

Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking

K.E. Arnon, MSc en mr. dr. J.J.M. Sluijs

In het arrest BUPA verduidelijkt het Gerecht het onderscheid tussen het geven van staatssteun en het verlenen van compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang. Het Gerecht geeft ook inzicht in de toepassing van het concept diensten van algemeen economisch belang. Voor veel Nederlandse politici zal het een geruststelling zijn dat opnieuw is bevestigd dat lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben ten aanzien van de invulling van dit concept.

GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, BUPA tegen Commissie, n.n.g. Geen hoger beroep ingesteld.

Inleiding

Het concept diensten van algemeen economisch belang speelt een belangrijke rol in sectoren die worden geliberaliseerd, zoals de gezondheidszorg. Overheden kunnen dergelijke 'publieke' diensten goeddeels onttrekken aan de tucht van de markt. Het moet dan wel duidelijk zijn wat het publieke belang is en hoe de overheid aan de uitvoering van dergelijke diensten vorm heeft gegeven.

Het arrest *BUPA* geeft aan de hand van de zogenoemde Altmark-criteria een goed beeld van hoe een lidstaat invulling kan geven aan gereguleerde marktwerking, dat wil zeggen marktwerking binnen door de overheid gestelde voorwaarden en beperkingen. In jargon wordt ook gesproken over het borgen van publieke belangen.

Aangezien de overwegingen ten aanzien van het eerste Altmark-criterium naar onze mening het meest interessant zijn voor overheden die gereguleerde marktwerking voorstaan, wordt in het commentaar alleen dit deel van het arrest besproken. Verder staan wij stil bij het Nederlandse risicovereveningssysteem (de *Azivo*-zaak) en gaan wij in op enkele actuele ontwikkelingen die de ziekenhuissector raken, waarbij tevens een zijspiong wordt gemaakt naar het vrije verkeersrecht. Want ook voor dit rechtsgebied geldt dat aan 'publieke borging' Europeesrechtelijke grenzen worden gesteld.

In de onderstaande samenvatting wordt, omwille van de omvang en relevantie ten opzichte van het commentaar, slechts ingegaan op de beoordeling van het Gerecht van de eerste twee rechtsmiddelen.

In die middelen ging het in het bijzonder om de vraag of sprake is van een taak van algemeen economisch belang, en of het Ierse risicovereveningssysteem voor de uitvoering van die taak noodzakelijk en evenredig is. In de samenvatting hebben wij 'en marge' commentaar gegeven bij de toetsing door het Gerecht van de tweede, derde en vierde Altmark-voorwaarde.

Feiten van het geding

In deze zaak is aan de orde of betaling, c.q. bijdragen ingevolge het Ierse risicovereveningssysteem, aan zorgverzekeraars, moeten worden aangemerkt als steunmaatregel. *BUPA*,¹ een particuliere ziektekostenverzekeraar in Ierland, heeft beroep ingesteld tot nietigverklaring van de Commissiebeschikking van 13 mei 2003, waarbij de Commissie heeft besloten geen bezwaar te maken tegen de invoering van het risicovereveningssysteem.

BUPA Ireland is sinds 1997 actief op de Ierse particuliere ziektekostenverzekeringmarkt (PZ-markt). *BUPA* Ireland is de voornaamste concurrent van de Voluntary Health Insurance Board (hierna: VHI). VHI bezit een marktaandeel van 85% van de inkomsten en 80% van de aangeslotenen. *BUPA* heeft daarentegen een marktaandeel van ongeveer 15% van de aangeslotenen en ongeveer 11% van de inkomsten.

De Ierse PZ-markt is geliberaliseerd na de vaststelling in 1994 van de 1994 Health Insurance Act en in 1996 van de 1996 Voluntary Health Insurance Act, alsmede van de Health Insurance Regulations. Deze wetten en regelingen hebben een aantal verplichtingen voor de PZ-verzekeraars in het leven geroepen, waaronder een acceptatieplicht, een plicht tot uniforme tariefstelling, een plicht tot levenslange dekking en het bieden van minimumprestaties. Bovendien heeft de minister van Volksgezondheid de bevoegdheid gekregen een 'Risk equalisation scheme' (risicovereveningssysteem; hierna: RES) te gelasten.

Het RES is een mechanisme dat er voor moet zorgen verschillen in risicoprofiel tussen verzekeraars te neutraliseren. De verzekeraars met een gunstiger risicoprofiel dan het gemiddelde risicoprofiel op de markt (bijvoorbeeld verzekeraars met veel jonge gezonde mensen), moeten een bijdrage betalen aan een speciaal daartoe opgericht fonds dat door de Ierse Health Insurance Authority (HIA)

K.E. Arnon is Master of Science (MSc) in Health Economics, Policy and Law en masterstudent Europees recht aan de Universiteit van Amsterdam. Mr. dr. J.J.M. Sluijs is advocaat bij GMW Advocaten in Den Haag.

¹ Verzoeksters in deze zaak zijn British United Provident Association Ltd (*BUPA*), *BUPA* Insurance Ltd en *BUPA* Ireland Ltd.

wordt beheerd. Verzekeraars met een ongunstiger risicoprofiel dan het gemiddelde risicoprofiel van de markt, ontvangen juist een bijdrage uit het fonds. Nu luidde de vraag of de RES-betalingen moesten worden aangemerkt als staatssteun. De RES-betalingen komen immers voort uit openbare middelen afkomstig uit een naar nationaal recht opgericht fonds dat door verplichte bijdragen wordt gefinancierd en door de overheid wordt gecontroleerd. Bovendien kwamen de RES-betalingen in de praktijk ten goede aan de VHI, om kosten te compenseren die laatstgenoemde normaal gesproken had moeten dragen.

Procesverloop

De Ierse autoriteiten hebben het RES krachtens artikel 88 lid 3 EG-Verdrag officieel bij de Commissie aangemeld op 23 januari 2003. Artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking luidt: 'Het [RES] brengt betalingen met zich, die beperkt zijn tot het minimum dat noodzakelijk is om [PZ-]verzekeraars voor hun verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang te compenseren, en houdt derhalve geen staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag in'.

De Commissie was van mening dat het RES in beginsel voldeed aan de voorwaarde van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag. Zij stelde echter dat de RES-betalingen toch geen staatssteun vormde in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag, aangezien het ging om een compensatie die bedoeld was als vergoeding voor de verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang die voor alle verzekeraars op de Ierse PZ-markt gelden, te weten verplichtingen die ertoe strekken alle in Ierland woonachtige personen een minimumniveau van PZ-diensten tegen betaalbare prijzen en van vergelijkbare kwaliteit te verzekeren (zie rnr. 44 arrest).

