



**Advies 2: Beoordeling van verschillende voorgenomen zorgmaatregelen in het licht van het EU-recht en het EVRM**

Dr. L. Glas, mr. A. Looijestijn en prof.mr. J.W. van de Gronden

# Inhoudsopgave

<b>1 Inleiding</b>	<b>p. 5</b>
<b>2 Bespreking van de voorgestelde maatregelen</b>	<b>p. 6</b>
<b>3 Het relevante juridisch kader</b>	<b>p. 8</b>
3.1 Richtlijn Solvabiliteit II	p. 8
3.2 Vrij verkeer	p. 10
3.2.1 Puur interne situaties	p. 11
3.3 Mededingingsrecht	p. 12
3.4 Staatssteun	p. 15
3.5 Het recht op eigendom	p. 16
3.5.1 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM	p. 16
3.5.2 Artikel 17 Handvest	p. 20
3.6 De vrijheid van meningsuiting	p. 21
3.6.1 Artikel 10 EVRM	p. 21
3.6.2 Artikel 11 Handvest	p. 22
<b>4 De invoering van een publiek stelsel voor ziektekosten: Nationaal zorgfonds</b>	<b>p. 22</b>
4.1. Toetsing aan artikel 345 VWEU en de bepalingen voor het vrije verkeer	p. 23
4.1.1 Toepasselijke vrijheid (vrijheden) en mogelijke beperking	p. 24
4.1.2 Rechtvaardigingsgronden	p. 27
4.1.3 De Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer en exclusieve rechten: de transparantieverplichtingen	p. 30
4.2 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM	p. 31
4.2.1 Ziet de maatregel op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1 EVRM	p. 32
4.2.2 Betreft de maatregel een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM?'	p. 32
4.2.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden?	p. 33
4.3 Conclusie	p. 37
<b>5 Beperking maximale omvang van een zorgverzekeraar</b>	<b>p. 40</b>
5.1 De cap op het aantal verzekerden en de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 40
5.2 De uitzonderingen uit de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 42
5.3 Conclusies	p. 43
<b>6 Wijziging van de verhouding tussen nominale premie en inkomensafhankelijke bijdrage</b>	<b>p. 44</b>
6.1 Verhouding met de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 44
6.2 De EU-staatssteunregels	p. 45
6.3 Conclusies	p. 50
<b>7 De rol van verevening ex post neemt toe</b>	<b>p. 51</b>
7.1 Staatssteun en de toenemende rol van verevening ex post	p. 51

7.2 Conclusies	p. 52
<b>8 Voorschriften voor de polis voor het basispakket</b>	<b>p. 53</b>
8.1 Vallen de maatregelen onder een verbod?	p. 53
8.2 Vallen de maatregelen in kwestie onder een exceptie?	p. 55
8.3 De maatregelen bezien vanuit het perspectief van de verzekerde	p. 59
8.4 Conclusies	p. 60
<b>9. Voorschriften voor reclame</b>	<b>p. 61</b>
9.1 Het maken van reclame en de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 61
9.2 Het maken van reclame en de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer	p. 64
9.3 Artikel 10 EVRM	p. 68
9.3.1 Ziet het verbod op ‘meningsuiting’ in de zin van artikel 10 EVRM?	p. 68
9.3.2 Betreft het verbod een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM?	p. 69
9.3.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 10 lid 2 EVRM gestelde voorwaarden?	p. 69
9.4 Conclusie	p. 72
<b>10 Verbod op winstuitkering</b>	<b>p. 74</b>
<b>11 Plafond voor de aan te houden reserves</b>	<b>p. 75</b>
11.1 De Richtlijn Solvabiliteit II en het plafond voor de aan te houden reserves	p. 75
11.1.1 De uitputtende harmonisatie van de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 76
11.1.2 Uitzonderingsbepalingen uit de Richtlijn Solvabiliteit II	p. 78
11.2 Het Eerste Protocol EVRM	p. 79
11.2.1 Ziet de maatregel op ‘eigendom’ in de zin van artikel 1 P1	p. 79
11.2.2 Betreft de maatregel een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM?	p. 79
11.2.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden?	p. 80
11.3 Conclusies	p. 83
<b>12 Verplichte inkoop per regio</b>	<b>p. 84</b>
12.1 Afspraken over zorginkoop en het mededingingsrecht	p. 84
12.1.1 Het kartelverbod uit artikel 101 VWEU en artikel 6 Mededingingswet	p. 85
12.1.2 Uitzonderingen in het mededingingsrecht	p. 90
12.2 Zorginkoop en de rol van de overheid	p. 93
12.2.1 Overtreding van de mededingingsregels door zorgverzekeraars?	p. 93
12.2.2 Schending van het EU-recht door de overheid?	p. 94
12.3 Conclusies	p. 97
<b>13 Omslagpunt: is de zorgverzekeraar nog een onderneming?</b>	<b>p. 98</b>
13.1 De rol van solidariteit in het zorgstelsel	p. 99
13.2 De rol van het overheidstoezicht	p. 103
13.3 Begrip onderneming in het Nederlands mededingingsrecht	p. 105
13.4 Artikel 1 lid 1 EVRM en de overheidsregulering	p. 106

13.5 Conclusies

p. 108

**14 Conclusies**

**p. 108**

**Bijlage: Tabel toetsing**

**p. 111**

## 1 Inleiding

Sinds 2006 heeft Nederland een zorgstelsel, waarin private zorgverzekeraars een centrale rol spelen. De belangrijkste verplichtingen voor de uitvoering van dit stelsel zijn voor de verzekeraars vastgelegd in de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw). In deze wet is een aantal belangrijke publiekrechtelijke randvoorwaarden vastgelegd. Zo geldt er voor de zorgverzekeraars een acceptatieplicht, is er een verbod op premiedifferentiatie en is deelname aan een risicovereveningssysteem verplicht. Met het oog op de komende verkiezingen zijn verschillende maatregelen voorgesteld door een aantal politieke partijen. Deze maatregelen kunnen niet geringe consequenties hebben voor zorgverzekeraars. Ten tijde van de totstandkoming van het huidig zorgstelsel was een van de belangrijke vraagstukken hoe dit stelsel zich verhield tot het Europese recht.<sup>1</sup> De vraag naar de verenigbaarheid met het EU-recht rijst ook bij de maatregelen die in de aanloop naar de verkiezingen van 15 maart 2017 worden voorgesteld. Eén van de maatregelen die op de agenda staat, betreft de invoering van een Nationaal zorgfonds, waarbij de huidige zorgverzekeraars de markt voor het aanbieden van polissen voor het basispakket kwijt raken. De vraag is in hoeverre dit in overeenstemming is met het recht van eigendom, zoals vastgelegd in het Eerste Protocol van het EVRM.

In dit advies worden de voorgenomen maatregelen beoordeeld in het licht van het EU-recht alsmede artikel 10 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (hierna: artikel 1 P1 EVRM). De doelstelling is om na te gaan tot welke knelpunten, gezien vanuit het EU-recht en het EVRM, deze maatregelen kunnen leiden. Aangezien de maatregelen nog verdere uitwerking behoeven, is een uitvoerige toetsing niet mogelijk. Wel kan worden aangegeven welke juridische risico's de invoering ervan met zich brengen. Een ander belangrijke kwestie heeft te maken met het volgende. In het huidig stelsel dienen de zorgverzekeraars gekwalificeerd te worden als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht;<sup>2</sup> in paragraaf 3.3 van dit advies wordt hierop nader ingegaan. Het is echter mogelijk dat, indien een aantal van de voorgestelde maatregelen wordt ingevoerd, de verzekeraars deze kwalificatie kunnen verliezen. Deze kwestie komt ook aan de orde in dit onderzoek, aangezien de vraag of een verzekeraar een

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht, advies van de landsadvocaat, Den Haag, 4 december 2002 en de brief van de Commissaris voor de interne markt van 25 november 2003, CAB/PVB/D(03)0848.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld het Besluit van de Commissie van 3 mei 2005, in zaak N. 541/2004 en N 542/2004-Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem.

onderneming is, van groot belang is voor de toepasselijkheid van bepaalde regels van EU-recht.

Hieronder wordt eerst uiteengezet welke maatregelen onderzocht zullen worden. Daarna wordt ingegaan op het toetsingskader, waarin aangegeven wordt welke regels van EU-recht en EVRM van belang zijn. Vervolgens worden de verschillende maatregelen beoordeeld in het licht van deze regels. Daarna wordt nagegaan of de invoering van bepaalde maatregelen ertoe kunnen leiden dat zorgverzekeraars hun kwalificatie als onderneming kunnen verliezen. Afgesloten wordt met enige conclusies. Als bijlage is een tabel opgenomen, waarin de voornaamste bevindingen met betrekkingen tot de getoetste maatregelen zijn opgenomen.

## **2 Bespreking van de voorgestelde maatregelen**

De eerste maatregel die aan de orde komt, betreft de invoering van een Nationaal zorgfonds. De private zorgverzekeraars bieden dan niet meer de polis voor het basispakket aan, maar deze taak wordt overgenomen door een overheidsinstelling. Er wordt één landelijk en onafhankelijk administratiekantoor opgericht. Deze nationalisatie kan in één keer worden vormgegeven, maar dit kan ook geleidelijk gaan doordat zorgverzekeraars toegroeien naar een aantal 'zorgorganisaties op regionaal niveau'. In dat geval ontstaan er per regio een zorgorganisatie die als alleenrecht heeft de uitvoering van het zorgstelsel.

De tweede maatregel beoogt de maximale omvang van een zorgverzekeraars aan banden te leggen. Hiertoe wordt een cap ingevoerd op het aantal verzekerden per zorgverzekeraar. Het wordt een zorgverzekeraar verboden om de polis voor het basispakket aan meer verzekerden te verkopen dan toegestaan is in de wet. Er is een maximum voor het aantal verzekerden aan wie een dergelijke polis verkocht mag worden.

De derde maatregel verandert de verhouding tussen de nominale en inkomensafhankelijke premie. Nu komt 50% van de inkomsten voor de basisverzekering uit de nominale premie en 50% uit de inkomensafhankelijke premie.<sup>3</sup> Voorgesteld wordt om het aandeel van de inkomensafhankelijke premie te verhogen en daarmee het

---

<sup>3</sup> Zie artikel 45 Zvw.

aandeel van de nominale premie te verlagen. Er zijn zelfs plannen om de premies geheel inkomensafhankelijk te maken.

De vierde maatregel heeft betrekking op het systeem van verevening. Thans wordt het overgrote gedeelte van de kosten verevend via een ex ante-systeem.<sup>4</sup> De rol van het ex post-systeem is gering. Overwogen wordt om het aandeel van het ex post-systeem weer te vergroten, zodat zorgverzekeraars minder risicodragend worden.

De vijfde maatregel ziet op de polis voor het basispakket. De wetgever stelt eisen aan de wijze, waarop deze polis wordt aangeboden door de zorgverzekeraar aan de verzekerden. Overwogen wordt om bijvoorbeeld een uniforme polis voor te schrijven. Varianten zijn ook mogelijk, zoals de verplichting dat een verzekeraar één natura- en één restitutiepolis aanbiedt.

De zesde maatregel neemt de reclame die zorgverzekeraars maken als aanknopingspunt. Een variant is dat het aan zorgverzekeraars verboden wordt om reclame voor de basisverzekering te maken. Een andere variant is dat er een cap wordt ingevoerd voor het reclamebudget. Wettelijk wordt vastgelegd hoeveel geld maximaal voor het maken van reclame voor het basispakket mag worden gemaakt.

De zevende maatregel betreft het wetsvoorstel dat uitkering van winst door zorgverzekeraars verbiedt. Hierover is reeds geadviseerd.

Bij de achtste maatregel wordt een plafond ingevoerd voor de maximaal aan te houden reserves door een zorgverzekeraar. Het eigen vermogen van een verzekeraar mag niet te hoog worden.

Bij de negende maatregel bevordert de overheid dat per regio één verzekeraar zorg voor de verzekerden inkoop; deze inkoop kan beperkt blijven tot de eerstelijns zorg. Andere verzekeraars haken dan daarbij aan voor hun verzekerden. De overheid kan zorgverzekeraars stimuleren om een dergelijk model in te voeren door bijvoorbeeld een convenant te sluiten. Ook is het mogelijk dat de overheid bij wet zorgverzekeraars verplicht om op deze wijze de zorg in te kopen. Een dergelijke verplichting lijkt op de regionale zorgorganisaties die in het kader van de eerste maatregel zijn besproken. Het verschil is evenwel dat in het kader van de negende maatregel in wezen alleen de zorginkoopmarkt wordt voorbehouden aan één verzekeraar, terwijl bij de eerste

---

<sup>4</sup> Zie de Beschrijving van het risicovereveningssysteem van de Zorgverzekeringswet, uitgave van het Ministerie van VWS, maart 2016, p. 7-10.

maatregel zowel de inkoop als de zorgverzekeringsactiviteit is gereserveerd voor één organisatie.

### **3 Het relevante juridisch kader**

Hieronder wordt beknopt het juridisch kader besproken. Eerst komen de verschillende onderdelen van het EU-recht aan de orde: de Richtlijn Solvabiliteit II, de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer, het mededingingsrecht en de staatssteunregels. Daarna wordt ingegaan op de volgende fundamentele rechten, met name vanuit het perspectief van het EVRM: het recht op eigendom en de vrijheid van meningsuiting.

#### **3.1 Richtlijn Solvabiliteit II**

Zoals in het eerste advies al is aangegeven, werden de schadeverzekeringen in het verleden geregeld door de Eerste,<sup>5</sup> Tweede<sup>6</sup> en Derde Schaderichtlijn.<sup>7</sup> Deze EU-regelingen zijn vervangen door de Richtlijn Solvabiliteit II.<sup>8</sup> Veel aangelegenheden op het terrein van schadeverzekering zijn door deze richtlijn geharmoniseerd op EU-niveau. De Richtlijn Solvabiliteit II heeft veel wijzigingen gebracht voor de solvabiliteitsnormen. Opvallend is evenwel dat de bepalingen die specifiek zorgverzekeringen tot voorwerp hebben, voor een groot gedeelte hetzelfde zijn gebleven. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) over deze bepalingen uit de oude Schaderichtlijnen blijft daarmee relevant voor de Richtlijn Solvabiliteit II.

---

<sup>5</sup> Eerste Richtlijn (Richtlijn 73/239) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, Pb. 1973 L228/3.

<sup>6</sup> Tweede Richtlijn (Richtlijn 88/357) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 73/239, Pb. 1988 L172/1.

<sup>7</sup> Derde Schaderichtlijn (Richtlijn 92/49) 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 en 88/357, Pb. 1992 L228/1.

<sup>8</sup> Richtlijn 2009/138 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), Pb. 2009 L335/1. De oude Schaderichtlijnen worden aangeduid met de term Solvabiliteit I.



Volgens artikel 2 van de Richtlijn Solvabiliteit II vallen onder meer schadeverzekeringen onder de reikwijdte van deze EU-regeling. Uit Bijlage I van deze richtlijn volgt dat tot de schadeverzekeringsbranches behoort de dekking van ziektekostenrisico's.<sup>9</sup> Volgens artikel 3 van de Richtlijn Solvabiliteit II zijn verzekeringen die vallen binnen de wettelijke regeling van sociale zekerheid uitgezonderd. Artikel 2 lid 1 sub d van de Eerste Schaderichtlijn bevatte een vergelijkbare bepaling. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU over dit artikel uit de Eerste Schaderichtlijn volgt dat een nationaal sociaal zekerheidsstelsel dat volledig is gebaseerd op solidariteit buiten de reikwijdte van de geharmoniseerde regels voor schadeverzekeringen vallen.<sup>10</sup> Het opvallende is dat het HvJ EU hier, met name in het arrest Garcia, aansluiting heeft gezocht bij zijn eigen rechtspraak over het begrip onderneming en sociale zekerheid uit het mededingingsrecht. Hieruit volgt dat er convergentie bestond tussen de reikwijdte van de Schaderichtlijnen en die van de Europese mededingingsregels.<sup>11</sup> Indien een verzekeraar zijn verzekeringen voor eigen risico aanbiedt, viel deze niet onder de uitzonderingsbepaling van de wettelijke regeling van sociale zekerheid, zelfs indien de verzekering in kwestie beschouwd werd in het nationale recht van een Lidstaat als sociale zekerheid.<sup>12</sup> Voor zulke verzekeraars golden de door de Schaderichtlijnen geharmoniseerde regels wel.

De jurisprudentie van het HvJ EU over de uitzondering van de wettelijke regeling van sociale zekerheid geldt nog steeds vanwege de grote overeenkomsten tussen artikel 3 van Richtlijn Solvabiliteit II en artikel 2 lid 1 sub d van de Eerste Schaderichtlijn, die allebei deze uitzondering hebben. Thans bieden de particuliere zorgverzekeraars in Nederland voor eigen risico de verzekeringen uit het basispakket aan en derhalve moet worden vastgesteld dat zij binnen de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II vallen.

De consequentie hiervan is dat deze richtlijn tot het toetsingskader behoort voor de beoordeling van de voorgenomen maatregelen. De ratio van de Richtlijn Solvabiliteit II is de invoering van strikte solvabiliteitsnormen, van regels voor het risicomanagement en

---

<sup>9</sup> Op grond van artikel 4 van de Richtlijn Solvabiliteit II vallen schadeverzekeraars van geringe omvang niet onder de reikwijdte van deze richtlijn. Het gaat hierbij onder meer om verzekeringsondernemingen met bruto premie-inkomsten op jaarbasis van niet meer dan EUR 5 miljoen en om verzekeringsondernemingen met technische voorzieningen van EUR 25 miljoen of minder. Het ligt niet voor de hand dat zorgverzekeraars onder deze drempel zouden vallen.

<sup>10</sup> Zie zaak C-238/94, Garcia, 26 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:132 alsmede zaak C-355/00, Freskot, 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:298.

<sup>11</sup> Zie J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer, 2004, p. 22.

<sup>12</sup> Zie zaak C-206/98, Commissie t. België, 18 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:256.

de bedrijfsvoering en van publicatievoorschriften.<sup>13</sup> Deze regels zijn geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht. Overigens zijn de regels betreffende de solvabiliteit nader uitgewerkt in de Verordening Solvabiliteit II.<sup>14</sup>

### 3.2 Vrij verkeer

Hierna zullen wij de eerste voorgestelde maatregel (de invoering van een Nationaal zorgfonds) toetsen aan artikel 345 VWEU betreffende de regeling van het eigendomsrecht in de Lidstaten (zie paragraaf 4.1). Verder zullen wij drie van de voorgestelde maatregelen toetsen aan de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer. Het gaat om de volgende maatregelen:

- Maatregel 1: de invoering van een Nationaal zorgfonds (zie paragraaf 4).
- Maatregel 5: voorschriften voor de polis voor het basispakket (zie paragraaf 8).
- Maatregel 6: voorschriften voor het maken van reclame (zie paragraaf 9).

In het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van bovengenoemde drie maatregelen met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, volgen wij het vaste patroon dat het HvJ EU in zijn arresten over het vrije verkeer aanhoudt.<sup>15</sup> Dit betekent dat wij aandacht aan de volgende deelvragen zullen besteden.

- 1) Welke vrijheid (vrijheden) kan (kunnen) van toepassing zijn en waarom? Wij zullen alle drie bovenvermelde maatregelen aan de vrijheid van vestiging (artikelen 49-55 VWEU) en aan het vrije verkeer van diensten (artikelen 56-62 VWEU) toetsen. Wij zullen ook uitleggen waarom deze vrijheden een rol spelen bij de invoering van bovenvermelde maatregelen.
- 2) Vormen bovengenoemde drie maatregelen een beperking van deze vrijheid/vrijheden? In dit verband willen wij erop wijzen dat, volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU, niet alleen nationale maatregelen die direct of

---

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld MEMO/07/286 van 10 juli 2007 van de Commissie, p. 1 en 2.

<sup>14</sup> Verordening 2015/35 betreffende de toegang tot en de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), Pb. 2015 L12/1.

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-208/00, *Überseering*, 5 november 2002, ECLI:EU:C:2002:632 (vrijheid van vestiging) en gevoegde zaken C-282 & C-283/04, *Commissie t. Nederland*, 28 september 2006 ECLI:EU:C:2006:608 (vrij verkeer van kapitaal).

indirect discrimineren naar nationaliteit onder het verbod van de artikelen 49 en 56 VWEU vallen, maar ook alle nationale maatregelen die de uitoefening van de Verdragsvrijheden kunnen verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.<sup>16</sup>

- 3) Indien blijkt dat er inderdaad sprake is van een beperking, kan deze beperking onder het EU-recht worden gerechtvaardigd? Beperkingen van de Verdragsvrijheden kunnen worden gerechtvaardigd door Verdragsexcepties en door de in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde rechtvaardigingsgrond van dwingende redenen van algemeen belang (de zogenaamde *Rule of reason*). De Verdragsexcepties in het kader van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten zijn in artikel 52 VWEU<sup>17</sup> te vinden: bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Vooral de Verdragsexceptie van bescherming van de volksgezondheid en de *Rule of Reason*-rechtvaardigingsgrond kunnen bij de invoering van bovenvermelde maatregelen, een rol spelen. Bij de beantwoording van de vraag naar het bestaan van een rechtvaardigingsgrond, zullen wij in het bijzonder aandacht besteden aan de evenredigheid van de maatregel in kwestie.

### 3.2.1 Puur interne situaties

In het kader van de toetsing van bovenvermelde maatregelen aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer is een belangrijke opmerking op zijn plaats.

Deze Verdragsbepalingen zijn in slechts grensoverschrijdende situaties van toepassing. Zogenaamde puur interne situaties vallen niet onder deze bepalingen, maar alleen onder het nationale recht van de Lidstaat in kwestie.<sup>18</sup> Dit betekent dat een Nederlandse zorgverzekeraar die louter en alleen op de Nederlandse markt actief is, geen beroep op deze bepalingen kan doen.

Het is echter niet uitgesloten dat een Nederlandse dochtermaatschappij of bijkantoor van een moederonderneming gevestigd in een andere Lidstaat een beroep op de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten zou kunnen doen om bovengenoemde

---

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 32 van zaak C-500/06, Corporación Dermoestética SA, 17 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:421 (en de daar aangehaalde rechtspraak).

<sup>17</sup> Artikel 62 VWEU bepaalt dat artikel 52 VWEU ook voor het vrije dienstenverkeer geldt.

<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-268/15, Ullens de Schooten, 15 november 2016, ECLI:EU:C:2016:874.

maatregelen aan te vechten. Dit leiden wij af uit het arrest AGET Iraklis.<sup>19</sup> Dit arrest had betrekking op een Griekse regeling inzake collectief ontslag. Deze regeling werd voor de Griekse rechter aangevochten door AGET Iraklis, een Griekse dochteronderneming van een Franse vennootschap. Zowel Advocaat-Generaal Wahl als het HvJ EU vonden dat er daarom sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend element in deze zaak.<sup>20</sup> Het is niet duidelijk of de vrijheid van vestiging van de moederonderneming of die van de dochteronderneming in het geding was. Volgens de Advocaat-Generaal was dat niet relevant omdat beide ondernemingen van dezelfde economische eenheid deel uitmaakten.

Het lijkt ons ook aannemelijk dat een Nederlandse zorgverzekeraar met een vestiging (dochteronderneming, bijkantoor of servicepunt) in een andere Lidstaat ook een beroep op de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten kan doen. Wij menen dat hier sprake zou kunnen zijn van een grensoverschrijdend element. In twee arresten, Dennis MacQuen<sup>21</sup> en Payroll Data Services (Italy) Srl,<sup>22</sup> bepaalde het HvJ EU dat het enkele feit dat de onderneming in kwestie deel uitmaakte van “een groep van in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen” voldoende was om een grensoverschrijdend element aan te nemen.

### **3.3 Mededingingsrecht**

De mededingingsregels zijn vastgelegd in de artikelen 101 en 102 VWEU. Op grond van artikel 101 lid 1 VWEU mogen ondernemingen geen mededingingsbeperkende afspraken maken, voor zover hierdoor de handel tussen de Lidstaten wordt beïnvloed. Op het Europese kartelverbod bestaan verschillende uitzonderingen. Eén daarvan is vastgelegd in artikel 101 lid 3 VWEU. Op grond hiervan kan een afspraak die onder het kartelverbod valt toch geoorloofd zijn, indien deze afspraak een bijdrage levert aan de productie, distributie of innovatie, een billijk aandeel ten goede komt aan de consument, de beperking in kwestie onmisbaar is en de concurrentie niet volledig wordt uitgesloten.

---

<sup>19</sup> Zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972.

<sup>20</sup> Zie punt 48 van de Conclusie van Advocaat-Generaal Wahl en rechtsoverwegingen 46-47 van het arrest.

<sup>21</sup> Zie rechtsoverweging 16 van zaak C-108/96, Dennis MacQuen, 1 februari 2001, ECLI:EU:C:2001:67.

<sup>22</sup> Zie rechtsoverweging 25 van zaak C-79/01, Payroll Data Services (Italy) Srl, 17 oktober 2002, ECLI:EU:C:2002:592.

In Nederland zijn de mededingingsregels vastgelegd in de Mededingingswet, die voor een groot gedeelte geënt is op het Europese recht.<sup>23</sup> Artikel 6 lid 1 Mededingingswet bevat daarom een vergelijkbaar verbod als artikel 101 lid 1 VWEU. Deze nationale bepaling is evenwel ook van toepassing, als er geen effect op de tussenstaatse handel is. De uitzondering van artikel 6 lid 3 Mededingingswet is afgeleid van artikel 101 lid 3 VWEU.

Artikel 102 VWEU verbiedt ondernemingen die een machtspositie innemen om hiervan misbruik te maken. Ook dit verbod is alleen geschonden wanneer de handel tussen lidstaten is beïnvloed. In navolging van deze verdragsbepaling verbiedt artikel 24 Mededingingswet misbruik van machtspositie. Evenals bij het Nederlandse kartelverbod, is voor de toepasselijkheid van deze bepaling niet vereist dat er een effect op tussenstaatse handel zich voordoet.

In het mededingingsrecht gelden er regels voor concentraties tussen ondernemingen. Voor de in dit advies te toetsen maatregelen zijn deze regels echter niet relevant en bespreking daarvan blijft daarmee achterwege.

De Commissie heeft een groot aantal documenten vastgesteld, waarin zij toelichting geeft over de wijze waarop de artikelen 101 en 102 VWEU dienen te worden toegepast. Het betreft hier onder andere richtsnoeren en mededelingen.<sup>24</sup> Hoewel deze documenten het karakter van *soft law* hebben en daarom niet bindend zijn, gaat hiervan veel gezag uit.<sup>25</sup>

De Europese en Nederlandse mededingingsregels zijn gericht aan ondernemingen. Voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht is dus van groot belang dat nagegaan wordt of de aan de orde zijn gedragingen toe te rekenen zijn aan ondernemingen.

Het HvJ EU heeft voor het begrip onderneming in het EU-mededingingsrecht een functionele benadering ontwikkeld, die ook geldt voor de Mededingingswet krachtens artikel 1 onder f van deze wet.<sup>26</sup> Alle entiteiten die economische activiteiten verrichten, worden beschouwd als ondernemingen, ongeacht hun rechtsvorm.<sup>27</sup> Onder

---

<sup>23</sup> Zie de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Mededingingswet, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10.

<sup>24</sup> Een overzicht hiervan is onder meer te vinden op de volgende website:  
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

<sup>25</sup> Zie A. Jones en B. Sufrin, EU Competition law. Tekst, Cases and Materials, zesde druk, 2016, p. 108 en 109.

<sup>26</sup> Artikel 1 sub f Mededingingswet bepaalt dat onder onderneming wordt verstaan een onderneming in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU.

<sup>27</sup> Zie zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, p. I-1979.

economische activiteiten worden verstaan het aanbieden van goederen en diensten op de markt.<sup>28</sup>

Het HvJ EU heeft zich meerdere malen uitgelaten over de vraag of zorgverzekeraars, ziekenfondsen of vergelijkbare uitvoerders ondernemingen zijn. Onderzocht wordt of de verzekeringen die zij aanbieden volledig of in grote mate zijn gebaseerd op solidariteit en of zij onderworpen zijn aan substantieel overheidstoezicht.<sup>29</sup> Indien dit het geval is, dan is er geen sprake van economische activiteiten en is het mededingingsrecht niet van toepassing. Indien daarentegen naast solidariteit bij de vormgeving van de zorgverzekering ook aanmerkelijke ruimte voor concurrentie is gelaten met weinig overheidstoezicht, dan is het mededingingsrecht wel van toepassing. Het hangt met andere woorden in grote mate af van de vormgeving van het zorgstelsel of de verzekeraars ondernemingen in de zin van het Europees mededingingsrecht zijn.

De Nederlandse Mededingingswet verwijst, zoals reeds aangegeven is, voor het begrip onderneming naar het Europese mededingingsrecht. Desalniettemin wordt ervan uitgegaan in het Nederlandse recht dat zorgverzekeraars ondernemingen in de zin van de Mededingingswet zijn, ongeacht de rol die solidariteit en het overheidstoezicht spelen. Artikel 122 Zorgverzekeringswet bepaalt namelijk dat, mocht een zorgverzekeraar niet aangemerkt kan worden als een onderneming in de zin van artikel 101 VWEU, deze entiteit toch een onderneming is in de zin van de Mededingingswet. Het is derhalve mogelijk dat Nederlandse zorgverzekeraars geen ondernemingen zijn onder de Europese mededingingsregels maar wel onder de Nederlandse mededingingsregels. Vooralsnog is dit echter een theoretische kwestie. In haar besluit<sup>30</sup> in zaak N 541/2004 en N 542/2004 heeft de Commissie gesteld dat Nederlandse zorgverzekeraars ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht zijn. De reden hiervan was dat naast solidariteit concurrentie een belangrijke rol speelt in het Nederlandse zorgstelsel.<sup>31</sup> Om dit te onderbouwen, voerde de Commissie aan dat zorgverzekeraars

---

<sup>28</sup> Zie onder meer zaak 118/85 Commissie/Italië, Jur. 1987, p. 2599 en zaak C-35/96, Commissie/Italië, Jur. 1998, p. I-3851.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-160/91, Poucet et Pistre, Jur. 1993, p. I-637; gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK, Jur. 2004, p. I-2493 en zaak C-437/09, AG2R, Jur. 2011, p. I-973. Zie ook J.W. van de Gronden en C.S. Rusu, *The Altmark Update and Social Services: Toward a European Approach*, in: E. Szyszczak en J.W. van de Gronden, *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, Den Haag 2013, p. 192 en 193.

<sup>30</sup> Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 (C(2005)1329 fin) in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, *Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*.

<sup>31</sup> Zie het Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 19.

winst mogen nastreven, zij nominale premies mogen vaststellen en zij meedoen aan een risicovereveningsysteem dat concurrentie bevorderend werkt.

Hierboven is reeds aangegeven dat het HvJ EU voor de toepasselijkheid van de Richtlijn Solvabiliteit II op verzekeraars aansluit bij het begrip onderneming uit het mededingingsrecht. Dit betekent dat, indien een zorgverzekeraar een onderneming is in de zin van artikel 101 VWEU, hij ook onder de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II valt. Indien de zorgverzekeraar geen onderneming is, dan is deze richtlijn ook niet van toepassing.

### 3.4 Staatssteun

Artikel 107 lid 1 VWEU verbiedt Lidstaten om aan ondernemingen staatssteun te verlenen, indien hierdoor de concurrentie op de interne markt en de handel tussen de Lidstaten beïnvloed wordt. Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat dit verbod is overtreden, indien aan de volgende criteria is voldaan: 1) er wordt steun verleend aan een bepaalde onderneming of bepaalde groep ondernemingen, 2) de steun wordt gefinancierd uit overheidsmiddelen, 3) de concurrentie op de interne markt wordt vervalst en 4) de handel tussen de Lidstaten wordt beïnvloed.<sup>32</sup> Het begrip steun wordt breed uitgelegd en omvat niet alleen subsidies, maar elke maatregel die de lasten verlichten die normaal gesproken op het budget van de onderneming drukken.<sup>33</sup> Indien een Lidstaat steun die onder het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU valt toch wil uitvoeren, dan dient hij deze aan te melden bij de Commissie. Overigens hoeft steun die zo gering is dat de drempel uit de zogenoemde *De Minimis*-verordening<sup>34</sup> niet overschreden is, niet te worden aangemeld. Hiervan is sprake, indien het voordeel niet hoger is dan EUR 200.000 over een periode van drie jaar. Gezien de hoogte van de voordelen die gepaard gaan met de in dit advies te beoordelen maatregelen is de *De Minimis*-drempel niet relevant.

Indien een steunmaatregel is aangemeld bij de Commissie, dan kan deze tot goedkeuring overgaan op grond van bijvoorbeeld artikel 107 lid 3 VWEU (bijvoorbeeld bevordering van bepaalde bedrijvigheid of regionale ontwikkeling) of artikel 106 lid 2 (diensten van

---

<sup>32</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 33 van zaak C-345/02, Pearle, Jur. 2004, p. I-7139.

<sup>33</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 58 van zaak C-39/94, La Poste, Jur. 1996, p. I-3547.

<sup>34</sup> Verordening 1407/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de de-minimissteun, Pb. 2013, L352/1.

algemeen economisch belang). Indien de Commissie van oordeel is dat goedkeuring kan worden gegeven, verklaart zij de steunmaatregel in kwestie in overeenstemming met de interne markt.

Zolang een steunmaatregel niet is aangemeld dan wel is aangemeld maar nog niet goedgekeurd is door de Commissie, mag hij niet ten uitvoer worden gelegd. Op grond van artikel 108 lid 3, laatste alinea, VWEU geldt namelijk een *standstill*-verplichting. Indien deze verplichting wordt geschonden zal de Commissie overgaan tot het gelasten van terugvordering van de onrechtmatige steun, wanneer zij op de hoogte is geraakt van de verlening ervan en van oordeel is dat deze steun niet in overeenstemming is met de interne markt.<sup>35</sup>

Het HvJ EU heeft geoordeeld dat de *standstill*-verplichting rechtstreekse werking heeft en daarom kan worden toegepast door de nationale rechter.<sup>36</sup> Dit betekent dat een nationale rechterlijke instantie in een procedure een overheidsinstantie kan gelasten de steun die niet bij de Commissie is aangemeld maar wel is uitgekeerd aan een onderneming, terug te vorderen bij deze onderneming.

### **3.5 Het recht op eigendom**

Het fundamentele recht op eigendom is relevant voor twee van de voorgestelde maatregelen: de invoering van een Nationaal zorgfonds en het plafond voor de aan te houden reserves, <sup>37</sup> omdat deze maatregelen gevolgen hebben voor hoe zorgverzekeraars over hun eigendom kunnen beschikken. Het recht op eigendom wordt beschermd door het EVRM, in artikel 1 P1, en in het EU-recht, meer specifiek in artikel 17 van het Handvest.

#### **3.5.1 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM**

Het EVRM houdt voor Nederland verbindende rechten en verplichtingen in. Bovendien heeft Nederland het Eerste Protocol geratificeerd. Artikel 1 Eerste Protocol garandeert

---

<sup>35</sup> Zie artikel 16 lid 1 van Verordening 2015/1589 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-verdrag, Pb. 1999 L83/1.

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-39/94, SFEL, Jur. 1996, p. I-3547.

<sup>37</sup> Deze bepaling is ook relevant voor het verbod op winstuitkering; zie hiervoor het eerder uitgebrachte advies.



het recht op eigendom.<sup>38</sup> De vraag of de maatregelen in strijd komen met het recht op eigendom van verzekeraars valt uiteen in drie vragen, die hieronder uiteen worden gezet en worden toegelicht.

