



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Gezondheidszorg en Europees recht

P R E A D V I E S 2 0 0 9

**De betekenis van het EVRM
voor het gezondheidsrecht**
prof. mr. A.C. Hendriks

**De betekenis van het EG-
Verdrag voor het reguleren
van de zorgmarkt**
*prof. mr. J.W. van de Gronden en
mr. dr. J.J.M. Sluijs*

GEZONDHEIDSZORG EN EUROPEES RECHT

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

GEZONDHEIDSZORG EN EUROPEES RECHT

*Deel 1 De betekenis van het EVRM
voor het gezondheidsrecht*

PROF. MR. A.C. HENDRIKS

*Deel 2 De betekenis van het EG-Verdrag
voor het reguleren van de zorgmarkt*

PROF. MR. J.W. VAN DE GRONDEN EN MR. DR. J.J.M. SLUIJS

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 17 april 2009

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2009

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

e-mail: sdu@sdu.nl

www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2009

ISBN 978 90 12 38187 1

NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

VOORWOORD

Al langere tijd is er sprake van een toenemende internationalisering van de regels en normen waarmee binnen de gezondheidszorg rekening moet worden gehouden. Richtlijnen en verdragen van Europese Gemeenschap en Raad van Europa spelen een steeds grotere rol. Dat geldt ook voor rechterlijke uitspraken die in dat kader worden gedaan. Aan de invloed van internationale regels op de Nederlandse gezondheidszorg is voor het laatst in 1993 in een preadvies systematisch aandacht besteed. Het bestuur van de vereniging vond het hoog tijd dit thema opnieuw te bezien. Anders dan toen het geval was, gaat de aandacht daarbij niet uitsluitend uit naar de invloed van regelgeving van de Europese Unie, maar ook naar die op het gebied van de rechten van de mens.

In het eerste deel van het preadvies staat prof. mr. A.C. Hendriks stil bij de betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht. Hij schetst om te beginnen de ontwikkelingen die zich de afgelopen jaren met betrekking tot het EVRM en het Europese Hof in Straatsburg hebben voorgedaan. Vervolgens gaat hij inhoudelijk in op de stand van zaken betreffende een groot aantal inhoudelijke onderwerpen, waaronder het recht op gezondheid en verscheidene materiële en processuele patiëntenrechten. Deze analyse brengt hem tot een groot aantal conclusies en aanbevelingen. Duidelijk wordt de grote betekenis van het EVRM voor de Nederlandse gezondheidszorg.

In het tweede deel van het preadvies analyseren prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs de betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt. Dit is een onderwerp dat sterk in beweging is. In dit kader passeert een breed scala van deelthema's de revue, waaronder marktwerking in de gezondheidszorg, de in voorbereiding zijnde EG-richtlijn patiëntenmobiliteit, het vrij verkeer van diensten en het vraagstuk van de staatssteun. De preadviseurs pleiten ervoor dat de overheid met enige durf de toepassing van het EG-recht in de zorg benadert, en zich niet te zeer laat leiden door het 'paradigma van Europa proof'.

Beide delen van het preadvies bevatten een schat aan actuele informatie over de regelgeving en de jurisprudentie met betrekking het Europese recht. Daarnaast attenderen de preadviseurs op tal van belangrijke vragen en discussiepunten. Het bestuur verwacht een boeiende discussie over de relatie tussen het nationale en het Europese recht.

Prof. mr. J. Legemaate

voorzitter

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	5
Lijst van afkortingen	11
Deel 1 De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht	
<i>Prof. mr. A.C. Hendriks</i>	13
1 Inrichting van het preadvies	15
1.1 Inleiding	15
1.2 EVRM	16
1.3 Vraagstelling en uitwerking	17
2 Rechten van de mens en gezondheid(srecht)	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Rechten van de mens	19
2.3 Gezondheid en recht	21
2.3.1 Recht op gezondheid	22
2.3.2 Plicht tot bescherming van gezondheid	23
2.3.3 Gezondheidsrecht	25
2.4 Conclusies	26
3 EVRM	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Verdrag en toezichtmechanisme	27
3.2.1 Kenmerken van het EVRM	27
3.2.2 Toezichtmechanisme	28
3.3 Procedure bij het Hof	29
3.3.1 Van verzoekschrift tot toezicht op naleving uitspraak	29
3.3.2 Partijen	30
3.4 Uitleg en toepassing van EVRM door EHRM	31
3.4.1 Algemeen	31
3.4.2 Beperking van rechten	33
3.4.2.a Voorzien bij wet	33
3.4.2.b Legitiem doel: gezondheid(sbelang)	34
3.4.2.c Noodzaak ('fair balance' en 'margin of appreciation')	36
3.5 Conclusies	38
4 Gezondheidsrechtelijke thema's	39
4.1 Inleiding	39

4.2	Recht op gezondheid	39
4.3	Recht op (beëindiging van) leven	41
4.3.1	Materiële rechten	41
4.3.2	Procedurele rechten	44
4.3.3	Abortus	48
4.3.4	Euthanasie	48
4.4	Recht op zorg	50
4.5	Patiëntenrechten	54
4.5.1	Materiële patiëntenrechten	54
4.5.1.a	Recht op informatie	54
4.5.1.b	Recht op toestemming (versus gedwongen behandeling en vrijheidsbeperking)	61
4.5.1.c	Recht op (toegang tot) dossier	70
4.5.1.d	Recht op vrije artsenkeuze	74
4.5.2	Processuele patiëntenrechten	74
4.5.2.a	Toegang tot de rechter en openbare behandeling	75
4.5.2.b	Eerlijk proces	77
4.5.2.c	Onafhankelijkheid en onpartijdigheid	78
4.5.2.d	'Equality of arms' en 'adversarial trial'	80
4.6	Conclusies	81
5	Discussie en uitleiding	83
5.1	Beschouwing	83
5.2	Conclusies en stellingen	85
	Bijlage Verkorte aanduiding belangrijkste EVRM-rechten, aangehaalde jurisprudentie en aangehaalde literatuur	88

Deel 2 De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt

	<i>Prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs</i>	103
1	Inleiding	105
1.1	Vraagstelling	105
1.2	Toepasselijk Europees recht: interne markt en mededinging	106
1.3	Opzet preadvies	108
2	Interne markt en marktwerking in de gezondheidszorg	109
2.1	Inleiding	109
2.2	Zorg verzekeren: vergoeding van zorg in buitenland	109
2.2.1	Zorgverzekeringwet en vrij verkeer	112
2.2.1.a	Horizontale werking en zorgverzekeraars	112
2.2.1.b	Zorg in buitenland: verbod om vrij verkeer te beperken	116
2.2.1.c	Zorg in buitenland: excepties in vrij verkeer	118

2.2.2	Richtlijnvoorstel patiëntenmobiliteit	127
2.2.2.a	Algemene bepalingen	128
2.2.2.b	Vrij verkeer van zorgdiensten	131
2.2.2.c	Institutionele verplichtingen richtlijnvoorstel	135
2.2.2.d	Consequenties richtlijnvoorstel voor Nederlands zorgstelsel	136
2.3	Zorg verlenen: ziekenhuizen en DBC's	136
2.3.1	Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten	137
2.3.1a	Rechtspraak Hof over vrij verkeer en nationale tariefvoorschriften	138
2.3.1.b	Vrij verkeer en tariefvoorschriften voor A-segment en B-segment	139
2.3.2	Rol excepties	141
2.3.2.a	Rechtspraak Hof over zorgexcepties	141
2.3.2.b	DBC's voor ziekenhuiszorg in het licht van excepties	143
3	Mededinging en marktwerking in de gezondheidszorg (staatssteunaspecten)	147
3.1	Inleiding	147
3.2	Ondernemingsbegrip	148
3.2.1	Toepassing op zorgverzekeraar en zorgverlener	149
3.2.1a	Zorgverzekeraar	149
3.2.1.b	Zorgverlener (ziekenhuis en vrije beroepsbeoefenaar)	153
3.2.1.c	Conclusie	154
3.3	DAEB en openbare dienstverplichtingen	156
3.3.1	Concept	157
3.3.2	DAEB-ondernemingen	159
3.3.2.a	Vereisten	159
3.3.2.b	Zorgverzekeraar	160
3.3.2.c	Zorgverlener (ziekenhuis en vrije beroepsbeoefenaar)	161
3.3.3	Toepassingsvoorwaarden (art. 86 lid 2 EG)	163
3.4	Staatssteun	164
3.4.1	Concept	164
3.4.1.a	Vereisten	164
3.4.1.b	Uitzonderingen	168
3.4.2	Toepassing op zorgverzekeraar en zorgverlener	168
3.4.2.a	Zorgverzekeraar	169
3.4.2.b	Zorgverlener (instellingen)	170
3.4.3	DAEB en openbare dienstverplichtingen	172
4	Conclusie	177
4.1	Interne markt	177
4.1.1	Zorg verzekeren	177
4.1.2	Zorg verlenen	178
4.2	Mededinging	179
4.3	Slotbeschouwingen	180
4.4	Standpunten preadviseurs	181
Bijlage	Verkort aangehaalde jurisprudentie, literatuur en documenten	183

Lijst van afkortingen

AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
DAEB	diensten van algemeen economisch belang
DBC	diagnose-behandelingcombinatie
ECSR	Europees Comité voor Sociale Rechten
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GC	Grote Kamer
Gw	Grondwet
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
int.maatr.	interim maatregel
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
ontv.besl.	ontvankelijkheidsbeslissing
r.o.	rechtsoverweging
RoC	Rules of Court
Trb.	Tractatenblad
UVRM	Universele Verklaring van de rechten van de mens
VGR	Vereniging voor Gezondheidsrecht
VN	Verenigde Naties
Wet BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
WHO	Wereldgezondheidsorganisatie
WMA	World Medical Association
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
WVV	Weens Verdragenverdrag

Deel 1

De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*

Prof. mr. A.C. Hendriks**

* Met veel dank aan Jo Dorscheidt, Willemien Kastelein, Nelleke Koffeman, Johan Legemaate, Robinetta de Roode, Tazio Stappers en Brigit Toebes voor hun commentaar op een eerdere versie van dit preadvies. Robinetta de Roode dank ik daarnaast voor de prettige samenwerking bij de totstandkoming van dit werk.

** Aart Hendriks is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Inrichting van het preadvies

1.1 Inleiding

Nederland kent een overwegend monistisch rechtsstelsel. De nationale, Europese en internationale rechtsregels worden binnen onze rechtsorde als één geheel beschouwd.¹ De nationale rechtsorde maakt binnen deze visie onderdeel uit van, maar is hiërarchisch ondergeschikt aan, de meeromvattende volkenrechtelijke rechtsorde.²

Internationaal en Europees recht kunnen niet zonder een goed functionerend nationaal recht. Hun betekenis voor het nationaal recht is veelal complementair. Niettemin hebben ze binnen onze rechtsorde ook interne werking. Dit heeft onder meer tot gevolg dat onze wetgever, bestuur en rechter rechtstreeks zijn gebonden aan het Europees en het internationaal recht. Voor ingezetenen van ons land betekent dit dat zij zich rechtstreeks kunnen beroepen op supranationaal recht, althans voor zover die bepalingen 'een ieder kunnen verbinden' (art. 94 Gw). In geval van een conflict tussen nationale en internationale of Europeesrechtelijke rechtsregels die 'een ieder kunnen verbinden' dient voorrang te worden gegeven aan laatstgenoemde, hogere regel (art. 93 Gw). Dit geldt ook met betrekking tot de Grondwet en de hierdoor beschermde grondrechten. De rechter mag wetten wel aan mensenrechten toetsen, maar (nog) niet aan grondrechten (art. 120 Gw).³ Een anterieure bovennationale regel kan bovendien niet opzij worden gezet door een posterieure nationale regel. Dit verklaart, in een notendop, het belang van het internationaal en Europees recht voor ons recht, waaronder het gezondheidsrecht.

Bij de bestudering van het in Nederland van kracht zijnde gezondheidsrecht moet derhalve eveneens aandacht worden besteed aan het internationaal en Europees recht. Dit geldt niet in de laatste plaats voor de internationaal beschermde rechten van de mens. Aan deze rechten komt in de internationale en de Europese/EU-rechtsorde⁴ in toenemende mate betekenis toe.

1 Van der Pot 2006, p. 897-902.

2 Kortmann 2005, p. 182.

3 De begrippen 'rechten van de mens' (of 'mensenrechten') en 'grondrechten' worden hier gebruikt ter aanduiding van naar rechtsbron verschillende rechten. Met de term grondrechten doel ik op de grondwettelijke grondrechten en andere binnen Nederland, door het nationale recht, erkende fundamentele rechten en vrijheden. De term rechten van de mens ziet op de internationaal erkende en/of vastgelegde rechten en vrijheden van de mens. Tussen beide rechten bestaat evenwel geen strikt onderscheid, zeker niet in een monistische rechtsstaat. Alkema 1995, p. 9.

4 Vgl. de initiatieven gericht op toetreding van de EG/EU tot het EVRM en het opstellen van een EU-handvest van grondrechten.

1.2 EVRM

Mensenrechten corresponderen met plichten voor staten. Zij zijn vastgelegd in een groot aantal verdragen. In dit preadvies beperk ik mij tot het onderzoeken van de betekenis van de mensenrechten, beschermd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)⁵ en de bijbehorende protocollen.⁶ Deze rechten, hierna: EVRM-rechten, nemen binnen de internationale en nationale rechtsorde een bijzondere plaats in. Ook vanuit het gezondheidsrecht bestaat bijzondere belangstelling voor het EVRM.⁷

De EVRM-rechten komen binnen Nederland 'rechtstreekse' of 'directe werking' toe. Anders gezegd, naleving van de EVRM-rechten kan binnen Nederland jegens de overheid worden afgedwongen. Deze rechten werken bovendien door in de relaties tussen particulieren onderling ('horizontale' of 'derdenwerking'). De door het EVRM en bijbehorende protocollen beschermde rechten lijken wat dit betreft op de in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) neergelegde rechten.⁸ Horizontale werking verschilt van rechtstreekse (verticale) werking, omdat de EVRM-rechten op een andere wijze normerend zijn voor beide soorten relaties. De rechten werken niet volledig door in de horizontale relaties, omdat particulieren niet op dezelfde wijze als de overheid zijn gebonden aan mensenrechten. Voor zover mensenrechten ook particulieren als normadressaat hebben, geldt de mensenrechtelijke beperkingensystematiek niet op gelijke wijze. Bij een botsing tussen een EVRM-recht en een ander belang in de horizontale relaties kan de rechter ook voorbijgaan aan het mensenrechtelijke belang, *ergo* kiezen voor een gewone belangenafweging. Hetzelfde geldt in geval van een botsing tussen grondrechtelijk beschermde belangen in de horizontale relaties. Hier staat tegenover dat diverse EVRM-rechten volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) een opdracht bevatten voor de overheid om het genot van het recht in de relaties tussen particulieren onderling te waarborgen.⁹ Over deze positieve verplichting tot normering van de horizontale relaties is in de literatuur evenwel gesteld, dat in dergelijke gevallen geen sprake is van horizontale werking van een grondrecht. 'Niet het grondrecht werkt door tussen burgers onderling, doch de wettelijke regeling zelf.'¹⁰ Voor dit moment kan worden volstaan met de constatering dat het EVRM naast verticale werking ook betekenis heeft voor de relaties tussen particulieren onderling, zij het op andere wijze.

5 Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154, in werking getreden op 3 september 1953 en sindsdien enkele malen gewijzigd.

6 Voor een korte omschrijving van de voor dit preadvies belangrijkste bepalingen, zie de bijlage.

7 Gevers 1994, p. V.

8 Zaak 43/75 (Defrenne II) en zaak 96/80 (Jenkins).

9 Zie bijv. X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 23 en A./VK, nr. 25599/94, par. 22.

10 Kortmann 2005, p. 393, onder verwijzing naar Burkens.

1.3 *Vraagstelling en uitwerking*

De afgelopen jaren is steeds duidelijker geworden dat het EVRM van belang is voor het gezondheidsrecht. De beoefenaars van het gezondheidsrecht in Nederland zijn zich hiervan in toenemende mate bewust. Een blik op de gezondheidsrechtelijke hand- en leerboeken leert dat de EVRM-rechten steeds vaker worden betrokken bij de analyse van onderwerpen. Ook in verschillende eerdere preadviezen van de VGR is aandacht besteed aan EVRM-rechten, waaronder artikel 8 EVRM (recht op privacy)¹¹, artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces)¹², de spanning die tussen beide rechten kan optreden¹³, artikel 5 (recht op vrijheid en veiligheid)¹⁴, artikel 3 (folterverbod)¹⁵ en artikel 12 (recht te huwen en een gezin te stichten).¹⁶

In de gezondheidsrechtelijke literatuur worden de EVRM-rechten dus veelvuldig aangestipt, maar het ontbreekt aan doorwrochte commentaren en systematische beschouwingen.¹⁷ Daar waar wordt verwezen naar EVRM-rechten, krijgen de uitleg en toepassing van de rechten door het Hof doorgaans weinig aandacht. Andere opvallendheid is dat EVRM-rechten in gezondheidsrechtelijke publicaties veelal worden vereenzelvigd met afweerrechten van de patiënt. Dit perspectief doet – zoals hierna zal blijken – niet helemaal recht aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Dit alles vormt reden in het navolgende preadvies nader in te gaan op de systematiek van het EVRM en de wijze van rechtsvinding door het Hof, toegespitst op gezondheidsrechtelijke thema's die in zijn rechtspraak kunnen worden ontwaard.

Doel van dit preadvies is het duiden van de normatieve betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht in Nederland. Net als in het navolgende preadvies van Van de Gronden en Sluijs besteed ik daarbij bijzondere aandacht aan de wijze van rechtsvinding door het bevoegde gerechtshof, het EHRM, en de beperkingensystematiek onder het EVRM. De EHRM-jurisprudentie tot 1 februari 2009 is in dit preadvies verwerkt.

De opbouw van dit preadvies is als volgt. In hoofdstuk 2 ga ik in op de betekenis van mensenrechten, ook in relatie tot gezondheid en het gezondheidsrecht. In hoofdstuk 3 bespreek ik de voor bovengenoemde vraagstelling belangrijkste kenmerken van het EVRM en de wijze waarop het EHRM dit verdrag uitlegt en toepast. Op basis van de rechtspraak van het EHRM worden in hoofdstuk 4 enkele gezondheidsrechtelijke onderwerpen uitgediept. Het geheel sluit ik af met een beschouwing en enkele conclusies en stellingen (hoofdstuk 5).

11 Zie bijv. Gevers 1996, p. 145-196; Hustinx 1999 en Dute 2005, p. 103-150.

12 Zie bijv. Mevis 2007, p. 123-173.

13 Zie bijv. Kastelein 2004, p. 145-196.

14 Zie bijv. Widdershoven en Blankman 2003.

15 Kelk 1998.

16 Zie bijv. Kalkman-Bogerd 2001.

17 Uitzondering wat dit betreft vormen Roscam Abbing 1979 en Gevers 1994.

2 Rechten van de mens en gezondheid(srecht)

2.1 *Inleiding*

In het vorige hoofdstuk is veelvuldig gerefereerd aan de rechten van de mens. Alvorens in te gaan op het belang van de EVRM-rechten voor het gezondheidsrecht in Nederland, sta ik in dit hoofdstuk stil bij de betekenis van het begrip mensenrechten (paragraaf 2.2), gevolgd door een analyse van de rechten van de mens en gezondheid(srecht) en de tussen beide domeinen bestaande relaties (paragraaf 2.3).

2.2 *Rechten van de mens*

Mensenrechten zijn mensenrechten omdat ze zo worden aangeduid in het verdrag of een ander juridisch instrument waarin ze erkenning hebben gevonden. Langs dezelfde lijn kan worden betoogd dat grondrechten grondrechten zijn, omdat de Grondwet ze als zodanig karakteriseert.¹⁸ Met een dergelijke formele definitie zou op deze plaats kunnen worden volstaan. Dat is echter onbevredigend. Allereerst wordt hiermee gesuggereerd dat alleen gepositieerde mensenrechten het predikaat rechten van de mens verdienen. Dit is op zijn minst omstreden. In de tweede plaats maakt een formele definitie geenszins duidelijk wat nu de kenmerken zijn van deze categorie rechten en wat hun bijzondere normatieve betekenis verklaart. Daartoe behoeven we een meer materiële definitie.

Mensenrechten corresponderen met menselijke waarden en diepgewortelde rechtsbeginselen, waaraan in een democratische rechtsstaat bijzondere betekenis toekomt. Het wezenskenmerk van deze rechten vormt het waarborgen van de menselijke waardigheid. Alkema omschrijft deze rechten als 'fundamentele normen, die uitgaan van de waardigheid en onderlinge gelijkheid van de mens.'¹⁹ Zij zijn 'onvervreemdbaar' en 'inherent' aan het menszijn.²⁰

Maar wanneer is sprake van een menselijk wezen? Het EHRM benadert deze vraag pragmatisch. 'In the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life' laat het Hof de beantwoording hiervan over aan de verdragsstaten.²¹ De belangen van ongeborenen zijn volgens het Hof weliswaar 'beschermwaardig', maar zij maken niet onverkort aanspraak op de rechten van de mens.²² Verdragsstaten mogen eveneens zelf bepalen vanaf welk moment het leven eindigt en aan de hand van welke criteria dit wordt vastgesteld. Net als

18 Vgl. Kortmann 2005, p. 382.

19 Alkema 1995, p. 8.

20 Loof 2005, p. 1 en Henrard 2006, p. 27.

21 Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00, par. 82 en Evans/VK (GC), nr. 6339/05, par. 54.

22 Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00, par. 84.

ongeborenen maken overledenen aanspraak op ‘respect’, maar niet op mensenrechten.²³

Als waarborg voor de menselijke waardigheid leggen mensenrechten verplichtingen op aan staten, de primaire normadressaat. De noodzaak deze rechten ook internationaal vast te leggen heeft na de Tweede Wereldoorlog postgevat. Naast grondrechten kennen we sindsdien een internationaal stelsel van mensenrechtenbescherming, waaronder het EVRM-systeem. Deze stelsels hebben vanouds een subsidiair karakter. Het blijft in de eerste plaats de taak van de nationale autoriteiten om de naleving van deze rechten binnen de eigen rechtsorde te garanderen. Mensenrechten normeren daartoe ook iedere vorm van overheidshandelen. Bestuur en wetgever moeten bij en door middel van hun handelwijzen de rechten van de mens respecteren, beschermen en bevorderen. Hetzelfde geldt voor de rechter²⁴, met dat verschil dat hij het bestuur en de wetgever in voorkomende gevallen moet corrigeren.²⁵

In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen vrijheidsrechten en claimrechten. Dit verschil tussen ‘vrijheid van’ en ‘vrijheid tot’ zou dan corresponderen met onthoudingsplichten (*negatieve verplichtingen*) en inspannings- en prestatieplichten (*positieve verplichtingen*) voor de overheid. Negatieve verplichtingen beogen de menselijke waardigheid te beschermen *tegen* de staat, positieve verplichtingen waarborgen de bescherming van de menselijke waardigheid *door* de staat. In het verlengde hiervan wordt vaak onderscheid gemaakt tussen klassieke of vrijheidsrechten enerzijds en sociale rechten anderzijds. Daarbij wordt doorgaans aangenomen dat de aanspraken op staatsonthouding zodanig concreet zijn, dat zij in rechte afdwingbaar zijn. Daarmee zouden vrijheids- of klassieke rechten, waaronder de meeste EVRM-rechten, zich onderscheiden van claim- of sociale rechten. Deze laatste rechten omvatten, zo is wel gesteld, niet meer dan een instructienorm voor de overheid, waaraan individuen geen subjectieve rechten kunnen ontleen.

Los van de omstandigheid dat het EVRM niet slechts klassieke rechten omvat, demonstreert de rechtspraak van het EHRM dat de tegenstelling tussen klassieke en sociale rechten nuancering behoeft. Veel vrijheidsrechten, waaronder het recht op privacy, omvatten voor de overheid ook inspanningsverplichtingen om het effectieve genot daarvan te waarborgen, terwijl ‘typisch’ sociale grondrechten, zoals het recht op arbeid, onderwijs en huisvesting, van de overheid tevens verlangen dat individuele keuzes worden gerespecteerd. Thomassen benadrukt daarom de overeenkomsten tussen klassieke en sociale rechten. Zij constateert dat ‘het verbinden van de klassieke grondrechten en de sociale grondrechten past in een ontwikkeling van constitutioneel recht waarin wordt erkend dat de sociale

23 Filtenborg Mortesen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 1338/03 en Jäggi/Zwitserland, nr. 58757/00.

24 Pla & Puncerau/Andorra, nr. 69498/01.

25 Van Ballegooij e.a. 2008, p. 299.

rechten op het terrein van de klassieke rechten komen wanneer het begrip menselijke waardigheid een rol gaat spelen.²⁶

In het navolgende zal de aandacht in het bijzonder uitgaan naar de *reikwijdte* van voor (het) gezondheid(srecht) van belang zijnde EVRM-rechten en de *beperkingen* die daarop volgens het EHRM mogen worden gemaakt. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat het beperken van of het maken van een *inbreuk* op een mensenrecht nog niet gelijkstaat aan het schenden van dat recht. Er is sprake van een *schending* van een recht als de inbreuk niet voldoet aan een algemene of bijzondere beperkingsclausule.

2.3 Gezondheid en recht

Gezondheid vertegenwoordigt in onze samenleving een belangrijke waarde. Dit spreekt ook uit diverse verdragen inzake de rechten van de mens. In deze verdragen en de mensenrechtelijke rechtspraak wordt op drie wijzen naar gezondheid verwezen. In de eerste plaats zijn er bepalingen inzake het recht op de hoogst mogelijke standaard van gezondheid, kortweg het recht op gezondheid. In de tweede plaats is het genot van bepaalde rechten zodanig verweven met gezondheid(sbelangen), dat de overheid zich bij het respecteren, beschermen en bevorderen van dat recht mede acht moet slaan op de gezondheid(sbelangen) van rechtssubjecten. Een bedreiging voor de gezondheid kan, in de derde plaats, een reden zijn om restricties op te leggen bij het uitoefenen van rechten en vrijheden. In het laatste geval gaat het niet om gezondheid als recht, maar gezondheid als grondslag voor het beperken van mensenrechten, een onderwerp waarop ik in het navolgende hoofdstuk nader inga (paragraaf 3.4.2).

In de twee eerste gevallen betreft het op de overheid rustende verplichtingen ter bevordering en bescherming van de gezondheid van mensen. Het verschil tussen het (sociale) recht op gezondheidsbevordering en de op (klassieke) grondrechten gebaseerde verplichtingen om de gezondheid te beschermen valt in de praktijk niet altijd duidelijk te maken.²⁷ Het is dan ook goed verdedigbaar beide modaliteiten samen te voegen tot één norm, zoals bepleit door Leenen.²⁸ De rechtspraktijk is echter (nog) niet zover. Via het EVRM kan de burger de overheid vrijwel uitsluitend aanspreken op het niet-nakomen van beschermingsplichten. Voor schendingen van het (sociale) recht op gezondheid bestaat op Europees niveau sinds 1998 de mogelijkheid tot het indienen van een (collectieve) klacht bij het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR).²⁹

26 Thomassen 2008, p. 933.

27 Hendriks 1999.

28 Recht op zorg voor de gezondheid. Leenen 1997.

29 Van der Velde 2006.

2.3.1 *Recht op gezondheid*

Krachtens het in 1948 aanvaarde Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) is 'het genot van de hoogst mogelijke gezondheidsstandaard een van de fundamentele rechten van de mens'. Dit recht, doorgaans aangeduid als het recht op gezondheid³⁰, heeft daarna erkenning gevonden in onder meer de Universele Verklaring van de rechten van de mens (art. 25 UVRM), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (art. 12 IVESCR), het Europees Sociaal Handvest (Herzien) (art. 11 ESH) en onze Grondwet (art. 22 lid 1 Gw). Dit recht veronderstelt vanouds overheidsverantwoordelijkheid voor zaken die verband houden met de gezondheid van mensen. Hoewel gezondheidszorg slechts één van de determinanten is van gezondheid³¹, wordt het waarborgen van toegang tot gezondheidszorg veelal gezien als kernaspect van dit recht. Voor gezondheidsrechtjuristen is dit ook de reden om dit recht veelal aan te duiden als recht op gezondheidszorg (paragraaf 2.3.3).

De overheid komt een grote mate van vrijheid toe om, rekening houdend met de staatshuishouding en andere omstandigheden, inkleuring te geven aan dit recht en daarbij prioriteiten te stellen. In een poging de normatieve betekenis van het recht op gezondheid te preciseren heeft het IVESCR-comité, het orgaan dat toeziet op de naleving van het IVESCR, in 2000 een *General Comment* opgesteld over dit recht.³² Blijkens dit document rust op verdragsstaten een reeks verplichtingen, niet beperkt tot het zorgdragen voor een stelsel van gezondheidszorg. Het Comité benadrukt dat het recht op gezondheid niet kan worden opgevat als een recht om gezond te zijn. Het recht op gezondheid omvat zowel vrijheden als aanspraken die tezamen moeten verzekeren dat mensen een gezond leven kunnen lijden. Tot die aanspraken behoort het recht op een gezondheidszorgsysteem, dat mensen gelijke kansen biedt met betrekking tot het genot van de hoogst mogelijke gezondheidsstandaard.³³ Het recht op gezondheid ziet tevens op de 'underlying determinants of health, such as access to safe and potable water and adequate sanitation, an adequate supply of safe food, nutrition and housing, healthy occupational and environmental conditions, and access to health-related education and information, including on sexual and reproductive health.'³⁴ Met betrekking tot deze vrijheden en aanspraken dienen de volgende kenmerken in acht te worden genomen: beschikbaarheid, toegankelijkheid, geschiktheid en kwaliteit.³⁵

30 Zie bijv. Hendriks 1998, p. 390-391; Toebes 1999, p. 17 e.v. en Henrard 2006, p. 343-347.

31 De belangrijkste determinant vormt gedrag (50%), gevolgd door omgeving (20%) en erfelijke factoren (20%). De invloed van de gezondheidszorg op onze gezondheid bedraagt niet meer dan 10%. Grosel e.a. 2003, p. 23.

32 IVESCR-Comité 2000.

33 Idem, par. 9.

34 Idem, par. 11.

35 Idem, par. 12.

Dit algemeen commentaar bleek een opstapje voor de benoeming van een *special rapporteur* inzake het recht op gezondheid door de VN-Mensenrechtencommissie in 2002.³⁶ Deze rapporteur, tot augustus 2008 Paul Hunt en nadien Anand Grover, heeft onder meer als taak aanbevelingen te maken

‘to promote and protect the realization of the right of everyone to the highest attainable standard of physical and mental health, with a view to supporting States’ efforts to enhance public health.’³⁷

Dit heeft geresulteerd in een groot aantal studierapporten waarin de betekenis van het recht op gezondheid is uitgewerkt en aanbevelingen zijn opgenomen voor de verwezenlijking van dit recht.

2.3.2 Plicht tot bescherming van gezondheid

Het genot van veel mensenrechten is (mede) afhankelijk van de mate waarin de overheid de gezondheid beschermt van mensen. Dit volgt ook uit de rechtspraak van het EHRM.

De bescherming van de lichamelijke en geestelijke integriteit (art. 8 EVRM), legt op de overheid zowel negatieve als positieve verplichtingen.³⁸ Voortbouwend op zijn rechtspraak heeft het EHRM bepaald dat de overheid in voorkomende gevallen is gehouden aanpassingen te maken ten behoeve van personen met een functiebeperking³⁹ en dat er ook de verplichting kan bestaan zorgkosten te vergoeden.⁴⁰ Personen kunnen aan artikel 8 EVRM eveneens een geclausuleerde aanspraak ontlenen gevrijwaard te blijven van gezondheidsschade en een recht op (toegang tot) relevante informatie (hoofdstuk 4). Hoewel verdragsstaten in de optiek van het Hof doorgaans een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het nemen van maatregelen die raken aan de gezondheid van mensen, moeten zij op zorgvuldige wijze aandacht besteden aan de individuele (gezondheids)belangen.⁴¹ Het Hof verwacht van de overheid tevens dat zij naar effectieve oplossingen zoekt voor haar burgers indien milieu- en gezondheidsproblemen moeilijk kunnen worden afgewend.⁴²

Het EVRM (art. 2, 3 en 8) schept voorts een zorgplicht voor de overheid ten opzichte van personen in een – van de overheid – afhankelijke positie, waaronder

36 Hunt 2007.

37 CHR-Resolutie 2002/31, par. 5(d).

38 X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 22-23.

39 Botta/Italië, nr. 21439/93; Marzari/Italië (ontv.besl.), nr. 36448/97; Zehnalová & Zehnal/Tsjechië (ontv.besl.), nr. 38621/97, Sentges/Nederland (ontv.besl.), nr. 27677/02 en Mólka/Polen (ontv.besl.), nr. 56550/00.

40 Pentiacova e.a./Moldavië (ontv.besl.), nr. 14462/03 en Schlumpf/Zwitserland, nr. 29002/06.

41 Taşkin e.a./Turkije, nr. 46117/99.

42 Fadeyeva/Rusland, nr. 55723/00 en Tatar/Roemenië, nr. 67021/01.

gedetineerden⁴³ en militairen.⁴⁴ Het Hof rekent het verdragsstaten aan indien aan personen noodzakelijke zorg wordt onthouden.⁴⁵ Die verplichting strekt zich ook uit tot de horizontale relaties⁴⁶, onder meer ter bescherming van de gezondheid en het welzijn van kinderen.⁴⁷

Het belang dat is gelegen in de bescherming van de gezondheid rechtvaardigt, aldus het Hof, ook dat grenzen worden gesteld aan de meningsuiting van medische beroepsbeoefenaren. Zo moet een persoonlijke opvatting of kritiek op het handelen van een vakgenoot worden onderscheiden van commerciële reclameuitingen.⁴⁸

Uit een wat oudere accountantszaak volgt dat verdragsstaten ter bescherming van het publiek ook het gebruik van beroepstitels aan banden mogen leggen.⁴⁹ De eis van (her)registratie vormt een gerechtvaardigde inbreuk op het recht van eigendom.

Het EVRM voorziet voorts in de mogelijkheid van vrijheidsberoving ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten. Daarnaast kunnen geesteszieken, alcoholisten en enkele andere categorieën personen om sociaal-medische redenen aan vrijheidsontneming worden onderworpen (paragraaf 4.5.1.b). Ook uit deze bepaling en de daarop gebaseerde rechtspraak spreekt dat de bescherming van de gezondheid in bepaalde situaties vraagt om overheidsop treden. Dat overheidshandelen kan (mede) zijn ingegeven ter bescherming van de gezondheidsbelangen van de betrokkene. Een gedwongen opneming

'may be necessary not only where a person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him, for example, causing harm to himself or other persons'.⁵⁰

43 Hurtado/Zwitserland, nr. 17549/90; Mouisel/Frankrijk, nr. 67263/01 en Matencio/Frankrijk, nr. 58749/00.

44 Álvarez Ramón/Spanje (ontv.besl.), nr. 51192/99; Kılınç e.a./Turkije, nr. 40145/98; Yılmaz/Turkije, nr. 21899/02 en Aydın/Turkije, nr. 34813/02.

45 Boicenco/Moldavië, nr. 41088/05; Holomiov/Moldavië, nr. 30649/05 en Huylu/Turkije, nr. 52955/99.

46 Osman/VK (GC), nr. 23452/94, par. 128-130.

47 Z. e.a./VK (GC), nr. 29392/95; Edwards/VK, nr. 46477/99; E. e.a./VK, nr. 33218/96; Kontrová/Slovakije, nr. 7510/04 en D. e.a./VK (ontv.besl.), nr. 38000/05.

48 Frankowicz/Polen, nr. 53025/99 resp. Barthold/Duitsland, nr. 8734/79; Colman/VK, nr. 16632/92 en Villnow/België (ontv.besl.), nr. 16938/05. Vgl. zaak C-143/06 (Ludwigs Apotheke) en zaak C-500/06 (Dermoestetica).

49 Van Marle e.a./Nederland, nr. 8543/79.

50 Hutchison Reid/VK, nr. 50272/99, par. 52.

De op de overheid rustende plicht de gezondheid van ingezetenen te beschermen is vanzelfsprekend niet absoluut. Personen hebben daarnaast een eigen verantwoordelijkheid voor hun gezondheid.⁵¹ Verzoekers moeten soms de gevolgen dragen van hun eigen gedrag, bijvoorbeeld ‘le refus catégorique des requérants d’être hospitalisés.’⁵²

2.3.3 Gezondheidsrecht

Het gezondheidsrecht heeft van het begin af aan een sterke mensenrechtelijke inslag gehad.⁵³ Zo heeft Leenen in zijn werk veel aandacht besteed aan – en gevraagd voor – de rechten van de mens en de betekenis daarvan voor het gezondheidsrecht. Hij nam daarbij het standpunt in, dat het gezondheidsrecht op twee pijlers berust: het zelfbeschikkingsrecht en het recht op gezondheidszorg⁵⁴, door hem ook wel aangeduid als individuele rechten en het sociale recht op gezondheidszorg.⁵⁵ Deze visie op mensenrechten en gezondheid, die Leenen in zijn latere werk overigens enigszins heeft bijgesteld⁵⁶, heeft grote invloed gehad op de ontwikkeling van het gezondheidsrecht in Nederland.

Het recht op gezondheid vormt aldus een belangrijk fundament van het gezondheidsrecht. Dit laat onverlet dat gezondheidsrechtjuristen bij voorkeur lijken te spreken over recht op gezondheidszorg.⁵⁷ De term recht op gezondheid zou ten onrechte suggereren dat individuen jegens de staat – en wellicht ook jegens derden – aanspraak maken op een goede gezondheid. Door te spreken over een recht op gezondheidszorg zou duidelijker naar voren komen dat de op de overheid rustende instructienormen bovenal moeten zijn gericht op het verzekeren van een stelsel van gezondheidszorg dat voldoet aan de eisen van beschikbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit.

Zoals uit het voorgaande blijkt, bevat het recht op zorg slechts één – zij het essentieel – aspect van het recht op gezondheid. Ook anderszins sluit deze redenering niet aan bij het internationale discours over het recht op gezondheid. Het ware denkbaar dat door het gebruik van de term recht op gezondheidszorg beter wordt aangesloten bij het object van het gezondheidsrecht. Indien dat het geval was, dringt zich de vraag op waarom wij ons vakgebied dan niet aanduiden als gezondheidszorgrecht. Leenen heeft hierover opgemerkt, dat met gezondheidsrecht ook gezondheidszorgrecht wordt bedoeld. De term gezondheidszorgrecht is echter ‘voor het dagelijks gebruik te lang en het spraakgebruik in Nederland laat voorts vaak de tussenvoeging “zorg” bij met “gezondheid” samengestelde woor-

51 Busstra 2008.

52 Mogoş/Roemenië, nr. 20420/02, par. 119.

53 Gevers 2008.

54 Leenen 1986, p. 22 en Leenen 1978, p. 17 e.v.

55 Leenen 1994a.

56 Leenen 1994b, p. 13-15 en p. 28-30 en Leenen e.a. 2007, p. 14-15 en p. 37-42.

57 Zie bijv. Roscam Abbing 1979 en Gevers 2004.

den achterwege.⁵⁸ Aldus geredeneerd lijkt de keuze voor de term ‘gezondheidsrecht’ uitsluitend door ‘praktische redenen’ te zijn ingegeven.

2.4 Conclusies

De afgelopen jaren hebben diverse studies aangetoond dat mensenrechten en gezondheid nauw met elkaar zijn verbonden.⁵⁹ Dit verklaart waarom er verschillende initiatieven zijn ontplooid om die relatie nader uit te diepen. Naast de al eerder aangehaalde benoeming van een VN-speciaal rapporteur, bestaat er sinds 1994 een apart tijdschrift *Health and Human Rights*⁶⁰ en heeft de WHO al meer dan tien jaar een ‘Health and Human Rights Programme’.⁶¹

Als primaire normadressaat van mensenrechten rust op de overheid de (eind)verantwoordelijkheid voor het verwezenlijken van het recht op gezondheid. Daarnaast is zij op grond van andere internationaal en Europees gecodificeerde mensenrechten gehouden beschermende maatregelen te nemen (mede) vanwege gezondheidsbelangen. De aanspraak op deze maatregelen is veelvuldig aan de orde in EVRM-procedures, evenals de inbreuken die op mensenrechten worden gemaakt vanwege de gezondheid van anderen of de betrokkene zelf.

Het belang van mensenrechten voor het gezondheidsrecht lijkt door deze ontwikkelingen te worden bevestigd. Omgekeerd kan het gezondheidsrecht een belangrijke bijdrage leveren aan het concretiseren van de betekenis van de het recht van gezondheid en andere van belang zijnde mensenrechten.⁶² In dit preadvies beperk ik mij evenwel tot het duiden van de betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht in Nederland.

58 Leenen 1968, p. 780.

59 Zie hierover Mann e.a. 1999 en Gruskin e.a 2007.

60 <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr>.

61 <http://www.who.int/hhr/en/>.

62 Vgl. Roscam Abbing 1998.

3 EVRM

3.1 *Inleiding*

Alvorens meer *in concreto* in te gaan op de betekenis van de EVRM-rechten voor het gezondheidsrecht in Nederland, schets ik in dit hoofdstuk enige kenmerken van het EVRM (paragraaf 3.2), de procedure bij het EHRM (paragraaf 3.3) en de wijze waarop het EHRM de EVRM-rechten interpreteert (paragraaf 3.4).

3.2 *Verdrag en toezichtmechanisme*

3.2.1 *Kenmerken van het EVRM*

Het EVRM is het kroonjuweel van de Raad van Europa.⁶³ De intergouvernementele Raad van Europa, opgericht in de najaren van de Tweede Wereldoorlog (1949), beoogt de vrede in Europa te bewaken en de samenwerking tussen landen te bevorderen door middel van het versterken van de parlementaire democratie, de rechtsstaat en de rechten van de mens. Het EVRM (1950) is een typisch uitvloeisel hiervan. Dit verdrag bevat de verplichting voor verdragsstaten tot het naleven van een aantal – met name klassieke – mensenrechten. Met het oog op de sociale mensenrechten is in het kader van de Raad een apart verdrag tot stand gekomen, het ESH (1961).

Het EVRM trad in werking op 3 september 1953. Het Hof is in 1959 ingesteld. Zijn eerste uitspraak deed het Hof in 1961.⁶⁴ Sindsdien heeft de rechtspraak een vaart genomen. Het aantal uitspraken van het Hof bedraagt inmiddels meer dan 10.000.

Algemeen wordt aangenomen dat de EVRM-rechten onderdeel uitmaken van de nationale rechtsorde van de verdragsstaten.⁶⁵ Mede daarom neemt het EVRM een bijzondere positie in binnen het internationaal en nationale recht. Het in Straatsburg zetelende Hof is zich hiervan bewust:

‘Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above all a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a “collective enforcement” ...’⁶⁶

63 Aan dit juweel hangt wel een prijskaartje: € 53 miljoen op jaarbasis (2008).

64 Lawless/Ierland, nr. 332/57.

65 Vgl. Blečić/Kroatië (GC), nr. 59532/00, par. 90: ‘It (het EVRM–AH) directly creates rights for private individuals within their jurisdiction.’

66 Mamatkulov & Abdurasulovic/Turkije (GC), nr. 46827/99 & 26951/99, par. 100. Overigens lijkt deze overweging te zijn geïnspireerd door een overweging van het HvJ EG in de befaamde zaak 26/63 (Van Gend en Loos).

Daarmee wenst het EHRM nadrukkelijk niet te suggereren dat het EVRM zich in een vacuüm bevindt.⁶⁷ Bij de interpretatie van verdragsbepalingen besteedt het Hof zo nodig aandacht aan andere verdragen of het werk van andere organen.⁶⁸ Naast het Weense Verdragenverdrag (WVV)⁶⁹, zien we in uitspraken van het Hof verwijzingen naar onder andere het ESH⁷⁰ en de Biogeneeskunde Conventie.⁷¹ In toenemende mate betreft het EHRM ook het primaire en secundaire Gemeenschapsrecht bij zijn uitspraken⁷², inclusief de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG).⁷³

Het EVRM bevat minimumnormen. Indien het recht van een verdragsstaat op grond van nationale wetten of andere verdragen meer bescherming biedt aan mensenrechten dan voorgeschreven volgens het EVRM, dan is het niet toegestaan dit beschermingsniveau te verlagen met een beroep op het EVRM. Het hoogste niveau van rechtsbescherming dient te prevaleren (art. 53 EVRM). Zo kan het gebeuren dat het EHRM concludeert tot schending van het EVRM, omdat een staat niet heeft gehandeld in overeenstemming met de eigen wetgeving, die voorziet in meer bescherming dan voorgeschreven op grond van het EVRM.⁷⁴

3.2.2 *Het toezichtmechanisme*

Twee aan de Raad van Europa verbonden lichamen zijn belast met het toezicht op de naleving van het EVRM: het Hof en het Comité van Ministers.⁷⁵

Het Hof – en tot 1998: de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM)⁷⁶ – kan verzoekschriften ontvangen van personen (individuele klacht-

67 Al-Adsani/VK (GC), nr. 35763/97, par. 50 en Öcalan/Turkije (GC), nr. 46221/99, par. 163. Zie ook Vlemminx 2008.

68 Al-Adsani/VK (GC), nr. 35763/97, par. 55 en Saadi/Italië (GC), nr. 37201/06, par. 62.

69 Witold Litwa/Polen, nr. 26629/95.

70 Wilson/VK, nr. 30668/96; Sørensen & Rasmussen/Denemarken (GC), nr. 52562/99 & 52620/99 en Demir & Baykara/Turkije (GC), nr. 34503/97.

71 Cyprus/Turkije (GC), nr. 25781/94; Glass/VK, nr. 61827/00; Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00; Evans/VK, nr. 6339/05; Evans/VK (GC), nr. 6339/05; Juhnke/Turkije, nr. 20817/04 en Bogumil/Portugal, nr. 35228/03.

72 Christine Goodwin/VK (GC), nr. 28957/95; Sørensen & Rasmussen/Denemarken (GC), nr. 52562/99 & 52620/99 en Vilho Eskelinen e.a./Finland (GC), nr. 63235/00.

73 Niemietz/Duitsland, nr. 13731/88, par. 22 e.v.; Bosphorus/Ierland (GC), nr. 45036/98, par. 135 e.v. en Stec e.a./VK (GC), nr. 65731/01 & 65900/01, par. 58.

74 Nakach/Nederland, nr. 5379/02; Gajcsi/Hongarije, nr. 34503/03 en I./Finland, nr. 20511/03.

75 Voor een meer uitvoerige schets, zie Van der Velde 1997.

76 Tot de inwerkingtreding van het Elfde Protocol (01.11.1998) vervulde de ECieRM binnen deze structuur een zeeffunctie. Door het Elfde Protocol zijn diverse zaken veranderd. Zo zijn de ECieRM en het 'oude' Hof vervangen door een nieuw en permanent Hof bestaande uit voltijdse rechters.

recht, art. 34 EVRM) en van verdragsstaten (statenklachtrecht, art. 32 EVRM). In beide situaties geldt de uitspraak van het Hof als bindend (art. 46 EVRM).

Het EVRM voorziet in de tweede plaats in een toezichthoudende rol van het Comité van Ministers. Het Comité heeft ingevolge het EVRM tot taak toe te zien op de tenuitvoerlegging van de uitspraken van het Hof (art. 46 lid 2 EVRM) en kan de verdragsstaten op gebreken aanspreken.

3.3 *Procedure bij het Hof*

3.3.1 *Van verzoekschrift tot toezicht op naleving uitspraak*

Slachtoffers van schendingen van het EVRM door een (orgaan van een) verdragsstaat kunnen hun zaak door middel van een verzoekschrift rechtstreeks aan het EHRM voorleggen. Het Hof kan het verzoekschrift pas in behandeling nemen als de beschikbare nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (art. 35 lid 1 EVRM). Dit betekent dat de betrokkene de zaak eerder moet hebben voorgelegd aan de nationale rechter en vervolgens – althans in beginsel⁷⁷ – moet hebben doorgeprocedeerd tot aan de hoogste nationale rechter. De nationale autoriteiten moeten namelijk de mogelijkheid hebben gehad de zaak te onderzoeken en, zo nodig, rechtsherstel aan te bieden.

