van werknemers van het EG-verdrag heeft rechtstreekse werking. Dit verklaarde het Hof in de zaak Franse zeelieden (167/73)⁵⁰. Ook de nadere uitwerking van dit vrije verkeer in Verordening (EEG) nr. 1612/68 heeft rechtstreekse werking in de lidstaten.

Kapteyn en Verloren van Themaat denken, dat ook artikel 18 (ex artikel 8A) inzake het recht van burgers om vrij te reizen en te verblijven binnen de Unie rechtstreekse werking heeft⁵¹.

De EG-richtlijnen betreffende de beroepen in de gezondheidszorg en voor niet-economisch actieve personen zijn verbindend ten aanzien van het resultaat. De lidstaten mogen wel de vorm en middelen van implementatie kiezen.

2.2.3 Bepalingen op het gebied van volksgezondheid

Inhoud

Artikel 152 van het EG-verdrag inzake volksgezondheid bepaalt dat: 'Het optreden van de Gemeenschap, dat een aanvulling vormt op het nationale beleid, [...] gericht [is] op verbetering van de volksgezondheid, preventie van ziekten en aandoeningen bij de mens en het wegnemen van bronnen van gevaar voor de menselijke gezondheid. Dit optreden omvat de bestrijding van grote bedreigingen voor gezondheid, door het bevorderen van onderzoek naar de oorzaken, de overdracht en de preventie daarvan, alsmede door het bevorderen van gezondheidsvoorlichting en gezondheidsonderwijs'. Daarnaast is het mogelijk, op basis van artikel 152, juridisch bindende maatregelen aan te nemen op veterinair en fytosanitair terrein. Dit geldt ook op het terrein van de kwaliteit en veiligheid van organen en stoffen van menselijke oorsprong, bloed en bloedderivaten.

49. Zaak C-185/96, Kohll, punten 47-49.

50. Zaak C-167/73, Franse Zeelieden, Jur. 1974, p. 359.

51. Kapteyn, P.J.G. en P. Verloren van Themaat, 1995, p. 112.

Doel

Artikel 3, lid 1, sub p, van het EG-verdrag stelt ten doel, dat de Gemeenschap een bijdrage levert tot het verwezenlijken c.q. verzekeren van een hoog niveau van de bescherming van de menselijke gezondheid. Van belang is ook artikel 152 van het EG-verdrag. Dit stelt dat elk beleid en elk optreden van de Gemeenschap een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekert.

Werking

De verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging, worden volledig geëerbiedigd door het communautair optreden op het gebied van de volksgezondheid. Zo bepaalt artikel 152, lid 5.

Dit betekent dat maatregelen inzake organen, weefsels en bloed geen afbreuk mogen doen aan nationale voorschriften voor de donatie en het geneeskundige gebruik. Bovendien is deze bepaling in het Verdrag van Amsterdam opgenomen omdat bepaalde lidstaten bang waren dat de gezondheidszorg een communautair beleidsterrein zou worden. Daarnaast zegt het artikel duidelijk dat het om een aanvulling op het nationale beleid moet gaan. De EG kan aldus alleen optreden als aan de subsidiariteittoets (artikel 5 EG-verdrag) wordt voldaan.

De EG kan dus op basis van artikel 152 van het EG-verdrag geen harmonisatiemaatregelen treffen op het terrein van de verstrekking, organisatie en financiering van gezondheidsdiensten gericht op de verbetering van de volksgezondheid. De EG kan wel minimumharmonisatiemaatregelen treffen ten aanzien van de kwaliteits- en veiligheidseisen voor organen, stoffen en bloed van menselijke oorsprong. De lidstaten mogen strengere maatregelen handhaven maar alleen in overeenstemming met het EG-recht.

Mate van verbindendheid

Het instrumentarium voor Europees optreden, op basis van artikel 152, beperkt zich tot juridisch bindende maatregelen, op fytosanitair en veterinair gebied, inzake kwaliteit en veiligheidseisen voor organen, weefsels en bloed alsmede niet-bindende stimuleringsmaatregelen en aanbevelingen. Stimuleringsmaatregelen zijn meestal actieprogramma's. Harmonisatie van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten zijn hierbij in elk geval uitgesloten⁵². Artikel 152 van het EG-verdrag is niet rechtstreeks werkend.

52. Tot dusver betreft het vooral actieprogramma's zoals kankerbestrijding, drugspreventie, zeldzame ziekten, een netwerk inzake overdraagbare ziekten en enkele aanbevelingen (o.a. bloedveiligheid).

2.2.4 Bepalingen op het gebied van sociaal beleid

Inhoud

De Gemeenschap kan (minimum-)richtlijnen of andere besluiten vaststellen over de sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers krachtens artikel 137, tweede en derde lid, van het EG-verdrag. Dit kunnen ook minimumvoorschriften inzake sociale ziektekostenverzekeringen voor werknemers zijn.

Daarnaast zijn er EG-richtlijnen aangenomen – op basis van artikel 141 (ex artikel 119) van het EG-verdrag – aangaande de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zo bevat Richtlijn 79/7/EEG een verbod op ongelijke behandeling in de toepassing van de nationaal wettelijk geregelde sociale zekerheid.

De Sociale Raad van de EG heeft op het terrein van de sociale zekerheid vooral op basis van – het al genoemde – artikel 42 (ex artikel 51) van het EG-verdrag verordeningen aangaande de coördinatie van sociale zekerheidsbepalingen in geval van migratie van werknemers, zelfstandigen en hun gezinsleden aangenomen (zie paragraaf 2.2.6).

Doeleinden

De EG heeft een hoog niveau van sociale bescherming als doelstelling volgens artikel 2 van het EG-verdrag. Dit komt vooral tot uiting in de artikelen 136 en 137 over de sociale bepalingen van het EG-verdrag. Gezien de sociale grondrechten zoals vastgelegd in het Europees Sociaal Handvest (Raad van Europa, 1961) en in het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden (1989) proberen de EG en de lidstaten onder meer een adequate sociale bescherming te vormen.

De Europese Raad van Lissabon van 23-24 maart 2000 formuleerde de hervorming en modernisering van de stelsels van sociale bescherming als strategisch doel⁵³.

De EG streeft tevens naar opheffing van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen (artikel 3, tweede lid, van het EG-verdrag).

Werking

De EG is tot dusver terughoudend opgetreden ten aanzien van de sociale zekerheid. De artikelen 136 en 137 van het EG-verdrag zijn pas sinds de inwerking-treding van het Verdrag van Amsterdam per 1 mei 1999 toegevoegd.

53. Conclusies van het Voorzitterschap, Europese Raad van Lissabon, 23 en 24 maart 2000, SN 100/00, p. 2 en Mededeling van de Commissie betreffende een gemeenschappelijke strategie voor de modernisering van de sociale bescherming, document COM (1999) 347 def., m.n. p. 14.

De bepalingen uit het EG-verdrag en Richtlijn 79/7/EEG⁵⁴ over het verbod op ongelijke behandeling van mannen en vrouwen – ook in het stelsel van de sociale ziektekostenverzekeringen – hebben toen daarentegen tot nadere wijzigingen van de AWBZ geleid.

Mate van verbindendheid

De artikelen 136 en 137 van het EG-verdrag hebben geen rechtstreekse werking. Eventuele richtlijnen op basis van het tweede en derde lid van artikel 137 die minimumvoorschriften vaststellen op het gebied van de sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers, zijn bindend voor het resultaat. Daarbij kan een lidstaat volgens het vijfde lid van artikel 137 van het EG-verdrag een hogere graad van sociale bescherming handhaven of invoeren als dit niet in strijd is met de overige bepalingen van het EG-verdrag.

Het Europees Hof heeft, in de zaak 71/85 (FNV), bepaald dat men zich rechtstreeks mag beroepen op het verbod op ongelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (Richtlijn 79/7/EEG). Hierdoor wordt toepassing van elke daarmee strijdige nationale regeling belet.

Ook artikel 141 inzake gelijke behandeling van het EG-verdrag heeft rechtstreekse werking zoals het Europese Hof bepaalde in de zaak 43/75 (Defrenne II)⁵⁵.

2.2.5. Bepalingen op het gebied van mededinging

Inhoud

De mededingingsregels bevatten twee belangrijke verboden. Artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag, verbiedt overeenkomsten en gedragingen tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, beperken of vervalsen. Eventueel kan een lidstaat onder strikte voorwaarden, krachtens artikel 81, derde lid, van het EG-verdrag een ontheffing krijgen. Artikel 82 van het EG-verdrag verbiedt het misbruik maken van een machtspositie. Er kan in geval van misbruik van machtspositie geen ontheffing worden verkregen.

De verboden zijn gericht op handelen van ondernemingen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat de overheid ook een bepaalde mate van verantwoordelijkheid heeft voor het naleven van de mededingingsregels. Dit sluit aan op artikel 10 van het EG-verdrag. Dat bepaalt dat alle lidstaten zich moeten onthouden van maatregelen die het verwezenlijken van de doelstellingen van het verdrag in gevaar kunnen bren-

54. Richtlijn 79/7, Publicatieblad van de EG 1979, L 6.

55. Zaak C-43/75, Defrenne II, Jur. 1976, p. 455; Zaak C-71/85, Nederlandse Staat vs. FNV, Jur. 1986, p. 3855.

gen. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat, op grond van artikel 10 in samenhang gelezen met artikel 3 sub g van het EG-verdrag, lidstaten geen maatregelen mogen nemen waardoor ondernemingen zich onttrekken aan de mededingingsregels van het verdrag of met de mededingingsregels strijdige afspraken stimuleren of versterken.

Doel

De interne markt is gericht op een optimale toewijzing van productiefactoren binnen de EG. Daarom is het nodig concurrentievervalsingen tegen te gaan. Om die reden schrijft het verdrag, en in het bijzonder hoofdstuk VI, een regime van onvervalste mededinging voor.

Werking

• *Rol van de overheid*

Voor het verwezenlijken van het Europese mededingingsbeleid mogen lidstaten geen maatregelen nemen waardoor ondernemingen zich aan de werking van de mededingingsregels kunnen onttrekken. Het gaat hierbij om gevallen waarin een lidstaat het nuttig effect van de regels ongedaan maakt door met artikel 81 van het EG-verdrag strijdige afspraken of met artikel 82 van het EG-verdrag strijdige gedragingen te stimuleren of de gevolgen daarvan te versterken. Het gaat ook om gevallen waarin een lidstaat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid, voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied, aan ondernemingen over te dragen.

• *Onderneming*

Zowel artikel 81 als artikel 82 van het EG-verdrag verbieden dat ondernemingen de concurrentie beperken of verhinderen. Voor de toepassing van artikel 81 en 82 rijst de vraag of de organisaties in de gezondheidszorg aangemerkt kunnen worden als ondernemingen. Het is niet altijd duidelijk wanneer iets als onderneming is aan te merken. Of een ziekenfonds een onderneming is in de zin van de Europese mededingingsregels, hangt af van de vraag of de activiteiten van de ziekenfondsen economische activiteiten zijn. Het Hof van Justitie hanteert in *Höfner en Elser*⁵⁶ een functionele benadering met het oordeel dat het begrip onderneming "iedere eenheid [is] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".

Met betrekking tot artikel 81 geldt ook dat de beperking van de mededinging merkbaar moet zijn. Tenslotte is in deze context zowel voor artikel 81 en 82 van belang dat een gedraging van een onderneming ertoe zou leiden 'dat de handel tussen de

56. Zaak C41/90, *Höfner en Elser v. Macroton*, Jur. 1991, I-199.

lidstaten ongunstig wordt beïnvloed'. Hiervoor moet de relevante markt worden vastgesteld.

Een Nederlands ziekenfonds voert verschillende activiteiten uit. Hoofdtak van een ziekenfonds is het aanbieden van een ziekenfondsverzekering aan verplicht verzekerden⁵⁷. Vanwege het natuurkarakter van deze verzekering (de verzekerden hebben aanspraak op zorg, niet op vergoeding van de aan de zorg verbonden kosten) moet de zorgverzekeraar zorg inkopen. Daartoe sluit de verzekeraar medewerkersovereenkomsten met zorgaanbieders.

In Poucet et Pistre⁵⁸ stelde het Hof van Justitie dat het uitvoeren van een (Franse) sociale regeling als een sociale activiteit moet worden beschouwd en niet als economische⁵⁹. In het Franse landbouwverzekeraararrest heeft het Hof van Justitie zijn standpunt genuanceerd. Schijnbaar bepaalt de mate waarin uitvoerders, binnen het door de overheid gecreëerde wettelijke kader, vrij mogen onderhandelen, of zij een economische activiteit uitoefenen.

Sinds de wijziging van de ZFW per 1 januari 1992 hebben de Nederlandse ziekenfondsen de mogelijkheid gekregen om met elkaar te concurreren. Ten eerste is de contracteerplicht met vrije beroepsbeoefenaren vervallen. Ziekenfondsen kunnen nu een keuze maken tussen bijvoorbeeld de verschillende huisartsen en fysiotherapeuten. Ten tweede hebben de ziekenfondsen de mogelijkheid gekregen om zelfstandig het nominale deel van de premie vast te stellen. Daarmee bepalen ze dus ook in zekere zin de hoogte van de totale ziekenfondspremie. Sinds de invoering van het nieuwe budgetteringssysteem, dat strekt ter dekking van de kosten voortvloeiend uit de uitvoering van de ZFW, lopen de ziekenfondsen ook een (financieel) risico.

Op grond van artikel 9 van de ZFW is het ziekenfonds verplicht om via overeenkomsten met zorgverleners te voldoen aan zijn plicht om de aanspraak op zorg van zijn aangesloten verzekerden tot gelding te maken⁶⁰. Een ziekenfonds koopt bij een zorgverlener een medische dienst in. Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten medische dienstverlening gekwalificeerd als een economische activiteit.

57. Conform de ZFW.

58. Zaak C-159/91, Poucet, en C-160/91, Pistre, Jurispr. 1993, I-637.

59. Het Hof achtte van belang dat het in casu ging om een stelsel van verplichte verzekering, dat een sociaal doel diende, gekenmerkt werd door het solidariteitsbeginsel, uitgevoerd werd door instellingen zonder winstoogmerk en waarbij de verzekerden geen invloed konden uitoefenen op de hoogte van de premies.

60. De formele voorschriften over de totstandkoming, de inhoud en de toetsing van deze overeenkomsten zijn neergelegd in de artikelen 44 e.v. ZFW.

Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest *Luisi en Carbone*⁶¹ (naar het buitenland gaan voor een geneeskundige behandeling valt onder artikel 49 – (oud 59 EG)) en uit het arrest *Grogan*⁶² (waarin is bepaald dat een medische zwangerschapsafbreking een dienst is). De arresten *Commissie/Duitsland (427/85)* en *Grogan* leiden tot de conclusie dat het inkopen van zorg (het contractenstelsel) onverbrekkelijk verbonden is met de medische verrichting als economische activiteit, en als zodanig binnen de werkingssfeer van de artikelen 28 en 49 van het EG-verdrag valt⁶³. Op nationaal niveau heeft de NMa (Nederlandse Mededingingsautoriteit) vastgesteld dat het inkopen van zorg een dienst is⁶⁴.

Door de introductie van de concurrentie en de vrijheden zijn de ziekenfondsen niet meer te beschouwen als uitvoerders van de sociale zekerheid, maar meer als ondernemingen, zowel bij het aanbod van verzekeringen als bij de inkoop van zorg.

