

# Artikel

## Staatssteun in de zorgsector

Een trage ontwikkeling naar een gelijk speelveld voor zorginstellingen?

Mr. Y.A. Maasdam en mr. P.A.M. Broers\*

### Inleiding

De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) vormt het sluitstuk van een reeks wetten die gezamenlijk het nieuwe zorgstelsel in Nederland vormgeven. De Wmg is op 1 oktober 2006 in werking getreden.<sup>1</sup> De Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (Wet HOZ),<sup>2</sup> WTG ExPres,<sup>3</sup> de Wet toelating zorginstellingen (WTZi)<sup>4</sup> en de Zorgverzekeringswet (Zvw)<sup>5</sup> waren al eerder in werking getreden. Samen met het wetgevingspakket omtrent de modernisering van de AWBZ<sup>6</sup> vormen zij de wettelijke basis voor de introductie van marktwerking in de zorg in Nederland. Met de introductie van marktwerking komen ook de staatssteunregels in beeld. Omdat de (meeste) activiteiten van zorginstellingen kwalificeren als economische activiteiten zijn in beginsel de staatssteunregels van toepassing op steunverlening door de overheid aan die zorginstellingen. Dat is bijvoorbeeld het geval als de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) steun verleent aan een zorginstelling die in financiële problemen is gekomen, met als doel de continuïteit van de zorg te waarborgen. De toelaatbaarheid daarvan moet dan ook worden getoetst aan artikel 107 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie

(VWEU). In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste ontwikkelingen, de beschikkingspraktijk en de jurisprudentie op Europees en nationaal niveau wat betreft steunverlening in de zorgsector.

### Steunverlening door de NZa

Op basis van artikel 16 Wmg is de NZa belast met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prijsregulering, op het terrein van de gezondheidszorg. Krachtens de (recent aangescherpte) Beleidsregel steunverlening<sup>7</sup> kan de NZa steun toekennen indien zij van oordeel is dat de continuïteit van de zorg in gevaar komt door financiële problemen bij de betrokken zorginstelling. Blijkens de Beleidsregel steunverlening moet de verlening van steun worden gezien als *ultimum remedium*: er moet geen andere mogelijkheid zijn om de continuïteit van zorg te garanderen dan door middel van steunverlening. Vanuit het oogpunt van een gelijk speelveld voor zorginstellingen – dat nu eenmaal onlosmakelijk verbonden is met de keuze voor marktwerking – kan het verlenen van steun ernstig verstoring werken. Immers, zorginstellingen die het goed doen, worden in feite gestraft doordat hun slecht presterende concurrenten met overheidsmiddelen overeind worden gehouden. Het meest cruciale onderdeel van de procedure is dat het betrokken zorgkantoor onderzoekt of er geen alternatieven zijn om op andere manieren dan door middel van steunverlening de continuïteit van de zorg te garanderen. Daaraan werd blijkens de besluiten van de NZa in een aantal gevallen niet voldaan.

\* Mr. Y.A. Maasdam is advocaat bij Maasdam Mededingingsadvocaten in Rijswijk. Mr. P.A.M. Broers is advocaat bij Maasdam Mededingingsadvocaten in Rijswijk.

1. *Stb.* 2006, 432.

2. *Kamerstukken II* 28 994, *Stb.* 2005, 27.

3. *Kamerstukken II* 29 379, *Stb.* 2005, 24.

4. *Kamerstukken II* 27 659, *Stb.* 2005, 649.

5. *Kamerstukken II* 29 763, *Stb.* 2005, 649.

6. *Kamerstukken II* 26 631.

7. Beleidsregel steunverlening, AL/BR-0002, raadpleegbaar op [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

## Overzicht belangrijkste beschikkingen NZa

Sinds 2009 publiceert de NZa een overzicht van alle zorginstellingen die van de NZa financiële steun hebben ontvangen.<sup>8</sup> Uit het overzicht blijkt dat in de periode 1998-2011 in de *cure*-sector aan 38 instellingen steun is verleend voor een totaalbedrag van iets meer dan 90 miljoen euro. In dezelfde periode is in de *care*-sector aan vier instellingen steun verleend voor een totaalbedrag van 30 miljoen euro.

De belangrijkste steunverlening in de ziekenhuissector betrof de IJsselmeerziekenhuizen. Deze ziekenhuizen verkeerden in 2008 al langere tijd in de financiële problemen. Nadat op last van de Inspectie voor de Gezondheidszorg de operatiekamers gedurende enige tijd gesloten werden, verslechterden de financiële problemen in versneld tempo. De IJsselmeerziekenhuizen dienden eind 2008 een steunaanvraag in voor een bedrag van 29,5 miljoen euro. De NZa kwam, nadat zij onderzoek had verricht, tot de conclusie dat de aanvraag niet voldeed aan de voorwaarden voor steunverlening. Nadat de NZa het voornemen om de steunaanvraag af te wijzen bekend had gemaakt, dienden de ziekenhuizen een gewijzigde steunaanvraag in, dit keer voor een bedrag van 18 miljoen euro. De NZa oordeelde onder meer dat het ingediende saneringsplan realistischer was geworden, dat de in het businessplan geconstateerde fouten waren hersteld en dat een realistischer beeld werd gegeven van de financiële situatie. Begin 2009 besloot de NZa aan de IJsselmeerziekenhuizen het bedrag van 18 miljoen euro aan balanssteun toe te kennen.<sup>9</sup>

