

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht
(ICER)**

Advies van 8 september 1998

betreffende

de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

van 28 april 1998 in de zaken C-120/95 (Decker) en C-158/96 (Kohl)

I. Inleiding

In dit advies worden de gevolgen onderzocht van een tweetal recente arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voor de Nederlandse wettelijke regelingen op het gebied van de ziektekostenverzekeringen. Het betreft de arresten van het Hof van Justitie van de EG van 28 april 1998 in de zaak C-120/95, *N. Decker tegen Caisse de maladie des employés privés* en in de zaak C-158/96, *R. Kohll tegen Union des caisses de maladie*, waarvan de integrale tekst alsmede de conclusie van de Advocaat-Generaal is opgenomen in bijlage 1.

In deze arresten gaat het Hof van Justitie in op de verenigbaarheid van de Luxemburgse wetgeving die voorschrijft dat vergoeding van medische zorg die is verleend in een andere lidstaat slechts mogelijk is na voorafgaande toestemming door het ziekenfonds, met het vrije goederenverkeer en het vrije dienstenverkeer binnen de Europese Gemeenschap.

Startpunt van dit advies is de betekenis van de arresten Decker en Kohll voor de verzekerde die medische zorg wenst in te roepen bij een zorgaanbieder in een andere lidstaat van de Europese Unie. De arresten kunnen ook betekenis hebben voor de relatie tussen ziekenfondsen, zorgverzekeraars en uitvoeringsorganen en de zorgaanbieders. Deze relaties komen aan de orde indien dat van belang is voor de positie van de verzekerde.

Het advies is voorbereid door een interdepartementale werkgroep, waarvan in bijlage 2 de samenstelling is opgenomen.

Het advies begint met een samenvatting, conclusies en aanbevelingen (deel II). Daarna volgt allereerst een analyse van de arresten (deel III), gevolgd door een beschrijving van het Nederlandse stelsel (deel IV). Daarna volgt een toets van de Nederlandse regelingen aan de arresten Decker en Kohll (deel V). Ten slotte wordt kort ingegaan op de particuliere ziektekostenverzekeringen (deel VI).

II. Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Inleiding

1. In de arresten Decker en Kohll oordeelt het Hof van Justitie van de EG dat de Luxemburgse sociale ziektekostenverzekering ten onrechte voorafgaande toestemming vereist om voor vergoeding van buitenlandse zorg, in casu een Belgische bril en Duitse extramurale orthodontie, in aanmerking te komen, omdat dit toestemmingsvereiste in beginsel een belemmering vormt van het vrije goederenverkeer en vrije dienstenverkeer binnen de EG. Het Hof stelt hoge eisen aan de rechtvaardiging van de belemmering van het vrij goederen- en dienstenverkeer. De weigering om de kosten te vergoeden volgens de Luxemburgse tarieven wordt in strijd met de verdragsvrijheden bevonden omdat er geen steekhoudende rechtvaardiging voor is aangevoerd.
2. De vraag is welke betekenis deze arresten hebben voor de Nederlandse wettelijke regelingen op het gebied van (sociale) ziektekostenverzekeringen. Hier kunnen twee deelvragen worden onderscheiden, namelijk of een Nederlandse verzekerde zonder voorafgaande toestemming medische zorg in een andere lidstaat mag inroepen (onderdeel II) en wat de aandachtspunten voor de overheid zijn (onderdeel III).

Medische zorg in een andere lidstaat

3. Het is belangrijk vooraf te constateren dat de arresten Decker en Kohll zijn geweest in de context van het Luxemburgse restitutiestelsel. De verzekerden hebben aanspraak op vergoeding van de kosten die zij maken voor medische zorg. Voor de vergoeding van zorg die wordt verleend binnen Luxemburg hoeft geen voorafgaande toestemming te zijn verkregen. De verzekerden zijn niet verplicht zich binnen Luxemburg tot bepaalde zorgverleners te wenden.
4. Het Nederlandse stelsel van sociale ziektekostenverzekeringen, neergelegd in de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere ziektekosten, verschilt in meerdere opzichten van het Luxemburgse. Een belangrijk verschil is dat de Nederlandse verzekerden aanspraak hebben op verstrekkingen in natura, en geen recht hebben op vergoeding van de door hen te maken kosten voor medische zorg.
5. Een intrinsiek onderdeel van het Nederlandse naturastelsel is het overeenkomstenstelsel: de overeenkomsten die door de ziekenfondsen en zorgverzekeraars worden afgesloten met zorgaanbieders. In deze overeenkomsten worden afspraken neergelegd inzake aard en kwaliteit van de zorg, de omvang en doelmatigheid ervan, alsmede de te vergoeden tarieven. De zorgaanbieder ontvangt de vergoeding voor de behandeling rechtstreeks van het ziekenfonds of de zorgverzekeraar, die deze schuld uit eigen hoofde betaalt en niet namens de verzekerde.
6. Om hulp in te roepen van een zorgaanbieder die geen overeenkomst heeft met het ziekenfonds of de zorgverzekeraar behoeft de verzekerde toestemming van het ziekenfonds of de zorgverzekeraar. Deze toestemming wordt vereist zowel voor zorg binnen Nederland als voor zorg buiten Nederland. Voor beide gevallen is

voorgeschreven dat het medisch noodzakelijk moet zijn dat de verzekerde de zorg bij een niet-contracteerde persoon of instelling inroept.

7. Gelet op deze belangrijke verschillen met het Luxemburgse resitutiestelsel, is het echter de vraag of de redenering van het Hof zonder meer van toepassing is op het Nederlandse naturastelsel. Indien deze overwegingen ook op het naturastelsel betrekking zouden hebben, moet worden geconstateerd dat het overeenkomstenstelsel in beginsel een belemmering van het dienstenverkeer vormt. Immers, verzekerden kunnen worden afgeschrikt om in een andere lidstaat medische producten te kopen of diensten te ontvangen. Of de door het Hof erkende rechtvaardigingsgronden in dat geval van toepassing zijn, hangt af van de concrete omstandigheden.

8. Wel ziet het er naar uit dat de arresten Decker en Kohll van toepassing zijn op grensoverschrijdende zorg in de particuliere verzekeringen voor zover de overheidsregulering in het kader van de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen daaraan beperkingen stelt.

Aandachtspunten voor de overheid

9. Het Hof erkent dat de lidstaten vrij zijn bij de inrichting van hun socialezekerheidsstelsels, mits zij daarbij de bepalingen van het EG-Verdrag eerbiedigen. Daarom moet bezien worden in hoeverre thans reeds overeenkomsten kunnen worden aangeboden aan zorgaanbieders die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Deze uitbreiding zal in beginsel non-discriminatoire moeten zijn: een weigering om een overeenkomst aan te gaan zal op dezelfde gronden moeten plaats vinden als voor een Nederlandse zorgaanbieder. Wat instellingen betreft, moet de volgende kanttekening worden gemaakt. Een instelling die ZFW- en AWBZ-verstrekkingen verleent, moet ingevolge artikel 8a ZFW en artikel 8 AWBZ als zodanig zijn toegelaten. Toelating geschiedt hetzij categoriaal van rechtswege, hetzij individueel en op verzoek, door de minister van VWS. Tenzij een ziekenfonds daartegen ernstige bezwaren heeft, is een ziekenfonds verplicht met individueel toegelaten instellingen, op hun verzoek een overeenkomst te sluiten. Voorwaarde is dat de desbetreffende instelling zich in het werkgebied van het ziekenfonds bevindt, dan wel dat de bevolking van het werkgebied van het ziekenfonds regelmatig gebruik maakt van die instelling. Non-discriminatoire toepassing van de regelgeving betekent dan ook dat ook een buitenlandse instelling die voldoet aan de daarop betrekking hebbende voorwaarden van ZFW en AWBZ, onder de contracteerplicht valt.

