



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Zorginkoopovereenkomst: De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief

Oever, H.A. ten

Citation

Oever, H. A. ten. (2023, October 26). *Zorginkoopovereenkomst: De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3655405>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3655405>

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

3.1 INLEIDING

3.1.1 Introductie en aanpak

In dit hoofdstuk onderzoek ik of zorgverzekeraars aanbestedende diensten zijn, omdat zij publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012)¹ en de Aanbestedingsrichtlijn² zijn. Als zorgverzekeraars aanbestedingsplichtig zijn, dan zijn zij minder vrij dan men thans veronderstelt om zelf hun contractspartij te kiezen en de ten behoeve van die keuze te organiseren procedure vorm te geven. Indien een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is, dan dient hij zich bij de zorginkoop, maar ook bij de inkoop van eigen facilitaire diensten, te houden aan de bij en krachtens de Aw 2012 gestelde regels.

De Aw 2012 kent verschillende regimes en procedures. Welke regels van toepassing zijn als de zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is, is afhankelijk van de leveringen of diensten die de zorgverzekeraar inkoopt en de waarde van de opdracht. Ik noem hier enkele belangrijke regelingen.³ Voor alle aanbestedende diensten geldt ongeacht het type opdracht dat zij zich bij hun inkoop moeten houden aan art. 1.4 – 1.6 Aw 2012. In die artikelen is bepaald dat de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria de keuze moet verantwoorden voor de procedure die tot de totstandkoming van de overeenkomst leidt en voor de ondernemer(s) die worden toegelaten tot die procedure (art. 1.4 lid 1 en 3), dat de aanbestedende dienst moet zorgdragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van de overeenkomst (art. 1.4

1 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb.* 2011/542. Nadien gewijzigd, onder meer met ingang van 1 juli 2016 door de Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016/241.

2 Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG. De omschrijving van het hierna te bespreken begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ is in de richtlijn van 2014 alleen redactioneel gewijzigd, zodat jurisprudentie gewezen ten tijde van de ingetrokken richtlijn relevant blijft (richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten).

3 Zie nader over het aanbestedingsrecht o.a. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009; Essers & Lombert 2017; Van Romburg 2020.

lid 2 Aw 2012) en dat de aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig mag samenvoegen (art. 1.5 Aw 2012). Ook moet de aanbestedende dienst de administratieve lasten samenhangend met de totstandkoming van de overeenkomst zo veel mogelijk beperken (art. 1.6 Aw 2012).

Zo eiste Hollister van CZ c.s. voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant onder andere dat CZ de opdracht tot de levering van stomamateriaal zou opsplitsen in meerdere percelen met een beroep op artikel 1.5 Aw 2012. CZ was voornemens voor 2015 en 2016 één leverancier van stomamateriaal te selecteren, terwijl CZ in 2014 nog 17 leveranciers gecontracteerd had. De rechtbank wees de vordering toe omdat CZ niet voldoende had gemotiveerd waarom de opdracht aan slechts één leverancier moest worden gegund en zo meerdere leveranciers van de markt dreigden te worden uitgesloten.⁴ Het hof liet dat oordeel niet in stand, nu het CZ, anders dan de rechtbank, niet aanmerkte als aanbestedende dienst.⁵

Hiernaast zijn op verplichte en onverplichte aanbestedingen de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing,⁶ te weten de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.⁷ Op de opdrachten die het drempelbedrag overstijgen, is bovendien Deel 2 van de Aw 2012 van toepassing, waar procedurevoorschriften voor overheidsopdrachten worden gegeven.⁸

Uit onder meer de arresten *Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij en BFI/Arnhem* van het Europese Hof van Justitie volgt dat per rechtspersoon moet worden bepaald of sprake is van een publiekrechtelijke instelling, ook wanneer die rechtspersoon tot een concern behoort. Onderzocht moet worden wat de activiteiten van die ene rechtspersoon zijn en – bij toepas-

4 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/ CZ c.s.*).

5 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers, *GJ* 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister c.s.*).

6 Zie respectievelijk par. 1.2.3 en par. 1.2.2 Aw 2012.

7 Zie nader over deze beginselen de in de vorige noot genoemde wetsbepalingen en 4.3.4 van dit boek. In de subkoppen van de Aw 2012 wordt ook de term 'uitgangspunten' gebruikt. Zie over de betekenis hiervan Van Heeswijck 2013, p. 96; *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-IV 2022/66*.

8 Art. 2.3 en 2.6a Aw 2012. De drempelwaarde voor gewone leveringen of diensten is per 1 januari 2022 € 215.000,- en die voor gezondheidszorg en aanverwante dienstverlening € 750.000,-. Zie Verordening 2021/1952 (EU) van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen. Zie voor de procedure voor overheidsopdrachten betreffende diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening, zoals opgenomen in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU, art. 2.38 lid 2 en 2.39 Aw 2012. Onder genoemde diensten wordt, ingevolge bijlage XIV bij richtlijn 2014/24/EU, voor zover van belang, verstaan: 'diensten voor de terbeschikkingstelling van huishoudelijke hulp', 'diensten voor de terbeschikkingstelling van verpleegkundig personeel' en 'diensten voor de terbeschikkingstelling van medisch personeel.'

sing van de in 3.1.2 en 3.2 te bespreken financieringsvoorwaarde – hoe die ene rechtspersoon gefinancierd wordt.⁹ Desondanks onderzoek ik in dit hoofdstuk niet de kwalificatie van afzonderlijke zorgverzekeraars als aanbestedende dienst, maar die van zorgverzekeraars in het algemeen. Zorgverzekeraars hebben veel gemeenschappelijke kenmerken, omdat hun activiteiten genormeerd worden door hetzelfde regelgevende kader en zij een gemeenschappelijk systeem van financiering kennen. Het is daarom ook mogelijk uitspraken te doen over de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht op zorgverzekeraars in het algemeen.¹⁰

In de volgende paragraaf schets ik op hoofdlijnen de vereisten voor kwalificatie als ‘publiekrechtelijke instelling’, mede in het licht van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht. De toepassing van deze vereisten op zorgverzekeraars verken ik in 3.1.3. Ik stel vast aan welke vereisten zeker voldaan is en op welke punten discussie bestaat in de literatuur en de rechtspraak. In 3.2 en 3.3 onderzoek ik de belangrijkste discussiepunten verder, namelijk of de activiteiten van zorgverzekeraars in hoofdzaak door de staat gefinancierd worden (3.2) en of zorgverzekeraars specifiek ten doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang die van andere dan commerciële of industriële aard zijn (3.3). Het hoofdstuk wordt in 3.4 afgesloten met een conclusie.

3.1.2 Hoofdlijnen van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’

Ingevolge art. 1.1 Aw 2012 zijn niet alleen de staat, provincies, gemeenten, en waterschappen aanbestedende diensten waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is, maar ook ‘publiekrechtelijke instellingen’, alsmede samenwerkingsverbanden van de genoemde overheden en publiekrechtelijke instellingen. Een publiekrechtelijke instelling is ingevolge art. 1.1 Aanbestedingswet 2012:

9 HvJ EG 15 januari 1998 C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), r.o. 26-41; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Arnhem/BFI*), r.o. 56-57. Zie nadien bijv. HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 34; concl. A-G Drijber 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1200 (*Exterior Media/NS stations c.s.*), r.o. 4.10. Zie voorts in deze zin Arrowsmith 2014, p. 369-370, nr. 5-35 – 5-37; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 47-48. Essers & Lomberts 2017, p. 87-88 schrijven dat binnen een concern per groepsmaatschappij moet worden getoetst of sprake is van een publiekrechtelijke instelling. Deze interpretatie volgt mijns inziens niet uit het arrest *Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij* en past ook niet bij het tweede criterium, dat de aanbestedende dienst een rechtspersoon moet zijn. Van een groepsmaatschappij kunnen meerdere rechtspersonen onderdeel uitmaken, zie art. 2:24b BW.

10 Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder; *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*) (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.18.6.

‘een instelling die

- 1) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard,
- 2) die rechtspersoonlijkheid bezit *en*
- 3) waarvan:
 - a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
 - b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
 - c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen’
[*cursivering en toevoeging nummers 1 t/m 3 HtO*].

De omschrijving van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ in de Aanbestedingswet 2012 wijkt iets af van de begripsomschrijving in Richtlijn 2014/24/EG. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is desalniettemin leidend bij de uitleg van het begrip.¹¹

Volgens vaste rechtspraak dient aan het begrip publiekrechtelijke instelling een functionele en ruime uitleg te worden gegeven,¹² in het licht van het doel van de aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof van Justitie heeft in dit verband vastgesteld dat

‘de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden’.¹³

-
- 11 *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 42, 44-45; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (Truley), r.o. 35-36. In de Europese richtlijn staat ‘opgericht voor het specifieke doel...’ en niet ‘die specifiek ten doel heeft’, zoals in de Aw 2012 staat. De tekst van de Aw 2012 sluit op dit punt beter aan bij de uitleg die in de jurisprudentie van het HvJ EU aan deze frase is gegeven. Uit HvJ EG 12 december 2002, C-470-99, ECLI:EU:C:2002:746, NJ 2003/465 (Universale-Bau), r.o. 57 en punt 1 van het dictum blijkt dat ook volstaat dat de instelling op enig moment na de oprichting ten doel krijgt te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat het doel niet uit de oprichtingshandeling, een latere statutenwijziging of wettelijke regeling hoeft te blijken, mits het doel objectief kan worden vastgesteld. In casu volstond een overeenkomst tussen de instelling en de stad Wenen. Zie over deze jurisprudentie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 48-49; Arrowsmith 2014, p. 346-347.*
 - 12 O.a. HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276 (Commissie/Spanje); HvJ EG 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (Arzttekammer), r.o. 21; HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (LitSpecMet), r.o. 31; HvJ EU 3 februari 2021, C-155/19 em C-156/19, ECLI:EU:C:2021:88, (FIGC & Consorzio/De Vellis Servizi Globali), r.o. 41.
 - 13 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, NJ 2003/465 (Universale-Bau), r.o. 51; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (Cambridge University), r.o. 16; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (Commissie/Frankrijk), r.o. 41; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (Arnhem/BFI), r.o. 41.

Het Hof van Justitie heeft hieruit de tweeledige doelstelling van de richtlijn afgeleid, te weten dat zij er zowel toe strekt 'het risico uit te sluiten' dat 1) de staat, territoriale lichamen en publiekrechtelijke instellingen bij het plaatsen van opdrachten 'de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden' en als 2) 'de mogelijkheid' dat zij 'zich bij het plaatsen van opdrachten door andere dan economische motieven' laten leiden.¹⁴ Het gaat kortom om 'openstelling voor concurrentie en transparantie'.¹⁵ Beoogd is die instellingen onder de werking van het aanbestedingsrecht te brengen waarvoor het risico bestaat dat ze bij hun inkoopactiviteiten discrimineren tussen nationale gegadigden en gegadigden in een andere EU-lidstaat of zich door andere dan economische motieven laten leiden.¹⁶

De drie criteria van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in art. 1.1 Aw 2012 gelden cumulatief.¹⁷ De bij het derde criterium gegeven voorwaarden gelden alternatief. Het is voldoende als hetzij aan de financierings-, hetzij aan de toezichts-, hetzij aan de benoemingsvoorwaarde is voldaan. Deze voorwaarden weerspiegelen in de woorden van het Europese Hof van Justitie de 'sterke afhankelijkheid' van een aanbestedende dienst en worden daarom ook wel 'afhankelijkheidsvoorwaarden' genoemd.¹⁸ Dit criterium lijkt zodoende de kern te vormen van het begrip 'publiekrechtelijke instelling.' Is aan het derde criterium voldaan en is de instelling een rechtspersoon dan kan toepassing van het eerste criterium ertoe leiden dat de instelling toch niet als aanbestedende dienst moet worden aangemerkt omdat het commerciële karakter van de activiteiten van de instelling en met name de voorwaarden waaronder de instelling deze uitoefent voldoende waarborgen dat de instelling gegadigden van andere lidstaten niet zal discrimineren en dat zij zich door economische afwegingen zal laten leiden. De criteria hoeven evenwel niet in een bepaalde volgorde te worden nagelopen.¹⁹

-
- 14 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, NJ 2003/465 (*Universale-Bau*), r.o. 52; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 17; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 42; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Arnhem/BFI*), r.o. 42-43; HvJ EG 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztammer*), r.o. 20; HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 31.
- 15 O.a. HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276 (*Commissie/Spanje*), r.o. 53.
- 16 Zie nader o.a. Arrowsmith 2014, p. 150 e.v. Zie over de oorsprong van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' Jak 2014, p. 234-236.
- 17 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 32; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 36; HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 30.
- 18 Vgl. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 20; HvJ EG 15 januari 1998 C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), r.o. 20; Jak 2014, p. 242.
- 19 Arrowsmith 2014, p. 356-357, 361-362, nr. 5-18, 5-24; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*), r.o. 42-43 en concl. A-G Léger, ECLI:EU:C:1997:402, voor HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), par. 69.

3.1.3 Zorgverzekeraars: verkenning en afbakening

Bij toepassing van de criteria op zorgverzekeraars kan ten eerste worden vastgesteld dat zij als het goed is rechtspersoonlijkheid bezitten en dus aan het tweede criterium voldoen. Zij dienen de rechtsvorm te hebben van een naamloze vennootschap, onderlinge waarborgmaatschappij of Europese vennootschap.²⁰

Dat zorgverzekeraars voorzien in behoeften van algemeen belang en aldus voldoen aan het eerste gedeelte van het eerste criterium staat in de literatuur en de gerechtelijke procedures over de aanbestedingsplicht van zorgverzekeraars ook niet ter discussie.²¹ In dat verband merk ik op dat het Europese Hof van Justitie meerdere malen heeft overwogen dat in behoeften van algemeen belang van andere dan van commerciële aard:

‘in de regel op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en [dat het gaat om behoeften] waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.’²²

Volgens Steyger volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie²³ dat als aan een rechtspersoon een publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend die de Staat daardoor niet meer zelf zou kunnen uitoefenen, zeker sprake is van het voorzien in behoeften van andere dan van commerciële aard.²⁴ Omgekeerd is het echter niet zo dat het beschikken over

20 Art. 1 sub a en b Zvw; art. 17 en bijlage III richtlijn 2009/138 EG (Solvabiliteit II); art. 3:20 Wet op het financieel toezicht.

21 Zie bijv. Möhlmann 2011, par. 4; Kok 2016, p. 1691; Steyger 2017, par. 5; Bartels 2005, p. 140; De Groot 2005, p. 14; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, GZR-Updates.nl 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/ CZ c.s.*), r.o. 4.13; Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers, GJ 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*). Volgens het Oberlandesgericht Düsseldorf voorzien Duitse ziekenfondsen in behoeften van algemeen belang. Anders dan de Nederlandse zorgverzekeraars zijn zij wel krachtens publiekrecht opgericht. Zie HvJ EU 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2013:543, (*Oymanns/ AOK*), r.o. 30.

22 O.a. HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 47; HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agora en Excelsior*), r.o. 37 onder verwijzing naar HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*), r.o. 51; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 40. A-G Drijber (concl. ECLI:NL:PHR:2020:1200, voor HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2021:791, *RodW 2021/586 (Exterion Media/ NS stations c.s.)*), r.o. 4.11 en Wagemakers & Yilmaz 2017, par. 1.1 referen alleen aan deze overweging in verband met de vraag of de behoeften van algemeen belang zijn. In bijv. *Agorà en Excelsior* gebruikt het HvJ EG deze overweging (ook) in de context van de vraag of de behoeften van andere dan van commerciële aard zijn.

23 HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis/Region Hannover*), r.o. 55.

24 Steyger 2017, par. 4-5, onder verwijzing naar HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis/Region Hannover*), r.o. 55.

openbaar gezag een voorwaarde is voor het kwalificeren van de behoeften waarin een instelling voorziet als van algemeen belang van andere dan van commerciële aard.²⁵ Het feit dat een commerciële onderneming dezelfde activiteit zou kunnen uitoefenen als de betreffende rechtspersoon, staat er evenmin aan in de weg dat de behoeften waarin die rechtspersoon voorziet worden aangemerkt als van andere dan van commerciële aard.²⁶ Aan zorgverzekeraars zijn geen publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend, ook niet met betrekking tot de uitvoering van formele en materiële controles.²⁷ De Nederlandse wetgever beoogt te voorzien in de behoefte aan betaalbare, toegankelijke, kwalitatief goede en noodzakelijke gezondheidszorg door schadeverzekeraars de mogelijkheid te geven privaatrechtelijke zorgverzekeringen aan te bieden op een gereguleerde zorgverzekeringsmarkt. Het aanbieden van zorgverzekeringen in concurrentie moet volgens de memorie van toelichting bij de Zvw leiden tot een optimale voorziening in genoemde behoeften van algemeen belang.²⁸

Het gegeven dat de overheid enerzijds op het zorgverzekeringssysteem en de betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van de zorg beslissende invloed wil houden, en er anderzijds voor heeft gekozen private zorgverzekeraars de mogelijkheid te bieden in onderlinge concurrentie zorgverzekeringen te laten aanbieden op een markt heeft tot verdeeldheid geleid in de literatuur en jurisprudentie over de vraag of de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard zijn.²⁹

Van de drie alternatieve afhankelijkheidsvoorwaarden (derde criterium) voldoen zorgverzekeraars in ieder geval niet aan de benoemingsvoorwaarde. Mijns inziens voldoen zorgverzekeraars wel aan de financieringsvoorwaarde (zie 3.2) en is het minder aannemelijk dat zij ook aan de toezichtsvoorwaarde voldoen. De financieringsvoorwaarde is ook de enige afhankelijkheidsvoorwaarde die onderwerp van geschil is geweest in de

25 Steyger 2017, par. 5; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, NJ 2003/465 (*Universale-Bau*), r.o. 59-60; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*) r.o. 38-47 en 63, onder verwijzing naar HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), r.o. 24.

26 HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*) r.o. 38-47; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 40.

27 Zie 1.3.4.2 en 8.2.4.

28 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, o.a. p. 2-4 en 7. Vgl. de aanhef boven de Zvw, waarin gewezen wordt op de wenselijkheid 'dat de gehele bevolking onder voor ieder gelijke sociale voorwaarden verzekerd is tegen de gevolgen van behoefte aan geneeskundige zorg' en Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. J.M. Mutsaers, r.o. 8.13 dat belang hecht aan deze doelstelling.

29 Zorgverzekeraars zijn (waarschijnlijk) wel aanbestedingsplichtig volgens: Kok 2016; Bartels 2005; Möhlmann 2011. Ze zijn (waarschijnlijk) niet aanbestedingsplichtig volgens: Essers & Lombert 2017, p. 99; de Groot 2005b. Volgens Rijken, *GJ* 2015/109, par. 5 voorzien zorgverzekeraars in behoeften van commerciële aard. Zie voor een bespreking van de rechtspraak hierna en in 3.2.2.4 en 3.3.2.1.

rechtspraak³⁰ en de voorwaarde waarvan meerdere auteurs het aannemelijk achten dat daaraan is voldaan.³¹ Ik beperk mij in dit hoofdstuk daarom tot een toets aan alleen deze afhankelijkheidsvoorwaarde.

In twee kortgedingprocedures hebben feitenrechters zich uitgelaten over de vraag of respectievelijk CZ. c.s. en Achmea een aanbestedende dienst zijn. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dat zorgverzekeraars CZ c.s. aanbestedende diensten zijn, omdat zij aan de financieringsvoorwaarde voldoen.³² Het hof 's-Hertogenbosch, de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag en het hof Den Haag oordeelden dat respectievelijk CZ c.s. en Achmea geen aanbestedende diensten zijn. Het hof 's-Hertogenbosch kwam tot het voorlopig oordeel dat de behoeften van algemeen belang waarin CZ voorziet niet van andere dan van commerciële aard zijn en dat CZ dus geen aanbestedende dienst is.³³ Aan toetsing van het afhankelijkheids criterium komt het hof daarna niet toe. De rechtbank Den Haag oordeelde dat Achmea geen aanbestedende dienst is, omdat Achmea niet voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan commerciële aard.³⁴ De rechtbank Den Haag overweegt daarbij ook dat Achmea niet voor meer dan de helft door de overheid gefinancierd wordt.³⁵ Het hof Den Haag daarentegen kan 'niet uitsluiten' dat Achmea voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, in het bijzonder omdat sprake is van 'een aanzienlijke mate van overheidsfinanciering'. Opmerkelijk is dat het hof vervolgens bij de toets aan de financieringsvoorwaarde oordeelt dat het in het licht van hetgeen partijen hebben aangevoerd niet kan 'vaststellen dat de activiteiten van Achmea in hoofdzaak door een of meer aanbestedende diensten worden gefinancierd.'³⁶

In latere rechtspraak treden rechters niet in een uitvoerige beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van de betreffende zorgverzekeraar en neemt de rechter, al dan niet onder verwijzing naar de uitspraken

30 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck, *GJ* 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 8, overweegt expliciet dat tussen partijen niet in geschil is dat zorgverzekeraars niet voldoen aan benoemings- en toezichtsvoorwaarde. In de overige hierna aangehaalde uitspraken wordt alleen aan de financieringsvoorwaarde gerefereerd.

31 Kok 2016; Bartels 2005; Möhlmann 2011. Zij wijzen erop dat de toets per rechtspersoon dient plaats te vinden. Volgens Kok 2016, p. 1694, voldoen zorgverzekeraars ook aan de toezichtsvoorwaarde.

32 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/ CZ c.s.*).

33 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers, *GJ* 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*), r.o. 8.15.

34 Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, JAAN 2015/9, m.nt. J.M. Mutsaers (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 4.4.4 en 4.3 waar de voorzieningenrechter het beoordelingskader uiteenzet.

