

ANNOTATIE

Veselības ministrija (HvJ EU, zaak C-243/19) – Grondrechtenbescherming ondergesneeuwd in EU-zorgzaken?

M. Beijer en J.W. van de Gronden

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 29-10-2020, ECLI:EU:C:2020:872 (EHRC-2020-0275)

1. Het arrest *Veselības ministrija* heeft betrekking op de vergoeding van de ziektekosten die gemaakt zijn vanwege een behandeling die een patiënt woonachtig in een EU-lidstaat (Letland) ondergaan heeft in een andere lidstaat (Polen). Dergelijke kwesties zijn naar hun aard al ingewikkeld, maar zijn nog complexer geworden door de verschillende sets aan regels die de EU voor dergelijke behandelingen heeft geïntroduceerd. Door deze complexe Europese regels raakt de toetsing aan de grondrechten, waarop betrokkenen een beroep hadden gedaan, ondergesneeuwd in het arrest *Veselības ministrija*.

2. Voor een goed begrip van de problematiek die aan de orde is in dit arrest, wordt hieronder kort ingegaan op de toepasselijke EU-regels voor grensoverschrijdende zorg (1 Achtergrond). Daarna komt aan de orde met welke problematiek het HvJ EU geconfronteerd werd (2 Aanleiding van het arrest). Vervolgens wordt ingegaan op de toetsing die aan de relevante EU-regelingen werd uitgevoerd (3 Toetsing aan de Verordening en 4 Toetsing aan de Richtlijn). Afgesloten wordt met een korte vooruitblik (5 Slot).

1. Achtergrond

3. Opmerkelijk genoeg zijn er twee regelingen met verschillende uitgangspunten van toepassing op grensoverschrijdend patiëntenverkeer, terwijl op de achtergrond de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer ook een rol spelen: Verordening 883/2004

betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels (hierna: de Verordening)[1] en Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (hierna: de Richtlijn).[2] Beiden beogen het vrije verkeer te bevorderen: bij de Verordening gaat het om het vrije verkeer van personen terwijl het vrije verkeer van patiënten centraal staat bij de Richtlijn. Een belangrijk verschil tussen deze regelingen, waarnaar ook verwezen wordt in overwegingen 72 en 73 van het arrest *Veselibas ministrija*, is evenwel dat bij toepasselijkheid van de Verordening de patiënt recht heeft op vergoeding van de tarieven van het land waar deze behandeld wordt (art. 20 lid 2 van de Verordening), terwijl de Richtlijn uitgaat van de tarieven van het land waar de patiënt verzekerd is (art. 7 lid 4 van de Richtlijn). Beide regelingen worden onder meer in art. 8 lid 3 van de Richtlijn op elkaar afgestemd. Uit deze bepaling vloeit voort dat verzoeken van voorafgaande toestemming voor een medische behandeling in een andere lidstaat in beginsel worden beoordeeld in het licht van de Verordening, tenzij de patiënt anderszins verzoekt. Overigens heeft het HvJ EU geoordeeld dat met de Verordening slechts beoogd is om stelsels van sociale zekerheid (waaronder zorgstelsels) te coördineren zonder harmonisatie van deze stelsels tot stand te brengen.[3] De Richtlijn is daarentegen wel een harmonisatiemaatregel: deze EU-regeling is gebaseerd op art. 114 VWEU, dat de rechtsgrondslag voor maatregelen inzake de interne markt bevat, en heeft als doel om de patiëntrechten bij grensoverschrijdend verkeer te waarborgen.

4. Uit het arrest *Inizan* kan voorts worden afgeleid dat volgens de benadering van het HvJ EU de Verordening een administratief mechanisme ter vereenvoudiging van het grensoverschrijdend zorgverkeer in het leven heeft geroepen door de betalingen van vergoedingen van behandelingen ondergaan in een andere lidstaat te faciliteren, maar dat de patiënt niet verplicht is om van dit mechanisme gebruik te maken.[4] Deze verduidelijking is ons inziens geen overbodige luxe, omdat in de Verordening het vereiste om voorafgaande toestemming te krijgen voor een behandeling in een andere lidstaat essentieel is om vervolgens voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen, terwijl volgens de Richtlijn een dergelijke eis van voorafgaande toestemming -kort gezegd- alleen toegestaan is in bepaalde uitzonderingssituaties. Het uitgangspunt van de Richtlijn is namelijk dat een patiënt de kosten voor een behandeling ontvangen in een andere lidstaat in beginsel vergoed krijgt (art. 7 lid 1 van de Richtlijn). Voorafgaande toestemming mag alleen verlangd worden voor bepaalde complexe zorg die naar zijn karakter gepland moet worden, zo volgt uit art. 8 van de Richtlijn; het betreft hier vaak zorg aangeboden in een ziekenhuis.[5]