10. Het lijkt daarom aangewezen tevens het vereiste van toestemming voor het inroepen van zorg met een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, zoals thans neergelegd in artikel 9, vierde lid, ZFW en artikel 10, tweede lid AWBZ, zonder onderscheid naar de vestigingsplaats van de zorgaanbieder toe te passen, dat wil zeggen ongeacht of de zorgaanbieder in Nederland of in een andere lidstaat van de EG is gevestigd.

11. Voorzover het gaat om zorg in een andere lidstaat kan de vergoeding in beginsel worden berekend over het rechtsgeldig in rekening gebrachte tarief, tot ten hoogste het overeenkomstige Nederlandse tarief.

12. Deze benadering ziet op de extramurale zorg, dus het overeenkomstenstelsel zoals dat voor vrij gevestigde zorgaanbieders wordt gehanteerd. Voor zover de overwegingen van het Hof op ziekenhuisvoorzieningen worden betrokken, lijkt het Hof voldoende ruimte te creëren voor rechtvaardiging van het Nederlandse stelsel zonder aanpassing van de regelgeving.

13. Tot slot zal moeten worden gezien in hoeverre wettelijke beperkingen in het kader van de Wet op de Toegang tot Ziektekostenverzekeringen om in het kader van particuliere verzekeringen zorg in een andere lidstaat in te roepen, moeten worden opgeheven.

III. Analyse van de arresten Decker en Kohll

De feiten

1. In twee procedures die de heren Decker en Kohll - beide van Luxemburgse nationaliteit - tegen hun ziekenfonds hebben aangespannen, hebben de Conseil arbitral des assurances sociales respectievelijk de Luxemburgse Cour de cassation het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen om een uitspraak gevraagd, of nationale regelingen die de verlening van voorafgaande toestemming vereisen opdat in het buitenland gemaakte medische kosten vergoed kunnen worden, verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. Decker had bij een opticien in Arlon (België) een bril gekocht, maar kreeg de kosten niet vergoed, omdat hij niet tevoren toestemming voor deze aankoop had gevraagd. In het geval van Kohll had zijn Luxemburgse arts de "Union des caisses de maladie" gevraagd om toestemming te verlenen voor een orthodontische behandeling van zijn minderjarige dochter in Trier (Duitsland). Deze aanvraag werd afgewezen op grond dat de behandeling niet spoedeisend was en in Luxemburg kon worden verleend. Deze maatregelen, die de vergoeding van de kosten van medische zorg in het buitenland afhankelijk stellen van de toestemming van een socialezekerheidsorgaan, zijn door het Hof getoetst aan de regels inzake het vrij verkeer van goederen en aan die inzake het vrij verrichten van diensten.

Het oordeel van het Hof

2. De nationale socialezekerheidsstelsels zijn niet a priori onttrokken aan de verdragsbepalingen betreffende het vrije goederen- en dienstenverkeer. Wat de medische zorg betreft maakt het Hof dit duidelijk in de beide arresten. Een nationale wettelijke regeling die het recht op vergoeding van een bril en orthodontische behandeling afhankelijk stelt van de voorwaarde dat vooraf toestemming is verkregen om de bril in een andere lidstaat te kopen of een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan, is in beginsel in strijd met het vrije goederen- respectievelijk dienstenverkeer. De rechtvaardigingen die op grond van het algemeen belang of de bescherming van de volksgezondheid worden aangevoerd voor het bestaan van toestemmingsvereisten om medische zorg in een andere lidstaat in te roepen, worden in casu verworpen.

3. De overwegingen van het Hof zijn niet uitsluitend gericht op brillen of tandregulatie. Het Hof spreekt in zijn overwegingen in het algemeen van "medische producten" als het gaat om het vrije goederenverkeer en van "medische hulpverleners" in het verband van het vrije dienstenverkeer.

Perspectief van de verzekerde

4. De arresten hebben betrekking op de rechtspositie van de verzekerde tegenover het ziekenfonds bij de uitvoering van een wettelijke sociale ziektekostenverzekering. De hierna volgende analyse is daarom primair vanuit dit perspectief opgebouwd.

Communautair vs. nationaal toestemmingsvereiste

5. Niet alleen op nationaal niveau bestaan toestemmingsvereisten. Ook op communautair niveau, in artikel 22 van verordening (EEG) nr. 1408/71, is het vereiste van voorafgaande toestemming opgenomen. Deze verordening, die de sociale zekerheidsstelsels van de lidstaten coördineert in het kader van het vrije verkeer van

werknemers en zelfstandigen, is niet alleen van toepassing op migrerende werknemers en zelfstandigen of hun gezinsleden, maar op alle verzekerden in het kader van een nationaal stelsel van sociale zekerheid die over de grens medische zorg willen inroepen. De overwegingen van het Hof over de betekenis van artikel 22 van verordening 1408/71 maken duidelijk dat de bepalingen daarvan - in de uitleg die het Hof van Justitie daaraan nu heeft gegeven - in overeenstemming zijn met de bepalingen inzake het vrije goederen- en dienstenverkeer. Artikel 22 moet zo worden uitgelegd dat deze bepaling toestaat dat het vereiste van voorafgaande toestemming mag worden gehandhaafd voor behandelingen in een andere lidstaat die op grond van artikel 22 zouden moeten worden vergoed tegen het tarief dat in de lidstaat van behandeling geldt (arrest Decker, punt 28; arrest Kohll, punt 26). Ook mag de toestemming worden geweigerd wanneer de instandhouding van een essentiële zorgvoorziening of medische deskundigheid in die laatste lidstaat in gevaar zou komen (arrest Kohll, punt 51, zie ook hierna).

Het vrije goederenverkeer

6. Het Hof neemt als uitgangspunt dat maatregelen van de lidstaten op het gebied van de sociale zekerheid die de afzetmogelijkheden van medische producten kunnen beïnvloeden en indirect de invoer ervan, onder de verdragsregels inzake het vrije goederenverkeer vallen (arrest Decker, punt 24). Toepassing van de Dassonville-formule ligt dan voor de hand: onderzocht moet worden of een regeling als de onderhavige de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren (arrest van 11 juli 1974, Dassonville, 8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5). Het Hof constateert dat het toestemmingsvereiste degenen die in Luxemburg sociaalverzekerd zijn ertoe aanzet, hun brillen eerder bij opticiens in het Groothertogdom dan in andere lidstaten te kopen en te laten monteren. Deze regeling belet de verzekerden weliswaar niet, de medische producten in een andere lidstaat te kopen, maar zij stelt de vergoeding van de in die staat gemaakte kosten wel afhankelijk van een vooraf verleende toestemming, zonder welke geen vergoeding mogelijk is. Voor de vergoeding van in de staat van verzekering gemaakte kosten is deze toestemming echter niet vereist. Een dergelijke regeling moet als een belemmering voor het vrij verkeer van goederen worden beschouwd, omdat zij de sociaalverzekerden ertoe aanzet deze producten eerder in het Groothertogdom dan in andere lidstaten te kopen, en derhalve de invoer van in deze staten gemonteerde brillen kan afremmen (arrest Decker, punt 36; zie ook arrest van 7 mei 1985, Commissie/Frankrijk, 18/84, Jurispr. blz. 1339, punt 16).

