



Preadvies 2009: Gezondheidszorg en Europees recht

De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt Johan van de Gronden en Jan-Koen Sluijs

Welke consequenties hebben het Europese vrijverkeersrecht en mededingingsrecht voor de Nederlandse regulering van zorgmarkten? De preadviseurs prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs bezien deze consequenties zowel vanuit het *zorg verzekeren* als het *zorg verlenen*.

Uit hun analyse volgt dat wat voor de ziekenfondsen gold krachtens de arresten Smits & Peerbooms en Müller-Fauré ook van toepassing is op de huidige private zorgverzekeraars van het Zvw-stelsel. Zij moeten dus de in het buitenland genoten *extramurale zorg* vergoeden en mogen daaraan geen voorafgaande toestemming eisen. Het is niet duidelijk of hetzelfde ook geldt voor in het buitenland genoten *intramurale zorg*.

In het ziekenfondsstelsel was voorafgaande toestemming geoorloofd in geval van 'buitenlandse' intramurale zorg. Deze hield nauw verband met het zogenoemde planningsargument: een lidstaat moet in staat zijn een geavanceerd systeem van planning op te zetten, waardoor er een netwerk van ziekenhuizen voor het gehele grondgebied operatief is. Daarbij geldt volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie EG ook dat het financieel-economisch evenwicht van het nationale zorgstelsel en de volksgezondheid is gediend bij een planningsstelsel.

De mogelijkheden om de vergoeding van kosten van buitenlandse intramurale zorg te weigeren, neemt toe naar mate het gewicht van het planningsargument toeneemt in het Nederlandse zorgstelsel. Gelet op de discussie over het verder liberaliseren van de zorgmarkt, bevelen de preadviseurs de overheid aan te overwegen welke regierol zij wil spelen op het terrein van de ziekenhuiszorg.

Verder kan het recente Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie voor patiëntenmobiliteit binnen de EU de autonomie van lidstaten beperken om hun zorgverzekeringsstelsel naar eigen inzicht in te richten. Volgens het voorstel kan namelijk alleen in uitzonderingsgevallen de vergoeding van de kosten van buitenlandse ziekenhuisbehandelingen worden geweigerd. Zonder bijsturing van het Richtlijnvoorstel wordt het voor zorgverzekeraars erg lastig om hun verzekerden te beletten (vergoedbare) ziekenhuisbehandelingen over de grens te ondergaan.

Tot nu toe zijn in de rechtspraak van het Hof vooral vragen over het *verzekeren* van grensoverschrijdende zorg aan de orde geweest. Dit wil echter niet zeggen dat nationale regulering van zorg *verlening*, zou ontsnappen aan de invloed van het Europese recht. De Nederlandse overheid moet zich bijvoorbeeld ervan bewust zijn dat de tariefsystematiek voor DBC's - in termen van EG-recht - leiden tot beperkingen van het vrij verkeer. De houdbaarheid van deze nationale voorschriften hangt af van de beantwoording van de vraag of zij onder een exceptie vallen. Volgens de preadviseurs bieden de excepties kansen als de procedurele en institutionele inbedding van de nationale regels in kwestie, goed is gere-

geld. Dat wil zeggen dat de eisen van objectiviteit, transparantie, kenbaarheid vooraf en non-discriminatie in acht moeten worden genomen.

Ten aanzien van het leerstuk staatssteun wijzen de preadviseurs op het belang van het aanwijzen van bepaalde zorgdiensten als speciale taak. Voor de toepassing van deze Europese regels is het van belang dat de betrokken entiteiten kunnen worden gekwalificeerd als onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Zowel de Zvw-zorgverzekeraars als de zorginstellingen, zoals ziekenhuizen, blijken onder het begrip onderneming te vallen.

Veel van de geldstromen van de overheid richting zorgverzekeraars en ziekenhuizen kunnen ten principale als staatssteun worden aangemerkt. De Nederlandse overheid kan vervelende verrassingen vermijden door zorgactiviteiten die zij zou willen financieren, expliciet te kwalificeren als 'diensten van algemeen economisch belang' (DAEB) of 'openbare dienstverplichtingen'. In dit verband hebben de preadviseurs - naar aanleiding van de recente ontwikkelingen in de bancaire sector ('systeembanken') - gesteld dat dergelijke kwalificaties van essentiële zorgactiviteiten ertoe leiden dat er 'systeemverrichtingen' ontstaan in de gezondheidszorg. Verder moet de overheid deze speciale diensten zo vormgeven dat voldaan kan worden aan de criteria die gelden in verband met artikel 86 lid 2 EG en de rechtspraak van het Hof betreffende de Altmark-benadering.

Samenvattend pleiten de preadviseurs ervoor dat de overheid een actief DAEB-beleid gaat voeren in de zorg. Dat wil zeggen dat de overheid expliciet bepaalde zorgdiensten, bijvoorbeeld op het terrein van ziekenhuisbehandelingen, als dienst van algemeen economisch belang moet kwalificeren. Alleen hierdoor kan ook in de toekomst met succes een beroep worden gedaan op excepties die voorhanden zijn in (i) het vrij verkeer, (ii) vastgelegd zijn in de mededingingsregels (art. 86 lid 2 EG) en/of (iii) ontwikkeld zijn in de Altmark-rechtspraak.

Het voeren van een DAEB-beleid betekent dat in de nationale regelgeving wordt vastgelegd welke doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd, en welke proportionele middelen daarbij worden ingezet. Dit is evident een delicaat proces, waarbij de overheid met enige durf de toepassing van de Europese excepties zou moeten benaderen. De nationale wetgever zou zich echter niet moeten laten leiden door het 'paradigma van Europa proof'. Dit suggereert een angstige omgang met het Europese recht, waarbij dit recht vooral als spelbreker wordt gezien. Gestreefd wordt immers naar 100% zekerheid, wat niet gegeven kan worden met betrekking tot complexe vraagstukken over de toepassing van het Europese recht op nationaal zorgbeleid. Het is daarom beter te streven naar regelgeving die 'Europa compatible' is. Dat wil zeggen het inpassen van de EG-rechtelijke criteria in nationale wetgeving, maar accepteren dat 100% zekerheid niet bestaat zolang het Hof zich niet heeft uitgesproken. De preadviseurs concluderen overigens dat de eisen van het Europese recht goed passen bij het nationale zorgbeleid en dat deze eisen ertoe leiden dat de kwaliteit van het nationale gezondheidsrecht toeneemt.

prof.mr. J.W. van de Gronden en mr.dr. J.J.M. Sluijs

De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt

in: Gezondheidszorg en Europees recht, preadvies 2009 van de

Vereniging voor Gezondheidsrecht, pag. 103 - 196

SDU Uitgevers, Den Haag, ISBN: 978-90-12-38187-1