In de thuiszorgsector is met name de steunverlening aan de 'opvangstichtingen' van het Meavita-concern van belang. Aanvankelijk besloot de NZa een steunaanvraag (balanssteun) van het Meavita-concern voor een bedrag van in totaal 21 miljoen euro af te wijzen vanwege het feit dat de continuïteit van de zorg niet in gevaar zou zijn. De NZa wees er in haar persbericht<sup>10</sup> op dat er tal van andere aanbieders waren die de zorgverlening zouden kunnen overnemen van Meavita. Na het faillissement van twee dochterondernemingen van Meavita in Groningen en Den Haag initieerde de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) een doorstart door twee nieuwe 'opvangstichtingen'<sup>11</sup> op te (laten) richten die de zorgactiviteiten konden overnemen waarbij het voltallige personeel, onder behoud van alle opgebouwde rechten, mee over kon gaan. Vervolgens willigde de NZa het steunverzoek van de 'opvangstichtingen' wel voor een groot deel in.<sup>12</sup> De NZa besloot tot verlening van een steunbedrag van meer dan 37 miljoen euro. De NZa heeft in haar besluiten

aangegeven dat de steun verleend is in verband met het (vermeende) gevaar voor de continuïteit van de zorgverlening. De NZa stelde zich in feite op het standpunt dat de staatssecretaris van VWS door oprichting van de stichtingen en overname van het voltallige personeel een politieke keuze had gemaakt en dat de NZa niet anders kon dan de consequenties van deze reeds gemaakte keuze te financieren door het verlenen van steun. Daarbij is van belang dat ervoor was gekozen om een afspraak te maken met de curatoren van de failliete Meavita-dochters waardoor het voor bestaande zorgaanbieders niet meer mogelijk bleek te zijn om de zorgactiviteiten over te nemen zonder garant te staan voor de bestaande schulden. Omdat diverse zorginstellingen van mening waren dat met de steunverlening het gelijke speelveld tussen de zorginstellingen ernstig werd aangetast en de steun niet was aangemeld bij de Europese Commissie (hierna: Commissie), terwijl dat volgens hen wel zou moeten, hebben zij een klacht ingediend bij de Commissie en beroep tegen de besluiten op bezwaar van de NZa ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Voor zover bekend lopen deze procedures nog.

De Nederlandse overheid lijkt van de *Meavita*-zaak wel wat geleerd te hebben. Zo wees de NZa begin 2010 steunverlening aan de thuiszorginstelling Vitras/CMD<sup>13</sup> af omdat uit het onderzoek van de NZa bleek dat er alternatieven waren. Diverse aanbieders hadden namelijk aangegeven een rol te kunnen spelen in de overname van (delen van) de zorg van Vitras/CMD indien dat nodig zou zijn. Daarnaast beschikte het zorgkantoor over een draaiboek om bij eventuele problemen de continuïteit van de zorg te borgen. De NZa nam dit besluit overigens ondanks het feit dat de staatssecretaris van VWS de NZa had verzocht het (voorgenomen) besluit om geen steun toe te kennen, te heroverwegen. Het ministerie van VWS lijkt zich inmiddels te hebben gerealiseerd dat het al te gemakkelijk verlenen van staatssteun omdat de continuïteit van de zorg in gevaar komt, zich niet verdraagt met de (introdunctie van) marktwerking in de zorg. In april 2011 heeft het kabinet ingestemd met de door VWS in het kader van de *lessons learned* in de *Meavita*-zaak ontwikkelde plannen. Daarin is duidelijk verwoord dat het uitgangspunt is dat verzekeraars voortaan afspraken moeten maken over het tijdig signaleren van financiële problemen.<sup>14</sup> Daarbij is de verwachting uitgesproken dat het overnemen van zorg dermate aantrekkelijk is, dat andere aanbieders de continuïteit van zorg zullen waarborgen. Pas als verzekeraars kunnen aantonen dat andere zorgaanbieders niet bereid zijn de zorg over te nemen, kan de overheid een tijdelijke 'vangnetaanbieder' van cruciale zorg in het leven roepen. Met deze werkwijze wordt de noodzaak om staatsmiddelen in te zetten om de continuïteit van de zorg te

8. Zie [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

9. Besluit van 2 februari 2009 van de NZa inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van de Stichting IJsselmeerziekenhuizen.

10. Persbericht van 25 november 2008 van de NZa, [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

11. Stichting Continuering Uitvoering AWBZ en WMO Groningen e.o. en Stichting Continuering Uitvoering AWBZ West.

12. Besluit van 27 november 2009 van de NZa inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van Stichting Continuering Uitvoering AWBZ en Wmo Groningen en Besluit van 27 november 2009 van de NZa inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van Stichting Continuering Uitvoering AWBZ West.

13. Besluit van 20 januari 2010 van de NZa inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van Vitras CMD.

14. Brief van de minister en staatssecretaris van VWS 'Waarborgen voor continuïteit van zorg' van 27 april 2011 aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

waarborgen beperkt, waarmee het gelijke speelveld tussen de zorginstellingen beter wordt gewaarborgd.