5. De Richtlijn codificeert de rechtspraak van het HvJ EU over het vrije verkeer van diensten en grensoverschrijdend patiëntenverkeer.[6] In deze rechtspraak werd een nationaal stelsel van voorafgaande toestemming, dat nodig is om vergoeding van kosten te ontvangen voor een

zorgbehandeling ondergaan in een andere lidstaat, als een beperking van het vrije verkeer van diensten gezien. Krachtens het proportionaliteitsbeginsel was een dergelijke beperking met een beroep op bepaalde publieke doelstellingen alleen te rechtvaardigen voor intramurale zorg (ziekenhuiszorg) mits er geen wachtlijsten zijn. De beperkingen van het vrije verkeer van extramurale zorg worden niet als proportioneel gezien, op een enkele uitzondering na. De reden hiervoor is dat deze zorg volgens het HvJ EU niet gepland hoeft te worden om de toegankelijkheid voor eenieder te kunnen garanderen.[7]

6. Het uitgangspunt van de Richtlijn schuurt met dat van de Verordening (*to put it mildly*). De oplossing van het HvJ EU hiervoor, zo blijkt uit het hierboven aangehaalde arrest *Inizan*, is om het systeem van voorafgaande toestemming uit de Verordening als een ‘administratief mechanisme’ te beschouwen.[8] Indien een patiënt problemen heeft met dit toestemmingssysteem, kan deze beter gebruik maken van hetgeen bepaald is in de Richtlijn. In zekere zin is er een keuzemenu voor grensoverschrijdende patiëntenverkeer gecreëerd in het EU-recht. Uit bijvoorbeeld het arrest *Watts* van het HvJ EU vloeit overigens wel voort dat in beide regelingen, wanneer een stelsel van voorafgaande goedkeuring mag worden gehanteerd, een dergelijke goedkeuring moet worden afgegeven, wanneer de patiënt niet op tijd vanuit medische perspectief kan worden behandeld in de lidstaat waar deze woont.[9] Dit uitgangspunt is overgenomen in art. 20 lid 2 van de Verordening en artikel 8 lid 5 van de Richtlijn.

2. Aanleiding van het arrest

7. Tegen de achtergrond van deze complexe regels diende het HvJ EU een oordeel te vellen over een zaak waarin ook de kwestie van godsdienstvrijheid een belangrijke rol speelde. De feiten van deze zaak zijn aangrijpend: een kind moest vanwege een ernstige medische aandoening een operatie ondergaan. Zijn familie had daar bezwaren tegen omdat hun geloof (Jehova’s getuigen) in de weg staat aan een operatie die gepaard gaat met bloedtransfusie. In een andere lidstaat was een behandeling beschikbaar, waarbij bloedtransfusie niet nodig was. De weigering van de Letse gezondheidsdienst om voorafgaande toestemming voor de geplande gezondheidszorg te verlenen, leidde volgens de familie tot discriminatie op grond van godsdienst.

8. Het verbod van discriminatie op grond van godsdienst is al in verschillende eerdere zaken bij het HvJ EU aan de orde geweest. Met name bekend en tevens spraakmakend zijn de arresten *Achbita* en *Bouagnaoui* over het ontslag van twee werkneemsters dat te maken had met het dragen van een hoofddoek.[10] Ook kwam het discriminatieverbod aan de orde in een zaak over het verplichte lidmaatschap van een kerk om in aanmerking te kunnen komen voor een bepaalde baan, en in een zaak over een nationale regeling die alleen in de toekenning van

een toeslag voorzag voor het verrichten van arbeid op Goede Vrijdag voor werknemers die lid waren van een kerk.[11] Het HvJ EU toetste in dergelijke zaken aan de bepalingen van Richtlijn 2000/78/EG, het algemene kader voor de gelijke behandeling in arbeid en beroep, waarin ook een aantal bijzondere bepalingen zijn opgenomen zoals over de mogelijkheid tot het stellen van wezenlijke beroepsvereisten.[12] In deze (arbeids)zaken spelen het verbod op discriminatie op grond van godsdienst als algemeen beginsel van Unierecht en art. 21 lid 1 Handvest, waarin het verbod op discriminatie op godsdienst is bevestigd, ook een belangrijke rol. Het HvJ EU heeft aangenomen dat het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, zoals neergelegd in art. 21 lid 1 Handvest, een dwingend karakter heeft en rechtstreeks kan worden ingeroepen in een geschil tussen twee particulieren. Dit betekent dat wanneer het niet mogelijk is om nationale bepalingen richtlijnconform uit te leggen, de nationale rechter alsnog de volle werking van het verbod op discriminatie op grond van godsdienst dient te verzekeren.[13]