Het Hof verklaart veruit de meeste verzoekschriften niet-ontvankelijk (art. 35 lid 3 EVRM). Dit betekent dat het Hof in die gevallen niet toekomt aan het geven van een inhoudelijk oordeel over een zaak. Omdat in dergelijke beslissingen regelmatig voor het gezondheidsrecht van belang zijnde onderwerpen aan de orde komen, verwijs ik in het navolgende naar diverse van dergelijke zaken.

In de andere gevallen buigt het Hof zich over de merites van de voorliggende zaak. Na het verrichten van nader onderzoek komt het Hof uiteindelijk met een uitspraak. Rechters kunnen hun persoonlijke oordeel door middel van een *dissenting opinion* (oneens met het meerderheidsoordeel) of *concurring opinion* (eens met het eindoordeel, maar met een andere motivatie) kenbaar maken bij de uitspraak. Uitspraken van het Hof zijn bindend en dienen door de verdragsstaten ten uitvoer te worden gelegd. Dit geldt alleen met betrekking tot einduitspraken (art. 46 EVRM). Een uitspraak van een kamer is pas definitief indien de zaak niet binnen drie maanden aan de Grote Kamer van zeventien rechters is voorgelegd ('intern appel', art. 43 EVRM). Uitspraken van de Grote Kamer gelden direct als einduitspraak. Het Comité van Ministers ziet vervolgens toe op de naleving van de uitspraak door de verdragsstaat.

77 Indien op voorhand duidelijk is dat (door)procederen op nationaal niveau naar verwachting niet kan leiden tot rechtsherstel of anderszins niet effectief is, kan de betrokkene zich direct tot het Hof wenden. Cardot/Frankrijk, nr. 11069/84; Akdivar e.a./Turkije (GC), 21893/93 en Salah Sheekh/Nederland, nr. 73049/01.

3.3.2 Partijen

Het EVRM schept verplichtingen voor de verdragsstaten. Klachten bij het Hof over de niet-naleving van het EVRM dienen dan ook te zijn gericht tegen een verdragsstaat.

Wie zijn klachtgerechtigd? Het Hof kan verzoekschriften in behandeling nemen van een natuurlijke persoon, een niet-gouvernementele organisatie en een groep van personen. Artikel 34 EVRM verschaft personen geen *actio popularis*.⁷⁸ Voor een individueel verzoekschrift geldt namelijk als bijkomende eis, dat de verzoeker slachtoffer is van een verdragschending door een verdragspartij (art. 34 EVRM).⁷⁹ Dit kan een belemmering zijn voor, bijvoorbeeld, patiëntenorganisaties om een zaak aan het Straatsburgse Hof voor te leggen. In het verlengde van deze eis is het niet mogelijk wetgeving *in abstracto* te laten toetsen door het EHRM.⁸⁰ Het Hof ontvangt evenmin verzoekers die niet in nauwe relatie staan tot het beweerdelijke slachtoffer van een verdragschending, zoals personen die protesteren tegen het staken van de behandeling aan een comapatiënte.⁸¹

Kan het Hof ook verzoeken van rechtspersonen in behandeling nemen? Afgaande op de tekst van het EVRM en de *Rules of Court* (RoC) van het EHRM, is dat niet mogelijk. Ook anderszins ligt dit niet direct voor de hand. Het gemeenschappelijke kenmerk van de rechten van de mens is immers dat zij de *menselijke* waardigheid beogen te waarborgen (zie paragraaf 2.2).⁸² Moeilijk kan worden volgehouden dat een rechtspersoon, zoals een maatschap, een zorginstelling of een zorgverzekeraar, behept is met menselijke waardigheid. Niettemin heeft het EHRM in diverse zaken uitgemaakt dat ook rechtspersonen aanspraak maken op de bescherming van EVRM-rechten, waaronder het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM)⁸³, het recht op respect van de woning en correspondentie (art. 8 EVRM)⁸⁴ en het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).⁸⁵ Zorginstellingen moeten

78 Open Door & Dublin Well Woman/Ierland, nr. 14234/88 & 14235/88; Norris/Ierland, nr. 10581/83 en S.L./Oostenrijk (ontv.besl.), nr. 45330/99.

79 Dit laat onverlet dat anderen zich in de plaats kunnen stellen om de procedure na overlijden te kunnen voortzetten. X/Frankrijk, nr. 18020/91.

80 Eriksson/Zweden, nr. 11373/85; Findlay/VK, nr. 22307/91 en Témoins de Jéhovah de France/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 53430/99.

81 Rossi e.a./Italië, (ontv.besl.), nr. 55185/08.

82 Thomassen 2007.

83 Tudor-Comert/Moldavië, nr. 27888/04 en Velted-98 AD/Bulgarije, nr. 15239/02.

84 Colas Est e.a./Frankrijk, nr. 37971/97; Buck/Duitsland, nr. 41604/98; Kent e.a./VK (ontv.besl.), nr. 9355/03 en Wieser & Bicos/Oostenrijk, nr. 4336/01.

85 Dit lijkt reeds te volgen uit de tekst van art. 10 lid 1 EVRM, nu daarin wordt vermeld dat dit recht verdragsstaten niet belet 'radio-, omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.' Vgl. Autronic/Zwitserland, nr. 12726/87, par. 47. Zie ook Observer & Guardian/VK, nr. 13585/88; Otto-Preminger-Institut/Oostenrijk, nr. 13470/87 en – t.a.v. de uitgever van een boek dat patiëntgegevens bevat – Plon/Frankrijk, nr. 58148/00.

zich dan ook beschermd weten tegen ongerechtvaardigde vormen van toezicht en handhaving. Rechtspersonen – waaronder farmaceutische bedrijven – hebben zich in Straatsburg ook met succes beroepen op het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM).⁸⁶ In al deze gevallen kan de rechtspersoon dus als materiële procespartij – de partij om wier rechten wordt geprocedeerd – optreden.

3.4 Uitleg en toepassing van EVRM door EHRM

3.4.1 Algemeen

‘De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het Verdrag en de Protocolen ...’ (art. 32 EVRM). Anders dan het HvJ EG is de bevoegdheid van het EHRM niet beperkt tot het uitleggen van het recht⁸⁷, maar kan hij ook uitspraak doen over de toepassing hiervan. Bij het interpreteren van het EVRM is het Hof gehouden aan het WVV.⁸⁸ Volgens dit verdrag moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd ‘overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag’ (art. 31 lid 1 WVV).⁸⁹ Ter bepaling van het voorwerp en doel van het EVRM heeft het Hof aanvankelijk veelvuldig gebruikgemaakt van de *travaux préparatoires*.⁹⁰ Mede op basis hiervan heeft het EHRM een autonome (eigen) betekenis toegekend aan diverse verdragsbegrippen.⁹¹ Vanaf 1978 benadrukt het Hof tegelijkertijd dat het EVRM *a living instrument* is, dat ‘must be interpreted in the light of present-day conditions’.⁹² Dit heeft geleid tot een evolutieve interpretatie van het EVRM.⁹³ Het Hof heeft in dit verband bepaald dat gezondheidszorg in een democratische rechtstaat een bijzonder belang vertegenwoordigt: ‘l’exercice de la médecine ne peut être assimilé à une activité commerciale qui, elle, obéit à des règles qui lui sont propre.’⁹⁴

86 Chiesi/Frankrijk, nr. 954/05.

87 Vgl. art. 234 EG: ‘Het Hof van Justitie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen a. over de uitlegging van dit Verdrag ...’.

88 Mamatkulov & Abdurasulovic/Turkije (GC), nr. 46827/99 & 26951/99, par. 111: ‘The Court reiterates (...) that the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties...’

89 Witold Litwa/Polen, nr. 26629/95, par. 59.

90 Lawson 1996.

91 Neumeister/Oostenrijk, nr. 1936/63, par. 14; König/Duitsland, nr. 6232/73, par. 88 en Ashingdane/VK, nr. 8225/78, par. 46. M.b.t. het begrip ‘criminal charge’ zie bijv. Maaouia/Frankrijk (GC), nr. 39652/98, par. 40.

92 Tyrer/VK, nr. 5856/72, par. 31.

93 Zie ook Soering/VK, nr. 14038/88, par. 102; Loizidou/Turkije (GC), nr. 15318/89, par. 71; Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00, par. 82 en Mamatkulov & Abdurasulovic/Turkije (GC), nr. 46827/99 & 26951/99, par. 121.

94 Villnow/België (ontv.besl.), nr. 16938/05.

In de zaak Airey heeft het Hof eraan herinnerd dat 'the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective.'⁹⁵ Het Hof toetst daarom ook of rechtssubjecten daadwerkelijk gebruik kunnen maken van hun rechten. Een gebrek aan financiële middelen vormt nog geen rechtvaardiging voor het niet naleven van verdragsverplichtingen.⁹⁶

De door het EVRM beschermde rechten en vrijheden bevatten voor de overheid naast onthoudingsplichten (negatieve verplichtingen) ook inspannings- en prestatieplichten (positieve verplichtingen). Dit volgt reeds uit art. 1 EVRM: 'De Hoge Verdragsluitende partijen *verzekeren* een ieder ...' Deze verzekeringsplicht, die geldt ten opzichte van een ieder die zich binnen de rechtsmacht van een staat bevindt, omvat meer dan het enkel 'respecteren' van rechten en vrijheden.⁹⁷

Het leerstuk van positieve verplichtingen is voor het gezondheidsrecht van groot belang, omdat het Hof op basis hiervan allerlei zorgplichten legt op de staat. Het door het EHRM ontwikkelde leerstuk van positieve verplichtingen kenmerkt zich door een contextuele benaderingswijze⁹⁸, waarbij het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen niet altijd even duidelijk is.⁹⁹ Ook het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten vervaagt hierdoor.¹⁰⁰ Voordeel van deze benaderingswijze is dat er een op de situatie toegespitste belangenafweging kan plaatsvinden, waarbij het Hof een redelijk evenwicht (*fair balance*) zoekt tussen individuele en algemene belangen.¹⁰¹ Keerzijde van deze benaderingswijze is dat er weinig rechtszekerheid bestaat over de uitleg en toepassing van positieve verplichtingen.

Het toezicht door het EHRM op de naleving van de verdragsrechten door de verdragsstaten kent, tot slot, een *subsidiar karakter*.¹⁰² Het Hof neemt immers een externe positie in ten opzichte van de nationale instanties. Het EHRM laat verdragsstaten, in het verlengde hiervan, een zekere vrijheid om de bescherming van mensenrechten op gepaste wijze vorm te geven. Deze *margin of appreciation* (zie paragraaf 3.4.2.c), om de situatie te beoordelen en de meest geschikte bijpassende maatregelen te nemen, komt tot uitdrukking in de mate van strengheid waarmee het Hof toetst.¹⁰³ Het is overigens een misvatting te geloven dat de nationale rechter het bestuur en de wetgever een soortgelijke beoordelingsruimte moet laten; de

95 Airey/Ierland, nr. 6289/73, par. 33.

96 Dybeku/Albanië, nr. 41153/06.

97 L.C.B./VK, nr. 23413/94 en Kontrová/Slowakije, nr. 7510/04.

98 Zie bijv. X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 23 en Plattform 'Ärzte für das Leben'/Oostenrijk, nr. 10126/82, par. 32.

99 Keegan/Ierland, nr. 16969/90 en Dickson/VK (GC), nr. 44362/04.

100 Niettemin benadrukt het EHRM, dat 'the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights', Airey/Ierland, nr. 6289/73, par. 26 en N./VK (GC), nr. 26565/05, par. 44.

101 Rees/VK, nr. 9532/81, par. 37 en Lawson 1995.

102 Belgische Taal, nr. 1474/62, par. 10 en Handyside/VK, nr. 5493/72, par. 48.

103 Barkhuysen 2004, p. 41-42.

nationale rechter verkeert niet in een externe positie. Een minder afstandelijke toets is dan aangewezen.¹⁰⁴

3.4.2 *Beperking van mensenrechten*

Het EVRM bevat een aantal rechten, waarvan het genot te allen tijde door de overheid moet worden verzekerd. Tot deze categorie rechten behoren het recht op leven (art. 2 EVRM), het folterverbod (art. 3 EVRM), het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 4 EVRM) en het legaliteitsbeginsel (art. 7 EVRM). De aanspraak op het respect van deze rechten mag ook niet tijdens een noodtoestand (art. 15 EVRM) worden beperkt.

Dit is anders met betrekking tot de meeste andere door het EVRM beschermde rechten, waaronder het recht op privacy (art. 8 EVRM). Het EVRM voorziet in de mogelijkheid het genot van deze rechten te beperken, omdat de uitoefening van deze rechten kan botsen met de rechten en vrijheden van andere personen (individueel belang) en kan conflicteren met de belangen van de overheid (algemeen belang). De artikelen 8-11 EVRM bevatten daartoe beperkingsclausules. Ingevolge deze bedingen is het, nadat is vastgesteld dat sprake is van een inmenging in een recht, geoorloofd het genot van het betreffende recht te beperken op voorwaarde dat de inmenging (cumulatief)

- a. is voorzien bij wet;
- b. dient ter verwezenlijking van een legitiem doel (waaronder 'gezondheid');
- c. noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Deze toets is toegespitst op het beoordelen van een inbreuk op een vrijheidsrecht (*negatieve verplichting*). In geval van een beweerdelijke schending van een claimrecht (*positieve verplichting*) loopt het EHRM in de praktijk alleen het derde onderdeel van de toets – de proportionaliteitstoets – na, waarbij hij de nadruk legt op het vinden van een redelijk evenwicht tussen de conflicterende rechten en belangen.¹⁰⁵

3.4.2.a *Voorzien bij wet*

Volgens vaste rechtspraak van het Hof is voldaan aan het vereiste 'voorzien bij wet' indien tegemoet wordt gekomen aan drie voorwaarden. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een wet, dat wil zeggen een wettelijke grondslag, voor de beperking. Daarnaast moet de beperkende regeling of maatregel voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid.¹⁰⁶ In de derde plaats moet zijn voorzien in adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik en willekeur.¹⁰⁷

104 Jak en Vermont 2007.

105 Henrard 2008, p. 32-33.

106 Huvig/Frankrijk, nr. 11105/84, par. 26: 'The expression "in accordance with the law" ... requires first that the impugned measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law.'

107 Klass e.a./Duitsland, nr. 5029/71, par. 49; Malone/VK, nr. 8691/79, par. 67 en Hasan & Chaush/Bulgarije (GC), nr. 30985/96, par. 84.

Wat verstaat het Hof onder ‘wet’? Het Hof legt dit begrip materieel uit.¹⁰⁸ Niet alleen een formele wet, maar ook ongeschreven recht en jurisprudentie kunnen als wet gelden in de zin van het EVRM.¹⁰⁹ Daarin verschilt de uitleg van het begrip ‘wet’ van de beperkingsclausules in onze Grondwet, nu alleen de wetgever in formele zin bevoegd is tot het beperken van de grondwettelijk beschermde rechten. In het verlengde van dit materiële wetbegrip heeft het Hof meermaals bepaald dat gedragsregels voor medische beroepsbeoefenaren als ‘wet’ kunnen worden aangemerkt, overigens zonder nader aan te geven wanneer dit het geval is.¹¹⁰ Als gevolg van deze ruime uitleg is in de praktijk al snel sprake van een beperkende maatregel die is ‘voorzien bij wet’.

De toegankelijkheid van een wet is van groot belang opdat rechtsregels voldoende kenbaar zijn voor individuen. Zij moeten (kunnen) weten welke regels van toepassing zijn op een situatie om hun handelen daarop te kunnen afstemmen.¹¹¹ De toegankelijkheidseis levert in de praktijk geen groot probleem op, omdat wet- en regelgeving doorgaans deugdelijk worden gepubliceerd. Wat betreft het ongeschreven recht, de jurisprudentie en regels van beroepsgroepen zou de toegankelijkheid eerder een probleem kunnen opleveren. Het Hof heeft zich tot op heden niet over deze vraag uitgesproken.

De voorzienbaarheid van een beperkende maatregel levert wel met enige regelmaat problemen op. Onder voorzienbaarheid verstaat het Hof dat rechtssubjecten weten welke consequenties een regel heeft voor hun gedrag. Dit veronderstelt dat een rechtsregel voldoende precies is.¹¹² Het Hof onderkent dat absolute precisie onbereikbaar is en dat het streven daarnaar kan leiden tot rigide regelgeving. Rechtsregels kunnen daarom tot bepaalde hoogte vaag zijn.¹¹³

Bij ruime overheidsbevoegdheden dient, mede gelet op de vaagheid van sommige rechtsregels, te zijn voorzien in adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik en willekeur.¹¹⁴

3.4.2.b *Legitiem doel: gezondheid(sbelang)*

In de artikelen 8-11 EVRM is aangegeven met het oog op welke doelen de betreffende rechten kunnen worden ingeperkt. Deze lijst heeft in al deze bepalingen

108 De Wilde e.a./België, nr. 2832/66, par. 93.

109 Sunday Times/VK, nr. 6538/74, par. 47 en Malone/VK, nr. 8691/79, par. 66.

110 Zie bijv. Barthold/Duitsland, nr. 8734/79; Colman/VK, nr. 16632/92 en Vil-
lnow/België (ontv.besl.), nr. 16938/05.

111 Gorzelik e.a./Polen (GC), nr. 44158/98, par. 64.

112 Sunday Times/VK, nr. 6538/74, par. 49; Kruslin/Frankrijk, nr. 11801/85, par.
27 en Huvig/Frankrijk, nr. 11105/84, par. 26.

113 Olsson/Zweden (nr. 1), nr. 10465/83, par. 61.

114 Klass e.a./Duitsland, nr. 5029/71, par. 49; Malone/VK, nr. 8691/79, par. 67 en
Hasan & Chaush/Bulgarije (GC), nr. 30985/96, par. 84.

een limitatief karakter.¹¹⁵ Een inmenging in een recht ter verwezenlijking van een ander doel levert derhalve per definitie een schending op van het betreffende recht. Net als het Gemeenschapsrecht¹¹⁶ voorziet het EVRM in de mogelijkheid het genot van rechten te beperken 'in het belang van de ... gezondheid'. Dit roept de vraag op hoe het gezondheidsbelang door het Hof wordt uitgelegd en toegepast. Bestudering van de Straatsburgse jurisprudentie leert dat het Hof het vaststellen van de (medische) noodzaak van een maatregel die inbreuk maakt op een mensenrecht aanmerkt als een aangelegenheid die door de gezondheidsautoriteiten dient te worden beoordeeld: '... it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used ...'.¹¹⁷ De autoriteiten komt daarmee een grote mate van beoordelingsvrijheid toe, mits zij hun oordeel baseren op de 'recognised rules of medical science.' Het Hof verbindt hieraan vervolgens vergaande conclusies: 'A measure which is of therapeutic necessity from the point of view of established principles of medicine cannot in principle be regarded as inhuman and degrading.'¹¹⁸ De therapeutische noodzaak van een operatie weegt in voorkomende gevallen ook zwaarder dan het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.¹¹⁹ Het Hof loopt hiermee vooruit op de proportionaliteit van de maatregel (paragraaf 3.4.2.c).

De Grote Kamer van het Hof heeft in de zaak Jalloh overwogen dat de artikelen 3 en 8 EVRM geen verbod bevatten op het gebruikmaken van aan artsen voorbehouden handelingen om andere dan therapeutische redenen.¹²⁰ Ter illustratie verwees het Hof naar de mogelijkheden tot het afnemen van speeksel en bloed bij verdachten. In die gevallen is geen sprake van een medische ingreep met het oog op een gezondheidsbelang van de betrokkene.

Een inmenging kan ook nodig worden geacht met het oog op de gezondheidsbelangen van anderen, in het bijzonder van kinderen. Een vader die mogelijk een bedreiging vormt voor de gezondheid van zijn kinderen kan zich er niet tegen verzetten indien de kinderbeschermingsautoriteiten onderzoek verrichten naar zijn privéleven, inclusief zijn medicatiegebruik.¹²¹

115 Vgl. art. 8 lid 2: '... in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

116 Zie bijv. art. 27 van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer.

117 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83, par. 82; Dybeku/Albanië, nr. 41153/06, par. 47 en Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02.

118 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83, par. 82; Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02 en Jalloh/Duitsland (GC), nr. 54810/00, par. 69.

119 Bogumil/Portugal, nr. 35228/03, par. 89-90

120 Jalloh/Duitsland (GC), nr. 54810/00, par. 70.

121 K.T./Noorwegen, nr. 26664/03.

Uit deze en andere uitspraken volgt dat het Hof al snel aanneemt dat een maatregel in het belang van 'de gezondheid' is en daarmee een legitiem doel heeft. Het gezondheidsbelang wordt ruim uitgelegd, waarbij dit gewicht soms is gelegen in openbare veiligheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.¹²² De uitspraak van het Hof in de zaak Saviny vormt in dezen een uitzondering. De uithuisplaatsing van de kinderen van blinde ouders werd door het Hof gehekelde vanwege het gebrekkige onderzoek en het nalaten van steun aan de ouders.¹²³

3.4.2.c Noodzaak ('fair balance' en 'margin of appreciation')

Het antwoord op de vraag of de inperking van een mensenrecht in een democratische samenleving noodzakelijk is, omvat een proportionaliteitstoets. Daartoe beziet het Hof of sprake is van een 'pressing social need' en of de inmenging met een recht in evenredige verhouding staat tot dat doel.¹²⁴ Dit veronderstelt een *fair balance* tussen de in het geding zijnde belangen, meer in het bijzonder het beoogde doel en de inbreuk op de rechten van een persoon.

De proportionaliteit van een inmenging is, volgens vaste Hof-jurisprudentie, in eerste instantie ter beoordeling aan de nationale autoriteiten, in het bijzonder de nationale rechter.¹²⁵ Zij zijn immers bij uitstek in de positie om een alomvattende belangenafweging te maken en in te schatten welke maatregelen op een gegeven moment het meest zijn aangewezen.¹²⁶ Het Hof laat de nationale autoriteiten daarom een zekere ruimte om zelf te beoordelen welke maatregelen nodig en geschikt zijn om een legitiem doel te bereiken. De *margin of appreciation* 'will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake.'¹²⁷

Het voert te ver om op deze plaats in te gaan op de factoren die de omvang van de beoordelingsruimte en de toetsingsintensiteit van het Hof bepalen. Twee redenen, die bij gezondheidsrechtelijke kwesties vaak een rol spelen, behoeven evenwel vermelding. Allereerst kent het Hof verdragsstaten een ruime *margin* toe in geval van de allocatie van financiële middelen, zoals de bekostiging van de gezondheidszorg.¹²⁸ Als gevolg hiervan wordt niet snel aangenomen dat een staat in strijd heeft gehandeld met zijn positieve verplichtingen door een bepaalde vorm van zorg niet (volledig) te vergoeden.¹²⁹ In de tweede plaats kent het Hof gewicht

122 Madsen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 58341/00.

123 Saviny/Oekraïne, nr. 39948/06.

124 Olsson/Zweden (nr. 1), nr. 10465/83, par. 67.

125 Kafkaris/Cyprus (GC), nr. 21906/04, par. 141. In voorkomende gevallen is hier ook een rol weggelegd voor de sociale partners, Madsen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 58341/00. Vgl. zaak C-411/05 (Palacios de la Villa).

126 Handyside/VK, nr. 5493/72, par. 48 en Ierland/VK, nr. 5310/71, par. 207.

127 Zie bijv. Pretty/VK, nr. 2346/02, par. 70.

128 Pentiacova e.a./Moldavië (ontv.besl.), nr. 14462/03.

129 Nitecki/Polen (ontv.besl.), nr. 65653/01. Betreft eigen bijdrage van 30%.

toe aan de aan- of afwezigheid van een Europese standaard. De afwezigheid van zo'n standaard speelt vaak bij medisch-ethische kwesties. In de zaak *Vo*, inzake de rechtspositie van een foetus, overwoog de Grote Kamer als volgt:

'...the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere ... The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (...) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (...).'¹³⁰

De Biogeneeskunde Conventie kan worden gezien als een poging Europese standaarden te codificeren, maar laat op belangrijke plaatsen ruimte voor een eigen interpretatie.

Het resultaat is dat het Hof – en voordien de ECieRM – doorgaans tamelijk marginaal toetst of er sprake is van een gezondheidsbelang dat noodzaakt tot inperking van een recht.¹³¹ Zo verklaarde de ECieRM de klacht van een man met een psychiatrisch verleden aan wie de onvoorwaardelijke inzage in zijn medisch dossier was geweigerd niet-ontvankelijk. Via een weinig intensieve toets concludeerde de ECieRM dat de weigering in het belang van de gezondheid van verzoeker kon zijn.¹³² In gelijke zin verklaarde de ECieRM de klachten van een meervoudig gehandicapte man tegen de behandeling die hij had ondergaan in een verzorgingstehuis niet-ontvankelijk: 'Thus, the interference was clearly aimed at protecting Kjell Person's health, this being a legitimate aim under Article 8 para. 2.'¹³³ Het Hof wenst zich evenmin te verdiepen in de redenen van een verdragsstaat waarom de waarschuwing 'tabak vormt een ernstige bedreiging voor uw gezondheid' alleen in deze vorm op sigarettenpakjes mag worden afgedrukt zonder toevoegingen; het Hof neemt aan dat dit in het belang van de gezondheid is.¹³⁴ Het beperken van het bezoekrecht vanwege griep valt eveneens binnen de marge van een staat.¹³⁵

Hoe het Hof het gewicht van het gezondheidsbelang precies bepaalt, wordt uit de jurisprudentie niet altijd duidelijk. Zo wordt uit het arrest van het Hof in de zaak *Cha'are Shalom ve Tsedek*, inzake het verbod van ritueel slachten, niet helder op welke openbare orde en gezondheidsbelangen het Hof doet.¹³⁶

130 *Vo*/Frankrijk (GC), nr. 53924/00, par. 82.

131 Vgl. over gedwongen medicatie: *Glare*/Frankrijk, nr. 18835/91. Over een onvrijwillige operatie, zie *Bogumil*/Portugal, nr. 35228/03.

132 *Martin*/VK, nr. 27533/95.

133 *Persson*/Zweden, nr. 14451/88.

134 *Delbos e.a.*/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 60819/00.

135 *Kuimov*/Rusland, nr. 32147/04.

136 *Cha'are Shalom ve Tsedek*/Frankrijk (GC), nr. 27417/95.

Ook bij het beoordelen van de noodzaak of, en zo ja welke, kindbeschermingsmaatregelen nodig zijn, komt de autoriteiten volgens het Hof een ruime beleidsvrijheid toe.¹³⁷ Het Hof is tegelijkertijd van oordeel dat de autoriteiten bij het nemen van een besluit cruciale betekenis toekennen aan de belangen (*best interests*) van het kind.¹³⁸ Ook bij het maken van een afweging tussen de belangen van ouders en die van kinderen dienen de autoriteiten, aldus het Hof, bijzonder gewicht toe te kennen aan de *best interests* van het kind.¹³⁹

3.5 Conclusies

Het EVRM is een bijzonder verdrag van de Raad van Europa. Het beschermt een aantal belangrijke mensenrechten. Het kent voorts een uniek toezichtmechanisme, waarbinnen een bijzondere rol is weggelegd voor het EHRM. Het Hof kan bindende uitspraken doen in door personen en staten tegen verdragsstaten aangespannen zaken.

Bij het uitleggen van het verdrag geldt als uitgangspunt dat de bescherming praktisch en effectief moet zijn. Verdragsbepalingen worden door het Hof in het licht van *present-day conditions* en op autonome wijze geïnterpreteerd.

Naast negatieve verplichtingen bevat het EVRM volgens vaste jurisprudentie van het Hof ook positieve verplichtingen voor verdragsstaten. Mede als gevolg van dit laatste, is het onderscheid tussen klassieke en sociale mensenrechten in de rechtspraktijk vervaagd. Bij het beoordelen van de naleving van negatieve en positieve verplichtingen laat het Hof de verdragsstaten een zekere beoordelingsruimte (*margin of appreciation*), waaronder speling bij het vinden van een redelijk evenwicht (*fair balance*) tussen het algemeen belang en individuele rechten.

De meeste EVRM-rechten kunnen onder omstandigheden worden ingeperkt. Dit mag alleen indien de inmenging (i) is voorzien bij (materiële) wet, (ii) dient ter verwezenlijking van een legitiem doel en (iii) noodzakelijk is in een democratische samenleving. Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt dat het Hof in geval van een beroep op het belang van de gezondheid tamelijk snel aanneemt dat sprake is van een legitiem doel. Het Hof toetst de noodzakelijkheid en evenredigheid van de inperking van een beschermd recht terughoudend.

137 E. e.a./VK, nr. 33218/96 en K.T./Noorwegen, nr. 26664/03.

138 K. & T./ Finland (GC), nr. 25702/94, par. 154 en Sommerfeld/Duitsland (GC), nr. 31871/96, par. 64.

139 Johansen/Noorwegen, nr. 17383/90, par. 78; P. C. & S./VK, nr. 56547/00, par. 117 en Sommerfeld/Duitsland (GC), nr. 31871/96, par. 64.

4 Gezondheidsrechtelijke thema's

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden enkele gezondheidsrechtelijke thema's aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM uitgediept. Naast rechten die besloten liggen in het recht op gezondheid is de jurisprudentie in kaart gebracht met betrekking tot de rechten van de patiënt.¹⁴⁰ Hierbij moet worden bedacht dat de bepalingen van het EVRM en de jurisprudentie van het Hof zich niet duidelijk naar dergelijke gezondheidsrechtelijke onderwerpen laten onderverdelen. Een zekere herschikking was daarom noodzakelijk.

4.2 Recht op gezondheid

Het recht op gezondheid behoort niet tot de door het EVRM beschermde rechten (paragraaf 2.3.1). Verwijzingen naar 'the right to health' komen dan ook sporadisch voor in EHRM-uitspraken.¹⁴¹ Niettemin valt uit tal van uitspraken van het Hof op te maken, dat op de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid rust met betrekking tot het respecteren, beschermen en bevorderen van de gezondheid van personen. Zo haalde het EHRM in 1993 met instemming een rapport aan van de ECieRM, waarin werd geconcludeerd dat op de autoriteiten de plicht rust gedetineerden noodzakelijke medische verzorging aan te bieden.¹⁴² De verantwoordelijkheid van verdragsstaten voor de gezondheid van mensen kan, aldus het Hof, in bepaalde gevallen ook leiden tot aansprakelijkheid:

'The Court acknowledges that the assumption of responsibilities by the authorities of a Contracting State for the health of an individual may in certain defined contexts engage their liability under the Convention with respect to that individual (...) as well as with respect to third parties (...).'¹⁴³

Omgekeerd geldt evenwel niet dat een professioneel oordeel, dat retrospectief gezien onjuist blijkt te zijn, automatisch tot aansprakelijkheid van de overheid leidt:

140 Zonder daarmee te suggereren dat de andere bij de gezondheidszorg betrokken partijen geen rechtsbescherming kunnen ontlenen aan het EVRM. Zie bijv. Brückl/Duitsland (ontv.besl.), nr. 29005/05 (inzake afnemen titel) en Özel e.a./Turkije, nr. 37626/02 (inzake beschuldiging valse medische verklaringen).

141 Boumediene e.a./Bosnië (ontv.besl.), nr. 38703/06.

142 Hurtado/Zwitserland, nr. 17549/90, par. 79.

143 Clunis/VK (ontv.besl.), nr. 45049/98.

'... mistaken judgments or assessments by professionals do not *per se* render child-care measures incompatible with the requirements of Article 8. The authorities, medical and social, have duties to protect children and cannot be held liable everytime genuine and reasonably-held concerns about the safety of children *vis-à-vis* members of their family are proved, retrospectively, to have been misguided'¹⁴⁴

In 2002 oordeelde het Hof dat de gevangenisautoriteiten moeten verzekeren dat op adequate wijze rekening wordt gehouden met de gezondheid en het welzijn van een gedetineerde.¹⁴⁵ Indien binnen een detentie-instelling geen passende zorg kan worden aangeboden, moet de gedetineerde worden overgebracht naar een andere plaats.¹⁴⁶ De gezondheidsconditie van een gedetineerde kan ook onverenigbaar zijn met detentie, afhankelijk van (i) de gezondheidsstaat van de gedetineerde, (ii) de mate waarin tijdens detentie adequate zorg en ondersteuning kunnen worden geboden, en (iii) de mate waarin het raadzaam is het detentieregime in stand te houden gelet op de gezondheidsstatus van de gedetineerde.¹⁴⁷ Het tekortschieten bij het nakomen van deze positieve verplichting kan leiden tot een schending van artikel 3 en/of 8 van het EVRM.¹⁴⁸ Het Hof let, bij een toetsing aan artikel 3 EVRM, op alle omstandigheden van het geval.¹⁴⁹ Hij kent daarbij ook gewicht toe aan het geslacht, de leeftijd en de gezondheidsstatus van de betrokkene.¹⁵⁰ De enkele omstandigheid dat een gedetineerde medische zorg ontvangt, betekent overigens nog niet dat er geen sprake is van een schending van artikel 3 EVRM. De zorg moet namelijk voortvarend en accuraat worden verstrekt, er moet een alomvattend zorgplan zijn en hierover moet uitvoerig verslag worden gedaan in het medisch dossier van de gedetineerde.¹⁵¹ De plicht voor de overheid tot het beschermen van de gezondheid van personen strekt zich ook uit tot de horizontale relaties. Zo rust op verdragsstaten de ver-

144 R.K. & A.K./VK, nr. 38000/05, par. 36.

145 Mouisel/Frankrijk, nr. 67263/01, par. 40.

146 Levinta/Moldavië, nr. 17332/03.

147 Mouisel/Frankrijk, nr. 67263/01, par. 40-42; Sakkopoulos/Griekenland, nr. 61828/00, par. 39; Khudobin/Rusland, nr. 59696/00, par. 92 en Musial/Polen, nr. 28300/06, par. 88.

148 Schending van art. 3 EVRM impliceert een zwaardere schending van de integriteit en waardigheid van een persoon dan een schending van art. 8 EVRM. Waar precies de scheidslijn ligt, lijkt samen te hangen met de waardering van alle feiten en omstandigheden. Vgl. Wainwright/VK, nr. 12350/04. De intentie is hierbij niet bepalend. Price/VK, nr. 33394/96; Vincent/Frankrijk, nr. 6253/03 en Scoppola/Italië, nr. 50550/06.

149 Matencio/Frankrijk, nr. 58749/00.

150 Ierland/VK, nr. 5310/71, par. 162; Peers/Griekenland, nr. 24888/94, par. 67; Farbtuhs/Letland, nr. 4672/02, par. 53 en N./VK (GC), nr. 26565/05, par. 29.

151 Ukhan/Oekraïne, nr. 30628/02, par. 74.

plichting adequate wetgeving op te stellen ter bescherming van het leven en de lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van personen tegen bedreigingen afkomstig van andere personen.¹⁵² Het recht op integriteit wordt door het Hof ruim uitgelegd:

'even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life under Article 8 if it is carried out against the individual's will.'¹⁵³

Het Hof is zich bewust van de dreiging die uitgaat van seksueel geweld voor de gezondheid van personen.¹⁵⁴ Tegelijkertijd heeft het Hof benadrukt dat de verantwoordelijkheid van de overheid voor de gezondheid van personen zijn grenzen kent. In de recente zaak N., inzake de uitzetting van een vrouw met aids naar Oeganda, verwoordde het Hof dit als volgt:

'Article 3 does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities [between the level of treatment available in the Contracting State and the country of origin] through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction.'¹⁵⁵

4.3 *Recht op (beëindiging van) leven*

4.3.1 *Materiële rechten*

Het recht op leven vormt een van 'the most fundamental provisions in the Convention'.¹⁵⁶ Het bevat voor de autoriteiten een verbod (negatieve verplichting) mensen opzettelijk van het leven te beroven en de (positieve) verplichting het leven te beschermen van allen die zich binnen de nationale jurisdictie bevinden.¹⁵⁷ In diverse zaken heeft het Hof uitgemaakt dat dit recht voor de autoriteiten tevens positieve verplichtingen met zich brengt ter bescherming van het leven van mensen die zorg ontvangen. Zo dient de overheid erop toe te zien dat zorginstellingen een effectief systeem hebben ter vaststelling van de doodsoorzaak van patiënten en dat de eventuele aansprakelijkheid van betrokken hulpverleners wordt onderzocht.¹⁵⁸ Zonder deze garanties leidt het overlijden van een patiënt in

152 X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 23; Osman/VK (GC), nr. 23452/94, par. 128-130 en M.C./Bulgarije, nr. 39272/98, par. 152.

153 Storck/Duitsland, nr. 61603/00, par. 143.

154 Bevacqua & S./Bulgarije, nr. 71127/01, par. 65.

155 N./VK (GC), nr. 26565/05, par. 44.

156 Zie bijv. McCann e.a./VK, nr. 18984/91, par. 147.

157 L.C.B./VK, nr. 23413/94, par. 36; Osman/VK (GC), nr. 23452/94, par. 115 en Kontrová/Slowakije, nr. 7510/04, par. 49.

158 Sinds Erikson/Italië (ontv.besl.), nr. 37900/97.

een zorginstelling al snel tot een vermoeden van aansprakelijkheid voor de overheid, als eindverantwoordelijke voor de zorg. Indien daarentegen blijkt dat een verdragsstaat maatregelen heeft genomen ter waarborging van de 'adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients'¹⁵⁹, rust er een zwaardere stelplicht op de vermeende slachtoffers om medische aansprakelijkheid aannemelijk te maken.

De overheid is op grond van artikel 2 EVRM met betrekking tot zowel openbare als particuliere zorginstellingen verplicht te verzekeren dat er voorschriften zijn gericht op het beschermen van het leven, het systematisch onderzoeken van overlijdensgevallen en het onderzoeken van de eventuele aansprakelijkheid van hulpverleners. Aldus de Grote Kamer van het Hof in de zaak *Calvelli & Ciglio*.¹⁶⁰ Het Hof heeft dit uitgangspunt in latere uitspraken herhaald.¹⁶¹ Artikel 2 EVRM ziet op zowel het handelen als nalaten van hulpverleners.¹⁶² De wijze waarop het onderzoek naar de doodsoorzaak en de eventuele aansprakelijkheid van betrokken hulpverleners moet worden uitgevoerd hangt af van de omstandigheden van het geval¹⁶³ (zie ook paragraaf 4.3.2).

Rust er op grond van artikel 2 EVRM ook een waarschuwingsplicht op de overheid in geval van bedreigingen voor het leven? (Zie ook paragraaf 4.5.1.a.) In dit verband is relevant dat het EHRM meermaals heeft uitgemaakt dat het EVRM op verdragsstaten de verplichting legt bescherming te bieden indien het leven of de fysieke integriteit van individuen in gevaar is.¹⁶⁴ Het betreft hier een gekwalificeerde beschermingsplicht: de bescherming moet effectief zijn.¹⁶⁵ Dit geldt in het bijzonder indien het leven van kinderen en andere kwetsbare personen in geding is.¹⁶⁶ Tegelijkertijd geldt deze verplichting uitsluitend ingeval de autoriteiten wisten of hadden kunnen weten dat er een levensbedreigende situatie bestond.¹⁶⁷

In een recente zaak maakte het Hof uit dat de autoriteiten het recht op leven hadden geschonden door een strafrechtelijk veroordeelde man met een persoonlijkheidsstoornis en een indicatie voor gedwongen psychiatrische zorg in vrijheid te stellen. De man was tijdens detentie geen geïndividualiseerd hulpprogramma

159 Powell/VK (ontv.besl.), nr. 45305/99.

160 *Calvelli & Ciglio/Italië* (GC), nr. 32967/96, par. 49.

161 Zie bijv. *Vo/Frankrijk* (GC), nr. 53924/00; *Silih/Slovenië*, nr. 71463/01 en *Shelley/VK* (ontv.besl.), nr. 23800/06.

162 *Furdik/Slowakije* (ontv.besl.), nr. 42994/05.

163 *Rowley/VK* (ontv.besl.), nr. 31914/03 en *Byrzykowski/Polen*, nr. 11562/05.

164 *L.C.B./VK*, nr. 23413/94, par. 36; *A./VK*, nr. 25599/94, par. 22; *Osman/VK* (GC), nr. 23452/94, par. 115; *V./VK* (GC), nr. 24888/94, par. 98 en *Z. e.a./VK* (GC), nr. 29392/95, par. 73.

165 *Osman/VK* (GC), nr. 23452/94, par. 116.

166 *Z. e.a./VK* (GC), nr. 29392/95; *Edwards/VK*, nr. 46477/99; *E. e.a./VK*, nr. 33218/96 en *D. e.a./VK* (ontv.besl.), nr. 38000/05.

167 *Z. e.a./VK* (GC), nr. 29392/95; *E. e.a./VK*, nr. 33218/96; *Trubnikov/Rusland*, nr. 49790/99 en *Budayeva e.a./Rusland*, nr. 15339/02.

aangeboden en hij was zonder voorafgaand psychiatrisch onderzoek in vrijheid gesteld. Na zijn ontslag had hij alsnog zijn ex-vrouw en kind, die hij voor vrijheidsontneming herhaaldelijk had bedreigd, van het leven beroofd alvorens zelfmoord te plegen.¹⁶⁸

Op grond van artikel 2 EVRM zijn staten ingevolge de rechtspraak van het EHRM verplicht zich in te spannen ter voorkoming dat individuen vanwege hun ziekte of de druk van anderen zelfmoord plegen¹⁶⁹, hun leven door een hongerstaking in gevaar brengen¹⁷⁰ of dat zij anderszins vroegtijdig komen te overlijden.¹⁷¹ Met betrekking tot het toedienen van dwangvoeding aan hongerstakers heeft het Hof van het begin af aan erkend dat dwangvoeding elementen van een vernederende behandeling omvat en onder omstandigheden kan leiden tot een schending van artikel 3 EVRM. Bovendien onderkennen de ECieRM en het EHRM, dat indien een gedetineerde volhardt in het weigeren van voedsel er een spanning ontstaat tussen het (negatieve) recht op lichamelijke integriteit (art. 8 EVRM) en de positieve verplichtingen die liggen besloten in artikel 2 EVRM, een conflict waarvoor het EVRM geen eenduidige oplossing biedt.¹⁷² In zaken waarin een dergelijke botsing aan de orde was, heeft het Hof de bescherming van het recht op leven als uitgangspunt genomen. Het Hof heeft vervolgens bepaald, mede op basis van richtsnoeren van het Comité van Ministers¹⁷³, het Comité inzake de voorkoming van folteringen (CPT) en de World Medical Association (WMA)¹⁷⁴, dat tot het toedienen van dwangvoeding kan worden besloten bij een therapeutische noodzaak en als dit op zorgvuldige wijze gebeurt met inachtneming van procedurele waarborgen. Want, zo overwoog het Hof: 'as a general rule, a measure which is of a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading.'¹⁷⁵ 'This can be said, for instance, about force-feeding that is aimed at saving the life of a particular detainee who consciously refuses to take food.'¹⁷⁶

168 Tomašić e.a./Kroatië, nr. 46598/06.

169 Keenan/VK, nr. 27229/95; Kılınc e.a./Turkije, nr. 40145/98; Çalişkan e.a./Turkije, nr. 13094/02; Yilmaz/Turkije, nr. 21899/02; Renolde/Frankrijk, nr. 5608/05; Kilavuz/Turkije, nr. 8327/03 en Aydın/Turkije, nr. 34813/02. In de zaak Çalişkan trokken de nabestaanden de conclusie (zelfmoord) in twijfel.

170 Ilijkov/Bulgarije, nr. 33977/96 en Nevmerzhitsky/Oekraïne, nr. 54825/00.

171 Taïs/Frankrijk (GC), nr. 39922/03.

172 X/Duitsland, nr. 10565/83.

173 Aanbeveling R(87)3 en aanbeveling R(98)7.

174 De WMA-verklaring van Tokyo over richtlijnen voor artsen in relatie tot detentie en gevangenschap en de verklaring van Malta – en nadien herzien – over hongerstakers.

175 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83, par. 82 en Ciorap/Moldavië, nr. 12066/02, par. 77.

176 Jalloh/Duitsland (GC), nr. 54810/00, par. 69.

In navolging van de ECieRM legt het Hof de eis van een ‘therapeutische noodzaak’ aanzienlijk ruimer uit dan ‘levensreddend’.¹⁷⁷ Het Hof heeft in aansluiting hierop herhaaldelijk geoordeeld, dat een therapeutisch noodzakelijke (dwang-) behandeling – al dan niet in geval van een hongerstaking – geen schending oplevert van artikel 3 EVRM.¹⁷⁸ Het Hof heeft in de zaak Nevmerzhitsky enkele aanvullende eisen gesteld waaraan moet worden voldaan ter rechtvaardiging van dwangvoeding bij een wilsbekwame hongerstaker. Deze criteria komen, kort gezegd, neer op het volgende: (i) er moet overtuigend sprake zijn van een medische noodzaak, (ii) de procedurele waarborgen bij de beslissing over te gaan tot dwangvoeding moeten zijn nageleefd en (iii) de wijze waarop de hongerstaker aan dwangvoeding is onderworpen, moet verenigbaar zijn met de eisen van artikel 3 EVRM en mag het daarin besloten liggende niveau van leedtoevoeging niet overstijgen.¹⁷⁹ Laatstgenoemde materiële eisen zijn in de zaak Jalloh door de Grote Kamer aangescherpt.¹⁸⁰

4.3.2 Procedurele rechten

Het recht op leven brengt voor de autoriteiten ook procedurele verplichtingen met zich, waaronder de plicht overlijdensgevallen zorgvuldig te onderzoeken.¹⁸¹

‘The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility.’¹⁸²

Deze plicht, recentelijk nog herhaald in een Nederlandse zaak¹⁸³, geldt ook voor situaties waarin geenszins aannemelijk is dat de dood van een persoon valt toe te schrijven aan onrechtmatig overheids geweld. Bovendien geldt de plicht onafhankelijk van de vraag of nabestaanden hierom hebben verzocht.¹⁸⁴ Niettemin geldt

-
- 177 Buckley/VK (ontv.besl.), nr. 28323/95 en Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02.
- 178 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83, par. 82; Naoumenko/Oekraïne, nr. 42023/98, par. 112 en Jalloh/Duitsland, nr. 54810/00, par. 69.
- 179 Nevmerzhitsky/Oekraïne, nr. 54825/00, par. 94. Zie ook Ciorap/Moldavië, nr. 12066/02.
- 180 Jalloh/Duitsland, nr. 54810/00, par. 69-74.
- 181 McCann e.a./VK, nr. 18984/91; Kaya/Turkije, nr. 22729/93; Velikova/Bulgarije, nr. 41488/98; Rowley/VK (ontv.besl.), nr. 31914/03 en Ramsahai e.a./Nederland (GC), nr. 52391/02. Zie ook Gülşenoğlu/Turkije, nr. 16275/02 en Nikolova & Velichkova/Bulgarije, nr. 7888/03.
- 182 Kelly e.a./VK, nr. 30054/96, par. 94. Zie ook Nachova e.a./Bulgarije (GC), nr. 43577/98 & 43579/98, par. 110.
- 183 Ramsahai e.a./Nederland (GC), nr. 52391/02, par. 321.
- 184 Gongadze/Oekraïne, nr. 34056/02, par. 175 en Scavuzzo-Hager e.a./Zwitserland, nr. 41773/98, par. 75.

deze verplichting *a fortiori* in geval van een verdenking van een niet-natuurlijke dood.¹⁸⁵

Lastig wordt het indien de juistheid van een medische rapportage gemotiveerd wordt betwist¹⁸⁶ of indien artsen onderling tot tegenstrijdige conclusies komen.¹⁸⁷ Hiervan was sprake in een Cypriotische zaak. Een Grieks-Cypriotische man was op 85-jarige leeftijd in het Turks-Cypriotische deel van het eiland thuis dood aangetroffen. De (Turks-)Cypriotische arts constateerde dat sprake was van een natuurlijke dood als gevolg van hartproblemen, waarmee de man al lange tijd bekend was. De nabestaanden lieten in Nicosia een tweede onderzoek naar de doodsoorzaak uitvoeren. De (Grieks-)Cypriotische artsen stelden vast dat niets erop wees dat de dood het gevolg was van hartproblematiek, maar constateerden wel een ernstig trauma aan de nekwerfel. Op verzoek van de openbaar aanklager van Grieks-Cyprus hield een Deense forensisch patholoog beide onderzoeken tegen het licht. Deze arts constateerde dat het Turks-Cypriotische onderzoek niet voldeed aan de internationale standaarden. De aangeklaagde verdragsstaat overlegde in Straatsburg vervolgens het rapport van een Ierse arts, die op verzoek van de VN-Vredesmacht in Cyprus (UNFICYP) onderzoek had gedaan naar de doodsoorzaak. Deze arts concludeerde dat het aannemelijk was dat de man aan een hartaanval was overleden en dat sprake was geweest van een natuurlijke dood. Deze conclusies waren overgenomen door de civiele politie van de VN op Cyprus. Op basis van deze tegenstrijdige verklaringen concludeerde het Hof dat het alles bij elkaar, mede gelet op de leeftijd en ziektehistorie van de man, het meest waarschijnlijk was dat sprake was geweest van een natuurlijke dood.¹⁸⁸

Bij een overlijden tijdens detentie dringt zich de vraag op of de autoriteiten zich in voldoende mate hebben ingespannen om het recht op leven te beschermen.¹⁸⁹ Er geldt met betrekking tot verwondingen en een verslechtering van de gezondheidstatus tijdens detentie *mutatis mutandis* hetzelfde, in die zin dat dan vrijwel onmiddellijk de verdenking bestaat dat de betrokkene is blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (art. 3 EVRM).¹⁹⁰ De plicht een adequaat onderzoek in te stellen naar de doodsoorzaak en de onderliggende oorzaken – respectievelijk de oorzaak van de verwondingen of gezondheidstatus – geldt in het bijzonder bij de dood van een gedetineerde die bij de

185 Khaylo/Oekraïne, nr. 39964/02, par. 62 en Kats e.a./Oekraïne, nr. 29971/04, par. 115-116.

186 Gülbahar e.a./Turkije, nr. 5264/03, par. 51-53.

187 Zie bijv. Çağlayan/Turkije, nr. 30461/02. Volgens twee medische verklaringen was bij verzoeker sprake van bloeduitstortingen, volgens een derde verklaring was dit niet zo.

