

Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg

W. Sauter*

Het begrip ‘Diensten van algemeen economisch belang’ (DAEB) is een Europeesrechtelijk concept¹ dat dient om een brug te slaan tussen de behartiging van legitieme publieke doelen op nationaal niveau enerzijds en de regels voor vrij verkeer, mededinging en staatssteun anderzijds. Het belasten van ondernemingen met een DAEB dient tot het garanderen van de verstrekking van een universele dienst. Deze bijdrage stelt voor bij het instellen van DAEB een gestructureerde toets te hanteren waarbij het begrip marktfalen en het afwegen van zoveel mogelijk marktconforme oplossingen centraal staan. Verder wordt ingegaan op de vraag of DAEB relevant zijn voor de curatieve zorg.

De Rol van DAEB in het EG recht

Het EG recht kent in beginsel een binair systeem. Er is hetzij sprake van staatsverstrekking van diensten respectievelijk verstrekking gebaseerd op solidariteit, waarbij de mededingingsregels in het geheel niet van toepassing zijn, hetzij sprake van levering door een onderneming, waarbij het mededingingsrecht onverkort van toepassing is. Het ondernemingsbegrip dat wordt gehanteerd is een functioneel begrip: nationaalrechtelijke kwalificaties zijn dus niet relevant.

Tegelijkertijd kunnen de op basis van staatsverstrekking danwel door ondernemingen geleverde diensten feitelijk zeer vergelijkbaar of zelfs identiek zijn. Dit heeft een para-

doxaal resultaat. Verticaal geïntegreerde diensten die door overheden worden geleverd worden genegeerd door het Verdrag, terwijl zelfs een kleine dosis concurrentie bij het leveren van diezelfde diensten ertoe kan leiden dat de verdragsregels in hun volle gestrengheid worden toegepast zodat legitieme openbare belangen in het gedrang kunnen raken.

Het is duidelijk dat dit binaire of zwart-wit systeem leidt tot problemen bij gedeeltelijke of gefaseerde liberalisering en bij hybride systemen die marktwerking met overheidsingrijpen combineren: de grijstinten die de werkelijkheid doorgaans kenmerken. Dit is problematisch omdat gedeeltelijke liberalisering vaak niet alleen een politieke noodzaak is maar ook wenselijk kan zijn teneinde de stabiliteit van het systeem te garanderen. Het kan bijvoorbeeld nuttig zijn om te voorzien in een overgangsfase of om te experimenteren met vrijheidsgraden bij de transitie naar marktwerking.

Als enige uitzondering op bovengenoemd binair systeem bieden DAEB een uitweg uit dit dilemma. Doel van het DAEB concept is het treffen van een balans tussen publieke doeleinden op nationaal niveau en marktgerichte Verdragsregels op Europees niveau. Daarom zijn proportionele mededingingsbeperkingen toegestaan ten bate van onderne-

Wolf Sauter werkt voor de Nederlandse Zorgautoriteit en is als extramurale fellow verbonden aan het Tilburg Centre for Law and Economics (TILEC). Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

1 Zie ook Slot, Park en Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’ in 2007 Markt en Mededinging nr. 4, p. 101. Hierin wordt ook het verschil tussen diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang nader geduid. Vergelijk Baquero Cruz, ‘Beyond Competition : Services of General Interest and European Community Law’ in G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State : In Search of Solidarity* (Oxford : OUP, 2005), p. 169 e.v.; Buendia Sierra, Hoofdstuk 6: ‘Article 86’ in J. Faull and A. Nikpay (red.), *The EU law on competition* (Oxford: OUP, 2e ed., 2007), p. 593 e.v.

mingen die zijn belast met een DAEB. Op deze wijze is maatwerk per specifieke DAEB mogelijk. Dit maakt DAEB geschikt voor gedeeltelijke liberalisering, voor hybride systemen (zoals markten met overheidsbemoedienis) en voor de overgang naar marktwerking. Overigens kent ook het Nederlandse mededingingsrecht een DAEB uitzondering.

Voor een DAEB zijn vereist:

- het bestaan van een algemeen economisch belang (legitiem doel)
- een onderneming die is belast met een DAEB (bij wettelijk voorschrift of besluit)
- alleen daartoe proportionele (noodzakelijke) beperkingen op mededinging, vrij verkeer en staatssteun.

De begrippen DAEB en universele dienst speelden een sleutelrol bij de liberalisering van de netwerksectoren. Nu de liberalisering van de zorg op gang komt worden DAEB ook op dit gebied steeds relevanter. Op Europees niveau ligt op dit moment de *Azivo* zaak over het Nederlandse risicovereveningsstelsel voor bij het GvEA². Op nationaal niveau zal het DAEB concept vooral aan de orde komen in fusiezaken in de zorg en speelt het een rol bij vraagstukken over de mogelijke verdere liberalisering van zorgmarkten.

In Nederland zijn de ziekenhuismarkten een belangrijk voorbeeld van een sector die op het moment strikt gereguleerd is waar de overheid overweegt om meer concurrentie toe te staan. Daarom is een analyse van de mogelijke rol van DAEB in deze context opportuun.

