

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Datum: 8 oktober 2001
Onderwerp: Advies betreffende het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 12 juli 2001 in de zaak C-157/99 (Smits en Peerbooms)

§ 1. Inleiding

Op 12 juli jl. heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) het arrest in de zaak C-157/99, B. S. M. Smits, echtgenote van Geraets, tegen Stichting Ziekenfonds VGZ en H. T. M. Peerbooms tegen Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen gewezen, waarvan de integrale tekst is opgenomen in bijlage 1.

In dit arrest gaat het Hof van Justitie in op de verenigbaarheid met het vrije dienstenverkeer van een toestemmingsvereiste voor het ondergaan van een medische behandeling in een andere lidstaat, zoals neergelegd in de desbetreffende regeling op basis van de Ziekenfondswet. De ziekenfondsregeling heeft tot gevolg dat vergoeding van medische zorg die is verleend in een andere lidstaat slechts mogelijk is na voorafgaand verkregen toestemming door het ziekenfonds. Het arrest is een vervolg op de eerdere arresten van het Hof van Justitie van 28 april 1998, in de zaak C-120/95 (N. Decker tegen Caisse de maladie des employés privés) Jur. 1998, blz. I-1831 en zaak C-158/96 (R. Kohll tegen Union des Caisses de Maladie) Jur. 1998, blz. I-1931. Over deze arresten heeft de ICER in een advies van 8 september 1998 (ICER 1998-60) advies uitgebracht aan de Minister van VWS.

De ICER heeft een werkgroep ingesteld, die de betekenis van het arrest Smits en Peerbooms heeft onderzocht voor de verzekerde ingevolge de Ziekenfondswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten of de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 die medische zorg wenst in te roepen bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder in een andere lidstaat van de Europese Unie. In bijlage 2 is de samenstelling van de werkgroep opgenomen.

De indeling van dit advies is als volgt. In §2 is een algemene analyse van het arrest Smits en Peerbooms opgenomen, §3 bevat een beschrijving van het Nederlandse stelsel, een analyse van de gevolgen van het arrest voor het Nederlandse stelsel volgt in §4. Ten slotte bevatten §5 en §6 conclusies respectievelijk aanbevelingen.

§2 Algemene analyse van het arrest Smits en Peerbooms

Feiten

1. Smits, echtgenote van Geraets, die Nederlandse is en aan de ziekte van Parkinson lijdt, is zonder voorafgaande toestemming van haar Nederlandse ziekenfonds behandeld in een gespecialiseerde Duitse kliniek. Toen zij om vergoeding van de gemaakte kosten vroeg, weigerde het ziekenfonds dit, op grond dat in Nederland voldoende en adequate behandeling van die ziekte voorhanden was en de in Duitsland ondergane behandeling geen enkele meerwaarde had.
2. Peerbooms, die de Nederlandse nationaliteit bezit, was na een verkeersongeval in coma geraakt. In een Oostenrijkse kliniek onderging hij een speciale intensieve therapie. Peerbooms voldeed niet aan de voorwaarden voor toelating in twee Nederlandse instellingen die op experimentele basis dezelfde medische behandeling aanbieden (voor die behandeling komen in Nederland alleen personen jonger dan 25 jaar in aanmerking). Ook zijn Nederlandse ziekenfonds weigerde vergoeding van de kosten, op grond dat de behandeling van comateuze patiënten in Oostenrijk volgens de medisch adviseur geen enkele meerwaarde had ten opzichte van de in Nederland geboden zorg.
3. De Nederlandse Ziekenfondswet bepaalt dat patiënten alleen na de verkrijging van voorafgaande toestemming een medische behandeling mogen ondergaan bij niet-gecontracteerde instellingen in Nederland of in het buitenland.
4. De Arrondissementsrechtbank Roermond, waar de gedingen tussen de betrokkenen en hun ziekenfondsen aanhangig zijn, heeft het Hof prejudiciële vragen gesteld over de verenigbaarheid van een dergelijk toestemmingsvereiste met het beginsel van het vrij verrichten van diensten.
5. Hierna zal de structuur van het arrest van het Hof worden gevolgd. Eerst herhaalt het Hof eerdere overwegingen in andere arresten dat lidstaten de bevoegdheid hebben hun stelsels van sociale zekerheid zelf in te richten. Daarna onderzoekt het Hof of het verlenen van medische hulp in het kader van een naturastelsel als dienst kan worden aangemerkt. Vervolgens onderzoekt het Hof of er sprake is van een belemmering van het vrije dienstenverkeer. Ten slotte onderzoekt het Hof of de belemmering kan worden gerechtvaardigd.
6. Vooraf wil de ICER het volgende opmerken. Omdat de redenering van het Hof is gekoppeld aan de bijzondere kenmerken van ziekenhuizen en de planning van ziekenhuizen, kunnen uit het arrest geen conclusies worden getrokken voor wat betreft de voorafgaande toestemming in samenhang met medisch-specialistische zorg die niet gepaard gaat met opname in een ziekenhuis gedurende het etmaal of andere extramurale zorg. Naar verwachting zal hierover meer duidelijkheid komen als het Hof arrest heeft gewezen op prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep in een zaak die thans aanhangig is bij het Hof¹.

¹ Zaak C-385/99, Müller-Fauré/Van Riet). De zaak wacht op mondelinge behandeling.

Bevoegdheid om eigen stelsel in te richten (punten 44-46)

7. Het Hof geeft, onder verwijzing naar de arresten Duphar, Sodemare en Kohll², aan dat de lidstaten de bevoegdheid hebben hun stelsels van sociale zekerheid zelf in te richten. Bij gebrek aan harmonisatie staat het daarom elke lidstaat vrij de voorwaarden vast te stellen waaronder een persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid en waaronder het recht bestaat op verstrekkingen en uitkeringen. Dit is inherent aan het feit dat het sociale beleid bij de huidige stand van het integratieproces tot het domein van de lidstaten behoort en zij op dat gebied over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken. Bijgevolg wordt de principiële keuze voor de inrichting van een stelsel van sociale zekerheid op zich niet door het EG-recht geraakt³. In zijn rechtspraak heeft het Hof het bestaan van de uiteenlopende stelsels ook als gegeven erkend.⁴ Bij het uitoefenen van die bevoegdheid moeten de lidstaten wel de basisbeginselen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen⁵.
8. Vervolgens gaat het Hof in op de argumenten die tot doel hebben te betogen dat de bepalingen in het EG-Verdrag met betrekking tot het vrij verkeer van diensten niet van toepassing zijn. Daartoe gaat het Hof eerst in op de vraag of door ziekenhuizen verleende zorg een dienst is in de zin van de artikelen 59 en 60 EG-Verdrag (thans 49 en 50 EG). Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of er sprake is van een beperking van het vrij verkeer van diensten.

Dienst? (punten 47-58)

9. De aan Peerbooms en Smits verleende medische hulp wordt door het Hof, in afwijking van het advies van de AG en de opvatting van een aantal lidstaten (waaronder Nederland), als dienst in de zin van de artikelen 59 en 60 EG-Verdrag (thans de artikelen 49 en 50 EG) aangemerkt. Om dat te bestrijden waren drie argumenten aangedragen.

² Duphar (C-238/82), Jur. 1984, blz. 523, Kohll (C-158/96), Jur. 1998, blz. I-1931 en Sodemare (C-70/95), Jur. 1997, blz. I-3395.

³ In de geest van het subsidiariteitsbeginsel (artikel 5, tweede alinea, EG)³, bepaalt artikel 152, eerste lid, EG dat de Gemeenschap bij het treffen van maatregelen op het terrein van de volksgezondheid het nationale beleid ter zake aanvult. Daarbij worden ook de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geëerbiedigd (artikel 152, vijfde lid, EG). Nog specifiek bepaalt het nog niet in werking getreden Verdrag van Nice dat de Gemeenschap het nationale beleid inzake de modernisering van de stelsels voor sociale bescherming ondersteunt en aanvult, waarbij eventuele communautaire regelgeving het recht van de lidstaten onverlet laat om de fundamentele beginselen van hun sociale-zekerheidsstelsel vast te stellen en geen aanmerkelijke gevolgen mag hebben voor het financiële evenwicht van dat stelsel (artikel 137, onder k j° vierde lid, EG).

⁴ Vgl. arrest Coonan, 110/79, Jur. blz. 1445, punt 12; arrest Pinna, 41/84, Jur. 1986, blz. 1; arrest Paraschi, C-349/87, Jur. blz. I-4501, punt 15; arrest Stöber en Piosa Pereira, C-4/95 en C-5/95, Jur. blz. I-511, punt 36; arrest De Jaeck, C-340/94, Jur. 1997, blz. I-461, punt 36; arrest Engelbrecht, C-262/97, Jur. 1999, blz. I-7321, punt 36; specifieke voorbeelden met betrekking tot de inrichting van het stelsel van ziektekostenverzekering: arrest Poucet en Pistre, C-159/91 en 160/91, Jur. 1993, blz. I-637 en het arrest Garçia, C-238/94, Jur. 1996, blz. I-1673.

⁵ In het vervolg van dit advies wordt ingegaan op de mogelijke belemmeringen van het vrij dienstenverkeer. Andere fundamentele beginselen van het EG-Verdrag, zoals het mededingingsrecht (art. 86), worden in dit advies buiten beschouwing gelaten, aangezien het arrest daarop niet ingaat.