35 R.o. 4.4.3.

36 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck, *GJ* 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 10.

van het hof Den Haag en het hof 's-Hertogenbosch, tot uitgangspunt dat de zorgverzekeraar die procespartij is geen aanbestedende dienst is³⁷ en/of is de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie tussen partijen niet in geschil.³⁸ Hoewel genoemde latere rechtspraak en de praktijk daar wel van uit lijkt te gaan, kan naar mijn mening op basis van de voorliggende jurisprudentie nog niet van een heersende leer worden gesproken dat zorgverzekeraars geen aanbestedende diensten zijn. Weliswaar komen zowel het hof Den Haag als het hof 's-Hertogenbosch tot de slotsom dat respectievelijk Achmea c.s. en CZ c.s. niet als aanbestedende diensten moeten worden aangemerkt, maar alleen het hof 's-Hertogenbosch was van oordeel dat de behoeften waarin de zorgverzekeraar voorziet van commerciële aard zijn. Het hof Den Haag kan niet uitsluiten dat ze niet commercieel zijn. Aan de financieringsvoorwaarde is alleen door het Haagse hof getoetst en het oordeelde dat het niet beschikte over voldoende gegevens om vast te stellen dat de activiteiten van Achmea in hoofdzaak door een of meer aanbestedende diensten worden gefinancierd.

Zoals al aangegeven in 3.1.1 onderzoek ik in 3.2 of zorgverzekeraars voldoen aan de financieringsvoorwaarde en in 3.3 of zij voorzien in behoeften van algemeen belang die van andere dan van commerciële aard zijn.

3.2 HET AFHANKELIJKHEIDSCRITERIUM: OVERHEIDSFINANCIERING

3.2.1 Betekenis van de financieringsvoorwaarde

3.2.1.1 De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie

Afhankelijkheid van een instelling van een aanbestedende dienst kan volgen uit hoofdzakelijke financiering van die instelling door een andere aanbestedende dienst, bijvoorbeeld de staat.³⁹ De afhankelijkheid volgt uit de mate van en het karakter van de financiering. Voor het voldoen aan

37 Rb. Gelderland (vzr.) 30 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4239, *JGR* 2017/28, m.nt. K. Radder en M.D.B. Schutjens, r.o. 4.2; Rb. Gelderland (vzr.) 9 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2490, *GJ* 2018/116, m.nt. K. Radder en M.D.B. Schutjens, (*Lamepro/VGZ*), r.o. 4.4; Zie ook eerder bijv. Rb. Utrecht (vzr.) 30 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH1418, *NJF* 2009/234 (*Vervoersbedrijven/Achmea*), r.o. 4.3.

38 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 5 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6753, *JAAN* 2015/901, m.nt. M.J. Mutsaers, *JGR* 2015/21, m.nt. J.A. Lisman, r.o. 4.1; Rb. Den Haag (vzr.) 19 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16420, *JAAN* 2017/60 (*Combinet Personenvervoer/VGZ c.s.*); Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553, *NJ* 2019/473 (*CZ/HVP Zorg*), r.o. 10. Tegen laatstgenoemd arrest is cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 lid 1 RO: HR 25 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1630, *RvdW* 2019/114 (*HVP c.s./CZ*). De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag overwoog in het vonnis van 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13185, *JGR* 2020/5, m.nt. J.A. Lisman (*Mathot/Menzis c.s.*), r.o. 5.2-5.3 dat de stelling van Mathot dat Menzis een aanbestedende dienst is op geen enkele wijze was onderbouwd.

39 Art. 1.1, onder 'publiekrechtelijke instelling', sub a Aw 2012.

de financieringsvoorwaarde is niet vereist dat sprake is van 'rechtstreekse tussenkomst van de staat of van andere overheden [...] bij plaatsing van de opdracht.'⁴⁰ 'In hoofdzaak' door de staat gefinancierd is in het arrest *University of Cambridge* van het Europese Hof van Justitie uitgelegd als 'voor meer dan de helft' door de staat gefinancierd.⁴¹ A-G Alber sluit niet uit dat onder omstandigheden voldoende kan zijn dat een kleiner aandeel dan 50% van de inkomsten van een instelling gefinancierd wordt door een andere aanbestedende dienst, bijvoorbeeld als het om een eenmalig groot bedrag gaat terwijl de overige financiering van de instelling uit een samenstel van kleinere bedragen bestaat.⁴² De beslissing over de vraag of een instelling een aanbestedende dienst is, moet ieder jaar aan het begin van het begrotingsjaar genomen worden, op basis van de op dat moment beschikbare, geraamde, begrotingscijfers. De instelling wordt voor het gehele boekjaar al dan niet als publiekrechtelijke instelling aangemerkt en is voor alle opdrachten die in de loop van dat boekjaar worden geopend gehouden aan de op de opdracht toepasselijke aanbestedingsregels. Die regels blijven de procedure beheersen, ook als de instelling in het jaar daarop geen aanbestedende dienst is en de procedure nog niet is afgerond. Alle inkomsten moeten bij de berekening in aanmerking worden genomen, 'ook die verkregen uit commerciële activiteiten.'⁴³

Richtlijn 2014/24/EU bepaalt niet wanneer inkomsten moeten worden aangemerkt als financiering door een aanbestedende dienst. Uit het arrest *Cambridge University* blijkt dat onder 'financiering' niet alleen die vergoedingen begrepen moeten worden waardoor 'de verstrekker ervan de controle op de gunning van de opdrachten verkrijgt.' *Cambridge University* bepleitte dat wel, maar het Europese Hof van Justitie heeft dat criterium niet overgenomen.⁴⁴ Ook financiering van algemene activiteiten door een aanbestedende dienst moet dus worden meegenomen. Verder is volgens de arresten *Bayerischer Rundfunk* en *Oymanns/AOK* en de considerans bij richtlijn 2014/24/EU niet vereist dat de activiteit rechtstreeks door de staat of een andere publiekrechtelijke instelling gefinancierd wordt. Het begrip 'door de staat gefinancierd' moet functioneel worden uitgelegd en kan zodoende ook zien op betalingen van gebruikers welke volgens publiek-

40 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 60.

41 Considerans bij richtlijn 2014/24/EU, par. 10; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 33.

42 Concl. A-G Alber, ECLI:EU:C:2000:229, voor HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, (*Cambridge University*), par. 57, waarnaar ook Arrowsmith 2014, p. 349, verwijst.

43 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 36, 40-41.

44 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 29; Arrowsmith 2014, p. 349.

rechtelijke regels worden ‘opgelegd, berekend en geïnd.’⁴⁵ In het geval van dergelijke indirecte financiering⁴⁶ is in feite sprake van een door de staat gecreëerd financieringssysteem.⁴⁷ Vereist voor de kwalificatie als openbare financiering is voorts dat er geen specifieke tegenprestatie tegenover staat:

‘Niet alle betalingen door een aanbestedende dienst hebben tot gevolg, dat een bepaalde ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt verdiept. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als „openbare financiering”.’⁴⁸

Het Europese Hof merkte in *Cambridge University* ‘beurzen of toelagen die door een of meer aanbestedende diensten ter ondersteuning van onderzoekswerk worden betaald’ aan als financiering door een aanbestedende dienst. Ook als die financiering niet aan de universiteit zelf wordt verstrekt, maar ‘aan een dienstverrichter die als medewerker aan die instelling is verbonden, dan nog is er sprake van een financiering die aan de gehele instelling ten goede komt bij het verrichten van haar onderzoekswerk,’ zo overwoog het Europese Hof. Ook studiebeurzen die zijn betaald door plaatselijke onderwijsinstanties aan universiteiten ter dekking van collegegelden voor met naam genoemde studenten moeten worden aangemerkt als openbare financiering. Het Europese Hof overwoog dienaangaande:

‘Deze betalingen vormen immers een sociale maatregel die is ingesteld ten gunste van bepaalde studerende die niet in staat zijn de soms zeer hoge studiekosten alleen op te brengen. Aangezien hier geen enkele contractuele tegenprestatie tegenover staat, moeten deze beurzen worden beschouwd als een vorm van financiering door een aanbestedende dienst in het kader van haar onderwijsactiviteiten.’⁴⁹

Tegenover vergoedingen voor contractonderzoek en voor adviesverlening en organisatie van conferenties staat volgens het Europese Hof van Justitie wel een contractuele tegenprestatie.⁵⁰

Met betrekking tot de studiebeurzen en vergoedingen voor contractonderzoek en adviesverlening gebruikt het Hof niet de term ‘specifieke tegenprestatie’, maar ‘contractuele tegenprestatie.’ In *Oymanns/AOK* overwoog

45 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 34 en 48-50; HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 51, 59.

46 Zie ook HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztzekammer*), r.o. 23-25.

47 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 351, nr. 5-13.

48 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 21.

49 R.o. 23.

50 R.o. 22-24 en 26.

het Hof dat de bijdragen van verzekerden ‘worden verstrekt zonder specifieke tegenprestatie in de zin van de rechtspraak van het Hof’, waarbij het verwijst naar de hiervoor besproken overwegingen uit *Bayerischer Rundfunk*. Het Hof vervolgt: ‘Er is namelijk geen enkele contractuele tegenprestatie verbonden aan deze betalingen, voor zover noch de bijdrageplicht, noch het premiebedrag resulteert uit een overeenkomst tussen de wettelijke ziekenfondsen en hun leden (...)’.⁵¹ Het Hof lijkt zodoende het ontbreken van een specifieke tegenprestatie gelijk te stellen aan het ontbreken van een contractuele tegenprestatie.

3.2.1.2 Vervolg: *Bayerischer Rundfunk* en *Oymanns/AOK* nader bezien

Een nadere bestudering van de arresten *Bayerischer Rundfunk* en *Oymanns/AOK* brengt meer inzicht in hetgeen het Europese Hof aanmerkt als indirecte financiering door een aanbestedende dienst en de betekenis van het vereiste van het ontbreken van een contractuele tegenprestatie. In beide zaken was volgens het Europese Hof sprake van indirecte financiering waar geen contractuele tegenprestatie tegenover stond.

De indirecte overheidsfinanciering bestond in *Bayerischer Rundfunk* uit omroepbijdragen die burgers op grond van de wet aan regionale omroeporganisaties, waaronder de Beierse, moesten betalen indien zij in het bezit waren van een ontvangsttoestel. Of zij daadwerkelijk gebruik maakten van het ontvangsttoestel was niet van belang. Van een contractuele tegenprestatie jegens die burgers was daarom volgens het Europese Hof van Justitie geen sprake. De bijdrage is ook niet aan te merken als een specifieke tegenprestatie ten behoeve van de staat. De omroepbijdrage dient volgens het Hof immers ‘ter compensatie van de lasten die het gevolg zijn van het vervullen van de opdracht tot openbare dienstverlening van de staat, die bestaat in het verzekeren van een pluralistische en objectieve audiovisuele informatieverstrekking aan de burgers.’ In dit opzicht onderscheiden publiekrechtelijke omroeporganisaties zich volgens het Hof niet van andere openbare diensten die een subsidie van de staat krijgen om diens taak van algemeen belang te vervullen.⁵² De hoogte van de bijdragen werd bepaald door een onafhankelijke commissie en goedgekeurd door de parlementen en regeringen van de Duitse deelstaten. De omroeporganisaties waren voor de inning van de bijdragen met openbaar gezag bekleed. Zij inden de bijdragen bij aanslag. Voor de inning hadden zij bij bestuurlijke regeling een gezamenlijke incassodienst opgericht.⁵³

51 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 53.

52 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 59.

53 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 17-21, 41-50.

De prejudiciële procedure *Oymanns/AOK* is voor de onderhavige casuïstiek nog interessanter, omdat in die zaak de aanbestedingsplicht van een Duits ziekenfonds in het geding was in een procedure tussen ziekenfonds AOK en leverancier van orthopedische schoenen Oymanns. Het Duitse zorgsysteem, waarin de ziekenfondsen een wettelijk gereguleerde volksverzekering uitvoerden, vertoonde op een aantal onderdelen gelijkenis met het voormalige Nederlandse ziekenfondssysteem en ook met het huidige zorgstelsel. De ziekenfondsen in het Duitse ziekenfondssysteem waren opgericht krachtens publiekrecht. 90% van de bevolking was 'krachtens de wet verplicht verzekerd'.⁵⁴ Verzekeringsplichtigen konden wel zelf kiezen bij welk fonds ze zich wilden verzekeren. Het merendeel van de inkomsten van de fondsen betrof wettelijk verplichte bijdragen van verzekerden. De fondsen ontvingen daarnaast rechtstreekse betalingen van de federale overheid en er was een systeem voor risicocompensatie. De verwijzende rechter stelde vragen over de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling, in het bijzonder over de toepassing van de financieringsvoorwaarde. Dat Duitse ziekenfondsen voorzien in andere behoeften dan van commerciële aard en rechtspersoonlijkheid bezitten was niet in geschil. Omdat het merendeel van de inkomsten van de fondsen premies betrof, met inbegrip van door werkgevers betaalde premies, richtte het Hof zich in zijn antwoord op de prejudiciële vragen op deze inkomsten.

De premies die verzekerden aan het ziekenfonds betaalden, werden door het Europese Hof van Justitie aangemerkt als (indirecte) overheidsfinanciering. Het Hof overwoog, voortbouwend op *Bayerischer Rundfunk*:

'dat een financiering aan een publiek stelsel van ziektekostenverzekering als aan de orde in het hoofdgeding, die stoelt op een handeling van de staat, in de praktijk door de staat wordt gewaarborgd en wordt verzekerd door een wijze van heffing en inning waaraan bevoegdheden van openbaar gezag te pas komen, voldoet aan de voorwaarde van financiering door de staat in de zin van de gemeenschapsregels op het gebied van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.'⁵⁵

En:

'Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, eerste alternatief, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd, dat de activiteiten van wettelijke ziekenfondsen hoofdzakelijk door de staat worden gefinancierd, wanneer zij hoofdzakelijk worden gefinancierd door een bijdrage ten laste van de verzekerden, die wordt opgelegd, berekend en geïnd volgens publiekrechtelijke regels als die aan de orde in het hoofdgeding.'⁵⁶

54 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 14.

55 R.o. 57.

56 R.o. 59.

Ten aanzien van de inning van de bijdragen achtte het Hof relevant dat de bijdragen in de praktijk door de werkgever werden ingehouden op het loon en samen met het werkgeversdeel werden betaald aan het bevoegde ziekenfonds. 'De verzekerde kan dus geen enkele rol spelen bij inning van de bijdragen,' zo merkt het Europese Hof van Justitie op. De verwijzende rechter had opgemerkt dat de inning van de bijdragen verplicht is krachtens bepalingen van publiekrecht.⁵⁷

Volgens het Europese Hof van Justitie is geen sprake van een specifieke tegenprestatie voor de bijdragen van verzekerden. De bijdrageplicht van verzekerden (leden genoemd) en het premiebedrag 'resulteert [niet] uit een overeenkomst tussen de wettelijke ziekenfondsen en hun leden, [zij dienen] de bijdrage enkel [] te betalen wegens hun aansluiting die ook door de wet is opgelegd [*cursivering HtO*].' Het premiebedrag hangt bovendien, zo vervolgt het Hof, alleen af van de draagkracht van elke verzekerde en niet van zijn gezondheidstoestand en leeftijd.⁵⁸ Het Hof acht verder van belang dat het premietarief 'tot op zekere hoogte' bij wet wordt vastgesteld. Anders dan in *Bayerischer Rundfunk*, wordt het premietarief niet vastgesteld door de overheid, maar door de ziekenfondsen zelf, maar zij hadden weinig vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de premie, omdat deze samen met andere inkomsten voldoende moest zijn om in de wettelijk voorgeschreven verzekerde prestaties te voorzien en om de wettelijk voorgeschreven 'werkingsmiddelen en reserves' beschikbaar te stellen. Omdat de fondsen geen winst beogen zouden de inkomsten niet meer of minder moeten bedragen dan de uitgaven. Tevens moest het premietarief worden goedgekeurd door een overheidsorgaan.⁵⁹

Uit het antwoord van het Europese Hof van Justitie op de prejudiciële vragen in *Oymanns* en *Bayerischer Rundfunk* blijkt niet of voor kwalificatie als indirecte financiering altijd vereist is dat de bijdragen worden geïnd volgens publiekrechtelijke regels en met gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden.⁶⁰ Het latere arrest *Ärztzekammer* laat de mogelijkheid open dat ook in andere gevallen sprake is van indirecte financiering. In dat arrest overwoog het Hof onder verwijzing naar *Bayerischer Rundfunk* dat indirecte financiering

'kan gebeuren via een bijdrage waarvan de grondslag en de hoogte bij wet zijn bepaald en opgelegd, en die geen tegenprestatie vormt voor het daadwerkelijke gebruik van de door de betrokken instelling geleverde diensten door de bijdrageplichtigen, en waarvan de inningswijze het resultaat is van bevoegdheden van openbaar gezag'⁶¹ [*cursivering HtO*]

57 R.o. 56, 14-16.

58 R.o. 53.

59 R.o. 54-55.

60 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 351, nr. 5-13.

61 HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztzekammer*), r.o. 23-24.

In *Ärztammer* haalde het Hof ook in algemenere bewoordingen de regel uit *Oymanns* aan dat de omstandigheid dat een instelling formeel beschouwd de hoogte van de bijdrage in haar financiering zelf vaststelt, niet uitsluit dat sprake kan zijn van indirecte financiering. Het Hof overwoog:

‘Dit is het geval wanneer instellingen als openbare socialezekerheidsfondsen worden gefinancierd via door of voor hun verzekerden betaalde bijdragen, zonder specifieke tegenprestatie, wanneer de aansluiting bij een dergelijk fonds en de betaling van deze bijdragen bij wet zijn verplicht, wanneer de hoogte van deze bijdragen, hoewel formeel vastgesteld door deze fondsen zelf, ten eerste, juridisch is voorgeschreven, aangezien de wet de door deze fondsen verrichte prestaties en de daarmee gepaard gaande uitgaven bepaalt en hun verbiedt hun taken met winstoogmerk uit te voeren, en, ten tweede, door de toezichhoudende instantie moet worden goedgekeurd, en wanneer de bijdragen dwingend worden geïnd krachtens bepalingen van publiekrecht (...).’⁶²

Voordat ik deze jurisprudentie toepas op de financiering van zorgverzekeraars en inga op de arresten van de gerechtshoven van Den Haag en 's-Hertogenbosch, breng ik hierna eerst de financiering van zorgverzekeraars in beeld.

3.2.2 Toepassing op zorgverzekeraars

3.2.2.1 Inkomsten van zorgverzekeraars en het Uitgavenplafond zorg

Hoewel, zoals in 3.1.1 en 3.2.1.1 uiteen is gezet, de kwalificatie van een instelling als aanbestedende dienst per rechtspersoon en per begrotingsjaar beoordeeld moet worden, kunnen mijns inziens, gezien het systeem van financiering van zorgverzekeraars, ook in zijn algemeenheid uitspraken worden gedaan over de toepassing van de financieringsvoorwaarden op zorgverzekeraars.⁶³ In het navolgende ga ik ervan uit dat de zorgverzekeraar alleen inkomsten genereert in verband met het aanbieden en uitvoeren van zorgverzekeringen en niet tevens in verband met het aanbieden en uitvoeren van aanvullende verzekeringen of met de uitvoering van de Wlz. Nederlandse zorgverzekeraars zijn over het algemeen onderdeel van een concern⁶⁴ en een groepsmaatschappij waarin ook aanvullende verzekeringen, langdurige zorg en soms ook andere (verzekerings)activiteiten worden aangeboden en ingekocht. Uit jaarverslagen van de zorgverzekeraars blijkt evenwel dat deze activiteiten door aparte rechtspersonen

62 HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztammer*), r.o. 25.

63 Zie ook nader aan het slot van deze paragraaf. Aldus ook Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, *JAAN* 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.18.6.

64 Zie voor een opsomming van de zorgverzekeraars en concerns 5.2.3.

binnen het concern en/of de groep worden verricht.⁶⁵ Voor Wlz-uitvoerders bepaalt art. 1.1.1 jo. 4.1.1 Wlz bovendien dat zij niet tevens zorgverzekeraar mogen zijn.

De voornaamste inkomstenbronnen van zorgverzekeraars zijn:

- de vereveningsbijdrage uit het Zorgverzekeringsfonds (Zvf);⁶⁶
- premies van verzekerden;⁶⁷
- het eigen risico van verzekerden;⁶⁸
- de eigen bijdragen van verzekerden;⁶⁹
- inkomsten uit beleggingen.

Hiernaast ontvangen zorgverzekeraars vanuit het Zvf een bijdrage voor de verzekering van kinderen onder de 18 jaar. Ook ontvangen zij een bijdrage van het CAK voor het verzekerd houden van wanbetalende verzekerden waarbij de premie bestuursrechtelijk wordt geïnd.⁷⁰ Beide bedragen zijn relatief klein.⁷¹ Ook kan het Zorginstituut ex art. 33 Zvw een bijdrage toekennen aan een zorgverzekeraar in het geval van een ‘catastrofe’. De bijdrage wordt naast de reguliere vereveningsbijdrage toegekend indien de zorgverzekeraar als gevolg van de catastrofe in het jaar dat de catastrofe plaatsvindt en het jaar erna samen naar verwachting per verzekerde gemiddeld 4% of meer hogere kosten heeft dan de gemiddelde vereveningsbijdrage per verzekerde.⁷² Een catastrofe is in art. 33 Zvw gedefinieerd als een natuurramp, een pandemie, een kernexplosie of een bij ministeriële regeling aangewezen bijzondere gebeurtenis. De COVID-19 uitbraak is een catastrofe in de zin van art. 33 Zvw.⁷³

65 Zie bijv. Jaarrapport Achmea Zorgverzekeringen NV 2019, p. 4-5; Maatschappelijk Jaarverslag 2019 Coöperatie VGZ, p. 4, 10, 12, 82; Financieel Jaarverslag Menzis 2019, p. 6; Maatschappelijk verslag 2019 DSW, p. 8. Zie ook Rijken, *GJ* 2016/139, par. 12; Möhlmann 2011, par. 6.1 onder b.

66 Art. 32 Zvw. Zie nader de Regeling risicoverevening.

67 Art. 16 e.v. Zvw.

68 Art. 19 Zvw. Zie over het eigen risico in de verhouding zorgverzekeraar – zorgaanbieder – verzekerde 6.7.2.

69 Art. 11 lid 3 Zvw. Zie nader over de eigen bijdrage 6.7.1.

70 Art. 34a Zvw. Zie voor de wanbetalersregeling art. 18a tot en met 18g Zvw. Ingevolge art. 39 lid 3 onder a Zvw wordt deze bijdrage uit het Zvf voldaan. Uit de Rijksbegroting blijkt niet of dit bedrag mede begrepen is onder het hierna in tabel 1 genoemde bedrag ‘Uitkering van Zvf voor zorg.’