Achtergrond

Het DAEB begrip is oorspronkelijk afkomstig uit artikel 86(2) EG. In de loop van een meer dan tien jaar durende politieke discussie,³ gevoed door arresten van het HvJ EG⁴ die de relevantie van het DAEB begrip onderstreepten, is dit artikel aangevuld met verwijzingen naar DAEB in artikel 16 EG Verdrag en artikel 36 van het Handvest van de grondrechten in de Europese Unie. Recentelijk is tijdens de Europese Raad van juni 2007 op Nederlands initiatief een Protocol over diensten van algemeen (economisch) belang toegevoegd.⁵ Het ontwerp Hervormingsverdrag bevat voorts een wijziging van artikel 16 (wordt 14) EG die een basis schept voor wetgeving op dit front door het Europees Parlement en de Raad.

Samenvattend kan echter worden gesteld dat deze discussie weinig concreets heeft toegevoegd aan artikel 86(2) EG. Er is dan ook vooral sprake geweest van een defensieve actie van de Europese Commissie om zich te weer te stellen tegen verlangens naar een algemene 'openbare dienst' exceptie die hele bedrijfstakken van de verdragsregels zou uitzonderen. Om dit doel (geen verandering ten opzichte van artikel 86(2) EG en de jurisprudentie terzake) te bereiken is wijdlopig vergaderd en geconsulteerd. Wel opvallend is de toevoeging van 'een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker' in het Nederlandse Protocol die extra richting geeft aan de universele dienst (zie verder hierna). Enigszins cynisch presenteert De Europese

Commissie dit Protocol nu als de kern van de lang verwachte verduidelijking die in het bijzonder een kaderrichtlijn overbodig maakt.⁶

Op Europees niveau werd in dezelfde periode overigens ook nog een andere belangrijke trend gezet. In de netwerksectoren speelde de DAEB een sleutelrol omdat het mogelijk bleek overeenstemming te bereiken over liberalisering van deze sectoren door op Communautair niveau door middel van harmonisatiewetgeving universele dienst verplichtingen op te leggen.⁷ Hieruit bleek duidelijk hoezeer in voorheen beschermde sectoren het nauwkeurig definiëren en inkaderen

2 GvEA, zaak T-84/06, *Azivo v Commissie*, beroep ingesteld op 13 maart 2006.

3 COM(2004) 374 def., Witboek over diensten van algemeen belang; COM(2003) 270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang; COM(2001) 598 def. Verslag aan de Europese raad van Laken – Diensten van algemeen belang; Mededeling van de Commissie, Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb EG* 2001, C 17/4; De diensten van algemeen belang in Europa, *Pb EG* 1996, C 281/3. Zie ook noot 6.

4 Met name vanaf HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88 Randaparatuur Richtlijn, *Jur.* 1991, p. I-1223; HvJ EG 17 november 1992, gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/90 Dienstenrichtlijn, *Jur.* 1992, p. I-5833; HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau*, *Jur.* 1993, p. I-2533.

5 'Protocol betreffende diensten van algemeen belang. De Hoge Verdrag-sluitende Partijen, Wensend het belang van diensten van algemeen belang te benadrukken; Hebben overeenstemming bereikt over de volgende interpretatieve bepalingen, die aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zullen worden gehecht:

'Artikel 1 De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 16 van het EG-Verdrag omvatten met name:

- de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te machtigen en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;
- de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;
- een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker;

Artikel 2

De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te machtigen en te organiseren.'. Zie Europese Raad van Brussel 21/22 juni 2007, conclusies van het voorzitterschap, p. 21.

6 Zie COM(2007) 725 def. Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: Een nieuw Europees engagement, en de begeleidende documenten, met name SEC(2007) 1515, Commission Staff working document: Progress since the 2004 White paper on services of general interest.

van het publieke belang voorwaarden zijn voor (het bereiken van overeenstemming over) marktwerking.

Het gaat het bereik van deze bijdrage te buiten om op de Europese politieke verwickelingen nader in te gaan. Uiteindelijk blijft toch vooral artikel 86(2) EG van belang.

Juridische basis

Europees

De juridische basis voor DAEB in het Europese recht wordt dus gevormd door artikel 86(2) EG. Artikel 86 EG bevat naast een bijzonder regime voor DEAB ook regels voor ondernemingen met bijzondere en exclusieve rechten, en bevoegdheden voor de Europese Commissie met betrekking tot beide categorieën ondernemingen. Deze uitzonderingsregels hebben betrekking op alle bepalingen van het EG Verdrag, dus niet alleen op de mededingingsregels maar bijvoorbeeld ook op de vrij verkeer- en staatssteunregels.

Artikel 86 EG luidt als volgt:

1. *De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.*
2. *De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.*
3. *De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.*

Artikel 86 is gericht tot de Lidstaten, en niet direct tot ondernemingen. Het verbiedt de Lidstaten om met betrekking tot de in het artikel genoemde soorten ondernemingen maatregelen te nemen die strijdig zijn met het Verdrag met een beperkte uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang. Als zodanig kan artikel 86 EG worden gezien als een uitwerking van het beginsel van de Gemeenschaps-trouw dat in artikel 10 EG is neergelegd. Zowel de toepassing van de hoofdregel als van de uitzondering zijn onderworpen aan toezicht door de Europese Commissie.