De Commissie baseerde haar standpunt op het arrest *Ferring* van 22 november 2001.² Het arrest *Altmark*, waarin de voorwaarden voor compensatie van verplichtingen tot het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verder zijn neergelegd, is geweest na vaststelling van de Commissiebeschikking.³ Dientengevolge was het voor de Commissie onmogelijk met de inhoud van dit arrest rekening te houden.

De Commissie kwam tot de conclusie dat zelfs indien de compensatie van de verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag diende te worden aangemerkt, het steunelement verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt uit hoofde van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag (rnr. 48 arrest).

In beroep betoogt BUPA onder meer dat de Commissie de artikelen 87 lid 1 en artikel 86 lid 2 EG-Verdrag onjuist heeft toegepast. De Commissie zou ten onrechte hebben geconcludeerd dat het RES geen steunmaatregel vormt. Volgens BUPA is niet voldaan aan de voorwaarden voor compensatie van verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang. Hierbij verwijst BUPA naar het arrest *Altmark*.⁴ In dit arrest stelt het Hof dat de steun aan vier voorwaarden moet voldoen om als compensatie van verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang te kunnen worden aangemerkt.⁵

Met betrekking tot artikel 86 lid 2 EG-Verdrag stelt BUPA dat het RES niet noodzakelijk en evenredig is, waardoor de steunmaatregel niet als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden geacht.

Beoordeling door het Gerecht

Toepasselijkheid van de Altmark-criteria

Met betrekking tot de toepasselijkheid van de Altmark criteria merkt het Gerecht op dat deze ten tijde van de bestreden Commissiebeschikking nog niet bekend waren. Vastgesteld moet echter worden dat het Hof de strekking van de vaststellingen in het arrest Altmark niet in de tijd heeft beperkt. Die vaststellingen, die voortvloeien uit een uitlegging van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag, zijn bij gebreke van die beperking in de tijd derhalve ten volle van toepassing op de feitelijke en juridische situatie zoals deze zich voordeed toen de Commissie de bestreden beschikking vaststelde (rnr. 158).

Bestaan van een taak van algemeen economisch belang in de zin van de eerste voorwaarde van het arrest Altmark

Met betrekking tot BUPA's opmerking dat het begrip dienst van algemeen economisch belang dient te worden uitgelegd als een begrip met een strikt en objectief karakter, waarvan de naleving onderworpen is aan een volledige controle van de gemeenschapsinstellingen, die niet aan de nationale autoriteiten kan worden gedelegeerd, stelt het Gerecht dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen en dat de Commissie de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in geval van een kennelijke fout ter discussie kan stellen. In dit verband verwijst het Gerecht onder meer naar punt 22 van de Mededeling van de Commissie inzake de diensten van algemeen economisch belang (*Pb.* 2001, C 17/4), het feit dat er in het Gemeenschapsrecht geen duidelijke definitie van dit begrip bestaat, en het bepaalde in artikel 16 EG-Verdrag.

² Zaak C-53/00, *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067.

³ Cie-beschikking, steunmaatregel N 46/2003, C(2003)1322 fin.

⁴ Zaak C-280/00 *Altmark*, *Jur.*, p. I-7747, waarin het Hof heeft beslist dat, wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag valt.

⁵ De vier in het arrest *Altmark* geformuleerde criteria luiden:

- 1 De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend;
- 2 De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- 3 De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- 4 Wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, (...), zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Het Gerecht onderzoekt vervolgens dan ook of in het onderhavige geval de Commissie op goede gronden ervan uit kon gaan dat de door Ierland aangemelde maatregelen verband hielden met een taak van algemeen economisch belang.

Hierover merkt het Gerecht in de eerste plaats op dat een lidstaat die zich beroept op het bestaan van een taak van algemeen economisch belang, erop toe moet zien dat die taak voldoet aan minimum criteria die voor alle taken van algemeen economisch belang gelden. Er dient sprake te zijn van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang en die taak dient universeel en verplicht van aard te zijn. Wanneer een lidstaat niet bewijst dat aan deze criteria is voldaan of wanneer hij ze niet in acht heeft genomen, kan dit een kennelijke beoordelingsfout vormen waartegen de Commissie moet optreden om niet zelf een kennelijke fout te begaan (nr. 172).

Over het verschil tussen 'gewone' gereguleerde verplichtingen en het toewijzen van een bij een overheidsbesluit omschreven taak van algemeen economisch belang merkt het Gerecht onder meer op dat een taak van algemeen economisch belang enkel kan bestaan wanneer de betrokken diensten een algemeen of openbaar belang hebben (nr. 178). Verder kan volgens het Gerecht de toewijzing van een taak van algemeen economisch belang ook bestaan in een verplichting die aan meerdere of aan alle op dezelfde markt actieve ondernemers is opgelegd (nr. 179).

In deze zaak vormen de relevante Ierse wettelijke bepalingen geen regeling, maar een overheidsbesluit dat een bijzondere taak creëert en omschrijft. De omschreven verplichtingen beperken bovendien de handelsvrijheid van de PZ-verzekeraars in een mate die ver uitgaat boven de gewone toestemmingsvoorwaarde om een activiteit in een bepaalde sector uit te oefenen (nr. 182). BUPA's argument dat er geen sprake is van een overheidsbesluit waarbij een taak van algemeen economisch belang wordt vastgesteld, kan dan ook niet slagen.

BUPA stelt verder dat de PZ-diensten niet universeel en verplicht van aard zijn, zodat er in casu geen sprake is van een taak van algemeen economisch belang. Het Gerecht merkt echter op dat uit het Gemeenschapsrecht niet voortvloeit dat de betrokken dienst een universele dienst in strikte zin moet zijn.⁶ Dat de betrokken verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang slechts een beperkte territoriale of materiële werkingsfeer hebben dan wel dat de betrokken diensten slechts aan een betrekkelijk kleine groep van gebruikers ten goede komen, stelt derhalve niet noodzakelijkerwijs de universele aard van een taak van algemeen economisch belang in de zin van het Gemeenschapsrecht ter discussie.

Met betrekking tot BUPA's argument dat de PZ-diensten geen taak van algemeen economisch belang vormen, omdat ze enkel facultatieve financiële diensten, of zelfs luxediensdiensten zijn die een aanvullende dekking ten opzichte van de verplichte universele diensten willen garanderen, merkt het Gerecht op dat indien er geen uitsluitend of bijzonder recht is verleend, het volstaat dat de met een dergelijke taak belaste ondernemer verplicht is die dienst te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt (nr. 190).