71 In Zorginstituut Nederland 2019, p. 27, is een bedrag van 330,8 miljoen euro opgenomen als lasten voor de uitvoering van de wanbetalersregeling voor compensatie van premiederving door zorgverzekeraars. Zie voor de verzekering van minderjarigen hierna in tabel 1.

72 Art. 33 Zvw en art. 6.6.1-6.6.5 Regeling zorgverzekering.

73 *Kamerstukken II* 2020/21, 29689, nr. 1078 (brief van de minister voor Medische Zorg), p. 4. Het ZiN voert de catastroferegeling uit. Zie nader ZiN, Beleidsregels van de Raad van Bestuur van Zorginstituut Nederland van 17 december 2020, voor de afhandeling van verzoeken van zorgverzekeraars om een extra bijdrage in verband met de coronapandemie 2020 en 2021. Zie over de organisatie en financiering van de (curatieve) zorg tijdens en na de coronapandemie ook o.a. Rijken 2021.

De inkomsten en uitgaven van de gezamenlijke zorgverzekeraars zijn opgenomen op de Rijksbegroting als onderdeel van het Uitgavenplafond zorg (voorheen Budgettair Kader Zorg (BKZ)), met uitzondering van hun inkomsten uit beleggingen en voornoemde bijdrage van het CAK. De begrotingscijfers geven een indruk van de verhouding tussen de verschillende posten. De begroting voor 2020 voor de gezamenlijke verzekeraars was als volgt:

Tabel 1 Rijksbegroting gezamenlijke zorgverzekeraars 2020, bedragen x € 1 miljoen⁷⁴

	Uitgaven	49.353,6
	– Zorg	48.546,3
	– Beheerskosten/exploitatiesaldi	807,3
	Inkomsten	49.353,6
	Uitkering van Zvf voor zorg	26.092,0
Uitkering van Zvf voor beheerskosten kinderen		135,5
	Nominale rekenpremie	19.264,6
	Nominale opslagpremie	671,9
	Eigen risico	3.189,7

De nominale rekenpremie is een door het ministerie van VWS vastgestelde rekenpremie die onder andere gebruikt wordt bij toepassing van de in 3.2.2.2 te bespreken 50%-regel. De premie is voor alle verzekeraars gelijk. De nominale opslagpremie is het verschil tussen de nominale rekenpremie en de daadwerkelijk door zorgverzekeraars van verzekerden gevraagde premie. De hoogte van de opslagpremie kan afhankelijk zijn van de risico inschatting die de zorgverzekeraar zelf maakt, de beheerskosten, op te bouwen reserves en bijvoorbeeld winsten en verliezen uit het verleden.⁷⁵ In de rijksbegroting wordt de nominale opslagpremie geschat ten behoeve van de berekening van de inkomensafhankelijke bijdrage (waarover 3.2.2.2).

Zoals al aangegeven zijn aanbestedingsrechtelijk de inkomsten en uitgaven van de individuele zorgverzekeraar van belang. Ik meen echter dat voor de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van zorgverzekeraars de cijfers uit de Rijksbegroting tot uitgangspunt kunnen worden genomen, omdat de door zorgverzekeraars(concerns) gepubliceerde jaarcijfers

74 Kamerstukken II 2019/20, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), p. 218.

75 Kamerstukken II 2019/20, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), p. 213. Zie ook de definitie van 'nominale rekenpremie' in art. 1 onder aa Besluit zorgverzekering.

verhoudingsgewijs met de cijfers uit de Rijksbegroting overeenkomen.⁷⁶ De verhoudingsgewijs zijn de cijfers ook al jaren vergelijkbaar.⁷⁷ De post ‘opbrengsten uit beleggingen basisverzekering’ in de in de vorige voetnoten aangehaalde jaarcijfers van zorgverzekeraars is bij iedere zorgverzekeraar relatief gering. De premies en opbrengsten uit beleggingen samen zijn bij iedere zorgverzekeraar aanzienlijk lager dan de bijdrage uit het vereveningsfonds. Hiernaast is van belang dat de verhouding tussen de verschillende inkomsten mede wordt bepaald door de in art. 45 Zvw verankerde 50%-regel voor de verhouding tussen de verzekeringspremies (nominale premie en opslagpremie) en de inkomensafhankelijke premie. Deze regel bespreek ik in de volgende paragraaf.

Uit de cijfers blijkt dat de vereveningsbijdrage van het Zvf meer dan de helft van de inkomsten van een zorgverzekeraar uitmaakt. De vraag of deze bijdrage kan worden aangemerkt als overheidsfinanciering is dus doorslaggevend voor het al dan niet voldoen van zorgverzekeraars aan het financieringscriterium. Ook op de vereveningsbijdrage ga ik in de volgende paragraaf nader in.

3.2.2.2 Vereveningsbijdrage, inkomensafhankelijke bijdrage en 50%-regel

Inkomsten en uitgaven van het Zvf

De vereveningsbijdrage wordt door het Zorginstituut betaald uit het Zvf⁷⁸ en vormt veruit de grootste uitgave uit het fonds. De vereveningsbijdrage was, zoals uit tabel 1 in de vorige paragraaf blijkt, voor 2020 begroot op € 26.092,0 miljoen, bij een totaal aan begrote uitgaven uit het Zvf van € 28.725,6 miljoen.⁷⁹ Andere uitgaven uit het Zvf zijn onder meer de uitkering aan zorgverzekeraars voor beheerskosten ten behoeve van de verzekering van verzekerden jonger dan achttien jaar en uitgaven ter uitvoering van internationale overeenkomsten over grensoverschrijdende zorg.⁸⁰ Ook worden uit het Zvf de door de NZa rechtstreeks aan zorgaanbieders toegekende beschikbaarheidsbijdragen voldaan voor ‘vormen van zorg (...) waarvan de kosten niet of niet geheel zijn toe te rekenen naar, (...), individuele ziektekostenverzekeraars of verzekerden, of waarvan de bekos-

76 Bijv. Jaarcijfers basisverzekering 2019 Zilveren Kruis; Jaarcijfers basisverzekering 2019 De Friesland; Jaarcijfers Basisverzekering 2019 van Coöperatie Vgz Ua; Jaarcijfers basisverzekering Menzis 2019; Jaarcijfers basisverzekering 2019 van DSW Zorgverzekeraar, alle online raadpleegbaar.

77 Zie eerder bijv. *Kamerstukken II 2015-2016*, 34300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2016 VWS), p. 168; Vektis 2019, p. 5; Zilveren Kruis Jaarcijfers 2015 (zilverenkruis.nl); Jaarcijfers CZ basisverzekering 2015 (cz.nl); Jaarcijfers basisverzekering coöperatie VGZ 2015 (cooperatievgz.nl); Jaarcijfers basisverzekering 2015 Zorg en Zekerheid (zorgenzekerheid.nl). Volgens Möhlmann 2011, par. 6.1 bedroegen ook in 2009 de bijdragen vanuit het Zvf meer dan de helft van de inkomsten bij drie grote verzekeraars.

78 Art. 39 lid 3 sub a jo. 32 Zvw.

79 *Kamerstukken II 2019/20*, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), p. 213.

80 Art. 39 lid 3 sub e Zvw; *Kamerstukken II 2019/20*, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), p. 213.

tinging bij een zodanige toerekening (...) marktverstoring zou werken, en die niet op andere wijze worden bekostigd.⁸¹ Incidenteel kan sprake zijn van uitgaven uit het Zvf indien toepassing wordt gegeven aan regelingen voor molest (onder andere gewapend conflict en terrorisme), faillissement van een zorgverzekeraar of een catastrofe.⁸²

Art. 39 lid 2 Zvw somt de inkomsten van het Zvf op, waaronder de inkomensafhankelijke bijdragen, de rijksbijdrage voor verzekerden jonger dan achttien jaar en de bij de handhaving van de Zvw geïnde bestuurlijke boeten en bestuursrechtelijk geïnde premies.⁸³

De inkomensafhankelijke bijdragen

De inkomensafhankelijke bijdragen vormen veruit de grootste inkomstenbron van het Zvf. Het totaal van de inkomensafhankelijke bijdragen was voor 2020 begroot op € 25.028,3 miljoen, terwijl de totale begrote inkomsten voor 2020 € 27.722,3 miljoen bedroegen.⁸⁴ Zowel de verzekeringsplichtige als de inhoudingsplichtige (werkgever) zijn de inkomensafhankelijke bijdrage verschuldigd. Ieder voor een in art. 5.4 Regeling zorgverzekering vastgesteld percentage over respectievelijk het bijdrage-inkomen (de verzekeringsplichtige) en het loon (de inhoudingsplichtige).⁸⁵ De bijdrage is verschuldigd ongeacht of de verzekerde daadwerkelijk verzekerd is.⁸⁶ De hoogte van de inkomensafhankelijke bijdrage is ook niet gerelateerd aan de zorgbehoefte van de verzekerde. De bijdrage wordt geheven door de Belastingdienst en door de werkgever ingehouden op het loon, zoals met de loonbelasting het geval is, of bij aanslag geheven overeenkomstig de systematiek voor de inkomstenbelasting, als het inkomen uit andere bestanddelen dan loon bestaat.⁸⁷

De 50%-regel

Op grond van art. 45 lid 4 Zvw jo. 5.5 Regeling zorgverzekering wordt het bijdragepercentage voor de inkomensafhankelijke bijdrage ieder jaar zodanig vastgesteld dat de som van de inkomensafhankelijke bijdragen⁸⁸ in dat jaar gelijk is aan de som van een aantal ten gunste van de zorgverzekeraars of het Zvf komende inkomsten, te weten:

81 Art. 39 lid 3 sub f Zvw jo. art. 56a Wmg. Zie ook het Besluit beschikbaarheidsbijdrage Wmg en Rijken 2021, p. 162-163.

82 Art. 39 lid 3 sub a en c jo. art. 31, 33 en 55 Zvw.

83 Zie nader over de inkomsten en uitgaven van het Zvf: Cremers, in: *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op art. 39 Zvw (online, bijgewerkt 15 oktober 2022).

84 *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), p. 213.

85 Art. 41-43 en 45 lid 1 en 2 Zvw; art. 5.4 Regeling zorgverzekering.

86 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 150. Zie nader over de inkomensafhankelijke bijdrage ook p. 151-156; *Kamerstukken II* 2009/10, 32131, nr. 3, p. 7-11 en 23-31; Cremers, in: *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op par. 5.2 Zvw (online, bijgewerkt 15 oktober 2022).

87 Art. 48-53 Zvw.

88 Minus de door gemoedsbezwaarden betaalde bijdrage. Zie art. 5.5 sub e Regeling zorgverzekering.

- de som van het geraamde totaalbedrag van de premies die zorgverzekeraars van hun verzekerden zullen ontvangen (geraamde nominale rekenpremies + opslagpremies);
- het geraamde totaalbedrag van de eigen bijdragen en het door verzekerden betaalde (verplichte) eigen risico;
- de rijksbijdrage voor verzekerden jonger dan achttien jaar;
- de bijdrage Zvw die ingehouden wordt op het AOW-pensioen en door de Sociale Verzekeringsbank (SVB) aan het Zvf betaald wordt.

De som van inkomensafhankelijke bijdragen zal doorgaans niet exact 50% van het totaal van genoemde inkomsten bedragen, omdat op grond van art. 45 lid 5 Zvw gecorrigeerd moet worden voor de achteraf bepaalde daadwerkelijke inkomsten en bedragen uit het jaar ervoor. Consequentie van de 50%-regel is dat als een of meer zorgverzekeraars hogere of lagere premies vaststellen dan vooraf geraamd ten behoeve van de vaststelling van de inkomensafhankelijke bijdrage, omdat zij bijvoorbeeld extra uitgaven hebben vanwege beleggingsverliezen, of nieuwe dure medicijnen, of lagere premies heffen vanwege het gebruik van reserves, en daardoor ook de gemiddelde premie hoger of lager uitvalt, ook de inkomensafhankelijke bijdrage in dat jaar of het jaar erna zal moeten stijgen respectievelijk dalen. De stijging of daling van de gemiddelde premie van de zorgverzekeraars wordt dan omgeslagen over alle verzekerden en werkgevers, want zij dragen met de inkomensafhankelijke bijdrage een vast en voor allen gelijk percentage bij. Daalt de inkomensafhankelijke bijdrage – en daarmee vervolgens de (gemiddelde) vereveningsbijdrage – dan is het aan zorgverzekeraars zelf om te bepalen of zij hun premies moeten verhogen om hun kosten te dekken.⁸⁹

De ratio van de 50%-regel is volgens de memorie van toelichting bij de Zvw:

‘enerzijds zeker stellen dat de verhouding tussen het deel van de lasten van de Zvw dat wordt gedragen door burgers en bedrijven in evenwicht blijft. Daarnaast heeft met name het vijfde lid [van art. 45 Zvw] ten doel om aan verzekeraars zekerheid te geven over het deel van de kosten dat zij via nominale premies moeten dekken. Door de bijdragepercentages en daarmee de som van de inkomensafhankelijke bijdragen op bovenvermelde wijze vast te stellen, is het immers mogelijk om de bijdrage uit het Zorgverzekeringsfonds op een zodanig wijze vast te stellen dat de verzekeraar weet waaraan hij toe is.’⁹⁰

Door de 50%-regel weet de zorgverzekeraar dus voor welk deel van de benodigde financiële middelen hij moet zorgen door middel van het vragen van premies. Ook alleen voor deze premie-inkomsten draagt de zorgverzekeraar een debiteurenrisico, dat overigens enigszins beperkt lijkt door de wanbetalersregeling. Zie over het dragen van het aan de verzekeringsactiviteit verbonden risico nader 3.3.1.4 en 3.3.2.4.

89 *Kamerstukken II 2019/20, 35300 XVI, nr. 2 (Rijksbegroting 2020 VWS), par. 5.2; Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 154.*

90 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 154.*

3.2.2.3 Risicoverevening

Het vereveningssysteem vormt samen met het verbod op premiedifferentiatie het complement van de verzekerings- en acceptatieplicht. Zonder risicoverevening zou voor zorgverzekeraars een financiële prikkel bestaan om – in weerwil van de acceptatieplicht – indirect verzekerden met een gunstig risicoprofiel te selecteren. Doordat zorgverzekeraars iedere verzekerde met dezelfde polis dezelfde premie moeten bieden, lijden ze zonder goede risicoverevening nadeel bij de verzekering van ongezonde verzekerden. De vereveningsbijdrage moet zodoende compenseren voor verzekerden met een hoger gezondheidsrisico. Het systeem hanteert kenmerken als leeftijd, geslacht, gebruik van bepaalde medicijnen en zorggebruik in het verleden.⁹¹

De vereveningsbijdrage wordt jaarlijks toegekend voorafgaand aan het jaar waarop de bijdrage betrekking heeft, op basis van een inschatting van de gezondheidsrisico's van de verzekerdenpopulatie van de zorgverzekeraar (ook wel ex-ante risicoverevening). Achteraf (*ex post*) wordt wel gecorrigeerd voor wijzigingen in de verzekerdenaantallen en hun kenmerken, maar in principe niet (meer)⁹² voor de daadwerkelijk gemaakte kosten.⁹³ Art. 3.15 Besluit zorgverzekering biedt wel de mogelijkheid tot compensatie achteraf voor daadwerkelijk gemaakte 'vaste zorgkosten'. Deze compensatie achteraf wordt nacalculatie genoemd.⁹⁴

Uit art. 32 lid 1 Zvw volgt dat iedere zorgverzekeraar die overeenkomstig art. 25 Zvw zijn voornemen zorgverzekeringen aan te bieden en uit te voeren heeft gemeld aan de NZa en aan de NZa zijn modelovereenkomsten en eventuele wijzigingen daarin heeft overgelegd, recht heeft op een vereveningsbijdrage voor ieder kalenderjaar waarin hij zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert. Art. 11 lid 1 Zvw bevat de – in hoofdstuk 2 nader

91 Art. 3.1-3.24 Besluit zorgverzekering; Regeling risicoverevening 2021; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 49-50; *Stb.* 2005, 389 (NvT), p. 21-22; Cremers, in: *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op art. 39 Zvw (online, bijgewerkt 15 oktober 2022); ministerie van VWS, *Beschrijving van het risicovereveningssysteem van de Zorgverzekeringswet*, 2016, p. 3, 6-9; Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, *JAAN* 2015/135, m.nt. Mutsaers, *GJ* 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*), r.o. 8.13.

92 Met ingang van 2012 is de macro-nacalculatie afgeschaft. Daarbij werden de vereveningsbijdragen achteraf gecompenseerd voor overschrijding van de vooraf geraamde kosten voor alle zorgverzekeraars gezamenlijk. Thans biedt art. 33 Zvw wel een vangnet voor de situatie dat de kosten hoger zijn dan geraamd als gevolg van een catastrofe. In 2012 is ook de voorheen wel uitgevoerde nacalculatie van het grootste deel van de kosten voor ziekenhuiszorg afgeschaft. *Stb.* 2011, 654.

93 Cremers, in: *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op art. 32 en 39 Zvw.

94 Het begrip nacalculatie is gedefinieerd in art. 1, onder cc Besluit zorgverzekering. Zie ook ministerie van VWS, *Beschrijving van het risicovereveningssysteem van de Zorgverzekeringswet*, 2016, p. 10. De minister heeft voor 2021 besloten vanwege de COVID-19-pandemie gedeeltelijke macronacalculatie toe te passen op de vereveningsdeelbedragen variabele zorgkosten, GGZ en eigen risico. Macronacalculatie houdt in dat achteraf het in totaal uit te keren bedrag via de risicoverevening voor deze posten aangepast wordt aan de feitelijke gerealiseerde kosten van alle zorgverzekeraars gezamenlijk. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 29689, nr. 1078 (brief van de minister voor Medische Zorg), p. 5.

beschreven – zorgplicht van de zorgverzekeraar om de te verzekeren prestaties te leveren of te vergoeden en uit art. 1 sub d Zvw volgt dat een zorgverzekering in niet meer of minder dan de bij en krachtens de wet verzekerde prestaties dient te voorzien. De NZa ziet toe op rechtmatige uitvoering van de Zvw.⁹⁵ Uit de genoemde wetsartikelen volgt dat alleen verzekeraars die zorgverzekeringen aanbieden recht hebben op de vereveningsbijdrage.⁹⁶ Het aanbieden van zorgverzekeringen, althans melden van het voornemen daartoe, is een voorwaarde voor deelname aan het risicovereveningssysteem.⁹⁷ Het systeem van ex-ante risicoverevening moet zorgverzekeraars vervolgens stimuleren tot doelmatige zorginkoop en efficiënte bedrijfsvoering, zonder welke zij genooddaakt zouden zijn een hoge premie te vragen van verzekerden en daarmee zichzelf uit de markt zouden kunnen prijzen.⁹⁸ De wet bepaalt niet waaraan de zorgverzekeraar de vereveningsbijdrage moet besteden.⁹⁹ In de memorie van toelichting bij art. 32 Zvw staat over de toekenning van de vereveningsbijdrage het volgende:

‘Doel van de bijdrage is risicoverevening en (gedeeltelijke) financiering van kinderverzekeringen. Dat wil echter niet zeggen dat de zorgverzekeraar de bijdrage daar ook daadwerkelijk voor moet gebruiken. Zoals in het algemene deel van deze toelichting is uiteengezet, is het aan de verzekeraar om te bepalen wat hij met de premies, de vereveningsbijdrage, maar ook met eventuele reserves of door derden gefinancierd kapitaal doet, mits hij er voor zorgt dat zijn verzekerden bij wie het verzekerde risico zich voordoet, tijdig de verzekerde prestaties ontvangen. (...) Om deze reden is in het eerste lid niet geregeld, dat het CVZ de vereveningsbijdrage verstrekt <<voor>> of <<ter dekking van de kosten van>> het aanbieden en uitvoeren van de zorgverzekeringen. De enige voorwaarde is, dat een zorgverzekeraar in het desbetreffende jaar dergelijke verzekeringen aanbiedt en uitvoert. Anders gezegd, de PVK en het CTZ¹⁰⁰ zullen niet nagaan of de vereveningsbijdrage gebruikt wordt voor de financiering van de zorgverzekeringen.’¹⁰¹

95 Art. 1 sub d Zvw jo. art. 16 sub b Wmg. Zie art. 82 e.v. Wmg voor handhavende bevoegdheden van de NZa, waaronder de mogelijkheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, last onder dwangsom en bestuurlijke boete.

96 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 77-78, 137.*

97 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 132, 142.*

98 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 49-59; Stb. 2005, 389 (NvT), p. 21-22.*

99 Zie ook Cremers, in: *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op art. 32 Zvw, aant. 2 (online, bijgewerkt 15 oktober 2022).

100 De voormalige Pensioen- en Verzekeringskamer, respectievelijk het College Toezicht Zorgverzekeringen.

101 *Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 137-138, zie ook p. 142-143, 195.* Op p. 145 wordt de vereveningsbijdrage tussen aanhalingstekens ten onrechte (‘<<tegenprestatie>>’) genoemd. Ook de Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*) haalde deze passage aan in r.o. 4.18.4.

Voor het recht op de vereveningsbijdrage is dus niet vereist dat de zorgverzekeraar de in de zorgverzekering met verzekerden overeengekomen prestaties ook deugdelijk levert. Een en ander is van belang met het oog op de vraag of tegenover de vereveningsbijdrage een specifieke tegenprestatie staat, waarover hierna 3.2.2.5.