Artikel 86(2) EG bevat dus een beperkte derogatie ten behoeve van diensten van algemeen economisch belang (en fiscale monopolies). Deze is beperkt tot gevallen waarin de Verdragsregels, in het bijzonder de mededingingsregels en de vrij verkeersregels, het uitoefenen van een taak van algemeen economisch belang in de weg zou staan, en waar de betref-

fende maatregelen van de Lidstaten niet in strijd zijn met het Gemeenschapsbelang. Hiermee worden dus eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit gesteld.

Nationaal

Iets vergelijkbaars geldt voor de bepalingen van nationaal mededingingsrecht die betrekking hebben op DAEB. De mededingingsregels gelden voor ondernemingen belast met DAEB alleen voor zover hen dit niet verhindert de hen opgedragen taak te vervullen. Dit is voor het karteltoezicht vastgelegd in artikel 11 Mw, voor misbruik van economische machtspositie in artikel 25 Mw en voor de fusiecontrole in artikel 41(3) Mw.

Zowel Europees als nationaal geldt dus voor ondernemingen belast met DAEB dat de gewone regels van toepassing zijn tenzij dit de vervulling van DAEB taken verhindert. In het vervolg van deze bijdrage worden steeds de Europese regels aangehaald – naar analogie geldt hetgeen besproken wordt ook op grond van de betreffende bepalingen van de Mw.

Begrippen en definities

Hieronder wordt kort ingegaan op een aantal begrippen dat centraal staat bij de toepassing van DAEB. Dit betreft in de eerste plaats de begrippen onderneming en solidariteit, gevolgd door de begrippen (het belast zijn met) DAEB en universele dienst.

Het ondernemingsbegrip

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het begrip 'economisch' in DAEB doelt op de aard van de betreffende activiteit, en niet op het onderliggende algemene belang. Dat algemene belang kan dus ook niet-economisch van aard zijn, en bijvoorbeeld de volksgezondheid betreffen.⁸ De notie van 'economische' diensten is van belang aangezien artikel 86(2) EG betrekking heeft op ondernemingen: overheden die als zodanig handelen zijn immers niet onderworpen aan de mededingingsregels.

7 Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, *Pb EG* 2003, L 176/57; Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG – Verklaringen met betrekking tot ontmantelings- en afvalbeheeractiviteiten, *Pb EG* 2003, L 176/37; Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, *Pb EG* 1998, L15/14; COM/2006/0594 def., Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 97/67/EG met betrekking tot de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap; Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *Pb EG* 2002, L108/51.

8 Buendia Sierra, Hoofdstuk 6: 'Article 86' in J. Faull and A. Nikpay (red.), *The EU law on competition* (Oxford: OUP, 2e ed., 2007), p. 644.

De eerste vraag is daarom hoe het begrip onderneming dient te worden afgebakend. De rechtspraak van het HvJ EG over dit onderwerp is functioneel van aard: dit betekent dat de juridische vorm die naar nationaal recht gehanteerd wordt irrelevant is.⁹ In plaats daarvan is van belang of de betreffende entiteit zich bezig houdt met een economische activiteit:

In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat (...) het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (...).¹⁰

Een economische activiteit wordt gedefinieerd als iedere activiteit die bestaat uit op een markt leveren van goederen of diensten,¹¹ in het bijzonder tegen betaling en wanneer economisch risico gedragen wordt. Ook het leveren van goederen of diensten onder concurrentie – of waar concurrentie (dus potentieel) mogelijk is – wordt gezien als het uitoefenen van een economische activiteit als onderneming.¹² Zo bepaalde het HvJ EG bijvoorbeeld ten aanzien van ambulancediensten in het Glöckner arrest.¹³ Dit leidt dan ook tot de conclusie dat slechts weinig organen die actief zijn in de gezondheidszorg niet als ondernemingen moeten worden gezien.¹⁴

Solidariteit

Financiële solidariteit en het uitsluiten van voorziening onder marktvoorwaarden zijn de voorwaarden die worden gesteld om een systeem te classificeren als uitsluitend dienend tot een sociaal doel. In dit geval worden de betrokken organisaties niet beschouwd als ondernemingen en uitgesloten van de werkingssfeer van het mededingingsrecht (maar niet van die van het vrij verkeer en de aanbestedingsregels). Hierbij worden factoren in aanmerking genomen als het doel en de verplichte aard van een systeem, de mate van overheidsbemoeyenis, herverdeling en de wijze waarop bijdragen worden berekend en aanspraken worden opgebouwd.¹⁵

Om te bepalen of de mededingingsregels van toepassing zijn wordt dus enerzijds nagegaan of een bepaalde organisatie actief is op een markt, respectievelijk of zijn activiteiten onder concurrentie uitgevoerd (zouden kunnen) worden, anderzijds of elementen van solidariteit de boventoon voeren. Als sprake is van een overheidsorgaan zijn de mededingingsregels niet van toepassing en is artikel 82(2) EG niet relevant. Betreft het echter een onderneming dan zijn de mededingingsregels van toepassing, en kan onder omstandigheden artikel 82(2) EG worden ingeroepen.