Hieruit volgt echter niet automatisch dat een ziekenfonds zich kwalificeert als onderneming in de zin van het EG-verdrag. Belangrijk in dit kader is dat de overheid ziekenfondsen geen bijzonder of uitsluitend recht is verleend tot uitoefening van een dienst van algemeen belang.

• ***Merkbare beperking van de mededinging***

Of de beperking van de mededinging merkbaar is, valt onder andere af te meten aan de criteria in de zogenaamde bagatelbekendmaking van de Europese Commissie. Overeenkomsten tussen ondernemingen over het verrichten van diensten vallen in ieder geval niet onder het verbod van artikel 81 van het EG-verdrag. Dit geldt wanneer de marktaandeelen van alle betrokken ondernemingen tezamen op geen enkele van de betrokken markten de navolgende drempels overschrijden:

- 5%, wanneer het gaat om een overeenkomst tussen in hetzelfde stadium van de productie of handel werkzame ondernemingen ('horizontale' overeenkomst);
- 10%, wanneer het gaat om een overeenkomst tussen in verschillende stadia van de economie werkzame ondernemingen ('verticale' overeenkomst).

In geval van een gemengde horizontale/verticale overeenkomst of wanneer de overeenkomst moeilijk als horizontaal of verticaal is te kwalificeren, is de 5%-drempel van toepassing.

Overeenkomsten die deze drempels wel overstijgen, dienen alsnog getoetst te worden aan artikel 81 van het EG-verdrag.

61. Gevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, Jurispr. 1984, blz. 377.

62. Zaak C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan*, Jurispr. 1991, I –4685.

63. Deze conclusie gaat wel uit van het standpunt dat de medische zorg binnen het kader van een sociale ziektekostenverzekering moet worden beschouwd als een dienst. Mogelijk brengt het arrest in de zaak *Peerbooms* hierin verandering. Zie hiervoor de conclusie van de AG van het EHVJ in deze zaak (paragraaf 2.2.2.2).

64. Besluit van de d-g NMa d.d. 29 december 1998 in zaak 1165 ANOZ Verzekeringen -ANOVA-ZAO.

Er is bijvoorbeeld sprake van een horizontale overeenkomst als ziekenfondsen onderling afspraken maken om ten opzichte van ziekenhuizen of verzekerden een bepaalde gedragslijn te volgen. Een dergelijke gedragslijn kan inhouden dat ze onderling de markt verdelen of prijzen vastleggen. Afspraken tussen ziekenfondsen en zorgverleners vallen onder verticale overeenkomsten. Als de overeenkomsten of gedragingen de toegang tot de markt verhinderen is dit beperking van de mededinging.

- **Misbruik van een economische machtspositie**

Artikel 82 van het Verdrag kent twee elementen, te weten 'misbruik' en 'machtspositie'. Deze behoeven enige uitleg. Er is sprake van een economische machtspositie als een onderneming objectief gezien in staat is de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en daardoor in de gelegenheid is zich ten opzichte van haar concurrenten en afnemers onafhankelijk te gedragen. Volgens de jurisprudentie heeft een onderneming een machtspositie bij een marktaandeel van 50%. Overigens kan dat percentage afhankelijk van de omstandigheden ook lager liggen. Voorbeelden van misbruik zijn het opleggen van onbillijke aan- en verkoopprijzen, het beperken van de afzet of koppelverkoop.

- **Beïnvloeding van de handel tussen lidstaten**

Als een overeenkomst of feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, is het Europees recht van toepassing. Het is niet direct noodzakelijk te bewijzen dat het ruilverkeer daadwerkelijk is beïnvloed. Het is voldoende gebleken als een dergelijk gevolg kan optreden.

Mate van verbindendheid

Artikel 81 en 82 hebben, met uitzondering van lid 3 van artikel 81, rechtstreekse werking. Dat betekent dat zij rechtstreekse gevolgen hebben voor de rechtsbetrekkingen tussen particulieren. Zij geven de justitiabelen rechten die de nationale rechter moet handhaven.

2.2.6 De Europese sociale zekerheidsverordening⁶⁵

Inhoud

De Europese sociale zekerheidsverordening (EEG) nr. 1408/71 (de Verordening) bevat regels om het vrij verkeer van werknemers te vergemakkelijken. De regels

65. Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PbEG 1971, L 149); een gecodificeerde versie is gepubliceerd in PbEG L 28 van 30 januari 1997. De personele werkingsfeer van de Verordening is in de loop van de tijd overigens uitgebreid met andere categorieën van personen zoals (bijzondere stelsels van) ambtenaren en studenten.

voorkomen dat zij hun sociale zekerheidsrechten verliezen als zij zich in Europa verplaatsen. Dit gebeurt met inachtneming van de verschillende sociale zekerheids-wetgevingen van de onderscheiden lidstaten⁶⁶. De Verordening geeft hiermee het sociale complement voor het realiseren van het vrij verkeer van werknemers. Zij bepaalt dat iemand die gaat wonen, verblijven of werken in een andere lidstaat zijn (opgebouwde) sociale zekerheidsrechten behoudt en gelijk behandeld wordt als onderdanen van die andere lidstaat⁶⁷.

De verordeningbepalingen zorgen dat een Nederlandse ziekenfondsverzekerde in een andere lidstaat medische zorg krijgt van en volgens het daar werkende ziekenfonds. De kosten van deze zorg komen ten laste van de Nederlandse verzekering. Verzekerden in andere lidstaten krijgen in Nederland zorg van de ZFW en de AWBZ. Deze zorg wordt gedekt door de buitenlandse verzekering.

Op het terrein van Volksgezondheid, Welzijn en Sport coördineert de Verordening regels voor het recht op verstrekkingen bij werken, wonen of verblijven in een andere EG-lidstaat. De coördinatieregels zijn uitsluitend van toepassing op perso-

66. Dit staat ook met zoveel woorden in de vierde overweging bij de Verordening die luidt:

“Overwegende dat de eigen kenmerken van de nationale wetgevingen inzake sociale zekerheid moeten worden gerespecteerd en dat er enkel een coördinatiemethode moet worden uitgewerkt”: De Verordening bevat dus coördinatieregels.

67. De verschillende overwegingen van de Verordening zijn in dit opzicht veelzeggend. Zo wordt er achtereenvolgens overwogen dat:

“alle werknemers die onderdaan zijn van de Lid-Staten, [...], gelijke behandeling genieten ten opzichte van de verschillende nationale wetgevingen”;

“de coördinatievoorschriften [...] de handhaving van de verworven en in wording zijnde rechten en voordelen moeten waarborgen”;

“deze doeleinden met name bereikt moeten worden door het samentellen van alle tijdvakken welke door de verschillende nationale wetgevingen in aanmerking worden genomen voor het verkrijgen en behouden van het recht op prestaties en voor het vaststellen daarvan, alsmede door het verlenen van prestaties aan de verschillende onder de verordening vallende categorieën, ongeacht waar zij binnen de Gemeenschap wonen”;

“de werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen aan de wetgeving van één enkele Lid-Staat onderworpen moeten zijn, om de samenloop van toepasbare nationale wetgevingen en de verwikkelingen die daaruit ontstaan, te vermijden”;

“het op het gebied van de prestaties wegens ziekte of moederschap noodzakelijk is de bescherming te garanderen van personen die in een andere dan de bevoegde Lid-Staat wonen of verblijven” en

“het op het gebied van arbeidsongevallen en beroepsziekten noodzakelijk is om met het oog op het garanderen van een bescherming, de situatie te regelen van personen die wonen of verblijven in een andere dan de bevoegde Lid-Staat”.

nen die (mede)verzekerd zijn op grond van de ZFW⁶⁸. Eén van de coördinatieregels van de Verordening is een bepaling over het samentellen van tijdvakken van verzekering, arbeid of wonen⁶⁹. Wanneer een lidstaat het recht op verstrekkingen eerst toekent, nadat een bepaald tijdvak van verzekering, arbeid of wonen is vervuld, tellen de terzake, eventueel in een andere lidstaat vervulde, tijdvakken mee bij de beoordeling of aan de gestelde eisen is voldaan. Het samentellen van verzekerings-tijdvakken voor het recht op verstrekking ingevolge de ZFW speelt geen rol omdat het recht op deze verstrekkingen met onmiddellijke ingang ontstaat. Anders ligt dat bij de AWBZ waar voor bepaalde verstrekkingen wel een wachttijd geldt⁷⁰.

Mate van verbindendheid

Een verordening heeft naar haar aard algemene strekking, is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Door de rechtstreekse toepasselijkheid en de autonome gelding heeft de Verordening voorrang boven nationale bepalingen. Ook heeft de verordening voorrang op alle bestaande bi- of multilaterale verdragen⁷¹ tussen de lidstaten op het gebied van sociale zekerheid. Tot slot moet worden gezegd dat de verbindende werking uitsluitend geldt voor de sociale verzekeringen en niet voor de particuliere.

Doel

De Verordening tracht belemmeringen voor werknemers en zelfstandigen (en vergelijkbare categorieën van personen) te verminderen als zij gebruik maken van hun recht op vrij verkeer. De verordening bereikt dat door een eventueel verlies van prestaties op grond van hun nationale ziektekostenverzekering te voorkomen. Deze doelstelling wordt op twee manieren bewerkstelligd. De coördinatieregels waarborgen dat onderdanen van alle lidstaten gelijke behandeling genieten ten

68. In Bijlage VI bij de Verordening bepaalt onder 1, onder a) van punt J: "Wat betreft het recht op verstrekkingen krachtens de Nederlandse wetgeving, wordt voor de toepassing van hoofdstuk 1 van titel III onder rechthebbende op verstrekkingen verstaan degene die verzekerd dan wel medeverzekerd is krachtens de in de ZFW geregelde verzekering."

69. Artikel 18.

70. Nadere bijzonderheden hierover treft u aan in het Besluit wachttijd bijzondere ziektekostenverzekering.

71. Dit is bepaald in artikel 6 van de Verordening. Er is een aantal bepalingen dat de verordening onverlet laat. Deze bepalingen zijn opgenomen in artikel 7. Het gaat om IAO-verdragen en om de Europese interim-overeenkomsten van 11 december 1953 inzake sociale zekerheid, gesloten tussen de staten die lid zijn van de Raad van Europa. Verder blijft ongeacht de prevalerende werking van de Verordening onder meer het Rijnvarendenverdrag van toepassing. Het 'in de plaats treden van' leidt niet tot het buiten werking stellen van de bi- en multilaterale verdragen. Deze blijven van toepassing op personen die niet onder de personele werkingsfeer van de Verordening vallen, zoals ingezetenen uit landen buiten de EG.

opzichte van nationale wetgevingen. Verder waarborgen zij dat de sociaal verzekerde, die zich heeft verzekerd in de ene lidstaat, zijn verzekeringsaanspraken behoudt als hij gaat werken⁷², wonen of verblijven in een andere lidstaat. De werking van de Verordening wordt hieronder met voorbeelden toegelicht.

1. Verhuizen naar een andere lidstaat

Iemand woont en werkt in Nederland en valt onder de ziekenfondsverzekering. Nu gaat hij verhuizen naar België⁷³ zonder dat er iets verandert in zijn arbeidssituatie. Op grond van de sociale zekerheidsverordening heeft hij nu in België recht op verstrekkingen (kan daar dus zorg inroepen)⁷⁴. Het Belgische ziekenfonds verleent de zorg volgens het Belgische ziektekostenverzekeringssysteem. De kosten van de zorg in België komen echter voor rekening van het Nederlandse ziekenfonds. De coördinatieregels voorkomen dus dat bij verhuizing naar België geen rechten meer kunnen ontleen aan zijn (Nederlandse) ziektekostenverzekering – sociale zekerheidsregelingen zijn immers in beginsel territoriaal begrensd – en zich in België opnieuw moeten verzekeren (en premie betalen).

2. Vakantie in Spanje

Ook behoudt de Nederlandse ziekenfondsverzekerde recht op onmiddellijk noodzakelijke medische zorg bij tijdelijk verblijf in het buitenland, bijvoorbeeld gedurende een vakantie. De verzekerde ontvangt noodzakelijke zorg in dat geval volgens de ter plaatse geldende wettelijke regeling. De Nederlandse ziekenfondsverzekerde ontvangt de noodzakelijke medische verzorging op vertoon van een door zijn ziekenfonds afgegeven formulier (E-111), en hoeft net als in Nederland niet voor deze zorg te betalen. Zonder een Europese verordening zou de ziekenfondsverzekerde gewoon moeten afrekenen met de hulpverlener. Nu verloopt de betaling van dergelijke zorg via de verbindingkantoren (in Nederland is dat het College voor zorgverzekeringen).

Werking

Ingevolge de Verordening behandelen lidstaten elkaars verzekerden alsof het 'eigen' verzekerden zijn. Ten behoeve van het vrije verkeer van personen geldt een systeem volgens het beginsel: 'Ik help jouw sociaal verzekerden, jij de mijne'. Afschaffing van de sociale ziektekostenverzekering in Nederland zou hierdoor aan-

72. Het gaat hier om het werken als gedetacheerde in een andere dan de bevoegde lidstaat voor een termijn van 1 jaar, maximaal te verlengen met nog 1 jaar (artikel 14, eerste lid, onderdelen a en b, van de Verordening).

73. Gemakshalve gaat het hier niet om een grensarbeider in de zin van artikel 1, onder b) van Vo. 1408/71.

74. Betrokkene dient zich uiteraard wel in te schrijven bij een Belgisch ziekenfonds maar een dergelijk inschrijvingsvereiste geldt ook in Nederland zelf.

gemarkt kunnen worden als een impliciete belemmering van het vrije verkeer. Buitenlandse verzekerden zouden in een dergelijk geval in Nederland geen aanspraak meer kunnen maken op sociale medische zorg.

2.2.7 De Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf

Inhoud

De voorwaarden voor het vrij verkeer van diensten op het terrein van de schadeverzekeringen worden gevormd door de eerste⁷⁵ en de tweede⁷⁶ Europese richtlijnen inzake het schadeverzekeringsbedrijf die strekken tot uniformering van de financiële bedrijfsvoering van schadeverzekeraars. Zij hebben uniformering van de financiële bedrijfsvoering van schadeverzekeraars ten doel, en bevatten, naast voorschriften over de reservevorming van verzekeraars, ook een verbod op uitvoeren van een nevenbedrijf. Dat verbod houdt in dat de verzekeraar geen andere bedrijfsmatige activiteit⁷⁷ mag uitoefenen dan het schadeverzekeringsbedrijf⁷⁸. De bepalingen hebben geen betrekking op de wettelijke verplichte verzekeringen van de sociale zekerheid. De derde Europese schaderichtlijn⁷⁹ beschermt verzekeraars tegen overheidsmaatregelen die een financieel gezonde bedrijfsvoering kunnen belemmeren. Het is de overheid verboden om in te grijpen in acceptatievoorwaarden, dekking van een verzekering en premiestelling. Hiermee wordt voorkomen dat een verzekeraar niet evenwaardig kan concurreren met een andere (buitenlandse) verzekeraar die niet geconfronteerd wordt met ingrijpen van de overheid in de bedrijfsvoering. De richtlijn verbiedt bijvoorbeeld een lidstaat om aan de uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf op zijn grondgebied de voorwaarde te verbinden dat polisvoorwaarden en premies vooraf (aan de nationale autoriteiten) ter goedkeuring worden voorgelegd of systematisch worden gemeld. Dergelijke voor-

75. Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973, PbEG 1973, L 228.

76. Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988, PbEG 1988, L 172.