⁶ Hoewel het klassieke en in de lidstaten wijdvertaalde type van dienst van algemeen economisch belang in een behoefte voorziet die de gehele bevolking gemeen heeft of op het gehele grondgebied moet worden verricht (auteurs).

Het Gerecht is van oordeel dat uit de combinatie van de verschillende, aan alle Ierse PZ-verzekeraars opgelegde PZ-verplichtingen – i.e. acceptatieplicht, uniforme tarieven, levenslange dekking en minimumprestaties – blijkt dat de PZ-diensten als verplicht moeten worden beschouwd.

Het Gerecht stelt verder dat alleen al de acceptatieplicht, dat wil zeggen de verplichting voor elke PZ-verzekeraar om een PZ-contract aan te bieden aan eenieder die daarom vraagt, ongeacht leeftijd, geslacht of gezondheidstoestand, volstaat om de betrokken PZ-diensten als verplicht te erkennen. Die verplichte aard wordt versterkt door het feit dat de contracteerplicht verband houdt met andere verplichtingen die de commerciële vrijheid van de PZ-verzekeraars bij de bepaling van de inhoud van de PZ-contracten beperken, namelijk de verplichtingen tot uniforme tariefstelling, levenslange dekking en minimumprestaties (nr. 192). Het Gerecht verwerpt dan ook BUPA's grief dat er geen sprake is van een taak van algemeen economisch belang.

Bestaan van duidelijk omschreven parameters voor de berekening van de compensatie uit hoofde van het RES in de zin van de tweede voorwaarde van het arrest *Altmark*

BUPA voert aan dat de compensatie op grond van het RES niet op basis van objectieve en doorzichtige parameters wordt berekend, maar op meerdere niveaus ruimschoots van de beoordeling van de HIA en de minister van Volksgezondheid afhangt. Het Gerecht geeft aan dat BUPA hier twee zaken met elkaar verwart, namelijk de beslissing over het instellen van RES-betalingen, wat bepaald wordt door de HIA en de minister van Volksgezondheid, en de berekening van de RES-betalingen. Het tweede *Altmark*-criterium heeft betrekking op dit laatste (nr. 213).

Het Gerecht stelt zelfs dat wanneer de Ierse autoriteiten in het kader van de berekening van de RES-betalingen over een discretionaire bevoegdheid beschikken, die bevoegdheid op zich niet onverenigbaar zou zijn met de tweede voorwaarde van het arrest *Altmark*. Die voorwaarde verbiedt namelijk niet dat de wetgever aan de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsmarge laat. De parameters moeten echter wel zo duidelijk zijn omschreven dat elk misbruik van het begrip c.q. 'concept' dienst van algemeen economisch belang door de lidstaat wordt uitgesloten (nr. 214).

Gelijk de toetsing van de eerste voorwaarde geldt ook hier dus een beperkte controle van de gemeenschapsinstellingen op kennelijke beoordelingsfouten.

Noodzaak en evenredigheid van de compensatie volgens het RES in de zin van de derde voorwaarde van het arrest *Altmark*

Vanwege de discretionaire bevoegdheid waarover de lidstaat beschikt bij de definitie van een taak van algemeen economisch belang en de voorwaarde voor de uitoefening daarvan, is de omvang van de controle die de Commissie mag uitoefenen beperkt tot een kennelijke fout. Rechtspraak heeft bovendien gepreciseerd dat de controle van de evenredigheid van de compensatie zich beperkt tot het onderzoek of die compensatie noodzakelijk is om de betrokken taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te kunnen vervullen, dan wel of omgekeerd de betrokken maatregel kennelijk ongeschikt is ten opzichte van het nagestreefde doel (nr. 222).

Het Gerecht merkt uitdrukkelijk op dat het onderhavige vereveningssysteem radicaal anders werkt dat de compensatiesystemen waarom het ging in de arresten *Ferring* en *Altmark* (nr. 237). Het

derde Altmark-criterium verlangt dat compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Het RES verevent uitsluitend de bijkomende lasten, die worden geacht voort te vloeien uit een negatief verschil in risicoprofiel van een PZ-verzekeraar ten opzichte van het gemiddelde risicoprofiel van de markt (nr. 235). Strikt genomen voldoet het RES dan ook niet aan de derde voorwaarde van het arrest Altmark, maar het Gerecht is van oordeel dat de kwantificering van deze extra kosten, gezien de bedragen die alle aan het RES onderworpen PZ-verzekeraars hebben terugbetaald, strookt met *het doel en de geest* van de derde voorwaarde van het arrest Altmark voor zover de berekening van de compensatie op objectieve, concrete, duidelijk bepaalde en controleerbare gegevens berust (nr. 237).

Het Gerecht is voorts van oordeel dat in het RES per definitie geen sprake kan zijn van overcompensatie van kosten onder verwijzing naar de opbrengsten, aangezien de voor de berekening van de compensatie in aanmerking genomen kosten niet rechtstreeks verband houden met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang en met de daaruit voortvloeiende opbrengsten (nr. 240).

Een strikte toepassing van de derde voorwaarde van het arrest Altmark houdt volgens het Gerecht geen rekening met het bijzondere karakter van de werking van het bij het RES voorgeschreven compensatiesysteem. Daarbij is het Gerecht van oordeel dat noch het doel noch de geest van de derde voorwaarde van het arrest Altmark de inaanmerkingneming van de opbrengsten verlangt in het kader van een compensatiesysteem dat onafhankelijk van die opbrengsten functioneert (nr. 241).

Vergelijking met een efficiënte ondernemer in de zin van de vierde voorwaarde van het arrest Altmark

Ook ten aanzien van de vierde Altmark-voorwaarde is het Gerecht van oordeel dat deze niet strikt kan worden toegepast op de onderhavige casus. Dit gelet op de neutraliteit van het compensatiesysteem van het RES ten opzichte van de opbrengsten en de winsten van de PZ-verzekeraars enerzijds, en het bijzondere karakter van de extra kosten in verband met een negatief risicoprofiel van die verzekeraars anderzijds (nr. 246).

Niettemin zou in het licht van de vierde voorwaarde vast moeten staan dat de bij het RES voorgeschreven compensatie niet de mogelijkheid inhield, kosten te compenseren die uit een gebrek aan efficiëntie van de aan het RES onderworpen PZ-verzekeraars konden voortvloeien (nr. 246). Het Gerecht is van oordeel dat nu de berekening van de compensatie op grond van het RES uitsluitend afhangt van de niet met de efficiëntie van de betrokken ondernemers verbonden kosten, het uitgesloten is dat die compensatie kan leiden tot een verdeling van de kosten die uit hun gebrek aan efficiëntie kunnen voortvloeien, en ook niet kan afdoen aan de mogelijkheid voor die ondernemers om de winst van hun goede beheer volledig te behouden (nr. 250).