Rechtvaardigingen in het goederenverkeer

7. Wat het goederenverkeer betreft ziet het Hof *in casu* geen enkele rechtvaardiging voor het toestemmingsvereiste uit een oogpunt van de bescherming van de volksgezondheid of het algemeen belang. De beheersing van de kosten van de gezondheidszorg kan volgens het Hof alleen als rechtvaardiging worden aanvaard, wanneer moet worden gevreesd voor een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. Dat kan een dwingende reden van algemeen belang vormen waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn. Echter, het financieel evenwicht van de Luxemburgse ziekenfondsverzekering wordt niet verstoord in geval van forfaitaire vergoedingen of vergoeding volgens de tarieven van Luxemburgse regeling. Ook het argument dat geen toezicht kan worden uitgeoefend op de kwaliteit van de medische producten wordt door het Hof verworpen. Wat betreft opticiens wijst het Hof erop dat de

voorwaarden voor de toegang tot en de uitoefening van de gereguleerde beroepen worden beheerst door de richtlijnen 92/151/EEG betreffende een tweede algemeen stelsel van erkenning van beroepsopleidingen, en 95/43/EG. Ook was de bril in casu voorgeschreven door een oogarts. Hieruit volgt volgens het Hof, dat bewaking van de kwaliteit van de in andere lidstaten afgeleverde medische producten geen rechtvaardiging uit volksgezondheidsoogpunt kan opleveren voor een regeling als in het hoofdgeding aan de orde is (arrest Decker, punt 45).

8. Door te spreken over medische producten in het algemeen verbreedt het Hof de draagwijdte van haar uitspraak tot buiten het onderwerp van de discussie, in casu brillen. Zo verwijst het Hof uitdrukkelijk naar eerdere rechtspraak over de aankoop van geneesmiddelen in een andere lidstaat, zoals aan de orde in de arresten van 7 maart 1989, Schumacher, 215/87, Jurispr. blz. 617, punt 20, en van 8 april 1992, Commissie/Duitsland, C-62/90, Jurispr. blz. I-2575, punt 18. Gelet op deze verwijzing moet worden aangenomen dat de geneesmiddelensector evenzeer wordt geraakt door dit arrest. Overigens gaf het Hof hiertoe al een voorzet in het arrest van 7 februari 1984, zaak 238/82 (Duphar) Jur. 1984, blz. 523, punt 21, door de regulering van het geneesmiddelenverbruik ter beheersing van de kosten van medische zorg toe te staan, op voorwaarde dat daarbij niet zou worden gediscrimineerd naar de oorsprong van de geneesmiddelen.

Het moet er onder deze omstandigheden voor worden gehouden, dat niet alleen brillen en geneesmiddelen, maar in beginsel alle medische producten door het arrest Decker worden bestreken.

Het vrije dienstenverkeer

9. Het Hof begint zijn redenering vanuit de constatering dat het voor de nationale rechter aanhangige geschil betreft een extramuraal orthodontische behandeling in een andere lidstaat. Deze tegen vergoeding verleende hulp moet worden aangemerkt als een dienst in de zin van artikel 60 van het Verdrag, dat uitdrukkelijk melding maakt van de werkzaamheden van de vrije beroepen. Volgens de rechtspraak van het Hof verzet artikel 59 van het Verdrag zich tegen iedere nationale regeling die ertoe leidt, dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat (arrest Kohll, punt 33; arrest van 5 oktober 1984, Commissie/Frankrijk, C-381/93, Jurispr. blz. I-5145, punt 17). De in het hoofdgeding omstreden regeling belet de verzekerden weliswaar niet, zich tot een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter te wenden, maar zij stelt de vergoeding van de in die staat gemaakte kosten wel afhankelijk van een vooraf verleende toestemming, zonder welke geen vergoeding mogelijk is. Voor de vergoeding van in de staat van verzekering gemaakte kosten is deze toestemming echter niet vereist. Een dergelijke regeling schrikt volgens het Hof de sociaalverzekerden af om zich tot medische hulpverleners in een andere lidstaat te wenden, en vormt zowel voor laatstgenoemden als voor hun patiënten een belemmering van het vrij verrichten van diensten (arrest Kohll, punt 36; zie ook arresten van 31 januari 1984, Luisi en Carbone, 286/62 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punt 16, en 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 31).

Rechtvaardiging in het dienstenverkeer

10. De rechtvaardigingen voor het toestemmingsvereiste uit een oogpunt van bescher

ming van de volksgezondheid en het algemeen belang zoals *in casu* opgeworpen door de lidstaten, worden door het Hof verworpen. Het Hof erkent dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn (arrest Kohll, punt 41). Echter, vergoeding van tandheelkundige hulp volgens de tarieven van het land van verzekering heeft volgens het Hof geen belangrijke invloed op de financiering van het socialezekerheidsstelsel (arrest Kohll, punt 42). Ook het argument betreffende het toezicht op de kwaliteit van de dienstverleners moet volgens het Hof worden verworpen, gelet op de gecoördineerde en geharmoniseerde eisen die op het niveau van de gemeenschap worden gesteld aan medici en tandartsen.

Met betrekking tot de ter rechtvaardiging van het toestemmingsvereiste genoemde doelstelling, een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te handhaven, merkt het Hof op dat ofschoon deze doelstelling intrinsiek samenhangt met de financiering van het socialezekerheidsstelsel, zij nochtans onder de in artikel 56 van het Verdrag voorziene afwijkingen uit hoofde van de volksgezondheid kan vallen, voor zover zij bijdraagt tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming (arrest Kohll, punt 50).

Artikel 56 staat in de opvatting van het Hof de lidstaten toe, de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen te beperken, voor zover de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking (arrest Kohll, punt 51).

Wel stelt het Hof hoge eisen aan deze rechtvaardiging. Aangetoond moet worden dat het toestemmingsvereiste noodzakelijk is om een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te verzekeren. Verder moet aannemelijk worden gemaakt dat de regeling onmisbaar is voor de instandhouding van een essentiële verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied (arrest Kohll, punt 52).

Onderscheid medisch product en medische dienst

11. Gesteld kan worden dat de verrichtingen van een opticien evenzeer kunnen worden aangemerkt als een dienst en dat de zaak Decker dus evengoed over de boeg van het vrije dienstenverkeer had kunnen worden afgewikkeld. Wellicht heeft in de redenering van het Hof de vraagstelling van de verwijzende rechter een rol gespeeld. Denkbaar is ook dat het Hof hier een praktische benadering heeft voorgestaan. In de prijs van een bril zijn alle verdere kosten van de opticien verwerkt. Op de rekening van een orthodontist zullen de kosten van een beugel evenwel slechts een ondergeschikte post uitmaken.

Toch is het onderscheid niet zonder belang. Ten aanzien van het vrije dienstenverkeer heeft het Hof immers bij herhaling uitgesproken dat artikel 59 EG-Verdrag horizontale werking heeft, dat wil zeggen in relaties tussen particulieren kan worden ingeroepen (zie het arrest van 15 december 1995, zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, blz. I-4921, punt 83 en arrest van 12 december 1974, zaak 36/74, Walrave en Koch, Jur. 1974, blz. 1405, punt 17). Daarmee zou bijgevolg de betekenis van het arrest Kohll worden verbreed tot ook particuliere verzekeringen. Daarbij zij opgemerkt dat particuliere verzekeraars zich kunnen beroepen op de rechtvaardigingen die het Hof heeft geformuleerd voor beperkingen op het vrij dienstenverkeer (vgl. arrest van 15 december 1995, zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, blz. I-4921, punt 86).

