

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65152>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-22 and may be subject to change.

Besluiten EU

Zorg & mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht

Mr. J.C.A. Houdijk

In het Hoofdljnendebat in de Tweede Kamer van 15 april jongstleden over de gezondheidszorg in Nederland kwamen de contouren van een nieuw zorgstelsel in zicht.¹ Het lijkt erop dat een meerderheid van de Kamer achter een stelsel met meer marktwerking staat. Het gaat dan om een zorgstelsel waarin iedereen privaatrechtelijk verzekerd zou zijn voor ziektekosten, maar waarin wel sterke publiekrechtelijke waarborgen zijn ingesteld door de overheid.

Het nieuwe zorgstelsel met meer marktwerking enerzijds en sterke publiekrechtelijke waarborgen anderzijds roept vragen op omtrent de toepassing van het EG-recht zoals de Schadeverzekeringrichtlijnen en het communautaire mededingingsrecht. Ook het Nederlandse mededingingsrecht, geënt op de EG-rechtelijke pendant, kan ingrijpen in de activiteiten van de verschillende actoren in de zorg.²

Inleiding

In het nieuwe zorgstelsel wordt marktwerking verder doorgevoerd. Zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars zullen meer met elkaar in concurrentie treden bij het aanbieden van hun diensten. De Nederlandse overheid houdt echter een belangrijke vinger in de pap door wetgeving uit te vaardigen die publieke waarborgen instelt in de zorgmarkt, en aldus de commerciële vrijheden van de zorgactoren ook weer sterk beperkt.

Bij een systeem van gereguleerde marktwerking is het de vraag of het Europese recht zomaar toestaat dat de door de overheid met de ene hand aangereikte marktwerking met de andere hand weer deels wordt teruggenomen c.q. sterk wordt begrensd. Het EG-recht stelt grenzen aan de regulering van in principe vrije particuliere markten door wetgevers en ontnemt de mogelijkheid tot het opleggen van beperkingen van overheidszijde op vrije gedragingen van zorgactoren. Het Europese recht dat op dit vlak zijn werking heeft, bestaat onder meer uit de Schadeverzekeringrichtlijnen met hun voorwaarden voor de regulering van het zorgverzekeringsbedrijf, en die bepalingen van het EG-mededingingsrecht, die zijn gericht tot lidstaten, zoals artikel 86 lid 1 EG en de 'effet utile'-doctrine.³

Daarnaast stellen het Europese en nationale mededingingsrecht grenzen aan de mogelijkheden van de spelers in de markt, de zorgactoren, om de ingestelde vrije concurrentie teniet te doen. Hierbij kan het ook gaan om organisaties die mededingingsbeperkingen veroorzaken bij het waarborgen van sociale belangen (waaronder zorgbelangen).

De bevoegde autoriteiten voor toezicht op de zorgsector zijn de Europese Commissie (wat betreft de toepassing van het EG-mededingingsrecht), en op nationaal niveau in Nederland de NMa en andere toezichthouders (zoals de in oprichting zijnde Zorgautoriteit).

Dit artikel analyseert de beoogde marktwerking en geeft enkele knelpunten aan tussen enerzijds nationale en Europese regelgeving, en anderzijds de handelingen van marktdeelnemers (de zorgactoren) en het mededingingsrecht. Van de marktdeelnemers staan in dit artikel de zorgverzekeraars centraal.

Een belangrijk punt is hoe publieke belangen nog gewaarborgd kunnen worden indien marktwerking eenmaal geïntroduceerd dan wel verder doorgevoerd is. EG-wetgeving verzet zich immers tegen zowel bepaald overheidsingrijpen als tegen particulier ingrijpen dat de mededinging beperkt, ook indien dat zou zijn ter behartiging van sociale belangen. Het is de vraag in hoeverre en via welke mechanismen het communautaire kader ruimte laat voor nationaal overheidsingrijpen en in hoeverre Europees en nationaal mededingingsrecht ruimte laten voor behartiging van 'zorg'-belangen door particulieren.

In een nieuw zorgstelsel waarin het proces van marktwerking verder is doorgevoerd moet een nieuw evenwicht gevonden worden tussen vrije concurrentie aan de ene kant en het waarborgen van publieke belangen aan de andere kant. Als vanzelf ontstaat de zoektocht naar een nieuwe balans tussen mededingingsbescherming en

¹ Zie het hoofdljnendebat van de Tweede Kamer over het zorgstelsel, 67ste vergadering, 15 april 2004, *Handelingen Tweede Kamer* 2003-2004, nr. 67, p. 4363-4411.

² Dit manuscript is afgesloten op 7 juni 2004. De auteur wil prof. dr. A.-M. Van den Bossche en mr. J. Meulman graag danken voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

³ De toepassing van art. 3 lid 1 sub g EG j° art. 10 EG j° art. 81/82 EG.

het nastreven van publieke, sociale of niet-economische belangen.

Voor de Nederlandse zorgsector is verder de positie van de Nederlandse toezichthouders van belang. Deze is aan veranderingen onderhevig. Het is de vraag wat dit betekent voor de toepassing van EG- en nationaal mededingingsrecht binnen de zorgmarkt.

Om tot beantwoording van bovenstaande vragen te komen zal de volgende indeling worden gehanteerd. Allereerst wordt een beschrijving gegeven van de werking van het zorgstelsel in Nederland. Hierbij wordt uitgeweid over de nieuwe Nederlandse Zorgverzekeringswet, en over de nieuwe toezichthouder in de zorgmarkt (de Zorgautoriteit) en de aandachtspunten die zij in de gaten moet houden bij de uitvoering van haar taak. Hierna gaat de aandacht uit naar de toepassing van het EG-recht op de zorgsector. Er volgt eerst een korte beschrijving van het Gemeenschapsrechtelijke kader voor de volksgezondheid. Daarna komen de twee belangrijkste communautaire probleemgebieden voor het nieuwe Nederlandse zorgstelsel uitgebreid aan bod: de Schadeverzekeringrichtlijnen en het Europese mededingingsrecht. Tot slot volgt een korte beschouwing over de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht op de zorgsector, mede met het oog op de recente ontwikkelingen in het Europese recht terzake. Het artikel eindigt met enkele bespiegelingen over de toepassing van het mededingingsrecht op de zorgsector in de toekomst.

Het kader van de Nederlandse gezondheidszorg

De zorgmarkten

In de zorgsector kunnen globaal drie markten worden onderscheiden.⁴ Op de zorgmarkt verlenen zorgaanbieders zorg aan patiënten en andere zorgvragers. Op de zorgverzekeringsmarkt bieden zorgverzekeraars (ziekenfondsen en particuliere verzekeraars) aan ver-

zekerden hun verzekeringsproduct aan. Op de zorginkoopmarkt kopen zorgverzekeraars ten behoeve van hun verzekerden zorg in.⁵

Het publiekrechtelijke kader voor de verdeling van de gelden en de financieringswijze in de genoemde zorgmarkten wordt gevormd door een aantal wetten die fungeren als sturingsmechanisme van de overheid. De vier belangrijkste daarvan zijn:

- 1 de Ziekenfondswet (ZFW), binnenkort te vervangen door een nieuwe Zorgverzekeringswet (Zvw);
- 2 de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ)⁶;
- 3 de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG); en
- 4 de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV).⁷

De zorgverzekeringsmarkt bestaat uit drie compartimenten.⁸ Er is een compartiment aan zorg, dat onverzekerbaar wordt geacht volgens het marktprincipe (hiervoor geldt momenteel de AWBZ).⁹ Er is een tweede compartiment waarbij sprake is van een mengvorm van overheidsregelgeving en concurrentie (hierin spelen de ZFW én de particuliere verzekeringen een rol).¹⁰ En er is een derde compartiment van aanvullend verzekerde zorg waarin volgens marktprincipes (aanvullende) verzekeringen worden aangeboden.

De zorgassurantiemarkt in Nederland kent een 'dual' bestel van publiek- en privaatrechtelijke ziektekostenverzekeringen.¹¹ Tweederde van de bevolking is verplicht verzekerd in een publiekrechtelijke ziektekostenverzekering, die is geregeld in de Ziekenfondswet uit 1964. De ziekenfondsverzekering heeft overigens ook privaatrechtelijke kenmerken. Zo is de uitvoering van deze verzekering in handen van privaatrechtelijke lichamen (die door de overheid zijn toegelaten als ziekenfondsen). De ziekenfondsen sluiten voorts privaatrechtelijke contracten af met zorgaanbieders. Eenderde van de bevolking is privaatrechtelijk verzekerd tegen ziektekosten. Schadeverzekeraars uit Nederland en andere lidstaten bieden hiertoe ziektekostenverzekeringen aan.¹²

⁴ Zie E. Schut, De markt voor de gezondheidszorg, in: R. Lapré, F. Rutten en E. Schut, *Algemene economie van de gezondheidszorg*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2001, p. 180-182.

⁵ Deze zorginkoopmarkt is ontstaan in Nederland omdat de zorgverzekeraars niet slechts borg staan voor de vergoeding van zorgdiensten, maar die zorgdiensten ook zelf voor hun verzekerden inkopen. Zie hier het stelsel van zorg in natura. Zorgverzekeraars betalen niet slechts een zorgbehandeling die de verzekerde zelf maar dient te regelen, maar bieden de verzekerde de behandeling als het ware aan. In het kader van de inkoop van zorg voeren de verzekeraars onderhandelingen met de zorgverleners over o.a. de prijs en kwaliteit van de behandelingen.

⁶ De AWBZ zal met de inwerkingtreding van de Zvw worden aangepast c.q. danig worden uitkleed. Het wijzigingsvoorstel voor de AWBZ gaat er van uit dat per 1 januari 2006 alle op genezing gerichte zorg van de AWBZ wordt overgeheveld naar de standaardverzekering curatieve zorg. Hierdoor wordt de AWBZ weer een verzekering voor bijzondere ziektekosten als langdurige, continue zorg. Onder alle op genezing gerichte zorg die kan worden overgeheveld naar de standaardverzekering curatieve zorg (nu nog ziekenfonds en particuliere verzekeringen) valt de gehele extramurale zorg en de intramurale zorg tot een jaar. Ook de geestelijke gezondheidszorg van korter dan een jaar wordt per 2006 uit de AWBZ overgeheveld naar de basisverzekering. Categorieën van zorg die onder de AWBZ blijven zijn (langdurige) verpleging en verzorging en gehandicaptenzorg. Zie de Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II 2003-2004*, 23 619 en 26 231, nr. 19, p. 1 en 2.

⁷ De WZV zal binnenkort vervangen worden door de Wet toelating zorginstellingen (WTZ of WTZi). Het wetgevingsproces is dynamisch: de ontwerp-Wet toelating zorginstellingen is de opvolger van de eerder in het wetgevingsproces voorgestelde Wet exploitatie zorginstellingen (WEZ). De Wet toelating zorginstellingen (WTZ) is al geruime tijd in voorbereiding en heeft als doel om de planning, de bouw en de exploitatie (het gebruik) van zorginstellingen in de intra- en extramurale sector te regelen. In de nota van wijziging bij de WTZ staat dat zorginstellingen winst mogen gaan maken, althans in bepaalde deelmarkten. De huidige WZV kent nog een verbod op winst maken. Zie de derde nota van wijziging van het voorstel van Wet Exploitatie Zorginstellingen (WEZ), *Kamerstukken II 2003-2004*, 27 659, nr. 16, p. 14.

⁸ Vgl. J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, Is een inkoop van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?, *Ars Aequi* 2003, p. 464-475; zie p. 471.

⁹ Vooral deel uitmakend van de care-sector.

¹⁰ Deel uitmakend van de cure-sector.

¹¹ Via deze beide verzekeringsvormen wordt de gezondheidszorg in Nederland bekostigd, naast de financiering via overheidssubsidies en directe betalingen.

¹² Zie p. 2 van de Brief van Minister Hoogervorst aan Europees Commissaris Bolkestein van 8 oktober 2003, kenmerk DWJZ-2418668, beschikbaar op http://www.minvws.nl/images/PTZ-2439879C_tcm10-41736.pdf.

Een verschil tussen de oorspronkelijke ziekenfondsen en de particuliere zorgverzekeraars is dat de ziekenfondsen geen winstoogmerk mogen hebben en de particuliere verzekeraars wel.¹³ De onmogelijkheid van een winstoogmerk weerhoudt de ziekenfondsen er niet van om commercieel te opereren in de zorgmarkt.¹⁴ De Nederlandse wetgever heeft daartoe ook ruimte geschapen voor de ziekenfondsen.

De Ziekenfondswet

De ZFW en de AWBZ leggen het recht op medische hulp vast. De uitvoering daarvan geschiedt via zorgovereenkomsten met zorgaanbieders. De betaling van deze zorgovereenkomsten verloopt voor een groot gedeelte via de ziekenfondsverzekeraars. De ziekenfondsen dienen zich te houden aan wettelijke eisen betreffende de toegang tot de verzekering (en daarmee de facto tot de zorg), solidariteit, premies en dergelijke. Zo mogen zij de inschrijving als ziekenfondsverzekerde niet weigeren aan mensen van wie zij denken dat ze een verhoogd behandelrisico met zich meedragen. De ziekenfondsverzekeraars hebben wel de mogelijkheid van premie- en pakketdifferentiatie (voorzover niet gebaseerd op risicoselectie). Zij kunnen ook aanvullende verzekeringen aanbieden boven op het wettelijk voorgeschreven basispakket.

De normen die de ZFW stelt combineren marktwerking met solidariteit bij de uitvoering van de publiekrechtelijke verzekering. Er is sprake van gereguleerde marktwerking. Ook de AWBZ biedt enige ruimte voor marktwerking.¹⁵

Naast de verzekeringen die voortvloeien uit de bovenstaande twee wetten zijn er zoals gezegd particuliere ziektekostenverzekeringen voor mensen die niet (volledig) onder de werking van de twee wetten vallen en daar dus geen (volledige) rechten aan kunnen ontleenen. Zij dienen een particuliere ziektekostenverzekering af te sluiten met een verzekeraar en deze verzekeringsovereenkomst komt in principe tot stand volgens de beginselen van de vrije markt en in vrije concurrentie. Particuliere verzekeraars hebben bij de afsluiting van particuliere ziektekostenverzekeringen ook geen acceptatieplicht.

