

# Communautair recht en gezondheidszorg: de grote lijnen van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

**Koen LENAERTS,**

Rechter bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen  
Hoogleraar Europees recht aan de KU Leuven\*

## Inleiding

Hoewel het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna genoemd het “Hof”) al spoedig verklaarde dat het communautair recht geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsels in te richten (met name het arrest Duphar van februari 1984), weet iedereen dat de sociale zekerheid geenszins een “îlot imperméable à l’influence du droit communautaire”<sup>1</sup> is om de uitdrukking van advocaat-generaal Tesouro in zijn conclusies in de bekende zaken Kohll en Decker aan te halen.

De gezondheidsdiensten en de socialezekerheidsstelsels bevinden zich immers in het centrum van een delicate evenwichtsoefening tussen het economische en het sociale of - om Jacques Delors te parafraseren - tussen “la concurrence qui stimule et la solidarité qui unit”<sup>2</sup>. Met andere woorden, de uitdaging waarvoor het communautaire recht zich geplaatst ziet in zijn benadering van de nationale gezondheidszorgstelsels en nationale socialezekerheidsstelsels bestaat erin de regels van het verdrag, met name de regels betreffende de interne markt, de fundamentele vrijheden – vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal – en het mededingingsrecht, enerzijds, en de natuurlijke wil van de lidstaten om financieel leefbare, algemeen toegankelijke en rationeel georganiseerde sociale structuren ten gunste van hun onderdanen te behouden zodat een gevarieerd en kwalitatief zorgaanbod ten allen tijde kan worden gegarandeerd, anderzijds, te verzoenen.

Achter dit uiterst gevoelig sociaal debat schuilt de fundamentele vraag naar de verdeling van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten: tot waar mag het communautaire recht gaan in het opleggen van bepaalde aanpassingen in de nationale stelsels van de lidstaten, die van nature sociale bevoegdheden hebben, in naam van principes die in het stichtingsverdrag in “gouden letters” staan en dit zonder het gevaar te lopen de grondslagen van de sociale bescherming en cohesie in Europa te ondermijnen?

Het programma van vandaag geeft mij ruim een halfuur de tijd om de grote lijnen weer te geven die door de rechtspraak van het Hof zijn getrokken in een poging een zo goed mogelijk evenwicht te vinden tussen het beleid en de doelstellingen van Europa met een duidelijke economische inslag, enerzijds, en een domein van staatsinterventie gekenmerkt door sterke sociale overwegingen en doelstellingen, anderzijds.

---

\* Deze tekst geeft enkel de persoonlijke mening van de auteur weer.

<sup>1</sup> “Eiland dat niet onderhevig is aan de invloed van het communautair recht” (Nvdv)

<sup>2</sup> “concurrentie die stimuleert en solidariteit die eenmaakt”.

Zonder alle facetten te willen behandelen van deze uiterst veelzijdige en complexe vraag naar de impact van het communautaire recht op de sector van de gezondheidszorg en op die van de sociale zekerheid (zo zal ik bijvoorbeeld het domein van de openbare aanbestedingen, de vragen in verband met de wederzijdse erkenning van medische beroepstitels en kwalificaties en de aspecten in verband met het intellectuele eigendomsrecht in zijn toepassingen op de sector van de geneesmiddelen en van de andere farmaceutische producten niet behandelen), zal ik de problematiek eerst tegen de achtergrond van de Europese mededingingsregels onderzoeken en vervolgens vanuit de criteria betreffende het vrije verkeer.

## **I. De verhoudingen tussen de nationale gezondheids- en socialezekerheidsstelsels enerzijds, en de Europese mededingingsregels anderzijds**

### **A. Onderscheid tussen economische activiteiten en zuiver sociale activiteiten**

Volgens een traditioneel onderricht dat velen onder jullie wellicht kennen, is de toepassing van de Europese mededingingsregels gebaseerd op het begrip onderneming. De “ondernemingen” in de zin van het verdrag zijn aan die regels onderworpen. Volgens de rechtspraak van het Hof wordt elke “eenheid die een economische activiteit uitoefent” - ter fine van de toepassing van het Europese mededingingsrecht - als een onderneming beschouwd (zie met name het arrest Höfner en Elser van april 1991). Dit algemeen criterium dat als functioneel criterium kan worden bestempeld in die zin dat het belang hecht aan de aard van de uitgevoerde activiteit en niet aan het statuut of de eigenschappen van de acteur, heeft al snel aanleiding gegeven tot interpretatie- en toepassingsmoeilijkheden toen dit criterium naar de sociale zekerheid moest worden vertaald, met name naar de sociale dekking voor gezondheidszorgen. Zo heeft het Hof in de jaren 1990 een scheidingslijn moeten trekken tussen de stelsels van sociale bescherming die met een economische activiteit kunnen gelijkgesteld worden en op grond daarvan onderworpen zijn aan de Europese mededingingsregels, en de stelsels die uitsluitend een sociale functie hebben waardoor zij aan die regels ontsnappen.

#### **a) Het arrest Poucet/Pistre van februari 1993**

De eerste rechtszaken, die aanleiding hebben gegeven tot een arrest van het Hof op 17 februari 1993, betreffen twee Franse onderdanen (de heren Poucet en Pistre) die geweigerd hadden hun socialezekerheidsbijdragen te betalen aan de respectieve ziekenfondsen waarbij ze aangesloten waren. Zonder het principe van de verplichte aansluiting bij een socialezekerheidsstelsel in vraag te stellen, meenden zij dat zij zich in alle vrijheid moesten kunnen aansluiten bij een particuliere verzekeringsmaatschappij van hun keuze, gevestigd op het grondgebied van de Gemeenschap, in plaats van onderworpen te worden aan de eenzijdig vastgestelde voorwaarden van de ziekenfondsen. Op de prejudiciële vraag die haar werd gesteld door het verwijzende Franse sociaal gerecht aangaande de toe te kennen hoedanigheid aan deze stelsels en instellingen, heeft het Hof geantwoord dat de betrokken instellingen geen ondernemingen zijn die een economische activiteit uitoefenen omdat

de stelsels die door deze instellingen worden beheerd “op het solidariteitsbeginsel berusten”. Deze fundamentele overweging is op drie vaststellingen gebaseerd.

Het Hof stelt ten eerste vast dat de financiering van het stelsel in kwestie uit bijdragen bestaat die evenredig zijn aan het bijdragevermogen van de verzekerde (zijn beroepsinkomsten) en niet aan de risicograad die hij vertegenwoordigt, terwijl de verzekerde prestaties identiek zijn voor alle rechthebbenden. Er is dus geen verband tussen de door of voor de aangesloten werknemer gestorte bijdragen en de door hem of door zijn naasten ontvangen vergoedingen in geval het risico zich voordoet. Zo worden de inkomsten in de kring van verzekerden herverdeeld zodanig dat degenen in een bevoorrechte situatie (op financieel en/of sociaal vlak,...) solidair zijn met degenen die minder bevoorrecht zijn (herverdelende sociale solidariteit). Ten tweede stelt het Hof vast dat de verschuldigde prestaties uitgekeerd worden dankzij de onmiddellijke verdeling van de bijdragen op een zodanige manier dat de actieve verzekerden de prestaties financieren die aan de niet actieve verzekerden worden uitgekeerd (financiering door repartitie versus financiering door kapitalisatie). Ten derde stelt het Hof vast dat in geval van overschot het stelsel de stelsels die in structurele, financiële moeilijkheden verkeren, financiert (solidariteit tussen de stelsels). Ten slotte meent het Hof dat de betrokken ziekenfondsen en instellingen meewerken aan het “beheer van de openbare dienst van sociale zekerheid” en dat zij een “taak van zuiver sociale aard” vervullen. Het Hof voegde hieraan toe dat de verplichte aansluiting die aan de basis ligt van de werking van deze stelsels noodzakelijk is om het solidariteitsbeginsel te kunnen toepassen en om hun financieel evenwicht te garanderen.