188 Manitaras/Turkije (ontv.besl.), nr. 54591/00.

189 H.Y. & HÜ.Y/Turkije, nr 40262/98, par. 104.

190 Selmouni/Frankrijk (GC), nr. 25803/94, par. 87; Bursuc/Roemenië, nr. 42066/98, par. 80 en Çağlayan/Turkije, nr. 30461/02, par. 31.

vrijheidsontneming in goede staat van gezondheid verkeerde.¹⁹¹ Er is dan bij uitsteking sprake van een persoon die ‘under the responsibility’ van de autoriteiten is komen te overlijden. In dergelijke situaties is het aan de autoriteiten om een bevredigende en overtuigende verklaring te geven voor het overlijden van de betrokkene.¹⁹² Aan de onderbouwing en precisie van een dergelijke verklaring stelt het Hof ook kwaliteitseisen, om de juistheid van de conclusies te kunnen verifiëren.¹⁹³ De gegevens inzake de lichamelijke en geestelijke gezondheid van de gedetineerde die bij binnenkomst worden verzameld, waaronder de uitslag van een medische keuring, kunnen hierbij een belangrijke rol spelen. Het Hof gaat er impliciet vanuit dat gedetineerden bij binnenkomst worden gekeurd:¹⁹⁴ ‘... in the present case, it [the Court – AH] notes with concern that the applicant was not medically examined upon his arrest. Such an examination would have been the appropriate step for the authorities to have taken ...’¹⁹⁵ Bij het ontbreken van een keuringsuitslag of andere plausibele redenen houdt het Hof de autoriteiten verantwoordelijk voor blauwe plekken, verwondingen en andere vormen van gezondheidsschade bij het ontslag van een gedetineerde.¹⁹⁶

Aan welke eisen moet een onderzoek naar de doodsoorzaak op grond van artikel 2 EVRM nu voldoen? Het EHRM laat dit afhangen van de concrete situatie:

‘the nature and degree of scrutiny which satisfies the minimum threshold of the investigation’s effectiveness depends on the circumstances of the particular case. It must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work.’¹⁹⁷

Het Hof benadrukt bovenal dat er sprake moet zijn van een ‘effectief officieel onderzoek’¹⁹⁸, een eis die eveneens wordt gesteld aan onderzoek bij een verdenking van schending van artikel 3 EVRM.¹⁹⁹ Het Hof wijst voorts op het belang van voortvarendheid²⁰⁰ en van onafhankelijk en onpartijdig onderzoek, in de zin

191 Selmouni/Frankrijk (GC), nr. 25803/94, par. 87; Salman/Turkije (GC), nr. 21986/93, par. 99; Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97, par. 110 en Canan/Turkije, nr. 39436/98, par. 72.

192 Ilhan/Turkije (GC), nr. 22277/93, par. 100.

193 Gülbahar e.a./Turkije, nr. 5264/03, par. 53.

194 Özen/Turkije, nr. 46286/99, par. 56.

195 Muhammet Şahin/Turkije, nr. 7928/02, par. 38.

196 Çiftçi/Turkije (nr. 2), nr. 39449/98, par. 38.

197 Velikova/Bulgarije, nr. 41488/98, par. 80. Zie ook Ülkü Ekinci/Turkije, nr. 27602/95, par. 144.

198 Edwards/VK, nr. 46477/99, par. 72: ‘A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context.’

199 Labita/Italië (GC), nr. 26772/95, par. 131 en Colibaba/Moldavië, nr. 29089/06, par. 52.

200 Panullo/Frankrijk, nr. 37794/97.

van onderzoek uitgevoerd door niet bij de gebeurtenis betrokken personen²⁰¹, en een voldoende mate van 'openbaar nauwkeurig onderzoek' (*public scrutiny*).²⁰² Het Hof heeft deze eisen ook wel geformuleerd in termen van een 'volledig, onpartijdig en diepgaand'²⁰³ onderzoek dat 'effectief, voorspoedig en grondig' dient te zijn om de oorzaak van een overlijden en de omstandigheden die daartoe hebben geleid te kunnen vaststellen.²⁰⁴ Aan de hand van de onderzoeksresultaten zal moeten blijken of de overheid (mede) verantwoordelijkheid draagt voor de dood van de betrokkene en zullen eventueel verantwoordelijken moeten worden gestraft.²⁰⁵

Deze onderzoeksopdracht behelst geen resultaats-, maar een inspanningsverplichting.²⁰⁶ In geval van een overlijden tijdens detentie worden hoge eisen gesteld aan de bewijsvoering: de autoriteiten moeten dan materiaal aanleveren op grond waarvan bevredigend en overtuigend naar voren komt dat zij geen verantwoordelijkheid dragen voor de dood.²⁰⁷ 'A comprehensive forensic report, including a full autopsy, would have undoubtedly provided substantially more details as to the manner of deaths,' aldus het Hof in een Tsjetsjeense zaak.²⁰⁸ Met betrekking tot de eis van een 'officieel en effectief onderzoek' merkte het Hof in een latere Spaanse zaak op, dat de effectiviteit van het onderzoek met zich brengt dat de autoriteiten in voorkomende gevallen overgaan tot adequate lijkschouwing. Dit ter verkrijging van een volledig en precies beeld van de verwondingen en een objectieve analyse van de klinische bevindingen, in het bijzonder van de doods-oorzaak.²⁰⁹ Ook anderszins lijkt het Hof bij de beoordeling van de vraag of de autoriteiten de benodigde inspanningen hebben geleverd steeds meer gewicht toe te kennen aan het snel en zorgvuldig uitvoeren van een autopsie, ook wel obductie of sectie genoemd.²¹⁰ De nationale regelgeving en praktijk, waaronder de

-
- 201 Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97; Nachova e.a./Bulgarije (GC), nr. 43577/98 & 43579/98; Ramsahai e.a./Nederland (GC), nr. 52391/02 en Brecknell/VK, nr. 32457/04.
- 202 Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97, par. 140.
- 203 Slimani/France, nr. 57671/00, par. 29-32 en Taïs/Frankrijk (GC), nr. 39922/03, par. 105. Zie ook Byrzykowski/Polen, nr. 11562/05.
- 204 Bitayeva & X/Rusland, nr. 57953/00 en 37392/03, par. 149. Vgl. Gülşenoğlu/Turkije, nr. 16275/02, par. 47-48.
- 205 Kaya/Turkije, nr. 22729/93, par. 86 en Assenov e.a./Bulgarije, nr. 24760/94, par. 102.
- 206 Gongadze/Oekraïne, nr. 34056/02, par. 174 en Scavuzzo-Hager e.a./Zwitserland, nr. 41773/98, par. 76.
- 207 Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97, par. 111 en Taïs/Frankrijk (GC), nr. 39922/03, par. 85.
- 208 Estamirov e.a./Rusland, nr. 60272/00, par. 91.
- 209 Murillo Espinosa/Spanje, nr. 37938/03, par. 28-29.
- 210 Canan/Turkije, nr. 39436/98. Zie ook Panullo/Frankrijk, nr. 37794/97.

Nederlandse Wet op de lijkbezorging, dienen met deze uitgangspunten in overeenstemming te zijn.²¹¹

4.3.3 *Abortus*

Het Hof is diverse malen gevraagd te oordelen over de vraag of het recht op leven in de weg staat aan het bieden van de mogelijkheid aan zwangere vrouwen een abortus te ondergaan. Nadat de ECieRM had uitgemaakt dat vrouwen die klagen over het verbod van abortus kunnen worden aangemerkt als slachtoffer in de zin van artikel 8 EVRM²¹², heeft de ECieRM in daarop volgende zaken duidelijk gemaakt dat het aan de verdragsstaat is een evenwicht te vinden tussen de noodzaak een foetus te beschermen en de belangen van de vrouw.²¹³ De ECieRM en het Hof kennen verdragsstaten daarbij een ruime beoordelingsruimte toe. Het enkele feit dat een land zwangerschapsafbreking bij wet toestaat levert daarom geen schending op van artikel 2 EVRM.²¹⁴

Anno 2009 is het zo dat abortus in alle verdragsstaten onder – onderling verschillende – voorwaarden is toegestaan. In de zaak *Tysi c* heeft het Hof bovendien uitgemaakt, dat indien de nationale wetgeving voorziet in het recht van vrouwen om een abortus te ondergaan, zij dit recht ook moeten kunnen uitoefenen.²¹⁵

Het Hof onderkent dat het kunnen ontvangen van informatie over abortus cruciaal kan zijn voor de gezondheid en het welzijn van vrouwen. In een Ierse zaak oordeelde het EHRM daarom dat het verbod op het verstrekken van dergelijke informatie een schending oplevert van artikel 9 EVRM.²¹⁶ Interessant genoeg werd een soortgelijke vraag voorgelegd aan het HvJ EG. Het Luxemburgse Hof concludeerde dat het EG-recht niet in de weg stond aan het verspreidingsverbod. Het verstrekken van informatie inzake een economische activiteit kan, aldus het HvJ EG, niet als dienstverrichting worden aangemerkt indien de informatie niet wordt verspreid voor rekening van een economisch subject, maar louter een uiting vormt van de vrijheid van meningsuiting.²¹⁷

4.3.4 *Euthanasie*

Het Hof heeft in de zaak *Pretty* uitgemaakt dat individuen aan het recht op leven geen recht op levensbeëindiging kunnen ontnemen.

211 Of dit het geval is kan worden betwijfeld, onder meer nu de WLB uitgaat van een schouw door de behandelend arts. Uitvoeriger Hendriks en Van Dijk 2008.

212 Br uggeman & Scheuten/Duitsland, nr. 6959/75.

213 Paton/VK, nr. 8416/79 en Hercz/Noorwegen, nr. 17004/90.

214 Boso/Italië (ontv.besl.), nr. 50490/99.

215 *Tysi c*/Polen, nr. 5410/03, par. 124.

216 *Open Door & Dublin Well Woman*/Ierland, nr. 14234/88 & 14235/88, par. 72.

217 Zaak C-159/90 (*Grogan*).

'Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.'²¹⁸

Deze zaak betrof het verzoek van een ongeneselijk zieke vrouw, die ervan verzekerd wilde zijn dat haar echtgenoot niet strafrechtelijk zou worden vervolgd ingeval hij haar zou helpen zelfmoord te plegen. Deze uitspraak van het Hof, waarin de afwijzing van de Britse autoriteiten werd gesauveerd, heeft in Nederland voor veel discussie gezorgd, onder meer over de vraag of de Nederlandse euthanasiewetgeving de toets aan het EVRM kan doorstaan.²¹⁹ Daarbij is ook gememoreerd dat in VN-verband was geoordeeld dat de Nederlandse wetgeving strijdig is met de mensenrechten.²²⁰

Hoewel het Hof met zijn oordeel duidelijk heeft gemaakt dat het EVRM geen *recht* op levensbeëindiging omvat, wil dat mijns inziens niet zeggen dat het EVRM verdragsstaten verbiedt individuen onder bepaalde omstandigheden de mogelijkheid te bieden hun leven te (laten) beëindigen. Het Hof heeft bovenal kenbaar gemaakt, dat het recht op leven en de eventuele aanspraak op een waardige dood andere zaken betreffen. Met betrekking tot medisch-ethische zaken laat het Hof staten bovendien een ruime *margin of appreciation* (paragraaf 3.2.1 en paragraaf 3.4.2.c). Daar komt bij dat het Hof in een latere zaak een schending van artikel 8 EVRM constateerde, doordat een zoon niet in staat werd gesteld afscheid te nemen van zijn vader die door middel van euthanasie kwam te overlijden.²²¹ Ware het zo dat het Hof van oordeel is dat de Nederlandse euthanasiewetgeving de toets aan het EVRM niet kan doorstaan, dan had deze zaak een unieke mogelijkheid geboden voor het Hof hierover iets op te merken. In plaats dit te doen, rekent het Hof het de Russische autoriteiten aan dat zij geen medewerking hebben verleend aan het waardig afscheidnemen van een stervende vader.²²²

Hoewel enigszins speculatief kan uit de omstandigheid dat het Hof op 20 november 2008 weigerde een interim maatregel (artikel 39 RoC) te nemen naar aanleiding van het voornemen de behandeling te staken van een comapatiënt reden temeer aan te nemen dat het Hof niet van oordeel is dat levensbekortend handelen te allen tijde strijdig is met het EVRM. Het verzoek werd ingediend door vrienden en familie van E.E., een vrouw die diverse jaren in onomkeerbare persisterende vegetatieve toestand verkeerde. Het Hof Milaan had de vader van E.E. toestemming gegeven de kunstmatige voedsel- en vochttoediening te beëindigen. Het EHRM ziet geen redenen aanwezig het verzoek voor een interim maatregel,

218 Pretty/VK, nr. 2346/02, par. 39.

219 Zie o.a. Buijsen 2002 en Leenen 2002.

220 Toebes 2007.

221 Lind/Rusland, nr. 25664/05.

222 Idem Czarnowski/Polen, nr. 28586/03.

inhoudend een verbod op de uitvoering van de beslissing van het Hof Milaan, toe te wijzen.²²³ Een maand later verklaarde het Hof verzoekers vervolgens niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van slachtofferschap.²²⁴

4.4 *Recht op zorg*

Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat het onthouden van noodzakelijk zorg een schending van artikel 2 en/of 3 EVRM kan opleveren.²²⁵ Het niet verstrekken van noodzakelijke zorg kan immers de dood en/of ernstig leiden tot gevolg hebben. Hieruit volgt een zorgplicht voor de overheid.

Om dezelfde rede verzet artikel 3 EVRM zich in 'exceptional circumstances' tegen de uitzetting van een persoon met een levensbedreigende ziekte naar een land waar de noodzakelijke zorg ontbreekt.²²⁶

Het onthouden van adequate zorg kan ook anderszins de waardigheid van een persoon aantasten en daarmee strijdig zijn met artikel 3 EVRM.²²⁷ Volgens het Hof kan zich zo'n situatie voordoen indien de autoriteiten nalaten een gedetineerde met complexe zorgbehoeften over te brengen naar een gespecialiseerd ziekenhuis.²²⁸

De wijze waarop en de omstandigheden waaronder zorg wordt verleend kan daarnaast strijdig zijn met het door artikel 8 EVRM beschermde recht op privéleven. Dit recht omvat volgens vaste jurisprudentie immers het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.²²⁹ Het handelen van de autoriteiten wordt dan doorgaans afgelezen aan de negatieve verplichtingen die liggen besloten in artikel 8 EVRM, al kan de informatieplicht – ter verkrijging van *informed consent* – als positieve verplichting worden aangemerkt (paragraaf 4.5.1).

De zorgplicht geldt in het bijzonder jegens personen die door de overheid van hun vrijheid zijn beroofd. Zo haalde het EHRM in 1993 instemmend een rapport aan van de ECieRM, waarin werd geconcludeerd dat op de autoriteiten de plicht rust de lichamelijke integriteit van gedetineerden te waarborgen, met name door middel van het aanbieden van noodzakelijke medische verzorging.²³⁰ In 2002 oordeelde het Hof dat de gevangenisautoriteiten moeten verzekeren dat op adequate wijze rekening wordt gehouden met de gezondheid en het welzijn van een gede-

223 Rossi e.a./Italië (int.maatr.), nr. 55185/08.

224 Rossi e.a./Italië, (ontv.besl.), nr. 55185/08.

225 Cyprus/Turkije (GC), zaak 25781/94, par. 219.

226 D./VK, nr. 30240/96, par. 53. Het Hof legt de eis van 'exceptional circumstances' strikt uit, N./VK (GC), nr. 26565/05.

227 Yildirim/Turkije, nr. 2778/02, par. 73 en Gorodnichev/Rusland, nr. 52058/99, par. 83.

228 Rivière/Frankrijk, nr. 33834/03 en Aleksanyan/Rusland, nr. 46468/06.

229 X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 22; Pretty/VK, nr. 2346/02, par. 61-63 en Glass/VK, nr. 61827/00, par. 70.

230 Hurtado/Zwitserland, nr. 17549/90, par. 79.

tineerde, in het bijzonder door het aanbieden van medische zorg.²³¹ Zorg moet tijdig worden verstrekt.²³² Het onthouden van goede medicatie tegen astma en verslaving aan een gedetineerde kan een schending opleveren van het folterverbod, aldus het Hof in een Britse zaak.²³³ De zorg dient ook te zijn afgestemd op de zorgbehoefte van het individu; het verstrekken van gelijke zorg aan een ieder kan schending van artikel 3 EVRM opleveren.²³⁴ Wat betreft het niveau van zorg leek het Hof aanvankelijk aan te nemen dat deze tijdens detentie minimaal hetzelfde dient te zijn als in de vrije samenleving (*equivalentiebeginsel*).²³⁵ In de Russische zaak Aleksanyan heeft het Hof nadrukkelijk afstand genomen van die eis, althans wat betreft strafrechtelijk veroordeelden. Er moet vanwege de beperkte middelen die de gevangenisautoriteiten ter beschikking staan per geval worden bekeken aan welke eisen de verstrekte zorg moet voldoen.²³⁶

De verantwoordelijkheid van de overheid voor de gezondheid van mensen stelt ook eisen aan de bescherming van gedetineerden met een geestelijke stoornis (of, volgens het EVRM, 'geestesziekte'), waaronder onvrijwillig opgenomen psychiatrisch patiënten:

'the assessment of whether the treatment or punishment concerned is incompatible with the standards of Article 3 has, in the case of mentally ill persons, to take into consideration their vulnerability and their inability, in some cases, to complain coherently or at all about how they are being affected by any particular treatment.'²³⁷

De zorgplicht van de autoriteiten jegens deze personen omvat onder andere het waarborgen van de continuïteit van psychiatrische zorg²³⁸ en een inspanningsverplichting ter voorkoming van zelfmoord en moord door een medegedetineerde. De overheid draagt ook verantwoordelijkheid voor de passendheid van de instelling waar mensen met een geestelijke stoornis verblijf houden: 'having the applicant detained in establishments not suitable for incarceration of the mentally-ill, raises a serious issue under the Convention.'²³⁹ Bij psychische en psychiatrische ziektebeelden met een verhoogde kans op zelfdoding dient de toestand van de

231 Mouisel/Frankrijk, nr. 67263/01, par. 40.

232 Yakovenko/Oekraïne, nr. 15825/06, par. 101.

233 McGlinchey e.a./VK, nr. 21825/93 & 23414/94.

234 Musial/Polen, nr. 28300/06.

235 Gelfmann/Frankrijk, nr. 25875/03, par. 58.

236 Aleksanyan/Rusland, nr. 46468/06, par. 139-140.

237 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83, par. 82; Aerts/België, nr. 25357/94, par. 66; Keenan/VK, nr. 27229/95, par. 111.

238 Petrea/Roemenië, nr. 4792/03.

239 Musial/Polen, nr. 28300/06, par. 94.

betrokkene nauwgezet te worden gevolgd en moeten passende maatregelen worden genomen zodra het risico op zelfdoding zich nadrukkelijker manifesteert.²⁴⁰ Met een beroep op artikel 8 EVRM kunnen individuen met een functiebeperking volgens het Hof onder bepaalde voorwaarden ook aanspraak maken op de door hen gewenste verstrekking of aanpassing. Het moet dan gaan om een noodzakelijk middel, waarbij sprake is van een 'direct en onmiddellijk verband' tussen het privéleven en de gevraagde voorziening. Er moet voorts zijn voldaan aan de eis van redelijk evenwicht (*fair balance*) tussen het recht van het individu en de belangen van de samenleving als geheel.²⁴¹ Uit een aantal ontvankelijkheidsbeslissingen blijkt dat het Hof niet snel concludeert dat deze criteria zijn vervuld.²⁴² Dat hangt mede samen met de ruime beoordelingsruimte die het Hof de nationale autoriteiten laat.²⁴³ In de zaak *Sentges* gaf het Hof bovendien aan beducht te zijn voor de precedentwerking die van uitspaken op het terrein van zorgverstrekkingen uitgaat.²⁴⁴

In het verlengde hiervan verbaast het niet dat de autoriteiten volgens het Hof niet verplicht zijn over te gaan tot de gehele vergoeding van de kosten van geneesmiddelen. Een patiënt met amyotrofe laterale sclerose (ALS) kreeg in Polen het geneesmiddel Rilutek voorgeschreven. Hiervoor gold een eigenbijdrage van 30%. De overige kosten werden vergoed vanuit het Poolse ziektekostenstelsel. De man stelde dat dit een schending opleverde van artikel 2 EVRM. Het Hof wees de klacht af:

'Bearing in mind the medical treatment and facilities provided to the applicant, including a refund of the greater part of the cost of the required drug, the Court considers that the respondent State cannot be said, in the special circumstances of the present case, to have failed to discharge its obligations under Article 2 by not paying the remaining 30% of the drug price.'²⁴⁵

Hieruit volgt niet dat patiënten nooit met succes kunnen klagen bij het Hof over de afwijzing van de vergoeding van ziektekosten. In een Duitse zaak oordeelde het Hof dat het onevenredig was van een transseksueel te verlangen dat zij de medische noodzaak van de geslachtsveranderende behandeling zou aantonen. Het Hof overwoog hierbij dat 'gender identity is one of the most intimate areas of

240 Edwards/VK, nr. 46477/99; Trubnikov/Rusland, nr. 49790/99; Renolde/Frankrijk, nr. 5608/05 en Kilavuz/Turkije, nr. 8327/03.

241 Botta/Italië, nr. 21439/93.

242 Marzari/Italië (ontv.besl.), nr. 36448/97; Zehnalová & Zehnal/Tsjechië (ontv.besl.), nr. 38621/97 en Mólka/Polen (ontv.besl.), nr. 56550/00.

243 Pentiacova e.a./Moldavië (ontv.besl.), nr. 14462/03.

244 Sentges/Nederland (ontv.besl.), nr. 27677/02.

245 Nitecki/Polen (ontv.besl.), nr. 65653/01.

a person's private life'.²⁴⁶ Het standaard hanteren van een wachttijd van twee jaar alvorens ziektekosten in verband met een geslachtsveranderende behandeling worden vergoed, is dan ook onevenredig.²⁴⁷

Het Hof heeft nog niet vaak uitspraak gedaan over preventieve gezondheidszorgmaatregelen. Deze materie was, bij wijze van uitzondering, aan de orde in een zaak, waarin werd geklaagd over het ontbreken van een spuitomruilprogramma in Engelse gevangenissen. Het Hof wees de klacht af, onder meer overwegende dat de autoriteiten bepaalde preventieve maatregelen hadden genomen (namelijk het ter beschikking stellen van ontsmettende tabletten) en dat de autoriteiten de effecten van spuitomruilprogramma's elders nauwgezet volgen. Het Hof concludeert vervolgens dat de autoriteiten, mede gelet op de bevoegdheid om schaarse middelen op een bepaalde wijze aan te wenden en daarbij prioriteiten te stellen, geen inbreuk hadden gemaakt op artikel 8 EVRM.²⁴⁸ In een latere Russische zaak, waarin de verzoeker stelde dat hij tijdens detentie was blootgesteld aan tuberculose en hepatitis A, kon verzoeker naar het oordeel van het Hof onvoldoende aannemelijk maken dat de autoriteiten te weinig preventieve en curatieve maatregelen hadden getroffen.²⁴⁹

Het Hof heeft in diverse zaken moeten oordelen over toegang tot kunstmatige voortplantingstechnieken.²⁵⁰ Het EHRM laat de autoriteiten een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van toelatingscriteria. Het Hof heeft overigens expliciet bepaald, dat artikel 12 EVRM geen recht op voortplanting omvat: 'The Court notes that the right to have grandchildren or the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention.'²⁵¹

In een aantal zaken heeft het Hof zich uitgesproken over de (kwaliteits)eisen waaraan zorg moet voldoen en de medische noodzaak van de verstrekte zorg. Met betrekking tot dit laatste aspect is het vaste jurisprudentielijn van het Hof dat de noodzakelijkheid van zorg ter beoordeling staat aan de gezondheidsautoriteiten en de leden van de medische beroepsgroep, uitgaande van 'recognised rules of medical science.' Daarmee kent het Hof een belangrijke rol toe aan de professionele standaard.

Het Hof heeft via zijn jurisprudentie voorts duidelijk gemaakt dat noodzakelijke zorg *tijdig* moet worden verstrekt en *veilig* moet zijn. Indien het verstrekken van noodzakelijke zorg uitblijft kan er, aldus het Hof, sprake zijn van een schending van het EVRM.²⁵² De eis dat de zorg veilig moet zijn, volgt uit de op de overheid rustende positieve verplichting krachtens artikel 2 EVRM. Op grond hiervan

246 Van Kück/Duitsland, nr. 35968/97, par. 56.

247 Schlumpf/Zwitserland, nr. 29002/06.

248 Shelley/VK (ontv.besl.), nr. 23800/06.

249 Mechenkov/Rusland, nr. 35421/05.

250 Dickson/VK (GC), nr. 44362/04.

251 Šijakova e.a./Macedonië (ontv.besl.), nr. 67914/01.

252 Paladi/Moldavië, nr. 39806/05.

moet de overheid gepaste maatregelen treffen ter bescherming van het leven. 'The aforementioned positive obligations therefore require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.'²⁵³ Hieruit volgt nog niet dat er sprake is van een schending van artikel 2 EVRM ingeval een patiënt als gevolg van een kunstfout komt te overlijden²⁵⁴, zolang maar is voorzien in een effectief en onafhankelijk onderzoek naar de doodsoorzaak.²⁵⁵

Op basis van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM rust op de overheid derhalve een geclausuleerde zorgplicht. Deze zorgplicht omvat tevens kwaliteitselementen (adequaat, veilig en snel) en dient te worden verstrekt op een wijze die recht doet aan de rechten en waardigheid van personen. Gedetineerden kunnen zich niet op het equivalentiebeginsel beroepen. Indien zorg medisch noodzakelijk is, is – ook al is de ingreep uitermate ingrijpend en is geen *informed consent* verkregen – geen sprake van strijd met artikel 3 of 8 EVRM, mits de noodzaak overtuigend is aangetoond, dat de ingreep proportioneel is en de behandeling deskundig is uitgevoerd.²⁵⁶

4.5 Patiëntenrechten

4.5.1 Materiële patiëntenrechten

Het recht op informatie en het recht op toestemming – samen: geïnformeerde toestemming of *informed consent* – geven uitdrukking aan het recht op persoonlijke autonomie, zoals erkend door het EHRM.²⁵⁷ Deze rechten vormen ook de kern van de materiële patiëntenrechten. Via het recht op informatie komt daarnaast tot uitdrukking dat burgers aanspraak maken op kennis, opdat zij adequate beschermingsmaatregelen kunnen nemen. Het EVRM biedt daarnaast bescherming aan het recht op privacy, een nauw hieraan gerelateerd recht dat eveneens een belangrijke plaats inneemt bij de patiëntenrechten. Het Hof neemt in de arts-patiëntrelatie als uitgangspunt dat deze is gebaseerd op vertrouwen, vertrouwelijkheid en het vertrouwen dat een arts alle kennis en middelen zal gebruiken ter verzekering van het welbevinden van de patiënt²⁵⁸, daarbij sterk uitgaand van de deskundigheid van de arts.

4.5.1.a Recht op informatie

Algemeen

Het EVRM bevat een aparte bepaling inzake het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10). Dit recht omvat onder andere de vrijheid inlichtingen te ontvan-

253 Calvelli & Ciglio/Italië (GC), nr. 32967/96, par. 49.

254 Byrzykowski/Polen, nr. 11562/05, par. 104.

255 Erikson/Italië (ontv.besl.), nr. 37900/97 en Powell/VK (ontv.besl.), nr. 45305/99.

256 Bogumil/Portugal, nr. 35228/03.

257 Tysi c/Polen, nr. 5410/03, par. 107 en Evans/VK (GC), nr. 6339/05, par. 71.

258 Frankowicz/Polen, nr. 53025/99, par. 49.

gen of te verstrekken. In een Ierse zaak overwoog het Hof dat het verbod op het verstrekken van informatie over de mogelijkheden tot het ondergaan van een abortus in een ander land kan zijn gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van de goede zeden, te weten 'profound moral values concerning the nature of life'.²⁵⁹ Niettemin constateerde het Hof uiteindelijk een schending van artikel 10 EVRM. Het verbod vormde in de voorliggende situatie een onevenredige inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, als beschermd door artikel 10 EVRM.²⁶⁰

Deze schending kan daarmee worden getypeerd als een ontoelaatbare inmenging van de autoriteiten met de meningsvrijheid. Wie zou denken dat op de overheid op grond van artikel 10 EVRM naast negatieve verplichtingen soortgelijke positieve verplichtingen rusten komt bedrogen uit. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan dit vrijheidsrecht niet worden 'construed as imposing on a State ... positive obligations to collect and disseminate information of its own motion'.²⁶¹ Wegens het ontbreken van een algemene informatieplicht op basis van artikel 10 EVRM is deze bepaling voor het recht op *informed consent*, en ook anderszins voor de rechten van de patiënt, van ondergeschikt belang.

Informatie en behandeling

Het Hof heeft niettemin in diverse zaken de importantie onderstreept van adequate informatie als voorwaarde voor het kunnen geven van rechtsgeldige toestemming voor een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Het Hof baseert deze (positieve) informatieplicht dan niet op artikel 10 EVRM, maar op het recht op privéleven zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Dit alles kwam zeer expliciet aan de orde in de zaak Trocellier. Vanwege het belang van deze overweging, geef ik die volledig weer:

'... la Cour souligne tout d'abord que l'obligation d'adopter des mesures réglementaires propres à assurer le respect de l'intégrité physique des patients qui s'impose aux Etats parties repose sur la nécessité de préserver ces derniers, autant que faire se peut, des conséquences graves que peuvent avoir à cet égard les interventions médicales. Elle rappelle ensuite mutatis mutandis qu'elle a déjà mis en exergue non seulement l'importance du consentement des patients, soulignant notamment dans l'arrêt *Pretty* (...), § 63) que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 », mais aussi celle, pour les personnes exposées à un risque pour leur santé, d'avoir accès aux informations leur

259 Open Door & Dublin Well Woman/Ierland, nr. 14234/88 & 14235/88, par. 63.

260 Idem, par. 80.

261 Guerra e.a./Italië, nr. 14967/89, par. 53. Zie ook Leander/Zweden, nr. 9248/81, par. 74 en Gaskin/VK, nr. 10454/83, par. 52.

permettant d'évaluer celui-ci (...). Elle estime pouvoir déduire de ce qui précède (...) que les Etats parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires à ce que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière à ce qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé.²⁶²

Uit deze overweging volgt dat er op verdragsstaten de positieve verplichting rust te verzekeren dat artsen met patiënten bespreken wat de mogelijke gevolgen zijn van een behandeling en wel op zodanig wijze dat bij toestemming is voldaan aan het vereiste van *informed consent*.

In een latere (detentie)zaak laat het Hof zich kritisch uit over het tekortschieten bij het verstrekken van informatie over de gezondheidstoestand van de betrokkene: '... the applicant has not been provided with appropriate diagnostic treatment and has been left without relevant information in respect of her illness, thus keeping her in dark about her health condition and depriving her of any control over it, which must have caused her perpetual anguish and fear.'²⁶³ Het gebrekkig informeren tast, aldus het Hof, de zelfbeschikking aan van de betrokkene en kan een schending opleveren van artikel 8 EVRM.

Patiënten hebben volgens het Hof ook het recht op een *second opinion*. Wetgeving die het uiten van kritiek op beroepsgenoten verbiedt staat hieraan in de weg.²⁶⁴

De informatieplicht van hulpverleners geldt volgens de rechtspraak van het Hof ook jegens de ouders en verzorgers van minderjarigen. Ouders en minderjarigen hebben op grond van het recht op familie- en gezinsleven, eveneens beschermd door artikel 8 EVRM, in beginsel het recht te worden geïnformeerd over en te worden betrokken bij de behandeling van hun kind.²⁶⁵ Op deze regel kan evenwel een uitzondering worden gemaakt, namelijk indien dit nodig wordt geacht met het oog op de belangen van het kind. De autoriteiten komt bij het bepalen van die noodzaak een ruime beoordelingsruimte toe.²⁶⁶

Informatie en taal

Informatie ter verkrijging van toestemming voor een behandeling dient op zodanige wijze te worden verstrekt, dat deze kennis voor de patiënt begrijpelijk is. Dat communicatieproblemen verstrekkende gevolgen kunnen hebben, spreekt uit de zaak Vo. Mevrouw Vo, van Vietnamese afkomst, had zich tot een ziekenhuis in Lyon gewend voor een zwangerschapsonderzoek. De behandelend arts meende

262 Trocellier/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 75725/01.

263 Testa/Kroatië, nr. 20877/04, par. 52.

264 Frankowicz/Polen, nr. 53025/99, par. 49.

265 Venema/Nederland, nr. 35731/97 en X./Kroatië, nr. 11223/04.

266 Köhler & Köhler/Duitsland (ontv.besl.), nr. 1638/03 en D. e.a./VK (ontv.besl.), nr. 38000/05.

dat hij niet met mevrouw Vo maar met mevrouw Van Vo van doen had. Mevrouw Van Vo had diezelfde dag een afspraak voor het verwijderen van een spiraaltje. Vanwege de gebrekkige kennis van mevrouw Vo van de Franse taal komt de persoonsverwisseling niet aan het licht. De arts probeert daarop bij mevrouw Vo het niet aanwezige spiraaltje te verwijderen. Daarbij prikt hij door het vruchtvlies, waarop mevrouw Vo vruchtwater verliest. Als gevolg van deze gebeurtenis moet mevrouw Vo vervolgens een abortus ondergaan.²⁶⁷

In de zaak Vo laat het Hof na de communicatieproblemen tussen partijen te problematiseren. Dat doet hij wel in de latere zaken Kearns, D. e.a., Taştan en Bogumil.

De Ierse mevrouw Kearns week uit naar Frankrijk om de geboorte van een buitenechtelijk kind geheim te kunnen houden. Na gesprekken in een Frans ziekenhuis met de Franse autoriteiten, waarbij een arts en verpleegkundige als tolk optraden, besloot zij het kind af te staan voor anonieme adoptie. Na enkele maanden krijgt zij spijt van haar besluit en vraagt om teruggave van het kind. Dit verzoek wordt afgewezen wegens het verstrijken van de bedenktijd van twee maanden. Het Hof wijst de klacht van mevrouw Kearns, zich beroepend op onvoldoende begrip van de verstrekte informatie, af waarbij het Hof in overweging neemt dat het haar keuze is geweest om naar Frankrijk te komen.²⁶⁸

Het Hof toont meer begrip voor de situatie van verzoekers, afkomstig uit Pakistan en die de landstaal (Engels) niet goed spraken, in de zaak D. e.a.²⁶⁹ Deze zaak betreft twee ontvankelijkheidsbeslissingen, waarin het Hof concludeert dat de enkele omstandigheid dat zorgaanbieders bij een vermoeden van kindermishandeling voorzorgsmaatregelen treffen nog geen inbreuk oplevert van artikel 8 EVRM. Met betrekking tot het verzoek van R.K. & A.K., ouders van M. die onder toezicht was gesteld, neemt het Hof het de Britse autoriteiten kwalijk dat niet altijd was voorzien in een tolkenservice. In de uiteindelijke uitspraak lijkt het Hof hierop terug te komen: 'No doubt it would have been better if ... trouble had been taken to obtain interpretation in medical staff's conversations with A.K. who did not understand English.'²⁷⁰ Waarom het Hof in deze zaak kritischer staat ten opzichte van de afwezigheid van een professionele tolk dan in de zaken Vo en Kearns wordt niet duidelijk, maar mogelijk speelt hierbij een rol dat de kindbeschermingsmaatregel een vergaande inbreuk vormde op het familie- en gezinsleven van verzoekers, waarom zij zelf niet hadden verzocht.

De heer Taştan is een in 1929 geboren Koerdische herder. In 2000 wordt hij alsnog opgeroepen voor het vervullen van zijn dienstplicht bij het Turkse leger. De heer Taştan is analfabeet en spreekt uitsluitend Koerdisch. Na het ondergaan van een medisch onderzoek wordt hij ingedeeld bij een bataljon met 20-jarige dienstplich-

267 Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00.

268 Kearns/Frankrijk, nr. 35991/04. Anders Todorova/Italië, nr. 33932/06.

269 D. e.a./VK (ontv.besl.), nr. 38000/05.

270 R.K. & A.K./VK, nr. 38000/05, par. 36.

tigen. Na twee maanden onder extreme (weers)omstandigheden zijn verplichtingen te hebben vervuld, wordt hij met ernstige gezondheidsklachten opgenomen in een ziekenhuis. Daarop wordt hij vanwege geconstateerde gezondheidsproblemen afgekeurd voor het vervullen van de resterende dienstverplichtingen. Het Hof concludeert tot een schending van artikel 3 EVRM. Het Hof neemt hierbij expliciet in beschouwing dat de heer Taştan als gevolg van de taalproblemen met zijn superieuren en zijn artsen niet kon spreken over de bij hem ontstane gezondheidsproblemen.²⁷¹

De zaak Bogumil betreft de operatieve verwijdering van een bolletje cocaïne uit de maag van een drugskoerier in een ziekenhuis in Lissabon. Verzoeker, een Pool, zegt nooit te hebben ingestemd met de – overigens succesvol verlopen – ingreep. Dit wordt door de Portugese regering betwist, die daarbij verwijst naar de verklaring van één van de bij de operatie betrokken artsen. Volgens deze arts heeft Bogumil mondeling ingestemd. Het Hof toont zich niet overtuigd door het verweer van de regering. Het Hof merkt kritisch op dat in de verklaring niet is aangegeven van welke taal gebruik is gemaakt om toestemming van verzoeker te verkrijgen, wetend dat hij het Portugees niet machtig was. Bovendien dateert de verklaring van de arts van vier jaar na de ingreep. Daardoor heeft de verklaring ‘une certaine valeur probante.’ Verder toont het Hof zich verbaasd over de omstandigheid dat verzoeker schriftelijk had moeten instemmen met de uitvoering van het eerdere endoscopische onderzoek, terwijl voor de veel ingrijpender maagoperatie kon worden volstaan met mondelinge toestemming (zie paragraaf 4.5.1.b).²⁷²

Uit voorgaande, sterk casuïstische rechtspraak vallen moeilijk algemene lijnen te trekken, behalve dat het Hof zich er rekenschap van geeft dat goede communicatie in een voor de patiënt begrijpelijk taal van essentieel belang is voor het kunnen verkrijgen van geïnformeerde toestemming. Of, en zo ja in hoeverre, hulpverleners verplicht zijn personen in te schakelen die de taal van de patiënt spreken, lijkt af te hangen van de omstandigheden van het geval. Het Hof heeft vooralsnog geen aandacht besteed aan de vraag of patiënten ook zelf een zekere verantwoordelijkheid hebben zich te (leren) bedienen van de landstaal. Dat lijkt mij niet onredelijk. In de zaken Vo, Kearns en R.K. & A.K. hadden (ernstige) problemen dan kunnen worden voorkomen.

Informatie over de eigen afstamming

Veel mensen hebben zich tot het Hof gewend, omdat de autoriteiten geen, althans in hun optiek onvoldoende, medewerking verleenden bij het verkrijgen van informatie over hun (biologische) ouders. Ook in deze zaken beroepen verzoekers zich op het door artikel 8 EVRM beschermde recht op privéleven. Dit roept de vraag op of een persoon recht heeft op kennis omtrent zijn afstamming.

271 Taştan/Turkije, nr. 63748/00.

272 Bogumil/Portugal, nr. 35228/03, par. 74-76.

In de zaak Gaskin haalde het Hof met instemming de ECieRM aan, die had overwogen dat 'respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that in principle they should not be obstructed by the authorities from obtaining such very basic information without specific justification.'²⁷³ Voortbouwend op deze lijn oordeelde het Hof in een Kroatische zaak dat het recht op privéleven ziet op 'a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity.'²⁷⁴ Daarmee erkende het Hof dat kennis omtrent de eigen afstamming in beginsel door het EVRM wordt beschermd, in de zin dat de betrokkene toegang moet kunnen krijgen tot gegevens hieromtrent: 'In the Court's opinion, persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity.'²⁷⁵ Dit kan onder meer informatie betreffen over het biologisch ouderschap.²⁷⁶

Het Hof erkent dat het verstrekken van gegevens over het biologisch ouderschap ook raakt aan het privéleven van anderen. Een vrouw kan om voor haar move-rende redenen een kind na de geboorte hebben afgestaan en nadien nooit meer contact met het kind hebben gezocht. Het verstrekken van de identiteit van de vrouw levert dan een forse inbreuk op op haar privéleven. Deze problematiek diende zich aan in de zaak Odièvre. De Grote Kamer overwoog hier dat 'the two private interests with which the Court is confronted in the present case are not easily reconciled.'²⁷⁷ Een botsing van privacyrechten doet zich ook voor indien een persoon ter bevestiging of ontkenning van het biologisch ouderschap een DNA-onderzoek moet ondergaan: '...it must be borne in mind that the protection of third persons may preclude their being compelled to make themselves available for medical testing of any kind, including DNA testing.'²⁷⁸ Het recht op informatie over de eigen afstamming is daarom geen absoluut recht.²⁷⁹ Los van de omstandigheid dat de autoriteiten een tamelijk ruime beoordelingsruimte toekomt, moeten zij volgens vaste rechtspraak van het Hof een *fair balance* bewerkstelligen tussen alle in het geding zijnde rechten en belangen.²⁸⁰

Informatie over veiligheid en de bescherming van de gezondheid

Eerder werd geconstateerd dat het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) volgens vaste rechtspraak van het Hof geen positieve verplichtingen legt

273 Gaskin/VK, nr. 10454/83, par. 39.

274 Mikulic/Kroatië, nr. 53176/99, par. 53.

275 Idem, par. 64.

276 Odièvre/Frankrijk (GC), nr. 42326/98, par. 29 en Jäggi/Zwitserland, nr. 58757/00, par. 25.

277 Odièvre/Frankrijk (GC), nr. 42326/98, par. 44

278 Mikulic/Kroatië, nr. 53176/99, par. 64.

279 Vgl. Engin Çolak/Turkije, nr. 60176/00 en Jevremović/Servië, nr. 3150/05.

280 Phinikaridou/Cyprus, nr. 23890/02, par. 47.

op de overheid om de bevolking te informeren. In de zaak *Guerra*, waarin het Hof dit uitgangspunt helder naar voren bracht, concludeerde het Hof tegelijkertijd dat het respect voor privé-, familie- en gezinsleven een informatieplicht met zich kan brengen. In de voorliggende zaak hadden de autoriteiten nagelaten informatie te verschaffen aan de omwonenden van een kunstmestfabriek. Aldus hadden de autoriteiten deze personen niet in staat gesteld voor zichzelf een beoordeling te maken van de gevolgen van de milieuvervuiling voor hun welzijn en woongenot. Het Hof concludeert daarop een schending van artikel 8 EVRM.²⁸¹ Deze uitspraak op grond waarvan er een plicht rust op de overheid om de gezondheid van burgers door middel van informatieverstrekking te beschermen past in een op artikel 8 EVRM gebaseerde jurisprudentielijn.²⁸²

Het Hof heeft het bestaan van een informatieplicht in geval van veiligheids- en/of gezondheidsrisico's nader uitgewerkt in de zaak *McGinley & Egan*. Deze zaak had betrekking op twee Britse ex-militairen. Zij stelden dat zij, tijdens atoomproeven, bewust waren blootgesteld aan radioactieve straling en als gevolg daarvan gezondheidsproblemen hadden opgelopen. Schadeclaims werden afgewezen, omdat zij het causale verband tussen blootstelling en de gezondheidsschade onvoldoende konden bewijzen. In Straatsburg beklagden de twee verzoekers zich over een gebrek aan informatie van de zijde van de Britse autoriteiten en de weigering hun toegang te geven tot de betreffende medische dossiers, als gevolg waarvan zij hun schadeclaims onvoldoende konden onderbouwen. Het Hof concludeert hier allereerst dat toegang tot informatie die de vrees voor blootstelling kan wegnemen of die mensen in staat stelt de effecten van een gebeurtenis voor hun gezondheid te kunnen bepalen in voldoende mate is gerelateerd aan het privé-, familie- en gezinsleven om binnen de reikwijdte van artikel 8 EVRM te vallen.²⁸³ Vervolgens stelt het Hof vast dat de Britse autoriteiten deze bepaling hadden geschonden. Ingeval een regering activiteiten ontplooit die schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid, brengt respect voor privé-, familie- en gezinsleven met zich, aldus het Hof, dat de regering voorziet in een effectieve en toegankelijke procedure om personen die daarnaar op zoek zijn in staat te stellen relevante en gepaste gegevens te verkrijgen. De Britse autoriteiten hadden niet aan deze positieve verplichting voldaan.²⁸⁴

De Grote Kamer heeft het bestaan van de verplichting tot het bieden van een effectieve en toegankelijke procedure om gezondheidsinformatie te verkrijgen bevestigd in de zaak *Roche*.²⁸⁵ Daarmee is sprake van een vaste jurisprudentielijn,

281 *Guerra e.a./Italië*, nr. 14967/89, par. 60.

282 *López Ostra/Spanje*, nr. 16798/90; *McGinley & Egan/VK*, nr. 21825/93 & 23414/94; *L.C.B./VK*, nr. 23413/94; *Fadeyeva/Rusland*, nr. 55723/00; *Roche/VK (GC)*, nr. 32555/96 en *Giacomelli/Italië*, nr. 59909/00.

283 *McGinley & Egan/VK*, nr. 21825/93 & 23414/94, par. 97.

284 *Idem*, par. 101.

285 *Roche/VK (GC)*, nr. 32555/96, par. 167

in aanvulling op de informatie- en medewerkingsplicht die op de autoriteiten rust in geval van dreigende veiligheids- en milieurisico's.²⁸⁶ Hieruit volgt dat op de autoriteiten, op grond van artikel 8 EVRM, de positieve verplichting rust personen te informeren, althans de mogelijkheid te bieden informatie te verkrijgen, over voor de gezondheid en veiligheid van hen gevaarlijke activiteiten en gebeurtenissen.