Een strikte toepassing van de derde en vierde Altmark-voorwaarde blijkt dus alleen mogelijk wanneer de compensatie is gebaseerd op kosten die rechtstreeks verbonden zijn met de dienst van algemeen economisch belang en met de daaruit voortvloeiende opbrengsten. Het RES is echter zo ontworpen dat de vereveningsbijdrage die een zorgverzekeraar ontvangt of betaalt juist *niet* afhangt van zijn *kostenniveau*, maar van de *risico's* van de verzekerden. De hoogte van de risicovereveningsbijdrage wordt zodanig vastgesteld

dat zorgverzekeraars naar verwachting eenzelfde bedrag te kort komen voor alle verzekerden, waardoor er een gelijk speelveld voor verzekeraars ontstaat. Zorgverzekeraars die efficiënter zijn en lagere kosten maken, kunnen dit nu tot uiting brengen door lagere nominale premies te vragen.⁷

Noodzaak en evenredigheid van het RES in de zin van artikel 86, lid 2 EG

BUPA betwist eveneens de noodzaak en de evenredigheid van de invoering van het RES als zodanig. Volgens het Gerecht diende de Commissie enerzijds te onderzoeken of het slecht functioneren van de markt waarop de lidstaat zich ter rechtvaardiging van de invoering en de bescherming van de betrokken taak van algemeen economisch belang heeft beroepen, voldoende aannemelijk was, en diende zij anderzijds te beoordelen of redelijkerwijs ervan kon worden uitgaan dat een systeem als het RES naar zijn aard noodzakelijk en passend is om de aangevoerde problemen op te lossen (nr. 267).

Naar het oordeel van het Gerecht kon de Commissie zich op goede gronden op het standpunt stellen dat wegens een gevaar van actieve risicoselectie het evenwicht op de Ierse PZ-markt kon worden verstoord. Het Gerecht komt dan ook tot de conclusie dat de Commissie haar verplichting tot controle van de noodzaak van het RES niet heeft geschonden en dat zij op goede gronden van mening was dat het RES noodzakelijk was voor de naleving van de PZ-verplichtingen onder economisch aanvaardbare omstandigheden (nr. 295).

Wat de evenredigheid van het RES als zodanig betreft, blijkt dat BUPA niet heeft aangetoond dat de compensatie door middel van de RES-betalingen niet in verhouding stond tot de extra kosten in verband met de naleving van de PZ-verplichtingen (nr. 297). Derhalve kon de Commissie op goede gronden concluderen, zonder in dit verband een kennelijke fout te maken, dat de RES evenredig is in de zin van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag (nr. 304).

Commentaar

BUPA: nationale ruimte voor diensten van algemeen economisch belang

Vrije mededinging mag een groot goed zijn, het is niet vanzelfsprekend wanneer publieke belangen in het geding zijn. In het Europese mededingingsrecht wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met de lidstatelijke – publieke – belangen. Zo volgt uit artikel 86 lid 1 en 2 EG-Verdrag dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn als deze de uitvoering van een publieke taak, van een daarmee ‘belaste’ onderneming, zou verhinderen. Deze uitzondering op het verbod de mededinging te schenden, geldt ook wanneer een lidstaat staatssteun verleent aan een onderneming.

Maar wanneer zijn er publieke belangen in het geding? En wie bepaalt wat het publieke belang is? Het zijn ogenschijnlijk eenvoudige vragen en de beoordeling in de rechtspraak lijkt (vaak) arbitrair. Het concept van publieke belangen is echter van groot belang voor lidstaten die gereguleerde marktwerking voorstaan. Dat is marktwerking binnen door de overheid gestelde voorwaarden en beperkingen.

⁷ F.J. Prinsze, W.P.M.M. van de Ven, D. de Bruijn en F.T. Schut, *Verbetering risicoverevening in de zorgverzekering*, Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg eindrapportage, Erasmus Universiteit Rotterdam: maart 2005, p. 18 en 19.

In jargon wordt gesproken over het borgen van publieke belangen.⁸ De zorgsector is een duidelijk voorbeeld hiervan. De Nederlandse overheid benadrukt op diverse plaatsen dat de marktwerking in de gezondheidszorg niet zonder grenzen is.⁹ De overheid bemoeit zich dan ook nog stevig met de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg. Als voorbeeld zij gewezen op de Wet Marktordening Gezondheidszorg, de Zorgverzekeringswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, de Wet Toelating Zorginstellingen, de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg en de Kwaliteitswet Zorginstellingen, waarin diverse (rand)voorwaarden zijn opgenomen waaronder zorg moet worden verleend.

In de BUPA-zaak geeft het Gerecht inzicht in de toepassing van het concept diensten van algemeen economisch belang. Voor veel Nederlandse politici zal het een geruststelling zijn dat opnieuw is bevestigd dat lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben ten aanzien van de invulling van dit concept.

BUPA voerde in beroep aan dat de beoordeling van de Commissie niet voldeed aan de vier cumulatieve voorwaarden van het arrest *Altmark*.¹⁰ En hoewel het arrest *Altmark* (slechts) twee maanden na de BUPA-beschikking van de Commissie is geweest, is het Gerecht van oordeel dat het Hof de strekking van de vaststellingen in dat arrest niet in de tijd heeft beperkt, en dat die vaststellingen daarom ten volle van toepassing zijn op de feitelijke en juridische situatie van de BUPA-zaak (nr. 158).

Toedeling taak van algemeen economisch belang

Volgens de eerste voorwaarde van het arrest *Altmark* moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaardienstverplichtingen c.q. een dienst van algemeen economisch belang, en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend.

Het concept diensten van algemeen economisch belang is niet duidelijk en nauwkeurig in het EG-Verdrag vastgelegd. Er ontbreekt feitelijk een definitie van het concept. Bovendien liggen de voorwaarden niet vast waaraan moet zijn voldaan voordat een lidstaat zich op goede gronden kan beroepen op de bescherming van publieke belangen.¹¹ Het concept ziet op diensten ten behoeve waarvan de overheid aan de dienstverrichters verplichtingen van algemeen belang heeft opgelegd, door middel van een toevertrouwde taak.

Het bovenstaande brengt mee dat lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen. Dit geldt te meer als het subsidiariteitsbeginsel bepaalt dat de bevoegdheid – zoals die met betrekking tot de gezondheidszorgsector – bij de lidstaten ligt (artikel 5 jo artikel 152 lid 1 en 5 EG-Verdrag).