Om de woorden te gebruiken van advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusies in de zaak AOK Bundesverband - waarop ik later terugkom - hebben de drie elementen die door het Hof in het arrest Poucet/Pistre zijn geïdentificeerd - in het bijzonder het element van herverdeling - tot gevolg dat de activiteiten waaraan zij gestalte geven “zelfs niet theoretisch door particuliere ondernemingen kunnen worden uitgeoefend” aangezien “[...]dergelijke stelsels een dermate sterk element van herverdeling omvatten in het belang van de sociale solidariteit dat weinig of geen ruimte overblijft voor de verschillende actuariële diensten of beleggings- en bemiddelingsdiensten die particuliere pensioenfondsen en verzekeraars op de markt kunnen aanbieden en ook daadwerkelijk aanbieden”. Die drie criteria die de zogenaamde “harde kern” uitmaken van de solidariteit die typerend is voor een publiek socialezekerheidsstelsel, zullen later effectief als leidraad dienen voor het Hof bij de formulering van zijn latere antwoorden op de vragen van de nationale rechtbanken over de hoedanigheid (sociale zekerheid of economische activiteit?) die moet worden toegekend aan bijzondere socialezekerheidsstelsels.

b) De latere toepassingen van het arrest Poucet/Pistre op de sociale dekkingen voor geneeskundige zorgen

Wanneer we ons beperken tot de verzekeringen voor geneeskundige zorgen, dan heeft het Hof, in het arrest Garcia van maart 1996, in het raam van een geschil dat zijn oorsprong vindt in verschillende verzetprocedures tegen verplichtingen die aan een aantal Franse sociaal verzekerden door hun socialezekerheidskassen waren betekend met het oog op de invordering van onbetaalde bijdragen, bepaald dat de Franse ziekte-

en moederschapsverzekeringssystemen voor landbouwers moeten worden beschouwd als socialezekerheidsstelsels in de zin van het arrest Poucet/Pistre, waardoor zij ontsnappen aan de toepassing van de Europese mededingingsregels en de Europese wetgeving inzake de liberalisering van de particuliere verzekeringssector.

In mei 2000 heeft het Hof geoordeeld dat de arbeidsongevallenverzekering, zoals die in België door particuliere ondernemingen voor hun eigen risico's wordt onderschreven, moet worden beschouwd als een "economische activiteit van dienstverrichting" die onder het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen betreffende de invoering van een Europese markt voor particuliere verzekeringen behoort (meer bepaald voor verzekeringen niet-leven). Hoewel dit niet blijkt uit het arrest lijkt het geen twijfel dat - te oordelen naar de conclusies van de advocaat-generaal Saggio in deze zaak - de afwezigheid van een element van herverdeling een doorslaggevende rol heeft gespeeld in de kwalificatie die aan dit verzekeringsstelsel door het Hof is toegekend.

In januari 2002 heeft het Hof geoordeeld dat het begrip onderneming in de zin van de Europese mededingingsregels niet van toepassing is op een instituut als het *Instituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro* (INAIL) dat door de wet belast is met het beheer van een verzekeringsstelsel tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten. Het Hof heeft immers vastgesteld dat het verzekeringsstelsel in kwestie gebaseerd is op de afwezigheid van een rechtstreeks verband tussen de bijdragen die de verzekerde betaalt en de vergoedingen die hem worden uitgekeerd, wat een solidariteit impliceert tussen de best betaalde werknemers en de werknemers die, gelet op hun laag inkomen, geen adequate sociale zekerheid zouden genieten indien een dergelijk verband wel bestond.

In maart 2004 heeft het Hof - zich opnieuw baserend op het arrest Poucet/Pistre - in de zaak AOK Bundesverband betreffende een rechtszaak die door Duitse farmaceutische bedrijven is aangespannen om de praktijk van de Duitse publieke ziekenfondsverenigingen te betwisten, praktijk die erin bestaat vaste maximumbedragen te bepalen voor de tegemoetkoming van de ziekenfondsen in de kosten van geneesmiddelen en verzorgingsmateriaal, geoordeeld dat de ziekenfondsen geen ondernemingen zijn in de zin van de Europese mededingingsregels. Ter ondersteuning van die analyse heeft het Hof met name bepaald dat die "ziekenfondsen wettelijk verplicht zijn hun verzekerden verplichte verstrekkingen te verlenen, die in wezen identiek zijn en niet afhangen van het bedrag van de premies" en dat zij "een soort op solidariteit gebaseerde gemeenschap vormen"; er gebeurt immers een compensatie "tussen de ziekenfondsen met de laagste zorgkosten en de ziekenfondsen die grotere risico's verzekeren en in verband daarmee hogere kosten hebben." De betrekkelijke speelruimte waarover de ziekenfondsen beschikken om het bedrag van de premies vast te leggen en een zekere concurrentie te creëren waardoor zij verzekerden kunnen aantrekken, is volgens het Hof niet van aard om de analyse in kwestie weer in vraag te stellen. Het Hof voegde hieraan toe dat de ziekenfondsverenigingen geen ondernemingen zijn of verenigingen van ondernemingen wanneer zij - in uitvoering van een wettelijke verplichting die een vermindering van de kosten in de gezondheidssector beoogt, alsook het voortbestaan van het Duitse socialezekerheidsstelsel - vaste maximumbedragen vaststellen voor de vergoeding van de kosten van geneesmiddelen door de ziekenfondsen.

Het Hof heeft er echter voorzichtigheidshalve aan toegevoegd : “evenwel valt niet uit te sluiten dat de ziekenfondsen en de organisaties die hen vertegenwoordigen, naast hun uitsluitend sociale taken in het kader van het beheer van het Duitse socialezekerheidsstelsel, ook handelingen verrichten die geen sociaal doel hebben, maar van economische aard zijn. In dat geval zouden de beslissingen die zij in dat kader nemen, eventueel als besluiten van ondernemingen of ondernemersverenigingen kunnen worden aangemerkt.”

Het is belangrijk erop te wijzen dat het Hof zich, in het arrest van maart 2004, radicaal heeft gedistantieerd van de conclusies die advocaat-generaal Jacobs in deze zaak formuleerde. Inderdaad, deze had, nadat hij erop had gewezen dat het Duitse wettelijke ziekteverzekeringstelsel “ongetwijfeld een aantal overeenkomsten vertoont met de stelsels waar het in de arresten Poucet en Pistre om ging”, immers geoordeeld dat het stelsel in kwestie ook verschillende kenmerken vertoont die “tot op zekere hoogte concurrentie [...] invoert”. Hij stelde ten eerste vast dat de Duitse ziekenfondsen elkaar in zekere mate beconcurreren op het gebied van de premies in die zin dat de werknemers kunnen kiezen bij welk ziekenfonds zij zich aansluiten en de ziekenfondsen zelf de hoogte bepalen van de premie die zij aan de verzekerden aanrekenen. Bijgevolg varieert de hoogte van de premies enigszins per ziekenfonds. Hij stelde in de tweede plaats vast dat de ziekenfondsen tot op zekere hoogte ook ten aanzien van de door hen aangeboden diensten elkaar kunnen beconcurreren (zo kunnen zij bijvoorbeeld beslissen om bepaalde aanvullende en preventieve behandelingen al dan niet aan te bieden). Ten derde wees hij erop dat de ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars elkaar duidelijk beconcurreren ten aanzien van de werknemers die niet verplicht zijn zich bij de wettelijke ziektekostenverzekering aan te sluiten. Hij concludeerde dat de Duitse ziekenfondsen als ondernemingen handelen wanneer zij prestaties krachtens de ziekteverzekering toekennen en dat de communautaire mededingingsregels bijgevolg dan ook op hen van toepassing zijn. Maar, zoals gezegd, heeft het Hof deze analyse niet overgenomen.

#### B. De socialezekerheidsinstellingen als koper van medisch materiaal en medische hulpmiddelen

Er dient nog te worden meegedeeld dat het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna “Gerecht” genoemd) in een arrest van maart 2003, FENIN/Commissie, zich met betrekking tot het gezondheidszorgsysteem in Spanje gebogen heeft over de vraag of staatsentiteiten handelen als ondernemingen in de zin van de Europese mededingingsregels wanneer zij medisch materiaal kopen dat zij nodig hebben om - via de openbare ziekenhuizen - de medische dienstverlening te verzekeren die door de nationale sociale zekerheid wordt gefinancierd.

De “Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)”, een vereniging waarbij de meerderheid van leveranciers van medische hulpmiddelen voor ziekenhuizen in Spanje is aangesloten, had in december 1997 bij de Commissie een vermeend misbruik van machtspositie door 26 beheersorganen, waaronder drie ministeries van de Spaanse regering die het Spaanse nationale gezondheidsstelsel beheren, aangeklaagd. Zij verweet die organen in het bijzonder dat zij hun schulden tegenover haar leden stelselmatig met een gemiddelde

vertraging van 300 dagen betaalden, ofschoon zij hun schulden tegenover andere leveranciers binnen veel redelijker termijnen betaalden. In augustus 1999 heeft de Commissie de klacht van FENIN om twee redenen afgewezen: enerzijds zijn de ministeries en de organen in het geding geen ondernemingen wanneer zij deelnemen aan het beheer van de openbare gezondheidsdienst en anderzijds is hun positie van koper van medisch materiaal onlosmakelijk verbonden met het latere aanbod van gezondheidsdiensten.