10. Het eerste argument was ontleend aan artikel 60 EG-Verdrag waarin is bepaald dat diensten dienstverrichtingen zijn die gewoonlijk tegen vergoeding worden verleend. In het Nederlandse naturastelsel, zo werd betoogd, ontvangen de patienten de zorg gewoonlijk gratis. Het Hof geeft aan dat het in de onderhavige situaties juist om medische diensten gaat. “Een in een andere lidstaat verleende en door de patiënt betaalde medische dienst kan niet buiten de werkingssfeer van het door het Verdrag gewaarborgde vrij verrichten van diensten vallen enkel op grond dat om vergoeding van die zorg wordt gevraagd krachtens wettelijke bepalingen inzake de ziektekostenverzekering van een andere lidstaat, die hoofdzakelijk in verstrekkingen in natura voorziet.” In punt 56 geeft het Hof bovendien aan dat de medische behandeling ook een dienst is als deze door de ziekenfondsen rechtstreeks op basis van overeenkomsten en vooraf vastgestelde tarieven wordt betaald. Daarvoor geeft het Hof twee argumenten. Ten eerste verlangt artikel 60 EG-Verdrag niet dat de dienst wordt betaald door degene ten behoeve van wie die dienst wordt verricht. Ten tweede merkt het Hof op dat het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat in het zijn van een economische tegenprestatie. De betalingen door ziekenfondsen vormen, aldus het Hof, wel degelijk een economische tegenprestatie en hebben zonder enige twijfel het karakter van een vergoeding, ook al gaat het om forfaitaire bedragen.
11. Een ander argument dat werd aangevoerd is dat winstoogmerk van de dienstverlener een aanvullende voorwaarde is om een dienst als economische activiteit in de zin van artikel 60 EG-Verdrag te kunnen aanmerken. De Duitse regering ten slotte had de fundamentele stelling dat de structurele beginselen die de verlening van medische zorg beheersen, tot de inrichting van de socialezekerheidsstelsels behoren en niet tot het gebied van de fundamentele economische vrijheden die door het EG-Verdrag worden gewaarborgd, zodat de betrokkenen niet zelf kunnen beslissen over de inhoud, het soort en de omvang van een dienst alsmede de vergoeding ervan. Voor wat betreft deze laatste twee argumenten volstaat het Hof met een aantal algemene overwegingen. Volgens vaste rechtspraak zijn medische werkzaamheden een dienst zonder een onderscheid te maken tussen hulp in een ziekenhuis en daarbuiten. Bovendien kan de bijzondere aard van bepaalde diensten deze niet onttrekken aan het fundamentele beginsel van vrij verkeer zodat de omstandigheid dat de onderhavige regeling tot het gebied van de sociale zekerheid behoort, de toepassing van de dienstenbepalingen niet uitsluit⁶.

Belemmering? (punten 60-70)

12. Vervolgens gaat het Hof in op de belemmerende gevolgen van het vereiste van toestemming om een vergoeding te krijgen door het ziekenfonds voor diensten die zijn verleend door een ziekenhuis in een andere lidstaat. Het Hof gaat met name in op de twee voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om die toestemming te krijgen. De toepassing van de criteria dat de hulp in de kring der beroepsgenoten als gebruikelijk moet worden aangemerkt en dat de hulp medisch noodzakelijk is, beperken, aldus het Hof, het vrij verkeer van diensten omdat ze tot weigering van de toestemming kunnen leiden. Overigens gaat het Hof nog expliciet in op het onder andere door de Nederlandse regering aangevoerde argument dat het ziekenfondsen

⁶ De aanmerking door het Hof van het verlenen van medische zorg als economische activiteit lijkt de ICER niet zonder betekenis voor de gemeenschapsrechtelijke kwalificatie van het inkopen van die zorg.

vrij staat met in andere lidstaten gevestigde ziekenhuizen te contracteren en dat daarom (zo legt althans het Hof het uit) geen belemmering van het vrij verkeer zou bestaan. Het Hof wijst in verband daarmee naar de voorwaarden waaronder de overeenkomsten moeten worden gesloten. Verder wijst het Hof op het feit dat gelet op de onzekere en beperkte toestroom van Nederlandse ziekenfondsverzekerden buiten de grensstreken het niet waarschijnlijk is dat in andere lidstaten gevestigde ziekenhuizen overeenkomsten zullen sluiten met ziekenfondsen. Deze overwegingen in punt 66 zijn belangrijk omdat het Hof daarmee aangeeft dat het toestemmingsvereiste op zichzelf belemmerend werkt. De ICER wijst erop dat het Hof het naturastelsel als zodanig niet als een belemmering van het vrij dienstenverkeer heeft gekwalificeerd.

13. Gelet op het feitelijke contracteergedrag zal hulp door een zorgaanbieder in een andere lidstaat naar de mening van het Hof meestal onderworpen zijn aan voorafgaande toestemming⁷. Om die reden kan, zo stelt het Hof in feite, de vrijheid om ook met in het buitenland gevestigde ziekenhuizen te contracteren, het vereiste van voorafgaande toestemming niet buiten de werkingssfeer van artikel 59 brengen. Het Hof concludeert dat de aan de orde zijnde Nederlandse regelgeving zowel voor zorgaanbieders als voor verzekerden een belemmering van het vrij verkeer van diensten vormt⁸.

Rechtvaardiging? (punten 72-75)

14. Vervolgens vraagt het Hof zich af of voor deze beperkingen een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het Hof geeft, onder verwijzing naar het arrest Kohll, aan dat twee dwingende redenen kunnen worden aangevoerd: de ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het stelsel (rule of reason) en het in stand houden van een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen *voor zover* zij bijdraagt tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming (verdragsuitzondering: volksgezondheid (artikel 56 EG-Verdrag, thans artikel 46 EG)). Als de beperkingen hun rechtvaardiging in een dwingende reden vinden, moet vervolgens worden onderzocht of beperkingen niet verder gaan dan objectief gezien noodzakelijk en of het resultaat niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

⁷ Het spreekt voor zich dat de verzekerden het in het algemeen belangrijk vinden dat de zorg waarop zij ingevolge de ziekenfondsverzekering recht hebben, gerealiseerd wordt in of in ieder geval zo dicht mogelijk bij het gebied waarin de verzekerden wonen, leven of werken en dat qua culturele achtergrond en taal zo dicht mogelijk aansluit bij de leefomgeving van de verzekerden en daarmee bij de behoefte van de verzekerden. Naarmate dichter bij die omgeving aan de verzekerden de zorg kan worden geleverd, wordt beter voldaan aan de door de verzekerden gewenste fysieke toegankelijkheid tot de gezondheidszorg. Een gevolg daarvan is, dat de meeste zorg wordt gecontracteerd met in Nederland werkzame zorgverleners, omdat daar de meeste behoefte aan bestaat. Waar derhalve aan de woon-, leef- of werkomgeving van de verzekerden grensoverschrijdende aspecten zijn verbonden, voeren een aantal Nederlandse ziekenfondsen een grensoverschrijdend contracteerbeleid.

⁸ Naar aanleiding van de arresten Decker en Kohll heeft de ICER in haar advies ter zake al gewezen op de belemmerende werking van het toestemmingsvereiste; ICER-advies Decker en Kohll, advies van 8 september 1998 (ICER 1998-60) aan de Minister van VWS.

15. Het Hof splitst de vraag naar een objectieve rechtvaardiging in drie delen uit: het vereiste van voorafgaande toestemming als zodanig (1) en de voorwaarden waaronder in gevallen als de onderhavige toestemming wordt verleend: het gebruikelijkheids criterium (2) en het noodzaakcriterium (3).

1) Voorafgaande toestemming (punten 76-81)

16. Bij het vereiste van voorafgaande toestemming maakt het Hof een onderscheid tussen medische diensten in ziekenhuizen en medische diensten daarbuiten. Het is algemeen bekend, aldus het Hof, dat het aantal infrastructures voor ziekenhuizen, hun geografische spreiding, hun inrichting en de uitrustingen waarover zij beschikken, of zelfs de aard van de medische diensten die zij kunnen aanbieden, moeten kunnen worden gepland. Daarbij spelen in het algemeen volgens het Hof een aantal overwegingen een rol. In de eerste plaats beoogt de planning te garanderen, dat de ziekenhuizen van de betrokken lidstaat een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg bieden. In de tweede plaats berust de planning op het streven de kosten te beheersen en iedere verspilling van financiële middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden. Een dergelijke verspilling moet worden vermeden, aldus het Hof, te meer daar het ziekenhuiswezen zoals bekend aanzienlijke kosten met zich brengt en aan toenemende behoeften moet voldoen, terwijl de financiële middelen die voor de gezondheidszorg beschikbaar zijn, ongeacht welke financieringswijze wordt toegepast, niet onbeperkt zijn. Vanuit deze perspectieven lijkt, aldus het Hof in een algemene overweging over verzorging in een ziekenhuis in een andere lidstaat, het vereiste van voorafgaande toestemming zowel een noodzakelijke als een redelijke maatregel (punt 80). Met deze voorzichtige, op ziekenhuizen toegespitste formulering abstraheert het Hof van de uiteenlopende stelsels in de verschillende lidstaten en geeft het Hof aan dat de uit de planning van ziekenhuizen voortvloeiende maatregelen in het algemeen gerechtvaardigd zijn. De ICER tekent hierbij aan dat het Hof nog geenszins een uitspraak heeft gedaan voor medische diensten in het algemeen. Voor zover het medisch-specialistische zorg gaat die niet gepaard gaat met opname in een ziekenhuis gedurende het etmaal of andere extramurale zorg, zal het Hof zich hierover moeten uitlaten in de nog aanhangige Nederlandse zaak Müller-Fauré/Van Riet.
17. Het Hof gaat vervolgens specifiek in op het stelsel van de Ziekenfondswet. Als verzekerden zich vrijelijk tot niet-gecontracteerde ziekenhuizen kunnen wenden, worden volgens het Hof alle inspanningen gedwarsboemd om met de planning in de vorm van het overeenkomstenstelsel bij te dragen tot het garanderen van een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuisbehandeling. Het vereiste van voorafgaande toestemming is daarom, aldus het Hof, in beginsel niet in strijd met het gemeenschapsrecht. Op de vraag wat het Hof bedoelt met “planning in de vorm van het overeenkomstenstelsel” zal nader worden ingegaan bij de nadere analyse op de gevolgen voor het Nederlandse sociale ziektekostenstelsel. Meer in het algemeen merkt de ICER op dat het Hof er zonder meer van uit lijkt te gaan dat planning een onmisbaar middel is tot het garanderen van een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuisbehandeling. Hoewel dit uitgangspunt de opvattingen in de lidstaten over planning in het algemeen lijkt te reflecteren, valt op dat het Hof kennelijk veronderstelt dat het middel van planning

onmisbaar is. Hiermee wordt een ruime discretionaire bevoegdheid aan de lidstaten gelaten.