De Commissie kan slechts controleren of een lidstaat een 'kennelijke beoordelingsfout' (*manifest error*) heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie en uitvoering van het concept. Hoewel duidelijk is dat dit een beperkte toetsing omvat, rust op de lidstaat uitdrukkelijk de bewijslast aan te tonen dat aan de minimale voorwaarden van het concept wordt voldaan. Zo moet aan de toedeling van de taak van algemeen economisch belang (1) een overheidsbesluit ten grondslag liggen en (2) dient de toebedeelde taak universeel en verplicht van aard te zijn. Voldoet een lidstaat niet aan deze voorwaarden, dan is er sprake van een kennelijke beoordelingsfout.

Overheidsbesluit

Of sprake is van een overheidsbesluit waarin de onderneming met de taak wordt belast, moet ruim worden opgevat. Cruciaal is dat de overheid de betrokken diensten van algemeen economisch belang en de daaraan verbonden verplichtingen om deze te verrichten, duidelijk heeft omschreven. Democratische legitimatie is daarbij de norm, wat betekent dat het bestaan van een overheidsbesluit ook kan worden afgeleid uit een conglomeraat van (wettelijke) regelgeving. Het publieke belang én de proportionele wijze waarop de bescherming daarvan is vormgegeven, dienen democratisch te zijn vastgelegd. In de BUPA-zaak is dat duidelijk het geval. Ierland had in haar zorgverzekeringswet en diverse zorgverzekeringsregelingen een uitvoerige omschrijving gegeven van de verplichtingen, zoals uniforme tariefstelling, acceptatieplicht, levenslange dekking en minimumverstrekkingen. Deze verplichtingen beperkten voorts de handelsvrijheid van de betrokken ondernemingen in een mate die ver uitging boven gewone toestemmingsvoorwaarden om een activiteit in een bepaalde sector uit te oefenen. Het publieke belang bestond uit het doel om aan ongeveer de helft van de bevolking de mogelijkheid te bieden van een alternatieve dekking voor bepaalde gezondheidszorg, wat door bovengenoemde verplichtingen kon worden bereikt (nr. 182).

Universele en verplichte aard van de dienst van algemeen economisch belang

Een essentiële voorwaarde voor het bestaan van een taak van algemeen economisch belang is de 'verplichte aard' van de betrokken dienst. Dit betekent doorgaans dat de onderneming van overheidswege, op basis van een uitsluitend of bijzonder recht, wordt belast met een taak van algemeen economisch belang, wat inhoudt dat zij de betrokken dienst(en) moet aanbieden onder van overheidswege gestelde (niet-marktconforme) voorwaarden. Bij gebreke van een uitsluitend of bijzonder recht kan de verplichte aard van een taak van algemeen economisch belang zijn gelegen in de bij een handeling van de overheid voorgeschreven verplichting van de betrokken ondernemer om bepaalde diensten aan te bieden aan een ieder die daarom vraagt (nr. 188). Het verschil met een universele dienst in strikte zin lijkt te zijn gelegen in de omstandigheid dat een dienst van algemeen economisch belang een beperkte territoriale en materiële werkingsfeer kan hebben, dan wel ten goede kan komen aan een bepaalde groep van gebruikers.

Azivo: Nederlandse risicovereveningssysteem

Nederland hanteert sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet in 2006, evenals Ierland, een risicovereveningssysteem tussen particuliere ziektekostenverzekeraars.¹² Ook de Nederlandse regering had haar risicovereveningssysteem in het kader van artikel 88 lid 3 EG-Verdrag aangemeld bij de Commissie. De Commissie heeft in

⁸ WRR, Het borgen van publiek belang, publicatienr. 56, Sdu Uitgevers, Den Haag: 2000 en J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, diss. VU, Kluwer, Deventer: 2004.

⁹ Bijvoorbeeld memories van toelichting bij de Zorgverzekeringswet (TK 2003-2004, 29 763, nr. 3, p. 8) en Wet Marktordening gezondheidszorg (TK 2004-2005, 30 186, nr. 3, p. 4).

¹⁰ Zaak C-280/00, *Altmark*, *Jur.*, p. 1-7747.

¹¹ Gemakshalve en omwille van de leesbaarheid spreken wij in plaats van 'diensten van algemeen economisch belang' ook over 'publieke belangen'.

¹² Er bestaan weliswaar verschillen tussen beide systemen, maar zij beogen hetzelfde.

haar beschikking van 3 mei 2005 het Nederlandse risicovereveningssysteem goedgekeurd op basis van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag.¹³ Tegen deze beschikking heeft de Nederlandse zorgverzekeraar Azivo op 13 maart 2006 beroep aangetekend bij het Gerecht van eerste aanleg.¹⁴

Hoewel de Commissie geen bezwaar had tegen de invoering van zowel het Ierse als het Nederlandse risicovereveningssysteem, voerde zij daartoe verschillende gronden aan. Zoals aangegeven was de Commissie van mening dat het Ierse RES in beginsel voldeed aan de voorwaarde van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag, maar dat de bijdragen van het RES niet als staatssteun moesten worden aangemerkt omdat het ging om een compensatie die bedoeld was als vergoeding voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang. De Commissie baseerde haar standpunt toen nog op het arrest Ferring van 22 november 2001.¹⁵

Ten tijde van de Commissiebeschikking betreffende het Nederlandse risicovereveningssysteem waren de Altmark-criteria echter bekend.

Met betrekking tot de eerste Altmark-voorwaarde stelde de Commissie vast dat zorgverzekeraars in Nederland een dienst van algemeen economisch belang verrichten. Evenals in de BUPA-zaak kon uit het conglomeraat van voorwaarden en beperkingen die de overheid aan verzekeraars oplegt – i.e. de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie, de plicht om landelijk te werken, de plicht tot opnemen van door de overheid bepaalde risico's in het verzekeringspakket en het onderworpen zijn van zorgverzekeraars aan specifiek toezicht – worden afgeleid dat de zorgverzekeraars zijn belast met dienst van algemeen economisch belang.

Vervolgens oordeelde de Commissie dat het Nederlandse risicovereveningssysteem niet voldeed aan het vierde Altmark-criterium, omdat alle zorgverzekeraars compensatie ontvangen ongeacht hoe efficiënt zij zijn.¹⁶ De Commissie concludeerde dan ook dat het vereveningssysteem als steunmaatregel moest worden aangemerkt, maar sauveerde de maatregel, als gezegd, op grond van artikel 86 lid 2 EG.

