



Universiteit
Leiden
The Netherlands

'In het uiterste geval moet je de derde schaderichtlijn aanpassen': de omgang van de wetgever met veellagigheid bij de stelselherziening gezondheidszorg

Napel, Hans-Martien ten; Hans-Martien ten Napel, Hendriks A.C.

Citation

Napel, H. -M. ten. (2007). 'In het uiterste geval moet je de derde schaderichtlijn aanpassen': de omgang van de wetgever met veellagigheid bij de stelselherziening gezondheidszorg. In H. A. C. Hans-Martien ten Napel (Ed.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk* (pp. 49-62). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13918>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13918>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4 'In het uiterste geval moet je de derde schaderichtlijn aanpassen': de omgang van de wetgever met veellagigheid bij de stelselherziening gezondheidszorg

Hans-Martien ten Napel

1 INLEIDING EN KADER

Vertrekpunt van deze bijdrage vormt een paradox. Enerzijds beschikt Europa ingevolge artikel 152, vijfde lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) slechts over beperkte regelgevende bevoegdheden op het terrein van de volksgezondheid. Anderzijds is, doordat zorgactiviteiten (tevens) een economisch karakter hebben, het Europese economische recht in principe wel van toepassing op de inrichting van nationale zorgstelsels.

Zoals reeds uit de in de vorige alinea gekozen formuleringen blijkt, bestaan er – om met de titel van het boek van Ter Kuile uit 1997 te spreken – onzekerheden over de precieze invloed van Gemeenschapsrecht op de nationale gezondheidszorg.¹ Wat dat betreft heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie uit de afgelopen tien jaar per saldo weinig verheldering gebracht.² Hoogstens kan worden vastgesteld dat de introductie van diverse vormen van gereguleerde marktwerking in het zorgstelsel op complicaties stuit vanuit het oogpunt van de regels voor de interne markt in het algemeen en die uit de Europese schadeverzekeringsrichtlijn (hierna de derde schaderichtlijn) – waartoe ik mij verder zal beperken – in het bijzonder.³

Van de Gronden heeft terecht opgemerkt, dat het paradoxale gevolg van het feit dat de lidstaten zo min mogelijk regelgevende bevoegdheden willen toekennen aan de Europese Unie (EU) zou kunnen zijn, dat zij worden gedwongen een bepaald zorgstelsel te kiezen. Dit zorgstelsel dient bovendien relatief

■ Mr. dr. H.-M.Th.D. ten Napel is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 B.H. ter Kuile, *Onzekerheden over de invloed van Gemeenschapsrecht op de nationale gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 1997.

2 Voor een overzicht van deze jurisprudentie, zie de bijdrage van Slot & Bulterman aan deze bundel.

3 Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (derde richtlijn schadeverzekering), *PbEG* 1992, L 228/3.

sterk gereguleerd te zijn, hetgeen zich minder goed verdraagt met het Europese ideaal van één interne markt.⁴ Het behoeft nauwelijks betoog dat deze situatie vanuit nationaal respectievelijk Europeesrechtelijk oogpunt onbevredigend is.

In de onderhavige bijdrage wordt onderzocht hoe de Nederlandse wetgever met de onzekerheid over de precieze invloed van de derde schaderichtlijn is omgegaan tijdens de stelselherziening gezondheidszorg onder de kabinetten-Balkenende I en II (2002-2006), hervormingen die waren gericht op het bevorderen van vraagsturing, concurrentie en marktwerking. In theorie staan de wetgever in een dergelijke situatie verschillende mogelijkheden ter beschikking.⁵ De eerste is het verzoeken van de Commissie om een standpuntbepaling inzake de verenigbaarheid van de voorgenomen wetgeving met het EG-recht, bijvoorbeeld in de vorm van een interpretatieve mededeling. Dit enerzijds ter voorkoming van een nadien eventueel door de Commissie tegen Nederland te starten infractieprocedure (art. 226 EG), anderzijds om in voorkomende gevallen te worden meegewogen door het Hof van Justitie, dat immers het laatste woord heeft bij de interpretatie van de derde schaderichtlijn. Opgemerkt zij, dat hoewel deze oplossingsrichting zich schijnbaar concentreert op de Commissie, zij dus in feite gericht is op de rechter. Een verdergaande mogelijkheid bestaat eruit te streven naar aanpassing van de derde schaderichtlijn. Ook hiertoe is overleg noodzakelijk met de Commissie, die immers het recht van initiatief heeft, maar bovendien zijn de medewerking van de Raad en het Parlement vereist. Hoewel het hier gaat om een traject dat derhalve meer tijd en moeite kost, levert het meer rechtszekerheid op dan de eerste optie. Dat laatste geldt eveneens voor de derde mogelijkheid, te weten het tot stand brengen van een specifieke richtlijn voor zorgverzekeringen, bijvoorbeeld op basis van artikel 95 EG inzake de verandering van wetgeving, waarin de verhouding tussen interne markt en zorgverzekeringen op een heldere en vooral ook evenwichtige wijze wordt geregeld. Ook in dit geval is de medewerking van Commissie, Raad én Parlement onontbeerlijk. In de vierde en laatste plaats is het denkbaar dat de Nederlandse regering ernaar streeft om, bijvoorbeeld in het kader van een verdragswijziging zoals de Grondwet voor Europa zou hebben opgeleverd, de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en EU op het gebied van de volksgezondheid te wijzigen. Dit is de meest bewerkelijke weg, omdat een eventueel herzien (al dan niet grondwettelijk) verdrag, zoals bekend, aan uitgebreide ratificatieprocedures is onderworpen en in een aantal gevallen ook aan referenda.