2) *Gebruikelijkheids criterium* (punten 83-98)

18. Het Hof begint met te constateren dat het gebruikelijkheids criterium geldt voor alle in het kader van de Ziekenfondswet gegeven genees- en heelkundige behandelingen ongeacht of het een gecontracteerde of een niet-gecontracteerde instelling betreft en ongeacht of de behandeling op Nederlands grondgebied of daarbuiten wordt gegeven⁹.
19. Het Hof geeft hiermee aan dat het gebruikelijkheids criterium een maatregel zonder direct onderscheid is. Het Hof verwijst terug naar de overweging dat bij gebreke aan harmonisatie het aan de lidstaten is te bepalen onder welke voorwaarden recht bestaat op verstrekkingen. Het Hof verwijst vervolgens naar het Duphar-arrest waarin werd bepaald dat lidstaten limitatieve lijsten kunnen opstellen waardoor bepaalde geneesmiddelen van vergoeding zijn uitgesloten, waardoor de kosten kunnen worden beperkt.
20. Het Hof geeft vervolgens aan dat het vaste rechtspraak is, dat een regeling van voorafgaande administratieve toestemming geen rechtvaardiging kan vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid zoals die in de hoofdgedingen aan de orde is, van hun nuttig effect worden beroofd¹⁰. Een stelsel van voorafgaande administratieve toestemming kan slechts gerechtvaardigd worden als het gebaseerd is op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, opdat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en willekeur wordt voorkomen¹¹.
21. De lijst met verstrekkingen moet dan wel zijn opgesteld volgens objectieve criteria zonder onderscheid. Nederland heeft niet zo'n lijst voor behandelingen in het ziekenhuis, zoals het Hof constateert. Het Hof geeft aan dat het gebruikelijkheids criterium voor meerdere uitleg vatbaar is. Het Hof geeft aan dat de uitleg objectief moet zijn en onafhankelijk van de plaats van vestiging van de zorgverleners. Wat gewoon is in Nederland, mag het criterium niet zijn. Wel is de uitleg, dat de behandeling door de internationale wetenschap voldoende is beproefd en deugdelijk is bevonden, objectief en zonder onderscheid. Die uitleg moet geacht worden te zijn gerechtvaardigd door de noodzaak om op nationaal grondgebied een toereikend, evenwichtig en permanent aanbod van ziekenhuisbehandeling in stand te houden en het financieel evenwicht van het stelsel te waarborgen. Het Hof preciseert

⁹ De ICER wil in dit verband wijzen op het feit dat de voorwaarde dat een behandeling gebruikelijk is in de kring der beroepsgenoten, een voorwaarde is die wordt gesteld aan de verstrekking van zorg te verlenen door een huisarts en aan de verstrekking medisch-specialistische zorg te verlenen door een ziekenhuis of een extramuraal werkende medisch-specialist of een zelfstandig behandelcentrum. De overige verstrekkingen kennen dit criterium niet.

¹⁰ Het Hof verwijst naar de arresten van 23 februari 1995, *Bordessa e.a.*, C-358/93 en C-416/93, *Jurispr. blz. I-361*, punt 25; 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.*, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Jurispr. blz. I-4821*, punten 23-28, en 20 februari 2001, *Analir e.a.*, C-205/99, *Jurispr. blz. I-1271*, punt 37.

¹¹ Arrest *Analir e.a.*, reeds aangehaald, punt 38.

nog nader dat bij de beoordeling van het gebruikelijkheids criterium alle relevante gegevens in aanmerking moeten worden genomen, waaronder met name de literatuur en bestaande wetenschappelijke onderzoeken, gezaghebbende meningen van medisch specialisten en de vraag of de betrokken behandeling gedekt wordt door de andere lidstaat.

22. Deze uitleg van het gebruikelijkheids criterium betekent naar de mening van de ICER niet dat het door Nederland gehanteerde gebruikelijkheids criterium een onjuist criterium is. Een expliciete verwijzing naar de waarborgen die het Nederlandse stelsel biedt voor het binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig behandelen van aanvragen met de mogelijkheid van bezwaar en beroep ontbreekt. Het Hof overweegt in algemene zin in punt 90: “Een (...) stelsel van voorafgaande administratieve toestemming moet (...) berusten op gemakkelijk toegankelijke procedureregels, die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen bovendien in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist”¹². In de nadere analyse van §4 zal op deze overweging verder worden ingegaan.

3) Noodzakelijkheids criterium

23. Het Hof begint met op te merken dat het een maatregel zonder onderscheid betreft omdat dezelfde voorwaarde geldt voor hulp verleend door een niet-gecontracteerde instelling in Nederland en daarbuiten.
24. Het Hof geeft aan dat de behandeling op grond van het noodzakelijkheids criterium alleen mag worden geweigerd wanneer bij een gecontracteerde instelling tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Dit werpt de vraag op wanneer twee verschillende behandelingen even doeltreffend zijn. Het Hof geeft hierbij aan dat met alle omstandigheden van ieder concreet geval rekening moet worden gehouden, waarbij niet alleen de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment van de aanvraag van belang is, maar ook diens antecedenten. Het is niet duidelijk wat het Hof bedoelt met ‘antecedenten’. De ICER maakt uit de verschillende taalversies van het arrest op dat hier een beperkte uitleg op zijn plaats lijkt, te weten de *medische* voorgeschiedenis van de patient. In §4 wordt nader ingegaan op de wijze waarop dit begrip in Nederland wordt gehanteerd.
25. Vervolgens heeft het Hof duidelijk oog voor het beginsel van het overeenkomstenstelsel dat kan worden ondermijnd als het noodzakelijkheids criterium ruimer wordt uitgelegd dan in de door het Hof aangegeven zin. Een ruimere uitleg zou, aldus het Hof, ook onzekerheid scheppen rond alle inspanningen tot planning en rationalisering die in deze sector worden gedaan om overcapaciteit van ziekenhuizen te vermijden en verstoringen van het evenwicht in het aanbod van ziekenhuiszorg, verspilling en achteruitgang, zowel op logistiek als op financieel vlak te voorkomen.

¹² Deze eis van adequate rechtsbescherming wordt veelvuldig in de Hof-jurisprudentie gehanteerd, vgl. bijvoorbeeld de arresten C-188/95, *Fantask*, Jur. 1997, blz. I-6783 en gevoegde zaken C-10/97 en C-22/97, *Ministero delle Finanze/In.Co.Ge '90 e.a.*, Jur. 1998, blz. I-6307.

26. Hierboven is onder ‘Vereiste van voorafgaande toestemming’ aangegeven dat het Hof veronderstelt dat het middel van planning onmisbaar is voor het garanderen van een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuisbehandeling. In zekere zin nuanceert het Hof de betekenis van de planning door te eisen dat de behandeling op grond van het noodzakelijkheids criterium alleen mag worden geweigerd wanneer bij een gecontracteerde instelling tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Het Europees recht lijkt daarmee vanuit onverwachte hoek nationale planning van ziekenhuizen en financiering van het stelsel te beïnvloeden. Planning die, gegeven de beschikbare financiële middelen, leidt tot een aanbod dat niet aansluit op de vraag, heeft in principe tot gevolg dat wachttijden ontstaan. Wachttijden leiden bij de uitleg die het Hof geeft aan het noodzaakcriterium, tot meer toestemming aan verzekerden om zich te wenden tot een niet-gecontracteerd ziekenhuis ongeacht het beschikbaar zijn van financiële middelen.
27. Tot slot moet worden opgemerkt dat ziekenfondsen geen voorrang mogen verlenen aan binnenlandse ziekenhuizen ten nadele van ziekenhuizen in andere lidstaten, wanneer een verzekerde toestemming vraagt voor een behandeling die niet kan worden verricht door een gecontracteerd ziekenhuis. Aangezien dergelijke behandelingen immers per definitie buiten het kader van de door de ZFW beoogde planning worden verleend, zou die voorrang verder gaan dan noodzakelijk is, aldus het Hof.

§3 Beschrijving van het Nederlandse stelsel

1. In Nederland berust het stelsel van de ziektekostenverzekering hoofdzakelijk op de Ziekenfondswet van 15 oktober 1964 (Staatsblad 1964, 392, zoals nadien gewijzigd; hierna: „ZFW”); de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten van 14 december 1967 (Staatsblad 1967, 617, zoals nadien gewijzigd; hierna: „AWBZ”), en de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 (hierna: „WTZ”). Zowel de ZFW als de AWBZ voeren een regeling van verstrekkingen in natura in, die de verzekerden geen recht geeft op vergoeding van de kosten die zij voor medische verzorging hebben gemaakt, maar op de verzorging zelf, die gratis wordt verleend. Beide wettelijke regelingen bevatten een stelsel van overeenkomsten tussen de ziekenfondsen respectievelijk uitvoeringsorganen AWBZ en de personen en instellingen die zorg verlenen. De WTZ voert daarentegen een regeling in voor de vergoeding van kosten aan de verzekerden en berust niet op een overeenkomstenstelsel.
2. Ingevolge de artikelen 2 tot en met 4 ZFW zijn krachtens deze wet verplicht en van rechtswege verzekerd, werknemers met een jaarinkomen dat onder een wettelijk vastgestelde grens ligt (in 2001 was dat 65 700 NLG), met hen gelijkgestelden en uitkeringsgerechtigden alsmede gezinsleden ten laste van de verzekerde, die tot het huishouden van deze laatste behoren.
3. Op grond van artikel 5, lid 1, ZFW moet de onder het toepassingsgebied van deze wet vallende persoon die zijn aanspraken uit hoofde van de verzekering geldend wil maken, zich aanmelden en inschrijven bij een in zijn woonplaats werkend ziekenfonds.
4. Op grond van artikel 8 ZFW hebben de verzekerden, voorzover daarop geen aanspraak bestaat ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, ter voorziening in hun geneeskundige verzorging aanspraak op onder andere medisch-specialistische zorg, verleend door of vanwege een ziekenhuis, al dan niet gepaard gaande met opname gedurende het etmaal of een deel daarvan, verpleging, verzorging, paramedische hulp of farmaceutische hulp¹³. De ziekenfondsen dragen zorg, dat deze aanspraak door de bij hen ingeschreven verzekerden tot gelding kan worden gebracht. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan de inhoud en omvang van de aanspraken nader worden geregeld en kunnen voor het tot gelding brengen van de aanspraken voorwaarden worden gesteld.
5. In het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering van 4 januari 1966 (Staatsblad 1966, 3, zoals nadien gewijzigd; hierna: „Verstrekkingenbesluit”), is onder andere de genoemde medisch-specialistische zorg nader geregeld. Volgens artikel 2, lid 3, van het Verstrekkingenbesluit kan een aanspraak op een verstrekking slechts tot gelding worden gebracht voorzover de verzekerde, gelet op zijn behoefte en uit een oogpunt van doelmatige zorgverlening, redelijkerwijs daarop naar aard, inhoud en omvang is aangewezen.