In november 1999 heeft FENIN bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen die beslissing tot afwijzing van de klacht. Dat beroep werd verworpen. Het grote belang van dit arrest van het Gerecht ligt in de preciseringen volgens welke de activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt en niet de activiteit van het aankopen van producten bestemd voor het aanbod, het beslissende criterium is voor het al dan niet commerciële karakter van de activiteit van de betrokken entiteit. Bijgevolg meent het Gerecht dat wanneer een orgaan een product koopt, zelfs in grote hoeveelheden, niet om goederen of diensten aan te bieden in het kader van een economische activiteit, maar om er gebruik van te maken in het kader van een louter sociale activiteit, het dan niet gaat om een onderneming in de zin van de Europese mededingingsregels vanwege zijn hoedanigheid van koper op een markt.

In zijn conclusies van 10 november laatstleden stelt de advocaat-generaal Poiares Maduro aan het Hof, waarbij een hogere voorziening van FENIN tegen het arrest van het Gerecht aanhangig is, voor om de analyse van dat arrest op het hier besproken punt te volgen.

C. De uitzondering die verband houdt met het bestaan van een taak van algemeen economisch belang

De rechtspraak van het Hof kan als volgt worden samengevat: van zodra de regeling in kwestie de hoedanigheid van activiteit van sociale zekerheid (of niet-economische activiteit) wordt toegekend, zijn de Europese mededingingsregels niet van toepassing op het orgaan (of de organen) die belast is (zijn) met het beheer van de regeling, op zijn minst voor wat die activiteiten betreft. In duidelijke bewoordingen: een lidstaat die het exclusieve beheer van de dekking die door een dergelijke regeling wordt georganiseerd, toevertrouwt aan een bepaald orgaan of een bijzondere categorie van organen (bijvoorbeeld, de sociale verzekeringskassen of de ziekenfondsen), stelt zich niet bloot aan het verwijt dat hij aan dat orgaan (die organen) een machtspositie verleent die in strijd is met het Europese mededingingsrecht. De verzekeringsregeling die niet gebaseerd is op het "solidariteitsbeginsel", zoals het door het Hof in het arrest Poucet/Pistre is gedefinieerd, is daarentegen een economische activiteit en het orgaan (of de organen) dat (die) met het beheer ervan is (zijn) belast, is (zijn) een onderneming (ondernemingen) die onderworpen is (zijn) aan de toepassing van de Europese mededingingsregels.

Tussen die twee uitersten kunnen gevallen bestaan waarin aan organen die als ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht worden beschouwd, op een geldige manier het uitsluitende recht wordt verleend om hun activiteit in een bepaalde sector te beheren krachtens de bepalingen van artikel 86 van het EG-Verdrag

op grond waarvan een mededingingsbeperking, of zelfs een uitsluiting van elke vorm van mededinging, kan worden verantwoord vanwege de noodzaak voor de betrokken onderneming om de taak van algemeen economisch belang die haar werd toevertrouwd, onder economisch aanvaardbare voorwaarden te vervullen.

Het arrest *Ambulanz Glöckner* van het Hof van oktober 2001 is een mooie illustratie van die laatste situatie op het vlak van de gezondheidszorg.

In het geding was het vervoer van zieken met een ambulance in Rijnland-Paltz, dat, op grond van een wetgevende bepaling, onderworpen was aan een toestemming van het bevoegde district die kon worden geweigerd wanneer de toekenning negatieve gevolgen kon hebben voor de werking en de rentabiliteit van de diensten voor *dringende* medische hulpverlening waarvan het beheer aan gezondheidsorganisaties was toevertrouwd. Laatstgenoemden werden trouwens geraadpleegd door de bevoegde overheid vooraleer er ook maar enige beslissing werd genomen betreffende de toekenning of de weigering van een dergelijke toestemming. Aangezien die organisaties met verlies werkten en hun infrastructuur ondergeëxploiteerd was, had de desbetreffende nationale wetgeving hun eveneens een monopolie gegeven met betrekking tot de diensten voor het vervoer van zieken in niet-dringende gevallen. Het Hof heeft die organisaties als ondernemingen gekwalificeerd en geoordeeld dat het hun toevertrouwde monopolie een uitsluitend of bijzonder recht was in de zin van artikel 86 van het EG-Verdrag aangezien het de mogelijkheden van de andere ondernemingen om de desbetreffende economische activiteit op hetzelfde grondgebied uit te oefenen substantieel aantastte en bijgevolg het aanbod in het nadeel van de “consumenten” beperkte. Het was echter van mening dat die mededingingsbeperking gerechtvaardigd was door de taak van algemeen economisch belang die aan deze gezondheidsorganisaties werd toevertrouwd en dat de verplichting voor laatstgenoemden om die taak te verzekeren onder economisch rendabele voorwaarden vooronderstelt dat er een compensatie mogelijk is tussen de rendabele activiteitssectoren (in dit geval het vervoer in niet-dringende gevallen) en de minder rendabele sectoren (in dit geval, het dringende vervoer) en dit verantwoordt bijgevolg een beperking van de mededinging voor de privé ondernemers in de economisch rendabele sectoren. In dat opzicht heeft het Hof in het bijzonder de nauwe band onderstreept tussen de diensten voor dringend vervoer en de diensten voor niet-dringend vervoer ; een band die moeilijk kan worden verbroken.

#### D. De vrijstelling van sociale akkoorden van de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag

Ter afronding van dit eerste gedeelte dat gewijd is aan de Europese mededingingsregels, ben ik zo vrij u nog te melden dat het Hof eveneens de gelegenheid heeft gehad om in de context van de Nederlandse sectorale regelingen voor sociale dekking de lijnen van het toepassingsgebied van artikel 81 van het EG-Verdrag, dat in principe anticoncurrentiële afspraken tussen ondernemingen (akkoorden, overlegpraktijken) verbiedt, af te bakenen.

In het arrest van der Woude van september 2000, dat de tegenhanger is van de beroemde arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Blokken* van september 1999 betreffende de Nederlandse sectorale pensioenfondsen, heeft het Hof immers negatief

geantwoord op de vraag of een akkoord (een collectieve arbeidsovereenkomst) dat gesloten is tussen de sociale gesprekspartners (vertegenwoordigers van de werknemers en vertegenwoordigers van de werkgevers) en dat de invoering beoogt van een regeling voor de dekking van ziekte/geneeskundige verzorging op het niveau van een bepaalde activiteitssector waartoe alle werkgevers en werknemers van die sector moeten toetreden (dus een sectorale regeling), een akkoord is dat bij artikel 81 van het EG-Verdrag verboden is. Ter staving van dat antwoord heeft het Hof enerzijds bevestigd dat akkoorden die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen de sociale gesprekspartners zijn gesloten om tegemoet te komen aan de doelstellingen inzake sociaal beleid, buiten de toepassingsfeer vallen van artikel 81 van het EG-Verdrag ondanks hun eventuele restrictieve gevolgen voor de mededinging (onmogelijkheid voor de werkgevers van de betrokken sector om individueel hun eigen regeling voor een aanvullende sociale dekking te organiseren). Het Hof was voorts van oordeel dat een collectieve overeenkomst, zoals die welke in het geding is in de hoofdzaak, bijdraagt tot de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers niet alleen omdat zij hun financiële middelen garandeert om het hoofd te bieden aan ziektekosten, maar ook omdat zij de uitgaven vermindert die bij ontstentenis van deze overeenkomst door de werknemers zouden moeten worden gedragen.

## **II. De verhoudingen tussen de nationale systemen voor de dekking van geneeskundige verzorging en de beginselen van het vrije verkeer**

De tweede invalshoek van de wisselwerking tussen het nationale recht en het gemeenschapsrecht op het vlak van de sociale zekerheid heeft betrekking op het vraagstuk van de tenlasteneming door een nationaal stelsel voor sociale zekerheid van een behandeling verleend aan een aangeslotene in het buitenland. Met andere woorden: put een aangeslotene bij een sociaal stelsel uit het gemeenschapsrecht het recht om in een andere lidstaat dan die waarin hij bij de sociale zekerheid is aangesloten (lidstaat van aansluiting, in het vakjargon ook bevoegde lidstaat genoemd), geneeskundige verzorging - ambulante of in een ziekenhuis - te genieten ten laste van het socialezekerheidsstelsel waaronder hij ressorteert?