*Ziet de maatregel op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1 EVRM?*

Voor de toepasselijkheid van artikel 1 P1 EVRM is het van belang om te bepalen of zorgverzekeraars slachtoffer kunnen zijn van een schending van het recht op eigendom en of de relevante maatregel betrekking heeft op het eigendom van de zorgverzekeraars. Voor de twee maatregelen die aan artikel 1 P1 EVRM worden getoetst, kan hier al worden vastgesteld dat zorgverzekeraars het slachtoffer kunnen worden van een schending van artikel 1 P1 EVRM. Dit artikel vermeldt expliciet dat niet alleen natuurlijke, maar ook rechtspersonen recht hebben op eigendom. Het is dus mogelijk dat een zorgverzekeraar getroffen wordt door een schending van dit recht.

Dan is vervolgens de vraag of de maatregel betrekking heeft op het eigendom van de zorgverzekeraars. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) geeft het eigendomsbegrip zoals dat is vervat in artikel 1 P1 EVRM een autonome betekenis. Dat wil zeggen dat de betekenis van het begrip losstaat van de betekenis die 'eigendom' heeft in het nationale recht van de verdragsstaten.<sup>39</sup> Voorts heeft het EHRM het begrip ruim geïnterpreteerd, waardoor het niet beperkt is tot fysieke eigendom, maar ook bepaalde rechten en belangen omvat,<sup>40</sup> zoals aandelen.<sup>41</sup> Wanneer het om niet-fysiek eigendom gaat, is voor de vraag of het om een eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM gaat van belang of de rechten/belangen een objectief vast te stellen economische waarde vertegenwoordigen.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, rechtsoverweging 63.

<sup>39</sup> EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 100.

<sup>40</sup> EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, rechtsoverweging 124.

<sup>41</sup> Zie EHRM 12 oktober 1982, 8588/79 (*Bramelid and Malmström/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:1012DEC000858879, p. 81; EHRM 21 juli 2015, 31833/06 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003183306, rechtsoverweging 49.

<sup>42</sup> EHRM 12 juli 2016, 562/05 (*SIA AKKA/LAA/Letland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000056205, rechtsoverweging 54.

*Betreft de maatregel een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1?*

De standaard voor het vinden van een beperking van het recht op eigendom is niet heel hoog. Zo hoeft een beperking geen wettelijke oorzaak te hebben, maar kan er ook een *de facto* beperking bestaan.<sup>43</sup>

Wanneer bepaald is dat de maatregel een beperking inhoudt van het recht op eigendom, zoals beschermd door artikel 1 P1, is de vervolgvraag welke regel uit het artikel van toepassing is. Het artikel omvat de volgende drie regels:

1. Ontneming van eigendom en vereisten daarvoor (eerste alinea, tweede zin);
2. Regulering van eigendom in het algemeen belang (tweede alinea); en
3. Het beginsel van ongestoord genot van eigendom (eerste alinea, eerste zin).

De eerste en tweede regel zijn meer precieze uitwerkingen van de derde regel die de algemene of restregel is.<sup>44</sup> Het EHRM bepaalt dan ook eerst of één van de eerste twee regels van toepassing is, voordat het een beperking aan de derde regel toetst.<sup>45</sup> Bij de ontneming van eigendom onder de eerste regel wordt er *de jure* of *de facto* eigendom overgedragen en is compensatie vereist.<sup>46</sup> De tweede regel is van toepassing wanneer er geen eigendom wordt overgedragen, maar de eigenaar wel beperkt wordt in hoe hij zijn eigendom kan gebruiken vanwege regulering.<sup>47</sup> Wanneer een zaak feitelijk en juridisch complex is, is het niet altijd mogelijk om te bepalen welke regel van toepassing is. In dat geval beoordeelt het EHRM de zaak in het licht van de derde en algemene regel.<sup>48</sup> Overigens is de vaststelling van de toepasselijke regel niet van al te groot belang, aangezien de vereisten, zoals die hieronder uiteen worden gezet, voor een geoorloofde

---

<sup>43</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 63.

<sup>44</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 61; EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37; EHRM 16 juli 2014, 60642/08 (*Ališić e.a./Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en 'de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië'*), ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD006064208, rechtsoverweging 105.

<sup>45</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 61; EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37.

<sup>46</sup> EHRM 28 maart 2006, 36813/97 (*Scordino/Italië nr. 1*), ECLI:CE:ECHR:2006:0329JUD003681397, rechtsoverweging 251.

<sup>47</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 157.

<sup>48</sup> EHRM 21 juli 2015, 31833/06 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003183306, rechtsoverweging 93; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 106.

inbreuk voor de verschillende regels vergelijkbaar zijn. Het EHRM heeft dan ook benadrukt dat de drie regels samenhangen en dat de twee meer specifieke regels moeten worden gezien in het licht van de algemene regel.<sup>49</sup>

### *Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden?*

Om niet in strijd te komen met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden moet de maatregel een wettelijke grondslag hebben, een legitiem doel in het algemeen belang dienen en een redelijk evenwicht bereiken tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van de zorgverzekeraar.<sup>50</sup>

### *Wettelijke grondslag*

Het eerste en – volgens het EHRM belangrijkste – vereiste van artikel 1 P1 EVRM is legitimiteit.<sup>51</sup> De wettelijke grondslag die vereist is voor de beperking moet volgens de vaste rechtspraak van het EHRM toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar zijn.<sup>52</sup>

### *Legitiem doel*

Voorts moet de beperking een legitiem doel dienen in het algemeen belang.<sup>53</sup> Het begrip ‘algemeen belang’ is veelomvattend, in het bijzonder wanneer de wetgever sociaal en economisch beleid ten uitvoer legt. In die omstandigheden zal het EHRM het oordeel van de wetgever over het doel respecteren, tenzij dat oordeel kennelijk geen redelijke basis heeft.<sup>54</sup> Het EHRM stelt zich zo terughoudend op, omdat de nationale autoriteiten in beginsel beter in staat zijn dan een internationale rechter om te beoordelen wat in het

---

<sup>49</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 37.

<sup>50</sup> Zie ook paragraaf 2.3.

<sup>51</sup> Zie artikel 1 P1, tweede alinea: ‘om die wetten toe te passen’; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 163; EHRM 16 juli 2014, 60642/08 (*Ališić e.a./Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en ‘de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië’*), ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD006064208, rechtsoverweging 103.

<sup>52</sup> EHRM 9 november 1999, 26449/95 (*Špaček, s.r.o./Tsjechië*), ECLI:CE:ECHR:1999:1109JUD002644995, rechtsoverweging 54; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 109.

<sup>53</sup> Zie artikel 1 P1 EVRM zelf (‘in overeenstemming met het algemeen belang’), maar ook artikel 18 EVRM (‘Inperking van de toepassing van beperkingen op rechten’).

<sup>54</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 46; EHRM 30 juni 2005, 46720/99 (*Jahn e.a./Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099, rechtsoverweging 91; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 166.

algemeen belang is.<sup>55</sup> Een door het EHRM geaccepteerd algemeen belang is bijvoorbeeld de goede organisatie van de gezondheidszorg.<sup>56</sup>

#### *Redelijk evenwicht tussen bevordering algemeen belang en bescherming rechten individu*

Ten slotte is vereist dat er een redelijk evenwicht of *fair balance* bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu. Dit vereiste betekent dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de maatregel en het doel.<sup>57</sup> Het EHRM stelt in het licht van het voorgaande de vraag of het middel een onevenredige en excessieve last oplegt aan het individu.<sup>58</sup> Om te bepalen of er sprake is van een redelijk evenwicht neemt het EHRM verschillende factoren mee in zijn afweging,<sup>59</sup> bijvoorbeeld of het middel leidt tot rechts(on)zekerheid. Ook houdt het EHRM rekening met de verschillende belangen die een rol spelen.<sup>60</sup>

### **3.5.2 Artikel 17 Handvest**

De werkingssfeer van het Handvest is beperkt in die zin dat de EU-lidstaten enkel gebonden zijn aan de bepalingen hieruit, indien zij “het recht van de Unie ten uitvoer brengen”.<sup>61</sup> Dit betekent volgens het HvJ EU dat de Handvest-rechten moeten worden geëerbiedigd wanneer “een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt”;<sup>62</sup> wanneer een juridische situatie niet daarbinnen valt, dan is het HvJ EU niet bevoegd om daarover uitspraak te doen.<sup>63</sup> Om binnen het toepassingsgebied van het Unierecht te vallen, moet er “een zekere mate van een verband bestaan dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de

---

<sup>55</sup> EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, rechtsoverweging 46; EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 165.

<sup>56</sup> EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, rechtsoverweging 86.

<sup>57</sup> EHRM 16 november 2010, 24768/06 (*Perdigão/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, rechtsoverwegingen 63-64.

<sup>58</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 167.

<sup>59</sup> EHRM 24 oktober 1986, 9118/80, (*AGOSI/Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:1024JUD000911880, rechtsoverweging 54.

<sup>60</sup> EHRM 19 juni 2006, 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, rechtsoverweging 168.

<sup>61</sup> Artikel 51 lid 1 Handvest.

<sup>62</sup> Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, rechtsoverweging 21.

<sup>63</sup> Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, rechtsoverweging 22.

ene materie op de andere”.<sup>64</sup> Hiervoor is relevant of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, bijvoorbeeld omdat die regeling een richtlijn omzet, de aard van de regeling en of de regeling niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet.<sup>65</sup> Het Handvest is bovendien ook van toepassing wanneer een lidstaat één van de in het Unierecht neergelegde uitzonderingen inroept om een belemmering van de fundamentele vrijheden te rechtvaardigen.<sup>66</sup>

Het Handvest beschermt in artikel 17 lid 1 het recht op eigendom. Al voordat dit recht in het Handvest was opgenomen, werd het erkend door het HvJ EU in zijn jurisprudentie.<sup>67</sup> In de (niet-bindende) Toelichtingen bij het Handvest wordt uitgelegd dat artikel 17 Handvest overeenstemt met artikel 1 P1 EVRM<sup>68</sup> en artikel 52(3) Handvest bepaalt dat voor corresponderende rechten geldt dat hun inhoud en reikwijdte hetzelfde is als die er door het EVRM aan toe worden gekend. Een aparte bespreking van artikel 17 Handvest en zijn deelvragen is daarom niet noodzakelijk.

### **3.6 De vrijheid van meningsuiting**

Eén van voorgestelde maatregelen, voorschriften voor reclame, heeft mogelijk een impact op de vrijheid van meningsuiting van zorgverzekeraars. Dit recht wordt beschermd in het EVRM (artikel 10) en in het Handvest (artikel 11).

#### **3.6.1 Artikel 10 EVRM**

Artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. De vraag of de voorschriften voor reclame in strijd komen met het recht op vrijheid van meningsuiting valt uiteen in drie deelvragen. Die vragen worden hieronder kort geïntroduceerd en komen uitgebreider aan bod in paragraaf 7, waar de maatregel wordt getoetst.

---

<sup>64</sup> Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, rechtsoverweging 24.

<sup>65</sup> Zaak C-206/13, *Siragusa*, 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:126, rechtsoverweging 26.

<sup>66</sup> Zaak C-390/12, *Pfleger*, 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:281, rechtsoverweging 36.

<sup>67</sup> Zie bijv. zaak C-44/79, *Hauer*, 13 december 1979, ECLI:EU:C:1979:290.

<sup>68</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, Toelichting ad artikel 17.

### 3.6.2 Artikel 11 Handvest

Zoals uitgebreider uiteengezet bij de bespreking van artikel 17 Handvest in paragraaf 3.5.1, zijn alleen dan de rechten in het Handvest van toepassing wanneer de Lidstaten het EU-recht ten uitvoer brengen. Dit geldt ook voor het recht dat in artikel 11 Handvest is vervat en dat als opschrift heeft “Vrijheid van meningsuiting en van informatie”. Volgens de toelichtingen bij het Handvest correspondeert Artikel 11 Handvest met artikel 10 EVMR.<sup>69</sup> Het is daarom niet nodig om artikel 11 en zijn deelvragen te bespreken.

### 4 De invoering van een publiek stelsel voor ziektekosten: Nationaal zorgfonds

De eerste voorgestelde maatregel betreft de invoering van een Nationaal zorgfonds. Particuliere zorgverzekeraars bieden niet langer de polis voor het basispakket aan, maar deze taak wordt overgenomen door een overheidsinstelling, een Nationaal zorgfonds. Er wordt één landelijk, onafhankelijk administratiekantoor opgericht. In feite wordt hierdoor, wat het basispakket betreft, de privatisering die in 2006 werd ingevoerd teruggedraaid en wordt tot nationalisatie overgegaan. Daarom zullen wij deze maatregel in het vervolg “de nationalisatiemaatregel” noemen. De eerste vraag die rijst is of deze nationalisatiemaatregel in overeenstemming is met het EU-recht. Om een antwoord op deze vraag te vinden zullen wij de voorgestelde maatregel toetsen aan artikel 345 VWEU dat betrekking heeft op de regeling van het eigendomsrecht in de Lidstaten. Daarna zullen wij ingaan op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. De tweede vraag die gesteld moet worden, is of de invoering van een Nationaal zorgfonds in overeenstemming is met het fundamentele recht op eigendom, zoals dat met name geregeld is in het EVRM. Ook deze kwestie zal hieronder aan de orde komen.

In dit verband moet opgemerkt worden dat het administratiekantoor van een Nationaal zorgfonds geen economische activiteiten verricht, omdat een dergelijk fonds voornamelijk gebaseerd is op het solidariteitsbeginsel en volledig onder overheidscontrole staat.<sup>70</sup> Zoals uit paragraaf 3.1 bleek is de Richtlijn Solvabiliteit II niet

---

<sup>69</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, Toelichting ad artikel 11; Zie ook Artikel 52(3), ook aangehaald bij de bespreking van Artikel 17 Handvest.

<sup>70</sup> Zie hetgeen in paragraaf 3.3 uiteen is gezet. Zie ook bijvoorbeeld zaak C-160/91, Poucet et Pistre, Jur. 1993, p. I-637 en zaak C-218/00, Cisal, Jur. 2002, p. I-691.

van toepassing op uitvoeringsinstanties die onderdeel zijn van een wettelijke regeling van sociale zekerheid en geen economische activiteiten verrichten. De invoering van een Nationaal zorgfonds dient derhalve niet aan deze richtlijn te worden getoetst.

#### **4.1. Toetsing aan artikel 345 VWEU en de bepalingen voor het vrije verkeer**

De tekst van artikel 345 VWEU luidt “De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.” Artikel 345 VWEU is een obscure bepaling en de betekenis ervan heeft tot veel verwarring geleid.<sup>71</sup> In het arrest *Essent*<sup>72</sup> zegt het HvJ EU dat deze bepaling het beginsel van de neutraliteit van de Verdragen ten opzichte van de regeling van het eigendomsrecht in de Lidstaten tot uitdrukking brengt. Het volgt derhalve uit de rechtspraak van het HvJ EU<sup>73</sup> dat de Verdragen zich in beginsel niet verzetten tegen noch de nationalisering van ondernemingen noch de privatisering daarvan. Dit zou betekenen dat de voorgestelde nationalisatiemaatregel een regeling van eigendomsrecht betreft die onder artikel 345 VWEU valt. Als de Nederlandse overheid aanbidding van de polis voor het basispakket wil nationaliseren, dan mag dat onder artikel 345 VWEU.

Echter in hetzelfde arrest *Essent*<sup>74</sup> bepaalde het HvJ EU dat het feit dat een regeling van een Lidstaat onder artikel 345 VWEU valt, niet tot gevolg heeft dat de in een Lidstaat bestaande regelingen van het eigendomsrecht aan de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer worden onttrokken. In hetzelfde arrest, kwam het HvJ EU tot de conclusie dat het Nederlandse privatiseringsverbod<sup>75</sup> een regeling van eigendom in de zin van artikel 345 VWEU was. Desondanks bepaalde het HvJ EU dat dit verbod binnen de werkingssfeer van artikel 63 VWEU (vrij verkeer van kapitaal) viel en onderzocht deze Europese rechter of het verbod in overeenstemming was met deze bepaling. Het lijkt erop dat het HvJ EU, zoals op gebied van intellectuele eigendomsrechten het geval is, een onderscheid maakt tussen het bestaan van eigendomsrechten en de uitoefening van de bevoegdheid om deze rechten te reguleren. Dit zou betekenen dat het recht van de

---

<sup>71</sup> B. Akkermans en E. Ramaekers “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meaning and Interpretations”, 16 *European Law Journal* (2010) blz. 292-314.

<sup>72</sup> Gevoegde zaken C-105/ 12 tot en met C-107/12, *Essent*, 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677.

<sup>73</sup> Rechtsoverweging 30 van het arrest *Essent* en daar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>74</sup> Zie rechtsoverweging 36.

<sup>75</sup> Het privatiseringsverbod hield in dat het verboden was aandelen in op het Nederlandse grondgebied actieve beheerders van elektriciteits- en gasdistributienetwerken aan particuliere investeerders te verkopen.

lidstaten om bepaalde activiteiten te nationaliseren of te privatiseren niet onder de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer vallen. Lidstaten zijn echter gebonden aan deze bepalingen in de uitoefening van hun bevoegdheid om eigendomsrechten te reguleren.

Omdat ervan uitgegaan moet worden dat de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer toepassing kunnen vinden bij het nationaliseren van bepaalde activiteiten, zullen wij het voorstel om de polis voor het basispakket slechts door één overheidsinstelling, het Nationaal Zorgfonds, te laten aanbieden, toetsen aan deze bepalingen. Dit onderzoek voeren wij uit aan de hand van de deelvragen vermeld in paragraaf 3.2.

Alvorens tot deze toetsing over te gaan, willen wij opmerken dat, zoals wij in paragraaf 3.2.1 van dit advies hebben uitgelegd, de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer slechts in grensoverschrijdende situaties van toepassing zijn. Zogenaamde puur interne situaties vallen niet onder deze bepalingen, maar alleen onder het nationale recht van de Lidstaten in kwestie.<sup>76</sup> Dit betekent dat een zorgverzekeraar die louter en alleen op de Nederlandse markt actief is, deze bepalingen niet kan invoeren.

#### **4.1.1 Toepasselijke vrijheid (vrijheden) en mogelijke beperking**

Wat de nationalisatiemaatregel betreft, menen wij dat twee vrijheden mogelijk een rol kunnen spelen: de vrijheid van vestiging (artikelen 49-55 VWEU) en het vrije verkeer van diensten (artikelen 56-62 VWEU).

De vrijheid van vestiging is van toepassing in de situatie waarin een onderneming uit een andere Lidstaat door middel van een agentschap of bijkantoor in Nederland zorgverzekeringen op de Nederlandse markt wenst aan te bieden. Deze vrijheid is ook van toepassing wanneer een onderneming gevestigd in een andere Lidstaat actief als zorgverzekeraar op de Nederlandse markt wil worden door middel van de oprichting van een dochteronderneming naar Nederlands recht of door overname van een bestaande Nederlandse zorgverzekeraar.

Het vrije dienstenverkeer vindt toepassing in de situatie waarin een onderneming gevestigd in een andere Lidstaat vanuit deze vestiging zorgverzekeringen in Nederland aanbiedt.

---

<sup>76</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-268/15, Ullens de Schooten, 15 november 2016, ECLI:EU:C:2016:874.



Op het eerste gezicht lijken geen van beide vrijheden toepassing te vinden in de situatie waarin een Nederlandse zorgverzekeraar louter en alleen op de Nederlandse markt actief is. Zoals wij in paragraaf 3.2.1 van dit advies hebben uitgelegd is het echter niet uitgesloten dat een Nederlandse dochtermaatschappij of bijkantoor van een moederonderneming gevestigd in een andere Lidstaat of een Nederlandse zorgverzekeraar met een vestiging in een andere Lidstaat een beroep op deze vrijheden zou kunnen doen om de nationalisatiemaatregel aan te vechten.

Hieronder zullen wij onderzoeken of de nationalisatiemaatregel tot een beperking van deze vrijheden kan leiden.

Indien de Nederlandse overheid voorschrijft dat de polis voor de basisverzekering alleen door één overheidsinstantie kan worden aangeboden, zou dit de vrijheid van vestiging van zorgverzekeraars vanuit andere Lidstaten in Nederland kunnen beperken. Deze nationalisatiemaatregel zou het voor een in een andere Lidstaat gevestigde verzekeringsonderneming minder aantrekkelijk kunnen maken om een agentschap, bijkantoor of dochteronderneming in Nederland op te zetten. Hetzelfde geldt voor de overname van een bestaande Nederlandse zorgverzekeraar. Zoals het HvJ EU herhaaldelijk heeft bepaald,<sup>77</sup> vormen alle nationale maatregelen die uitoefening van de vrijheid van vestiging kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken beperkingen van deze vrijheid die onder artikel 49 VWEU verboden zijn. De vraag is evenwel of de activiteiten verricht door het Nationale zorgfonds beschouwd kunnen worden als diensten die gewoonlijk tegen betaling worden aangeboden., zoals bedoeld in artikel 57 VWEU. Indien dit niet het geval is, dan zijn de Verdragsbepalingen voor het vrij verkeer niet van toepassing op het Nationale zorgfonds. Uit de rechtspraak blijkt echter dat het HvJ EU de vraag benadert vanuit het perspectief van de aanbieder die vanuit een andere Lidstaat een dienst wil aanbieden. Het gaat er, met andere woorden, om of een verzekeraar uit een andere Lidstaat op een of andere wijze beperkt wordt als deze een ziektekostenverzekering in Nederland wil aanbieden. Het antwoord op deze vraag is te vinden in het arrest *Freskot AE*.<sup>78</sup>

Dit arrest betrof de verplichte verzekering van landbouwbedrijven tegen risico's van natuurevenementen in Griekenland. Deze verzekering werd uitgevoerd door ELGA, een privaatrechtelijke rechtspersoon die geheel aan de Griekse staat toebehoorde. In dit

---

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 37 van zaak C-55/94, *Gebhard*, 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>78</sup> Zaak C-355/00, *Freskot AE*, 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:298.

arrest onderzocht het HvJ EU of de invoering van een dergelijk stelsel van verplichte verzekering die door een staatsorgaan werd uitgevoerd als zodanig een belemmering kon vormen voor het vrij verrichten van diensten door in andere lidstaten gevestigde verzekeringsmaatschappijen die hun diensten op de Griekse verzekeringsmarkt wilden aanbieden. Het HvJ EU kwam tot de conclusie dat, als het stelsel van verplichte verzekering verzekerbare risico's dekt, het een belemmering zou kunnen vormen voor het vrij verrichten van diensten door in andere Lidstaten gevestigde verzekeraars, aangezien het de uitoefening van deze vrijheid "al dan niet rechtstreeks bemoeilijkt, minder aantrekkelijk maakt of verhindert".<sup>79</sup> Het aanknopingspunt voor de toetsing aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer wordt dus gevormd door de vraag of de risico's in kwestie verzekeraar zijn.

Bovendien bepaalde het HvJ EU in de zaak *Kattner Stahlbau GmbH*<sup>80</sup> dat een dergelijke stelsel van verplichte verzekering ondernemingen die eronder vallen, ook kan afschrikken of beletten om zich tot een in een andere Lidstaat gevestigde verzekeraar te wenden. Dit vormt ook een beperking van het vrije dienstenverkeer. In bijvoorbeeld het arrest *Betfair*<sup>81</sup> merkte het HvJ EU op dat het vrij verrichten van diensten zowel aan de dienstverrichter als aan de dienstontvanger ten goede komt.

Deze redeneringen kunnen op de voorgestelde nationalisatiemaatregel worden toegepast. De basisverzekering is een verplichte verzekering voor iedereen die in Nederland woont of werkt. Het is evident dat de basisverzekering voor ziektekosten verzekerbare risico's dekt omdat deze momenteel door particuliere zorgverzekeraars wordt uitgevoerd. Door het aanbieden van de polis voor het basisverzekering aan één overheidsinstelling, het Nationaal zorgfonds, toe te vertrouwen, wordt het niet slechts moeilijker of minder aantrekkelijk voor verzekeringsondernemingen gevestigd in andere Lidstaten om deze polis aan te bieden. Het wordt dergelijke verzekeringsmaatschappijen geheel onmogelijk gemaakt om deze polis aan te bieden, omdat het Nationaal zorgfonds op dit gebied een monopoliepositie zal innemen. Ook zou invoering van een Nationaal zorgfonds personen die in Nederland wonen of werken kunnen afschrikken om een basisverzekering met een in een andere Lidstaat gevestigde verzekeraar af te sluiten. De nationalisatiemaatregel levert derhalve ook een beperking

---

<sup>79</sup> Zie rechtsoverweging 63.

<sup>80</sup> Zie rechtsoverweging 83 van zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127.

<sup>81</sup> Zie rechtsoverweging 23 van zaak C-203/08, *Betfair*, 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307.

op van het vrije dienstenverkeer die verboden is onder artikel 56 VWEU. Nagegaan moet daarom worden of de nationalisatiemaatregel onder het EU-recht gerechtvaardigd kan worden.

Ter overvloede merken wij op dat het HvJ EU in het arrest Commissie tegen Hongarije<sup>82</sup> bepaalde dat een nationale regeling die “de uitoefening van een economische activiteit onderwerpt aan een exclusiviteitsregeling ten gunste van één enkele, publieke of particuliere, marktdeelnemer, een beperking van zowel de vrijheid van dienstverrichting als de vrijheid van vestiging vormt.”

#### **4.1.2 Rechtvaardigingsgronden**

Nu is vastgesteld dat de voorgestelde nationalisatiemaatregel een beperking van beide vrijheden oplevert, moet onderzocht worden of deze beperking onder het EU-recht te rechtvaardigen is.

Zoals eerder aangegeven, kunnen beperkingen van het vrije verkeer gerechtvaardigd worden door de Verdragsexcepties (in dit geval artikel 52 VWEU) en door de in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde rechtvaardigingsgrond van de dwingende redenen van algemeen (de zogenaamde *Rule of Reason*).

Zoals wij hieronder zullen uitleggen, zijn wij van mening dat het belang dat met de nationalisatiemaatregel wordt nagestreefd, met name een doelstelling van sociaal beleid is. Doelstellingen van sociaal beleid vallen niet onder artikel 52 VWEU dat slechts betrekking heeft op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Wij zullen daarom de nationalisatiemaatregel toetsen aan de *Rule of Reason*. Niet uit te sluiten is evenwel dat het HvJ EU zou oordelen dat de met de invoering van het Nationaal zorgfonds gemoeide doelstellingen ook verband houden met de volksgezondheid. Artikel 52 VWEU zou daarom eventueel van toepassing kunnen zijn. Voor de toetsing aan de excepties maakt dit echter weinig tot geen verschil.

Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU<sup>83</sup> dat, om onder de *Rule of Reason*, te kunnen vallen, een nationale maatregel een dwingende reden van algemeen belang moet dienen. Ofschoon er geen informatie voor handen is over het belang dat met de nationalisatiemaatregel wordt nagestreefd, menen wij, op grond van de volgende

---

<sup>82</sup> Zie rechtsoverweging 164 van zaak C-179/14, Commissie tegen Hongarije, 23 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:108.

<sup>83</sup> Ibid, rechtsoverweging 84.

argumenten, dat de nationalisatiemaatregel een doelstelling van sociaal beleid nastreeft.<sup>84</sup> Met de invoering van het Nationaal zorgfonds wordt de solidariteit tussen hoge en lage inkomens bevordert, aangezien dit fonds gefinancierd zal worden door bijdragen van verzekerden die wat de hoogte betreft zullen variëren naar draagkracht. Verder ligt aan een dergelijk fonds de doelstelling om eenieder toegang te verlenen tot zorg van hoge kwaliteit ten grondslag. Het stelsel van het Nationaal Zorg fonds zal werken volgens het solidariteitsbeginsel. Dit betekent dat alle personen die onder de basisverzekering vallen samen gemeenschappelijk de risico's dragen. De hoogte van de verschuldigde bijdrage zal onafhankelijk zijn van het risico dat de verzekerde loopt en de waarde van de uitgekeerde prestaties zal niet evenredig zijn aan de door de verzekerde betaalde bijdragen. De kosten van personen die veel gebruik van de gezondheidszorg maken, worden met andere woorden medegefinancierd door de premies betaald door personen die weinig gebruik van deze zorg maken.

In zowel het arrest *Freskot*<sup>85</sup> als in het arrest *Kattner Stahlbau GmbH*,<sup>86</sup> accepteerde het HvJ EU dat een doelstelling van sociaal beleid als dwingende reden van algemeen belang. Wij menen derhalve dat de nationalisatiemaatregel gerechtvaardigd kan worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang betreffende een doelstelling van sociaal beleid.

Voorts moet een nationale maatregel, om onder de *Rule of Reason* te kunnen vallen, de evenredigheidstoets doorstaan. In dit kader dienen twee vragen te worden beantwoord: is de maatregel noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken en gaat hij niet verder dan nodig is voor het bereiken van dit doel?

Wat de noodzakelijkheid van de maatregel betreft, willen wij opmerken dat het HvJ EU erop heeft gewezen dat de maatregel in kwestie slechts noodzakelijk of geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, indien de verwezenlijking van dit belang op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.<sup>87</sup> Indien de Nederlandse wetgever een goede en samenhangende vormgeving van het Nationaal zorgfonds verzekert, lijkt ons dit vereiste in beginsel geen problemen op te leveren.

Verder moet de nationale maatregel niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van het nagestreefde doel. Hier moet de vraag worden beantwoord of minder beperkende

---

<sup>84</sup> Zie rechtsoverwegingen 67-68 van zaak C-355/00, *Freskot* AE, 22 mei 2003, ECLI:EU:C2003:298 en rechtsoverweging 87 van zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127.

<sup>85</sup> Zie rechtsoverweging 69 van het arrest *Freskot*.

<sup>86</sup> Zie rechtsoverweging 88 van het arrest *Kattner Stahlbau*.

<sup>87</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging van zaak C-169/07, *Hartlauer*, 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141.

maatregelen bestaan om de doelstelling van sociaal beleid te realiseren die met de nationalisatiemaatregel wordt gediend. Uit de reeds aangehaalde arresten *Freskot AE*<sup>88</sup> en *Kattner Stahlbau GmbH*<sup>89</sup> van het HvJ EU volgt dat in dit verband de volgende twee vragen dienen te worden beantwoord.

De eerste is of de basisverzekering een minimale dekking biedt, zodat het mogelijk is om deze verzekering aan te vullen met aanvullende verzekeringen die aangeboden worden door particuliere verzekeraars in Nederland of in andere Lidstaten. Dit lijkt het geval te zijn, indien slechts de uitvoering van de basisverzekering aan het Nationaal zorgfonds wordt opgedragen. Personen in Nederland zijn dan vrij zich tegen gezondheidsrisico's aanvullend te verzekeren bij particuliere zorgverzekeraars in Nederland of in een andere Lidstaat.

De tweede vraag is of de omvang van de dekking van de verplichte basisverzekering evenredig is. Hier speelt de vraag of het Nationaal zorgfonds en, daarmee samenhangend, zijn sociale taak, gevaar zou lopen, indien personen tegen sommige van de door de verplichte basisverzekering gedekte risico's bij particuliere verzekeraars mochten verzekeren. Het is aan de Nederlandse overheid om dit te bewijzen en te onderbouwen. In dit verband zou kunnen worden gesteld dat, indien uitvoering van de gehele basisverzekering niet aan één instantie, het Nationaal zorgfonds, wordt opgedragen maar de verzekering van bepaalde risico's aan de markt zou worden gelaten, het volgende zou kunnen gebeuren. Jonge en gezonde personen zouden gunstiger verzekeringsvoorwaarden kunnen trachten te krijgen bij particuliere verzekeraars, indien aansluiting bij de basisverzekering beperkt zou worden tot bepaalde prestaties. Door het vertrek van deze "goede" risico's zou het Nationaal zorgfonds met meer of alleen "slechte" risico's blijven zitten, waardoor de kosten van de premies zouden kunnen stijgen.

De vraag zou kunnen rijzen of het huidige zorgverzekeringssysteem, waarin particuliere verzekeraars een acceptatieplicht hebben en niet mogen differentiëren naar premie, niet gezien kan worden als een middel om doelstellingen van sociaal beleid op minder vergaande wijze te realiseren dan door de invoering van een Nationaal zorgfonds. Op grond van artikel 168 lid 7 VWEU behoort evenwel de organisatie van de zorg tot de bevoegdheden van de Lidstaten. Ervan uitgegaan mag worden dat het HvJ EU deze

---

<sup>88</sup> Zie rechtsoverweging 70 van zaak C-355/00, *Freskot AE*, 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:298.

<sup>89</sup> Zie rechtsoverweging 89 van zaak C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:127.

bevoegdheid zal respecteren<sup>90</sup> en het aan de Lidstaten zal laten om te kiezen voor een privaat of publiek zorgsysteem. In het kader van het vrije verkeer zal door het HvJ EU alleen worden nagegaan of de vormgeving van het publieke systeem van het Nationaal zorgfonds geen aanleiding geeft tot beperkingen die verder gaan dan noodzakelijk is.

#### **4.1.3 De Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer en exclusieve rechten: de transparantieplichtingen**

Voorts willen wij voor de toetsing van het Nationaal zorgfonds aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer wijzen op de jurisprudentie van het HvJ EU over de transparantieplichting en het verlenen van exclusieve rechten. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU,<sup>91</sup> geldt, in het kader van het vrije verkeer van diensten, de zogenaamde transparantieplichting wanneer de overheid van een Lidstaat voornemens is voor de uitoefening van een economische activiteit een exclusief recht of concessie te verlenen.

De transparantieplichting houdt in dat de overheid in kwestie aan elke potentiële geïnteresseerde marktdeelnemer een passende mate van openbaarheid van haar voornemen moet garanderen waardoor mededinging kan plaatsvinden en waardoor de onpartijdigheid van de gunningsprocedure kan worden gecontroleerd, zonder dat noodzakelijkerwijs een aanbesteding hoeft te worden uitgeschreven.<sup>92</sup>

Volgens het HvJ EU,<sup>93</sup> vloeit de transparantieplichting voort uit de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, die in het kader van de toepassing van bijvoorbeeld artikel 56 VWEU, in acht moeten worden genomen. De transparantieplichting zorgt ervoor dat alle mogelijkerwijs geïnteresseerde ondernemingen uit andere Lidstaten dezelfde kansen hebben als nationale ondernemingen om voor de opdracht in aanmerking te komen. Indien de transparantieplichting niet in acht wordt genomen, zal er sprake zijn van indirecte

---

<sup>90</sup> Zie in dit verband ook rechtsoverwegingen 29 en 30 van de zaak Hartlauer (reeds aangehaald) en rechtsoverwegingen 55 en 56 van zaak C-113/13, Azienda sanitaria locale, 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2440.

<sup>91</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-231/03, Coname, 21 juli 2005, ECLI:EU:C:2005:487.

<sup>92</sup> Zie rechtsoverweging 39 van gevoegde zaken C-25/14 & C-26/14, UNIS, 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:821.

<sup>93</sup> Zie bijvoorbeeld, rechtsoverwegingen 17-19 van zaak C-231/03, Coname, 21 juli 2005, ECLI:EU:C:2005:487 en rechtsoverweging 37 van zaak C-221/12, Belgacom, 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:736.

discriminatie, hetgeen onder artikel 56 VWEU verboden is en zo kan de procedure voor het verlenen van het exclusieve recht tot strijd met het EU-recht leiden.