## Nationale jurisprudentie

Voor zover bekend zijn er tot op heden in Nederland twee uitspraken gedaan waarbij de rechter zich heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van steunverlening aan zorginstellingen of zorgverzekeraars. De eerste uitspraak is van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht.<sup>15</sup> Het Academisch Ziekenhuis Maastricht (AZM) stelde zich in deze kwestie op het standpunt dat de borgstelling van de Provincie Limburg en de Gemeente Sittard-Geleen ten behoeve van het Orbis-ziekenhuis staatssteun inhield en dat die staatssteun ten onrechte niet was aangemeld bij de Commissie. De vraag die partijen verdeeld hield, was of de borgstellingen voldeden aan de Mededeling van de Commissie inzake garantieregelingen.<sup>16</sup> In deze Mededeling geeft de Commissie aan dat een verstrekte garantieregeling die een onderneming geen voordeel oplevert, niet kwalificeert als staatssteun. De garantieregeling moet dan wel voldoen aan een viertal voorwaarden dat is vastgelegd in de Mededeling, namelijk: (a) de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden; (b) de omvang van de garanties valt goed te meten op het tijdstip van de toekenning; (c) de garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichting; en (d) voor de garantie wordt een marktconforme prijs betaald. In deze zaak ging het in het bijzonder om de vraag of Orbis voldeed aan de voorwaarde dat het ten tijde van de borgstelling niet in financiële moeilijkheden verkeerde (voorwaarde a) en dat de rentetarieven die de Provincie en gemeente in rekening brachten bij Orbis, marktconform waren (voorwaarde d). De voorzieningenrechter kwam tot het oordeel dat onvoldoende was gebleken dat Orbis ten tijde van de verlening van de garantie in financiële moeilijkheden verkeerde. AZM baseerde zich volgens de rechter op te oude c.q. onbetrouwbare gegevens. Daarnaast was onvoldoende gebleken dat het rentetarief dat Orbis moest betalen niet marktconform was. Aldus was volgens de voorzieningenrechter onvoldoende bewezen dat sprake was van het verschaffen van een voordeel aan Orbis en was er dus geen sprake van het verlenen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.

De tweede uitspraak betreft een in hoger beroep door de Raad van State gewezen uitspraak in een geschil tussen Agis Zorgverzekeringen (Agis) en het College voor Zorgverzekeringen.<sup>17</sup> Agis stelde dat zij door middel van de vereveningsbijdrage onvoldoende werd gecompenseerd omdat de samenstelling van haar verzekerden meer risico's zou omvatten dan die van andere verzeke-

raars. Een van de argumenten die Agis aanvoerde, was dat de vereveningsbijdrage ongeoorloofde staatssteun inhield. Nu niet was voorzien in ex post-compensatie van de daadwerkelijke schadelast, en dientengevolge sommige verzekeraars onvoldoende werden gecompenseerd, terwijl andere verzekeraars zouden worden overgecompenseerd, zou de vereveningsbijdrage in strijd zijn met de staatssteunregels. Met verwijzing naar de hierna te bespreken beschikking van de Commissie<sup>18</sup> oordeelde de Afdeling kort gezegd dat de Commissie het ter discussie gestelde systeem van risicoverevening op grond van artikel 106 lid 2 VWEU (waarin het eveneens hierna te bespreken begrip 'dienst van algemeen economisch belang' is vastgelegd) en artikel 107 VWEU had goedgekeurd. Uit de goedkeuringsbeschikking valt volgens de Afdeling niet af te leiden dat de Commissie zou hebben beoogd slechts goedkeuring te geven aan de Nederlandse regeling, voor zover de werkelijke schadelast van de verzekeraars volledig zou worden gecompenseerd. Het beroep op onrechtmatig verleende staatssteun werd dan ook afgewezen.

## Overzicht beschikkingen Europese Commissie en Europese rechtspraak

Op Europees niveau zijn er ook een aantal staatssteunzaken aan de orde geweest die betrekking hadden op de zorgsector. Ten aanzien van steunverlening aan zorgverzekeraars zijn met name twee zaken van belang. Allereerst is in de zaak *BUPA* een richtinggevend arrest geweest door het Gerecht van de Europese Unie.<sup>19</sup> *BUPA*, een ziektekostenverzekeraar in onder meer Ierland, had beroep ingesteld tegen het besluit van de Commissie om geen bezwaar te maken tegen de invoering van het risicovereveningssysteem.<sup>20</sup> Het Gerecht boog zich over de vraag of betaling aan zorgverzekeraars in het kader van het Ierse risicovereveningssysteem moest worden aangemerkt als steunmaatregel. Het Gerecht heeft in dit kader een oordeel geveld over de vraag of *BUPA* belast is met een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Alvorens over te gaan tot bespreking van het *BUPA*-arrest volgt eerst een korte uiteenzetting over de DAEB.