Bezien zal worden welke weg de Nederlandse wetgever onder de eerste twee kabinetten-Balkenende in dezen heeft bewandeld en hoe deze keuze moet worden beoordeeld vanuit staats- en bestuursrechtelijk perspectief, meer in

4 J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004, p. 114-115.

5 Ibidem, p. 115-120.

het bijzonder in het licht van de constitutionele verdeling van machten, het co-actorschap van de nationale wetgever in het Europese wetgevingsproces en het zich geleidelijk uitkristalliserende overheidsbegrip in het Europese recht.

2 VOORSPEL

Het debat over een stelselherziening van de Nederlandse gezondheidszorg wordt al zeker vanaf de jaren tachtig gevoerd.⁶ Zoals de Sociaal-Economische Raad (SER) echter in een naar achteraf bleek baanbrekend rapport van 15 december 2000 constateerde, is er in de periode 1985-2000 weliswaar een relatief grote hoeveelheid beleidsmaatregelen doorgevoerd, maar ging het daarbij in hoofdzaak om 'incrementeel of ad-hoc beleid'. Kenmerkend was 'het ontbreken van een heldere en eenduidige besturingsfilosofie voor de structuur en financiering van de gezondheidszorg'.⁷

Op 6 juli 2001 kreeg het debat een opleving met de nota 'Vraag aan bod', de politieke erfenis van het kabinet-Kok II, waarin een voorstel voor een nieuw stelsel lag verwoord. Dit behelsde onder meer de introductie van een algemene verzekering curatieve zorg op publiekrechtelijke grondslag, die door privaatrechtelijke zorgverzekeraars zou worden uitgevoerd.⁸

Behalve het aan het kabinet ten grondslag liggende regeerakkoord, vormde een advies van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) van 11 januari 2000 mede aanleiding om de nota uit te brengen. Volgens dit advies verdiende het aanbeveling de invloedssferen van de nationale lidstaten en die van de Europese Gemeenschap terzake van de gezondheidszorg duidelijker af te bakenen. Hiertoe moesten enerzijds in eigen land keuzen worden gemaakt met betrekking tot de toekomst van het verzekeringsstelsel. Anderzijds diende in Europees verband te worden gestreefd naar 'een positieve invulling van het subsidiariteitsbeginsel'.⁹ Immers:

'Bij gebreke van een duidelijke plaatsbepaling van de gezondheidszorg in de Europese Gemeenschap bepaalt de rechtspraak van het Hof hoe en in hoeverre het gemeenschapsrecht doorwerkt op de nationale stelsels van gezondheidszorg.'¹⁰

Bij de totstandkoming van de Nota 'Vraag aan bod' speelde voorts een rol het advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) van 3 april 2001 over Europeesrechtelijke aspecten van een toekomstig stelsel van

6 Zie de bijdrage van Hamilton aan deze bundel.

7 *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Advies 00/12, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2000, p. 78.

8 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 855, nr. 1, p. 4. Zie ook de nadere uitwerking in: *ibidem*, nr. 17.

9 *Europa en de gezondheidszorg*, Advies 99/10, Zoetermeer: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2000, p. 8.

10 *Ibidem*, p. 26-27.

ziektekostenverzekeringen. De ICER constateerde daarin, dat mede als gevolg van het ontbreken van specifieke Hofrechtspraak over artikel 54, eerste lid, van de derde schaderichtlijn 'een evident en helder Europeesrechtelijk toetsingskader voor de voorgenomen stelselherziening momenteel ontbreekt'.¹¹ Derhalve achtte de commissie het *juridisch risicovol* om de voorgenomen stelselherziening te baseren op deze bepaling, die bij wijze van uitzondering voorziet in de mogelijkheid voor een lidstaat om – in het geval overeenkomsten voor ziektekostenverzekeringen de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk vervangen – nadere regels te stellen uit hoofde van het algemeen belang.¹² De ICER suggereerde al met al

'om de Commissie op een geschikt moment te betrekken bij de verdere invulling en vormgeving van de stelselherziening. (...) De door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg gedane suggestie inzake een positieve invulling van de subsidiariteitsgedachte op het terrein van de gezondheidszorg kan daarbij een nuttig uitgangspunt zijn.'¹³