9. Buiten het kader van Richtlijn 2000/78/EG om heeft het verbod van discriminatie op grond van godsdienst nog maar weinig toepassing gevonden in de rechtspraak van het HvJ EU. Wel kwam het kort aan de orde in het recente arrest over de algehele plicht tot bedwelming van dieren voorafgaand aan de slacht en de verhouding daarvan tot de godsdienstvrijheid.[14]

10. In beginsel bestaat de toets op basis van Richtlijn 2000/78/EG en art. 21 lid 1 Handvest uit dezelfde onderdelen. Het discriminatieverbod is een specifieke uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling op grond waarvan vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Beoordeeld dient te worden of sprake is van een verschil in behandeling, en vervolgens of sprake is van directe dan wel indirecte discriminatie. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, sprake is van indirecte discriminatie, dient te worden beoordeeld of daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat, ofwel of het verschil in behandeling berust op een 'objectief en redelijk criterium'. Dit houdt in dat het verschil in behandeling verband moet houden met een door de betrokken regeling nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil ook in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel. De eis dat een beperking van een grondrecht bij wet wordt gesteld en het evenredigheidsbeginsel komen terug in de algemene beperkingsclausule van art. 52 lid 1 Handvest. In deze bepaling wordt daarnaast expliciet genoemd dat beperkingen de 'wezenlijke inhoud' van een grondrecht dienen te eerbiedigen.

11. Het HvJ EU pleegt voor het begrip godsdienst verder aansluiting te zoeken bij de constitutionele tradities van de lidstaten en bij de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan de met art. 10 lid 1 (godsdienstvrijheid), en art. 21 lid 1 Handvest corresponderende bepalingen van het EVRM (art. 9 en 14). Het HvJ EU gaat uit van een ruime uitlegging van het begrip

godsdienst. Zowel het forum internum (het feit een overtuiging te hebben) als het *forum externum* (de belijdenis in het openbaar) vormt onderdeel van dat begrip. In onderhavige zaak ging het HvJ EU af op de vaststelling van de verwijzende Letse rechter dat het verbod op bloedtransfusies een integraal onderdeel uitmaakt van de geloofsovertuiging van Jehova's getuigen (overweging 41 van het arrest). Dat het weigeren van bloedtransfusies bij medische behandelingen door Jehova's getuigen onder het begrip godsdienst valt, is echter ook al door het EHRM uitgemaakt. Niet alleen de godsdienstvrijheid is daarbij volgens het EHRM van toepassing. Ook het recht van het individu op persoonlijke autonomie ten aanzien van de lichamelijke integriteit verdient bescherming.[15]

12. In de zaak *Veselības ministrija* heeft het HvJ EU getracht om de overwegingen ontleend aan de toetsing aan het verbod op discriminatie op grond van godsdienst te integreren in de toetsing aan zowel de Verordening als de Richtlijn. Omdat niet op voorhand duidelijk was welke van de twee regelingen voor grensoverschrijdend zorgverkeer van toepassing was op de casus in kwestie, was het HvJ EU genoodzaakt om tweemaal een toetsing aan het verbod op discriminatie te verrichten. Eerst komt de Verordening aan bod, en daarna de Richtlijn. Art. 52 lid 1 Handvest speelde bij de overwegingen over het verbod op discriminatie op grond van godsdienst overigens, net als in de al aangehaalde zaken overigens, geen rol van betekenis.

3. Toetsing aan de Verordening

13. Het HvJ EU beoordeelde de zaak eerst in het licht van art. 20 lid 2 van de Verordening. In overweging 24 van het arrest is benadrukt dat op grond van deze bepaling een vergoeding krachtens de regeling van de lidstaat van behandeling wordt toegekend, welk recht niet voortvloeit uit art. 56 VWEU (verdragsbepaling voor het vrije verkeer van diensten) en de Richtlijn. Ons inziens wordt in deze overweging in wezen aangegeven dat art. 20 lid 2 van de Verordening een administratief mechanisme in het leven heeft geroepen om de patiënten te helpen om zorg in een andere lidstaat te ontvangen. Zoals gezegd, de patiënt is blijkbaar niet verplicht om van dit mechanisme gebruik te maken. In overweging 24 van het arrest *Veselības ministrija* wordt de benadering uit *Inizan* bevestigd. Vervolgens loopt het HvJ EU de voorwaarden van art. 20 lid 2 van de Verordening af. De eerste is dat de behandeling in kwestie moet behoren tot de prestaties waarop de betrokken patiënt recht heeft volgens het nationale wettelijk stelsel. Hier bestond geen discussie over. Het debat had zich toegespitst op de tweede voorwaarde. Toestemming moet verleend worden indien de betrokkene niet op tijd gezien zijn gezondheidstoestand en het ziekteverloop kan worden behandeld door de zorgverleners van de lidstaat waar deze woont. Bij de beantwoording van de vraag of aan deze voorwaarde is voldaan, mag alleen worden gekeken naar het medische perspectief. Persoonlijke keuzes aangaande de behandeling zijn niet van belang. Uit het dossier bleek dat de behandeling aangeboden in de woonlidstaat (Letland) afdoende was om de ernstige