Het is opvallend dat het Gerecht in de BUPA-zaak niet voor eenzelfde strikte toepassing van het vierde Altmark-criterium heeft gekozen als de Commissie in haar beschikking. Maar al zou het Gerecht straks oordelen dat het Nederlandse risicovereveningssysteem voldoet aan de vierde Altmark-voorwaarde, dan zal het in principe ook nog moeten onderzoeken of aan de overige voorwaarden (de 'tweede' en 'derde') is voldaan. Toetsing aan de derde voorwaarde lijkt in dat geval het meest relevant, omdat deze nauw verwant is aan het noodzakelijkheids- en evenredigheids criterium van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag (het door de Commissie 'gehanteerde' toetsingskader in de Nederlandse zaak). En hoewel de Commissie van mening is dat het Nederlandse risicovereveningssysteem proportioneel is in de zin van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag en bijgevolg verenigbaar met het EG-Verdrag, is zorgverzekeraar Azivo een andere mening toegedaan.

In het nog aanhangige beroep stelt Azivo dat door de gebreken van het vereveningssysteem de compensatie voor een aantal zorgverzekeraars hoger dan noodzakelijk is om de kosten voor de openbare dienstverplichting te dekken, terwijl voor een aantal andere zorgverzekeraars zou gelden dat zij door de onvolkomenheden onvoldoende worden gecompenseerd.¹⁷ Indien Azivo kan aantonen dat de Commissie vanwege deze redenen ten onrechte geen bezwaar heeft gemaakt tegen het Nederlandse risicoverevenings-

systeem, dan zal het Nederlandse systeem – (ook) met de ruimere lezing – niet kunnen voldoen aan de derde Altmark-voorwaarde.

Maatschappelijke onderneming

Een actueel thema waar de borging van publieke belangen een belangrijke rol kan gaan spelen, is het voorstel van de minister van Justitie met betrekking tot de maatschappelijke onderneming. Een concept dat vooral bij bestuurskundigen grote belangstelling geniet.

Een maatschappelijke onderneming zou – net als een onderneming die belast is met een dienst van algemeen economisch belang – een organisatie moeten zijn die op bedrijfsmatige wijze diensten aanbiedt waarbij publieke belangen in het spel zijn.

De minister van Justitie heeft in juli 2007 aan organisaties op het gebied van de publieke dienstverlening, zoals gezondheidszorg, woningcorporaties en onderwijs, een voorontwerp van wet inzake de maatschappelijke onderneming ter consultatie aangeboden. Dit voorstel gaat uit van een nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. Het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO) heeft het introduceren van een nieuwe rechtsvorm bekritiseerd en een alternatief voorstel aan de minister van Justitie aangeboden op 13 mei 2008.¹⁸ In dit verband zij ook gewezen op de preadviezen 2008 'Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg' van de Vereniging Handelsrecht.

Een belangrijke ratio voor het initiatief van de minister van Justitie is volgens de memorie van toelichting 'dat de overheid niet in de beste positie is om de behoeften van de belanghebbenden bij maatschappelijke dienstverlening goed in te kunnen schatten. De maatschappij is daarvoor te divers en te dynamisch. [...] De overheid zou moeten terugtreden en de betrokken instellingen zouden meer ruimte moeten krijgen, die recht doet aan hun proportionaliteit. [...] Om die ruimte te geven en om van die ruimte gebruik te maken is het gewenst dat de structuur van de instellingen garanties bevat voor een evenwicht tussen de verschillende belangen in de instelling. [...] Om recht te doen aan zowel de veranderde positie van de instellingen in de samenleving, als aan de wens om garanties te bieden, waardoor instellingen zich vrijer ten opzichte van de overheid kunnen bewegen, wil dit wetsvoorstel een instrument bieden voor de ordening van de instellingen en hun organen'.

De maatschappelijke onderneming wordt (vooralsnog) niet dwingend voorgeschreven. Het belangrijkste kenmerk van de maatschappelijke onderneming is dat zij zich uitsluitend ten doel stelt publieke belangen te dienen, c.q. maatschappelijke diensten te verrichten. De vraag rijst in hoeverre de maatschappelijke onderneming zélf de publieke belangen en kwaliteitsborging daarvan gaat bepalen. Zowel de minister als het NTMO is hier niet geheel duidelijk in. Zo schreef de minister in Ondernemingsrecht 2007-16, p. 586: 'Natuurlijk zal de overheid nooit zijn controle op de beste-

¹³ Cie-beschikking, steunmaatregelen N 541/2004 en N 542/2004, C(2005)1329 fin.

¹⁴ Zaak T-84/06, *Azivo tegen Commissie*, nog aanhangig (zie *Pb.* 2006, C-108/48).

¹⁵ Zaak C-53/00, *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067.

¹⁶ Cie-beschikking, steunmaatregelen N 541/2004 en N 542/2004, C(2005)1329 fin, par. 3.4.11.

¹⁷ Zie *Pb.* 2006, C-108/48.

¹⁸ Te raadplegen via www.aedes.nl/informatiecentrum.

ding van collectieve middelen kunnen opgeven. Maar waar het gaat om sturing van en controle op de gang van zaken in de onderneming en op de aard en kwaliteit van de diensten moet het mogelijk zijn om meer verantwoordelijkheid aan de instellingen te laten.' De aard van de diensten is volgens het voorstel ook wettelijk onbepaald. En het NTMO spreekt over 'kwaliteitsborging in eigen huis'.

In zoverre de publieke belangen en kwaliteitsborging daarvan niet democratisch zijn gelegitimeerd, kunnen de gedragingen van maatschappelijke ondernemingen in het handelsverkeer niet worden aangemerkt als diensten van algemeen economisch belang. Zo kan worden afgeleid uit het arrest *BUPA*. De overheid dient daarom voorzichtig te zijn met het vieren van de teugels die vast zitten aan publieke belangen en maatschappelijke dienstverrichtingen. Want ongemerkt worden 'publieke' belangen in concurrentie aangeboden en aan de tucht van de economische markt(en) onderworpen.

Ziekenhuissector

Mededingingsrecht en diensten van algemeen economisch belang

Uit het arrest *BUPA* leiden wij af dat het bij een beoordeling of sprake is van een dienst van algemeen economisch belang het vooral lijkt te gaan om een weging tussen verplichtingen voor ondernemingen enerzijds en de vrijheid van ondernemen anderzijds, zulks met het oog op het dienen van een bepaald publiek belang. De vraag rijst of deze algemene gevolgtrekking ook betekenis heeft voor bijvoorbeeld mededinging in de ziekenhuissector. Hoe groot is hun vrijheid

van ondernemen ten opzichte van de verplichtingen kwalitatieve, toegankelijke en betaalbare zorg aan te bieden?