Op 13 maart 2002 stelde minister Borst-Eilers (D66) van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in de Tweede Kamer dat in een privaatrechtelijk systeem, zoals de SER dat in zijn eerdergenoemde advies had voorgesteld en waarvoor CDA en VVD zich in hun verkiezingsprogramma's hadden uitgesproken, 'in ieder geval geen nadere voorwaarden [kunnen] worden gesteld op terreinen die iedereen in de Kamer geregeld wil hebben. Ik denk aan de acceptatieplicht en risicosolidariteit. Zelfs de zorgplicht kan op die manier niet goed worden geregeld. Dat kan alleen maar in een publiekrechtelijk systeem. De heer Buijs heeft gezegd dat de economen daar anders over denken en menen dat een privaatrechtelijk systeem Europees-rechtelijk houdbaar is. In eerste termijn heb ik al gewezen op het advies van de ICER, waarin ook nogal wat ambtenaren van Economische Zaken zitten. Die commissie heeft unaniem verklaard dat het heel risicovol is om te denken dat in een privaatrechtelijk systeem al die zaken geregeld kunnen worden. Zij adviseerde ons daarom het systeem een publiekrechtelijk karakter te geven. Misschien komen er uit het ministerie van Economische Zaken verschillende stemmen, maar wij hebben in ieder geval veel waarde gehecht aan het ICER-advies.'¹⁴

11 *Europeesrechtelijke aspecten van het stelsel van ziektekostenverzekeringen*. Advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), Den Haag: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2001, p. 11.

12 *Ibidem*, p. 7.

13 *Ibidem*, p. 11.

14 *Handelingen II 2001/02*, debat van 13 maart 2002, nr. 55, p. 7780. S. Buijs was woordvoerder volksgezondheid van de CDA-Tweede-Kamerfractie.

Op 26 juni 2002 maakte dezelfde minister Borst-Eilers nog juist mee, dat de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg uitsprak te

‘erkennen dat de gezondheidszorgstelsels in de Europese Unie, ondanks hun diversiteit, geworteld zijn in gemeenschappelijke beginselen van solidariteit, rechtvaardigheid en universaliteit. (...) De Raad memoreert dat krachtens artikel 152 EG bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geëerbiedigd moeten worden. Hij erkent evenwel dat andere ontwikkelingen, zoals de ontwikkelingen op het gebied van de interne markt, gevolgen hebben voor de gezondheidszorgstelsels. De Raad is de mening toegedaan dat deze ontwikkelingen moeten stroken met de doelstellingen van het gezondheidsbeleid van de lidstaten en met bovengenoemde gemeenschappelijke beginselen. Hij is dan ook van mening dat de bespreking van een aantal gezondheidsproblemen vanuit een perspectief dat de nationale grenzen overschrijdt een meerwaarde biedt.’¹⁵

De Raad verzocht hiertoe de Commissie een reflectieproces op hoog niveau in gang te zetten, gericht op de vraag welke maatregelen eventueel opportuun waren om bedoelde ontwikkelingen het hoofd te bieden.

3 HET KABINET-BALKENENDE I

Het strategisch akkoord van het kabinet-Balkenende I van CDA, VVD en LPF borduurde voort op het SER-advies uit 2000, met dien verstande dat de mix van nominale en inkomensafhankelijke premies was vervangen door volledige nominale premies:

Er komt in 2005 naast de AWBZ één verplichte (privaatrechtelijke) verzekering voor iedereen, verzorgd door private uitvoerders die een standaardpakket van noodzakelijke zorg aanbieden dat qua dekking vrijwel vergelijkbaar is met het huidige ziekenfondspakket.’¹⁶

Achter het woordje privaatrechtelijk stond daarbij de navolgende, in het kader van deze bijdrage interessante noot: ‘Uitgaande van de veronderstelling dat het gemeenschapsrecht daartoe voldoende ruimte laat.’¹⁷ De keuze voor een

¹⁵ 2440^e zitting van de Raad (Volksgezondheid), Luxemburg, 26 juni 2002.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 375, nr. 5, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*.

privaatrechtelijk stelsel vloeide, zoals gezien, min of meer logisch voort uit positiebepalingen van CDA en VVD in de jaren ervoor.¹⁸

Reeds op 29 juli 2002 (precies een week na zijn aantreden), verzocht minister Bomhoff (LPF) van VWS de landsadvocaat om advies over het rechtskarakter van de in het strategisch akkoord gekozen zorgverzekering. Naar aanleiding van het ontvangen advies volgde precies drie maanden later een nieuwe adviesaanvraag, te weten over een publiekrechtelijke variant. In zijn integrale eindadvies van 4 december 2002 concludeerde de landsadvocaat,