medische aandoening aan te pakken.

14. De verwijzende rechter vroeg of binnen dit kader rekening moest worden gehouden met de geloofsovertuiging van de patiënt gelet op art. 21 lid 1 van het Handvest dat discriminatie op basis van godsdienst verbiedt. Het HvJ EU kwam tot de conclusie dat een indirect onderscheid bestaat tussen Jehova's getuigen en anderen, omdat de eerstgenoemden gedwongen door het zorgstelsel van Letland zijn om een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan, terwijl de kosten van deze behandeling niet vergoed worden. Daarna onderzocht het HvJ EU of een objectieve rechtvaardiging bestaat voor dit indirecte onderscheid. Deze rechtvaardiging is gelegen in overwegingen die verband houden met de volksgezondheid en de toegang tot een kwalitatief hoofwaardig ziekenhuiszorg. Vervolgens onderzocht het HvJ EU of het indirecte onderscheid berust op een objectief en redelijk criterium (overweging 43). Hoewel het HvJ EU dit pas aan het einde van zijn toetsing in overweging 55 met zoveel woorden zei, speelde het proportionaliteitsbeginsel een doorslaggevende rol bij deze afweging: bij het maken van het indirecte onderscheid gaat het Letse beleid niet verder dan noodzakelijk met het oog op het financiële evenwicht van het zorgstelsel. Wat opvalt aan de werkwijze van het HvJ EU is dat vrijwel volledig aangesloten wordt bij de hierboven aangehaalde rechtspraak over het vrije verkeer van diensten en grensoverschrijdende zorg. Het HvJ wijdt veel woorden aan de *balancing act* die in dat verband moet worden uitgevoerd, maar door aan te knopen bij deze bekende rechtspraak was het pleit al bij voorbaat beslecht. In deze rechtspraak heeft het HvJ namelijk geaccepteerd dat, voor zover het om intramurale zorg (ziekenhuiszorg) gaat, de nationale zorgautoriteiten mogen weigeren om de kosten van een behandeling in een andere lidstaat te vergoeden. De uitkomst van de toetsing uitgevoerd in overwegingen 45 tot en met 55 is dan ook dat het belang van een financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel/zorgstelsel in combinatie met het belang van een evenwichtige en tevens voor eenieder toegankelijke gezondheidszorg voorrang heeft op het grondrecht van art. 21 lid 1 Handvest.

15. Theoretisch gezien kan de vraag worden gesteld of bij beperkingen in het kader van extramurale zorg, de doorslag aan de geloofsovertuiging van de patiënt kan worden gegeven. Het HvJ EU heeft immers in zijn rechtspraak over het vrije verkeer en zorg niet geaccepteerd dat kosten van dergelijke behandelingen niet vergoed worden, omdat het argument van planning voor extramurale zorg niet opgaat.^[16] Naar onze mening is de kans echter zeer klein dat het HvJ EU deze lijn door zal trekken naar art. 21 lid 1 Handvest. In overwegingen 48-52 van het arrest *Veselības ministrija* benadrukt het HvJ EU dat art. 20 lid 2 Verordening tot extra kosten leidt voor de lidstaat van de patiënt omdat voor de behandeling de tarieven gelden van de lidstaat van behandeling. Als naast medische criteria ook andere overwegingen, bijvoorbeeld met betrekking tot geloofsovertuiging een rol spelen, dan zullen de extra

financiële lasten moeilijk te overzien zijn volgens het HvJ EU. Verder zou het geven van voorrang aan de geloofsovertuiging van een patiënt bij extramurale grensoverschrijdende zorg niet passen bij de benadering die het HvJ EU heeft ontwikkeld voor de rol die art. 20 lid 2 van de Verordening speelt: deze bepaling bevat een administratief mechanisme, waarvan de patiënt geen gebruik hoeft te maken. Deze kan nog altijd terugvallen op de patiëntrechten uit de Richtlijn.