Het spreekt voor zich dat, indien een Nationaal zorgfonds met de uitvoering van de basisverzekering in Nederland wordt toevertrouwd, dat hier sprake is van een exclusief recht toegekend door de Nederlands overheid. De vraag is of de Nederlandse overheid, bij het invoeren van een Nationaal zorgfonds, aan de transparantieplichting gebonden is.

In het arrest *Betfair*<sup>94</sup> bepaalde het HvJ EU dat de transparantieplichting niet is geschonden, indien de overheid in kwestie een exclusief recht (i.c. een vergunning voor het organiseren van kansspelen) verleent aan “een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen”. Indien met andere woorden de overheid zelf dan wel een door de overheid gecontroleerde organisatie het exclusieve recht uitvoert, is de transparantieplichting niet van toepassing.

Ervan uit mag worden gegaan dat bij de invoering van de nationalisatiemaatregel, het exclusieve recht om de basisverzekering uit te voeren zal worden verleend aan een overheidsinstantie, het Nationaal zorgfonds, althans aan een instantie op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Indien dit het geval is, dan lijkt het ons aannemelijk dat bij de invoering van het Nationaal zorgfonds de Nederlandse overheid de transparantieplichting niet in acht hoeft te nemen. Indien daarentegen een marktspeler –dat wil zeggen een organisatie die niet tot de overheid behoort en waarop de overheid geen strenge controle kan uitoefenen–, het exclusieve recht krijgt om de basisverzekering aan te bieden, geldt de transparantieplichting wel.

#### **4.2 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM**

Teneinde de invoering van een publiek stelsel voor ziektekosten te toetsen aan het recht op eigendom, zal de maatregel worden geanalyseerd op grond van de deelvragen zoals die uiteen zijn gezet in paragraaf 3.5.1. De maatregel bestaat uit twee opties die, waar nodig, afzonderlijk worden besproken.

---

<sup>94</sup> Zie rechtsoverwegingen 59-60 van zaak C-203/08, *Betfair*, 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307.

#### **4.2.1 Ziet de maatregel op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1 EVRM**

Voor de eerste optie, namelijk nationalisatie in één keer, is het gelijk duidelijk dat de maatregel ziet op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM en ook dat de maatregel een beperking oplevert van dat recht.

Bij de tweede optie is er sprake van het verleggen van private wettelijke taken van de zorgverzekeraars naar de overheid, met als doel dat de vier grootste zorgverzekeraars uiteindelijk zorgorganisaties op regionaal niveau worden en er uiteindelijk één centraal Nationaal zorgfonds komt. Zoals is beschreven in paragraaf 3.5.1 kan het eigendomsrecht ook rechten en belangen omvatten, bijvoorbeeld een klantenkring. Wanneer het om niet-fysiek eigendom gaat, is vooral van belang of de rechten/belangen een objectief vast te stellen economische waarde vertegenwoordigen. Het lijkt onvermijdelijk dat de tweede maatregel invloed heeft op de nu bestaande rechten/belangen met economische waarde van zorgverzekeraars. De zorgverzekeraars zullen namelijk hun bedrijf niet meer kunnen uitoefenen zoals zij dat nu doen en zij zullen bovendien geheel van vorm veranderen in de zin dat zij niet langer een privaatrechtelijke rechtspersoon zullen zijn. Daarom wordt aangenomen dat de tweede maatregel ook op eigendom ziet en ook de verzekeraars beperkt in hoe zij vrijelijk met hun eigendom kunnen omgaan.

#### **4.2.2 Betreft de maatregel een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM?**

Uit het voorgaande bleek al dat beide opties zien op het eigendomsrecht van verzekeraars en dat zij een beperking vormen van dat recht. De vervolgvraag is welke regel uit het artikel 1 P1 EVRM van toepassing is.

Voor de nationalisatie in één keer is het antwoord op die vraag onmiddellijk duidelijk: hierop is de eerste regel van toepassing die geldt voor ontneming (eerste alinea, tweede zin van artikel 1 P1 EVRM).

Voor de andere optie is dat antwoord minder onmiddellijk helder, omdat er niet als zodanig over nationalisatie wordt gesproken. Het is echter wel duidelijk dat de zorgverzekeraars in hun huidige vorm niet zullen blijven bestaan en dat een deel van de infrastructuur van zorgverzekeraars (call centers, inkoop) over zal gaan naar een



Nationaal zorgfonds. Daarbij worden de vier grote zorgverzekeraars genationaliseerd tot een Nationaal zorgfonds en worden de reserves van zorgverzekeraars ingezet voor transitiekosten. Bij de tweede optie lijkt dus ook wel degelijk sprake te zijn van ontneming (van onderdelen van zorgverzekeraars en bepaalde zorgverzekeraars) in de vorm van nationalisatie, in die zin dat de staat de handen legt op een eigendom teneinde het algemeen belang te dienen.<sup>95</sup>

#### **4.2.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden?**

Onteigeningen zijn niet verboden onder het EVRM; ook dergelijke maatregelen kunnen de toets van artikel 1 P1 EVRM doorstaan, maar dan moeten zij wel voldoen aan de vereisten van legitimiteit, legitiem doel en redelijk evenwicht.

##### *Wettelijke grondslag*

De voorgestelde maatregel, of nu voor optie 1 of optie 2 wordt gekozen, zal in een wet moeten worden neergelegd die voldoende precies en voorzienbaar is. In dit advies wordt ervan uitgegaan dat er een wet wordt gebruikt voor de invoering van een Nationaal zorgfonds, zodat het volgende vereiste aan de orde kan komen.

##### *Legitiem doel*

Het doel van de voorgestelde maatregelen is nog niet vastomlijnd. Wel is te verwachten dat de ontneming, welke vorm zij ook aanneemt, zal worden gepresenteerd als een maatregel die wenselijk is om de toegankelijkheid en kwaliteit van de zorg te waarborgen. Het is verder aannemelijk dat het EHRM een dergelijk doel zal accepteren, aangezien het zich terughoudend opstelt bij de beoordeling van het doel, tenzij het doel kennelijk onredelijk is. Bij zorg gerelateerde doelen zal dat niet het geval zijn. Dit wordt bevestigd door rechtspraak van het EHRM waarin het benadrukt dat, omdat de wetgever bij de beslissing tot onteigening politieke, economische en sociale kwesties moet afwegen, de *margin of appreciation* voor de keuze van het doel breed moet zijn.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 12 oktober 1982, 8588/79 (*Bramelid/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:1012DEC000858879.

<sup>96</sup> EHRM 12 oktober 2010, 30767/05 (*Maria Atanasiu e.a./Roemenië*), ECLI:CE:ECHR:2010:1012JUD003076705, rechtsoverweging 166.

*Redelijk evenwicht tussen bevordering algemeen belang en bescherming rechten individu*

Ook bij ontneming is vereist dat er een redelijk evenwicht bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van, in dit geval, de zorgverzekeraar. Bovendien moet er een redelijke verhouding tussen het middel en het doel bestaan en moet de klager geen excessieve last dragen.<sup>97</sup>

De regel uit artikel 1 P1 EVRM die van toepassing is op ontneming vereist bijna altijd compensatie.<sup>98</sup> De hoogte van de compensatie is namelijk van wezenlijk belang voor de vraag of de maatregel het vereiste redelijke evenwicht bereikt en of de klager al dan niet een excessieve last draagt. Gewoonlijk zal onteigening zonder het betalen van een bedrag dat in redelijke verhouding (*reasonably related*) staat tot de waarde van de eigendom, een niet-proportionele inmenging met het eigendomsrecht opleveren.<sup>99</sup>

Artikel 1 P1 EVRM geeft echter niet in alle omstandigheden een recht op volledige compensatie, want in uitzonderlijke omstandigheden kan het algemeen belang een lagere betaling dan de marktwaarde verantwoorden.<sup>100</sup> Dergelijke omstandigheden bestaan bijvoorbeeld wanneer de maatregel betrekking heeft op economische hervormingen of ten doel heeft bij te dragen aan *greater social justice* of de bescherming van cultureel en historisch erfgoed.<sup>101</sup> Wanneer een staat fundamentele hervormingen doormaakt, bijvoorbeeld van een monarchie in een republiek verandert, bestaan zulke omstandigheden ook.<sup>102</sup> Het HvJ EU onderwerpt de hoogte van de gekozen compensatie wel aan zijn toetsing, omdat een staat zich ook tijdens economische en politieke hervormingen aan fundamentele EVRM-beginselen zoals legitimiteit moet houden.<sup>103</sup> De

---

<sup>97</sup> EHRM 9 december 1994, 13092/87 (*The Holy Monasteries/Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287, rechtsoverweging 70.

<sup>98</sup> Zie voor een uitzondering: EHRM 30 juni 2005, 46720/99 (*Jahn/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099.

<sup>99</sup> EHRM 23 november 2000, 25701/94, (*The Former King of Greece/Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:2000:1123JUD002570194, rechtsoverweging 89; EHRM 22 juni 2004, 31443/96 (*Broniowski/Polen*), ECLI:CE:ECHR:2004:0622JUD003144396, rechtsoverweging 186.

<sup>100</sup> EHRM 9 december 1994, 13092/87 (*The Holy Monasteries/Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287, rechtsoverweging 71.

<sup>101</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 121; EHRM 19 februari 2009, 2334/03 (*Kozacioğlu/Turkije*), ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000233403, rechtsoverweging 64.

<sup>102</sup> EHRM 23 november 2000, 25701/94 (*The Former King of Greece/Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:2000:1123JUD002570194, rechtsoverweging 87; EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 121.

<sup>103</sup> EHRM 11 januari 2000, 29813/96, (*Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2000:0111JUD002981396, rechtsoverweging 52; EHRM 21 juli 2005, 57001/00 (*Străin e.a./Roemenië*), ECLI:CE:ECHR:2005:0721JUD005700100, rechtsoverweging 53.

toetsing is dan echter wel beperkt in die zin dat het HvJ EU bepaalt of de keuze binnen de brede *margin of appreciation* valt.<sup>104</sup>

Nationalisatie is ook zo'n omstandigheid, waarin de compensatie lager mag zijn dan de marktwaarde, zolang er een redelijke verhouding bestaat tussen het bedrag en de waarde van de eigendom.<sup>105</sup> De compensatie mag onder meer lager zijn omdat het bepalen van de waarde van bijvoorbeeld grote bedrijven in de vliegtuig- en scheepsbouwindustrie vele malen complexer is dan de waardebepaling van een stuk grond.<sup>106</sup> Net als in de andere uitzonderlijke omstandigheden beschikt de staat in deze omstandigheid over een brede *margin of appreciation* om te bepalen of de verhouding redelijk is. De staat heeft veel discretie, omdat hij, wanneer hij tot nationalisatie beslist, verschillende kwesties moet afwegen waarover de meningen binnen een democratische samenleving in redelijkheid sterk kunnen verschillen. Aangezien de nationale autoriteiten directe kennis hebben van de samenleving, zijn zij in beginsel beter dan een internationale rechter ertoe in staat om in te schatten welke maatregelen passend zijn. Omdat de beslissing tot nationalisatie niet los kan worden gezien van de beslissing omtrent compensatie, stelt het EHRM zich ook ten opzichte van die laatste beslissing terughoudend op. Het beperkt zich tot het oordeel of de beslissing buiten de brede *margin of appreciation* valt en respecteert het oordeel van de wetgever tenzij dat kennelijk onredelijk is.<sup>107</sup>

Het arrest in de zaak *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk* is een voor dit advies relevante uitspraak, omdat de zaak draaide om de nationalisatie van twee bedrijfstakken: de vliegtuig- en scheepsbouwindustrie. De klagers in *Lithgow* betwistten niet de nationalisatie als zodanig, maar vonden de compensatie onredelijk.<sup>108</sup> Het EHRM echter keurde de volgende aspecten van de compensatiewetgeving goed: het gebruikmaken van de waarde van aandelen om de hoogte van de compensatie te bepalen,<sup>109</sup> de manier

---

<sup>104</sup> EHRM 10 juli 2012, 34940/10 (*Grainger e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:2012:0710DEC003494010, rechtsoverweging 37.

<sup>105</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 121

<sup>106</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 121.

<sup>107</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 122.

<sup>108</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 124.

<sup>109</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 125-6.

waarop de waarde van de aandelen was bepaald,<sup>110</sup> en de gekozen referentieperiode voor de waardebepaling.<sup>111</sup> Vervolgens ging het EHRM in op de effecten van het compensatiesysteem (voor de afzonderlijke bedrijven die hadden geklaagd) en vond ook die niet in strijd met artikel 1 P1 EVRM.<sup>112</sup>

In een andere nationalisatiezaak, *Grainger t. Verenigd Koninkrijk*, vond het EHRM ook geen schending. Deze zaak was aangespannen door aandeelhouders vanwege de nationalisatie van de bank Northern Rock Plc. Het EHRM benadrukte dat, omdat het ging om macro-economisch beleid (maatregelen die waren genomen ten tijde van de economische crisis), de staat een brede *margin of appreciation* had en dat het de beslissingen van de nationale autoriteiten zou respecteren tenzij die kennelijk zonder redelijke grond (*manifestly without reasonable foundation*) zouden zijn.<sup>113</sup> Omdat het er niet op leek dat dit het geval was, besloot het EHRM dat de zaak kennelijk ongegrond en daarom niet-ontvankelijk was.<sup>114</sup>

De hoogte van de compensatie is, zoals uiteen gezet, van groot belang om te bepalen of er een redelijk evenwicht bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu. Naast het bedrag zijn er ook andere, meer procedurele punten van belang om dit te bepalen. Het EHRM hecht er bijvoorbeeld belang aan of het compensatiesysteem consistent is, hoe lang het duurt voordat compensatie wordt uitbetaald en hoe de hoogte van compensatie wordt bepaald (zoals ook al bleek uit de *Lithgow*-uitspraak). Meer algemeen gesteld, is de handelswijze van de staat relevant en de mate, waarin zijn handelswijze tot onzekerheid van welke aard dan ook leidt.<sup>115</sup> Deze beginselen zijn ook toepasselijk indien de staat grootschalige hervormingen doorvoert.<sup>116</sup>

<sup>110</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 127-130.

<sup>111</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 131-135.

<sup>112</sup> EHRM 8 juli 1986, 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, rechtsoverweging 151.

<sup>113</sup> EHRM 10 juli 2012, 34940/10 (*Grainger e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:2012:0710DEC003494010, rechtsoverweging 39.

<sup>114</sup> EHRM 10 juli 2012, 34940/10 (*Grainger e.a./Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:2012:0710DEC003494010, rechtsoverweging 43.

<sup>115</sup> EHRM 12 oktober 2010, 30767/05 (*Maria Atanasiu e.a./Roemenië*), ECLI:CE:ECHR:2010:1012JUD003076705, rechtsoverweging 168.

<sup>116</sup> EHRM 12 oktober 2010, 30767/05 (*Maria Atanasiu e.a./Roemenië*), ECLI:CE:ECHR:2010:1012JUD003076705, rechtsoverweging 168; EHRM 11 januari 2000, 29813/96, (*Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others/Portugal*), ECLI:CE:ECHR:2000:0111JUD002981396, rechtsoverweging 54.

Omdat er nog geen concrete nationalisatiewetgeving voorligt, kan de maatregel niet goed worden getoetst in het licht van bovenstaande rechtspraak. Wat wel uit die rechtspraak kan worden opgemaakt is aan welke minimumeisen dergelijke wetgeving zou moeten voldoen om de EHRM-toets in een individueel geval te doorstaan. Voorop staat dat klagers niet het besluit tot nationalisatie als zodanig kunnen aanvechten voor het EHRM, maar enkel een klacht kunnen indienen over de hoogte van het compensatiebedrag of de procedure voor het bepalen en uitbetalen van het bedrag. Het is waarschijnlijk *dat* compensatie vereist zal zijn wanneer (delen van) zorgverzekeraars worden genationaliseerd en dat het bedrag in redelijke verhouding moet staan met de waarde van hun eigendom. Het EHRM zal waarschijnlijk niet vereisen dat de verzekeraars worden gecompenseerd voor de marktwaarde van hun eigendommen, maar zal accepteren dat zij met minder moeten nemen vanwege de uitzonderlijke omstandigheden: de wetgeving zou namelijk complex zijn en betrekking hebben op sociaaleconomisch beleid, waardoor het EHRM sterk de neiging heeft dit over te laten aan de verdragsstaten. Enkel wanneer het bedrag kennelijk onredelijk is, zal het EHRM een schending vinden, omdat het waarschijnlijk een brede *margin of appreciation* zal laten aan de Nederlandse wetgever.

Het CPB heeft in 2015 berekend dat de compensatie 19,7 miljard euro zou bedragen wanneer de overheid de verzekeraars volledig moet compenseren op basis van de marktwaarde.<sup>117</sup> Volgens het EHRM kan dus een lager bedrag worden betaald, maar moet dat wel in een redelijke verhouding met deze marktwaarde staan. Er dient dus vanuit te worden uitgegaan dat zeer hoge compensaties aan de verzekeraars betaald moeten worden. Naast het uit te keren bedrag, moet de procedure omtrent de onteigening in orde zijn en voldoende zekerheid scheppen en moet de compensatie met niet al te veel vertraging worden uitbetaald.

### **4.3 Conclusie**

De invoering van een Nationaal zorgfonds, waaraan uitvoering van de basisverzekering wordt toevertrouwd, is een regeling van eigendomsrecht in de zin van artikel 345

---

<sup>117</sup> CPB, Technische werkgroep zorgkeuzes in kaart, *Zorgkeuzes in kaart. Analyse van beleidsopties voor de zorg van tien politieke partijen*, p. 209.

VWEU. Dit betekent echter niet dat bij de uitoefening van dit recht de Nederlandse overheid niet gebonden is aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.

Van belang zijn in dit verband zijn de vrijheid van vestiging (artikel 49-55 VWEU ) en het vrije verkeer van diensten (artikel 56-62 VWEU). De invoering van een Nationaal zorgfonds kan tot een beperking van zowel de vrijheid van vestiging als het vrije dienstenverkeer leiden. Een dergelijke beperking moet dan onder het EU-recht worden gerechtvaardigd.

Toetsing van de voorgestelde maatregel aan de *Rule of Reason* levert de volgende conclusies op. Met de invoering van een Nationaal zorgfonds wordt een doelstelling van sociaal beleid nagestreefd. Deze doelstelling zal waarschijnlijk door het HvJ EU als een dwingende reden van algemeen belang worden geaccepteerd.

Wat de noodzakelijkheid van de maatregel in kwestie betreft, merken wij op dat verwezenlijking van de doelstelling van sociaal beleid op coherente en systematische wijze moet worden nagestreefd. De Nederlandse wetgever moet met dit vereiste rekening houden bij de invoering van een Nationaal zorgfonds. Indien er voor een goede en samenhangende vormgeving van het Nationaal zorgfonds wordt gezorgd, zal dit vereiste waarschijnlijk niet teveel problemen opleveren.

Bij de beantwoording van de vraag of de invoering van een Nationaal zorgfonds niet verder gaat dan voor het bereiken van de doelstelling van sociaal beleid nodig is, spelen twee aspecten een rol. Het eerste is de vraag of de basisverzekering een minimale dekking biedt, zodat het mogelijk is om deze verzekering te combineren met aanvullende verzekeringen die aangeboden worden door particuliere verzekeraars in andere Lidstaten. Wij vinden dat deze vraag (in beginsel) bevestigend kan worden beantwoord, indien alleen de uitvoering van de basisverzekering aan het Nationaal zorgfonds wordt opgedragen. Het tweede aspect betreft de vraag of de omvang van de dekking van de verplichte basisverzekering evenredig is. Hier speelt de kwestie of het Nationaal zorgfonds en, daarmee samenhangend, de uitvoering van zijn sociale taak gevaar zou lopen, indien personen zich tegen sommige van de door de basisverzekering gedekte risico's bij particuliere verzekeraars mochten verzekeren. Het is moeilijk om deze kwestie te beoordelen aan de hand van de informatie die wij tot onze beschikking hebben. Hier moet de Nederlandse overheid goed onderbouwen waarom het Nationaal zorgfonds een dergelijk gevaar zou kunnen lopen.

Ook zijn wij ingegaan op de mogelijke toepassing van de transparantieverplichting bij het verlenen van het exclusieve recht aan het op te richten Nationaal zorgfonds om het basispakket aan te bieden. Gezien het feit dat ervan uitgegaan mag worden dat het Nationaal zorgfonds een onderdeel van de Nederlandse overheid zal zijn, menen wij dat de Nederlandse overheid niet aan de transparantieverplichting is gebonden bij de toekenning van het exclusieve recht aan de Nationaal zorgfonds.

Wat de toetsing aan het fundamentele recht van eigendom betreft, dient het volgende te worden opgemerkt. Het is mogelijk om aan te nemen dat de maatregel, voor welke optie ook wordt gekozen, op eigendom ziet en een beperking inhoudt van het recht op eigendom. Voorts kan worden aangenomen dat het gaat om onteigening. Wanneer er een wettelijke grondslag bestaat voor de maatregel en hij een legitiem doel dient, is de moeilijkere vraag of er een redelijk evenwicht is tussen de bevordering van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu. Het antwoord daarop is geheel afhankelijk van hoe de compensatiewetgeving wordt ingericht. Wel staat vast dat de overheid compensatie zal moeten uitkeren, maar waarschijnlijk niet de marktwaarde van 19,7 miljard euro. Bij de berekening van de compensatie zal deze marktwaarde wel als vertrekpunt worden genomen, zodat vaststaat dat de door de overheid te betalen bedragen in de miljarden zullen lopen. De uiteindelijk uit te keren compensatie moet immers in redelijke verhouding staan tot de marktwaarde.

Dan dient nog de vraag aan de orde te komen of artikel 17 Handvest van toepassing is. Dit is het geval, indien de wetgeving tot nationalisatie een verbinding met het Unierecht kent. Zoals ook omschreven is in paragraaf 4.1.1, zouden de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer van vestiging (artikelen 49-55 VWEU) en het vrije verkeer van diensten (artikelen 56-62 VWEU) van toepassing kunnen zijn, maar wel in redelijk specifieke omstandigheden (namelijk indien een Nederlandse dochtermaatschappij of bijkantoor van een moederonderneming gevestigd in een andere Lidstaat een beroep doet op de vrijheden). Enkel in die omstandigheden zou dus ook artikel 17 Handvest van toepassing zijn. Omdat artikel 17 Handvest overeenstemt met artikel 1 P1 EVRM wordt er niet apart getoetst aan artikel 17 Handvest (zie paragraaf 3.5.2)

## **5 Beperking maximale omvang van een zorgverzekeraar**

Eén van de maatregelen die overwogen wordt, is het aan banden leggen van de maximale omvang van de zorgverzekeraars. Wij nemen aan dat dit in praktijk neerkomt op het introduceren van een cap op het aantal verzekerden, waaraan een zorgpolis voor het basispakket mag worden verkocht. Met een dergelijke ingreep beperkt de overheid de commerciële vrijheid van de verzekeraar in aanzienlijke mate.

### **5.1 De cap op het aantal verzekerden en de Richtlijn Solvabiliteit II**

Een cap op het aantal verzekerden aan wie een polis voor het basispakket mag worden verkocht, dient getoetst te worden aan de Richtlijn Solvabiliteit II. Indien een verzekeraar niet met alle verzekerden zaken mag doen, wordt de toegang tot de verzekeringsmarkt belemmerd.

Hoofdstuk II van de Richtlijn Solvabiliteit II regelt de toegang tot het verzekeringsbedrijf. In dit hoofdstuk wordt voor de toepasselijkheid van de EU-normen in kwestie niet geëist dat er zich een grensoverschrijdend effect voordoet. Het is voorts van belang om erop te wijzen dat artikel 2 van de Richtlijn over het toepassingsgebied in algemene zin bepaalt dat deze van toepassing is op (onder meer) directe schadeverzekeringsondernemingen die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd of zich daar wensen te vestigen; niet verlangd wordt dat er sprake is van een grensoverschrijdende vestiging. In deze omstandigheden moet geconcludeerd worden dat hoofdstuk II van de Richtlijn Solvabiliteit II ertoe strekt om de toegang tot het verzekeringsbedrijf te harmoniseren los van enig grensoverschrijdend aspect.<sup>118</sup> Eén en ander betekent dat ook Nederlandse verzekeraars een beroep op de bepalingen uit dit hoofdstuk kunnen doen tegenover de Nederlandse overheid. De problematiek van de puur interne situaties, die besproken is voor de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer in paragraaf 3.2.1, speelt derhalve niet bij Hoofdstuk II van de Richtlijn Solvabiliteit II.1

Artikel 14 en volgende van de Richtlijn Solvabiliteit II regelen uitvoerig de toegang tot het verzekeringsbedrijf. In detail is aangegeven in welke omstandigheden een

---

<sup>118</sup> Zie in dit verband rechtsoverweging 13 van zaak C-456/98, Centrosteeel, Jur. 2000, p. I-6007. Zie ook randnummer 53 van het Advies van de Conclusie van de Advocaat-Generaal Szpunar in gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, Trijber en Harmsen, ECLI:EU:C:2015:505.



vergunning voor een verzekeraar mag worden geweigerd en welke voorwaarden aan een vergunning verbonden mogen worden. Artikel 18 van de Richtlijn Solvabiliteit II bepaalt aan welke voorwaarden een verzekeraar moet voldoen om een vergunning te verkrijgen. Artikel 21 schrijft evenwel voor wat een lidstaat niet mag verlangen van een zorgverzekeraar: het is niet toegestaan om van een verzekeraar voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van algemene en bijzondere voorwaarden, waaronder tarieven, te eisen. In deze bepaling komt het karakter van de Richtlijn Solvabiliteit II goed tot uitdrukking. Naast regulering van de verzekeringsmarkt moet ook ruimte bestaan voor de uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Het verbod van artikel 21 wordt overigens herhaald in artikel 154 van de Richtlijn (dat onderdeel is van de paragraaf over het vrije verkeer van verzekeringsdiensten) en in artikel 181 van de Richtlijn (dat onderdeel is van de paragraaf dat gaat over het toepasselijke recht).

Van groot belang is het bepaalde in artikel 22 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Dit artikel luidt als volgt: “De lidstaten eisen niet dat bij de behandeling van de aanvraag van een vergunning de economische behoeften van de markt in aanmerking worden genomen.”<sup>119</sup> Het punt is dat bij de introductie van een cap op het aantal verzekerden om zo de omvang van verzekeraars aan banden te leggen, de economische behoefte van de markt een belangrijke rol speelt. De vraag naar en het aanbod van verzekeringsproducten wordt immers op vergaande wijze gereguleerd. Naar onze mening is daarmee de kwestie betreffende de hoeveelheid verzekerden, waarmee de verzekeraar een contract wil sluiten, voorwerp van harmonisatie door de Richtlijn Solvabiliteit II. Deze aangelegenheid is uitputtend geregeld en daarom wordt niet toegekomen aan toetsing aan de verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.<sup>120</sup>

Het vertrekpunt van de cap op het aantal verzekerden is dat er geen behoefte is aan grote verzekeraars. Dergelijke spelers zijn niet gewenst volgens het voorgenomen verbod. Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt van artikel 22 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Om de interpretatie van het in dit artikel vervatte verbod te verduidelijken, wordt gewezen op de Engelse bewoordingen ervan, op grond waarvan een vergunningsaanvraag niet beoordeeld mag worden “...in the light of the economic

---

<sup>119</sup> Een vergelijkbare bepaling is artikel 59 lid 3 van Richtlijn solvabiliteit. Op grond hiervan mogen nationale toezichthouders deelnemingen die verzekeraars willen aangaan, niet toetsen aan economische marktbehoeften.

<sup>120</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak C-1/96, *Compassion*, Jur. 1998, p. I-1251.

requirements of the market.” Voor de vraag of een verzekeraar bepaalde activiteiten kan verrichten, mag, met andere woorden, niet bepalend zijn wat de markt zou vereisen.

De wetgever kan besluiten de cap op het aantal verzekerden als voorwaarden te verbinden aan de aan de verzekeraar te verlenen vergunning. Dit is in strijd met artikel 22 van de Richtlijn Solvabiliteit gezien de bewoordingen van dit artikel. Ook kan de wetgever de cap vastleggen als algemene wettelijke verplichting, bijvoorbeeld in de Zorgverzekeringswet. Een dergelijke verplichting zal echter fungeren als een voorwaarde, waarmee rekening moet worden gehouden door een verzekeraar wanneer hij een vergunning aanvraagt en wanneer hij zijn bedrijf inricht in overeenstemming met de verleende vergunning. Ook een dergelijke algemene wettelijke verplichting lijkt daarom in strijd te zijn met artikel 22 van de Richtlijn Solvabiliteit II.

## **5.2 De uitzonderingen uit de Richtlijn Solvabiliteit II**

In het licht van het voorafgaande is de conclusie gerechtvaardigd dat een cap op het aantal verzekerden alleen geoorloofd is, indien deze valt onder een uitzondering van de Richtlijn Solvabiliteit II. Twee bepalingen zijn in dit verband van belang. Artikel 180 van de Richtlijn Solvabiliteit II stelt dat een verzekeraar belet mag worden een verzekering te sluiten, indien hierdoor strijd ontstaat met nationale bepalingen van algemeen belang. Artikel 206 Richtlijn Solvabiliteit II bevat een uitzonderingsbepaling die speciaal voor ziektekostenverzekeraars is geschreven. Er is geen rechtspraak over de interpretatie van deze uitzonderingsbepalingen. Wel is duidelijk dat op deze bepalingen alleen met succes een beroep kan worden gedaan, indien ingrijpen met het oog op het algemeen belang noodzakelijk is. Het vergroten van zeggenschap van de verzekerde met betrekking tot het beleid van de zorgverzekeraar wordt als reden aangevoerd: voor patiënten zou zeggenschap bij kleine verzekeraars eenvoudiger te realiseren zijn dan bij grote verzekeraars.<sup>121</sup> Kan deze reden vallen binnen de reikwijdte van de uitzonderingsbepalingen van artikel 180 en artikel 206 van de Richtlijn Solvabiliteit II? In de reeds in de brief, die geschreven is door de toenmalige commissaris voor de interne markt, Bolkestein, met het oog op het Nederlandse zorgstelsel, wordt gesteld dat dit systeem, waarin eisen betreffende de acceptatie van verzekerden, doorsneepremie

---

<sup>121</sup> Zie bijv. het verkiezingsprogramma van de CU, Hoopvol realistisch: sterke samenleving kan kloven overbruggen, p. 48.

en risicoverevening een belangrijke rol spelen, waarschijnlijk voldoen aan de criteria, zoals die thans zijn vastgelegd in artikel 206 van de Richtlijn Solvabiliteit II.<sup>122</sup> Van belang is wel dat deze eisen niet verder gaan dan noodzakelijk is.<sup>123</sup> Dit geldt uiteraard ook voor artikel 180 van de richtlijn.

Het is zeer de vraag of vergroting van zeggenschap alleen gerealiseerd kan worden bij kleine verzekeraars. Voorsnog zijn er geen concrete aanwijzingen dat bij grote verzekeraars geen zeggenschap op adequaat niveau kan worden georganiseerd. Zolang dergelijke aanwijzingen er niet zijn, kan niet met succes een beroep gedaan worden op artikel 180 en artikel 206 van de Richtlijn Solvabiliteit. Hiermee is de cap op het aantal verzekerden dat een zorgverzekeraar voor het basispakket mag aannemen, zeer kwetsbaar vanuit EU-rechtelijk perspectief. Niet uit het oog moet worden verloren dat bij de invoering van het huidige zorgstelsel reeds een aantal verplichtingen aan zorgverzekeraars zijn opgelegd, die gerechtvaardigd moesten worden op grond van de uitzonderingsbepalingen van de Richtlijn. Elke aanvullende verplichting die aan een zorgverzekeraar wordt opgelegd en die binnen de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II valt, dient beoordeeld te worden in het licht van deze uitzonderingsbepalingen en in het bijzonder van het evenredigheidsbeginsel. Een opstapeling van verplichtingen kan uiteindelijk aanleiding geven tot de conclusie dat de interventies verder gaan dan noodzakelijk is, zeker indien een gedegen onderbouwing van de noodzakelijkheid van de ingreep in kwestie ontbreekt.

### **5.3 Conclusies**

Een nationale regeling die de maximale omvang van een zorgverzekeraar aan banden legt, staat op gespannen voet met artikel 22 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Het is twijfelachtig of deze strijdigheid gerechtvaardigd kan worden vanwege het streven om de zeggenschap van de verzekerden bij het beleid van de verzekeraar te vergroten met een beroep op artikel 180 of artikel 206 van de Richtlijn. De reden hiervoor is dat er

---

<sup>122</sup> Zie de brief van de Commissaris voor de interne markt van 25 november 2003, CAB/PVB/D(03)0848, p. 2 en 3.

<sup>123</sup> Zie in dit verband ook p. 18-19 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over 'Vrij verkeer van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf', Pb. 2000 C43/5. Deze mededeling is tot stand gekomen in het kader van de Schaderichtlijnen, die thans vervangen zijn door de Richtlijn Solvabiliteit II.

vooral nog geen concrete aanwijzingen zijn dat bij grote verzekeraars geen zeggenschap op adequaat niveau kan worden georganiseerd.

## **6 Wijziging van de verhouding tussen nominale premie en inkomensafhankelijke bijdrage**

Thans is in de Zvw vastgelegd dat de verhouding tussen de nominale premie en de inkomensafhankelijke bijdrage 50% is.<sup>124</sup> Er zijn plannen om dit te wijzigen, zodat het aandeel van de inkomensafhankelijke bijdrage groter wordt dan nu geregeld is. Dit komt erop neer dat zorgverzekeraars meer bijdragen van de overheid (via het Zorginstituut) zullen krijgen, waardoor zij hun nominale premies kunnen verlagen.

### **6.1 Verhouding met de Richtlijn Solvabiliteit II**

Indien de overheid de verlaging van de nominale premies niet wettelijk afdwingt, is de Richtlijn Solvabiliteit II niet van toepassing, omdat er niet in de tariefsvrijheid wordt ingegrepen. Indien de overheid de zorgverzekeraar wel bij wet eisen stelt aan de hoogte van de nominale premie, is deze richtlijn wel van toepassing en ontstaat er ook strijd met het beginsel van tariefvrijheid, zoals uiteengezet in zaak C-59/01, Commissie t. Italië.<sup>125</sup> Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak over artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn aangegeven dat een bevrozing van de tarieven van een verzekering die onder deze richtlijn viel niet geoorloofd was.<sup>126</sup> Aan de orde in zaak C-59/01 was een wettelijke maatregel van Italië, op grond waarvan de tarieven voor een verzekering voor motorvoertuigen niet mochten worden verhoogd. Ook stelde het HvJ EU dat de exceptie van algemeen belang, zoals vastgelegd in artikel 28 van de Derde Schaderichtlijn, geen afbreuk kon doen aan de tariefsvrijheid.

---

<sup>124</sup> Zie artikel 45 Zvw.

<sup>125</sup> Zaak C-59/01, Commissie t. Italië, Jur. 2003, p. I-1759.

<sup>126</sup> Overigens is de tariefsvrijheid die deze richtlijn had ingevoerd niet absoluut. Indien een Lidstaat alleen een technisch kader instelt aan de hand waarvan de verzekeraars de hoogte van hun premies moeten berekenen, bestaat geen strijd met deze vrijheid, zolang deze verzekeraars maar vrij zijn hun basispremie te berekenen. Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 22-29 van zaak C-577/11, DKV Belgium, ECLI:EU:C:2013:146.