Zij kunnen dus een risicoselectie doorvoeren. Voor mensen die door een zodanige selectie buiten de boot vallen is overigens een speciale wettelijke voorziening getroffen.¹⁶

Men ziet dat de wetgever via de ZFW en de AWBZ de speelruimte kan bepalen voor de verschillende actoren in de zorg.¹⁷ De actoren in de zorg dienen er rekening mee te houden dat de ruimte die hun gelaten wordt door de genoemde wetten voor 'marktactiviteiten' in de zorgsector binnen de werkingsfeer van het Europees en Nederlands mededingingsrecht kan vallen.

De nieuwe Zorgverzekeringswet

De ZFW zal in de nabije toekomst vervangen worden door een nieuwe wet, de Zorgverzekeringswet (Zvw). Het kabinet wil overgaan tot één basisverzekering tegen ziektekosten voor iedereen.¹⁸ De Tweede Kamer lijkt positief te staan tegenover deze stelselherziening, waarbij het verschil tussen ziekenfonds en particuliere verzekering verdwijnt.¹⁹ Het nieuwe systeem vindt zijn beslag in de nieuwe Zorgverzekeringswet, waarvan het voorstel naar verwachting in september 2004 bij de Tweede Kamer wordt ingediend.²⁰

Het kabinet beoogt hiermee één level playing field te creëren voor alle zorgverzekeraars. Marktelementen moeten zorgen voor innovatiekracht, effectiviteit en een doelmatige uitvoering in de zorg, waardoor het huidige systeem van aanbodsturing door de overheid afgebouwd kan worden. Hierbij waarborgt de overheid wel een aantal publieke belangen, zoals de toegang tot een ziektekostenverzekering, een basispakket aan noodzakelijke zorg en een aanvaardbare premie voor iedereen.

Het kabinet wil de organisatie van het zorgstelsel in principe in een privaatrechtelijke vorm gieten. De reden hiervoor is dat bij een (volledig) privaatrechtelijk georganiseerd stelsel de verzekeraars en zorgaanbieders in beginsel de regie hebben over prijsstelling en capaciteitsplanning. De overheid kan daarbij sterke publiekrechtelijke waarborgen inbouwen, en zo komen tot gereguleerde marktwerking. Aan de publiekrechtelijke waarborgen zijn in een dergelijk stelsel echter grenzen verbonden. Een privaatrechtelijke vormgeving

¹³ Zie art. 34 lid 3 sub b ZFW. Ziekenfondsen mogen geen winst – in de zin van aan derden uitkeerbare gelden – beogen. Het Besluit financiering ziekenfondsen Ziekenfondswet regelt (in art. 4b en 10) de reservering van eventuele meeropbrengsten in een bepaald jaar ter dekking van toekomstige tekorten.

¹⁴ Zo doen ook ziekenfondsen aan reclame en sponsoring om klanten te werven.

¹⁵ Sinds kort laat de wetgeving meer handelingsvrijheid aan de AWBZ-zorgaanbieders, zodat ze zich beter van elkaar kunnen onderscheiden. Een gehandicapteninstelling kan er bijv. voor kiezen om niet alleen gehandicapten te verplegen, maar ook ouderen. Daarnaast kan deze gehandicapteninstelling ervoor kiezen om extramuraal mensen te gaan verzorgen of verplegen. Zie p. 23 en 24 van het Visiedocument 3130/66 van de NMa, *AWBZ-zorgmarkten*, Den Haag, januari 2004.

¹⁶ Het gaat dan om personen die niet in aanmerking komen voor het ziekenfonds en geweigerd worden als verzekerde door particuliere verzekeraars. Voor hen is een vangnet aanwezig op basis van de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998, *Stbl.* 1998, 438. Verder bestaat nog het Tijdelijk besluit tegemoetkoming buitengewone uitgaven, *Stbl.* 2004, 152, dat is bedoeld voor mensen met een laag inkomen en hoge ziektekosten vanwege een chronische ziekte, handicap of ouderdom die niet door een andere regeling of verzekering worden vergoed.

¹⁷ Hierbij dient de wetgever natuurlijk op te passen dat hij niet in strijd handelt met art. 3 lid 1 sub g EG j° art. 10 EG j° art. 81 EG (of wellicht art. 82 EG) en art. 86 lid 1 EG.

¹⁸ Zie Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer van 12 maart 2004, *Kamerstukken II* 2003-2004, 23 619, nr. 21. De beoogde ingangsdatum van het nieuwe stelsel is 1 januari 2006, afhankelijk van de goedkeuring van het wetsvoorstel door de Eerste en Tweede Kamer.

¹⁹ Zie het nieuwsbericht van 15-4-2004, *Tweede Kamer steunt stelselwijziging*, beschikbaar op http://www.minvws.nl/nieuwsberichten/meva/tweede_kamer_steunt_stelselwijziging.asp. Uiteraard heeft ieder van de partijen in de Tweede Kamer wel haar eigen ideeën over hoe deze stelselwijziging precies vorm moet krijgen.

²⁰ Zie het persbericht van 12-3-2004, *Plan van aanpak nieuw ziektekostenstelsel gereed*, beschikbaar op http://www.minvws.nl/persberichten/z/pva_ziektekostenstelsel.asp. De Zvw gaat o.a. uit van een gegarandeerd basispakket aan verzekerde zorgdiensten. De premie voor een ziektekostenverzekering wordt waarschijnlijk volledig nominaal, d.w.z. voor ieder

— gelijk onafhankelijk van het inkomen dat iemand geniet.

staat er normaliter aan in de weg, dat allerlei eisen gesteld worden aan de aanvullende verzekeringen, dat vergoeding in natura bij alle zorgvormen verplicht kan worden gesteld, en dat mag worden ingegrepen door de overheid in de hoogte van de premies.²¹

In concreto behelst het kabinetsplan een privaatrechtelijk vormgegeven wettelijke zorgverzekering met sterke publieke waarborgen. Eén van die waarborgen is de wettelijk vastgelegde acceptatieplicht voor een door de overheid vastgesteld basisverzekeringsspakket; verzekeraars zullen daarvoor alle verzekerden moeten accepteren, ongeacht leeftijd of gezondheidssituatie. Daarnaast komt er een verbod op risicoselectie:²² verzekeraars mogen geen hogere premie vragen aan oudere mensen of mensen met hoge ziektebelastingen.²³

Inkomenspolitiek wordt in het nieuwe voorstel geheel uit de regels betreffende zorgverzekeringen gehaald. Zo denkt het kabinet aan een volledig nominale (niet-inkomensafhankelijke) premie voor de verzekerden. Inkomenscompensatie voor de lagere inkomens zou dan plaatsvinden middels het uitkeren van een zorgtoeslag, afhankelijk van iemands inkomen. Deze zorgtoeslag zou via de fiscaliteit zijn beslag kunnen krijgen.²⁴ In ieder geval is duidelijk dat inkomenspolitiek en de daarmee verbonden compensatieregeling buiten het eigenlijke zorgverzekeringsstelsel wordt gehouden.

De Wet Tarieven Gezondheidszorg

De Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG) richt zich op de beheersing van het volume en de kosten van het aanbod in de zorg. Het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) is als zelfstandig bestuursorgaan het uitvoeringsorgaan van de WTG.

Het kabinet heeft besloten dat het CTG wordt vervangen door een nieuw op te richten Zorgautoriteit. De opbouw van de Zorgautoriteit is inmiddels begin dit jaar begonnen, waarbij het CTG zal opgaan in de nieuwe instantie. Deze instantie gaat dan heten CTG/Zorgautoriteit i.o. (in oprichting). In 2006 krijgt de Zorgautoriteit een (eigen) wettelijke basis in de vorm van de Wet op de Zorgautoriteit.²⁵ De Zorgautoriteit (ZA) zal van het begin af aan nauw samenwerken met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

Uiterlijk in 2008 gaat de ZA op in de NMa, zodat zowel markttoezicht als prijsregulering in de zorg in één hand gebracht worden.²⁶

Het bestuur van het CTG/ZA i.o. houdt zich de komende jaren bezig met de volgende activiteiten:

- 1 De bestaande 'klassieke' activiteiten in het kader van de uitvoering van de tarievenwetgeving (WTG). Hieronder valt het verstrekken van goedkeuring voor tarieven die een orgaan voor gezondheidszorg en een ziektekostenverzekeraar dan wel hun representatieve organisaties overeengekomen zijn.²⁷
- 2 Prijs- en gedragsregulering op basis van onder meer de (herziene) WTG, op markten waar de prijsvorming (nog) niet aan de markt wordt overgelaten.
- 3 Het monitoren en analyseren van de prijs- en marktontwikkeling en zo nodig ingrijpen of de Minister van VWS adviseren in te grijpen op markten waar de prijzen al in meer of mindere mate zijn vrijgegeven.²⁸

Deze drie taken van de toezichthouder zijn erop gericht gereguleerde marktwerking in de zorg te begeleiden en te stimuleren.²⁹

Ingevolge het wetsvoorstel voor de herziene WTG dienen CTG/ZA i.o. en NMa (tot 2008) te voorzien in een efficiënte uitwisseling van relevante informatie en hun werkwijze zoveel mogelijk af te stemmen.

Het toezicht op het marktgedrag in de zorgsector komt dus in handen van CTG/ZA i.o. voorzover de specifieke bevoegdheden van dit college ingrijpen mogelijk maken. Men kan dan denken aan het vaststellen van (standaard)prijzen voor zorgdiensten, het voorschrijven van gedragsregels ter stimulering van marktconform gedrag, het stellen van eisen aan de administratie van instellingen, en het monitoren en analyseren van de prijs- en marktontwikkeling.

Waar de specifieke bevoegdheden van CTG/ZA i.o. ophouden, maar de NMa wél bevoegdheden heeft in het kader van de toepassing van de Mededingingswet (of het EG-mededingingsrecht), kan de NMa haar toezicht uitoefenen. De NMa is binnen Nederland natuurlijk de instantie bij uitstek voor het toezicht op marktwerking, in principe in alle sectoren van de economie.³⁰ Vanaf 2008 zal het

²¹ Zo zijn er in Europees verband bijv. de communautaire Schadeverzekeringrichtlijnen, die scherpe voorwaarden stellen aan de regelgeving van lidstaten voor de schadeverzekeringmarkt (waar ook de particuliere zorgverzekeringsmarkt deel van uitmaakt).

²² Er komt dus een verbod op premiedifferentiatie op persoonlijke kenmerken voor de zorgverzekeraar.

²³ En er zijn nog meer publiekrechtelijke randvoorwaarden verbonden aan het nieuwe stelsel voor de verzekeraars. Zo is er de regel dat voor het basispakket een door de overheid vastgesteld eigen risico geldt (ter voorkoming van *moral hazard* – het verschijnsel dat naarmate de verzekeringsdekking ruimer en beter is, men minder prikkel heeft om de omvang van de schade te verminderen door bijv. minder zorgdiensten te consumeren). De opzet van een risicovereveningsfonds wordt geregeld met een betalingsplicht voor werkgevers (de loongerelateerde werkgeversbijdrage) en een uitkeringsrecht voor verzekeraars (gebaseerd op het risicoprofiel van hun verzekeringsbestand). Aan de verzekeraars wordt de keuze gelaten of zij de verzekeringsprestaties in natura of in restitutievorm (het uitkeren van een vergoeding voor de gemaakte zorgkosten) willen aanbieden. De verzekering in natura impliceert een zorgplicht voor de verzekeraar. Voor verzekeraars die kiezen voor de restitutievorm zal behalve de vergoedingsplicht een wettelijke verplichting gelden zich in te spannen dat verzekerden de zorg krijgen die zij nodig hebben.

²⁴ Hoe de compensatieregeling er wettelijk precies uit komt te zien is nog niet bekend.

²⁵ Tot die tijd vormt de (herziene) Wet Tarieven Gezondheidszorg de wettelijke basis voor CTG/Zorgautoriteit.

²⁶ Zie de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 21 november 2003, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 324, nr. 1, p. 5 en 6.

²⁷ Ook het vaststellen van tarieven valt hieronder, en wel in het geval van een afwijzing door het CTG van een door partijen overeengekomen tarief dan wel in het geval dat partijen niet tot overeenstemming komen over een tarief. Ook kan het CTG een tarief vaststellen van een bepaalde zorgbehandeling voor de categorie van personen die niet zijn verzekerd bij een ziektekostenverzekeraar. Als laatste kan het CTG ambtshalve reeds vaststaande tarieven opnieuw vaststellen, indien beleidsregels dit voorschrijven. Zie art. 8 van de huidige Wet Tarieven Gezondheidszorg.

²⁸ Zie de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 21 november 2003, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 324, nr. 1, p. 7.

²⁹ In dit principe van geregleerde marktwerking komen publiek belang en privaat initiatief samen.

³⁰ Wanneer andere toezichthouders vanuit hun eigen taak een specifieke sector van de economie in de gaten houden is afstemming vereist. Denk aan de verhouding tussen de Opta en de NMa.

toezicht op de marktactiviteiten van alle zorgactoren in handen zijn van een en hetzelfde toezichthoudend orgaan. De ZA wordt dan ondergebracht bij de NMa.³¹

Wat is de consequentie van de oprichting van de ZA en de incorporatie van deze instantie in de NMa in 2008 voor de toepassing van het EG-recht? De NMa dient bij de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht (bijvoorbeeld ten aanzien van de zorg) vanzelfsprekend in vergaande mate op een lijn te zitten met het Europese mededingingsrecht om schizofrene situaties in de uitoefening van haar toezichttaken te voorkomen.³²

Wanneer de ZA in 2008 wordt opgenomen in de NMa krijgt de zorgsector te maken met één toezichthouder op een groot aantal vlakken. Om te voorkomen dat er dan problemen ontstaan in de convergentie van het Nederlandse toezichtbeleid ten aanzien van de zorgsector moet de ZA i.o. al reeds de komende jaren het Europese mededingingsrecht scherp in de gaten houden (evenals uiteraard ander EG-recht).