16. De uiteindelijke conclusie is dat daarom de toepassing van art. 20 lid 2 van de Verordening niet op gespannen voet staat met hetgeen bepaald is in art. 21 lid 1 van het Handvest. Voor het verlenen van toestemming op basis van het administratieve mechanisme van de Verordening hoeft alleen maar gekeken te worden naar medische criteria en niet naar overwegingen die betrekking hebben op grondrechten. Doordat het HvJ EU zijn overwegingen uit de rechtspraak over het vrije verkeer ‘één op één’ heeft overgezet naar de toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest lijkt deze gevolgtrekking in steen gebeiteld te zijn en dat is naar onze mening jammer. De vraag rijst of de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, zoals ontwikkeld in het kader van het vrije verkeer, onverkort kan worden toegepast op een beroep op grondrechten. Nu lijkt het erop dat elk beroep op een grondrecht in een zaak waarin art. 20 lid 2 van de Verordening wordt toegepast, zal worden afgewezen vanwege (financiële) zorgdoelstellingen. In wezen vindt er geen zelfstandige beoordeling plaats op basis van een objectief en redelijk criterium, zoals gebruikelijk is bij grondrechtentoetsing. De beoordeling uitgevoerd in overwegingen 48-52 van het arrest *Veselibas ministrija* lijkt volledig samen te vallen met de evenredigheidstoetsing, zoals ontwikkeld in rechtspraak over het vrije verkeer.

17. Het HvJ EU is vaker verweten dat het de neiging heeft om principiële vragen rondom grondrechtelijke kwesties uit de weg te gaan of te veel belang hecht aan overwegingen van financiële of van economische aard in grondrechtelijke zaken. De belangenafweging in grondrechtelijke zaken wordt (daardoor) ook niet altijd even secuur verricht. Zo heeft het HvJ EU veel kritiek te verduren gekregen op de toetsing die het verrichte in de zaken *Achbita* en *Bougnououi* aangaande eveneens het verbod op discriminatie op grond van godsdienst. Pijnpunt was onder meer dat het HvJ EU het belang van een onderneming om neutraliteit uit te stralen als onderdeel zag van het grondrecht op vrijheid van ondernemerschap.^[17] Gevolg daarvan is dat aan het belang van de onderneming vervolgens (a priori) dezelfde waarde toekomt als aan het belang van de werknemer op non-discriminatie. En dat is volgens de critici onterecht. Het HvJ EU hechtte vervolgens ook veel belang aan het neutraliteitsbeleid van de onderneming. Het HvJ nam daarbij vrij gemakkelijk aan dat de onderneming op consistente en systematische, en dus passende, wijze het neutraliteitsbeleid had nagestreefd omdat dit was opgenomen in een intern arbeidsreglement, terwijl het reglement op dat onderdeel nog op een laat moment was aangepast. Verder ging het HvJ EU weinig secuur na

welke alternatieven voor het ontslag van de werknemers mogelijk waren. Het enige alternatief dat het HvJ EU benoemde was dat er een andere positie binnen het bedrijf zou kunnen worden ingenomen waarin de werknemer (in het geheel) geen contact zou hebben met klanten. De meer principiële vragen rondom de legitimiteit en noodzakelijkheid van een neutraliteitsbeleid ging het HvJ EU uit de weg.

18. Bij ernstige inbreuken op een grondrecht en bij principiële grondrechtelijke kwesties is een meer genuanceerd toetsing op zijn plaats. In het arrest *Veselības ministrija* laat het HvJ EU dat echter niet zien. In dit arrest ging het HvJ EU niet in op de vraag of de wezenlijke inhoud van het grondrecht nog wordt geëerbiedigd wanneer de autoriteiten op grond van de Verordening weigeren om een voorafgaande toestemming voor de gezondheidszorg te verlenen, en of er sprake is van een ernstige inbreuk op het grondrecht als gevolg van die weigering. Verder wijdt het HvJ EU wel erg veel overwegingen aan het mogelijke risico voor de financiële stabiliteit voor het zorgverzekeringsstelsel als gevolg van het vooraf rekening houden met de religieuze overtuiging van een patiënt. Maar een nader onderzoek naar de mogelijke omvang van dit risico voert het HvJ EU daarbij niet uit.