Diensten van algemeen economisch belang

Tot dusver bestaat geen definitie van DAEB, noch een definitieve lijst van de activiteiten die daaronder kunnen vallen. De meest gangbare uitleg is dat juist de bedoeling van het Verdrag is om de Lidstaten een zo ruim mogelijke vrijheid te laten bij het aanwijzen van DAEB. Bovendien is het concept DAEB dynamisch: de perceptie van wat hier onder dient te vallen varieert naar plaats en tijd. Het is dus mogelijk dat diensten die vandaag als DAEB beschouwd worden dat over vijf of tien jaar niet meer zijn, en vice versa. Dit is een

belangrijk gegeven voor de proportionaliteitstoets die dus evenmin absolute uitkomsten kan opleveren.¹⁶

Belast zijn met een DAEB door een overheidshandeling

Ongeacht het feit dat de categorie DAEB open geformuleerd is vereist het inroepen van een DAEB exceptie wel degelijk dat er sprake is van een onderneming die *belast is met* een DAEB. Dit moet gezien worden als een constitutieve handeling:

De ondernemingen die met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast, moeten met die taak zijn belast door een handeling van de overheid.¹⁷

Het HvJ EG heeft dit volstrekt duidelijk gemaakt met betrekking tot financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen. Om te voorkomen dat dergelijke compensatie als staatssteun wordt aangemerkt dient de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast te zijn met duidelijke omschreven openbare dienstverplichtingen.¹⁸ De overheids-handeling moet een duidelijke adressant kennen alsmede duidelijk omschreven verplichtingen en objectieve en doorzichtige parameters op basis waarvan de compensatie vooraf wordt vastgesteld. Deze compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de openbare dienstverplichting te dekken (inclusief een redelijke winst). Tenslotte wordt waar geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd de financiële compensatie berekend op basis van de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming.

Het regime ten aanzien van staatssteun en DAEB is verder uitgewerkt in een Kaderregeling en een Beschikking van

9 HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85 *Transparantierichtlijn*, *Jur.* 1987, p. 2599, r.o. 11.

10 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *Höfner*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 21.

11 HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98 *Pavlov*, *Jur.* 2000, p. I-6451, r.o. 73 e.v. en de verdere verwijzingen aldaar.

12 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *Höfner*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 22 and 23.

13 HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, p. I-8089, r.o. 20.

14 Hatzopoulos, 'Health law and Policy: The Impact of the EU', in G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity* (Oxford: OUP 2005), p. 111, op p. 148.

15 HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 and C-160/91 *Poucet and Pistre*, *Jur.* 1993, p. I-637; HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 *Freskot*, *Jur.* 2003, p. I-5263.; HvJ EG 11 juli 2006, zaak C-205/03 *P Fenin*, *Jur.* 2006, p. I-6295.

16 COM(2003) 270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang, p. 14.

17 GvEA 13 juni 2000, zaken T-204 en 270/97 *EPAC*, *Jur.* 2000, p. II-2267, r.o. 125-128 en de verdere verwijzingen aldaar.

18 HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 *Altmark Trans*, *Jur.* 2003, p. I-7747. Vergelijk HvJ EG 22 november 2001, zaak C-53/00 *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067.

de Commissie die hier niet verder behandeld worden.¹⁹ Het is wel vermeldenswaardig dat de Beschikking uitdrukkelijk de mogelijkheid schept om ziekenhuisbekostiging uit te zonderen van het vereiste om deze onder de staatssteunregels aan te melden indien deze bekostiging in een redelijke verhouding staat ten opzichte van de daadwerkelijke kosten voor het verlenen van de betreffende diensten, en ongeacht de hoogte van de betrokken bedragen, *mits deze diensten als DAEB zijn aangewezen*.²⁰

Alleen al deze bepaling zet een premie op een formele voorafgaande aanwijzing van ziekenhuisdiensten als DAEB (als een DAEB tenminste aan de orde is). Een duidelijke omschrijving van de onderhanden taak is bovendien niet alleen een constitutief vereiste maar ook van belang om een effectieve proportionaliteitsafweging te kunnen maken – en zoals hiervoor al genoemd staat de proportionaliteitstoets centraal bij de vraag of een DAEB Europeesrechtelijk aanvaardbaar is.

DAEB afgeleid uit context van wet- en regelgeving

De noodzaak van een expliciete overheidshandeling teneinde een onderneming met een DAEB te belasten is echter niet absoluut – tenminste waar financiële compensatie niet aan de orde is. Gebaseerd op een genereuze lezing van het Almelo arrest van het HvJ EG is de Europese Commissie tot nu toe kennelijk bereid om het bestaan van een DAEB eventueel af te leiden uit een complex van wet en regelgeving.²¹ De relevante passage luidt:

Gelet op het aldus omschreven belang van de Lid-Staten kan hen niet worden verboden, dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die zij deze ondernemingen opleggen.²²

In de Nederlandse wetgeving is een dergelijke mogelijkheid overigens expliciet opgenomen in de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet:

*Het belast zijn zal in beginsel dienen te blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan. Niet helemaal uit te sluiten is dat in zeer bijzondere gevallen zo'n taak, hoewel niet expliciet en als zodanig bij (formeel) besluit opgedragen, ook afgeleid kan worden uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten. In zo'n geval zal van overheidswege die taak in de praktijk ook als zodanig zijn erkend.*²³

Dit wil nog niet zeggen dat de Lidstaten een vrijbrief krijgen aangezien de DAEB op enigerlei wijze duidelijk onderscheiden dienen te zijn van andere economische activiteiten.²⁴ Omdat het bovendien geen gevallen van financiële compensatie voor het verrichten van DAEB kan betreffen (of deze zou

onderworpen zijn aan de staatssteunregels) is deze categorie DAEB waarschijnlijk van minder groot belang.