De vraag is misschien eenvoudig maar het antwoord dat erop moet worden gegeven, is des te ingewikkelder want dat antwoord is gebaseerd op een zeer subtiel spel tussen de bepalingen van het afgeleide gemeenschapsrecht en een geheel van interpretaties die het Hof geeft aan de bepalingen van het primair gemeenschapsrecht; interpretaties die de Europese rechters sinds 1990 voortdurend moeten verfijnen vanuit een permanente bezorgdheid van arbitrage tussen de eisen van vrij verkeer (van meer bepaald de patiënten) die door het Verdrag worden opgelegd en de dwingende noodzaak van het behoud van het financiële evenwicht en de fundamentele sociale rol van de nationale socialezekerheidsstelsels in het hogere belang van de bescherming van de volksgezondheid in Europa.

Volgens het gemeenschapsrecht bestaan er in werkelijkheid twee systemen voor de tenlasteneming van de geneeskundige verzorging van een patiënt in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat: enerzijds, het systeem ingevoerd bij artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun

gezinsleden die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna “Verordening nr. 1408/71”), dat onder bepaalde voorwaarden de vergoeding garandeert van de medische kosten ten laste van de bevoegde Staat volgens de tarieven (barema’s) vastgesteld door de wetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan de behandeling is verleend (de lidstaat van ontvangst, eveneens de lidstaat van verblijf of behandeling genoemd), en anderzijds het systeem ingesteld door het Hof krachtens de beginselen van vrij verkeer van goederen en vrij verkeer van diensten zoals vastgelegd in het Verdrag.

A. De regeling gebaseerd op artikel 22 van Verordening nr. 1408/71

a) De vereiste van voorafgaande toestemming

Op basis van artikel 22 van Verordening 1408/71 beantwoordt de verlening van geneeskundige verstrekkingen in geval van (tijdelijk) verblijf in of verplaatsing naar een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat aan de volgende principes. De werknemer of zelfstandige (of een gezinslid) wiens toestand onmiddellijk verstrekkingen (al dan niet in het ziekenhuis) vereist tijdens een verblijf op het grondgebied van een andere lidstaat [hier wordt de hypothese beoogd van de behandeling die onmiddellijk medisch noodzakelijk blijkt tijdens een verblijf in het buitenland (bijvoorbeeld, dringende opname in het ziekenhuis tijdens een vakantie in het buitenland)] of die van het bevoegde orgaan (socialezekerheidsinstelling waarbij hij is aangesloten) de toestemming heeft ontvangen om zich naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven teneinde aldaar een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling (al dan niet in het ziekenhuis) te ondergaan, heeft recht op verstrekkingen welke voor rekening van het bevoegde orgaan door het orgaan van de woon- of verblijfplaats worden verleend volgens de door dit orgaan toegepaste wettelijke regeling, alsof deze werknemer of zelfstandige bij laatstbedoeld orgaan was aangesloten. Nadat de verstrekkingen overeenkomstig zijn nationale wetgeving zijn verricht, wendt het orgaan van de lidstaat van verblijf zich vervolgens tot het bevoegde orgaan voor de vergoeding van de met die verstrekkingen gepaard gaande kosten (vergoeding tussen [zieken]kassen op basis van artikel 36 van Verordening nr. 1408/71).

Met andere woorden: met uitzondering van het geval waarin de gezondheidstoestand van de sociaal verzekerde een urgentiebehandeling vereist tijdens een verblijf in een andere lidstaat, maakt Verordening nr. 1408/71 de tenlasteneming van de kosten van de in deze laatste staat verstrekte medische behandeling of producten door de instelling van de bevoegde lidstaat volgens de barema’s van de Staat waar de behandeling is verleend of de medische producten zijn gekocht, ondergeschikt aan een voorafgaande toestemming van het orgaan van die bevoegde staat. Het gevaar voor het bevoegde orgaan om tengevolge van de toepassing van een buitenlandse sociale wetgeving uiteindelijk onderworpen te worden aan hogere financiële lasten dan die welke het voor een gelijkaardige behandeling had moeten dragen in geval van een behandeling verleend op het nationale grondgebied, is een verklaring voor die eis van voorafgaande toestemming, ongeacht het feit of de desbetreffende behandeling al dan niet in een ziekenhuis is verleend. In het arrest Inizan van oktober 2003 was het Hof van oordeel dat een dergelijke eis verenigbaar is met het primaire gemeenschapsrecht,

meer bepaald met de vrije dienstverlening zoals vastgelegd in artikel 49 van het EG-Verdrag.

- b) Aflijning van de redenen voor de weigering van een toestemming – Het begrip termijn die normaal nodig is voor het verkrijgen van een behandeling in de bevoegde lidstaat.

Artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 lijnt de mogelijkheid voor het orgaan van de bevoegde lidstaat om die voorafgaande toestemming te weigeren strikt af. Die toestemming moet aldus worden gegeven wanneer twee cumulatieve voorwaarden zijn verenigd, met name enerzijds dat de behandeling die de patiënt wenst te ondergaan in een andere lidstaat, tot de prestaties behoort waarin de wettelijke regeling van de bevoegde lidstaat voorziet (eerste voorwaarde) en anderzijds dat die behandeling, gelet op de gezondheidstoestand van de betrokkene en het te verwachten ziekteverloop, aan laatstgenoemde verleend kan worden binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de bevoegde lidstaat (tweede voorwaarde). Onder voorbehoud dat die twee voorwaarden worden nageleefd, voert artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 bijgevolg een positieve verplichting in voor alle socialezekerheidsinstellingen van de lidstaten om, op hun kosten, hun leden een medische behandeling in een andere lidstaat toe te staan.

Het al eerder aangehaalde arrest Inizan heeft het Hof de gelegenheid geboden om die tweede voorwaarde te verduidelijken. Het Hof heeft immers geoordeeld dat een dergelijke voorwaarde niet is vervuld (en dat de gevraagde toestemming dientengevolge mag worden geweigerd door het bevoegde orgaan), telkens wanneer blijkt dat een identieke behandeling of een voor de patiënt even doeltreffende behandeling tijdig in de bevoegde lidstaat kan worden verleend. Ter beoordeling van dat element – zo heeft het Hof eraan toegevoegd – is het bevoegde orgaan verplicht “rekening te houden met alle omstandigheden van het concrete geval, door niet alleen de gezondheidstoestand van de patiënt op het moment waarop de toestemming wordt gevraagd, en eventueel de mate van pijn of de aard van de handicap van de patiënt, waardoor het bijvoorbeeld onmogelijk of bijzonder moeilijk is beroepswerkzaamheden te verrichten, maar ook diens antecedenten naar behoren in aanmerking te nemen”. Met andere woorden, telkens een behandeling waarvoor een voorafgaande toestemming is gevraagd, kan worden verleend aan de patiënt binnen een aanvaardbare (draaglijke) termijn rekening houdende met zijn gezondheidstoestand, zijn mate van pijn of de aard van de handicap, heeft het orgaan waarbij de betrokkene is aangesloten een grond voor de weigering van het recht om zich in het buitenland te laten verzorgen op zijn kosten.