Het communautaire rechtskader voor de gezondheidszorg in Europa

Artikel 152 EG handelt over de bijdrage van de EG aan de volksgezondheid. Het artikel bepaalt in lid 2 dat het optreden van de Gemeenschap een aanvulling vormt op het nationale beleid,³³ en in lid 5 dat bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en versterking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd.³⁴ In artikel 1-16 van het Ontwerpverdrag Grondwet van Europa is de bescherming en verbetering van de volksgezondheid opgenomen bij de gebieden ten aanzien waarvan de EU slechts een ondersteunende, aanvullende en coördinerende rol heeft.³⁵ De EG dient zich dus terughoudend op te

stellen in haar regelgevend optreden op dit gebied. Daar verandert de aanwezigheid van grondrechten in het Ontwerpverdrag Grondwet als die van de artikelen II-34 (recht op toegang tot sociale zekerheidsvoorzieningen en sociale diensten) en II-35 (recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging) niets aan.³⁶ Bij de huidige stand van het EG-recht is de Europese Unie niet bevoegd om de zorgverzekering volledig op Europees niveau te harmoniseren. De beslissingsmacht over de financieringsstructuur van de gezondheidszorg blijft vooralsnog in handen van de lidstaten.

De lidstaten dienen niettemin, ook bij hun regelgeving betreffende de zorgsector, binnen de marges van het EG-recht te blijven en rekening te houden met de regels en randvoorwaarden die het verscheidene primair en secundair EG-recht stelt. Vanuit verschillende beleidsterreinen van de EG is regelgeving uitgevaardigd die haar invloed heeft op de werking van de gezondheidszorgsystemen in de lidstaten en dus ook op het Nederlandse zorgstelsel. Daarbij kan men denken aan de Transparantierichtlijn prijsstelling geneesmiddelen,³⁷ de Sociale Zekerheidsverordening,³⁸ de Schadeverzekeringrichtlijnen betreffende het directe verzekeringsbedrijf,³⁹ en het EG-mededingingsrecht. De Schadeverzekeringrichtlijnen en het EG-mededingingsrecht komen verderop nader aan bod, met het oog op de invloed die zij zullen hebben op het nieuwe Nederlandse zorgstelsel.

In artikel 152 lid 1 EG is een volksgezondheidsintegratiebeginsel opgenomen, dat voorschrijft dat bij de bepaling en uitvoering van elk beleid en optreden van de Gemeenschap een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid wordt verzekerd. Deze communautaire bepaling zou enige invloed kunnen hebben bij de toepassing van artikel 86 lid 2 EG, wanneer een afweging gemaakt moet worden tussen een mededingingsbelang aan de ene kant en een (ander) publiek belang aan de andere kant. Artikel 16 EG handelt over de functionering van diensten van algemeen economisch

³¹ Op deze manier krijgt de NMa bepaalde onderdelen die meer en andersoortige bevoegdheden hebben dan de kerndienst van de NMa.

³² Zeker met het oog op art. 3 van Vo. 1/2003, Pb. 2003, L 1/1, dat de nationale mededingingsautoriteiten verplicht om in geval van toepassing van het nationale mededingingsrecht óók het EG-mededingingsrecht toe te passen indien de ondernemingsafsprake of -gedraging in kwestie de handel tussen de lidstaten negatief kan beïnvloeden.

³³ De Commissie heeft specifiek, maar niet al te ingrijpend beleid ontwikkeld over stand en organisatie van de gezondheidszorg in Europa op basis van art. 152 lid 2 EG:

* Commissiedocument COM/2004/0304 final, Communication from the Commission on Modernising social protection for the development of high-quality, accessible and sustainable health care and long-term care: support for the national strategies using the 'open method of coordination' (geen Nederlandse versie aanwezig);

* Commissiedocument COM/2004/0301 def., Mededeling van de Commissie - Follow-up van het denkproces op hoog niveau over de mobiliteit van patiënten en de ontwikkelingen in de gezondheidszorg in de Europese Unie.

³⁴ Op dit moment is de harmonisering op het vlak van gezondheidszorg in de Gemeenschap beperkt tot technische vereisten voor geneesmiddelen. In feite is deze EG-regeling gericht op producteisen ter bescherming van de consument (en wel in het veld van de geneesmiddelenbranche). Zie Vo. 2309/93 van de Raad van 22 juli 1993 tot vaststelling van communautaire procedures voor het verlenen van vergunningen voor en het toezicht

op geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik en tot oprichting van een Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling, Pb. 1993, L 214/1. Met deze Verordening is het mogelijk om een vergunning voor de gehele Gemeenschap te verkrijgen.

³⁵ Alleen wanneer het gaat om gemeenschappelijke veiligheidsvraagstukken op het gebied van volksgezondheid heeft de EU op basis van art. 1-13 Ontwerpverdrag Grondwet een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid.

³⁶ Deze grondrechten hebben sowieso slechts werking binnen het toepassingsgebied van de Grondwet, en volksgezondheid valt daar als gezegd in principe niet onder.

³⁷ Richtlijn nr. 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemings daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg, Pb. 1989, L 40/8.

³⁸ Verordening 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, Pb. 1971, L 149/2. De Verordening is uitgevaardigd op basis van art. 42 EG (vrijkeer van werknemers) en art. 308 EG. De Verordening is gericht op de coördinatie van nationale wetgevingen op het terrein van de sociale zekerheid (waaronder ook ziektekostenutkeringen vallen).

³⁹ Eerste Richtlijn Schadeverzekering 73/239/EEG, Pb. 1973, L 228/3; Tweede Richtlijn Schadeverzekering 88/357/EEG, Pb. 1988, 172/1; Derde Richtlijn Schadeverzekering 92/49/EEG, Pb. 1992, L 228/1.

belang, maar het effect van dit artikel is vooralsnog beperkt. In de nieuwe Constitutie wordt dit artikel geamendeerd en komt daarin terug als artikel III-6 Ontwerpverdrag Grondwet. Aan dit nieuwe artikel wordt een bepaling toegevoegd die voorschrijft dat Europese wetten de principes en voorwaarden van de diensten van algemeen economisch belang zullen vastleggen. De EU krijgt hier dus de bevoegdheid om een kader van principes en voorwaarden van diensten van algemeen economisch belang vast te stellen.

Via de band van diensten van algemeen economisch belang kan er wellicht wat meer lijn gebracht worden op Europees niveau in de manier waarop deze diensten ook binnen de gezondheidszorg aangeboden dienen te worden.⁴⁰

De Schadeverzekeringrichtlijnen en de Nederlandse zorgsector

De Schadeverzekeringrichtlijnen stellen voorwaarden aan de regulering door lidstaten van polisvoorwaarden van (schade)verzekeraars. De doelstelling van de Schadeverzekeringrichtlijnen is de harmonisatie van gelijke concurrentievoorwaarden voor verzekeringsondernemingen binnen de EG en de bescherming van verzekerden. In het nieuwe Nederlandse zorgstelsel wil het kabinet het verzekeren van zorgbehandelingen overlaten aan privaatrechtelijke zorgverzekeraars. Een zorgverzekering wordt daarmee in feite een schadever-

zekering voor zorgbehandelingen. Toch zal de Nederlandse overheid scherpe publiekrechtelijke waarborgen instellen in de politiek en maatschappelijk gevoelige zorgmarkt via het uitvaardigen van wettelijke voorwaarden voor zorgverzekeringen. De particuliere (zorg)verzekeringsmarkt krijgt dan te maken met reeds genoemde nationale regels als de acceptatieplicht en het verbod op risicoselectie. Het is de vraag of deze in strijd kunnen komen met de Schadeverzekeringrichtlijnen. De beantwoording van deze vraag is bepalend voor de commerciële ruimte die (zorg)verzekeraars hebben in de betreffende markt.

Het eerste punt is de afbakening van de werking van de richtlijnen. De richtlijnen zijn niet van toepassing op verzekeringen die opgenomen zijn in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid.⁴¹ De vraag is natuurlijk wanneer dit precies het geval is: waar ligt de grens tussen verzekeringen opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, en privaatrechtelijke verzekeringen op de vrije markt waarmee men zich verzekert tegen ziekte- en zorgkosten? Bij beantwoording van deze vraag staan de materiële criteria van het verzekeringsstelsel logischerwijs centraal, en wordt niet automatisch afgegaan op de kwalificatie die een lidstaat zelf aan het stelsel geeft.

In de zaak *Garcia* besliste het Hof van Justitie EG dat nationale socialezekerheidsstelsels die (volledig) op het solidariteitsbeginsel zijn gebaseerd en waarvoor een aansluitingsplicht geldt, niet onder de reikwijdte van de Derde Schadeverzekeringrichtlijn vallen.⁴²

In de zaak *Commissie t. België* oordeelde het Hof evenwel dat de Richtlijn van toepassing is op verzekeringen die in het kader van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid door verzekeringsondernemingen voor eigen risico worden uitgeoefend.⁴³

Eén van de consequenties van toepassing van de Schadeverzekeringrichtlijnen is dat lidstatelijke regulering van de verzekeringsbranche in strijd kan komen met artikel 29 Derde Schadeverzekeringrichtlijn 92/49.⁴⁴ Artikel 29 bevat twee verboden voor de lidstaten in hun regulering van de verzekeringsbranche: het verbod om voorafgaande goedkeuring te eisen voor het hanteren van algemene en bijzondere polisvoorwaarden en het verbod om systematische mededeling van deze voorwaarden te eisen.⁴⁵ In *Commissie t. Italië*⁴⁶ oordeelde het Hof dat een tariefregeling van Italië, waarin het aan verzekeringsmaatschappijen verboden werd de tarieven te verhogen voor de verplichte wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen, inbreuk maakte op de Derde Schadeverzekeringrichtlijn. De tariefregeling kwam in strijd met het beginsel van tariefvrijheid dat ligt besloten in artikel 29 Derde Schadeverzekeringrichtlijn, aldus het Hof. Het verbod van artikel 29 lijkt dus ruim geïnterpreteerd te worden en aldus ook van toepassing te zijn op wetgeving over algemene en bijzondere polisvoorwaarden van een schadeverzekering (waaronder tariefregulering door lidstaten van schadeverzekeringen).⁴⁷

Indien men heeft vastgesteld dat een bepaalde overheidsmaatregel op het vlak van sociale zekerheid onder de werkingssfeer van de Schadeverzekeringrichtlijnen valt (artikel 2 Derde en Eerste Schadeverzekeringrichtlijn) en in strijd komt met artikel 29 Derde Schadeverzekeringrichtlijn kan men overgaan tot een beoordeling van de uitzonderingsgronden op het verbod.

Er bestaat een mogelijkheid om bepaalde inbreuken op de Schadeverzekeringrichtlijnen te rechtvaardigen en uit te zonderen van de Richtlijnverboden. De exceptie van artikel 54 Derde Schadeverzekeringrichtlijn schept speciaal ten aanzien van ziektekostenverzekeringen een uitzonderingsmogelijkheid voor lidstaten om bepaalde voorwaarden te stellen ten dienste van het algemeen

⁴⁰ De Commissie acht het nuttig om een systematisch overzicht op te stellen van de specifieke karakteristieken van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten en het kader waarin deze diensten worden uitgevoerd. Daartoe zal de Commissie in 2005 komen met een Mededeling over sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten van algemeen belang. Zie het Witboek over diensten van algemeen belang ('White Paper on services of general interest') van de Commissie, Commissiedocument COM(2004) 374, par. 4.4, p. 17.

⁴¹ Zo blijkt uit art. 2 lid 2 Derde Schadeverzekeringrichtlijn 92/49/EEG j° art. 2 lid 1 sub d Eerste Schadeverzekeringrichtlijn 73/239/EEG, Pb. 1973, L 228/3.

⁴² Zaak C-238/94 (Garcia), *Jur.* 1996, I-1673.

⁴³ Zie r.o. 44 van zaak C-206/98 (Commissie t. België), *Jur.* 2000, I-3509. In deze zaak ging het overigens niet om ziektekostenverzekeringen, maar om arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Het principe voor toepassing van de Derde Schadeverzekeringrichtlijn lijkt echter hetzelfde te blijven. In beide gevallen draait het om verzekeringen die van oudsher onderdeel zijn van de sociale zekerheid.

⁴⁴ En ook met art. 39 Derde Schadeverzekeringrichtlijn, dat dezelfde inhoud heeft als art. 29 maar expliciet gericht is op overheidsoptreden tegen verzekeringsmaatschappijen afkomstig uit een andere lidstaat.

⁴⁵ Zie J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004, p. 25.

⁴⁶ Zaak C-59/01 (Commissie t. Italië), n.n.g.

⁴⁷ Drijber en De Groot kiezen voor een systematische en teleologische interpretatie van art. 29 waaruit volgt dat dit artikel een 'negatief verbod' behelst dat voorschrijft dat lidstaten zich onthouden van ingrijpen in de contracteer- en premievoorwaarden. Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. *Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht, advies van de landsadvocaat*, Den Haag 4 december 2002, beschikbaar op <http://www.ggzbeleid.nl/pdfstelsel/landsadvocaat1202.pdf>, p. 17-19.

belang.⁴⁸ Indien en voorzover artikel 54 niet al te restrictief wordt uitgelegd, zouden overheidsregels voor zorgverzekeraars zoals de acceptatieplicht en het verbod op risicoselectie (aanwezig in het nieuwe Nederlandse zorgstelsel) onder de exceptie van artikel 54 gebracht kunnen worden.