19. In onderhavige zaak verwijst het HvJ EU verder ook niet naar art. 35 Handvest dat eenieder het recht toekent op toegang tot gezondheidszorg. Deze bepaling betreft een beginsel en niet een recht, zoals bedoeld in art. 52 lid 5 Handvest. Als beginsel had het een rol bij de interpretatie en toetsing kunnen spelen. In een andere principiële grondrechtelijke zaak *Léger* refereerde het HvJ EU nog wel aan art. 35 Handvest.[18] Die zaak draaide om de vraag of homoseksuelen (categoriaal) konden worden uitgesloten van bloeddonatie vanwege het bestaan van een vergoed risico op besmetting met een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte. In die zaak besteedde het HvJ EU onder meer aandacht aan de vraag of de wezenlijke inhoud van het non-discriminatiebeginsel nog werd geëerbiedigd (volgens het HvJ EU wel). En daarnaast ging het HvJ EU vrij uitgebreid in op de vraag of de categoriale uitsluiting niet verder ging dan noodzakelijk. De nationale rechter werd expliciet opgedragen om, onder meer, na te gaan of er niet een andere, minder belastende methode mogelijk was om een hoog niveau van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers van het bloed na te streven, zoals met name door een vragenlijst af te lopen en een persoonlijk gesprek te houden waardoor het risico mogelijk ook zou kunnen worden vastgesteld.

20. Waarom kon het HvJ EU niet ook in *Veselības ministrija* betekenis toekennen aan art. 35 Handvest, en ingaan op de gevolgen van de weigering en het verschil in behandeling voor het individu, en de betekenis daarvan, zodat een bruikbaar afwegingskader kon worden ontwikkeld? Het HvJ EU kon daarbij aangeven dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij de inrichting van het zorgstelsel. Dit wordt door het HvJ EU wel naar voren gebracht in overweging 53 van *Veselības ministrija*, maar volgt ook duidelijk uit het bepaalde in

art. 35 Handvest, waarin verwezen wordt naar de rol van nationale wetgevingen en praktijken. Kortom, naar onze mening dient de toetsing aan grondrechten in zaken betreffende grensoverschrijdende zorg verder ontwikkeld te worden in de rechtspraak.

4. Toetsing aan de Richtlijn

21. Na aan de Verordening te hebben getoetst, gaat het HvJ EU in op de Richtlijn. De kernvraag hier is of met succes een beroep op art. 8, waarin het stelsel van voorafgaande toestemming als exceptie is vastgelegd, kan worden gedaan om af te wijken van het uitgangspunt van art. 7 lid 1 van de Richtlijn, op grond waarvan de kosten van een behandeling ontvangen in een andere lidstaat moeten worden vergoed. Wat de toegang tot het zorgstelsel en de planning betreft, maakt het HvJ EU hier een opvallend onderscheid tussen twee aspecten van deze doelstelling, te weten: de kostenbeheersing en het behoud van gezondheidscapaciteit. Beide kwesties zijn van belang met het oog op de planning van de zorg. Het HvJ EU is evenwel van mening dat bij de Richtlijn geen beroep gedaan kan worden op het argument van kostenbeheersing, omdat art. 7 lid 4 van deze regeling twee grenzen aan de vergoeding stelt: het tarief van de lidstaat waar de patiënt woont en de daadwerkelijk gemaakte kosten. Hierdoor zouden, anders dan bij de Verordening waar het tarief van de lidstaat van behandeling als vertrekpunt wordt genomen, de autoriteiten van de lidstaat waar de patiënt woont niet met extra kosten worden geconfronteerd volgens het HvJ EU. Op dit argument valt wel wat af te dingen, omdat een grote uitstroom van patiënten naar het buitenland de rendabiliteit van de binnenlandse ziekenhuizen onder druk kan zetten. Daarom is het goed dat het HvJ EU het tweede argument dat betrekking heeft op het behoud van de gezondheidscapaciteit wel accepteert. Indien dit belang in het geding is, dan mag de lidstaat de vergoeding van de kosten van een medische behandeling in een andere lidstaat afhankelijk stellen van een voorafgaande toestemming. Dan gebeurt er echter iets opmerkelijks in de redenering van het HvJ EU.

22. In algemene bewoordingen wordt overwogen dat een dergelijk systeem van voorafgaande toestemming niet verder mag gaan dan noodzakelijk is; voldaan moet zijn derhalve aan het proportionaliteitsbeginsel. Het HvJ EU gaat daarbij niet dieper in op de voorwaarden die in art. 8 zijn vastgelegd en die verband houden met planning en ziekenhuiszorg. Ook roept het HvJ EU zijn bekende rechtspraak over vrij verkeer en de ziekenhuiszorg niet in herinnering. Anders dan bij de Verordening, laat het HvJ EU het aan de nationale rechter om te bezien of voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Het opvallende is naar onze mening dat de afweging nog in het voordeel kan uitvallen van de patiënt die om vergoeding van de kosten heeft gevraagd. Wel herinnert het HvJ EU eraan dat, indien een systeem van voorafgaande toestemming geoorloofd wordt geacht, art. 8 lid 5 en lid 6 vereist dat toestemming wordt verleend indien een patiënt te lang moet wachten op behandeling in zijn eigen land; deze beoordeling moet geschieden aan de hand van medische criteria.