Artsen en ziekenhuizen als dienstverrichters

12. Niet alleen artsen als beoefenaar van een vrij beroep, maar ook ziekenhuizen in hun geheel worden door het Hof tot de dienstverrichters gerekend wier aanbod van medische zorg in beginsel niet mag worden gefrustreerd door een nationaal toestemmingsvereisten. Het Hof herinnert eraan dat de lidstaten krachtens de artikelen 56 en 66 EG-Verdrag weliswaar bevoegd zijn het vrij verrichten van diensten om redenen van volksgezondheid te beperken, maar deze bevoegdheid is niet gegeven om de sector van de volksgezondheid, als economische sector en vanuit het oogpunt van het vrij verrichten van diensten, aan het fundamentele beginsel van vrij verkeer te onttrekken (arrest Kohll, punt 46; arrest van 7 mei 1986, Gül, 131/85, Jurispr. blz. 1573, punt 17).

Onderscheid intramurale en extramurale zorg

13. Het Hof vestigt er in de zaak Kohll uitdrukkelijk de aandacht op dat het om *extramurale* orthodontische behandeling gaat (arrest Kohll, punt 29, zie ook hiervoor, punt 9). In het kader van spreiding van gezondheidsvoorzieningen en kostenbeheersing kan een lidstaat ervoor kiezen de planning en spreiding van medische voorzieningen wettelijk te reguleren. In het wettelijke stelsel van ziektekostenverzekering kan de vergoeding van bepaalde vormen van medische zorg beperkt zijn tot zorg die is verleend door een ziekenhuis dat is toegelaten op grond van de ZFW/AWBZ. Deze beperking kan mede zijn ingegeven door overwegingen van budget- en capaciteitbeheersing. Wanneer veel verzekerden zouden kiezen voor een verblijf in een ziekenhuis in andere lidstaten, zouden de nationale ziekenhuizen deels onbezet blijven, terwijl de kosten van personeel en voorzieningen even hoog blijven als bij een optimale bezetting. Dit betekent in beginsel een extra financiële last voor het stelsel. Volgens Advocaat-Generaal Tesauro moet wat deze sector aangaat worden aanvaard dat het onontbeerlijk is om vooraf toestemming te verzoeken en te verkrijgen (conclusie, punt 59). Dit, teneinde het financiële evenwicht van het stelsel onaangetast te laten en de instandhouding te verzekeren van een verzorging die vanuit financieel en logistiek oogpunt voor eenieder toegankelijk is, dus ook voor degenen die zich niet willen verplaatsen, maar op de dichtstbijzijnde locatie alle passende behandelingen wensen te ondergaan.

14. Aangenomen mag worden dat het Hof deze situatie voor ogen heeft waar het spreekt over de aanvaardbaarheid van de beperking van de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen, voor zover de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking (arrest Kohll, punt 51). Of daaraan de conclusie moet worden verbonden dat voor iedere ziekenhuisopname, of algemener, iedere intramurale behandeling in een andere lidstaat voorafgaande toestemming mag worden verlangd, staat niet zonder meer vast. Denkbaar is ook dat in ieder concreet geval een toets moet plaats vinden. Dit kan worden afgeleid uit de overweging van het Hof dat moet worden aangetoond dat het toestemmingsvereiste *noodzakelijk* is om een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te verzekeren en *onmisbaar* is voor de instandhouding van een essentiële verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied (arrest Kohll, punt 52). In deze uitleg heeft het toestemmingsvereiste bijgevolg ook betekenis voor andere vormen van intramurale zorg dan alleen hoogwaardig specialistische zorg op een bijzonder gebied.

Alleen vergoedbare verstrekkingen

15. Uit het samenstel van overwegingen kan worden afgeleid dat het moet gaan om medische producten en verrichtingen die in de lidstaat van verzekering vergoedbaar zijn. Zij moeten met andere woorden vallen onder dekking van de ziektekostenverzekering. Dit kan worden afgeleid uit de overwegingen dat de vergoeding van het product of de dienst wordt verlangd naar de nationale maatstaven in de staat van verzekering. Producten of diensten die buiten het pakket van de verzekering vallen, hoeven bijgevolg niet te worden vergoed.

Nationaliteit van de verzekerden

16. Het is voor de toepassing van de verdragsbepalingen betreffende het vrije goederen- en dienstenverkeer niet van belang welke nationaliteit de verzekerde heeft. Anders dan bij het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging als bedoeld in de artikelen 48 en 52 EG-Verdrag, waarop in beginsel slechts onderdanen van een van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen een beroep kunnen doen, kan de bescherming van de eerst genoemde vrijheden ook worden ingeroepen door in Nederland verzekerde onderdanen van derde landen. Het vrije goederenverkeer dient te worden gewaarborgd ten aanzien van de goederen, niet ten aanzien van nationaliteit van producenten of de afnemers ervan. Wat betreft het vrije dienstenverkeer kan hier worden gewezen op zaak C-180/89, Toeristengids II, Jur. 1991 blz. I-709). In dit arrest oordeelde het Hof dat onderdanen van derde landen die in de Gemeenschap gevestigd zijn, als dienstontvanger kunnen profiteren van het vrije dienstenverkeer.

IV. Beschrijving van het Nederlandse wettelijke stelsel van ziektekostenverzekering

Inleiding

1. Alvorens te kunnen nagaan welke gevolgen de uitspraken in de zaken Decker en Kohll kunnen hebben voor het Nederlandse stelsel, zal hier eerst een schets worden gegeven van de relevante elementen van het Nederlandse wettelijke stelsel van sociale ziektekostenverzekeringen zoals dat is neergelegd in de Ziekenfondswet (ZFW) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). Tevens zal aandacht worden besteed aan de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (WTZ).

Kring van belanghebbenden

2. Het is nuttig vooraf de kring van belanghebbende verzekerden aan te duiden. Krachtens de ZFW zijn in beginsel verzekerd personen die een inkomen uit of in verband met arbeid hebben beneden een door de wet vastgelegde inkomensgrens. Voor het verzekerd zijn ingevolge de AWBZ volstaat het dat men ingezetene is van Nederland. Het is dus niet noodzakelijk arbeid te verrichten of een uitkering te hebben. Ook is niet van belang hoe hoog het inkomen is. Het pakket van de AWBZ komt dus ten goede aan ZFW-verzekerden, maar ook aan particuliere verzekerden. Deze laatste categorie valt uiteen in personen die aanspraak kunnen maken op de bescherming van de WTZ en overigen. De WTZ voorziet in een verplichting opgelegd aan particuliere verzekeraars om bepaalde, wettelijk aangeduide categorieën van personen op hun verzoek te accepteren voor een particuliere verzekering, waarvan de voorwaarden, de omvang en de maximumpremie wettelijk zijn vastgelegd. Het gaat onder meer om personen die de ziekenfondsverzekering, de ambtelijke ziektekostenvoorziening of het collectieve contract van hun werkgever wegens beëindiging van de dienstbetrekking moeten verlaten, of die voor het eerst aangewezen worden op de particuliere ziektekostenverzekering, of die voor hun particuliere verzekering meer betalen dan de voor hun leeftijdsgroep vastgestelde maximumpremie van de WTZ-verzekering. Ook studenten die recht hebben op studiefinanciering kunnen een WTZ-verzekering sluiten, en wel tegen een beperkte premie.