Over de mogelijke strijd van het nieuwe Nederlandse zorgstelsel met de Schadeverzekeringrichtlijnen is contact geweest tussen de Minister van VWS Hoogervorst en Europees Commissaris Bolkestein en tussen Hoogervorst en Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie Geelhoed.⁴⁹

Uit de briefwisseling tussen Hoogervorst en Bolkestein blijkt dat de Europese Commissie niet uitgaat van strijdigheid van het nieuwe Nederlandse zorgstelsel met de Schadeverzekeringrichtlijnen.⁵⁰ De Commissie geeft (bij monde van Bolkestein) aan dat verzekeringsactiviteiten die onderdeel uitmaken van een wettelijk systeem van sociale zekerheid in principe vallen onder de Schadeverzekeringrichtlijnen indien verzekeringsmaatschappijen deze op eigen risico en volgens verzekeringsmethoden op basis van privaatrechtelijke overeenkomsten uitvoeren.⁵¹ De Commissie wijst echter op het bestaan van (de rechtvaardigingsgrond van) artikel 54 Derde Schadeverzekeringrichtlijn. Dit artikel ziet toe op de specifieke situatie van de privaatrechtelijke zorgverzekering als gedeeltelijk of volledig alternatief voor een zorgdekking in de sociale zekerheid. Wanneer een lidstaat voor dit alternatief kiest laat hij zorgverzekeraars nooit

helemaal vrij in het uitvoeren van de zorgverzekering, maar stelt hij specifieke rechtsregels om het algemeen belang te waarborgen. Deze rechtsregels kunnen volgens de Commissie gerechtvaardigd worden op basis van artikel 54 indien zij (objectief gezien) noodzakelijk en proportioneel zijn om het sociale grondrecht van een goede gezondheidszorg te garanderen.⁵² De wettelijke principes die de Nederlandse regering wil opnemen in het nieuwe zorgstelsel zoals de toegang tot een ziektekostenverzekering, een basispakket aan noodzakelijke zorg, de acceptatieplicht (leeftijd, gezondheidssituatie en sociale omstandigheden geen grond voor weigering als verzekerde), een verbod op premiedifferentiatie op persoonlijke kenmerken, en de instelling van een risicovereveningsfonds voor verzekeraars zijn noodzakelijk om legitieme doelstellingen van de Nederlandse overheid op het vlak van de gezondheidszorg te bewerkstelligen.⁵³ De Commissie benadrukt echter dat de genoemde wettelijke principes te allen tijde proportioneel en noodzakelijk moeten worden toegepast.⁵⁴ Zij denkt dat dit niet het geval zou zijn indien de vereisten ook op aanvullende verzekeringen van toepassing zouden worden verklaard die het basispakket te buiten gaan.⁵⁵

Een interessante vraag ten slotte levert artikel 8 Eerste Schadeverzekeringrichtlijn j° artikel 6 Derde Schadeverzekeringrichtlijn op. Deze artikelen schrijven voor dat in het nationale toezicht op het verzekeringsbedrijf verboden wordt dat verzekeraars activiteiten verrichten die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Zo mag een

48 Daarnaast is er ook nog art. 28 Derde Richtlijn dat een uitzondering formuleert op de reguleringsverboden voor lidstaten van art. 29 en 39 Derde Richtlijn met als grond het algemeen belang van een lidstaat; art. 28 is waarschijnlijk alleen relevant voor grensoverschrijdende situaties en geldt slechts voorzover geen harmonisatie heeft plaatsgevonden. Zie B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht, advies van de landsadvocaat*, Den Haag 4 december 2002, p. 20.

49 Zie de Brief van Minister Hoogervorst aan Europees Commissaris Bolkestein van 8 oktober 2003, kenmerk DWJZ-2418668. En zie de Brief van Europees Commissaris Bolkestein aan Minister Hoogervorst van 25 november 2003, kenmerk CAB/PvB/D(03)0848. Beide brieven zijn beschikbaar via http://www.minvws.nl/kamerstukken/z/standaardverzekering_curatieve_zorg.asp. Zie verder p. 4 van de Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer van 19 december 2003, *Kamerstukken II 2003-2004*, 23 619, nr. 20. Zie over de gesprekken tussen Hoogervorst en Geelhoed, die overigens niet op schrift gesteld zijn, de opmerkingen van minister Hoogervorst in het hoofdlijnen debat van de Tweede Kamer over het zorgstelsel, 67ste vergadering, 15 april 2004, *Handelingen Tweede Kamer 2003-2004*, nr. 67, p. 4395.

50 Ook Advocaat-Generaal Geelhoed zit volgens de minister op deze lijn.

51 Zie p. 4 van de Brief van Commissaris Bolkestein aan Minister Hoogervorst van 25 november 2003, kenmerk CAB/PvB/D(03)0848. Het is overigens interessant om op te tekenen dat indien het Nederlandse zorgstelsel in een publiekrechtelijke vorm zou worden gegoten met sterke privaatrechtelijke elementen en operatoren in de uitvoering van de zorg – iets dat overigens geen optie meer lijkt te zijn voor kabinet en een meerderheid van de Tweede Kamer – het zeker niet uitgesloten zou zijn dat de Schaderichtlijnen ook gewoon van toepassing zouden zijn. Ook in geval van een publiekrechtelijk stelsel zou er ruimte worden gelaten voor privaatrecht, risicovol initiatief van en commerciële activiteiten door verzekeraars.

52 Anders: B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht, advies van de landsadvocaat*, Den Haag 4 december 2002, p. 16. Drijber en de Groot concluderen dat art. 54 Derde Richtlijn door zijn beperkte strekking niet het oog heeft op de situatie waarin een overeenkomstenstelsel van particuliere ziektekostenverzekeringen het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geheel substitueert. Art. 54 zou alleen betrekking hebben op de situatie van nevenschikking van beide soorten stelsels. Het Nederlandse kabinet kiest voor de eerste optie in zijn nieuwe zorgplannen, dus dit zou inhouden dat een beroep op de rechtvaardigingsgrond van art. 54 niet mogelijk is in het nieuwe zorgstelsel.

53 Zoals de doelstellingen om de toegang tot een ziektekostenverzekering te waarborgen, evenals een basispakket aan noodzakelijke zorg tegen een aanvaardbare premie ongeacht leeftijd of gezondheidstoestand. Overigens acht de Commissie nationale regelgeving die een eigen risico in de verzekeringsovereenkomsten verplicht stellen niet van algemeen belang. Een dergelijke regel in de Nederlandse zorgwetgeving zou dus waarschijnlijk niet onder de uitzonderingsgrond van art. 54 lid 1 vallen. Zie de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf, *Pb*. 2000, C 43/5, p. 23 en 24.

54 Art. 54 lid 1 Derde Richtlijn vermeldt 'bijzondere wettelijke bepalingen [van de lidstaat] ter bescherming van het algemeen belang'. Aan het begrip 'algemeen belang' zijn een aantal nadere cumulatieve voorwaarden verbonden door de Commissie, waaronder die van noodzakelijkheid en evenredigheid. Zie de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf, *Pb*. 2000, C 43/5, p. 16-19.

55 Zie p. 2 en 3 van de Brief van Commissaris Bolkestein aan Minister Hoogervorst van 25 november 2003, kenmerk CAB/PvB/D(03)0848.

56 Zie J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

particuliere verzekeraar naast zijn verzekeringsactiviteiten geen 'sociale activiteiten' uitvoeren.⁵⁶ Het is de vraag hoe bijvoorbeeld de regel in het nieuwe Nederlandse zorgstelsel die voorschrijft dat bij zorgverzekeringen in restitutievorm (uitkering van een vergoeding voor de gemaakte zorgkosten) behalve de vergoedingsplicht een wettelijke inspanningsverplichting geldt dat verzekerden de zorg krijgen die zij nodig hebben, zich tot deze Richtlijnbevestigingen houdt.

Op de langere termijn zijn wellicht wetgevende initiatieven mogelijk op Europees niveau om het kader voor nationale gezondheidszorgregelgeving helderder te krijgen. Men kan dan denken aan wijziging van de Schadeverzekeringrichtlijnen, uitvaardiging van een Transparantierichtlijn voor zorgverzekeringen op basis van artikel 95 EG en wellicht zelfs nadere regels in het Ontwerpverdrag Grondwet van Europa.⁵⁷ Hoewel op Europees niveau inmiddels nagedacht wordt over de consequenties van het EG-recht voor de gezondheidszorg zijn tot nu toe nog geen concrete plannen openbaar gemaakt.⁵⁸

EG-mededingingsrecht en de zorgsector

De toepassingswijze van het EG-mededingingsrecht

De artikelen 81 en 82 EG kunnen diep ingrijpen in het optreden van de verschillende partijen in het nieuwe zorgstelsel (waaronder de zorgverzekeraars). Ook de communautaire Concentratiecontroleverordening en de regels over onrechtmatige staatssteun van artikel 87 EG e.v. kunnen een vergaande invloed uitoefenen op het functioneren van de zorgsector.⁵⁹

Belangrijke criteria om vast te stellen of mededingingsrechtelijke verboden toepassing vinden binnen de zorgsector, zijn aan de ene kant de voorwaarde van het bestaan van een 'onderneming' (en de daarmee verbonden maatstaf van 'economische activiteit'),⁶⁰ en aan de andere kant de voorwaarden van artikel 86 lid 2 EG (waar onder andere een proportionaliteitstoets in zit opgesloten).

Voor de toepassing van artikel 86 lid 2 EG moet aangetoond worden dat de onderneming in kwestie door de overheid belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en dat zij daarbij een bijzondere taak vervult die haar is toevertrouwd (door die overheid). In beginsel dient een wettelijke bepaling of een overheidsbesluit de taak aan een onderneming op te dragen. Soms kan ook uit een samenstel van wettelijke regels en beleidsdocumenten een dergelijke toedeling van taken afgeleid worden.⁶¹ In de praktijk is niet altijd helder of een onderneming daadwerkelijk door een nationale overheid is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, of dat de vervulling van een bijzondere taak aan haar is toevertrouwd. Organisaties kunnen ook zelfstandig handelen vanuit een bepaalde sociale inslag, en van daaruit bijvoorbeeld onderling afspraken maken. Het is de vraag of artikel 86 lid 2 EG dan nog wel van toepassing kan zijn.

In het geval niet aan de voorwaarden van artikel 86 lid 2 EG wordt voldaan, zou wellicht de immer omstreden Rule of Reason (of een daarop gelijkende variant)⁶² uitkomst kunnen bieden.⁶³ Het gaat hier dan om de niet-economische of maatschappelijke Rule of Reason die in lijn ligt met de regel die oorspronkelijk voortkomt uit de

⁵⁷ Zie J.W. van de Gronden 2004, p. 117 –120.

⁵⁸ Zie het Persbericht van de Commissie van 9 december 2003, *Grens-overschrijdende gezondheidszorg: ministers van Volksgezondheid en maatschappelijke organisaties wensen nauwere samenwerking*, IP/03/1678.

⁵⁹ Vooral de staatssteunbepalingen zijn interessant in een nieuw systeem met meer marktwerking en een grote rol voor particuliere verzekeringsmaatschappijen, namelijk daar waar lidstaten de verzekeraars compensatie gaan bieden voor bepaalde zorggaranties voor burgers. Wanneer lidstaten verzekeringsmaatschappijen bijv. financiële compensaties gaan geven in het kader van risicoverdelingsregelingen in de zorg kan het communautaire staatssteunregime om de hoek komen kijken. Zie bijv. de Ierse staatssteunbeschikking van de Commissie N 46/2003, 'Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market', van 13 mei 2003, C(2003) 1322/fin, waartegen op 19 augustus 2003 beroep is ingesteld bij het Gerecht van Eerste Aanleg, zaak T-289/03, BUPA and others/Commission, Pb. 2003, C 264/32 (aanhangig).

⁶⁰ De maatstaf van 'economische activiteit', die in de jurisprudentie onlosmakelijk is verbonden met het begrip 'onderneming' uit de artikelen 81 en 82 EG, speelt op de achtergrond ook een rol in de ketenbenadering, vooral bij de eerste schakel daarvan. De eerste schakel van de ketenbenadering richt zich op activiteiten van organisaties die helemaal buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht vallen. De maatstaf 'economische activiteit' kan men dus zowel binnen dit kader als dat van de concrete voorwaarden van een Verdragsartikel ter hand nemen. Zie over de ketenbenadering: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?, in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 307 e.v..

⁶¹ Voor de toepassing van art. 86 lid 2 EG dient te worden aangetoond dat ondernemingen diensten van algemeen economisch belang verrichten waarmee zij op grond van een overheidsbesluit zijn belast. Zie zaak 172/80 (Züchner), *Jur.* 1981, 2021, r.o. 7. De vorm waarin dat overheidsbesluit vervolgens is neergelegd is minder belangrijk. Het overheidsorgaan dient bij dergelijke beslissingen wel te handelen in de hoedanigheid van overheidsorgaan en niet als particulier. Zie zaak C-393/92 (Gemeente Almelo), *Jur.* 1994, I-1477, r.o. 4 en 31. Een onderneming kan niet zomaar aanvoeren dat zij een bijzondere taak toevertrouwd heeft gekregen of met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is belast door de overheid. Hiervoor dient substantieel bewijs aanwezig te zijn. Vgl. J. Meulman, Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?, *SEW* 2004, 13, p. 105.

⁶² Zie voor een andere terminologie voor hetzelfde concept, namelijk 'beperkingen inherent aan een doel van niet-economisch belang': I.W. VerLoren van Themaat (red.), *Cremers Mededingingsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2004, p. 589. Van de Gronden en Mortelmans hanteren het concept van de inherente beperkingen dat zich net als de Rule of Reason in de tweede schakel van de ketenbenadering bevindt, maar iets meer op een economische afweging gericht lijkt: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?, in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans 2001, p. 318 e.v.

⁶³ De directeur-generaal van de NMa Kalbfließ heeft in een lezing van 15 april 2004 nog sterk afstand genomen van het concept van de *Rule of Reason*. Hij lijkt echter uit te gaan van een economische *Rule of Reason*, gericht op een kosten/baten-afweging van de economische voor- en nadelen aan een overeenkomst. Zie P. Kalbfließ, *Measurement and the art of competition policy*, lezing bij het jaarcongres van ENCORE.

jurisprudentie over (het huidige) artikel 28 EG.⁶⁴ En niet om een economische variant van deze exceptie,⁶⁵ waaraan onder andere tegengeworpen zou kunnen worden dat deze het nuttig effect ontleemt aan artikel 81 lid 3 EG.⁶⁶ De maatschappelijke Rule of Reason-exceptie omvat (net zoals artikel 86 lid 2 EG) een proportionaliteitstoets en is gericht op de integratie van een niet-economisch belang in het (economische) EG-recht.

Naast de toetsingscriteria van het ondernemingsbegrip, de (maatschappelijke) Rule of Reason, en artikel 86 lid 2 kan nog een criterium relevant zijn, namelijk dat van de state action defence. De state action defence is van toepassing wanneer mededingingsbeperkende gedragingen van een onderneming niet zijn terug te voeren op autonoom gedrag maar worden voorgeschreven door een nationale wet.⁶⁷

De vier hierboven opgesomde methoden zijn het meest functioneel om de initiële toepassing van het EG-mededingingsrecht t.a.v. de zorgsector af te bakenen en in te perken.