77. Artikel 8, eerste lid, onderdeel b, van Richtlijn 73/239/EEG bepaalt dat de verzekeraars "hun doel beperken tot het verzekeringsbedrijf en tot de verrichtingen die daaruit rechtstreeks voortvloeien, met uitsluiting van elke andere handelsactiviteit".

78. Dit verbod is in de nationale wetgeving 'vertaald' in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993. Op grond van deze wet is het (particuliere ziektekosten) verzekeraars niet toegestaan andere activiteiten uit te voeren dan waarvoor die verzekeraar van de Verzekeringskamer vergunning heeft gekregen. Voor particuliere verzekeraars betekent het verbod op nevenactiviteiten dat zij geen sociale verzekeringen mogen uitvoeren. Overigens heeft de Verzekeringskamer voor de uitvoering van de AWBZ door particuliere ziektekostenverzekeraars een uitzondering gemaakt.

79. Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 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 (derde richtlijn schadeverzekering), PbEG 1992, L 228.

waarden vormen een inbreuk op de vrije dienstverrichting op verzekeringsgebied (zie overweging 19 bij de derde richtlijn inzake het schadeverzekeringsbedrijf).

Doel

De schaderichtlijnen hebben een tweeledig doel: het creëren van een 'level playing field' voor de schadeverzekeraars die actief zijn op de interne markt, en de bescherming van verzekerden. De derde richtlijn voorziet in een zodanige harmonisering en coördinatie van de nationale systemen van toezicht op verzekeringen. De twee pijlers van de geliberaliseerde interne Europese verzekeringsmarkt zijn die van 'home country control'⁸⁰ en 'single licence'⁸¹.

Het verbod op het voeren van een nevenbedrijf (het uitoefenen van een andere activiteit waaraan economisch risico is verbonden) voorkomt dat de schadeverzekeraars met elkaar gaan concurreren op deze onderdelen. Deze concurrentie is niet in het belang van de betrokken verzekerden omdat zij (uiteindelijk) zou kunnen leiden tot het faillissement van een verzekeraar⁸².

Werking

De verboden uit de schaderichtlijnen heeft de Nederlandse wetgever omgezet in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993. Op grond van deze wet is het particuliere verzekeraars onder meer verboden andere activiteiten uit te voeren dan waarvoor de Verzekeringskamer vergunning heeft afgegeven. Voor particuliere verzekeraars betekent dit dat zij geen sociale verzekeringen mogen uitvoeren. De derde schaderichtlijn bevat één uitzondering op het verbod om in te grijpen in het acceptatiebeleid van verzekeraars, de dekkingssom van de polissen en de daarvoor door de verzekeraars vastgestelde premies. Het verbod geldt namelijk niet voor overeenkomsten tot dekking van risico's die de, door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden, dekking geheel of gedeeltelijk kunnen vervangen⁸³. Deze uitzondering is destijds in de derde schaderichtlijn opgenomen op aandringen van Ierland, Duitsland en Nederland en heeft ertoe geleid dat deze landen (op onderdelen) hun bestaande particuliere ziektekostenverzekeringsstelsel onder het regime van de Derde Richtlijn konden handhaven. Voor Nederland was dit belangrijk omdat de in 1986 ingevoerde Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen voorzag in ver-

80. Home country control betekent dat op het gehele bedrijf van een verzekeraar in de Europese Gemeenschap in handen is van de toezichthouder van het land waarin de hoofdzetel van die verzekeraar is gevestigd.

81. Single licence betekent in dit kader dat een verzekeraar slechts één vergunning nodig heeft om in de gehele Europese Gemeenschap het verzekeringsbedrijf te mogen uitoefenen.

82. In zaak C-241/97, Skandia, r.o. 40, bevestigt het Hof de ratio van dit verbod.

83. Zie overweging 22 tot en met 24 en artikel 54, eerste lid, van de derde schaderichtlijn. De Nederlandse Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen wordt als zodanig aangemerkt.

plichte verzekering voor personen die voorheen aansluiting konden vinden bij de opgeheven vrijwillige ziekenfondsverzekering. Ierland en Duitsland kenden eveneens wettelijke voorschriften voor de particuliere ziektekostenverzekeringen, die een bepaalde relatie vormden met de in die landen geldende sociale ziektekostenverzekeringen.

Mate van verbindendheid

De richtlijnen hebben in het algemeen geen rechtstreekse werking⁸⁴, en zijn inmiddels omgezet in nationale wetgeving.

2.2.8 Het Europese aanbestedingsrecht⁸⁵

Doel

Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is het openen van de markt voor overheidsopdrachten in de Europese Unie. Bedrijven uit de ene lidstaat van de Unie kunnen op deze manier opdrachten verwerven van aanbestedende diensten uit een andere lidstaat. Hierdoor komt een betere toewijzing van personen, goederen en financiën tot stand binnen de interne markt. Het gebruik van de richtlijnen kan het concurrentievermogen van ondernemingen versterken en het gebruik van efficiënte aankoopssystemen kan, gezien de grote van de interne markt, besparingen voor de aanbestedende diensten opleveren.

Kenmerkend voor de richtlijnen is dat alle een drempelbedrag kennen; pas wanneer de aanbestedende dienst een opdracht wil plaatsen die boven dit drempelbedrag uitkomt zal men conform de richtlijnen moeten aanbesteden. Daarnaast speelt het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers bij de toepassing van de richtlijnen een belangrijke rol. Hierdoor hebben alle inschrijvers gedurende de aanbestedingsprocedure gelijke kansen op het verkrijgen van de opdracht.

Inhoud

De richtlijnen definiëren voor welke opdrachtgevers zij gelden. De opdrachtgevers worden aanbestedende diensten genoemd. De volgende aanbestedende diensten vallen onder de richtlijn: de Staat, zijn territoriale lichamen en publiekrechtelijke

84. Doel van een richtlijn is de nationale wetgevingen aan elkaar aan te passen in overeenstemming met de doeleinden van de Unie. Hoewel lidstaten vrij zijn om vorm en middelen te bepalen waarmee zij in het nationale recht aan het doel van de richtlijn gestalte willen geven, heeft de richtlijn een verbindend karakter ten aanzien van het vóór een in de richtlijn opgenomen termijn te bereiken resultaat.

85. Voor de tekst van deze paragraaf is geput uit het verslag van de door het ministerie van VWS ingestelde werkgroep Aanbestedingsrichtlijnen van juni 1999. Waar in de tekst wordt gerefereerd aan de werkgroep wordt deze werkgroep bedoeld.

instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder 'publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en
- rechtspersoonlijkheid heeft, en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Er zijn vier aanbestedingsrichtlijnen te onderscheiden. Een van deze aanbestedingsrichtlijnen geldt voor aanbestedingen in de nutssector. De overige drie richtlijnen zijn gericht op overheidsopdrachten in de vorm van leveringen, werken en diensten. Alle drie de genoemde richtlijnen kennen wisselende drempelbedragen.

Werking

Bij de totstandkoming van medewerkerovereenkomsten in de gezondheidszorg is een aantal partijen, waaronder verzekerings- en zorginstellingen, betrokken.

De verzekeringsinstellingen worden onderscheiden in:

- ziekenfondsen;
- particuliere zorgverzekeraars.

Een ziekenfonds

1. Een ziekenfonds moet, ingevolge artikel 34, derde lid, van de ZFW, als doel hebben de ZFW uit te voeren en daarbij te voldoen aan de zorgplicht ten opzichte van verzekerden. Dit kan worden beschouwd als voorzien in behoeften van algemeen belang. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat het uitvoeren van het sociale zekerheidsstelsel, de acceptatieplicht voor zorgverzekeraars en de zorgplicht jegens verzekerden aanwijzingen zijn dat men probeert te voorzien in een behoefte van algemeen belang. Een ziekenfonds handelt dus in het algemeen belang.

Dat ziekenfondsen wellicht ook andere doelen nastreven, betekent niet dat ze daarom geen publiekrechtelijke instelling meer zijn⁸⁶.

Ook de aanwezigheid van particuliere ziektekostenverzekeraars op de gezond-

86. Zaak C-44/96, Mannesmann, 15 januari 1998.

heidsmarkt, die dezelfde soort diensten aanbieden, maakt niet dat ziekenfondsen geen publiekrechtelijke instelling zijn⁸⁷.

2. Een ziekenfonds heeft bovendien rechtspersoonlijkheid; artikel 34, vierde lid, van de ZFW bepaalt dat een ziekenfonds de juridische vorm van een stichting of een onderlinge waarborgmaatschappij moet hebben.
3. Een groot deel van de inkomsten van een ziekenfonds bestaat uit stortingen uit de Algemene Kas en het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten. Deze fondsen worden grotendeels gevoed door verplicht opgebrachte premies. Het College voor Zorgverzekeringen beheert de Kas en het Fonds. Aan de hand van bepaalde verdeelsleutels worden de gelden verdeeld onder de ziekenfondsen. Ziekfondsen worden dus gefinancierd door een andere aanbestedende dienst, het College voor Zorgverzekeringen. Het feit dat het uiteindelijk de verzekerden zijn die de premies betalen aan de fondsen doet aan het voorgaande niet af, omdat de premies op grond van een wettelijke regeling zijn verschuldigd.

Hieruit volgt, dat ziekenfondsen kunnen worden aangemerkt als een aanbestedende dienst.

Een particuliere zorgverzekeraar

1. Ondanks dat particuliere ziektekostenverzekeraars ideële doelstellingen kunnen hebben zijn zij, voor zover bekend, niet opgericht ten behoeve van het algemeen belang. Hierdoor wordt niet voldaan aan het eerste criterium voor het bestaan van aanbestedingsplicht. Ook de uitvoering van de AWBZ of de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekering 1998 (WTZ) door een particuliere zorgverzekeraar verandert hier niets aan. Op zichzelf zou dit gezien kunnen worden als een taak van algemeen belang. Maar er zijn geen particuliere zorgverzekeraars bekend die zijn opgericht met het specifieke doel deze verzekeringen uit te voeren.
2. Alle particuliere zorgverzekeraars voldoen aan het tweede criterium daar zij alle rechtspersoonlijkheid bezitten, bijvoorbeeld in de vorm van een onderlinge waarborgmaatschappij of een n.v..
3. Van particuliere zorgverzekeraars worden de gevoerde activiteiten niet in hoofdzaak door de Staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd. De activiteiten worden door premies, opgebracht door de particulier verzekerden, betaald. Ook het beheer van deze instellingen is niet onderworpen aan toezicht door de Staat, de territoriale of andere publiekrechtelijk instellingen. Daarnaast worden de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht niet voor meer dan de helft door de Staat de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen aangewezen. Hierdoor wordt niet aan het derde criterium voldaan.

87. Zaak C-360/96, BFI, 10 november 1998.

Particuliere verzekeraars kunnen dus niet worden aangemerkt als een aanbestedende dienst.

De aanbieders van zorg worden onderscheiden in:

- individuele beroepsbeoefenaren;
- intramurale instellingen;
- extramurale instellingen.

Individuele beroepsbeoefenaren

1. Ten aanzien van deze groep van personen kan gesteld worden dat zij gevestigd zijn om te voldoen aan de zorgplicht ten opzichte van hun patiënten. Dit kan gezien worden als voorzien in behoeften van algemeen belang.
2. Bij deze groep van personen ontbreekt de rechtspersoonlijkheid waardoor niet aan de tweede vereiste van de richtlijnen wordt voldaan⁸⁸.

Er bestaat voor deze groep van aanbieders van zorg geen aanbestedingsplicht.

Intramurale en extramurale instellingen

1. Intramurale instellingen zijn doorgaans opgericht om (een deel van) de volksgezondheid te waarborgen. Een intramurale instelling moet op grond van de Wet Ziekenhuis voorzieningen (WZV) een vergunning bezitten en mag hierdoor bouwen en exploiteren. In het kader van de WZV wordt getoetst of de intramurale instelling het algemeen belang dient. Over extramurale instellingen wordt in het verslag van de door het ministerie van VWS ingestelde werkgroep Aanbestedingsrichtlijnen van juni 1999 geen eenduidig standpunt geformuleerd omtrent de vraag of de oprichting van deze instellingen geschiedt in het kader van het algemeen belang. Indien, in voorkomend geval, de oprichting van een extramurale instelling het algemeen belang dient geldt dezelfde redenering als voor een intramurale instelling.
2. De intramurale instellingen bezitten rechtspersoonlijkheid, waarbij een groot deel van de instellingen de juridische vorm van de stichting heeft. Of alle extramurale instellingen rechtspersoonlijkheid hebben is niet duidelijk. Is er wel sprake van rechtspersoonlijkheid dan geldt dezelfde redenering als voor een intramurale instelling.
3. De financiering van intra- en extramurale instellingen vindt meestal indirect plaats via de Ziekenfondsraad (Algemene Kas en Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten). De Ziekenfondsraad doet vanuit de Kas en het Fonds uitkeringen aan de ziekenfondsen, die op hun beurt de zorginstellingen financieren.

88. In praktijk komt het voor dat beroepsbeoefenaren hun werkzaamheden verrichten in een rechtspersoon, bijvoorbeeld een besloten vennootschap. Dit leidt in het algemeen echter niet tot aanbestedingsplicht omdat deze rechtspersonen in de regel niet voldoen aan het derde criterium (zie onder 'Inhoud') terzake van de financiering, toezicht of benoeming van het bestuur.

Bij de huidige wijze van financiering moet worden gekeken of het merendeel van de inkomsten van de zorginstelling afkomstig is van een ziekenfonds (een aanbestedende dienst) of van een particuliere verzekeraar (geen aanbestedende dienst). Onder het huidige financieringsstelsel komt het merendeel van de financiën van de zorginstelling via het ziekenfonds. Dat er instellingen zijn waarbij die verhouding anders ligt, kan niet worden uitgesloten.

De door het ministerie van VWS ingestelde werkgroep concludeert dat de individuele beroepsbeoefenaren niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, terwijl dat wel het geval zou zijn voor intramurale zorginstellingen, als zij voornamelijk door ziekenfondsen worden gefinancierd. Dit geldt ook voor extramurale instellingen indien deze voldoen aan alle vereisten van de richtlijn.

Er is hierover nog geen definitief standpunt ingenomen. Hieruit vloeit vooralsnog voort dat elke instelling zelf moet bepalen of zij voldoet aan de criteria om als aanbestedingsplichtig aangemerkt te worden⁸⁹.

Mate van verbindendheid

De richtlijnen zijn in onze nationale wetgeving geïmplementeerd in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁹⁰ en in twee algemene maatregelen van bestuur. Hiervan ziet er één toe op de richtlijn voor de nutssector en één op de richtlijnen voor diensten, werken en leveringen. Deze tweede algemene maatregel van bestuur is het Besluit overheidsaanbestedingen⁹¹. In de Raamwet vindt geen inhoudelijke omzetting plaats van de richtlijnen in nationaal recht. De Raamwet verwijst naar de beide algemene maatregelen van bestuur die op hun beurt direct naar de richtlijnen verwijzen.

2.3 Verdragsregela van de Raad van Europa en de internationale arbeidsorganisatie

Deze paragraaf gaat in op de door Nederland geratificeerde verdragen van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Hierin zijn minimumnormen opgenomen waaraan verdragspartijen zich moeten houden bij de inrichting van hun sociale zekerheidsstelsels. Deze paragraaf bevat een samenvattend

89. Circulaire van het ministerie van VWS van 23 december 1996 (FBZ/PBIZ 96621).

90. Stb. 1993, 212.

91. Stb. 1993, 305.

overzicht van de verplichtingen van de Europese Code met betrekking tot sociale zekerheid en bijbehorend protocol en de verschillende verdragen van de IAO^{92,93}.