23. Hoe is dit opmerkelijke verschil tussen de toetsing aan de Richtlijn en Verordening te verklaren? Naar onze mening heeft dit te maken met de verschillende doelstellingen van de Verordening en de Richtlijn. Zoals gezegd, beperkt art. 20 lid 2 van de Verordening zich volgens het HvJ EU tot het in het leven roepen van een administratief mechanisme waarvan geen gebruik hoeft te worden gemaakt door de patiënt. Het doel van de Richtlijn daarentegen is, zoals hierboven al is opgemerkt, gericht op harmonisatie van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdend verkeer. Afwijking van deze rechten door middel van het in het leven roepen van een stelsel van voorafgaande toestemming mag dan alleen indien voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

24. Gezien het subtiele verschil tussen de Verordening en de Richtlijn is op deze benadering ons inziens wel enige kritiek te leveren. Uiteindelijk gaat het er toch voor een patiënt om dat de -vaak hoge- rekening van de behandeling ondergaan in een andere lidstaat wordt betaald. Waarom zou het toetsingskader bij de Richtlijn anders moeten zijn dan bij de Verordening? Dit verschil leidt er toe dat in geval van twijfel of de toestemming verleend zal worden, de patiënt het beste voor de Richtlijn kan kiezen, omdat dan ook het systeem van voorafgaande toestemming zelf ter discussie kan worden gesteld.

25. Voor de bescherming van de grondrechten heeft het door het HvJ EU gehanteerde verschil een opmerkelijke consequentie, zo blijkt uit het vervolg van de redenering in het arrest *Veselibas ministrija*. Uiteraard is het Handvest ook van toepassing op een casus, waarin toepassing wordt gegeven aan de art. 7 en 8 van de Richtlijn, zodat er weer een toetsing aan art. 21 lid 1 van het Handvest moest worden uitgevoerd. Het HvJ EU constateert wederom bij deze toetsing dat de Letse regeling tot indirect onderscheid leidt tussen Jehova's getuigen en anderen. Het HvJ EU overweegt echter vervolgens dat de nationale rechter moet beoordelen of dit onderscheid objectief te rechtvaardigen is in het licht van de noodzaak van het behoud van de gezondheidscapaciteit. Opmerkelijk is dat het HvJ EU hier, bij toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest, wel verwijst naar het argument van de planning van ziekenhuisbehandelingen (overweging 84). Wat verder opvalt is dat het HvJ EU zijn argumentatie die betrekking heeft op art. 8 van de Richtlijn recyclet in zijn toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest. Daarmee dicteert de uitkomst van de toetsing aan art. 8 van de Richtlijn die van art. 21 lid 1 Handvest. Wat een groot en opvallend verschil is met de toetsing uitgevoerd in de context van de Verordening is dat de nationale rechter per geval kan beslissen of voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. De rechter wordt derhalve de ruimte gelaten om de balans te laten doorslaan in het voordeel van art. 21 lid 1 van het Handvest. Zoals hierboven aan de orde kwam, was dit niet mogelijk bij de Verordening. Reeds is aangegeven dat de Verordening slechts de coördinatie van aanspraken die voortvloeien uit bijvoorbeeld verschillende nationale zorgstelsels tot stand beoogt te brengen. Het is opmerkelijk dat de bescherming van

grondrechten geen reden kan vormen om van een coördinatieregeling af te wijken, maar dat een dergelijk grondrecht wel een rol speelt bij de bepaling van de omvang van patiëntrechten die een harmonisatiemaatregel als de Richtlijn, die ingrijpt in nationale zorgstelsel, toekent.