De Europese Commissie heeft in een beschikking van 3 mei 2005 geoordeeld dat de toekenning van de vereveningsbijdrage ongeoorloofde staatssteun is in de zin van art. 87 lid 1 EG-verdrag, thans art. 107 lid 1 VWEU.¹⁰² De Commissie is echter van oordeel dat deze staatsteun op grond van art. 86 lid 2 EG-verdrag (thans art. 107 lid 1 VWEU) verenigbaar is met het EG-verdrag, omdat de steun noodzakelijk is voor het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate die met het belang van de Gemeenschap strijdig is.¹⁰³ De Commissie stelde daartoe vast dat uit het samenstel van voorwaarden en beperkingen die de overheid aan zorgverzekeraars oplegt, waaronder de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie, kan worden afgeleid dat zorgverzekeraars belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.¹⁰⁴ Ook achtte de Commissie de vereveningsregeling noodzakelijk met het oog op de betaalbaarheid en toegankelijkheid van zorg, waarbij de Commissie onder andere van belang achtte dat de vereveningsregeling betaald wordt uit inkomensafhankelijke bijdragen zodat inkomenssolidariteit wordt gegarandeerd en daarnaast dat het systeem risicoselectie tegengaat.¹⁰⁵ De compensatie is volgens de Commissie ten slotte beperkt tot het strikt noodzakelijke, zodat die ook evenredig is.¹⁰⁶

3.2.2.4 De Nederlandse rechtspraak

In de Nederlandse feitenrechtspraak is tot nu toe wisselend geoordeeld over de vraag of zorgverzekeraars aan de financieringsvoorwaarde voldoen. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant komt tot de slotsom dat CZ c.s. voor meer dan de helft door de staat gefinancierd wordt. De voorzieningenrechter overweegt daartoe in rechtsoverweging 4.18.1 dat CZ c.s. de stelling van Hollister dat zij voor meer dan de helft door het Rijk uit het Zvf gefinancierd wordt onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, omdat de door CZ c.s. overgelegde Marktscan Zorgverzekeringwet 2013 van de NZa niet ziet op de inkomsten van CZ c.s. Ten overvloede wijst de voorzieningenrechter er tevens op dat uit de memorie van toelichting bij

102 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par. 3.2.1, 3.2.3, 3.4.1.3.

103 Par. 4.2.2.3.

104 Par. 4.2.1.

105 Par. 4.2.2.1.

106 Par. 4.2.2.2.

de Zvw volgt dat op macroniveau 50% van de financiering van de zorgverzekering geschiedt uit inkomensafhankelijke bijdragen en dat daarnaast sprake is van rijksbijdragen;¹⁰⁷ dat CZ c.s. geen gegevens heeft aangedragen waaruit blijkt dat dit voor haar anders is en evenmin heeft gesteld dat zij ook gelden betreft uit commerciële activiteiten.¹⁰⁸ Tevens overweegt de voorzieningenrechter onder verwijzing naar de ook door mij in 3.2.2.3 aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij art. 32 Zvw dat tegenover de vereveningsbijdrage geen specifieke tegenprestatie staat. De voorzieningenrechter gaat ook in op de vraag of de premies die CZ ontvangt als overheidsfinanciering zijn aan te merken, omdat CZ had aangevoerd dat die inkomsten niet als overheidsfinanciering moeten worden aangemerkt, omdat daar een tegenprestatie tegenover staat. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent dat dit op zichzelf niet afdoet aan de conclusie dat CZ voor meer dan de helft door de staat gefinancierd wordt, door de vereveningsbijdrage en de rijksbijdrage en daarnaast dat het gelet op het arrest *Oymanns*:

‘maar zeer de vraag is (...) of tegenover het betalen van een nominale premie door verzekerden inderdaad sprake is van een contractuele tegenprestatie, in de zin zoals het HvJ EU dit opvat voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht. Evenals in dat arrest immers kan ook voor de Nederlandse situatie gezegd worden dat in aanbestedingsrechtelijke zin geen contractuele tegenprestatie aan de betalingen van een nominale premie is verbonden, omdat verzekerden hun bijdrage alleen moeten betalen wegens een op grond van de wet verplichte aansluiting bij een zorgverzekeraar (...).’¹⁰⁹

De voorzieningenrechter verwijst daarbij naar het artikel van Möhlmann, die betoogt dat ook de nominale premies als overheidsfinanciering in de zin van de aanbestedingsrichtlijn moet worden aangemerkt.¹¹⁰ Ik kan mij in het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant vinden. Ik verwijs naar hetgeen ik in de navolgende twee paragrafen betoog.

Het hof 's Hertogenbosch komt in zijn uitspraak in het hoger beroep tegen dit vonnis niet toe aan een beoordeling van de financieringsvoorwaarde, aangezien het van oordeel is dat de behoeften waarin CZ c.s. voorziet van commerciële aard zijn.¹¹¹

107 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, GZR-Updates.nl 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.18.1, onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2003/04, 29763*, nr. 3, p. 46-47.

108 R.o. 4.18.2-4.18.3.

109 R.o. 4.18.5.

110 Möhlmann 2011, par. 6.1 onder b.

111 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers; GJ 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*).

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag komt tot de slotsom dat niet kan worden gezegd dat Achmea grotendeels wordt bekostigd uit staatsmiddelen. De voorzieningenrechter volgt daarbij de gemotiveerde stelling van Achmea dat de inkomensafhankelijke bijdrage, die 50% van de bekostiging van de zorguitgaven vormt, niet als overheidsfinanciering moet worden aangemerkt, aangezien deze bijdrage alleen door de belastingdienst namens de burgers aan de zorgverzekeraars wordt betaald. Tegen deze stelling hadden Medical c.s. naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende verweer gevoerd. Daarnaast is de voorzieningenrechter van oordeel dat tegenover de vereveningsbijdrage een tegenprestatie staat, namelijk het leveren van de verzekerde prestatie.¹¹²

Mijns inziens is onjuist dat de inkomensafhankelijke bijdrage namens de burgers aan de zorgverzekeraars wordt betaald. Het Zvf is geen doorgeefluik.¹¹³ Bovendien doet dit niet af aan de mogelijke kwalificatie van de inkomensafhankelijke bijdrage als overheidsfinanciering, nu uit *Baye-rischer Rundfunk* en *Oymanns/AOK* volgt dat ook indirecte financiering als overheidsfinanciering kan worden aangemerkt. Tevens staat tegenover de vereveningsbijdrage wel een specifieke (contractuele) tegenprestatie. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat voor ontvangst van de vereveningsbijdrage niet vereist is dat de verzekerde prestaties daadwerkelijk geleverd worden. Voorwaarde voor het recht op de vereveningsbijdrage is alleen dat de zorgverzekeraar zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert, in die zin dat hij die activiteiten exploiteert. Zie nader 3.2.2.5.

Het hof Den Haag¹¹⁴ oordeelde dat het niet kan vaststellen dat de activiteiten van Achmea c.s. in hoofdzaak door een of meer aanbestedende diensten worden gefinancierd en gaat er daarom van uit dat dit niet het geval is. Het hof overwoog daartoe dat rekening moet worden gehouden met alle inkomsten van Achmea, met inbegrip van inkomsten uit commerciële activiteiten, terwijl Medical c.s. hun stelling dat Achmea een publiekrechtelijke instelling is uitsluitend hebben gegrond op de financiering van de basisverzekering zonder daarbij inkomsten uit aanvullende verzekeringen te betrekken. Medical c.s. hebben in deze zaak kennelijk niet aangevoerd dat Achmea c.s. aanvullende verzekeringen vanuit een andere rechtspersoon aanbiedt en uitvoert dan van waaruit zij basisverzekeringen aanbiedt en uitvoert, zoals in ieder geval in 2019 wel het geval was.¹¹⁵

Verder vroeg het hof Den Haag zich, onder verwijzing naar het arrest *Beentjes*,¹¹⁶ af of een functionele interpretatie van het begrip 'rechtspersoon' meebrengt dat ook inkomsten van andere rechtspersonen binnen het con-

112 Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, JAAN 2015/9, m.nt. J.M. Mutsaers (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 4.4.3.

113 Zie ook Mutsaers, JAAN 2015/901.

114 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck, GJ 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*).

115 Jaarrapport Achmea Zorgverzekeringen NV 2019, p. 4. Zie ook 3.2.2.1

116 HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*).

glomeraat Achmea meegerekend moeten worden dan die van de rechtspersonen die aan de aanbesteding hebben deelgenomen. Het hof kon dat in het tijdsbestek van het kort geding niet onderzoeken.¹¹⁷ Uit het arrest *Beentjes* volgt echter niet dat ook inkomsten van andere rechtspersonen meegerekend moeten worden.¹¹⁸ In *Beentjes* was de vraag aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd of een plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling moest worden aangemerkt als ‘staat’ in de zin van de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn voor werken, omdat het een lichaam betrof zonder eigen rechtspersoonlijkheid, waarvan de taak en de samenstelling bij de wet zijn geregeld en waarvan de leden worden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Het Europese Hof van Justitie overwoog dat het begrip ‘staat’ functioneel moet worden uitgelegd.¹¹⁹ De betreffende overwegingen zien dus niet op de ontvangende rechtspersoon, maar op de financierende staat. Uit het arrest *Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij* volgt mijns inziens juist dat binnen een concern per rechtspersoon moet worden bepaald of sprake is van een publiekrechtelijke instelling.¹²⁰ Bij een functionele uitleg van het begrip ‘rechtspersoon’ past in het geval van de zorgverzekeraars mijns inziens ook dat alleen wordt gekeken naar de inkomsten van de rechtspersoon die zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert. In zijn algemeenheid geldt verder dat als voor de vaststelling van de mate van overheidsfinanciering ten behoeve van de beoordeling of een rechtspersoon een aanbestedende dienst is, wel inkomsten van andere rechtspersonen binnen het concern moeten worden meegenomen, het concern dan zou kunnen bewerkstelligen dat rechtspersonen binnen dat concern die in meerderheid door de overheid gefinancierd worden aan een aanbestedingsplicht ontkomen door binnen eenzelfde concern genoeg compenserende, niet door de overheid gefinancierde, activiteiten te ontwikkelen.

Het is overigens opmerkelijk dat het hof bij de toets of Achmea voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan van commerciële aard een andere invulling aan het begrip overheidsfinanciering lijkt te geven. Het overweegt daar namelijk dat met betrekking tot de basisverzekering sprake is van een aanzienlijke mate van overheidsfinanciering en dat het daaronder zowel de premies als de vereveningsbijdrage schaarft. Tegenover de vereveningsbijdrage staat volgens het hof geen tegenprestatie. Dit betreft veleer een bedrag ‘waardoor een bedrijfseconomisch risico wordt opgeheven of verminderd.’¹²¹

117 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck, *GJ* 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 10.

118 Aldus ook Rijken *GJ* 2016/139, par. 10-11.

119 HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*), r.o. 10-12.

120 HvJ EG 15 januari 1998 C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), r.o. 26-41. Zie ook 3.1.1 en de daar vermelde vindplaatsen.

121 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck; *GJ* 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 8.

3.2.2.5 De vereveningsbijdrage is overheidsfinanciering

Naar mijn mening dient de vereveningsbijdrage aanbestedingsrechtelijk te worden aangemerkt als overheidsfinanciering.¹²² De vereveningsbijdrage bedraagt meer dan de helft van de inkomsten van de afzonderlijke zorgverzekeraars,¹²³ zodat zij in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd. Zorgverzekeraars voldoen daarmee aan de financieringsvoorwaarde.

In 3.2.1.1 is uiteengezet dat het Hof van Justitie een ruime en functionele interpretatie hanteert van het begrip 'door de staat gefinancierd.' Daaronder valt ook de financiering van algemene activiteiten. De vereveningsbijdrage die strekt ter compensatie van de acceptatieplicht vormt mijns inziens een dergelijke vorm van financiering. De vereveningsbijdragen worden door het Zorginstituut aan de zorgverzekeraars betaald. Mijns inziens is daarmee sprake van rechtstreekse overheidsfinanciering. Weliswaar wordt de vereveningsbijdrage berekend aan de hand van het aantal verzekerden dat een zorgverzekeraar in een jaar heeft en hun kenmerken, maar tegenover de vereveningsbijdrage staat geen specifieke, contractuele, tegenprestatie.¹²⁴ De vereveningsbijdrage strekt ter compensatie van de bij de uitvoering van zorgverzekeringen horende acceptatieplicht en het verbod op risicoselectie, dus ter compensatie van de uitvoering van een taak van algemeen belang, net als de omroepbijdragen in *Bayerischer Rundfunk*.¹²⁵ De vereveningsbijdrage vormt tevens een sociale maatregel, net als de studiebeurzen in *Cambridge University*,¹²⁶ in dit geval om te bewerkstelligen dat de zorg voor allen toegankelijk is. Voorwaarde voor het ontvangen van een vereveningsbijdrage is dat de zorgverzekeraar in het betreffende jaar zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert, althans zijn modelovereenkomsten voorlegt aan de NZa, niet dat de zorgverzekeraar die zorgverzekeringen deugdelijk nakomt.¹²⁷ Verder wordt de hoogte van de vereveningsbijdrage bij wet bepaald, op basis van de 50%-regel en de omvang en kenmerken van de verzekerdenpopulatie van de verzekeraar.¹²⁸ Uit *Oymanns en Bayerischer*

122 Aldus ook Rijken *GJ* 2016/139 par. 12; Kok 2016, p. 1694; Bartels 2005, p. 143; Möhlmann 2011, par. 6.1 onder b. Van Heeswijk *JAAN* 2016/188 merkt de inkomensafhankelijke bijdrage aan als overheidsfinanciering.

123 Zie 3.2.2.1 en 3.2.2.2. Vgl. Bartels, die eveneens concludeert dat de vereveningsbijdrage als overheidsfinanciering moet worden aangemerkt, maar voor de beoordeling of een bepaalde zorgverzekeraar voor meer dan de helft door de overheid wordt gefinancierd verwijst naar de concrete omstandigheden van het geval.

124 Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, *JAAN* 2015/9, m.nt. J.M. Mutsaers (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 4.4.3, waarover ook 3.2.2.4.

125 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, *NJ* 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), 59.

126 Vgl. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*Cambridge University*), r.o. 23.

127 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 137-138, zie ook p. 142-143, 195.

128 Zie 3.2.2.2-3.2.2.3.

Rundfunk volgt dat deze omstandigheid eveneens van belang is voor het ontbreken van een specifieke, contractuele tegenprestatie.¹²⁹

De inkomensafhankelijke bijdrage is mijns inziens als zodanig geen inkomstenbron van de zorgverzekeraar. Het Zvf is namelijk geen doorgeefluik voor de inkomensafhankelijke bijdrage.¹³⁰ Het Zvf heeft meerdere inkomsten, waaronder de inkomensafhankelijke bijdrage, en daaruit worden verschillende uitgaven betaald, waaronder de vereveningsbijdrage.¹³¹ Indien de inkomensafhankelijke bijdragen wel als (uiteindelijke) inkomstenbron van de zorgverzekeraar zou moeten worden aangemerkt, is eveneens sprake van overheidsfinanciering. In 3.2.2.2 is uiteengezet dat de inkomensafhankelijke bijdragen betalingen zijn van de beoogde gebruikers van het zorgverzekeringsstelsel die volgens publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd. Uit de arresten *Bayerischer Rundfunk* en *Oymanns* volgt dat dergelijke betalingen als overheidsfinanciering moeten worden aangemerkt.¹³² Net als in de zaak *Oymanns* het geval was¹³³ speelt de verzekerde bij de inning geen actieve rol, omdat de bijdrage wordt ingehouden op zijn loon, krachtens bepalingen van publiekrecht.¹³⁴ Uit het voorgaande blijkt dat zowel de vereveningsbijdrage als de inkomensafhankelijke bijdrage onderdeel uitmaken van een door de staat gecreëerd financieringssysteem.

Ook tegenover deze inkomensafhankelijke bijdrage staat geen specifieke, contractuele, tegenprestatie van het Zvf of de zorgverzekeraar(s). Dat blijkt al uit het feit dat voor het verschuldigd zijn van de inkomensafhankelijke bijdrage niet vereist is dat de verzekerde ook daadwerkelijk verzekerd is.¹³⁵ Ook is van belang dat de hoogte van de bijdrage niet afhankelijk is van de verzekeringspolis die de verzekerde heeft afgesloten, of van zijn leeftijd of gezondheidstoestand, maar van zijn draagkracht, zoals ook het geval was bij de Duitse premies in *Oymanns/AOK*. Verder wordt de hoogte van de inkomensafhankelijke bijdrage bij wet bepaald,¹³⁶ zoals uiteengezet in 3.2.2.2.

Ook in het onwaarschijnlijke geval¹³⁷ dat de vereveningsbijdrage in een bepaald jaar niet meer dan de helft van de inkomsten van de zorgverzekeraar bedraagt, is niet uitgesloten dat het Hof van Justitie van oordeel zou

129 Vgl. HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 54-55; HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 41-42.

130 Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, JAAN 2015/9, m.nt. J.M. Mutsaers (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 4.4.3, waarover nader 3.2.2.4.

131 Zie art. 39 Zvw en 3.2.2.2.

132 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 34 en 48-50; HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 51, 59.

133 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 56, 14-16.

134 Art. 48-53 Zvw.

135 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 150.

136 Art. 41-43 en 45 lid 1 en 2 Zvw; art. 5.4 Regeling zorgverzekering.

137 Zie 3.2.2.2.

zijn dat de zorgverzekeraar toch aan de financieringsvoorwaarde voldoet, omdat de overige financiering van de zorgverzekeraar uit een samenstel van kleinere bedragen bestaat.¹³⁸ Daarbij is mijns inziens tevens van belang dat er ook kosten zijn voor zorg die onder de Zvw valt en waarvoor zorgverzekeraars hun verzekerden dus dekking bieden, die zorgverzekeraars niet zelf dragen, maar die door het Zvf rechtstreeks aan zorgaanbieders worden voldaan. Het betreft de in 3.2.2.2 ook genoemde beschikbaarheidsbijdragen. Deze zijn er voor onder andere Spoedeisende Eerste Hulp-afdelingen, brandwondenzorg en traumahelicopters.¹³⁹

3.2.2.6 De premies

Het is mijns inziens minder waarschijnlijk dat ook de premies die zorgverzekeraars ontvangen als openbare financiering moet worden aangemerkt, maar zeker niet uitgesloten.¹⁴⁰ De rechtsverhouding tussen Nederlandse zorgverzekeraars en verzekerden is contractenrechtelijk en niet publiekrechtelijk, zoals tussen de Duitse ziekenfondsen en verzekerden het geval was. Door de verzekeringsplicht en acceptatieplicht¹⁴¹ is net als in *Oymanns* sprake van een aansluiting bij een zorgverzekeraar naar keuze die 'ook door de wet is opgelegd,' zoals het Europese Hof van Justitie in *Oymanns/AOK* overwoog.¹⁴² Ook in Duitsland kon de verzekeringsplichtige kiezen uit meerdere fondsen. Dat de aansluiting in Nederland een privaatrechtelijke vorm heeft, terwijl dat bij de Duitse ziekenfondsen een publiekrechtelijke handeling lijkt te zijn, lijkt me, uitgaande van een functionele interpretatie van het begrip publiekrechtelijke instelling, niet zo van belang.¹⁴³

Anders dan in het Duitse systeem ten tijde van *Oymanns* geschiedt de inning van de premies in Nederland langs privaatrechtelijke weg, maar wel binnen voornoemd systeem van contractdwang door de verzekeringsplicht en acceptatieplicht. Indien de verzekerde weigert te betalen is er bovendien een publiekrechtelijk systeem voor inning van de premie.¹⁴⁴ Als het erop aan komt geschiedt de inning van de premie dus wel langs publiekrechtelijke weg.

138 Vgl. Concl. A-G Alber, ECLI:EU:C:2000:229, voor HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, (*Cambridge University*), par. 57, waarnaar ook Arrowsmith 2014, p. 349 verwijst.

139 Art. 56a Wmg. Zie ook de bijlage bij het Besluit beschikbaarheidsbijdrage Wmg; Rijken 2021, p. 162-163 en voorheen: NZa, Beleidsregel Uniform kader beschikbaarheidsbijdrage NZa - BR/REG-20153.

140 Vgl. Möhlmann 2011, par. 6.1 die opmerkt dat de Nederlandse situatie in essentie hetzelfde is als beschreven in *Oymanns*. Anders: Van Heeswijk JAAN 2016/188; Mutsaers JAAN 2015/901; Kok 2016, p. 1693 en impliciet Rijken GJ 2016/139 par. 12.

141 Art. 2-3, 9a-9d Zvw.

142 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 53.

143 Zo ook Möhlmann 2011, par. 6.1; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, GZR-Updates.nl 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.18.5.

144 Afdeling 3.3.2 Zvw.

De grondslag en hoogte van de premie die verzekerden aan hun zorgverzekeraar betalen wordt niet direct bij wet bepaald, maar formeel gezien door de zorgverzekeraars zelf. Uit *Oymanns/AOK* en *Ärtzekerammer* volgt dat daarmee niet is uitgesloten dat sprake is van indirecte overheidsfinanciering. Daarvan is in ieder geval sprake wanneer de hoogte van deze premies juridisch is voorgeschreven doordat de wet de door deze fondsen verrichte prestaties en de daarmee gepaard gaande uitgaven bepaalt en hun verbiedt hun taken met winstoogmerk uit te voeren en wanneer de hoogte van de premies door de toezichthoudende instantie moeten worden goedgekeurd.¹⁴⁵ Net als voor de Duitse ziekenfondsen het geval was, is de hoogte van de Nederlandse premies in die zin juridisch voorgeschreven dat de wet de door de zorgverzekeraars te verrichte prestaties bepaalt en afhankelijk van de tariefregulering voor die prestatie ook de daarmee gepaard gaande uitgaven. De Nederlandse wet verbiedt zorgverzekeraars thans echter niet hun taken met winstoogmerk uit te voeren.¹⁴⁶ Een voorstel van wet houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars is wel aanhangig in de Tweede Kamer,¹⁴⁷ maar de behandeling van dit wetsvoorstel ligt stil sinds de zomer van 2019.¹⁴⁸ Zorgverzekeraars committeren zich thans wel aan onderhandelaarsakkoorden met de minister, brancheorganisaties en andere zorgverzekeraars waarin afspraken over de stijging van de uitgaven worden gemaakt.¹⁴⁹ Hoewel die afspraken aan een winstoogmerk niet in de weg staan, zijn ze daar evenmin goed mee te rijmen. Ten slotte dienen zorgverzekeraars hun modelovereenkomsten wel aan de NZa voor te leggen, maar de NZa heeft geen goedkeuringsrecht met betrekking tot de hoogte van de daarin opgenomen premie.

In het arrest *Amphia*, over de kwalificatie van de stichting Amphia, die een ziekenhuis exploiteert, als publiekrechtelijke instelling, overwoog de Hoge Raad dat tegenover de door Amphia uit de ziekenfondspremies ontvangen gelden een specifieke tegenprestatie stond, te weten de zorg die zij op grond van overeenkomsten met ziekenfondsen diende te verlenen.¹⁵⁰

145 HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärtzekerammer*), r.o. 25.

146 Op grond van art. 2.1.9 Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet gold wel de overgangsregel dat voormalige ziekenfondsen die vanaf 2006 zorgverzekeringen aanboden de reserves die zij hadden opgebouwd met het uitvoeren van de ziekenfondsverzekering moesten afdragen aan het Zorginstituut indien zij de eerste twaalf jaren na inwerkingtreding van de Zvw niet (meer) in hun statuten zouden vastleggen dat ze ten doel hebben als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk te werken.