Doel

Nederland is gebonden aan diverse verdragen van de Raad van Europa en de IAO. Deze verdragen bevatten normen over het niveau van de sociale zekerheid waaraan de verdragssluitende partijen moeten voldoen⁹⁴, en heten daarom ook wel normverdragen. Het doel van deze verdragen is tweeledig. In de eerste plaats strekken zij tot bescherming van de bevolking⁹⁵. De Europese Code⁹⁶ van de Raad van Europa bevat onder meer bepalingen inzake het aantal te beschermen personen naar keuze⁹⁷, de te beschermen risico's en de omvang en duur van het verstrekkingspakket. De Code probeert te bereiken dat de verdragsstaten hun sociale zekerheidsstelsels minimaal op een bepaald niveau brengen en houden. In de tweede plaats beogen deze normverdragen in economisch opzicht een 'level playing field' tussen staten te creëren. Het is de bedoeling dat de verdragssluitende partijen een vergelijkbaar deel van hun bruto nationaal product besteden aan sociale bescherming. Staten mogen dus niet, door te beknibbelen op de zorg, hun sociale lasten en daarmee hun loonkosten verlagen, waardoor zij in een gunstigere concurrentiepositie komen te staan dan staten die wel voorzien in de vereiste zorg. Het stelsel van normen voorkomt sociale dumping.

92. Op het Europees Sociaal Handvest (ESH) wordt in deze notitie niet ingegaan omdat in artikel 12 ESH een koppeling wordt gelegd naar IAO-verdrag 102. Dit artikel verplicht de verdragssluitende partijen onder meer tot het instellen of in stand houden van een sociaal zekerheidsstelsel op het niveau dat vereist is voor ratificatie van de Europese Code of IAO-verdrag 102.

93. Voor wat betreft de Raad van Europa, gaat het om het Europees Sociaal Handvest (Trb. 1962, 3) en de Europese Code inzake sociale zekerheid, met Bijlage, Addenda en Protocol (Trb. 1965, 47). Bij de Internationale Arbeidsorganisatie gaat het om de Verdragen nrs. 24, over de ziektekostenverzekering van arbeiders in de industrie en handel en van huispersoneel (Trb. 1957, 27), 25, de ziektekostenverzekering van landarbeiders (Trb. 1957, 28), 102, minimumnormen van sociale zekerheid (Trb. 1953, 63), 103, de bescherming van het moederschap (herzien) (Trb. 1953, 129) en 121, de prestaties van arbeidsongevallen en beroepsziekten (Trb. 1966, 137).

94. Een schematisch overzicht van de verplichtingen die de Europese Code aan Nederland oplegt, is opgenomen in bijlage I bij deze notitie. Bijlage II bevat eenzelfde overzicht van de verplichtingen die de IAO-verdragen aan Nederland oplegt.

95. Het bijbehorend Protocol bij de Europese Code stelt hogere normen dan de Code zelf. Code en Protocol stellen overigens geen eisen aan de diepte van het verstrekkingspakket. Nederland heeft zowel de Code als het Protocol bekrachtigd.

96. Trb. 1965, nr. 47.

97. Artikel 9 bepaalt 50% van de loontrekkenden, of voorgeschreven groepen van de werkende bevolking, welke in totaal tenminste 20% uitmaken van de gezamenlijke inwoners, of voorgeschreven groepen van inwoners, welke in totaal tenminste 50% uitmaken van de gezamenlijke bewoners. Bij het Facultatief protocol, dat ook voor Nederland geldt, zijn deze percentages verhoogd tot respectievelijk 80%, 30% en 65%.

Het merendeel van de West-Europese landen heeft de verdragen bekrachtigd⁹⁸.

Inhoud

De verschillende verdragsverplichtingen leiden er toe dat Nederland moet voldoen aan de volgende voorwaarden:

Voor het (financiële) risico van ziekte en moederschap:

1. Er dient een sociale bescherming te zijn voor^{99, 100}:
 - a. ten minste 80% van de werknemers en hun gezinsleden;
 - b. óf voor voorgeschreven groepen van de werkende bevolking, die in totaal ten minste 30% uitmaken van de gezamenlijke inwoners en hun gezinsleden;
 - c. óf voor voorgeschreven groepen van inwoners, die in totaal ten minste 65% uitmaken van de gezamenlijke inwoners.
2. De verstrekkingen moeten ten minste omvatten¹⁰¹:
 - a. hulp van huisartsen, inclusief huisbezoeken en hulp van specialisten overeenkomstig voorgeschreven voorwaarden (in geval van moederschap: prenatale zorg, hulp bij de bevalling, postnatale zorg van een geneeskundige of van een gediplomeerde vroedvrouw);
 - b. ziekenhuisverpleging inclusief verzorging in een ziekenhuis, de hulp van huisartsen, onderscheidenlijk specialisten, verpleging en alle vereiste bijkomende hulp (in geval van moederschap: opname in een ziekenhuis wanneer deze noodzakelijk is);
 - c. de verstrekking van alle nodige geneesmiddelen op recept, en van alle noodzakelijk beschouwde specialités; en
 - d. onderhoud van het gebit voor de beschermde kinderen.
3. De verzekerden hebben recht op vermelde verstrekkingen gedurende de gehele duur van het door de verzekering gedekt geval; voor verpleging in een zieken-

98. Deel II van de Code (ziektelastenverzekering) is naast Nederland door Zweden, Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk, Luxemburg, België, Duitsland, Denemarken, Turkije, Griekenland, Portugal, Frankrijk en Spanje bekrachtigd. Deel VI van de Code (arbeidsongevallen en beroepsziekten) is naast Nederland door Noorwegen, Luxemburg, België, Duitsland, Denemarken, Italië, Finland, Turkije, Griekenland, Frankrijk, Cyprus en Spanje bekrachtigd. Deel VIII van de Code (moederschap) is naast Nederland door Zweden, Luxemburg, België, Duitsland, Denemarken, Turkije, Griekenland, Portugal, Frankrijk en Spanje bekrachtigd.

99. Artikel 9 van de Code.

100. De sociale bescherming behoeft niet noodzakelijkerwijs gewaarborgd te worden door een verzekering van rechtswege. Ook een privaatrechtelijke verzekeringsvorm als de voormalige vrijwillige ziekenfondsverzekering kan voldoen aan de gestelde normen. Daartoe behoort dat de premiestelling wordt vastgesteld met inachtneming van de draagkracht van de betrokkene.

101. Artikel 10, eerste lid, van de Code.

huis kan een beperking gelden tot 52 weken per geval of tot 78 weken binnen een tijdsbestek van 3 opeenvolgende jaren¹⁰².

4. Eigen bijdragen zijn tot bepaalde hoogte toegestaan voor zover zij niet leiden tot hardheid van de betrokkene¹⁰³.
5. Er moet voorzien zijn in de mogelijkheid van (administratief) beroep¹⁰⁴.
6. De kosten van de verstrekkingen moeten uit collectieve bron komen door middel van premies of belastingen of een combinatie van beide. Hierbij mogen personen van geringe draagkracht niet te zwaar worden belast en moet het systeem rekening houden met de economische toestand van de contracterende partij en van de groepen van beschermde personen¹⁰⁵.
7. De verzekerden dienen vertegenwoordigd te zijn in het bestuur (eventueel met raadgevende stem) van de uitvoeringsinstelling¹⁰⁶.
8. De contracterende partij moet een algemene aansprakelijkheid op zich nemen voor de verstrekkingen, verleend op grond van de Code, en alle nodige maatregelen treffen om dit doel te bereiken¹⁰⁷.
9. De verzekering moet worden uitgevoerd door niet-winstbeogende instellingen¹⁰⁸.

Voor het risico arbeidsongevallen en beroepsziekten wijken de voorschriften voor de kring van verzekerde personen, het te verzekeren pakket en de eigen bijdragen af. Voor dit risico geldt het volgende:

- a. Er dient een sociale bescherming te zijn voor voorgeschreven groepen van werknemers die in totaal ten minste 80% uitmaken van de gezamenlijke werknemers en hun gezinsleden¹⁰⁹.
- b. De verstrekking moeten omvatten:
 - a) hulp van huisartsen en specialisten aan personen die al dan niet in een ziekenhuis zijn opgenomen, inclusief huisbezoeken;
 - b) tandheelkundige zorg;
 - c) verpleging thuis, in een ziekenhuis of in een andere geneeskundige inrichting;
 - d) de kosten van opname in een ziekenhuis, herstellingsoord, sanatorium of andere geneeskundige inrichtingen;
 - e) tandheelkundige, farmaceutische en andere medische of chirurgische verstrekkingen, met inbegrip van prothesen en het onderhoud daarvan, en brillen;

102. Artikel 12 van de Code.

103. Artikel 10, tweede lid, van de Code.

104. Artikel 68 van de Code.

105. Artikel 70 van de Code. Er moet dus sprake zijn van een inkomensgerelateerde premie; heffing op grond van een zogenaamde 'flatrate' is daarmee uitgesloten.

106. Artikel 71 van de Code.

107. Artikel 70, derde lid, van de Code.

108. Dit beginsel is neergelegd in Verdrag 24/25 van de IAO.

109. Artikel 33 van de Code.

- f) de diensten verleend door een beoefenaar van een ander beroep dat wettelijk erkend is als verwant aan het beroep van medicus, onder toezicht van een medicus of van een tandarts.
- c. Het is niet toegestaan voor medische zorg verleend bij arbeidsongevallen of beroepsziekten eigen bijdragen in rekening te brengen. Dit staat ook in een Resolutie uit 1986 van de Raad van Ministers van de Raad van Europa, het toezichthoudend orgaan op de naleving van de verplichtingen voortvloeiend uit Code en Protocol, over de toepassing van de Europese Code inzake sociale zekerheid door Zwitserland. Hierin wordt overwogen: "Since the code makes no provision for sharing by insured persons in the cost of medical care in cases of occupational injury, it should be made clear whether the above-mentioned provision [het ten laste laten komen van een eigen bijdrage voor schade gedekt door de 'Accident Insurance Ordinance' van 20 december 1982] applies in practice only to the victims of non-occupational accidents".

Mate van verbindendheid

Ondanks dat de normverdragen dit niet expliciet vermelden, ziet het er, door de ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak, naar uit dat de burgers rechtstreeks – en mogelijk zelfs met terugwerkende kracht – een beroep kunnen doen op de bepalingen van deze verdragen¹¹⁰.

110. CRvB 14 mei 1987, RSV 1987/246, in deze uitspraak gaat de CRvB, die tot dat moment rechtstreekse werking van artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten met betrekking tot sociale zekerheidsrechten (dat een algemeen geformuleerd discriminatieverbod bevat) ontzegt, om. Vervolgens gaat de CRvB uitvoerig in op de rechtstreekse werking van het genoemde artikel 26 in zijn uitspraak van 5 januari 1988 (PS 1988/168). Zie ook de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep inzake het IAO-verdrag nr. 102 (AB 1996, 501), de zogenaamde kraamgelduitspraak.

3 Knelpunten en mogelijke oplossingen

Hieronder volgt een overzicht van aspecten van het huidige stelsel die, ten opzichte van het internationaal recht, een knelpunt zouden kunnen opleveren. Waar mogelijk zijn daarbij tevens oplossingsrichtingen aangegeven.

3.1 Eigen bijdragen

Volgens deel VI van de Europese Code van de Raad van Europa over sociale zekerheid is het niet toegestaan eigen bijdragen te vragen aan verzekerden voor de in die verdragen genoemde vormen van medische zorg bij arbeidsongevallen of beroepsziekten¹¹¹. De medische zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten is in Nederland opgenomen in de algemene verzekering voor ziektekosten van de ZFW en de AWBZ. De verzekering maakt geen onderscheid tussen het invoeren van zorg wegens ziekte of wegens arbeidsongevallen en beroepsziekte. In de AWBZ-verzekering worden voor zorgvormen – waarop de Europese Code van toepassing is – eigen bijdragen gehanteerd. De totale opbrengst van de eigen bijdragen is circa 3,6 miljard op jaarbasis. Het is niet bekend welk deel daarvan betrekking heeft op zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Als deze eigen bijdragen worden gevraagd voor medische zorg in geval van arbeidsongevallen en beroepsziekten¹¹², is dat in strijd met de bepalingen van de Europese Code. De Nederlandse wetgeving zou in dit opzicht kwetsbaar kunnen zijn. Gezien de hiervoor aangehaalde uitspraken¹¹³ van de Centrale Raad van Beroep is het mogelijk dat een individuele burger voor de rechter met succes een beroep kan doen op het ten onrechte betalen van eigen bijdragen bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Om deze tegenstelling op te lossen zijn de navolgende oplossingsrichtingen bekeken:

a. *Opzeggen deel VI van de Europese Code*

Dit lijkt geen realistische optie aangezien eerdere kabinetsvoorstellen tot opzegging van IAO-verdrag nr. 121 inzake minimumnormen van sociale zekerheid bij arbeidsongevallen en beroepsziekten¹¹⁴ en opzeggen van deel VI van de Code (arbeidsongevallen en beroepsziekten¹¹⁵) stuitten op een afwijzende reactie van

111. Zie paragraaf 2.3.

112. Het pakket is weergegeven in paragraaf 2.3.

113. De uitspraken zijn opgenomen in voetnoot 110.

114. Wetsvoorstel tot opzegging van het IAO-verdrag betreffende de prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten (Verdrag nr. 121), (TK 1988-1989, 20 555).

115. Wetsvoorstel houdende goedkeuring van de opzegging van deel VI van de op 16 april 1964 te Straatsburg tot stand gekomen Europese Code inzake sociale zekerheid (TK 1996-1997, 25 524).

het parlement. Het feit dat opzegging maar eens in de vijf jaar mogelijk is levert hierbij ook een probleem. De Europese Code (of delen daarvan) kunnen op zijn vroegst per 16 maart 2002 worden opgezegd, waarbij zij dan per 2003 buiten werking treedt.

b. Afschaffen van de eigen bijdragen

Uitgaande van het beginsel 'pacta sunt servanda'¹¹⁶ en het gegeven dat de Nederlandse wetgeving geen onderscheid maakt bij de verlening van medische zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten en de verlening van medische zorg in andere situaties, dienen de bestaande eigen bijdragen volledig te vervallen. De directe kosten hiervoor bedragen circa 3,6 miljard op jaarbasis. Afschaffing van de eigen bijdrage zou ook een consumptieverhogend effect kunnen hebben. Keuze voor deze mogelijkheid zal consequenties hebben voor de premie, de rijksbijdragen, de omvang van het pakket of een combinatie hiervan.

c. Herinstructie van het begrip arbeidsongevallen en beroepsziekten

Als men de eigen bijdragen af zou willen schaffen bij de verlening van medische zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, maar handhaven voor andere gevallen, zou men het element arbeidsongevallen en beroepsziekten opnieuw moeten onderscheiden. Een andere mogelijkheid is een afzonderlijke verzekering in het leven te roepen voor de verlening van medische zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een integratie van deze verzekering met de ARBO-wetgeving lijkt in dat geval aangewezen.

d. Modernisering van de verdragsverplichtingen

Nederland zou kunnen overgaan tot bekrachtiging van de herziene Europese Code inzake de sociale zekerheid. Dit gemoderniseerde normverdrag van de Raad van Europa staat wel eigen bijdragen toe ingeval van de verlening van medische zorg bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Door deze herziene Code vervallen de verplichtingen van de huidige Code. Nadeel is dat de herziene Code ook betrekking heeft op de wetgeving omtrent uitkeringen in geld bij ziekte en invaliditeit. Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat hiervoor verantwoordelijk is, ziet voornamelijk problemen bij het aanvaarden van de nieuwe normen omdat mogelijk de vormgeving van de Ziektewet, met name de eenzijdige financiële verplichting voor werkgevers, en de uitvoeringsorganisatie van de sociale zekerheidswetgeving niet in overeenstemming is met deze bepalingen. De wetgeving die onder de verantwoordelijkheid valt van het ministerie van VWS lijkt wel in overeenstemming te zijn met de bepalingen van de Herziene Europese Code. Inmiddels heeft het parlement, bij gelegenheid van een kabinetsvoorstel tot opzegging van deel VI van de Europese Code (zie hiervoor onderdeel a), de wens uitgesproken om tot ratificatie over te gaan. Het kabinet beraadt zich hierover.