¹³ Tot 1 februari 2000 was overigens de medisch-specialistische zorg in de Ziekenfondswet anders geregeld. Ziekenhuiszorg was losgekoppeld van medisch-specialistische zorg en ziekenfondsen sloten rechtstreeks overeenkomsten met medisch specialisten die in ziekenhuizen zelfstandig werkzaam waren.

6. Ingevolge artikel 12 van het Verstrekkingenbesluit omvat de genoemde medisch-specialistische zorg onder andere:
 - “a. genees-, heel- en verloskundige zorg naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is;*
 - b. bij ministeriële regeling aan te wijzen vormen van transplantaties van weefsels en organen alsmede vergoeding van bij die regeling nader te bepalen kosten, verband houdend met het verkrijgen van het meest passende transplantatiemateriaal, een en ander onder voorwaarden bij die regeling vast te stellen”.*
7. Bij ministeriële regeling kan de omvang van de onder a genoemde medisch-specialistische zorg worden beperkt en kan de aanspraak afhankelijk worden gesteld van daarbij te stellen voorwaarden. Dat is samen met de regeling van de transplantatie gebeurd in de Regeling medisch-specialistische zorg Ziekenfondswet (Stcrt. 1999, 235). Daaruit blijkt dat er behalve voor transplantaties ook een bijzonder regime geldt voor plastische chirurgie.
8. Met betrekking tot de opnemings in ziekenhuizen bepaalt artikel 14a van het Verstrekkingenbesluit dat hierop slechts aanspraak bestaat indien en zolang de verzekerde redelijkerwijs op medisch-specialistische zorg in een ziekenhuis is aangewezen.
9. De ZFW is voor wat betreft het overeenkomstenstelsel een codificatie van een reeds voor het bestaan van die wet bestaande praktijk die teruggaat tot het einde van de negentiende eeuw. De ziekenfondsverzekering is een naturaverzekering waarbij het de ziekenfondsen op grond van artikel 42 ZFW verboden is de zorg zelf te leveren door middel van eigen instellingen. Om aan de verzekeringsverplichtingen te voldoen moeten ziekenfondsen daarom overeenkomsten sluiten met zorgaanbieders. Artikel 44, lid 1, ZFW bepaalt daarom, dat de ziekenfondsen overeenkomsten sluiten met personen en instellingen, die één of meer van de verstrekkingen verlenen waarop ingevolge artikel 8 aanspraak bestaat. Voorts bevat de Ziekenfondswet een aantal bepalingen die betrekking hebben op de inhoud en procedurele aspecten van de overeenkomsten die hier niet verder van belang zijn.
10. De ziekenfondsen zijn vrij om overeenkomsten te sluiten met iedere zorgverlener, maar er geldt een dubbel voorbehoud. In de eerste plaats volgt uit artikel 47 ZFW, dat een ziekenfonds „verplicht [is] met iedere instelling die binnen het werkgebied van het ziekenfonds is gelegen of waarvan de bevolking van het werkgebied van het ziekenfonds regelmatig gebruik maakt, (...) een overeenkomst te sluiten (...)”. In de tweede plaats kunnen overeenkomsten alleen worden gesloten met toegelaten instellingen en met personen die gekwalificeerd zijn de betrokken zorg te verlenen. Volgens artikel 8a ZFW moet een instelling die verstrekkingen als bedoeld in artikel 8 verleent, als zodanig zijn toegelaten. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat een instelling, behorende tot een bij de maatregel aan te wijzen categorie van instellingen, voor de toepassing van deze wet als toegelaten wordt aangemerkt. Uit artikel 8c, sub a, ZFW volgt, dat de toelating van een instelling die een ziekenhuisvoorziening in stand houdt moet worden geweigerd, indien die instelling niet voldoet aan de ingevolge de Wet ziekenhuisvoorzieningen geldende voorschriften inzake spreiding en behoefte. Deze voorschriften inzake spreiding en

behoefte hebben vanzelfsprekend uitsluitend betrekking op in Nederland gevestigde instellingen.

11. Met betrekking tot het concreet geldend maken van een aanspraak op een verstrekking bepaalt artikel 9 ZFW dat de verzekerde, die zijn aanspraak op een verstrekking geldend wil maken, zich wendt tot een persoon of een instelling, met wie of met welke het ziekenfonds, waarbij hij is ingeschreven, tot dat doel een overeenkomst heeft gesloten. De verzekerde wordt de keuze gelaten uit de in het eerste lid bedoelde personen en instellingen, behoudens het bepaalde in het vijfde lid en ten aanzien van ambulancevervoer in de zin van de Wet ambulancevervoer (Staatsblad 1971, 369).
12. Een ziekenfonds kan, in afwijking van het bepaalde in het eerste en tweede lid, 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 zulks voor zijn geneeskundige verzorging nodig is. 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.
13. De minister heeft van de hem in artikel 9, lid 4, laatste volzin, ZFW verleende bevoegdheid gebruik gemaakt door de vaststelling van de Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering van 30 juni 1988 (Staatscourant 1988, 123; hierna: „Rhbz”). Artikel 1 Rhbz luidt: „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.” Voor toestemming om op kosten van het ziekenfonds een medische behandeling in het buitenland te ondergaan, moet derhalve aan twee voorwaarden worden voldaan. In de eerste plaats moet vaststaan, dat de betrokken behandeling als een verstrekking in de zin van artikel 8 ZFW en het Verstrekkingenbesluit kan worden aangemerkt. Zoals eerder aangegeven, is het daarvoor geldende criterium in de onderhavige gevallen of de betrokken behandeling „in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is”. In de tweede plaats moet worden bepaald, of die behandeling voor de geneeskundige verzorging van de verzekerde nodig is in de zin van artikel 9, lid 4, ZFW en artikel 1 Rhbz.
14. Tegen besluiten van het ziekenfonds over de verstrekking kan een verzekerde bezwaar maken. Een afwijzende beslissing op bezwaar daarover, behoudens enkele uitzonderingen, neemt een ziekenfonds ingevolge artikel 74 van de Ziekenfondswet niet dan nadat daaromtrent door het College voor zorgverzekeringen op verzoek van het ziekenfonds advies is uitgebracht. Tegen de beslissing op bezwaar staat beroep open bij de bestuursrechter van de arrondissementsrechtbank. Tegen de uitspraak van deze rechter staat hoger beroep open bij de Centrale Raad van Beroep.

§4 Gevolgen voor het Nederlandse stelsel

Inleiding

1. Om de gevolgen voor het Nederlandse stelsel van sociale ziektekostenverzekering in kaart te brengen is het allereerst van belang te bepalen welke delen van het stelsel door het arrest geraakt worden. Globaal kan op twee aspecten worden gewezen. In de eerste plaats betreft het de mogelijkheid voor ziekenfondsen verzekerden toestemming te geven zich te wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. In de tweede plaats de afbakening van het wettelijk verzekerde pakket. In het navolgende wordt zo dicht mogelijk bij de casus van het arrest Smits en Peerbooms gebleven, met enkele uitstapjes voor zover die zonder al te grote speculatieve elementen gemaakt kunnen worden.
2. Op deze plaats herinnert de ICER aan de in § 2 vermelde beperkte strekking van het arrest, als gevolg waarvan thans nog geen conclusies kunnen worden getrokken voor wat betreft de voorafgaande toestemming in samenhang met medisch-specialistische zorg die niet gepaard gaat met opname in een ziekenhuis gedurende het etmaal of andere extramurale zorg.
3. In Nederland is de ziekenfondsverzekering ingericht als naturaverzekering. De ziekenfondsverzekering is gericht op door het ziekenfonds georganiseerde, gecontracteerde en bekostigde zorg. Kenmerkend voor de systematiek van de ziekenfondsverzekering is dan ook dat verzekerden zich voor medische behandeling tot een door het ziekenfonds gecontracteerde medewerker dienen te wenden (artikel 9, lid 1 ZFW). Het staat ziekenfondsen vrij om overeenkomsten te sluiten met ziekenhuizen in een andere lidstaat. Met name in de grensstreek is met buitenlandse ziekenhuizen gecontracteerd.
4. Bij de inrichting van de ziekenfondsverzekering als naturaverzekering, is onderkend dat zich uitzonderlijke gevallen kunnen voordoen waarbij de noodzakelijke, verzekerde, zorg niet of niet tijdig door een gecontracteerde zorgverlener kan worden geleverd omdat het specifieke zorg betreft, die wegens dat specifieke karakter schaars is en daarom niet bij elk ziekenfonds voorhanden is. Het ziekenfonds zal niettemin zijn verzekeringsverplichtingen moeten nakomen. Om dit probleem op te lossen heeft het ziekenfonds de mogelijkheid verzekerden in of buiten Nederland zorg te laten inroepen bij niet door het ziekenfonds gecontracteerde zorgverleners (artikel 9, lid 4 ZFW). Een verzekerde kan derhalve aan een ziekenfonds voorafgaande toestemming vragen voor een medische behandeling bij een niet gecontracteerde medewerker in een andere lidstaat.
5. De toestemming kan gegeven worden voorzover de betrokken behandeling wordt gedekt door het Nederlandse wettelijke verstrekkingenpakket. Dit vereist niet altijd dat de verstrekking nauwkeurig omschreven dient te zijn. Een tweede voorwaarde is dat het inroepen van zorg bij de niet gecontracteerde medewerker medisch noodzakelijk is. Hierna zullen deze twee elementen nader worden onderzocht.