Zorg in natura

3. De Ziekenfondswet verleent de verzekerden in beginsel aanspraak op zorg in natura jegens het ziekenfonds (artikel 8, eerste lid, ZFW). Dat betekent dat de verzekerde zelf geen rekeningen hoeft te betalen aan de zorgaanbieder. Het ziekenfonds rekent rechtstreeks af met de zorgaanbieder. Vergoeding in geld is slechts mogelijk wanneer een ziekenfonds niet in staat is met voldoende personen of instellingen een overeenkomst te sluiten om de zorg te waarborgen, een en ander op aanwijzing van de minister van VWS (art. 11 ZFW).

Het wettelijk systeem in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ziet er enigszins anders uit. Ziekenfondsen, ziektekostenverzekeraars en uitvoerende organen hebben daarin de keuze om ofwel de zorg waarop hun verzekerden aanspraak hebben, in natura aan die verzekerden te leveren en zelf de hulpverlener voor zijn diensten te betalen, ofwel met de verzekerden overeen te komen dat de door hen ingeroepen zorg, waarop aanspraak kan worden gemaakt, door de verzekerden zelf aan de hulpverlener wordt betaald en deze kosten later aan die verzekerden worden vergoed (artikel 6, tweede lid, AWBZ). De overheid kan met betrekking tot bepaalde vormen van zorg bepalen dat

deze uitsluitend als verstrekking in natura aan de verzekerde mag worden verleend. Omdat in de praktijk de verzekeraars in hun reglementen slechts gebruik maken van de mogelijkheid om zorg in natura te leveren, is deze wettelijke keuze-mogelijkheid in wezen een dode letter.

De WTZ heeft de vorm van een restitutiestelsel. De verzekerde heeft, evenals de reguliere particuliere verzekerden ten aanzien van hun pakket, in beginsel aanspraak op vergoeding van de door hem gemaakte kosten binnen het standaardpakket.

Medewerkersovereenkomsten

4. Om de verzekerde de zorg in natura te kunnen bieden, sluit het ziekenfonds overeenkomsten met de zorgaanbieders. De overeenkomsten worden door de overheid gezien als onmisbaar instrument om aard en kwaliteit van de zorg vast te leggen, naast elementen als prijsstelling en doelmatigheid. De overeenkomsten worden gesloten met medewerkers die in het werkgebied van het ziekenfonds zijn gevestigd. De wetgeving verbiedt niet dat overeenkomsten worden gesloten met medewerkers die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Wat ziekenhuizen betreft kan het ziekenfonds uitsluitend overeenkomsten sluiten met instellingen die door de minister van VWS uit hoofde van de Ziekenfondswet zijn toegelaten.

Ziekenfondsen zijn in beginsel verplicht overeenkomsten te sluiten met individueel toegelaten instellingen. Die verplichting bestaat niet ten aanzien van overige instellingen en personen die zorg als bedoeld in de ZFW/AWBZ kunnen verlenen.

Geen onbeperkte keuzevrijheid

5. Een verzekerde die zijn aanspraak op een verstrekking geldend wil maken, wendt zich tot een persoon of een instelling naar eigen keuze, die voor dat doel een overeenkomst heeft met het ziekenfonds, de ziektekostenverzekeraar of het uitvoerend orgaan, waarbij hij is ingeschreven (artikel 9, eerste en tweede lid ZFW, artikel 10, eerste lid, AWBZ). Binnen het werkgebied van het ziekenfonds, de ziektekostenverzekeraar of het uitvoerend orgaan staat het hem dus niet altijd vrij alle daar gevestigde personen of instellingen te benaderen.

Toestemmingsvereiste

6. De wetgeving verbindt aan het inroepen van zorg door een hulpverlenende persoon of instelling die met het ziekenfonds waarbij de verzekerde is ingeschreven geen medewerkersovereenkomst heeft, een toestemmingsvereiste. Een ziekenfonds kan aan een verzekerde toestemming verlenen zich voor het geldend maken van zijn recht op een verstrekking te wenden tot een andere persoon of instelling in Nederland, indien dit voor zijn geneeskundige verzorging nodig is (artikel 9, vierde lid ZFW) of indien dit voor de verkrijging van de zorg voor de verzekerde nodig is (artikel 10, tweede lid AWBZ). Onze Minister kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden aan een verzekerde ook toestemming kan worden verleend zich voor het geldend maken van zijn recht op een verstrekking te wenden tot een persoon of inrichting buiten Nederland. Als zodanig heeft de minister aangewezen die gevallen waarin het verlenen van een verstrekking door een persoon of instelling buiten Nederland voor de geneeskundige verzorging van betrokkene noodzakelijk is.

Toepassing van deze bepaling is alleen mogelijk indien de behandeling, voor het ondergaan waarvan toestemming aan het ziekenfonds dient te worden gevraagd, onderdeel

vormt van ingevolge de Ziekenfondswet geregelde verstrekkingen.

Wetsgeschiedenis artikel 9, vierde lid ZFW

7. Deze bijzondere beperking van de mogelijkheid om ten laste van de ziekenfondsverzekering medische zorg in te roepen in het buitenland werd bij de totstandkoming ervan door de regering uitvoerig gemotiveerd. "Het gevaar dat dit oplevert voor de Nederlandse gezondheidszorg in het algemeen en de ziekenfondsverzekering in het bijzonder noodzaakt tot het treffen van een regeling op grond waarvan het inroepen van medische hulp in het buitenland beheersbaar wordt. Voorkomen moet namelijk worden dat de zorgverlening ingevolge de wettelijke ziektekostenverzekeringen in Nederland afhankelijk wordt van ontwikkelingen in het buitenland. Immers, een onbeheersbare ontwikkeling van medische zorg in het buitenland kan aanleiding geven tot aanzienlijke kosten voor de ziekenfondsverzekering terwijl het tegelijk een bedreiging kan vormen voor de beschikbaarheid van een adequaat voorzieningenstelsel in eigen land." (Kamerstukken II, 1985-1986, 19 357, nr. 3). Aan de wetsgeschiedenis kan ook nog het volgende worden ontleend. "Daarenboven is de bedoeling van de wetgever nooit anders geweest dan dat deze regeling (de toestemmingsregeling om buiten het werkgebied van het ziekenfonds medische zorg in te roepen), territoriale werking zou hebben. Immers, ten tijde van de totstandkoming van de Ziekenfondswet had het aanbod van unieke specialistische behandelingsmogelijkheden vanuit het buitenland nog nauwelijks betekenis. Gekozen is toentertijd bovendien voor een verzekeringsstelsel met verstrekkingen in natura. Dit is gezien het daaraan inherente systeem van medewerkersovereenkomsten welhaast aan nationale grenzen gebonden. Op grond van de jurisprudentie is in de praktijk echter de situatie ontstaan dat deze bepaling niet wordt beperkt tot de Nederlandse hulpverleners. De doelstelling van de thans voorgestelde wijziging is om de toepassing van art. 9, vierde lid, van de Ziekenfondswet, weer in overeenstemming te brengen met de oorspronkelijke bedoeling ervan. Met deze wijziging wordt dan ook vastgelegd dat de hulpverlening waarop ziekenfondsverzekerden ingevolge de Ziekenfondswet recht hebben is beperkt tot Nederland. In de praktijk is evenwel gebleken dat het niet wenselijk is de mogelijkheid tot het inroepen van hulp in het buitenland met toepassing van art. 9, vierde lid, van de Ziekenfondswet, geheel af te sluiten. In zijn advies van 22 december 1983 inzake hulp in het buitenland heeft de Ziekenfondsraad erop gewezen dat er behalve voor de toen nog bestaande hart-luchtbruggen ook ruimte diende te worden gecreëerd voor andere uitzonderingsgevallen, waarvoor naar het oordeel van de raad in elk geval in aanmerking komen de regeling welke thans voor Zeeuws-Vlaanderen geldt, op grond waarvan ziekenfondsverzekerden, woonachtig in Zeeuws-Vlaanderen verwezen kunnen worden naar het academisch ziekenhuis te Gent en het Algemeen Ziekenhuis St. Jan te Brugge voor enkele met name in die regeling genoemde specialismen welke in Zeeuws-Vlaanderen niet beschikbaar zijn, alsmede de asthma-kliniek Eugenia te Davos. Teneinde tegemoet te komen aan de door de Ziekenfondsraad gesignaleerde behoefte is in de voorziene wijziging van art. 9, vierde lid, van de Ziekenfondswet, de mogelijkheid geopend dat de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden aan een verzekerde toestemming kan worden verleend zich te wenden tot een persoon of inrichting buiten Nederland. Aldus wordt met betrekking tot het verlenen van medische zorg op grond van de Ziekenfondswet ten opzichte van het buitenland een gelijke situatie gecreëerd als die welke geldt ten opzichte van in Nederland te verlenen