Zoals reeds is aangegeven, is hetgeen bepaald was in artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn, teruggekeerd in artikel 21 van Richtlijn Solvabiliteit II.<sup>127</sup> Beide bepalingen bevatten een verbod voor de Lidstaten om van verzekeraars voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van algemene en bijzondere voorwaarden, waaronder tarieven, te verlangen. Hieruit volgt derhalve dat het beginsel van tariefsvrijheid ook vastligt in de Richtlijn Solvabiliteit II en dat maximering van de tarieven op gespannen voet staat met artikel 21 van Richtlijn Solvabiliteit II. Er dient in dit verband eraan herinnerd te worden dat in paragraaf 5.1 uiteengezet is dat hoofdstuk II, waarin artikel 21 is opgenomen, ook van toepassing is situaties, waarin geen grensoverschrijdend aspect aan de orde is. Nederlandse verzekeraars kunnen derhalve een beroep doen op deze richtlijnbeeping in procedures, waarin Nederlandse tariefregulering wordt aangevochten.

In hoeverre kan er een beroep op een uitzonderingsbepaling in de richtlijn gedaan worden? De algemeen belang-bepaling van artikel 28 Derde Schaderichtlijn is teruggekeerd in artikel 180. De vraag rijst of vanwege de rechtspraak van het HvJ EU de conclusie moet zijn dat deze uitzondering niet toegepast kan worden ter rechtvaardiging van nationale bepalingen die de tarieven maximeren. Voor zorgverzekeringen is deze discussie evenwel niet van groot belang, omdat teruggevallen kan worden op de uitzonderingsbepaling van artikel 206 lid 1 van de Richtlijn Solvabiliteit, dat specifiek betrekking heeft op ziektekostenverzekeringen. In de vorige paragraaf is reeds aangegeven dat voor een geslaagd beroep op deze richtlijnbeeping het van belang is dat de te rechtvaardigen maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is. De doelstelling die met tariefsmaximering wordt nageleefd is de toegankelijkheid van de zorg. Het is zeer kwetsief of naast de uitkeringen die gedaan worden door het Zorginstituut in het kader van de risicoverevening ook nog ingrepen dient te worden in de tariefsvorming. Het zal lastig zijn om de evenredigheid van deze stapeling van maatregelen te rechtvaardigen.

## **6.2 De EU-staatssteunregels**

Het meest voor de hand ligt het dat de overheid zich zal beperken tot het verhogen van het aan de zorgverzekeraars uit te keren bedrag dat uit de inkomensafhankelijke

---

<sup>127</sup> Zoals reeds ook is opgemerkt, wordt hetgeen in artikel 21 van de Richtlijn Solvabiliteit II is bepaald, herhaald in artikel 154 en 181 van deze richtlijn.

bijdragen wordt gefinancierd. Het bedrag dat in het kader van de risicovereveningssysteem aan Zorgverzekeraars wordt uitgekeerd door het Zorginstituut, zal met andere woorden omhoog gaan. Het verschaffen van meer geldelijke middelen aan zorgverzekeraars dient onderzocht te worden in het licht van de EU-staatssteunregels. Artikel 107 VWEU verbiedt immers Lidstaten om zonder voorafgaande toestemming van de Commissie staatssteun te verlenen aan ondernemingen, waardoor de concurrentie op de interne markt wordt verstoord.

### *Het systeem van risicoverevening en de EU-staatssteunregels*

In het verleden is het systeem van risicoverevening dat gefinancierd wordt uit inkomensafhankelijke bijdragen reeds voorwerp van een procedure bij de Commissie geweest. Voor de invoering van de Zvw heeft de Nederlandse overheid dit systeem aangemeld bij de Commissie. Dit heeft geresulteerd in een besluit van de Commissie in zaak N 541/2004 en N 542/2004.<sup>128</sup> Hierin is geoordeeld dat het risicovereveningssysteem aanleiding gaf tot staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De compensatie toegekend aan verzekeraars werden aangemerkt als staatsmiddelen.<sup>129</sup> Verder leidden deze compensatie tot een voordeel voor een bepaalde groep ondernemingen (selectiviteit).<sup>130</sup> Hierdoor werd in enige mate de mededinging op de interne markt verstoord en de handel tussen de lidstaten beïnvloed.<sup>131</sup>

Ook was de Commissie de opvatting toegedaan dat de benadering, zoals het HvJ EU die ontwikkeld heeft in het Altmark-arrest,<sup>132</sup> niet van toepassing was. Volgens deze benadering vormt de compensatie van de kosten die gemoeid zijn met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang, geen staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Zoals in paragraaf 3.4 van dit advies aan de orde is geweest, dienen alle steunmaatregelen die onder het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU vallen, eerst te worden aangemeld bij de Commissie, voordat zij ten uitvoer kunnen worden gelegd. In het arrest Altmark heeft het HvJ EU beslist dat compensatie die beperkt blijft tot de kosten verbonden met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang geen steun inhouden en daarom ook niet behoeven te worden aangemeld. Om met

---

<sup>128</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem.

<sup>129</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nrs. N 541/2004 en N 542/2004, p. 20.

<sup>130</sup> Zie vorige noot.

<sup>131</sup> Zie vorige noot.

<sup>132</sup> Zaak C-280/00, Altmark, Jur. 2003, p. I-7747.

succes een beroep op dit arrest te kunnen doen, dient evenwel te worden aangetoond dat 1) de begunstigde ondernemingen belast zijn met een openbaredienstverplichting,<sup>133</sup> 2) de parameters voor de berekening van de compensatie vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld, 3) de compensatie niet hoger dan noodzakelijk is en 4), wanneer de dienst van algemeen economisch belang niet is toegekend door middel van een aanbestedingsprocedure, de compensatie is berekend op basis van de gemiddelde kosten van een goed geleide onderneming.

De Commissie was in zaak N 541/2004 en N 542/2004 van oordeel dat niet voldaan was aan deze laatste voorwaarde, omdat alle verzekeraars compensatie ontvingen ongeacht hoe efficiënt ze zijn.<sup>134</sup> Deze bevinding leidde er toe dat volgens de Commissie het Nederlandse systeem van risicoverevening onder het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU viel en alleen ten uitvoer kon worden gelegd, indien het goedgekeurd zou worden door diezelfde Commissie.<sup>135</sup>

Omdat het verbod op staatssteun van toepassing was, ging de Commissie na of het Nederlandse systeem van risicoverevening gerechtvaardigd kon worden door artikel 106 lid 2 VWEU. Op grond van deze verdragsbepaling mag een Lidstaat staatssteun verlenen aan ondernemingen, indien dit noodzakelijk is vanwege een aan deze ondernemingen toevertrouwde taak van algemeen economisch belang. Het verschil met de Altmark-benadering is dat voor de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU het niet vereist is dat de uitgekeerde bedragen berekend zijn op basis van de gemiddelde kosten van een goed geleide onderneming. In staatssteunzaken kan evenwel alleen met succes een beroep gedaan worden op artikel 106 lid 2 VWEU, indien de nationale maatregel in kwestie is aangemeld bij de Commissie, hetgeen overigens gebeurd was in zaak nrs. N 541/2004 en N 542/2004.

De Commissie leidde in deze zaak uit een samenstel van verplichtingen, opgelegd aan de zorgverzekeraars (zoals de acceptatieplicht en verbod op premiedifferentiatie), af dat deze ondernemingen belast waren met een dienst van algemeen economisch belang.<sup>136</sup>

De Commissie meende voorts dat de toegekende compensatie noodzakelijk was om zo inkomenssolidariteit te bewerkstelligen en de toegankelijkheid voor de zorg te

---

<sup>133</sup> Uit rechtsoverweging 96 van zaak T-289/03, BUPA, 12 februari 2008, ECLI:EU:T:2008:29, blijkt dat het begrip Openbaredienstverplichting synoniem is met de term dienst van algemeen economisch belang.

<sup>134</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 24.

<sup>135</sup> Vergelijk in dit verband artikel 108 lid 3 VWEU.

<sup>136</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 26 en 27.

garanderen.<sup>137</sup> Ook werd van belang geacht dat de vereveningsbijdrage nauw verbonden was met de gezondheidsrisico's, waarbij ex ante de verwachte kosten worden ingeschat en de correctie ex post beperkt en tijdelijk is.<sup>138</sup> Uiteindelijk keurde de Commissie het Nederlandse systeem van risicoverevening goed op grond van artikel 106 lid 2 VWEU. Aanvankelijk was er beroep aangetekend tegen dit besluit van de Commissie; dit beroep is later evenwel ingetrokken.<sup>139</sup> Sindsdien kon ervan uitgegaan worden dat het risicovereveningssysteem, zoals aangemeld bij de Commissie, in overeenstemming met het EU-recht is.

In het goedkeuringsbesluit speelde de compensatie tot 50 % van de verwachte kosten een belangrijke rol. De Commissie is in dit besluit er steeds van uitgegaan dat 50 % van de kosten derhalve gedekt worden door inkomensafhankelijke bijdragen en 50% door nominale premies.<sup>140</sup> Dit betekent dat de goedkeuring alleen betrekking heeft op een risicovereveningssysteem, waarbij 50% van de kosten worden gefinancierd uit inkomensafhankelijke bijdragen.

#### *Wijziging van het aangemelde systeem: nieuwe aanmelding noodzakelijk?*

Indien het percentage van de compensatie betaald uit inkomensafhankelijke bijdragen groter wordt, dan wordt het (nieuwe) systeem van risicoverevening niet meer gedekt door het besluit van de Commissie in zaak nrs. N 541/2004 en N 542/2004. Dit betekent dat dit nieuwe systeem van risicoverevening opnieuw moet worden aangemeld bij de Commissie. Zoals reeds opgemerkt, verbiedt artikel 107 lid 1 VWEU immers steunmaatregelen die niet van tevoren zijn goedgekeurd door de Commissie. Indien een Lidstaat aanmelding achterwege laat en de maatregel in kwestie ten uitvoer legt, dan wordt in strijd met de zogenoemde standstill-verplichting van artikel 108 lid 3 VWEU gehandeld. De Commissie kan dan tot terugvordering van de onrechtmatige staatssteun overgaan; aangezien deze bepaling rechtstreekse werking heeft is de nationale rechter eveneens verplicht om terugvordering van dergelijke steun te gelasten.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 28 en 29.

<sup>138</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 30.

<sup>139</sup> Dit beroep was geregistreerd als zaak T-84/06, Azivo (Pb. 2006 C108/27). De indiener van het beroep heeft evenwel laten weten de zaak te laten vallen. Zie de beschikking van de President van het Gerecht van 13 oktober 2008 in zaak T-84/06, ECLI:EU:T:2008:431.

<sup>140</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 9-12, p. 24 en p. 28.

<sup>141</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 39 en van zaak C-39/94, SFEI, Jur. 1996, p. I-3547.



Betoogd zou echter kunnen worden dat in de zaak BUPA het Gerecht een minder strikte interpretatie van de vierde voorwaarde van het arrest Altmark hanteerde dan de Commissie deed in de zaak over het Nederlandse risicovereveningsysteem. Het Gerecht stelde in de BUPA-zaak dat het niet mogelijk was om een vergelijking te maken tussen een zorgverzekeraar die compensatie ontving en een efficiënt geleide onderneming.<sup>142</sup> Zolang maar uitgesloten is dat compensatie van zorgverzekeraars "...kan leiden tot een verdeling van de kosten die uit hun gebrek aan efficiëntie kunnen voortvloeien, en kan afdoen aan de mogelijkheid voor die ondernemers om de winst van hun goede beheer volledig te behouden..." is voldaan aan de vierde voorwaarde van het arrest Altmark.<sup>143</sup> Wellicht zou betoogd kunnen worden dat het Nederlandse systeem van risicoverevening wel voldoet aan de vereisten van Altmark en dat daarom ten onrechte de Commissie ervan is uitgegaan van staatssteun die had moeten worden aangemeld. Het probleem is echter dat de flexibele interpretatie van de vierde Altmark-voorwaarde nog niet is bevestigd door het HvJ EU, zodat onduidelijk blijft of deze interpretatie correct is.<sup>144</sup> Verder is het Gerecht in de zaak CBI,<sup>145</sup> dat betrekking had op staatssteun verleend aan ziekenhuizen, echter uitgegaan van een strikte interpretatie van de voorwaarde van een efficiënt geleide onderneming. In deze zaak was volgens het Gerecht niet aangetoond dat voldaan was aan het vierde Altmark-criterium, omdat onduidelijk was of er mechanismen ter voorkoming van overcompensatie waren opgenomen in de nationale steunmaatregel die ter toetsing voorlag. In dit verband moet erop gewezen worden dat het HvJ EU in de zaak EasyPay weer herhaalde dat het vierde Altmark-criterium neer kwam op de analyse van de kosten van een gemiddelde, goed beheerde en uitgeruste onderneming.<sup>146</sup> In de zaak TV Danmark is het HvJ EU niet ingegaan op het verzoek van een van de partijen om deze vierde voorwaarde flexibel te interpreteren.<sup>147</sup> Daarnaast kan verhoging van de inkomensafhankelijke bijdragen en daarmee van aan de zorgverzekeraars uit te keren compensatiebedragen ertoe leiden dat zelfs kosten voortvloeiend uit inefficiëntie worden gecompenseerd. Een dergelijke handelwijze staat zelfs op gespannen voet met de flexibele interpretatie van de vierde Altmark-

---

<sup>142</sup> Zie rechtsoverweging 249 van het arrest BUPA.

<sup>143</sup> Zie rechtsoverweging 250 van het arrest BUPA.

<sup>144</sup> Zie L. Hancher en W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford, 2012, p. 279 en 280.

<sup>145</sup> Zaak T-137/10, CBI, ECLI:EU:T:2012:584.

<sup>146</sup> Zie rechtsoverweging 52 van zaak C-185/14, EasyPay, 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:716.

<sup>147</sup> Zie rechtsoverwegingen 57 t/m 73 en rechtsoverwegingen 145 t/m 151 van zaak T-674/11, TV2/Danmark, 24 september 2015, ECLI:EU:T:2015:684.

voorwaarde uit het arrest BUPA. Al met al is het risico veel te groot om één van de pijlers van het Nederlandse zorgsysteem te baseren op deze met twijfel omgegeven interpretatie uit het arrest BUPA.

Indien het nieuwe systeem van risicoverevening wordt aangemeld, moet Nederland aantonen dat compensatie groter dan 50% van de kosten noodzakelijk is. Hoe hoger de compensatie is, hoe lastiger dit zal zijn. Concurrentie tussen zorgverzekeraars zal afnemen, waardoor de incentive voor zorgverzekeraars om winsten te gebruiken voor premieverlaging kleiner worden. De Nederlandse overheid zal moeten aantonen dat een compensatie van meer dan 50% van de kosten toch noodzakelijk is om de doelstellingen van inkomenssolidariteit en toegankelijkheid van de zorg te realiseren, zonder dat de handel tussen de Lidstaten en de mededinging op de interne markt vergaand wordt beperkt.

In dit verband moet er ook op gewezen worden dat een besluit van de Commissie aangevochten kan worden bij het Gerecht en in hoger beroep bij het HvJ EU. Een eventuele goedkeuring door de Commissie van het nieuwe systeem van risicoverevening kan derhalve aanleiding geven tot een lange procedure.

### **6.3 Conclusies**

De maatregel om het aandeel van de inkomensafhankelijke bijdrage te vergroten, is niet in strijd met de Richtlijn Solvabiliteit II, indien de hoogte van de (nominale) premies die de zorgverzekeraars in rekening brengen niet worden gemaximeerd door overheidsregulering. Indien dit wel gebeurt, wordt afbreuk gedaan aan het uitgangspunt van de tariefsvrijheid, dat een belangrijke rol speelt in de Richtlijn Solvabiliteit II. Een dergelijke afbreuk zou eventueel kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 206 van de Richtlijn, maar het zal lastig zijn om aan te tonen waarom maximering van de tarieven evenredig is.

De vergroting van het aandeel van de inkomensafhankelijke bijdragen zal ertoe leiden dat zorgverzekeraars hogere bijdragen zullen ontvangen in het kader van het risicovereveningssysteem. Deze maatregel moet daarom beoordeeld worden in het licht van de EU-staatssteunregels. In het verleden is de staatssteun, waartoe dit systeem aanleiding geeft, op grond van artikel 106 lid 2 VWEU goedgekeurd door de Commissie in haar besluit in zaak N 541/2004 en N 542/2004. Hierbij is de Commissie ervan

uitgegaan dat 50% zal worden gefinancierd uit de inkomensafhankelijke bijdragen en 50% uit nominale premies. Indien deze verhouding gewijzigd wordt, is nieuwe aanmelding bij de Commissie van de compensaties die in het kader van de risicoverevening worden gegeven onvermijdelijk. In dit verband moet eraan herinnerd worden dat de Commissie of de nationale rechter de Nederlandse overheid kan verplichten niet aangemelde steun op grond van de *standstill*-verplichting terug te vorderen bij de begunstigde ondernemingen.

## **7 De rol van verevening ex post neemt toe**

Een voorstel is om het systeem van verevening te veranderen. Op dit moment wordt het overgrote gedeelte van de kosten verevend via een ex ante-systeem. Op grond van de kenmerken van het risicoprofiel van verzekerden worden zorgverzekeraars van tevoren gecompenseerd voor kosten die bepaalde risico's met zich brengen. Ex post vindt er een correctie plaats, omdat er een verschil kan bestaan tussen de geraamde en daadwerkelijk gemaakte kosten; ook kunnen ernstige calamiteiten van invloed zijn op de kosten die zorgverzekeraars hebben gemaakt. Het uitgangspunt is dat verevening ex ante plaatsvindt, terwijl de rol voor ex post-verevening beperkt is.<sup>148</sup> Een verandering die voorgesteld wordt is om het aandeel van ex post-verevening te vergroten. Hoe deze verandering exact vorm zal worden gegeven, is nog niet bekend. Een nauwkeurige toetsing kan daarom niet worden uitgevoerd. Volstaan wordt met het schetsen van de randvoorwaarden, waarmee rekening dient te worden gehouden.

### **7.1 Staatssteun en de toenemende rol van verevening ex post**

Zoals reeds aan de orde kwam, vormen de compensaties die uitgekeerd worden in het kader van het risicovereveningssysteem staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De consequentie hiervan is dat aanmelding bij en goedkeuring door de Commissie verplicht is, voordat deze compensaties kunnen worden uitgekeerd. In het reeds aangehaalde besluit, waarin de Commissie het Nederlandse risicovereveningssysteem goedkeurde op basis van artikel 106 lid 2 VWEU, is ook ingegaan op

---

<sup>148</sup> Zie de Beschrijving van het risicovereveningssysteem van de Zorgverzekeringswet, uitgave van het Ministerie van VWS, maart 2016, p. 7-10.

de verhouding tussen ex ante en ex post verevening. De Commissie is ervan uitgegaan dat de rol van ex post-verevening beperkt is. Zo heeft zij zelfs gesteld dat naar verwachting de correctiemechanismen van de ex postverevening na 2006 kunnen worden afgebouwd.<sup>149</sup> Bij de beoordeling van het door Nederland aangemelde systeem in het licht van artikel 106 lid 2 VWEU is de Commissie ingegaan op de evenredigheid. Zij achtte het daarbij van belang dat ex ante de verwachte kosten van de prestaties per individu ingeschat worden.<sup>150</sup> In dat verband merkte de Commissie het volgende op. “Naderhand wordt een beperkte correctie doorgevoerd op basis van de echte kosten, echter deze mechanismen hebben slechts een tijdelijk karakter.”<sup>151</sup> In haar betoog dat de compensatie beperkt is tot het strikt noodzakelijke benoemde de Commissie drie ex post-mechanismen expliciet: 1) correctie in geval van rampen 2) tijdelijke correctiemechanismen in verband met kostencalculatie 3) een mechanisme dat rekening houdt met de geraamde en de reële kosten.

Indien de Nederlandse overheid het voornemen heeft om het aandeel van ex post-correcties vergaand te wijzigen, dan is de kans groot dat het goedkeuringsbesluit van de Commissie niet meer het risicovereveningssysteem dekt. In de vorige paragraaf is reeds uiteengezet, dat in dergelijke omstandigheden aanmelding van het nieuwe systeem bij de Commissie onontkoombaar is. In hoeverre de Commissie bereid is dit systeem goed te keuren, zal onder meer afhangen van de verhouding tussen ex post en ex ante verevening alsmede van de argumentatie dat in deze nieuwe verhouding compensatie beperkt blijft tot het strikt noodzakelijk.

## 7.2 Conclusies

Indien de rol van de verevening ex post toeneemt, dan verandert hierdoor het karakter van het risicovereveningssysteem dat Nederland in het verleden bij de Commissie heeft aangemeld in het kader van de EU-staatssteunregels. De goedkeuring van de Commissie in haar besluit in zaak nrs. N 541/2004 en N 542/2004 had betrekking op een stelsel, waarin de rol van ex ante-verevening veel groter is dan die van de verevening ex post. Ervan uit dient te worden gegaan dat goedkeuring van de Commissie zich niet uitstrekt tot een systeem, waarin het aandeel van ex post-verevening aanzienlijk vergroot wordt.

---

<sup>149</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 12 en 13.

<sup>150</sup> Zie het Besluit van de Commissie in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, p. 30.

<sup>151</sup> Zie vorige noot.

Indien een dergelijke vergroting doorgevoerd wordt door de Nederlandse wetgever, is aanmelding van het nieuwe risicovereveningssysteem bij de Commissie onontkoombaar. Bedacht moet worden dat zowel de Commissie als de nationale rechter kan gelasten dat onterecht niet-aangemelde steun moet worden teruggevorderd van de begunstigde ondernemingen.

## **8 Voorschriften voor de polis voor het basispakket**

Overwogen wordt om voor te schrijven dat de zorgverzekeraar voor het basispakket een uniforme polis aanbiedt. Ook zijn er varianten mogelijk, zoals de verplichting dat een verzekeraar slechts één natura- en één restitutiepolis aanbiedt.

### **8.1 Vallen de maatregelen onder een verbod?**

De vraag die naar aanleiding hiervan rijst, is in hoeverre dergelijke voorschriften beoordeeld dienen te worden in het licht van de Richtlijn Solvabiliteit II. Artikel 21 van deze richtlijn, dat opgenomen is in Hoofdstuk II van deze EU-regeling, dat gaat over de toegang tot het verzekeringsbedrijf, verbiedt Lidstaten om voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van algemene en bijzondere voorwaarden (waaronder die ten aanzien van de tarieven) van verzekeringsovereenkomsten te eisen van verzekeringsondernemingen. Zoals reeds aan de orde is gekomen in paragraaf 5.1, zijn de bepalingen uit Hoofdstuk II van toepassing los van enig grensoverschrijdend aspect. Dit geldt uiteraard ook voor artikel 21.

Het verbod uit deze bepaling is verder ook neergelegd in artikel 154 van de richtlijn (sectie over het vrije verkeer van verzekeringsdiensten) en artikel 181 van de richtlijn (sectie over het toepasselijke recht). Dit verbod was ook al vastgelegd in artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn. Helaas is over de thans van kracht zijnde richtlijnbevestigingen geen rechtspraak voorhanden. Wat artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn betreft, kan alleen gewezen worden op jurisprudentie die ging over tarieven,<sup>152</sup> terwijl rechtspraak over andere typen nationale voorschriften ook ontbreekt.

Bij een ruime interpretatie van de artikelen 21, 154 en 181 van de Richtlijn Solvabiliteit II moet ervan uitgegaan worden dat Lidstaten niet mogen ingrijpen in de voorwaarden,

---

<sup>152</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-59/01, Commissie tegen Italië, Jur. 2003, p. I-1759.

waaronder verzekeraars polissen aanbieden. Dit zou betekenen dat nationale voorschriften voor polissen in strijd zijn met deze bepalingen. Voor een ruime interpretatie<sup>153</sup> pleit dat artikel 21 van de Richtlijn Solvabiliteit thans onderdeel is van de paragraaf over de ‘Toegang tot het bedrijf’ en dat een dergelijke uitleg leidt tot verruiming van de toegang tot verzekeringsactiviteiten. In dit verband moet ook gewezen worden op considerans 77 van de Richtlijn Solvabiliteit II, waarin gesteld wordt dat verzekeringsdeelnemers toegang moeten hebben tot “...een zo breed mogelijk gamma van in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten...”. Ook wijzen de eerste zinsneden van artikel 180 van de Richtlijn Solvabiliteit II, dat een exceptie bevat, in de richting van een brede interpretatie. Daar staat het volgende: “Noch de lidstaat van het risico noch de lidstaat van de verbintenis mogen de verzekeringnemer beletten een overeenkomst te sluiten met een verzekeringsonderneming die volgens de voorwaarden van artikel 14 een vergunning heeft verkregen...” en daarna wordt een uitzondering op deze regel geformuleerd. De formulering van artikel 180 van de Richtlijn Solvabiliteit II lijkt er ook vanuit te gaan dat er in beginsel geen specifieke polissen mogen worden voorgeschreven, omdat een dergelijk handelen zou leiden tot het beletten van het sluiten van een overeenkomst.

Een beperkte interpretatie is evenwel niet uit te sluiten. In dat geval zouden de artikelen 21, 154 en 181 van de Richtlijn Solvabiliteit II slechts neerkomen op een verbod voor de Lidstaten om bepaalde ex ante-informatieverplichtingen op te leggen. Voor deze interpretatie pleit de letterlijke tekst van deze artikelen. Het probleem met deze beperkte interpretatie is wel dat deze weinig recht doet aan de doelstellingen van het bevorderen van het vrije verkeer van verzekeringsdiensten. In geval van de beperkte interpretatie zijn nationale voorschriften betreffende de polis niet in strijd met de Richtlijn Solvabiliteit II en is de conclusie zelfs dat de aangelegenheid in kwestie niet is geharmoniseerd door deze richtlijn.

De consequentie hiervan is dat de nationale voorschriften betreffende de polis dan getoetst dienen te worden aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. Met name zijn de bepalingen voor het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van belang in dit verband (artikelen 49-55 en artikelen 56-62 VWEU). Erop gewezen dient te worden dat deze verdragsbepalingen alleen van toepassing zijn, indien er een effect op

---

<sup>153</sup> Vergelijk in dit verband B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht, advies van de landsadvocaat, Den Haag, 4 december 2002, p. 18 en 19.

de handel tussen de Lidstaten is. 'Puur interne situaties', zoals reeds is opgemerkt in paragraaf 3.2.1, vallen niet onder het vrije verkeer-regime.<sup>154</sup>

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat ook maatregelen die de toegang tot zorgmarkten belemmeren, in strijd zijn met de bepalingen uit het Verdrag die verbieden de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten te beperken.<sup>155</sup> Verder heeft het HvJ EU geoordeeld dat de verplichting voor verzekeraars om een motorrijtuigenverzekering aan te bieden, waarbij in beginsel elke aanvraag gedaan door een consument voor een dergelijke verzekering geaccepteerd diende te worden, het vrije verkeer beperkte.<sup>156</sup> Volgens het HvJ EU "...vormt de oplegging door een lidstaat van een contractplicht als de aan de orde zijnde een substantiële inmenging in de contractvrijheid die ondernemers in beginsel genieten."<sup>157</sup> Indien de overheid verplichtingen oplegt aan de verzekeraars om bepaalde polissen aan te bieden, dan is het vrije verkeer belemmerd. Dergelijke verplichtingen hebben vergaande gevolgen voor de contractvrijheid van de verzekeraars. Eén van de varianten die overwogen wordt, is dat zorgverzekeraars alleen nog maar een naturapolis mogen aanbieden. In de reeds aangehaalde brief die de Commissie geschreven had naar aanleiding van de stelselherziening in de zorg, die uiteindelijk in 2006 werd ingevoerd, is opgemerkt dat een systeem dat volledig is gebaseerd op zorg in natura kan leiden tot een grote hindernis voor buitenlandse verzekeraars om actief te worden op de Nederlandse markt.<sup>158</sup> Zij moeten dan immers bij een groot aantal zorgaanbieders van tevoren zorg inkopen, hetgeen hen ervan kan weerhouden de Nederlandse markt te betreden.

## 8.2 Vallen de maatregelen in kwestie onder een exceptie?

Uit bovenstaande analyse blijkt dat ervan uitgegaan moet worden dat nationale bepalingen die voorschrijven welke type of typen polissen moeten worden aangeboden ofwel onder de verboden van de artikelen 21, 154 en 181 van de Richtlijn Solvabiliteit II vallen ofwel onder het verbod om het vrije verkeer te beperken. De consequenties

---

<sup>154</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-268/15, Ullens de Schooten, 15 November 2016, ECLI:EU:C:2016:874.

<sup>155</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-169/07, Hartlauer, Jur. 2009, p. I-1721; gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, Blanco Pérez, Jur. 2007, p. I-81 en zaak C-84/11, Marjo-Liisa Susisalo, 21 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:374.

<sup>156</sup> Zaak C-518/06, Commissie t. Italië, Jur. 2009, p. I-3491.

<sup>157</sup> Zie rechtsoverweging 66 van zaak C-518/06.

<sup>158</sup> Zie de brief van de Commissaris voor de interne markt van 25 november 2003, CAB/PVB/D(03)0848, p. 3.

hiervan is dat nagegaan moet worden of een beroep gedaan kan worden op een uitzondering. Voor de Richtlijn Solvabiliteit II zijn in dit verband de artikelen 180 en 206 van belang. Artikel 180 is reeds hierboven aan de orde geweest en bevat een algemene geformuleerde uitzonderingsgrond die erop neer komt dat het sluiten van een overeenkomst wel belet mag worden om te voorkomen dat er strijd ontstaat met “...de wettelijke bepalingen van algemeen belang...” van de Lidstaat in kwestie. Artikel 206, dat eveneens reeds is besproken, bevat zelfs een uitzondering die specifiek betrekking heeft op ziektekostenverzekeringen die als alternatief voor sociale zekerheid gelden. De Derde Schaderichtlijn bevatte in artikel 54 een vergelijkbare uitzonderingsgrond. Deze uitzondering is van toepassing, indien een (private) ziektekostenverzekering geheel of gedeeltelijk een wettelijke stelsel van sociale zekerheid vervangt. In dat geval moeten de verzekeringsovereenkomsten in kwestie voldoen aan nationale wettelijke bepalingen van het algemeen belang. In de reeds aangehaalde brief van de Commissie staat dat het Nederlandse private zorgstelsel geacht kon worden een stelsel van sociale zekerheid te hebben vervangen en dat voor dit stelsel daarom een beroep gedaan kon worden op artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn, hetgeen thans art 206 Richtlijn Solvabiliteit II is. Er bestaat geen rechtspraak over de interpretatie van de uitzonderingsbepalingen die thans vastliggen in de Richtlijn Solvabiliteit II en voorheen in de Derde Schaderichtlijn. Wel heeft de Commissie in haar Interpretatieve Mededeling ‘Vrij verkeer van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’<sup>159</sup> aangegeven dat de uitzonderingen uit de verzekeringsrichtlijnen in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EU over de vrijverkeerexcepties kunnen worden uitgelegd.<sup>160</sup> Zoals reeds aan de orde kwam, is bij een beperkte interpretatie van de verboden uit de Richtlijn Solvabiliteit II het Verdragsregime voor het vrije verkeer van toepassing. In dat geval dienen de beperkingen beoordeeld te worden in het licht van excepties uit het vrije verkeer. Een en ander betekent dat de toetsing aan de uitzondering zowel bij een beperkte als een ruime interpretatie van de richtlijnverboden vergelijkbaar verloopt. In het kader van het vrije verkeer heeft het HvJ EU in zorgzaken met name onderzocht of bepaalde beperkingen geoorloofd waren in het licht van de verdragsexceptie van de volksgezondheid uit artikel 52 VWEU en de *Rule of Reason*-exceptie van de handhaving van een kwalitatief hoogstaande en toegankelijke zorg, waarbij de aantasting van het

---

<sup>159</sup> Pb. 2000 C43/5.

<sup>160</sup> Zie Interpretatieve Mededeling ‘Vrij verkeer van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’, p. 16-27.



financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel moet worden voorkomen.<sup>161</sup> In die context merkte het HvJ EU op dat de bevoegdheid van de Lidstaten om de verlening en organisatie van de zorg te regelen, dient te worden gerespecteerd.<sup>162</sup> Om met een succes een beroep te kunnen doen op de excepties uit het vrije verkeer moet voldaan zijn aan het evenredigheidsbeginsel. Dit betekent dat moet worden nagegaan of de maatregel noodzakelijk is (geschikt is om de doelstelling van algemeen belang te bereiken) en of er geen minder beperkende maatregel voorhanden is. Aangezien artikel 206 en artikel 180 van de Richtlijn Solvabiliteit II moeten worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak over het vrije verkeer, moet worden aangenomen dat ook voor een beroep op deze uitzonderingsbepalingen geldt dat voldaan moet zijn aan de vereisten van noodzakelijkheid en de minste beperkende maatregel. Het is aannemelijk dat voorschriften gesteld aan polissen ingegeven zijn door het streven om een zorgsysteem dat van hoge kwaliteit en voor eenieder toegankelijk is (solidariteit), te handhaven.<sup>163</sup> In ieder geval is het vaste rechtspraak dat beperkingen niet gerechtvaardigd kunnen worden door zuiver economische doelstellingen.<sup>164</sup>

Om te bezien of een verplichting om bepaalde typen polissen aan te bieden geoorloofd is, dient nagegaan te worden of deze verplichting noodzakelijk is en of de toegankelijkheid tot de zorg van hoge kwaliteit niet op een minder beperkende wijze kan worden nagestreefd. Er worden verschillende verplichtingen overwogen: een verzekeraar mag nog maar één uniforme polis voor de basisverzekering aanbieden, per verzekeraar mag nog maar één natura- en één restitutiepolis worden aangeboden en er dient één gelijke polis per verzekeraar te zijn.

Thans is er weinig informatie voorhanden om een gedegen toetsing uit te voeren. Wel is duidelijk dat de voorgestelde maatregelen alleen geoorloofd zijn, indien een duidelijk verband tussen de maatregel in kwestie en de te realiseren zorgdoelstelling wordt aangetoond. Indien een dergelijk verband niet kan worden aangetoond, kan er geen beroep op de excepties gedaan worden en is het EU-recht geschonden. In dit verband

---

<sup>161</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 50 van het arrest Hartlauer (reeds aangehaald).

<sup>162</sup> Zie onder andere rechtsoverweging 53 van het arrest Blanco Pérez (reeds aangehaald).

<sup>163</sup> Zie bijvoorbeeld het verkiezingsprogramma 2017 van de PvdA, Een verbonden samenleving, p. 48; het verkiezingsprogramma 2007 van GroenLinks, Tijd voor Verandering, p. 37 en het verkiezingsprogramma 2017 van het CDA, Keuzes voor een beter Nederland, p. 70.