Universele dienst

De universele dienst is inhoudelijk de hoofdmoot van de DAEB: dit is immers wat er door het belasten van een of meer ondernemingen met DAEB bereikt moet worden. De volgende definitie van universele dienst is waarschijnlijk de meest duidelijke:

*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.*²⁵

Deze duiding van de universele dienst als enerzijds een universele aanspraak die consumenten geldend kunnen maken en als anderzijds een reeks van verplichtingen die worden opgelegd aan ondernemingen kenschetst de belangrijkste aspecten van het begrip universele dienst. Hieraan kan op basis van het hiervoor genoemde Protocol worden toegevoegd: 'een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker'.

De drie kerndoelstellingen van de gezondheidszorg in Nederland, te weten kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid passen goed bij een dergelijk begrip van universele dienst. Bij het opleggen van universele dienstverplichtingen aan door specifieke ondernemingen moeten dergelijke doelstellingen vervolgens in concrete producten worden vertaald.

19 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *Pb EG* 2005, C 297/4; en Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *Pb EG* 2005, L 312/67. Zie voor een verdere behandeling van dit aspect ook Slot, Park en Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd' in *M&M* 2007, p. 101 (nr. 4).

20 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005, hiervoor noot 18, *Pb EG* 2005, L 312/67, randnr. 16: 'Bijgevolg moeten ziekenhuizen die medische verzorging aanbieden met inbegrip van, indien van toepassing, spoedeisende hulp en ondersteunende diensten die met de hoofdactiviteiten rechtstreeks verband houden, met name op het gebied van onderzoek (...) ontheffing kunnen krijgen van de in deze beschikking neergelegde aanmeldingsverplichting, zelfs wanneer het door hen ontvangen compensatiebedrag de in deze beschikking vastgestelde drempels overschrijft, indien de uitgevoerde diensten door de lidstaten als diensten van algemeen economisch belang worden aangemerkt.'

21 Aid measure N46/2003 Risk equalization system – Ireland; Steunmaatregelen N 541/2004 and N 542/2004 Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem – Nederland.

22 HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94, *Almelo, Jur.* 1997, p. I-05699, r.o. 40.

23 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 64.

24 HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90 *Porto di Genova, Jur.* 1991, p. I-5889, r.o. 20.

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

De universele dienst geldt verder als een flexibel en dynamisch concept waarvan de basisprincipes op Communautair niveau kunnen worden bepaald, en dat vervolgens op nationaal niveau kan worden geïmplementeerd.²⁶ Zoals reeds eerder gememoreerd is het formuleren van universele dienstverplichtingen op communautair niveau de sleutel geweest tot de liberalisering van de netwerksectoren, aangezien op deze wijze de mogelijkheid tot liberalisering van de rest van deze sectoren werd vrijgespeeld. Voor de gezondheidszorg ligt een dergelijk proces gegeven het gebrek aan politiek draagvlak op Europees niveau vooralsnog minder voor de hand. Dit draagvlak bestaat wel in Nederland en daarom doet zich hier op nationaal niveau een vergelijkbare situatie voor: er kan meer ruimte ontstaan voor verdergaande liberalisering indien voor de belangrijkste publieke doelen met betrekking tot diensten die niet of onvoldoende marktconform kunnen worden gega-randeerd een universele dienst wordt afgebakend.

De reikwijdte van een DAEB geldt in de eerste plaats de universele dienst zelf. Daarbij komen onder omstandigheden die aanpalende diensten welke noodzakelijk zijn om het mogelijk te maken dat de universele dienst onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan worden voorzien (als het ware nevenrestricties), danwel de wijze van financiële compensatie voor de uitvoering van deze dienst.

De wijze waarop ondernemingen worden belast met een DAEB

Hierna komen achtereenvolgens de rol van marktfalen en proportionaliteit bij het afbakenen van een DAEB aan de orde. Vervolgens wordt voorgesteld om bij het belasten van een of meer ondernemingen met een DAEB een gestructureerde toets te gebruiken.

Marktfalen

Tot dusver wordt het debat over DAEB slechts zelden in economische termen gevoerd, in het bijzonder wat betreft het gebruik van het concept marktfalen.²⁷ Zowel de keuze voor DAEB als de proportionaliteitstoetsing van dergelijke maatregelen zouden echter juist goed op economische overwegingen gestoeld kunnen worden.

Het begrip marktfalen (en/of overheidsfalen) is een logisch beginpunt voor het formuleren van de reikwijdte van DAEB: tenslotte zal het alleen waar de markt niet reeds afdoende voorziet in essentieel geachte diensten nodig zijn dat marktpartijen in het publieke belang belast worden met het voorzien in dergelijke diensten. En eigenlijk kan alleen waar markten in afwezigheid van overheidsingrijpen zouden falen aan de proportionaliteitseis van noodzakelijkheid worden voldaan, die de crux is van de Europeesrechtelijke toetsing van DAEB.

Proportionaliteit

De proportionaliteitstoets draait erom te bepalen of de betrokken mededingingsbeperkingen noodzakelijk zijn en in een juiste verhouding staan tot het legitieme doel dat zij nastreven. Wat dit precies inhoudt is lastig te bepalen. Duidelijk is

dat DAEB als uitzondering op de hoofdregels van het EG Verdrag terughoudend moet worden uitgelegd. Duidelijk is ook dat er tenminste een causaal verband dient te bestaan tussen de beperking en het algemene belang dat wordt gediend.