hulp. In beide situaties namelijk bepaalt de genoemde minister de omvang en de voorwaarden van de te verlenen verstrekkingen. Deze regeling maakt mogelijk dat de minister op basis van een, ook door het Parlement gewenst geachte prioriteitsafweging, een verantwoorde beslissing terzake kan nemen." (Kamerstukken I, 1985-1986, 19 357, nr. 30.)

Tijdens de parlementaire behandeling rezen er vragen naar de verenigbaarheid van de regeling van artikel 9, vierde lid met het gemeenschapsrecht. Hierop antwoordde de regering als volgt. "Art. 9, vierde lid, van de ZFW, is niet van toepassing op gevallen, waarin aan een verzekerde als gevolg van een tekort aan voorzieningen de normale hulp in Nederland niet kan worden geboden. In zijn advies van 26 november 1968 (*bedoeld is waarschijnlijk 1986*) heeft de Ziekenfondsraad, zich daarbij baserend op een advies van de Commissie van Juristen van de Ziekenfondsraad, zich op het standpunt gesteld dat art. 9, vierde lid, ZFW, niet regelt het geval dat de normale hulp niet kan worden gegeven, dat wil zeggen het geval dat zich een tekort aan (normale) voorzieningen voordoet. Aangezien de thans voorgestelde wijziging geen verandering brengt in dit uitgangspunt zal deze wijziging dan ook geen strijd opleveren met het vrije verkeer van goederen en personen." (Ontleend aan MvA, Kamerstukken II, 1985-1986, 19 357, nr. 7).

Toepassingsgebied artikel 9, vierde lid ZFW

8. Deze bepaling is niet van toepassing op gevallen, waarin aan een verzekerde als gevolg van een tekort aan voorzieningen de normale hulp in Nederland niet kan worden geboden. (Kamerstukken II, 1985-1986, 19 357, nr. 7).

Als gevallen, waarin een ziekenfonds aan een verzekerde toestemming kan verlenen zich voor het geldend maken van zijn recht op een verstrekking te wenden tot een persoon of inrichting buiten Nederland, worden aangewezen de gevallen waarin het ziekenfonds heeft vastgesteld dat zulks voor de geneeskundige verzorging van die verzekerde nodig is. (artikel 1 van het Besluit van de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 30 juni 1988, nr. 4026859, Stcrt. 1988, 123, ingevolge art. 9, vierde lid, van de ZFW).

Aan de toelichting bij deze regeling kan het volgende worden ontleend. "Bij brief van 2 mei 1986 heeft de toenmalige staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur aan de Ziekenfondsraad verzocht te adviseren over de hiervoor bedoelde ministeriële regeling. In zijn advies van 21 mei 1987 (Uitgave van de Ziekenfondsraad, nr. 353) komt de raad op grond van een daartoe onder de ziekenfondsen gehouden enquête tot het standpunt dat het niet mogelijk is de door de ziekenfondsen verleende toestemmingen, die een verscheidenheid van aandoeningen betreffen, in enkele duidelijk af te bakenen categorieën onder te brengen. Een op basis van deze gegevens te treffen ministeriële regeling zou derhalve zeer globaal moeten zijn. De raad heeft derhalve aanbevolen materieel de situatie te continueren welke voor de betreffende wetswijziging bestond. Daarbij blijft uiteraard de mogelijkheid bestaan om, wanneer dat in de toekomst noodzakelijk zou zijn, op een snelle en doeltreffende wijze in te spelen op ongewenste ontwikkelingen. Met de onderhavige regeling wordt het advies van de Ziekenfondsraad gevolgd."

De overeenkomstige regeling op basis van artikel 10, tweede lid, AWBZ is volledig geënt op die van artikel 9, vierde lid ZFW (Regeling van 23 december 1991, nr. 91 775, Stcrt. 1991, 250).

Toelichting op de WTZ

9. De in de WTZ bedoelde verzekering is een particuliere verzekering. Voor een persoon die aangewezen is op de particuliere markt bestaat geen enkele verplichting tot het sluiten van een zodanige verzekering, maar anderzijds is een ziektekostenverzekeraar wel verplicht om met iemand die aan de wettelijk gestelde voorwaarden voldoet, op zijn verzoek een standaardverzekering te sluiten.

De verzekering staat open voor een aantal wettelijk omschreven categorieën van personen (zie hiervoor onder 2). In de WTZ is voorzien in een omslagregeling van de tekorten die de verzekeraars leiden op standaardverzekeringsovereenkomsten.

De WTZ en het Vergoedingenbesluit particulier verzekerden regelen de omvang van de in het kader van de standaardverzekering te vergoeden kosten van medische zorg. De voorwaarden wat betreft de omvang, eigen risico en eigen bijdragen zijn nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit vergoedingen particulier verzekerden. Het pakket stemt grotendeels overeen met het ZFW-pakket. Naast de door de verzekerde verschuldigde eigen bijdragen is tevens voorzien in een eigen risico aan de voet. De standaardverzekering geeft de verzekerde recht op een vergoeding in geld van de door hem gemaakte kosten voor medische zorg.

De verzekerde is vrij in zijn keuze van hulpverlenende persoon of instelling, zij het dat de verzekerde voor bepaalde vormen van zorg een verwijzing van de huisarts dient te overleggen.

Vergoeding van in het buitenland gemaakte kosten wordt verleend, behalve in die gevallen waarin het verblijf in het buitenland uitsluitend of mede tot doel had aldaar een opname of behandeling te ondergaan.

V. De ZFW en AWBZ getoetst aan de arresten Decker en Kohll

Inleiding

1. Na de hiervoor weergegeven schets van het stelsel van de ZFW en de AWBZ, zal thans aan de hand daarvan worden getoetst welke gevolgen de uitspraken in de zaken Decker en Kohll kunnen hebben voor de Nederlandse sociale ziektekostenverzekeringen. Deze gevolgen zullen langs de volgende lijn aan bod komen:

- a. de toepasbaarheid van de arresten Decker en Kohll op het Nederlandse naturastelsel;
- b. de draagwijdte van de door het Hof gerechtvaardigd geachte beperkingen op het vrije verkeer en hun betekenis voor de Nederlandse situatie.