Afbakening van het verzekerde pakket

Grote vrijheid

6. Het Hof lijkt in het algemeen een zeer grote vrijheid te geven aan de lidstaten voor wat betreft de keuze van tot het sociaal verzekerde pakket behorende verstrekkingen. Het Hof aanvaardt dat het verstrekkingenpakket door een lidstaat nauwkeurig wordt omschreven. In het arrest Duphar ontwikkelde het Hof de regel dat een lidstaat een lijst met vergoedbare medicijnen mag opstellen. Het gemeenschapsrecht kan, aldus het Hof, de lidstaten niet verplichten de lijst met te vergoeden medische verstrekkingen uit te breiden. Ook is niet relevant of de behandeling in een andere lidstaat wel wordt vergoed. Het Hof geeft in het onderhavige arrest aan dat de Duphar-regel ook moet gelden voor behandelingen door artsen en ziekenhuizen¹⁴ in het kader van de afbakening van het in de wettelijke ziektekostenverzekering gedekte verstrekkingenpakket. Het lijkt te vroeg om daaruit conclusies te trekken voor de betekenis van deze regel voor het leveren van hulpmiddelen, behandeling door tandartsen, behandeling door paramedici en behandeling door andere instellingen dan ziekenhuizen.
7. De voorwaarden waaronder verstrekkingen tot het pakket worden toegelaten of behoren kunnen echter wel in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Bepalend is dat bij de afbakening van het pakket objectieve criteria worden gebruikt, die niet discrimineren en vooraf kenbaar zijn. Uit het onderhavige arrest blijkt dat het Hof deze criteria ook van belang acht voor het Nederlandse verstrekkingenpakket. Onderzocht moet daarom worden of de verstrekkingen die op grond van de Ziekenfondswet verleend worden de door het Hof gehanteerde toets kunnen doorstaan.

Aanbeveling

8. *De ICER beveelt aan dat de minister van VWS nader laat onderzoeken of de door de wettelijke ziektekostenverzekering gedekte verstrekkingen voldoen aan objectieve criteria, die niet discrimineren en vooraf kenbaar zijn.*
9. Veel verstrekkingomschrijvingen, waaronder die van van medisch-specialistische zorg en huisartsenzorg, zijn zogenaamde open verstrekkingomschrijvingen. Een open verstrekkingomschrijving wordt gekenmerkt door een abstracte formulering, waarbij de concrete invulling aan de ziekenfondsen wordt overgelaten. In voorkomende gevallen is er een toets van het College voor zorgverzekeringen of de rechter, en oefent het College Toezicht Zorgverzekeringen in algemene toezicht uit op de beleidspraktijk van de ziekenfondsen.
10. De Ziekenfondswet kent ook gesloten verstrekkingomschrijvingen waarin exact is omschreven op welke hulp de verzekerde aanspraak heeft (geneesmiddelen, hulpmiddelen, fysiotherapie). Uit de punten 85 tot en met 98 van het arrest blijkt dat het Hof beide verstrekkingomschrijvingen accepteert en in feite ook dezelfde eisen daaraan stelt. De omschrijving en de toepassing van de criteria moeten objectief zijn

¹⁴ Hoewel het in het onderhavige arrest gaat om behandeling door artsen *in* ziekenhuizen, leert een vergelijking met de andere taalversies dat hier nadrukkelijk twee verschillende soorten behandelingen worden bedoeld ('traitement médicaux et hospitaliers' 'medical and hospital treatment', 'ärztliche und klinische Behandlungen'). Vergelijk ook punt 98, waarin sprake is van behandelingen door 'artsen of ziekenhuizen'.

en onafhankelijk van de plaats van de zorgverlener. Bovendien moet er een effectieve rechtsbescherming bestaan in het kader waarvan die criteria of de toepassing daarvan kunnen worden getoetst. Met de bezwaar- en beroepsprocedure op grond van de Algemene wet bestuursrecht en de daarin gewezen adviezen van het College voor zorgverzekeringen over verstrekkingengeschillen, mag worden aangenomen dat aan de laatste eis in Nederland is voldaan.

11. Het Hof laat zich niet met zoveel woorden uit over de vraag of de criteria die een ziekenfonds toepast ook vooraf kenbaar moeten zijn (punt 90). Aangenomen mag echter worden dat het Hof de stand van de internationale wetenschap voldoende kenbaar acht.

Gebruikelijkheids criterium

12. Het voert te ver in dit verband alle verstrekkingvoorwaarden in en krachtens de Ziekenfondswet te toetsen op objectiviteit en non-discriminatie. Het arrest heeft slechts betrekking op één enkele groep van verstrekkingen, namelijk de medisch-specialistische zorg. Het gebruikelijkheids criterium wordt uitsluitend gehanteerd bij medisch-specialistische zorg en huisartsenzorg. De context van het gebruikelijkheids criterium bij huisartsenzorg is echter, mede omdat de ‘huisarts’ typisch Nederlands is, een heel andere dan die bij medisch-specialistische zorg. Het voert daarom te ver in dit kader uit te weiden over het gebruikelijkheids criterium en huisartsenzorg.
13. Overigens is niet op alle medisch-specialistische zorg onverkort het gebruikelijkheids criterium van toepassing. In verband daarmee kan worden gewezen op plastische chirurgie waarvoor in aanvulling op het gebruikelijkheids criterium strikte voorwaarden gelden om deze behandeling als verzekerde zorg aan te merken, zoals het bestaan van een specifieke medische indicatie. Ten gevolge van die strikte voorwaarden bestaat er weinig ruimte voor ziekenfondsen in de uitvoering.
14. Verder geldt voor transplantaties een bijzonder regime. Slechts aangewezen vormen van transplantatie zijn een vertrekking voor zover het een indicatiegebied betreft dat algemeen voor de desbetreffende vorm van transplantatie is aanvaard. De toets van het Hof dat de behandeling door de internationale wetenschap voldoende is beproefd en deugdelijk is bevonden, lijkt ook hier te kunnen worden toegepast. De toets geldt niet voor welke transplantaties als verstrekking worden aangemerkt. Het Hof lijkt die bevoegdheid immers aan de lidstaten te laten. De toets kan wel gelden voor het bepalen van het indicatiegebied (bijvoorbeeld wanneer komt iemand in aanmerking voor een niertransplantatie). Het begrip ‘algemeen aanvaard’ heeft een vergelijkbaar vaag karakter als het begrip ‘gebruikelijk in de kring der beroepsgenoten’. Als beide begrippen naar nationaal recht dezelfde betekenis hebben, is de door het Hof genoemde toets bruikbaar voor het begrip ‘algemeen aanvaard’.
15. Uit de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep blijkt dat de rechter voorheen toetste of de behandeling gebruikelijk was in de kring der *Nederlandse* beroepsgenoten. Doorgaans zal bij het hanteren van dit ‘Nederlandse’ criterium tot dezelfde conclusie gekomen worden als bij een toetsing aan de internationale medische wetenschap. Niet valt echter uit te sluiten dat de uitleg van dit begrip, gelet op deze rechtspraak en het gebruik van de term ‘beroepsgenoten’, in sommige

gevallen een grotere kans geeft op een ‘nationale’ uitleg. Alhoewel het College voor zorgverzekeringen sinds de zaken Kohll en Decker de internationale gezaghebbende medische literatuur en meningen nog meer als uitgangspunt neemt en de wetstekst niet een beperking tot de ‘Nederlandse’ beroepsgenoten bevat, werkt de nationale uitleg wellicht toch door in de praktijk van de ziekenfondsen. Deze onwenselijke situatie dient te worden voorkomen. Bovendien biedt het Hof nog een aantal aangrijpingspunten voor de beoordeling of een behandeling voldoende beproefd en deugdelijk geacht kan worden. Daarbij moeten volgens het Hof alle beschikbare relevante gegevens in aanmerking worden genomen, waaronder met name de literatuur en de bestaande wetenschappelijke onderzoeken, gezaghebbende meningen van specialisten en de vraag of de betrokken behandeling al dan niet wordt gedekt door het stelsel van ziektekostenverzekering van de lidstaat waarin de behandeling plaatsvindt. De ICER komt dan ook tot de volgende aanbeveling om optimaal te gevolg te geven aan de uitleg van het Hof.