Minder duidelijk is welke proportionaliteitstoets moet worden toegepast. Er bestaan namelijk twee hoofdvarianten, te weten de strenge toets, die vereist dat 'de minst beperkende maatregel' wordt toegepast, en de mildere (marginale) toets, die alleen bepaalt of de maatregel 'manifest disproportioneel' is. Het is tot nu toe niet eenduidig vast te stellen wanneer het HvJ EG voor welke toets kiest, terwijl deze keuze juist in belangrijke mate bepalend kan zijn voor de vraag of een maatregel al dan niet wordt toegestaan. Een factor die daarbij van belang kan zijn is in hoeverre er Europese regels op het betreffende gebied – en dus vrijheid van de Lidstaten om zelfstandig op te treden – bestaan: bij veel vrijheid geldt in beginsel een marginale toets, bij weinig vrijheid past de strengere toets.²⁸ Bij volledige harmonisatie kan dit betekenen dat geen enkele vrijheid overblijft.²⁹

Daarbij komt dat het HvJ EG in DAEB zaken herhaaldelijk een derde norm heeft toegepast:

*Nagegaan moet (...) worden, of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de houder van een uitsluitend recht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden.*³⁰

Het HvJ EG heeft dus open oog voor de financieringsproblematiek waarbij in het bijzonder aanvaardbaar kan worden geacht dat kruissubsidies worden gebruikt om de universele dienst te bekostigen.

Een vergelijkende analyse van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel door het HvJ EG gaat de reikwijdte van deze bijdrage te buiten. Feitelijk gaat het om de vraag of de onderneming die belast is met DAEB door de beperkingen op het Verdragsregime in staat wordt gesteld om zijn taak te vervullen, of dat deze beperkingen verder gaan dan nodig is. Voor de gestrengheid van de toets is de mate van harmonisatie van belang, hetgeen voor de gezondheidszorg betekent dat waarschijnlijk een marginale toets geldt. Als wordt gewerkt

26 COM(2003) 270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang, p. 16.

27 Zie echter Van de Gronden, 'The internal market, the state and private initiative: A legal assessment of national mixed public-private arrangements in the light of European law', 33 Legal Issues of European Integration 2006, p. 105-137; zie ook COM(2003) 270 def., Groenboek over diensten van algemeen belang, p. 3.

28 HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94 *Commissie v Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699.

29 HvJ EG 18 mei 2000, zaak C-206/98 *Commissie v België*, Jur. 2000, p. I-3509; vergelijk HvJ EG 5 oktober 1977, zaak 5-77 *Tedeschi v Den-kavit*, Jur. 1977, p. 1555.

30 HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089, r.o. 57. Vergelijk HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau*, Jur. 1993, p. I-2533, r.o. 14 e.v.; HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94 *Commissie v Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699, r.o. 52-53.

met een proportionaliteitsanalyse op basis van marktfalen zal echter ook de strengere toets doorgaans worden doorstaan.

Een gestructureerde aanpak

Om een logische volgorde aan te brengen in de afbakening van een DAEB en de daaronder vallende universele dienst wordt hieronder een aanpak voorgesteld die uit drie stappen bestaat.

Eerst moet de universele dienst worden benoemd. Dit betekent dat wordt bepaald welke rechten consumenten (moeten) hebben met betrekking tot een bepaalde dienst.

In de tweede plaats moet worden geanalyseerd welke van deze consumentenrechten ten gevolge van marktfalen niet of onvoldoende beschikbaar zouden zijn in een marktomgeving – i.e. nadat marktconforme middelen zijn ingezet om het marktfalen op te lossen – die het daarom noodzakelijk zouden maken om ondernemingen met een universele dienst te belasten. Hierbij wordt de precieze inhoud van de betreffende verplichtingen bepaald aan de hand van de volgende vragen:

Wat zou een proportionele oplossing zijn die een beroep op de DAEB exceptie zou rechtvaardigen? Is het noodzakelijk om aan alle ondernemingen in de markt verplichtingen op te leggen of kunnen een of meer aanbieders worden aangewezen die met DAEB worden belast? Ook hier moeten zo veel mogelijk marktconforme oplossingen worden gekozen.

Hebben de betrokken ondernemingen een ontheffing van bepaalde Verdragsverplichtingen nodig om hun taken effectief uit te kunnen voeren?

De derde vraag is of nevenrestricties noodzakelijk zijn.³¹ Is het noodzakelijk dat de betrokken ondernemingen rechten krijgen of verplichtingen krijgen opgelegd die verder gaan dan de reikwijdte van de universele dienstplicht?

Het antwoord op deze laatste vraag bepaalt dan de reikwijdte van de DAEB

Een handeling van overheidswege waarbij de onderneming(en) wordt/worden belast met de DAEB en een objectief, transparant en proportioneel financieel compensatiemechanisme zijn ten slotte noodzakelijk.

Het ligt – gegeven de hierboven genoemde dynamische aard van DAEB – ten slotte voor de hand dat een DAEB-aanwijzing periodiek (op basis van een redelijke termijn en/of nieuwe feiten en omstandigheden) wordt geëvalueerd en heroverwogen.