Het begrip DAEB is afkomstig uit artikel 106 lid 2 VWEU. Daarin is bepaald dat de Europese regels voor vrij verkeer, mededinging en staatssteun voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een DAEB slechts van toepassing zijn, voor zover daardoor de vervulling van hun bijzondere taak niet wordt verhinderd. De Verdragsregels, in het bijzonder de mededinging- en

15. V.zr. Rb. Maastricht 3 mei 2010, LJN BM3162.

16. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, Pb. EU 2008/C 155/02.

17. ABRvS 23 februari 2011, LJN BP5454.

18. Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 met betrekking tot staatssteun N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland – risicovereveningssysteem en behoud van reserves.

19. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a. / Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81.

20. Besluit van de Commissie van 13 mei 2003, N 46/2003, *Ierland*.

staatssteunregels, zijn dus beperkt toepasbaar op DAEB-ondernemingen. Die afwijking geldt alleen indien de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. De sleutelbegrippen ‘economische activiteit’, ‘dienst van algemeen belang’ en ‘belast zijn met een DAEB’ spelen bij de vaststelling van een DAEB een cruciale rol. Ten eerste moet er dus sprake zijn van een economische activiteit. Onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een markt.<sup>21</sup> Het Hof van Justitie heeft in de arresten *Pavlov* en *Ambulanz Glöckner*, kort gezegd, aangegeven dat zorgaanbieders hun diensten op een markt aanbieden en daarvoor een vergoeding ontvangen en derhalve economische activiteiten verrichten.<sup>22</sup> Ten tweede moet er sprake zijn van een dienst waarmee een publiek belang gemoeid is dat niet of onvoldoende marktconform kan worden gegarandeerd. De Commissie heeft het als volgt geformuleerd:

‘Volgens dit concept heeft iedereen recht op toegang tot bepaalde, als onontbeerlijk beschouwde diensten en zijn dienstverleners verplicht welomschreven diensten onder specifieke voorwaarden aan te bieden, waaronder de voorwaarde dat de dienst op het gehele grondgebied beschikbaar moet zijn tegen een betaalbare prijs.’<sup>23</sup>

Uit dit document blijkt dat het begrip DAEB een flexibel en dynamisch concept is dat op nationaal niveau kan worden bepaald, maar wel aan bepaalde Europese basisprincipes dient te voldoen. Kern van de Europese basisprincipes is dat enerzijds ondernemingen daadwerkelijk verplichtingen worden opgelegd om bepaalde diensten te leveren die – zonder overheidsingrijpen – niet door de markt zouden worden geleverd en dat anderzijds alle gebruikers toegang moeten hebben tot die diensten. Deze basisprincipes houden verband met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets die in artikel 106 lid 2 VWEU is opgenomen. Het is dus uitdrukkelijk aan de lidstaten, met inachtneming van de basisprincipes, om te bepalen wat zij als dienst van algemeen belang beschouwen. Het kan per lidstaat verschillen welke diensten van algemeen belang zijn.

Het inroepen van de DAEB-uitzondering vereist ten derde dat een onderneming daadwerkelijk belast is met een DAEB door een handeling van de overheid.<sup>24</sup> Dit geldt zeker voor het verstrekken van compensatiesteun voor het verrichten van een DAEB. In het *Altmark*-arrest heeft het Hof van Justitie duidelijk aangegeven

dat de overheidshandeling een duidelijke adressant moet kennen en duidelijk omschreven verplichtingen.<sup>25</sup>

Terug naar het *BUPA*-arrest. In het *BUPA*-arrest heeft het Gerecht het standpunt van de Commissie bevestigd dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als DAEB beschouwen, waardoor controle door de Commissie beperkt is tot het zoeken naar een kennelijke beoordelingsfout.<sup>26</sup> Het Gerecht overwoog daarbij dat de gezondheidssector op basis van de artikelen 168<sup>27</sup> en 5 VWEU nagenoeg uitsluitend onder de bevoegdheid van de lidstaten valt.<sup>28</sup> Het Gerecht bevestigde het oordeel van de Commissie dat de Ierse verzekeraars belast waren met een openbare dienstverplichting en dat van een kennelijke beoordelingsfout van de Ierse overheid geen sprake was. Wat betreft de vraag of de compensatie aan zorgverzekeraars kwalificeert als staatssteun worden de criteria van het *Altmark*-arrest toegepast.<sup>29</sup> In het *Altmark*-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat indien 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, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 107 lid VWEU valt. In het *BUPA*-arrest oordeelde het Gerecht dat de bijdragen niet als staatssteun moesten worden aangemerkt omdat het ging om een compensatie voor het uitvoeren van DAEB.

Een andere – vooral voor Nederlandse zorgverzekeraars – belangrijke zaak betreft de zaak Nederland – risicovereveningssysteem en behoud van reserves,<sup>30</sup> waarin de Commissie een oordeel moest geven over (de financieringsmethodiek van) het risicovereveningssysteem. Nederland hanteert – net als Ierland – een risicovereveningssysteem tussen particuliere ziektekostenverzekeraars. In deze zaak ging het om de vraag of de zorgverzekeraars belast zijn met een DAEB alsmede om de vraag of genormeerde bijdrage door de overheid van de verwachte kosten van een zorgverzekeraar als staatssteun kwalificeert. De Commissie kwam tot de conclusie dat de Nederlandse zorgverzekeraars belast zijn met een

21. HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85, *Commissie/Italië*, Jur. 1987, p. 2599, punt 7.

22. Resp. HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98, Jur. 2000, p. I-6451 en HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, Jur. 2001, p. I-8089.