116. Pacta sunt servanda: overeenkomsten dienen te worden nagekomen

3.2 Percentage sociaal verzekerden

Volgens de normverdragen van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie moet minimaal 65% van de bevolking onder een sociale ziektekostenverzekering vallen met de in die verdragen genoemde aanspraken. Deze aanspraken zijn in Nederland geregeld in de ZFW en de AWBZ. Op het moment van bekrachtiging¹¹⁷ voldeed Nederland ruimschoots aan deze norm maar inmiddels is het aantal ziekenfondsverzekerden teruggelopen tot 60% van de bevolking. Het aantonen van een individueel belang in deze situatie lijkt zo moeilijk dat deze verdragsstrijdigheid door een individuele burger niet met succes voor de rechter gebracht kan worden.

Iemand die niet sociaal verzekerd is kan weliswaar trachten aan te tonen dat het percentage sociaal verzekerden niet voldoet aan de gestelde verdragsnormen, maar het is moeilijk te bewijzen dat bij het voldoen aan de normen juist deze ene verzekerde wel sociaal verzekerd zou worden. Een werknemer met een inkomen boven de ziekenfondsloongrens zou nog steeds geen ziekenfondsverzekerde worden wanneer het gestelde percentage verzekerden bereikt zou worden door alle personen van 65 jaar of ouder in het ziekenfonds op te nemen. Omgekeerd heeft ook een niet-ziektenfondsverzekerde 65+er geen baat bij een maatregel waarbij de gestelde norm wordt gehaald door het verhogen van de loongrens voor werknemers.

3.3 De Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998

In deze paragraaf worden enige observaties over de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 (WTZ) besproken.

a. De kring van verzekerde personen

Nederland valt voor de WTZ onder de uitzonderingspositie in de derde EG-schaderichtlijn¹¹⁸, die overheidsbemoeienis bij de acceptatievoorwaarden, omvang van de dekking en premiestelling verbiedt. De uitbreiding van de categorieën van verzekerden, de wettelijke maximering van de premie voor de standaardpakketpolis en de verplichte omslagregeling zijn alle maatregelen die na 1986 zijn doorgevoerd. Hierdoor kan men zich afvragen of de huidige WTZ nog altijd beschouwd kan worden als een op "...particuliere basis gesloten ziektekostenverzekering [die] de door de stelsels van sociale zekerheid verleende dekking geheel of gedeeltelijk vervangt¹¹⁹". Door het karakter van de WTZ kan deze vraag positief beantwoord worden: *het bieden van een gegarandeerde toegang tot een standaardpakket van vergoedingen dat nagenoeg gelijk is aan het verstrekkin-*

117. 16 maart 1967 (inwerkingtreding van de Code 17 maart 1968).

118. Neergelegd in artikel 54 van de derde Richtlijn schadeverzekering (Richtlijn 92/49/EEG).

119. Overweging 22 bij genoemde richtlijn.

*genpakket krachtens de ZFW, tegen een acceptabele maximumpremie, aan bepaalde categorieën van personen die voor de ziektekostenverzekering zijn aangewezen op de particuliere markt*¹²⁰. Het verplicht aanbieden van een standaardverzekering door schadeverzekeraars en de verplichte afdracht in het kader van de Wet oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden hoeft, in tegenstelling tot de mening van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, geen (ongerechtvaardigde) inbreuk op het vrij verkeer van diensten te zijn. De solidariteitsheffingen die particulier verzekerden in Nederland moeten betalen, dragen immers bij aan de toegankelijkheid van de zorg voor iedereen in ons land. Als blijkt dat de WTZ het verrichten van diensten binnen de EEG bemoeilijkt, dan zijn hier dus steekhoudende argumenten voor aan te voeren.

b. De meerbetalersregeling

De omslagregeling in de WTZ biedt schadeverzekeraars compensatie voor hun schade boven de door hen ontvangen WTZ-premie. Nederland handelt daarmee niet in strijd met het verbod in de schaderichtlijnen dat stelt dat overheidsingrijpen op het gebied van acceptatie, premiestelling en dekkingsomvang geen nadelig effect op de bedrijfsvoering mag hebben. Op deze regeling is een uitzondering gemaakt voor degenen die toegang hebben tot de WTZ omdat hun premie voor de particuliere maatschappijpolis hoger is dan de maximum WTZ-premie (de zogenoemde meerbetalersregeling). De schaden van deze verzekerden blijven voor eigen rekening en risico van de verzekeraars en vallen daarmee buiten de omslagregeling. Dit is een inbreuk op het door de derde Europese schaderichtlijn beoogde verbod op negatieve beïnvloeding van een verzekeringsbedrijf door de overheid.

Er is goede kans dat dit bij rechterlijke toetsing niet houdbaar zal blijken. Ook stelt de meerbetalersregeling een maximum aan het premieniveau van maatschappijpolissen in de particuliere verzekeringsmarkt.

Immers, wie een hogere premie moet betalen voor zijn maatschappijpolis dan de maximum WTZ-premie moet geaccepteerd worden voor de WTZ-polis. Dit neveneffect lijkt in strijd te zijn met de eerdergenoemde doelstelling van de derde schaderichtlijn. Ook zou hier sprake kunnen zijn van een belemmering van het vrij verkeer van diensten, omdat buitenlandse verzekeringsinstellingen, in de zin van het EG-verdrag, bij het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf op Nederlands grondgebied, geconfronteerd worden met een beïnvloeding van hun premiestelling. De vraag is of een zodanige inbreuk op het vrij verkeer toegestaan is en of een dergelijke inbreuk voldoet aan het geldende proportionaliteitsvereiste. Dat wil zeggen dat de maatregel passend is en niet door een andere kan worden vervangen. Aangezien andere lidstaten de beperking van de premiedruk van hun burgers regelen, zonder inbreuk op de uitvoering van de particuliere verzekering binnen het kader van een sociale ziektekostenverzeke-

120. Meer informatie ter zake treft men aan in het 'Rapport beperking van de kring van verzekerden WTZ' van 12 juni 1998 van de VWS Projectgroep WTZ.

ring, lijkt de Nederlandse positie niet boven alle twijfel verheven. Hier ligt misschien een oplossing in het afschaffen van de meerbetalersregeling of het niet langer buiten de omslagregeling laten vallen van de schaden van deze categorie verzekerden.

c. Verbod op uitvoering van een nevenbedrijf

Op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 is het particuliere ziektekostenverzekeraars niet toegestaan andere activiteiten uit te voeren dan waarvoor die verzekeraar van de Verzekeringskamer vergunning heeft gekregen (dit verbod berust op de tweede schaderichtlijn). Dit verbod op nevenactiviteiten betekent, dat particuliere ziektekostenverzekeraars geen sociale verzekeringen mogen uitvoeren als dit risico's met zich meebrengt.

d. De WTZ als sociale verzekering

In de WTZ, als particuliere verzekering, mag de overheid geen financieel risico veroorzaken voor de particuliere verzekeraars. Dat zou het geval zijn indien de overheid besluit om deze verzekering op enigerlei wijze te budgetteren waarbij de verzekeraars er niet meer zeker van zijn dat zij alle meerkosten vergoed krijgen die zij maken bij de uitvoering van de WTZ. Wellicht zou de WTZ beschouwd kunnen worden als een sociale verzekering vanwege de wettelijke grondslag, de acceptatieplicht en de solidariteit in de financiering. Als de WTZ een sociale verzekering zou zijn, dan zou zij niet onder werking van de Europese schaderichtlijnen vallen. Dan zou budgettering à la ziekenfondsbudgettering mogelijk zijn. In dat geval gelden wel twee andere voorwaarden. In de eerste plaats valt de WTZ dan onder de werkingssfeer van de Europese sociale zekerheidsverordening. Deze verordening (zie paragraaf 2.2.6) voorziet erin dat voor de medische verzorging van verzekerden die in het buitenland woonachtig zijn een vast bedrag wordt betaald. Dit bedrag is gebaseerd op de gemiddelde medische kosten in het woonland ongeacht de vraag hoe hoog de feitelijke consumptie van medische zorg door de betrokken verzekerde is (vergelijk het abonnementsstelsel van de huisarts in de ziekenfondsverzekering). De geldende betalingswijze in de WTZ, die de kosten van medische verrichtingen vergoedt, past niet in de financieringswijze van de genoemde verordening. In de tweede plaats geldt dan het verbod op uitvoering van het nevenbedrijf. Kan de uitvoering van de WTZ dan in handen blijven van de particuliere verzekeraars? De Verzekeringskamer heeft voor de uitvoering van de AWBZ door de particuliere ziektekostenverzekeraars op dit verbod een uitzondering gemaakt omdat de uitvoering van die verzekering geen relevant financieel risico met zich brengt als de uitvoering van de WTZ en de particuliere ziektekostenverzekering binnen één en dezelfde rechtspersoon plaatsvindt. Scheiding van rechtspersonen is in dat geval geboden. De WTZ zou in die situatie als volledig nominaal gefinancierde sociale ziektekostenverzekering bestaan naast de AWBZ en de ziekenfondsverzekering. Een dergelijke verzekering komt niet in aanmerking als sociale verzekering in de zin van de normverdragen van de Raad van Europa en de IAO. Zij voldoet immers niet aan de eisen van administratief beroep, premieheffing naar draagkracht, vertegenwoordiging van verzekerden in het bestuur en de financiële garantie van de overheid met

betrekking tot het verlenen van verstrekkingen (een overzicht van deze voorwaarden is opgenomen in paragraaf 2.3).

3.4 De Wet tarieven gezondheidszorg

De Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) verbiedt zorgverleners hun product aan te bieden tegen een tarief hoger dan dat is goedgekeurd door het College tarieven gezondheidszorg (CTG). De maximumtarieven blijken in de praktijk vaste tarieven. De zorgverleners stellen doorgaans dat de CTG-tarieven zodanig zijn vastgesteld dat het niet mogelijk is medische diensten aan te bieden tegen een lager tarief dan het CTG-tarief. De wijze van uitvoering van de WTG leidt er dus toe dat mededinging onmogelijk wordt gemaakt.

De RVZ zegt, in zijn advies van december 1999 over de houdbaarheid van de WTG in Europees verband: 'Het is niet uit te sluiten dat de Europese rechter de wijze waarop de budgetten en tarieven van de Wet Tarieven Gezondheidszorg totstandkomen, strijdig acht met het mededingingsrecht.¹²¹'. Dit springt temeer in het oog bij grensoverschrijdende zorgverlening waarbij het een Nederlands ziekenhuis niet vrijstaat zelfstandig te onderhandelen over de prijs die buitenlandse patiënten voor ingeroepen medische zorg moeten betalen. Het resultaat van de Nederlandse wetgeving staat in dit opzicht op gespannen voet met het vrij verkeer van diensten.

Het is waarschijnlijk mogelijk dat de overheid terzake van medische tarieven een zekere verantwoordelijkheid houdt. De Europese Commissie deed in 1992 namelijk een belangrijke uitspraak in antwoord op vragen van Europarlementariër Mattina¹²². De Commissie stelde dat de toegang tot de gezondheidszorg een fundamentele doelstelling is die voor alle burgers geldt. Deze doelstelling is op elke lidstaat van toepassing.

De Commissie aanvaardt het bestaan van tariefovereenkomsten tussen zorgverzekeraars en hulpverleners als middel om die doelstelling te bereiken. Beperkingen van het recht op vrije vestiging en het vrij verrichten van diensten zijn, onder bepaalde omstandigheden, niet in strijd met het communautaire recht.

In de arresten Decker en Kohll gaat het Hof van Justitie in op rechtvaardigingsgronden voor een inbreuk op die verdragsvrijheden door nationale regelingen¹²³. Zuiver economische doelstellingen mogen, volgens het Hof, geen rechtvaardiging vormen voor een inbreuk op het recht van vrij verkeer van goederen en diensten.

121. Advies 'Europa en de gezondheidszorg' van de RVZ van december 1999, p. 50.

122. Schriftelijke vraag nr. 2977/91 van 13 januari 1992 van de heer Vincenzo Mattina aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en het antwoord van mevrouw Papandreou namens de Commissie, (Pb C 235, p.16).

123. C-120/95, Jur. I-1831 en C-158/96, Jur. I-1931.

Bij een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel kan, volgens het Hof, een dergelijke inbreuk toch gerechtvaardigd zijn. Daarnaast acht het Hof een inbreuk gerechtvaardigd wanneer er gevaar zou bestaan voor de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied. Mits die essentieel is voor de gezondheid of het overleven van de bevolking. Kennelijk ziet het Hof deze laatste rechtvaardigingsgrond niet alleen in relatie tot het sociale zekerheidsstelsel maar ook met de particuliere sector.

De rechtvaardigingsgronden zijn moeilijker op voorhand aannemelijk te maken wanneer zij betrekking hebben op zowel het sociale zekerheidsstelsel als de particuliere markt (verlies van een essentiële verzorgingsmogelijkheid en het overleven van de bevolking). Blijkbaar is dit, als het uitsluitend betrekking heeft op de sociale zekerheid, minder moeilijk (verlies van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel).

Op grond van dit onderscheid in 'bewijslast' is er een mogelijkheid voor een genuanceerde benadering van overheidsbemoedigen met de tariefstelling in de gezondheidszorg. Bij beperkende wetgeving voor de tariefstelling zou het volgende uitgangspunt kunnen gelden. Voor tarieven in de sociale zekerheidssector zouden alleen toegelaten tarieven in rekening moeten worden gebracht, tenzij daarvoor een uitzondering is. Tarieven in de particuliere sector zijn, tenzij daarop een uitzondering bestaat, vrij.

3.5 De Wet ziekenhuisvoorzieningen

Door de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV) kan de overheid met het eisen van een vergunning de bouw of de exploitatie van medische instellingen tegenhouden. De wet is opgezet als een planningswet om vraag en aanbod van intramurale zorg zo goed mogelijk op elkaar af te stemmen. In de loop van de tijd zijn macro-economische overwegingen in de uitvoeringspraktijk een steeds belangrijkere rol gaan spelen. De overheid probeert te voorkomen dat een ruim aanbod van intramurale zorg extra vraag daarnaar uitlokt omdat de financiering van die zorg door middel van collectieve verzekeringen een opwaartse werking heeft op de loonkosten. Dat brengt de internationale concurrentiepositie van Nederland in gevaar. Daarnaast vreest de overheid dat door een ongecontroleerde bouw en exploitatie van intramurale zorginstellingen de 'vrije jongens' van de zorgverlening zich alleen richten op de meest winstgevendende zorgvormen. Hierdoor zou een integrale zorgverlening van kwalitatief hoog niveau in gevaar kunnen komen.