Redenen voor DAEB in de zorg

Hieronder wordt achtereenvolgens ingegaan op marktfalen in de zorg en de gebieden die mogelijk voor DAEB in aanmerking komen.

Marktfalen in de zorg

In zorgverzekeringsmarkten wordt algemeen het bestaan van de volgende twee soorten van marktfalen verondersteld:

Averechtse selectie (adverse selection): wanneer verzekeraar concurreren op het risicoprofiel van hun klanten door klanten met kleine risico's te werven en met grote risico's te weren, in plaats van te concurreren op het verlenen van diensten

Informatie asymmetrie: wat betekent dat de verstrekkers van gezondheidszorg veel betere informatie hebben over de noodzaak, aard en kwaliteit van de behandeling dan consumenten en verzekerden. Tegelijk hebben consumenten betere informatie over hun eigen gedrag dan de verzekeraar die als derde de zorg bekostigt. Dit leidt tot:

Moreel risico (moral hazard) aan de kant van producenten: het probleem dat producenten hetzij te veel produceren (meer dan doelmatig en sociaal wenselijk is) hetzij te weinig (minder dan doelmatig en sociaal wenselijk is), respectievelijk de verkeerde soort productie leveren, en/of tegen te lage kwaliteit en te hoge prijzen;

Moreel risico aan de kant van consumenten: het probleem dat het systeem van betalingen door derden (de verzekeraars) consumenten ertoe verleidt om meer gezondheidszorg te consumeren dan zij zouden doen als zij die zelf zouden moeten bekostigen.

In Nederland wordt dit marktfalen op de zorgverzekeringsmarkt geadresseerd door een algemene verzekeringsplicht en een verbod op risicoselectie en op premiedifferentiatie dat mogelijk wordt gemaakt door een risicovereveningsfonds (het delen van de slechte risico's door middel van compensatiebetalingen voor verzekerdenpopulaties met disproportioneel veel slechte risico's), een zorgplicht voor verzekeraars, en allerlei inspanningen die dienen om het verzamelen en uitwisselen van kwaliteitsgegevens te bevorderen.

Dit overheidsingrijpen beoogt om te zorgen dat het betreffende publieke doel – betaalbare algemene ziektekostenverzekeringen – wordt bereikt. Door enkele mededingingsbeperkingen in te voeren wordt op deze markt daadwerkelijke concurrentie (dus op de merites in plaats van op risicoselectie) eerst mogelijk. Volgens de Europese Commissie belast het achterliggende complex aan wet- en regelgeving de ziektekostenverzekeraars met een DAEB.³²

Asymmetrische informatie evenals problemen met betrekking tot moreel risico, averechtse selectie en principaal-agent problemen (waarbij producenten van gezondheidszorg te veel leveren) komen ook in andere zorgmarkten voor.

Consumenten van zorg zijn bijvoorbeeld onzeker en hebben asymmetrische informatie ten opzichte van zorg-

31 De toelaatbaarheid van nevenrestricties kwam voor het eerst aan de orde in HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau*, Jur. 1993, p. I-2533. Vergelijk ook HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089, r.o. 57.

32 Op dit moment voorwerp van beroep in GvEA, zaak T-84/06 *Azivo v Commissie*, beroep ingesteld op 13 maart 2006 tegen Steunmaatregelen N 541/2004 and N 542/2004.

verleners. Zij weten niet wanneer en op welke wijze zij zorg nodig zullen hebben (stochastische vraag), waar zij deze zouden moeten inkopen (idiosyncratische voorkeuren, zoek- en coördinatiekosten) en of een behandeling effectief is of zal zijn (ervarings- en vertrouwensgoederen).

Marktconforme oplossingen

Sommige van deze problemen kunnen grotendeels marktconform worden opgelost. Uiteindelijk zijn de meeste voorbeelden van marktfalen niet het gevolg van te veel maar juist van te weinig mogelijkheden om te concurreren, en/of een gebrek aan verhandelbare eigendomsrechten.

Consumenten kopen bijvoorbeeld over het algemeen niet direct zorg in maar handelen op secundaire markten of door tussenpersonen, waarbij verzekeraars het risico van de onzekere vraag op zich nemen, eerstelijns zorgverleners helpen bij keuzes tussen en het zoeken naar zorg, en ziekenhuizen de behoefte aan complexe zorg coördineren. Ten slotte kan het risico van overconsumptie worden bestreden door abonnementssystemen die ziekenhuizen en artsen een belang geven in het voorkomen van overconsumptie.

Zelfs indien een marktfalen wordt aangepakt door een universele dienstverplichting op te leggen kan deze verplichting nog steeds zo veel mogelijk in lijn met marktbeginselen worden uitgevoerd. Compensatie uit de algemene middelen werpt geen toetredingsbarrière op terwijl compensatie betaald uit bijdragen van marktpartijen moet worden gecontroleerd op marktversturende effecten door het financieren van activiteiten die niet direct verband houden met de universele dienstverplichting.³³ (Een goed voorbeeld van een dergelijke oplossing is het eerder genoemde risicovereveningssysteem voor ziektekostenverzekeraars.)