Voor zover relevant zal een onderscheid tussen intra- en extramurale zorg worden gemaakt.

a. De toepasbaarheid van de arresten Decker en Kohll op het Nederlandse naturastelsel

2. De arresten Decker en Kohll hebben betrekking op het Luxemburgse stelsel van ziektekostenverzekering, dat gekenmerkt wordt door een stelsel van vergoedingen. De verzekerde krijgt daarin de rekeningen van de zorgverlener, die hij zelf moet betalen, geheel of gedeeltelijk vergoed van het ziekenfonds. In dit stelsel is sprake van consumentenvrijheid: de verzekerde is volledig vrij in de keuze van de door hem gewenste zorgverlener. Het Nederlandse naturastelsel geeft de verzekerde een aanspraak op verstrekkingen in natura, die door het ziekenfonds of de zorgverzekeraar uit eigen hoofde worden vergoed aan de zorgverlener op basis van een overeenkomst tussen de laatste en het ziekenfonds of de zorgverzekeraar. Deze bescherming is van een andere aard dan die van een restitutiestelsel. Bovendien strekt het naturastelsel met overeenkomsten er toe naast de kwaliteit van de zorg, mede een waarborg te bieden voor volumebeheersing en prijsbeheersing.

3. Het Nederlandse naturastelsel kent de mogelijkheid van toestemming om zorg van een niet-gecontracteerde binnenlandse zorgaanbieder in te roepen, indien om medische redenen het gecontracteerde zorgaanbod niet toereikend is om naar behoren de verzekeringsverplichtingen jegens de verzekerden na te komen.

Een belangrijk verschil met het Luxemburgse stelsel is dat in het Nederlandse stelsel het toestemmingsvereiste ook wordt gehanteerd wanneer zorg van een niet-gecontracteerde binnenlandse aanbieder wordt betrokken. Het is derhalve niet mogelijk zonder toestemming niet-gecontracteerde zorgaanbieders in te schakelen. Kortom, binnen Nederland is rechtens geen sprake van een keuzevrijheid zoals in het Luxemburgse stelsel. Indien ook over de grens zou worden gecontracteerd door ziekenfondsen en zorgverzekeraars, vloeit uit de wet voort dat voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg wel en het invoeren van gecontracteerde zorg geen voorafgaande toestemming vereist is. De keuzevrijheid in en buiten Nederland is derhalve beperkt tot gecontracteerde zorg.

4. Volgens het Hof moet een toestemmingsvereiste als een belemmering voor het vrije verkeer van goederen worden beschouwd, omdat zij de sociaalverzekerden ertoe aanzet

de medische producten eerder in de eigen lidstaat dan in andere lidstaten te kopen, en derhalve de invoer van medische producten vanuit deze staten kan afremmen (arrest Decker, punt 36). Op het gebied van de dienstverrichting overweegt het Hof dat een dergelijke regeling de sociaalverzekerden afschrikt om zich tot medische hulpverleners in een andere lidstaat te wenden, en vormt zowel voor laatstgenoemden als voor hun patiënten een belemmering van het vrij verrichten van diensten (arrest Kohll, punt 35).

Conclusie:

5. Volgens het Hof moet een toestemmingsvereiste zoals bedoeld in het Luxemburgse stelsel als een belemmering voor het vrij verkeer van goederen en diensten worden beschouwd. Het Nederlandse naturastelsel kent een toestemmingsvereiste voor zover het niet-gecontracteerde zorg betreft. Het is echter de vraag of de overwegingen van het Hof zonder meer van toepassing zijn op het Nederlandse stelsel. Indien de overwegingen van het Hof in de arresten Decker en Kohll ook op een naturastelsel met overeenkomsten als het Nederlandse betrekking zouden hebben, moet worden geconstateerd dat dit stelsel een belemmering van het dienstenverkeer vormt.

Hierna wordt bezien welke consequenties aan deze conclusie moeten worden verbonden.

b. De draagwijdte van de door het Hof gerechtvaardigd geachte belemmeringen van het vrije verkeer en hun betekenis voor de Nederlandse situatie

6. De door het Hof aangehaalde rechtvaardigingsgronden voor het hanteren van een toestemmingsvereiste zijn de bescherming van de volksgezondheid en het algemeen belang. Het Hof erkent dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen. Art. 56 staat in de opvatting van het Hof de lid-staten toe de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen te beperken voor zover de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking (arrest Kohll, punt 51).

7. Voor welke vormen van zorg moet het aanvaardbaar worden geacht dat het ziekenfonds gebruik maakt van de mogelijkheid toestemming te weigeren? In dit verband kan worden gedacht aan een onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg. Het Hof vestigt er in de zaak Kohll uitdrukkelijk de aandacht op dat het om *extramurale* orthodontische behandeling gaat (arrest Kohll, punt 29, zie ook hiervoor, punt 9). Nederland reguleert op basis van de Wet Ziekenhuisvoorzieningen met het oog op spreiding van gezondheidsvoorzieningen en kostenbeheersing de planning en spreiding van medische voorzieningen. In de ZFW en de AWBZ wordt de vergoeding van bepaalde vormen van medische zorg beperkt tot zorg die is verleend door een ziekenhuis dat is toegelaten. Deze beperking wordt ingegeven door overwegingen van budget- en capaciteitbeheersing. Wanneer veel verzekerden zouden kiezen voor een verblijf in een ziekenhuis in een andere lidstaat, zouden de ziekenhuizen in Nederland deels onbezet blijven, terwijl de kosten van personeel en voorzieningen even hoog blijven als bij een optimale bezetting. Dit betekent in beginsel een extra financiële last voor het stelsel. Het toestemmingsvereiste is voor deze sector een belangrijke instrument voor beheersing

van het financiële evenwicht van het stelsel. Steun voor deze opvatting is te vinden in de conclusie van Advocaat-Generaal Tesauro (zie punt 59).

8. Volgens het Hof moet worden aangetoond dat het toestemmingsvereiste *noodzakelijk* is om een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te verzekeren en *onmisbaar* is voor de instandhouding van een essentiële verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied (arrest Kohll, punt 51). Deze rechtvaardigingen maken geen onderscheid tussen intra- en extramurale zorg, of naar eventueel hoogwaardige specialistische deskundigheid of capaciteit. Ook de waarborg van een geografische bereikbaarheid van een basisvoorziening of een normale behandelingsvoorziening kan onder deze rechtvaardigingsgronden worden gebracht.

9. Echter, voor de meeste extramurale voorzieningen zal deze redenering niet altijd zonder meer opgaan. Het is daarom zaak dat voor die voorzieningen het overeenkomstenstelsel feitelijk uitgebreid wordt tot zorgaanbieders over de grens. Deze uitbreiding zal in beginsel non-discriminatoir moeten zijn: een weigering om een overeenkomst aan te gaan zal op dezelfde gronden moeten plaats vinden als voor een Nederlandse zorgaanbieder.

10. Daaraan gekoppeld moet de bestaande beperking aan het invoeren van zorg in het buitenland worden versoepeld. Thans schrijft de ZFW en de AWBZ voor dat de minister van VWS bepaalt in welke gevallen en onder welke voorwaarden aan een verzekerde ook toestemming kan worden verleend zich voor het geldend maken van zijn recht op een verstrekking te wenden tot een persoon of inrichting buiten Nederland. Deze bevoegdheid is nu zeer algemeen geformuleerd en wijkt bovendien af van het toestemmingsvereiste zoals dat voor niet-gecontracteerde zorg binnen Nederland wordt gehanteerd. Het is zaak dat geen onderscheid meer wordt gemaakt; bij het hanteren van het toestemmingsvereiste door het ziekenfonds zou uitsluitend aan de medische noodzaak van de behandeling getoetst mogen worden, ongeacht of de zorgaanbieder binnen dan wel buiten Nederland gevestigd is.