Aanbeveling

16. *In artikel 12, eerste lid, onder a, en artikel 13, eerste lid, van het Verstrekkingsbesluit ziekenfondsverzekering dient de zinsnede ‘in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is’ te vervallen en te worden vervangen door een zinsnede die meer recht doet aan de uitleg van het Hof. Dit betekent dat de nieuwe zinsnede in ieder geval het criterium ‘door de internationale medische wetenschap voldoende is beproefd en deugdelijk is bevonden’ moet bevatten of een andere formulering die recht doet aan de bewoordingen van het arrest. In de toelichting op deze besluitwijziging kan worden vermeld dat bij de toepassing van dit criterium in de visie van het Hof van Justitie van de EG alle beschikbare relevante gegevens in aanmerking dienen te worden genomen, waaronder met name de literatuur en de bestaande wetenschappelijke onderzoeken, gezaghebbende meningen van specialisten en de vraag of de betrokken behandeling al dan niet wordt gedekt door het stelsel van ziektekostenverzekering van de lidstaat waarin de behandeling plaatsvindt.*

Toestemming

Toestemming als zodanig

17. Het vereiste van voorafgaande toestemming geldt voor iedere verstrekking die een verzekerde op grond van artikel 9, lid 4, ZFW van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wil ontvangen. Dit vereiste ziet op de vraag of het gaat om een verstrekking in de zin van de Ziekenfondswet en op de vraag of er een medische noodzaak is dat de verzekerde zich wendt tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Achtergrond van dit vereiste van voorafgaande toestemming is het waarborgen van de werking van de naturaverzekering. De toestemming is hier in feite een verruiming van de mogelijkheden voor de verzekerde die bij een naturaverzekering is aangewezen op een beperkte groep van gecontracteerde aanbieders. Deze verruiming is noodzakelijk omdat bij hantering van een open verstrekkingomschrijving het praktisch gezien onmogelijk is alle mogelijke vormen van zorg waarop aanspraak bestaat, te contracteren. Een ziekenfonds moet behoedzaam omgaan met de toestemming omdat een te ruim gebruik daarvan hem de mogelijkheid ontnemt de schadelast te beheersen. Het zijn deze algemene uitgangspunten die de grondslag

vormen voor het vereiste van voorafgaande toestemming. In het Nederlandse stelsel is geen direct verband gelegd tussen het toestemmingsvereiste en de planning van ziekenhuizen zoals het Hof dat doet. De nationale legitimatie voor het toestemmingsvereiste is dan ook, zoals gezegd, niet gelegen in de planning van ziekenhuizen. Wel is er een relatie aan te duiden tussen het vereiste van voorafgaande toestemming en de planning van ziekenhuizen die het Hof mogelijk heeft aangegrepen om tot een rechtvaardiging van dit vereiste te komen. Alhoewel het Hof de wettelijke plicht voor ziekenfondsen om met alle toegelaten ziekenhuizen in hun werkgebied te contracteren niet expliciet noemt in zijn overwegingen, zou deze plicht wel een rol kunnen spelen in de argumentatie van het Hof. Deze zogenaamde contracteerplicht bestaat namelijk mede om zeker te stellen dat de geplande ziekenhuizen ook daadwerkelijk worden benut. Daarnaast kan worden gewezen op de verplichting van ziekenfondsen om uitsluitend te contracteren met toegelaten ziekenhuizen. Een toelating die uitsluitend wordt afgegeven als voldaan is aan de geldende voorschriften inzake spreiding en behoefte. Als een verzekerde zich zonder toestemming kan wenden tot ziekenhuizen buiten het geplande aanbod kan de overheid een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuiszorg niet meer garanderen (zie ook punt 81).

18. De overheid moet dus in de redenering van het Hof een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuiszorg kunnen *garanderen*. Die garantie lijkt zich, gelet op de punten 76 tot en met 81 van het arrest, uit te kunnen strekken tot de inhoud van, de afstand tot en de betaalbaarheid van de zorg. Het is echter de vraag of de contracteerplicht en de beperking tot toegelaten instellingen van doorslaggevende betekenis is of moet zijn voor die garantie. In dat verband is van belang op te merken dat de overeenkomsten, die een ziekenfonds heeft gesloten met zorgaanbieders voor zijn verzekerden, een essentiële rol spelen bij het *garanderen* van de verzekerde zorg. De overheids Garantie wordt dan geschapen door de verplichting voor ziekenfondsen om een naturaverzekering uit te voeren en door het toezicht van de overheid daarop. Het overeenkomstenstelsel heeft daarmee een essentiële rol bij wat het Hof mogelijk planning noemt. Vandaar wellicht dat het Hof in punt 81 daarom spreekt van “planning in de vorm van het overeenkomstenstelsel”. Een aanknopingspunt voor deze redenering is ook te vinden in punt 106 waar het Hof overweegt dat een grote stroom van verzekerden naar andere lidstaten onzekerheid zou scheppen rond het beginsel zelf van het overeenkomstenstelsel.

Noodzakelijkheids criterium

19. Het Hof overweegt ten aanzien van de toepassing van het noodzakelijkheids criterium, dat de toestemming om in een andere lidstaat een behandeling te ondergaan alleen mag worden geweigerd, wanneer bij een instelling waarmee het ziekenfonds van de verzekerde een overeenkomst heeft gesloten, tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Teneinde te bepalen of bij een instelling waarmee het ziekenfonds van de verzekerde een overeenkomst heeft gesloten, tijdig een voor de patiënt identieke of even doeltreffende behandeling kan worden verkregen, moeten ziekenfondsen rekening houden met alle omstandigheden van ieder concreet geval, door niet alleen de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment waarop de toestemming wordt gevraagd, maar ook diens antecedenten naar behoren in aanmerking te nemen.

Het Hof geeft overigens geen invulling aan het begrip antecedent. Het is derhalve niet duidelijk of dit alleen medische factoren betreft of ook andere factoren, zoals bijvoorbeeld de beheersing van de taal van het land waar de behandeling plaats zal vinden. Uit een vergelijking met de andere taalversies lijkt te moeten worden afgeleid dat hiermee wordt gedoeld op de medische voorgeschiedenis.¹⁵

20. In dit verband merkt de ICER op dat in de nationale beleidspraktijk de toets van het noodzakelijkheids criterium een medische toets is, namelijk of de behandeling medisch gezien noodzakelijk is. Het begrip 'medisch noodzakelijk' is echter een ruim begrip. Het betreft alle gegevens en omstandigheden die van belang zijn voor een medische argumentatie die leidt tot de conclusie 'noodzakelijk'. Dit betekent dat op het eerste gezicht niet-medische (sociale)gegevens medisch kunnen worden omdat ze een beredeneerde en logisch te accepteren rol spelen bij de argumenten van de arts. Een en ander heeft tot gevolg dat bij de ene patient bepaalde gegevens als medisch kunnen worden aangemerkt en bij de ander niet.

Wachlijsten

21. Dat een verzekerde zonder meer recht heeft op toestemming voor medische behandeling in het buitenland wanneer hij in Nederland “op een wachtlijst staat”, kan niet worden afgeleid uit dit arrest. Dat een verzekerde op een wachtlijst staat betekent immers niet zonder meer dat een door zijn ziekenfonds gecontracteerd ziekenhuis niet tijdig identieke of even doeltreffende hulp kan bieden. Het is immers mogelijk dat de verzekerde op een wachtlijst staat omdat hij een specifieke voorkeur heeft voor een bepaalde behandelaar of ziekenhuis. Voorts veronderstelt plaatsing op een wachtlijst weliswaar een wachttijd, maar dat betekent nog niet dat iedere wachttijd het niet tijdig verlenen van de hulp inhoudt. Of een wachttijd betekent dat niet tijdig hulp kan worden verleend, kan niet in het algemeen worden beantwoord, maar is, zoals het Hof ook aangeeft, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De ICER neemt aan dat het Hof hiermee duidt op alle voor de behandeling relevante omstandigheden.
22. Opmerking verdient dat het Hof ingaat op de ‘tijdigheid’ van een behandeling, hoewel de verwijzende rechter hierom niet had verzocht. Bovendien rijst de vraag wat het Hof met ‘tijdig’ bedoelt. Het betreft hier de achilleshiel van de naturaverzekering die zich op het grensvlak bevindt tussen de individuele belangen van de verzekerde en de in het algemeen belang aan de verzekeraar opgelegde verplichting om in beginsel uitsluitend gecontracteerde hulp te bieden. Uit de punten 43 en 101 kan worden afgeleid dat het Hof de nationale uitleg van het noodzakelijkheids criterium parafraseert door het op basis van de gegevens van de verwijzende rechter bij ziekenhuisbehandelingen uit te leggen als het niet tijdig adequaat kunnen behandelen. Naar nationaal recht heeft de verzekerde in principe onmiddellijk aanspraak. Aangenomen mag echter worden dat het ziekenfonds een redelijke termijn heeft om de zorg te organiseren. De termijn waarbinnen de verzekerde moet wachten op gecontracteerde hulp hangt af van de omstandigheden

¹⁵ Zie punt 104 van het arrest: ‘not only of the patient's medical condition at the time when authorisation is sought but also of his past record’; ‘nicht nur den Gesundheitszustand des Patienten zum Zeitpunkt der Stellung des Genehmigungsantrags, sondern auch die Vorgeschichte des Patienten’; ‘non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée, mais également de ses antécédents’.

van het concrete geval en zal met name afhankelijk zijn van de spoedeisendheid en de bijzondere aard van de benodigde hulp.

23. Hoewel het Hof hiernaar niet verwijst, kan, zowel voor wat betreft de omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen als voor wat betreft de tijdigheid, een vergelijking worden gemaakt met artikel 22, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 1408/71. Volgens deze bepaling mag een verzekerde toestemming voor behandeling in een andere lidstaat niet worden geweigerd “wanneer de desbetreffende behandeling (...) hem, *gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop*, niet kan worden gegeven binnen de termijn die *gewoonlijk* nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waar hij woont.” Voor wat betreft de omstandigheden waarmee bij toestemming op grond van artikel 9, lid 4, ZFW rekening moet worden gehouden zou kunnen worden betoogd dat het criterium materieel niet verschilt met het criterium zoals dat is uitgewerkt in artikel 22, lid 2, tweede alinea, van genoemde verordening. Immers, bij het vaststellen van iemands gezondheidstoestand wordt rekening gehouden met alle medische en, voor zover daarbij relevant, sociale factoren voor zover bekend. Voor wat betreft de tijdigheid sluit het criterium “de termijn die *gewoonlijk* nodig is voor de desbetreffende behandeling” in de woonstaat aan bij de uitleg dat het begrip ‘tijdig’ direct aanhaakt bij de plaatselijke omstandigheden en die van de patiënt. Deze feitelijke omstandigheden staan echter los van de juridische situatie dat naar nationaal recht de verzekerde in principe onmiddellijk aanspraak heeft.
24. De huidige door de ziekenfondsen gevoerde praktijk lijkt overeen te komen met de door het Hof gegeven uitleg van het noodzakelijkheids criterium. Ziekenfondsen houden bij de beoordeling van het noodzakelijkheids criterium namelijk rekening met alle omstandigheden van het concrete geval. Niet alleen de beschikbaarheid van de benodigde zorg is van belang maar vooral ook de gezondheidstoestand van de verzekerde van dat moment, zijn medische voorgeschiedenis, en het te verwachten ziekteverloop spelen een cruciale rol bij de beoordeling. De ICER concludeert dan ook als volgt.