Mogelijke DAEB in de zorg

Het kan nodig zijn om in te grijpen teneinde te verzekeren dat toegang tot eerste hulpdiensten binnen bepaalde minimum normtijden en afstanden beschikbaar is aan de hand van een openbaar belang standaard die hoger ligt dan datgene waarin de markt zelfstandig zou voorzien. Acute zorg, top-referente (hoog gespecialiseerde) zorg, academisch onderwijs en academische zorg, dure en weesgeneesmiddelen (zeer zeldzame geneesmiddelen) zijn op het eerste gezicht ook mogelijke kandidaten voor dergelijke interventie. Van deze diensten wordt namelijk verwacht dat zij in een pure marktomgeving onvoldoende beschikbaar zullen zijn.

Deze gebieden worden hier bij wijze van voorbeeld genoemd – het is goed mogelijk dat indien er significante schaalvoordelen bestaan bij acute zorg en top-referente zorg er in ieder geval concurrentie ‘om’ de markt (zoals door middel van periodiek geveilde concessies) mogelijk is. Indien er betere productbeschrijvingen en productie-indicatoren voor academisch onderwijs en academische zorg komen zijn ook hier waarschijnlijk marktconforme oplossingen denkbaar.

Dat neemt niet weg dat als deze vormen van zorg worden uitgesloten van de marktwerking zoals die in Nederland op het moment wordt voorbereid voor de ziekenhuiszorg

(op grond van een prijsplafond met maatstafconcurrentie) er alternatieve financieringssystemen en reguleringsvormen gevonden moeten worden. En als politieke druk een rol gaat spelen in de besluitvorming zijn de bovengenoemde categorieën van zorg in ieder geval de belangrijkste kandidaten voor een aanwijzing als DAEB.

Voor de langdurige zorg is vooral de zorg voor meervoudig gehandicapten een kandidaat voor een DAEB, aangezien hier maar weinig ruimte is voor verzekerde zorg met een risicovereveningssysteem. Zelfs waar concurrentie tussen verzekeraars niet werkt kan overigens veelal wel concurrentie door aanbieders plaatsvinden, zoals op basis van openbare aanbesteding. Dit zou dan ook als voorkeursoplossing moeten worden toegepast.

Een laatste voorbeeld van zorg die voor een DAEB in aanmerking zou kunnen komen zijn inentingsprogramma's, waar aanzienlijke externe effecten een rol spelen.

Conclusie

Door ondernemingen te belasten met een DAEB kunnen zij worden ingezet ten behoeve van legitieme publieke doelen die op nationaal niveau worden bepaald. Daarbij geldt voor zover noodzakelijk en proportioneel een uitzondering op de Verdragsregels. Naar nationaal recht geldt hetzelfde voor publieke doelen in verhouding tot de mededingingsregels. Omdat een DAEB een uitzondering op algemeen geldende regels is wordt deze restrictief uitgelegd.

Hoewel de controle van DAEB is gebaseerd op het proportionaliteitsvereiste is nog onduidelijk hoe het HvJ EG kiest tussen de strenge en de milde proportionaliteitstoets die zij kent. Waarschijnlijk is hierbij vooral de mate van harmonisatie op het betrokken beleidsterrein van belang. Verder heeft het HvJ EG oog voor de economische omstandigheden waarin de DAEB wordt verleend.

Er bestaat geen limitatieve lijst of definitie van DAEB: de Lidstaten genieten op dit punt grote vrijheid. Wel wordt het gebruik van DAEB procedureel ingekaderd. Zo heeft de Europese Commissie op basis van de jurisprudentie van het HvJ EG een kader geschapen voor staatssteun en DAEB. Hierbij komt een premie te staan op een formele aanwijzing bij wet of besluit (vooraf, en op basis van proportionaliteitsoverwegingen), en zal vermoedelijk het pas achteraf bij wijze van verweer inroepen van het bestaan van een DAEB in de praktijk afnemen. Duidelijkheid op dit punt schept ook zekerheid voor de betrokken marktpartijen, hetgeen bijvoorbeeld in de context van een stelselherziening zoals die nu speelt in de gezondheidszorg wenselijk is.

Bij een DAEB staat de universele dienst waarop zij gericht is centraal. Eventuele nevenrestricties, bijvoorbeeld ter financiering, kunnen ook onder de DAEB (en daarmee onder de uitzondering op de Verdragsbepalingen) worden gebracht. Deze bijdrage bepleit het toekennen van een cen-

³³ Vergelijk HvJ EG 22 november 2001, zaak C-53/00 *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067.

trale rol aan het begrip marktfalen en het toepassen van een toets in drie stappen bij het opleggen van een DAEB. Ook de inrichting van de DAEB zelf kan meer of minder marktconform geschieden – er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een periodieke veiling in gevallen waar geen concurrentie op de markt, maar wel concurrentie om de markt mogelijk is. Dit is mede op grond van proportionaliteitsoverwegingen ook wenselijk.

In de gezondheidszorg wordt reeds met DAEB gewerkt bij het risicovereveningsysteem van de zorgverzekeraars. Een aantal andere gebieden, met name binnen de curatieve zorg, komt hier mogelijk ook voor in aanmerking. Eerst moet echter naar meer marktconforme alternatieven ter oplossing van geconstateerde marktfalens worden gezocht. In hoeverre overheid en marktpartijen met succes op deze uitdaging in zullen gaan zal mede bepalend zijn voor de reikwijdte en de haalbaarheid van de gewenste liberalisering.