‘dat het in het Strategisch Akkoord beoogde (privaatrechtelijke) stelsel waarschijnlijk niet verenigbaar zal blijken met de Derde richtlijn. Minstgenomen kleven aan het beoogde stelsel risico’s die meebrengen dat gedurende lange tijd onzekerheid over de juridische toelaatbaarheid van dat stelsel zal blijven bestaan; een onzekerheid die op zichzelf al afbreuk doet aan de – uit het Strategisch Akkoord sprekende – doelstelling een goede ziektekostenverzekering voor iedereen te *waarborgen*. Het onverkort vasthouden aan de geschetste uitgangspunten voor een privaatrechtelijk stelsel bergt daarmee het risico in zich dat een ingewikkeld wetgevend traject wordt doorlopen voor een stelsel dat achteraf de kans loopt de toets van de rechterlijke kritiek niet te doorstaan.’¹⁹

De RVZ publiceerde op 10 december 2002 eveneens een rapport over het rechtskarakter van de voorgestelde zorgverzekering in relatie tot Europese regelgeving. Ook volgens dit rapport zou het stelsel onder de werkingssfeer van de derde schaderichtlijn vallen: ‘Daarmee is het stelsel niet haalbaar.’²⁰

4 HET KABINET-BALKENENDE II

Het kabinet-Balkenende II van CDA, VVD en D66 zette niettemin opnieuw in op een nieuwe standaardverzekering voor curatieve zorg uitgevoerd door particuliere zorgverzekeraars. Dit verbaasde in zoverre niet, omdat behalve CDA en VVD ook de nieuwe coalitiepartner D66 zich reeds enige jaren eerder

18 Zie, behalve de verkiezingsprogramma’s 2002-2006 *Betrokken samenleving, betrouwbare overheid en Ruimte, respect en vooruitgang* van beide partijen: *Naar meer menselijke maat in de gezondheidszorg. Discussievoorstel om tot een betere verantwoordelijkheidsverdeling in de gezondheidszorg te komen*, Den Haag: CDA-Tweede-Kamerfractie 1999; *Nieuwe regie in de zorg. Een christen-democratische visie op de structuur en financiering van de gezondheidszorg*, Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA 2000, respectievelijk *Kiezen voor keuze. Discussienota over het stelsel van ziektekostenverzekeringen en de sturing in de gezondheidszorg*, Den Haag: VVD 2000.

19 B.J. Drijber & G.R.J. de Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationaal recht* (2002), p. 22.

20 *Gezondheidszorg en Europa: een kwestie van kiezen*, Advies 02/16, Rapport uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg in opdracht van de Pharmaceutical Committee van de Amerikaanse Kamer van Koophandel in Nederland, Zoetermeer: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2002, p. 5.

voor vraagsturing had uitgesproken, zij het dat de democraten daarbij oorspronkelijk – in lijn met de stellingname van minister Borst-Eilers – een publiekrechtelijke ziektekostenverzekering voor ogen stond uit te voeren door concurrerende private verzekeraars.²¹ Volgens het regeerakkoord diende de budgetbeheersing van bovenaf ‘zo snel als verantwoord’ te worden vervangen door gereguleerde marktwerking:

‘In dit kader wordt de stelselherziening van de zorg, binnen de contouren die door de vorige twee kabinetten zijn aangegeven, doorgezet. Per 1 januari 2006 wordt een verplichte standaardverzekering voor curatieve zorg ingevoerd. Deze wordt uitgevoerd door private uitvoerders, die winst mogen beogen, binnen publieke randvoorwaarden (zoals acceptatieplicht, risicoverevening en een verbod op premie-differentiatie op grond van persoonlijke kenmerken).’²²

De noot met betrekking tot het Europese recht was verdwenen.

Een van de eerste zaken die de nieuwe Minister van VWS, Hoogervorst (VVD), deed, was het consulteren van de Europese Commissie in de persoon van Bolkestein over de voornemens van het kabinet met het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekeringen. In een brief van 25 november 2003 bevestigde Bolkestein vervolgens van oordeel te zijn dat de aan de voornemens ten grondslag liggende uitgangspunten, zoals het opleggen van een acceptatieplicht, pakketomschrijving en een verbod op premiedifferentiatie (met bijbehorend risicovereveningsysteem),

‘could be justified under Article 54 of the Third Non-Life Insurance Directive, as they appear necessary to ensure the legitimate objectives pursued by the Dutch Government. However, I would underline that these principles must be applied in a manner which safeguards the proper functioning of the Internal Market. Therefore such measures should be confined to what is objectively necessary. In the absence of a detailed and definitive legal text, it is not possible to say whether the Dutch system would meet these principles.’²³

Aan het eind van zijn brief maakte Bolkestein nog een tweede voorbehoud, te weten

‘that the Commission does not usually gives [sic] its formal opinion on the drafts of future legislation that a Member State is considering. The European Court of Justice is the only body which is competent to decide whether a national law complies with EU law. Therefore the Commission’s opinion on a draft or an outline

21 Zie het door H.J.J. Leenen opgestelde rapport *Volksgezondheid in het perspectief van de burger*, Den Haag: D66 2000; alsmede *Kiezen met zorg*, Den Haag: D66-Tweede-Kamerfractie 2000 en het verkiezingsprogramma 2002-2006, getiteld *Toekomst in eigen hand*.