23. Witboek van 2004 over diensten van algemeen belang COM (2004) 374, p. 8.

24. GvEA 13 juni 2000, gevoegde zaken T-204 en 270/97, *EPAC*, Jur. 2000, p. II-2267, r.o. 125-128.

25. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Almark GmbH (Altmark Trans)*, Jur. 2003, p. I-7747.

26. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81, punt 166.

27. Voorheen art. 152 EG-Verdrag.

28. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *BUPA*, reeds aangehaald, punt 167.

29. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, Jur. 2003, p. I-7747.

30. Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 met betrekking tot staatssteun N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland – risicovereveningssysteem en behoud van reserves.



openbare dienstverplichting.<sup>31</sup> Deze openbare dienstverplichting kon worden afgeleid uit het conglomeraat van voorwaarden en beperkingen die de overheid aan de verzekeraars oplegt. Het gaat daarbij om de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie, de verplichting om landelijk te werken, de verplichting tot het opnemen van bepaalde risico's in het verzekeringspakket en het onderworpen zijn van zorgverzekeraars aan specifiek toezicht. De Commissie keurde het Nederlandse systeem op basis van artikel 106 lid 2 VWEU goed.<sup>32</sup>

#### Steuverlening aan zorgaanbieders; intracommunautair handelsverkeer geraakt?

Op het gebied van steunverlening aan zorginstellingen zijn er op Europees niveau met name drie zaken van belang. Op de eerste plaats de zaak *Ierse Ziekenhuizen*.<sup>33</sup> In deze zaak moest de Commissie een oordeel geven over een fiscale regeling, op basis waarvan particulieren op relatief gunstige voorwaarden konden beleggen in de aanleg van ziekenhuisgebouwen. Hierdoor werden particuliere personen bevoordeeld en slechts indirect de betrokken ziekenhuizen. Desalniettemin was de Commissie van oordeel dat er wel een voordeel werd verschaft aan de betrokken ziekenhuizen en dat aan die voorwaarde voor staatssteun dus was voldaan. Aan de voorwaarde dat het intracommunautaire handelsverkeer moet zijn geraakt werd evenwel niet voldaan. De Commissie stelde allereerst vast dat de betrokken ziekenhuizen op een geliberaliseerde markt actief zijn en er derhalve in potentie sprake kan zijn van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.<sup>34</sup> Echter, de Commissie was tevens van oordeel dat vanwege de zeer specifieke omstandigheden van het geval de beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer in de praktijk niet aanwezig was, met name vanwege het non-discriminatoire karakter van de regeling, de beperkte omvang van de geldelijke voordelen en het feit dat er sprake was van een tekort aan ziekenhuisbedden op lokaal niveau. Derhalve kwam de Commissie tot het eindoordeel dat geen sprake was van de toepasselijkheid van artikel 107 VWEU.

De tweede belangrijke zaak betreft de Commissiebeschikking België, Financiering van openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk van het Brussels hoofdstedelijk gewest van 28 oktober 2009.<sup>35</sup> In deze zaak was de centrale vraag of de door lagere overheidslichamen aan de openbare ziekenhuizen opgelegde verplichtingen kwalificeerden als DAEB alsmede of de compensatie die daarvoor werd verleend in overeenstemming was met de *Altmark*-criteria. Maar eerst moest de Commissie de

vraag beantwoorden of de betrokken ziekenhuizen economische activiteiten verrichten en het intracommunautaire handelsverkeer wel werd geraakt door de financieringssysteem van openbare ziekenhuizen in België. De Belgische regering had zich namelijk onder meer op het standpunt gesteld dat de betrokken activiteit, die bestaat uit medische verzorging, spoedeisende hulp en ondersteunende diensten die rechtstreeks verband houden met de hoofdactiviteit, een activiteit is van algemeen belang en van niet-economische aard die verband houdt met het fundamentele recht op gezondheid en die zonder winst oogmerk wordt verricht. Verder meende de Belgische regering dat gelet op de structuur van de sector en het plaatselijke karakter van de diensten die de openbare ziekenhuizen verrichten, de financieringsmaatregelen geen effect hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten. De Belgische overheid benadrukte dat de betrokken maatregelen slechts bedoeld zijn om de zorgverstrekking aan achtergestelde patiënten te financieren en dat de Commissie, naar het voorbeeld van de positie die is ingenomen in de beschikking inzake staatssteun N 543/2001101 met betrekking tot de overheidssteun ten gunste van bepaalde ziekenhuizen in Ierland, moest besluiten dat de betrokken maatregelen niet van invloed kunnen zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Ten aanzien van de vraag of ziekenhuizen economische activiteiten verrichten, oordeelde de Commissie onder verwijzing naar onder meer de arresten *Pavlov* en *Ambulanz Glöckner* kort gezegd, dat ziekenhuizen hun diensten op een markt aanbieden en daarvoor een vergoeding ontvangen en derhalve economische activiteiten verrichten. Wat betreft het vereiste dat het intracommunautaire handelsverkeer kan worden geraakt verwijst de Commissie naar vaste rechtspraak waarin is bepaald dat iedere toekenning van steun, hoe gering ook, aan een onderneming die activiteiten uitoefent op de communautaire markt mededingingsvervalsing kan veroorzaken en het handelsverkeer tussen de lidstaten negatief kan beïnvloeden<sup>36</sup> en het daarbij niet afhangt van de plaatselijke of regionale aard van de geleverde dienst. De Commissie verwijst daarbij onder meer naar het *Heiser*-arrest<sup>37</sup> dat hieronder nog wordt besproken.<sup>38</sup> De Commissie merkt vervolgens op dat de sector van de intramurale gezondheidszorg het voorwerp uitmaakt van intracommunautair handelsverkeer. Steunverlening aan een onderneming in deze sector kan tot gevolg hebben dat ondernemingen uit andere lidstaten minder kans maken om door te dringen op de markt van de lidstaat. De Commissie wijst daarbij ook op de grensoverschrijdende mobiliteit van patiënten, al merkt de Commissie