Met betrekking tot de vrijheid van ondernemen is onder meer een belangrijke vraag of een ziekenhuis niet-verzekerde patiënten daadwerkelijk kan weigeren te behandelen. Het bestaan van (vergaande) verplichtingen voor ziekenhuizen is ondertussen een feit is, gelet op bovengenoemde wetten die prijs, kwaliteit en toegankelijkheid van het zorgaanbod reguleren. De prijsregulering is wellicht de meest in het oogspringende. Thans is slechts 20% van de ziekenhuisverrichtingen vrij onderhandelbaar¹⁹ en wordt – als maatstafconcurrentie wordt ingevoerd²⁰ – nog eens circa 50% vrij onderhandelbaar onder een vastgesteld 'totaal budget' voor het individuele ziekenhuis. Ziekenhuizen kunnen nu, en in de nabije toekomst, slechts in beperkte mate op prijs met elkaar concurreren, terwijl in een gewone sector de prijs van het product of de dienst een van de belangrijkste concurrentieparameters is.

In Nederland wordt nog nauwelijks discussie gevoerd over de vraag óf – dan wel in hoeverre – ziekenhuiszorg is aan te merken als een dienst van algemeen economisch belang. De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft in concentratiebesluiten zich hierover nog altijd niet uitgelaten, omdat zij tot op heden geen enkele fusie tussen ziekenhuizen heeft geweigerd. Zou zij dit wel hebben gedaan, dan had de NMa wellicht een motivering gewijd aan de toepassing van artikel 41 lid 3 Mw, welk artikel bepaalt dat een vergunning alleen kan worden geweigerd als dit de toevertrouwde taak van algemeen economisch belang van een concentrerende onderneming niet verhindert.²¹

Vrij verkeer en rule of reason

Niet alleen in het mededingingsrecht (in het kader van artikel 86 EG-Verdrag), maar ook bij de toepassing van de vrije verkeersbepalingen spelen publieke belangen (in dat geval aangeduid als 'dwingende reden van algemeen belang') en de kwalificatie daarvan een belangrijke rol.²² Hoewel de belangen als zodanig in beide leerstukken hetzelfde kunnen zijn, lijkt de beoordeling van de proportionaliteit van de beperking omwille van die belangen, in beide leerstukken verschillend.²³ Met betrekking tot het vrije verkeer hanteert het Hof een strikte benadering door na te gaan of de te bereiken doelstelling ook kan worden gerealiseerd door een minder beperkende maatregel. In het mededingingsrecht onderzoekt het Hof of de onderneming de opgedragen taak van algemeen economisch belang niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan verrichten zonder beperking van de mededinging.²⁴

Een recent dossier in de ziekenhuissector waarin de publieke belangen in de zin van het vrije verkeer een belangrijke rol leken te gaan spelen, was de beschikking *behoud van waarde van onroerende zaken voor de zorg* van 23 juli 2007 van de minister van VWS. In dit besluit werd – kort gezegd – aan alle ziekenhuizen meegedeeld dat zij de opbrengst van vastgoedtransacties betreffende hun gebouwen, dan wel een batig saldo na liquidatie, dienen te bestemmen voor de zorg.²⁵

Tegen het besluit tekende een groot aantal ziekenhuizen en hun belangenorganisatie, de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, bezwaar aan. Zij voerden onder meer aan dat een dergelijke 'vermogensklem' inbreuk maakt op de Europese vrijheid van vestiging en het vrij kapitaalverkeer. Ook de Bezwaaradviescommissie was van mening dat de maatregel van de minister in strijd kon zijn met deze vrije verkeersregels.²⁶ Volgens de Bezwaaradviescommissie lag

¹⁹ De minister van VWS heeft besloten dit vrij onderhandelbare deel per 1 januari 2009 uit te breiden tot maximaal 34% (zie brief van minister van VWS van 28 mei 2008, TK 2007-2008, 29 248, nr. 47).

²⁰ Deze is voor onbepaalde tijd uitgesteld (ibid brief van minister van VWS van 28 mei 2008).

²¹ Zie uitgebreid WT. Algera en J.J.M. Sluijs, Marktordening in de gezondheidszorg, *SEW* 2007, 90, p. 186 e.v.

²² B.J. Drijber, Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling, *SEW* 2007, 129, p. 258 e.v.

²³ In de prejudiciële verwijzing van de Raad van State van 27 december 2007, zaak C-567/07, Sint Servatius, wordt het Hof verzocht duidelijkheid te geven over de verhouding tussen de toepassing van de 'publieke' rechtvaardigingsgronden in het vrije verkeersregime (i.c. vrije kapitaalverkeer) en het mededingingsregime (artikel 86 lid 2 EG). Zie uitgebreid B. Hessel, Vijftien prejudiciële vragen in de zaak Sint Servatius, *Bouwwrecht* 2008, p. 83 e.v.

²⁴ Zie uitgebreid preadvies J.W. van de Gronden, Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?, *SEW* 2007, 178, p. 410.

²⁵ Per 1 januari 2008 is het overheidsbouwregime niet langer van toepassing op ziekenhuizen. Ziekenhuizen gaan steeds meer financieel risico dragen over hun onroerende zaken. Aanvankelijk zouden de kapitaallasten voor het A-segment vanaf 1 januari 2009 integraal moeten worden opgenomen in de tarieven van de betrokken zorgdiensten. Thans geldt dit alleen voor het vrije B-segment. Met het uitstellen van de maatstafconcurrentie en het behoud van de budgetteringssystematiek is dit voorlopig niet aan de orde (zie brief van minister van VWS van 28 mei 2008, TK 2007-2008, 29 248, nr. 47).

²⁶ De Bezwaaradviescommissie meende overigens ook dat de 'vermogensklem' in strijd is met de vrije beschikking op eigendom in de zin van artikel 1, lid 1 Eerste Protocol van het EVRM.

geen rechtvaardiging c.q. dwingende reden van algemeen belang, ten grondslag aan de maatregel.

Op 24 april 2008 heeft de minister in zijn beslissing op bezwaar het advies van de Bezwaaradviescommissie op deze punten naast zich neergelegd.

De minister overweegt apodictisch onder meer dat:

'[I]nvesteringen in onroerende zaken hebben plaatsgevonden met (publieke) middelen die bijeen zijn gebracht voor de verlening van gezondheidszorg en waarvan mocht worden aangenomen dat deze inderdaad uitsluitend daarvoor zouden worden gebruikt; dat de overheid toezicht hield op bouw en bouwkosten; dat de instelling de zekerheid van volledige, risicoloze financiering kreeg wanneer een investering eenmaal door de overheid was geaccepteerd. In dit verband is het steeds een algemeen aanvaard uitgangspunt geweest dat de opbrengst van onroerende zaken ten goede dient te komen aan de gezondheidszorg en niet aan andere doeleinden.'

en

'In het licht van de maatschappelijke eis dat voor de zorg bestemde onroerende zaken (of de opbrengst daarvan) voor de zorg worden aangewend, is er geen reden of noodzaak een dergelijk onderscheid te maken [tussen de waardeverandering die vóór en de waardeverandering die ná de afschaffing van het bouwregime plaatsheeft].'