22 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 637, nr. 19, p. 11.

23 Brief van de Europese Commissie, 25 november 2003, kenmerk CAB/PvB/D(03)0848.

of national legislation cannot prejudice the interpretation that the Court of Justice may give.²⁴

Een kleine maand later, op 19 december 2003, schreef minister Hoogervorst vervolgens een cruciale brief aan de Tweede Kamer, waarin hij aangaf dat de brief van de Commissie het kabinet tot het oordeel had gebracht 'dat de publieke belangen van toegankelijkheid en solidariteit zowel in een publiek-rechtelijke als in een privaatrechtelijke verzekering duurzaam geborgd kunnen worden, mits de respectievelijke wettelijke randvoorwaarden in beide varianten zorgvuldig in acht worden genomen. Ook qua dienstbaarheid aan de doelstellingen van doelmatigheid en kwaliteit behoeven beide varianten elkaar weinig te ontlopen. (...) Alles overwegende gaat de voorkeur van het kabinet thans uit naar een privaatrechtelijke vormgeving van de wettelijke zorgverzekering met sterke publieke waarborgen. Het kabinet is van oordeel dat de gewenste helderheid van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid, burgers en zorgverzekeraars langs die weg het beste tot zijn recht komt.'²⁵

Tijdens een hoofdlijnen debat over de herziening van het zorgstelsel van 15 april 2004 merkte het Tweede-Kamerlid Heemskerk (PvdA) op niet overtuigd te zijn door de brief van de Commissie:

'Dat geldt ook voor het advies dat het zorgstelsel prima via private verzekeringscontracten gaat. De heer Bolkestein gaat daar ook niet over; dat is het Europese Hof. Hij gaat wel over het maken van nieuwe richtlijnen. Waarom past de Europese Commissie en daarmee dit kabinet de richtlijnen niet aan? Dan wordt het tenminste duidelijk. Tot die tijd moet het gewoon publiekrechtelijk gebeuren, want er komt een keer een buitenlandse verzekeraar die minder beperkingen wil en meer winst. Die verzekeraar stapt wel naar het Hof. Wat is de terugvaloptie van het kabinet als het Hof in ons nadeel beslist? Dat moet reeds nu duidelijk zijn.'²⁶

Minister Hoogervorst gaf daarop aan wat hij als terugvaloptie zag, maar tevens dat hij het een tamelijk academische vraag achtte:

'Ik denk niet dat wij in deze situatie terecht zullen komen, maar stel dat de extreme situatie ontstaat dat het Hof oordeelt dat Nederland bepaalde onmisbare plichten niet kan opleggen aan private verzekeringsmaatschappijen. Dan is de ultieme terugvaloptie dat Nederland de uitvoering van de zorgverzekering in handen legt van private entiteiten, niet zijnde schadeverzekeraars, waaraan dergelijke plichten wel opgelegd kunnen worden. De ziektekostenverzekeraars zouden zich dan moeten transformeren tot dergelijke entiteiten. Wat ik nu vertel, is allemaal een beetje theoretisch. Ik denk niet dat het ervan komt. Als het Hof in een uitspraak zegt "ho,

24 Ibidem, p. 4.

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 23 619, nr. 20, p. 4.

26 *Handelingen II* 2003/04, debat van 15 april 2004, nr. 67, p. 4365.

Nederland, dit kan zo niet", zal dus niet iedereen in Nederland onverzekerd zijn. Dan kan het stelsel zich wel weer aanpassen.'²⁷

De bewindsman voegde hier nog aan toe:

'In Luxemburg hebben wij gesproken met de heer Geelhoed, die tot onze verrassing op hoofdlijnen precies hetzelfde oordeel gaf. Dat is niet op schrift gesteld, maar in gesprekken gaf hij de indruk dat dit mogelijk is. (...) Gelet op de informatie waarover ik beschik, vind ik dit een zeer verantwoorde beslissing. Een 100% zekerheid heb je nooit in dit leven, maar ik had het in ieder geval niet gedaan als ik ernstige twijfels had gehad. Publiekrechtelijk of privaatrechtelijk was mij redelijk om het even en als ik het gevoel had dat het een onverantwoord risico was, had ik het niet gedaan.'²⁸

Op 16 juni 2004 voerden de vaste commissies voor VWS en voor Europese Zaken in het gebouw van de Tweede Kamer een rondetafelgesprek over de Europeesrechtelijke aspecten van het nieuwe zorgstelsel. Bij deze gelegenheid memoreerde het Tweede-Kamerlid Rouvoet (ChristenUnie), dat de discussie over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de voorgenomen stelselherziening met de derde schaderichtlijn reeds jaren liep:

'Ik herinner mij nog dat ik dit punt voor het eerst aan de orde stelde in een debat met voormalig minister Borst. Toen viel mij op dat de reacties in vak K verschilden op mijn vraag of deze blauwdruk mogelijk was in het kader van de derde schaderichtlijn. De een zat te knikken, de ander zat nee te schudden. Dus toen was er al verschil van mening over de vraag of het uiteindelijk houdbaar zou blijken te zijn. Er ligt nu een enigszins aangepast voorstel, maar ook nu hoor ik verschillende geluiden.'²⁹

Ook verwoordde Rouvoet de frustratie van veel collegae:

'Uiteindelijk zal het er toch op aankomen of het houdbaar is voor het Europese Hof. Dat is precies het probleem waarmee wij als politici te maken hebben bij het vorm geven aan een nieuw stelsel. (...) Door verschillende sprekers is gezegd dat bepaalde onderdelen nader zouden moeten worden getoetst. Ook is gezegd dat nader overleg met de Commissie nodig is. Het probleem is dat dit nooit een ultiem en finaal oordeel zal zijn, omdat het bij het Europese Hof vandaan komt. Nu stelt de heer Van de Gronden voor, zoals ik heb begrepen uit het eerdere rapport dat verschenen is, om over te gaan tot een aanpassing van de schaderichtlijn en eventueel zelfs aparte Europese regelgeving voor zorgverzekeringen te maken. Ik vraag mij af of het nodig, zinvol en afdoende zal zijn om tot een echte aanpassing dan

27 Ibidem, p. 4394.

28 Ibidem, p. 4395.

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 689, nr. 3, p. 8. In Vak K, oftewel vak kabinet, zitten de ministers en staatssecretarissen.

wel een specifieke regelgeving over te gaan. Of blijft het uiteindelijk toch “op hoop van zegen”? Nu is dat op zichzelf taal naar mijn hart, maar niet als die zegen van het Europese Hof vandaan moet komen.³⁰

Zoals van dit college mocht worden verwacht, vroeg de Raad van State in zijn advies over de Zorgverzekeringswet van 16 september 2004 nadrukkelijk aandacht voor de Europeesrechtelijke aspecten. Wat betreft de derde schaderichtlijnen constateerde de Raad daarbij dat er sprake was van ‘een onzekere situatie’.³¹ Nadat hierover ook vanuit de Tweede Kamer vragen waren gesteld, kwam minister Hoogervorst in de Nota naar aanleiding van het verslag, uitgebracht op 16 november 2004, nog eens terug op de materie:

‘Waarom hecht de regering, ondanks het besef dat slechts het Hof uiteindelijk tot oordelen bevoegd is, zoveel waarde aan de opinie die de Commissie op basis van een vrij precieze, zij het niet in gedetailleerde wettelijke termen geëtaleerde, aanduiding van het beoogde stelsel heeft gegeven? Dat is zo, omdat de Europese Commissie, die als hoeder van het Europees Verdrag toeziet of lidstaten de dwingende regels van het Europese recht naar behoren in acht nemen, zich juist wat betreft de naleving van de schaderichtlijnen in de afgelopen jaren zeer actief heeft betoond. Nagenoeg alle uitspraken van het Europese Hof van Justitie inzake de interpretatie van de schaderichtlijnen betreffen zaken die geëntameerd zijn door de Europese Commissie, zaken dus waarin de Commissie een lidstaat voor de Europese rechter heeft gebracht, omdat de lidstaat naar haar oordeel uit de schaderichtlijnen voortvloeiende verplichtingen niet naar behoren had nageleefd. (...) Ik acht het uitgesloten dat de Commissie een procedure tot rechtshandhaving voor het Hof zal aanspannen waarin zij een ander standpunt inneemt dan zij in de brief aan de Nederlandse regering heeft gedaan. Ook wanneer een belanghebbende een procedure zou aanspannen waarin aan het Hof mogelijk rechtsvragen worden gesteld, is de opinie van de Commissie van betekenis. (...) Op een eindoordeel van het Hof van Justitie in een mogelijk door enige belanghebbende aan te spannen procedure die tot vragen bij het Hof zou kunnen leiden, prejudicieert de brief van de Commissie niet, maar zij geeft wel de grootst mogelijk rechtszekerheid die in het kader van consultaties verkrijgbaar was, gegeven de rol die – als boven vermeld – aan de Commissie toekomt als hoeder van het EG-Verdrag.’³²

Tijdens een wetgevingsoverleg op 29 november 2004 herhaalde het Tweede-Kamerlid Heemskerk (PvdA) evenwel, dat een publiekrechtelijk stelsel volgens zijn fractie Europeesrechtelijk beter houdbaar zou zijn:

30 Ibidem. Het rapport van Van de Gronden, waarnaar Rouvoet verwijst, betreft een eerdere versie van de publicatie van Van de Gronden die in de inleiding van deze bijdrage is gebruikt (noot 4).

31 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 4, p. 22.

32 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 763, nr. 7, p. 20-21.