4.5.1.b *Recht op toestemming (versus gedwongen behandeling en vrijheidsbeperking)*

Algemeen

Het EVRM bevat geen bepaling op grond waarvan het verkrijgen van toestemming een vereiste is om een persoon te kunnen behandelen of op te nemen in een zorginstelling. Ook met betrekking tot andere handelingen die in het kader van de zorgverlening kunnen worden verricht – zoals het nemen van foto's – bepaalt het EVRM niet expliciet dat zulks uitsluitend mag in geval van vrijwillige toestemming.²⁸⁷ Uit het systeem van het EVRM volgt evenwel dat een persoon het genot van een EVRM-recht in beginsel slechts kan opgeven wanneer hij daarmee op vrijwillige en ondubbelzinnige wijze heeft ingestemd en de toestemming niet in strijd is met een belangrijk algemeen belang.²⁸⁸ Het Hof heeft dit uitgangspunt doorgetrokken naar het recht op privéleven (art. 8 EVRM) en het recht op bewegingsvrijheid (art. 5 EVRM). Ook bij het genot van deze rechten geldt dat een persoon niet rechtsgeldig kan instemmen met een behandeling die haaks staat op de waarden en normen van het EVRM, zoals in het geval van dwergwerpen²⁸⁹ of het zich anderszins onderwerpen aan behandelingen die onverenigbaar zijn met de menselijke waardigheid.²⁹⁰ *Ergo*, toestemming legitimeert niet iedere (be)handeling.

In geval van een minderjarige of meerderjarige wilsonbekwame persoon dient een plaatsvervanger in te stemmen met de inperking van een EVRM-recht. Ook plaatsvervangende toestemming kan slechts rechtsgeldig worden verkregen op basis van vrijwilligheid, ondubbelzinnigheid en bij afwezigheid van strijd met een belangrijk algemeen belang. Aan deze laatste eis is, aldus de Grote Kamer, niet voldaan indien de toestemming neerkomt aan het onderwerpen van kinderen aan een discriminatoire behandeling.²⁹¹ Voorts dient er bij voor ouders moeilijke beslissingen te worden nagegaan of zij op basis van de verstrekte informatie wel

286 López Ostra / Spanje, nr. 16798/90, Giacomelli / Italië, nr. 59909/00 en Tatar / Roemenië, nr. 67021/01.

287 Reklós & Davourlis / Griekenland, nr. 1234/05.

288 Deweer / België, nr. 6903/75, par. 51; Håkansson & Stureson / Zweden, nr. 11855/85, par. 66; Pfeifer & Plankl / Oostenrijk, nr. 10802/84, par. 37 en Hermi / Italië (GC), nr. 1855/02, par. 73.

289 Wackenheim / Frankrijk, nr. 29961/96.

290 Laskey, Jaggard & Brown / VK, nr. 21627/93.

291 D.H. e.a. / Tsjechië (GC), nr. 57325/00, par. 204.

konden kiezen.²⁹² Ingeval een ouder wegens een geestelijke stoornis niet in staat is de rol van verzorger op verantwoorde wijze te vervullen, dan dient de ouder wel zoveel mogelijk te worden betrokken bij en te worden geïnformeerd over zaken met betrekking tot beslissingen aangaande het kind.²⁹³

Toestemming en (gedwongen) behandeling

Het inbreuk maken op het privéleven van een persoon, waaronder zijn lichamelijke, geestelijke of seksuele integriteit²⁹⁴, in het kader van de gezondheidszorg is in beginsel slechts geoorloofd na vrijwillige, nadrukkelijke en geïnformeerde toestemming van de betrokkene.²⁹⁵ Deze conclusie kan worden getrokken op basis van de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij is het Hof zich pas recentelijk gaan bedienen van de term *informed consent* (of, in het Frans, *accord éclairé*).²⁹⁶

Ter beantwoording van de vraag of daadwerkelijk sprake is geweest van *vrijwillige* toestemming kijkt het Hof kritisch naar de context waarin de betrokkene zich bevond. In geval van detentie of indien de betrokkene wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit kan niet zonder meer worden aangenomen dat de toestemming met een invasief onderzoek daadwerkelijk vrijwillig was.²⁹⁷ Soortgelijke problemen met betrekking tot de vrije wilsvorming kunnen zich voordoen bij opname van een persoon in een psychiatrische inrichting²⁹⁸ en bij het nemen van voor het privé-, familie- en gezinsleven belangrijke beslissingen in gevallen waarin sprake is van psychische nood.²⁹⁹

Uit het voorgaande volgt niet dat er altijd sprake moet zijn van vrijwillige en geïnformeerde toestemming van de betrokkene, of diens vertegenwoordiger, om tot behandeling te kunnen overgaan. Het genot van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op privéleven, *casu quo* integriteit, kan immers worden beperkt met het oog op de gezondheid, de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het voorbijgaan aan de eis van toestemming wordt door het Hof vrij snel gerechtvaardigd geacht bij een 'therapeutische noodzaak' tot behandeling³⁰⁰, een criterium dat door het Hof ruim wordt uitgelegd.³⁰¹ De jurisprudentie van het Hof

292 Sapanis e.a./Griekenland, nr. 32526/05, par. 94.

293 X./Kroatië, nr. 11223/04, par. 49.

294 X & Y/Nederland, nr. 8978/80, par. 23 en Osman/VK (GC), nr. 23452/94, par. 128-130 en M.C./Bulgarije, nr. 39272/98, par. 152.

295 Glass/VK, nr. 61827/00, par. 82.

296 Trocellier/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 75725/01.

297 Juhnke/Turkije, nr. 20817/04, par. 77 resp. Bogumil/Portugal, nr. 35228/03, par. 58 en 71 e.v.

298 Storck/Duitsland, nr. 61603/00, par. 103.

299 Todorova/Italië, nr. 33932/06, par. 75.

300 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83 en Bogumil/Portugal, nr. 35228/03.

301 Buckley/VK (ontv.besl.), nr. 28323/95 en Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02.

laat zien dat een gedwongen behandeling ook gerechtvaardigd kan zijn zonder dat dit in het (gezondheids)belang van de betrokkene is.³⁰² Voorbeelden hiervan zijn het onderwerpen van een persoon aan een drugs- en alcoholtest op het werk³⁰³, een speeksel- of bloedproef door de politie³⁰⁴, een psychiatrisch onderzoek³⁰⁵ of een vaginaal- en/of anaalonderzoek in detentie.³⁰⁶ In al deze gevallen verwacht het Hof van de autoriteiten dat zij een zorgvuldige afweging maken van de in het geding zijnde rechten en belangen.³⁰⁷ De autoriteiten dienen tevens te verzekeren dat de niet-therapeutische behandeling op professionele wijze wordt uitgevoerd³⁰⁸ en dat de betrokken arts of andere beroepsbeoefenaar de betreffende persoon vooraf informeert over de uit te voeren handeling.³⁰⁹ Indien niet aan deze eisen is voldaan, kan de behandeling strijdig zijn met het in artikel 3 EVRM besloten liggende verbod van een onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing.

Toestemming en (gedwongen) opneming

Net als een gedwongen behandeling vormt een onvrijwillige opneming in een zorginstelling een vergaande inbreuk op de persoonlijke vrijheid. Daarom geldt ook bij een opneming dat deze in beginsel alleen rechtmatig is indien de betrokkene daarmee heeft ingestemd. Het geven van toestemming voor een behandeling impliceert immers nog geen instemming met vrijheidsontneming.³¹⁰ Toestemming voor opname dient vrijwillig, nadrukkelijk en op basis van voorafgaande informatievoorziening te worden verkregen. Indien de betrokkene daartoe niet in staat wordt geacht, dient te worden bezien of zijn EVRM-rechten anderszins kunnen worden gewaarborgd.³¹¹ Bij de beoordeling van de vraag of aan deze voorwaarden is voldaan kijkt het Hof kritisch naar de context waarin de betrokkene zich bevond.³¹²

Inperkingen op de bewegingsvrijheid zijn onder het systeem van de EVRM niet bij voorbaat verboden.³¹³ Dit volgt uit artikel 5 EVRM. Deze bepaling stipuleert

-
- 302 Jalloh/Duitsland (GC), nr. 54810/00, par. 70.
 - 303 Madsen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 58341/00.
 - 304 Schmidt/Duitsland (ontv.besl.), nr. 32352/02.
 - 305 Matter/Slowakije, nr. 31534/96.
 - 306 Y.F./Turkije, nr. 24209/94; Devrim Turan/Turkije, nr. 879/02 en Juhnke/Turkije, nr. 20817/04.
 - 307 Worwa/Polen, nr. 26624/96.
 - 308 Valasinas/Litouwen, nr. 44558/98 en Nevmerzheritsky/Oekraïne, nr. 54825/00.
 - 309 Ciorap/Moldavië, nr. 12066/02, par. 82.
 - 310 Atanasov/Bulgarije, nr. 73281/02, par. 65. De betrokkene, een schizofrene man, had verzocht om een psychiatrisch onderzoek, maar geen toestemming gegeven voor opneming in een psychiatrisch ziekenhuis.
 - 311 H.L./VK, nr. 45508/99, par. 90.
 - 312 Idem, par. 91.
 - 313 Gorshhov/Oekraïne (ontv.besl.), nr. 67531/01.

op limitatieve wijze welke personen onder welke voorwaarden rechtmatig van hun vrijheid kunnen worden beroofd.³¹⁴ Dit artikel ziet onder meer op de detentie van personen ‘ter voorkoming van besmettelijke ziekten, van geesteszieken, van verslaafden aan alcohol of verdovende middelen of van landlopers’ (art. 5 lid 1 (e) EVRM) en is daarom van belang voor het gezondheidsrecht.

Artikel 5 EVRM stelt aan de onvrijwillige vrijheidsontneming van deze en de andere in dit artikel omschreven groepen personen strenge materiële en procedurele eisen.³¹⁵ Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat er nadere kwaliteitseisen worden gesteld aan de wetgeving die een basis vormt voor vrijheidsberoving, zoals de toegankelijkheid en voorzienbaarheid hiervan, teneinde willekeurige vrijheidsberoving te voorkomen.³¹⁶ Het algemene doel van artikel 5 EVRM is immers het voorkomen van willekeur ten aanzien van arrestatie en detentie.³¹⁷ Tot de procedurele rechten behoren het recht van de betrokkene om de rechtmatigheid van de vrijheidsontneming door de rechter te laten toetsen (art. 5 lid 4 EVRM)³¹⁸ en het recht op schadevergoeding bij onrechtmatige vrijheidsontneming (art. 5 lid 5 EVRM).³¹⁹ De aanspraken hierop moeten met voldoende mate van zekerheid zijn gewaarborgd.³²⁰ Het belang hiervan is gelegen in het veiligstellen van ‘the rights of individuals in a democracy to be free from arbitrary detention at the hands of the authorities.’³²¹

Artikel 5 EVRM biedt overigens niet alleen bescherming tegen willekeurige vrijheidsontneming (*negatieve verplichting*).³²² Het bevat tevens een opdracht aan de autoriteiten te voorkomen dat kwetsbare personen door anderen van hun vrijheid worden beroofd (*positieve verplichting*).³²³ Een zodanige situatie was aan de orde in de zaak Storck. Waltraud Storck was als minderjarige op verzoek van haar vader opgenomen in een gesloten afdeling van een privékliniek. Er was voor haar geen voogdij aangevraagd, er was geen opnemingsformulier ondertekend en de opname was evenmin gesauveerd door de rechter. Waltraud had diverse vlucht pogingen gedaan en werd vervolgens door de politie teruggebracht naar de kliniek. In dit geval oordeelde het Hof dat Duitsland artikel 5 lid 1 EVRM had geschonden nu de autoriteiten niet alleen weet hadden van de vrijheidsontne-

314 Witold Litwa/Polen, nr. 26629/95, par. 49.

315 Uit art. 5 volgt ook, los van waarborgen art. 6 en 13 EVRM, dat bij een procedure inzake vrijheidsontneming de beginselen van behoorlijke rechtspleging in acht worden genomen.

316 Amuur/Frankrijk, nr. 19776/92, par. 50 en 53.

317 Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97, par. 154.

318 Van Glabeke/Frankrijk, nr. 38287/02 en Menvielle/Frankrijk (nr. 2), nr. 97/03.

319 Fedotov/Rusland, nr. 5140/02 en Georgiev/Bulgarije, nr. 47823/99.

320 N.C./Italië (GC), nr. 24952/94, par. 49 en 52.

321 Kurt/Turkije, nr. 24276/94, par. 122.

322 Winterwerp/Nederland, nr. 6301/73.

323 Z. e.a./VK (GC), nr. 29392/95, par. 73.

ming van Waltraud, maar daaraan ook – door het politieoptreden – actief hadden bijgedragen.³²⁴

Maar wanneer is nu sprake van 'vrijheidsontneming' in de zin van artikel 5 EVRM? Volgens vaste rechtspraak van het Hof levert niet iedere vrijheidsbeperking een vorm van 'vrijheidsontneming' op.³²⁵ Of de kwalificatie vrijheidsontneming van toepassing is, is volgens het Hof mede afhankelijk van de aard, de duur, de effecten en de wijze van uitvoering van de litigieuze maatregel. Het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking is derhalve gradueel van karakter: 'The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance.'³²⁶ Het Hof legt de term vrijheidsontneming op autonome wijze uit.³²⁷ Niet zozeer de (nationaal-)wettelijke kwalificatie vormt hierbij het uitgangspunt, als wel alle omstandigheden van het geval.³²⁸ Het Hof waarborgt aldus voor alle verdragsstaten eenzelfde niveau van rechtsbescherming. Ingeval volgens het Hof sprake is van vrijheidsontneming, toetst het Hof de rechtmatigheid van de maatregel vervolgens aan de volgende criteria³²⁹:

1. Wettigheid: De vrijheidsontneming moet 'wettig' en 'rechtmatig' zijn, dat wil zeggen 'in overeenstemming met een wettelijk voorgeschreven procedure' (art. 5 lid 1 aanhef) terwijl de betreffende wet in overeenstemming dient te zijn met de beginselen van het EVRM, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.³³⁰ Het eerste element ('wettig') van dit vereiste is bovenal procedureel van aard; ter beoordeling van de 'rechtmatigheid' onderzoekt het Hof of de nationale rechtsregels voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid.³³¹
2. Legitimiteit van het doel: De toepasselijke regeling moet een geoorloofd doel hebben. De regelgeving en de wijze waarop die door de bevoegde autoriteiten wordt toegepast moeten met het verbod van willekeur verenigbaar zijn.

324 Storck/Duitsland, nr. 61603/00, par. 108.

325 Engel e.a./Nederland, nr. 5100/01.

326 Guzzardi/Italië, nr. 7369/76, par. 93; Ashingdane/VK, nr. 8225/78, par. 41 en H.L./VK, nr. 45508/99, par. 89.

327 Ashingdane/VK, nr. 8225/78, par. 46.

328 In de zaak Nielsen, inzake de onvrijwillige opneming van een twaalfjarige jongen op een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis, bepaalde het Hof dat in voorkomende gevallen ook moet worden gekeken naar het doel van de litigieuze maatregel (i.c. de behandeling van een aandoening), de intensiteit van de beperkingen van de bewegingsvrijheid, de sociale contacten met de buitenwereld en de duur van de maatregel. Nielsen/Denemarken, nr. 10929/84, par. 70.

329 Enhorn/Zweden, nr. 56529/00, par. 36.

330 Steel e.a./VK, nr. 24838/94, par. 54 en Baranowski/Polen, nr. 28358/95, par. 57.

331 Sunday Times/VK, nr. 6538/74, par. 49. In geval van de vrijheidsontneming wegens openbare dronkenschap, zonder maximum duur van de detentie, was niet voldaan aan de eisen van voorzienbaarheid en toegankelijkheid, Hafsteinsdottir/IJsland, nr. 40905/98, par. 56.

3. Noodzakelijkheid: De vrijheidsontneming moet in het voorliggende geval noodzakelijk zijn en daartoe voldoen aan de eisen van subsidiariteit (er is geen minder vergaand middel) en proportionaliteit (redelijke verhouding doel en middel).³³² Dit toetsonderdeel is in de regel toegesneden op het voorliggende geval. Deze toets vormt een uitwerking van de algemene voorwaarden ter rechtvaardiging van een inmenging met een EVRM-recht (paragraaf 3.4.2). Het Hof heeft de in de voorgaande toets besloten liggende eisen via zijn rechtspraak verfiend afhankelijk van de verschillende doelgroepen van artikel 5 lid 1 EVRM. Daarbij neemt het Hof als uitgangspunt dat de door onderdeel e van dit lid bestreken groepen – personen met een besmettelijke ziekte, personen met een geestelijke stoornis, alcohol- en drugsverslaafden en dak- en thuislozen – gemeen hebben dat detentie wordt ingegeven door medische redenen en/of overwegingen van sociaal beleid.³³³ Deze medische en/of sociale redenen komen ook tot uitdrukking in de concrete toetsing in geval van personen met een geestelijke stoornis en bij personen met een besmettelijke ziekte.³³⁴

Personen met een geestelijke stoornis

Vooraf dient te worden opgemerkt dat het hebben van een geestesziekte voor het Hof niet gelijkstaat aan (volledige) wilsonbekwaamheid. Het Hof bepleit een gedifferentieerde benadering en maatwerk, afhankelijk van de aard, ernst en duur van de stoornis.³³⁵ In zaken met betrekking tot wilsonbekwaamheid verwijst het Hof in voorkomende gevallen naar Aanbeveling R(99)4 van het Comité van Ministers inzake 'Principles concerning the legal protection of incapable adults.'³³⁶ Het Hof is zich bewust van de omstandigheid dat deze beginselen juridisch niet-bindend zijn. Deze beginselen kunnen evenwel, aldus het Hof, 'een gemeenschappelijke Europese standaard op dit terrein beschrijven.'³³⁷

Mocht vrijheidsontneming worden overwogen, dat stelt het EHRM aan de rechtmatigheid hiervan de volgende drie 'minimumvoorwaarden':

1. een bevoegde autoriteit heeft op basis van objectieve medische expertise vastgesteld dat er bij de betrokkene sprake is van een geestelijke stoornis³³⁸;

332 Witold Litwa/Polen, nr. 26629/95, par. 78.

333 Enhorn/Zweden, nr. 56529/00, par. 43.

334 Wegens een gebrek aan (actuele) jurisprudentie m.b.t. vrijheidsontneming in geval van alcohol- en drugsverslaafden en dak- en thuislozen worden de toetsingscriteria voor deze categorieën personen in het navolgende niet nader uitgewerkt.

335 Shtukaturov/Rusland, nr. 44009/05.

336 H.F./Slowakije, nr. 54797/00 en X./Kroatië, nr. 11223/04.

337 Shtukaturov/Rusland, nr. 44009/05, par. 95.

338 Het enkele feit dat deskundigen van mening verschillen impliceert nog niet, dat het oordeel over een geestelijke stoornis of wilsonbekwaamheid onjuist is. Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02.

2. de aard of mate van de geestelijke stoornis maakt een onvrijwillige opneming noodzakelijk;

3. het aanhouden van de stoornis moet voortdurende detentie rechtvaardigen.³³⁹ In de zaak Varbanov heeft het Hof bepaald, dat niet aan de eerste voorwaarde is voldaan indien niet vooraf het oordeel van een medisch deskundige is verkregen over de geestesgesteldheid van de betrokkene. In dringende gevallen of indien een persoon is gearresteerd vanwege geweldpleging kan het zijn gerechtvaardigd dat het oordeel van de medisch deskundige niet vooraf, maar onmiddellijk na de vrijheidsontneming wordt gegeven.³⁴⁰ In de zaak Todev was niet aan deze voorwaarden voldaan, omdat er geen voorafgaand oordeel van een medisch deskundige was verkregen. Vervolgens had de openbaar aanklager besloten tot verlenging van de opneming, zonder dat de zaak was voorgelegd aan een onafhankelijk gerecht. Dit leverde, naast de schending van artikel 5 lid 1(e) EVRM, een schending op van artikel 5 lid 4 EVRM.³⁴¹

De mogelijkheid die verdragsstaten wordt gelaten om onmiddellijk na de vrijheidsontneming het oordeel van een medisch deskundige te verkrijgen lijkt uitsluitend te zien op de opneming van een individu en niet op de voortzetting van een inbewaringstelling. Ter verkrijging van een machtiging tot voortzetting van een vrijheidsontnemende maatregel lijkt het niet goed denkbaar dat er redenen zijn ter rechtvaardiging van het niet vooraf kunnen overleggen van een oordeel van een medisch deskundige, behoudens wellicht gevallen waarin de betrokkene iedere vorm van medewerking aan het onderzoek weigert.

Het medisch deskundigenrapport dient, ook volgens Aanbeveling R(99)4 inzake 'Principles concerning the legal protection of incapable adults', in ieder geval recent te zijn. Een deskundigenrapport dat meer dan twee jaar na dato voor de rechter als grondslag dient om een persoon *ex nunc* wilsonbekwaam te verklaren voldoet niet aan deze eis.³⁴²

Het Hof staat blijkens de zaak Herz niet afwijzend tegenover een observatiemachtiging.³⁴³ De verzoeker was op basis van een medische verklaring opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis voor een beperkte periode (zes weken) met als doel vast te stellen of bij hem sprake was van een geestelijke stoornis. Het Hof

339 Winterwerp/Nederland, nr. 6301/73, par. 39; X/VK, nr. 7215/75, par. 40; Johnson/VK, nr. 22520/93, par. 60; Hutchison Reid/VK, nr. 50272/99, par. 47 en H.L./VK, nr. 45508/99, par. 98.

340 Varbanov/Bulgarije, nr. 31365/96. Zie ook Hutchison Reid/VK, nr. 50272/99, par. 48.

341 Todev/Bulgarije, nr. 31036/02. Zie ook Kayadjieva/Bulgarije, nr. 56272/00.

342 H.F./Slowakije, nr. 54797/00, par. 41.

343 In de periode 1 januari 2006-31 december 2008 voorzag de Wet BOPZ in deze mogelijkheid (art. 14h en 14i Wet BOPZ). Uit de evaluatie van deze bepalingen bleek echter dat de observatiemachtiging in de praktijk weinig werd aangevraagd. Voor regering was dit aanleiding om de geldigheidsduur per 31 december 2008 te laten verstrijken.

achtte de vrijheidsontneming, ondanks de summiere medische verklaring, onder die omstandigheden niet onrechtmatig. Niettemin constateerde het Hof een schending van artikel 5 lid 4 EVRM nu de rechter het verzoek om een oordeel over de rechtmatigheid van de vrijheidsontneming had afgewezen.³⁴⁴

In de zaak Kolanis werd het Hof verzocht te oordelen over de vraag of de voortdurende detentie van een voorwaardelijk ontslagen psychiatrische patiënte gerechtvaardigd is, ingeval buiten de inrichting onvoldoende zorg kan worden gewaarborgd. Het Hof oordeelde dat artikel 5 lid 1(e) EVRM in dergelijke gevallen niet aan voortgezet verblijf in de weg staat. De patiënte heeft echter ook in dergelijke gevallen recht op toegang tot de rechter (art. 5 lid 4 EVRM) en eventueel recht op schadevergoeding (art. 5 lid 5 EVRM).³⁴⁵

Bij personen die niet of niet goed in staat zijn hun wil te bepalen, waaronder personen die vallen onder de reikwijdte van artikel 5 lid 1(e) EVRM, is niet altijd duidelijk of zij toestemming geven voor vrijheidsontneming. Soortgelijke problemen kunnen zich voordoen bij het duiden van 'verzet'. Het Hof heeft in een Belgische zaak duidelijk gemaakt dat de vrijwillige aanmelding van drie landlopers bij de politie niet zonder meer betekent, dat de opneming in een penitentiaire inrichting niet kan worden aangemerkt als vrijheidsontneming: '... the right to liberty is too important in a "democratic society" within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection for the single reason that he gives himself up to be taken into detention.'³⁴⁶

In de zaak H.M. lijkt het Hof terug te komen op deze strenge lijn. De zaak had betrekking op de onvrijwillige plaatsing van een negentigjarige vrouw in een verpleegtehuis wegens verwaarlozing thuis. Verzoekster stelde dat artikel 5 lid 1(e) EVRM – naast andere categorieën – slechts betrekking had op 'landlopers', waarvan in haar geval geen sprake was. Zonder nader in te gaan op dit verweer concludeert het Hof dat in dit geval geen sprake was van vrijheidsontneming.³⁴⁷ Het Hof hechte in deze zaak veel belang aan de omstandigheid dat de Zwitserse autoriteiten na een zorgvuldige procedure hadden besloten tot opneming van H.M. in een verzorgingstehuis om haar noodzakelijke medische zorg te kunnen verlenen en om haar een bevredigend niveau van leefomstandigheden en hygiëne te kunnen bieden. Het stond bovendien vast dat H.M., in weerwil van haar klacht, na enkele weken verblijf in het verzorgingstehuis te kennen gaf te willen blijven. Nu geen sprake was van vrijheidsontneming, maar 'a responsible measure taken by the competent authorities in the applicant's interests', bleef toetsing aan artikel 5 lid 1 EVRM achterwege.³⁴⁸

344 Herz/Duitsland, nr. 44672/98. Vgl. Laidin/Frankrijk, nr. 43191/98. De schending betrof het ontbreken van een mogelijkheid tot spoedige rechterlijke voorziening.

345 Kolanis/VK, nr. 517/02.

346 De Wilde e.a./België, nr. 2832/66, nr. 2835/66 & 2899/66, par. 65.

347 H.M./Zwitserland, nr. 39187/98, par. 93.

348 Idem, par. 46-48.

In de zaak H.L. concludeert het Hof daarentegen dat wel sprake was van vrijheidsontneming. De man had zich niet verzet tegen opneming en zich inschikkelijk opgesteld. Volgens de artsen – en de Britse regering – kon hij dan ook worden aangemerkt als ‘informele patiënt’ en was het niet nodig om de formele procedure voor een gedwongen opneming te volgen. Het Hof ging in deze redenering niet mee. Het Hof oordeelde dat er wel degelijk sprake was van vrijheidsontneming in de zin van artikel 5 lid 1 EVRM. Dit oordeel baseerde het Hof in belangrijke mate op de omstandigheid dat de hulpverleners van H.L. strikte controle uitoefenden over zijn gezondheidsbeoordeling, behandeling, contacten met anderen, bewegingsvrijheid en verblijf. Voorts stond voor het Hof vast dat H.L. zich had verzet tegen opneming. Indien hij nadien zou hebben geprobeerd het ziekenhuis te verlaten, had zijn behandelend arts dit belet en hebben getracht een machtiging voor een onvrijwillige opneming te krijgen. De artsen hadden bovendien bij herhaling geen toestemming gegeven aan de verzorgers van H.L. om hem te bezoeken. De opneming en het verblijf van H.L. konden daarmee, aldus het Hof, niet worden gelijkgesteld met een vrijwillige opneming.³⁴⁹ Het Hof constateert daarop een schending van artikel 5 lid 1 EVRM alsmede een schending van artikel 5 lid 4 EVRM.

In de latere zaak David houdt het Hof vast aan de strengere lijn van H.L. Het Hof gaat in zijn oordeel voorbij aan het verweer van de aangeklaagde staat, stellende dat David had ingestemd met de opneming en hierover niet had geklaagd. In de voorliggende zaak stond vast dat David kenbaar had gemaakt dat hij het ziekenhuis wilde verlaten. Dan is geen sprake van vrijwillige opneming, aldus het Hof.³⁵⁰

Personen met een besmettelijke ziekte

Tot op heden is er slechts een Straatsburgse uitspraak over vrijheidsontneming ter voorkoming van de verspreiding van een besmettelijke ziekte. In deze zaak heeft het Hof de (aanvullende) minimumvoorwaardentoets ter rechtmatigheid van de vrijheidsontneming van personen met een geestelijke stoornis als uitgangspunt genomen bij het toetsen van de geoorloofdheid van de detentie van een hiv-geïnfecteerde man. Enhorn was door de Zweedse autoriteiten geïsoleerd uit vrees dat hij, mede vanwege zijn psychische gesteldheid en drankinname, tienerjongens zou infecteren. De legitimiteit van het doel is dan gelegen in het nemen van maatregelen ter voorkoming van het ‘risk of the infection spreading’.³⁵¹ Volgens lijkt het Hof de volgende minimumvoorwaarden aan te leggen:

1. Een bevoegde autoriteit heeft op basis van objectieve medische expertise vastgesteld dat er bij de betrokkene sprake is van een besmettelijke ziekte, die een gevaar vormt voor de volksgezondheid.

349 H.L./VK, nr. 45508/99.

350 David/Moldavië, nr. 41578/05, par. 40.

351 Enhorn/Zweden, nr. 56529/00, par. 38.

2. Gelet op dit gevaar is een onvrijwillige opneming noodzakelijk, met het oog op de openbare veiligheid dan wel het eigenbelang van betrokkene.
3. (Voortdurende) detentie is in beginsel alleen geoorloofd indien ten uitvoer gebracht in een ziekenhuis, kliniek of andere geschikte instelling³⁵².
4. Detentie vormt het *ultimum remedium*.³⁵³

4.5.1.c *Recht op (toegang tot) dossier*

Algemeen

In de gezondheidszorg worden de gegevens betreffende een patiënt gedocumenteerd met het oog op het waarborgen van de continuïteit en de kwaliteit van zorg. Dergelijke vormen van gegevensverwerking raken aan de privacy van de patiënt, zoals beschermd door artikel 8 EVRM en (bepalingen van) andere verdragen en regelingen. Het Hof heeft meermaals aangegeven, dat het verwerken van informatie met betrekking tot het privéleven van een persoon binnen de reikwijdte valt van artikel 8 EVRM.³⁵⁴ Het Hof legt het begrip privéleven en de daarop betrekking hebbende gegevens ruim uit. Naast videoregistraties³⁵⁵, schaarst het Hof in voorkomende gevallen ook foto's onder dit begrip.³⁵⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt voorts dat er eisen worden gesteld aan het vastleggen, bewaren, gebruiken en verstrekken van medische gegevens en dat de betrokkene – dat wil zeggen de persoon op wie de informatie betrekking heeft – in beginsel recht heeft op toegang tot die gegevens.

Dossierplicht

Het Hof heeft, voor zover mij bekend, nooit met zoveel woorden overwogen dat er op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting rust op verdragsstaten om de medische gegevens van patiënten in een dossier vast te (laten) leggen. Niettemin zijn er enkele uitspraken die in die richting tenderen. In de zaak Powell werd door de ouders van de overleden Robert onder meer gesteld dat sprake was van een onvolledig en vervalst medisch dossier. De ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof geeft geen aanleiding te concluderen dat de overheid de volledigheid en juistheid van medische dossiers moet waarborgen.³⁵⁷ Het Hof hecht niettemin waarde aan goede dossiervorming, getuige ook de betekenis die aan in medische

352 Vgl. Ashingdane/VK, nr. 8225/78, par. 44 en Aerts/België, par. 46.

353 Enhorn/Zweden, nr. 56529/00, par. 42-46.

354 Leander/Zweden, nr. 9248/81, par. 48 en Rotaru/Roemenië (GC), nr. 28341/95, par. 43.

355 Peck/VK, nr. 44647/98, par. 57.

356 Lupker e.a./Nederland, nr. 18395/91; Friedl/Oostenrijk, nr. 15225/89 en Reklós & Davourlis/Griekenland, nr. 1234/05.

357 Powell/VK (ontv.besl.), nr. 45305/99.

dossiers vastgelegde gegevens toekomt in tal van andere uitspraken.³⁵⁸ Het ontbreken van een 'volledig en gedetailleerd dossier' kan, aldus het Hof in de zaak Keegan, wijzen op inadequate zorg en de effectiviteit aantasten van evaluatie- en controleprocedures.³⁵⁹ In het algemeen geldt dat het Hof de bewijslast bij de nationale autoriteiten legt indien zij geen of geen volledig medisch dossier kunnen overleggen van personen die aan een vrijheidsbepalende maatregel zijn onderworpen (geweest).³⁶⁰ Dat dossier dient ook aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen, blijkens de kritische observaties van het Hof in de zaak Gorodnichev:

'Il ressort des documents produits par le Gouvernement que le dossier médical du requérant ne contient aucune information sur la nature des traitements qu'il aurait suivis lors de sa détention et ne fait pas mention du dosage des médicaments administrés.'³⁶¹

Het Hof reageerde op gelijke wijze in de zaak Mechenkov:

'69. According to a one-page document that presumably forms part of a medical record, on 11 February 2005 the applicant visited a doctor and complained that he had been infected with hepatitis C in UF-91/15. The applicant, who had refused to take anti-tuberculosis treatment, was prescribed with *essenciale*, vitamin B6 and two more medicines, the names of which are illegible.

70. The case file contains a barely legible one-page document from which it transpires that the applicant spent some time in an unspecified medical institution with a diagnosis of recurrence of tuberculosis concurrent with viral hepatitis C with zero activity. The document contains no information concerning the treatment prescribed to the applicant.'³⁶²

Het Hof stelt in de laatst aangehaalde uitspraak vast dat de Russische autoriteiten een gebrekkig en onvolledig medisch dossier hebben overgelegd. Nu aldus niet kan worden vastgesteld of verzoeker voldoende zorg heeft gehad, constateert het Hof een schending van artikel 3 EVRM. Volgens de meest recente jurisprudentie eist het Hof een 'alomvattend dossier inzake de gezondheid van een gedetineerde

358 Zie bijv. Mogoş/Roemenië, nr. 20420/02; Taïs/Frankrijk (GC), nr. 39922/03 en Dybeku/Albanië, nr. 41153/06.

359 Keenan/VK, nr. 27229/95, par. 114. In gelijke zin Rupa/Roemenië, nr. 58478/00, par. 124-125.

360 Gedacht kan worden aan een in bewaring gestelde, een gevangene of een onvrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis opgenomen persoon.

361 Gorodnichev/Rusland, nr. 52058/99, par. 87.

362 Mechenkov/Rusland, nr. 35421/05. Zie ook Tarariyeva/Rusland, nr. 4353/03.

en de behandeling die hij tijdens detentie heeft gehad.³⁶³ Hieruit kan worden geconcludeerd dat er voor gedetineerden een dossierplicht geldt.

Bij dit alles dient te worden opgemerkt dat het Hof niet zomaar genoeg neemt met een afschrift van het medische dossier. In de zaak Trubnikov maakte het Hof uitdrukkelijk kenbaar te willen beschikken over het originele dossier om de zorg aan een aan zelfmoord overleden gedetineerde goed te kunnen bestuderen.³⁶⁴ Uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt niet dat altijd een origineel dossier moet worden overgelegd. Aangenomen moet worden dat deze eis alleen geldt indien er gereede twijfels bestaan over de authenticiteit van de stukken.

Vertrouwelijkheid

Het Hof heeft meermaals erkend groot gewicht toe te kennen aan de vertrouwelijke behandeling van medische gegevens:

‘The protection of personal data, in particular medical data, is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. It is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general.’³⁶⁵

Daar waar het nationale recht een hoger beschermingsniveau biedt dan voorgeschreven op grond van het EVRM onderzoekt het Hof of de nationale privacy-regels juist zijn nageleefd.³⁶⁶

In het verlengde hiervan kent het Hof gewicht toe aan het medisch beroepsgeheim ter waarborging van de vertrouwelijkheid van medische persoonsgegevens.³⁶⁷ Indien dit geheim is geschonden, dan zal van geval tot geval moeten worden bekeken of, en zo ja hoe lang, het nodig is verdere inbreuken op het privéleven van de betreffende persoon te voorkomen. In een Franse zaak, waarbij de autoriteiten een uitgeverij voor onbepaalde tijd hadden verboden een boek uit te geven geschreven door de lijfarts van voormalig president Mitterand, was naar de bevindingen van het Hof sprake van een disproportionele inbreuk op de vrijheid van meningsuiting.³⁶⁸

363 Khudobin/Rusland, nr. 59696/00, par. 83 en Ukhan/Oekraïne, nr. 30628/02, par. 74.

364 Trubnikov/Rusland, nr. 49790/99, par. 52.

365 Z./Finland, nr. 22009/93, par. 95; L.L./Frankrijk, nr. 7508/02, par. 44; I./Finland, nr. 20511/03, par. 38 en Armonas/Litouwen, nr. 36919/02 en Biriuk/Litouwen, nr. 23373/03, par. 40.

366 I./Finland, nr. 20511/03.

367 L.L./Frankrijk, nr. 7508/02, par. 23.

368 Plon/Frankrijk, nr. 58148/00.

Het medisch beroepsgeheim bevat, zoals bekend, geen absoluut verbod op het doorgeven van gegevens uit het dossier van een patiënt. In de socialezekerheidszaak M.S., waarin gegevens waren verstrekt uit het medisch dossier van verzoeker naar aanleiding van haar aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, concludeerde het Hof dat was voldaan aan alle voorwaarden die een inbreuk op het recht op privéleven rechtvaardigen. De omstandigheid dat 'the medical records in question contained highly personal and sensitive data about the applicant, including information relating to an abortion' deed daaraan niet af.³⁶⁹ Ook het doorgeven van gegevens uit het medisch dossier van een vader aan de kinderbeschermingsautoriteiten is, bij voldoende waarborgen, gerechtvaardigd.³⁷⁰ Het belang van vertrouwelijkheid van de medische gegevens kan, volgens de rechtspraak van het Hof, onder omstandigheden minder zwaar wegen dan het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding. Hiervan was sprake in de zaak Z. De medische dossiers van Z, de echtgenote van de van ernstige seksuele misdrijven verdachte X, waren in beslaggenomen en haar artsen waren als getuige gehoord om de bewijsvoering tegen X rond te krijgen. De klachten over de inbeslagneming van de dossiers en het niet erkennen van het beroep op het verschoningsrecht werden door het Hof ongegrond verklaard.³⁷¹ Het Hof legt hier een minder strenge toets aan dan besloten ligt in artikel 98 Wetboek van Strafvordering en de daarop gebaseerde rechtspraak.³⁷²

Recht op inzage

Vanuit de gedachte dat in een medisch dossier bewaarde gegevens de kern raken van artikel 8 EVRM³⁷³, is het vanzelfsprekend dat de betrokkene ook het recht toekomt op inzage in het dossier. De inzage kan slechts onder uitzonderlijke omstandigheden – bijvoorbeeld in geval van mogelijke schade voor de gezondheid of bij een gebleken veiligheids- of algemeen belang – worden geweigerd.³⁷⁴ Het Hof heeft recentelijk dan ook het verzoekschrift van Romavrouwen die klaagden over de weigering van inzage in hun medisch dossier ontvankelijk verklaard.³⁷⁵ Aan de hand van deze gegevens hoopten zij te kunnen aantonen dat zij zonder medeweten, laat staan *informed consent*, waren gesteriliseerd in een Slowaaks ziekenhuis.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient inzage in een dossier ook mogelijk te zijn met het oog op het corrigeren van fouten of het voorkomen van misbruik van op de betrokkene betrekking hebbende gegevens³⁷⁶ dan wel ter verkrijging van

369 M.S./Zweden, nr. 20837/92, par. 35.

370 K.T./Noorwegen, nr. 26664/03.

371 Z./Finland, nr. 22009/93.

372 Vgl. HR 27.05.2008.

373 I./Finland, nr. 20511/03, par. 35.

374 Martin/VK, nr. 27533/95 resp. Uslu/Turkije (nr. 2), nr. 23815/04.

375 K.H. e.a./Slowakije (ontv.besl.), nr. 32881/04.

376 Rotaru/Roemenië (GC), nr. 28341/95.

kennis over de eigen afstamming en identiteit.³⁷⁷ In het laatste geval is doorgaans geen sprake van het eigen dossier, maar het dossier van een andere persoon. Een weging van botsende privacybelangen is dan nodig (zie paragraaf 4.5.1.a). Hoewel het Hof gewicht toekent aan de mogelijkheid kennis te kunnen nemen van opgeslagen informatie, strekt het EVRM zich niet uit over inzage in een dossier waarin uitsluitend zakelijke informatie is opgenomen, geen betrekking hebbend op de identiteit van personen of hun persoonlijke geschiedenis.³⁷⁸

4.5.1.d *Recht op vrije artskeuze*

In het EVRM wordt op generlei wijze verwezen naar het recht op vrije artskeuze. Wel heeft het Hof enige malen bepaald dat een patiënt, althans een van zijn vrijheid beroofde persoon, op grond van artikel 3 recht heeft op vrije artskeuze: 'The Court therefore considers that a prisoner's choice of physician should as a rule be respected ...'³⁷⁹ Daarmee bouwt het Hof voort op een eerdere uitspraak waarin hij in kritische zin opmerkt dat een verzoeker tijdens de inbewaringstelling geen toegang had tot een arts naar keuze.³⁸⁰ In een Russische (eveneens detentie)zaak refereert het Hof iets minder expliciet aan het recht op vrije artskeuze. Niettemin stelt het Hof, bij toetsing aan artikel 3 EVRM, het volgende vast:

'Not only was the applicant refused appropriate medical assistance by the detention centre authorities, but he was also denied the possibility to receive it from other sources (...). This must have given rise to considerable anxiety on his part.'³⁸¹

Daarop oordeelt het Hof dat sprake is geweest van schending van artikel 3 EVRM. De conclusie zou daarmee kunnen komen te luiden, dat het recht op vrije artskeuze wordt verondersteld aanwezig te zijn. Daar waar – bijvoorbeeld als gevolg van vrijheidsontneming – dit recht onder druk staat, rust er een verantwoordelijkheid op de autoriteiten om het genot van dit recht te waarborgen. Onder bepaalde voorwaarden kan het niet nakomen van deze verplichting een schending van artikel 3 EVRM opleveren.

4.5.2 *Processuele patiëntenrechten*

Recht hebben is nog niet hetzelfde als recht krijgen. Vandaar dat het EVRM ook voorziet in het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (art. 13 EVRM) en het

377 Gaskin/VK, nr. 10454/83, par. 39 en Mikulic/Kroatië, nr. 53176/99, par. 54.

378 Smith/VK (ontv.besl.), nr. 39658/05.

379 Mathew/Nederland, nr. 24919/03, par. 187. Deze zaak had betrekking op de detentieomstandigheden in Aruba.

380 Abdulsamet Yaman/Turkije, nr. 32446/96, par. 45 en Özen/Turkije, nr. 46286/99, par. 56.

381 Khudobin/Rusland, nr. 59696/00, par. 93. Eerder Sarban/Moldavië, nr. 3456/05, par. 82.

recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Deze processuele rechten moeten bovenal effectief zijn en worden uitgelegd en toegepast 'without excessive formalism, having regard to the particular circumstances of the case.'³⁸² Het genot en de bescherming van rechten dreigen anders al snel illusoir te worden. De ECieRM heeft daarom al in een vroegtijdig stadium aangegeven, dat in bepaalde gevallen flexibel om moet worden gegaan met bijvoorbeeld verjaringstermijnen.³⁸³ Ook het Hof bepleit in bepaalde situaties flexibiliteit, bijvoorbeeld in geval van 'the particularly vulnerable position of the applicant (a psychiatric detainee).'³⁸⁴ Een aantal aspecten van de processuele rechten is voor het gezondheidsrecht en voor de rechten van de patiënt in het bijzonder van belang.

4.5.2.a Toegang tot de rechter en openbare behandeling

Artikel 6 EVRM omvat een recht op toegang tot de rechter, meer in het bijzonder om een geschil door een onafhankelijk en onpartijdig rechtsprekend orgaan te laten onderzoeken en beslechten.³⁸⁵ Dit 'right to a court'³⁸⁶ geldt met betrekking tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en het bepalen van de gegrondheid van een tegen een persoon ingestelde vervolging. Er is een wel-daad aan jurisprudentie over de – autonome – betekenis van de termen 'burgerlijke rechten en verplichtingen' (*civil rights*) en 'strafrechtelijke vervolging' (*criminal charge*).³⁸⁷ Het onderscheid tussen beide is niet onbelangrijk. Zo is er eerst sprake van een zaak met betrekking tot *civil rights* indien sprake is van een daadwerkelijk geschil (*dispute*).³⁸⁸ In geval van een *criminal charge* geldt daarentegen bijvoorbeeld de cautiëplicht en de onschuldpresumtie.³⁸⁹

Dit roept de vraag op of het publiekrechtelijke tuchtrecht, zoals we dat bijvoorbeeld in Nederland kennen, kan worden geschaard onder *civil rights* dan wel *criminal charge*. In de zaak König, inzake het Duitse medische tuchtrecht, bepaalde het Hof dat het recht van een arts 'to run his clinic and the right to exercise his profession of medical practitioner' een 'civil right' betreft. Het medisch tuchtrecht, dat het genot van deze rechten kan aantasten, valt daarmee onder de reikwijdte van artikel 6 lid 1 EVRM.³⁹⁰ In de zaak Le Compte e.a. heeft het Hof, voortbou-

382 Toth/Oostenrijk, nr. 11894/85, par. 82.

383 K./Ierland, nr. 10416/83 en H./VK, nr. 9833/82.

384 Tokić e.a./Bosnië, nr. 12455/04.

385 Multiplex/Kroatië, nr. 58112/00, par. 45.

386 Golder/VK, nr. 4451/70, par. 36.

387 Zie over *civil rights* König/Duitsland, nr. 6232/73, par. 7-95 en over *criminal charge* Engel e.a./Nederland, nr. 5100/01, par. 80-82.

388 Ladbroskes/Zweden (ontv.besl.), nr. 27968/05: 'For Article 6§1 under its civil head to be applicable, there must be a dispute over a right which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law.'

389 Funke/Frankrijk, nr. 10828/84; Saunders/VK (GC), nr. 19187/91 en J.B./Zwitserland, nr. 31827/96.

390 König/Duitsland, nr. 6232/73, par. 86. Zie ook Philis/Griekenland (nr. 2), nr. 19773/92, par. 46.

wend op deze uitspraak, wederom uitgemaakt dat een tuchtrechtelijke procedure de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen betreft. Het Hof vond het niet nodig ('superfluous') daarnaast te onderzoeken of tevens sprake was van een strafrechtelijke vervolging.³⁹¹ Hoewel het Hof niet gelooft 'that the two aspects, civil and criminal, of Article 6 para. 1 (...) are necessarily mutually exclusive' heeft hij in een latere tuchtzaak herhaald het niet nodig te vinden 'to decide whether, in the specific circumstances, there was a "criminal charge"'.³⁹² Het Hof merkt het opleggen van disciplinaire maatregelen aan als 'penalties', maar dit maakt een onderzoek naar het strafrechtelijke karakter daarvan niet nodig.³⁹³ In de zaak Schmidt, betreffende het opleggen van een disciplinaire waarschuwing aan een advocaat wegens aantasting van de eer en reputatie van de beroepsgroep, ging het Hof niet in op de vraag of sprake was van een *civil right of criminal charge*. De maatregel vormde een inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting. Volgens de kleinst mogelijke meerderheid was die inbreuk evenwel gerechtvaardigd.³⁹⁴

Op nationaal niveau heeft de Hoge Raad, in navolging van het Hof, reeds in de jaren tachtig erkend dat 'Het recht tot uitoefening van de geneeskunst een burgerlijk recht [is] in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM'.³⁹⁵ In de nationale rechtspraak en literatuur wordt hieruit en de criteria die het EHRM in het arrest Engel heeft geformuleerd³⁹⁶ veelal aangenomen dat het tuchtrecht *enkel* de vaststelling van *civil rights* betreft en een tuchtrechtelijke maatregel *per definitie* geen *criminal charge* is, in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.³⁹⁷ Deze conclusie kan niet zonder meer worden getrokken uit de rechtspraak van het EHRM. Het Hof maakt immers geen absoluut onderscheid tussen *civil rights* en *criminal charge*. Of sprake is van een strafrechtelijke vervolging hangt af van (i) de classificatie van de overtreding volgens het nationale recht; (ii) de aard van de overtreding, en (iii) de aard en mate van ernst van de mogelijke straf, waarbij het tweede en derde criterium alternatief en niet noodzakelijkerwijs cumulatief van aard zijn.³⁹⁸ Daar komt bij dat het Nederlandse tuchtrecht ook voorziet in de mogelijkheid van het opleggen van een geldboete, een maatregel die in de tuchtzaken die aan het Hof zijn voorgelegd niet aan de orde was.³⁹⁹ Wil men het tuchtrecht daadwerkelijk uit het strafrechtelijke domein houden, dan zou de mogelijkheid tot het opleggen van een

391 Zie reeds Le Compte e.a./België, nr. 7299/75 & 7496/76, par. 53.

392 Albert & Le Compte/België, nr. 7299/75 & 7496/76, par. 30.

393 Gautrin e.a./Frankrijk, nr. 21257/93, par. 33.

394 Schmidt/Oostenrijk, nr. 513/05.

395 HR 07.02.1986, par. 3.1.

396 Engel e.a./Nederland, nr. 5100/01, par. 82.

397 CTG 19 juni 2007, nr. 2006/137 e.v.

398 Ezeh & Connors/VK (GC), nr. 39665/98 & 40086/98, par. 86.

399 Uit de (advocaten)zaak Schmidt blijkt dat het Oostenrijkse tuchtrecht ook voorziet in geldboetes tot maximaal € 45.000. Schmidt/Oostenrijk, nr. 513/05.

geldboete – in de praktijk toch al zeldzaam⁴⁰⁰ – moeten worden geschrapt. Dit geldt temeer nu het Hof in een recente Litouwse zaak een bestuursrechtelijke boete die was bedoeld om te straffen en af te schrikken, ondanks de beperkte hoogte van de boete, als strafrechtelijk aanmerkte.⁴⁰¹

Geen discussie is er over de noodzaak van een effectief recht op toegang tot een rechter. Het genot van dit recht mag niet door de hoogte van griffierechten disproportioneel worden beperkt.⁴⁰² Het effectieve genot van rechten omvat ook een verplichting voor de verdragsstaten om individuen zo nodig bekostigde rechtsbijstand te verlenen.⁴⁰³ De verplichting tot het bieden van bekostigde rechtsbijstand dient ook effectief te zijn. Zo handelt een verdragsstaat niet in overeenstemming met deze norm door de verdachte van een ernstig strafbaar feit een advocaat-stagiair toe te wijzen.⁴⁰⁴ Of een rechtzoekende, ingeval er twijfels bestaan omtrent zijn wilsbekwaamheid, ter verkrijging van rechtsbijstand kan worden verplicht een psychisch onderzoek te ondergaan, is nog een punt van discussie.⁴⁰⁵ Partijen hebben in beginsel recht op een openbare hoorzitting, alwaar zij hun zaak mondeling kunnen toelichten.⁴⁰⁶ De verplichting tot het houden van een openbare zitting geldt ook bij medische (tucht)zaken⁴⁰⁷ en bij procedures waarbij de rechtsvraag niet strikt juridisch is⁴⁰⁸, al kunnen er omstandigheden zijn die het houden van een besloten zitting rechtvaardigen. Er bestaat echter geen absolute verplichting voor gerechten om partijen te horen. Indien één van de partijen niettemin aangeeft er prijs op te stellen in rechte te worden gehoord, dan dient een gerecht de betrokkene daartoe in staat te stellen dan wel de afwijzing deugdelijk te motiveren.⁴⁰⁹

4.5.2.b Eerlijk proces

Naast het recht op toegang tot de rechter en een openbare behandeling van de zaak heeft een ieder ingevolge artikel 6 EVRM recht op een eerlijke behandeling

400 Uit het *Jaarverslag Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg 2007* (Den Haag, De Swart 2008, p. 8) blijkt dat in het jaar 2007 uitsluitend het RTG Eindhoven boetes heeft opgelegd en wel in drie zaken.