Conclusie

11. Voor zover de overwegingen van het Hof op ziekenhuisvoorzieningen worden betrokken, lijkt het Hof voldoende ruimte te creëren voor rechtvaardiging van het Nederlandse stelsel. Tevens wordt ruimte geboden om in sommige gevallen extramurale voorzieningen die als basisvoorziening aan te merken zijn, onder de rechtvaardigingsgronden te brengen. Een en ander is afhankelijk van de regionale omstandigheden.

12. Voor de meeste extramurale voorzieningen zijn er geen argumenten om het overeenkomstenstelsel te beperken tot Nederlandse aanbieders. Het is daarom nodig daadwerkelijk contracten met zorgaanbieders over de grens tot stand te brengen. Dit is met name van belang voor extramurale voorzieningen waarvan de beschikbaarheid in de regio geen bijzondere bescherming behoeft. Het toestemmingsvereiste voor zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder zal dan zowel voor Nederland als voor daarbuiten op een zelfde manier moeten worden gehanteerd.

Aanbeveling

13. Hoewel er geen wettelijke belemmeringen zijn voor contractering over de grens, moet geconstateerd worden dat dit niet of nauwelijks plaatsvindt. Bezien moet worden welke concrete materiële belemmeringen weggenomen moeten worden.

14. Het toestemmingsvereiste moet worden aangepast zodat niet langer een onderscheid tussen niet-gecontracteerde zorg in Nederland en in andere lidstaten van de EU of de EER plaatsvindt. Hiertoe zal een wijziging moeten worden doorgevoerd in artikel 9, vierde lid ZFW en artikel 10, tweede lid, AWBZ. De bevoegdheid van de minister wordt beperkt tot hulp in een staat buiten de Europese Unie. Het ziekenfonds of de zorgverzekeraar kan voortaan toestemming verlenen voor hulp binnen de EU. De territoriale werkingssfeer van de Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering en de Regeling hulp in het buitenland AWBZ zou dan kunnen worden beperkt tot hulp buiten de EU.

VI. Particuliere ziektekostenverzekeringen

Inleiding:

1. Naast de hierboven beschreven gevolgen voor de Nederlandse socialeziektekostenverzekeringen, is ook van belang welke gevolgen de arresten Decker en Kohll kunnen hebben voor particuliere ziektekostenverzekeraars. Hierbij zal gekeken worden naar de gevolgen voor:
 - a. de zgn. WTZ-polissen;
 - b. de maatschappijpolissen.

a. De WTZ-polissen

2. De consequenties voor de toepassing van de WTZ kunnen als volgt worden geschetst. De WTZ waarborgt de toegang tot particuliere ziektekostenverzekeringen, die in Nederland in beginsel zijn gebaseerd op het restitutiestelsel. De verzekeraars werken landelijk. Hier is een duidelijke parallel met het Luxemburgse stelsel van sociale ziektekostenverzekering. De vraag welke betekenis artikel 59 EG-Verdrag heeft voor de verzekerden in hun relatie tot de verzekeraars kan hier buiten beschouwing worden gelaten. Wel moet worden aangenomen dat de overheid geen belemmeringen mag opwerpen met betrekking tot de vraag of het verstrekkingenpakket binnen Nederland moet worden geconsumeerd. De bestaande beperking om zorg buiten Nederland te vergoeden, zoals neergelegd in artikel 20, derde lid, van het Vergoedingenbesluit particulier verzekerden, op grond waarvan vergoeding van zorg slechts plaats vindt wanneer die zorg binnen Nederland is ingeroepen, zal dan ook zodanig moeten worden gewijzigd dat vergoeding ook plaats vindt wanneer de verzekerde zorg inroept in een andere lidstaat van de EU. Er moet overigens aan worden herinnerd dat ook particuliere zorgverzekeraars zich kunnen beroepen op de rechtvaardigingen die het Hof heeft geformuleerd voor beperkingen op het dienstenverkeer, zo blijkt uit het arrest Bosman. Daarin overweegt het Hof dat niets particulieren belet de volksgezondheid in te roepen als rechtvaardigingsgrond. Of de betrokken regeling van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke aard is, heeft immers geen enkel gevolg voor de draagwijdte of de inhoud van die rechtvaardigingsgronden (arrest van 15 december 1995, zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, blz. I-4921, punt 86).

Aanbeveling:

3. In het Vergoedingenbesluit particulier verzekerden is de aanspraak van de verzekeraar op vergoeding van de kosten die deze maakt ten behoeve van de verzekerden geregeld. Artikel 20, derde lid, van het Vergoedingenbesluit particulier verzekerden zal moeten worden gewijzigd in die zin dat de voorwaarden waaronder vergoeding kan worden ingeroepen voor zorg, verleend binnen de EU, dezelfde zijn als voor zorg, verleend binnen Nederland.

b. De maatschappij-polissen

4. Ten aanzien van maatschappij-polissen kan het volgende worden opgemerkt. Hoewel gesteld kan worden dat de maatschappij-polis een privaatrechtelijke overeenkomst tussen verzekerde en verzekeraar betreft, is echter relevant dat het Hof, zoals eerder al genoemd, aan artikel 59 EG-Verdrag horizontale werking heeft toegekend. Dat wil zeggen dat dit artikel ook tussen particulieren onderling een rol speelt. Het is derhalve denkbaar dat, ondanks de contractvrijheid, een particulier-verzekerde die in zijn polis geconfronteerd wordt met een discriminerend “toestemmingsvereiste” voorzover het buitenlandse zorg betreft, een procedure tegen zijn verzekeraar begint met een beroep op artikel 59 alsmede met een beroep op de arresten Decker en Kohll. Of dit beroep op artikel 59 EG-Verdrag uiteindelijk kan slagen, hangt af van de mate waarin de particuliere verzekeraar zich met succes kan beroepen op de erkende rechtvaardigingsgronden.

Conclusie:

5. Ook particuliere verzekeraars zullen rekening moeten houden met mogelijke verzoeken van verzekerden om in het buitenland genoten geneeskundige zorg vergoed te krijgen. Het is aan de verzekeraars om te bezien of men eventuele verzoeken c.q. procedures wil afwachten, dan wel hierop voortuitlopend nu reeds het beleid aan wil passen. In een eerste reactie hebben enkele verzekeraars reeds aangegeven in principe geen problemen te hebben met vergoeding van in het buitenland geconsumeerde zorg, mits die ook in Nederland onder de dekking van de polis valt en tegen de Nederlandse tarieven.

Bijlage 1

1. Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 april 1998, zaak C-120/95, N. Decker *tegen* Caisse de Maladie des employés privés.
2. Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 april 1998, zaak C-158/96, R. Kohll *tegen* Union des Caisses de Maladie.
3. Conclusie van Advocaat-Generaal G. Tesauro van 16 september 1997 in de zaak C-120/95, N. Decker *tegen* Caisse de Maladie des employés privés en de zaak C-158/96, R. Kohll *tegen* Union des Caisses de Maladie.

voorzitter:

drs M.P. van Gastel
Ministerie van Algemene zaken

leden:

mr H.M. Brasker
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

mr H.A. Diender
Ministerie van Economische Zaken

mr E.J.M. van Engelen
Ministerie van Financiën

mr E.J. ter Bals
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

mr I. van der Steen
Ministerie van Buitenlandse Zaken (*secretaris*)

mr N.Th. van Schelven
Ministerie van Justitie (*secretaris*)