<sup>164</sup> Zie onder meer rechtsoverweging 44 van zaak C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075 en rechtsoverweging 72 van zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972.

wordt ter illustratie gewezen op het arrest *Deutsche Parkinson Vereinigung*.<sup>165</sup>

Een Duitse regeling voor uniforme prijzen voor receptplichtige geneesmiddelen werd gezien als een maatregel die het vrije verkeer beperkte, met name omdat deze regeling nadelig uitpakte voor postorderapotheken. Duitsland deed een beroep op de exceptie om een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening te waarborgen. De Duitse regering stelde dat moordende prijsconcurrentie moest worden voorkomen en dat alleen traditionele apotheken in staat waren een veilige en kwalitatieve hoogstaande geneesmiddelenvoorziening in stand te houden. De reactie van het HvJ EU hierop was dat het aan de nationale autoriteiten is “...om in elk specifiek geval de daarvoor vereiste bewijzen te leveren. De rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren, moeten dus gepaard gaan met een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de door deze staat genomen maatregel, alsmede vergezeld gaan van specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog...”.<sup>166</sup> Het HvJ EU stelde vervolgens dat Duitsland er niet in geslaagd was om dit bewijs te leveren, daar deze Lidstaat zich beperkt had tot het maken van een aantal algemene opmerkingen. Uit het dossier bleek echter niet dat door prijsconcurrentie de kwalitatieve geneesmiddelenvoorziening in gevaar zou komen en dat postorderapotheken niet een dergelijke zorg zouden kunnen leveren.<sup>167</sup> De enkele stelling dat door prijsconcurrentie de verlening van de zorg in gevaar zou komen, was in de ogen van het HvJ EU te weinig om aan te nemen dat voldaan was aan de vereisten van noodzakelijkheid en van de minst beperkende maatregel.<sup>168</sup> Het HvJ EU merkte zelfs op dat prijsconcurrentie in het voordeel van de patiënt zou kunnen zijn, omdat deze zo de beschikking zou krijgen over geneesmiddelen tegen lagere prijzen dan de prijzen die worden berekend op basis van de aan de orde zijnde regulering.<sup>169</sup>

Uit dit voorbeeld blijkt dat de enkele stelling dat bepaalde vormen van concurrentie schadelijk zouden zijn voor de zorg, onvoldoende is om aan te tonen dat bepaalde interventies noodzakelijk zijn en er geen minder beperkende maatregelen voorhanden zijn. In dit verband dient nogmaals erop gewezen te worden dat volgens de aangehaalde brief van de Commissie de verplichting om alleen een naturapolis aan te bieden, kan leiden tot een aanzienlijke belemmering, aangezien buitenlandse zorgverzekeraars

---

<sup>165</sup> Zaak C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776.

<sup>166</sup> Zie rechtsoverweging 35 van het arrest *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

<sup>167</sup> Zie rechtsoverweging 39 van het arrest *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

<sup>168</sup> Zie rechtsoverwegingen 40-42 van het arrest *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

<sup>169</sup> Zie rechtsoverweging 43 van het arrest *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

hierdoor ervan weerhouden kunnen worden om de Nederlandse markt te betreden. Voor hen is het zeer lastig om van tevoren zorg in te kopen bij een groot aantal zorgaanbieders. Voor de EU-rechtelijke houdbaarheid van de maatregelen die ingrijpen in de contractsvrijheid van de verzekeraars ten aanzien van de polissen, is het van belang om op basis van deugdelijke argumenten en onderzoek een verband te construeren tussen bepaalde concurrentievormen en de toegankelijkheid tot een kwalitatief hoogwaardige zorg voor eenieder.

### **8.3 De maatregelen bezien vanuit het perspectief van de verzekerde**

Tot nu toe is de problematiek van voorschriften ten aanzien van de aan te bieden polissen benaderd vanuit het perspectief van de verzekeraar. Bepaalde typen polissen kunnen echter ook vergaande consequenties hebben voor de verzekerde. Dergelijke polissen kunnen ertoe leiden dat het (uiterst) lastig wordt om een behandeling in een andere Lidstaat te ondergaan. Zeker indien een zorgverzekeraar alleen nog een naturapolis mag aanbieden, is dit het geval. Met de meeste zorgaanbieders in andere Lidstaten zal immers een zorgverzekeraar in Nederland niet van tevoren een zorginkoopovereenkomst hebben gesloten.

Zowel Verordening 883/2004<sup>170</sup> als de Richtlijn inzake patiëntenrechten<sup>171</sup> bevat regels voor grensoverschrijdende zorg. Artikel 20 lid 1 Verordening 883/2004 stelt dat een verzekerde die naar een andere Lidstaat reist met het oogmerk om daar zorg te ontvangen, daarvoor van tevoren toestemming moet vragen. De Richtlijn inzake patiëntenrechten bevat een meer uitgewerkt regime hiervoor. Nu bepaalt artikel 8 lid 3 van deze richtlijn dat aanvragen voor grensoverschrijdende zorg in beginsel beoordeeld worden op basis van Verordening 883/2004. De verzekerde mag echter erom verzoeken dat het regime van de richtlijn wordt toegepast. Het ligt voor de hand dat de verzekerde dit zal doen, indien dit regime gunstiger voor hem is dan het bepaalde in de verordening. Volgens artikel 7 lid 1 van de Richtlijn inzake patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg hebben patiënten in beginsel recht op vergoeding van de kosten van zorg die zij in een andere Lidstaat hebben ontvangen. Artikel 8 van de Richtlijn bevat uitzonderingen op de verplichting om de kosten van de grensoverschrijdende zorg te vergoeden.

---

<sup>170</sup> Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels, Pb. 2004 L166/1.

<sup>171</sup> Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van de patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, Pb. 2011 L88/45.

Lidstaten mogen een stelsel van voorafgaande toestemming invoeren voor de vergoeding van deze kosten in de volgende gevallen: 1) de zorg in kwestie is onderworpen aan planning om zo de toegang tot hoogwaardige zorg te garanderen<sup>172</sup> 2) de behandeling brengt een bijzonder risico voor de patiënt of de bevolking met zich 3) de zorg wordt verstrekt door een zorgaanbieder, ten aanzien van wie ernstige en specifieke bezorgdheid over de kwaliteit of de veiligheid van de te verlenen zorg bestaat. Daarnaast bevat de Richtlijn in artikel 9 specifieke voorschriften voor de wijze waarop toestemming moet worden verleend. In geval van het bestaan van een wachtlijst dient toestemming voor het ontvangen van zorg in een andere Lidstaat te worden verleend.<sup>173</sup> Indien de overheid bepaalde polisvoorschriften vastlegt in de nationale wetgeving, dienen deze in overeenstemming te zijn met artikel 7, artikel 8 en artikel 9 van de Richtlijn inzake patiëntenrechten. Met name voorschriften die verzekeraars verplichten alleen nog naturapolissen aan te bieden, kunnen ertoe leiden dat verzekerden moeilijkheden ondervinden om zorg die genoten is in een andere Lidstaat vergoed te krijgen. Bij de vormgeving van de polisvoorschriften, dient verzekerd te zijn dat eventuele belemmeringen voor grensoverschrijdende zorg vallen binnen de uitzonderingsbepalingen van artikel 8 van de Richtlijn. Dit betekent met name, naar onze mening, dat alleen voor zorg die een overnachting in een ziekenhuis of waarvoor zeer gespecialiseerde en kostenintensieve medische infrastructuur of apparatuur is vereist, een stelsel van voorafgaande toestemming mag worden gehanteerd. (De andere twee uitzonderingsgronden hebben betrekking op uitzonderlijke situaties die verband houden met risico's betreffende de kwaliteit van de zorg en de veiligheid.)

#### **8.4 Conclusies**

Voorschriften die in nationale wetgeving aan de polis voor het basispakket gesteld worden, vallen onder het verbod opgenomen in de artikelen 21, 154 en 181 van de Richtlijn Solvabiliteit II of onder het verbod om het vrije verkeer te beperken, zoals opgenomen in het VWEU. Eén en ander betekent dat dergelijke voorschriften alleen geoorloofd zijn, indien een beroep gedaan kan worden op een exceptie. Een dergelijk

---

<sup>172</sup> Het gaat hierbij om zorg waarvoor de patiënt in kwestie ten minste één nacht in het ziekenhuis moet verblijven of om zorg, waarvoor zeer gespecialiseerde en kostenintensieve medische infrastructuur of apparatuur is vereist. Zie artikel 8 lid 2 sub a onder i en ii van de Richtlijn inzake patiëntenrechten.

<sup>173</sup> Zie artikel 8 lid 5 van de Richtlijn inzake patiëntenrechten.

beroep is alleen succesvol, indien voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel: is de maatregel geschikt om doelstellingen van algemeen belang -in casu toegankelijkheid tot zorg van hoge kwaliteit- te bereiken en zijn er geen minder beperkende maatregelen voorhanden? Van groot belang is dat er een duidelijk verband wordt aangetoond tussen het ingrijpen in de polis enerzijds en de toegankelijkheid tot zorg van hoge kwaliteit anderzijds. De enkele (niet onderbouwde) stelling dat door concurrentie de verlening van de zorg in gevaar komt, is onvoldoende. Omdat thans niet duidelijk is op welke wijze de overheid zal ingrijpen in de polis, kan niet aangegeven worden in hoeverre het beroep op de excepties succes zal hebben. Wel moet erop gewezen worden dat, indien een dergelijk ingrijpen gepaard gaat met beperkingen van de verzekerden om zorg in een andere Lidstaat te ontvangen, ook de rechten die deze verzekerden kunnen ontlenen aan de Richtlijn inzake patiëntenrechten, in acht moeten worden genomen.

## **9. Voorschriften voor reclame**

De zesde voorgestelde maatregel betreft het maken van reclame door zorgverzekeraars. Een variant is dat het aan zorgverzekeraars verboden wordt om reclame voor de basisverzekering te maken. Een andere variant is dat er een plafond wordt ingevoerd voor het reclamebudget. Dit betekent dat wettelijk wordt vastgelegd hoeveel geld maximaal aan het maken van reclame voor het basispakket door een zorgverzekeraar mag worden besteed.

Hieronder zullen wij beide varianten aan de Richtlijn Solvabiliteit II en aan de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer toetsen. Ook zullen deze maatregelen beoordeeld worden in het licht van artikel 10 EVRM, dat gaat over meningsuiting.

### **9.1 Het maken van reclame en de Richtlijn Solvabiliteit II**

Richtlijn Solvabiliteit II bevat een specifieke bepaling over het maken van reclame. Deze is te vinden in artikel 156 waarin staat "Verzekeringsondernemingen met hoofdkantoor in een Lidstaat mogen met alle beschikbare communicatiemiddelen in de Lidstaat van ontvangst reclame maken voor hun diensten, mits zij de om redenen van algemeen belang vastgestelde voorschriften inzake vorm en inhoud van dergelijke reclame in acht

nemen.”<sup>174</sup> Artikel 156 staat in Hoofdstuk VIII van de richtlijn getiteld “Recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten”. Deze bepaling heeft tot doel het verrichten van verzekeringsdiensten in een andere Lidstaat te vergemakkelijken.

Artikel 156 heeft daarom, in afwijking van de bepalingen van Hoofdstuk II van de Richtlijn Solvabiliteit II, slechts betrekking op grensoverschrijdende diensten. Immers, het hoofdkantoor van de desbetreffende verzekeringsonderneming moet zich in een andere Lidstaat bevinden dan de Lidstaat van ontvangst (de Lidstaat waar de diensten worden verleend). Een voor de hand liggende situatie is die waarin een zorgverzekeraar gevestigd in een andere Lidstaat verzekeringsdiensten op de Nederlandse markt aanbiedt en in Nederland voor deze diensten reclame wenst te maken. Artikel 156 heeft daarom geen betrekking op reclame voor het basispakket gemaakt door een Nederlandse zorgverzekeraar die slechts op de Nederlandse markt actief is. Artikel 156 is echter wel van toepassing op een Nederlandse zorgverzekeraar die dochteronderneming of bijkantoor is van een moederonderneming gevestigd in een andere Lidstaat, omdat dan het hoofdkantoor van de Nederlandse zorgverzekeraar zich in een andere Lidstaat zich bevindt.<sup>175</sup>

Volgens artikel 156 mag een zorgverzekeraar met hoofdkantoor in een andere Lidstaat met alle beschikbare communicatiemiddelen in Nederland reclame maken voor de diensten die hij in Nederland aanbiedt. De enige uitzondering is dat de verzekeraar voorschriften inzake de *vorm en inhoud* van de te maken reclame, die de Lidstaat van ontvangst (Nederland) om redenen van algemeen belang heeft vastgesteld, in acht moet nemen. Een totaal verbod op het maken van reclame voor het basispakket heeft geen betrekking op de vorm en inhoud van reclame en valt daarom niet onder deze uitzondering. Waarschijnlijk is dit ook geval voor het stellen van een plafond aan het budget voor dergelijke reclame, omdat dit voorstel ook niets met de vorm en inhoud van reclame te maken heeft, maar ook op wijze van financiering van reclame ziet.

Zoals reeds eerder in dit advies is vermeld, bevat artikel 206 Richtlijn Solvabiliteit II een uitzonderingsbepaling die specifiek betrekking heeft op ziektekostenverzekeringen die als alternatief voor een wettelijk stelsel van sociale zekerheid gelden. Volgens de reeds

---

<sup>174</sup> Een vergelijkbare bepaling was te vinden in artikel 41 van de Derde Schaderichtlijn en artikel 41 van de Derde Levensverzekeringsrichtlijn.

<sup>175</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 47 van zaak C-201/15, AGET Iraklis, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972.

aangehaalde brief van de Commissie,<sup>176</sup> kan het Nederlandse private zorgstelsel geacht worden een stelsel van sociale zekerheid te hebben vervangen. Dus zou een beroep op artikel 206 door de Nederlandse overheid in beginsel mogelijk zijn om de voorgestelde maatregelen te kunnen rechtvaardigen. Desalniettemin menen wij dat deze bepaling niet van toepassing is op voorschriften van de Lidstaat van ontvangst die betrekking op reclame hebben, en wel om twee redenen.

Ten eerste vermeldt artikel 206 lid 1 sub a) dat Lidstaten kunnen verlangen dat ziektekostenverzekeringsovereenkomsten voldoen aan de wettelijke bepalingen van algemeen belang van de Lidstaat van ontvangst. Ofschoon er geen rechtspraak van het HvJ EU over deze bepaling (of haar voorganger, artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn) is, menen wij dat deze bepaling, zoals alle uitzonderingen op het vrije verkeer, eng moet worden uitgelegd. Artikel 206 heeft derhalve slechts betrekking op de overeenkomst zelf, en niet op reclame gemaakt door een zorgverzekeraar.

Ten tweede bepaalt artikel 206 lid sub b) dat de zorgverzekeraar de toezichthoudende autoriteiten van de Lidstaat van ontvangst in kennis stelt van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekering, alvorens deze in omloop wordt gebracht. In haar Interpretatieve Mededeling,<sup>177</sup> maakt de Commissie duidelijk dat het ondenkbaar is om het recht om reclame te maken te koppelen aan het vereiste dat aan de kennisgevingsprocedure van de Derde Schaderichtlijn is voldaan. Wij menen dat dit ook voor de Richtlijn Solvabiliteit II geldt gezien de overeenkomsten tussen het bepaalde in artikel 206 van de Richtlijn Solvabiliteit II en artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn. Volgens de Commissie, zou de koppeling kunstmatig zijn, want zij wordt in de Derde Schaderichtlijn niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Dit geldt ook voor de Richtlijn Solvabiliteit II. Voorts zou, volgens de Commissie, de koppeling van reclame aan de kennisgevingsprocedure kunnen leiden tot de vreemde situatie dat een verzekeringsonderneming een kennisgeving moet toesturen aan de autoriteiten van alle Lidstaten waar haar reclame theoretisch ontvangen kan worden, terwijl zij niet van plan is om in al deze Lidstaten diensten aan te bieden.

Wij zijn daarom van mening dat artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II op een uitputtende manier de eisen harmoniseert die de Lidstaat van ontvangst (Nederland) kan stellen aan reclame gemaakt door een zorgverzekeraar met hoofdkantoor in een

---

<sup>176</sup> Zie de brief van de Commissie voor de interne markt van 25 november 2003, CAB/PVB/D(03)0848.

<sup>177</sup> Interpretatieve Mededeling van de Commissie. "Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf", Pb 2000 C43/5, p. 14.

andere Lidstaat. Het invoeren van een verbod op reclame voor het basispakket of het stellen van een plafond aan het reclamebudget van een zorgverzekeraar levert derhalve een schending op van artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II.

## **9.2 Het maken van reclame en de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer**

Zoals hierboven vermeld, geldt artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II slechts voor reclame voor grensoverschrijdende verzekeringsdiensten en niet voor reclame gemaakt in Nederland door een zorgverzekeraar die alleen op de Nederlandse markt actief is. In deze situatie is geen sprake van harmonisatie. De consequentie hiervan is dat wij moeten onderzoeken of, in een dergelijke situatie, de voorgestelde maatregelen inzake reclame onder de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer vallen. Indien dat het geval is, zullen wij nagaan of er sprake is van een schending van één of meer van deze bepalingen.

Een zorgverzekeraar die actief is op de Nederlandse markt biedt verzekeringsdiensten aan in dit land. Dergelijke activiteiten zijn diensten in de zin van artikel 57 VWEU waarin staat dat “[I]n de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden (...)”. Het spreekt voor zich dat verzekeringsdiensten gewoonlijk tegen vergoeding geschieden.

Reclame maken voor een product of dienst is een effectieve manier om de consument bekend te maken met en informatie te verschaffen over dit product of deze dienst.<sup>178</sup> Het maken van reclame vergemakkelijkt dus de toegang tot de markt voor het product of de dienst in kwestie.

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU<sup>179</sup> vallen alle nationale maatregelen die de toegang tot de dienstenmarkt in een andere Lidstaat kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, onder het verbod van 56 VWEU. Een verbod op het maken van reclame voor een bepaald product of bepaalde dienst vormt daarom een ernstige beperking van het vrije dienstenverkeer die onder artikel 56 VWEU verboden is.<sup>180</sup> Dit

---

<sup>178</sup> Zie bijvoorbeeld punt 82 van de Conclusie van Advocaat-Generaal Bot in zaak C-500/06, Corporación Dermoestética SA, 31 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:62 waarin hij stelt “Reclame blijkt namelijk voor marktdeelnemers een essentieel instrument te zijn om de consumenten van hun bestaan en activiteiten op de hoogte te brengen.”

<sup>179</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-384/93, Alpine Investments BV, 10 mei 1995, ECLI:EU:C:1995:126.

<sup>180</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-405/98, Gourmet International Products AB, 8 maart 2001, ECLI:EU:C:2001:135 en zaak C-500/06, Corporación Dermoestética SA, 17 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:421.



geldt ook voor het stellen van een plafond aan het reclamebudget. Door wettelijk vast te stellen hoeveel geld maximaal voor het maken van reclame voor het basispakket door een zorgverzekeraar mag worden uitgegeven, is de zorgverzekeraar niet langer vrij om zelf te bepalen hoeveel geld hij aan dit type reclame wil besteden. Dit zou tot het maken van minder of geen reclame voor het basispakket kunnen leiden en de toegang tot de markt kunnen belemmeren.

Alhoewel beide maatregelen inzake reclame een schending van artikel 56 VWEU kunnen opleveren, kan een zorgverzekeraar die slechts op de Nederlandse markt actief is, als *dienstverlener*, geen beroep op deze bepaling doen. De reden hiervoor is dat een dergelijke zorgverzekeraar zich in een puur interne situatie bevindt. Alle elementen die relevant zijn voor de betrokken activiteit zijn in een en dezelfde Lidstaten (Nederland) verenigd. Er is geen sprake van een grensoverschrijdend element. Zoals wij in paragraaf 3.2.1. van dit advies hebben opgemerkt, vinden de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer geen toepassing in puur interne situaties.

Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien een Nederlandse zorgverzekeraar in de hoedanigheid van *dienstontvanger* een beroep op artikel 56 VWEU doet. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU<sup>181</sup> dat een dienstontvanger een beroep op artikel 56 VWEU kan doen indien hij belemmerd wordt diensten uit een andere Lidstaten te ontvangen. Overigens merken wij op dat de Richtlijn Solvabiliteit II dan niet van toepassing is, omdat deze betrekking heeft op verzekeringsdiensten en niet op reclamediensten. Deze situatie zou zich kunnen voordoen indien een Nederlandse zorgverzekeraar een reclamebureau uit een andere Lidstaat wil inhuren om reclame te maken voor de diensten van de Nederlandse zorgverzekeraar. In deze situatie is er wel sprake van een grensoverschrijdend element (het reclame bureau bevindt zich in een andere Lidstaat en de dienst zelf gaat de grens over). Een vergelijkbare situatie deed zich voor in het arrest *Corporación Dermoestética SA*.<sup>182</sup> Hier had een Spaanse vennootschap een contract gesloten met een Italiaans reclamebureau voor het maken van reclame op een nationale Italiaanse televisiezender voor de diensten die de Spaanse vennootschap op de Italiaanse markt leverde (medisch-chirurgische esthetische behandelingen). Deze reclame kon niet worden uitgezonden, omdat het volgens de relevante Italiaanse wetgeving verboden was om op nationale televisiezenders reclame te maken voor

---

<sup>181</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404.

<sup>182</sup> Zaak C-500/06, *Corporación Dermoestética SA*, 17 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:421.

dergelijke behandelingen in particuliere instellingen voor gezondheidszorg. Hier stelde het HvJ EU dat, voor zover deze Italiaanse regeling vennootschappen uit andere Lidstaten belette diensten inzake de uitzending van televisiereclame te ontvangen, zij een beperking van het vrije verkeer van diensten opleverde.<sup>183</sup> Het is dus aannemelijk dat een Nederlandse zorgverzekeraar die gebruik wenst te maken van de diensten van een reclamebureau gevestigd in een andere Lidstaat een beroep op artikel 56 VWEU kan doen, indien zij door de voorgestelde maatregelen inzake reclame belemmerd wordt de diensten van het reclamebureau te ontvangen. Deze maatregelen zouden derhalve in strijd kunnen zijn met artikel 56 VWEU. Zij kunnen alleen worden toegepast indien zij onder het EU-recht kunnen worden gerechtvaardigd.

Zoals reeds vermeld in paragraaf 3.2 van dit advies, kunnen beperkingen van het vrije verkeer van diensten worden gerechtvaardigd door Verdragsexcepties (artikel 52 *juncto* artikel 62 VWEU) en door de in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde rechtvaardigingsgrond van dwingende redenen van algemeen belang (de zogenaamde *Rule of Reason*).

Om onder de *Rule of Reason* te kunnen vallen, moet, volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU,<sup>184</sup> een nationale maatregel aan vier voorwaarden voldoen: hij moet zonder discriminatie worden toegepast, hij moet zijn rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, hij moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en hij mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Dezelfde voorwaarden, met uitzondering van de eis van non-discriminatie, gelden bij een beroep op artikel 52 *juncto* artikel 62 VWEU.

De voorgestelde maatregelen inzake reclame zullen zonder discriminatie van toepassing zijn. Deze maatregelen zullen gelden voor iedere zorgverzekeraar die op de Nederlandse markt actief is, ongeacht de herkomst.

Om uitgezonderd te worden van het verbod van artikel 56 VWEU moet de nationale maatregel een dwingende reden van algemeen belang dienen. In geen van de voorgestelde maatregelen inzake reclame wordt uitgelegd welk doel deze maatregelen nastreven. Het is daarom onmogelijk om vast te stellen of de voorgestelde maatregelen vastgesteld zullen worden met het oog op een dwingende eis van algemeen in de zin van

---

<sup>183</sup> Zie rechtsoverweging 33.

<sup>184</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-55/94, Gebhard, 30 november 1995, ECLI:EU:C1995:411, rechtsoverweging 37.

de rechtspraak van het HvJ EU. Het is aan te raden het doel dat door deze maatregelen wordt nagestreefd duidelijk uiteen te zetten.

Wat het stellen van een plafond aan het reclamebudget van een zorgverzekeraar betreft, willen wij het volgende opmerken. Deze maatregel heeft betrekking op de financiering van reclame door een zorgverzekeraar. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU<sup>185</sup> vormen redenen van zuiver economische aard geen dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van de Verdragsvrijheden kunnen rechtvaardigen. Indien deze indruk wordt gewekt, wordt deze voorgestelde maatregel kwetsbaar vanuit EU-rechtelijk perspectief.

Verder moeten de maatregelen de evenredigheidstoets doorstaan. In dit kader moeten de volgende twee vragen worden beantwoord: zijn de maatregelen noodzakelijk om de doelstelling van algemeen belang te realiseren (geschiktheid) en gaan deze maatregelen niet verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken (minst beperkende maatregel).

Wat de geschiktheid betreft, willen wij erop wijzen dat het HvJ EU heeft gesteld dat een nationale maatregel slechts geschikt is om de verwezenlijking van de betrokken doelstelling te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Een voorbeeld in te vinden in het reeds aangehaalde arrest *Corporación Dermoestética SA*.<sup>186</sup> Volgens het HvJ EU voldeed de Italiaanse regeling in kwestie niet aan dit vereiste omdat deze regeling het maken van reclame voor medisch-chirurgische behandelingen op nationale televisiezenders verbood, terwijl het maken van dergelijke reclame op lokale televisiezenders werd toegestaan. Wat het voorgestelde verbod op maken van reclame voor de basisverzekering betreft en het instellen van een plafond aan het budget voor dergelijke reclame, rijzen vragen over de coherentie en consistentie van deze maatregel: waarom gelden deze maatregelen slechts voor reclame voor de basisverzekering en niet, bijvoorbeeld, voor aanvullende verzekeringen?

Tenslotte moet een Lidstaat, om de doelstelling van algemeen belang te realiseren, die maatregel kiezen die het minst beperkend is voor het vrije verkeer. Het zal moeilijk zijn voor een totaal verbod op het maken van reclame voor de basisverzekering om aan dit vereiste te voldoen. Gezien het ingrijpende aard van een totaal verbod, liggen

---

<sup>185</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, *Staat der Nederland tegen Essent NV e.a.*, 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677, rechtsoverweging 51 (en de daar aangehaalde jurisprudentie).

<sup>186</sup> Zaak C-550/06, *Corporación Dermoestética SA*, 17 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:421.

waarschijnlijk minder beperkende maatregelen voor de hand. Zo kunnen bepaalde onwenselijke vormen van reclame verboden worden, terwijl andere vormen juist kunnen worden toegestaan.

Het is niet mogelijk een oordeel over te vellen over het voorstel voor de invoering van een plafond voor het reclamebudget zolang niet bekend is welke doelstelling deze maatregel nastreeft.

### **9.3 Artikel 10 EVRM**

Het EVRM-kader zoals uiteengezet in paragraaf 3.6. wordt in deze paragraaf toegepast op het verbod op reclame. Eerst wordt nagegaan of het verbod aan de vrijheid van meningsuiting van zorgverzekeraars raakt. Daarna wordt ingegaan op de vraag of dit verbod leidt tot een beperking van recht op vrijheid van meningsuiting. Ten slotte komen de voorwaarden, waaronder een dergelijke beperking is toegestaan, aan de orde. Dit advies gaat in deze paragraaf uit van een verbod op reclame-uitingen van zorgverzekeraars. Het alternatief op een verbod (een cap op de uitgaven aan marketingkosten door zorgverzekeraars) wordt besproken in deze paragraaf als een minder vergaande maatregel.

#### **9.3.1 Ziet het verbod op ‘meningsuiting’ in de zin van artikel 10 EVRM?**

Artikel 10 EVRM is alleen dan van toepassing, wanneer zorgverzekeraars het slachtoffer kunnen zijn van een schending van het recht op vrijheid van meningsuiting en wanneer het verbod betrekking heeft op hun meningsuiting.

Het recht op vrijheid van meningsuiting geldt voor iedereen, voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen. Bovendien geldt het recht ook voor rechtspersonen die commerciële activiteiten ondernemen en winst maken.<sup>187</sup> Zorgverzekeraars kunnen dus het slachtoffer zijn van een artikel 10 EVRM-schending.

---

<sup>187</sup> EHRM 22 mei 1990, 12726/87 (*Autronic AG/Zwitserland*), ECLI:CE:ECHR:1990:0522JUD001272687, rechtsoverweging 36.

De reikwijdte van artikel 10 EVRM is breed; daaronder vallen ook commerciële uitingen zoals reclame.<sup>188</sup> Het verbod op reclame voor zorgverzekeraars heeft daarom betrekking op meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM.

Geconcludeerd dient te worden dat het verbod ziet op meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM en dat zorgverzekeraars getroffen kunnen worden door schending van het recht vrijheid van meningsuiting dat in dat artikel is vervat. Artikel 10 EVRM is derhalve van toepassing.

### **9.3.2 Betreft het verbod een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM?**

Omdat het bij de voorliggende maatregel gaat om een voorafgaande inbreuk in de vorm van een verbod, kan worden aangenomen dat er sprake is van een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM.<sup>189</sup>

### **9.3.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 10 lid 2 EVRM gestelde voorwaarden?**

Nu is geconcludeerd dat een verbod op reclame door zorgverzekeraars een beperking is van hun recht op vrijheid van meningsuiting, moet worden getoetst of het verbod gerechtvaardigd kan worden onder het tweede lid van artikel 10 EVRM. Het verbod is alleen dan gerechtvaardigd wanneer het aan de voorwaarden van wettelijkheid, legitiem doel en noodzakelijkheid voldoet.

Omdat hier aan een maatregel wordt getoetst waarvan nog geenszins een uitwerking voor handen is, zal bij de toetsing vooral worden aangegeven of het enigszins mogelijk is dat een dergelijk verbod de toets van artikel 10 EVRM doorstaat en, zo ja, waaraan het dan moet voldoen.

---

<sup>188</sup> EHRM 24 februari 1994, 15450/89 (*Casado Coca/Spanje*), ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001545089, rechtsoverweging 36-7.

<sup>189</sup> Zie bijvoorbeeld ook EHRM 22 april 2013, 48876/08 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*), ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608, rechtsoverweging 78.

### *Wettelijke grondslag*

Iedere beperking van het recht dat is vervat in artikel 10 EVRM moet zijn voorzien bij wet. Zoals in eerder is aangegeven, moet de vereiste wettelijke grondslag volgens de vaste rechtspraak van het EHRM toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar zijn.<sup>190</sup> Omdat het verbod nog enkel een voorstel is, kan nog niet aan dit vereiste worden getoetst. Wel staat voorop dat het verbod in een wet moet worden opgenomen om de toets van artikel 10 EVRM te kunnen doorstaan.

### *Legitiem doel*

Wanneer het verbod daadwerkelijk in een wet zou zijn neergelegd, is vervolgens de vraag aan de orde of het verbod een legitiem doelt dient. De relevante legitieme doelen voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting zijn limitatief opgesomd in het tweede lid van artikel 10 EVRM en zijn:

‘de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, ... de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen ... voorkomen of ... het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht ... waarborgen’

Het EHRM interpreteert deze doelen meestal ruim of staat niet of enkel kort stil bij de vraag welk doel uit dit artikel van toepassing is.<sup>191</sup>

Geen van de partijen die een voorstel doet om reclame door zorgverzekeraars te verminderen of verbieden, legt uit welk doel die maatregel dient. Daarom kan vooralsnog niet worden vastgesteld of de maatregel een legitiem doel dient.

### *Noodzakelijk in een democratische samenleving*

Wanneer wordt aangenomen dat het verbod een legitiem doel dient, komt vervolgens de vraag aan de orde of het verbod noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit betekent dat er een dringende maatschappelijke behoefte voor het verbod moet bestaan

---

<sup>190</sup> EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*, nr. 1), ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, rechtsoverweging 49.

<sup>191</sup> EHRM 26 september 1995, 17851/91 (*Vogt/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, rechtsoverweging 51.

(*pressing social need*), dat het verbod proportioneel is tot het doel dat het nastreeft en dat de voor het verbod aangedragen redenen relevant en voldoende zijn (*relevant and sufficient*).<sup>192</sup>

Het EHRM toetst echter niet altijd duidelijk en afzonderlijk aan deze vereisten. Voor de toetsing is even of zelfs meer relevant of de verboden uiting een publiek belang betreft dat deel uitmaakt van een debat over een onderwerp van algemeen belang. Wanneer de uiting niet een dergelijk belang raakt, is de *margin of appreciation* die de staat toekomt beperkter dan wanneer dat wel het geval zou zijn.<sup>193</sup> Voor commerciële uitingen geldt daarom over het algemeen een brede *margin of appreciation*, aangezien zulke uitingen, inclusief reclames, meestal geen bijdrage leveren aan een debat over een onderwerp van algemeen belang.<sup>194</sup>

Het EHRM neemt echter niet enkel het commerciële karakter van de uiting mee in zijn beoordeling, maar kijkt verder dan dat: het houdt ook rekening met de inhoud van die uiting, want ook een commerciële uiting kan bijdragen aan een debat over een onderwerp van algemeen belang, zoals de volksgezondheid. Wanneer dit het geval is, is de *margin of appreciation* juist relatief beperkt.<sup>195</sup>

Dan dient nog te worden opgemerkt dat specifiek verboden op reclame kunnen worden onderworpen aan een relatief beperkte *margin of appreciation* en dus strenge toetsing, zelfs al gaat het om een louter commerciële uiting. De reden hiervoor is dat reclames een manier kunnen zijn voor het publiek om de eigenschappen van diensten en goederen die hen worden aangeboden te achterhalen. Het algemene belang dat dan wordt gediend is niet zozeer de bijdrage aan een debat, maar de geïnformeerde voorlichting van consumenten.<sup>196</sup> Toch mogen reclames soms worden beperkt, vooral wanneer er sprake is van oneerlijke concurrentie of misleidende reclame. Bovendien kan zelfs de publicatie

---

<sup>192</sup> EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*, nr. 1), ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, par. 62.

<sup>193</sup> EHRM 5 november 2002, 38743/97 (*Demuth/Zwitserland*), ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003874397, rechtsoverweging 42.

<sup>194</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 20 november 1998, 10572/83 (*Markt intern Verlag GmbH & Klaus Beermann/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283, rechtsoverweging 33; EHRM 23 juni 1994, 10572/83 (*Jacobowski/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283, rechtsoverweging 26; EHRM 13 juli 2012, 16354/06 (*Mouvement raëlien suisse/Zwitserland*), ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406, rechtsoverweging 61; En specifiek over reclames EHRM 5 november 2002, nr. 38743/97 (*Demuth/Zwitserland*), ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003874397, rechtsoverweging 41-2.

<sup>195</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 25 august 1998, 25181/94 (*Hertel/Zwitserland*), ECLI:CE:ECHR:1998:0825JUD002518194, rechtsoverweging 47.

<sup>196</sup> EHRM 11 december 2003, 39069/97 (*Krone Verlag GmbH & Co. KG/Oostenrijk*, nr. 3), ECLI:CE:ECHR:2003:1211JUD003906997, rechtsoverweging 31.

van objectieve en waarheidsgetrouwe reclame beperkt worden teneinde de rechten van anderen te beschermen of vanwege het beroep van degene die de reclame maakt<sup>197</sup> (advocaat<sup>198</sup> of arts<sup>199</sup> bijvoorbeeld). Het HvJ EU beoordeelt dergelijke beperkingen echter wel streng.<sup>200</sup>

De reclame van zorgverzekeraars betreft een commerciële uiting, waardoor er voorlopig kan worden geconcludeerd dat er een brede *margin of appreciation* van toepassing is. Verandert de inhoud van de reclames iets aan die voorlopige conclusie? Dat is niet aannemelijk omdat de reclames een bepaald product promoten; zij dienen er niet toe om bij te dragen aan een debat van algemeen belang. De voorlopige conclusie blijft dus overeind in dit opzicht. Verandert het feit dat reclame een bron van informatievoorziening kan zijn voor consumenten wat aan die laatste conclusie? Dit is een mogelijkheid, bijvoorbeeld wanneer uit de reclame blijkt hoe duur het basispakket is of wanneer de reclame polissen vergelijkt. Echter, zoals eerder is aangegeven, kunnen ook dergelijke reclames verboden worden. Of dit desondanks toelaatbaar is, is afhankelijk van het (nog) niet-vastgestelde doel van het verbod.

Tot nu toe is dit advies uitgegaan van een verbod op reclame. Een alternatief daarop is een cap op de uitgaven aan marketingkosten door zorgverzekeraars. Omdat het hier gaat om een minder vergaand alternatief dan een verbod, is de kans dat zo'n cap de EVRM-toets zal doorstaan groter dan voor het verbod.