‘Er komt een dag dat er een ambitieuze bedrijfsjurist met zijn commerciële zorgverzekeraar naar het Hof in Luxemburg gaat en de zaak opblaast, zoals het transfersysteem in het voetbal is opgeblazen door het Bosman-arrest. Dan staan wij met lege handen.’³³

In het voorjaar van 2006 werd bekend, dat zorgverzekeraar Azivo bij het Hof van Justitie een rechtszaak is begonnen tegen het per 1 januari van dat jaar ingevoerde nieuwe zorgstelsel. De klacht, die ontvankelijk is verklaard, richt zich op een van de meest cruciale publieke voorwaarden van het stelsel, te weten de risicoverevening.³⁴

5 CONCLUSIE

Op basis van bovenstaande reconstructie van het besluitvormingsproces binnen de Nederlandse wetgever inzake de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het nieuwe zorgstelsel, toegespitst op de derde schaderichtlijn, kan het volgende beeld worden geschetst. Aan de Europese Conventie (2002-2003) is niet gerefereerd, aangezien er in het kader daarvan door Nederland niet is aangedrongen op een herziening van de bevoegdheidsverdeling tussen Europa en de lidstaten op het terrein van de volksgezondheid. Mede als gevolg hiervan is de bepaling over volksgezondheid in de ontwerp-Grondwet (III-278) nagenoeg identiek aan artikel 152 EG.³⁵ Dat de Nederlandse regering zich niet heeft ingespannen voor een ander resultaat is tot op zekere hoogte begrijpelijk, gelet op hetgeen hiervoor werd opgemerkt over het bewerkelijke karakter van deze oplossingsrichting. Wel druist het in tegen de wens van diverse adviesorganen, die reeds in een vroeg stadium hebben aangedrongen op een positieve invulling van het subsidiariteitsbeginsel op het terrein van de volksgezondheid. Te denken valt hierbij onder meer aan het rapport van de RVZ van 11 januari 2000.

Wat betreft de derde in de inleiding genoemde optie – het totstandbrengen van een specifieke richtlijn voor zorgverzekeringen –, vallen er zeker sinds de in paragraaf 2 gememoreerde vergadering van de Raad Volksgezondheid van 26 juni 2002 de nodige ontwikkelingen op Europees niveau te signaleren, welke recentelijk bovendien in een stroomversnelling lijken te zijn gekomen. Zo heeft de Raad (inmiddels opgegaan in de Raad Werkgelegenheid, Sociaal beleid, Volksgezondheid en Consumentenzaken) op 22 juni 2006 een verklaring betreffende de gemeenschappelijke waarden en beginselen van de gezondheids-

33 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 762 en 29 763, nr. 25, p. 5. De zaak *Bosman* dateert uit 1995 (HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*), *Jur.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996, 637).

34 Beroep ingesteld op 13 maart 2006, zaak T-84/06, *PbEG* 2006, C 108/27.

35 R. Barents, *Een grondwet voor Europa. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 700. Zie voorts <http://european-convention.eu.int/>.

stelsels van de Europese Unie aanvaard.³⁶ Verder maakte de Commissie op 26 september 2006 bekend een raadpleging te starten over communautaire maatregelen op het gebied van gezondheidsdiensten.³⁷ Dit nadat Raad en Parlement eerder bezwaar hadden aangetekend tegen het voornemen van de Commissie om de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het punt van EG-recht en gezondheidszorg te codificeren in de Dienstenrichtlijn. De vraag is echter of, en zo ja in hoeverre, deze Europese ontwikkelingen mede aan Nederland te danken zijn. Daarvoor zijn in mijn onderzoek ten behoeve van deze bijdrage in elk geval weinig tot geen aanwijzingen gevonden. Zo ontbreekt tijdens de parlementaire behandeling van de nieuwe wetgeving gezondheidszorg iedere referentie aan bijvoorbeeld het reflectieproces op hoog niveau, zoals zich dat min of meer parallel voltrok op Europees niveau.

Wel werd vanuit de Kamer een enkele keer gerefereerd aan de mogelijkheid om de derde schaderichtlijn te herzien, maar dan kennelijk alleen bij uiterste noodzaak. Kenmerkend is de interventie van het Tweede-Kamerlid Smilde (CDA) tijdens een wetgevingsoverleg op 23 december 2004:

'In het uiterste geval moet je de derde schaderichtlijn aanpassen en meer in overeenstemming brengen met de situatie in meerdere Europese landen, die graag ook op die manier een zorgstelsel willen regelen. Immers, Nederland is wat dat betreft niet de enige.'³⁸

Wat resteert, is dat de Nederlandse regering vanaf de zomer van 2002 ernaar heeft gestreefd het oordeel van de Commissie over de voornemens met betrekking tot de stelselherziening gezondheidszorg in te winnen (optie 1). Dit leidde onder meer op 25 november 2003 tot de brief van Eurocommissaris Bolkestein, waarin hij een privaatrechtelijk stelsel met publieke waarborgen niet op voorhand in strijd achtte met het Europese recht. Zoals gesteld, komt deze optie er echter *de facto* op neer dat het aan de rechter wordt overgelaten om de kwestie te beslissen.