De WZV beperkt het recht van vestiging. Deze beperkingen is volgens de Europese Commissie verenigbaar met het gemeenschapsrecht voor zover deze gerechtvaardigd

digd is 'door een dwingende eis van algemeen belang, zoals goede verzorging tegen redelijke kosten'¹²⁴.

De vraag is of de inbreuk die de WZV (bouwen of exploiteren mag niet tenzij men een vergunning heeft) maakt op het recht van vrije vestiging, in dit kader gerechtvaardigd is. In Nederland wordt de zorgverlening voor het grootste deel gefinancierd uit collectieve verzekeringsgelden (ZFW/AWBZ). Mag de overheid dan ook de zorgverlening gefinancierd uit particuliere middelen beheersen? In dit verband is van belang dat de Advocaat-generaal bij het Hof van Justitie in de Luxemburgse zaak Ferlini¹²⁵ de exploitatie van een ziekenhuis beschouwt als een onderneming. Deze mening komt overigens overeen met de in Nederland in brede kring bestaande opvatting¹²⁶.

Een onderneming uit een van de andere lidstaten die in Nederland een zorginstelling wil bouwen of exploiteren moet een vergunning aanvragen. Hierdoor lijken de doelstellingen van de WZV op een niet-proportionele manier te worden bereikt. Van tevoren zou duidelijk moeten zijn of de onderneming zich richt op de particuliere markt of dat haar verrichtingen gefinancierd worden vanuit de sociale verzekering. De doelstellingen van de WZV stemmen weliswaar overeen met de in de arresten Kohll en Decker door het Hof van Justitie geformuleerde rechtvaardigingsgronden voor een inbreuk op het gemeenschapsrecht, maar dit zou alleen in algemene zin moeten gelden en niet voor iedere zorginstelling of categorie van zorginstellingen afzonderlijk. De zorgverlening in Nederland zal door de bouw van enkele particuliere of particulier gefinancierde zorginrichtingen niet ten gronde gaan.

Ook voor de bouw en exploitatie van medische voorzieningen kan een zekere overheidsverantwoordelijkheid blijven bestaan. Er zal dan moeten worden gekozen voor een genuanceerde aanpak waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de sociale en particuliere sector. Voor de particuliere zorgmarkt dient de systematiek van de WZV uit te gaan van het beginsel 'u mag bouwen of exploiteren, tenzij de overheid aantoont dat vrije bouw en exploitatie gevaar oplevert voor de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid op het nationale grondgebied, of essentieel is voor de gezondheid of het overleven van de bevolking'. Voor de sociale verzekeringssector kan het uitgangspunt zijn 'u mag niet bouwen of exploiteren, tenzij de overheid van mening is dat vrije bouw of exploitatie geen kwaad kan voor het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel'.

124. Schriftelijke vraag nr. 2977/91 van 13 januari 1992 van de heer Vincenzo Mattina aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en het antwoord van mevrouw Papandreou namens de Commissie, (Pb C 235, p.16).

125. C-411/98, Ferlini, publicatiedatum 21 september 1999.

126. Wat de NMa betreft zij verwezen naar de volgende zaaknr.: 165/Sophia Ziekenhuis, besluit van 5 juni 1998; 1000/Drechtsteden Ziekenhuis, besluit van 20 augustus 1998 en 1013/Stichting Twenteborg Ziekenhuis - Stichting Streekziekenhuis Midden-Twente, besluit van 10 september 1998.

Er is ook nog een andere mogelijkheid voor beheersing van het aanbod van het collectief gefinancierde deel van de intramurale zorg. Deze beheersing kan worden gerealiseerd door opname hiervan in de sociale verzekering. Er is geen aparte wetgeving voor planning en exploitatie van zorginstellingen nodig. De verzekeringsinstellingen nemen immers alleen verzorgingscapaciteit af die zij nodig hebben voor hun eigen verzekerden. Zij doen dit door middel van langjarige¹²⁷ overeenkomsten met zorginstellingen.

Dit impliceert afschaffing van de bestaande contracteerverplichting in het kader van de sociale verzekering. Instellingen die geen overeenkomst hebben zijn voor hun financiering uitsluitend aangewezen op de particuliere vraag. Hetzelfde geldt overigens voor gecontracteerde instellingen, voor dat deel van de zorg dat zij produceren boven het gecontracteerde deel. Dit scenario sluit aan bij de organisatie van de zorg in de meeste andere lidstaten van de Europese Unie.

Voor beide geschetste oplossingsrichtingen geldt dat de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Kohll en Decker grenzen stellen aan de mogelijkheden tot regulering van het zorgaanbod. Een verzekerde die in eigen land niet of niet tijdig zijn aanspraak op zorg tot gelding kan brengen, kan zich voor zijn noodzakelijke behandeling wenden tot een zorgverlener in een andere lidstaat. Dit 'buitenland-lek' wordt slechts afgesloten wanneer de zorgverlening niet wordt georganiseerd als een verzekering – met aanspraken die verzekerden in eigen land of in een andere lidstaat tot gelding kunnen brengen – maar als een sociale voorziening, die aan een betrokkene (niet een verzekerde) kan worden verleend voor zover deze zorg beschikbaar is. In veel lidstaten bestaat een dergelijk voorzieningssysteem met betrekking tot verscheidene zorgvormen die wij in de AWBZ als verzekeringsaanspraak hebben opgenomen. De bejaardenzorg in verzorgingshuizen is wat dit betreft een wel zeer in het oog springend voorbeeld: nergens in de Europese Unie, behalve in Nederland, geldt deze zorgvorm als een verzekeringsaanspraak.

3.6 Geneesmiddelen

Op het terrein van de geneesmiddelen wordt een mogelijk knelpunt gesignaleerd. Het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering bepaalt¹²⁸ dat de farmaceutische hulp niet de geneesmiddelen omvat die een verzekerde ontvangt uit voorzorg of ter voorkoming van een ziekte met het oog op een reis naar het buitenland. De letterlijke tekst van de bepaling suggereert dat dit zou betekenen, dat afgeleverde geneesmiddelen voor een reis binnen Nederland wel worden vergoed maar wanneer naar een andere lidstaat (of -EER-land) wordt gereisd er geen vergoeding plaatsvindt. Dit zou discutabel kunnen zijn in het kader van het vrij verkeer van

127. Mogelijk leidt de toepassing van het mededingingsrecht, meer in het bijzonder het leerstuk van de verticale overeenkomsten er toe dat deze overeenkomsten een bepaalde tijdsduur (bijvoorbeeld 5 jaar) niet mogen overschrijden.

128. Artikel 9, derde lid, onder b, van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering.

personen. In de toelichting lijkt alleen bedoeld te worden op geneesmiddelen voor ziektebeelden die zich buiten de Europese Gemeenschap voordoen, zoals malaria. Om misverstanden te voorkomen lijkt het wijs de redactie van de regeling aan te passen.

Wellicht is dit niet het enige knelpunt op het terrein van de geneesmiddelen. In een brief van 2 februari 2000 (kenmerk SG(2000)/D/101128) heeft de Commissie informatie gevraagd aan Nederland omdat het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zich met betrekking tot het Geneesmiddelenvergoedingssysteem (GVS) niet aan het EG-recht zou hebben gehouden. De Commissie meent met betrekking tot het GVS, dat Nederland niet voldoet aan zijn verplichtingen op grond van respectievelijk de artikelen 28-30 EG-verdrag en Richtlijn 89/105/EEG door:

- de lijst 1B met niet-gegroepeerde geneesmiddelen in het GVS die voor vergoeding in aanmerking komen te sluiten, en hiervan informeel af te wijken zonder dat dit op objectieve en controleerbare criteria was gebaseerd en
- te weigeren het product van de aanvrager toe te laten, zonder hem te informeren over de objectieve en controleerbare criteria die daaraan ten grondslag lagen.

Nederland is het niet met de Commissie eens, omdat de in het Verstrekkingenbesluit gehanteerde criteria om te komen tot een beoordeling van nieuwe geneesmiddelen aan alle partijen kenbaar zijn gemaakt, de criteria wel objectief zijn en de toepassing ervan verifieerbaar is. De vraag is in hoeverre de Commissie zich kan vinden in de door Nederland aangevoerde rechtvaardiging.

3.7 Overeenkomstenstelsel in relatie tot het vrij verkeer

De Nederlandse sociale ziektekostenverzekering is gebaseerd op het natuursysteem. Dat wil zeggen dat de verzekeraar ten behoeve van zijn verzekerden medische zorg arrangeert waarop de verzekerde in voorkomend geval een beroep kan doen. De verzekeraar betaalt de kosten van deze zorg rechtstreeks aan de zorgverlener. Dit systeem berust op een driehoeksrelatie. In de eerste plaats is er een verzekeringsrelatie tussen de verzekeringsinstelling en de verzekerde. In de tweede plaats is er een (medische) behandelingsovereenkomst tussen de verzekerde en de zorgverlener. En in de derde plaats is er een zogeheten medewerkerovereenkomst tussen de zorgverlener en de verzekeringsinstelling. Een essentieel element in dit natuursysteem is dat de verzekerde zich voor zijn noodzakelijke medische zorg wendt tot een zorgverzekeraar die een contractuele relatie heeft met zijn verzekeraar. De vraag is of dit systeem zo wordt uitgevoerd dat er een belemmering is van de dienstverlening door buitenlandse zorgverleners aan Nederlandse verzekerden. Hierbij zijn twee situaties te onderscheiden. Ten eerste die waarbij de buitenlandse zorgverlener zijn diensten op Nederlands grondgebied wil aanbieden aan Nederlandse verzekerden. Voor deze dienstverleners zou, net als voor Nederlandse dienstverleners, de eis van medewerkerovereenkomst moeten gelden. Beide groepen dienstverleners begeven zich immers op de Nederlandse markt en bieden hun diensten aan onder dezelfde voorwaarden. Evenmin zijn er redenen waarom het

voor buitenlandse dienstverleners moeilijker zou zijn om hun diensten aan te bieden dan voor Nederlandse dienstverleners.

Dit laatste ligt mogelijk genuanceerder ingeval van zorgverlening aan een Nederlandse verzekerde in het buitenland anders dan in een onvoorziene noodsituatie. In een tweetal bij het Hof van Justitie voorliggende zaken¹²⁹ stelt de Nederlandse regering dat ook in dat geval de eis van medewerkersovereenkomsten geldt. Het doet er niet toe waar in Europa de Nederlandse verzekerde zijn zorg inroept, zolang dit maar bij een zorgverlener met een medewerkersovereenkomst heeft gesloten met de verzekeringsinstelling van die verzekerde. In de zaken Kohll en Decker stelde het Hof dat voor het inroepen van medische zorg in het buitenland geen andere eisen mogen gelden dan voor het inroepen van zorg in het eigen land. In deze Luxemburgse zaken oordeelde het Hof de eis, van voorafgaande toestemming door het verzekeringsorgaan, in strijd met de vrij-verkeersbepalingen omdat, voor het inroepen van zorg in Luxemburg, een zodanige eis niet geldt. Ten onrechte wordt uit deze uitspraak van het Hof van Justitie regelmatig afgeleid dat een toestemmingseis als zodanig in strijd is met het Europees recht¹³⁰. Een zo vergaande conclusie is niet uit het arrest af te leiden. Ook de Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van het Europees Hof van Justitie vindt, zoals blijkt uit zijn conclusie van 18 mei 2000 in de zaken Smits/Peerbooms, het stellen van het vereiste van voorafgaande toestemming niet strijdig met het vrij verkeer van diensten, omdat er in een naturastelsel als het Nederlandse geen sprake is van een dienst (zie ook paragraaf 2.2.2.2). Als er wel sprake is van een dienst, zou het vereiste van voorafgaande toestemming moeten worden gekwalificeerd als een noodzakelijk en evenredig middel om het financiële evenwicht van het stelsel te handhaven, een evenwichtige en voor een ieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te waarborgen en de essentiële verzorgingsmogelijkheid en medische deskundigheid op het nationale grondgebied in stand te houden. Het vereiste van een medewerkersovereenkomst geldt overigens niet voor medische zorg die een verzekerde – in Nederland of in het buitenland – ontvangt in noodgevallen. Ook de voorwaarde van voorafgaande toestemming bestaat in dat geval niet.

3.8 Contracteerverplichting voor instellingen

De Nederlandse wetgeving voor de sociale ziektekostenverzekering (zie in dit verband paragraaf 3.7) bepaalt dat verzekeringsinstellingen verplicht zijn medewerkersovereenkomsten te sluiten met iedere¹³¹ zorginstelling die binnen het werk-

129. Het betreft de zaken Müller-Fauré en Smits/Peerbooms, zie paragraaf 2.2.2.2 en voetnoot 39.

130. Advies 'Europa en de gezondheidszorg' van de RVZ van december 1999, punt 6, pag. 13.

131. Ter zake van een aantal categoriaal toegelaten instellingen geldt overigens geen contracteerverplichting ((zie artikel 2 van het Besluit erkenning categorieën van instellingen Ziekenfondswet, Stb. 1985, 84, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 7 november 1997, Stb. 1997, 530) en artikel 2 van het Besluit aanmerking als erkende instellingen bijzondere ziektekostenverzekering, Stb. 1991, 589).

gebied van de verzekeringsinstelling is gelegen of waarvan de bevolking van het werkgebied van de verzekeringsinstelling regelmatig gebruik maakt¹³². Door het vrij verkeer van personen dat ook relevant is in het kader van het verlenen van medische zorg, kan het voor buitenlandse ziekenhuizen in de grensstreek van belang zijn een medewerkerovereenkomst te hebben met een Nederlandse verzekeringsinstelling. Dit blijkt uit de arresten Kohll en Decker van het Hof van Justitie. Ondertussen hebben ziekenhuizen in Belgisch Vlaanderen aangegeven in aanmerking te willen komen voor een medewerkerovereenkomst met verzekeringsinstellingen die verzekerden hebben wonen in Zeeuws-Vlaanderen. De vraag is of de eis dat deze zijn gelegen binnen het werkgebied van de verzekeringsinstelling, of dat de bevolking van het werkgebied van de verzekeringsinstelling daarvan regelmatig gebruik maakt, altijd moet gelden.

Er lijkt een zekere spanning te zijn tussen deze eis en de door de Nederlandse regering in Europees verband ingenomen stelling dat de Nederlandse verzekerden naar iedere zorgverlener mogen gaan mits dat maar een gecontracteerde zorgverlener is. Er moet misschien gekozen worden tussen enerzijds, de opheffing van de eis tot het sluiten van medewerkerovereenkomsten met iedere instelling (de zogeheten contracteerplicht)¹³³, en anderzijds de mogelijkheid dat de medewerkerovereenkomsten met alle buitenlandse instellingen die dat wensen moeten gesloten moet worden in een mate die voorziet in de behoefte van de ZFW- of AWBZ-verzekerden¹³⁴. Omdat de Nederlandse wetgeving alleen binnen Nederland werkt, kunnen de Nederlandse voorwaarden voor het sluiten van zo'n overeenkomst niet integraal worden toegepast op een medewerkerovereenkomst met een buitenlandse instelling¹³⁵. Wel kan de voorwaarde gelden dat de buitenlandse instelling mag werken voor de sociale verzekering in het land van vestiging. De zorg die wordt gecontracteerd moet dan overeenkomen met die welke in het Nederlandse aansprakenpakket is opgenomen.