## 9.4 Conclusie

Het maken van reclame voor grensoverschrijdende verzekeringsdiensten is uitputtend geharmoniseerd in artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II. Volgens deze bepaling mag een zorgverzekeraar met hoofdkantoor in een andere Lidstaat met alle beschikbare communicatiemiddelen in Nederland reclame voor zijn diensten maken. De enige uitzondering is dat de verzekeraar voorschriften inzake de *vorm en inhoud* van de te maken reclame, die de Lidstaat van ontvangst (Nederland) om redenen van algemeen

---

<sup>197</sup> EHRM 11 december 2003, 39069/97 (*Krone Verlag GmbH & Co. KG/Oostenrijk, nr. 3*), ECLI:CE:ECHR:2003:1211JUD003906997, rechtsoverweging 31.

<sup>198</sup> EHRM 17 oktober 2002, 37928/97 (*Stambuk/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2002:1017JUD003792897, rechtsoverweging 40.

<sup>199</sup> EHRM 17 oktober 2002, 37928/97 (*Stambuk/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2002:1017JUD003792897, rechtsoverweging 41

<sup>200</sup> EHRM 11 december 2003, 39069/97 (*Krone Verlag GmbH & Co. KG/Oostenrijk, nr. 3*), ECLI:CE:ECHR:2003:1211JUD003906997, rechtsoverweging 31.



belang heeft vastgesteld, in acht moet nemen. Een totaal verbod op het maken van reclame voor het basispakket en het stellen van een plafond aan het reclamebudget hebben geen betrekking op de vorm en inhoud van reclame. Deze maatregelen zijn derhalve in strijd met artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II.

Wat betreft de situatie van een zorgverzekeraar (zonder buitenlandse moederonderneming) die slechts op de Nederlandse markt actief is, kan deze zorgverzekeraar, als *dienstverlener*, geen beroep doen op de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer omdat hier sprake is van een puur interne situatie. Het invoeren van de maatregelen inzake reclame zal in dit geval daarom geen schending van het EU-recht opleveren.

Dit is anders indien een Nederlandse zorgverzekeraar de bescherming van artikel 56 VWEU inroept in zijn hoedanigheid van *dienstontvanger*, bijvoorbeeld omdat hij gebruik wenst te maken van de diensten van een reclamebureau gevestigd in een andere lidstaat. Hier is wel sprake van een grensoverschrijdend effect en is artikel 56 VWEU wel degelijk van toepassing. De voorgestelde maatregelen inzake reclame zouden dan een beperking van het vrije verkeer van diensten kunnen opleveren. Omdat er geen informatie voorhanden is over het belang dat met de voorgestelde maatregelen wordt gediend, is het onmogelijk te zeggen of deze maatregelen onder het EU-recht kunnen worden gerechtvaardigd.

Duidelijk is dat een verbod op reclame door verzekeraars een meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM beperkt. Verder is het verbod alleen dan niet in strijd met artikel 10 EVRM wanneer het een wettelijk grondslag zou hebben. Of het verbod een legitiem doel dient, kan nog niet worden vastgesteld omdat de partijen die een verbod of een variant daarop voorstellen, het doel ervan niet uiteenzetten. Het is aannemelijk dat het HvJ EU een dergelijk verbod niet streng zal toetsen, tenzij het de reclame van verzekeraars als een bron van informatie voor consumenten ziet. Of de reclames desondanks verboden kunnen worden, is afhankelijk van het (nog) niet-vastgestelde doel van het verbod en van de inhoud van de reclames. Ondanks de onzekerheden, staat niet op voorhand vast dat EHRM geen schending zal vinden van artikel 10 EVRM wanneer het zich zal buigen over een klacht van een verzekeraar over een verbod op reclame-uitingen.

Artikel 11 van het Handvest is enkel van toepassing wanneer of Artikel 156 van de Richtlijn Solvabiliteit II van toepassing is – wat het geval is wanneer reclame wordt gemaakt voor grensoverschrijdende diensten (zie paragraaf 9.1) – of wanneer een

beroep kan worden gedaan op artikel 56 VWEU – wat mogelijk is wanneer een Nederlandse zorgverzekeraar diensten wil ontvangen van een reclamebureau uit een andere Lidstaat (zie paragraaf 9.2). Omdat artikel 11 Handvest overeenkomt met artikel 10 EVRM (zie paragraaf 3.6.2), wordt aangenomen dat de bovenstaande conclusies ook voor artikel 11 Handvest zouden gelden.

## **10 Verbod op winstuitkering**

Thans is een wetsvoorstel aanhangig, waarin een verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars wordt geïntroduceerd. In het advies dat wij hebben uitgebracht op 30 januari 2017 is al op deze kwestie ingegaan. Daarin is geconcludeerd dat het verbod op winstuitkering niet lijkt te vallen onder de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II. Wel bestaat er spanning tussen de verplichting (op te leggen aan zorgverzekeraars) uit het wetsvoorstel om de winst aan te wenden voor de aanvulling van algemene reserves of voor de zorg aan de ene kant en de verfijnde set aan voorschriften uit de richtlijn aan de andere kant.

Het verbod op winstuitkering valt wel binnen de reikwijdte van de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Ervan uit dient te worden gegaan dat beide ‘vrij verkeren’ worden belemmerd. Deze belemmeringen zijn alleen gerechtvaardigd, indien deze op evenredige wijze de doelstellingen van kwalitatieve en toegankelijke zorg nastreven (geschiktheid en noodzakelijkheid). Wat de geschiktheid betreft, is een zeer problematische kwestie dat er thans aan de ene kant een wetsvoorstel aanhangig is dat winstuitkering bij zorgaanbieders wil toestaan en aan de andere kant een wetsvoorstel voorligt dat winstuitkering voor zorgverzekeraars juist blijvend wil verbieden. Zonder dat er een adequate verklaring voor dit onderscheid gegeven wordt, staat de coherente en systematische realisering van de nagestreefde doelstellingen ter discussie. De gerede kans bestaat daarom dat het verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars niet voldoet aan het geschiktheidsvereiste, indien zorgaanbieders wel winsten mogen uitkeren.

De argumentatie uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor het verbod op winstuitkering is verder onvoldoende om aan te tonen dat dit verbod niet verder gaat dan noodzakelijk is. De voornaamste reden hiervoor is dat veel stellingnames niet nader onderbouwd zijn.

Het wetsvoorstel is kwetsbaar vanuit het perspectief van de Verdragsbepalingen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Met name vanwege het niet op coherente en systematische wijze nastreven van de doelstellingen van kwalitatieve en toegankelijke zorg bestaat de gerede kans dat deze Verdragsbepalingen zijn geschonden, indien aan zorgaanbieders wel en aan zorgverzekeraars niet wordt toegestaan om winst uit te keren.

Bij de toetsing aan artikel 1 P1 EVRM komen ook problemen aan het daglicht. Deze bepaling is van toepassing en het recht van eigendom van de verzekeraars is beperkt door het verbod op winstuitkering. Het is onduidelijk of er een redelijk evenwicht bestaat tussen het middel (het verbod op winstuitkering) en het doel (kwalitatieve en toegankelijke zorg). De reden hiervoor is, net zoals bij de toetsing aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer, de onvoldoende onderbouwing van verschillende stellingnames. Het wetsvoorstel is daarom ook kwetsbaar vanuit het perspectief van het EVRM, maar wel minder kwetsbaar dan vanuit het perspectief van het zojuist besproken EU-recht, gezien de brede *margin of appreciation* die het EHRM aan de wetgever zal toekennen. Verder is het EU Handvest van de Grondrechten van toepassing. Nu artikel 17 hiervan, dat het recht op eigendom bevat, uitgelegd dient te worden in het licht van artikel 1 P1 EVRM, is het wetsvoorstel ook kwetsbaar gezien vanuit het perspectief van het Handvest.

## **11 Plafond voor de aan te houden reserves**

Eén van de maatregelen heeft betrekking op het vermogen van de zorgverzekeraars. Er komt een maximum voor de aan te houden reserves. Verondersteld mag worden dat de gedachte achter deze maatregel is dat op deze wijze de zorgverzekeraar gestimuleerd wordt meer geld in de zorg te investeren.

Hieronder wordt deze maatregel eerst getoetst aan de Richtlijn Solvabiliteit II. Daarna komt het recht op eigendom aan de orde (zoals dat met name geregeld is in het EVRM).

### **11.1 De Richtlijn Solvabiliteit II en het plafond voor de aan te houden reserves**

Om vast te gaan in hoeverre een nationale regeling voor een plafond voor de reserves die zorgverzekeraars mogen aanhouden, in overeenstemming is met de Richtlijn

Solvabiliteit II, moet nagegaan worden hoe ver de harmonisatie die deze richtlijn met zich brengt, strekt. Ook is het van belang om in te gaan op de uitzonderingen van de richtlijn.

### **11.1.1 De uitputtende harmonisatie van de Richtlijn Solvabiliteit II**

Het vermogen dat verzekeraars aanhouden is een onderwerp dat uitvoerig is geregeld door de Richtlijn Solvabiliteit II. Deze richtlijn legt onder meer kwantitatieve en kwalitatieve eisen betreffende het vermogen van de verzekeraar vast.<sup>201</sup> Het doel is daarbij dat de waarde van de technische voorzieningen overeen moet komen met het bedrag dat de verzekeraar zou moeten betalen, indien zij haar contractuele rechten en verplichtingen met onmiddellijke ingang zou moeten betalen.<sup>202</sup> Maximale harmonisatie van de procedures en prudentiële beoordelingen wordt van essentieel belang geacht door de Uniewetgever.<sup>203</sup> Volgens artikel 30 van de Richtlijn Solvabiliteit II omvat het financiële toezicht op verzekeraars het controleren van de solvabiliteit van de ondernemingen, van de vorming van technische voorzieningen en van het in aanmerking komend eigen vermogen. Deze bepaling en ook de artikelen die hieronder besproken worden, maken deel uit van hoofdstukken van de Richtlijn, waarin geen verwijzing wordt gemaakt naar het criterium van grensoverschrijdend effect. In het licht van de algemene bepaling over het toepassingsgebied van de Richtlijn Solvabiliteit II (artikel 2), waarin ook geen grensoverschrijdend aanknopingspunt wordt vereist, dient daarom te worden geconcludeerd dat Nederlandse verzekeraars een beroep kunnen doen op de solvabiliteitsnormen van deze EU-regeling tegenover de Nederlandse overheid.<sup>204</sup>

Artikel 76 van de Richtlijn verplicht de Lidstaten om ervoor te zorgen dat verzekeraars technische voorzieningen vormen voor hun verzekeringsactiviteiten jegens verzekeringsnemers en begunstigen van verzekeringsovereenkomsten. De Richtlijn bevat voorts verplichtingen met betrekking tot het aan te houden vermogen. Zo bevat artikel 98 een uitvoerige regeling van de minimum omvang hiervan. Artikel 100 bepaalt dat de Lidstaten de verzekeraars verplichten om in aanmerking komend eigen

---

<sup>201</sup> Dit wordt de eerste pilaar genoemd van het system van Solvabiliteit II. Zie bijvoorbeeld de Frequently asked questions - Solvency II Overview, 12 januari 2015

<sup>202</sup> Zie considerans 55 van de Richtlijn Solvabiliteit II.

<sup>203</sup> Zie considerans 74 van Richtlijn Solvabiliteit II.

<sup>204</sup> Vergelijk ook rechtsoverweging 13 van het arrest Centrosteel.

vermogen aan te houden ter dekking van het solvabiliteitskapitaalvereiste. In dit verband is artikel 105 lid 4 van de Richtlijn van belang dat voorschriften met het oog op de berekening van risico's bevat voor ziektekostenverzekeringen. Artikel 128 van de richtlijn verlangt van Lidstaten dat zij verzekeraars verplichten in aanmerking komend kernvermogen aan te houden ter dekking van het minimumkapitaalvereiste. Artikel 129 van de richtlijn geeft vervolgens aan hoe de ondergrens hiervan berekend moet worden. Er zijn ook bepalingen die de beleggingsvrijheid van verzekeraars regelen. Artikel 133 lid 2 van de Richtlijn bepaalt dat de Lidstaten de beleggingsbeslissingen van een verzekeraar of haar vermogensbeheer niet onderwerpen "...aan enige vorm van voorafgaande goedkeuring of verplichting tot systematische kennisgeving." Verder mag een Lidstaat op grond van het eerste lid van deze bepaling een verzekeraar niet verplichten om te investeren in bepaalde categorieën activa.

Over deze bepalingen betreffende solvabiliteit is (nog) geen rechtspraak beschikbaar. Wel heeft het HvJ EU zich over vergelijkbare bepalingen uit de oude Schaderichtlijnen reeds uitgelaten. In de zaak *Skandia*<sup>205</sup> oordeelde het HvJ EU bijvoorbeeld dat een verzekeraar binnen de grenzen van zijn vrije vermogen (dit zijn de activa die aanwezig zijn boven de activa die benodigd zijn ter dekking van de technische voorzieningen) het recht had om aandelen te houden van een vennootschap die geen verzekeringsactiviteiten verrichten. Lidstaten mochten verzekeraars niet verbieden hun vrije vermogen voor dergelijke doeleinden aan te wenden. De beleggingsvrijheid van de verzekeraar werd derhalve beschermd. In dit verband moet erop gewezen worden dat artikel 18 lid 1 van Richtlijn 73/239 (Eerste Schaderichtlijn) bepaalde dat de lidstaten geen enkel voorschrift mochten vaststellen met betrekking tot de aard van de activa die aanwezig zijn boven de activa die moeten worden aangehouden ter dekking van de technische voorzieningen. Deze richtlijn is thans vervangen door de Richtlijn Solvabiliteit II. De les die uit de zaak *Skandia* getrokken kan worden, is dat het bij de EU-regels voor prudentieel toezicht op verzekeraars het gaat om de minimumvereisten voor het aan te houden vermogen en dat nationale regels die betrekking hebben op het gedeelte van het vermogen boven deze minimumvereisten problematisch zijn.

Zoals reeds aan het begin van dit advies is opgemerkt, vallen de Nederlandse zorgverzekeraars onder de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II. Ook volgt uit de

---

<sup>205</sup> Zie zaak C-241/97, *Skandia*, Jur. 1999, p. I-1879. Vergelijk ook zaak C-109/99, *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants*, Jur. 2000, p. I-7247.

voorafgaande analyse dat het door verzekeraars aan te houden (eigen) vermogen uitputtend is geharmoniseerd door deze richtlijn. De nationale maatregel, op grond waarvan de aan te houden reserves worden gemaximeerd en waardoor derhalve een plafond voor het eigen vermogen van kracht is, staat haaks op de uitgangspunten van de Richtlijn, die juist minimumvereisten voor het eigen vermogen met het oog op de solvabiliteit bevat. Op dit moment is niet duidelijk hoe een dergelijk maximering van de reserves zal worden vormgegeven. Het staat in ieder geval wel vast dat, indien deze maximering lager ligt dan de minimum vereisten van de Richtlijn Solvabiliteit II, dan strijd met het EU-recht ontstaat. Zelfs echter indien de maximering hoger ligt dan het vereiste minimum, ligt het voor de hand om strijd met de Richtlijn aan te nemen. Indien immers een bepaalde aangelegenheid voorwerp is van uitputtende harmonisatie, mag een Lidstaat geen maatregel meer nemen die afwijkt of inbreuk maakt op de EU-richtlijn of -verordening in kwestie. Op zijn minst zou betoogd kunnen worden dat door het stellen van nadere voorschriften betreffende het aan te houden vermogen Nederland zou afwijken van hetgeen in Richtlijn Solvabiliteit II is geregeld. Hierbij komt betekenis toe aan de bepalingen uit deze EU-regeling die uitgaan van beleggingsvrijheid bij de verzekeraars. Deze vrijheid komt onder druk te staan als de aan te houden reserves worden gemaximeerd.

### **11.1.2 Uitzonderingsbepalingen uit de Richtlijn Solvabiliteit II**

Kan een eventuele strijdigheid gerechtvaardigd worden met een beroep op de uitzonderingsbepalingen uit de Richtlijn, zoals artikel 206 die met name voor ziektekostenverzekeringen is geschreven? Zoals meerdere malen is aangegeven, dienen bij een beroep op de uitzonderingsbepalingen van de Richtlijn de te rechtvaardigen nationale maatregelen niet verder te gaan dan noodzakelijk. Niet duidelijk is op dit moment hoe de maximering van het aan te houden vermogen zal worden vormgegeven en welke concrete argumentatie hiervoor zal worden gegeven. Het punt is wel dat een 'plafond voor het eigen vermogen' nadelige consequenties voor de solvabiliteit van de verzekeraars kan hebben en daarmee op gespannen voet staat met één van de belangrijkste uitgangspunten van de Richtlijn Solvabiliteit II. Het zal daarom uitermate lastig zijn om aan te tonen dat de maximering van het eigen vermogen niet verdergaat dan noodzakelijk is. Waarom is aanpassing van het systeem van verevening geen goede

maatregel om te voorkomen dat zorgverzekeraars te veel reserves aanhouden? Verlaging van bijdragen die worden verstrekt in het kader van de verevening hebben geen nadelige gevolgen voor de (beleggings)vrijheid van de zorgverzekeraars, terwijl de prikkel om hoge reserves aan te houden toch afneemt. Verder is uiteraard van belang dat de overheid, wanneer zij overweegt actie te ondernemen met betrekking tot de reserves van de verzekeraars, onderzoekt hoe groot deze reserves daadwerkelijk zijn.

## **11.2 Het Eerste Protocol EVRM**

Het EVRM-kader voor het recht op eigendom zoals uiteengezet in paragraaf 3.5.1 wordt hieronder toegepast op het voorgestelde plafond voor de aan te houden reserves. Eerst wordt ingegaan op de vraag of deze maatregel betrekking heeft op eigendom. Dan wordt nagegaan of de maatregel leidt tot een beperking van het recht op eigendom. Vervolgens komt aan de orde onder welke voorwaarden een dergelijke beperking mag plaatsvinden.

### **11.2.1 Ziet de maatregel op 'eigendom' in de zin van artikel 1 P1**

De reserves vertegenwoordigen een objectief vast te stellen economische waarde die nu al daadwerkelijk aan verzekeraars toekomt. De maatregel ziet daarom op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM.

### **11.2.2 Betreft de maatregel een beperking van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM?**

Omdat de eerste vraag bevestigend is beantwoord, komt de volgende vraag aan de orde in de beperkingssystematiek van het EVRM. Op grond van deze vraag moet worden nagegaan of er sprake is van een beperking van het relevante recht.

Er kan worden aangenomen dat de maatregel een beperking vormt van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars. De verzekeraars zullen namelijk niet vrijelijk de door hun wenselijk geachte hoeveelheid reserves kunnen aanhouden en kunnen dus in die zin niet vrijelijk over hun eigendom beschikken.

Nu bepaald is dat de maatregel een beperking inhoudt van het recht op eigendom zoals beschermd door artikel 1 P1 EVRM, is de vervolgvraag welke regel uit het artikel van

toepassing is. Bij het reserveplafond lijkt het te gaan om regulering: de eigendom wordt niet *de jure* of *de facto* over gedragen en noch heeft de maatregel tot doel om eigendom af te nemen en vervolgens over te dragen; eerder heeft de maatregel als doel om een deel van het eigendom te reguleren, namelijk dat deel dat boven het reserveplafond zou komen.<sup>206</sup>

### **11.2.3 Is de beperking in strijd met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden?**

Zojuist is geconcludeerd dat een reserveplafond een beperking is van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars, omdat dit recht wordt gereguleerd. Nu is het de vraag of de maatregel in strijd komt met de door artikel 1 P1 EVRM gestelde voorwaarden.

#### *Wettelijke grondslag*

De maatregel is nu nog geformuleerd als voorstel, maar zou, om de EHRM-toets te kunnen doorstaan, in een wet moeten worden neergelegd.

#### *Legitiem doel*

Het doel van deze maatregel is nog niet vastomlijnd. Een mogelijkheid is dat het afgeroomde vermogen terugvloeit naar de premiebetalers teneinde de premies te verlagen<sup>207</sup> (of zelfs om het eigenrisico af te schaffen).<sup>208</sup> Een andere optie is dat het geld wordt ingezet om directe (schaarse) zorg van te betalen. De doelstelling zou dus kunnen zijn om toegankelijke zorg of de kwaliteit van de zorg te waarborgen. Zoals eerder besproken, geldt ook hier dat de wetgever waarschijnlijk wel een algemeen belang zal kiezen waarmee het EHRM instemt, aangezien het EHRM in wezen alleen een belang *verwerpt* wanneer het onredelijk is.

---

<sup>206</sup> EHRM 30 augustus 2007, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd/Verenigd Koninkrijk*) ECLI:CE:ECHR:2007:0830JUD004430202, rechtsoverweging 66.

<sup>207</sup> CPB, Technische werkgroep zorgkeuzes in kaart, *Zorgkeuzes in kaart. Analyse van beleidsopties voor de zorg van tien politieke partijen*, p. 120.

<sup>208</sup> Denk, 'Denkend aan Nederland. Verkiezingsprogramma DENK 2017-2021', p. 22.



*Redelijk evenwicht tussen bevordering algemeen belang en bescherming rechten individu*

Het is allereerst van belang om te benadrukken dat de staten een bijzonder ruime *margin of appreciation* toekomt bij de regulering van eigendom. Dit betekent dat zij veel beoordelingsruimte hebben om grenzen te stellen aan de uitoefening van het recht op eigendom en dat het EHRM niet heel strik zal zijn in de toetsing van de nationale wetgeving die eigendom reguleert. Die beoordelingsruimte is van toepassing op de keuze van de manier van regulering en op de beoordeling of de gevolgen van de regulering gerechtvaardigd zijn in het algemeen.<sup>209</sup>

Voor de afweging of er inderdaad een redelijk evenwicht is gevonden, zal het EHRM onder meer kijken naar het gewicht van het doel waarvoor de beperking wordt opgelegd. Wanneer, zoals hierboven geschetst, het geld dat vrijkomt wordt ingezet om te investeren in de kwaliteit van de zorg en/of de toegankelijkheid van de zorg, dan zou het wetsvoorstel een zwaarwegend doel nastreven.

Tegenover het gewicht van het doel kan het gewicht van het aangetaste recht en de mate waarin de uitoefening van dat recht beperkt wordt, worden geplaatst. Het gewicht van het recht op eigendom van de zorgverzekeraars is kleiner dan dat van het waarborgen van kwalitatieve en toegankelijke zorg.

De mate waarin de uitoefening van het recht op eigendom wordt beperkt, is moeilijk in te schatten omdat er (nog) geen voorstel bestaat waarin daadwerkelijk een concreet reserveplafond wordt geformuleerd. In hoeverre het eigendomsrecht wordt ingeperkt, is afhankelijk van de hoogte van het plafond en ook van de sanctie die staat op het overtreden van het ingestelde plafond. Ook is relevant of er uitzonderingen mogelijk zijn op het plafond en of het plafond al dan niet permanent is. Wanneer het plafond onder de vereiste reserves in Richtlijn Solvabiliteit II zal uitkomen, is het aannemelijk dat het plafond niet proportioneel is, omdat de verzekeraar dan insolvent wordt (volgens de vereisten in de Richtlijn althans). Voorts moet de vraag worden gesteld of de maatregel daadwerkelijk geschikt is om bij te dragen aan de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Hierbij speelt de factor of er alternatieve middelen bestaan die minder ingrijpend zijn dan een reserveplafond een rol. Het EHRM benadrukt echter dat dit enkel één van de relevante factoren is om te bepalen of het middel redelijk en geschikt is om het legitieme doel te bereiken. Wanneer de wetgever binnen de hem toekomende – ruime in

---

<sup>209</sup> EHRM 30 augustus 2007, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd/Verenigd Koninkrijk*) ECLI:CE:ECHR:2007:0830JUD004430202, rechtsoverweging 55.

dit geval – *margin of appreciation* blijft, is het niet aan het EHRM om te beoordelen of de relevante wetgeving de beste oplossing is om met een bepaald probleem om te gaan of dat de wetgever zijn bevoegdheid op een ander manier had moeten uitoefenen.<sup>210</sup> Het EHRM stelt zich dus ook in dit opzicht terughoudend op.

Of het reserveplafond daadwerkelijk geschikt zou zijn om het hier aangenomen doel na te streven, zal niet hier uiteen worden gezet. Het zal aan diegenen zijn die de Memorie van Toelichting schrijven bij een eventuele wet om dit uit te leggen en claims van causaliteit toe te lichten. Wel kan worden opgemerkt dat de maatregel niet zonder meer geschikt is om toegankelijke zorg te waarborgen: bij een gebrek een voldoende reserves zou het zo kunnen zijn dat de zorgverzekeraars zich genoodzaakt zullen zien om de premies te verhogen bij een tegenvaller. Zorgverzekeraars kunnen nu de reserves juist inzetten om premieverhogingen tegen te gaan bij tegenvallers en doen dit ook daadwerkelijk.<sup>211</sup>

Het is ook aan de wetgever om te laten zien dat er geen minder ingrijpende maatregelen zijn om ervoor te zorgen dat de reserves worden aangewend om te investeren in toegankelijke zorg en kwaliteit van de zorg. Wat betreft het punt van toegankelijkheid is het belangrijk om te benadrukken dat reserves al worden gebruikt om premiestijgingen tegen te gaan en zo de toegankelijkheid van de zorg te waarborgen.<sup>212</sup> Bovendien kan het zo zijn dat een zorgverzekeraar die veel reserves heeft en die niet gebruikt om premiestijgingen tegen te gaan, zichzelf mogelijk 'uit de markt prijst'.<sup>213</sup> Mocht dit mechanisme niet zo werken, dan zou het wellicht meer voor de hand liggen om de marktwerking te verbeteren, dan om te kiezen voor de meer vergaande maatregel van het opleggen van een reserveplafond.

De bovenstaande uiteenzetting laat zien dat verschillende factoren in verschillende richtingen kunnen wijzen. Daar komt nog bij dat de rechtspraak van het EHRM zeer casuïstisch is en dat het EHRM zich nog niet heeft uitgesproken over een vergelijkbare casuspositie. Hoe dan ook zal het EHRM terughoudend toetsten omdat het een brede

---

<sup>210</sup> EHRM 19 december 1989, 10522/83 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*), ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001052283, rechtsoverweging 51 en 53.

<sup>211</sup> Zorgwijzer.nl, 'Minister Schippers: Zorgverzekeraars hebben voldoende reserves', 6 oktober 2016.

<sup>212</sup> M. Ten Katen, 'De reserves van de zorgverzekeraars zijn niet oneindig', *Financieel Dagblad*, 27 september 2016.

<sup>213</sup> M. Ten Katen, 'De reserves van de zorgverzekeraars zijn niet oneindig', *Financieel Dagblad*, 27 september 2016.

<sup>213</sup> M. Ten Katen, 'De reserves van de zorgverzekeraars zijn niet oneindig', *Financieel Dagblad*, 27 september 2016.

*margin of appreciation* in acht zal nemen, maar hoe de toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine uitwerkt in een concrete casus is moeilijk te voorspellen. Omdat het hier gaat om een nog niet-uitgewerkte maatregel, is het moeilijk om nu al vast te stellen welke richtingen de factoren op wijzen; dit is afhankelijk van de meer precieze invulling van het plafond.

### **11.3 Conclusies**

De Richtlijn Solvabiliteit II heeft het door verzekeraars aan te houden (eigen) vermogen uitputtend geharmoniseerd. Een nationale regeling die de aan te houden reserves maximeert staats haaks op de uitgangspunten van deze richtlijn en is daarmee waarschijnlijk in strijd. Nagegaan zou moeten worden in hoeverre deze strijdigheid eventueel gerechtvaardigd kan worden in het licht van de uitzonderingsbepalingen uit de Richtlijn, zoals artikel 206 (die met name voor ziektekostenverzekeringen is geschreven). Omdat een 'plafond voor het eigen vermogen' nadelige consequenties voor de solvabiliteit van de verzekeraars heeft, zal het uitermate lastig zijn om aan te tonen dat deze maximering niet verder gaat dan noodzakelijk is.

De maatregel tot het instellen van een reserveplafond ziet op eigendom in de zin van artikel 1 P1, waardoor dat artikel van toepassing is. Voorts zou de maatregel een beperking inhouden van het recht op eigendom van de verzekeraars. De vraag of de beperking in strijd komt met de in de tweede regel van artikel 1 P1 EVRM gesteld voorwaarden is nu nog moeilijk te beantwoorden, omdat er nog geen concrete maatregel voor handen is.

Zoals eerder is aangegeven, is het Handvest pas van toepassing wanneer de Zvw binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Eerder is geconcludeerd dat de Richtlijn Solvabiliteit II van toepassing is, artikel 17 Handvest is daarom van toepassing op de voorgestelde maatregel.

Eerder is ook beschreven dat de rechten op eigendom in het Handvest en het EVRM overeenstemmen en dat de door het EVRM toegestane beperkingen niet mogen worden overschreden. Omdat dit advies het verbod op winstuitkering al toetst aan het EVRM, wordt het verbod op winstuitkering niet apart worden getoetst aan het Handvest. Wel kan worden opgemerkt dat, omdat er de kans bestaat dat artikel 1 P1 EVRM is geschonden, ook de kans bestaat dat artikel 17 Handvest is geschonden. In een

eventuele prejudiciële procedure zou het HvJ EU bevoegd zijn om zich uit te laten over deze kwestie.

## **12 Verplichte inkoop per regio**

Er bestaan plannen om de inkoop van zorg in een bepaalde regio aan een zorgverzekeraar toe te vertrouwen. Een zorgverzekeraar koopt dan namens alle andere zorgverzekeraars zorg in. Deze verzekeraars haken dan aan bij de verzekeraar die in 'zijn regio' inkoopcontracten met zorgaanbieders heeft gesloten. Zo ontstaat er een netwerk dat landelijk dekkend is. De zorginkoop kan betrekking hebben op in beginsel alle diensten en goederen die in het kader van het basispakket moeten worden ingekocht: zowel bij de ziekenhuizen als bij de eerstelijnszorg als bij de andere zorgaanbieders. Ook zijn er plannen waarbij de zorginkoop beperkt blijft tot de eerstelijnszorg.

De rol van de overheid kan bij de regie van de zorginkoop verschillende vormen hebben. In de eerste plaats kan zij stimulerend optreden door bijvoorbeeld een convenant met zorgverzekeraars af sluiten over samenwerken bij de zorginkoop. In de tweede plaats kan haar rol ook meer dwingend zijn. In dat geval wordt door middel van wet- en regelgeving de zorgverzekeraars gedwongen om samen zorg in te kopen.

Centraal bij de zorginkoop staat het handelen van zorgverzekeraars. Hieronder wordt daarom deze inkoop beoordeeld in het licht van het mededingingsrecht. Daarna wordt ingegaan op de rol van de overheid.

### **12.1 Afspraken over zorginkoop en het mededingingsrecht**

Indien zorgverzekeraars afspreken samen te werken op het terrein van de inkoop van zorg, sluiten zij een overeenkomst die beoordeeld moet worden in het licht van zowel artikel 101 VWEU als artikel 6 Mededingingswet. In dit verband moet worden opgemerkt dat gezamenlijke inkoop ook kan leiden tot een collectieve machtspositie. Het gedrag van ondernemingen die van een dergelijke positie deel uitmaken, dient dan getoetst te worden aan artikel 102 VWEU en artikel 24 Mededingingswet.<sup>214</sup> Er dient evenwel op te worden gewezen dat niet het beschikken over een machtspositie

---

<sup>214</sup> Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld gevoegde zaken C-69/94 en C-30/95, Kali und Salz, Jur. 1998, p. I-1375; zaak T-102/96, Gencor, Jur. 1999, p. II-753 en zaak T-193/02, Piau, Jur. 2005, p. II-209.

verboden is; alleen het misbruik ervan is niet toegestaan. Nu er geen details met betrekking tot het eventuele beleid van zorgverzekeraars beschikbaar zijn, wordt hieronder niet verder ingegaan op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. De analyse spitst zich alleen toe op artikel 101 VWEU en artikel 6 Mededingingswet.

### **12.1.1 Het kartelverbod uit artikel 101 VWEU en artikel 6 Mededingingswet**

Op grond van artikel 101 lid 1 VWEU en artikel 6 lid 1 Mededingingswet zijn afspraken die ertoe strekken of ten gevolge hebben de mededinging te beperken, verboden. Indien een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, dan hoeft niet meer ingegaan te worden op de concrete effecten en de merkbaarheid om aan te tonen dat het kartelverbod is overtreden.<sup>215</sup> Bij afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken, is dit echter wel vereist.<sup>216</sup> Om de concrete gevolgen en de merkbaarheid te beoordelen, zal vaak de relevante markt moeten worden geanalyseerd. Het is eenvoudiger om aan te tonen dat een strekkingsafpraak onder het kartelverbod valt dan een gevolgafpraak.

Een overeenkomst waarbij ondernemingen samenwerken bij de inkoop, kan onder bepaalde (niet vaak voorkomende) omstandigheden gezien worden als een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken. In randnummer 205 van zijn Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>217</sup> stelt dat de Commissie dat daarvan sprake is, indien centraal de inkooprijzen worden vastgesteld door de verkopende en aankopende partijen.<sup>218</sup> Verwezen wordt in dat verband naar de zaak FNCBV.<sup>219</sup> In deze zaak hadden de inkoopende bedrijven (organisaties van landbouwondernemers) en verkopende ondernemingen (organisaties van slachthuizen) aan de hand van prijzenlijst

---

<sup>215</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 35-37 van zaak C-226/11, Expedia, 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:795.

<sup>216</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 17 van zaak C-345/14, SIA 'Maxima Latvija, 26 november 2015, ECLI:EU:C:2015:784.

<sup>217</sup> Pb. 2011 C11/1.

<sup>218</sup> Daarnaast stelt de Commissie in randnummer 205 van deze richtsnoeren dat er sprake kan zijn van een concurrentiebeperkende strekking, indien de gezamenlijke inkoop in wezen gebruik wordt om een kartel voor verkoopprijzen, productiebeperking of marktverdeling op te zetten.

<sup>219</sup> Gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, FNCBV, Jur. 2006, p. II-5000.

afgesproken tegen welk bedrag bepaalde producten dienden te worden aangekocht.<sup>220</sup> In wezen werkten de verkopende en de aankopende ondernemingen samen in één kartel. Dergelijke afspraken hebben naar hun aard het doel om de vrije concurrentie te bepreken, doordat met name de commerciële onderhandelingsmarge van de verkopende en de aankopende partijen kunstmatig wordt verkleind en de prijsvorming op de markten in kwestie wordt vervalst.<sup>221</sup> Het argument dat de markt in kwestie (die tot de landbouwsector behoorde) sterk gereguleerd was, werd verworpen, omdat de ruimte die voor prijsconcurrentie nog bestond niet mocht worden beperkt door een overeenkomst.<sup>222</sup>

De gezamenlijke inkoop leidt echter niet tot een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken, indien de partijen bij een inkoopregeling in onderling overleg de inkooprijzen bepalen die het collectieve inkoopverband aan zijn leveranciers mag betalen.<sup>223</sup> In dat geval werken de aankopende en verkopende partijen niet samen. De prijs komt dan tot stand door reële onderhandelingen tussen aan de ene kant een collectief van inkoopende bedrijven en aan de andere kant een verkopende partij. Indien derhalve de te hanteren tarieven het gevolg zijn van onderhandelingen tussen aan de ene kant de zorgverzekeraars en aan de andere kant zorgaanbieders zijn, is de conclusie dat de gezamenlijke zorginkoop geen mededingingsbeperkende strekking heeft.