Artikel 81 lid 3 kan ingeroepen worden indien een bepaalde mededingingsbeperkende afspraak voordelen met zich meebrengt voor de technologische innovatie of economische vooruitgang.⁶⁸ Deze uitzonderingsgrond kan zeer functioneel zijn op het terrein van technische innovatie of (puur) economische ontwikkeling.⁶⁹ De bepaling lijkt echter minder werkzaam te zijn wanneer het gaat om activiteiten en afspraken van zorgverzekeraars of zorgaanbieders in de zorgmarkt die (mede) handelen vanuit bepaalde sociale doelstellingen (of dit in ieder geval aanvoeren). Andere verbodsvoorwaarden van artikel 81 en 82 EG zoals het criterium van een ongunstige invloed op de intracommunautaire handel richten zich in hun toepas-

singsvraag niet specifiek op de soort activiteit in kwestie noch op de status van de uitvoerders daarvan. Zij richten zich op een ander element in de toepassing van het (EG-)mededingingsrecht dat hier nu niet aan bod komt.

Het is een interessante dogmatische vraag met welke van de vier genoemde instrumenten nu precies de beslissing dient te worden genomen omtrent de toepassing van het EG- (en nationaal) mededingingsrecht op de zorgsector. Vooral de keuze tussen het ondernemingscriterium en artikel 86 lid 2 EG is een interessante.⁷⁰ Het verweer van de state action defence is een specifieke, typische maatstaf waarvan wel duidelijk is onder welke omstandigheden het ingeroepen moet worden. Dit verweer is dogmatisch makkelijker te plaatsen dan de andere twee criteria. De Rule of Reason-exceptie komt in zicht als vaststaat dat de wettelijke uitzonderingsgronden van het verbod in artikel 86 lid 2 EG niet van toepassing kunnen zijn.

EG-mededingingsrecht, solidariteit en sociale belangen

Het EG-recht verplicht lidstaten niet om de mededingingsprincipes te introduceren in hun gezondheidszorgsystemen. Wanneer een lidstaat echter beslist om marktwerking te introduceren, is het zeer wel mogelijk dat het EG-mededingingsrecht van toepassing is. Het EG-mededingingsrecht komt hierbij niet aan de bevoegdheid van lidstaten om zelf het zorgstelsel vorm te geven, maar controleert wel of die lidstaat bij de uitoefening van die bevoegdheid geen maatregelen neemt die strijdig zijn met het mededingingsrecht (denk hierbij aan de regels betreffende verboden staatssteun en de 'effet utile'-doctrine).⁷¹ Daarnaast ziet het EG-mededingingsrecht er op toe dat ondernemingen die actief zijn binnen het nationale wettelijke ('zorg'-

64 En inmiddels toch ook gesignaleerd kan worden in het EG-mededingingsrecht. Zie het Wouters-arrest, zaak C-309/99, *Jur.* 2002, I-1577, waarin het ging om een publiek belang van een goede rechtsbedeling voor de burger en de nodige garantie van integriteit en ervaring van juridische dienstverleners. De mededingingsbeperking was hier tamelijk deontologisch van aard, maar dat neemt niet weg dat zij het algemeen belang diende. Zie verder de Conclusie van A-G Cosmas bij het Delière-arrest, zaken C-51/96 en C-191/97, *Jur.* 2000, I-2549, par. 110-112. De A-G rept van beperkingen van de mededinging die onmisbaar zijn ter bereiking van een legitiem doel dat ook een ander kan zijn dan dat van een goed functionerend marktmechanisme.

65 Denk aan de economische *Rule of Reason* uit het Amerikaanse mededingingsrecht met een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling. Zie over de twee varianten *economic Rule of Reason* en *policy Rule of Reason*: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?*, in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans 2001, p. 316.

66 Zoals het Gerecht van Eerste Aanleg deed in het arrest Métropole télévision, zaak T-112/99, *Jur.* 2001, II-2459.

67 En dit onafhankelijk van de vraag of er wel of niet sancties staan op het niet-nakomen van die nationale wetgeving. Ondernemingen kunnen over het algemeen dus niet beschuldigd worden van schending van het mededingingsrecht in situaties die buiten hun eigen invloedssfeer liggen. Zie ook het arrest Fiammiferi (CIF), zaak C-198/01, n.n.g., met annotatie van: M.G. Wezenbeek-Geuke, Fiammiferi; mogen nationale mededingingsautoriteiten méér dan de Commissie?, *NTER* 2004, p. 71-76. Zie verder de Conclusie van A-G Jacobs bij het AOK Bundesverband-arrest, gevoegde zaken C-264, 306, 354&355/01, n.n.g., die zich ook uitlaat over het gebruik van de state action defence.

68 En vervolgens moet ook nog aan de andere drie cumulatieve voorwaarden voldaan worden voor toepassing van dit artikellid. De Commissie heeft Vo. 358/2003, *Pb.* 2003, L 53/8 uitgevaardigd betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector. De vraag is natuurlijk of deze Verordening ook iets kan betekenen voor samenwerking tussen verzekeraars in de zorgsector. Het antwoord hierop is ja, maar dan vooral op meer algemene vlakken van samenwerking zoals ten aanzien van de schadeafwikkeling of het onderzoek van veiligheidsvoorzieningen. Wellicht dat de standaarduitzonderingen voor samenwerking ten aanzien van gemeenschappelijke risicopremietarieven of standaardpolisvoorwaarden of het gemeenschappelijk verzekeren van bepaalde standaardrisico's nog iets kunnen betekenen voor verzekeraars in de gezondheidszorg. Overigens zitten er duidelijk grenzen aan de uitzonderingen op het kartelverbod vermeld in deze Verordening. Flagranthe mededingingsbeperkingen zoals prijsafspraken zijn nimmer toegestaan.

69 Denk hierbij aan de ontwikkeling van een nieuw medicijn via een samenwerkingsovereenkomst tussen farmaceutische bedrijven.

70 Van art. 86 lid 2 EG kan men bijv. zeggen dat dit artikel een 'specialis' is die met zijn proportionaliteitstoets bij uitstek geschikt lijkt voor afwegingen omtrent diensten met een publiek, 'algemeen economisch' belang.

71 De overheid zelf dient bij delegatie aan private operatoren van haar bevoegdheden om regulerend op te treden op economisch gebied op te passen voor repercessies via de 'effet utile'-doctrine (toepassing van art. 3 lid 1 sub g EG) art. 10 EG; art. 81 of eventueel 82 EG). Zie zaak 267/86 (Van Eycke/Aspa), *Jur.* 1988, 4769; zaak C-185/91 (Reiff), *Jur.* 1993, I-5801; zaak C-153/93 (Delta), *Jur.* 1994, I-2517; gev. zaken C-140 tot 142/94 (DIP), *Jur.* 1995, I-3257; zaak C-35/96 (Commissie t. Italië), *Jur.* 1998, I-3851.

)kader geen activiteiten ondernemen die strijdig zijn met dit rechtsgebied.

Het domein van volksgezondheid mag dan in principe een exclusief domein zijn van de lidstaten, via de band van het EG-mededingingsrecht kan het communautaire recht behoorlijk diep ingrijpen in deze sector.⁷² De aanwezigheid van marktwerking vormt de toegangspoort voor toepassing van het mededingingsrecht op de gezondheidszorg.

Een 'onderneming' in de zin van het Verdrag is 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.⁷³ Onder het uitoefenen van een economische activiteit kan worden verstaan het (in het eigen belang) deelnemen aan het economisch verkeer, gericht op het produceren of verhandelen van goederen of het verlenen van diensten.⁷⁴ De aanwezigheid van een winstoogmerk is niet noodzakelijk. Non-profitorganisaties en zelfs overheidsinstellingen kunnen, voor zover zij economische activiteiten uitoefenen, als een onderneming worden beschouwd in de zin van het mededingingsrecht. Het Hof van Justitie lijkt grote waarde te hechten aan de beleidsvrijheid die bepaalde organisaties hebben ten aanzien van hun marktptreden.⁷⁵

Iedere organisatie die typische overheidsprerogatieven uitoefent blijft met haar handelen overigens buiten het bereik van het mededingingsrecht. Een bedrijf dat activiteiten verricht die neerkomen op de uitoefening van overheidsgezag of een orgaan van de staat dat handelt in de hoedanigheid van overheid is dus sowieso niet als onderneming aan te merken in de zin van het mededingingsrecht.⁷⁶

In de arresten *Poucet & Pistre*⁷⁷ en *Cisal*⁷⁸ besliste het Hof dat de instellingen die sociale verzekeringsfondsen beheerden niet als onderneming waren te kwalificeren omdat er te weinig marktwerking aanwezig was in de uitvoering van het betreffende verzekeringsstelsel. Het Hof constateerde dat het solidariteitsbeginsel volledig was doorgevoerd in de sociale verzekeringen in kwestie, en dat dus

van kapitalisatie geen sprake was. De verzekeringsinstellingen voerden met hun verrichtingen geen economische activiteiten uit.

In het *Poucet & Pistre*-arrest waren drie fundamentele kenmerken te onderscheiden die niet aanwezig zijn bij commerciële verzekeringsregelingen: het ontbreken van winstoogmerk, het nastreven van een sociaal doel en de toepassing van het solidariteitsbeginsel.⁷⁹

De mate van solidariteit in onder andere een ziekteverzekering is dus een belangrijke factor bij de beoordeling of er wel of niet sprake is van een economische activiteit en daarmee of er wel of niet sprake is van een onderneming. Ook in door de overheid verplichte stelsels kunnen commerciële elementen overigens aanwezig zijn. Dit soort stelsels zijn niet per definitie (volledig) geground op onderlinge solidariteit tussen verzekerden.

Tegenover het arrest *Poucet & Pistre* en *Cisal* kan men de arresten *FFSA*⁸⁰ en *Albany, Brentjens, en Drijvende Bokken*⁸¹ zetten. In deze zaken besliste het Hof dat Franse en Nederlandse pensioenfondsen ondernemingen waren. Belangrijke overwegingen van het Hof vormden dat de pensioenfondsen volgens het kapitalisatiebeginsel opereerden en de hoogte van de uitkeringen dus afhankelijk was van het beleggingsrendement behaald met de inleg. Solidariteitsaspecten waren niet of in te geringe mate terug te vinden in het systeem van de pensioenfondsen. Daarnaast bestond voor de pensioenfondsen concurrentie op het aanbieden van ouderdomsverzekeringen van privaatrechtelijke (levens)verzekeringsmaatschappijen. De verrichtingen van de betrokken pensioenfondsen waren dus aan te merken als economische activiteiten.

In de *Brentjens*-rechtspraak was er nog een ander aspect waar het Hof zich over uitliet. De pensioenfondsen waren zoals gezegd te kwalificeren als ondernemingen en in principe onderworpen aan het mededingingsrecht. Het was echter de vraag of de verplichte deelname aan een pensioenfonds (opgericht bij CAO) voor werknemers nu wel of niet onder de werking van artikel 81 EG zou vallen. Aangezien de pensioenregeling in het kader van een CAO tot stand geko-

⁷² Een Verdragsartikel dat een belangrijke rol kan spelen bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht op de zorgsector is art. 86 lid 2 EG met zijn diensten van algemeen economisch belang. Inmiddels is er een Europees beleidskader voor diensten van algemeen economisch belang. In het Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374, van de Commissie is een paragraaf gewijd aan het algemeen belang van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten. De Commissie maakt kenbaar het nuttig te achten om een systematisch overzicht op te stellen van de specifieke karakteristieken van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten en het kader waarin deze diensten worden uitgevoerd. Daartoe zal de Commissie in 2005 komen met een Mededeling over sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten van algemeen belang. Zie par. 4.4., p. 16 en 17 van het Witboek. De Commissie geeft in het Witboek aan dat het formuleren van de doelstellingen van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten een bevoegdheid van de lidstaten is (en dus een zaak van de nationale politiek is), maar dat Gemeenschapsregels een sterke invloed kunnen hebben op de instrumenten waarmee deze voorzieningen aangeboden en gefinancierd worden. Wanneer bij deze instrumenten marktwerking zit, opent dat de weg naar toepassing van het EG-mededingingsrecht. Zie par. 4.4., p. 16 van het Witboek.

⁷³ Zaak C-41/90 (Höfner), *Jur.* 1991, I-1979.

⁷⁴ Zie de opmerkingen van Frankrijk (randnr. 3, p. 649) en de Europese Commissie (randnr. 5, p. 655) in het Rapport ter terechtzitting bij het arrest *Poucet & Pistre*, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, I-637.

A-G Tesouro formuleert het iets anders in zijn Conclusie bij dit arrest. Hij gaat uit van de omschrijving dat een economische activiteit een werkzaamheid van economische aard is die in beginsel (ook) met winstoogmerk door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend (Conclusie A-G, par. 8, p. 661). Zie verder ook het FENIN-arrest, zaak T-319/99, *Jur.* 2003, II-357, r.o. 36.

⁷⁵ E.H.M. Loozen, CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht, NTER 1999, p. 281.

⁷⁶ Zaak C-343/95 (Diego Cali), *Jur.* 1997, I-1547, r.o. 18; en zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol), *Jur.* 1994, I-43, r.o. 30.

⁷⁷ Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet & Pistre*), *Jur.* 1993, I-637.

⁷⁸ Zaak C-218/00 (*Cisal*), *Jur.* 2002, I-691.

⁷⁹ Zie de Conclusie van de A-G bij het arrest *Poucet & Pistre*, par. 9, p. 661 en 662.

⁸⁰ Zaak C-244/94 (FFSA), *Jur.* 1995, I-4013.

⁸¹ De *Brentjens*-rechtspraak: zaak C-67/96 (*Albany*), *Jur.* 1999, I-5751; gev. zaken C-115/97, C-116/97, C-117/97 (*Brentjens*), *Jur.* 1999, I-6025; zaak C-219/97 (*Drijvende bokken*), *Jur.* 1999, I-6121. Het ging in deze zaken om pensioenfondsen die bij CAO zijn opgericht en waarvoor deelneming is voorgeschreven door de overheid voor alle werknemers in de bedrijfstak.

men was ging het hier in feite over de vraag of een CAO binnen het toepassingsbereik van het mededingingsrecht valt. Het Hof beantwoordde deze vraag negatief: CAO-afspraken vallen naar hun aard buiten het mededingingsrechtelijke verbod (van artikel 81 lid 1).⁸² Het Hof gebruikt hier de eerste schakel van de ketenbenadering om bepaalde private afspraken eenvoudigweg buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht te houden. Een afweging tussen niet-economische en mededingingsbelangen is dan niet nodig.