Uit de toon van deze citaten lijkt te volgen dat de minister geen aanwijzingen in wet of regelgeving heeft gevonden die de overwegingen in het besluit op bezwaar kunnen dragen. Onduidelijk is wat het publieke belang daadwerkelijk behelst en gelet op de 'commen sense' argumentatie rijzen twijfels of de bescherming daarvan proportioneel is vormgegeven.²⁷ Uit de Europese jurisprudentie volgt dat een lidstaat (de overheid) publieke belangen juist duidelijk dient te borgen. Goede voorbeelden daarvan zijn de 'gouden aandeel'-arresten van het Hof van 4 juni 2002²⁸ en 13 mei 2003.²⁹ Deze arresten zijn ook van belang indien fusies tussen zorgaanbieders aan een voorafgaande 'kwaliteitstoets' zouden worden onderworpen.

Naar aanleiding van wensen in de Tweede Kamer heeft de minister van VWS laten onderzoeken of fusies tussen zorginstellingen kunnen worden onderworpen aan een afzonderlijke toets op de bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg. De Raad voor de Volksgezondheid adviseerde negatief om een afzonderlijk regime in te voeren.³⁰ De Raad vond het kort gezegd niet nodig, omdat hij geen aanwijzingen had gevonden dat fusies in de zorg schadelijk zijn voor de bereikbaarheid en kwaliteit van de zorg. In een van de onderliggende onderzoeksrapporten werd echter de mogelijkheid onderzocht vanuit het Europeesrechtelijke perspectief.³¹ En daarin wordt uitdrukkelijk gewezen op de spanning tussen de toenemende liberaliseringstendens en het beschermen van het publieke belang. Daar waar liberalisering voortschrijdt, is minder plaats voor beschermende c.q. beperkende overheidsinterventies.

Zo werd nu in de 'gouden aandeel'-arresten het verplichtstellen van voorafgaande toestemming voor verwerving van aandelen in een onderneming waarbij publieke belangen in het geding zijn, getoetst aan de beginselen van het vrije verkeer van kapitaal. Het Hof hanteerde een strikte benadering ten aanzien van het beschermen van nationale, publieke belangen. Omstandigheden die van belang zijn bij het beoordelen van de proportionaliteit van een beschermende c.q. beperkende regeling, blijken de volgende:

- een ex-post regeling (verzet achteraf) is over het algemeen minder beperkend dan een ex-ante regeling (vergunning vooraf). Bij een ex-ante regeling is het vooral van belang dat de discretionaire

re bevoegdheid van de overheid niet onbegrensd is. De autonome beslissing van de onderneming moet worden gerespecteerd.

- het moet een niet-discriminatoire en objectieve regeling betreffen, die nota bene vooraf kenbaar is.³²
- de regeling moet daadwerkelijk kunnen worden getoetst door een rechterlijke instantie.

Het belang van deze uitgangspunten mag niet worden onderschat. Op 23 mei jl. schreef de minister in een brief aan de Tweede Kamer dat hij (desondanks) fusies in de zorg strenger wil laten toetsen.³³ Hoe die toets er concreet uitziet is nog niet bekend, maar zonder Europeesrechtelijke risico's is deze niet.

Conclusie

Het BUPA-arrest geeft veel guidance aan lidstaten die in de verzekeringssector gereguleerde marktwerking voorstaan. Het arrest bevestigt dat het invoeren van een risicovereveningssysteem verenigbaar is met het EG-Verdrag, wanneer dit past binnen het concept van diensten van algemeen economisch belang. Lidstaten blijken over een ruime discretionaire bevoegdheid te beschikken om invulling te geven aan dit concept. Belangrijk daarbij is dat lidstaten zelf de publieke belangen definiëren en de daaraan verbonden verplichtingen voor de ondernemingen vaststellen.

Van belang is ook het oordeel van het Gerecht met betrekking tot de Altmark-criteria. Het Gerecht geeft aan dat deze niet in de tijd zijn beperkt. Bovendien stelt het Gerecht dat de derde en vierde Altmark-voorwaarde onder bepaalde - voor in ieder geval de (ziekt)kostenverzekeringssector geldende - omstandigheden niet strikt behoeven te worden toegepast. 'Beperkende' maatregelen moeten echter wel stroken met het doel en de geest van deze voorwaarden.

Het arrest BUPA is tot slot ook relevant voor enkele actuele ontwikkelingen die de ziekenhuissector raken, zoals het nieuwe concept van de maatschappelijke onderneming. En in bredere zin speelt de borging van publieke belangen een belangrijke rol bij het huidige en wellicht toekomstige fusietoets op zorginstellingen.

²⁷ Indachtig daarbij dat een beperking van het vrije verkeer omwille van een dwingende reden van algemeen belang, strikt wordt uitgelegd (ibid J.W. van de Gronden).

²⁸ Zaak C-367/98, Commissie tegen Portugal, *Jur.* 2002, p. I-4731; zaak C-483/99, Commissie tegen Frankrijk, *Jur.* 2002, p. I-4781 en zaak C-503/99, Commissie tegen België, *Jur.* 2002, p. I-4809. Met noot B.J. Drijber, *NTER* 2002, p. 237.

²⁹ Zaak C-463/00, Commissie tegen Spanje, *Jur.* 2003, p. I-4581 en Zaak C-98/01, Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk, *Jur.* 2003, p. I-4641. Met noot B.J. Drijber, *NTER* 2003, p. 182.

³⁰ RVZ, *Schaal en Zorg*, Advies van mei 2008, publicatienr. 08/08.

³¹ J.W. van de Gronden en H.M. Stergiou de zorg, *Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?*, Radboud Universiteit: 2008.

³² Zie ook rechtspraak inzake het vrije verkeer van diensten, bijvoorbeeld: zaak C-385/99, Müller-Fauré, *Jur.* 2003, p. I-4509, zaak C-372/04, Watts, *Jur.* 2006, p. I-4325 en zaak C-444/05, Stamatelaki, *Jur.* 2007, p. I-3185.

³³ Brief 'Patiënten- en cliëntenrechten', *TK* 2007-2008, 31476, nr. 1.