401 Balyte-Lideikiene/Litouwen, nr. 72596/01, par. 58.

402 In een medische aansprakelijkheidszaak constateerde het Hof een schending van art. 6 lid 1 EVRM, omdat de griffierechten vier maal hoger waren dan het minimumloon. Yiğit/Turkije, nr. 52658/99.

403 Airey/Ierland, nr. 6289/73, par. 33.

404 Bogumil/Portugal, nr. 35228/03, par. 49.

405 M.G./Duitsland, nr. 1482/2006.

406 Fischer/Oostenrijk, nr. 16922/90, par. 44 en Malhous/Tsjechië (GC), nr. 33071/96, par. 55.

407 Le Compte e.a./België, nr. 7299/75 & 7496/76 en Gautrin e.a./Frankrijk, nr. 21257/93.

408 Schlumpf/Zwitserland, nr. 29002/06, par. 69.

409 Abrahamian/Oostenrijk, nr. 35354/04, par. 26.

van zijn zaak. De zaak dient voorts te worden behandeld binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, dat bij wet is ingesteld. Het Hof heeft deze eisen van een eerlijk proces (*fair trial*) in de loop der jaren, ook met betrekking tot gezondheidsrechtzaken, verijnd.

Artikel 6 bevat, in de eerste drie leden, een opsomming van waarborgen die tezamen het recht op een eerlijk proces verzekeren. Het EHRM heeft uitgemaakt dat de eerlijkheid van een behandeling moet worden beoordeeld aan de hand van het verloop van de procedure als geheel.⁴¹⁰ Zo hangt het antwoord op de vraag of is voldaan aan de eis van een uitspraak binnen een ‘redelijke termijn’ (art. 6 lid 1 EVRM) volgens vaste rechtspraak van het Hof af van ‘the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute.’⁴¹¹ Bij medische aansprakelijkheidsclaims en in procedures ter vaststelling van de hoogte van (een) arbeidsongeschiktheid(suitkering) wordt de complexiteit van de zaak door aangeklaagde verdragsstaten met enige regelmaat in stelling gebracht ter verklaring van de lange procesduur. Het Hof onderzoekt de validiteit van dit standpunt kritisch, zeker indien de procedure meerdere jaren bedraagt.⁴¹² Aan het Hof zijn ook zaken voorgelegd over de behandelingsduur van een vergunningaanvraag, in een geval waarin een vergunning nodig was om een medische praktijk te openen.⁴¹³ Ook dergelijke verzoeken, die raken aan het vaststellen van een burgerlijk recht, dienen door de overheid volgens het Hof binnen redelijke termijn te worden afgehandeld.

De waarborgen inzake een eerlijk proces zien overigens niet uitsluitend op het garanderen van de behandeling van de zaak door een onafhankelijk en onpartijdig bij wet ingesteld gerecht. Deze waarborgen hebben ook betekenis tijdens de fase van het vooronderzoek. Personen die worden verdacht van strafbare feiten – bijvoorbeeld levensbeëindigend handelen zonder dat is voldaan aan alle zorgvuldigheidseisen – hebben aldus ook tijdens deze fase recht op een eerlijke behandeling van hun zaak.⁴¹⁴

4.5.2.c Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt nadrukkelijk dat sprake moet zijn van een onafhankelijk onpartijdig gerecht, wil er sprake kunnen zijn van een *fair trial*. De onpartijdigheid betreft zowel de subjectieve als objectieve onpartijdigheid van de rech-

410 Kostovski/Nederland, nr. 11454/85 en Dallos/Hongarije, nr. 29082/95.

411 Frydlender/Frankrijk (GC), nr. 30979/96, par. 43.

412 Calvelli & Ciglio/Italië (GC), nr. 32967/96; El Massry/Oostenrijk, nr. 61930/00; Gheorghe/Roemenië, nr. 19215/04 en Csösz/Hongarije, nr. 34418/04. Zie ook Kopecká/Slowakije, nr. 69012/01, waar het medisch dossier was kwijtgeraakt.

413 Houbal/Tsjechië, nr. 75375/01.

414 Salduz/Turkije (GC), nr. 36391/02, par. 50 en Panovits/Cyprus, nr. 4268/04, par. 66.

ter.⁴¹⁵ De subjectieve onpartijdigheid ziet op de persoonlijke eigenschappen van een rechter. Deze onpartijdigheid is in geding indien een rechter zich, alvorens over een zaak te beslissen, publiekelijk zodanig uitlaat over een vraagstuk zodat de indruk ontstaat dat hij zich reeds een mening heeft gevormd.⁴¹⁶ Met het oog op het publieke vertrouwen in de rechterlijke macht moet de rechter ook een objectieve uitstraling hebben. Er mogen geen feiten of omstandigheden zijn die zijn onafhankelijkheid in twijfel trekken (objectieve onpartijdigheid).⁴¹⁷ Dergelijke feiten en omstandigheden kunnen zich voordoen in geval van eerdere betrokkenheid bij een soortgelijke zaak of bij één van de procespartijen.⁴¹⁸

In geval van een door de beroepsgroep ingesteld systeem van tuchtrecht kan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de tuchtrechter onder druk staan. Het Hof is zich hiervan bewust. Omdat het tuchtrecht, zoals hiervoor betoogd, (ook) de vaststelling van *civil rights* betreft, moet een tuchtcollege daarom of zelf voldoen aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM dan wel moet er een mogelijkheid van herziening zijn, uit te voeren door een onafhankelijk en onpartijdig rechterlijk college.⁴¹⁹ Bij terugverwijzing van een zaak door de rechter naar een tuchtcollege bestaat niet automatisch de verplichting de samenstelling van de raadkamer van het tuchtcollege te wijzigen.⁴²⁰

Niet alleen de (tucht)rechter, ook anderen die *de facto* beslissen over burgerrechtelijke geschillen dienen te voldoen aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In een Bulgaarse zaak concludeerde het Hof dat de aldaar bestaande medische commissies, bevoegd om te oordelen over de vraag of al dan niet sprake is van een beroepsziekte, niet aan deze eisen voldoen. Deze commissies staan onder het gezag van de Minister van Volksgezondheid, de leden worden betaald door het ministerie en zij hebben geen vaste aanstelling. Het lijkt er voorts op, aldus het Hof, dat de commissies geen duidelijke procesregels kennen, geen openbare zittingen houden en alleen besluiten op basis van medische documenten en een medische keuring van de betrokkene.⁴²¹

De eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gelden niet alleen voor de rechter zelf, maar ook voor de door hem benoemde deskundigen. In de zaak Eggertsdóttir concludeerde het Hof dat aan deze eisen niet was voldaan. De ouders van Sara Lind Eggertsdóttir, een meervoudig gehandicapt meisje, waren een schadevergoedingsprocedure begonnen tegen het National and University Hospital (NUH) te Reykjavik, IJsland. In beroep wijst de rechter de aansprakelijkheid van het ziekenhuis af. Daarbij wordt veel gewicht toegekend aan het advies van

415 Kyprianou/Cyprus, nr. 73797/01, par. 121.

416 Buscemi/Italië, nr. 29569/95, par. 68.

417 Hauschildt/Denemarken, nr. 10486/83 en Miller e.a./VK, nr. 45825/99.

418 Heringa 2000.

419 Albert & Le Compte/België, nr. 7299/75 & 7496/76, par. 29 en Gautrin e.a./Frankrijk, nr. 21257/93, par. 57.

420 Vaillant/Frankrijk, nr. 30609/04.

421 I.D./Bulgarije, nr. 43578/98.

State Medico-Legal Board (SMLB), een raad van medisch deskundigen. Vier leden van deze raad bleken evenwel werknemer te zijn van het NUH. Het EHRM oordeelde dat verzoekers legitieme redenen hadden te vrezen dat de raad niet had geadviseerd met gepaste neutraliteit in de gerechtelijke procedure. Hierdoor wordt ook de onpartijdigheid van de IJslandse rechter aangetast. Het Hof concludeert tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM.⁴²²

4.5.2.d 'Equality of arms' en 'adversarial trial'

De eerlijkheid van de behandeling vereist voorts dat is voldaan aan het beginsel van *equality of arms* en het nauw daarmee verbonden recht op een *adversarial trial*. Er is voldaan aan de eis van *equality of arms* indien ieder van de partijen een redelijke mogelijkheid wordt geboden de zaak in rechte te presenteren⁴²³ onder voorwaarden die niet substantieel benadelend zijn ten opzichte van de wederpartij.⁴²⁴ Er is sprake van een *adversarial trial* indien de partijen de mogelijkheid hebben kennis te nemen van, en – via tegenspraak – commentaar te leveren op, alle processtukken, inclusief deskundigenrapporten en conclusies.⁴²⁵

Deze nadere eisen van een eerlijk proces brengen onder meer met zich dat partijen gelijke toegang hebben tot de dossiers en andere processtukken⁴²⁶, dat zij – in beginsel – het recht hebben het proces persoonlijk bij te wonen⁴²⁷ en dat ze gelijke mogelijkheden hebben om getuigen en, in voorkomende gevallen, deskundigen⁴²⁸ op te roepen. Het recht op het horen van getuigen en deskundigen moet worden gezien, en beoordeeld, in de sleutel van het waarborgen van gelijke procesrechten voor alle partijen.⁴²⁹

De eerlijkheid van de behandeling verzet zich tegen het inbrengen van (medische) stukken, waarvan een partij vooraf geen kennis heeft kunnen nemen en waarop zij niet heeft kunnen reageren.⁴³⁰ Uit de zaak Mantovanelli volgt dat het

422 Eggertsdóttir/IJsland, nr. 31930/04, par. 53-55.

423 Abrahamian/Oostenrijk, nr. 35354/04.

424 Nideröst-Huber/Zwitserland, nr. 18990/91, par. 23.

425 Lobo Machado/Portugal (GC), par. 31; Vermeulen/België (GC), 19075/91, par. 33; Mantovanelli/Frankrijk, nr. 21497/93, par. 33; Kress/Frankrijk, nr. 39594/98, par. 76 en F. & M./Finland, nr. 22508/02, par. 56.

426 Cottin/België, nr. 48386/99, par. 29.

427 Dit geldt niet alleen bij strafrechtelijke procedures (vgl. F. & M./Finland, nr. 22508/02, par. 56), maar ook in procedures inzake de opnemings in een psychiatrisch ziekenhuis. Zie Shtukaturov/Rusland, nr. 44009/05.

428 In art. 6 lid 3 EVRM wordt uitsluitend gerefereerd aan getuigen. In voorkomende gevallen heeft een verdachte dezelfde rechten ten opzicht van door de rechter benoemde getuigen. Balsyte-Lideikiene/Litouwen, nr. 72596/01, par. 64-66.

429 Vidal/België, nr. 12351/86, par. 33 en Polyakov/Rusland, nr. 77018/01, par. 31.

430 S.H./Finland, nr. 28301/03, par. 35. Zie ook H.A.L./Finland, nr. 38267/97 en Káňovo/Slowakije (ontv.besl.), nr. 56451/00.

recht om te kunnen reageren op processtukken niet beperkt moet worden uitgelegd. In deze zaak, betreffende een onderzoek naar de doodsoorzaak van de dochter van verzoekers in een ziekenhuis, had de rechter een deskundige benoemd. Deze deskundige sprak met de betrokken artsen en bestudeerde het medisch dossier van de dochter van verzoekers. Verzoekers werden bij dit onderzoek niet betrokken. Het Hof oordeelde, mede gelet op de omstandigheid dat de deskundige dezelfde vraag kreeg voorgelegd als de nationale rechter diende te beantwoorden, dat de ouders in hun processuele rechten waren geschonden. Zij konden uitsluitend kennismaken van het deskundigenrapport toen dit was afgerond en ingediend bij de rechter. Het Hof was van oordeel dat de verzoekers in de gelegenheid hadden moeten worden gesteld om reeds tijdens het deskundigenonderzoek invloed uit te oefenen, bijvoorbeeld door de geïnterviewde artsen aan een kruisverhoor te onderwerpen. Dit gebrek levert een schending op van artikel 6 lid 1 EVRM.⁴³¹ Een dergelijk gebrek kan volgens het Hof in de zaak Cottin niet worden gerepareerd door het aanwijzen van een nieuwe deskundige voor een tegenrapportage: 'une demande d'expertise complémentaire n'y aurait rien changé.'⁴³²

4.6 Conclusies

In dit hoofdstuk zijn enkele gezondheidsrechtelijke thema's aan de hand van de rechtspraak van het EHRM uitgediept.

Ondanks de omstandigheid dat het EVRM niet verwijst naar het recht op gezondheid legt het Hof een grote verantwoordelijkheid bij de overheid met betrekking tot de bescherming en, in mindere mate, de bevordering van de gezondheid van allen die zich op het grondgebied van de staat bevinden. Deze beschermingsplicht van de overheid beperkt zich niet tot de verticale relaties, maar strekt zich tevens uit tot de relaties tussen personen onderling. Deze plicht kan de overheid nopen tot interventies in die verhoudingen. Zo volgt uit de EHRM-rechtspraak dat kwaliteitseisen aan de zorg kunnen worden gesteld (adequaat, veilig en snel), eisen waaraan zowel openbare als particuliere zorgaanbieders zijn gehouden. Het Hof vertrouwt bij dit alles sterk op de medisch professionele standaard en het oordeel van individuele beroepsbeoefenaren. Dit geldt in het bijzonder met betrekking tot de therapeutische noodzaak van een behandeling, die het passeren van de *informed-consenteis* kan rechtvaardigen.

Op grond van het recht op leven rusten vergaande materiële en procedurele verplichtingen op de overheid om het menselijke leven te beschermen. Het Hof rekent hiertoe de verplichting overlijdensgevallen 'volledig, onpartijdig en diepgaand' te (laten) onderzoeken. Deze eisen wordt strenger getoetst naarmate er meer twijfels bestaan over een natuurlijke dood. Het recht op leven verplicht de overheid tevens tot het nemen van maatregelen gericht op het waarborgen van

431 Mantovanelli/Frankrijk, nr. 21497/93, par. 36.

432 Cottin/België, nr. 48386/99, par. 32.

veilige zorg en het voorkomen van levensgevaarlijke situaties, waaronder het tegengaan van situaties waarin personen zich genooddaakt (kunnen) voelen hun leven te beëindigen. De te nemen preventieve en therapeutische maatregelen moeten tegelijkertijd verenigbaar zijn met de eisen van het EVRM, meer in het bijzonder van de artikelen 3 en 8 EVRM. Ondanks het gewicht dat het Hof toekent aan het recht op leven, kan op basis van de jurisprudentie van het Hof niet worden volgehouden dat dit recht een algeheel verbod van abortus of euthanasie omvat. Het Hof laat de verdragsstaten bij deze onderwerpen een ruime *margin of appreciation*.

Het belemmeren van de toegang tot gezondheidszorg kan een schending opleveren van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM. Dit geldt in het bijzonder ingeval sprake is van noodzakelijke zorg alsmede indien er zorg wordt onthouden aan personen die van hun vrijheid zijn beroofd of zich anderszins in een kwetsbare positie bevinden. De zorgplicht van de overheid beperkt tevens de vrijheid van de overheid de toegang tot de zorg af te remmen door middel van wachttijden en het opwerpen van financiële drempels. In hoeverre er op grond van deze bepalingen een verplichting rust op de autoriteiten om preventieve gezondheidszorgmaatregelen te treffen, valt op basis van de huidige stand van de rechtspraak niet te beantwoorden.

Een aantal patiëntenrechten ligt (ook) stevig verankerd in het EVRM. Het recht op *informed consent* ligt besloten in het recht op privéleven. Schending van deze norm kan daarnaast een schending van artikel 3 EVRM opleveren. Voor de rechtspositie van de patiënt is voorts van belang de wijze waarop het Hof uitleg heeft gegeven aan het recht op vrijheid van meningsuiting, het recht op (bewegings)vrijheid en diverse aspecten van het recht op privé-, familie- en gezinsleven. Ondanks de waarde die het Hof toekent aan *informed consent* en bewegingsvrijheid, staat het Hof toe dat personen onder bepaalde voorwaarden worden onderworpen aan een gedwongen behandeling of onvrijwillige opname in een zorginstelling. Het belang dat toekomt aan toestemming en bewegingsvrijheid lijkt het Hof dan af te meten aan de (therapeutische) noodzaak goede zorg te bieden. In geval van dat laatste kan aan toestemming en bewegingsvrijheid voorbij worden gegaan, mits aan allerlei zorgvuldigheidseisen is voldaan.

Patiënten maken voorts aanspraak op een *second opinion*, toegang tot hun dossier en vertrouwelijke omgang met hun gegevens. Strafrechtelijk gedetineerden komt nadrukkelijk het recht toe op vrije artskeuze. Het Hof heeft zich nog niet uitgelaten over de betekenis van dit recht in de vrije samenleving.

Door de processuele waarborgen die het EVRM bevat, is het voor patiënten ook mogelijk hun op mensenrechten gebaseerde rechten in rechte af te dwingen. Het EVRM voorziet in waarborgen voor ongelijkheidscompensatie in civiele, bestuurs- en strafrechtelijke procedures, waaronder het recht op rechtsbijstand. Het EVRM stelt daarnaast eisen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van gerechten, waaronder waarborgen aan de tuchtrechtelijke rechtsgang ter verzekering van een eerlijk proces.

5 Discussie en uitleiding

5.1 *Beschouwing*

Uit dit preadvies komt naar voren dat er een nauwe band bestaat tussen mensenrechten, gezondheid en gezondheidszorg. Deze relatie tot het recht geldt *a fortiori* voor het EVRM en de wijze waarop het EHRM de verdragsbepalingen interpreteert en toepast. Het Hof gaat uit van een grote overheidsverantwoordelijkheid voor de bescherming en, in mindere mate, de bevordering van de gezondheid van mensen. Minder bekend, althans in Nederland, is dat deze overheidsverantwoordelijkheid kan nopen tot het beknotten van typische vrijheidsrechten, waaronder het recht van behandeling verschoond te blijven (art. 8 EVRM) en het recht op bewegingsvrijheid (art. 5 EVRM). De (negatieve) persoonlijke autonomie van personen moet, aldus het Hof, in een op mensenrechten gebaseerde rechtsstaat in samenhang met andere waarden en normen worden gezien. Dit rechtvaardigt, onder omstandigheden, het behandelen en opnemen van personen, ook al hebben zij daarmee niet ingestemd. De toelaatbaarheid van dergelijk ingrijpen op fundamentele vrijheden is volgens vaste rechtspraak van het Hof sterk afhankelijk van de noodzaak en evenredigheid van de getroffen maatregel.

De grote betekenis van het EVRM voor Nederland laat zich mede verklaren door de bijzondere status van het EVRM in het internationaal en het nationale recht en de omstandigheid dat dit verdrag tal van – voor de gezondheid en gezondheidszorg van belang zijnde – positieve verplichtingen legt op de overheid. Het EVRM raakt aan de organisatie, structuur en financiering van de gezondheidszorg alsmede aan de rechten van de patiënt en anderen bij de zorg betrokkenen. Kennis van het EVRM en de EHRM-jurisprudentie zijn daarom geboden bij het normeren van deze gezondheidsrechtelijke deelterreinen.

De betekenis van het EVRM spreekt uit het grote aantal EHRM-uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen over gezondheidsrechtelijke thema's. Uit die rechtspraak blijkt dat veel van de hier te lande erkende rechten van de patiënt (tevens) zijn geworteld in het EVRM. Dat geeft deze rechten bijzondere normatieve betekenis.

Het EVRM beschermt slechts een beperkt aantal – met name klassieke – mensenrechten, waarvan schending een handelen of nalaten van de overheid veronderstelt. Het EHRM doet voorts slechts uitspraak naar aanleiding van aan hem voorgelegde zaken. Aldus kan het gebeuren dat het EHRM tot op heden niet heeft geoordeeld over diverse gezondheidsrechtelijke onderwerpen, waaronder de beroepenwetgeving, het elektronisch patiëntendossier, de veiligheid van bloed en bloedproducten, de toegang tot zorg in het buitenland en medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen. Dit geldt ook voor drie van de zeven, volgens de VWS-bewindspersonen, belangrijkste patiëntenrechten, te weten het recht op afstemming tussen zorgverleners, het recht op een effectieve, laagdrempelige klacht- en geschillenbehandeling en het recht op medezeggenschap en goed-

bestuur.⁴³³ De precieze normatieve betekenis van het EVRM voor deze en andere onderwerpen blijft daarmee tamelijk ongewis, gesteld dat deze onderwerpen raken aan EVRM-rechten.⁴³⁴ Niettemin kan ervan worden uitgegaan dat de interpretatie van EVRM-rechten ook met betrekking tot deze onderwerpen in overeenstemming moet zijn met 'the General spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society.'⁴³⁵ Tot deze idealen en waarden behoren, zo blijkt uit het voorgaande, de bescherming van de menselijke waardigheid, de persoonlijke autonomie en de bescherming van gezondheid(belangen).

De rechtspraak van het EHRM bestuderend valt op hoeveel importantie het Hof toekent aan het oordeel van medische beroepsbeoefenaren. Dit geldt bijvoorbeeld met betrekking tot de bepaling van de doodsoorzaak, het stellen van diagnoses, het verklaren van de oorzaak van verwondingen en het toekennen van voorspellende waarden aan medische keuringen. Tevens acht het Hof medische beroepsbeoefenaren bij uitstek geschikt de 'therapeutische noodzaak' van een ingreep vast te stellen en als geen ander in staat de regels voor goed medisch handelen vast te leggen in beroepscode en gedragsregels. Het Hof kent aan deze vormen van zelfregulering in voorkomende gevallen zelfs de status van 'wet' toe. Dit roept de vraag op in hoeverre van beroepsbeoefenaren wordt verwacht dat zij zo nodig van deze regels afwijken.⁴³⁶ Ook anderszins kan worden betwijfeld of beroepsbeoefenaren altijd wel zo onafhankelijk en onpartijdig (kunnen) zijn als het Hof suggereert. Diverse mensenrechtenorganisaties en organisaties van beroepsbeoefenaren klagen al jaren over de mate waarin beroepsbeoefenaren worden verplicht om politieke of andere redenen van de professionele standaard af te wijken. Ook lijkt het Hof beroepsbeoefenaren bekwaamheden toe te dichten, die soms bovenmenselijke gaven veronderstellen.⁴³⁷ Hier staat tegenover dat het Hof met zijn rechtspraak een grote verantwoordelijkheid legt bij beroepsgroepen om de professionele autonomie van hun leden te waarborgen en op te treden tegen beroepsbeoefenaren die het hiermee minder nauw nemen.

In het voorgaande is een systematische vergelijking tussen de nationale wet- en regelgeving en de EHRM-jurisprudentie achterwege gebleven. Voor zover er discrepanties zijn, betreft het veelal accentverschillen. Meest markant wellicht is dat het EHRM meer belang lijkt toe te kennen aan de bescherming van de menselijke waardigheid en de bescherming van gezondheid(sbelangen) dan we in Nederland gewoon zijn te doen, waar de nadruk bovenal ligt op de (negatieve) persoonlijke autonomie en keuzevrijheid. Hierbij moet worden bedacht dat het

433 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 476, nr. 1.

434 Al kan het zijn dat het recht op medezeggenschap en goed bestuur tot een schending leidt van het eigendomsrecht, maar dan niet van de patiënt.

435 *Kjeldsen e.v./Denemarken*, nr. 5095/71, par. 53.

436 HR 01.04.2005.

437 Zie bijv. *Tomašić e.a./Kroatië*, nr. 46598/06 en de voorspellende waarde die wordt toegekend aan een psychiatrisch onderzoek.

EVRM minimale rechtsbescherming biedt, het verdragsstaten niet is toegestaan het niveau van rechtsbescherming te verminderen met een beroep op het EVRM en verdragsstaten een zekere beoordelingsruimte toekomt bij het preciseren van rechten. Tegelijkertijd wordt van nationale rechtsprekende instanties verwacht dat zij de wetgever en het bestuur een beperktere *margin of appreciation* laten dan de ruimte die het EHRM hun laat.

Hoewel het EVRM en de rechtspraak van het EHRM dus niet alle onderwerpen bestrijken die in Nederland gewoonlijk tot het gezondheidsrecht worden gerekend en de verschillen beperkt lijken te zijn, moet worden geconcludeerd dat het EVRM van grote betekenis is voor ons vakgebied. Het gezondheidsrecht heeft altijd al een sterke mensenrechtelijke inslag gehad, maar is bij de bestudering en uitoefening van het recht sterk nationaal georiënteerd gebleven. Zo is het aantal publicaties van Nederlandse gezondheidsrechtjuristen over internationaal en Europeesrechtelijke onderwerpen tot op heden beperkt. Ook ontbreekt systematische aandacht voor het EVRM en het Europeesrecht in de gezondheidsrechtelijke leerboeken en het gezondheidsrechtelijke onderwijs. De keuze van het bestuur van de VGR om twee preadviezen te wijden aan de betekenis van internationaal recht voor de gezondheidszorg luidt misschien een nieuw tijdperk in.

5.2 *Conclusies en stellingen*

1. Als gevolg van ons monistische rechtsstelsel en de betekenis van de mensenrechten, geeft het geen pas te spreken over ‘Nederlands gezondheidsrecht’. Veeleer is sprake van gezondheidsrecht in Nederland (hoofdstuk 1).
2. Het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen voor de overheid en de bijbehorende beoordelingsvrijheid voor bestuur en wetgever om zelf een belangenafweging te maken zijn vanuit juridisch perspectief belangrijker dan het verschil tussen klassieke en sociale grondrechten. Nog belangrijker is het te weten hoeveel vrijheid het EHRM en de nationale rechter het bestuur en de wetgever laten bij gezondheidsrechtelijke onderwerpen (hoofdstuk 2).
3. Het afwijzen van de term ‘recht op gezondheid’, maar het eigen vakgebied aanduiden met de term ‘gezondheidsrecht’ is weinig consequent en gaat voorbij aan het internationale en constitutioneelrechtelijke discours (hoofdstuk 2).
4. Ook rechtspersonen kunnen bepaalde – met name processuele, eigendoms- en privacy- – rechten ontlenen aan het EVRM. Dit is onder andere van belang voor zorginstellingen en zorgverzekeraars (hoofdstuk 3). Dit laat onverlet dat het zich ongeoorloofd toegang verschaffen tot persoonlijke gegevens in een elektronisch patiëntendossier van een andere normatieve orde is dan het ‘kragen’ van een bedrijfsgeheim of het beslagleggen op de financiële boekhouding.

5. Het EHRM laat de beoordeling van ‘het belang van de gezondheid’ en de ‘therapeutische noodzaak’ van een behandeling of opname grotendeels over aan medische beroepsbeoefenaren (hoofdstuk 3). Het is terecht dat de rechter niet op de stoel van de dokter gaat zitten. Tegelijkertijd mag van een rechter worden verwacht dat hij kritisch kijkt naar de wijze waarop dergelijke oordelen tot stand komen en of de vervolg(be)handelingen in overeenstemming zijn met de patiëntenrechten. De toetsing door het EHRM in dezen – waarbij noodzaak en proportionaliteit van de (be)handeling al snel worden aangenomen – is te terughoudend en strekt niet tot voorbeeld voor de nationale rechter.
6. Dat het EVRM niet verwijst naar het recht op gezondheid, laat onverlet dat de nationale autoriteiten bij al hun handelen en nalaten zijn gehouden rekening te houden met gezondheidsbelangen (hoofdstuk 4). Gezondheid moet derhalve integraal onderdeel uitmaken van alle vormen van overheidsbeleid.
7. Vanwege de fundamentele betekenis die toekomt aan het recht op leven verwacht het Hof van de verdragsstaten dat zij passende maatregelen nemen om te voorkomen dat mensen in een zodanige positie komen te verkeren dat zij ervoor ‘kiezen’ hun leven te (laten) beëindigen. Beschermende maatregelen moeten zelf echter ook voldoen aan de eisen van het EVRM. Uit Pretty en latere rechtspraak kan – anders dan soms wordt betoogd – niet worden geconcludeerd, dat het EVRM in de weg staat aan het decriminaliseren van levensbeëindigend handelen op verzoek (hoofdstuk 4).
8. De artikelen 2, 3 en 8 EVRM leggen op de overheid een geclausuleerde zorgplicht. Deze zorgplicht omvat tevens kwaliteitselementen (adequaat, veilig en snel) en strekt ertoe dat zorg wordt verstrekt op een wijze die recht doet aan de rechten en waardigheid van personen (hoofdstuk 4). Bij dit alles moet, aldus de jurisprudentie van het EHRM, ook worden gelet op taal- en sociaal-economische verschillen. Voor het gezondheidsrecht ligt er de uitdaging te waarborgen dat het zorgaanbod recht doet aan dergelijke verschillen, zoals we die in Nederland thans kennen, in plaats van dat wordt uitgegaan van een enkele maatman.
9. Het Hof heeft het equivalentiebeginsel als uitgangspunt bij de zorgverlening aan strafrechtelijk veroordeelden nadrukkelijk genuanceerd (hoofdstuk 4). Dit heeft voor de zorg aan gedetineerden in Nederland geen gevolg, nu het EVRM niet mag worden ingeroepen om het bestaande beschermingsniveau te verlagen. Onduidelijk blijft evenwel welke waarborgen het EVRM bevat met betrekking tot de (medische) behandeling en re-integratie van groepen als TBS'ers.
10. Het EHRM heeft het recht op *informed consent* in het kader van behandelingsrelaties erkend. Daarnaast hebben individuen, in meer algemene zin, recht op (toegang tot) informatie met betrekking tot hun afkomst en andere voor hun

gezondheid en veiligheid van belang zijnde gegevens. Deze informatie dient in voorkomende gevallen actief te worden verstrekt, onafhankelijk van de wettelijke aanspraken op toegang tot bepaalde gegevens (hoofdstuk 4). Overheid en zorgaanbieders kunnen wat dit betreft een voorbeeld nemen aan bepaalde voedselproducenten, die bij productiegebreken consumenten onmiddellijk oproepen het product niet te nuttigen.

11. Voor het behandelen van een persoon is vrijwillige, nadrukkelijke en geïnformeerde toestemming in beginsel een vereiste. Toestemming legitimeert niet iedere (be)handeling, net zo min behandeling alleen met toestemming van de betrokkene mogelijk is (hoofdstuk 4). Het EHRM acht behandeling en opname zonder toestemming, afhankelijk van het achterliggende doel, eerder gerechtvaardigd dan we in Nederland gewoonlijk aannemen. Bij de huidige herziening van de Wet BOPZ dient dit aspect te worden meegenomen.
12. Voor de rechtmatige vrijheidsontneming in geval van een geestes- of besmettelijke ziekte bevat het EVRM strenge eisen. Deze criteria betreffen evenwel uitsluitend vrijheidsontneming en niet de minder vergaande vrijheidsbeperkende maatregelen (hoofdstuk 4). Hiermee dreigt uit het oog te worden verloren dat sommige vrijheidsbeperkende maatregelen – zoals een huisgebod of een straat- en thuisverbod – een ernstige aantasting vormen van de bewegingsvrijheid.
13. Het EVRM waarborgt het recht van de patiënt op inzage van zijn dossier. Dit recht ziet op een ruime kring van gegevens. Tegelijkertijd komt de patiënt, net als in Nederland, geen absoluut blokkeringsrecht toe (hoofdstuk 4). Van belang bij het doorgeven van gegevens is volgens de rechtspraak van het EHRM of de ontvanger al dan niet een beroepsgeheim heeft. Dit uitgangspunt dient nadrukkelijk te worden betrokken bij zaken als melden van kindermishandeling, elektronisch patiëntdossier en verwijzingsindexen.
14. Voor het vertrouwen tussen een patiënt en een hulpverlener is het van groot belang dat de patiënt de eigen hulpverlener kan kiezen. Het recht op vrije artskeuze heeft in de rechtspraak van het EHRM vooralsnog alleen erkenning gevonden met betrekking tot strafrechtelijk veroordeelden (hoofdstuk 4). Meer aandacht voor dit recht is op zijn plaats, zeker indien er – zoals thans – aanwijzingen zijn dat het genot van dit recht door de handelwijze van zorgaanbieders én zorgverzekeraars onder druk komt te staan.
15. De les uit dit en het navolgende preadvies luidt dat systematische aandacht voor het internationaal en Europees recht in gezondheidsrechtelijk onderzoek en onderwijs onontbeerlijk is (hoofdstuk 5).

Verkorte aanduiding belangrijkste EVRM-rechten

EVRM

- art. 1 Plicht tot eerbiediging van de rechten van de mens
- art. 2 Recht op leven
- art. 3 Verbod van foltering
- art. 4 Verbod van slavernij en dwangarbeid
- art. 5 Recht op vrijheid en veiligheid
- art. 6 Recht op een eerlijk proces
- art. 7 Geen straf zonder wet (legaliteitsbeginsel)
- art. 8 Recht op privacy
- art. 9 Vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst
- art. 10 Vrijheid van meningsuiting
- art. 11 Vrijheid van vergadering en vereniging
- art. 12 Recht om te huwen
- art. 13 Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel
- art. 14 Discriminatieverbod
- art. 15 Afwijking in geval van noodtoestand
- art. 34 Individuele verzoekschriften
- art. 35 Voorwaarden voor ontvankelijkheid

Eerste Protocol bij EVRM

- art. 1 Recht op eigendom

Aangehaalde jurisprudentie**Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM)**

- 12.07.1977 Brüggeman & Scheuten/Duitsland, nr. 6959/75
- 13.05.1980 Paton/VK, nr. 8416/79
- 09.05.1984 X/Duitsland, nr. 10565/83
- 17.05.1984 K./Ierland, nr. 10416/83
- 07.03.1985 H./VK, nr. 9833/82
- 19.05.1992 Hercz/Noorwegen, nr. 17004/90
- 19.10.1992 Colman/VK, nr. 16632/92
- 02.12.1992 Glare/Frankrijk, nr. 18835/91
- 07.12.1992 Lupker e.a./Nederland, nr. 18395/91
- 03.05.1993 Persson/Zweden, nr. 14451/88
- 28.02.1996 Martin/VK, nr. 27533/95
- 16.10.1996 Wackenheim/Frankrijk, nr. 29961/96
- 26.02.1997 Buckley/VK, nr. 28323/95
- 20.10.1997 Ilijkov/Bulgarije, nr. 33977/96

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- 14.11.1961 Lawless/Ierland, nr. 332/57
- 27.06.1968 Neumeister/Oostenrijk, nr. 1936/63
- 23.07.1968 Belgische Taal, nr. 1474/62 e.v.
- 18.06.1971 De Wilde e.a./België, nr. 2832/66 e.v.
- 21.02.1975 Golder/VK, nr. 4451/70
- 08.06.1976 Engel e.a./Nederland, nr. 5100/01
- 07.12.1976 Kjeldsen e.v./Denemarken, nr. 5095/71
- 07.12.1976 Handyside/VK, nr. 5493/72
- 18.01.1978 Ierland/VK, nr. 5310/71
- 25.04.1978 Tyrer/VK, nr. 5856/72
- 28.06.1978 König/Duitsland, nr. 6232/73
- 06.09.1978 Klass e.a./Duitsland, nr. 5029/71
- 26.04.1979 Sunday Times/VK, nr. 6538/74
- 09.10.1979 Airey/Ierland, nr. 6289/73
- 24.10.1979 Winterwerp/Nederland, nr. 6301/73
- 27.02.1980 Deweer/België, nr. 6903/75
- 06.11.1980 Guzzardi/Italië, nr. 7369/76
- 23.06.1981 Le Compte e.a./België, nr. 7299/75 & 7496/76
- 05.11.1981 X/VK, nr. 7215/75
- 10.02.1983 Albert & Le Compte/België, nr. 7299/75 & 7496/76
- 25.03.1983 Silver e.a./VK, nr. 5947/72 e.v.
- 02.08.1984 Malone/VK, nr. 8691/79
- 25.03.1985 Barthold/Duitsland, nr. 8734/79

- 26.03.1985 X & Y/Nederland, nr. 8978/80
28.05.1985 Ashingdane/VK, nr. 8225/78
26.06.1986 Van Marle e.a./Nederland, nr. 8543/79
08.07.1986 Lithgow e.a./VK, nr. 9006/80
17.10.1986 Rees/VK, nr. 9532/81
24.03.1988 Olsson/Zweden (nr. 1), nr. 10465/83
26.03.1987 Leander/Zweden, nr. 9248/81
21.06.1988 Plattform 'Ärzte für das Leben'/Oostenrijk, nr. 10126/82
26.10.1988 Norris/Ierland, nr. 10581/83
28.11.1988 Nielsen/Denemarken, nr. 10929/84
24.05.1989 Hauschildt/Denemarken, nr. 10486/83
22.06.1989 Eriksson/Zweden, nr. 11373/85
07.07.1989 Gaskin/VK, nr. 10454/83
07.07.1989 Soering/VK, nr. 14038/88
20.11.1989 Kostovski/Nederland, nr. 11454/85
21.02.1990 Håkansson & Sturesson/Zweden, nr. 11855/85
24.04.1990 Huvig/Frankrijk, nr. 11105/84
24.04.1990 Kruslin/Frankrijk, nr. 11801/85
22.05.1990 Autronic/Zwitserland, nr. 12726/87
19.03.1991 Cardot/Frankrijk, nr. 11069/84
26.11.1991 Observer & Guardian/VK, nr. 13585/88
12.12.1991 Toth/Oostenrijk, nr. 11894/85
25.02.1992 Pfeifer & Plankl/Oostenrijk, nr. 10802/84
25.03.1992 Vidal t. België, nr. 12351/86
31.03.1992 X/Frankrijk, nr. 18020/91
24.09.1992 Herczegfalvy/Oostenrijk, nr. 10533/83
29.10.1992 Open Door & Dublin Well Woman/Ierland, nr. 14234/88 & 14235/88
16.12.1992 Niemietz/Duitsland, nr. 13731/88
25.02.1993 Funke/Frankrijk, nr. 10828/84
28.01.1994 Hurtado/Zwitserland, nr. 17549/90
26.05.1994 Keegan/Ierland, nr. 16969/90
20.09.1994 Otto-Preminger-Institut/Oostenrijk, nr. 13470/87
09.12.1994 López Ostra/Spanje, nr. 16798/90
31.01.1995 Friedl/Oostenrijk, nr. 15225/89
23.03.1995 Loizidou/Turkije (GC), nr. 15318/89
26.04.1995 Fischer/Oostenrijk, nr. 16922/90
27.09.1995 McCann e.a./VK, nr. 18984/91
20.02.1996 Lobo Machado/Portugal (GC), nr. 15764/89
20.02.1996 Vermeulen/België (GC), 19075/91
25.06.1996 Amuur/Frankrijk, nr. 19776/92
07.08.1996 Johansen/Noorwegen, nr. 17383/90
17.12.1996 Saunders/VK (GC), nr. 19187/91
18.02.1997 Nideröst-Huber/Zwitserland, nr. 18990/91
19.02.1997 Laskey, Jaggard & Brown/VK, nr. 21627/93 e.v.