132. Artikel 47 van de ZFW. De AWBZ kent een identieke bepaling.

133. Nota bene: hierbij dient dan wel aandacht te worden geschonken aan de consequenties voor zover het de AWBZ-zorg betreft (zie paragraaf 3.9).

134. Feitelijk is er al een keuze gemaakt. Er is immers een beleidsvoornemen om de contracteerverplichting af te schaffen.

135. De frictie tussen de onmogelijkheid de WZV-toelatingsvoorwaarden buiten het eigen grondgebied toe te passen en het daartoe niettemin nog altijd nopende wetsartikel, wordt door het College voor Zorgverzekeringen op handige wijze weggenomen door de opstelling, dat het ontbreken van voorschriften met betrekking tot buiten Nederland gevestigde instellingen, tot gevolg heeft dat die instellingen een toelating op grond van artikel 8b AWBZ (respectievelijk 8c ZFW) niet kan worden geweigerd.

3.9 Positie zorgkantoor in relatie tot mededinging

Zorgkantoren spelen een rol in de AWBZ (in het Regeerakkoord 1998 aangeduid als het eerste compartiment). Het zorgkantoor vervult namens de zorgverzekeraars de rol van contractspartij voor de zorgverleners. De vraag is in hoeverre hier strijdigheid is met het mededingingsrecht. De DG van de NMa heeft hierover, op een ont-heffingsaanvraag van Zorgverzekeraars Nederland, bij besluit van 10 maart 2000, duidelijkheid verschaft.

Volgens de NMa maken de zorgkantoren geen inbreuk op het kartelverbod uit de Mededingingswet. De NMa baseert haar beslissing op het feit dat er door toedoen van de overheid geen sprake is van daadwerkelijke mededinging. Er is dus ook geen sprake van inperken van mededinging door het stelsel van mandatering en machtiging. Ondanks dat de NMa bepaalt dat de positie van zorgkantoren geen inbreuk maakt op het kartelverbod zegt zij: "Dit kan in de toekomst anders worden, als in het eerste compartiment ruimte wordt gecreëerd voor marktwerking, dan wel voor marktconforme financiële prikkels. Met name wanneer de contracteerplicht ten aanzien van instellingen in het kader van de AWBZ zou worden opgeheven of beperkt, of indien aan de uitvoeringsorganen de mogelijkheid wordt geboden zelf de vruchten te plukken van een actief en selectief inkoopbeleid, terwijl anderzijds de positie van zorgkantoren (deels) aan private arrangementen wordt overgelaten..."¹³⁶. Wanneer er sprake is van grensoverschrijdende aspecten is wel het Europese mededingingsrecht van toepassing (zie ook 3.10).

3.10 Overeenkomstenstelsel in relatie tot de mededinging¹³⁷

Het stelsel van gezondheidszorg in Nederland gaat in veel gevallen uit van onderhandelingen tussen betrokken partijen. Zo ook bij de prijsvorming op basis van de WTG en het overeenkomstenstelsel op grond van AWBZ en ZFW.

De verzekerden voor de ZFW en de AWBZ hebben recht op zorg in natura. Uitgangspunt is dat de uitvoerende ziektekostenverzekeraars niet zelf de zorg leveren waarop de verzekerden recht kunnen hebben. De uitvoerende ziektekostenverzekeraars zijn verplicht om voor de bij hen ingeschreven verzekerden voldoende zorg in te kopen bij zorgaanbieders. Zij sluiten 'medewerkerovereenkomsten'. Die medewerkerovereenkomsten moeten voldoen aan 'uitkomsten van overleg' of een 'modelovereenkomst'. De landelijke organisaties van ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders onderhandelen over deze uitkomsten van overleg. De uitkomst heeft goedkeuring van het CVZ nodig. Komt een uitkomst van overleg niet tot

136. Beslissing van de DG NMa van 10 maart 2000, randnummer 114.

137. De tekst in deze paragraaf is grotendeels afkomstig uit de Notitie over de WTG 'Speelruimte en verantwoordelijkheid', TK 1999-2000, 27 156, nr. 1, paragraaf 3.5.2.

stand dan stelt het CVZ een modelovereenkomst vast. De gesloten individuele medewerkerovereenkomst AWBZ / ZFW bepaalt de prestatie die de zorgaanbieder moet leveren ten behoeve van de ziektekostenverzekeraar. De prijs van de prestatie valt onder de regels van de WTG.

WTG, AWBZ en ZFW bieden ruimte voor onderhandelingen aan organisaties van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars. Daarom zijn op dat stelsel de nationale en Europese mededingingsregels van toepassing. De vraag is of er uiteindelijk nog ruimte zal zijn in het Nederlandse zorgstelsel voor wettelijke afspraken in de WTG en het overeenkomstenstelsel van de sociale ziektekostenverzekering die de mededinging beperken. Deze ruimte kan namelijk door internationale dan wel Europese regelgeving beperkt worden¹³⁸. Mogelijk zijn dergelijke afspraken tussen landelijke organisaties niet nodig om tot eenzelfde resultaat te komen.

Vraag is of een door de nationale overheid gereguleerd zorgsysteem, dat inbreuk maakt op de mededinging tussen verzekeraars (onderling) en aanbieders (onderling), zich aan Europese regelgeving inzake mededinging onttrekt. Als er naar het oordeel van de nationale overheid inbreuken nodig zijn op de mededinging dan mag zij die niet aan de onderhandelende partijen overlaten maar moet zij zelf haar verantwoordelijkheid nemen. Dat betekent dat inbreuken op mededinging op nationaal niveau moeten zijn vastgelegd in regelgeving en plaats moeten vinden onder verantwoordelijkheid van de overheid. De nationale overheden zijn daar niet helemaal vrij in. Artikel 81 EG-verdrag heeft alleen betrekking op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten. Volgens rechtspraak van het Hof verbieden artikel 81 EG-Verdrag gelezen in samenhang met artikel 10 EG-Verdrag de lidstaten:

- maatregelen te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de mededingingsregels ongedaan kunnen maken;
- de oplegging of stimulering van met artikel 81 strijdige mededingingsregelingen;
- de werking van deze strijdige mededingingsregelingen versterkt;
- eigen regelgeving het overheidskarakter te ontnemen door besluitneming bij particuliere marktdeelnemers neer te leggen.

Vanaf 1998 vervangt in Nederland de Mededingingswet (MW) de Wet economische mededinging. De Mededingingswet gaat uit van hetzelfde begrippenkader als de Europese regelgeving op dit terrein. De Europese regelgeving ziet toe op grensoverschrijdende handelsbelemmeringen. De Mededingingswet ziet zuiver toe op binnenlandse situaties. Met de invoering van de Mededingingswet veranderde er veel. Mededingingsbeperking die eerst werd toegestaan tenzij deze expliciet verboden was, was met ingang van 1998 expliciet verboden tenzij ze werd toegestaan. De

138. Afspraken die de kwaliteit van de te leveren zorg betreffen, vallen hier in de regel niet onder.

onafhankelijke Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) houdt nu toezicht in plaats van de betrokken ministers. De last om te bewijzen dat er geen sprake is van een mededingingsbeperking ligt nu bij het veld in plaats van bij de overheid. Naarmate partijen meer vrijheid hebben om te onderhandelen is er steeds minder ruimte voor inzet van prijsreguleringsmiddelen.

Artikel 16 van de MW¹³⁹ bevat een vrijstelling voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen die op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen of die goedgekeurd worden door een bestuursorgaan. Hieruit volgt dat de MW niet van toepassing is op collectieve afspraken in het kader van de WTG. De WTG en MW moeten voor 2003 op elkaar zijn afgestemd¹⁴⁰. Daarvoor is het belangrijk dat in de WTG de wettelijke mogelijkheid is vastgelegd om collectieve afspraken te maken voor het hanteren van een vast tarief dan wel dit zelfs voorschrijft in geval van aanvraag van een maximumtarief. Het CTG toetst die afspraken. Dergelijke afspraken mogen niet onnodig mededingingsbeperkend werken. Als de vrijstelling voor collectieve afspraken met ingang van 2003 eindigt, is de vraag of het doel van die collectieve afspraken op een andere manier moet worden nagestreefd. Toekomstige jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie kan een eerdere wijziging van de WTG en het overeenkomstenstelsel noodzakelijk maken omdat de EG-regelgeving die vrijstelling niet kent¹⁴¹.

Op 12 mei jl. heeft de minister van VWS de notitie 'Speelruimte en verantwoordelijkheid' naar de Tweede Kamer gezonden¹⁴². Uit deze notitie blijkt dat men de AWBZ en de ZFW zodanig wil wijzigen dat de wet het primaat niet meer in de eerste plaats legt bij landelijke afspraken tussen organisaties, maar bij de individuele medewerkerovereenkomsten. Die overeenkomsten moeten tussen een individuele uitvoerende ziektekostenverzekeraar en een individuele zorgaanbieder worden gesloten. Hiermee zou ook uitzicht geboden kunnen worden op een adequate oplossing van de geschetste problematiek (zie ook paragraaf 2.2.5).

139. Artikel 16 MW luidt: 'Artikel 6, eerste lid (het verbod op mededingingsbeperkende afspraken), geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in dat artikel die ingevolge het bepaalde bij of krachtens enige andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen'. Artikel 16 vervalt 5 jaar na inwerkingtreding van de MW (1 januari 2003).

140. Indien dat niet het geval is, heeft dit tot gevolg dat er twee toezichthoudende instanties bevoegd zijn: het CTG en de NMa. De NMa treedt na die datum niet meer automatisch terug als toezichthouder. Het gevolg hiervan kan zijn dat beide instanties een bepaalde zaak op een andere manier interpreteren met alle ongewenste gevolgen van dien.

141. Hetgeen, gelet op de achtergrond van de bepaling (vermijden van samenloop van nationale toezichthoudende instanties), ook logisch is.

142. Kamerstukken II, 1999/2000, 27 156, nrs. 1 en 2., met name de paragrafen 4.2.1 tot en met 4.2.3.

3.11 De koppelverkoop van ziekenfonds- en aanvullende verzekering

In praktijk blijkt het vaak voor te komen dat verzekerden alleen een aanvullende verzekering kunnen sluiten bij een zorgverzekeraar als ze daar ook als ziekenfonds-verzekerde zijn ingeschreven¹⁴³. Dit zou geïnterpreteerd kunnen worden als misbruik van machtspositie door de zorgverzekeraar.

Ook de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg komt tot deze conclusie¹⁴⁴. De gesignaleerde 'koppelverkoop' kan een knelpunt opleveren. Dat is zeker het geval bij een aanvullende verzekering waarin essentiële zorgvormen zijn opgenomen. Omdat de aanvullende verzekering een particuliere verzekering is, en het de overheid op grond van de Europese schaderichtlijnen is verboden in te grijpen in de acceptatievoorwaarden van deze aanvullende (particuliere) verzekering, moet er op worden toegezien dat alle relevante zorgvormen binnen de reguliere sociale ziektekostenverzekering beschikbaar blijven. Dit is op dit moment ook het geval.

143. Dit onderwerp is ook behandeld door de VWS-werkgroep Mededinging in de gezondheidszorg. Het rapport 'Mededinging in de Gezondheidszorg' van deze werkgroep is door de minister van VWS bij brief van 4 november 1997, VPZ/V-97.3976, aangeboden aan de Tweede Kamer.

144. Advies 'Europa en de gezondheidszorg' van de RVZ van december 1999, pag. 40.

4 Conclusies

In deze publicatie is bevestigd dat welk internationaal recht relevant is voor de inrichting van het Nederlands zorgstelsel. Ook de knelpunten die zich in dat verband voordoen binnen het vigerende stelsel en welke maatregelen genomen kunnen worden om deze knelpunten weg te nemen zijn naar voren gekomen. Het internationaal recht waaraan is getoetst, valt in grote trekken in twee velden uiteen¹⁴⁵. In de eerste plaats zijn er de verdragen van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie die normen stellen aan de inrichting van het stelsel van sociale zekerheid van de verdragssluitende staten. Daarbij wordt ondermeer bepaald welk percentage van de bevolking moet zijn opgenomen in een sociale ziektekostenverzekering, welke premieverplichtingen gelden en welke de aanspraken van de verzekerde daarbij moeten zijn. In de tweede plaats is er het recht van de Europese Unie waarbinnen het grensoverschrijdende mededingingsrecht, het vrij verkeer van goederen, diensten en personen, waaronder de voorschriften voor het particuliere verzekeringsbedrijf een belangrijke plaats innemen.

De reden waarom er onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de verdragen van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie en anderzijds het recht van de Europese Unie heeft in de eerste plaats te maken met de vraag of Nederland van die internationale verplichtingen af kan of niet en in de tweede plaats met de vraag in hoeverre Nederland aan deze verplichtingen kan worden gehouden.

De verdragen van de Raad van Europa en de IAO bieden alle de mogelijkheid tot opzegging. Eerdere voorstellen hiervoor die de regering aan het parlement heeft voorgelegd (wetsvoorstel tot opzegging van IAO-verdrag 121 inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten en het wetsvoorstel tot opzegging van deel VI van de Europese Code inzake sociale zekerheid van de Raad van Europa¹⁴⁶) zijn door het parlement afgewezen. Enige voorzichtigheid met de praktische hanteerbaarheid van deze mogelijkheid lijkt geboden. De mogelijkheid tot opzegging is anderzijds niet uitgesloten. Dit ligt anders met het Nederlandse lidmaatschap van de Europese Unie. Uiteraard bestaat voor Nederland de mogelijkheid om zijn lidmaatschap van de Europese Unie te beëindigen. Gezien de verstrekkende consequenties van een dergelijke stap is deze mogelijkheid in praktisch opzicht niet reëel.

145. De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg heeft zich in zijn advies (zie voetnoot 121) beperkt tot toetsing aan het recht van de EG.

146. Zie voetnoot 114 en 115.

Met betrekking tot de wijze waarop Nederland aan zijn verplichtingen kan worden gehouden, geldt het volgende. De Raad van Europa en de IAO kunnen alleen de tekortkomingen van de verdragsluitende staten vaststellen. Een soort publieke berisping derhalve die in de sfeer van een morele sanctie ligt. Wel kunnen burgers die voor de nationale rechter een rechtstreeks nadeel kunnen aantonen, zoals het onterecht opleggen van eigen bijdragen bij medische zorg, de nationale rechter vragen dit nadeel weg te nemen, en de bestreden maatregel, eventueel zelfs met terugwerkende kracht, onverbindend te verklaren. Uiteraard kan het hierbij om aanmerkelijke financiële belangen gaan. Het Europees Verdrag daarentegen voorziet in de mogelijkheid van rechtstreekse internationale sancties tegen een lidstaat die inbreuk maakt op de regels van de Europese Unie. De Europese Commissie of een andere lidstaat kan zo'n staat voor het Hof van Justitie dagen dat de staat met aanzienlijke financiële sancties tot nakoming van de verplichtingen kan dwingen¹⁴⁷.

Bij de verdragen van de Raad van Europa en de IAO zijn twee knelpunten te onderscheiden.