In de zaak Watts die thans hangende is, zal het Hof meerbepaald moeten antwoorden op de vraag of en in welke mate het toegestaan is rekening te houden met het bestaan van wachtlijsten om, in de context van artikel 22 van Verordening nr. 1408/71, het opportune karakter te beoordelen van de termijn die aan de patiënt werd opgelegd voor een passende behandeling in een verzorgingsinstelling op het nationale grondgebied. De zaak ligt zeer gevoelig, want hij heeft als achtergrond het Britse nationale gezondheidssysteem (the National Health Service – NHS) waar het aanbod van ziekenhuisbehandelingen uitsluitend met fiscale inkomsten wordt gefinancierd en waar de vereisten voor planning van de ziekenhuiscapaciteit vertaald worden in wachttermijnen, afhankelijk van de medische prioriteiten en de omvang van de

beschikbare financiële middelen. Die wachtttermijnen kunnen in de als niet-urgent beschouwde gevallen (routinegevallen) lang, en zelfs zeer lang zijn, en van die aard zijn dat de leden ertoe worden aangespoord zich in een andere lidstaat te laten verzorgen en vervolgens de vergoeding van de behandeling te vragen aan het bevoegde orgaan terwijl het nationale gezondheidssysteem de kosteloosheid van de behandeling op het nationale grondgebied garandeert en geen vergoedingstarieven vaststelt.

c) De draagwijdte van de door het bevoegde orgaan verstrekte toestemming

In de recente zaak Keller (arrest van april 2005) heeft het Hof de gelegenheid gekregen om in een wat bijzondere context, aangezien er een derde Staat (Zwitserland) bij betrokken was, de draagwijdte te verduidelijken van de door het bevoegde orgaan aan één van haar leden krachtens artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 verstrekte toestemming. In deze zaak was de betrokkene, aangesloten bij een Spaanse verzekeringsinstelling, door deze laatste gemachtigd om, ten hare laste, in Duitsland ziekenhuisverzorging te krijgen voor de behandeling van een ernstige kanker. De Duitse artsen waren, na grondige medische onderzoeken, tot de conclusie gekomen dat de passende behandeling voor deze pathologie slechts kon worden verstrekt in een privé-kliniek in Zwitserland, gespecialiseerd in dit type behandeling, en hadden dus beslist om de betrokkene dringend naar deze kliniek over te brengen zonder een aanvraag tot toestemming of voorafgaande mededeling naar de bevoegde Spaanse instelling te sturen. Vervolgens had de betrokkene die laatste instelling gevraagd de in Zwitserland gedane ziekenhuiskosten ten laste te nemen maar deze weigerde omdat er geen uitdrukkelijke voorafgaande toestemming was.

Op basis enerzijds van de door artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 ingevoerde regel inzake de verdeling van de verantwoordelijkheden en anderzijds van het beginsel van de wederzijdse erkenning van de medische diploma's, heeft het Hof geoordeeld dat het bevoegde orgaan (de Spaanse verzekeringsinstelling) dat krachtens artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 aan één van haar sociaal verzekerden de toestemming heeft gegeven om in een andere lidstaat (Duitsland) medische verzorging te krijgen, zich, gedurende de periode gedekt door de toestemming, moet houden aan de vaststellingen van de door het orgaan van de lidstaat van verblijf erkende geneesheren (Duitse sociale zekerheid) betreffende de noodzaak van dringende vitale verzorging, evenals aan de beslissing van deze geneesheren om de betrokkene over te brengen naar een ziekenhuis dat zich in een andere Staat bevindt, deze laatste zijnde een derde Staat (Zwitserland). Het Hof verklaarde dat in zulke omstandigheden het bevoegde orgaan noch het recht heeft om de terugkeer van de betrokkene naar de bevoegde lidstaat te eisen teneinde die persoon aan een geneeskundige controle te onderwerpen, noch het recht heeft die persoon te laten onderzoeken in de lidstaat van verblijf, noch de hierboven vermelde vaststellingen en medische beslissingen aan zijn goedkeuring te onderwerpen. Wat betreft de modaliteiten van tenlasteneming van de in zulke omstandigheden verkregen medische verzorging, in een derde Staat, voegde het Hof eraan toe dat, overeenkomstig het door de artikelen 22 en 36 van Verordening nr. 1408/71 ingevoerde systeem, deze verzorging in principe ten laste moet worden genomen door het orgaan van de lidstaat van verblijf, overeenkomstig de door deze laatste toegepaste wetgeving (de Duitse wetgeving), onder dezelfde voorwaarden als die waarvan de sociaal verzekerden die

onder deze wetgeving vallen, genieten (de Duitse verzekerden). Wat betreft de verzorging die deel uitmaakt van de door de wetgeving van de bevoegde lidstaat voorziene verstrekkingen (de Spaanse wetgeving), moet het orgaan van deze laatste Staat (de Spaanse sociale zekerheid) vervolgens de kosten van de verleende verstrekkingen dragen, door het orgaan van de lidstaat van verblijf te vergoeden volgens de voorwaarden voorzien in artikel 36 van Verordening nr. 1408/71.

d) De bijkomende kosten

Nog steeds in verband met artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 moet nog worden meegedeeld dat in de zaak *Acereda Herrera*, momenteel hangende, het Hof wordt verzocht zich uit te spreken over de vraag of de aangeslotene die door de bevoegde instelling gemachtigd is zich naar een andere lidstaat te begeven om er ziekenhuisverzorging te krijgen ten laste van deze instelling, uit deze communautaire bepaling een recht tot tenlasteneming van de kosten bovenop de eigenlijke behandelingskosten put, zoals de reis-, hotel- en restaurantkosten die hijzelf en een persoon die hem begeleidt hebben gedaan om naar het ziekenhuis te komen waar men de verzorging heeft verleend.

B. De uit de rechtspraak voortvloeiende regeling gebaseerd op de fundamentele vrijheden van verkeer

De regeling van het afgeleid gemeenschapsrecht die voortvloeit uit artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 die, zoals reeds gezegd, een positieve verplichting inhoudt voor het orgaan van de bevoegde lidstaat om, onder de voorwaarden die zij bepaalt, de medische verzorging die een aangeslotene heeft gekregen buiten deze lidstaat ten laste te nemen, is geleidelijk aan aangevuld met een regeling van jurisprudentiële aard die is opgebouwd op basis van de artikelen 28 en 30 EG (vrij verkeer van goederen) en van de artikelen 49 et 50 EG (vrij verrichten van diensten). Deze regeling van praetoriaanse origine, waarvan het Hof in de reeds aangehaalde zaak *Watts* duidelijk moet stellen of die eveneens kan worden toegepast in de context van een nationaal gezondheidssysteem zoals het Britse NHS, houdt voor de lidstaten, in hoofdzaak een «negatieve» verplichting in om de belemmeringen van de fundamentele vrijheden weg te werken die voortvloeien uit maatregelen zoals de vereiste van de voorafgaande toestemming met het oog op het verkrijgen van medische zorg in het buitenland ten laste van het nationaal systeem en volgens de tarieven van de bevoegde lidstaat, tenzij de betrokken maatregel gerechtvaardigd blijkt om redenen van openbare orde – waaronder de bescherming van de volksgezondheid ressorteert – of om dwingende redenen van algemeen belang.

De gegronde vrees die de lidstaten ten aanzien van een overdreven liberalisering van de medische diensten hebben geuit heeft het Hof er in werkelijkheid toe gebracht voorzichtig te zijn in het onderzoek naar de conformiteit van de nationale maatregelen inzake de voorafgaande toestemming met de in het verdrag beoogde vrijheden. Deze voorzichtige aanpak berust op een belangrijk onderscheid tussen de medische verzorging die buiten een ziekenhuis wordt verleend (niet in het ziekenhuis verleende verzorging) en de medische verzorging die in een ziekenhuis wordt verleend (ziekenhuiszorg).

a) De niet in het ziekenhuis verleende verzorging

De vraag inzake de geldigheid van een maatregel van voorafgaande toestemming met het oog op het verkrijgen van niet in een ziekenhuis verleende verzorging buiten de bevoegde lidstaat, rees een eerste keer in de bekende arresten van Kohll en Decker die aanleiding hebben gegeven tot twee arresten van het Hof in april 1998.

Het Luxemburgse ziekenfonds van de heer Decker, een Luxemburgse onderdaan, weigerde om hem de kosten te vergoeden van een bril met correctieglazen die hij in België had gekocht. Deze weigering was gemotiveerd door het feit dat voor deze aankoop in het buitenland geen voorafgaande toestemming was aangevraagd, ondanks het feit dat deze voorwaarde door de nationale reglementering werd gesteld. De heer Kohll, eveneens van Luxemburgse nationaliteit, had bij zijn ziekenfonds een aanvraag tot voorafgaande toestemming ingediend voor tandverzorging voor zijn dochter in Duitsland. Deze toelating werd hem geweigerd met als motivering dat de desbetreffende behandeling niet dringend was en overigens in Luxemburg beschikbaar en adequaat was.

Aangezien, in hoofdzaak, artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 niet van toepassing was op dit geval aangezien artikel 22 enkel de hypothese van een vergoeding van de medische kosten beoogt volgens de tarieven van de lidstaat van verblijf, en niet volgens de tarieven van de lidstaat van aansluiting (bevoegde lidstaat) heeft het Hof, bij wie de zaak prejudicieel aanhangig was gemaakt, zich gebogen over de conformiteit van de betreffende Luxemburgse reglementering met het vrij verkeer van goederen (zaak Decker) en het vrij verrichten van diensten (zaak Kohll).