Conclusie

25. *Uit het arrest kan niet worden afgeleid dat een verzekerde zonder meer recht heeft op toestemming voor medische behandeling in het buitenland wanneer hij in Nederland “op een wachtlijst staat”. De huidige beleidspraktijk bij de beoordeling van het noodzakelijkheid van een behandeling door een niet-gecontracteerde zorgverlener is in overeenstemming met de richtsnoeren ter zake van het Hof.*
26. In dit kader merkt het Hof nog op dat het bij het geven van toestemming ontoelaatbaar is om voorrang te verlenen aan binnenlandse ziekenhuizen waarmee het ziekenfonds van de verzekerde geen overeenkomst heeft gesloten, ten nadele van ziekenhuizen in andere lidstaten waarmee geen overeenkomst gesloten is (punt 107). Deze situatie zal zich op dit moment in Nederland niet snel voordoen omdat alle ziekenfondsen met alle ziekenhuizen, via de zogenaamde ZN/KPZ-regiovertegenwoordigingconstructie, een overeenkomst hebben gesloten. Deze situatie zou anders kunnen komen te liggen wanneer de contracteerplicht met instellingen zou komen te vervallen. In dat geval beveelt de ICER aan dit aspect van

het arrest Smits en Peerbooms uitdrukkelijk onder de aandacht van de ziekenfondsen te brengen.

Aanbeveling

27. *Indien de contracteerplicht met instellingen zal komen te vervallen, beveelt de ICER aan uitdrukkelijk onder de aandacht van de ziekenfondsen te brengen dat het bij het geven van toestemming ontoelaatbaar is voorrang te verlenen aan binnenlandse niet-gecontracteerde instellingen, ten nadele van instellingen in andere lidstaten.*

Kosteneffectiviteit

28. Meer in het algemeen is wel de vraag in hoeverre kostenoverwegingen een rol mogen spelen bij het verlenen van toestemming. De kosten waren in de onderhavige gevallen niet aan de orde. Het Hof heeft er daarom ook geen uitspraak over gedaan. Het valt echter niet in te zien waarom kostenoverwegingen bij het geven van toestemming geen rol zouden mogen spelen. De ICER komt dan ook tot de volgende conclusie.

Conclusie

29. *Bij een identieke of voor de patiënt even effectieve behandeling kan de toetsing aan de kosten van de behandeling als objectief, non-discriminatoir en vooraf kenbaar worden aangemerkt. Het is dan wel van belang dat bij een dergelijke overweging alle kosten in ogenschouw worden genomen en niet uitsluitend vervoerskosten of de kosten van de hulp.*

Grensoverschrijdend contracteren

30. In de punten 65 tot en met 68 wijdt het Hof een aantal overwegingen aan het grensoverschrijdend contracteren. Het Hof lijkt met name in punt 66 te willen aangeven dat uit de nationale regelgeving niet duidelijk de mogelijkheid blijkt voor grensoverschrijdend contracteren en dat de voorwaarden waaronder overeenkomsten kunnen worden gesloten in de praktijk leiden tot overeenkomsten met in Nederland gevestigde ziekenhuizen. De ICER veronderstelt dat het Hof hiermee duidt op het dubbele voorbehoud (zie punt 17) op de vrijheid van ziekenfondsen om met ieder ziekenhuis een overeenkomst te sluiten. Daarmee wordt bedoeld op de contracteerplicht en de voorwaarde om uitsluitend overeenkomsten te sluiten met toegelaten aanbieders.
31. De tekst van artikel 47 ZFW waarin de contracteerplicht is geregeld, luidt, voor zover relevant, als volgt: “Een ziekenfonds is verplicht met iedere instelling¹⁶ die binnen het werkgebied van het ziekenfonds is gelegen of waarvan de bevolking van het werkgebied regelmatig gebruik maakt, op haar verzoek een overeenkomst te sluiten (...).”

¹⁶ De contracteerplicht geldt alleen voor instellingen en niet voor personen. Voorts kan bij amvb worden bepaald dat voor bepaalde instellingen geen contracteerplicht geldt. Dat is gebeurd bij KB van 1 februari 1985 (Stb. 84) zoals nadien gewijzigd.

32. In een naturaverzekering als de ziekenfondsverzekering kan de bevolking van het werkgebied pas regelmatig gebruik maken van een instelling buiten het werkgebied als er een overeenkomst is. Naar de letter toegepast zou deze bepaling ertoe leiden dat er zelden een contracteerplicht bestaat voor buiten het werkgebied gelegen instellingen. Aangezien alle ziekenfondsen Nederland als werkgebied hebben gekozen, komt een letterlijke toepassing van de bepaling er op neer dat voor in andere lidstaten gevestigde instellingen zelden een contracteerplicht bestaat. Een dergelijke uitleg zou de kans op overeenkomsten met in andere lidstaten gevestigde ziekenhuizen nog kleiner maken. De heersende opvatting is dat ziekenfondsen een contracteerplicht hebben met instellingen voor zover daaraan in redelijkheid behoefte bestaat bij hun verzekerden. Daarmee is de letterlijke interpretatie van artikel 47 ZFW in de praktijk van minder belang en is een uitleg gekozen die meer in de richting van het gemeenschapsrecht is. Dat laat echter onverlet dat bij het lezen van de tekst van de wet een verkeerde indruk ontstaat of kan ontstaan bij de in een andere lidstaat gevestigde instelling. De ICER beveelt daarom aan de tekst van artikel 47 ZFW te verduidelijken, zodat de ruime uitleg die is geboden¹⁷ ook daadwerkelijk tot uitdrukking komt. Daarbij zal ook de vraag moeten worden betrokken in hoeverre de contracteerplicht een onderscheid maakt naar de plaats van vestiging van de instelling en of een dergelijk onderscheid gerechtvaardigd is.

Aanbeveling

33. *In artikel 47 Zfw dient te worden verduidelijkt dat de contracteerplicht met een instelling die is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte op grond van het vrije dienstenverkeer geboden kan zijn.*

34. Een ander punt waar het Hof mogelijk op duidt is de verplichting van ziekenfondsen om uitsluitend overeenkomsten te sluiten met toegelaten instellingen. De enige toetsingsgrond voor het toelaten van instellingen is of een instelling voldoet aan de geldende voorschriften inzake spreiding en behoefte. Die voorschriften inzake spreiding en behoefte omvatten uitsluitend de planning van instellingen in Nederland. In andere lidstaten gevestigde instellingen kunnen daarom per definitie niet voldoen aan die voorwaarden. In de uitvoeringspraktijk van het College voor zorgverzekeringen is dit probleem onder andere opgelost door aan te nemen dat in andere lidstaten gevestigde instellingen geen toelating behoeven. Ook hier is echter aanleiding tot heroverweging. De tekst van de bepalingen rond het toelaten van instellingen geven immers ook een verkeerde indruk aan in andere lidstaten gevestigde instellingen. De ICER komt dan ook tot de volgende aanbeveling.

Aanbeveling

35. *Voor zover de voorwaarde voor het contracteren van een in een andere lidstaat gevestigde instelling mede zou omvatten een toelating als instelling volgens de Nederlandse voorschriften, dient te worden verduidelijkt dat deze toelating niet geldt voor deze instellingen.*

¹⁷ Zoals de ICER overigens in zijn advies aan de Minister van VWS van 8 september 1998 inzake de arresten Decker en Kohll ook al heeft aanbevolen (ICER 98-6/60)

Gevolgen voor de AWBZ

36. De AWBZ of de daaronder vallende regelingen bevatten alleen voor wat betreft niet-klinisch psychiatrische zorg te verlenen door een psychiater of zenuwarts het gebruikelijkheids criterium¹⁸. De uitleg die het Hof geeft aan het gebruikelijkheids criterium is ook hier van belang. De ICER verwijst hiervoor naar de paragraaf hierboven over de afbakening van het wettelijk verzekerde pakket.
37. De overwegingen van het Hof over het vereiste van voorafgaande toestemming en het noodzakelijkheids criterium hebben grote betekenis voor de AWBZ. De AWBZ bevat namelijk in artikel 10, tweede lid, een vrijwel gelijklopende bepaling als artikel 9, vierde lid, ZFW. De regulering van de zorg die in het kader van de AWBZ wordt verleend, vertoont bovendien grote gelijkenissen met de regulering van de zorg die in ziekenhuizen op grond van de Ziekenfondswet wordt verleend. Vrijwel alle zorg in het kader van de AWBZ wordt verleend door instellingen waarvoor een contracteerplicht geldt. Voorts geldt voor AWBZ-instellingen een planningsregime. Ook voor instellingen die AWBZ-zorg willen verlenen geldt de eis dat zij moeten zijn toegelaten door het College voor zorgverzekeringen. Gezien het voorgaande is er reden om aan te nemen dat het vereiste van voorafgaande toestemming en het noodzakelijkheids criterium in de AWBZ ook door het Hof gesauveerd zal worden indien de uitleg van het Hof die in de zaak Smits-Peerbooms van toepassing is op ziekenhuizen in het kader van de ZFW-regelgeving, overeenkomstig wordt toegepast op zorg verleend door instellingen als bedoeld in de AWBZ-regelgeving. Dit betekent dat als een ziekenfonds de verzekerde toestemming verleend niet-gecontracteerde zorg te betrekken van een in een andere lidstaat gevestigde zorgaanbieder, het ziekenfonds moet toetsen of gecontracteerde aanbieders tijdig identieke of even doeltreffende zorg kunnen bieden. Overigens wordt in dit kader geabstraheerd van specifieke elementen van de AWBZ die mogelijk in de weg staan aan de toepasselijkheid van het fundamentele beginsel van het vrij verkeer van diensten. Dit beginsel kan immers alleen maar van toepassing zijn indien het gaat om een dienst. Eén element hiervan betreft het aspect “tijdelijkheid”. Indien sprake is van zorg in het kader van de AWBZ gepaard gaande met verblijf van een min of meer langdurig karakter kan twijfel rijzen of deze zorg Europeesrechtelijk gekwalificeerd kan worden als dienst.
38. In het kader van de AWBZ zijn er twee soorten zorgaanbieders waar de vergelijking met ziekenhuizen niet opgaat. In de eerste plaats zijn dat de psychiaters waarvoor geen planningsregime en ook geen contracteerplicht geldt. In de tweede plaats zijn dat de thuiszorginstellingen waarvoor het planningsregime met ingang van 1 januari 2001 is vervallen¹⁹. Voor de rechtvaardiging van de toestemming voor deze zorg van een niet-gecontracteerde aanbieder in een andere lidstaat kunnen daarom niet de argumenten uit het onderhavige arrest worden gebruikt.