Al met al lijkt de omgang van de Nederlandse wetgever met het onderzochte vraagstuk van veellagigheid bij de stelselherziening gezondheidszorg vanuit staats- en bestuursrechtelijk oogpunt geen schoonheidsprijs te verdienen. Positief te waarderen valt dat deze kant van de zaak, mede dank zij adviezen van bijvoorbeeld de ICER (2001) en de landsadvocaat (2002), ruimschoots aandacht heeft gekregen. Ook hebben de vaste commissies voor VWS en voor Europese Zaken enkele rondetafelgesprekken georganiseerd over de Europees-rechtelijke aspecten van het nieuwe zorgstelsel. Hier staat echter tegenover dat de regering adviezen om te streven naar een positieve invulling van het subsidiariteitsbeginsel op het gebied van de volksgezondheid niet aantoonbaar

36 PbEG 2006, C 146/1.

37 SEC(2006)1195/4.

38 Kamerstukken II 2004/05, 29 762 en 29 763, nr. 25, p. 6-7.

heeft opgevolgd en zich heeft beperkt tot het consulteren van de Europese Commissie. Dit ondanks het feit dat in de onderzochte periode op het gebied van de volksgezondheid interessante ontwikkelingen hebben plaatsgevonden op Europees niveau, die sinds de gang van zaken rond de Dienstenrichtlijn bovendien in een stroomversnelling zijn gekomen. Van de zijde van de Staten-Generaal zijn evenmin impulsen uitgegaan in deze richting.

Ter vergoelijking kan er uiteraard – met de landsadvocaat – op worden gewezen, dat de kansen voor Nederland om bijvoorbeeld de noodzakelijke aanpassingen in de derde schaderichtlijn met succes doorgevoerd te krijgen ‘laag’ moesten en moeten worden ingeschat.³⁹ Door zich hierbij op voorhand neer te leggen, draagt de Nederlandse wetgever evenwel bij aan het voortbestaan van de vanuit het oogpunt van de constitutionele verdeling van machten weinig bevredigende situatie waarin, zoals de RVZ reeds in 2000 constateerde, het Hof in laatste instantie bepaalt of het nieuwe stelsel van gezondheidszorg al dan niet houdbaar is. ‘Op hoop van zegen’ was, zoals Rouvoet het treffend uitdrukte, sinds 25 november 2003 het adagium in dezen. In de terminologie van de Raad van State zijn bovendien zowel de regering tekortgeschoten als Europees onderhandelaar als de Staten-Generaal in hun hoedanigheid van mandaatgever en controleur.⁴⁰ Daarmee levert de casus van de stelselherziening gezondheidszorg een treffende illustratie van het nog onvoldoende uit de verf komende co-actorschap van de nationale wetgever in het Europese wetgevingsproces. Dit is, tenslotte, des te opvallender nu, zoals (de VU-hoogleraar Europees bestuursrecht) Steyger heeft betoogd, als gevolg van de ‘rigide scheiding tussen overheid en markt in het gemeenschapsrecht’, in Nederland mogelijk ‘afscheid genomen moet worden van een traditie waarin publieke taken ter hand werden genomen door privaat initiatief in een tegen de wetten van de markt beschermde omgeving’.⁴¹ Niet geheel ten onrechte merkte senator Van Middelkoop (ChristenUnie) tijdens een Europadebat in de Eerste Kamer op, dat het hier gaat

‘om een principiële aanpassing van ons overheidsbegrip en dat is toch echt een zaak van constitutionele betekenis, zonder dat politiek en wetgever daaraan tot op heden veel aandacht hebben gegeven’.⁴²

39 Drijber & De Groot, *Een nieuw stelsel van zorgverzekering*, p. 22. Vgl. ook Dorte Sindbjerg Martinsen, ‘Towards an Internal Health Market with the European Court’, *West European Politics*, 28, 2005, p. 1035-1056.

40 *Kamerstukken II 2004/05, 30 025 (R 1783)*, nr. 4, p. 2. Vgl. ook Hart voor de publieke zaak. *Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21^e eeuw*, z.pl.: Nationale Conventie 2006, p. 52-56.

41 Elies Steyger, ‘Een overheidsbegrip in het Europese recht?’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2005, nr. 7, p. 221-228 (228).

42 *Handelingen I 2005/06*, debat van 6 december 2005, nr. 9, p. 398.

Naar aanleiding van deze kwestie zegde minister Bot (CDA) van Buitenlandse Zaken op 5 december 2005 een regeringsstandpunt toe, na advies van bijvoorbeeld de Raad van State,⁴³ waarvan het tot dusverre niet is gekomen. Wellicht dat van het kabinet-Balkenende IV, dat onder meer de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming wil invoeren,⁴⁴ een proactievere (Europese) opstelling in dezen kan worden verwacht.

⁴³ Ibidem, p. 404, 431.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 29.