Het Hof oordeelde dat een systeem van voorafgaande toestemming, met het oog op de tenlasteneming door de bevoegde lidstaat, volgens zijn eigen tarieven, van door een sociaal verzekerde in een andere lidstaat opgelopen medische kosten, een belemmering is van de bovenbedoelde vrijheden aangezien dit systeem de aankoop van medische producten en het zich beroepen op medische dienstverleners in een andere lidstaat ontraadt.

Aangaande het argument van de Luxemburgse overheid dat verwees naar de bescherming van de volksgezondheid, was het Hof van oordeel dat, rekening houdende met de communautaire richtlijnen inzake wederzijdse erkenning en coördinatie die van toepassing zijn op de in deze zaken betrokken zorgverleners, kan worden aangenomen dat de in een andere lidstaat gevestigde zorgverleners dezelfde garanties bieden als de plaatselijke zorgverleners. Aangaande het argument betreffende de noodzaak om een evenwichtige en voor iedereen toegankelijke geneeskundige en ziekenhuisdienst te verzekeren, erkende het Hof dat een dergelijke doelstelling desgevallend in overweging kan worden genomen, maar voegde eraan toe dat hier niet is aangetoond dat de omstreden reglementering noodzakelijk was voor het behoud van een zorgcapaciteit of een medische competentie die van essentieel belang is op het nationaal grondgebied. Tenslotte verwierp het Hof het argument dat verwees naar een risico op ernstige aantasting van het financieel evenwicht van het nationaal sociaalzekerheidsstelsel en onderstreepte het in hoofdzaak dat, ook al kan het bestaan van zo'n risico inderdaad een dwingende reden van algemeen belang zijn, het feit dat de medische producten of de geneeskundige verzorging in een andere

lidstaat dan de bevoegde lidstaat werden verkregen, in principe geen financiële weerslag heeft voor de sociale zekerheid van deze laatste lidstaat wanneer de vergoeding van de overeenkomstige kosten gebeurt op basis van zijn eigen wetgeving en van zijn eigen tarieven.

Het Hof heeft beslist dat het omstreden systeem van voorafgaande toestemming onverenigbaar is met de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en diensten.

Deze rechtspraak is onlangs bevestigd in het arrest Müller-Fauré en van Riet, van mei 2003.

Mevrouw Müller-Fauré, een Nederlandse onderdaan, had tijdens een vakantie in Duitsland een tandheelkundige behandeling ondergaan (plaatsing van zes kronen en een prothese). De behandeling vond plaats buiten het ziekenhuis en, na terugkeer van vakantie, wou haar Nederlands ziekenfonds de aan deze behandeling verbonden kosten niet vergoeden met als motief dat, krachtens het toepasselijk Nederlands stelsel, de verzekerden in Nederland slechts aanspraak hebben op een tussenkomst in natura, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die hier niet aan de orde zijn.

Het Hof was van oordeel dat het soort verstrekkingen dat de betrokkene heeft gekregen niet de belangrijkste uitgavenpost vertegenwoordigen voor de ziekteverzekering van de lidstaten. In ieder geval, onderstreepte het Hof, blijkt niet dat « het schrappen van de voorwaarde van voorafgaande toestemming voor dit type behandelingen zou leiden tot een dermate grote toename van het grensverkeer van patiënten dat daardoor ondanks taalbarrières, geografische afstand, kosten voor verblijf in het buitenland en gebrek aan informatie over de aard van de aldaar geboden zorg, het financiële evenwicht van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel ernstig zou worden aangetast en dus het algehele niveau van de bescherming van de volksgezondheid zou worden bedreigd». «Voorts», voegde het Hof eraan toe, «wordt deze zorg over het algemeen verstrekt dicht bij de woonplaats van de patiënt, in een culturele omgeving die hem bekend is en waarbinnen hij met de behandelende arts een vertrouwensrelatie kan opbouwen. Afgezien van spoedgevallen komt grensverkeer van patiënten vooral voor in de grensregio's of voor specifieke klachten. Bovendien zijn de Nederlandse ziekenfondsen juist voor die regio's en voor zulke klachten geneigd een stelsel van overeenkomsten met buitenlandse artsen op te zetten». Het Hof concludeerde dat deze omstandigheden stuk voor stuk tot gevolg hebben dat het eventuele financiële effect op het Nederlandse socialezekerheidsstelsel van het schrappen van de voorwaarde van voorafgaande toestemming voor behandeling in de praktijk van een buitenlandse arts, beperkt is. Het Hof hield er ook aan in herinnering te brengen dat alleen de lidstaten bevoegd zijn voor het bepalen van de omvang van de ziektekostendekking van hun verzekerden, die, wanneer zij zonder voorafgaande toestemming voor behandeling naar het buitenland gaan, slechts aanspraak kunnen maken op vergoeding van de behandeling binnen de grenzen van de dekking die door het stelsel van ziektekostenverzekering in de lidstaat van aansluiting is gegarandeerd.

De Nederlandse overheid had in deze zaak duidelijk de nadruk gelegd op de kenmerken van hun stelsel van ziektekostenverzekering, en benadrukte dat het schrappen van de voorwaarde van voorafgaande toestemming enerzijds het voortbestaan van een overeenkomstenstelsel waarop het stelsel van verstrekkingen in natura berust zou bedreigen, en haar anderzijds zou verplichten in de organisatie van

de toegang tot de gezondheidszorg een vergoedingssysteem in te bouwen voor de verzekerden die, in plaats van gratis verstrekkingen in Nederland te ontvangen, de nodige sommen voor de betaling van de in het buitenland verstrekte behandelingen zouden moeten voorschieten.

Het Hof heeft deze argumentering afgewezen om drie redenen. In de eerste plaats heeft het Hof eraan herinnerd dat de lidstaten die een naturastelsel of een nationale gezondheidsdienst in het leven hebben geroepen, in het kader van de toepassing van verordening nr. 1408/71 reeds in een regeling moeten voorzien voor de vergoeding a posteriori van de kosten van in een andere lidstaat verstrekte medische zorgen. In de tweede plaats heeft het Hof erop gewezen dat de verzekerden die zonder voorafgaande toestemming voor een behandeling naar een andere lidstaat gaan dan de lidstaat van aansluiting slechts aanspraak kunnen maken op de vergoeding van die behandeling binnen de grenzen van de dekking voorzien in het stelsel van de lidstaat van aansluiting. In de derde plaats heeft het Hof duidelijk gesteld dat niets eraan in de weg staat dat de bevoegde lidstaat waar een naturastelsel geldt, de hoogte van de vergoeding bepaalt waarop patiënten die een behandeling in een andere lidstaat hebben ondergaan, recht hebben, mits deze bedragen op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria berusten.

Ter conclusie, het feit dat de wetgeving van de lidstaat van aansluiting een naturastelsel in het leven heeft geroepen, laat niet toe de rechtspraak van Kohll en Decker opzij te schuiven volgens dewelke het afhankelijk stellen van de tenlasteneming van medische zorg verleend buiten een ziekenhuis in een andere lidstaat van een voorafgaande toestemming, volgens de tarieven van de lidstaat van aansluiting, een niet gerechtvaardigde belemmering is van het vrij verrichten van diensten.

#### b) De ziekenhuisbehandelingen

De “ontegenzeglijke bijzonderheden” die de geneeskundige verstrekkingen in een ziekenhuis kenmerken, hebben het Hof, daarentegen, in het arrest Smits en Peerbooms van juli 2001 ertoe gebracht om een heel wat minder strenge beoordeling uit te spreken over de maatregelen betreffende de tenlasteneming, door de organen van de bevoegde lidstaat, van dit type verstrekkingen in een andere lidstaat.

Mevrouw Smits, een Nederlandse onderdaan die aan de ziekte van Parkinson lijdt, was op de weigering gestoten van haar Nederlands ziekenfonds om de kosten ten laste te nemen die voortvloeiden uit de bijzondere behandeling (een “klinische, categoriale en multidisciplinaire” behandeling) die zij in een Duits ziekenhuis had gekregen. De weigering van het fonds berustte, in de eerste plaats op het feit dat de behandeling die Mevrouw Smits in Duitsland had gekregen, niet kon worden beschouwd als een “gebruikelijke behandeling in de kring van de betrokken beroepsgenoten” in de zin van de Nederlandse wetgeving en, in de tweede plaats op de overweging dat er in Nederland een goede en aangepaste behandeling in een gecontracteerde instelling bestond, waardoor de behandeling in Duitsland niet “nodig” was in de zin van voornoemde wetgeving. De heer Peerbooms, eveneens een Nederlandse onderdaan, die zich in een coma bevond na een verkeersongeval in Nederland, werd nadat hij in Nederland in het ziekenhuis was opgenomen, in een vegetatieve toestand naar een Oostenrijks universitair ziekenhuis overgebracht waar hij een speciale intensieve

neurostimulerende behandeling kreeg. De vraag tot tenlasteneming van de behandelingskosten in het Oostenrijks ziekenhuis werd geweigerd door het ziekenfonds waarbij de heer Peerbooms was aangesloten, om dezelfde redenen als die welke het ziekenfonds van Mevrouw Smits tegen haar had gebruikt.