26. Vanuit het perspectief van grondrechtenbescherming is het desalniettemin toe te juichen dat de nationale rechter in concrete gevallen nog een proportionaliteitstoets kan uitvoeren aan het Handvest voor het geval dat de Richtlijn het relevante kader is. De vraag rijst evenwel of de proportionaliteitstoetsing uitgevoerd in het kader van art. 21 lid 1 Handvest exact het pad van art. 8 lid 1 van de Richtlijn zou moeten volgen. De vraag kan worden gesteld of een benadering die gebaseerd is op een zelfstandige beoordeling op basis van een 'objectief en redelijk criterium' niet de voorkeur verdient. Daarbij kan, zoals hierboven al is aangegeven aandacht besteed worden aan het recht op toegang tot de zorg van art. 35 van het Handvest. Deze bepaling uit het Handvest speelt op zichzelf alleen nog geen echte rol van betekenis in de rechtspraak van het HvJ. Het wordt slechts af en toe aangehaald, zoals in het arrest *Léger*, om met name te benadrukken dat bescherming van de volksgezondheid een legitiem belang is in het kader van de beperking van een ander grondrecht. De bevoegdheid van rechters ten aanzien van beginselen blijft, gelet op art. 52 lid 5 Handvest, wel beperkt tot de uitlegging van wetgeving en de toetsing van de wettigheid daarvan. Deze beperking kan wellicht een verklaring vormen voor de reden waarom het HvJ aan deze bepaling in onderhavige, enigszins juridisch gecompliceerde zaken, verder maar geen aandacht heeft besteed.

5. Slot

27. Doordat op grensoverschrijdende zorgverkeer twee verschillende EU-regelingen van toepassing zijn, wordt het erg lastig vast te stellen waarop patiënten recht hebben, indien zij in een andere lidstaat dan waar zij wonen, worden behandeld. In dit verband dient erop gewezen te worden dat een consultatieproces door de Commissie is gestart over de rechten van patiënten in grensoverschrijdende situaties (informatie hierover is beschikbaar op <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12844-Evaluation-of-patient-rights-in-cross-border-healthcare>). Naar onze mening biedt deze consultatie een mooie kans om de complexe regelgeving opnieuw te doordenken. Zou het geen tijd zijn om de beide regelingen uit de Verordening en de Richtlijn te integreren? Zou dit de toegankelijkheid tot het EU-recht voor grensoverschrijdend patiëntenverkeer niet verbeteren? En zou daarbij ook meer aandacht kunnen toekomen aan de ruimte voor een toetsing aan de relevante grondrechten uit het Handvest?

Dr. mr. M. Beijer en prof. mr. J.W. van de Gronden

[1] Pb. 2004 L166/1.

[2] Pb. 2011 L88/45.

[3] Zie bijvoorbeeld *Borowitz*, HvJ 5 juli 1988, zaak C-21/87, ECLI:EU:C:1988:362, overweging 23.

[4] *Inizan*, HvJ 23 oktober 2003, zaak C-56/01, ECLI:EU:C:2003:578.

[5] In deze richtlijnbevestiging worden ook nog andere uitzonderingsgevallen genoemd; deze zijn echter niet van belang voor de problematiek die aan de orde was in de zaak *Veselības ministrija*.

[6] Bekende zaken in dit verband zijn bijvoorbeeld zaak *Smits en Peerbooms*, HvJ 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404; *Müller-Fauré*, HvJ 13 mei 2003, zaak C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 en *Watts*, HvJ 16 mei 2006, zaak C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325.

[7] Deze bekende rechtspraak wordt uitvoerig besproken in bijvoorbeeld L. Hancher en W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford University Press, 2012, Oxford, p. 60-82.

[8] Dit mechanisme wordt besproken in J.W. van de Gronden, *De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw in het licht van het EU-recht*, 28 september 2020, Nijmegen, p. 19 en 20; beschikbaar op: <https://www.ru.nl/rechten/ster/@1286666/rapport-johan-gronden-voorgenomen-wijziging/>.

[9] Zie overwegingen 65-79 en 119 t/m 123 van *Watts*, reeds aangehaald.

[10] *Achbita*, HvJ EU 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 en zaak C-188/15, *Bouagnaoui*, HvJ EU 14 maart 2017, zaak C-188/15, ECLI:EU:C:2016:553, «EHRC» 2017/96 m.nt. Gerards.

[11] *Egenberger*, HvJ EU 16 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, «EHRC» 2018/127 m.nt. Gerards en *Cresco Investigation*, HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, «EHRC» 2019/66 m.nt. Gerards en Mak.

[12] Pb. 2000, L303/16.

[13] *Cresco Investigation*, reeds aangehaald, overwegingen 76-78.

[14] *Centraal Israëlitische Consistorie van België e.a.*, HvJ EU 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, overwegingen 83 en verder.

[15] *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202, «EHRC» 2010/89 m.nt. Gerards. Zie uitgebreider A. Nieuwenhuis, 'Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2017, afl. 3.

[16] Zie bijvoorbeeld *Müller-Fauré*, reeds aangehaald.

[17] *Achbita*, reeds aangehaald, overweging 38.

[18] *Léger*, HvJ EU 29 april 2015, zaak C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, «EHRC» 2015/145 m.nt. Hendriks.