Het is evenwel niet uitgesloten dat een dergelijk overeenkomst een mededingingsbeperkend gevolg kan hebben. Om dit vast te stellen dienen de afspraken tussen de zorgverzekeraars om gezamenlijk zorg in te kopen, onderzocht te worden in hun juridische en economische context op hun daadwerkelijke en potentiële gevolgen voor de mededinging.<sup>224</sup> Hierbij moeten zowel de gevolgen voor de inkoop- als de afzetmarkten in kaart worden gebracht.<sup>225</sup>

In haar Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten geeft de Commissie aan dat onder meer naar twee factoren moet worden gekeken: marktmacht aan de zijde van de inkoopende

---

<sup>220</sup> Zie overwegingen 83 t/m 85 van het arrest FNCBV.

<sup>221</sup> Zie rechtsoverweging 85 van het arrest FNCBV.

<sup>222</sup> Zie overwegingen 86 en 87 van het arrest FNCBV.

<sup>223</sup> Zie randnummer 206 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>224</sup> Zie randnummer 207 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>225</sup> Zie vorige noot.

ondernemingen en harmonisatie van de kosten op de relevante 'downstream-markten' (waar de inkopers zelf weer als verkopende ondernemingen optreden).<sup>226</sup>

Wat de inkoopmacht betreft, dient erop gewezen te worden dat per regio een zorgverzekeraar namens de andere verzekeraars optreedt. Een optie is dat op alle relevante markten (voor eerstelijnszorg, klinische zorg etc.) deze zorgverzekeraar de zorginkoop voor zijn rekening neemt. Bij een andere optie blijft, zoals reeds opgemerkt, de inkoop beperkt tot de eerstelijnszorg. Bij de mededingingsrechtelijke beoordeling zullen de verschillende relevante markten in kaart moeten worden gebracht, waarbij nagegaan wordt hoe de markt voor de inkoop van huisartsenzorg, bepaalde ziekenhuiszorg, etc. moet worden gedefinieerd. Nu de exacte contouren van de voorgenomen maatregel van zorginkoop nog niet duidelijk is, kan een uitvoerige mededingingsrechtelijke toetsing niet plaatsvinden. Wel is duidelijk dat op alle relevante zorginkoopmarkten, waar de zorgverzekeraars samenwerken, een aanzienlijke mate van inkoopmacht zal ontstaan. Het voorziene systeem gaat er vanuit dat een zorgverzekeraar optreedt namens alle andere verzekeraars, zodat het marktaandeel (vrijwel) 100 % zal zijn op de verschillende relevante markten. Indien het systeem, waarbij een verzekeraar namens alle verzekeraars optreedt voor de gehele zorg zal gelden, zullen op alle zorgmarkten die van belang zijn voor het basispakket de verzekeraars marktmacht hebben. Indien dit systeem beperkt blijft tot de eerstelijnszorg, dan zullen de zorgverzekeraars inkoopmacht hebben op de markten in deze sector.

In de Richtsnoeren is aangegeven dat inkopersmacht kan leiden tot mededingingsbeperkende gevolgen. Een van de problemen kan zijn dat de concurrerende kopers niet meer kunnen toetreden tot de markt, omdat het grootste gedeelte van het volume reeds is opgekocht door de samenwerkende partijen. In hoeverre een dergelijk probleem zich voordoet bij een systeem, waarbij een zorgverzekeraar inkoopt namens de andere verzekeraars, hangt af van de vormgeving van dit systeem. Het is goed voorstelbaar dat het ingekochte volume naar rato toevalt aan de verschillende verzekeraars, zodat elke verzekeraar toegang heeft tot het 'volume aan zorg', die hij nodig heeft. In de Richtsnoeren wordt er ook op gewezen dat inkoopmacht indirecte gevolgen kan hebben voor de productie, de kwaliteit en de

---

<sup>226</sup> Zie randnummers 208-216 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

diversiteit van de producten op de afzetmarkt. Zeker bij een marktmacht die gebaseerd is op een marktaandeel van (bijna) 100%, is de kans reëel dat dergelijke gevolgen zich voordoen. Hierbij is het van belang dat het systeem van gezamenlijk inkoop voorziet in een landelijk dekkend netwerk. Op vele markten zullen zorgaanbieders geconfronteerd worden met het gezamenlijke blok van inkopende zorgverzekeraars, zodat er voor deze aanbieders geen reële uitwijkingsmogelijkheden meer bestaan. Zorgverzekeraars zullen zo veel invloed krijgen op de producten en diensten aangeboden door de ziekenhuizen, huisartsen etc.

Voorts is ook van belang met het oog op de mededingingsrechtelijke beoordeling dat nagegaan wordt, wat de consequenties zijn voor de markt waar de verzekeraars optreden als aanbieders: de verzekeringsmarkt. De Zorgverzekeringswet omschrijft hoe de polis voor het basispakket eruit ziet en verplicht eenieder (behoudens enkele uitzonderingen) om een polis voor het basispakket bij een verzekeraar af te nemen. Nu er geen substitutie tussen de polis voor het basispakket aan de kant en andere verzekeringspolissen aan de andere kant kan plaatsvinden en zorgverzekeraars landelijk opereren, is een werkbare hypothese dat de relevante markt die van de basisverzekering voor de zorg in Nederland is.<sup>227</sup> Er bestaat immers een verplichting voor eenieder om zorgverzekering voor het basispakket af te sluiten<sup>228</sup> en gezien vanuit dat perspectief is een aanvullende verzekering niet uitwisselbaar met die voor het basispakket. Niet geheel uitgesloten is evenwel dat de markt voor aanvullende verzekeringen toch tot dezelfde markt behoort als de markt voor basisverzekeringen, nu zorgverzekeraars op beide markten als inkopers kunnen optreden. Waar het echter op aankomt, is om de impact na te gaan die de gezamenlijke inkoop op de downstreammarkt (waar de inkopers als aanbieders optreden) heeft. Deze factor speelt een belangrijke rol in de toetsing aan artikel 101 lid 1 VWEU.<sup>229</sup>

Indien de verzekeraars voor het gehele basispakket gezamenlijk de zorg inkopen, wordt de kostenstructuur voor de basisverzekering (en eventueel ook de aanvullende

---

<sup>227</sup> In haar Besluit van 1 juni 2011 in zaak 7051, Eureko-De Friesland liet de NMa (thans ACM) nog in het midden of aanvullende verzekeringen en de basisverzekering tot de dezelfde markt behoorden. Voor de uit te voeren mededingingsrechtelijke beoordeling was het niet noodzakelijk om antwoord op deze vraag te geven. Wel leek de NMa er in principe vanuit te gaan dat de geografische markt landelijk was. Zie hierover M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector. Een toetsing aan het Europees mededingingsrecht*, Deventer, 2013, p. 283 en 284.

<sup>228</sup> Zie artikel 2 van de Zvw.

<sup>229</sup> Vergelijk rechtsoverwegingen 63 t/m 66 van gevoegde zaken T-185/00, 216/00, 299/00 en 300/00, *Métropole Télévision*, Jur. 2002, p. II-3805.



verzekering) vergaand gelijkgeschakeld. Dit leidt ertoe dat de concurrentie op de kosten op de markt voor deze verzekeringen wordt beperkt.<sup>230</sup> Hierdoor neemt de kans op collusie tussen de verzekeraars ook toe en daarmee ook de kans op heimelijke verstandhouding.<sup>231</sup> De kostenharmonisatie is kleiner indien het systeem beperkt zal zijn tot de inkoop van eerstelijnszorg. Desalniettemin vertegenwoordigt deze zorg ook een aanzienlijk deel van de kosten voor de verzekeraar, zodat de kostenharmonisatie nog steeds niet gering is.<sup>232</sup>

Uit bovenstaande analyse volgt dat de kans groot is dat een systeem, waarbij een zorgverzekeraar namens andere verzekeraars zorg inkoop in een bepaalde regio, de concurrentie belemmert. Hierbij past de kanttekening dat deze kans kleiner is, indien de gezamenlijke inkoop alleen betrekking heeft op eerstelijns zorg. Desalniettemin is het risico op concurrentiebeperkende effecten nog steeds aanzienlijk. Het systeem voorziet immers in een landelijk dekkend netwerk voor zorginkoop, zodat in elke regio de aanbieders van eerstelijnszorg geconfronteerd worden met aanzienlijke marktmacht. Nu in een dergelijke systeem alle zorgverzekeraars samenwerken, waardoor de kostenstructuur in belangrijke mate gelijkgetrokken wordt, kan ook worden aangenomen dat, in geval van een concurrentiebeperking, deze beperking merkbaar is.

Voor de toepasselijkheid van artikel 101 lid 1 VWEU is voorts van belang dat de handel tussen de Lidstaten wordt beïnvloed. Aan dit criterium is niet alleen voldaan, indien tussenstaatse handel daadwerkelijk is beïnvloed, maar ook wanneer er sprake is van potentieel effect.<sup>233</sup> Indien de 'economische vervlechting' die wordt nagestreefd in de EU onder druk komt te staan door bijvoorbeeld drempelvorming, waartoe toetreding van een onderneming uit een andere Lidstaat bemoeilijk kan worden, doet zich een dergelijke effect voor.<sup>234</sup> Indien alleen zorgverzekeraars in Nederland gezamenlijk zorg inkopen, is een verzekeraar uit een andere Lidstaat die in Nederland actief wil worden, waarschijnlijk gedwongen zich bij deze samenwerking aan te sluiten. Anders wordt het voor deze buitenlandse verzekeraar lastig om voldoende volume in te kopen voor zijn

---

<sup>230</sup> Vergelijk in dit verband rechtsoverweging 93 van zaak C-180/98, Pavlov, Jur. 2000, p. I-6451. Zie ook de Leidraad gezamenlijke inkoop geneesmiddelen voor de medisch-specialistische zorg van de ACM van juni 2016 (ACM/TFZ/2016/401860), p. 3.

<sup>231</sup> Zie randnummers 175-177 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>232</sup> Uit de Rijksbegroting 2017 voor VWS, 34 550 XVI, nr. 2, p. 192 blijkt 12% van de uitgaven gedaan op basis van de Zorgverzekeringwet in 2017 betrekking te hebben op de eerstelijnszorg.

<sup>233</sup> Zie onder meer gevoegde zaken 56 en 58/64, Grundig/Consten, Jur. 1966, p. 299.

<sup>234</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren, Jur. 1972, p. 991.

verzekerden. De kans is derhalve groot dat afspraken, waarbij een zorgverzekeraar namens andere verzekeraars in een bepaalde regio zorgt inkoop en die leiden tot een landelijk dekkend netwerk, effecten hebben op de handel tussen de Lidstaten. Voor de toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 Mededingingswet is het overigens niet vereist dat de tussenstaatse handel wordt beïnvloed.

### **12.1.2 Uitzonderingen in het mededingingsrecht**

Nu de kans groot is dat een systeem van gezamenlijke inkoop de concurrentie beperkt, dient nagegaan te worden of een dergelijke beperking gerechtvaardigd kan worden. In de eerste plaats kan gezamenlijke inkoop leiden tot efficiëntieverbeteringen in de vorm van kostenbesparingen of kwaliteitsverbetering. In dat geval zou een beroep gedaan kunnen worden op artikel 101 lid 3 VWEU, op grond waarvan concurrentiebeperkende afspraken zijn toegestaan, indien deze een bijdrage leveren aan de productie, distributie of innovatie. De Nederlandse Mededingingswet bepaalt hetzelfde in artikel 6 lid 3 Mededingingswet. Nagegaan moet worden of de nadelige effecten op de concurrentie van de gezamenlijke zorginkoop opwegen tegen de voordelen, waartoe deze samenwerking aanleiding geeft.<sup>235</sup> Een beroep op artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 6 lid 3 Mededingingswet moet wel voldoen aan een aantal vereisten. Zo moet de concurrentiebeperking niet verder gaan dan noodzakelijk is. De vraag is of aan dit vereiste wel is voldaan in een systeem, waarin alle zorgverzekeraars samenwerken, zeker indien deze samenwerking betrekking heeft op de totale zorginkoop. Waarom zouden kostenbesparingen niet al in voldoende mate gerealiseerd kunnen worden, indien in een bepaalde regio alleen de zorgverzekeraars die niet veel verzekerden in die regio hebben, samenwerken bij inkoop? Waarom is het nodig dat juist ook de verzekeraar die al een groot aandeel op de zorginkoopmarkt in die regio heeft, ook meedoet? Verder moeten de gerealiseerde voordelen worden doorgegeven aan de consumenten. In het geval van gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars betekent dit dat de kostenbesparingen tot uitdrukking komen in lagere verzekeringspremies. Het probleem is evenwel is dat de Commissie in haar Richtsnoeren heeft aangegeven dat hoe groter de marktmacht hoe kleiner de kans is dat de voordelen in voldoende mate aan de

---

<sup>235</sup> Zie de Leidraad gezamenlijke inkoop geneesmiddelen voor de medisch-specialistische zorg van de ACM van juni 2016 (ACM/TFZ/2016/401860), p. 3.

consumenten worden doorgegeven. Zoals reeds aangegeven, leidt gezamenlijke inkoop door alle zorgverzekeraars tot zeer aanzienlijke marktmacht. Het is daarmee zeer kwetsief of voldaan is aan het vereiste van doorgifte van de gerealiseerde voordelen aan de consument.<sup>236</sup> Tot slot moet ook voldaan zijn aan het vereiste dat de mededinging niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Indien alle zorgverzekeraars voor de totale zorginkoop in het kader van het basispakket samenwerken, lijkt het haast onmogelijk dat aan dit vereiste wordt voldaan. Op de markt voor de zorginkoop is concurrentie voor de zorgaanbieders bijna niet meer mogelijk, omdat zij niet kunnen uitwijken naar een andere verzekeraar (afnemer). Op de zorgverzekeraarsmarkt (voor het basispakket) zijn de kosten vergaand gelijkgetrokken, zodat concurrentie op de kosten ook vrijwel niet meer mogelijk is. Indien de zorginkoop beperkt is tot eerstelijns zorg, zijn de effecten van het gelijkschakelen van de kosten minder. Wel is het zo dat op de verschillende markten in deze sector de aanbieders geen uitwijkmogelijkheden hebben. Al met al lijkt de kans klein dat voor de gezamenlijke inkoop door alle zorgverzekeraars met succes een beroep gedaan kan worden op artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 6 lid 3 Mededingingswet. In dit verband dient opgemerkt te worden dat de vereisten van deze verdragsbepaling cumulatief zijn.<sup>237</sup> Indien derhalve aan één hiervan niet is voldaan, staat vast dat beide bepalingen niet van toepassing zijn. Een andere mogelijkheid is dat nagegaan wordt of gezamenlijke inkoop door alle zorgverzekeraars, waardoor de concurrentie wordt beperkt, toegestaan is op grond van artikel 106 lid 2 VWEU. Op grond van deze bepalingen kunnen (onder meer) mededingingsbeperkende afspraken geoorloofd zijn, indien deze nodig zijn met het oog de uitvoering van een taak van algemeen economisch belang. Een vergelijkbare bepaling voor dergelijke afspraken is artikel 11 Mededingingswet. Zoals hierboven reeds is aangegeven in paragraaf 6, gaat de Commissie ervan uit dat Nederlandse Zorgverzekeraars een taak van algemeen economisch belang uitvoeren in het kader van de basisverzekering. Betoogd zou kunnen worden dat gezamenlijke inkoop met het oog op deze taak plaatsvindt om zo de toegankelijkheid tot de zorg van hoge kwaliteit voor eenieder te garanderen. De beperking van de mededinging mag echter niet verder gaan dan noodzakelijk is. Dit betekent bij artikel 106 lid 2 VWEU (en artikel 11

---

<sup>236</sup> Zie randnummer 185 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>237</sup> Zie onder meer het reeds aangehaalde arrest *Grundig/Consten* en zaak T-9/93, *Schöller Lebensmittel t. Commissie*, Jur. 1995, p. II-1611

Mededingingswet) dat de beperking in kwestie nodig is omdat anders de taak van algemeen economisch belang niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan worden uitgevoerd.<sup>238</sup> Het economisch evenwicht van de taak toebedeeld aan bepaalde ondernemingen mag niet in gevaar gebracht worden. Dit gevaar kan zich voordoen, indien commercieel georiënteerde ondernemingen zich alleen toeleggen op zeer winstgevende activiteiten, waardoor andere producten of diensten die wel essentieel zijn niet meer worden aangeboden. Het is evenwel niet toegestaan om de concurrentie tussen producten of diensten te beperken, die kunnen worden gedissocieerd (losgemaakt) van de taak van algemeen economisch belang en betrekking hebben op specifieke voorkeuren van afnemers of andere spelers op de markt.<sup>239</sup> Nagegaan dient derhalve te worden of de concurrentiebeperkingen ook betrekking hebben op diensten en goederen, die dissociëerbaar zijn van de taak van algemeen economisch belang, omdat deze diensten en producten “...het economisch evenwicht van de door de houder van het uitsluitende recht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen.”<sup>240</sup>

De vraag die nu rijst, is of de aan de zorgverzekeraars toevertrouwde taak zover reikt dat het nodig is om de concurrentie voor de totale zorginkoop of de inkoop van alle eerstelijnszorg te beperken. Komt het economische evenwicht van de taak om de basisverzekering voor zorg aan te bieden in gevaar, indien de zorgverzekeraars niet gezamenlijk alle zorg of de gehele eerstelijnszorg kunnen inkopen? Waar het op aankomt bij deze taak, is dat de zorgverzekeraars in staat moeten zijn om een goede dekking aan te bieden tegen een aanvaardbare prijs.<sup>241</sup> Het lijkt goed voorstelbaar dat dit economische evenwicht alleen in het geding is, indien de prijzen voor bepaalde specifieke medische verstrekkingen te hoog zijn, de kwaliteit ervan onder de maat is dan wel de beschikbaarheid van bepaalde behandelingen onder druk staat. Gezamenlijke inkoop van deze specifieke medische verstrekkingen is dan noodzakelijk om het economisch evenwicht van de taak van de zorgverzekeraars te bewaren. Betoogd zou kunnen worden dat de gezamenlijke inkoop van andere medische verstrekkingen echter niet van belang is voor dit economische evenwicht. Indien de noodzaak daarvan inderdaad niet gegeven is, dan is de inkoop van deze andere medische verstrekkingen

---

<sup>238</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 16 van zaak C-320/91, Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533 en rechtsoverweging 76 van zaak C-437/09, AG2R, Jur. 2011, p. I-973.

<sup>239</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 10 van het arrest Corbeau.

<sup>240</sup> Zie rechtsoverweging 59 van zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner, Jur. 2001, p. I-8089.

<sup>241</sup> Zie rechtsoverweging 77 van het arrest AG2R.

dissocieerbaar (los te maken) van de taak van algemeen economisch belang toevertrouwd aan zorgverzekeraars. Uiteindelijk hangt het van de exacte vormgeving van het systeem van de gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars af, in hoeverre concurrentiebeperkingen die hierdoor kunnen ontstaan, geoorloofd zijn in het licht van artikel 106 lid 2 VWEU en artikel 11 Mededingingswet. Hoe meer zorg echter gezamenlijk wordt ingekocht door de verzekeraars, des te onwaarschijnlijker is het dat deze gezamenlijke inkoop nodig is om het financieel evenwicht van de aan de zorgverzekeraars toevertrouwde taak te bewaren en des te groter is derhalve dan de kans dat bepaalde inkoopactiviteiten dissocieerbaar zijn van deze taak. Als dat het geval is, kan niet met succes een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU worden gedaan.

## **12.2 Zorginkoop en de rol van de overheid**

Aan het begin van deze paragraaf is aangegeven dat de rol die de overheid kan hebben bij zorginkoop verschillend is. In de eerste plaats kan deze rol eruit bestaan dat zij de zorgverzekeraars stimuleert om samen te werken bij de zorginkoop. Dit kan op verschillende manieren, bijvoorbeeld door het afsluiten van een convenant. Er bestaat dan echter geen overheidsdwang. De overheid kan echter ook de zorgverzekeraars verplichten om samen te werken bij de zorginkoop. In dat geval bestaat er wel overheidsdwang.

### **12.2.1 Overtreding van de mededingingsregels door zorgverzekeraars?**

Vanuit het perspectief van de verzekeraar is het van groot belang in hoeverre de zorginkoop door middel van dwang, dat wil zeggen wet- en regelgeving, wordt afgedwongen. Indien de overheid zich beperkt tot het stimuleren om samen te werken, maar daarbij uiteindelijk het aan de zorgverzekeraars laat in hoeverre daadwerkelijk gezamenlijk zorg wordt ingekocht, dan overtreden de zorgverzekeraars toch het kartelverbod, indien de gezamenlijke inkoop concurrentiebeperkend is. Het is immers vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de Verdragsbepalingen inzake mededinging van toepassing zijn, indien de nationale wetgeving de mogelijkheid openlaat voor autonome gedragingen van ondernemingen; indien deze autonome gedragingen de concurrentie

beperken, dan zijn deze regels geschonden.<sup>242</sup> Ook al is een bepaalde markt voorwerp van vergaande regulering, de ruimte voor autonome gedragingen mag door ondernemingen niet beperkt worden door concurrentiebelemmerende afspraken en gedragingen.<sup>243</sup> Indien derhalve de zorgverzekeraars een concurrentiebeperkend systeem van gezamenlijke inkoop opzetten, waarbij een verzekeraar in een bepaalde regio namens de andere verzekeraars optreedt, ontsnappen zij niet aan het mededingingsrecht, indien de overheid hen heeft gestimuleerd tot deze samenwerking. Indien daarentegen de overheid in wet- en regelgeving de verzekeraars verplicht om gezamenlijk in te kopen, valt de mededingingsrechtelijke beoordeling anders uit. In het arrest *Ladbroke*<sup>244</sup> heeft het HvJ EU benadrukt dat de mededingingsregels uit het Verdrag alleen betrekking hebben op gedragingen, waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten.<sup>245</sup> Indien een mededingingsbeperkende gedraging door een nationale wettelijke bepaling is voorgeschreven aan de ondernemingen in kwestie dan wel indien door wetgeving een kader dat iedere vorm van concurrentie uitsluit, is ontstaan, dan is het Europese mededingingsrecht niet van toepassing.<sup>246</sup> Dit heeft als consequentie dat zorgverzekeraars geen mededingingsregels overtreden, indien de wetgever hun voorschrijft dat de zorginkoop plaatsvindt doordat één verzekeraar in een bepaalde regio optreedt namens de andere verzekeraars. Mocht in de wettelijke vormgeving ruimte worden gelaten voor autonome gedragingen door ondernemingen, moet uiteraard voorkomen worden dat de door deze ruimte geboden mogelijkheden worden beperkt door concurrentiebelemmerende gedragingen.

### **12.2.2 Schending van het EU-recht door de overheid?**

De betrokkenheid van de overheid bij de gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars kan aanleiding geven voor mededingingsrechtelijke problemen voor de overheid zelf. Aan de ene kant zijn de artikelen 101 en 102 VWEU niet gericht aan de Lidstaten en daardoor kunnen overheden als zij wet- en regelgeving vaststellen deze bepalingen (in

---

<sup>242</sup> Zie rechtsoverweging 34 van gevoegde zaken C-359/95 en C-379/95, *Ladbroke*, Jur. 1997, p. I-6265.

Zie ook rechtsoverwegingen 80 t/m 88 van zaak C-280/08, *Deutsche Telekom*, Jur. 2010, p. I-9555.

<sup>243</sup> Zie bijvoorbeeld zaak T-90/11, ONP, 10 december 2014, ECLI:T:2014:1049.

<sup>244</sup> Gevoegde zaken C-359/95P en C-379/95P, *Ladbroke*, Jur. 1997, p. I-6265.

<sup>245</sup> Zie rechtsoverweging 33 van het arrest *Ladbroke*.

<sup>246</sup> Zie vorige noot.

beginsel) niet overtreden.<sup>247</sup> Het HvJ EU heeft echter aan de andere kant de zogenoemde nuttig-effectnorm ontwikkeld. Op grond van deze rechtspraak mogen de lidstaten geen maatregelen treffen waardoor ondernemingen het nuttig effect aan de mededingingsregels van het VWEU ontnemen.<sup>248</sup> Deze norm is ontleend aan artikel 4 lid 3 EU-verdrag, dat het beginsel van Unietrouw bevat, in combinatie met artikel 101 of artikel 102 VWEU. Op grond van het beginsel van Unietrouw moeten de Lidstaten hun verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht nakomen en maatregelen nemen om de doelstellingen van de EU te realiseren. Eén en ander betekent dat zij niet het nuttig effect aan de Verdragsbepalingen voor de mededinging mogen ontnemen. De vraag rijst daarom of de overheidsbetrokkenheid bij de gezamenlijke zorginkoop kan leiden tot een schending van de nuttig-effectnorm.

Op twee manieren kan een Lidstaat deze schenden.<sup>249</sup> In de eerste plaats is sprake van een dergelijke schending, indien een Lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige afspraken oplegt, begunstigt of versterkt. Een voorbeeld hiervan is het algemeen verbindend verklaren van een prijsafpraak.<sup>250</sup> In de tweede plaats vindt een overtreding van de nuttig-effectnorm plaats, indien een overheid aan haar eigen regelgeving het overheidskarakter ontnemt doordat zij de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op markt aan particulieren delegeert. Een voorbeeld hiervan is het toekennen van de bevoegdheid door een overheid aan ondernemingen om productiequota vast te stellen.<sup>251</sup>

Naar onze mening bestaat de kans dat de Nederlandse overheid de totstandkoming van een met artikel 101 VWEU strijdige afspraak bevordert, indien zij zorgverzekeraars actief stimuleert om een systeem van gezamenlijke inkoop dat concurrentiebeperkend is, op te zetten.<sup>252</sup> Indien zij bijvoorbeeld daartoe een covenant sluit, is niet uit te

---

<sup>247</sup> Dit is slechts anders, indien de overheid, indien zij regelgeving vaststelt, optreedt als onderneming of ondernemersvereniging in de zin van het Europese mededingingsrecht. In zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, werd bijvoorbeeld de Nederlandse Orde van Advocaten, die naar nationaal recht een publiekrechtelijke rechtspersoon was, gezien als een ondernemersvereniging. De consequentie hiervan was dat de verordeningen die de Orde uitvaardigde getoetst diende te worden aan artikel 101 lid 1 VWEU. In het kader van de gezamenlijke inkoop van zorgverzekeraars is deze complicatie evenwel niet aan de orde.

<sup>248</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 13/77, INNO tegen ATB Jur. 1977, p. 2115.

<sup>249</sup> Zie onder meer rechtsoverweging 16 van zaak C-267/86, Van Eycke, Jur. 1988, p. 4769, en rechtsoverweging 10 van zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, p. I-5851

<sup>250</sup> Zie gevoegde zaken 209 t/m 213/84, Asjes, Jur. 1986, p. 1425.

<sup>251</sup> Zie in dit verband zaak C-198/01, CIF, Jur. 2003, p. 8055.

<sup>252</sup> Vergelijk in dit verband S. Verschuur, Overheidsmaatregelen en het toezicht van nationale mededingingsautoriteiten. De consequenties van het arrest CIF voor de nationale mededingingsautoriteiten en overheden, Den Haag, 2010, p. 90 en 91.

sluiten dat zij de nuttignorm overtreedt. Zij kan dan de totstandkoming van een concurrentiebeperkende afspraak begunstigen. Hierboven is reeds aangegeven dat in dergelijke omstandigheden de zorgverzekeraars ook niet vrijuit gaan, omdat er dan nog ruimte bestaat voor autonome gedragingen. Er kunnen zich dan twee schendingen voordoen: een inbreuk van artikel 101 VWEU door zorgverzekeraars en een overtreding van de nuttignorm door de Lidstaat Nederland.

De Nederlandse overheid kan ook de zorgverzekeraars verplichten om op concurrentiebeperkende wijze gezamenlijk zorg in te kopen. In dat geval legt zij ons inziens aan zorgverzekeraars op om met artikel 101 VWEU strijdige afspraken te maken. Een dergelijk overheidsoptreden staat op gespannen voet met de nuttignorm. Bij dwang kan evenwel aan zorgverzekeraars geen verwijt worden gemaakt, omdat dan geen ruimte meer bestaat voor autonoom gedrag. Zij worden gedwongen om afspraken over de gezamenlijk inkoop te maken en deze afspraken zijn daarom niet in strijd met artikel 101 lid 1 VWEU. In geval van overheidsdwang maakt alleen de overheid een inbreuk op het EU-recht en de zorgverzekeraars niet.

Kan een schending van een nuttignorm worden gerechtvaardigd met een beroep op een uitzondering? Eén keer heeft het HvJ EU zich duidelijk uitgesproken over deze vraag. In de zaak API<sup>253</sup> kwam het HvJ EU tot de conclusie dat door Italiaanse regelgeving afspraken die vervoersbedrijven over minimumbedrijfskosten hadden gemaakt in wezen algemeen verbindend waren verklaard, zodat de mededinging was beperkt. In deze zaak heeft het HvJ EU vervolgens onderzocht of de benadering ontwikkeld in het arrest Wouters<sup>254</sup> alsnog de beperking van de mededinging kon rechtvaardigen. Op grond van deze benadering kunnen mededingingsbeperkende afspraken geoorloofd zijn, indien deze afspraken inherent zijn aan de realisering van bepaalde deontologische doelstellingen (professionele ethiek). Later heeft het HvJ EU het type doelstelling dat kan profiteren van de Wouters-benadering verbreed naar 'legitieme doelen'.<sup>255</sup> In de zaak API heeft het HvJ EU de Wouters-benadering in verband gebracht met de overtreding van de nieuwe norm. In deze zaak ging het HvJ EU namelijk na of de concurrentiebeperkingen konden worden gerechtvaardigd door bepaalde legitieme doelen alvorens het tot de conclusie kwam dat de nuttignorm is

---

<sup>253</sup> Zie gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, API, 4 september 2015, ECLI:EU:C:2014:2147.

<sup>254</sup> Zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

<sup>255</sup> Zie zaak C-519/04, Meca-Medina, Jur. 2006, p. I-6991 en zaak C-136/12, CNG, 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:489.



geschonden. Naar het oordeel van het HvJ EU was dit niet het geval, omdat er geen duidelijk verband bestond tussen de bedrijfskosten en de verkeersveiligheid.<sup>256</sup> Deze bevindingen nemen echter niet weg dat in het arrest API het HvJ EU de Woutersbenadering heeft opgevoerd als een exceptie, waarmee een overtreding van de nuttig-effectnorm kan worden gerechtvaardigd.<sup>257</sup> Thans zijn echter de exacte contouren van deze exceptie onduidelijk, omdat het arrest API nog een op zich zelf staand uitspraak is.<sup>258</sup> Duidelijk is wel dat voor een eventueel succesvol beroep op de Woutersbenadering het van belang is om aan te tonen dat de concurrentiebeperkingen waartoe de gezamenlijke inkoop aanleiding geeft, niet verder gaat dan noodzakelijk is. Aan dit vereiste zal alleen voldaan zijn, indien aangetoond kan worden dat voor het bereiken van de doelstelling van de toegankelijkheid tot zorg van hoge kwaliteit het noodzakelijk is dat de gezamenlijke inkoop betrekking heeft op de gehele zorg dan wel op de gehele sector van de eerstelijnszorg.

Overigens moet voor het geval de overheid zorgverzekeraars verplicht om gezamenlijk in te kopen, nog op het volgende worden gewezen. Verzekeringsondernemingen die uit andere Lidstaten actief willen worden in Nederland door bijvoorbeeld een vestiging te openen, worden ook geconfronteerd met deze verplichte zorginkoop. Dit betekent dat zij zich verplicht moeten aansluiten bij het inkoopbeleid van bepaalde zorgverzekeraars in verschillende regio's. Hierdoor kunnen zij niet zelf vormgeven aan hun zorginkoopbeleid. Hierdoor wordt het vrije verkeer, met name de vrijheid van vestiging, zoals vastgelegd in artikel 49 VWEU, belemmerd. Een dergelijke belemmering zal alleen gerechtvaardigd zijn, indien met succes een beroep op de excepties kan worden gedaan (artikel 52 VWEU, waarin onder meer volksgezondheid staat genoemd, en de *Rule of Reason*). Ook voor een dergelijk beroep is het van belang dat de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is.

### 12.3 Conclusies

Een nauwkeurige mededingingsrechtelijke analyse kan pas gemaakt worden, wanneer duidelijk is hoe de gezamenlijke zorginkoop exact zal worden vormgegeven. Verder

---

<sup>256</sup> Zie rechtsoverweging 52 van het arrest API.

<sup>257</sup> Zie J.W. van de Gronden, De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht, p. 526.

<sup>258</sup> Zie J.W. van de Gronden, De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht, p. 526 en p. 527.

dienen dan de betrokken markten nauwkeurig in kaart te worden gebracht. Nu nog veel onduidelijk is met betrekking tot de vormgeving van de gezamenlijke inkoop door de zorgverzekeraars, is het nog niet mogelijk om adequaat de betrokken markten te omschrijven. Wel blijkt uit de analyse die in deze paragraaf is verricht dat gezamenlijke inkoop door alle zorgverzekeraars aanleiding kan geven tot aanzienlijke mededingingsrechtelijke problemen. De grootste knelpunten hebben te maken met de grote inkoopmacht die de zorgverzekeraars zullen krijgen en de vergaande kostenharmonisatie, waardoor de concurrentie op de downstream-markt -de verzekeringsmarkt- in aanzienlijke mate belemmerd kan worden. Verder is het lastig te bepalen of de concurrentiebeperkingen gerechtvaardigd kunnen worden in het licht van bijvoorbeeld artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 6 lid 3 Mededingingswet alsmede artikel 106 lid 2 VWEU en artikel 11 Mededingingswet. Voor de beantwoording van deze vraag is het van groot belang om vast te stellen in hoeverre het noodzakelijk is dat de gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars zich uitstrekt tot de gehele zorg dan wel tot de totale eerstelijnszorg.

Het risico bestaat dat de overheid artikel 4 lid 3 VEU juncto artikel 101 VWEU overtreedt, indien zij de zorgverzekeraars actief stimuleert of zelfs dwingt (door middel van wet- en regelgeving) om gezamenlijk zorg in te kopen. Gezien de huidige stand van de rechtspraak van het HvJ EU is het onzeker of een exceptie voorhanden is om een dergelijke overtreding te rechtvaardigen.

Tot slot wordt in dit verband nog gewezen op de positie van de verzekerde. Onduidelijk is in hoeverre de zorginkoop in een bepaalde regio door slechts één verzekeraar ertoe kan leiden dat een verzekerde belemmerd wordt in het ontvangen van een zorgbehandeling in een andere Lidstaat. Indien dit het geval is, dienen ook de randvoorwaarden van de Richtlijn inzake patiëntenrechten in acht worden genomen. Deze richtlijn is besproken in paragraaf 8.3 van dit advies.

### **13 Omslagpunt: is de zorgverzekeraar nog een onderneming?**

Uit de analyse die is uitgevoerd in voorafgaande paragrafen bleek dat een groot aantal van de voorgestelde maatregelen beoordeeld dienen te worden in licht van EU-regels die van toepassing zijn op ondernemingen. Het gaat hier met name om de Richtlijn Solvabiliteit II, de artikelen 101 en 102 VWEU alsmede de EU-staatsteunregels. Uit

paragraaf 3.3 is echter gebleken dat het van de nationale vormgeving van het zorgstelsel afhangt of zorgverzekeraars ondernemingen zijn. Indien de rol van solidariteit toeneemt en het overheidstoezicht groeit, dan zullen de zorgverzekeraars op een gegeven moment niet meer gekwalificeerd worden als onderneming. Het is derhalve van belang om na te gaan welke gevolgen de maatregelen die in dit advies aan de orde zijn geweest, hebben voor de vormgeving van het Nederlandse zorgstelsel. Kan de invoering van deze maatregelen ertoe leiden dat de activiteiten van de zorgverzekeraars hun economische karakter verliezen? Het spreekt voor zichzelf dat het ontvallen van het economisch karakter van deze activiteiten grote consequenties heeft voor de Europeesrechtelijke analyse.