- 25.02.1997 Findlay /VK, nr. 22307/91
25.02.1997 Z. /Finland, nr. 22009/93
18.03.1997 Mantovanelli /Frankrijk, nr. 21497/93
02.05.1997 D. /VK, nr. 30240/96
20.05.1997 Gautrin e.a. /Frankrijk, nr. 21257/93
27.06.1997 Philis /Griekenland (nr. 2), nr. 19773/92
27.08.1997 M.S. /Zweden, nr. 20837/92
24.10.1997 Johnson /VK, nr. 22520/93
19.02.1998 Guerra e.a. /Italië, nr. 14967/89
19.02.1998, Kaya /Turkije, nr. 22729/93
24.02.1998 Botta /Italië, nr. 21439/93
25.05.1998 Kurt /Turkije, nr. 24276/94
09.06.1998 McGinley & Egan /VK, nr. 21825/93 & 23414/94
09.06.1998 L.C.B. /VK, nr. 23413/94
30.07.1998 Aerts /België, nr. 25357/94
23.09.1998 Steel e.a. /VK, nr. 24838/94
23.09.1998 A. /VK, nr. 25599/94
28.10.1998 Osman /VK (GC), nr. 23452/94
28.10.1998 Assenov e.a. /Bulgarije, nr. 24760/94
04.05.1999 Marzari /Italië (ontv.besl.), nr. 36448/97
09.06.1998 L.C.B. /VK, nr. 23413/94
05.07.1999 Matter /Slowakije, nr. 31534/96
28.07.1999 Selmouni /Frankrijk (GC), nr. 25803/94
16.09.1999 Buscemi /Italië, nr. 29569/95
26.10.1999 Erikson /Italië (ontv.besl.), nr. 37900/97
16.12.1999 V. /VK (GC), nr. 24888/94
28.03.2000 Baranowski /Polen, nr. 28358/95
04.04.2000 Witold Litwa /Polen, nr. 26629/95
06.04.2000 Labita /Italië (GC), nr. 26772/95
04.05.2000 Rotaru /Roemenië (GC), nr. 28341/95
04.05.2000 Powell /VK (ontv.besl.), nr. 45305/99
18.05.2000 Velikova /Bulgarije, nr. 41488/98
27.06.2000 Salman /Turkije (GC), nr. 21986/93
27.06.2000 Ilhan /Turkije (GC), nr. 22277/93
27.06.2000 Cha'are Shalom ve Tsedek /Frankrijk (GC), nr. 27417/95
27.06.2000 Frydlender /Frankrijk (GC), nr. 30979/96
05.10.2000 Varbanov /Bulgarije, nr. 31365/96
05.10.2000 Maaouia /Frankrijk (GC), nr. 39652/98
03.04.2001 Keenan /VK, nr. 27229/95
19.04.2001 Peers /Griekenland, nr. 24888/94
03.05.2001 J.B. /Zwitserland, nr. 31827/96
04.05.2001 Kelly e.a. /VK, nr. 30054/96
10.05.2001 Cyprus /Turkije (GC), nr. 25781/94
10.05.2001 Z. e.a. /VK (GC), nr. 29392/95

- 14.06.2001 Kress/Frankrijk, nr. 39594/98
10.07.2001 Price/VK, nr. 33394/96
12.07.2001 K. & T./Finland (GC), nr. 25702/94
12.07.2001 Malhous/Tsjechië (GC), nr. 33071/96
24.07.2001 Valasinas/Litouwen, nr. 44558/98
11.09.2001 Clunis/VK (ontv.besl.), nr. 45049/98
26.10.2001 Hasan & Chaush/Bulgarije (GC), nr. 30985/96
30.10.2001 Panullo/Frankrijk, nr. 37794/97
06.11.2001 Témoins de Jéhovah de France/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 53430/99
21.11.2001 Al-Adsani/VK (GC), nr. 35763/97
22.11.2001 S.L./Oostenrijk (ontv.besl.), nr. 45330/99
17.01.2002 Calvelli & Ciglio/Italië (GC), nr. 32967/96
07.02.2002 Mikulic/Kroatië, nr. 53176/99
26.02.2002 H.M./Zwitserland, nr. 39187/98
14.03.2002 Edwards/VK, nr. 46477/99
21.03.2002 Nitecki/Polen (ontv.besl.), nr. 65653/01
16.04.2002 Colas Est e.a./Frankrijk, nr. 37971/97
29.04.2002 Pretty/VK, nr. 2346/02
14.05.2002 Zehnalová & Zehnal/Tsjechië (ontv.besl.), nr. 38621/97
13.06.2002 Anguelova/Bulgarije, nr. 38361/97
02.07.2002 Wilson/VK, nr. 30668/96 e.v.
11.07.2002 Christine Goodwin/VK (GC), nr. 28957/95
16.07.2002 Ülkü Ekinci/Turkije, nr. 27602/95
16.07.2002 P., C. & S./VK, nr. 56547/00
05.09.2002 Boso/Italië (ontv.besl.), nr. 50490/99
05.11.2002 Laidin/Frankrijk, nr. 43191/98
07.11.2002 Madsen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 58341/00
14.11.2002 Mouisel/Frankrijk, nr. 67263/01
26.11.2002 E. e.a./VK, nr. 33218/96
17.12.2002 Venema/Nederland, nr. 35731/97
18.12.2002 N.C./Italië (GC), nr. 24952/94
28.01.2003 Peck/VK, nr. 44647/98
13.02.2003 Odièvre/Frankrijk (GC), nr. 42326/98
20.02.2003 Hutchison Reid/VK, nr. 50272/99
06.03.2003 Šijakova e.a./Macedonië (ontv.besl.), nr. 67914/01
29.04.2003 McGlinchey e.a./VK, nr. 21825/93 & 23414/94
12.06.2003 Van Kück/Duitsland, nr. 35968/97
12.06.2003 Herz/Duitsland, nr. 44672/98
08.07.2003 Sommerfeld/Duitsland (GC), nr. 31871/96
08.07.2003 Sentges/Nederland (ontv.besl.), nr. 27677/02
10.07.2003 Multiplex/Kroatië, nr. 58112/00
22.07.2003 Y.F./Turkije, nr. 24209/94
03.10.2003 Rowley/VK (ontv.besl.), nr. 31914/03
09.10.2003 Ezeh & Connors/VK (GC), nr. 39665/98 & 40086/98

- 27.11.2003 Worwa/Polen, nr. 26624/96
04.12.2003 M.C./Bulgarije, nr. 39272/98
15.01.2004 Matencio/Frankrijk, nr. 58749/00
15.01.2004 Sakkopoulos/Griekenland, nr. 61828/00
27.01.2004 H.A.L./Finland, nr. 38267/97
10.02.2004 Naoumenko/Oekraïne, nr. 42023/98
17.02.2004 Gorzelik e.a./Polen (GC), nr. 44158/98
09.03.2004 Glass/VK, nr. 61827/00
18.05.2004 Plon/Frankrijk, nr. 58148/00
08.06.2004 Hafsteinsdottir/IJsland, nr. 40905/98
15.06.2004 Gorshhov/Oekraïne (ontv.besl.), nr. 67531/01
29.06.2004 Káňovo/Slowakije (ontv.besl.), nr. 56451/00
08.07.2004 Vo/Frankrijk (GC), nr. 53924/00
13.07.2004 Pla & Puncerau/Andorra, nr. 69498/01
27.07.2004 Slimani/France, nr. 57671/00
16.09.2004 Delbos e.a./Frankrijk (ontv.besl.), nr. 60819/00
05.10.2004 H.L./VK, nr. 45508/99
12.10.2004 Bursuc/Roemenië, nr. 42066/98
26.10.2004 Miller e.a./VK, nr. 45825/99 e.v.
02.11.2004 Abdülsamet Yaman/Turkije, nr. 32446/96
10.11.2004 Taşkin e.a./Turkije, nr. 46117/99
02.12.2004 Farbtuhs/Letland, nr. 4672/02
14.12.2004 Gelfmann/Frankrijk, nr. 25875/03
04.01.2005 Pentiacova e.a./Moldavië (ontv.besl.), nr. 14462/03
25.01.2005 Enhorn/Zweden, nr. 56529/00
04.02.2005 Mamatkulov & Abdurasulovic/Turkije (GC), nr. 46827/99 & 26951/99
24.03.2005 El Massry/Oostenrijk, nr. 61930/00
05.04.2005 Nevmerzhitsky/Oekraïne, nr. 54825/00
28.04.2005 Buck/Duitsland, nr. 41604/98
28.04.2005 I.D./Bulgarije, nr. 43578/98
12.05.2005 Öcalan/Turkije (GC), nr. 46221/99
31.05.2005 Kopecká/Slowakije, nr. 69012/01
02.06.2005 Cottin/België, nr. 48386/99
07.06.2005 Kılınç e.a./Turkije, nr. 40145/98
09.06.2005 Fadeyeva/Rusland, nr. 55723/00
14.06.2005 Houbal/Tsjechië, nr. 75375/01
16.06.2005 Storck/Duitsland, nr. 61603/00
21.06.2005 Kolanis/VK, nr. 517/02
30.06.2005 Bosphorus/Ierland (GC), nr. 45036/98
30.06.2005 Nakach/Nederland, nr. 5379/02
05.07.2005 Trubnikov/Rusland, nr. 49790/99
06.07.2005 Nachova e.a./Bulgarije (GC), nr. 43577/98 & 43579/98
29.09.2005 Mathew/Nederland, nr. 24919/03
04.10.2005 Sarban/Moldavië, nr. 3456/05

- 06.10.2005 H.Y. & HÜ.Y/Turkije, nr. 40262/98
11.10.2005 Kent e.a./VK (ontv.besl.), nr. 9355/03
13.10.2005 Mogoş/Roemenië, nr. 20420/02
19.10.2005 Roche/VK (GC), nr. 32555/96
25.10.2005 Fedotov/Rusland, nr. 5140/02
08.11.2005 H.F./Slowakije, nr. 54797/00
08.11.2005 Gongadze/Oekraïne, nr. 34056/02
15.12.2005 Georgiev/Bulgarije, nr. 47823/99
15.12.2005 Kyprianou/Cyprus, nr. 73797/01
05.01.2006 Schmidt/Duitsland (ontv.besl.), nr. 32352/02
11.01.2006 Sørensen & Rasmussen/Denemarken (GC), nr. 52562/99 & 52620/99
07.02.2006 Scavuzzo-Hager e.a./Zwitserland, nr. 41773/98
28.02.2006 Wilkinson/VK (ontv.besl.), nr. 14659/02
02.03.2006 Devrim Turan/Turkije, nr. 879/02
07.03.2006 Van Glabeke/Frankrijk, nr. 38287/02
07.03.2006 Evans/VK, nr. 6339/05
11.04.2006 Mólka/Polen (ontv.besl.), nr. 56550/00
12.04.2006 Stec e.a./VK (GC), nr. 65731/01 & 65900/01
15.05.2006 Filtenborg Mortesen/Denemarken (ontv.besl.), nr. 1338/03
23.05.2006 Taïs/Frankrijk (GC), nr. 39922/03
30.05.2006 Engin Çolak/Turkije, nr. 60176/00
27.06.2006 Byrzykowski/Polen, nr. 11562/05
28.06.2006 Silih/Slovenië, nr. 71463/01
11.07.2006 Jalloh/Duitsland (GC), nr. 54810/00
11.07.2006 Rivière/Frankrijk, nr. 33834/03
11.07.2006 Boicenco/Moldavië, nr. 41088/05
13.07.2006 Jäggi/Zwitserland, nr. 58757/00
26.09.2006 Wainwright/VK, nr. 12350/04
28.09.2006 Kayadjieva/Bulgarije, nr. 56272/00
03.10.2006 Gajcsi/Hongarije, nr. 34503/03
05.10.2006 Trocellier/Frankrijk (ontv.besl.), nr. 75725/01
10.10.2006 L.L./Frankrijk, nr. 7508/02
12.10.2006 Estamirov e.a./Rusland, nr. 60272/00
18.10.2006 Hermi/Italië (GC), nr. 1855/02
24.10.2006 Vincent/Frankrijk, nr. 6253/03
26.10.2006 Khudobin/Rusland, nr. 59696/00
02.11.2006 Giacomelli/Italië, nr. 59909/00
07.11.2006 Holomiov/Moldavië, nr. 30649/05
14.11.2006 Huyllu/Turkije, nr. 52955/99
14.12.2006 Tarariyeva/Rusland, nr. 4353/03
04.01.2007 Smith/VK (ontv.besl.), nr. 39658/05
11.01.2007 Salah Sheekh/Nederland, nr. 73049/01
16.01.2007 Menvielle/Frankrijk (nr. 2), nr. 97/03
16.01.2007 Chiesi/Frankrijk, nr. 954/05

- 07.02.2007 Köhler & Köhler/Duitsland (ontv.besl.), nr. 1638/03
15.03.2007 Gheorghe/Roemenië, nr. 19215/04
20.03.2007 Tysiąc/Polen, nr. 5410/03
05.04.2007 Todorov/Bulgarije, nr. 50765/99
10.04.2007 Evans/VK (GC), nr. 6339/05
12.04.2007 Özen/Turkije, nr. 46286/99
19.04.2007 Vilho Eskelinen e.a./Finland (GC), nr. 63235/00
26.04.2007 Çiftçi/Turkije (nr. 2), nr. 39449/98
03.05.2007 Yıldırım/Turkije, nr. 2778/02
09.05.2007 Brückl/Duitsland (ontv.besl.), nr. 29005/05
15.05.2007 Ramsahai e.a./Nederland (GC), nr. 52391/02
24.05.2007 Gorodnichev/Rusland, nr. 52058/99
31.05.2007 Kontrová/Slovakije, nr. 7510/04
07.06.2007 Murillo Espinosa/Spanje, nr. 37938/03
19.06.2007 Ciorap/Moldavië, nr. 12066/02
21.06.2007 Bitayeva & X/Rusland, nr. 57953/00 en 37392/03
28.06.2007 Canan/Turkije, nr. 39436/98
05.07.2007 Eggertsdóttir/IJsland, nr. 31930/04
10.07.2007 Paladi/Moldavië, nr. 39806/05
12.07.2007 Testa/Kroatië, nr. 20877/04
17.07.2007 Yiğit/Turkije, nr. 52658/99
17.07.2007 F. & M./Finland, nr. 22508/02
17.07.2007 Jevremović/Servië, nr. 3150/05
27.09.2007 Muhammet Şahin/Turkije, nr. 7928/02
09.10.2007 K.H. e.a./Slowakije (ontv.besl.), nr. 32881/04
16.10.2007 Wieser & Bicos/Oostenrijk, nr. 4336/01
23.10.2007 Colibaba/Moldavië, nr. 29089/06
25.10.2007 Yakovenko/Oekraïne, nr. 15825/06
13.11.2007 D.H. e.a./Tsjechië (GC), nr. 57325/00
27.11.2007 Brecknell/VK, nr. 32457/04
27.11.2007 David/Moldavië, nr. 41578/05
29.11.2007 Gülşenoğlu/Turkije, nr. 16275/02
04.12.2007 Dickson/VK (GC), nr. 44362/04
06.12.2007 Lind/Rusland, nr. 25664/05
18.12.2007 Dybeku/Albanië, nr. 41153/06
20.12.2007 Phinikaridou/Cyprus, nr. 23890/02
20.12.2007 Nikolova & Velichkova/Bulgarije, nr. 7888/03
04.01.2008 Shelley/VK (ontv.besl.), nr. 23800/06
10.01.2008 Kearns/Frankrijk, nr. 35991/04
29.01.2008 Csösz/Hongarije, nr. 34418/04
29.01.2008 Villnow/België (ontv.besl.), nr. 16938/05
31.01.2008 Özel e.a./Turkije, nr. 37626/02
07.02.2008 Mechenkov/Rusland, nr. 35421/05
08.02.2008 Blečić/Kroatië (GC), nr. 59532/00

- 12.02.2008 Kafkaris/Cyprus (GC), nr. 21906/04
12.02.2008 D. e.a./VK (ontv.besl.), nr. 38000/05
28.02.2008 Saadi/Italië (GC), nr. 37201//06
04.03.2008 Taştan/Turkije, nr. 63748/00
20.03.2008 Budayeva e.a./Rusland, nr. 15339/02 e.v.
27.03.2008, Shtukaturov/Rusland, nr. 44009/05
10.04.2008 Abrahamian/Oostenrijk, nr. 35354/04
29.04.2008 Petrea/Roemenië, nr. 4792/03
06.05.2008 Juhnke/Turkije, nr. 20817/04
06.05.2008 Ladbrokes/Zweden (ontv.besl.), nr. 27968/05
22.05.2008 Todev/Bulgarije, nr. 31036/02
27.05.2008 Çalışkan e.a./Turkije, nr. 13094/02
27.05.2008 N./VK (GC), nr. 26565/05
03.06.2008 Manitaras/Turkije (ontv.besl.), nr. 54591/00
05.06.2008 Sapanis e.a./Griekenland, nr. 32526/05
10.06.2008 Scoppola/Italië, nr. 50550/06
12.06.2008 Bevacqua & S./Bulgarije, nr. 71127/01
17.06.2008 Yilmaz/Turkije, nr. 21899/02
08.07.2008 Tokić e.a./Bosnië, nr. 12455/04 e.v.
17.07.2008 I./Finland, nr. 20511/03
17.07.2008 X/Kroatië, nr. 11223/04
17.07.2008 Schmidt/Oostenrijk, nr. 513/05
29.07.2008 S.H./Finland, nr. 28301/03
25.09.2008 K.T./Noorwegen, nr. 26664/03
30.09.2008 R.K. & A.K./VK, nr. 38000/05
07.10.2008 Bogumil/Portugal, nr. 35228/03
16.10.2008 Renolde/Frankrijk, nr. 5608/05
21.10.2008 Çağlayan/Turkije, nr. 30461/02
21.10.2008 Gülbahar e.a./Turkije, nr. 5264/03
21.10.2008 Kilavuz/Turkije, nr. 8327/03
04.11.2008 Balsyte-Lideikiene/Litouwen, nr. 72596/01
04.11.2008 Tudor-Comert/Moldavië, nr. 27888/04
06.11.2008 Atanasov/Bulgarije, nr. 73281/02
12.11.2008 Demir & Baykara/Turkije (GC), nr. 34503/97
18.11.2008 Boumediene e.a./Bosnië (ontv.besl.), nr. 38703/06 e.a
20.11.2008 Rossi e.a./Italië (int.maatr.), nr. 55185/08
25.11.2008 Aydın/Turkije, nr. 34813/02
25.11.2008 Armonas/Litouwen, nr. 36919/02
25.11.2008 Biriuk/Litouwen, nr. 23373/03
27.11.2008 Salduz/Turkije (GC), nr. 36391/02
02.12.2008 Furdik/Slowakije (ontv.besl.), nr. 42994/05
04.12.2008 S. & Marper/VK (GC), nr. 30562/04 & 30566/04
04.12.2008 Y./Rusland, nr. 20113/07
11.12.2008 Velted-98 AD/Bulgarije, nr. 15239/02

- 11.12.2008 Panovits t. Cyprus, nr. 4268/04
 16.12.2008 Frankowicz/Polen, nr. 53025/99
 16.12.2008 Rupa/Roemenië, nr. 58478/00
 16.12.2008 Levinta/Moldavië, nr. 17332/03
 18.12.2008 Ukhan/Oekraïne, nr. 30628/02
 18.12.2008 Kats e.a./Oekraïne, nr. 29971/04
 18.12.2008 Vaillant/Frankrijk, nr. 30609/04
 18.12.2008 Saviny/Oekraïne, nr. 39948/06
 22.12.2008 Aleksanyan/Rusland, nr. 46468/06
 22.12.2008 Rossi e.a./Italië, (ontv.besl.), nr. 55185/08
 08.01.2009 Schlumpf/Zwitserland, nr. 29002/06
 08.01.2009 Kuimov/Rusland, nr. 32147/04
 13.01.2009 Todorova/Italië, nr. 33932/06
 15.01.2009 Reklos & Davourlis/Griekenland, nr. 1234/05
 15.01.2009 Tomašić e.a./Kroatië, nr. 46598/06
 20.01.2009 Czarnowski/Polen, nr. 28586/03
 20.01.2009 Uslu/Turkije (nr. 2), nr. 23815/04
 20.01.2009 Musial/Polen, nr. 28300/06
 27.01.2009 Tatar/Roemenië, nr. 67021/01
 29.01.2009 Polyakov/Rusland, nr. 77018/01

Hof van Justitie EG (HvJ EG)

- 05.02.1963 zaak 26/62 (Van Gend en Loos), Jur. 1963, p. 3
 08.04.1976 zaak 43/75 (Defrenne II), Jur. 1976, p. 455
 31.03.1981 zaak 96/80 (Jenkins), Jur. 1981, p. 911
 04.10.1991 zaak C-159/90 (Grogan), Jur. 1991, p. I-4727
 16.10.2007 zaak C-411/05 (Palacios de la Villa), Jur. 2007, p. I-8531
 08.11.2007 zaak C-143/06 (Ludwigs Apotheke), Jur. 2007, p. I-9623
 17.07.2008 zaak C-500/06 (Dermoestetica), GJ 2008, 153

VN-Mensenrechtencomité (HRC)

- 23.07.2008 M.G./Duitsland, nr. 1482/2006

Hoge Raad (HR)

- 07.02.1986, *NJ* 1986, 791
 01.04.2005, *NJ* 2006, 377
 27.05.2008, *NJ* 2008, 407

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG)

- 19.06.2007, nr. 2006/137 e.v., *TvGR* 2007, p. 39-41

Aangehaalde literatuur

Alkema 1995

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten. De nationale en internationale dimensies', in: E.A. Alkema e.a., *De reikwijdte van fundamentele rechten*. NJV Preadviezen, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 1-129.

Van Ballegooij e.a. 2008

G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-preadviezen, Den Haag: Boom 2004, p. 11-113.

Barkhuysen e.a. 2008

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten*, Nijmegen: AAe Libri 2008, p. 25.

Buijsen 2002

M.A.J.M. Buijsen, 'De betekenis van Pretty v. Verenigd Koninkrijk voor de Nederlandse euthanasiepraktijk', *NJB* 2002, p. 1151-1153.

Busstra 2008

M. Busstra, 'Eigen verantwoordelijkheid bij mensenrechten', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 345-363.

Dute 2005

J.C.J. Dute, 'Infectieziekten, dwang en drang', in: W. van den Ouwelant & J.C.J. Dute, *Preventieve gezondheidszorg*. VGR Preadviezen, Den Haag: Sdu 2005, p. 103-150.

Gevers 1994

J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: AAe Libri 1994.

Gevers 1996

J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming', in: E.W. Roscam Abbing & J.K.M. Gevers, *Voorspellend medisch onderzoek*. VGR Preadviezen, Utrecht: VGR 1996, p. 145-196.

Gevers 2004

J.K.M. Gevers, 'The Right to Health Care', *EJHL* 2004, p. 29-34.

Gevers 2008

J.K.M. Gevers, 'Health Law in Europe. From the Present to the Future', *EJHL* 2008, p. 261-272.

Grosel 2003

Ch. Grosel e.a., *Health and Health Care 2010. The Forecast, The Challenge* (2e druk), The Institute for the Future: Princeton 2003.

Gruskin e.a. 2007

S. Gruskin, E.J. Mills & D. Tarantola, 'Health and Human Rights', *The Lancet* 2007, p. 449-455.

IVESCR-Comité 2000

IVESCR-Comité, General Comment nr. 14 (2000), *The highest attainable standard of health*, UN Doc. E/C.12/2000/4.

Hendriks 1998

A.C. Hendriks, 'The right to health in national and international jurisprudence', *EJHL* 1998, p. 389-408.

Hendriks 1999

A.C. Hendriks, 'The close connection between classical rights and the right to health', *Medicine and Law* 1999, p. 225-242.

Hendriks en Van Dijk 2008

A.C. Hendriks & M.Th. van Dijk, 'Overlijden tijdens detentie', *Sancties* 2008, p. 70-93.

Heringa 2000

A.W. Heringa, 'Een onpartijdige rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 101-114.

Jak en Vermont 2007

N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de *margin of appreciation*', *NJCM-Bulletin* 2007, p. 125-140.

Henrard 2006

K. Henrard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag: Boom 2006.

Henrard 2008

K. Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM', in: E. Brems e.a., *Botsing van grondrechten*, Den Haag: Boom 2008, p. 29-61.

Hunt 2007

P. Hunt, 'The Right to the Highest Attainable Standard of Health', *The Lancet* 2007, p. 369-371.

Hustinx 1999

P.J. Hustinx, *Informatietechnologie in de gezondheidszorg, VGR Preadvies*, Utrecht: VGR 1999.

Kalkman-Bogerd 2001

L.E. Kalkman-Bogerd, 'Van kinderwens tot ouderschap', in: Th.A.M. te Braake & L.E. Kalkman-Bogerd, *Procreatietechnologie en recht. VGR Preadviezen*, Utrecht: VGR 2001.

Kastelein 2004

W.R. Kastelein, 'Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?', in: E.-B. van Veen e.a., *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering. VGR Preadviezen*, Den Haag: Sdu 2004, p. 145-196.

Kelk 1998

C. Kelk, *Gezondheidszorg voor gedetineerden. VGR Preadvies*, Utrecht: VGR 1998.

Kortmann 2005

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (5e druk), Deventer: Kluwer 2005.

Lawson 1995

R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: de opkomst en ondergang van de "fair balance"-test', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 558-573 en 727-750.

Lawson 1996

R.A. Lawson, 'Adieu les Travaux! Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM', *NJCM-Bulletin* 1996, p. 61-74.

Leenen 1968

H.J.J. Leenen, 'Gezondheidsrecht. Een poging tot plaatsbepaling', *Tijdschrift voor Sociale Geneeskunde* 1968, p. 778-785.

Leenen 1978

H.J.J. Leenen, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg. Een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978.

Leenen 1986

H.J.J. Leenen, *Gezondheidsrecht voor opleidingen in de gezondheidszorg* (2e druk), Alphen aan den Rijn / Brussel: Samson uitgeverij 1986.

Leenen 1994a

H.J.J. Leenen, 'The Rights of Patients in Europe', *EJHL* 1994, p. 5-14.

Leenen 1994b

H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1994.

Leenen 1997

H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid. VGR Preadvies*, Utrecht: VGR 1997.

Leenen 2002

H.J.J. Leenen, 'Pretty vs. Verenigd Koninkrijk', *NJB* 2002, p. 1899-1900.

Leenen e.a. 2007

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, Houten: BSL 2007.

Loof 2005

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf 2005.

Mann e.a. 1999

J.M. Mann, S. Gruskin, M.A. Grodin & G.J. Annas, *Health and Human Rights. A Reader*, New York / Londen: Routledge 1999.

Mevis 2007

P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht', in: P.C. Ippel e.a., *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. VGR Preadviezen*, Den Haag: Sdu 2007, p. 123-173.

Van der Pot 2006

Van der Pot, *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (15e druk), Deventer: Kluwer 2006.

Roscam Abbing 1979

H.D.C. Roscam Abbing, *International organizations in Europe and the right to health care* (diss. UvA-Amsterdam), Deventer: Kluwer 1979.

Roscam Abbing 1998

H.D.C. Roscam Abbing,, 'Health, Human Rights, and Health Law: the move towards internationalisation, with special emphasis on Europe', *International Digest of Health Law* 1998, p. 101-112.

Vlemminx 2008

F. Vlemminx, 'De januskop van Nederland en de convergentie van mensenrechten onder het EVRM', *NJB* 2008, p. 1572-1578.

Thomassen 2007

W.M.E. Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht* (oratie EUR-Rotterdam), Den Haag: Boom 2007.

Thomassen 2008

W.M.E. Thomassen, 'Het kleine verschil en de grote gevolgen', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 930-935.

Toebes 1999

B.C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 1999.

Toebes 2007

B.C.A. Toebes, 'Volksgezondheid in de veellagige rechtsorde: Verenigde Naties versus Nederland', in: A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 215-228.

Van der Velde 1997

J. van der Velde, *Grenzen aan toezicht op de naleving van het EVRM* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.

Van der Velde 2006

J. van der Velde, 'Collectieve klachtenprocedure onder het Europees Sociaal Handvest', *NJCM-Bulletin* 2006, p. 304-338.

Widdershoven en Blankman 2003

T.P. Widdershoven & K. Blankman, *Psychiatrie en recht. VGR Preadviezen*, Utrecht: VGR 2003.

Deel 2

De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt

Prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs*

* Johan van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen, Jan-Koen Sluijs is advocaat te Den Haag.

1 Inleiding

Toen het Hof in 1998 zijn bekende arresten Kohll en Decker wees, bracht de Nederlandse regering een persbericht uit.⁴³⁸ De regering stelde dat deze arresten geen gevolgen hadden voor het Nederlandse zorgstelsel, omdat het Luxemburgse stelsel dat aan de orde was in Kohll en Decker, anders was dan het Nederlandse. De reactie van de regering was eigenlijk een klassieke reflex op deze belangrijke arresten van het Hof: 'our system is different'. Anno 2009 is inmiddels duidelijk geworden dat hier sprake was van een 'misvatting' en dat de arresten Kohll en Decker (en latere arresten) hun sporen hebben nagelaten in het Nederlandse zorgstelsel.

In dit preadvies wordt ingegaan op de consequenties van het EG-recht voor de zorg. Het is overigens niet de eerste keer dat er voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht een preadvies over dit onderwerp geschreven wordt. In 1993 publiceerde prof. mr. H.D.C. Roscam Abbing haar studie over de patiënt, de gezondheidszorg en het recht van de EG.⁴³⁹ Zij gaf hierin een overzicht van alle relevante aspecten van het Europese recht en de zorg. Dit was echter voor de 'Kohll en Decker-revolutie' van het Hof (1998) en de totstandkoming van het nieuwe Nederlandse zorgstelsel (2006). De Europeesrechtelijke relevantie van de zorg is sinds 1993 explosief gegroeid. Dit noopt ons tot het maken van keuzes.

1.1 Vraagstelling

De arresten Kohll en Decker hebben betrekking op de Europese interne markt en het (nieuwe) Nederlandse zorgstelsel is gebaseerd op marktwerking. Beide ontwikkelingen hebben met andere woorden de markt als vertrekpunt. Wij kiezen er daarom voor om te onderzoeken wat de gevolgen zijn van het Europese recht voor de nationale regulering van zorgmarkten.

Om ervoor te zorgen dat de patiënt toegang heeft tot de noodzakelijke zorg, roept de overheid regelgeving in het leven voor het *verzekeren* van de zorg en voor het *verlenen* van de zorg. Dit brengt ons ertoe om dit preadvies te baseren op deze tweeslag en om de volgende vraag te onderzoeken: wat zijn de consequenties van het EG-recht voor de nationale regulering van het verzekeren van zorg en het verlenen van zorg?

438 Zaak C-158/96, Kohll en zaak C-120/95, Decker. Persbericht Nederlandse regering van 18 september 1998, No. 17, Arresten van Europees Hof hebben weinig gevolgen voor ziektekostenverzekeringen, zie http://www.minvws.nl/persberichten/z/arresten_europees_hof_hebben_weinig_gevolgen_voor_ziektekostenverzekeringen.asp

439 Roscam Abbing 1993.

1.2 Toegepasselijk Europees recht: interne markt en mededinging

Welk Europees recht komt aan de orde in dit preadvies? Omdat de regulering van zorgmarkten centraal staat in de vraagstelling, concentreren wij ons op het EG-recht voor de interne markt en de mededinging. In deze studie staat met andere woorden het Europese economisch recht centraal. Juist via dit recht hebben de Instellingen van de EG (met name Hof en Commissie) de meeste invloed uitgeoefend op de zorgstelsels van de lidstaten. Dit is niet verwonderlijk omdat er geen klassiek gezondheidsrecht op EU-niveau bestaat, zoals dat wel voorhanden is in Nederland. Dit komt uiteraard door artikel 152 lid 5 EG dat uitdrukkelijk bepaalt dat de organisatie en de verlening van de zorg tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort. De invloed van het Europese recht op het nationale zorgstelsel loopt daarom hoofdzakelijk via de ‘communautaire marktbepalingen’.

De EG-regels voor de interne markt omvatten in de eerste plaats de bepalingen voor het vrij verkeer, zoals vastgelegd in het EG-Verdrag. De laatste tien jaar zijn met name de regels voor het vrijdienenverkeer en de vrijheid van vestiging van belang gebleken voor de zorg. Veel nationale zorgmaatregelen vallen onder deze regels, omdat het begrip dienst ruim wordt opgevat door het Hof. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat alle medische verrichtingen die gewoonlijk tegen betaling worden verricht, diensten zijn in de zin van het vrij verkeer.⁴⁴⁰ De verdragsbepalingen voor het vrij verkeer verbieden de lidstaten om dit vrij verkeer te belemmeren. Zowel nationale maatregelen die een onderscheid maken tussen buitenlandse en binnenlandse diensten, goederen, aanbieders of consumenten⁴⁴¹ als nationale maatregelen die niet een dergelijk onderscheid maken,⁴⁴² kunnen onder dit verbod vallen. Zodra de nationale maatregel de toegang tot de markt belemmert, is er sprake van een beperking van het vrij verkeer.⁴⁴³ Nationale maatregelen met dergelijke beperkingen kunnen toch geoorloofd zijn als zij gerechtvaardigd worden door excepties. Voor de zorgsector is de verdragsexceptie vastgelegd in artikel 50 EG relevant dat het belang van de volksgezondheid erkent als rechtvaardiging voor beperkingen van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Daarnaast heeft het Hof excepties ontwikkeld in de rechtspraak⁴⁴⁴ die bekend staan als dwingende redenen van algemeen belang of de *rule of reason*.⁴⁴⁵ Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het financieel evenwicht van het sociaalzekerheidsstelsel. Excepties kunnen alleen worden ingeroepen indien aangetoond kan worden dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste.

440 Bijv. zaak C-157/99, Smits & Peerbooms, r.o. 56 en al eerder in dit verband zaak C-159/90, Grogan.

441 M.b.t. zorg zaak 181/82, Roussel.

442 M.b.t. zorg zaak C-108/96, Mac Quen.

443 Bijv. zaak C-384/93, Alpine Investments; zaak C-55/94, Gebhard en zaak C-415/93, Bosman.

444 Vooreerst zaak 120/78, Cassis de Dijon.

445 Mortelmans 2003, p. 599 e.v.

Hiervoor moet worden nagegaan of de betrokken maatregel geschikt is om de nagestreefde doelstelling te realiseren en of deze doelstelling niet op een minder beperkende wijze kan worden bereikt.⁴⁴⁶ Daarnaast is het voor een succesvol beroep op de excepties voor het vrij verkeer vereist dat de nationale maatregel in kwestie geen economische doelstelling (protectionisme) nastreeft.⁴⁴⁷

De regels voor de interne markt hebben in de tweede plaats betrekking op harmonisatiemaatregelen (meestal in de vorm van richtlijnen en verordeningen). De Europese wetgever heeft de wetgeving van lidstaten op een aantal terreinen geharmoniseerd om zo voor de ondernemingen actief in de EU een 'level playing field' te creëren. Een voorbeeld is de Derde Schaderichtlijn,⁴⁴⁸ die het verzekeringsbedrijf tot voorwerp heeft. Bij de vormgeving van het huidige Nederlandse zorgstelsel is veel aandacht geweest voor deze Schaderichtlijn. Maar omdat al veel literatuur beschikbaar is over de toets van de sociale randvoorwaarden van het Nederlands zorgstelsel (zoals de acceptatieplicht) aan de Derde Schaderichtlijn,⁴⁴⁹ komt dit niet aan de orde in het onderhavige preadvies.

Andere belangrijke harmonisatiemaatregelen zijn de Aanbestedingsrichtlijnen.⁴⁵⁰ Er is bewust voor gekozen om deze richtlijnen niet te behandelen in dit preadvies gezien het specialistische karakter van het aanbestedingsrecht. Het zou het bestek van dit preadvies te buiten gaan om de verhouding tussen dit rechtsgebied en de zorg te bespreken.⁴⁵¹

Soms streeft de Europese wetgever geen 'echte harmonisatie' na, maar beperkt hij zich tot coördinatie van de verschillende nationale wettelijke stelsels. Een belangrijk voorbeeld is de Sociale Zekerheidsverordening⁴⁵² die tot doel heeft het vrij verkeer van personen te bevorderen. Dit doet de verordening door een systeem van coördinatie in te voeren voor aanspraken, die personen – die actief zijn geweest in verschillende lidstaten – kunnen ontlenen aan de verschillende nationale socialezekerheidsstelsels (zoals zorgsystemen), waar zij onder vielen.

Naast het recht voor de interne markt wordt in dit preadvies ingegaan op het Europese mededingingsrecht. In de eerste plaats bevat dit recht regels die gericht zijn aan ondernemingen. Artikel 81 EG verbiedt (in beginsel) ondernemingen om mededingingsbeperkende afspraken te sluiten. Ook mogen ondernemingen die een economische machtspositie hebben hiervan geen misbruik maken. In de Concentratieverordening⁴⁵³ is een regime voor fusies tussen ondernemingen vastgelegd.

446 Zaak C-55/94, Gebhard, r.o. 37.

447 Zaak C-203/96, Dusseldorp, r.o. 44.

448 Richtlijn 92/49/EEG, Pb EEG 1992, L 228/1.

449 Bijv. Drijber en De Groot 2002 en Van de Gronden 2004.

450 Zie met name Richtlijn 2004/18/EG, Pb EG 2004, L 134/114.

451 Zie voor een eerste kennismaking met de toepassing van het aanbestedingsrecht op de zorg: Essers, Hermans en Sluijs 2008.

452 Verordening (EEG) nr. 1408/71, Pb EEG 1971, L 149/2.

453 Verordening (EG) nr. 139/2004, Pb EG 2004, L 24/1.

In de tweede plaats zijn in het Europese mededingingsrecht speciale regels opgenomen voor de overheid. Voor de zorg zijn de artikelen 87 tot en met 89 EG van groot belang. Deze verdragsbepalingen behelzen het staatssteunregime. Op grond van artikel 87 EG mogen lidstaten geen concurrentievervalsende staatssteun verlenen. De Commissie kan op grond van artikel 87 lid 3 EG nationale steunmaatregelen goedkeuren. Een andere grond voor goedkeuring van een steunmaatregel is artikel 86 lid 2 EG (diensten van algemeen economisch belang). Zolang een nationale steunmaatregel niet is aangemeld of goedgekeurd, geldt de zogenoemde standstill-bepaling krachtens artikel 88 lid 3 EG: de steun mag niet worden toegekend aan de desbetreffende onderneming(en). Deze standstill-bepaling heeft rechtstreekse werking zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof.⁴⁵⁴ Dit betekent dat de nationale rechter indien een zaak bij hem aanhangig wordt gemaakt over onrechtmatige steun, gehouden is om de overheidsinstantie in kwestie te verplichten tot het terugvorderen van de steun bij de begunstigde onderneming. Uiteraard kan de Commissie ook een dergelijke terugvordering gelasten. Overigens wordt niet ingegaan op het wetsvoorstel Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid⁴⁵⁵ of het mededingingsbeleid van de NMa met betrekking tot de zorgsector.⁴⁵⁶ De reden hiervoor is dat dit preadvies zich beperkt tot het Europese recht en niet het nationale mededingingsrecht tot voorwerp heeft. Evenmin wordt om dezelfde reden ingegaan op het specifieke marktordeningsbeleid van de NZa (dat in belangrijke mate ook mededingingsrechtelijke principes volgt).⁴⁵⁷

1.3 Opzet preadvies

Het hiervoor omschreven EG-recht wordt toegepast op de onderzoeksvraag naar de gevolgen van het Europese recht voor de nationale regulering van zorgmarkten. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de toepassing van de Europese interne marktregels. Eerst wordt gekeken wat de consequenties zijn voor de nationale regulering van het zorg verzekeren. Daarna wordt ingegaan op de gevolgen voor de nationale regelgeving met betrekking tot het verlenen van zorg. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op het Europese mededingingsrecht voor overheden (staatssteun). Ook bij de behandeling van de consequenties van dit rechts-terrein wordt de tweeslag van het verzekeren van zorg en het verlenen van zorg gehanteerd. Er wordt evenwel apart aandacht besteed aan het begrip onderneming, omdat dit begrip cruciaal is voor de toepassing van het mededingingsregime. Dit preadvies wordt afgesloten met enkele conclusies en standpunten van de preadviseurs (hoofdstuk 4).

454 Bijv. zaak 120/73, Lorenz en zaak 84/82, Duitsland/Commissie.

455 *Kamerstukken II* 31 354, nr. 2. Uitgebreid hierover Algera 2008.

456 Zie hierover NMa 2007.

457 Uitgebreid hierover Algera en Sluijs 2007.

2 Interne markt en marktwerking in de gezondheidszorg

2.1 Inleiding

De Europese regels voor de interne markt brengen belangrijke consequenties met zich voor de zorgsector. Hoewel artikel 152 lid 5 EG bepaalt dat de organisatie en verlening van zorg tot de bevoegdheden van lidstaten behoort, heeft het Hof ingegrepen in de zorgsector door middel van de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer. Deze verdragsbepalingen vormen het hart van het Europese recht voor de interne markt.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de interne markt en de zorg. Eerst wordt stilgestaan bij de consequenties van het recht van de interne markt voor zorgverzekeringen. Op dit terrein zijn in het Europese recht veel arresten geweest en initiatieven ontplooid. De beschikbare rechtspraak concentreert zich met name op de vergoeding van de kosten van behandelingen in een andere lidstaat. Daarna wordt ingegaan op de gevolgen van het recht van de interne markt voor het verlenen van zorg. Aan de hand van een concreet voorbeeld, de DBC's (diagnose-behandelingcombinaties) voor ziekenhuizen, wordt geïllustreerd dat dit recht ook voor de nationale regulering van zorgverlening van groot belang is.

2.2 Zorg verzekeren: vergoeding van zorg in buitenland

In de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw en in het eerste decennium van dit millennium heeft het Hof zich regelmatig uitgelaten over de vraag of zorgverzekeraars de kosten van de zorg die hun patiënten in andere lidstaten hebben ontvangen, moeten vergoeden. Aangezien in de literatuur veelvuldig op deze rechtspraak is ingegaan,⁴⁵⁸ wordt hier volstaan met een korte samenvatting.⁴⁵⁹

Veel nationale zorgstelsels bevatten hetzij expliciet hetzij impliciet een vereiste van voorafgaande toestemming voor medische behandeling in een andere lidstaat. Patiënten die een dergelijke toestemming niet krijgen van de zorgautoriteiten van hun lidstaat (zorgverzekeraar, ziekenfonds, orgaan van een systeem van *National Health Service*, enzovoort) krijgen hun kosten niet vergoed. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief worden op deze wijze de binnenlandse behandelingen, die wel worden vergoed, bevoordeeld ten opzichte van de behandelingen in andere lidstaten. Dit leidt tot (op zijn minst) verkapte discriminatie. Het was daarom niet verwonderlijk dat het Hof besliste dat het vrijdienstenverkeer geschonden was. De dienstontvanger die een medische dienst in het buitenland wilde

458 Bijv. Hatzopoulos 2002a, Hatzopoulos 2002b, Mei 2003, Dawes 2006 en Van de Gronden 2009.

459 Deze samenvatting is met name gebaseerd op de volgende arresten van het Hof: zaak C-158/96, Kohll; zaak C-120/95, Decker; zaak C-157/99, Smits & Peerbooms; zaak C-385/99, Müller-Fauré en zaak C-372/04, Watts.

ontvangen bij een dienstverrichter in een andere lidstaat, werd in dit streven belemmerd.

Zoals in hoofdstuk 1 al is opgemerkt, kunnen beperkingen van het vrij verkeer worden gerechtvaardigd. Het EG-Verdrag zelf bevat excepties. Voor de zorg is artikel 46 EG van belang, dat bepaalt dat onder meer vanwege de volksgezondheid het vrij verkeer van diensten (en de vrijheid van vestiging) mag (mogen) worden belemmerd. Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak excepties ontwikkeld voor nationale maatregelen die het vrij verkeer beperken. Zoals naar voren kwam, noemt het Hof deze uitzonderingen de dwingende vereisten van algemeen belang; in de literatuur wordt hiernaar verwezen met de term *rule of reason*. Voor de problematiek van de grensoverschrijdende zorg is met name de jurisprudentiële uitzondering van het financieel evenwicht van het sociaalzekerheidsstelsel van belang. Voor een succesvol beroep op de excepties moet aangetoond worden dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste.

Op grensoverschrijdende zorgbehandelingen heeft het Hof de excepties als volgt toegepast. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen extramurale en intramurale zorg. Bij extramurale zorg is beslist dat de lidstaten het vrij verkeer van deze diensten niet mogen beperken. In beginsel moeten de nationale zorgautoriteiten de kosten van deze behandelingen vergoeden. Het Hof is de mening toegedaan dat het loslaten van het toestemmingsvereiste niet zou leiden tot een grote toename van patiëntenstromen en daarmee tot ernstige aantasting van het financieel-economische evenwicht van het nationale zorgstelsel en het in gevaar brengen van de volksgezondheid.⁴⁶⁰

Ten aanzien van intramurale zorg heeft het Hof een ander standpunt ingenomen. Het Hof heeft geaccepteerd dat de lidstaten hier dienen te beschikken over relatief veel beleidsvrijheid om deze zorg te organiseren. Centraal in de benadering van het Hof staat het vereiste van planning. De nationale zorgautoriteiten moeten voldoende mogelijkheden hebben om de aangeboden zorg in ziekenhuizen te plannen. Het belang hiervan heeft het Hof onderstreept 'met enig gevoel voor drama': bij de intramurale zorg is het overleven van de bevolking in het geding.⁴⁶¹ Het financieel-economisch evenwicht van nationale zorgstelsels en de volksgezondheid is gediend bij een planningsysteem.

Het vrij verkeer van 'intramurale zorgdiensten' mag dus worden beperkt door de lidstaten met een systeem van voorafgaande toestemming. Wel moet dan aan twee voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats mogen er geen wachtlijsten zijn.⁴⁶² Als patiënten te lang moeten wachten op noodzakelijk zorg, dan mogen zij niet gehinderd worden om ziekenhuiszorg in het buitenland te ontvangen en dienen de nationale zorgautoriteiten de kosten hiervan te vergoeden. In tweede

460 Zaak C-385/99, Müller-Fauré, r.o. 95.

461 Zaak C-157/99, Smits & Peerbooms, r.o. 74.

462 Zaak C-157/99, Smits & Peerbooms, r.o. 107.

plaats moet de noodzakelijkheid van de zorg worden beoordeeld aan de hand van internationale (en niet nationale) criteria.⁴⁶³

Deze rechtspraak is gebaseerd op de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer. Thans is de zaak Chamier-Glisczinski (zaak C-208/07) aanhangig bij het Hof. Aan de orde is de vraag of een Duitse onderdaan de kosten van de zorg die zij ontvangen heeft in een Oostenrijks verpleeghuis, vergoed moet krijgen van de Duitse autoriteiten. In zijn conclusie van 11 september 2008 heeft Advocaat-Generaal Mengozzi deze vraag beoordeeld in het licht van artikel 18 EG, omdat de vrijverkeersbepalingen niet van toepassing waren. Artikel 18 EG betreft het Europees burgerschap en de daarmee gepaard gaande rechten om te reizen en te verblijven op het grondgebied van andere lidstaten. De Advocaat-Generaal stelt dat, indien een nationale regeling het risico van hulpbehoevendheid verzekert, de lidstaat in kwestie de kosten van behandelingen met betrekking tot dit risico ondergaan in een andere lidstaat, moet vergoeden. Dit is alleen anders indien voor het weigeren van de kostenvergoeding objectieve overwegingen bestaan die evenredig zijn aan de nagestreefde doelstellingen. Deze uitzondering vult de Advocaat-Generaal vervolgens in aan de hand van de criteria die bekend zijn uit arresten als Smits & Peerbooms: de weigering is gerechtvaardigd indien de desbetreffende zorg gepland moet worden.

Indien het Hof de Advocaat-Generaal volgt, kunnen patiënten recht op kostenvergoeding van grensoverschrijdende zorg óók ontlenen aan een van de basisbeginselen van het Europese recht: het Europees burgerschap. Dit recht kan betrekking hebben op zowel verstrekkingen in de zin van de Zorgverzekeringswet als op de AWBZ-zorg. De zorg die aan de orde is in de zaak Chamier-Glisczinski heeft betrekking op activiteiten die in Nederland onder de AWBZ vallen. Het is afwachten op het uiteindelijke oordeel van het Hof in deze zaak om de consequenties ervan voor de Nederlandse zorg goed te kunnen inschatten. In dit verband zijn de uitspraken van de CRvB in twee zaken betreffende de behandeling wegens alcohol- en drugsverslaving interessant.⁴⁶⁴ De bevoegde Nederlandse instantie (de gemeente Dordrecht) beëindigde de bijstandsuitkeringen van bijstandsgerechtigden, omdat deze voor hun verslaving behandeld werden in het Verenigd Koninkrijk (en niet in Nederland). Volgens de CRvB leverde deze beëindiging een niet te rechtvaardigen beperking van het vrij verkeer van diensten op. De tendens uit deze twee zaken lijkt te zijn dat de rechtspraak inzake het vrij verkeer van zorg zich uitbreidt naar andere activiteiten dan medische (*cure*) verrichtingen. Ook nationale wetgeving betreffende bijstanduitkeringen kan erdoor geraakt worden, waarbij zij aangetekend dat de verslavingsbehandelingen werden aangeboden door een kliniek die krachtens de AWBZ (*care*) was toegelaten.

463 Zaak C-157/99, Smits & Peerbooms, r.o. 97.

464 Uitspraken CRvB van 22 juli 2008, LJN BD8764 en BD8765, SEW 2008, p. 492.

2.2.1 *Zorgverzekeringswet en vrij verkeer*

De in de vorige paragraaf behandelde arresten hadden opvallend genoeg vaak het oude Nederlandse ziekenfondsstelsel tot onderwerp. Op 1 januari 2006 is evenwel de Zorgverzekeringswet in werking getreden,⁴⁶⁵ die de basis vormt voor het nieuwe zorgstelsel waarin private verzekeraars een centrale rol spelen. De vraag rijst daarom in hoeverre die rechtspraak, over de kostenvergoeding van zorg ontvangen in andere lidstaten, van toepassing is op de private zorgverzekeraars die de Zorgverzekeringswet uitvoeren.

2.2.1.a *Horizontale werking en zorgverzekeraars*

In hoeverre moeten de private verzekeraars rekening houden met de bepalingen van het EG-Verdrag voor het vrij verkeer? Deze vraag houdt verband met een principiële kwestie. In beginsel zijn de Europese regels voor het vrij verkeer gericht aan de lidstaten. Deze regels hebben verticale werking. Onder omstandigheden kunnen zij echter horizontale werking krijgen en toegepast worden op rechtsrelaties tussen particulieren (zoals die tussen private zorgverzekeraars en patiënten). Van belang in dit verband zijn de arresten die het Hof wees in zaken op het terrein van het vrij verkeer van werknemers (art. 39 e.v. EG),⁴⁶⁶ de vrijheid van vestiging (art. 43 e.v. EG)⁴⁶⁷ en het vrijdienstenverkeer (art. 49 e.v. EG).⁴⁶⁸ Uit deze rechtspraak blijkt dat voor het bepalen van horizontale werking het van belang is na te gaan of een particulier een zekere macht heeft over een andere particulier, en zo in staat is om de uitoefening van de door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden te bemoeilijken.⁴⁶⁹ Indien hieraan voldaan is, kunnen de verdragsbepalingen voor het vrijdienstenverkeer, de vrijheid van vestiging en het vrijwerknemersverkeer rechtstreekse werking krijgen. Hierbij zij opgemerkt dat deze jurisprudentie betrekking heeft op de toepassing van de regels voor het vrij verkeer op particuliere collectieve organisaties,⁴⁷⁰ zoals een beroepsorganisatie voor advocaten en sportbonden.⁴⁷¹ In het arrest Angonese (zaak C-281/98) heeft het Hof evenwel een discriminerende arbeidsvoorwaarde die een individuele bank hanteerde jegens een werknemer, getoetst aan het Europese regime voor het vrijwerknemersverkeer. Door dit te doen ging het Hof een stap verder: de regels voor het vrijwerknemersverkeer werden toegepast op een individuele handeling.⁴⁷² De vraag rijst of de horizontale werking met betrekking tot individuele handelingen beperkt zou moeten blijven tot discriminerende gedragingen.⁴⁷³ In

465 *Stb.* 2005, 358 en *Stb.* 2005, 649.

466 Zaak C-176/96, Lehtonen en zaak 36/74, Walrave en Koch.

467 Zaak C-309/99, Wouters.

468 Zaak C-51/96, Deliège.

469 Vgl. ook zaak C-411/98, Ferlini.

470 Oliver en Roth 2004, p. 422.

471 Van de Gronden 2003, p. 72.

472 Mortelmans 2007, p. 27.

473 Hartkamp 2008, p. 35.

Angonese ging het immers om een discriminerende arbeidsvoorwaarde. Verdere rechtspraak van het Hof op dit punt moet worden afgewacht.

Nadrukkelijk wordt erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de Europese regels voor het vrijgoederenverkeer, zoals vastgelegd in de artikelen 28 en 30 EG, horizontale werking ontberen.⁴⁷⁴ De redenering voor het ontbreken van een dergelijke werking heeft het Hof mager onderbouwd. Het betoog van het Hof komt op het volgende neer. Artikel 28 EG verbiedt maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen. In het bekende arrest Dassonville (zaak 8/74) heeft het Hof het begrip maatregel van gelijke werking in r.o. 5 omschreven als '...iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren...'. Uit de omstandigheid dat in het arrest Dassonville alleen wordt verwezen naar lidstaten (en niet naar private entiteiten), leidt het Hof meer dan 25 jaar later af dat de artikelen 28 en 30 EG geen horizontale werking hebben. Dit is een formele werkwijze die niet strookt met de functionele benadering die zo kenmerkend is voor veel arresten van het Hof. Verder is het moeilijk in te zien waarom de regels voor diensten wel horizontale werking kunnen krijgen en die van goederen niet.⁴⁷⁵ Op zorgmarkten worden aan patiënten zowel goederen als diensten geleverd. Vanuit dit perspectief is de rechtspraak van het Hof over horizontale werking ook moeilijk te begrijpen.

Er bestaat nog geen jurisprudentie waaruit blijkt dat het vrij verkeer van kapitaal horizontale werking heeft.

In de beruchte zorgarresten Smits & Peerbooms en Müller-Fauré (respectievelijk zaak C-157/99 en zaak C-385/99) werden verdragsbepalingen inzake het vrijdienstenverkeer toegepast. Om te bepalen of deze rechtspraak ook consequenties heeft voor de huidige private zorgverzekeraars, moet worden nagegaan of hun handelen valt onder het criterium van 'zekere macht'.