¹⁸ Zie daarvoor artikel 20d van het Besluit zorgaanspraken bijzondere ziektekostenverzekering.

¹⁹ Het planningsregime voor thuiszorginstellingen was neergelegd in de Tijdelijke regeling spreiding en behoefte.

Conclusie

39. *De ICER acht het aannemelijk dat de uitleg van het Hof in het arrest Smits en Peerbooms met betrekking tot het vereiste van voorafgaande toestemming en het noodzakelijkheids criterium in de AWBZ overeenkomstig moet worden toegepast op zorg verleend door instellingen als bedoeld in de AWBZ-regelgeving, voorzover daarvoor een planningsregime en een contracteerplicht geldt, alsmede de eis dat zij zijn toegelaten door het College voor zorgverzekeringen.*

Aanbeveling

40. *De ICER beveelt aan deze conclusie onder de aandacht van de ziekenfondsen en overige betrokken zorgverzekeraars te brengen.*

Gevolgen voor de WTZ 1998

41. De verstrekkingsoomschrijvingen in het op grond van de WTZ 1998 vastgestelde Vergoedingsbesluit particulier verzekerden zijn vrijwel gelijk aan de verstrekkingsoomschrijvingen in het Verstrekkingsbesluit ziekenfondsverzekering. Hetgeen hierboven is verwoord over de afbakening van het pakket geldt daarom ook voor de WTZ 1998.
42. De WTZ 1998 regelt een restitutieverzekering. De WTZ 1998 kent daarom geen toestemmingsvereiste zoals we dat in de ZFW en de AWBZ kennen. In de arresten Kohll en Decker heeft het Hof zich al uitgesproken over het vereiste van voorafgaande toestemming in een restitutieverzekering in Luxemburg. Naar aanleiding van die uitspraken is de regeling van vergoeding voor hulp in het buitenland in het Vergoedingsbesluit particulier verzekerden gewijzigd²⁰. Sindsdien dekt de standaardverzekering van de WTZ 1998 eveneens vergoeding van in een andere lidstaat van de Europese Unie verleende zorg, voor zover die zorg overeenkomt met zorg op vergoeding waarvan ingevolge het Vergoedingsbesluit particulier verzekerden aanspraak bestaat. De vergoeding bedraagt ten hoogste 100% van de kosten die zouden zijn vergoed indien de zorg in Nederland zou zijn verleend. Vergoeding van de kosten van medisch noodzakelijk ziekenvervoer per ambulance, taxi of auto in verband met de verleende zorg bedraagt maximaal het bedrag dat gelijk is aan de kosten van zodanig vervoer tussen de woonplaats van de verzekerde en de dichtstbijzijnde plaats waar de zorg zou zijn verleend, indien deze in Nederland zou zijn geboden. Hiermee is voor een groot deel tegemoet gekomen aan de eisen die het Europees recht stelt. De ICER geeft echter in overweging de vergoeding niet te beperken tot in een andere lidstaat van de Europese Unie verleende zorg, maar uit te breiden tot de zorg die is verleend in staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

Aanbeveling

43. *De ICER beveelt aan de vergoeding op basis van de WTZ 1998 van zorg die wordt verleend in een andere lidstaat van de Europese Unie, uit te breiden tot de zorg die is verleend in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.*

²⁰ Zie hiervoor artikel 19 van genoemd besluit.

§5 Conclusies

Op grond van de bevindingen in het voorgaande hoofdstuk kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

1. Uit het arrest Smits en Peerbooms kan niet worden afgeleid dat een verzekerde zonder meer recht heeft op toestemming voor medische behandeling in het buitenland wanneer hij in Nederland “op een wachtlijst staat”. Toestemming voor een behandeling in een buitenlands ziekenhuis mag echter alleen worden geweigerd wanneer de patiënt bij een gecontracteerde instelling tijdig een identieke of even doeltreffende behandeling kan krijgen. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval.
2. De huidige beleidspraktijk bij de beoordeling van het noodzakelijkheid van een behandeling door een niet-gecontracteerde zorgverlener is in overeenstemming met de richtsnoeren ter zake van het Hof.
3. Bij een identieke of voor de patiënt even effectieve behandeling kan de toetsing aan de kosten van de behandeling als objectief, non-discriminatoire en vooraf kenbaar worden aangemerkt. Het is dan wel van belang dat bij een dergelijke overweging alle kosten in ogenschouw worden genomen en niet uitsluitend vervoerskosten of de kosten van de hulp.
4. De ICER acht het aannemelijk dat de uitleg van het Hof in het arrest Smits en Peerbooms met betrekking tot het vereiste van voorafgaande toestemming en het noodzakelijkheids criterium in de AWBZ overeenkomstig moet worden toegepast op zorg verleend door instellingen als bedoeld in de AWBZ-regelgeving, voorzover daarvoor een planningsregime en een contracteerplicht geldt, alsmede de eis dat zij zijn toegelaten door het College voor zorgverzekeringen.
5. Omdat de redenering van het Hof is gekoppeld aan de bijzondere kenmerken van ziekenhuizen en de planning van ziekenhuizen, kunnen uit het arrest geen conclusies worden getrokken voor wat betreft de voorafgaande toestemming in samenhang met medisch-specialistische zorg die niet gepaard gaat met opname in een ziekenhuis gedurende het etmaal of andere extramurale zorg. Naar verwachting zal hierover meer duidelijkheid komen als het Hof arrest heeft gewezen op prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep in een zaak die thans aanhangig is bij het Hof.

§6 Aanbevelingen

De ICER brengt op grond van haar bevindingen de volgende aanbevelingen onder de aandacht van de minister van VWS:

1. De ICER beveelt aan dat de minister van VWS nader laat onderzoeken of de door de wettelijke ziektekostenverzekering gedekte verstrekkingen voldoen aan objectieve criteria, die niet discrimineren en vooraf kenbaar zijn.
2. In artikel 12, eerste lid, onder a, en artikel 13, eerste lid, van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering dient de zinsnede ‘in de kring der beroepsgenoten gebruikelijk is’ te vervallen en te worden vervangen door een zinsnede die meer recht doet aan de uitleg van het Hof. Dit betekent dat de nieuwe zinsnede in ieder geval het criterium ‘door de internationale medische wetenschap voldoende is beproefd en deugdelijk is bevonden’ moet bevatten of een andere formulering die recht doet aan de bewoordingen van het arrest. In de toelichting op deze besluitwijziging kan worden vermeld dat bij de toepassing van dit criterium in de visie van het Hof van Justitie van de EG alle beschikbare relevante gegevens in aanmerking dienen te worden genomen, waaronder met name de literatuur en de bestaande wetenschappelijke onderzoeken, gezaghebbende meningen van specialisten en de vraag of de betrokken behandeling al dan niet wordt gedekt door het stelsel van ziektekostenverzekering van de lidstaat waarin de behandeling plaatsvindt.
3. Voorts beveelt de ICER aan uitdrukkelijk onder de aandacht van de ziekenfondsen te brengen dat het bij het geven van toestemming ontoelaatbaar is voorrang te verlenen aan binnenlandse niet-gecontracteerde ziekenhuizen, ten nadele van ziekenhuizen in andere lidstaten.
4. In artikel 47 Zfw dient te worden verduidelijkt dat de contracteerplicht met een instelling die is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte op grond van het vrije dienstenverkeer geboden kan zijn.
5. Voor zover de voorwaarde voor het contracteren van een in een andere lidstaat gevestigde instelling mede zou omvatten een toelating als instelling volgens de Nederlandse voorschriften, dient te worden verduidelijkt dat deze toelating niet geldt voor deze instellingen.
6. De ICER beveelt aan onder de aandacht van de ziekenfondsen en overige betrokken zorgverzekeraars te brengen dat de uitleg van het Hof in het arrest Smits en Peerbooms met betrekking tot het vereiste van voorafgaande toestemming en het noodzakelijkheids criterium in de AWBZ overeenkomstig moet worden toegepast op zorg verleend door instellingen als bedoeld in de AWBZ-regelgeving, voorzover daarvoor een planningsregime en een contracteerplicht geldt, alsmede de eis dat zij zijn toegelaten door het College voor zorgverzekeringen.

7. De ICER beveelt tot slot aan de vergoeding op basis van de WTZ 1998 van zorg die wordt verleend in een andere lidstaat van de Europese Unie, uit te breiden tot de zorg die is verleend is in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.
-

Bijlage 2: deelnemers aan de adhoc-werkgroep arrest Smits en Peerbooms

Mr H.M. Brasker	Ministerie van VWS
Mr M.T. de Gans	Ministerie van VWS
Mr F. Grondman	Ministerie van Financiën
Mr I.M. Josten	Ministerie van SZW
Mr E. Maagdelijn	Ministerie van VWS
Drs C. Maan	Ministerie van EZ
Mr L.C. Mineur	Ministerie van VWS
Mr N.Th. van Schelven	Ministerie van Justitië, tevens ICER-secretariaat
Mr I. Van der Steen (Vz)	Ministerie van BZ, tevens ICER-secretariaat
Mr J.S. Watson	Ministerie van EZ, agendalid