147 *Kamerstukken II* 2017/18, 34995, nr. 2. Dit voorstel bevat een verduidelijking van het eerdere, in de Tweede Kamer aangenomen, wetsvoorstel *Kamerstukken I* 2016/17, 34522, A, naar aanleiding van door de Eerste Kamer gevraagde adviezen van de NZa en DNB. Zie over het wetsvoorstel Van Wylick 2017.

148 Zie *Kamerstukken I* 2018/19, 34522, M.

149 Zie kort nader in 1.2.4.

150 HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, *NJ* 2007, m.nt. M.R. Mok, *BR* 2007, m.nt. D.C. Orobio de Castro & J.G.J. Jansen, *GJ* 2007/123, m.nt. M.J. Mutsaers (*Amphia*), r.o. 3.7.1-3.7.2.

Dat is op zichzelf juist, ook voor de premies die verzekerden onder de Zvw betalen. De premie vormt wel een contractuele tegenprestatie voor de verzekeringsdekking die de zorgverzekeraar aan de verzekerde verschaft, maar niet een ‘specifieke tegenprestatie’ voor ‘het daadwerkelijke gebruik van de door de betrokken instelling geleverde diensten’ zoals het Hof in *Ärztzekammer* overwoog.¹⁵¹ De premie vormt niet de volledige tegenprestatie voor de verzekeringsdekking die de verzekerde op grond van de zorgverzekering ontvangt. Op macroniveau beslaan de nominale premies iets minder dan vier tiende van de inkomsten van zorgverzekeraars.¹⁵² De hoogte van de premie hangt bovendien net als in *Oymanns/AOK*¹⁵³ niet af van de gezondheidstoestand en leeftijd van de verzekerde, gelet op het verbod op premiedifferentiatie en de plicht alle verzekerden de keuze uit dezelfde modelovereenkomsten te bieden.¹⁵⁴

Al met al hebben de premies die zorgverzekeraars van verzekerden ontvangen wel kenmerken van overheidsfinanciering, maar voldoen zij niet aan alle elementen uit de arresten *Oymanns/AOK* en *Ärztzekammer*. Relevant lijkt me met name dat zorgverzekeraars voor de vaststelling van de premie geen goedkeuring behoeven van een overheidsorgaan en dat ze in theorie een hogere premie mogen vragen dan nodig voor bekostiging van de verzekerde prestaties, omdat het hebben van een winstoogmerk op dit moment niet wettelijk verboden is. Voor het overige verschillen de Nederlandse premies in essentie niet van de Duitse zoals besproken in *Oymanns/AOK*. De premies beschikken in ieder geval over een dusdanig overheidskarakter dat dit mijns inziens meebrengt dat als de vereveningsbijdrage van een individuele zorgverzekeraar in een bepaald jaar minder dan de helft van zijn inkomsten beslaat, toch aan de financieringsvoorwaarde is voldaan.

3.3 BEHOEFTE (VAN ALGEMEEN BELANG) ANDERS DAN VAN COMMERCIELE AARD

3.3.1 Betekenis van ‘anders dan van commerciële aard’

3.3.1.1 *De richtlijn en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie: overzicht, relevante criteria*

In 3.1.3 heb ik al aangegeven dat zorgverzekeraars voorzien in behoeften van algemeen belang. In onder meer *Aigner* en *Korhonen* overwoog het Europese Hof dat bij de vaststelling of de behoeften waarin de instelling voorziet al dan niet van commerciële aard zijn, rekening dient te ‘worden

151 HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztzekammer*), r.o. 23-25.

152 Zie 3.2.2.1

153 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 53.

154 Art. 3 lid 2 en 17 lid 2 Zvw.

gehouden met alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is.¹⁵⁵ De relevante omstandigheden die uit de rechtspraak van het Hof van Justitie naar voren komen zien meestal op de voorwaarden waaronder en de markt waarop de instelling haar activiteiten uitoefent en de aard en eigenschappen van de instelling. Zo is het mogelijk dat binnen een lidstaat de ene instelling wel wordt aangemerkt als aanbestedende dienst en de andere instelling, die voorziet in dezelfde behoeften, niet.¹⁵⁶

In de considerans bij richtlijn 2014/24/EG overweegt de Europese wetgever onder verwijzing naar niet nader aangeduide rechtspraak dat:

‘een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft, en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, niet als een „publiekrechtelijke instelling” mag worden beschouwd, aangezien de behoeften van algemeen belang — en zij is nu juist opgericht of heeft tot taak gekregen in die behoeften te voorzien — kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben.’¹⁵⁷

In de passage zijn duidelijk overwegingen uit jurisprudentie, met name uit de arresten *Korhonen*, *SIEPSA* en *LitSpecMet* te herkennen.¹⁵⁸ Wat onder ‘normale marktvoorwaarden’ moet worden verstaan, blijkt naar mijn mening niet geheel duidelijk uit de rechtspraak. In *LitSpecMet* overwoog het Hof van Justitie dat onder de voorwaarden waaronder de instelling werkzaam is met name begrepen dienen te worden ‘het feit dat er geen concurrentie is op de markt, dat de instelling geen winst oogmerk heeft, dat de met die activiteiten verbonden risico’s niet door haar worden gedragen alsook dat de betrokken activiteiten eventueel met openbare middelen word[en] gefinancierd.’¹⁵⁹ In *SIEPSA* gaf het Hof dezelfde opsomming, maar dan met ‘het niet hoofdzakelijk hebben van een winst oogmerk.’¹⁶⁰ In de considerans van de richtlijn worden naast de marktvoorwaarden het nastreven van winst en dragen van verliezen die voortvloeien uit de activiteiten genoemd. Noë stelt dat onder ‘normale marktvoorwaarden’ waarschijnlijk het bestaan van effectieve concurrentie verstaan moet worden en de afwezigheid van

155 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 41; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 48; HvJ EG 27 februari 2003, C-273/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 66.

156 Arrowsmith 2014, p. 357, 361, nrs. 5-18, 5-24.

157 Considerans bij richtlijn 2014/24/EG, overweging 10.

158 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 50-51; HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 81; HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 44.

159 HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 43.

160 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 81.

aan de instelling toebedeelde bijzondere of exclusieve rechten.¹⁶¹ Arrow-smith en ook Kok maken onderscheid tussen de concurrentiesituatie en de marktvoorwaarden, onder welke laatste Kok de op zorgverzekeraars van toepassing zijnde regelgeving schaaft.¹⁶² Ik behandel het hebben van een winstootmerk, het dragen van de met de activiteiten verbonden risico's en het ontvangen van overheidsfinanciering hierna apart van de concurrentiesituatie en de marktvoorwaarden. Onder de marktvoorwaarden versta ik (mede) regulering van de betrokken activiteiten en de betrokken markt.

Relevant voor de vraag of een instelling al dan niet voorziet in behoeften van commerciële of industriële aard zijn dus:

- de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht;
- de feitelijke concurrentiesituatie waarin en de marktvoorwaarden (regulering) waaronder de instelling werkzaam is;
- of de instelling hoofdzakelijk een winstootmerk heeft;
- of de instelling de met de activiteit verbonden risico's draagt;
- of de activiteit met openbare middelen wordt gefinancierd;
- eventuele overige feiten en omstandigheden.

Uit onder meer *Korhonen* volgt voorts dat niet van belang is of de rechtspersoon naast het voorzien in behoeften van algemeen belang tevens commerciële activiteiten verricht en wat de verhouding tussen beide activiteiten is. Als de rechtspersoon voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan van commerciële aard wordt ze voor het geheel aangemerkt als publiekrechtelijke instelling.¹⁶³

Het criterium 'anders dan van commerciële aard' lijkt vrij ruim te moeten worden toegepast, in de zin dat niet licht moet worden aangenomen dat sprake is van het voorzien in behoeften van commerciële aard. Het criterium lijkt dus niet snel aan kwalificatie als aanbestedende dienst in de weg te staan. Dit blijkt in het bijzonder uit de hiervoor aangehaalde passage uit de considerans bij richtlijn 2014/24/EU. Pas als al de daarin genoemde factoren in de richting van behoeften van commerciële aard wijzen, is daarvan sprake. Past één van de factoren niet bij een commerciële of industriële aard, dan zou de instelling er wellicht toe kunnen neigen nationale gegadigden voorrang te verlenen of zich door niet-economische motieven te laten

161 Noë 2003, p. 319.

162 Arrowsmith 2014, p. 362, nr. 5-25; Kok 2016, p. 1692.

163 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 58, waarin het HvJ EG verwijst naar HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann/Oostenrijkse Staatsdrukkerij*), r.o. 25, 26, 31; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*), r.o. 55-56; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 56.

leiden.¹⁶⁴ Het in 3.3.1.3 in het kader van het gezichtspunt ‘winstoogmerk’ te bespreken arrest *Àgora en Excelsior*¹⁶⁵ vormt hierop een uitzondering, die zich naar mijn mening niet vaak zal voordoen. In onder meer *Korhonen* en *LitSpecMet* formuleerde het Europese Hof van Justitie nog voorzichtiger:

‘Indien de organisatie onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, is het (...) weinig waarschijnlijk dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn.’¹⁶⁶

In deze arresten overwoog het Hof eveneens dat het bestaan van een sterke concurrentie op zich nog niet de conclusie wettigt dat de instelling niet in behoeften van andere dan van commerciële of industriële aard voorziet.¹⁶⁷ Deze strenge benadering past bij de ruime interpretatie die het Hof voorstaat.

Een aantal van de uit de rechtspraak voortkomende relevante omstandigheden bespreek ik hierna nader.

3.3.1.2 *Vervolg: concurrentiesituatie*

Het feit dat de instelling verkeert in een concurrentiesituatie kan volgens het Europese Hof van Justitie een aanwijzing zijn dat de instelling voorziet in een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard,¹⁶⁸ maar, zoals aan het slot van 3.3.1.1 al vermeld, ‘[wettigt] het bestaan van een sterke concurrentie op zich echter nog niet de conclusie’ dat de instelling

164 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 362, randnr. 5-24; Noë 2003, p. 319; concl. A-G Drijber ECLI:NL:PHR:2020:1200, voor HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:791, *RvdW 2021/586 (Exterior Media/ NS stations c.s.)*, r.o. 4.17; Van Romburgh 2022, p. 51; Wagemakers & Yilmaz 2017, par. 1.1, onder a. Zie mogelijk (toch) anders Wagemakers & Yilmaz 2017, par. 1.1 onder ‘ad b) normale marktomstandigheden’. Essers & Lombert 2017, p. 84, 85, merken de in *SIEPSA* genoemde omstandigheden (het ontbreken van mededinging, niet hoofdzakelijk hebben van winstoogmerk, niet zelfstandig dragen van ondernemingsrisico en het bestaan van overheidsfinanciering) niet aan als aanwijzingen, maar als cumulatieve eisen voor het *niet* van commerciële aard zijn van de rechtspersoon aan. Ik leid uit o.a. HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), 81-82 af dat ook sprake kan zijn van behoefte van andere dan van commerciële aard als aan een of enkele van deze omstandigheden is voldaan.

165 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*).

166 HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 44; HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 82. In *Korhonen*, HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 51, noemde het HvJ EG het ‘niet waarschijnlijk’. Vgl. Noë 2003, p. 319.

167 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 54; HvJ EU 5 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 45. Zie ook HvJ EG 27 februari 2003, C-273/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 61.

168 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 46; HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*) r.o. 49 en HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*), r.o. 38.

niet in behoeften van andere dan van commerciële of industriële aard voorziet.¹⁶⁹ Anderzijds is het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van het begrip publiekrechtelijke instelling.¹⁷⁰ Bij de beoordeling van de concurrentiesituatie lijkt het Europese Hof van Justitie de feitelijke situatie doorslaggevend te achten en niet of concurrentie theoretisch en juridisch mogelijk is gezien aan- of afwezigheid van markttoetredingsvoorwaarden en eventuele andere regels.¹⁷¹ Los van de concurrentiesituatie zijn dergelijke juridische marktvoorwaarden wel relevant, zo merkte ik in 3.3.1.1 op, en dat blijkt eveneens uit de in die paragraaf aangehaalde overweging uit onder andere *Aigner*, *Truley* en *Korhonen* dat voor de beoordeling of een instelling voorziet in behoeften van al dan niet commerciële aard rekening dient te worden gehouden ‘met alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk’. Uit deze overweging blijkt ook dat het Europese Hof van Justitie de feitelijke concurrentiesituatie van belang acht. Dit wordt geïllustreerd door het arrest *Aigner* waarin het Hof het van belang achtte dat ‘Fernwärme Wien (...) *de facto* vrijwel een monopoliepositie inneemt’ en ‘thans de enige onderneming is die in de betrokken sector in dergelijke behoeften van algemeen belang kan voorzien.’¹⁷² Ook kan gewezen worden op het arrest *LitSpecMet*, waarin het Europese Hof van Justitie overwoog dat het taak van de verwijzende rechter is:

‘om op basis van de feitelijke elementen van het geval na te gaan of VLRD ten tijde van de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht haar activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verrichtte in een situatie van concurrentie, en met name of VLRD zich in die omstandigheden kon laten leiden door andere dan economische overwegingen.’¹⁷³

In deze overweging verwijst het Europese Hof van Justitie tevens op een van de doelen van de aanbestedingsrichtlijn, namelijk te voorkomen dat rechtspersonen zich door andere dan economische overwegingen kunnen laten leiden.

3.3.1.3 *Vervolg: winstoogmerk*

Uit de jurisprudentie volgt dat het al dan niet hebben van een winstoogmerk een materieel criterium is. Doorslaggevend is niet dat de instelling een statutair winstoogmerk heeft en winst uit mag keren aan haar aandeelhouders.

169 HvJ EG 27 februari 2003, C-273/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 61; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 54; HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 45.

170 HvJ EG 18 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Gemeente Arnhem/BFI Holding*), r.o. 47.

171 Arrowsmith 2014, 362, nr. 5-25.

172 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 44-45.

173 HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 46.

ders.¹⁷⁴ Van belang is dat winst behalen in de praktijk ook het voornaamste of hoofdzakelijke doel van de onderneming is.¹⁷⁵ Zo acht het Europese Hof van Justitie in *Korhonen* van belang dat de Finse regering ter terechtzitting heeft verklaard:

‘dat het weliswaar niet uitgesloten is dat de activiteiten van vennootschappen als Taitotalo winst opleveren, maar dat het nastreven van winst in geen geval hoofddoel van die vennootschappen mag zijn, aangezien voor hen volgens de Finse wetgeving steeds de bevordering van het algemeen belang van de inwoners van het territoriale lichaam voorop moet staan.’¹⁷⁶

In *Aigner* overwoog het Europese Hof van Justitie dat Fernwärme Wien is opgericht met het specifieke doel te voorzien in verwarming op het grondgebied van de stad Wenen en dat vaststaat dat het nastreven van winst niet voorop heeft gestaan bij de oprichting ervan. Het Europese Hof van Justitie stelde vast dat weliswaar niet is uitgesloten dat deze activiteit winst kan opleveren in de vorm van dividenduitkeringen aan de aandeelhouders van die entiteit, maar dat het nastreven van winst niet het hoofddoel van de rechtspersoon is.¹⁷⁷ Het voornaamste doel van *SIEPSA* was volgens het Hof van Justitie het uitvoeren van het penitentiaire beleid van de staat, waaraan niet afdoet dat *SIEPSA* haar activiteiten volgens de Spaanse regering uitoefent met een winst oogmerk.¹⁷⁸ In *Oymanns/AOK* nam de verwijzende rechter tot uitgangspunt dat ziekenfonds AOK in niet-commerciële behoeften voorzag omdat het ziekenfonds geen winst nastreefde.¹⁷⁹

Het arrest *Agorà en Excelsior*¹⁸⁰ vormt op het vorenstaande een uitzondering. Hierin leek het Europese Hof van Justitie een andere invulling te geven aan het vereiste van het hebben van een winst oogmerk. Het achtte ook voldoende dat de betreffende rechtspersoon (Ente) werd bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Ik bespreek dat arrest hier nader, omdat het hof 's-Hertogenbosch eveneens aan dit criterium toetste in de procedure waarin in geschil was of CZ c.s. aanbestedingsplichtig was¹⁸¹ en de Hoge Raad dit criterium aanhaalde in het arrest *Amphia*,¹⁸² over de vraag of het Amphia ziekenhuis aanbestedingsplichtig was. Naar mijn mening is in deze Nederlandse rechtspraak te veel betekenis toegekend aan het arrest *Agorà en Excelsior*. Louter in uitzonderlijke omstan-

174 Noë 2003, p. 319.

175 O.a. HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 81, 88-90.

176 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 54.

177 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 42.

178 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 88-90.

179 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 49.

180 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*).

181 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers; *GJ* 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*), r.o. 8.12.

182 HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, *NJ* 2007, m.nt. M.R. Mok, *BR* 2007, m.nt. D.C. Orobio de Castro & J.G.J. Jansen, *GJ* 2007/123, m.nt. M.J. Mutsaers (*Amphia*), r.o. 3.5.2-3.5.3.

digheden moet worden aangenomen dat een rechtspersoon die opereert op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, maar geen winstoogmerk heeft, voorziet in behoeften van algemeen belang met een commercieel karakter. Het arrest lijkt een witte raaf te vormen in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over het begrip 'publiekrechtelijke instelling.' Het is toegesneden op de omstandigheden van het geval. Het Europese Hof van Justitie antwoordde op de gestelde prejudiciële vragen:

'dat een entiteit die tot doel heeft activiteiten uit te oefenen verband houdend met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten; geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit; en die opereert in een klimaat van concurrentie, geen publiekrechtelijke instelling (...) is.'¹⁸³

Het arrest richt zich zodoende specifiek op een entiteit die tot doel heeft jaarbeurzen etc. te organiseren. Wellicht stapte het Hof in deze zaak over het ontbreken van een winstoogmerk heen, omdat andere factoren eveneens op een commerciële activiteit wezen en de statuten wel expliciet bepaalden dat de betreffende rechtspersoon (Ente) bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Zo acht het Hof, afgezien van hetgeen ik hiervoor heb aangehaald, van belang dat er niet was voorzien in een mechanisme om eventuele verliezen te compenseren, zodat Ente zelf het economische risico van haar activiteiten droeg, alsmede dat een interpretatieve mededeling van de Commissie het commerciële karakter van het houden van beurzen en tentoonstelling bevestigde en dat daaruit bleek dat het niet behoeften betrof waarin de staat in het algemeen besluit zelf te voorzien en ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil houden.¹⁸⁴ In onder meer de hiervoor aangehaalde arresten van latere datum noemt het Hof van Justitie het werken op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit niet als alternatief voor het hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk.¹⁸⁵

3.3.1.4 *Vervolg: dragen van met de activiteit verbonden economische risico's*

Ook het dragen van het economisch risico is een materieel criterium. Van belang is niet alleen of is voorzien in een officieel mechanisme om eventuele financiële verliezen te compenseren,¹⁸⁶ maar ook of een andere

183 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*), r.o. 43.

184 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*), r.o. 40-41.

185 Zie bijv. HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 88; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 51, 59; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 41-42 HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 44.

186 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*), r.o. 40.

aanbestedende dienst de nodige maatregelen zou nemen om een dreigend faillissement van de instelling te vermijden. Zo achtte het Hof het ‘weinig waarschijnlijk’ dat de vennootschap *SIEPSA*, die tot doel had te voorzien in de oprichting, inrichting en bouw van gevangenissen ‘zelf de aan haar activiteit verbonden economische risico’s moet dragen.’ Het Hof overwoog:

‘Gelet op het feit dat de vervulling van de opdracht van deze vennootschap een fundamenteel element van het penitentiaire beleid van de Spaanse Staat is, lijkt het immers waarschijnlijk dat die staat, in zijn hoedanigheid van enige aandeelhouder, de nodige maatregelen neemt om een faillissement van *SIEPSA* te vermijden.’¹⁸⁷

In *Korhonen* had de Finse regering aangegeven dat een vennootschap als Taitotalo dezelfde economische risico’s droeg als particuliere ondernemers en net als andere naamloze vennootschappen failliet zou kunnen worden verklaard, maar dat de territoriale lichamen waartoe vennootschappen als Taitotalo behoren, ‘het zelden zover zullen laten komen en eventueel tot kapitaalverhoging van die vennootschappen zullen overgaan.’¹⁸⁸ Het Europese Hof van Justitie achtte het mede daarom waarschijnlijk dat Taitotalo in een andere behoefte voorziet dan van commerciële aard, maar laat de beslissing hierover aan de verwijzende rechter omdat deze ‘over grondige kennis van het dossier beschikt.’¹⁸⁹ In *Aigner* achtte het Hof het gezien milieuoverwegingen en de publieke opinie niet aannemelijk dat het verwarmingssysteem zal worden afgeschaft, ‘zelfs niet indien dit systeem met verlies zou functioneren.’ Relevante omstandigheden waren in dit verband dat Fernwärme Wien nagenoeg monopolist is op de Weense markt voor stadsverwarming en de sector autonoom is in de zin dat het huidige stadsverwarmingssysteem moeilijk vervangbaar is door een ander systeem.¹⁹⁰

Of een andere aanbestedende dienst een instelling failliet zal laten gaan en wat het risico van een faillissement is, is uiteraard lastig vooraf vast te stellen. Relevant kan zijn of de overheid eerder bij de instelling heeft ingegrepen. Arrowsmith merkt denk ik terecht op dat de redding door een andere aanbestedende dienst op voorhand voldoende aannemelijk moet zijn, wil dat tot de vaststelling leiden dat sprake is van overheidsinvloed.¹⁹¹

3.3.1.5 Vervolg: overheidsfinanciering

Het Europese Hof van Justitie wees in ieder geval in *LitSpecMet*, *SIEPSA*, *Truley* en *Korhonen* op de relevantie van overheidsfinanciering voor de beoordeling of de instelling voorziet in behoeften van algemeen belang van

187 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 91.

188 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 53.

189 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 53, 55-56.

190 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 44.