Opmerkelijk genoeg bestaat hierover nog geen jurisprudentie van het Hof, maar wel een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Het betreft de zaak Jansen dat betrekking had op een geschil dat speelde in het oude duale zorgstelsel (LJN AF3205). Zoals bekend, waren de meeste mensen boven een bepaald inkomen particulier verzekerd (en niet aangesloten bij een ziekenfonds). Aan de orde was de vraag of de particuliere ziektekostenverzekeraar uit de VGZ-groep de kosten moest vergoeden van een verzekeringsnemer die zijn medische behandeling in een Duits ziekenhuis had ondergaan. De particuliere verzekeraar weigerde tot vergoeding over te gaan, omdat de polisvoorwaarden, die in de algemene voorwaarden waren vastgelegd, de vergoeding van medische hulp in het buitenland uitsloten, tenzij de noodzakelijke hulp in Nederland niet kon worden geboden. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overweegt dat de regels inzake het vrij verkeer van diensten zich niet alleen richten tot de lidstaten, maar ook tot particulie-

474 Bijv. zaak C-159/00, Sapod; zaak C-325/00, Commissie/Duitsland; zaak 311/85, Vlaamse reisbureaus en zaak 65/86, Süllhofer.

475 Zie ook Hartkamp 2008, p. 39-40.

ren, indien deze een zekere macht uitoefenen over andere particulieren en zo in staat zijn hun voorwaarden op te leggen, waardoor de uitoefening van de vrijheden van het EG-Verdrag, waaronder het vrijdienstenverkeer, wordt bemoeilijkt (r.o. 4.12). Het Gerechtshof onderscheidde hierbij twee criteria: het uitoefenen van een zekere macht en een bemoeilijking van de aan het vrij verkeer ontleende rechten. Vervolgens werd overwogen dat aan beide criteria was voldaan. In de eerste plaats was er sprake van een zekere macht, aangezien het toestemmingsvereiste voor een behandeling in het buitenland was vastgelegd in de algemene voorwaarden. Bovendien is het naar de opvatting van het Gerechtshof een feit van algemene bekendheid dat in de praktijk hierover door een verzekerde niet kan worden onderhandeld met een verzekeraar. In de tweede plaats werd de uitoefening van aan het vrij verkeer ontleende rechten bemoeilijkt, omdat het niet vergoeden van de kosten van een buitenlandse ziekenhuisbehandeling de toegang tot de markt van deze medische diensten in een andere lidstaat beperkt.

In dit arrest werd door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch aangenomen dat het verdragsregime voor het vrijdienstenverkeer horizontale werking heeft in casusposities waarin geen collectieve particuliere organisaties zijn betrokken.⁴⁷⁶ Ons lijkt dit gezien het criterium van 'zekere macht' en de onmogelijkheid voor verzekeringsnemers om over de algemene voorwaarden te onderhandelen, een terechte benaderingswijze. Tevens is van belang dat in de zaak Jansen net zoals in het arrest Angonese sprake was van discriminatie: behandelingen in Nederland worden in beginsel wel vergoed en de behandelingen die in andere lidstaten van de EU plaatsvinden niet. Helaas is geen cassatie ingesteld tegen de principiële beslissing van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch over de horizontale werking van het vrijdienstenverkeer.

Dit arrest uit de tijd van het oude duale zorgstelsel in Nederland is van groot belang voor het huidige stelsel. Als de door het Gerechtshof uitgezette beoordelingslijn klopt – waarvan wij uitgaan gezien de wijze waarop in deze zaak invulling is gegeven aan het criterium van zekere macht – moet worden aangenomen dat de Europese regels voor het vrijdienstenverkeer ook van toepassing kunnen zijn op het beleid van de private verzekeraars in het nieuwe zorgstelsel. Nagegaan moet worden of de wijze waarop de private verzekeraars van het huidige zorgstelsel opereren, ook valt onder de criteria van een zeker macht en van het bemoeilijken van de uitoefening van de rechten van het vrij verkeer.

Beschikken de huidige zorgverzekeraars over een zekere macht jegens de verzekerden? Artikel 10 Zvw beschrijft in functionele bewoordingen de inhoud van het basispakket. Krachtens artikel 11 lid 1 en lid 2 Zvw kan de verzekeraar aan de verzekeringsnemer een naturapolis, een restitutiepolic of een combinatie van deze verzekeringsvormen aanbieden. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere eisen worden gesteld ten aanzien van de inhoud en omvang van de te verzekeren prestaties (art. 11 lid 3 Zvw).

476 Van de Gronden 2003, p. 72-73.

De aanspraken van de verzekerden zullen moeten worden uitgewerkt in de overeenkomsten en de daarbij behorende algemene voorwaarden die tussen hen en de verzekeringsnemers gesloten worden. Ook hier geldt dat over de inhoud van deze overeenkomsten en algemene voorwaarden niet onderhandeld kan worden door een individuele verzekeringsnemer. Dit betekent dat voldaan is aan het criterium van zekere macht.

Kunnen de door verzekeraars opgestelde overeenkomsten en algemene voorwaarden ook leiden tot het bemoeilijken van het uitoefenen van de vrijverkeer-rechten? Verzekerden kunnen in een aantal gevallen niet vrij kiezen tussen de verschillende zorgaanbieders. In de zorgverzekering kan namelijk de verplichting worden opgenomen dat de zorg moet worden betrokken van de aanbieders met wie de verzekeraar een contract over de omvang en de prijs heeft gesloten.⁴⁷⁷ Indien dergelijke contracten vooral zijn afgesloten met in Nederland gevestigde zorgaanbieders wordt het lastiger voor een verzekerde om zich te wenden tot een aanbieder die gevestigd is in een andere lidstaat. Hierdoor kunnen de uitoefening van de rechten ontleend aan het vrij verkeer worden bemoeilijkt. Of er daadwerkelijk een schending is van de regels inzake het vrij verkeer van diensten, is hiermee nog niet vastgesteld naar onze mening. De uit te voeren toets van de 'bemoeilijking' lijkt veel op de toets die uitgevoerd moet worden om na te gaan of het vrijdienstenverkeer is beperkt. Toch verdient het voorkeur deze beide toetsen van elkaar te onderscheiden. In het eerste geval gaat het om de vraag of het vrijdienstenverkeer van toepassing is, terwijl in het tweede geval onderzocht moet worden of het in dit vrij verkeer vervatte verbod is geschonden.

Al met al is de conclusie gerechtvaardigd dat de regels inzake het vrijdienstenverkeer horizontale werking hebben jegens de private zorgverzekeraars in het nieuwe zorgstelsel. Aangezien het Hof heeft aangenomen dat het verdragsregime inzake de vrijheid van vestiging (en het vrij verkeer van werknemers) ook horizontale werking kan hebben, kan dit regime ook op de zorgverzekeraars van het huidige Nederlandse stelsel worden toegepast. Terwijl de horizontale werking ten aanzien van het vrij verkeer van kapitaal nog onduidelijk is, heeft het Hof de horizontale werking van het vrijgoederenverkeer tot nu toe ontkend. Hartkamp heeft ervoor gepleit dat de regels voor het vrijgoederenverkeer in dat geval indirecte horizontale werking krijgen. Hiervan is sprake, indien de doorwerking van deze verdragsbepalingen verloopt via nationaalrechtelijke open normen.⁴⁷⁸ Onderzocht kan worden of overeenkomsten die zorgverzekeraars met hun verzekerden hebben gesloten ter zake van de levering van goederen, via privaatrechtelijke open normen, zoals strijd met de openbare orde of de goede zeden of de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, kunnen worden getoetst aan de artikelen 28 en 30 EG.⁴⁷⁹ Indien een dergelijke overeenkomst op ongeoorloofde wijze het

477 Hamilton 2008, p. 95.

478 Hartkamp 2008, p. 23.

479 Hartkamp 2008, p. 57.

vrijgoederenverkeer belemmert, zou dit onder omstandigheden bijvoorbeeld in strijd kunnen zijn met de openbare orde of de goede zede van artikel 3:40 BW, hetgeen zou leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van deze overeenkomst.⁴⁸⁰ Deze benadering zou het – vanuit het perspectief van de zorg – moeilijk te rechtvaardigen onderscheid tussen het vrijdienstenverkeer (horizontale werking) en het vrijgoederenverkeer (geen horizontale werking) dan enigszins wegnemen. In dit verband moet overigens worden opgemerkt dat krachtens artikel 11 en 12 Zvw bij algemene maatregel van bestuur nadere eisen kunnen worden gesteld ten aanzien van de te verzekeren prestaties. Zo kan bepaald worden dat een zorgverzekeraar alleen zorg mag verlenen of vergoeden, indien tussen hem en de aanbieder afspraken zijn gemaakt over de te leveren diensten of goederen, en de daarvoor in rekening te brengen prijs. In dergelijke gevallen zijn de verplichtingen afkomstig van de overheid. Op deze verplichtingen kunnen de bepalingen inzake het vrij verkeer zonder enig probleem worden toegepast, omdat er sprake is van een klassieke verticale relatie.

2.2.1.b *Zorg in buitenland: verbod om vrij verkeer te beperken*

De conclusie uit het voorafgaande is dat de Europese regels voor het vrijdienstenverkeer (en de vrijheid van vestiging) van toepassing zijn op de particuliere zorgverzekeraars in het nieuwe zorgstelsel. Deze conclusie doet de vraag rijzen of de wijze waarop zorgverzekeraars omgaan met medische behandelingen in andere lidstaten van de EU, kunnen leiden tot beperkingen van het vrij verkeer.

Het is naar onze mening duidelijk dat een particuliere zorgverzekeraar het vrijdienstenverkeer belemmert, indien hij in zijn algemene voorwaarden vastlegt dat zorg in andere lidstaten niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij hiervoor voorafgaande toestemming is verleend, terwijl binnenlandse behandelingen zonder een dergelijke toestemming wel vergoed worden. In dat geval is sprake van discriminatie tussen binnenlandse en buitenlandse zorgaanbieders die in strijd is met artikel 49 EG.⁴⁸¹ In dit verband is ook het arrest *Stamatelaki* (zaak C-444/05) van belang. In deze zaak achtte het Hof het vrijdienstenverkeer belemmerd door een nationale zorgverzekeringwet die alleen recht gaf op vergoeding van zorg in binnenlandse private klinieken en niet van zorg van private ziekenhuizen in andere lidstaten (tenzij betrokkene jonger dan 14 jaar was).

Er is géén sprake van een beperking, indien een verzekeraar in een restitutiepolis opneemt dat alle kosten van een zorgbehandeling, ongeacht of deze heeft plaatsgevonden in Nederland of in een andere lidstaat, worden vergoed. In dat geval kan een verzekerde immers gaan of staan waar hij wil.

De situatie wordt lastiger indien een restitutiepolis bepaalde beperkingen oplegt ten aanzien van de zorgaanbieders tot wie een verzekerde zich mag wenden. Zoals opgemerkt, is het mogelijk dat een zorgverzekeraar afspraken heeft gemaakt

480 Vgl. annotatie M.R. Mok bij zaak C-372/04, *Watts*, NJ 2006, 361.

481 Zaak C-158/96, *Kohll* en zaak C-120/95, *Decker*.

over de omvang en de prijs van de te leveren zorg met bepaalde aanbieders, en in de restitutiepolis heeft vastgelegd dat de verzekerden alleen zorg van deze gecontracteerde aanbieders mogen betrekken. Hetzelfde geldt in wezen voor een naturapolis, omdat uit de aard van een dergelijke polis voortvloeit dat een verzekerde alleen zorg mag betrekken van zorgaanbieders bij wie de verzekeraar van tevoren zorg heeft ingekocht.

Leiden restitutiepolissen, waarin afspraken over gecontracteerde aanbieders zijn vastgelegd (hierna: restrictieve restitutiepolissen), en naturapolissen tot beperkingen van het vrijdienstenverkeer? Tegen deze conclusie pleit dat een verzekerde kan kiezen tussen de verschillende polissen die hij afneemt van een verzekeraar. Zo blijft hij vrij te kiezen voor een restitutiepolis die alle noodzakelijke zorg vergoedt zonder restricties met betrekking tot de te benaderen zorgaanbieders.

Voor de conclusie dat sprake is van een beperking van het vrijdienstenverkeer, pleit het volgende. Een volledige restitutiepolis is duurder dan andere polissen. Verder zullen zorgverzekeraars hoofdzakelijk zorgverleners contracteren die zijn gevestigd in Nederland, wellicht met uitzondering voor buitenlandse aanbieders in de grensregio's. Verder moet een verzekerde met een restrictieve restitutiepolis of een naturapolis bijbetalen indien hij zorg in het buitenland en daarmee van een niet door de verzekeraar geselecteerde aanbieder betreft.⁴⁸² Hierdoor is het eenvoudiger voor een verzekerde om zorg te ontvangen van een Nederlandse aanbieder dan van een aanbieder uit een andere lidstaat. Op deze wijze wordt het vrij verkeer van medische diensten belemmerd.

In de arresten *Smits & Peerbooms* en *Müller-Fauré* heeft het Hof al aangegeven dat het gegeven dat verzekeraars zorginkoopovereenkomsten mogen sluiten met buitenlandse aanbieders er niet toe leidt dat het vrij verkeer niet wordt belemmerd.⁴⁸³ Het Hof stelt dat het niet waarschijnlijk is dat veel buitenlandse zorgaanbieders zorginkoopovereenkomsten met Nederlandse verzekeraars zullen sluiten vanwege de onzekere en beperkte vooruitzichten om in Nederland verzekerden te ontvangen.

De praktijk van de restrictieve restitutiepolis en de naturapolis leidt derhalve tot belemmeringen van het vrij verkeer van diensten. Naar onze mening is hier geen sprake van een beperking die te gering is in de ogen van het Hof. Dit kan worden afgeleid uit zaak C-212/06. Hier was de vraag aan de orde of de verdragregels voor het vrij verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging, toegepast moesten worden op de Vlaamse regeling die aan personen, die woonden en werkten in Vlaanderen, het recht op een zorgverzekering toekende voor mensen met een langdurig ernstig verminderd zelfzorgvermogen. Dit recht kwam ook toe aan personen die buiten België woonden, maar in Vlaanderen werkten. Personen die daarentegen in Wallonië woonden maar in Vlaanderen werkten, hadden geen

482 Hamilton 2008, p. 101.

483 Resp. zaak C-157/99, *Smits & Peerbooms*, r.o. 66 en zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, r.o. 43.

recht op deze verzekering. In de eerste plaats werden hierdoor Belgische onderdanen woonachtig in Wallonië benadeeld. Interne situaties vallen echter niet onder regels voor het vrij verkeer:⁴⁸⁴ een lidstaat mag met andere woorden zijn eigen onderdanen benadelen. In de tweede plaats ondervonden onderdanen van andere lidstaten die woonden in Wallonië, maar werkten in Vlaanderen hinder van de Vlaamse regeling. Hoewel deze groep per definitie klein was, ging het Hof er toch vanuit dat het vrij verkeer werd belemmerd, omdat deze EU-onderdanen werden beperkt in hun beroepsactiviteiten vanwege de keuze van hun woonplaats (r.o. 48-51). Het Hof was van mening dat deze belemmering niet beschouwd kon worden als een hypothetische beperking. Ook het betoog van de Vlaamse regering dat de regeling slechts een marginale invloed heeft op het vrij verkeer gezien het lage bedrag van de uitkering, ging niet op. Het Hof stelde in r.o. 52 uitdrukkelijk dat regels voor het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tot de fundamentele regels van de Gemeenschap behoren en dat daarom '...elke belemmering van deze vrijheden, hoe gering ook, verboden is...'. Naar analogie met de 'Vlaams-Waalse zaak' kan worden betoogd dat, ook al worden de kosten van een behandeling in het buitenland voor een klein gedeelte door de patiënt betaald en voor het grootste gedeelte door de verzekeraar, er toch sprake is van een beperking van het vrij verkeer van diensten. Deze verdragsbepalingen behoren immers tot de fundamentele regels van de EU en daarom valt elke belemmering, ook al is deze gering, onder het verbod om het vrijdienstenverkeer te beperken.

2.2.1.c *Zorg in buitenland: excepties in vrij verkeer*

De constatering dat het vrij verkeer van diensten is belemmerd, wil nog niet zeggen dat het Europese recht is geschonden. Belemmeringen van het vrij verkeer kunnen gerechtvaardigd worden door excepties. Als gezegd gaat het om de verdragsexceptie van artikel 46 EG en de dwingende vereisten van algemeen belang (*rule of reason*) van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. Verder hebben wij uiteengezet dat hierbij een onderscheid wordt gemaakt tussen extramurale en intramurale zorg.

Kan van dit onderscheid ook worden uitgegaan in het huidige Nederlandse zorgstelsel? Moeten de particuliere zorgverzekeraars extramurale zorg vergoeden en mogen zij dit weigeren voor intramurale zorg?

Zoals bekend, is marktwerking het uitgangspunt voor het huidige stelsel. Met betrekking tot het vroegere ziekenfondsstelsel met meer overheidsinvloed dan thans het geval is, was het Hof al van mening dat het weigeren van vergoedingen van extramurale zorg ontvangen in een andere lidstaat, niet gerechtvaardigd kon worden door een exceptie. Hoeveel te meer zal het Hof deze opvatting zijn toegeaan in het huidige stelsel, waarin geconcurrereerd moet worden?

484 Bijv. zaak 52/79, Debaue; zaak C-108/98, R.I.S.A.N. en zaak C-507/03, Commissie/Ierland.

Meer pregnant is de vraag of de weigering van vergoeding van buitenlandse intramurale zorg door private zorgverzekeraars geoorloofd is. In het oude ziekenfondsstelsel mocht dit, mits er geen wachtlijsten waren voor de noodzakelijke zorg en de noodzakelijkheid van deze zorg beoordeeld werd in het licht van internationale criteria. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief heeft het Hof een tamelijk ruimhartige benadering gehanteerd voor ziekenhuiszorg door vergaande beperkingen geoorloofd te achten.⁴⁸⁵ De reden hiervoor is gelegen in het argument van de planning. In zijn redenering heeft het Hof als vertrekpunt genomen dat een lidstaat in staat moet zijn om een geavanceerd systeem van planning op te zetten, waardoor er een netwerk van ziekenhuizen voor het gehele grondgebied operatief is.⁴⁸⁶

Voor het huidige Nederlandse zorgstelsel rijzen echter twee vragen. In de eerste plaats bleek uit de vorige paragraaf dat de bepalingen inzake het vrij verkeer vooral worden toegepast op handelingen van private zorgverzekeraars. Deze verdragsbepalingen hebben jegens hen horizontale werking. In hoeverre kunnen zij nu een beroep doen op excepties, die met name zijn ontwikkeld vanuit het perspectief van de overheid? In de tweede plaats moet de vraag worden gesteld in hoeverre in het Nederlandse zorgsysteem, waarin overheidsinvloed steeds meer plaatsmaakt voor marktwerking, het planningsargument nog opgeld doet.⁴⁸⁷

Excepties inroepbaar door particuliere verzekeraars?

Wat de vraag naar de inroepbaarheid van excepties door particulieren betreft,⁴⁸⁸ moet worden verwezen naar het arrest Bosman (zaak C-415/93), waarin het Hof expliciet oordeelde dat particulieren niets belet verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgronden in te roepen (r.o. 86). Het Hof voegt hieraan toe dat of een regeling een privaatrechtelijk of publiekrechtelijk karakter heeft, geen enkel gevolg heeft voor de reikwijdte van de excepties.⁴⁸⁹ Door te beslissen dat excepties in het vrij verkeer inroepbaar zijn door particuliere organisaties, heeft het Hof geaccepteerd dat deze particuliere organisaties een bijdrage kunnen leveren aan het realiseren van doelstellingen van algemeen belang.⁴⁹⁰ Dit betekent naar onze mening dat zorgverzekeraars derhalve ook een bijdrage kunnen leveren aan het realiseren van zorgdoelstellingen, zoals die met betrekking tot planningvraagstukken.

Excepties en het nieuwe zorgstelsel

Lastiger is het beantwoorden van de tweede vraag. In hoeverre is een beroep op het vereiste van planning nog mogelijk in de context van een op de marktgeoriënteerd zorgstelsel als het Nederlandse? De afgelopen jaren heeft de Nederlandse

485 Stöger 2006, p. 1555.

486 Zaak C-157/99, Smits & Peerbooms, r.o. 74.

487 Van Houten en Van de Gronden 2004, p. 522.

488 Mortelmans 2007, p. 30.

489 Zie ook zaak C-350/96, Clean Car Autoservice, r.o. 24.

490 Van de Gronden 2006, p. 115-116.

overheid steeds meer marktwerking geïntroduceerd in het zorgstelsel. Niet alleen door de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet, maar ook door invoering van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en de Wet marktordening gezondheidszorg is de mate van planning in het Nederlandse zorgstelsel afgenomen. De WTZi vereist dat zorginstellingen een toelating aanvragen. In een aantal gevallen is naast toelating ook een bouwvergunning vereist.

Bij de toekenning van de toelating wordt getoetst op vereisten betreffende transparant bestuur en bedrijfsvoering.⁴⁹¹ Verder wordt gekeken naar de bereikbaarheid van de zorg, welk belang onder meer een gewichtige rol speelt bij acute zorg. En wordt nagegaan of toelating niet leidt tot overschrijding van de financiële kaders.⁴⁹² Overigens geldt wel dat voor de spreiding van zorgvoorzieningen de betrokken regionale partijen zelf verantwoordelijk zijn voor de variatie, differentiatie en invulling binnen de door de overheid gestelde kaders. Dit is in overeenstemming met de doelstelling van de WTZi die, anders dan de oude (en reeds ingetrokken) Wet Ziekenhuisvoorzieningen,⁴⁹³ de overheidsbemoediging met de planning van de zorgcapaciteit en de bouw van zorginstellingen wil verminderen. Het stelsel van centrale aanbodsuring, waarbij de overheid de capaciteit bepaalde, moet worden vervangen door een decentraal vraagstelsel, waarbij de capaciteit wordt bepaald door verzekeraars, zorginstellingen en consument en de overheid slechts randvoorwaarden stelt.⁴⁹⁴ Het capaciteitsbeleid wordt in het kader van de WTZi niet in een keer verlaten, maar stapsgewijs wordt dit in de verschillende zorgmarkten afgebouwd.⁴⁹⁵ De overheid laat meer ruimte aan zorginstellingen en de medische beroepen.⁴⁹⁶ In beginsel is de doelmatigheid van de zorg een zaak die vooral door concurrentie tussen de zorgverzekeraars wordt gerealiseerd.⁴⁹⁷

De overheid regelt thans minder dan voorheen het geval is geografisch gezien het aanbod van ziekenhuiszorg. Zo is er een traject ingezet om op termijn het risico voor de bouw en exploitatie van zorginstellingen geheel bij de instellingen zelf neer te leggen.⁴⁹⁸ De kapitaallastenvergoeding die zorginstellingen, zoals ziekenhuizen, krijgen in het kader van de budgettering- en tariefssystematiek van de NZa, zou moeten vervallen. In zijn brief van 16 oktober 2008 heeft de Minister

491 Zie Uitvoeringsbesluit WTZi, *Stb.* 2005, 575.

492 Zie Regeling van de Minister van VWS van 24 april 2008, nr. MC-U-2827900, houdende vaststelling van beleidsregels op grond van de artikelen 4 en 13 van de Wet toelating zorginstellingen (*Stcrt.* 2008, 79).

493 De Wet Ziekenhuisvoorzieningen reguleerde het voorzieningenaanbod via planning en bouw en formuleerde uitgangspunten voor een doelmatige exploitatie van de ziekenhuisvoorzieningen. Zie Hubben 2002, p. 35.

494 Zie WTZi, *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 659, nr. 3, p. 1 (MvT).

495 Sijmons 2006, p. 190.

496 Sijmons 2006, p. 107.

497 Nota Vraag aan bod, *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 855, nrs. 1 en 2, p. 87.

498 Bijv. *Kamerstukken II 2006/2007*, 27 659, nr. 84.

van VWS naar aanleiding van het advies van de Commissie Havermans aangegeven dat hij nog steeds prestatiebekostiging met risicodragende kapitaallasten wil invoeren.⁴⁹⁹ Hij wil dit echter gefaseerd doen door een overgangstermijn van drie jaar met hardheidsclausule te hanteren, waarbij ook nadeelcompensatie een rol kan spelen.

Wat voor consequenties hebben de geschetste ontwikkelingen voor een Europees-rechtelijk beroep op het planningsargument?⁵⁰⁰ Indien een dergelijk beroep niet meer mogelijk zou zijn, zouden zorgverzekeraars vrijwel altijd de kosten moeten vergoeden van de ziekenhuiszorg die hun patiënten in andere lidstaten hebben genoten.

Doordat de overheid niet meer *en detail* de ziekenhuiszorg plant met de invoering van de WTZi, is dit meer een taak voor de zorgverzekeraars en de ziekenhuizen geworden. Er is nog wel sturing van de zijde van de overheid in de vorm van het stellen van randvoorwaarden en het regelen van financiering van de kapitaallasten. Dit laatste wordt echter ook afgebouwd op termijn. Hierdoor is de planning van de zorg steeds meer aan het verschuiven van de overheid naar zorgverzekeraars die afspraken maken met zorgaanbieders, en wordt een en ander overgelaten aan marktwerking.

Betoogd zou kunnen worden dat verzekeraars thans verantwoordelijk zijn voor het in stand houden van een netwerk van ziekenhuiszorg. Zij hebben jegens hun verzekerden een zorgplicht ten aanzien van het verzekerde standaardpakket.⁵⁰¹ Verder zou nog kunnen worden aangevoerd dat de overheid zelf nog gedeeltelijk de planning ter hand neemt door randvoorwaarden voor de zorgcapaciteit te stellen. Of dit voldoende voor het Hof is om excepties van toepassing te achten op beperkingen van de intramurale zorg is onzeker. Marktwerking speelt immers ook een belangrijke rol en het vrije spel van vraag en aanbod zou ertoe kunnen leiden dat een verzekerde in een aantal gevallen liever naar een ziekenhuis in een andere lidstaat wil gaan dan in Nederland.

Hierdoor rijst de vraag of het niet wenselijk is dat de overheid nog een zekere regierol ter hand neemt. De overheid zou kunnen – en zou ons inziens *moeten* – aanwijzen welke ziekenhuisdiensten van vitaal belang zijn. Het gaat om ziekenhuisdiensten die met het oog op de medische verzorging van de Nederlandse bevolking – of in de terminologie van het Hof: het overleven van deze bevolking – altijd aanwezig moeten zijn op het nationale grondgebied (en in de regio van de verzekerden). Met een dergelijke aanwijzing maakt de overheid duidelijk dat deze diensten gepland moeten worden. Deze planning wordt dan verder ter hand genomen door de verzekeraars die afspraken hierover maken met zorginstellingen. In zekere zin gebeurt dit al bij de acute zorg, omdat zorgverzekeraars en zorgaanbieders van overheidswege verplicht zijn ten aanzien van deze zorg samen te werken op regionaal niveau.

499 *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 248, nr. 63, p. 2. resp. bijlage.

500 Vgl. in dit verband Van de Gronden en Stergiou 2008, p. 157.

501 Hamilton 2008, p. 35.

Op deze wijze wordt een beroep op de excepties kansrijker. Het vrij verkeer van deze diensten die als vitaal worden aangewezen, zou dan beperkt mogen worden. De consequentie is wel dat het vrij verkeer van de overige intramurale diensten niet meer belemmerd mogen worden. De kosten die verzekeren maken met betrekking tot deze diensten in andere lidstaten, moeten dan vergoed worden door de verzekeraar.

Een ander voordeel van het aanwijzen van bepaalde intramurale verrichtingen als vitale zorgdiensten, is dat er in termen van het Europese recht 'diensten van algemeen economisch belang' ontstaan. Krachtens de rechtspraak van het Hof is sprake van een dergelijke dienst, indien een lidstaat een of meer ondernemingen met een speciale taak belast.⁵⁰² De functie van dergelijke diensten is dat op grond van artikel 86 lid 2 EG de lidstaten en de ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang, mogen afwijken van de mededingingsregels en de overige bepalingen van het EG-Verdrag, indien dat noodzakelijk is met het oog op het goede functioneren van deze diensten. Hoewel in de praktijk vooral veel rechtspraak voorhanden is over de toepassing van dit concept in het mededingingsrecht,⁵⁰³ zijn er ook arresten waarin het Hof accepteerde dat lidstaten konden afwijken van de vrijverkeerbepalingen vanwege diensten van algemeen economisch belang.⁵⁰⁴ Het aanwijzen van bepaalde ziekenhuisdiensten als diensten van algemeen economisch belang biedt dus een extra exceptie ter rechtvaardiging van beperkingen van het vrij verkeer van intramurale diensten. In hoofdstuk 3 van dit preadvies wordt verder ingegaan op het concept diensten van algemeen economisch belang.

Aanbieders in eigen dienst van zorgverzekeraars

Een actueel thema is de het streven van sommige verzekeraars om te fuseren met zorgaanbieders.⁵⁰⁵ Op deze wijze krijgt de samenwerking tussen deze beide groepen een permanent karakter. Naar onze mening geldt hetgeen hiervoor over gecontracteerde aanbieders is gezegd, ook voor aanbieders in dienst van een zorgverzekeraar: de verplichting voor patiënten om van hen zorg af te nemen, kan ook een verboden beperking van het vrij verkeer opleveren. Indien een verzekerde niet hoeft bij te betalen voor diensten ontvangen van een zorgaanbieder die tot dezelfde ondernemingsstructuur behoort als de verzekeraar, maar wel voor dien-

502 Bijv. zaak 127/73, BRT.

503 Bijv. Zaak C-320/91, Corbeau; zaak C-115/97, Brentjens; zaak C-475/99, Amulanz Glöckner en zaak C-393/92, Almelo.

504 Bijv. zaak C-157/94, Commissie/Nederland. In zaak C-567/07, Sint Servatius, heeft de Raad van State aan het Hof prejudiciële vragen gesteld over de verhouding tussen het vrij verkeer en diensten van algemeen economisch belang (zie Pb EG 2008, L 64/24).

505 Begin januari 2009 maakt zorgverzekeraar DWS bekend een belang van 40% te willen nemen in een coöperatie die eigenaar wordt van het Vlietland Ziekenhuis (zie *NRC Handelsblad* 6 januari 2009, p. 2).

sten aangeboden door een aanbieder in een andere lidstaat, wordt het moeilijker gemaakt voor deze verzekerde om grensoverschrijdende zorg te ontvangen.

Er is echter nog een ander probleem dat verband houdt met de Schaderichtlijnen. Krachtens artikel 2 lid 1 Eerste Schaderichtlijn zijn de verzekeringsrichtlijnen niet van toepassing op wettelijke stelsels van sociale zekerheid. Hiervan is sprake indien dergelijke nationale stelsels volledig op solidariteit zijn gebaseerd en er een aansluitingsplicht geldt.⁵⁰⁶ Uit de rechtspraak van het Hof⁵⁰⁷ moet evenwel worden afgeleid dat verzekeringen die voor eigen risico's door verzekeraars worden aangeboden onder het toepassingsbereik van de Schaderichtlijnen vallen, ook al kwalificeert het nationale recht deze verzekeringen als sociale zekerheid.⁵⁰⁸ Aangezien private verzekeraars de basisverzekering voor eigen risico aanbieden, vallen zij onder de Schaderichtlijnen.⁵⁰⁹

De Schaderichtlijnen bevatten voorschriften met betrekking tot de deelneming van een verzekeraar in een orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid dat aan het verzekeringsbedrijf vreemde activiteiten verricht. Op grond van deze voorschriften moet de lidstaat die het verzekeringsstoezicht uitoefent, de verzekeringsonderneming verplichten met betrekking tot het geheel van haar werkzaamheden toereikende technische voorzieningen te vormen, waartegenover congruente activa staan, die, wat de in de Gemeenschap gelegen risico's betreft, in de Gemeenschap moeten zijn gelokaliseerd.⁵¹⁰ Voorts wordt bepaald dat de lidstaten geen voorschriften mogen vastleggen met betrekking tot de aard van de activa welke aanwezig zijn boven de activa die deze technische voorzieningen dekken. Er is met andere woorden een vrij vermogen.⁵¹¹ In het arrest Skandia (zaak C-241/97) besliste het Hof daarom dat de Schaderichtlijnen niet aan verzekeraars verbieden om binnen de grenzen van hun vrije vermogen (de activa die aanwezig zijn boven de activa die de technische voorzieningen dekken) aandelen te houden van een vennootschap, waarvan de activiteiten vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Voorts besliste het Hof in het arrest ABBOI (zaak C-109/99) dat de Schaderichtlijnen toestaan dat een verzekeraar binnen de grenzen van zijn vrije vermogen deelneemt in een orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid dat een handelsactiviteit verricht dat vreemd is aan het verzekeringsbedrijf, mits de uit deze activiteit voortvloeiende risico's beperkt blijven tot het vermogen van dat orgaan.

Naar onze mening betekent dit dat een zorgverzekeraar alleen zorgaanbieders kan overnemen, voor zover de financiering van deze overname beperkt blijft tot het vrije vermogen in de zin van de Schaderichtlijnen. De financiële soliditeit die verband houdt met de activiteiten van het verzekeringsbedrijf mag niet worden aangetast. Indien echter de overname van zorgaanbieders alleen ten laste komt

506 Zaak C-238/94, Garcia en zaak C-355/00, Freskot.

507 Zaak C-206/98, Commissie/België.

508 Van de Gronden 2004, p. 20-21.

509 Bijv. Steyger 2004, p. 22 en Van Houten en Van de Gronden 2004, p. 515.

510 Art. 17 Derde Schaderichtlijn.

511 Art. 26 Derde Schaderichtlijn.

van het zogenoemde vrije vermogen, moeten de verzekeraars krachtens de Schaderichtlijnen van de EU beschikken over de mogelijkheid om tot deze overname over te gaan. Nationale wetgeving mag dit verzekeraars niet beletten. Het verdient ons inziens aanbeveling om in de Zorgverzekeringswet of andere zorgwetgeving vast te leggen wat in de Schaderichtlijnen wordt bepaald over deelnames door verzekeraars.

Sociale Zekerheidsverordening en private zorgverzekeraars

Met betrekking tot het vrij verkeer en het vergoeden van grensoverschrijdende zorg door private verzekeraars, is ook de Sociale Zekerheidsverordening relevant. Opmerkelijk genoeg wordt aan deze verordening in vergelijking met het vrij verkeer van diensten relatief weinig aandacht besteed in de rechtspraak van het Hof over grensoverschrijdende zorg. Toch bevat de Sociale Zekerheidsverordening regels hiervoor.

Artikel 22 lid 1 sub a bepaalt dat een werknemer die verblijft in een andere lidstaat dan waar hij woont, recht heeft op een medische behandeling in die lidstaat, indien zijn gezondheidstoestand deze behandeling noodzakelijk maakt. Op grond van artikel 22 lid 1 Sociale Zekerheidsverordening kunnen de nationale zorgautoriteiten aan een patiënt toestemming geven om een medische behandeling in een andere lidstaat te ondergaan. Artikel 22 lid 2 verbiedt de zorgautoriteiten van een lidstaat om deze toestemming te weigeren, wanneer de behandeling in kwestie niet op tijd kan worden aangeboden in de lidstaat waar de patiënt woont. Op termijn zal de huidige Sociale Zekerheidsverordening vervangen worden door Verordening 883/2004.⁵¹² Grosso modo bevat deze verordening vergelijkbare bepalingen op het terrein van grensoverschrijdende zorg.

In de arresten Watts en Inizan (respectievelijk zaak C-372/04 en C-56/01) heeft het Hof zijn beslissingen met betrekking tot grensoverschrijdende zorg, naast de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer, ook gebaseerd op de relevante bepalingen uit de Sociale Zekerheidsverordening. Voorts moet erop worden gewezen dat Nederland de Zorgverzekeringswet bij de Commissie heeft aangemeld als socialeverzekeringswet in de zin van deze verordening.⁵¹³ Dit heeft uiteraard consequenties voor personen die bij in Nederland opererende zorgverzekeraars zijn verzekerd. Zij kunnen ook een beroep doen op de Sociale Zekerheidsverordening met het oog op behandelingen in een andere lidstaat dan waar zij wonen. De verzekerde heeft dan recht op de medische zorg volgens het wettelijke verzekeringspakket van de lidstaat waar de behandeling wordt ondergaan; de kosten worden achteraf met de Nederlandse verzekeraar verrekend.⁵¹⁴

Een en ander impliceert dat, mocht uit de rechtspraak blijken dat de verdragsbepalingen voor het vrijdienstenverkeer niet kunnen worden toegepast op de zorg-

512 Verordening (EG) nr. 883/2004, Pb EG 2004, L 166/1.

513 Zie *Kamerstukken II* 2004/2005, 29 763, nr. 3, p. 57-58.

514 Hamilton 2008, p. 110-111.

verzekeraars (geen horizontale werking), de Sociale Zekerheidsverordening in het vizier komt. Via deze verordening kunnen alsnog de belangrijke principes die het Hof heeft ontwikkeld in arresten als *Smits & Peerbooms*, *Müller-Fauré* en *Watts* worden toegepast op weigeringen van private zorgverzekeraars om in andere lidstaten genoten zorg te vergoeden.

Overigens wordt opgemerkt dat het Hof er niet voor terugschrikt om op basis van de Sociale Zekerheidsverordening vergaande uitspraken te doen, zo blijkt bijvoorbeeld uit het arrest *Keller* (zaak C-145/03). De casus betrof de behandeling van een Duitse die woonachtig was in Spanje. Zij viel onder de verantwoordelijkheid van de Spaanse autoriteiten, maar kreeg toestemming om in Duitsland behandeld te worden. De Duitse autoriteiten waren van oordeel dat de behandeling uiteindelijk het beste kon worden voortgezet buiten het grondgebied van de EU: Zwitserland. Het Hof oordeelde hierover dat nu de lidstaat van behandeling (Duitsland) behandeling in een derde land noodzakelijk achtte, de lidstaat van aansluiting (Spanje) de kosten diende te vergoeden.

Vergoeding van kosten in het nieuwe zorgstelsel

Indien eenmaal vaststaat dat een zorgverzekeraar gehouden is de kosten van een behandeling in het buitenland te vergoeden, dient bepaald te worden tot welke bedrag deze kosten moeten worden gecompenseerd.

Het is vaste rechtspraak dat het in beginsel aan de lidstaten is om vast te stellen wat de maximale hoogte is voor de vergoeding van een medische behandeling uit het verzekeringspakket.⁵¹⁵ Wanneer de kosten van een behandeling die een verzekerde in het buitenland heeft ondergaan, hoger zijn dan de maximale vergoeding waarop hij recht heeft krachtens het verzekeringspakket van zijn eigen lidstaat, dan moet deze verzekerde het verschil in de kosten zelf dragen. Dit uitgangspunt wordt echter gerelativeerd als het 'bijbetalingen' betreft voor zorg die de verzekerde in een andere lidstaat heeft ondergaan.

In de praktijk komt het voor dat een verzekerde moet bijbetalen voor een behandeling in een andere lidstaat, terwijl dit niet het geval zou zijn geweest, indien hij dezelfde behandeling had ondergaan in de lidstaat waar hij woont. De verzekerde heeft nu krachtens de Sociale Zekerheidsverordening recht op vergoeding van de kosten ter hoogte van het bedrag voorgeschreven door de lidstaat waar de behandeling is ondergaan.⁵¹⁶ In het arrest *Vanbraekel* (zaak C-368/98) heeft het Hof echter naast deze verordening ook de regels voor het vrijdienstenverkeer toegepast op de situatie, waarin de vergoeding van de kosten hoger zijn in het woonland van de verzekerde dan in het land van behandeling. In deze zaak werd een Belgisch verzekerde geholpen in een Frans ziekenhuis. Op grond van het Franse zorgstelsel moest zij een eigen bijdrage betalen, terwijl een dergelijke bijdrage niet verschuldigd zou zijn geweest, indien zij was behandeld in België. Het

515 Zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, r.o. 105-107. Zie ook *Steyger* 2002, p. 105.

516 Bijv. zaak C-193/03, *Bosch*.

Hof oordeelde dat deze verplichting voor de Belgische patiënt in kwestie om bij te betalen een beperking van het vrijdienstenverkeer inhield. Het werd haar moeilijker gemaakt de desbetreffende dienst buiten haar woonland, namelijk in Frankrijk, te ontvangen. Deze beperking was volgens het Hof niet te rechtvaardigen. Het financieel evenwicht van het Belgische zorgstelsel werd niet in gevaar gebracht, omdat door de verleende toestemming voor de behandeling in Frankrijk de Belgische autoriteiten toch reeds (een groot gedeelte van) de kosten moesten dragen (r.o. 51). Uit het arrest Vanbraekel volgt dus dat de aanvullende kosten die bijvoorbeeld een Nederlands verzekerde zou moeten betalen voor een behandeling in een andere lidstaat, maar die niet verschuldigd zijn voor dezelfde behandeling in Nederland, uiteindelijk voor rekening komen van de zorgverzekeraar(s).

In de zaak Vanbraekel was de kwestie betreffende de vergoeding van de kosten nog redelijk eenvoudig op te lossen, omdat het Franse en Belgische zorgsysteem in een aantal opzichten redelijk veel op elkaar lijken. Hoe moet echter met deze problematiek worden omgegaan, indien de aan de orde zijnde zorgstelsels veel van elkaar verschillen? Hoe moeten de kosten worden berekend, indien een patiënt gevestigd is in een lidstaat met een op de marktgeoriënteerd stelsel (bijvoorbeeld Nederland), terwijl hij een medische behandeling ondergaat in een lidstaat met veel overheidsins grijpen (bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk)?

Hierover heeft het Hof zich gebogen in het arrest Watts (zaak C-372/04). Het uitgangspunt moet zijn dat de patiënt in een positie moet worden gebracht, waarin hij ook zou hebben verkeerd, indien hij de behandeling in zijn eigen lidstaat zou hebben ondergaan. De gedachte hierachter is gebaseerd op het beginsel van non-discriminatie: een patiënt die recht heeft op een behandeling in een andere lidstaat mag niet minder gunstig worden behandeld dan een patiënt die in zijn eigen lidstaat dezelfde behandeling ontvangt.⁵¹⁷

De zaak Watts had betrekking op het Verenigd Koninkrijk, waar patiënten in beginsel zorg ontvangen zonder hiervoor te betalen aan de zorgverleners. Deze ontvangen voor hun prestaties een vergoeding van de overheid, omdat het Britse systeem een National Health Service (NHS) is. Hierdoor is niet duidelijk wat de kosten van een specifieke behandeling bedragen, in het geval van mevrouw Watts een heupoperatie. Welk bedrag van de kosten van deze operatie die in Frankrijk, dat een verzekeringsstelsel van *caisses mutuelles* heeft, werd uitgevoerd, diende betaald te worden door de Britse NHS? Eerst moest op objectieve wijze worden bepaald hoeveel kosten een vergelijkbare behandeling in het Verenigd Koninkrijk zou hebben gekost. Vervolgens moest worden vastgesteld hoeveel kosten door de Franse autoriteiten namens de Britse NHS waren vergoed en hoeveel kosten door de patiënt zelf (mevrouw Watts) waren betaald. Indien het bedrag dat de behandeling in kwestie (de heupoperatie) gewoonlijk kost in het Verenigd Koninkrijk (en dat dus automatisch door de NHS wordt gedragen) hoger was dan het

517 Zie ook Hervey en McHale 2004, p. 134.

bedrag vergoed door de Franse autoriteiten en betaald door de patiënt in kwestie, diende het verschil door de NHS te worden gecompenseerd aan de patiënt.

Het opmerkelijke van deze werkwijze is dus dat de kosten van de verschillende nationale zorgsystemen met elkaar worden vergeleken. Indien er veel grensoverschrijdende zorg plaatsvindt, worden de lidstaten gedwongen dergelijke vergelijkingen uit te voeren. In dat geval kan er 'spontaan' een systeem van *benchmarking* op het terrein van de kosten van de zorgstelsels van de lidstaten ontstaan. Wellicht dat hierdoor een zekere stimulans kan ontstaan voor sommige lidstaten om kritisch te kijken naar de kostenefficiëntie van hun zorgstelsels.

Overigens is in de zaak Watts ook de vraag aan de orde gesteld of reis- en verblijfkosten moeten worden vergoed door de nationale autoriteiten van de lidstaat van de patiënt die zorg in een andere lidstaat ontvangt. Het was onvermijdelijk dat het Hof hiermee geconfronteerd zou worden, nu het ondergaan van medische behandelingen in een andere lidstaat vrijwel altijd kosten in de sfeer van reizen en verblijf met zich brengt. Het Hof heeft, net zoals de problematiek van de vergelijking van de kosten van behandelingen in de 'woon-lidstaat' en de 'behandeling-lidstaat', zijn benadering met betrekking tot de reis- en verblijfkosten gebaseerd op het beginsel van non-discriminatie (r.o. 139-140 Watts). Dit betekent dat, indien deze kosten worden vergoed krachtens het nationale zorgstelsel voor binnenlandse behandelingen, vergelijkbare kosten voor behandelingen in andere lidstaten ook vergoed moeten worden.⁵¹⁸ Indien derhalve een verzekering, bijvoorbeeld aangeboden door een private verzekeraar in Nederland, normaliter de reis- en verblijfkosten dekt, dan moet deze verzekering vergelijkbare kosten vergoeden indien de verzekerde recht heeft op een behandeling in een andere lidstaat.⁵¹⁹ De kosten die in dat geval vergoed moeten worden, kunnen veel hoger zijn dan aanvankelijk was verwacht. Verzekeraars en andere nationale zorgautoriteiten kunnen dus geprikkeld worden om reis- en verblijfkosten uit te sluiten van dekking.

2.2.2 Richtlijnvoorstel patiëntenmobiliteit

Uit voorgaande analyse blijkt dat het Hof in zijn rechtspraak een aantal aspecten betreffende grensoverschrijdende zorg heeft uitgewerkt. Door allerlei concrete regels te formuleren heeft het Hof bijgedragen aan een zekere harmonisatie van de nationale voorwaarden betreffende deze zorg.⁵²⁰ Dit vindt echter plaats op een *case by case*-basis. Lidstaten, zorgverzekeraars, patiënten en zorgaanbieders verkeren daardoor lang in onzekerheid hoe met bepaalde kwesties moet worden omgegaan. Het is daarom niet verwonderlijk dat de Commissie stappen heeft gezet om bepaalde aspecten van grensoverschrijdende zorg te regelen in een richtlijn. Op

518 Een soortgelijke beslissing had het Hof reeds genomen in zaak C-8/02, Leichtle.

519 Zie in dit verband ook zaak C-466/04, Herrera, r.o. 38.

520 Zie meer uitgebreid over de harmoniserende werking van de rechtspraak van het Hof voor de zorg: Van de Gronden 2009.

deze wijze worden de lidstaten gedwongen om de rechten die patiënten kunnen ontlenen aan het vrij verkeer van diensten meer serieus te nemen.⁵²¹ In haar reactie op vragen van de beide kamers van de Nederlandse Staten-Generaal heeft de Commissie aangegeven dat het richtlijnvoorstel noodzakelijk was vanwege de rechtsonzekerheid die bestaat naar aanleiding van de rechtspraak van het Hof over grensoverschrijdende zorg.⁵²²

Op 2 juli 2008 heeft de Commissie haar voorstel voor een Richtlijn voor patiëntenmobiliteit gepresenteerd.⁵²³ De doelstelling van dit richtlijnvoorstel (art. 1) is het instellen van een algemeen kader voor grensoverschrijdend zorgverkeer en het bevorderen van het vrij verkeer van veilige en hoogwaardige medische diensten. Er kunnen drie onderdelen onderscheiden worden. Er is een aantal algemene bepalingen, er zijn voorschriften die het vrij verkeer van zorgdiensten betreffen en er worden artikelen die de organisatie van dit vrij verkeer faciliteren, voorgesteld. Hierna wordt op deze onderdelen ingegaan.

2.2.2.a Algemene bepalingen

Artikel 2 van het richtlijnvoorstel laat er geen misverstand over bestaan. Zijn toepassingsbereik omvat de verlening van gezondheidszorg, ongeacht de wijze van organisatie, verstrekking of financiering ervan. Daaraan wordt toegevoegd dat het niet uitmaakt of sprake is van publieke of private zorg. Hieruit volgt ondubbelzinnig dat, mocht dit voorstel tot richtlijn worden verheven, er ook verplichtingen zullen ontstaan voor het Nederlandse zorgstelsel dat door private verzekeraars wordt uitgevoerd.

Relatie tussen richtlijnvoorstel en Sociale Zekerheidsverordening

In artikel 3 wordt de verhouding tussen de voorgestelde Richtlijn voor patiëntenmobiliteit en andere Gemeenschapsregelingen geregeld. Het meest in het oog springt de wijze waarop de verhouding tussen het voorstel en de Sociale Zekerheidsverordening is geregeld (art. 3 lid 2).