Het Hof was van oordeel dat aangezien het om een ziekenhuisbehandeling ging, een maatregel van voorafgaande toestemming zoals bepaald in de Nederlandse wetgeving, hoewel die een belemmering van de vrije verlening van gezondheidsdiensten is, verantwoord was om dwingende redenen van algemeen belang. Het heeft immers benadrukt dat “het kader waarbinnen medische diensten in een ziekenhuis worden verleend, in vergelijking met medische diensten die artsen op hun praktijk of bij de patiënt thuis verlenen”, in een planningsbeleid passen dat betrekking heeft op “het aantal infrastructuren 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”. Het heeft hieraan toegevoegd dat, zoals met name blijkt uit het Nederlandse overeenkomstenstelsel, een dergelijke planning enerzijds tot doel heeft om op het grondgebied van de betreffende lidstaat een voldoende en permanente toegang te verschaffen tot een evenwichtig gamma van kwaliteitsvolle ziekenhuisverzorging, en anderzijds deel uitmaakt van het streven om de uitgaven te beheersen en, in de mate van het mogelijke, elke verspilling van financiële, technische en menselijke middelen te vermijden.

Aangaande het systeem dat door de betwiste Nederlandse wetgeving is ingevoerd, bevestigde het nog dat het duidelijk is dat, indien verzekerden vrij en in alle omstandigheden een beroep konden doen op ziekenhuizen waarmee hun ziekenfonds geen enkele overeenkomst heeft gesloten, alle inspanningen tot planning in het overeenkomstenstelsel met het oog op het garanderen van een aanbod van ziekenhuiszorgen dat rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk is, in gevaar zouden worden gebracht.

Het Hof heeft evenwel nagegaan of de voorwaarden die de Nederlandse wetgeving voor de toekenning van de voorafgaande toestemming heeft bepaald, verantwoord waren tegenover en in verhouding stonden met de nagestreefde doelstellingen.

In verband met de voorwaarde die te maken heeft met het gebruikelijke karakter van de beoogde behandeling, heeft het Hof geoordeeld dat deze voorwaarde, om aanvaardbaar te zijn, niet alleen kan steunen op het in beschouwing nemen van “de behandelingen die op nationaal grondgebied gewoonlijk worden toegepast en het wetenschappelijk inzicht van de nationale medische kringen”, op gevaar af de Nederlandse zorgverleners in feite te bevoordelen. Het Hof heeft er daarentegen aan toegevoegd dat indien deze voorwaarde zo wordt verstaan dat “wanneer een behandeling door de internationale medische wetenschap voldoende is beproefd en deugdelijk is bevonden, de krachtens de ZFW gevraagde toestemming niet uit dien hoofde kan worden geweigerd, dan moet een dergelijke voorwaarde, die objectief is en zonder onderscheid voor binnenlandse en buitenlandse behandelingen geldt, worden geacht te kunnen worden gerechtvaardigd door de noodzaak om op nationaal grondgebied een toereikend, evenwichtig en permanent aanbod van ziekenhuisbehandeling in stand te houden en het financiële evenwicht van het stelsel van ziektekostenverzekering te waarborgen”.

Aangaande de voorwaarde met betrekking tot het noodzakelijke karakter van de behandeling, heeft het geoordeeld dat een dergelijke voorwaarde verantwoord kan zijn ten opzichte van het vrij verrichten van diensten voor zover, uit hoofde van deze voorwaarde, de toestemming enkel zou kunnen 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”. Verder heeft het nog benadrukt dat voor een dergelijke beoordeling, de nationale overheden alle omstandigheden die elk concreet geval kenmerken, in acht moeten nemen door niet enkel terdege rekening te houden met de medische toestand van de patiënt op het ogenblik waarop de toestemming wordt aangevraagd, maar tevens met zijn antecedenten.

Deze rechtspraak is door het Hof bevestigd in zijn voornoemd arrest Müller-Fauré en van Riet.

Mevrouw Van Riet, die ook een Nederlandse onderdaan is, had zich zonder voorafgaande toestemming van haar Nederlands ziekenfonds, naar een Belgisch ziekenhuis begeven om er een artroscopie te laten uitvoeren nadat ze pijn aan de pols had gekregen. Het ziekenfonds had geweigerd om de kosten voor de verstrekkingen die aan Mevrouw Van Riet waren verleend op zich te nemen, omdat er geen voorafgaande toestemming was gegeven alsook omdat betrokkene binnen een redelijke termijn een gelijkaardige behandeling had kunnen krijgen in een Nederlands ziekenhuis.

Om redenen die gelijkaardig zijn aan die welke zijn uiteengezet in het arrest *Smits en Peerbooms*, en in hoofdzaak afgeleid zijn van de vereisten tot planning in het ziekenhuisgebeuren, heeft het Hof geoordeeld dat de vereiste van een voorafgaande toestemming voor de financiële tenlasteneming door het nationaal socialezekerheidssysteem van ziekenhuisbehandelingen die in een andere lidstaat worden verleend dan waar de patiënt is ingeschreven, een maatregel is die zowel noodzakelijk als redelijk is.

Aangaande de voorwaarde betreffende het noodzakelijke karakter van de behandeling in het buitenland, heeft het de criteria verfijnd die in het arrest *Smits en Peerbooms* zijn uiteengezet; criteria die aan de grondslag moeten liggen van de beoordeling van deze voorwaarde, waarbij wordt benadrukt dat de nationale overheden de medische toestand van de patiënt op het ogenblik van de aanvraag tot toestemming alsmede zijn antecedenten in aanmerking moeten nemen, maar ook “de mate van pijn of de aard van de handicap van de patiënt, waardoor het bijvoorbeeld onmogelijk of bijzonder moeilijk is beroepswerkzaamheden te verrichten”. Die beoordelingscriteria zullen enkele maanden later door het reeds geciteerde arrest Inizan in de context van artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 worden getransponeerd.

Het Hof heeft in het arrest Müller-Fauré en van Riet verder willen benadrukken dat een weigering van een voorafgaande toestemming die niet zozeer gemotiveerd zou zijn door de vrees voor verspilling of verlies wegens overcapaciteit van ziekenhuizen, maar die uitsluitend gebaseerd is op het bestaan van wachtlijsten op het nationaal grondgebied om een ziekenhuisbehandeling te genieten, zonder dat de concrete omstandigheden betreffende de medische toestand van de patiënt in aanmerking worden genomen, geen geldig verantwoorde belemmering van het vrij verrichten van

diensten kan zijn. Het blijkt immers niet, zo onderstreept het Hof, dat “een dergelijke wachttijd, los van zuiver economische overwegingen die op zich geen belemmering van het grondbeginsel van het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen, noodzakelijk is om de bescherming van de volksgezondheid te garanderen”. “Integendeel”, zo heeft het Hof bevestigd, “een te lange of abnormale wachttijd zou de toegang tot een evenwichtig aanbod van intramurale kwaliteitszorg juist beperken”.

In de reeds aangehaalde zaak Watts wordt het Hof verzocht om in een context met als achtergrond het Brits nationaal gezondheidssysteem, zijn analyse te verfijnen betreffende de weerslag van de wachtlijsten op de beoordeling van de gepastheid van de termijn voor een passende behandeling in een ziekenhuis op het nationaal grondgebied.

C. De samenhang tussen de regeling die gebaseerd is op artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 en de uit de rechtspraak voortvloeiende regeling die gebaseerd is op de fundamentele vrijheden

Zoals men heeft kunnen vaststellen, stelt het systeem ingevoerd bij artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 de aangeslotene in staat om, volgens de voorwaarden die dit artikel bepaalt, de tenlasteneming te bekomen door het bevoegde orgaan van de in een andere lidstaat verstrekte zorgen overeenkomstig de tarieven van de wetgeving van de lidstaat waar men verblijft, terwijl het Hof, op grond van artikel 49 van het EG-Verdrag, aan de aangeslotene het recht verleent om geen niet gerechtvaardigde belemmeringen te ondervinden bij het bekomen van geneeskundige zorgen buiten de bevoegde lidstaat volgens de door de wetgeving van laatstgenoemde lidstaat vastgestelde tarieven.