1. Het eerste betreft het percentage van de bevolking dat is opgenomen in een sociale ziektekostenverzekering. Dit percentage bedraagt thans circa 60% terwijl dit volgens de verdragsverplichtingen 65% dient te zijn¹⁴⁸. In het vorige hoofdstuk (paragraaf 3.2) is uiteengezet waarom het hier voor een individuele burger feitelijk niet mogelijk zal zijn voor de nationale rechter een benadeling van zijn eigen belang aan te tonen. De sanctie zou in dit geval dan ook 'slechts' kunnen bestaan uit een openbare vaststelling dat Nederland internationaal-rechtelijk tekortschiet.
2. Het tweede knelpunt betreft de eigen bijdragen bij het inroepen van medische zorg. Dit is onder andere eind 1997 en begin 1998 in de Tweede Kamer aan de orde geweest in een gedachtewisseling over opzegging van deel VI van de Europese Code inzake sociale zekerheid van de Raad van Europa.

147. Illustratief in dit opzicht is het dictum in zaak C-387/97, de Commissie tegen de Helleense Republiek, waarbij Griekenland wordt veroordeeld tot betaling van een dwangsom van 20.000 Euro per dag dat het in gebreke blijft de op hem rustende Europeesrechtelijke verdragsverplichtingen na te komen.

148. Indien Nederland zou overgaan tot bekrachtiging van de Herzienne Code over de sociale zekerheid om aan de moeilijkheden op het vlak van de eigen bijdragen te ontkomen, dan zou 70% van de bevolking in een sociale ziektekostenverzekering moeten zijn opgenomen.

In het kader van het recht van de Europese Unie zijn drie knelpunten te onderscheiden.

1. Particuliere verzekeraars moeten personen accepteren zonder dat de kosten van de WTZ-verzekering ondergebracht mogen worden in de omslagregeling. Dit gebod is strijdig met het verbod aan overheden om aan particuliere verzekeraars voorschriften te stellen op het gebied van acceptatie, dekkingsomvang en premiehoogte.
2. De WZV en de WTG dienen, voor zover zij van toepassing zijn op zorg verleend buiten de sociale verzekering, te worden aangepast. De voorschriften in deze wetten op het gebied van de bouw, de exploitatie en de tariefstelling van particuliere zorgvormen zouden eerst mogen worden toegepast voor zover zij noodzakelijk zijn om het financiële evenwicht van het stelsel te handhaven, een evenwichtige en voor een ieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te waarborgen, en de essentiële verzorgingsmogelijkheid en medische deskundigheid op het nationale grondgebied in stand te houden. Met betrekking tot de knelpunten van de WZV en de WTG wordt de opvatting van De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg¹⁴⁹ onderschreven die vindt dat het gemengd karakter het Nederlandse verzekeringsstelsel in Europese context kwetsbaar maakt. De in Nederland bestaande wens om de medische infrastructuur en een belangrijk deel van de verzekeringsmarkt over te laten aan het vrije ondernemersschap botst hier met de wens om daaraan tal van regels te stellen.
3. Tenslotte lijkt er sprake te zijn van een inbreuk op het vrij verkeer van personen doordat het Verstrekkingenbesluit wel de mogelijkheid biedt van het verstrekken van geneesmiddelen uit voorzorg of ter voorkoming van een ziekte met het oog op een reis binnen Nederland, terwijl een dergelijke verstrekking niet mogelijk is bij een reis naar een andere lidstaat. Zoals in paragraaf 3.6 al is vastgesteld, blijkt het hier niet echt om een knelpunt te gaan. Het verdient aanbeveling om de redactie van de regeling zodanig aan te passen dat misverstanden worden voorkomen.

Het wegnemen van alle knelpunten is mogelijk zonder dat daarvoor een volledige ommezwaai in de inrichting van het zorgstelsel noodzakelijk is. De conclusie lijkt dat het internationale recht de kern van het Nederlandse zorgstelsel niet aantast maar dat onderdelen daarvan bijstelling behoeven. Het gaat daarbij met name om de volgende aspecten:

- In de WTZ mag geen risicodragendheid voor de verzekeringsinstellingen bestaan.
- In de WTG en de WZV dient onderscheid gemaakt te worden tussen de sociale zekerheidssector en de particuliere sector. Daarbij mogen ten aanzien van de sociale zekerheidssector voorschriften worden gesteld, tenzij de overheid van

149. Advies 'Europa en de gezondheidszorg' van de RVZ van december 1999, p. 45.

oordeel is dat vrije tariefsstelling of vrije bouw en exploitatie geen gevaar oplevert voor het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel. Voor de particuliere sector mogen geen voorschriften worden gesteld, tenzij de overheid aantoonbaar dat vrije prijsvorming of vrije bouw en exploitatie gevaar oplevert voor de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid op het nationale grondgebied, of essentieel is voor de gezondheid of het overleven van de bevolking.

- Wat betreft het voldoen aan voorschriften voor de eigen bijdragen door de verzekerde zal voor de internationale normverdragen van de Raad van Europa en de IAO, waarbij Nederland partij is, een keuze moeten worden gemaakt: Nederland moet de verdragen waarmee strijdigheid bestaat opzeggen of zijn wetgeving in overeenstemming brengen met de, in de verdragen gestelde, normen.

Voor het geval de gedachten om andere dan internationaal-rechtelijke redenen uitgaan in de richting van een fundamentele wijziging van het zorgstelsel, wordt het volgende opgemerkt. Een volledige decollectivering van het stelsel biedt, in tegenstelling tot de mening van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, geen oplossing voor de gesignaleerde problemen in EG-verband.

Zoals in paragraaf 2.2.6 is aangegeven, zou een volledige decollectivering een belemmering van het vrij verkeer van personen creëren omdat de buitenlandse sociaal verzekerden in Nederland hun nationale sociale zekerheidsaanspraken niet meer tot gelding zouden kunnen brengen. Tegen deze achtergrond is het, door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg beschreven, 'Scenario decentralisering en decollectivering', waarbij in het tweede compartiment geen sociale verzekeringen overblijven maar een wettelijke verplichting wordt ingevoerd om zich voor een aantal risico's te verzekeren op de particuliere markt (het WA-model)¹⁵⁰, niet-realistisch^{151,152}. Afschaffing van de sociale ziektekostenverzekering zou ook opzegging van alle vigerende verdragen en verdragsonderdelen van zowel de Raad van Europa als de IAO noodzakelijk maken. De opvatting dat de sociale ziektekostenverzekering moet worden afgeschaft en een acceptatieplicht voor particuliere verzekeraars moet worden ingevoerd, is onverenigbaar met het, in deze schadeplichtlijnen vastgelegde, gemeenschapsrecht.

150. Advies 'Europa en de gezondheidszorg' van de RVZ van december 1999, pagina 43 en 85/86.

151. Hoezeer de coördinatie klemmt, is geïllustreerd bij de gang van zaken die voorafging aan de totstandkoming van de 'Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen'. Hierbij is Zwitserland gedwongen om wijzigingen in zijn verzekeringsstelsel door te voeren teneinde dit compatibel te doen zijn met de sociale stelsels van de lidstaten van de Europese Unie.

152. Zie ook voetnoot nr. 100.

Bij volledige collectivisering van het stelsel moet men er rekening mee houden dat de EG-voorschriften inzake mededinging en vrij verkeer van toepassing worden in de mate waarin marktelementen in het stelsel worden ingebouwd. Hoe meer vrije markt en ondernemingselementen men in het stelsel opneemt, hoe meer men te maken zal hebben met de EG-voorschriften en de daaruit volgende onmogelijkheid om nationale regels te stellen aan de betrokken marktpartijen. De 'derde weg in de gezondheidszorg' waarbij een toezienende overheid marktpartijen ertoe brengt in onderlinge samenspraak de gewenste maatschappelijke verantwoordelijkheid te realiseren vindt – vooralsnog – geen basis in het gemeenschapsrecht. Dit geldt overigens ook in nationaal verband. Zie hiervoor de stellingname van de NMa met betrekking tot het inkoopbeleid van zorg door zogenoemde zorgkantoren¹⁵³. Waar de NMa in de huidige situatie geen inbreuk ziet op de bepalingen van de Mededingingswet, tekent zij aan dat dit in de toekomst anders kan worden, indien voor zorgkantoren ruimte wordt gecreëerd voor marktwerking, dan wel voor markt-conforme financiële prikkels.

Ook dient men aandacht te besteden aan, de mate waarin de collectivisering van de ziektekostenverzekering zijn grenzen zou kunnen vinden, doordat particuliere verzekeraars schade ondervinden wanneer de overheid hun verzekeringsbedrijf collectiviseert. Nederland kent op historische gronden voor de 'normale' ziektekosten een duaal bestel: een deel van de bevolking valt onder verplichte publiekrechtelijke ziektekostenregelingen, en ander deel is aangewezen op de particuliere markt van ziektekostenverzekeringen. Doordat de overheid het nooit als haar verantwoordelijkheid heeft gezien de gehele bevolking in een verplichte (sociale) ziektekostenverzekering onder te brengen, is een aanzienlijke markt van private ziektekostenverzekeringen ontstaan. Het particuliere verzekeringsbedrijf heeft tientallen jaren in de behoefte van burgers aan ziektekostenverzekeringen voorzien, daarvoor investeringen gepleegd en risico's gelopen. De vraag is of het terugbrengen van de markt van particuliere verzekeringen verenigbaar is met de voorschriften van het EG-verdrag. In de literatuur¹⁵⁴ is verdedigd dat de markt van particuliere ziektekostenverzekeringen door de nationale wetgever niet meer zonder schending van het Europees recht ten nadele van de particuliere verzekering kan worden veranderd. Daarbij wordt verwezen naar artikel 49 (voorheen 59; vrijheid van dienstverlening) en artikel 86 (thans 90; mededingingsrecht) van het EG-verdrag. Het onder een verplichte verzekering brengen van personen die voorheen op particuliere markten aangewezen waren betekent een beperking van de mogelijkheid vrij diensten aan te bieden en een beperking van de mededinging. Volgens artikel 10 (voorheen arti-

153. Besluit van 10 maart 2000. Zie verder ook paragraaf 3.9 van deze notitie.

154. Prof. dr. M. Heinze, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf den Markt der substitutiven privaten Krankenversicherung, in: Perspektiven der PKV in Europa, PKV-Dokumentation 23, 1998, p. 54.

kel 5) moeten lidstaten zich onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar brengen. Beperkingen van het vrij verkeer en de vrije mededinging zullen gerechtvaardigd moeten zijn en moeten voldoen aan eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Al behoort het inrichten van sociale zekerheid in eerste instantie tot de bevoegdheid van de lidstaten, de verdragsbeginselen moeten daarbij, volgens jurisprudentie, gerespecteerd worden.

Als de Nederlandse wetgever overweegt de verplichte sociale verzekering aanmerkelijk uit te breiden ten koste van de particuliere verzekering, zullen daarvoor zwaarwegende argumenten naar voren moeten worden gebracht. Daarnaast zal een zorgvuldig overgangstraject moeten worden gehanteerd, bijvoorbeeld door geleidelijk een steeds groter deel van de bevolking onder de werkingssfeer van de sociale verzekering te brengen. Vanwege het ontbreken van het winstelement en de overige bij de WTZ-verzekering geconstateerde problemen zou voor deze begonnen kunnen worden bij een gehele of gedeeltelijke overheveling van de WTZ-verzekerden, bijvoorbeeld de daarin opgenomen personen van 65 jaar en ouder.

Bijlage 1

*Schematisch overzicht van de verplichtingen
van de Europese Code inzake sociale zekerheid*

Verdrag	Risico %	Te beschermen personen			Vorm/omvang bescherming	Nominale betalingen (eigen risico/bijdrage)
		1)	2)	3)		
Europese Code + Protocol	ziekte	80	30	65	breed pakket met relatieve vrijheid in diepte addendum stelt extra voorwaarden	toegestaan Protocol: maximering/ Addendum: beperking
	moeder-schap	80	30	-	a) prenatale zorg, hulp bij bevalling en postnatale zorg hetzij van geneeskundige, hetzij van gediplomeerde vroedvrouw; b) opname in ziekenhuis indien noodzakelijk	gemaximeerd toegestaan voor geneesmiddelen
	arbeids-ongevallen en beroeps-ziekten	80	-	-	breed pakket met relatieve vrijheid in de diepte	niet toegestaan

- 1) Van het totaal aantal werknemers
- 2) Van het totaal aantal economisch actieve personen
- 3) Van de gehele bevolking

	Vertegenwoordiging verzekerden in bestuur	Uitvoerings- organisatie	Financiering	Beoging winst	Duur verstrekking
	ja	algemene staats- verantwoordelijkheid voor goed functionerende uitvoeringsorganisatie	collectief; gemaximeerd voor werk- nemers (50%)	n.v.t.	onbeperkt
	ja	idem	idem	n.v.t.	ja
	ja	idem	idem	n.v.t.	idem

Bijlage II

*Schematisch overzicht van de
verplichtingen van de IAO-verdragen*

Verdrag	Risico	% te beschermen personen			Vorm/omvang bescherming	Nominale betalingen (eigen risico/bijdrage)
		1)	2)	3)		
IAO 102	ziekte	50	20	50	breed pakket met relatieve vrijheid in de diepte	toegestaan, rekening houden met draagkracht
	moeder-schap (vervangen door IAO 103)	50	20	-	a) prenatale zorg, hulp bij beval-ling en post-natale zorg hetzij van geneeskundige, hetzij van gedi-plomeerde vroedvrouw; b) opneming in ziekenhuis indien noodzakelijk	niet toegestaan
	arbeids-ongevallen en beroepsziekten (vervangen door IAO 121)	50	-	-	breed pakket met relatieve vrijheid in de diepte	niet toegestaan

- 1) Van het totaal aantal werknemers
- 2) Van het totaal aantal economisch actieve personen
- 3) Van de gehele bevolking

	Vertegenwoordiging verzekerden in bestuur	Uitvoeringsorganisatie	Financiering	Beoging winst	Duur verstrekking
	ja	staatsverantwoordelijkheid voor goed functionerende uitvoeringsorganisatie	collectief; gemaximeerd voor werknemers (50%) algemene staatsaansprakelijkheid	n.v.t.	bepanking tot 26 weken per geval toegestaan
	ja	idem	idem	n.v.t.	onbeperkt
	ja	idem	idem	n.v.t.	idem

Verdrag	Risico	% te beschermen personen			Vorm/omvang bescherming	Nominale betalingen (eigen risico/bijdrage)	
		1)	2)	3)			
IAO 103	moederschap				vrouwelijke werknemers met uitzonderingen	zie IAO 102 + vrije artsenkeuze en vrije keuze tussen overheids- en particulier ziekenhuis	niet toegestaan
IAO 121	arbeidsongevallen en beroepsziekten	90	-	-		breed pakket met relatieve vrijheid in de diepte	toegestaan bij algemeen stelsel
IAO 24/25	ziekte				werknemers, uitzondering boven loongrens mogelijk	behandeling geneeskundige, genees- en therapeutische middelen	toegestaan, rekening houdend met draagkracht

- 1) Van het totaal aantal werknemers
- 2) Van het totaal aantal economisch actieve personen
- 3) Van de gehele bevolking

	Vertegenwoordiging verzekerden in bestuur	Uitvoeringsorganisatie	Financiering	Beoging winst	Duur verstrekking
	ja	n.v.t.	collectief; verbod op afwenteling kosten op werkgever	n.v.t.	idem
	ja	algemene staatsaansprakelijkheid voor goed functionerende uitvoeringsorganisatie	n.v.t.	n.v.t.	onbeperkt
	ja	uitvoering door autonome instellingen onder administratief en financieel toezicht overheid particuliere verzekeringsinstellingen: erkenning door overheid	collectief	verbod op beoging van winst	n.v.t.