Het Hof van Justitie heeft zich met name in de *Brentjens*-rechtspraak sterk laten inspireren door de Verdragsartikelen over sociale politiek. Het ging daarbij vooral om artikel 137 EG en artikel 139 EG, en ook artikel 1 van de Overeenkomst over Sociale Politiek. De genoemde Verdragsartikelen handelen o.a. over de uitvoering van richtlijnen door en de dialoog tussen sociale partners.

De EG-Verdragsartikelen over volksgezondheid zijn van een veel algemenere aard dan de bepalingen betreffende sociaal overleg. Artikel 152 EG schrijft slechts voor dat Gemeenschapsoptreden een aanvulling vormt op het nationale beleid. Het volksgezondheidsintegratiebeginsel dat zich ook bevindt in artikel 152 EG strekt zich dus ook maar tot zover uit. Artikel 152 EG bevat geen verwijzing naar de financiering van nationale gezondheidszorgsystemen, noch naar afspraken die daarmee verband houden. Het is dan ook nog de vraag in hoeverre de arresten van het Hof in de *Brentjens*-rechtspraak (die handelden over sociale politiek) precies relevant zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht binnen de gezondheidszorg.⁸³ Hier komt bij dat de 'Brentjens-techniek' erg geschikt lijkt om bepaalde sectorkenmerken of sectorgewoonten (zoals het opstellen van CAO's) buiten de werking van het mededingingsrecht te houden. Commerciële handelingen van marktpartijen bij de uitvoering van hun (verzekerings)bedrijf zullen met deze techniek in principe niet buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht gehouden kunnen worden.

Inmiddels zijn er een aantal zaken geweest bij het Hof van Justitie specifiek over de toepassing van het mededingingsrecht in de zorgsector.

EG-mededingingsrecht en gezondheidszorg

Op Europees niveau rijzen de laatste jaren meer en meer vragen over de precieze toepassing van het EG-mededingingsrecht op handelingen van zorgverzekeraars, zorgaanbieders en de farmaceutische industrie.⁸⁴

In het *Pavlov*-arrest⁸⁵ bepaalde het Hof dat huisartsen, vrijgestelde medisch specialisten, apotheken en ziekenhuizen zelfstandig economische activiteiten ontplooiën en aldus ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht.

In het *FENIN*-arrest⁸⁶ heeft het Gerecht van Eerste Aanleg EG vastgesteld dat voor de bepaling van de economische aard van een activiteit als de aankoop van producten of diensten door een organisatie, deze aankoop niet los kan worden gezien van het latere gebruik van de door de koper verworven producten of diensten.⁸⁷ De aankoop van producten of goederen is pas economisch indien het latere gebruik daarvan als economisch is aan te merken. De aard van het latere gebruik bepaalt dus de al dan niet economische aard van de aankoopactiviteit. Hiermee wordt uiteindelijk bepaald of de organisatie gekwalificeerd kan worden als onderneming bij de aankoop van de producten of diensten en daarmee binnen het bereik van de mededingingsrechtelijke verboden komt.

De *FENIN*-zaak draaide om de aankoop van zorgproducten (medische hulpmiddelen) door de beheersorganen van het Spaanse

nationaal gezondheidsstelsel SNS, dat deze producten nodig had om zorg aan te kunnen bieden aan zijn leden. Het Gerecht ging er in deze zaak van uit dat de beheersorganen die de goederen aankochten met die goederen verder geen commerciële activiteiten verrichtten, maar ze slechts inzetten om hun publieke taak van goede gezondheidszorg uit te voeren. Het SNS werkte daarbij op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het gefinancierd werd middels sociale bijdragen en andere overheidsbijdragen en het systeem op basis van een algemene dekking gratis diensten verleent aan zijn leden.⁸⁸ Het Gerecht redeneerde dat de aankoopactiviteiten dus niet als economisch waren aan te merken in de zin van het mededingingsrecht en de beheersorganen derhalve niet als onderneming waren te kwalificeren.

Hoewel het Gerecht er in deze zaak van uitging dat er geen marktwerking aanwezig was in het zorgaanbod van het SNS, is het de vraag of dat feitelijk ook echt het geval was. Waarschijnlijk speelden marktwerkingfactoren wel degelijk een rol in de feitelijke situatie, omdat de openbare ziekenhuizen van het SNS in sommige gevallen tegen betaling diensten verleenden aan personen die niet bij het SNS-stelsel waren aangesloten (zoals buitenlandse toeristen). Maar omdat dit gegeven te laat was ingebracht in de klachtprocedure bij de Commissie zijn deze factoren nimmer als feiten meegenomen in het geschil en aldus inhoudelijk niet aan bod gekomen in het arrest van het Gerecht.⁸⁹

De uitspraak in het *FENIN*-arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg is logisch: indien de rechter constateert dat zorgverleners met aangekochte goederen rechte activiteiten opstarten die op enigerlei wijze onderhevig zijn aan marktwerking, dan is deze aankoop van goederen of diensten geen economische activiteit. Het is echter wel sterk de vraag of dit uitgangspunt vaak praktijk is binnen de zorgsector, omdat bij de uitoefening van veel zorgdiensten toch bepaalde marktwerkingselementen kunnen worden aangewezen.⁹⁰ In de toekomst zal

⁸² Zie ook het Van der Woude-arrest, zaak C-222/98, *Jur.* 2000, I-7111. Een collectieve afspraak tussen sociale partners over de ziektekostenverzekering van werknemers draagt bij aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden en is daarom evenals de collectieve afspraken over pensioenregelingen in de *Brentjens*-rechtspraak immuun voor het kartelverbod.

⁸³ Zie P.J. Slot, *Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector*, *E.C.L.R.* 2003, p. 580-593.

⁸⁴ Zie voor een zaak waarbij de toepassing van art. 81 lid 3 EG op overeenkomsten in de geneesmiddelenbranche centraal stond de Commissiebeschikking van 8 mei 2001 (aanmelding door Glaxo Wellcome), *Pb.* 2001, L 302/1. Het ging hier om de toepassing van art. 81 lid 3 EG op prijsovereenkomsten tussen een geneesmiddelenproducent en Spaanse groothandelaren in geneesmiddelen. De Commissie wees een beroep op de uitzonderingsgronden van lid 3 af.

⁸⁵ Gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 (*Pavlov t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*), *Jur.* 2000, I-6451.

⁸⁶ Zaak T-319/99 (*FENIN*), *Jur.* 2003, II-357.

⁸⁷ Een economische activiteit is het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt (en niet de aankoopactiviteit van die goederen of diensten als zodanig). Zie r.o. 36 van het *FENIN*-arrest (zaak T-319/99).

⁸⁸ Zie r.o. 39 van het *FENIN*-arrest.

⁸⁹ Zie r.o. 41-44 van het *FENIN*-arrest.

⁹⁰ De redeneerwijze van *FENIN* kan wellicht van groot belang zijn voor andere domeinen dan de gezondheidszorg (denk aan het gebied van onderwijs).

dit uitgangspunt alleen maar moeilijker toepasbaar blijken in menige Europese lidstaat, want veel landen zullen hoe langer hoe meer overgaan tot introductie of versterking van marktwerking in de gezondheidszorg. Zo lijkt marktwerking definitief een voorname plaats te hebben afgedwongen in het Nederlandse zorgstelsel van de toekomst.

De redeneerwijze van het *FENIN*-arrest kan ook toegepast worden op de zorgverzekeringsmarkt. Zo kan men concluderen dat ondanks het bestaan van marktwerking op de zorginkoopmarkt, verzekeraars geen ondernemingen zijn als er geen ruimte voor marktwerking bestaat bij het aanbieden van de zorgverzekeringen.⁹¹ Bijgevolg is het mededingingsrecht niet van toepassing op verzekeraars die afspraken maken over de inkoop van zorg, indien deze inkoop niet geëxploiteerd wordt via commerciële activiteiten op een vrije zorgverzekeringsmarkt maar is gericht op het verzorgen van diensten met een sociaal, publiek doel. In Nederland zal in de toekomst in principe de hele zorgverzekeringsmarkt draaien op marktwerking, dus 'FENIN' biedt dan geen uitzonderingsmogelijkheid meer.

In het arrest *AOK Bundesverband* stond de rechtsvraag centraal of het gezamenlijk vaststellen van uniforme maximumprijzen voor geneesmiddelen door (organisaties van) ziekenfondsen in Duitsland in strijd was met artikel 81 EG.⁹² Een wettelijke regeling stippelde een traject uit waarbinnen de Duitse ziekenfondsverenigingen uiteindelijk gezamenlijk de vaste maximumbedragen voor de vergoeding van geneesmiddelen vaststelden. Slaagden deze ziekenfondsen er niet in om vaste maximumbedragen vast te stellen, dan werd de beslissing genomen door de Duitse minister. Bij de beantwoording van de vraag of artikel 81 EG geschonden wordt concentreert het Hof zich op het ondernemingscriterium en concludeert dat de Duitse ziekenfondsen niet zijn te beschouwen als ondernemingen bij het vaststellen van de maximumprijzen.

⁹¹ J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, Is een inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?, *Ars Aequi* 2003, zie p. 472.

⁹² Gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK Bundesverband e.a.*), n.n.g.

⁹³ R.o. 8 van het *AOK*-arrest.

⁹⁴ R.o. 51-53 van het *AOK*-arrest.

⁹⁵ R.o. 56 van het *AOK*-arrest.

⁹⁶ R.o. 58-64 van het *AOK*-arrest.

⁹⁷ A-G Jacobs kiest in zijn conclusie bij het *AOK*-arrest wel duidelijk voor art. 86 lid 2 als instrument om de juridische problemen op te lossen, naast de maatstaf van de *state action defence*. Beide instrumenten hebben hun eigen karakteristieke toepassingskader.

⁹⁸ Art. 86 lid 2 aan de ene kant en de *state action defence* aan de andere kant zijn wel twee verweren die ieder hun eigen plaats hebben in dit soort zorgzaken. Bij beide dient een kader van nationale wetgeving aanwezig te zijn. Voor de *state action defence* dient er een regelgevend kader te zijn dat een aantal concrete wettelijke verplichtingen oplegt aan ondernemingen. Voor art. 86 lid 2 EG dient een nationale wet of publiekrechtelijk besluit in ieder geval een taak van algemeen belang te formuleren en op te dragen aan bepaalde ondernemingen, zonder dwingend en in de fineses voor te schrijven hoe deze taak precies moet worden uitgevoerd (dan is immers een beroep mogelijk op de *state action defence*).

⁹⁹ Zo heeft het CTG conform de WTG als taak goedkeuring te verstrekken voor tarieven die een orgaan voor gezondheidszorg en een ziektekostenverzekeraar dan wel hun representatieve organisaties overeengekomen zijn.

De Duitse ziekenfondsen concurreren met elkaar op het vlak van het premietarief om verzekerd te worden voor zich te kunnen winnen. Verzekerd zijn vrij in de keuze van hun ziekenfonds.⁹³ Toch geeft het Hof met een verwijzing naar de arresten *Poucet & Pistre en Císal* aan dat de Duitse ziekenfondsen een taak van zuiver sociale aard vervullen in het beheer van het sociale zekerheidsstelsel, die berust op het beginsel van solidariteit en ieder winstoogmerk mist. De ziekenfondsen keren verplichte vergoedingen uit aan hun verzekerd die niet afhangen van het bedrag van de premies. Daarbij vormen zij een op solidariteit gebaseerde gemeenschap die onderling kosten en risico's compenseert.⁹⁴

Opvallend is dat het Hof redeneert dat het feit dat onderlinge concurrentie bestaat tussen de ziekenfondsen op het vlak van premiehoogte niets afdoet aan de aard van hun sociale activiteiten. De aanwezigheid van het concurrentie-element zet slechts aan tot efficiëntie en een zo goedkoop mogelijke organisatie (twee beginselen van goed beheer van een organisatie), zonder echter iets te veranderen aan de niet-economische aard van de activiteiten van de ziekenfondsen.⁹⁵ De ziekenfondsen in kwestie zijn dientengevolge bij de uitoefening van de betreffende activiteiten dan ook niet aan te merken als 'onderneming', aldus het Hof.

Men zou kunnen aanvoeren dat het feit dat onderlinge concurrentie bestaat tussen de ziekenfondsen op het vlak van premiehoogte wél iets afdoet aan de aard van hun activiteiten: die blijven niet puur sociaal van aard maar worden daarmee over het algemeen economisch en vallen dus onder het mededingingsrecht. De betrokkenheid bij de vaststelling van maximumprijzen voor geneesmiddelen zou vervolgens bijvoorbeeld uitgezonderd kunnen worden van de werking van het mededingingsrecht, omdat het gaat om een specifieke beheertaak van algemeen belang. Het Hof volgt deze redenering dus niet, al wijdt het na zijn conclusie dat de ziekenfondsen geen ondernemingen zijn nog enkele overwegingen aan een tweede toets.