31. Overigens kwam het Hof van Justitie in het arrest *AOK*, zaak C-264/01, tot de conclusie dat de Duitse ziekenfondsen niet kwalificeerden als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels. Het hangt dus af van de inrichting van het socialeziektekostenstelsel of verzekeraars kwalificeren als ondernemingen.  
32. Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 met betrekking tot staatssteun N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland – risicovereeningssysteem en behoud van reserves.  
33. Steunmaatregel N 534/2001 van 27 februari 2002.  
34. Randnr. 19, Steunmaatregel N 534/2001.  
35. Steunmaatregel NN 54/2009.

36. HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79, *Philips Morris/Commissie*, Jur. 1980, p. 2671, punten 11 en 12, en HvJ EG 30 april 1998, zaak T-214/95, *Het Vlaamse Gewest/Commissie*, Jur. 1998, p. II-717, punten 48 tot 50.  
37. HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03, *Heiser*, Jur. 2005, p. I-1627, punten 32-33.  
38. Verder verwijst de Commissie naar het arrest van 24 juli 2003 in zaak C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsident Magdeburg*, Jur. 2003, p. I-7747, punten 81-82.

tegelijkertijd op dat dit fenomeen slechts een geringe omvang heeft op de markt voor intramurale gezondheidszorg en dat deze zorg over het algemeen dicht bij de woonplaats van de patiënt wordt verstrekt. Afgezien van spoedgevallen komt grensverkeer van patiënten vooral voor in de grensregio's of voor specifieke klachten.<sup>39</sup> Toch kon de Commissie niet uitsluiten dat het handelsverkeer tussen de lidstaten in dit geval negatief werd beïnvloed, al zou dat slechts in beperkte mate zijn. De Commissie kwam dus uiteindelijk tot het oordeel dat in dit geval wel aan alle criteria was voldaan van artikel 107 VWEU.

Vervolgens concludeerde de Commissie dat de openbare ziekenhuizen in Brussel wel belast zijn met openbare dienstverplichtingen die zijn vastgelegd in de wet én die zijn geformuleerd door lagere overheidsorganen. De lagere overheidsorganen legden de verplichting op een ieder te behandelen (ook buiten de spoedeisende hulp) en om een volledig pakket aan ziekenhuisvoorzieningen te bieden op al hun locaties.<sup>40</sup> De compensatie die aan de ziekenhuizen was verleend werd echter niet in overeenstemming met de *Altmark*-criteria geacht omdat niet voldaan werd aan het vierde criterium.<sup>41</sup> De Commissie keurde de maatregelen uiteindelijk wel goed onder artikel 106 lid 2 VWEU, maar wel na een uitvoerige analyse van noodzakelijkheid en evenredigheid van de maatregelen.

In het Preadvies 2009 van de Vereniging van Gezondheidsrecht gaan Van de Gronden en Sluijs zover dat zij menen dat ziekenhuizen en vrije beroepsbeoefenaren in Nederland gelet op de huidige wet- en regelgeving ook belast zouden zijn met een DAEB.<sup>42</sup> Eerder stelden Algera en Sluijs al dat dit ook zou gelden voor AWBZ-instellingen.<sup>43</sup> Daar is op zich wat voor te zeggen gelet op de hiervoor besproken beschikking inzake de Belgische ziekenhuizen.<sup>44</sup> Wellicht dat de redenering ook kan worden toegepast op Nederlandse zorginstellingen. Wat daar ook van zij, het verdient vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur dat de overheid een onderneming of een groep van ondernemingen expliciet belast met een DAEB.

Op de derde plaats is in dit verband de uitspraak van het Hof van Justitie op het gebied van steunverlening aan gespecialiseerde tandartsen van belang. In de prejudiciële beslissing in de zaak *Heiser*<sup>45</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat een Oostenrijkse btw-vrijstelling voor tandartsen de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden. De

Oostenrijkse regering was van mening dat de invloed van de maatregel op de handel tussen lidstaten niet merkbaar was, gelet op de bijzonderheden van de medische dienstverrichtingen die vooral een regionaal karakter hebben. Het Hof van Justitie verwijst naar het *Altmark*-arrest waarin is geoordeeld dat de plaatselijke of regionale aard van de geleverde diensten of de omvang van het betrokken werkterrein niet bepalend is voor de vraag of een steunmaatregel het handelsverkeer tussen lidstaten kan beïnvloeden.<sup>46</sup> Vervolgens komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat niet kan worden uitgesloten dat gespecialiseerde tandartsen als Heiser concurreren met hun in een andere lidstaat gevestigde collega's, waardoor voldaan was aan deze toepassingsvoorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU. Het Hof van Justitie was voorts van oordeel dat ook aan de overige criteria van artikel 107 VWEU was voldaan, waardoor sprake was van staatssteun.