191 Arrowsmith 2014, p. 363-364 (5-27).

andere dan van commerciële aard.¹⁹² Van hoeveel overheidsfinanciering sprake moet zijn en in welke vorm, blijkt niet duidelijk uit de rechtspraak. In *Korhonen* achtte het Hof voor de beoordeling van het al dan niet commercieel zijn van de behoeften waarin de vennootschap Taitotalo voorzag van belang dat de betrokken activiteit – een vastgoedproject – met overheidsmiddelen werd gefinancierd,¹⁹³ terwijl die financiering volgens de opdrachtgever minder dan de helft van de totale waarde van het project bedroeg.¹⁹⁴ In *SIEPSA* verwijst het Hof naar de betreffende overwegingen uit *Korhonen*, alsmede naar *Truley* en noemt het ‘het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen’ als relevante omstandigheid.¹⁹⁵ Het kapitaal van *SIEPSA* werd volledig gefinancierd door de Spaanse staat, tevens enig aandeelhouder van de vennootschap.¹⁹⁶ Het Hof kent daaraan echter geen betekenis toe bij de beoordeling van het karakter van de behoeften waarin *SIEPSA* voorziet, wellicht omdat het Hof reeds op andere gronden tot de conclusie komt dat de behoeften waarin *SIEPSA* voorziet niet van commerciële aard zijn.¹⁹⁷ In de rechtsoverweging uit *Truley*, waarnaar het Hof in *SIEPSA* verwijst, noemt het Hof de relevantie van overheidsfinanciering als zodanig niet expliciet, maar acht het wel van belang dat de stad Wenen op grond van lokale regelgeving verplicht is de begrafeniskosten voor haar rekening te nemen voor zover zij niet ten laste van een derde komen of worden gedekt door de nalatenschap.¹⁹⁸ *Truley* betrof een geschil over een opdracht voor de stoffering van lijkkasten.

In *Korhonen* en *SIEPSA* achtte het Hof van Justitie van belang dat de in het (aanbestedings)geding betrokken activiteit met openbare middelen werd gefinancierd. Als dat inderdaad zo is, dan zou het Hof bij deze beoordeling een ander begrip van overheidsfinanciering hanteren dan bij de toepassing van de financieringsvoorwaarde, want daarvoor is ook overheidsfinanciering voor andere activiteiten van de rechtspersoon dan die in het geding relevant. Ik betwijfel of uit de betreffende overwegingen in *Korhonen* en *SIEPSA* moet worden afgeleid dat overheidsfinanciering voor andere activiteiten van de vennootschap dan de in het geding betrokken activiteit irrelevant is voor de beoordeling van het karakter van de behoeften. Mijns inziens zou ook financiering van andere activiteiten van de vennootschap relevant kunnen zijn voor deze beoordeling, omdat die

192 HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (*LitSpecMet*), r.o. 43; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 55 en 59; HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 81; HvJ EG 27 februari 2003, C-273/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 66.

193 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 55 (‘overheidsfinanciering ... voor het onderhavige vastgoedproject’).

194 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), r.o. 6, 13 en 55.

195 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 81.

196 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 20.

197 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), r.o. 84-92.

198 HvJ EG 27 februari 2003, C-273/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Truley*), r.o. 64.

financiering onderdeel uitmaakt van de voorwaarden waaronder de vennootschap werkzaam is.¹⁹⁹

Uit *Korhonen* volgt daarnaast dat de aanwezigheid van overheidsfinanciering (voor de betrokken activiteit) ook relevant is als die minder dan de helft van de financiering van de vennootschap in een bepaald jaar bedraagt. Dit laatste past bij de weging van omstandigheden die moet worden gemaakt bij de beoordeling van het karakter van de behoeften.

3.3.2 Toepassing op zorgverzekeraars

3.3.2.1 *De Nederlandse rechtspraak*

Of zorgverzekeraars voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële (of industriële) aard zijn, was onderwerp van geschil in zowel de procedure over de mogelijke aanbestedingsplicht van CZ c.s. als van Zilveren Kruis c.s. De rechtbank Zeeland-West-Brabant en het hof Den Haag oordeelden dat de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan commerciële aard zijn. De rechtbank Den Haag en het hof 's-Hertogenbosch oordeelden dat de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien wel van commerciële aard zijn. Ik zet deze oordelen hierna in de hiervoor gegeven volgorde naast elkaar en geef in 3.3.2.2-3.3.2.6 mijn eigen opvatting. Het door de feitenrechters geschetste juridische kader bespreek ik alleen voor zover mij daarin, in het licht van het hiervoor gegeven kader, iets opvalt.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant (niet commercieel)

CZ c.s. had in de procedure voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant aangevoerd dat de staat het bieden van dekking voor de behoefte aan zorg genoemd in art. 10 Zvw heeft overgelaten aan private marktpartijen en dat de NZa zorgverzekeraars als reguliere schadeverzekeraars beschouwt. Zij concurreren met elkaar om de gunst van verzekerden. Voorts stelde CZ c.s. dat zorgverzekeraars winst maken en sommige ook uitdrukkelijk een winst-oogmerk hebben, namelijk 'de zorgverzekeraars die hun bedrijf voeren in de vorm van een NV'. Zelfs als een zorgverzekeraar geen winst-oogmerk heeft, maar 'opereert in een klimaat van concurrentie' is zij om die reden al geen publiekrechtelijke instelling volgens CZ c.s., waarbij ze verwijst naar het arrest *Àgora en Excelsior*.²⁰⁰

199 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 364, nr. 5-28. Ook Mutsaers *JAAN* 2015/901 en Van Heeswijck *JAAN* 2016/188 suggereren in hun annotaties analoge toepassing van de financieringsvoorwaarde om te bepalen of sprake is van openbare financiering als bedoeld in het kader van toetsing aan het eerste criterium.

200 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, *JAAN* 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.14.

De voorzieningenrechter neemt in zijn juridisch kader onder meer tot uitgangspunt, onder verwijzing naar *Korhonen*, dat als een instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, het niet waarschijnlijk is dat de behoeften waarin zij wil voorzien van andere dan industriële of commerciële aard zijn.²⁰¹

De voorzieningenrechter overwoog daarop dat 'Hoewel zorgverzekeraars werkzaam zijn in een zekere mate van concurrentie,' 'niet kan worden gezegd dat zij – naar maatstaven van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie – onder normale marktvoorwaarden actief zijn en de met de uitoefening van hun activiteiten verbonden verliezen dragen.' Voor CZ komt daar volgens de voorzieningenrechter nog bij dat haar organisatie geen winstoogmerk heeft en dus geen winst nastreeft.²⁰² De voorzieningenrechter overwoog vervolgens dat uit meerdere in de Zvw opgenomen publiekrechtelijke waarborgen en sancties blijkt dat zorgverzekeraars niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn. Hij noemt:

- de verzekeringsplicht;
- de acceptatieplicht;
- het verbod op premiedifferentiatie;
- de regulering van de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties bij en krachtens art. 11 tot en met 14 Zvw;
- het feit dat de inning van de premie die verzekerden moeten betalen bestuursrechtelijk gegarandeerd is (art. 18a e.v. Zvw);
- de bevoegdheid van het Zorginstituut ambtshalve namens een verzekerde een zorgverzekering af te sluiten (art. 9d Zvw), waarvoor de zorgverzekeraar een bijdrage ontvangt (art. 34a en 39 Zvw);
- het feit dat zorgverzekeraars de vereveningsbijdrage ontvangen ter compensatie van de acceptatieplicht.

Evenmin draagt CZ volgens de rechtbank het economisch risico voor de uitoefening van haar activiteiten. De voorzieningenrechter wijst erop dat het Zorginstituut aan verzekerden de vorderingen voldoet die zij op de zorgverzekeraar hebben als de zorgverzekeraar failliet wordt verklaard (art. 31 Zvw) en op de regeling in art. 33 Zvw op grond waarvan het Zorginstituut de zorgverzekeraar een bijdrage kan toekennen in het geval van een catastrofe. Ook lijkt het de voorzieningenrechter onwaarschijnlijk dat de staat een grote zorgverzekeraar als CZ met een marktaandeel van ongeveer 20% failliet zal laten gaan.²⁰³

Van enige concurrentie is wel sprake volgens de voorzieningenrechter, maar ook niet zodanig dat – 'rekening houdend met de hiervoor besproken voorwaarden en omstandigheden' – gesproken kan worden van een nor-

201 R.o. 7.

202 R.o. 4.15.1.

203 R.o. 4.15.2.

male marktsituatie. De voorzieningenrechter merkt op dat het aantal verzekerden dat jaarlijks van zorgverzekeraar wisselt gering is, dat dit aantal in 2012 circa 6% was, en dat het marktaandeel van zorgverzekeraars, waaronder dat van CZ, tamelijk stabiel blijft. De voorzieningenrechter besluit dat het bestaan van een (sterke) concurrentie niet doorslaggevend is volgens de door de voorzieningenrechter weergegeven rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, maar alleen een aanwijzing.

Het gerechtshof Den Haag (niet commercieel)

Het hof Den Haag neemt in zijn juridisch kader tot uitgangspunt dat de vraag of sprake is van behoeften van algemeen belang, anders dan van commerciële aard volgens het arrest *SIEPSA* beoordeeld moet worden op grond van alle omstandigheden van het geval, met inbegrip van met name een viertal criteria, namelijk i) het ontbreken van mededinging op de betreffende markt, ii) het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winst oogmerk; iii) het niet zelfstandig dragen van een ondernemersrisico en iv) het bestaan van overheidsfinanciering.²⁰⁴

Het hof is voorshands van oordeel dat bij Achmea met betrekking tot de basisverzekering in elk geval sprake is van een aanzienlijke mate van overheidsfinanciering, wat er ook zij van de overige criteria. Zowel de door verzekerden betaalde premies als de vereveningsbijdrage is volgens het hof aan te merken als overheidsfinanciering. Het hof kan gezien die overheidsfinanciering niet uitsluiten dat Achmea dient te worden aangemerkt als een instelling die ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van commerciële aard, gaat daar in het vervolg van het arrest van uit en toetst aan de financieringsvoorwaarde.²⁰⁵

De rechtbank Den Haag (wel commercieel)

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag acht bepalend voor de vraag of Achmea is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, die niet van industriële of commerciële aard zijn 'of Achmea handelt onder normale marktomstandigheden, of er sprake is van concurrentie, winst oogmerk en van economisch risico.'²⁰⁶

Medical c.s. hadden betoogd dat Achmea niet onder normale marktomstandigheden werkzaam is, onder opsomming van een reeks feiten vergelijkbaar met die hiervoor weergegeven in het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant.

De voorzieningenrechter overweegt evenwel dat hij met Achmea van oordeel is:

204 Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, *JAAN* 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijck, *GJ* 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 9.

205 R.o. 9.

206 Rb. Den Haag (vzr.) 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542, *JAAN* 2015/9, m.nt. J.M. Mutsaers (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 4.3.

‘dat de verzekeringsplicht niet zo veel zegt over het al dan niet ontbreken van marktwerking. Immers, binnen de markt van zorgverzekeraars kan de verzekerde vrij kiezen tussen de verschillende verzekeraars. Het feit dat er sprake is van een acceptatieplicht maakt deze vrije keuze van verzekerden naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders. Dit maakt het voor verzekerden eenvoudiger om van zorgverzekeraar te wisselen en zal dus eerder bijdragen aan de concurrentie. Ook het verbod op premiedifferentiatie heeft, zoals Achmea terecht opmerkt, geen invloed op de concurrentiepositie, nu dit verbod er alleen op ziet dat Achmea voor haar eigen verzekerden voor dezelfde verzekering geen verschillende premies mag heffen op grond van bijvoorbeeld leeftijd of gezondheidsrisico. Tussen de verschillende pakketten die Achmea aanbiedt mag wel degelijk onderscheid in premie worden gemaakt.’²⁰⁷

Ook is volgens de voorzieningenrechter door Medical c.s. onvoldoende onderbouwd waarom Achmea niet het economisch risico zou dragen van haar activiteiten. Achmea heeft immers onbetwist gesteld dat er geen enkele bepaling is die eraan in de weg staat dat een zorgverzekeraar als Achmea faillieert.²⁰⁸

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch (wel commercieel)

Het hof 's-Hertogenbosch neemt in zijn juridisch kader onder meer tot uitgangspunt, onder verwijzing naar in het bijzonder *Àgora en Excelsior* en *Korhonen*, dat sprake is van behoeften van algemeen belang van commerciële aard wanneer een instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang i) winstoogmerk heeft, althans bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, ii) opereert onder normale marktomstandigheden en iii) het economisch risico van haar activiteiten draagt.²⁰⁹

Het hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat zowel Delta Lloyd zorgverzekering NV als Ohra Zorgverzekeringen N.V., anders dan de voorzieningenrechter oordeelde, wel een winstoogmerk hebben en daarnaast dat alle zorgverzekeraars wel winst nastreven en die feitelijk ook maken. Het hof verwijst daarbij naar een artikel uit het Financieel Dagblad. Verder rechtvaardigt het ontbreken van een winstdoelstelling in de statuten volgens het hof niet de conclusie dat er geen sprake is van het voorzien in behoeften van algemeen belang die van commerciële aard zijn. Het hof is van oordeel dat CZ c.s. de stelling van Hollister dat CZ c.s. niet wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, gemotiveerd heeft weersproken.²¹⁰ Volgens het Hof wordt de prikkel om efficiënt te ondernemen ook niet weggenomen door het risicovereveningssysteem.

207 R.o. 4.4.1. Vgl. ook vrij beknopt Rb. Noord-Nederland (bestuursrecht) 7 november 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4747, r.o. 7.4.

208 R.o. 4.4.2.

209 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers; *GJ* 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (*CZ c.s./Hollister*), r.o. 8.11.

210 Waarbij het verwijst naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Amphia*: HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, *NJ* 2007, m.nt. M.R. Mok, *BR* 2007, m.nt. D.C. Orobio de Castro & J.G.J. Jansen, *GJ* 2007/123, m.nt. M.J. Mutsaers (*Amphia*).

Dat systeem strekt er volgens het hof slechts toe om vooraf bestaande onevenwichtigheden welke uit de acceptatieplicht kunnen voortvloeien te compenseren. Het hof vervolgt:

‘Het moge zo zijn dat ook, zoals [Hollister] stelt, niet efficiënt werkende zorgverzekeraars van het risico vereveningssysteem kunnen profiteren, onjuist is dat zorgverzekeraars de verliezen welke zouden kunnen voortvloeien uit ander (inefficiënt) handelen dan het aanbieden van verzekeringen met een hoog risico op claims, vergoed krijgen uit het risicovereveningsfonds.’²¹¹

Het hof is tevens van oordeel dat niet gezegd kan worden dat zorgverzekeraars niet in concurrentie, althans niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn als in het aanbestedingsrecht bedoeld. Het hof overweegt daartoe, samengevat, dat het aanbieden en uitvoeren van zorgverzekeringen een economische activiteit is die bij de Zvw is overgelaten aan verzekeringsondernemingen. Het hof wijst op de memorie van toelichting bij de Zvw, waaruit blijkt dat met de Zvw is beoogd ‘een systeem van gereguleerde marktwerking (...) te introduceren’ en dat de Nederlandse staat bewust heeft gekozen voor een privaatrechtelijke vormgeving van de zorgverzekering, waarbij door middel van een aantal wettelijke waarborgen de door de regering noodzakelijk geachte sociale randvoorwaarden werden veranderd. Het hof noemt de verzekeringsplicht, acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie en de regulering van de inhoud en omvang van het verzekerde pakket. De zorgverzekering is in dit opzicht volgens het hof ‘een bijzondere van overheidswege gereguleerde vorm van schadeverzekering.’ Volgens het hof is met de vereveningsbijdrage beoogd zorgverzekeraars een gelijke uitgangspositie op de markt te geven die concurrentie mogelijk maakt op basis van ‘de gunst van de verzekerde die zijn keuze maakt op basis van premiestelling, kwaliteit van zorg(inkoop) en zorgbemiddeling.’ Volgens het hof beperkt dit vereveningssysteem de concurrentie niet, maar stimuleert het die juist. Dat is volgens het hof ook het oordeel van de Europese Commissie in diens staatssteunbeschikking.²¹² Het bestaan van de meerdere in de Zvw neergelegde publiekrechtelijke waarborgen wil volgens het hof niet zeggen dat zorgverzekeraars niet onder normale marktvoorwaarden werkzaam zijn. Het hof overweegt vervolgens:

‘Naar het oordeel van het hof staat het bestaan van sociale randvoorwaarden in de Zvw er niet aan in de weg dat zorgverzekeraars opereren in een klimaat van concurrentie. Feit is dat er een markt is ontstaan, waarop zorgverzekeraars hun activiteiten in concurrentie om de gunst van de verzekerden met elkaar uitoefenen. Dat het aantal verzekerden dat jaarlijks feitelijk van verzekeraar wisselt onder de 10% ligt, doet daaraan niet af. Ook doet daaraan niet af het feit dat het voor nieuwe toetreders moeilijk is geworden de markt te betreden als gevolg van het ontstaan van een viertal grote zorgverzekeraars die samen 90% van de markt

211 R.o. 8.12.

212 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162.

bedienen. Dit sluit niet uit dat zich in voorkomende gevallen mededingingsrechtelijk te bestrijden belemmeringen van onderlinge concurrentie tussen de verzekeraars kunnen voordoen, maar tot de conclusie dat zorgverzekeraars niet in concurrentie, althans niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn als in het aanbestedingsrecht bedoeld, leidt dat niet.²¹³

Ten behoeve van de beoordeling of zorgverzekeraars economisch risico dragen voor hun activiteiten beschrijft het hof de financiering van zorgverzekeraars. Het stelt vast dat het aan de zorgverzekeraar is om te bepalen hoe hij zijn inkomsten besteedt, mits hij er maar voor zorgt dat zijn verzekerden tijdig de verzekerde prestaties ontvangen. De overheid oefent geen toezicht uit op de wijze van besteding van de inkomsten, 'terwijl evenmin blijkt dat de overheid in redelijkheid aanleiding zou kunnen zien om daarop invloed te willen uitoefenen.' De minimumeisen die De Nederlandsche Bank (DNB) stelt aan door zorgverzekeraars aan te houden reserves en het toezicht dat DNB daarop houdt, doet volgens het hof niet af aan het economisch risico dat zorgverzekeraars lopen.

De vereveningsbijdrage strekt volgens het hof 'niet ter compensatie van concrete verliezen op de uitoefening van het zorgverzekeringsbedrijf.' Ook kunnen zorgverzekeraars volgens het hof failliet gaan indien zij hun uitgaven onvoldoende beheersen. 'Er is geen wettelijke regeling die kan voorkomen dat een zorgverzekeraar faillieert.'

De door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van belang geachte regeling in art. 31 Zvw dient er volgens het hof niet toe bedrijfseconomisch risico bij zorgverzekeraars weg te halen, maar om ervoor te zorgen dat verzekerden geen financieel nadeel ondervinden indien een zorgverzekeraar faillieert. Over de noodregeling in art. 33 Zvw merkt het hof alleen op dat die voor catastrofes is en een drempel kent. De wanbetalersregeling in art. 18a e.v. Zvw is volgens het hof een sociale randvoorwaarde in het kader van de acceptatieplicht die niet tot doel heeft '(en ook niet het effect)' te voorkomen dat zorgverzekeraars 'enig (ander) risico op de wijze van bedrijfsvoering lopen.' Datzelfde geldt volgens het hof voor de bevoegdheid van het Zorginstituut om ambtshalve namens een onverzekerde een verzekering af te sluiten.

Ten slotte overweegt het hof:

'Aan [producent stomamaterialen] kan worden toegegeven dat zorgverzekeraars bij de invoering van het stelsel een solide start hebben kunnen maken doordat de wettelijke reserves Ziekenfondswet toen zijn toegevoegd aan de statutaire reserves, maar dat zorgverzekeraars geen risico dragen volgt daaruit niet. Dat zorgverzekeraars niet het economisch risico van hun activiteiten dragen zodanig dat zij geneigd zouden (kunnen) zijn zich door andere dan economische overwegingen te laten leiden, heeft [producent stomamaterialen] dan ook niet aanmerkelijk gemaakt.'²¹⁴

213 R.o. 8.13.

214 R.o. 8.14.

Het hof komt zodoende tot het voorlopig oordeel dat C.Z. c.s. moeten worden aangemerkt als instellingen die voorzien in een behoefte van algemeen belang van commerciële aard, zodat niet aan de voorwaarden van de definitie van ‘publiekrechtelijke instelling’ uit art. 1.1 Aw 2012 is voldaan.²¹⁵

Vergelijking

In de hiervoor besproken uitspraken valt op dat de rechters erover van oordeel verschillen of zorgverzekeraars al dan niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn en welke betekenis daaraan volgens het Europese Hof van Justitie zou moeten worden toegekend, hoe de feitelijke concurrentiesituatie gewogen en gewaardeerd dient te worden, of zorgverzekeraars economisch risico dragen voor hun activiteiten en welke betekenis dit criterium heeft en of zorgverzekeraars overheidsfinanciering ontvangen en welke betekenis daaraan toekomt.

Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant brengen de hiervoor opgesomde publiekrechtelijke waarborgen mee dat CZ niet onder normale marktvoorwaarden actief is. Volgens het hof ‘s-Hertogenbosch is die conclusie onjuist. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant lijkt aan het bestaan van de publiekrechtelijke regelingen op zichzelf af te leiden dat CZ daardoor niet onder normale marktvoorwaarden actief is en beoordeelt daarna de concurrentiesituatie. Zowel de rechtbank Den Haag als het hof ‘s-Hertogenbosch lijken met name te toetsen of door de publiekrechtelijke regelingen sprake is van een beperking van de concurrentie en of die regelingen daartoe strekken.²¹⁶ Ik interpreteer de jurisprudentie van het Hof van Justitie zo dat aan de publiekrechtelijke regelingen ook los van hun impact op de onderlinge concurrentie betekenis dient toe te komen.²¹⁷ De door de Zeeuwse voorzieningenrechter genoemde marktvoorwaarden lijken me allen relevant voor de beoordeling van het commercieel karakter van de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien, met uitzondering van – zo oordeelt ook het hof s’-Hertogenbosch – de regeling in art. 31 dat het Zorginstituut vorderingen van verzekerden op hun zorgverzekeraar voldoet als die laatste failliet gaat. Deze regeling ziet immers op het risico dat de verzekerde draagt en niet op het risico dat de zorgverzekeraar draagt.