Deze tweede toets gaat in op de uitvoering van beheertaken van het sociale zekerheidsstelsel door de ziekenfondsen.⁹⁶ Uiteindelijk komt het Hof bij dezelfde conclusie uit als bij de eerste toets (namelijk geen onderneming). De redenering van het Hof in de tweede toets doet in die zin dan ook enigszins overbodig aan en komt dicht in de buurt van de toepassing van artikel 86 lid 2, al wordt dit artikel niet bij naam genoemd. Het lijkt er op dat het Hof zijn conclusie voor de zekerheid ook met een tweede redeneerwijze (nu niet die van het criterium van 'economische activiteit', maar een redenering in de trant van artikel 86 lid 2) wilde bevestigen. Het laat daarmee wel vragen bestaan omtrent het juiste criterium om dit soort zaken aan te pakken.⁹⁷ Zo is het de vraag of het ondernemingscriterium en artikel 86 lid 2 EG elkaar aanvullen als toetsingscriteria, of dat het eerder alternatieve beoordelingsinstrumenten zijn in dit soort zaken.⁹⁸

Hoe het ook zij, de conclusie van het Hof is duidelijk: organisaties van ziekenfondsen zijn geen ondernemingen in de zin van artikel 81 EG wanneer zij in het kader van de uitvoering van wettelijke beheertaken van het sociale zekerheidsstelsel maximumbedragen vaststellen voor de vergoeding van geneesmiddelen. De aanwezigheid van een zekere mate van concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt doet daaraan niets af. Met dit oordeel van het Hof van Justitie lijkt ook het huidige Nederlandse systeem van tarievenwetgeving in het kader van de WTG, en de participatie van ziektekostenverzekeraars daarin, veilig.⁹⁹

In de *AOK*-zaak maakten de ziekenfondsen onderling prijsafspraken, maar zij deden dat in een wettelijk systeem dat deze taak aan hen oplegde en daarbij voorschreef dat als de ziekenfondsen de

prijzen niet zouden bepalen, de minister het zou doen. Men voelt wel aan dat het erg ver zou gaan om deze ziekenfondsen te veroordelen wegens schending van het mededingingsrecht terwijl ze eigenlijk ingeschakeld worden om het werk van de minister te doen. Het is wel de vraag langs welk criterium in een dergelijke situatie de toepassing van het mededingingsrecht uitgezonderd moet worden. Wellicht kan in plaats van het ondernemingscriterium wellicht beter hetzij de state action defence, hetzij artikel 86 lid 2 EG ingeschakeld worden.

De state action defence zou van toepassing kunnen zijn indien de ondernemingen in kwestie niet of nauwelijks ruimte hebben om zelf, autonoom, mededingingsbeperkende overeenkomsten te sluiten of mededingingsbeperkende handelingen te verrichten. Hierbij spelen twee aspecten een rol: of er daadwerkelijk een wettelijke verplichting rust op de ondernemingen in kwestie om mededingingsbeperkende handelingen te verrichten; zo ja, of de ondernemingen daadwerkelijk een substantiële autonomie hebben in het vaststellen van mededingingsbeperkende voorwaarden.¹⁰⁰ Wanneer een nationale wet een ruime regelgevingsbevoegdheid delegeert aan ondernemingen, zal een beroep op de state action defence niet opgaan. Als echter een zeer strikte regelgevingstaak is opgedragen, is er nauwelijks ruimte voor autonoom gedrag en zal een beroep op dit verweer slagen.

Indien een beroep op de state action defence niet slaagt, omdat een overheidsregel aan ondernemingen te veel ruimte geeft om autonoom inhoud te geven aan overeenkomsten, vaststellingen, of particuliere regels, staat eventueel een beroep op artikel 86 lid 2 open. Hiervoor is wel noodzakelijk dat de overheid een bijzondere taak heeft opgedragen aan de betrokken ondernemingen.

In de AOK-zaak zelf zou nog een punt van discussie kunnen zijn of de ziekenfondsen als ondernemingen voldoen aan de voorwaarden van de state action defence. Het is niet helemaal duidelijk in hoeverre de Duitse wet de ziekenfondsen verplicht om maximumprijzen vast te stellen en hoeveel vrijheid zij daarbij hebben.¹⁰¹ Een beroep op de state action defence zou kans van slagen kunnen hebben. De Duitse wet legt maximumprijsstelling min of meer op aan ziekenfondsen, en laat daarbij door het directief dat de ziekenfondsen zo laag mogelijke maximumprijzen dienen vast te stellen ook weinig ruimte voor ziekenfondsen om in autonomie inhoudelijke afwegingen te maken.

Indien men ervan uitgaat dat de ziekenfondsen in AOK ondernemingen zijn, een taak van algemeen belang uitoefenen, en daarbij wel degelijk enige ruimte hebben om zelf hun beleid te bepalen, komt artikel 86 lid 2 EG in beeld.

Aan dit artikel zijn een aantal nadere criteria verbonden. Zo geldt voor ondernemingen die een bijzondere publieke taak uitvoeren op grond van artikel 86 lid 2 EG het verbod van willekeur en het non-discriminatiebeginsel.¹⁰² Artikel 86 lid 2 EG draagt ook een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets in zich waarmee een afweging kan plaatsvinden van sociaal(-economisch) doel en middelen om dat doel te bereiken.¹⁰³ De proportionaliteitstoets verplicht tot het aangeven van zowel de omvang van de mededingingsbeperking als de omvang van de publieke doelstelling die door de mededingingsbeperking bewerkstelligd kan worden.¹⁰⁴ Het spreekt voor zich dat flagrante mededingingsbeperkingen zoals onderlinge prijsafspraken in deze afweging niet gemakkelijk proportioneel zullen zijn.¹⁰⁵

De noodzakelijkheidstoets is vrij objectief uit te voeren: vraag daarbij is of de mededingingsbeperking wel noodzakelijk is om het doel te bereiken, of dat daarvoor andere minder mededingingsbe-

perkende mogelijkheden aanwezig zijn. De proportionaliteitstoets is moeilijker toe te passen. Bij deze toets moet de rechter twee totaal verschillende belangen tegen elkaar afwegen. Het criterium van proportionaliteit leidt tot een subjectievere afweging, omdat met dit criterium als het ware afgewogen moet worden of de mededingingsbeperking het sociale doel dat er mee gediend wordt waard is. Daarbij speelt ook nog dat in gezondheidszorgzaken bij toepassing van artikel 86 lid 2 EG een nationaal zorgbelang komt te staan tegenover een communautair mededingingsrechtelijk belang. Deze belangen lopen uiteen op twee onderdelen: zorgbelang tegenover mededingingsbelang en (deels) nationaal belang tegenover communautair belang.¹⁰⁶

Vervolgens moet de nationale rechter of de communautaire rechter (het Gerecht in een beroepsprocedure of het Hof in een prejudiciële vraagstellingprocedure) deze twee uiteenlopende belangen tegen elkaar afwegen.¹⁰⁷ Mogelijk kunnen in het kader van artikel 86 lid 2 EG (onder andere bij de proportionaliteitstoets) bewijsrechtelijke problemen ontstaan, namelijk bij de vaststelling van bestaan en omvang van het algemeen economisch belang van een dienst of de bijzondere taak van een organisatie. Men ziet partijen al voor de rechter verschijnen met allerhande verwijzingen naar bijvoorbeeld de wetsgeschiedenis of naar parlementsstukken.

Artikel 86 lid 2 EG biedt in ieder geval een tamelijk verfijnd toetsingskader waarin proportionaliteit een belangrijke rol speelt, maar het artikel is ook aan strikte toepassingsvoorwaarden gebonden wat betreft de toedeling van overheidswege van een bijzondere taak aan een onderneming. Het 'ondernemingscriterium' kent dergelijke strikte voorwaarden niet en heeft in die zin een veel ruimer toepassingsbereik. Het mist echter een duidelijke proportionaliteitstoets. Wellicht dat een niet-economische Rule of Reason de voorde-

¹⁰⁰ Zie de Conclusie van A-G Jacobs bij het AOK-arrest, par. 80-84.

¹⁰¹ In de verschillende stadia van de nationale gerechtelijke procedure werd deze feitelijke vraag ook verschillend beantwoord door Duitse rechters.

¹⁰² Zie de Conclusie van A-G Jacobs bij het AOK-arrest, par. 101, en zaak C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, I-5751, r.o. 121.

¹⁰³ Slot onderscheidt het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel als nadere criteria die tot de basisbeginselen van het EG-recht behoren en (aldus) ook een rol spelen bij de toepassing van art. 86 lid 2 EG. P.J. Slot, *Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector*, *E.C.L.R.* 2003, p. 593, rechter kolom.

¹⁰⁴ Zie de Conclusie van A-G Jacobs bij het AOK-arrest, par. 88-90 en 95-96. Jans c.s. delen de proportionaliteitstoets (in brede zin) op in drie principes: geschiktheid (causale relatie tussen maatregel en legitiem belang dat daarmee nagestreefd wordt), noodzakelijkheid (onmisbaarheid) en evenwichtigheid (evenredigheid 'sensu stricto'). Zie J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2002, p. 185 en 186.

¹⁰⁵ Vgl. P.J. Slot 2003, p. 593, rechter kolom.

¹⁰⁶ Wellicht kan via het volksgezondheidsintegratiebeginsel van art. 152 lid 1 EG ook een communautair tegenwicht aan de zorgkant gevonden worden.

¹⁰⁷ De nationale rechter lijkt niet de meest geschikte instantie om zich in een nationale procedure autonoom uit te laten over de proportionaliteitstoets van art. 86 lid 2 EG en daarbij een nationaal publiek belang af te wegen tegen een communautair mededingingsrechtelijk belang. Die nationale rechter kan in een dergelijke situatie het beste een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie.

len van beide instrumenten zou kunnen combineren, al dient men natuurlijk heel voorzichtig te zijn met het formuleren van buitenwettelijke uitzonderingsgronden.

Nederlands mededingingsrecht en gezondheidszorg

De NMa heeft de afgelopen jaren beslissingen moeten nemen betreffende de toepassing van de Nederlandse Mededingingwet op gedragingen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders. In de Nederlandse rechtspraak neemt het begrip 'onderneming' een belangrijke plaats in bij de afbakening van het toepassingsgebied van mededingingsrechtelijke verboden op de zorgsector.¹⁰⁸ De NMa heeft in haar beschikkingspraktijk inmiddels in een groot aantal zaken geconcludeerd dat zowel zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen, apothekers, fysiotherapeuten) als ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars ondernemingen zijn.¹⁰⁹ Ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars kunnen zowel met betrekking tot het aanbieden van een ziektekostenverzekering als met betrekking tot het inkopen van zorg worden beschouwd als onderneming.¹¹⁰ Hierdoor raken deze zorgactoren binnen het bereik van mededingingsrechtelijke verboden als die van artikel 6 Mw (artikel 81 EG) en

24 Mw (artikel 82 EG). Ook het Nederlandse mededingingsrecht kent overigens zijn eigen varianten van artikel 86 lid 2 EG, namelijk de artikelen 11 en 25 Mw.¹¹¹

De NMa heeft een aantal beleidsdocumenten uitgevaardigd om de toepassing van de Mededingingswet op de zorgsector te verduidelijken: de Richtsnoeren voor de zorgsector¹¹², het Visiedocument 'Concurrentie in de ziekenhuissector'¹¹³ en het Visiedocument 'AWBZ-zorgmarkten'.¹¹⁴ De documenten bevatten veel informatie over de werking van de verschillende zorgmarkten en vormen van samenwerking op die markten, maar geen revolutionair nieuws over de juridische instrumenten die gebruikt kunnen worden bij de afbakening van het mededingingsrecht ten aanzien van de zorgsector. Duidelijk is in ieder geval dat de consultatiedocumenten over de ziekenhuis-¹¹⁵ respectievelijk de AWBZ-markt¹¹⁶ concluderen dat meer en meer ruimte ontstaat voor concurrentie in die markten.

In de zaak Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren¹¹⁷ besliste de NMa over de toelaatbaarheid van het gebruik van zorgkantoren voor de inkoop onder de AWBZ. De NMa kwam tot de conclusie dat de van overheidswege toegestane concurrentie en de prikkels om tot doelmatige inkoop over te gaan zo zwak waren, dat het volledig uitschakelen van de mededinging op dat gebied werd toegestaan.

¹⁰⁸ Ook in andere lidstaten van de EG speelt de afbakeningsproblematiek in hoeverre economische wetgeving van toepassing te verklaren op handelingen van organisaties in de zorgsector. Een voorbeeld daarvan is België met het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 mei 2003 in de zaak 'L'union professionnelle des entreprises d'assurances et consorts c. Solimut et consorts' (Arrêt de 23 mai 2003 de la Cour d'appel de Bruxelles, neuvième chambre, N° 2002/AR/2531).

¹⁰⁹ NMa-besluit van 5 juni 1998, zaaknr. 165 (concentratie Sophia Ziekenhuis / Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden); NMa-besluit van 1 maart 2000 inzake mededingingsafspraken, zaaknr. 1131, 1151 en 1250 (Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen), zie randnr. 18; NMa-besluit van 15 december 2000, zaaknr. 590 en 1972 (ontheffingsaanvraag van Amicon Zorgverzekeraar en van KNGF) en zaaknr. 1570 (klacht Sanders tegen Amicon Zorgverzekeraar), zie randnr. 55 en 56; NMa-besluit van 11 april 2001, zaaknr. 537 (ontheffingsaanvraag Landelijke Huisartsen Vereniging), zie randnr. 71; NMa-besluit van 6 juli 2001, zaaknr. 912 (ontheffingsaanvraag van Stichting CZ groep Ziekenfonds), zie randnr. 72; NMa-besluit van 23 augustus 2001, zaaknr. 1915 (ontheffingsaanvraag van Zilveren Kruis Achmea Ziekenfonds U.A.), zie randnr. 43 en 44.

¹¹⁰ NMa-besluit van 29 december 1998, zaaknr. 1165 (concentratie Anoz Verzekeringen / Anova-ZAO), zie randnr. 14; NMa-besluit van 18 juni 1999, zaaknr. 882 (ontheffingsaanvraag door Amicon Zorgverzekeraar) en zaaknr. 407 (klacht van Texincare en Tivic tegen Amicon Zorgverzekeraar), zie randnr. 44; NMa-besluit van 25 oktober 1999, zaaknr. 224 (ontheffingsaanvraag van Coöperatie Verenigde Verzekeraars Multizorg U.A.), zie randnr. 39-40; NMa-besluit van 15 december 2000, zie randnr. 55; NMa-besluit van 23 augustus 2001, zie randnr. 43.

¹¹¹ Art. 11 Mw is gericht op het verbod van art. 6 Mw, en art. 25 Mw is gericht op het verbod van art. 24 Mw. Verder is er het volgende onderscheid tussen beide artikelen. Art. 25 Mw scheidt de mogelijkheid voor de directeur-generaal van de NMa om op aanvraag een ontheffing te verlenen van het verbod van art. 24 Mw. Art. 11 Mw echter scheidt de mogelijkheid op een uitzondering op het verbod van art. 6 Mw (mits aan de voorwaarden van art. 11 wordt voldaan natuurlijk) zonder tussenkomst van de directeur-generaal van de NMa; dit artikel geldt dus als het ware 'van rechtswege'.