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het feit dat zorginstellingen vaak actief zijn op lokale of regionale markten zelden een argument vormt voor de niet-toepasselijkheid van de staatssteunregels. Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat lidstaten die zich willen beroepen op het ontbreken van een effect op het interstatelijk handelsverkeer moeten bewijzen dat is uitgesloten dat de betreffende zorginstellingen concurreren met zorgaanbieders die in andere lidstaten gevestigd zijn. Door de voortschrijdende liberalisering van bijna alle deelsectoren in de zorg in Nederland en daarmee de kansen voor buitenlandse ondernemingen om actief te worden op de Nederlandse zorgmarkt, moet ervan uit worden gegaan dat steun aan zorginstellingen in Nederland onder het regime van de staatssteunregels valt. Slechts in uitzonderingsgevallen, zoals in de *Ierse ziekenhuizen*-zaak, ontsnappen zij aan die regels. Wel lijkt de toepassing van de uitzonderingsgrond van artikel 106 lid 2 VWEU, soelaas te kunnen bieden, zoals blijkt uit de *Brusselse ziekenhuis*-zaak. Hetzelfde geldt voor steunverlening aan zorgverzekeraars.

## Herziening DAEB-pakket

Op 23 maart 2011 heeft de Commissie in een Mededeling over DAEB en staatssteun aangegeven zich te gaan richten op een meer diverse en proportionele toepassing van de staatssteunregels over DAEB. De Commissie wil de regels duidelijker, efficiënter en eenvoudiger maken. Daarnaast is de Commissie van plan om de doelmatigheid van de regels te verbeteren en meer aandacht te geven aan het lokale karakter van DAEB bij de toepassing van de staatssteunregels, die in de artikelen 14 en 106 lid 2 VWEU en het zogenoemde *Altmark*-pakket te vinden zijn. In dit verband heeft de Commissie een consultatie over DAEB gehouden en daarvoor heeft zij het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's om advies gevraagd.

39. Randnr. 129, steunmaatregel NN 54/2009.

40. Zie voor een uitgebreide bespreking van de beschikking: L. Hancher en W. Sauter, 'Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en diensten van algemeen economisch belang: doelmatigheid vereist?', *NTER* 2010/9.

41. De compensatie was niet vastgesteld op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben moeten maken.

42. J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, *De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt*, Preadvies 2009, Gezondheidszorg en Europees recht.

43. W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', *M&M* 2007/5.

44. Steunmaatregel NN 54/2009.

45. HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03, *Heiser*, *Jur.* 2005, p. I-01627.

46. Punten 81-82.

Inmiddels zijn de conceptteksten gepubliceerd. De conceptteksten bevatten met name een codificatie van de jurisprudentie van de afgelopen jaren. Voor de zorgsector is van belang dat de Commissie het vrijstellingbesluit voor DAEB op grond van artikel 106 lid 2 VWEU, van toepassing wil verklaren op zowel ziekenhuizen als zorginstellingen die zorg verlenen aan kwetsbare groepen, zoals kinderen, ouderen en verstandelijk gehandicapten.<sup>47</sup> Het vrijstellingsbesluit kan echter enkel worden toegepast als de betrokken onderneming met de verantwoordelijkheid voor de DAEB wordt *belast* door middel van een officieel besluit dat aan bepaalde voorwaarden moet voldoen, zoals de beschrijving van de inhoud en duur van de DAEB en de parameters voor de berekening, de controle en herziening van de compensatie.<sup>48</sup> Daarnaast zal er nog een kaderregeling worden vastgesteld waarin uiteengezet wordt op welke voorwaarden staatssteun ten behoeve van DAEB's, die niet onder de toepassing van het vrijstellingsbesluit vallen, verenigbaar verklaard kan worden op grond van artikel 106 lid 2 VWEU.<sup>49</sup> Tot slot zal er ook nog een Mededeling worden vastgesteld waarin een algemene toelichting wordt gegeven op de basisbegrippen die aan de toepassing van de staatssteunvoorschriften voor DAEB's ten grondslag liggen.<sup>50</sup> Deze regelgeving zal naar verwachting in januari 2012 aangenomen worden.<sup>51,52</sup>

## Belang ontwikkelen DAEB-beleid

In Nederland komt de kern van de problematiek erop neer dat de overheid wel heeft gekozen voor introductie van marktwerking in de zorg, maar tegelijkertijd (nog steeds) geen duidelijke keuze heeft gemaakt op welke manier de publieke belangen moeten worden

beschermd. De NZa constateerde in haar advies 'Zorgaanbieders met financiële problemen in het nieuwe zorgstelsel' van juni 2009 dat er ook geen operationele definitie is van het begrip 'continuïteit van de zorg'. Nergens is vastgelegd welk type zorg noodzakelijk of essentieel zou zijn en volgens welke normen de continuïteit van de zorg moet zijn verzekerd.