Zowel de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant als het hof ‘s-Hertogenbosch constateren dat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt niet zo sterk is. Volgens de Zeeuwse voorzieningenrechter is de bestaande concurrentie onvoldoende om te spreken van normale marktomstandigheden. Het hof ‘s-Hertogenbosch sluit niet uit dat zich in voorkomende gevallen mededingingsrechtelijk te bestrijden belemmeringen van onderlinge concurrentie tussen verzekeraars kunnen voordoen, maar dat dat niet wil zeggen dat zorgverzekeraars niet in concurrentie,

215 R.o. 8.15.

216 Vgl. Steyger 2017, par. 5 over de uitspraak van het hof ‘s-Hertogenbosch.

217 Zie 3.3.1.1-3.3.1.2. Zie toegepast op zorgverzekeraars hierna in 3.3.2.2.

althans onder normale marktvoorwaarden actief zijn, zoals in het aanbestedingsrecht bedoeld. Indien in het oordeel van het hof 's-Hertogenbosch besloten ligt dat de feitelijke concurrentiesituatie aanbestedingsrechtelijk niet relevant is, is dat mijns inziens onjuist. Dat in dit geval aanbestedingsrechtelijk gezien op de zorgverzekeringsmarkt sprake is van normale marktvoorwaarden betwijfel ik. In ieder geval lijkt van een sterke concurrentie geen sprake. Zie nader hierna in 3.3.2.2.

Met betrekking tot het hebben van een winstoogmerk oordeelde de Zeeuwse voorzieningenrechter dat CZ c.s. geen winstoogmerk heeft en het hof 's-Hertogenbosch dat twee van de drie zorgverzekeraars dat wel hebben en dat alle zorgverzekeraars winst nastreven. Geen van beide rechters toetst expliciet of winst behalen al dan niet het voornaamste of hoofdzakelijke doel van de zorgverzekeraar is.²¹⁸ Het hof 's-Hertogenbosch kent wel expliciet betekenis toe aan het feit dat CZ c.s. bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. In 3.3.1.3 heb ik betoogd dat dit slechts in uitzonderlijke gevallen een alternatief is voor het hebben van een winstoogmerk, teneinde vast te stellen dat de rechtspersoon voorziet in behoeften van algemeen belang die van commerciële aard zijn.

Ten aanzien van de beoordeling of de zorgverzekeraar het economisch risico voor zijn activiteiten draagt, valt ten eerste op dat alleen de Zeeuwse voorzieningenrechter heeft beoordeeld of de staat de betreffende zorgverzekeraar failliet zou laten gaan. De rechtbank Den Haag en het hof 's-Hertogenbosch beperken zich tot de vaststelling dat er geen wettelijke bepalingen zijn die ertoe strekken een faillissement van een zorgverzekeraar te voorkomen. Uit de in 3.3.1.4 besproken rechtspraak van het Europese Hof van Justitie blijkt dat wel relevant is of de staat in zou grijpen bij een dreigend faillissement. In verband met het dragen van economisch risico acht de Zeeuwse voorzieningenrechter daarnaast mijns inziens terecht de catastroferegeling van art. 33 Zvw relevant. De rechtbank Den Haag noemt deze regeling niet en het hof 's-Hertogenbosch beschrijft alleen dat deze regeling voor catastrofes is en een drempel kent, maar geeft niet aan waarom de regeling niet van invloed zou zijn op het economisch risico dat de zorgverzekeraar draagt.

Het hof Den Haag kwam in de vergelijking tot nu toe niet voor, omdat het de enige rechter is die nadrukkelijk betekenis toekent aan het feit dat zorgverzekeraars in aanzienlijke mate door de overheid gefinancierd worden en de overige factoren die relevant zijn voor de beoordeling van de commerciële aard van de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien niet beoordeelt. Zoals hiervoor in 3.3.1.5 al is opgemerkt, dient aan de aanwezigheid van overheidsfinanciering inderdaad betekenis toe te komen. Wellicht is dit zelfs al voldoende om te concluderen dat de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien niet van commerciële aard zijn.

218 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (SIEPSA), r.o. 81, 88-90.

Ik bespreek mijn eigen opvatting over de mate waarin zorgverzekeraars voldoen aan de verschillende factoren voor het al dan niet van commerciële aard zijn van de behoeften waarin zij voorzien hierna nader.

3.3.2.2 Concurrentie en marktvoorwaarden

Met Kok en de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant²¹⁹ ben ik van mening dat de verzekeringsplicht en bijbehorende acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie, de regulering van de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties, de wanbetalersregeling en de maatregelen voor het verzekeren van onverzekerden²²⁰ geen normale marktvoorwaarden zijn. Dit blijkt ook uit de staatssteunbeschikking van de Europese Commissie over het Nederlandse risicovereveningssysteem. De Commissie overwoog weliswaar dat het risicovereveningssysteem de concurrentie niet beperkt en juist stimuleert, omdat het risico's en niet kosten compenseert,²²¹ maar ook dat zorgverzekeraars '[o]nder normale markt-omstandigheden' de kosten zouden moeten dragen die voortvloeien uit het risicoprofiel van hun verzekerden.²²² Met de hiervoor opgesomde sociale randvoorwaarden en publiekrechtelijke waarborgen heeft de staat de zorgverzekeringmarkt gecreëerd (verzekeringsplicht) en afgebakend (acceptatieplicht, verbod op premiedifferentiatie en regulering van de verzekerde prestaties). Op een aantal punten is concurrentie zeker mogelijk. Een zorgverzekeraar kan kiezen of hij naturapolissen, restitutiepolicen en/of combinatiepolicen aanbiedt, hij kan sturen welk type zorgaanbieder welke zorg verleent en onder welke voorwaarden de verzekerde daar toegang toe heeft voor zover de wet daarvoor ruimte biedt,²²³ hij kan zich onderscheiden met zijn gecontracteerde zorgaanbod, met de kwaliteit van de zorgbemiddeling, de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, de hoogte van de nominale premie en de regeling voor het vrijwillige eigen risico.²²⁴ De mate waarin de zorgverzekeraar zich op een aantal van deze punten kan onderscheiden is wel wettelijk begrensd; met het gecontracteerde aanbod moet in de verzekerde prestaties worden voorzien, de zorgverzekeraar moet zorgbemiddeling bieden als hij recht geeft op vergoeding van kosten van zorg,²²⁵ de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg mag

219 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, JAAN 2014/137 m.nt. M.J. Mutsaers, *GZR-Updates.nl* 2014-0251, m.nt. D. Radder (*Hollister/CZ c.s.*), r.o. 4.15 en Kok 2016, p. 1692.

220 Art. 2 en 3, 9d, 17 lid 2, 18c, 34a Zvw.

221 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par. 3.1.

222 Par. 3.2.2.

223 Zie 2.2 en 7.6. De zorgverzekeraar dient aan alle verzekerden die in een bepaalde provincie wonen dezelfde varianten van de zorgverzekering aan te bieden. Zie art. 3 lid 2 en 3 Zvw.

224 Vgl. De Groot 2005a, par. 13; De Groot 2005b, p. 17-18.

225 Art. 11 lid 1 sub b Zvw.

geen feitelijke hinderpaal vormen voor de verzekerde,²²⁶ de premie vormt niet de volledige tegenprestatie voor het door de zorgverzekeraar gedekte risico,²²⁷ en het vrijwillige eigen risico is maximaal € 500.²²⁸ Op andere punten is de concurrentie aanzienlijk beperkt, in het bijzonder door regulering van de inhoud en omvang van de te verzekeren prestaties en door de acceptatieplicht in samenhang met het verbod op premiedifferentiatie.

De genoemde marktvoorwaarden impliceren niet dat van marktwerking geen sprake is.²²⁹ Daarvoor dient een feitelijke beoordeling te worden gemaakt, die het bestek van dit onderzoek te buiten gaat. Ik merk wel op dat van een *sterke* concurrentie mijns inziens in ieder geval geen sprake is op de zorgverzekeringsmarkt. Zo blijkt dat de marktaandeelen van de verschillende zorgverzekeraars al jaren min of meer gelijk zijn, al neemt het marktaandeel van de grote zorgverzekeraars wel iets af ten gunste van de kleinere.²³⁰ Het marktaandeel van de vier grootste zorgverzekeraarconcerns samen (Achmea, VGZ, CZ en Menzis) was in 2006 91% en in 2022 85,1%.²³¹ Op regionaal niveau domineren bovendien soms maar één of twee zorgverzekeraars.²³² Het aantal verzekerden dat jaarlijks van zorgverzekeraar wisselt, lijkt me vrij gering. Sinds 2011 schommelt het jaarlijks aantal overstappers tussen de 5,5 en 7,2% van de verzekerden.²³³ Uit onderzoek van Gupta Strategists in opdracht van de ACM blijkt dat het voor nieuwe toetreders kennelijk lastig is de markt te betreden.²³⁴ In een tussenrapportage van de ACM uit 2016 constateert zij dat de uitkomsten van een eerste analyse van de zorgverzekeringsmarkt 'niet evident in de richting van effectieve concurrentie wijst.' Het hiervoor reeds aangehaalde onderzoek van Gupta Strategists ondersteunt die bevinding volgens de ACM.²³⁵ De ACM heeft daarom verder onderzoek verricht naar toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt en naar de ruimte die zorgverzekeraars hebben om onderlinge concurrentie te versterken.²³⁶ In het rapport over dat laatste onderzoek merkt de ACM op dat ze gezien heeft 'dat de randvoorwaarden die vanuit de overheid worden opgelegd de mogelijkheden van zorgverzekeraars om zich te onderscheiden beperken.'²³⁷ Hoewel de Nederlandse

226 Zie nader 2.2.2.3.

227 Par.3.2.2.2, 3.2.2.6.

228 Art. 20 Zvw.

229 Vgl. De Groot 2005b, p. 16.

230 Vektis 2022, tabel 3.1; Vektis 2020, tabel 2.1.

231 Vektis 2022, p. 9; excelbijlage bij Vektis 2020, figuur 2.1 (vektis.nl).

232 NZa, *Marktscan zorgverzekeringsmarkt 2017*, p. 8; Vektis 2020, p. 8, 1; De Staat van Volksgezondheid en Zorg, kerncijfers, concentratiegraad (online, staatvenz.nl, bijgewerkt 3 mei 2022).

233 Vektis 2022, figuur 1.1; Vektis 2020, figuur 1.1.

234 Gupta Strategists 2016, p. 6, 67-68.

235 ACM, *Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen. Tussenrapportage*, februari 2016, p. 3-4.

236 ACM, *Ruimte voor onderscheid tussen zorgverzekeraars*, juni 2017; ACM, *Toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt*, 24 januari 2017.

237 ACM, *Ruimte voor onderscheid tussen zorgverzekeraars*, juni 2017, p. 92.

zorgverzekeringsmarkt dus niet door een monopolist wordt gedomineerd, zoals bijvoorbeeld wel het geval was in *Aigner*,²³⁸ kan wel gesproken worden van een 'oligopolistische marktstructuur'.²³⁹ Gupta Strategists wees gelet op deze marktstructuur op het risico van *tacit collusion*: een situatie waarin 'zorgverzekeraars er onafhankelijk van elkaar voor kiezen om prijsdalingen en prijsgevechten te vermijden.' De verzekerde betaalt dan een hoge premie 'terwijl het aanbod weinig gedifferentieerd is en vaak niet aansluit bij de behoeftes van de verschillende groepen verzekerden'.²⁴⁰ Of van *tacit collusion* ook daadwerkelijk sprake is, stelt het onderzoeksbureau niet vast. Als sprake is van *tacit collusion*, zou mijns inziens gesteld kunnen worden dat de mededinging op de zorgverzekeringsmarkt in aanbestedingsrechtelijke zin onvoldoende is. In dat geval bestaat het risico dat zorgverzekeraars zich door andere dan economische overwegingen laten leiden. Een dergelijke marktsituatie vormt een aanwijzing dat de behoeftes waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard zijn. Ook als geen sprake is van *tacit collusion* wijst de huidige concurrentiesituatie in ieder geval niet duidelijk op het commercieel zijn van de behoeftes waarin zorgverzekeraars voorzien.²⁴¹

3.3.2.3 Geen winstoogmerk

Zorgverzekeraars zijn doorgaans naamloze vennootschappen. Zij mogen dus winst maken en uitkeren. Volgens de memorie van toelichting bij de Zvw vormt het beogen van winst een extra stimulans voor de concurrentie die zou moeten leiden tot een zo efficiënt en klantvriendelijk mogelijke inrichting van de zorg.²⁴² Niet het maken van winst dient dus volgens de regering het uiteindelijke doel van de zorgverzekeraar te zijn, maar een zo efficiënt en klantvriendelijk mogelijke inrichting van de zorg. Zoals in 3.2.2.6 reeds uiteengezet, moesten zorgverzekeraars die opvolgers zijn van de voormalige ziekenfondsen op grond van art. 2.1.9 Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet tot 1 januari 2018 wel in hun statuten vastleggen dat zij ten doel hebben als zorgverzekeraar zonder winstoogmerk te werken. Anders zouden zij de reserves die zij hadden opgebouwd met het uitvoeren van de ziekenfondsverzekering moeten afdragen aan het Zorginstituut. Een voorstel van wet houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars is aanhangig in de Tweede Kamer,²⁴³ maar de

238 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner*), r.o. 44.

239 Gupta Strategists 2016, p. 10; OECD 2015, p. 253-254.

240 Gupta Strategists 2016, p. 6, 7, 66-68; Zie ook OECD 2015, p. 253-254 waar op dit risico wordt gewezen.

241 Vgl. Kok 2016, p. 1692.

242 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 25

243 *Kamerstukken II* 2017/18, 34995, nr. 2. Dit voorstel bevat een verduidelijking van het eerdere, in de Tweede Kamer aangenomen, wetsvoorstel *Kamerstukken I* 2016/17, 34522, A, naar aanleiding van door de Eerste Kamer gevraagde adviezen van de NZa en DNB. Zie over het wetsvoorstel Wylick 2017.

behandeling van dit wetsvoorstel ligt stil sinds de zomer van 2019.²⁴⁴ Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel en de daarbij als bijlagen gevoegde statuten blijkt dat in 2016 geen enkele zorgverzekeraar een statutair winstoogmerk had.²⁴⁵ Raadpleging van de jaarverslaggeving van Achmea, VGZ en Menzis in 2021 leert dat dat in ieder geval bij deze zorgverzekeraars in 2019/2020 niet anders was.²⁴⁶ Ook indien geen sprake is van een statutair winstoogmerk kan mijns inziens nog wel aangenomen worden dat zorgverzekeraars opereren op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. In 3.3.1.3 heb ik echter betoogd dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag worden aangenomen dat een rechtspersoon voorziet in behoeften van algemeen belang die van commerciële aard zijn, indien de rechtspersoon geen winstoogmerk heeft, maar wel bestuurd wordt op basis van de genoemde criteria. Uit *Àgora en Excelsior* blijkt dat het Europese Hof van Justitie ervan uitging dat de overige elementen ten aanzien van de Ente in de richting van het commerciële karakter van de behoeften wezen. Voor zorgverzekeraars geldt dat laatste niet zonder meer, zoals uit de rest van deze paragraaf en 3.3.2.2, 3.3.2.4 en 3.3.2.5 blijkt.

Bovendien denk ik dat niet het maken van winst (althans opereren op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit) het voornaamste doel van zorgverzekeraars is, maar het voorzien in behoeften van algemeen belang, zoals dat ook het geval was in *Korhonen*, *SIEPSA* en *Aigner*. Dat vloeit voort uit het stelsel van de Zvw, die verzekeraars die ervoor kiezen zorgverzekeringen aan te bieden, dwingt ter uitvoering van de in art. 11 lid 1 Zvw genoemde zorgplicht de bij en krachtens de Zvw geregelde prestaties aan te bieden aan iedere verzekerde die wenst een zorgverzekering met die zorgverzekeraar te sluiten. Het regelgevende kader laat de zorgverzekeraar dusdanig weinig vrijheid bij de bepaling van de wijze waarop hij eventuele winst behaalt dat het maken van winst niet het hoofdzakelijke doel van de zorgverzekeraar genoemd kan worden. Ik wijs ook op de memorie van toelichting bij de Zvw, waarin bijvoorbeeld is opgemerkt dat zorgverzekeraars 'in onderlinge concurrentie voor hun verzekerden [zullen] optreden',²⁴⁷ zich ervoor dienen in te zetten 'dat de verzekerden die zich bij hen hebben verzekerd, de zorg krijgen waarvoor zij verzekerd zijn'²⁴⁸ en dat zorgverzekeraars, 'als uitvoerders van de verzekering' een belangrijke rol toekomt bij het doel 'te waarborgen dat burgers de zorg kunnen krijgen die zij nodig hebben.'²⁴⁹ Daarnaast wijs ik op art. 2.0.1. Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap:

244 *Kamerstukken I* 2018/19, 34522, M.

245 *Kamerstukken II* 2016/17, 34522, nr. 7, p. 4, 13-14.

246 Achmea Zorgverzekeringen NV Jaarrapport 2020, p. 10; VGZ Maatschappelijk jaarverslag 2019, p. 7, 10, 91; Menzis Financieel Jaarverslag 2020, p. 6, 73, 80.

247 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 9.

248 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 25.

249 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 28.

‘De zorgverzekeraar laat zich in zijn ondernemingsbeleid leiden door de belangen van de verzekerde, door de maatschappelijke opvattingen ten aanzien van een verantwoorde gezondheidszorg, door wettelijke voorschriften, door het belang van een goed functionerend stelsel van verzekeringen en door het streven naar continuïteit van zijn onderneming.’

De continuïteit van de onderneming wordt in deze bepaling wel genoemd, maar niet de belangen van eventuele aandeelhouders, noch het maken van winst. Het maken en uitkeren van winst wordt in de gedragscode overigens in het geheel niet genoemd. Tevens committeren zorgverzekeraars zich, zoals reeds aangegeven, aan onderhandelaarsakkoorden met de minister van VWS, brancheorganisaties en andere zorgverzekeraars waarin afspraken over de stijging van de zorguitgaven worden afgesproken.²⁵⁰ Hoewel die afspraken aan een winstoogmerk niet in de weg staan, zijn ze daar evenmin goed mee te rijmen.

Mijns inziens hebben zorgverzekeraars gezien het vorenstaande niet hoofdzakelijk een winstoogmerk en wijst deze factor dus in de richting van het niet-commerciële karakter van de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien.

3.3.2.4 *Economisch risico*

Zorgverzekeraars zijn schadeverzekeraars die risico's dragen die met hun activiteit verbonden zijn.²⁵¹ Zij dragen echter niet alle risico's verbonden met hun activiteiten. Er is geen algemene regeling voor compensatie van verliezen van zorgverzekeraars. Wel zijn er regelingen die voorzien in compensatie van verliezen in specifieke situaties, althans die het effect hebben dat economische risico's worden weggenomen. Het gaat om:

- de catastroferegeling in art. 33 Zvw;
- de risicovereeningsregeling in combinatie met de 50%-regel;
- de wanbetalersregeling.

De catastroferegeling van art. 33 Zvw voorziet, zoals in 3.2.2.1 nader beschreven, in de mogelijkheid voor de zorgverzekeraar een bijdrage te vragen van het Zorginstituut indien de zorgverzekeraar als gevolg van de catastrofe hogere kosten heeft. De zorgverzekeraar draagt door deze regeling niet het volledige risico voor een hogere schadelast als gevolg van een catastrofe. De Zvw staat zorgverzekeraars ook niet toe de dekking uit te sluiten voor schade als gevolg van een catastrofe.²⁵² Hoewel de catastroferegeling niet strekt tot het wegnemen van normale economische risico's, strekt zij wel tot het wegnemen van de uit de wettelijke verplichtingen

250 Zie nader kort 1.2.4.

251 Zie nader, maar naar oud recht, ook De Groot 2005b, p. 18.

252 Art. 10 en 11 Zvw en de daarop gebaseerde regelgeving biedt daartoe niet de mogelijkheid.

voortvloeiende onevenredige risico's voor niet beïnvloedbare kosten.²⁵³ Het bieden van dekking voor schade als gevolg van een catastrofe (op grond van de wet) behoort tot de activiteiten van de zorgverzekeraar en de wet voorziet in een mechanisme om met die activiteit verbonden verliezen te compenseren.

Met de vereveningsbijdrage worden zorgverzekeraars gecompenseerd voor de kosten die voortvloeien uit het risicoprofiel van hun verzekerden. De Europese Commissie merkt terecht op dat zorgverzekeraars deze kosten 'onder normale marktomstandigheden' zouden moeten dragen en daarop hun handelen zouden moeten aanpassen door premies te differentiëren en/of verzekerden te weigeren.²⁵⁴ Dat mogen zorgverzekeraars niet vanwege de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie. Ook voor de vereveningsbijdrage geldt zodoende dat die compenseert voor verliezen verbonden aan een activiteit van de zorgverzekeraar, namelijk het tegen een gelijke premie verzekeren van verzekerden met verschillende risicoprofielen. Aanbestedingsrechtelijk lijkt mij niet relevant dat het bij zowel de risicoverevening als de catastrofereregeling gaat om risico's die de zorgverzekeraar niet kan vermijden.²⁵⁵ Doorslaggevend lijkt mij evenmin dat de Europese Commissie de vereveningsbijdrage verenigbaar achtte met het EG-Verdrag. De Commissie merkte de vereveningsbijdrage immers wel aan als ongeoorloofde staatssteun en van een beïnvloeding van het handelsverkeer is volgens de Commissie wel sprake.²⁵⁶

Beziet men de vereveningsbijdrage nader dan geldt voorts het volgende. De vereveningsbijdrage betreft voor het grootste gedeelte een compensatie vooraf (*ex ante*), op basis van de verzekerdenpopulatie van de zorgverzekeraar en de kenmerken daarvan. De zorgverzekeraar draagt vervolgens het risico voor het daadwerkelijk realiseren van zijn verplichtingen jegens verzekerden met de toegekende vereveningsbijdrage en bedongen premie. Voor enkele posten wordt echter achteraf gecompenseerd op basis van daadwerkelijk gemaakte kosten.²⁵⁷ Voor deze kosten dragen zorgverzekeraars in ieder geval niet het economisch risico.²⁵⁸ Voor de *ex ante* compensatie geldt enerzijds dat die de onderlinge concurrentie kan stimuleren en tot efficiënte bedrijfsvoering kan aanzetten, omdat het loont de verzekerde risico's tegen zo laag mogelijke kosten te dekken.²⁵⁹ Anderzijds wordt de *ex ante* compensatie toegekend, ongeacht of de zorgverzekeraar efficiënt handelt. Volgens de Europese Commissie is het 'zelfs zeker dat minder

253 Zie in deze bewoordingen De Groot 2005b, p. 19-20, maar dan met betrekking tot de vereveningsbijdrage.

254 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par 3.2.2.