Hieronder wordt daarom ingegaan op het begrip onderneming in relatie tot de besproken maatregelen. Eerst komt aan de orde de rol die solidariteit speelt. Daarna wordt ingegaan op het overheidstoezicht. Beide factoren zijn immers van belang om te bepalen of zorgverzekeraars ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht. Daarna wordt kort stilgestaan bij het ondernemersbegrip in het Nederlandse mededingingsrecht, aangezien in de Zvw een bijzondere bepaling met betrekking tot dit begrip is opgenomen. Vervolgens wordt ingegaan op artikel 1P1 EVRM. In hoeverre zijn maatregelen die zorgverzekeraars zo reguleren dat zijn geen economische activiteiten verrichten in overeenstemming met dit artikel? Daarna worden enige conclusies getrokken.

### **13.1 De rol van solidariteit in het zorgstelsel**

Wat de rol van solidariteit betreft, zijn volgens het HvJ EU onder meer de volgende factoren van belang. In ogenschouw wordt genomen of zorgverzekeraars een winstoogmerk mogen hebben. De afwezigheid van een dergelijk oogmerk brengt met zich dat zij een taak van zuiver sociale aard vervullen, die berust op het beginsel van solidariteit.<sup>259</sup> Daarnaast wijst verplichte aansluiting bij een zorgstelsel op een sterke rol van solidariteit<sup>260</sup> Dit is niet het geval, indien er keuzevrijheid bestaat.<sup>261</sup> Verder is van belang in hoeverre de verzekeraar invloed heeft op de omvang en de aard van de

---

<sup>259</sup> Zie rechtsoverweging 51 van het arrest AOK.

<sup>260</sup> Zie rechtsoverweging 13 van gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, Jur. 1993, p. I-637.

<sup>261</sup> Zie rechtsoverweging 83 zaak C-67/96, Albany, Jur. 1999, p. I-5751.

aanspraken (het pakket) van verzekerden. Indien de verzekeraar verplicht is om de wettelijk vastgestelde verstrekkingen te verlenen ongeacht de hoogte van de betaalde premie, is de rol van solidariteit groot.<sup>262</sup> In het arrest AOK stelde het HvJ EU in deze context dat de betrokken Duitse ziekenfondsen geen enkele invloed hadden op de verstrekkingen.<sup>263</sup> Indien daarentegen de aanspraken wel afhankelijk zijn van de betaalde bijdragen, wordt er juist vanuit gegaan dat naast solidariteit ook veel gewicht aan concurrentie wordt toegekend.<sup>264</sup> Daarnaast speelt deelname aan het risicovereveningssysteem een rol.<sup>265</sup> In de zaak AOK wees het HvJ EU erop met betrekking tot het aan het orde zijnde Duitse systeem van risicoverevening dat de betrokken ziekenfondsen "... een soort op solidariteit gebaseerde gemeenschap..." vormden, "...waardoor zij onderling tot een evenwichtige verdeling van kosten en risico's..." kwamen.<sup>266</sup> Ook werd gekeken naar de wijze waarop de verschuldigde premies worden berekend. Indien geen rekening wordt gehouden bij de berekening van de hoogte van de premies met de leeftijd of de gezondheidstoestand van de verzekerde, dan is dit een aanwijzing dat solidariteit een grote rol speelt.<sup>267</sup> Ook het ontbreken van een verband tussen het bedrag van de betaalde bijdragen en de aanspraken van een verzekerde impliceert solidariteit, namelijk tussen hoge en lage inkomens.<sup>268</sup>

In de rechtspraak over het begrip ondernemingen en zorgverzekeringen neemt het HvJ EU derhalve in het kader van de solidariteit verschillende factoren in aanmerking. Het HvJ EU 'legt als het ware een puzzel' en kijkt vervolgens of het totale plaatje wijst op een overheersende rol van solidariteit, dan wel of er voldoende ruimte voor concurrentie overblijft.

Kunnen de hierboven besproken maatregelen ertoe leiden dat de solidariteit toeneemt? Om te beginnen moet worden vastgesteld dat overwegingen van solidariteit niet aan de orde zijn bij een reclameverbod of andere regulering met betrekking tot reclame. Dat een verzekeraar beperkt wordt in zijn mogelijkheden om zijn diensten aan te prijzen, leidt er niet toe dat de solidariteit tussen gezonde en minder gezonde verzekerden of de

---

<sup>262</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 10 en 11 van het arrest Poucet en Pistre; rechtsoverweging 52 van het arrest AOK en rechtsoverwegingen 47 t/m 49 van het arrest AG2R.

<sup>263</sup> Zie de laatste zin van rechtsoverweging 52 van het arrest AOK.

<sup>264</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 17 van zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4013 en rechtsoverweging 82 van het arrest Albany.

<sup>265</sup> Zie rechtsoverweging 53 van het arrest AOK.

<sup>266</sup> Zie vorige noot.

<sup>267</sup> Zie rechtsoverwegingen 49 en 50 van het arrest AG2R.

<sup>268</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 10 en 11 van het arrest Poucet en Pistre en rechtsoverweging 42 van zaak C-218/00, *Cisal*, Jur. 2002, p. I-691.

solidariteit tussen hoge en lage inkomens versterkt wordt. Hetzelfde geldt voor de maatregel die de maximale omvang van een zorgonderneming aan banden legt. Een dergelijke maatregel houdt geen verband met de solidariteit tussen verschillende groepen. Ook de wijze waarop de zorginkoop geregeld wordt, is niet van belang voor de rol die solidariteit speelt. In het arrest FENIN heeft het HvJ EU namelijk aangegeven dat bepalend voor de vraag of een inkoopactiviteit economisch van aard is, het latere gebruik van de aangekochte goederen of diensten is.<sup>269</sup> Indien degene die goederen of diensten inkoopt, deze later gebruikt voor het verrichten van economische activiteiten, dan is de inkoop ook economisch van karakter. De consequentie hiervan is dat het mededingingsrecht van toepassing is op de inkoop. Indien daarentegen degene die bepaalde goederen of diensten heeft ingekocht deze aanwendt voor niet-economisch gebruik, is het mededingingsrecht niet van toepassing op de inkoopactiviteiten in kwestie. Indien derhalve een zorgverzekeraar voor het aanbieden van de verzekering beschouwd dient te worden als onderneming, dan zijn de mededingingsregels van toepassing op zijn inkoopactiviteiten. Indien daarentegen een zorgverzekeraar voor het aanbieden van de verzekering niet gekwalificeerd kan worden als een onderneming, dan zijn ook op zijn inkoopactiviteiten de mededingingsregels niet van toepassing.

De andere maatregelen die in dit advies aan de orde zijn geweest, kunnen wel van invloed zijn bij de mate van solidariteit die aan het zorgstelsel ten grondslag ligt. Zo wordt voorgesteld om de inkomensafhankelijke bijdrage te vergroten. Hierdoor zou uiteraard de rol van solidariteit vergroot worden. In een dergelijk systeem zullen de hoge inkomens immers meer bijdragen aan de financiering van het zorgstelsel dan de lage inkomens dan thans het geval is. De solidariteit tussen hoge en lage inkomens neemt op deze wijze toe.

Een andere maatregel houdt in dat in het kader van de risicoverevening het aandeel van de ex post-verevening toeneemt. Hierdoor is meer dan thans het geval is, gegarandeerd dat de daadwerkelijke kosten die verband houden met bepaalde nadelige risicoprofielen vergoed worden. Ex post-verevening neemt immers de daadwerkelijk gerealiseerde kosten als vertrekpunt van de berekening. Bij ex ante-verevening is de ruimte voor concurrentie groter, omdat hierbij vooraf bepaalde compensaties worden verstrekt op basis van specifieke gezondheidskenmerken van verzekerden en achteraf eventuele

---

<sup>269</sup> Zaak C-205/03, FENIN, Jur. 2006, p. I-6295. Hetzelfde standpunt had het Gerecht ook al ingenomen in deze zaak. Zie zaak T-319/99, FENIN, Jur. 2003, p. II-357.

hogere uitgaven dan voorzien niet worden verrekend. Ex post-verevening leidt wel, zoals reeds opgemerkt, tot degelijke verrekening, waardoor de concurrentie afneemt en de solidariteit tussen de verschillende zorgverzekeraars toeneemt. Zoals hierboven aan de orde kwam, was volgens het HvJ EU in de zaak AOK de aanwezigheid van een op solidariteit gebaseerde gemeenschap, waarin de kosten en risico's werden verdeeld, een sterke aanwijzing dat de betrokken ziekenfondsen geen economische activiteiten verrichtten.

Een andere maatregel, die in dit advies besproken is, houdt in dat er specifieke voorschriften voor de polis komen. Hierdoor wordt de vrijheid voor het bepalen van de aanspraken, waarop verzekerden recht hebben, verder beperkt. Als de wet bepaalt waarop een verzekerde recht heeft en de hoogte van de betaalde premies hierop niet meer van invloed zijn, wordt ervan uitgegaan dat de rol van solidariteit groot is. Hoe dieper de voorschriften ingrijpen in de voorwaarden, waaronder de verzekeraars de polis aanbieden, des meer neemt de rol van solidariteit toe. Dit is zeker het geval, indien dezen geen enkele invloed meer hebben op de verstrekkingen.<sup>270</sup> Verder is van belang dat er een wetsvoorstel op het verbod van winstuitkering aanhangig is. Het vergaande reguleren van het nastreven van winst wordt in de rechtspraak ook gezien als een uiting van solidariteit.<sup>271</sup> In zekere zin is de introductie van een plafond voor de aan te houden reserves ook regulering van winst en kan daarmee ook gezien worden als een maatregel die de solidariteit beoogt te bevorderen.

Zoals reeds aangegeven is, betreft het HvJ EU een groot aantal factoren in zijn beoordeling bij de beantwoording van de vraag of een verzekeraar een onderneming is. Het invoeren van slechts één maatregel die de solidariteit bevordert, leidt daarmee niet tot de gevolgtrekking dat de zorgverzekeraars geen ondernemingen meer zijn. In zekere zin brengt deze handelwijze van stapsgewijze van invoering, waarbij in verschillende fases de in dit advies besproken maatregelen worden vastgesteld, niet geringe risico's met zich mee. Elk van deze maatregelen kan immers op zichzelf staand ertoe kan leiden dat bijvoorbeeld de EU-staatssteunregels, de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer of de Richtlijn Solvabiliteit II worden overtreden. Indien echter alle maatregelen tegelijk worden ingevoerd, kan hierdoor de rol van solidariteit overheersend worden. Dit kan betekenen dat het economisch karakter komt te ontvallen aan de activiteiten van de

---

<sup>270</sup> Zie de laatste zin van rechtsoverweging 52 van het arrest AOK.

<sup>271</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 18 van het arrest Poucet en Pistre.

verzekeraar, waardoor de EU-regels voor staatssteun, het Europese mededingingsrecht en de Richtlijn Solvabiliteit II niet meer van toepassing zijn.

Uit het arrest AOK volgt dat met name de wettelijke regulering van het pakket van belang is, daar het Hof in dat verband stelde dat “...in het bijzonder...” deze regulering in ogenschouw diende te worden genomen.<sup>272</sup> Indien zorgverzekeraars verplicht zijn de in de wet aangegeven verstrekkingen te verlenen die niet afhangen van het bedrag van de premies, speelt het solidariteitsbeginsel een overheersende rol. Van groot belang wordt geacht dat de verzekeraars geen enkele invloed op de verstrekkingen hebben. De invoering van nationale voorschriften die diepgaand ingrijpen in de polis en het verband tussen premies en verstrekkingen wegnemen, kunnen er dus toe leiden dat de activiteiten van de zorgverzekeraar in de ogen van het HvJ EU volledig gedomineerd worden door overwegingen van solidariteit.<sup>273</sup>

Benadrukt dient echter te worden dat uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat naast de overheersende rol van de solidariteit de mate van overheidstoezicht in ogenschouw moet worden genomen. Indien dit toezicht gering van karakter is, dan kunnen de zorgverzekeraars nog steeds als onderneming worden beschouwd, ondanks dat hun optreden vrijwel volledig door solidariteit wordt beheerst.

### **13.2 De rol van het overheidstoezicht**

De rechtspraak met betrekking tot het overheidstoezicht is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Wel is uitgemaakt dat, indien de aanspraken en de verschuldigde bijdragen onderworpen zijn aan overheidstoezicht, dit een sterke aanwijzing is dat de verzekeringsactiviteiten niet economisch zijn.<sup>274</sup> Ook de omstandigheid dat de overheid kan ingrijpen, indien een zorgverzekeraar tekortschiet bij het uitvoeren van zijn taak, wijst op substantieel overheidstoezicht.<sup>275</sup> Indien daarentegen sociale partners veel vrijheid hebben om een bepaalde verzekeraar te selecteren voor de uitvoering van een ziektekostenverzekeraar, dan is het overheidstoezicht beperkt.<sup>276</sup>

---

<sup>272</sup> Zie rechtsoverweging 52 van het arrest AOK

<sup>273</sup> Zie J.W. van de Gronden, *The Treaty Provisions on Competition and Health Care*, in: J.W. van de Gronden, E. Szyszczak, U. Neergaard and M. Krajewski, *Health Care and EU Law*, Den Haag 2011, p. 272.

<sup>274</sup> Zie rechtsoverweging 43 van het arrest *Cisal*.

<sup>275</sup> Zie rechtsoverweging 37 van het arrest AOK.

<sup>276</sup> Zie rechtsoverwegingen 53 t/m 65 van het arrest AG2R.

Uit bovenstaande volgt dat met overheidstoezicht in het kader van het begrip onderneming bedoeld wordt dat de overheid diep kan ingrijpen in de besluitvorming van de verzekeraar om zo solidariteit af te dwingen. Thans kunnen zorgverzekeraars onderdeel zijn van grotere concerns. Zorgverzekeraars, aan wie allerlei solidariteitsverplichtingen zijn opgelegd, blijven dan opereren in een economisch (en wellicht zelfs commerciële) omgeving. Nu aan de ene kant de rechtspraak over overheidstoezicht nog weinig is uitgekristalliseerd en aan de andere kant wel als essentieel onderdeel wordt gezien in de doctrine over het begrip onderneming, zou de wetgever een zeer groot risico nemen, indien hij een groot aantal solidariteit bevorderende maatregelen zou nemen zonder de toezichtstructuur te wijzigen. Indien het HvJ EU immers tot de conclusie komt dat in het dagelijks management van een zorgverzekeraar concurrentiemotieven nog steeds een rol spelen, omdat een commerciële partij en niet een overheidsinstantie de touwtjes stevig in handen heeft, dan kan de uitkomst zijn dat de getroffen maatregelen de EU-regels voor staatssteun, de Europese mededingingsregels en/of de Richtlijn Solvabiliteit II schenden. Om dit te voorkomen, zou de overheid een toezichtsarrangement op de verzekeraars dienen te introduceren, welke gericht is op de realisering van de nagestreefde solidariteit. Uiteindelijk dient het overheidstoezicht dan ertoe te leiden dat de solidariteitsverplichtingen worden nageleefd door de zorgverzekeraars. Diep ingrijpen in het beslissingsproces van de verzekeraar lijkt dan onontkoombaar om zeker te stellen dat de zorgverzekeraars geen ondernemingen meer zijn. In dit verband is het van belang dat sommige politieke partijen voorstellen om bepaalde academische en acute zorg door de overheid te laten plannen.<sup>277</sup> Ook kan de overheid van tevoren de capaciteit van dure infrastructuur reguleren. Op deze manier neemt de mate van overheidstoezicht toe en de kans dat verzekeraars geen ondernemingen meer zijn ook.

Bij bovenstaande analyse dient een belangrijke kanttekening te worden geplaatst. Thans is bij het Gerecht de zaak SZP en VZP<sup>278</sup> aanhangig. In deze zaak is beroep aangetekend tegen het besluit van de Commissie,<sup>279</sup> waarin de Slovaakse zorgverzekeraars niet als ondernemingen aangemerkt. Het opvallende is dat de Commissie in haar beoordeling weinig aandacht besteedde aan het overheidstoezicht. Zij merkte slechts op dat de

---

<sup>277</sup> Zie het verkiezingsprogramma van de PvdA van 2007, Een verbonden samenleving, p. 49.

<sup>278</sup> Deze zaak heeft als nummer zaak T-216/15.

<sup>279</sup> Zie het Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014 (C(2014) 7277 def.) over de maatregelen SA. 23008 – 2013/C.



zorgverzekeraars onderworpen waren aan strikt toezicht door de overheid.<sup>280</sup> Daarbij werd slechts kort aangestipt dat een *regulatory body* een belangrijk deel van dit toezicht ter hand nam.<sup>281</sup> Het Gerecht kan in zijn arrest meer aandacht besteden aan deze problematiek, en wellicht zal het HvJ EU hetzelfde doen in een eventueel hoger beroep. Zo kan in de te wijzen arresten de rol van het overheidstoezicht bij het begrip onderneming verduidelijkt worden. De uitkomst van deze arresten kan sowieso van groot belang zijn voor het Nederlandse zorgstelsel, omdat in de zaak SZP en VZP de vraag of zorgverzekeraars ondernemingen zijn, centraal staat.

### **13.3 Begrip onderneming in het Nederlands mededingingsrecht**

Zoals in paragraaf 3.3 reeds is opgemerkt, zijn zorgverzekeraars op grond van artikel 122 Zorgverzekeringswet ondernemingen naar Nederlands mededingingsrecht, ongeacht of zij dit ook zijn volgens het EU-recht. Wat zou dit betekenen, indien het Nederlands zorgstelsel zo zou worden vormgegeven dat de zorgverzekeraars geen economische activiteiten meer verrichten? Het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet en het verbod op misbruik van machtsposities van artikel 24 Mededingingswet zouden van toepassing blijven op de zorgverzekeraars. Wat hierboven in paragraaf 12.1.1 over zorginkoop is gesteld, zou dan ook relevant blijven voor het geval de zorgverzekeraars geen economische activiteiten meer verrichten. Het Nederlandse mededingingsrecht kent evenwel geen nuttig-effectnorm, zodat hetgeen hierover is opgemerkt in paragraaf 12.2 niet meer opgaat. Verder zijn de staatssteunregels niet meer van toepassing, omdat deze regels geen equivalent hebben in het Nederlandse mededingingsrecht. Ook vallen de zorgverzekeraars buiten de reikwijdte van de Richtlijn Solvabiliteit II. In paragraaf 3.1 is immers uiteengezet dat met betrekking tot de kwestie van de toepasselijkheid er convergentie bestaat tussen het EU-mededingingsrecht en de Richtlijn Solvabiliteit II. Indien een zorgverzekeraar niet onder het mededingingsrecht valt vanwege het aanbieden van een volledig op het solidariteitsbeginsel gebaseerde verzekering (met substantieel overheidstoezicht), dan is de Richtlijn Solvabiliteit II ook niet van toepassing op deze verzekeraar. (Op grond van artikel 3 van de Richtlijn, vallen immers verzekeraars die deel uitmaken van een

---

<sup>280</sup> Zie randnummer 88 van het Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014.

<sup>281</sup> Zie randnummer 32 van het Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014.

wettelijk regeling van sociale zekerheid niet binnen de reikwijdte van deze EU-regeling.)<sup>282</sup> Dit betekent dat met uitzondering van de inkoop door zorgverzekeraars artikel 122 Zorgverzekeringswet geen invloed heeft op de beoordeling van de andere maatregelen in het geval dat de zorgverzekeraars geen economische activiteiten meer verrichten.

In dit verband moet ook aandacht besteed worden aan de volgende situatie, die in wezen spiegelbeeldig is aan hetgeen zojuist besproken is. Het zorgstelsel kan zo zijn vormgegeven dat verzekeraars naar EU-recht nog steeds als ondernemingen moeten worden aangemerkt. Indien de Nederlandse wetgever meent dat het onwenselijk is om de Nederlandse Mededingingswet toe te passen op de zorgverzekeraars, kan hij beslissen om artikel 122 Zorgverzekeringswet in te trekken en om te bepalen dat zorgverzekeraars niet binnen de reikwijdte van het Nederlands mededingingsrecht vallen. Dit zal echter geen consequenties hebben voor de toetsing aan het EU-recht. De zorgverzekeraars blijven immers dan gewoon ondernemingen en dienen daarom de artikelen 101 en 102 VWEU na te leven. In dit verband moet erop gewezen worden dat de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties op grond van artikel 3 Verordening 1/2003<sup>283</sup> zelfs verplicht zijn om deze verdragsbepalingen toe te passen op het gedrag van ondernemingen, mits dit gedrag een effect op de handel tussen de Lidstaten heeft. Hieruit blijkt dat zorgverzekeraars niet kunnen ontsnappen aan het Europese mededingingsrecht, zolang zij ondernemingen zijn. Ook de EU-staatssteunregels en de Richtlijn Solvabiliteit II blijven van toepassing.

### **13.4 Artikel 1 lid 1 EVRM en de overheidsregulering**

In deze paragraaf staat de toetsing aan het EVRM centraal. Wanneer zorgverzekeraars zo vergaand in hun commerciële ruimte worden beperkt vanwege onder andere ingrijpend overheidstoezicht dat zij geen onderneming meer zijn, ontstaat er mogelijk ook een probleem onder artikel 1 P1 EVRM. Het enkele feit dat zij geen ondernemingen meer zijn onder het EU-recht is niet zo zeer doorslaggevend, maar wel relevant is dat zij

---

<sup>282</sup> Zie in dit verband zaak C-238/94, Garcia, Jur. 1996, p. I-1673, waarin het Hof een parallel trok tussen het begrip onderneming uit het mededingingsrecht en de reikwijdte van de toenmalige Schaderichtlijnen, waarin ook de uitzondering van een wettelijke regeling van sociale zekerheid was opgenomen.

<sup>283</sup> Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans artikelen 101 en 102), Pb. 2003 L1/1.

worden beperkt in hun bedrijfsvoering, aangezien de overheid bijvoorbeeld de planning van zorg en de regulering van capaciteit van infrastructuur op zich neemt. Omdat er in deze omstandigheden (nog) geen sprake is van onteigening en omdat dergelijke maatregelen niet de regulering van eigendom ten doel lijken te hebben, zou de 'restregel' van het beginsel van ongestoord genot van eigendom van toepassing kunnen zijn. Deze regel is eerder van toepassing verklaard wanneer er stappen werden genomen met het oog op onteigening, maar de onteigening nog niet was voltooid.<sup>284</sup> Bovendien is deze regel toegepast in feitelijke en juridische complexe situaties waarin het moeilijk was om precies te bepalen of er nu sprake was van onteigening of regulering.<sup>285</sup> Ook de situatie waarin de zorgverzekeraars zich zouden bevinden wanneer zij zich geconfronteerd zouden zien met verschillende maatregelen zou complex zijn. Verder is nog van belang om op te merken dat het EHRM verschillende maatregelen die invloed hebben op hoe een klager met zijn eigendom kan omgaan, kan behandelen in één zaak.<sup>286</sup> Het toetsingsraamwerk dat eerder in dit advies uiteen is gezet, zal ook op zo'n zaak van toepassing zijn. Daarbij is van belang om te onderstrepen dat ook hier weer de *margin of appreciation* een rol van betekenis zal spelen. Het HvJ EU heeft bepaald dat ook wanneer de restregel van toepassing is, de staten een grote *margin of appreciation* toekomt.<sup>287</sup> Dit zal des te meer zo zijn omdat het hier gaat om sociaaleconomisch beleid. Bij de derde stap (redelijk evenwicht) is het mogelijk nodig om compensatie te betalen, indien er een inbreuk is op het ongestoord genot van eigendom en de klagers hierdoor schade hebben geleden.<sup>288</sup> Omdat de schade zich moeilijk leent voor een precieze berekening, zal het HvJ EU waarschijnlijk de schadevergoeding toekennen 'on an equitable basis', waarbij het de afzonderlijke elementen meeneemt die schade hebben verzaakt.<sup>289</sup> Elementen die mogelijk van belang zullen zijn, zijn hoe ver het overheidstoezicht gaat en hoe ver de solidariteitsregulering

---

<sup>284</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 65.

<sup>285</sup> EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, rechtsoverweging 106.

<sup>286</sup> Bijvoorbeeld EHRM 23 september 1982, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverweging 60.

<sup>287</sup> EHRM 9 februari 2006, 2531/02 (*Athanasiou e.a./Griekenland*), ECLI:CE:ECHR:2006:0209JUD000253102, rechtsoverweging 23.

<sup>288</sup> Bijvoorbeeld EHRM 18 december 1984, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175.

<sup>289</sup> Bijvoorbeeld EHRM 18 december 1984, 7151/75 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, rechtsoverwegingen 31-32.

gaat. Verdere toetsing is niet mogelijk omdat de exacte contouren van de maatregelen onduidelijk zijn.

### **13.5 Conclusies**

Indien een groot aantal van de maatregelen die in dit advies beoordeeld zijn tegelijkertijd van kracht zijn, bestaat de gerede kans dat de activiteiten van zorgverzekeraars in overwegende mate door solidariteit worden beheerst. Met name zal dit het geval zijn, indien nationale voorschriften worden ingevoerd, waardoor vergaand wordt ingegrepen in de polis voor het basispakket alsmede het verband tussen verstrekkingen en premies wordt weggenomen, zodat de zorgverzekeraars geen enkele invloed meer hebben op deze verstrekkingen. Dit wil echter nog niet meteen zeggen dat zij dan geen ondernemingen meer in de zin van het Europese (mededingings)recht zijn. Daarvoor is ook vereist dat zij onderworpen worden aan substantieel overheidstoezicht. Het lijkt onontkoombaar dat aan overheidsinstellingen dan bevoegdheden worden gegeven om diep in te grijpen in het besluitvormingsproces van de zorgverzekeraars. Op deze wijze kan zeker gesteld worden dat de zorgverzekeraars geen ondernemingen meer zijn, zodat het risico op strijd met het Europese mededingingsrecht, de EU-staatssteunregels en de Richtlijn Solvabiliteit II verkleind wordt.

Bezien vanuit het perspectief van het EVRM leiden de maatregelen die solidariteitsverplichtingen invoeren en het overheidstoezicht versterken er mogelijk toe dat zorgverzekeraars niet meer ongestoord kunnen genieten van hun eigendom. Of dit daadwerkelijk zo zal zijn, is afhankelijk van de meer precieze invulling van de maatregelen en hun effect op een individuele verzekeraar. Wel staat vast dat de staat ook hier een brede *margin of appreciation* toekomt.

### **14 Conclusies**

In het onderhavige advies zijn verschillende maatregelen die getroffen kunnen worden jegens zorgverzekeraars onderzocht. Deze maatregelen zijn voorgesteld in het kader van de verkiezingen van 15 maart 2017. De exacte contouren van deze maatregelen zijn nog niet bekend en daarom is het niet mogelijk om harde conclusies te trekken. Aan het

einde van elke paragraaf, waarin een maatregel beoordeeld werd, zijn wel de risico's van invoering ervan in kaart gebracht.

De meest vergaande maatregel die in dit advies onder de loep genomen is, betreft de invoering van het Nationaal zorgfonds. De invoering van een dergelijk fonds zal geen strijd met de Verdragsbepalingen voor het vrij verkeer opleveren, indien de vormgeving ervan op coherente en systematische wijze plaatsvindt. Verder is het van belang dat het Nationaal zorgfonds alleen de basisverzekering uitvoert en dat de omvang van de dekking van de risico's geboden door dit fonds niet te groot is. Daarnaast zijn wij ervan uitgegaan dat het Nationaal zorgfonds een onderdeel van de Nederlandse overheid zal zijn, zodat de transparantieplichting, zoals ontwikkeld door de HvJ EU op basis van de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer, niet van toepassing is op de toekenning van het exclusieve recht aan dit fonds om de basisverzekering aan te bieden.

De invoering van het Nationale zorgfonds leidt wel tot een groot knelpunt op grond van het fundamentele recht op eigendom, zoals dat onder meer geregeld is in artikel 1 P1 EVRM. Deze invoering brengt onteigening van particuliere zorgverzekeraars met zich mee. Vaststaat dat de overheid daarom compensatie aan deze verzekeraars zal moeten betalen. De hoogte ervan zal waarschijnlijk niet de marktwaarde van 19,7 miljard euro zijn, maar dient wel in redelijke verhouding tot deze waarde te staan. De bedragen die de overheid moet betalen bij de invoering van het Nationaal zorgfonds zullen daarom in de miljarden euro's lopen.

Ten aanzien van de andere maatregelen (die ertoe zouden leiden dat nieuwe verplichtingen op particuliere zorgverzekeraars van toepassing zouden worden) zijn de risico's aangegeven in de verschillende deelconclusies. Met name het EU-recht stelt belangrijke randvoorwaarden bij de invoering van deze maatregelen. De reden hiervoor is dat Nederland een zorgstelsel heeft, waarin particuliere zorgverzekeraars en marktwerking een belangrijke rol spelen. De Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer, mededinging en staatssteun alsmede de Richtlijn Solvabiliteit II zijn daarom van toepassing, omdat deze bepalingen fungeren als spelregels voor de markt. De interventies van de overheid ten aanzien van de zorgverzekeraars dienen daarom getoetst te worden aan deze spelregels. In veel gevallen zal dan moeten worden onderzocht of de beperkingen die veroorzaakt worden door deze interventies proportioneel zijn in het licht van de te realiseren doelstellingen. Bij de toetsing aan de fundamentele rechten van het EVRM moet ook nagegaan worden of er een redelijk

evenwicht bestaat tussen het na te streven algemeen belang en de fundamentele rechten van de zorgverzekeraars. In het kader van het EVRM komt evenwel aan de overheid een grote *margin of appreciation* toe, zodat er voor haar meer speelruimte is dan in het EU-recht.

Het opvallende is wel dat, wanneer veel solidariteitsbevorderende maatregelen tegelijkertijd van kracht zouden zijn, de zorgverzekeraars niet meer beschouwd kunnen worden als ondernemingen, zodat de Verdragsbepalingen voor de mededinging en staatssteun alsmede de Richtlijn Solvabiliteit II niet meer van toepassing zijn. De kans dat dit het geval is, wordt aanzienlijk groter, indien vergaand overheidstoezicht gericht op de naleving van de relevante solidariteitsverplichtingen wordt ingevoerd. De consequentie hiervan zou zijn dat de overheid aanzienlijk meer speelruimte krijgt in het EU-recht dan wanneer de zorgverzekeraars wel ondernemingen zijn. Indien deze vergaande regulering wordt ingevoerd, is het echter niet uitgesloten dat volgens artikel 1P1 EVRM de zorgverzekeraars geen ongestoord genot van hun eigendom meer hebben, waardoor recht op compensatie kan ontstaan. In hoeverre dit daadwerkelijk het geval is, hangt af van de precieze vormgeving van de regulering, waarbij voorts de kanttekening past dat aan de overheid een ruime *margin of appreciation* toekomt.

Al met al stellen het EU-recht en het EVRM belangrijke spelregels voor de overheidsregulering van zorgverzekeraars. Het verdient dan ook aanbeveling dat de overheid bij de exacte vormgeving van de voorgenomen zorgmaatregelen deze spelregels in acht neemt.

## Bijlage: Tabel toetsing

	<b>Richtlijn Solvabiliteit II</b>	<b>Vrij verkeer</b>	<b>Staatssteun</b>	<b>Mededinging</b>	<b>EVRM</b>
<b>Nationaal zorgfonds (par. 4)</b>	n.v.t.	Geoorloofd mits voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.	n.v.t.	n.v.t.	Compensatie die in redelijke verhouding tot de marktwaarde staat, is verplicht.
<b>Beperking maximale omvang verzekeraar (par. 5)</b>	Schending Richtlijn. Twijfelachtig of dit gerechtvaardigd kan worden.	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.
<b>Wijziging verhouding nominale premie en inkomensafhankelijke premie (par. 6)</b>	Alleen van toepassing indien tariefsvrijheid wordt geschonden. Eventuele rechtvaardiging zal lastig zijn.	n.v.t.	Het systeem van risicoverevening moet opnieuw bij de Commissie worden aangemeld.	n.v.t.	n.v.t.
<b>Toename aandeel ex post-verevening (par. 7)</b>	n.v.t.	n.v.t.	Het systeem van risicoverevening moet opnieuw bij de Commissie worden aangemeld.	n.v.t.	n.v.t.
<b>Voorschriften voor polis basispakket (par. 8)</b>	Bij ruime interpretatie Richtlijn zijn bepalingen hieruit geschonden. Alleen geoorloofd indien duidelijk verband tussen toegankelijkheid zorg en polisvoorschriften wordt aangetoond.	Bij enge interpretatie Richtlijn zijn vrijverkeerbepalingen en geschonden. Alleen geoorloofd indien duidelijk verband tussen toegankelijkheid zorg en polisvoorschriften wordt aangetoond.	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.
<b>Verbod op maken reclame/plafondreclamebudget (par. 9)</b>	Wat verzekeraars uit andere lidstaten betreft, bestaat strijd met Richtlijn. Wat Nederlandse verzekeraars betreft, is de Richtlijn niet geschonden.	Wat Nederlandse verzekeraars betreft, is vrij verkeer alleen beperkt, voor zover geen gebruik van diensten van reclamebureaus uit andere lidstaten kan worden gemaakt. Alleen gerechtvaardigd indien met verbod en plafond aan reclame-uitgaven een publiek belang op evenredige wijze wordt nagestreefd.	n.v.t.	n.v.t.	Beperking van meningsvrijheid. Toegestaan, indien legitiem doel wordt nagestreefd en de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving is.

<b>Verbod op winstuitkering voor zorgverzekeraars (par. 10)</b>	Grotendeels niet van toepassing, maar spanning tussen de Richtlijn en de verplichting winst te gebruiken voor zoor zorg en reserves.	Vrij verkeer is belemmerd. Deze belemmering is waarschijnlijk niet gerechtvaardigd, indien zorgaanbieders wel winst mogen uitkeren en voor dit verschil geen adequate verklaring wordt gegeven.	n.v.t.	n.v.t.	Beperking recht op eigendom. Dit is alleen gerechtvaardigd indien redelijk evenwicht bestaat tussen verbod en het doel van de toegankelijke zorg. Onderbouwing in wetsvoorstel is wellicht onvoldoende om dit aan te tonen.
<b>Plafond voor de aan te houden reserves (par. 11)</b>	Richtlijn is geschonden. Het is uitermate lastig om dit te rechtvaardigen.	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	Beperking recht op eigendom. Nog niet vast te stellen of dit gerechtvaardigd is.
<b>Verplichte inkoop per regio (par. 12)</b>	n.v.t.	Alleen beperking vrij verkeer indien verzekeraars uit andere Lidstaten worden verplicht mee te doen door de overheid aan een systeem van inkoop. Beperking gerechtvaardigd indien gezamenlijke inkoop noodzakelijk is voor toegankelijkheid zorg.	n.v.t.	Kartelverbod is zeer waarschijnlijk geschonden. Lastig of dit te rechtvaardigen is, omdat onduidelijk is waarom zorgverzekeraars voor totale zorginkoop moeten samenwerken. Bij zorginkoop door verzekeraars die verplicht wordt door de overheid, bestaat de grote kans dat de nuttignorm is geschonden. Onzeker of dit kan worden gerechtvaardigd.	n.v.t.