¹¹² De Richtsnoeren voor de zorgsector, *Staatscourant* van 25 oktober 2002, nr. 206, p. 18. De Richtsnoeren richten zich op horizontale afspraken, verticale afspraken en misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector. De hoofdstukken over horizontale en verticale afspraken zijn verreweg het omvangrijkst, het hoofdstuk over misbruik van een economische machtspositie is beperkt. De Richtsnoeren zeggen niets over beleid inzake concentraties van ondernemingen in de zorgsector.

¹¹³ Visiedocument 3128/55 van de NMa, Concurrentie in de ziekenhuissector, Den Haag, januari 2004.

¹¹⁴ Visiedocument 3130/66 van de NMa, AWBZ-zorgmarkten, Den Haag, januari 2004.

¹¹⁵ De Mededingingswet is van toepassing op de ziekenhuissector indien en voor zover concurrentie mogelijk is. Ter beoordeling van de vraag of concurrentie mogelijk is in deze sector, geeft de NMa een drietal cumulatieve voorwaarden waaraan ten minste in enige mate moet zijn voldaan. Het gaat dan om de vrijheid van aanbieders in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm, prijs en/of kwaliteit van het aanbod; het bestaan van prikkels om de 'productie' te verhogen; en de mogelijkheden voor afnemers (patiënten en verzekeraars) om een aanbieder te kiezen en de inhoud en omvang van de zorgvraag te bepalen. Zie p. 10 van het NMa Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector.

¹¹⁶ De NMa geeft aan dat door een aantal recente factoren mededinging mogelijk geworden is op het gebied van het aanbieden van AWBZ-zorg. De NMa hanteert daarbij dezelfde drie cumulatieve voorwaarden als vermeld in het Visiedocument over de ziekenhuissector. De Mededingingswet en mogelijk ook de bepalingen van het EG-Verdrag zijn van toepassing op de aanbieders van AWBZ-zorg. Zie p. 35-38 van het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten. Het is de vraag of deze analyse in de nabije toekomst blijft gelden voor de AWBZ-markt. In het nieuwe zorgstelsel zal dit zorgdomein waarschijnlijk uitgekleeft worden: alle op genezing gerichte zorg van de AWBZ wordt dan overgeheveld naar de standaardverzekering curatieve zorg. Hierdoor wordt de AWBZ weer een verzekering voor bijzondere ziektekosten (langdurige, continue zorg). Het is de vraag hoeveel marktwerking dan precies aanwezig blijft in die AWBZ-markt.

¹¹⁷ NMa-besluit van 10 maart 2000, zaaknr. 181 (ontheffingsaanvraag voor Zorgkantoren); zie ook *M&M* 2000, nr. 5, p. 185-188.

In het besluit heeft de NMa aangegeven dat een uitvoeringskantor van de AWBZ in een bepaalde regio van Nederland voor het grootste gedeelte van zijn activiteiten niet te beschouwen was als onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Hoofdlijn van de NMa was dat de solidariteitskenmerken van de AWBZ zo sterk waren dat er geen sprake was van een economische activiteit.¹¹⁸ Dus konden de zorgkantoren niet worden gekwalificeerd als onderneming bij het uitvoeren van de activiteiten in kwestie.

De NMa lijkt in haar besluit in deze zaak de 'ondernemingsvraag' te beantwoorden met een blik op de invloed die een zorgkantoor als in koper op het zorgaanbod kan hebben. De opvatting dat zorgkantoren ondernemingen zijn wanneer zij zorg inkopen van commercieel opererende zorgaanbieders verloopt niet volgens het FENIN-model. In de redeneerwijze van het Gerecht van Eerste Aanleg in dit arrest gaat het juist om de vraag wat zorgkantoren met de ingekochte zorg doen. Niet de inkoopmarkt staat centraal, maar de verkoopmarkt. Worden met de ingekochte zorg economische activiteiten verricht (in de vorm van een commercieel aanbod van zorggerelateerde diensten), dan is ook de aankoopactiviteit economisch. Gebeurt dit niet, dan is de aankoopactiviteit niet economisch en de betrokken organisatie daarbij niet als onderneming te kwalificeren. De uitgangspunten die voor zorgkantoren gelden, gelden ook voor zorgverzekeraars.

In een aantal besluiten is de NMa streng opgetreden tegen zorgaanbieders die collectief contracten afsloten met afnemers. Deze zorgaanbieders werden daarbij gewoon als onderneming gekwalificeerd. Afspraken tussen aanbieders van diensten om zich jegens hun afnemers als collectief op te stellen en eenvormige prijzen aan te bieden vormen klassieke voorbeelden van 'hard core' kartelafspraken.¹¹⁹ Prijsafspraken in de zorgsector zijn normaliter dus niet toegestaan onder het mededingingsrecht, ook niet wanneer zorginkopers (zoals verzekeraars) ze onderling zouden maken.

Een voorbeeld van de grote veranderingen die zich voltrokken in de Nederlandse zorgsector en in de toepassing van het mededingingsrecht op deze sector is dat fusies tussen ziekenhuizen sinds kort ook effectief getoetst worden.¹²⁰ Voorheen gaf de NMa bij aangeelde ziekenhuisfusies aan dat daadwerkelijke concurrentie tussen ziekenhuizen door de toen geldende wet- en regelgeving nog niet mogelijk was, ofschoon ze al wel als ondernemingen konden worden beschouwd.¹²¹ Met de huidige wetgeving is concurrentie op basis van kwaliteit, service en zorgaanbod wel mogelijk. De Mededingingswet is derhalve volledig van toepassing op de ziekenhuizen.¹²²

Men ziet dus dat het mededingingsrecht langzaam greep krijgt op de gehele zorgsector.

De toepassing van het mededingingsrecht op de zorgsector in de toekomst

Het Nederlandse mededingingsrecht loopt met NMa's Richtsnoeren en visiedocumenten voor de zorg sterk voor op het Europese mededingingsrecht in het uitzetten van beleid voor de zorgsector (zonder dat de NMa inhoudelijk een enorme voorsprong neemt).¹²³

De NMa hoeft hierbij alleen rekening te houden met de karakteristieken van het Nederlandse zorgstelsel, terwijl de Commissie te maken heeft met allerlei verschillende zorgsystemen binnen Europa. Het is moeilijk om een beleidslijn te ontwikkelen in het EG-mededingingsrecht die helder, duidelijk en voldoende diepgaand is en die tevens zonder problemen van toepassing kan zijn op alle gezondheidszorgsystemen van de vijftientig lidstaten. Misschien dat de Commissie via de band van het begrip dienst van algemeen belang,

dat onder andere doorklinkt in artikel 86 lid 2, nader beleid uit kan vaardigen voor de zorgsector. De Commissie heeft aangekondigd dat zij in 2005 zal komen met een Mededeling over sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten van algemeen belang.¹²⁴

De komende wetwijzigingen in de Nederlandse gezondheidszorg scheppen meer ruimte voor particuliere zorgverzekeraars en zorgen voor meer vrijheden voor zorgaanbieders. De wetwijzigingen vergroten zo de ruimte voor concurrentie. Naarmate er meer vrijheden komen, is het van belang dat de door de wetgever gecreëerde ruimte niet wordt opgevuld door mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen.

De NMa heeft in veel 'zorg'-besluiten de ondernemingsvraag positief beantwoord. In enkele beschikkingen besliste zij dat er geen sprake was van een onderneming.

¹¹⁸ In de periode 1998-2004 heeft de NMa slechts in enkele besluiten aandacht besteed aan spelers op het gebied van de AWBZ. In deze besluiten heeft de NMa geconcludeerd dat als gevolg van regulering daadwerkelijke mededinging tussen de AWBZ-marktspelers niet mogelijk was en het mededingingsrecht daarom niet van toepassing. Zie het NMa Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, p. 4.

¹¹⁹ NMa-besluit van 18 juni 1999, zaaknr. 882 (ontheftingsaanvraag door Amicon Zorgverzekeraar) en zaaknr. 407 (klacht van Texincare en Tevic tegen Amicon Zorgverzekeraar); NMa-besluit van 19 april 2000, zaaknr. 767 (ontheftingsaanvraag van Zorg en Zekerheid) en zaaknr. 141 (klacht van Theo de Graaf Brillen en Contactlenzen B.V. tegen Zorg en Zekerheid).

¹²⁰ Zie NMa-besluit van 28 januari 2004, zaaknr. 3524/47 (Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis / Leyenburg Ziekenhuis). De fusie tussen deze ziekenhuizen werd voor het eerst uitvoerig inhoudelijk getoetst. De NMa concludeerde uiteindelijk dat er geen reden was om aan te nemen dat door de fusie een economische machtspositie zou ontstaan omdat er voldoende aanbieders overbleven in de markt.

¹²¹ Zie NMa-besluit van 5 juni 1998, zaaknr. 165 (concentratie Sophia Ziekenhuis / Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden).

¹²² De NMa had in haar Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector al geconstateerd dat de context waarin ziekenhuizen (na wijzigingen in de regelgeving) vanaf 1 januari 2003 opereren ruimte biedt voor concurrentie. Alle aanbieders van ziekenhuiszorg zijn in belangrijke mate vrij in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm en kwaliteit van de door hen aangeboden zorg (alleen de vrijheid wat betreft de prijzen ontbreekt momenteel, maar dat zal in de nabije toekomst gaan veranderen). Zie p. 31 en 32 van het Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector. Ook de maatschappelijke discussie over de wenselijkheid van een voortgaande concentratie in de ziekenhuissector, heeft de NMa er toe gebracht de zorgsector vanaf 2003 scherper te gaan onderzoeken. Zie p. 2 van het Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector.

¹²³ De Commissie heeft de mogelijkheid om vanuit het mededingingsrecht beleid te formuleren dat direct ingrijpt in de zorgstelsels van de diverse lidstaten, zonder dat die lidstaten daar tussen kunnen komen. Het communautaire mededingingsrecht behoort immers tot de exclusieve bevoegdheid van de EG. Zie art. 12 Ontwerpverdrag Grondwet van Europa.

¹²⁴ De Commissie acht het nuttig om een systematisch overzicht op te stellen van de specifieke karakteristieken van sociale voorzieningen en gezondheidsdiensten en het kader waarin deze diensten worden uitgevoerd. Zie het Witboek over diensten van algemeen belang ('White Paper on services of general interest') van de Commissie, Commissiedocument COM(2004) 374, par. 4.4, p. 16 en 17.

Indien men kijkt naar de toekomstige wijzigingen in de Nederlandse zorgsector zal het solidariteitsaspect steeds meer uit het zorgbestel verdwijnen (en verplaatst worden naar de fiscaliteit). Marktwerking wordt meer en meer geïntroduceerd. Het stramien van het Hof van Justitie uit de arresten FENIN en AOK zal dan niet meer werken, en er moet een fijnere afweging plaatsvinden.

Deze kan plaatsvinden door het mededingingsrecht initieel gewoon van toepassing te achten en vervolgens binnen het kader van artikel 6 Mw (artikel 81 EG) of artikel 24 Mw (artikel 82 EG) te bepalen of er wel of niet sprake is van een merkbare mededingingsbeperking door een onderneming kan binnen het kader van artikel 11 en 25 Mw (artikel 86 lid 2 EG) een verfijnde afweging met een proportionaliteitstoets plaatsvinden. Vereist is dan wel dat nationale wetgeving de onderneming in kwestie een bijzondere taak toevertrouwt, en het is de vraag of zo'n taak vaak teruggevonden kan worden in de Nederlandse regelgeving. De afweging binnen de artikelen 11 en 25

Mw (artikel 86 lid 2 EG) zal in ieder geval minder snel leiden tot een verbodsuitzondering naarmate solidariteitsaspecten en andere sociale aspecten meer en meer uit het zorgstelsel zelf worden gehaald en neergelegd in een regeling geheel buiten dit domein.¹²⁵

Indien regelgeving van lidstaten op bepaalde onderdelen strikt voorschrijft hoe ondernemingen in de zorgmarkt dienen te handelen, dan kunnen die ondernemingen voor hun (mogelijk mededingingsbeperkend) gedrag, dat slechts gehoor geeft aan wettelijke verplichtingen, de state action defence inroepen. De state action defence vormt dus een soort schulditsluitingsgrond waarmee de toerekenbaarheid van de mededingingsbeperking kan worden bestreden.¹²⁶

Lang niet altijd kan aangetoond worden dat organisaties belast zijn met wettelijke taken of verplichtingen. Indien organisaties uit eigen beweging mededingingsbeperkend handelen (door bijv. onderlinge afspraken te maken) om een sociaal of publiek belang te dienen, dan zouden zij mogelijkerwijs een beroep kunnen doen op de (niet-economische) Rule of Reason. Ook de Rule of Reason-exceptie biedt een verfijnde toets waarin plaats is voor het proportionaliteitscriterium. In het mededingingsrecht is in speciale gevallen een plaats ingeruimd voor de inschakeling van het particuliere initiatief ten gunste van het algemeen belang, ondanks de economische repercussies die dat met zich mee kan brengen.¹²⁷ De beslissing van de wetgever dat solidariteit uit het zorgstelsel verdwijnt en ter compensatie via een andere weg wordt vormgegeven, maakt het er niet gemakkelijker op voor ondernemingen binnen de zorgsector om de noodzaak (en proportionaliteit) van mogelijk mededingingsbeperkende afspraken of handelingen ter behartiging van sociale belangen aan te tonen. Immers, de behartiging van deze belangen vindt dan (al) plaats buiten het stelsel.

¹²⁵ Overigens zullen sociale financieringselementen ook weer niet helemaal verdwijnen uit het Nederlandse zorgstelsel. Denk aan (langdurige) verpleging&verzorging en gehandicaptenzorg waarvoor de AWBZ van toepassing blijft.

¹²⁶ De ondernemingen in kwestie kunnen dus een beroep doen op dit verweer. Een lidstaat met een dergelijk wetgevend kader moet oppassen dat hij niet aangepakt wordt via de 'effet utile'-doctrine of via art. 86 lid 1 EG voor het in stand houden van wetgeving die ondernemingen zonder goede reden van algemeen belang dwingt het mededingingsrecht te schenden.

¹²⁷ Vgl. J.W. van de Gronden 2004, p. 59.