255 Vgl. De Groot 2005b, p. 20.

256 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par. 3.2.1, 3.2.3, 3.4.1.3, 4.2.2.2. Zie ook 3.2.2.3.

257 Zie nader 3.2.2.3.

258 Vgl. Rijken, *GJ* 2015/109, par. 7.

259 Zie 3.2.2.3 en EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par. 2.3.6.1, 2.3.6.4.

efficiënte zorgverzekeraars profiteren van het risicovereveningssysteem.²⁶⁰ Het is wel zo dat de hoogte van de vereveningsbijdrage is afgestemd op de verzekerdenpopulatie van de verzekeraar. Stappen verzekerden over naar een andere zorgverzekeraar, dan ontvangt de zorgverzekeraar dus een lagere vereveningsbijdrage. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat niet zeker is dat sprake is van effectieve concurrentie op de zorgverzekeringmarkt en evenmin is zeker dat het *ex ante* vereveningssysteem tot meer concurrentie stimuleert dan zonder risicoverevening, acceptatieplicht en verbod op premiedifferentiatie het geval was geweest. De hoogte van de bijdrage zelf is niet afhankelijk van het al dan niet efficiënt handelen van de zorgverzekeraar. Ook de *ex ante* verevening lijkt zo gezien dus een deel van het economisch risico weg te nemen.

Hierbij komt dat de vereveningsbijdrage meer dan 50% van de inkomsten van de zorgverzekeraar beslaat. Voor deze inkomsten dragen zorgverzekeraars geen debiteurenrisico, althans, niet zoals ze voor de premies van particuliere verzekerden zouden dragen. Uit de 50%-regel vloeit daarnaast mijns inziens voort dat een stijging of daling van de gemiddelde premie die zorgverzekeraars vragen leidt tot een stijging respectievelijk daling van de inkomensafhankelijke bijdragen.²⁶¹ Hier kan een compenserende – en daarmee risicoverminderende – werking vanuit gaan.

De wanbetalersregeling neemt een deel van het debiteurenrisico weg voor de door verzekerden te betalen premies. De inning van de premie is bestuursrechtelijk gegarandeerd vanaf een betalingsachterstand van 6 maanden als de zorgverzekeraar de betreffende regels daarvoor volgt.²⁶² Het gaat om een relatief klein bedrag.²⁶³ De zorgverzekeraar heeft een acceptatieplicht en moet op grond van art. 18a e.v. Zvw de nodige maatregelen treffen om de verzekerde tot het betalen van de premie te bewegen. Uit art. 3 lid 4 sub b Zvw volgt dat onder omstandigheden wel toegestaan is dat een zorgverzekeraar de verzekering opzegt of ontbindt als de verzekerde de premie niet betaalt. Van het wegnemen van (veel) economisch risico lijkt me door deze regeling niet direct sprake.

Uit het voorgaande volgt dat zorgverzekeraars niet alle risico's verbonden aan hun activiteiten dragen, gelet op de catastroferegeling en het risicovereveningssysteem.²⁶⁴

260 EC 3 mei 2005, C(2005)1329 fin, ECLI:NL:XX:2005:BM8367, RZA 2005/162, par 3.4.1.1-3.4.1.2. De Commissie was daarom van oordeel dat het risicovereveningssysteem niet aan de vierde Altmark-voorwaarde (efficiëntie voorwaarde) voldoet.

261 Zie nader 3.2.2.2.

262 Art. 34a Zvw. Zie voor de wanbetalersregeling art. 18a tot en met 18g Zvw. Ingevolge art. 39 lid 3 onder a Zvw wordt deze bijdrage uit het Zvf voldaan. Onduidelijk is of dit bedrag mede begrepen is onder het in 3.2.2.1, tabel 1, genoemde bedrag 'Uitkering van Zvf voor zorg.'

263 In Zorginstituut Nederland 2019, p. 27, is een bedrag van 330,8 miljoen euro opgenomen als lasten voor de uitvoering van de wanbetalers regeling voor compensatie premiederving zorgverzekeraars.

264 Bartels 2005, p. 141 komt tot dezelfde conclusie. Zie anders De Groot 2005b, p. 21.

Ten aanzien van het gezichtspunt of de overheid een zorgverzekeraar failliet zou laten gaan, merk ik het volgende op. De overheid zal een (grote) zorgverzekeraar niet onder alle omstandigheden failliet laten gaan. Het zorgverzekeringssysteem en daarmee de zorgverzekeraars die de Zvw uitvoeren vormen een onmisbare bouwsteen van het zorgstelsel. Uit de catastroferegeling volgt dat de overheid een faillissement sowieso wil voorkomen in het geval van een pandemie of kernexplosie. Art. 33 Zvw biedt daarnaast de mogelijkheid bij ministeriële regeling andere ‘buitengewone gebeurtenissen’ aan te wijzen in welk geval een compensatie kan worden toegekend. Zo kent de wet een vangnet voor bijzondere situaties.

Indien echter de financiële nood van één zorgverzekeraar het gevolg is van gezonde marktwerking en geen sprake is van een dreiging voor het zorgverzekeringssysteem als geheel, zal de overheid de zorgverzekeraar naar mijn verwachting wel failliet laten gaan. De overheid zal er dan wel op toezien dat de zorgverlening niet in het gedrang komt en verzekerden door het faillissement niet benadeeld worden. Anders dan in *Korhonen*, *SIEPSA* en *Aigner* is bij zorgverzekeraars niet sprake van één instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang, maar van meerdere verzekeraars die met elkaar concurreren en elkaar dus ook kunnen wegconcurreren. De mogelijkheid dat een zorgverzekeraar failliet gaat wordt expliciet genoemd in art. 31 Zvw. Op grond van dit artikel voldoet het Zorginstituut eventuele vorderingen van verzekerden op de zorgverzekeraar indien een zorgverzekeraar failliet is verklaard. Ook neem ik aan dat de overheid in het geval van een faillissement zal bevorderen en faciliteren dat verzekerden overstappen naar een andere zorgverzekeraar en dat zorginkoopcontracten met zorgaanbieders door andere zorgverzekeraars worden overgenomen of anderszins in betaling aan hen wordt voorzien. Relevant in dit verband is tevens de NZa beleidsregel ‘Overmacht continuïteit van cruciale zorg’.²⁶⁵ Volgens deze beleidsregel kan de minister van VWS een vangnetstichting oprichten die gefinancierd wordt met een beschikbaarheidsbijdrage wanneer in het geval van overmacht aan de zijde van de zorgverzekeraar de continuïteit van cruciale zorg in het gedrang komt. De regeling voorziet niet in de mogelijkheid van steunverlening aan de betreffende zorgverzekeraar. Integendeel: de beleidsregel vermeldt dat de NZa een zorgverzekeraar die de continuïteit van de cruciale zorg niet kan waarborgen, ‘in het uiterste geval [kan] verplichten een zorgverzekering van de markt te halen.’²⁶⁶

3.3.2.5 Overheidsfinanciering

Een belangrijke omstandigheid die er ten slotte toe bijdraagt dat de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard zijn, is het feit dat de betreffende activiteiten waarvoor zorgverzekeraars inkopen – zorg ten behoeve van verzekerden met een

265 TH-BR/017.

266 TH/BR-017, p. 4.

basisverzekering – mede door de overheid gefinancierd worden. In 3.2 stelde ik vast dat de overheidsfinanciering meer dan 50% van de jaarlijkse inkomsten van iedere zorgverzekeraar bedraagt. De aanwezigheid van overheidsfinanciering kan op zichzelf doorslaggevend zijn voor het niet-commerciële karakter van de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien, gezien de strenge toets die het Europese Hof van Justitie op dit punt hanteert.²⁶⁷

3.3.2.6 *Tussenconclusie: anders dan van commerciële aard*

Zorgverzekeraars hebben zowel kenmerken die wijzen op een commercieel karakter van de behoeften waarin zij voorzien als op het sociale karakter ervan. Zeker is mijns inziens in ieder geval dat zorgverzekeraars voor meer dan de helft door de overheid gefinancierd worden.²⁶⁸ Uit de in 3.3.1.1 aangehaalde considerans van de richtlijn en de strikte jurisprudentie van het Hof van Justitie, die uitgaat van een functionele en ruime interpretatie van de richtlijn, volgt mijns inziens dat de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien alleen al daarom van andere dan van commerciële aard zijn. Daarnaast betoogde ik in deze paragraaf dat zorgverzekeraars door regulering van de zorgverzekering niet onder normale marktvoorwaarden opereren en in ieder geval niet in een situatie van sterke en effectieve concurrentie; dat winst behalen niet hun voornaamste doel is; dat de vereveningsbijdrage en catastrofereregeling ervoor zorgen dat zorgverzekeraars een deel van de economische risico's verbonden aan hun activiteiten niet zelf hoeven te dragen en dat de overheid zorgverzekeraars niet als gevolg van buitengewone gebeurtenissen failliet zal laten gaan. Deze omstandigheden versterken het niet-commerciële karakter van de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien, zodat deze behoeften als van andere dan van commerciële aard moeten worden aangemerkt.

3.4 CONCLUSIE

3.4.1 Algemeen

Zorgverzekeraars zijn aanbestedende diensten, omdat zij als publiekrechtelijke instellingen dienen te worden aangemerkt in de zin van art. 1.1 Aw 2012. Zij zouden bij het selecteren van zorgaanbieders voor het verlenen van zorg aan hun verzekerden de aanbestedingsregels in acht moeten nemen.

²⁶⁷ Zie ook Hof Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, JAAN 2016/188, m.nt. A.J. van Heeswijk, GJ 2016/139, m.nt. J.J. Rijken (*Medical c.s./Achmea*), r.o. 9. Uit het arrest van het hof blijkt echter niet dat het rekening heeft gehouden met 'alle omstandigheden van het geval.'

²⁶⁸ Zie 3.2.

Hoewel de kwalificatie als publiekrechtelijke instelling per zorgverzekeraar vastgesteld zou moeten worden, blijkt al uit de normering van hun activiteiten door hetzelfde regelgevende kader en uit het gemeenschappelijke financieringssysteem dat dit voor iedere zorgverzekeraar geldt.

Zorgverzekeraars bezitten rechtspersoonlijkheid en voorzien in behoeften van algemeen belang.²⁶⁹ Over de toepassing van de financieringsvoorwaarde op zorgverzekeraars en de vraag of de behoeften waarin zij voorzien van andere dan van commerciële aard zijn, is tot nu toe verschillend geoordeeld door rechtbanken en hoven.²⁷⁰ Naar mijn mening voldoen zorgverzekeraars ook aan de financieringsvoorwaarde en zijn de behoeften van algemeen belang waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard. Ik bevat mijn bevindingen ten aanzien van beide criteria hierna samen.

3.4.2 De financieringsvoorwaarde

De financieringsvoorwaarde houdt onder meer in dat de instelling voor meer dan de helft wordt gefinancierd door een andere aanbestedende dienst en de instelling voor die financiering geen specifieke, ofwel contractuele, tegenprestatie hoeft te verrichten. Ook indirecte financiering, waarbij betalingen volgens publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd, wordt aangemerkt als overheidsfinanciering. Indien de hoogte van de betalingen wel wordt vastgesteld door de instelling zelf, maar deze daarbij weinig vrijheid heeft, is eveneens sprake van indirecte financiering.²⁷¹

De voornaamste inkomstenbron van de zorgverzekeraar is de vereveningsbijdrage die hij van het Zorginstituut uit het Zvf ontvangt. Deze bijdrage bedraagt, door de werking van de 50%-regel in art. 45 lid 4 en 5 Zvw, meer dan de helft van de inkomsten van de zorgverzekeraar.²⁷² De vereveningsbijdrage dient mijns inziens te worden aangemerkt als overheidsfinanciering. Het gaat om rechtstreekse overheidsfinanciering, aangezien het Zorginstituut de bijdrage aan de zorgverzekeraars betaalt. Tegenover de vereveningsbijdrage staat geen specifieke, contractuele tegenprestatie. De vereveningsbijdrage strekt ter compensatie van de bij de uitvoering van zorgverzekeringen horende acceptatieplicht en het verbod op risicoselectie, dus ter compensatie van de uitvoering van een taak van algemeen belang. Voorwaarde voor het ontvangen van een vereveningsbijdrage is dat de

269 Zie 3.1.3.

270 Zie 3.1.3, 3.2.2.4, 3.3.2.1.

271 Zie 3.2.1; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*Ärztzammer*), r.o. 23-24; HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 53-59; HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 34 en 48-50.

272 Zie 3.2.2.1, 3.2.2.2, 3.2.2.5.

zorgverzekeraar in het betreffende jaar zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert, althans zijn modelovereenkomsten voorlegt aan de NZa, niet dat de zorgverzekeraar die zorgverzekeringen deugdelijk nakomt.²⁷³ Verder wordt de hoogte van de vereveningsbijdrage bij wet bepaald, op basis van de 50%-regel en de omvang en kenmerken van de verzekerdenpopulatie van de verzekeraar. Uit *Oymanns/AOK* en *Bayerischer Rundfunk* volgt dat deze omstandigheid eveneens van belang is voor het ontbreken van een specifieke, contractuele tegenprestatie.²⁷⁴

De belangrijkste inkomstenbron van het Zvf wordt gevormd door de inkomensafhankelijke bijdragen die verzekeringsplichtigen en werkgevers betalen door middel van inhouding op het loon of na aanslag. De inkomensafhankelijke bijdrage is mijns inziens als zodanig geen inkomstenbron van de zorgverzekeraar. Het Zvf is namelijk geen doorgeefluik voor de inkomensafhankelijke bijdrage. Ook als de inkomensafhankelijke bijdrage wel als (uiteindelijke) inkomstenbron van de zorgverzekeraar zou moeten worden aangemerkt, is overigens sprake van overheidsfinanciering, omdat deze bijdrage volgens publiekrechtelijke regels wordt opgelegd, berekend en geïnd en er geen specifieke, contractuele tegenprestatie van het Zvf of de zorgverzekeraar(s) tegenover staat. De bijdrage moet betaald worden ongeacht of de verzekerde daadwerkelijk verzekerd is en de hoogte van de bijdrage is niet afhankelijk van zijn gezondheidstoestand, maar van zijn draagkracht.²⁷⁵

Mogelijk moeten ook de premies die verzekerden aan hun zorgverzekeraar betalen, worden aangemerkt als overheidsfinanciering. De premies hebben kenmerken van overheidsfinanciering, maar zij voldoen niet aan alle elementen uit de arresten *Oymanns/AOK* en *Ärztammer*. Ook als de premies niet als overheidsfinanciering moeten worden aangemerkt, beschikken zij in ieder geval wel over een dusdanig overheidskarakter dat dit ertoe bijdraagt dat als de vereveningsbijdrage van een individuele zorgverzekeraar in een bepaald jaar minder dan de helft van zijn inkomsten beslaat, toch aan de financieringsvoorwaarde wordt voldaan.²⁷⁶

3.4.3 Anders dan van commerciële aard

Het gegeven dat de overheid enerzijds op het zorgverzekeringssysteem en de betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van de zorg beslissende invloed wil houden, en er anderzijds voor heeft gekozen private zorgverzekeraars de mogelijkheid te bieden in onderlinge concurrentie

273 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 137-138, zie ook p. 142-143, 195.

274 Vgl. HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns/AOK*), r.o. 54-55; HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, NJ 2008/162, m.nt. M.R. Mok (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 41-42. Zie nader 3.2.2.3, 3.2.2.5.

275 Zie 3.2.2.2, 3.2.2.5.

276 Zie 3.2.2.6.

zorgverzekeringen te laten aanbieden op een markt, heeft tot verdeeldheid geleid in de literatuur en jurisprudentie over de vraag of de behoeften waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard zijn. Ik heb beargumenteerd dat de behoeften van algemeen belang waarin zorgverzekeraars voorzien van andere dan van commerciële aard zijn. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en de considerans bij richtlijn 2014/24/EU gaan uit van een strikte toepassing van het criterium 'anders dan van commerciële aard' en tevens van een functionele en ruime interpretatie van de richtlijn.²⁷⁷ Meerdere, hierna nader samengevat besproken, factoren wijzen voor zorgverzekeraars niet, of niet geheel, in de richting van de commerciële aard van de behoeften waarin zij voorzien. Het risico bestaat daardoor dat zorgverzekeraars zich door andere dan economische motieven laten leiden bij hun inkoop, of de voorkeur zullen geven aan nationale gegadigden.

Zeker is mijns inziens dat zorgverzekeraars voor meer dan de helft door de overheid gefinancierd worden.²⁷⁸ Alleen al daardoor opereren zorgverzekeraars niet onder normale marktvoorwaarden. Hoewel het Europese Hof van Justitie daarover niet expliciet heeft geoordeeld, zou het wel passen bij de in 3.3.1.1 aangehaalde considerans van de richtlijn en de strikte jurisprudentie van het Hof van Justitie, die uitgaat van een functionele en ruime interpretatie van de richtlijn, dat alleen al door de mate van overheidsfinanciering sprake is van behoeften van andere dan van commerciële aard.

Daar komt bij dat zorgverzekeraars mijns inziens geen winstoogmerk hebben in de zin dat het maken van winst hun voornaamste doel is, hoewel zij wel winst mogen maken en uitkeren zo lang het wetsvoorstel houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars niet is aangenomen. Het regelgevende kader van de Zvw laat zorgverzekeraars te weinig vrijheid het behalen van winst voorop te stellen. Hun voornaamste doel is het behartigen van het algemeen belang dat verzekerden de zorg ontvangen, althans vergoed krijgen, waarvoor zij verzekerd zijn. Behalve uit de Zvw zelf blijkt dat uit de memorie van toelichting bij de Zvw en de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap.²⁷⁹ Anders dan het hof 's-Hertogenbosch in navolging van de Hoge Raad in *Amphia*²⁸⁰ tot uitgangspunt nam,²⁸¹ dient aan de uitzondering uit het arrest *Àgora en Excelsior*,²⁸² dat aan het hebben van een winstoogmerk gelijkgesteld kan worden dat de rechtspersoon opereert op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, geen brede toepassing te worden gegeven. Als uitgangspunt dient onder

277 Zie 3.1.2, 3.3.1.

278 Zie 3.2.

279 Zie 3.3.2.3.

280 HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, NJ 2007, m.nt. M.R. Mok, BR 2007, m.nt. D.C. Orobio de Castro & J.G.J. Jansen, GJ 2007/123, m.nt. M.J. Mutsaers (*Amphia*).

281 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers; GJ 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (CZ c.s./Hollister), r.o. 8.11.

282 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà en Excelsior*), r.o. 3.5.2-3.5.3.

het hebben van een winstoogmerk te worden verstaan of winst behalen in de praktijk het voornaamste of hoofdzakelijke doel van de onderneming is.²⁸³ Eveneens is van belang dat de verzekeringsplicht en bijbehorende acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie, de regulering van de inhoud en omvang van de verzekerde prestaties, de wanbetalersregeling en de maatregelen voor het verzekeren van onverzekerden²⁸⁴ naar mijn mening geen normale marktvoorwaarden zijn. Met deze publiekrechtelijke regelingen heeft de Nederlandse overheid de zorgverzekeringsmarkt vormgegeven en afgebakend en daarmee de concurrentie op meerdere onderwerpen beperkt. In de praktijk is op de zorgverzekeringsmarkt in ieder geval van een sterke concurrentie geen sprake, terwijl uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie juist blijkt dat de feitelijke concurrentiesituatie van belang is. Onjuist is mijns inziens – zoals het hof 's-Hertogenbosch wel tot uitgangspunt nam²⁸⁵ – dat doorslaggevend is wat de wetgever met het stelsel heeft beoogd, waarbij beperkingen van de concurrentie eventueel via het mededingingsrecht aangepakt dienen te worden.

Zorgverzekeraars dragen voorts economische risico's verbonden aan hun activiteiten, maar niet alle. Zowel de vereveningsbijdrage als de catastrofereregeling voorzien in compensatie voor verliezen verbonden aan de activiteiten van de zorgverzekeraar, namelijk voor het tegen een gelijke premie verzekeren van verzekerden met verschillende risicoprofielen en het bieden van dekking voor schade als gevolg van een catastrofe. De *ex ante* verevening neemt risico weg bij minder efficiënt opererende zorgverzekeraars, voor zover verzekerden om die reden niet van zorgverzekeraar wisselen. Voor zover de vereveningsbijdrage uit *ex post* compensatie bestaat, dragen zorgverzekeraars daarvoor bovendien sowieso niet het economische risico. Aanbestedingsrechtelijk lijkt mij niet relevant dat het bij zowel de risicoverevening als de catastrofereregeling gaat om risico's die de zorgverzekeraar niet kan vermijden.

Ten aanzien van het dragen van economisch risico is mijns inziens hiernaast van belang dat uit het bestaan van de catastrofereregeling van art. 33 Zvw volgt, dat de overheid zorgverzekeraars in ieder geval niet failliet zal laten gaan in het geval van een buitengewone gebeurtenis. Daarvoor is hun rol in het zorgstelsel te belangrijk. De mogelijkheid dat een afzonderlijke zorgverzekeraar failliet zal gaan als gevolg van gezonde marktwerking is daarentegen inherent aan de keuze voor gereguleerde marktwerking. In een dergelijk geval zal de overheid er wel op toezien dat de zorgverlening niet in het gedrang komt en verzekerden door het faillissement ook overigens niet benadeeld worden.²⁸⁶

283 Zie 3.3.1.3.

284 Art. 2 en 3, 9d, 17 lid 2, 18c, 34a Zvw.

285 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, JAAN 2015/135, m.nt. Mutsaers; GJ 2015/109, m.nt. J.J. Rijken (CZ *c.s./Hollister*), r.o. 8.13.

286 Zie 3.3.2.4.