Wellicht komt daarin nu langzaam verandering met het voorstel tot wijziging van de Wmg. Met het wetsvoorstel worden waarborgen in de Wmg ingebouwd in de vorm van een beschikbaarheidsbijdrage die ter beschikking kan worden gesteld als zorginstellingen in financiële problemen komen.<sup>53</sup> Daarbij wordt de mogelijkheid geschapen dat de NZa een zorginstelling op grond van een nieuw in te voegen bepaling in artikel 56a Wmg wordt belast met een dienst van algemeen economisch belang.<sup>54</sup> Uit het wetsvoorstel lijkt naar voren te komen dat instellingen *tijdelijk* kunnen worden belast met een DAEB. Zo melden de minister en staatssecretaris van VWS in hun brief aan de Tweede Kamer:<sup>55</sup>

'De beleidsregel Steunverlening van de NZa zal daarom vervallen op het moment dat de NZa, na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel Aanvulling Instrumenten Bekostiging WMG, de mogelijkheid heeft om een beschikbaarheidsbijdrage vast te stellen. Specifieke kosten voor overname van zorgactiviteiten na een faillissement, die niet uit de reguliere tarieven kunnen worden betaald, kunnen dan onder voorwaarden worden bekostigd. Zo zorgen wij ervoor dat de continuïteit van cruciale zorg altijd gewaarborgd en adequaat bekostigd wordt.'

Als het inderdaad zo is dat de DAEB aldus van tijdelijke aard is, dan dringt de vraag zich op hoe dit zich verhoudt tot artikel 106 lid 2 VWEU. Het lijkt immers niet goed denkbaar dat dienstverlening die door verschillende aanbieders wordt geleverd, alleen in het geval van een faillissement zoals in de brief van VWS bedoeld, ineens als DAEB kwalificeert en in andere gevallen niet.

## Conclusie

In Nederland lijkt een voorzichtige kentering zichtbaar te worden in de wijze waarop de Nederlandse overheid omgaat met staatssteun in de zorgsector. Daarbij lijkt de

47. Zie art. 1, onderdelen b en c, van het ontwerp-Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen.

48. Zie art. 3 van het ontwerp-Besluit.

49. Draft Communication from the Commission EU framework for State aid in the of public service compensation (2011) (vooralsnog alleen in het Engels beschikbaar).

50. Ontwerp-Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de EU-staatssteunregels op compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen belang.

51. Zie voor meer informatie over de herziening van het DAEB-pakket: [www.ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/index\\_en.html](http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html).

52. Overigens zal er ook een aparte DAEB-de-minimisvrijstelling worden geïntroduceerd waarbij er geen meldingsplicht geldt voor compensaties tot 150 000 euro per belastingjaar verleend aan ondernemingen met een jaaromzet van minder dan 5 miljoen euro. Deze de-minimisregel geldt evenwel uitsluitend voor steun die wordt verleend door lokale overheden die een bevolking hebben van minder dan 10000 inwoners (zie art. 2 van de ontwerp-verordening van de Commissie betreffende de toepassing van de art. 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang verrichten).

53. Wetsvoorstel aanvulling instrumenten bekostiging WMG (*Kamerstukken* 32 393).

54. Het betreft lid 7 van het nieuw in te voegen art. 56a, dat komt te luiden: 'Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald of en in welke gevallen Onze minister of de zorgautoriteit, onder daarbij te stellen voorwaarden, voorschriften of beperkingen, zorgaanbieders kunnen aanwijzen die worden belast met een dienst van algemeen economisch belang als bedoeld in artikel 106, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie of een dienst van algemeen belang als bedoeld in Protocol nr. 26 bij het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.'

55. Brief van de minister en staatssecretaris van VWS 'Waarborgen voor continuïteit van zorg' van 27 april 2011 aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

overheid zich langzaam te realiseren dat de keuze voor marktwerking in de zorg ook inhoudt dat de inzet van staatsmiddelen in de zorgsector in beginsel aan dezelfde strikte normen is gebonden als in willekeurig welke andere sector van de Nederlandse economie. Ook begint het besef door te sijpelen dat het van groot belang is dat de overheid bepaalde cruciale zorg aanwijst als DAEB, waarmee verzekerd wordt dat ook deze zorg voor een ieder toegankelijk en betaalbaar blijft op een kwalitatief hoog niveau en dat tegelijkertijd het *level playing field* tussen de zorgaanbieders wordt gewaarborgd. Bovendien is het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor de zorgaanbieders van belang dat zij weten welke zorg kwalificeert als DAEB. Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat de lidstaten op het punt van het aanwijzen van DAEB een ruime discretionaire bevoegdheid hebben. Maar dan moeten wel duidelijke keuzes worden gemaakt. De vraag is of de wijze waarop dat is vormgegeven in de voorgenomen wijziging van de Wmg – door middel van de aanwijzing van een *tijdelijke* dienst van algemeen (economisch) belang – de toets van artikel 106 lid 2 VWEU kan doorstaan.