Het arrest Vanbraekel van juli 2001 was voor het Hof een gelegenheid om interessante verduidelijkingen te geven over de samenhang tussen die twee systemen van tenlasteneming van medische zorgen verleend buiten de bevoegde lidstaat.

In deze zaak over een Belgische onderdaan die in Frankrijk een chirurgische ingreep had ondergaan ondanks het feit dat haar ziekenfonds haar een weigering van de toestemming had betekend, heeft het Hof, na vastgesteld te hebben dat krachtens een deskundigenverslag een dergelijke weigering in werkelijkheid niet gegrond was, aangezien de behandeling van de pathologie van de betrokkene in betere omstandigheden in het buitenland kon gebeuren, de knoop doorgehakt over de vraag of de terugbetaling door het orgaan van de bevoegde lidstaat aan de aangeslotene van de medische zorgen verstrekt in een andere lidstaat dient te gebeuren volgens de regels van tenlasteneming die van kracht zijn in de bevoegde lidstaat of overeenkomstig de regels van de wetgeving van de lidstaat van verblijf. De inzet was niet min in deze zaak want volgens de Franse tarieven bedroeg de terugbetaling van de medische kosten van de betrokkene minder dan 40.000 FRF, terwijl deze terugbetaling bij toepassing van de Belgische tarieven tot bijna 50.000 FRF zou oplopen.

In de lijn van de arresten Kohll en Decker was het Hof vooreerst van mening dat, aangezien hier niet de vraag van een eventuele terugbetaling volgens de in de lidstaat

van aansluiting van kracht zijnde tarieven aan de orde is, artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 niet in die zin kan gelezen worden dat het de betaling van een aanvullende tegemoetkoming, die overeenstemt met het verschil tussen de tegemoetkoming bepaald door de wetgeving van laatstgenoemde lidstaat en deze toegepast door de lidstaat van verblijf, zou verhinderen of voorschrijven. Het Hof heeft met andere woorden geacht dat men zich niet op artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 moet concentreren om het geschil op te lossen maar op de bepalingen van het vrij verrichten van diensten.

In dit opzicht was het van oordeel dat het feit dat een sociaal verzekerde een minder voordelige dekking geniet wanneer hij een behandeling krijgt in een andere lidstaat dan wanneer hij dezelfde behandeling in de lidstaat van aansluiting zou krijgen, een beperking is van het vrij verrichten van diensten omdat het deze verzekerde kan ontraden om zich te wenden tot zorgverleners in andere lidstaten.

In antwoord op de argumenten die verwijzen naar een dreigend financieel onevenwicht van de sociale zekerheid enerzijds, en de noodzaak om voor iedereen een evenwichtige en toegankelijke medische en ziekenhuisdienstverlening te behouden alsmede een verzorgingscapaciteit en een medische competentie op het nationaal grondgebied anderzijds, heeft het benadrukt dat hoewel dergelijke beschouwingen redenen tot afwijking van het principe van het vrij verrichten van diensten kunnen betekenen, ze hier de betwiste reglementering niet kunnen rechtvaardigen. Het Hof zette immers uiteen dat zodra blijkt dat de betrokkene wel degelijk recht had op de toestemming voorzien in de nationale wetgeving waaronder hij viel en in artikel 22 van Verordening nr. 1408/71, men niet kan beweren dat de betaling van een aanvullende tegemoetkoming door de lidstaat van aansluiting een bedreiging zou vormen voor het behoud in die lidstaat van een voor iedereen toegankelijke en evenwichtige medische en ziekenhuisdienstverlening, en van een verzorgingscapaciteit of een medische competentie op het nationaal grondgebied. Bovendien voegde het Hof er nog aan toe dat voor zover een dergelijke aanvullende vergoeding, die afhankelijk is van de tegemoetkomingsregeling van de lidstaat van aansluiting, geen enkele bijkomende financiële last impliceert voor het ziekteverzekeringssysteem van voornoemde lidstaat in vergelijking met de terugbetaling die had moeten gebeuren in het geval van een ziekenhuisopname in deze laatste, er geen sprake kan zijn van een dreigend financieel onevenwicht van de sociale zekerheid van die lidstaat.

#### D. Conclusie

Na dit snelle overzicht van de communautaire reglementering en rechtspraak betreffende de toegang van patiënten tot gezondheidszorg in het buitenland, kan men besluiten dat er een coherent en evenwichtig systeem bestaat dat van die aard is dat het tegemoet komt aan de terechte bekommernissen van de lidstaten dat de verplichtingen, die voortvloeien uit de communautaire vrijheden, halt houden aan de poorten die de doelstellingen van algemeen belang beschermen die de basis vormen van de structurele en financiële organisatie van hun socialezekerheidssystemen.

Derhalve blijken maatregelen van voorafgaande toestemming, die op objectieve criteria steunen, volledig gerechtvaardigd op het vlak van de

ziekenhuisbehandelingen, om heel begrijpelijke redenen van planning die meer in het bijzonder gekoppeld zijn aan de behoefte om een evenwichtige en voor iedereen toegankelijke medische dienstverlening in de ziekenhuizen te garanderen en aan de bekommernis om de gezondheidsuitgaven te controleren. Dergelijke maatregelen zijn ook gerechtvaardigd voor de behandelingen die niet in ziekenhuizen worden georganiseerd wanneer de aangeslotene de tenlasteneming van de behandelingen wil bekomen volgens de tarieven van de lidstaat van verblijf en dit vanwege het duidelijke risico op een financiële overbelasting voor de organen van de bevoegde lidstaat.

De eis van een voorafgaande toestemming kan daarentegen niet geldig worden aangevoerd tegen de aangeslotene voor het verkrijgen, volgens de terugbetalingstarieven van de bevoegde lidstaat, van medische zorgen buiten een ziekenhuis en buiten voornoemde lidstaat, rekening houdende met de afwezigheid, in een dergelijke veronderstelling, van een risico op aantasting van de planningsinspanningen van deze lidstaat of van het financieel evenwicht van zijn socialezekerheidssysteem. Het gezond verstand zegt tevens dat geen enkele maatregel van voorafgaande toestemming kan worden opgelegd aan een aangeslotene wiens gezondheidstoestand een dringende behandeling behoeft, in een ziekenhuis of daarbuiten, wanneer hij buiten de bevoegde lidstaat verblijft.

## Inhoud

### Inleiding

- I. **De verhoudingen tussen de nationale gezondheids- en socialezekerheidsstelsels enerzijds, en de Europese mededingingsregels anderzijds**
  - A. Onderscheid tussen economische activiteiten en zuiver sociale activiteiten
    - a) Het arrest Poucet/Pistre van februari 1993
    - b) De latere toepassingen van het arrest Poucet/Pistre op de sociale dekkingen voor geneeskundige zorgen
  - B. De socialezekerheidsinstellingen als kopers van medisch materiaal en medische hulpmiddelen
  - C. De uitzondering die verband houdt met het bestaan van een taak van algemeen economisch belang
  - D. De vrijstelling van de sociale akkoorden van de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag
- II. **De verhoudingen tussen de nationale systemen voor de dekking van geneeskundige verzorging en de beginselen van het vrije verkeer**
  - A. De regeling gebaseerd op artikel 22 van Verordening nr. 1408/71
    - a) De vereiste van voorafgaande toestemming
    - b) Aflijning van de redenen voor de weigering van een toestemming – Het begrip termijn die normaal nodig is voor het verkrijgen van een behandeling in de bevoegde lidstaat.
    - c) De draagwijdte van de door het bevoegde orgaan verstrekte toestemming
    - d) De bijkomende kosten
  - B. De uit de rechtspraak voortvloeiende regeling gebaseerd op de fundamentele vrijheden van verkeer
    - a) De niet in het ziekenhuis verleende verzorging
    - b) De ziekenhuisbehandelingen
  - C. De samenhang tussen de regeling die gebaseerd is op artikel 22 van Verordening nr. 1408/71 en de uit de rechtspraak voortvloeiende regeling die gebaseerd is op de fundamentele vrijheden
  - D. Conclusie