Het betreft een delicate relatie: soms heeft de Sociale Zekerheidsverordening voorrang en soms het richtlijnvoorstel. Artikel 22 van de Sociale Zekerheidsverordening bepaalt dat in een aantal gevallen toestemming moet worden verleend voor behandeling in een andere lidstaat. Dit artikel stelt onder meer dat, indien een verzekerde die tijdelijk op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft (bijvoorbeeld tijdens een vakantie) recht heeft op geneeskundige zorg, indien zijn toestand dit medisch gezien noodzakelijk maakt. Daarnaast kunnen, zoals hier-

521 Zie Editorial Comments, 'Towards an improved framework for cross-border healthcare', *Common Market Law Review* 2008, p. 1333.

522 Zie Subsidiariteitstoets van het richtlijnvoorstel inzake patiëntenrechten in geval van grensoverschrijdende gezondheidszorg. Antwoord van de Europese Commissie op opmerkingen van beide kamers der Staten-Generaal, *Kamerstukken II 2008/2009*, 31 545, nr. 7, p. 3.

523 COM(2008) 414.

voor al opgemerkt, de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de verzekerde woont, toestemming verlenen voor een behandeling in het buitenland. Deze toestemming moet, volgens artikel 22, tweede alinea, worden vereend, indien de gewenste '...behandeling hem, gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waar hij woont.' Wanneer voldaan is aan de deze voorwaarden, is de Sociale Zekerheidsverordening en niet de voorgestelde richtlijn van toepassing. In deze omstandigheden heeft de Sociale Zekerheidsverordening dus voorrang boven de voorgestelde Richtlijn voor patiëntenmobiliteit.

Voor de gevallen waaruit geen verplichting voortvloeit uit de Sociale Zekerheidsverordening voor de lidstaten om grensoverschrijdende zorg te vergoeden, heeft het richtlijnvoorstel voorrang. De rechten van de verzekerden moeten dan worden vastgesteld op basis van de richtlijn.

In de considerans bij het voorstel wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat de reden voor deze enigszins gecompliceerde verhouding tussen beide regelingen is dat gunstigere rechten van de Sociale Zekerheidsverordening niet aan de patiënt mogen worden onthouden (nr. 22). Wat in dit verband evenwel moet worden opgemerkt, is dat uit het arrest Vanbraekel (zaak C-368/98) blijkt dat het Hof het deficit van de Sociale Zekerheidsverordening ten aanzien van de hoogte van kostenvergoeding van behandeling in het buitenland en de woonplaats, heeft gerepareerd met de toepassing van de regels van het vrijdienstenverkeer. De lidstaat waar de verzekerde woont, moet een eventueel negatief verschil in kostenvergoeding aan de verzekerde compenseren.

Hoe moet een dergelijk probleem worden opgelost op het moment dat het voorgestelde regime van het Richtlijnvoorstel voor patiëntenmobiliteit in werking treedt? Naar onze mening zou de Sociale Zekerheidsverordening op het punt van de vergoeding in overeenstemming met de verdragsbepalingen voor het vrijdienstenverkeer moeten worden geïnterpreteerd, omdat op grond van vaste rechtspraak het secundaire EG-recht (zoals verordeningen en richtlijnen) in het licht van het primaire EG-recht (EG-Verdrag) moet worden uitgelegd.⁵²⁴ Dit betekent dat de Sociale Zekerheidsverordening niet zo mag worden toegepast dat een verzekerde het moeilijker wordt gemaakt een behandeling in het buitenland te ondergaan doordat de te ontvangen onkostenvergoeding hiervoor lager is dan voor dezelfde behandeling in de eigen lidstaat. Het verdient daarom aanbeveling de Sociale Zekerheidsverordening op het punt van de onkostenvergoeding aan te passen als het voorstel voor de Richtlijn voor patiëntenmobiliteit in werking treedt.

Overigens bevat de considerans bij het richtlijnvoorstel nog een verwarrende opmerking. Gesteld wordt dat de patiënt het mechanisme (de verordening of de richtlijn) kan kiezen, waaraan hij de voorkeur geeft (nr. 23). Dit standpunt is

524 Bijv. zaak C-47/90, Delhaize. Zie ook Mortelmans 2002, p. 1324.

moeilijk te rijmen met de samenloopregeling die artikel 3 van het richtlijnvoorstel voorschrijft. Hier is geen sprake van keuzevrijheid, maar wordt duidelijk bepaald wanneer de Sociale Zekerheidsverordening van toepassing is en wanneer de voorgestelde richtlijn.⁵²⁵ Het is wenselijk dat deze verwarrende opmerking uit de considerans niet terugkomt in de uiteindelijke versie van de Richtlijn voor patiëntenmobiliteit.

Basisbeginselen voor grensoverschrijdende zorg

Een bepaling die op lange termijn verstrekkende gevolgen voor de zorgstelsels van de lidstaten kunnen hebben, is artikel 5 van het richtlijnvoorstel. Hier worden de basisbeginselen voor grensoverschrijdende zorg vastgelegd. Er wordt een aantal algemene eisen vastgesteld, waaraan de lidstaat, waar een patiënt uit een andere lidstaat behandeld wordt, moet voldoen.

Het is duidelijk dat in de praktijk de nationale zorgautoriteiten van een lidstaat geen onderscheid kunnen en willen maken tussen de behandeling van patiënten die uit een andere lidstaat komen en die uit de eigen lidstaat komen. *De facto* zullen de eisen in het richtlijnvoorstel, gaan fungeren als algemene randvoorwaarden voor nationale zorgstelsels, indien het voorstel daadwerkelijk richtlijn wordt. Zorgverrichtingen moeten voldoen aan duidelijke kwaliteits- en veiligheidsnormen, waarbij rekening wordt gehouden met beginselen betreffende universaliteit, toegang tot goede kwalitatieve zorg, rechtvaardigheid en solidariteit. Met het oog op de behandeling van patiënten uit andere lidstaten moeten er toezichtmechanismen worden vastgesteld, informatievoorziening worden opgezet, klachtenprocedures in het leven worden geroepen, regelingen voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen gelden, het recht op privacy worden geregeld en de gelijke behandeling van patiënten worden gegarandeerd.

Het is duidelijk dat veel van deze onderwerpen (zo niet alle) reeds voorwerp zijn van wetgeving in Nederland. Dit wil echter niet zeggen dat artikel 5 van het richtlijnvoorstel voor het Nederlandse zorgstelsel een lege huls zal zijn. Wanneer de Richtlijn voor patiëntenmobiliteit in werking treedt, zullen de aangelegenheden genoemd in dit artikel een Europese dimensie krijgen. Daarmee worden zij voorwerp van de rechtspraak van het Hof, dat een cruciale rol op het terrein van de interpretatie van de beginselen zal gaan spelen. Het spreekt voor zich dat de Nederlandse wetgever geen onderscheid zal maken wat de toepasselijke beginselen van zorg betreft, tussen behandelingen van patiënten woonachtig in Nederland en patiënten die in andere lidstaten wonen. Het zal hier gaan om dezelfde 'basisbeginselen voor de zorg'. Daarmee krijgt het Hof (tezamen met andere Gemeenschapsinstellingen zoals de Commissie) invloed op de principes die ten grondslag liggen aan het Nederlandse zorgstelsel. Deze zullen niet alleen bepaald worden door de nationale jurisprudentie, maar ook door de Europese rechtspraak. Al met al is de conclusie gerechtvaardigd dat artikel 5 een aanzet zal

525 Zie in dit verband ook Sauter 2008a, p. 42.

geven voor de ontwikkeling van basisbeginselen voor zorgstelsels op Europees niveau.

2.2.2.b *Vrij verkeer van zorgdiensten*

De kern van het richtlijnvoorstel wordt gevormd door de artikelen 6, 7 en 8. Deze bepalingen gaan over het ontvangen van zorgdiensten in andere lidstaten.

Het uitgangspunt hiervoor is vastgelegd in artikel 6. Het is ons inziens opvallend dat krachtens dit uitgangspunt patiënten in beginsel niet belet mogen worden om behandelingen te ondergaan in andere lidstaten, indien deze behandelingen onderdeel zijn van het (wettelijke) verzekeringspakket van de lidstaat, waar zij wonen (art. 6 lid 1). Het vertrekpunt van de voorgestelde richtlijn is derhalve dat lidstaten grensoverschrijdende zorg dienen te vergoeden. Dit is anders dan in de rechtspraak van het Hof, waar in beginsel een scheidslijn bestaat tussen extramurale zorg en intramurale zorg. Zoals hiervoor is uiteengezet, moeten lidstaten in beginsel extramurale zorg in een andere lidstaat wél en intramurale zorg in een andere lidstaat níet vergoeden. Verder dient een patiënt volgens het richtlijnvoorstel een vergoeding van de kosten van in een andere lidstaat ontvangen zorg te krijgen ten belope van het bedrag dat zou zijn vergoed indien dezelfde of soortgelijke zorg in de lidstaat waar deze patiënt woont, zou zijn genoten (art. 6 lid 2). De omvang van de vergoeding mag echter nooit groter zijn dan de feitelijke kosten van de ontvangen zorg (ook art. 6 lid 2).

Ondanks het opmerkelijke uitgangspunt van artikel 6 van het richtlijnvoorstel, wordt in dit voorstel uiteindelijk wel een benadering gehanteerd die gebaseerd is op het onderscheid tussen extramurale en intramurale zorg. De bekende rechtspraak van het Hof in zaken als Müller-Fauré en Watts keert dus wel terug in de door de Commissie voorgestelde Richtlijn voor patiëntenmobiliteit.

Artikel 7 bepaalt dat een lidstaat de vergoeding van de kosten van extramurale zorg ontvangen in een andere lidstaat niet afhankelijk mag stellen van een stelsel van voorafgaande toestemming, indien de ontvangen diensten tot het verzekeringspakket van de eerstgenoemde lidstaat behoort. Deze bepaling is duidelijk geënt op hetgeen het Hof in Müller-Fauré heeft beslist over extramurale zorg.

Artikel 8 gaat over intramurale zorg. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat een lidstaat de vergoeding van in een andere lidstaat ontvangen intramurale zorg alleen aan een stelsel van voorafgaande toestemming mag onderwerpen, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet een dergelijk stelsel erop gericht zijn om de uitstroom van patiënten tegen te gaan. In de tweede plaats moet aangetoond worden dat een dergelijke uitstroom leidt of waarschijnlijk zal leiden tot een ernstige aantasting van één van de belangen genoemd in artikel 8 lid 3 sub b.

Uiteraard wordt hier het reeds in de rechtspraak erkende belang van het financieel evenwicht van het nationale socialezekerheidssysteem als reden voor de beperking van het vrij verkeer van intramurale zorgdiensten genoemd. Er worden echter nog meer argumenten genoemd die tot nu toe nog niet aan de orde zijn geweest in de jurisprudentie van het Hof. Het betreft ook de (i) planning en

de rationalisatie van de ziekenhuissector, (ii) de instandhouding van een toegankelijke en evenwichtig stelsel van verzorging door artsen en ziekenhuizen voor eenieder, en (iii) de instandhouding van behandelingscapaciteit of medische deskundigheid op het grondgebied van de lidstaat. Hoewel deze redenen nog geen voorwerp zijn geweest van de rechtspraak van het Hof, wil dat nog niet zeggen dat zij niet als rechtvaardigingsgronden voor beperkingen van intramurale zorgdiensten zouden kunnen worden opgevoerd. Integendeel: wij zijn van mening dat de genoemde belangen goed passen in de argumentatie die het Hof hanteert met betrekking tot planning. Zolang echter deze belangen nog niet expliciet geaccepteerd zijn door het Hof, bestaat er onzekerheid. Aan deze onzekerheid kan de Europese wetgever een einde maken door het richtlijnvoorstel van de Commissie aan te nemen.

In zekere zin zal artikel 8 van het richtlijnvoorstel de bevoegdheid van de lidstaten om het vrij verkeer van intramurale zorgdiensten te beperken, uitbreiden. Dit is echter slechts één zijde van de medaille. De bevoegdheid van de lidstaten wordt ook ingeperkt. Artikel 8 lid 3 van het richtlijnvoorstel bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat het vrij verkeer van intramurale diensten alleen mag worden beperkt met het oog op de genoemde belangen, indien de uitstroom van patiënten leidt of waarschijnlijk zal leiden tot een *ernstige aantasting* (cursivering *preadviseurs*) van deze belangen. Wij zijn van mening dat het hanteren van het vereiste van de 'ernstige aantasting' nieuw is in vergelijking met de rechtspraak. Tot nu toe heeft het Hof nooit van lidstaten verlangd, om met het oog op een succesvol beroep op de excepties, te *bewijzen* dat bijvoorbeeld het belang van het financieel evenwicht van het sociaalzekerheidsstelsel ernstig wordt aangetast. Door een onderscheid te maken tussen extramurale en intramurale zorg, ging de Gemeenschapsrechter in wezen ervan uit dat bij extramurale niet en bij intramurale zorg wél sprake is van een ernstige aantasting.⁵²⁶ In de benadering van het Hof is bij het vrij verkeer van ziekenhuisdiensten de 'ernstige aantasting' een gegeven. Indien artikel 8 lid 3 van het richtlijnvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen door de Europese wetgever, moeten de lidstaten expliciet gaan aantonen dat behandeling van patiënten in ziekenhuizen in andere lidstaten zal leiden tot een ernstige aantasting van de in artikel 8 lid 3 genoemde belangen.⁵²⁷ Indien zij daartoe niet in staat zijn, dan zijn zij verplicht de behandeling die de patiënt in kwestie in een buitenlands ziekenhuis heeft ondergaan, te vergoeden. Het behoeft geen betoog dat in dat geval de bewijslast van de lidstaten aanzienlijk wordt verzwaard ten opzichte van de huidige rechtspraak van het Hof in zaken als *Smits & Peerbooms*, *Müller-Fauré* en *Watts*.

Verder is het naar onze mening opvallend dat in artikel 8 niet worden gesproken over wachtlijsten. Artikel 8 lid 3 sub a noemt wel als voorwaarde voor het weigeren van grensoverschrijdende ziekenhuiszorg (naast de ernstige aantasting van

526 Van de Gronden 2008, p. 50.

527 Zie ook Sauter 2008a, p. 47-48.

één of meer belangen genoemd in artikel 8 lid 3 sub b) dat, indien de zorg op het grondgebied van de lidstaat van de patiënt zou zijn verleend, deze zou zijn vergoed. Dit is een enigszins merkwaardige eis. Want waarom zou een patiënt voorafgaande toestemming vragen, als de kosten toch niet vergoed kunnen worden door het zorgstelsel waarbij hij is aangesloten? Wij vermoeden dat in deze voorwaarde de rechtspraak omtrent wachtlijsten ligt besloten. Het is wenselijk dat tijdens het verdere wetgevingsproces hierover meer duidelijkheid komt.

Het is opvallend dat de Commissie in haar mededeling van 2 juli 2008, welke tegelijkertijd gepubliceerd is met het richtlijnvoorstel, stelt dat dit voorstel de interpretatie van het Hof van de regels voor het vrij verkeer en zorg ongemoeid laat; er zou alleen duidelijkheid geboden worden over de aanvullende rechten van patiënten.⁵²⁸ Wij willen bij deze opvatting van de Commissie enkele kanttekeningen plaatsen. Het is immers zo dat de eis van een ernstige aantasting een novum is ten opzichte van de rechtspraak van het Hof. Hierdoor zal het richtlijnvoorstel patiënten eerder het recht geven op vergoedingen van ziekenhuisbehandelingen in andere lidstaten dan thans mogelijk is op grond van het vrijdienstenverkeer en de rechtspraak van het Hof. De Commissie geeft dit zelfs ook toe door eveneens in de mededeling van 2 juli 2008 naar voren te brengen dat kosten van behandeling in buitenlandse ziekenhuizen de betaalbaarheid of de planning van de gezondheidsstelsels in het algemeen niet zullen aantasten.⁵²⁹ Hieruit moet worden afgeleid dat ook de Commissie de kans op een ernstige aantasting van de betaalbaarheid en planning klein acht. Dit zal als consequentie hebben dat lidstaten in de meeste gevallen aanvragen van patiënten om in een ziekenhuis van een andere lidstaat te worden behandeld, zouden moeten honoreren. Wij zijn van mening dat dit een duidelijke breuk is met de huidige rechtspraak van het Hof in zaken als *Smits & Peerbooms*, *Müller-Fauré* en *Watts*.

Het is duidelijk dat het vereiste van 'ernstige aantasting' de bevoegdheid van de lidstaten om grensoverschrijdende ziekenhuisdiensten te reguleren, inperkt. De wens van de Commissie in deze gaat ver. In haar toelichting merkt zij op:

'Dergelijke systemen van voorafgaande toestemming moeten echter beperkt zijn tot gevallen waarin aangetoond is dat de uitstroom van patiënten als gevolg van de grensoverschrijdende intramurale zorg de betaalbaarheid van de gezondheids- en socialezekerheidsstelsels in het algemeen, of de organisatie, planning en verstrekking van gezondheidsdiensten aantast of waarschijnlijk zal aantasten en dat de voorafgaande toestemming noodzakelijk en evenredig is om het financiële en organisatorische evenwicht van het desbetreffende gezondheids- en socialezekerheidsstelsel in stand te houden.'⁵³⁰

528 COM(2008) 415, p. 9.

529 COM(2008) 415, p. 10.

530 COM(2008) 414, p. 18.

Hieruit leiden wij af dat lidstaten alleen nog in uitzonderingsgevallen het vrij verkeer van ziekenhuisdiensten zouden kunnen verbieden, wanneer het richtlijnvoorstel wordt aangenomen. Naar aanleiding van vragen van de beide kamers van de Nederlandse Staten-Generaal stelde de Commissie dat het richtlijnvoorstel slechts de Europese samenwerking op het gebied van gezondheidszorg beoogt te vergemakkelijken.⁵³¹ Naar onze mening strookt deze opmerking niet met de vergaande wijziging die het voorstel voor de intramurale zorg met zich brengt.

De implementatie van het richtlijnvoorstel in zijn huidige vorm zal leiden tot een zeer fascinerende operatie, aangezien de wijze waarop de lidstaten hun ziekenhuisstelsels hebben gereguleerd, nogal verschillend zijn. In Nederland bestaat een op de marktgeoriënteerd systeem en in landen als Duitsland en België hebben de ziekenfondsen een spilfunctie, terwijl in het Verenigd Koninkrijk en Spanje de door de staat beheerste NHS verantwoordelijk is voor de organisatie van de zorg. Het is jammer dat de Commissie in haar Impact Assessment⁵³² die zij heeft uitgevoerd met het oog op de voorgestelde richtlijn weinig aandacht heeft besteed aan de grote verschillen tussen de zorgstelsels van de lidstaten. Wij pleiten er daarom voor dat de Europese wetgever (Raad, Europees Parlement enzovoort) nog een keer goed deze verschillen in ogenschouw neemt.

Hoewel het richtlijnvoorstel de bevoegdheden van lidstaten op het terrein van intramurale zorg inperkt in vergelijking met de huidige rechtspraak, zijn deze bevoegdheden nog steeds ruimer dan die met betrekking tot de extramurale zorg. Het onderscheid tussen beide zorgdiensten is dus van groot belang en daarom is het goed dat in het richtlijnvoorstel een poging wordt gedaan om het begrip intramurale zorg te definiëren. Er is sprake van deze zorg, indien de behandeling in kwestie aanleiding geeft tot overnachting van ten minste één nacht.⁵³³ Het probleem is echter dat deze definitie geen recht doet aan de rechtspraak van het Hof in zaken als *Smits & Peerbooms*, *Müller-Fauré* en *Watts*. In deze jurisprudentie stond de vraag centraal of de aan de orde zijnde behandeling vanwege zijn complexe karakter en vitale belang onderhevig moet zijn aan een planningsmechanisme. Indien dit het geval is, dan wordt deze benadeling beschouwd als intramurale zorg. In de definitie van het richtlijnvoorstel is het afhankelijke van de toevallige praktijk in een lidstaat of een bepaalde behandeling intramuraal of extramuraal is. Wat in de ene lidstaat te boek staat als een ziekenhuisbehandeling, kan in een andere lidstaat een verrichting zijn die buiten de muren van een ziekenhuis plaatsvindt.

Het is echter de bedoeling dat naast de richtlijndefinitie ook een lijst wordt gehanteerd die behandelingen vermeldt die in ieder geval als intramurale zorg worden

531 *Kamerstukken II 2008/2009*, 31 545, nr. 7, p. 2-3.

532 Commission Staff Working Document, accompanying document to the proposal for a Directive on the application of patients' right in cross-border healthcare, Impact Assessment, COM(2008) 414.

533 Zie art. 8 lid 1 sub a richtlijnvoorstel.

beschouwd. Het gaat hier om medische verrichtingen die een hoog gespecialiseerd en kostenintensief karakter hebben, dan wel risico's voor patiënten en de bevolking met zich brengen. Deze criteria doen wel recht aan de centrale rol die het planningsargument speelt in de rechtspraak van het Hof. Zo kunnen bepaalde poliklinische verrichtingen die vanwege hun complexe karakter gepland moeten worden, op de lijst worden geplaatst en zo toch nog de kwalificatie intramurale zorg krijgen. Al met al zal het in grote mate afhangen van de op te stellen lijst in hoeverre de richtlijndefinitie voor het begrip intramurale zorg recht doet aan het complexe en vitale karakter van bepaalde medische diensten en de daarmee gepaard gaande noodzaak van planning.

2.2.2.c *Institutionele verplichtingen richtlijnvoorstel*

De voorgestelde richtlijn gaat verder dan alleen het vaststellen van inhoudelijke voorschriften voor grensoverschrijdende zorg. Zij legt ook een aantal voorschriften op die van institutionele aard zijn. Zo moeten krachtens artikel 9 van het richtlijnvoorstel de nationale procedures voor voorafgaande toestemming voor het ontvangen van intramurale zorg in een andere lidstaat, in overeenstemming zijn met eisen betreffende objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekendgemaakte criteria. Daarnaast moeten lidstaten aan de patiënten informatie geven over het ontvangen van zorg in andere lidstaten (art. 10). Er dienen zelfs nationale contactpunten voor grensoverschrijdende gezondheidszorg in het leven te worden geroepen (art. 12). Deze moeten patiënten assisteren bij het geldend maken van hun rechten die zij ontlenuen aan het Gemeenschapsrecht.

Verder zijn er bepalingen die de bevoegde autoriteiten van de lidstaten verplichten tot wederzijdse bijstand met betrekking tot de toepassing van de richtlijn (art. 13). Artikel 14 bevat een concrete en in het oog springende samenwerkingsverplichting. Op grond van deze bepaling moeten recepten voor geneesmiddelen die een arts in de ene lidstaat heeft verstrekt (in overeenstemming met de relevante wetgeving), in de andere lidstaat worden geaccepteerd door apothekers. Tevens dienen op grond van artikel 15 Europese referentienetwerken te worden opgezet, waarmee onder andere kan worden samengewerkt op het terrein van zeer gespecialiseerde gezondheidszorg, de toegang tot hoogwaardige en kosteneffectieve gezondheidszorg en *benchmarks* voor kwaliteit en veiligheid. Verder omvat het richtlijnvoorstel bepalingen die E-gezondheidszorg bevorderen (art. 16), betrekking hebben op samenwerking betreffende nieuwe gezondheidstechnologieën (art. 17) en die betrekking hebben op het verzamelen van gegevens voor statistische en toezichtdoeleinden (art. 18).

Al deze bepalingen met uiteenlopende verplichtingen leiden ertoe dat gezondheidsmarkten worden gereguleerd volgens de principes van *good governance*. In dit verband zij erop gewezen dat ook 'principles of good administration' worden ontwikkeld in het Europese recht (zij het nog in rudimentaire vorm).⁵³⁴ Het gaat

534 Kadelbach 2002, p. 186.

er bij deze beginselen om dat bestuurlijke autoriteiten onder meer gehouden zijn om zorgvuldig onderzoek uit te voeren, waarbij zij belanghebbenden de gelegenheid moeten geven gehoord te worden.⁵³⁵ Het richtlijnvoorstel bouwt deze beginselen verder uit voor de zorg. Er worden concrete voorschriften voor bepaalde administratieve procedures geïntroduceerd en nationale bevoegde autoriteiten worden verplicht om het grensoverschrijdend zorgverkeer voor patiënten te vereenvoudigen. Op deze wijze worden patiënten geholpen om hun rechten te verzilveren. Indien het richtlijnvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen, dan wordt er een Europese benadering voor zorgmarkten ontwikkeld die niet alleen inhoudelijke consequenties heeft, maar ook zal leiden tot een communautair concept van *good governance* voor deze markten.

2.2.2.d Consequenties richtlijnvoorstel voor Nederlands zorgstelsel

Hoewel wij in Nederland een modern en op de marktgeoriënteerd zorgstelsel hebben, is het een misverstand te denken dat onze wetgeving met betrekking tot dit stelsel niet zou moeten worden aangepast, indien het richtlijnvoorstel wordt aangenomen. Aan de private verzekeraars die in Nederland de basisverzekering aanbieden, zullen dan extra verplichtingen moeten worden opgelegd. Thans moeten zij een aantal publiekrechtelijke randvoorwaarden in acht nemen, dat met het oog op het algemeen belang is vastgesteld, zoals de acceptatieplicht. Het richtlijnvoorstel zal Nederland nu ook verplichten nog andere randvoorwaarden aan private verzekeraars op te leggen. Het gaat om randvoorwaarden die betrekking hebben op het bevorderen van patiëntenmobiliteit. De Nederlandse overheid moet er zorg voor dragen dat de private zorgverzekeraars geen systeem van voorafgaande toestemming voor grensoverschrijdende extramurale zorg meer hanteren en dat zij toestemming verlenen voor intramurale zorg in de gevallen dat een dergelijke toestemming niet kan worden geweigerd volgens artikel 8 van de richtlijn. Daarnaast moeten de algemene eisen, waaraan een nationaal zorgstelsel moet voldoen met het oog op grensoverschrijdende zorgdiensten, ook worden vastgelegd in de Nederlandse wetgeving voor de zorg.

2.3 Zorg verlenen: ziekenhuizen en DBC's

Zoals aangegeven, wordt in dit preadvies ook ingegaan op de consequenties van het recht voor de interne markt voor het verlenen van zorg. De rechtspraak over zorg en interne markt concentreert zich tot nu toe vooral op grensoverschrijdend zorgverkeer van patiënten en de rol die verzekeraars hierin spelen. De wijze waarop nationale wetgeving het verlenen van zorg door aanbieders reguleert, moet echter ook voldoen aan het Europese recht. Het Hof neemt relatief snel aan dat zorgaanbieders economische activiteiten verrichten, hetgeen de toepasselijk-

535 Kadelbach 2002, p. 186.

heid van het recht voor de interne markt (en de mededinging) met zich brengt.⁵³⁶ Zo werd bejaardenzorg aangeboden door non-profitinstellingen als economische activiteit gekwalificeerd, wat de toepasselijkheid van het verdragsregime voor de vrijheid van vestiging met zich bracht.⁵³⁷

In deze paragraaf wordt daarom bekeken welke randvoorwaarden het recht van de interne markt stelt aan nationale wetgeving die eisen stelt aan het verlenen van zorg door aanbieders.

Met het oog hierop wordt alleen ingegaan op de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer. Deze nationale wetgeving hoeft niet te worden getoetst aan de Dienstenrichtlijn,⁵³⁸ omdat artikel 2 lid 2 sub f van die richtlijn zorgdiensten uitzondert van haar bereik, ongeacht of deze publiek of privaat georganiseerd zijn.⁵³⁹ Verder wordt ook niet ingegaan op de richtlijnen voor beroepskwalificaties (die ook betrekking hebben op medische beroepen), omdat hierover al vrij veel literatuur bestaat.⁵⁴⁰

Verder zou het te ver voeren om alle mogelijke Nederlandse wetgeving vastgesteld voor zorgaanbieders aan de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer te toetsen. Bij wijze van 'case study' wordt hierna daarom ingegaan op de tariefsystematiek voor diagnose-behandelingcombinaties (hierna: DBC's) voor ziekenhuiszorg. Voor dit onderwerp is gekozen, omdat het een marktordeningsinstrument betreft en verwacht mag worden dat de overheid bij de vaststelling van dergelijke instrumenten relatief snel geconfronteerd zal worden met het EG-recht voor de interne markt.

Hierna wordt eerst onderzocht in hoeverre de tariefsystematiek voor DBC's beperkingen van het vrij verkeer kunnen opleveren. Daarna wordt nagegaan of eventuele beperkingen gerechtvaardigd kunnen worden.

2.3.1 *Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten*

Op dwingende wijze worden in DBC's prestatieomschrijvingen gegeven. Elke activiteit in de behandeling van de patiënt (van het eerste contact met de zorgverlener tot en met de laatste controle) wordt immers benoemd.⁵⁴¹ Vervolgens kunnen aan DBC's tariefvoorschriften verbonden worden: aangegeven wordt welke tarieven voor bepaalde behandelingen (die bijvoorbeeld worden aangeboden in ziekenhuizen) in rekening kunnen worden gebracht. Grosso modo bestaat de DBC-tariefstructuur voor ziekenhuizen uit twee gedeelten: het A-segment en het B-segment. De tarieven voor het A-segment zijn nog gebaseerd op functiegerichte

536 Zie verder hierover hoofdstuk 3.

537 Zaak C-70/95, Sodemare.

538 Richtlijn 2006/123/EG, Pb EG 2006, L 376/36.

539 Uitgebreid hierover Van de Gronden en Stergiou 2008, p. 154.

540 Zie bijvoorbeeld Barnard 2006.

541 Zie uitgebreid over DBC's: www.dbconderhoud.nl.

budgetten en de lumpsumsystematiek.⁵⁴² Hier wordt gewerkt met punttarieven. Sinds 2008 geldt echter voor de activiteiten van de medisch specialisten in het A-segment niet meer de lumpsumsystematiek, maar een uurtarief met bandbreedte en normtijden.⁵⁴³ Voor het B-segment gelden vrije tarieven, met uitzondering van de component voor medisch specialisten voor wie, ook hier, een uurtarief met bandbreedte en normtijden gelden.⁵⁴⁴ Deze tariefsystematiek voor medisch specialisten was reeds van toepassing in het B-segment, voordat dit ook in het A-segment werd ingevoerd. De Minister van VWS heeft aangegeven gefaseerd steeds meer medische diensten onder de vrije prijsvorming van het B-segment te willen brengen.⁵⁴⁵ Bij deze gefaseerde invoering dient rekening te worden gehouden met de kapitaallasten van het ziekenhuis en wordt er – op termijn – een regeling voor nadeelcompensatie in het leven geroepen.⁵⁴⁶ Indien evenwel de kosten van het vrije B-segment de grenzen van het Budgettair Kader Zorg overschrijden, zal een prijsbeheersingsinstrument worden ingezet, waarbij overwogen wordt om het B-segment of clusters van dit segment aan maximumtariefvoorschriften te onderwerpen.⁵⁴⁷

2.3.1.a *Rechtspraak Hof over vrij verkeer en nationale tariefvoorschriften*

Om te bezien of de beschreven tariefssystematiek voor DBC's aanleiding geeft tot beperkingen van het vrij verkeer, moet ingegaan worden op de rechtspraak van het Hof over het vrij verkeer en nationale tariefvoorschriften. Opmerkelijk genoeg is het Hof altijd terughoudend geweest om aan te nemen dat nationale voorschriften voor *goederen* het vrij verkeer beperken. Deze rechtspraak komt erop neer dat alleen bij daadwerkelijke effecten sprake is van een belemmering. Bij vaste of minimumprijsvoorschriften moet dan aangetoond worden dat het prijsniveau, waartoe het nationale voorschrift verplicht, zo laag is dat buitenlandse ondernemingen niet kunnen profiteren van hun kostenvoordelen.⁵⁴⁸ Bij maximumtariefvoorschriften moet worden bewezen dat deze tarieven zo laag zijn dat buitenlandse ondernemingen niet meer met redelijke winst hun goederen kunnen afzetten op de binnenlandse markt.⁵⁴⁹ Het spreekt voor zich dat prijsvoorschriften die ingevoerde goederen discrimineren ten gunste van binnenlandse goederen, ook beperkingen opleveren.⁵⁵⁰

542 Hermans 2008, p. 98.

543 Zie Voorhang aanwijzing uurtarief Medisch Specialisten van februari 2007, CZ/TSZ/2747575 en *Kamerstukken II* 2006/2007, 29 248, nr. 37, p. 13.

544 Hermans 2008, p. 98.

545 *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 248, nr. 47.

546 *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 248, nr. 63, p. 2-6. Zie over nadeelcompensatie ook hoofdstuk 3 van dit preadvies.

547 *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 248, nr. 52, p. 1-2.

548 Bijv. zaak 82/77, Van Tiggele.

549 Bijv. zaak C-249/88, Commissie/België.

550 Zaak 181/82, Rousssel.

De tariefsystematiek van DBC's betreft evenwel hoofdzakelijk medische diensten. Dit betekent dat het verdragsregime voor het vrijdienstenverkeer (het aanbieden van diensten door een aanbieder uit een andere lidstaat in Nederland op tijdelijke basis) en dat voor de vrijheid van vestiging (het aanbieden van diensten door een aanbieder uit een andere lidstaat op permanente basis) het relevante Europees-rechtelijke beoordelingskader vormen.

Het is opvallend dat het Hof voor nationale tariefvoorschriften in het kader van het vrij verkeer van diensten een veel strikter benadering heeft ontwikkeld dan bij het vrijgoederenverkeer. In de zaak Cipolla (zaak C-94/04) oordeelde het Hof dat nationale minimumtariefvoorschriften die gelden voor advocatendiensten, aan advocaten uit andere lidstaten de mogelijkheid ontnamen om tegen lagere tarieven hun diensten aan te bieden en zo de prijsconcurrentie beperkten. Minimumtariefschriften leiden daarom volgens het Hof tot beperkingen van het vrij verkeer van diensten. Wat opvalt, is dat anders dan bij het vrijgoederenverkeer een potentieel effect al voldoende is om een belemmering aan te nemen in geval van een nationaal tariefvoorschrift. Dit betekent ons inziens dat ook maximumtariefvoorschriften aanleiding geven tot beperkingen, omdat hierdoor de mogelijkheid ontstaat dat aanbieders uit andere lidstaten niet meer met redelijke winst hun diensten kunnen aanbieden.

Uit het arrest Caixa-Bank (zaak C-442/02) blijkt dat het Hof deze vergaande benadering gebaseerd op potentiële effecten, ook hanteert bij het verdragsregime voor de vrijheid van vestiging. In deze zaak oordeelde het Hof dat het Franse verbod om rente over rekeningencourant te vergoeden, in strijd was met dit verdragsregime. Er was sprake van een ernstige belemmering, omdat banken uit andere lidstaten werden verhinderd via prijsconcurrentie (rente is de prijs voor geld) klanten te verwerven op de Franse markt, terwijl Franse banken makkelijker klanten konden bereiken vanwege hun reeds bestaande nationale netwerk van kantoren. Uit de zaak Caixa-Bank blijkt dat nationale voorschriften betreffende de maximale, minimale of vaste hoogte van de in rekening te brengen tarieven, de vrijheid van vestiging beperken.

2.3.1.b Vrij verkeer en tariefvoorschriften voor A-segment en B-segment

Naar onze mening is de kans groot dat uit de rechtspraak in zaken als Cipolla en Caixa-Bank moet worden afgeleid dat tariefvoorschriften die voor het A-segment en – wat betreft het honorarium ook voor – het B-segment in het leven zijn geroepen, het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging belemmeren. Zorgaanbieders uit andere lidstaten die tijdelijk of permanent op de Nederlandse markt hun diensten willen aanbieden, worden immers in hun concurrentiemogelijkheden beperkt. Het Hof heeft aangenomen dat tariefvoorschriften het vrijdienstenverkeer en de vrijheid van vestiging beperken gezien de potentiële impact die zij kunnen hebben de op handelingsvrijheid van aanbieders uit andere lidstaten. Deze aanbieders kunnen worden verhinderd de prijs in rekening te brengen die correspondeert met de kostenstructuur van hun diensten. Hierdoor wordt het vrij verkeer beperkt door zowel de punttarieven als de andere – niet vrije – tarieven

die gelden voor het A-segment en het B-segment. Deze tariefvoorschriften, die (hoofdzakelijk betrekking hebben op diensten en niet op goederen), vallen daarmee waarschijnlijk onder het verbod om het vrijdienstenverkeer en de vrijheid van vestiging te beperken. Met uitzondering van het honorariumtarief leveren de vrije tarieven die gelden voor het B-segment uiteraard geen beperkingen op. Dit wordt anders op het moment dat de overheid prijsbeheersingsinstrumenten, zoals maximumprijsvoorschriften, gaat inzetten in geval van te grote kostenoverschrijdingen. In dat geval weer, kunnen buitenlandse aanbieders worden beperkt in de vrijheid om hun tarieven vast te stellen.

Overigens kan naar onze mening niet worden uitgesloten dat de 'dwingende' prestatieomschrijvingen die voortvloeien uit de DBC-systematiek, ook aanleiding kunnen geven tot een beperking van het vrij verkeer. De toegang tot de Nederlandse zorgmarkt kan hierdoor voor buitenlandse zorgaanbieders worden beperkt, omdat deze aanbieders krachtens hun eigen nationale regelgeving hun behandelingen op een andere wijze kunnen of zelfs moeten vormgeven. Er dient rekening meegehouden te worden dat de prestatieomschrijvingen van de DBC's onder het verbod om het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging te beperken, vallen.

Voorts wijzen wij erop dat alleen aanbieders uit andere lidstaten een beroep op de verdragsbepalingen voor het vrijdienstenverkeer en de vrijheid van vestiging kunnen doen. Interne situaties – dat wil zeggen casusposities, waarin een Nederlandse aanbieder tegenover de Nederlandse overheid een beroep doet op het Europese regime voor het vrij verkeer – vallen niet onder dit regime.⁵⁵¹ Dit was één van de redenen voor het CBb om eind 2008 in een NZa-tariefbeschikking voor orthodontisten tot de conclusie te komen dat het communautaire regime voor de vrijheid van vestiging en het vrijdienstenverkeer niet was geschonden (LJN BG7876). Alle appellanten waren actief in Nederland (en niet in andere lidstaten), terwijl niet gebleken was dat Duitse of Belgische orthodontisten hun praktijk in Nederland uitoefenden en nadelig geraakt werden door deze maximumtariefvoorschriften.

De tariefvoorschriften kunnen derhalve alleen ter discussie worden gesteld door aanbieders uit andere lidstaten die tijdelijk zorg in Nederland aanbieden en door buitenlandse zorgaanbieders die een zorginstelling oprichten in Nederland, dan wel een dergelijke instelling overnemen. Ook kan een Nederlandse zorgaanbieder een vennootschap oprichten naar het recht van een andere lidstaat en daar formeel zijn hoofdzetel naar toe verplaatsen. Indien deze zorgaanbieder vervolgens hoofdzakelijk, of alleen, actief wordt op de Nederlandse zorgmarkt, valt zij – evenals 'echte' buitenlandse zorgaanbieders – onder het communautaire regime voor de vrijheid van vestiging en kan zij derhalve op dit regime een beroep doen.⁵⁵²

551 Bijv. zaak 52/79, Debaue; zaak C-108/98, RI.SAN. en zaak C-507/03, Commissie/Ierland.

552 Zie bijv. zaak C-167/01, Inspire Art en zaak C-212/97, Centros.

2.3.2 Rol excepties

De tariefregulering van de Nederlandse zorgwetgeving valt binnen de reikwijdte van de bepalingen voor het vrij verkeer. Dit doet de vraag rijzen of de (mogelijke) beperkingen gerechtvaardigd kunnen worden door excepties. Wat dat betreft, is terecht door leden van de Tweede Kamer de vraag gesteld of bepaalde tariefvoorschriften voor de zorg 'Europeesrechtelijk mogelijk' waren.⁵⁵³

2.3.2.a Rechtspraak Hof over zorgexcepties

Het Hof heeft geoordeeld dat lidstaten beperkingen van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen door een beroep te doen op het belang van de volksgezondheid, zoals vastgelegd in artikel 46 EG, en op het financieel evenwicht van het sociale-zekerheidsstelsel,⁵⁵⁴ zoals het Hof heeft erkend in zijn *rule of reason*-rechtspraak.⁵⁵⁵ De categorie excepties met betrekking tot een *rule of reason* zijn open, zodat hieronder een groot aantal belangen kunnen worden gebracht. Voor de zorg is ook de rechtspraak relevant waarin doelstellingen van sociaal beleid worden erkend als *rule of reason*-exceptie.⁵⁵⁶

Verder kunnen alleen nationale maatregelen die een niet-economische doelstelling nastreven worden gerechtvaardigd. Economische maatregelen vallen niet onder de excepties.

Daarnaast moet een geslaagd beroep op deze excepties in overeenstemming zijn met het proportionaliteitsvereiste. In het kader hiervan, voert het Hof de test van de minst beperkende maatregel uit. Ten aanzien van beleidsterreinen die niet politiek gevoelig zijn, wordt niet indringend⁵⁵⁷ getoetst aan het proportionaliteitsvereiste, terwijl deze toets terughoudend wordt uitgevoerd met betrekking tot maatregelen die wel politiek gevoelig zijn.⁵⁵⁸ Daarenboven is zorg een vitaal belang volgens het Hof.⁵⁵⁹

Een en ander betekent dat in zorgzaken, waarin de vraag centraal staat of de betrokken nationale maatregel op evenredige wijze een doelstelling van algemeen belang nastreeft, het Hof waarschijnlijk niet zeer indringend zal toetsen aan het proportionaliteitsvereiste. Ter illustratie wordt gewezen op een recente, afwijzende beslissing van het Hof in een inbreukzaak aangespannen door de Commissie tegen Duitsland (zaak C-141/07). Aan de orde was een Duitse wettelijke verplichting aan ziekenhuizen, die luidde dat indien ziekenhuizen geneesmiddelen

553 Zie de vragen van Omtzigt, Schermers en de Vries, *Kamerstukken II 2007/2008, Aanhangsel*, p. 2067.

554 Zie voor deze rechtspraak par. 2.2 van dit preadvies.

555 Zie hoofdstuk 1 van dit preadvies.

556 Bijv. zaak C-355/00, *Freskot*, r.o. 66.

557 Bijv. zaak C-76/90, *Säger*.

558 Bijv. zaak C-275/92, *Schindler*. Zie hierover *Barnard 2007*, p. 380-381.

559 Bijv. zaak 104/75, *De Peijper* en zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*. Zie hierover *De Vries 2006*, p. 78.

willen betrekken van een externe apotheek (in plaats van een interne ziekenhuis-apotheek), zij dit alleen mogen bij apothekers die vlakbij het desbetreffende ziekenhuis zijn gevestigd. Hoewel dit Duitse ziekenhuizen bevoordeelden ten opzichte van ziekenhuizen in andere lidstaten, was deze beperking gerechtvaardigd. Het Hof wees erop dat op deze wijze de snelle aflevering van medicijnen alsmede de beschikbaarheid ervan gegarandeerd was. Het betoog van de Commissie dat er minder beperkende oplossingen in de vorm van alternatieve bevoorradingsmethoden beschikbaar waren, werd niet gevolgd. In dit verband is ook noemenswaardig de conclusie van Advocaat-Generaal Bot in de zaak Hartlauer (zaak C-169/07).⁵⁶⁰ Hij achtte het in beginsel zelfs geoorloofd dat *in casu* Oostenrijk de oprichting en exploitatie van zorginstellingen, onder andere op het terrein van tandheelkunde, afhankelijk stelt van de vraag of aan een dergelijke instelling behoefte bestond in een regio. De Advocaat-Generaal benadrukte in zijn conclusie de vrijheid van de lidstaten om dit te reguleren. Uiteindelijk stelde hij wel voor dat de nationale rechter verder zou moeten uitzoeken in hoeverre de aan de orde zijnde Oostenrijkse maatregel proportioneel is.

Ook moet worden gewezen op artikel 152 lid 5 EG, dat bepaalt dat de Gemeenschap de bevoegdheid van de lidstaten om de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten te regelen, moet respecteren. De wijze waarop de proportionaliteitstoets wordt toegepast, wordt ook bepaald door deze verdragsbepaling. Illustratief is de conclusie van Advocaat-Generaal Bot in de zaak Apothekerkammer des Saarlandes (zaak C-171/07),⁵⁶¹ waarin hij het verbod uit de Duitse wetgeving op het bezit en de exploitatie van een apotheek door een niet-apotheker, proportioneel achtte onder meer met verwijzing naar artikel 152 lid 5 EG.⁵⁶² Het Hof moet volgens hem bij de beoordeling van nationale zorgmaatregelen er rekening mee houden dat de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging behoort tot 'een als het ware grondwettelijk beschermde nationale bevoegdheid op dit gebied.'⁵⁶³

Indien het Verdrag van Lissabon in werking treedt, wordt aan artikel 152 lid 5 EG de volgende zin toegevoegd: 'De verantwoordelijkheden van de lidstaten omvatten het beheer van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging, alsmede de allocatie van de daaraan toegewezen middelen.' Deze wijziging maakt nog meer duidelijk, dan thans het geval is, dat de inrichting van het zorgstelsel primair een taak van de lidstaten is.

560 Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was het arrest van het Hof in deze zaak nog niet beschikbaar.

561 Met name rnr. 66-67. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was het arrest van het Hof in deze zaak nog niet beschikbaar.

562 Een vergelijkbare benadering hanteerde A-G Bot in de op dezelfde dag gewezen conclusie in zaak C-531/06, Commissie/Italië.

563 Conclusie zaak C-171/07, Apothekerkammer des Saarlandes, rnr. 29. Zie ook conclusie zaak C-531/06, Commissie/Italië, rnr. 70 en 99-102.

Uiteraard betekent dit niet dat het Hof aan de lidstaten de vrije hand geeft om het vrij verkeer in zorgsectoren te beperken. Wat in dit verband opvalt aan de rechtspraak van het Hof is dat nationale maatregelen die leiden tot beperkingen in de zorg, in overeenstemming dienen te zijn met objectieve, transparante, vooraf kenbare en non-discriminatoire criteria,⁵⁶⁴ willen zij gerechtvaardigd worden door excepties. De procedurele en institutionele vormgeving van de nationale beperkende maatregelen is derhalve cruciaal voor hun Europeesrechtelijke houdbaarheid.

2.3.2.b DBC's voor ziekenhuiszorg in het licht van excepties

Naar onze mening bestaan er goede argumenten om aan te nemen dat de tariefstructuur voor ziekenhuisdiensten, zoals vastgelegd in DBC's, kunnen worden gerechtvaardigd. Het vertrekpunt van de analyse moet zijn dat de zorg een vitaal belang vertegenwoordigt en dat het aan de lidstaten is om de organisatie ervan te reguleren.

Het is evenwel van belang dat de nationale wetgever en de betrokken autoriteiten duidelijk vastleggen welke doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd met de DBC's. Hierbij moet worden vermeden dat dit belang te economisch getint is en gebaseerd wordt op argumenten die verband houden met protectionisme.

In zijn rechtspraak heeft het Hof, zoals reeds opgemerkt, beperkingen van intramurale zorgdiensten geoorloofd geacht in het licht van het financiële evenwicht van socialezekerheidsdiensten vanwege het planningsargument. In zekere zin is deze *rule of reason*-exceptie gecodificeerd in artikel 137 lid 4 EG,⁵⁶⁵ waar bepaald wordt dat het recht van de lidstaten om de fundamentele beginselen van hun socialezekerheidsstelsel vast te stellen, onverlet blijft en dat het financieel evenwicht van deze stelsels niet mag worden aangetast.

Hiervoor is echter aan de orde geweest dat het planningsargument, en daarmee de overwegingen die verband houden met het financieel-economisch evenwicht, problematisch zijn in het Nederlandse zorgstelsel, waarin steeds meer marktwerking wordt geïntroduceerd. Wij hebben toen aangegeven dat het wenselijk kan zijn dat de overheid zich bezint op haar regierol en overweegt om bepaalde ziekenhuisdiensten als vitale diensten aan te wijzen. Een dergelijk handelen van de overheid vergroot ook de mogelijkheid om voor tariefvoorschriften een beroep te doen op de exceptie van het financieel evenwicht, wat positieve gevolgen heeft voor de Europeesrechtelijke houdbaarheid van deze voorschriften.

Overigens moet niet uit het oog worden verloren dat ook andere belangen dan het financieel evenwicht erkend kunnen worden als excepties in de zin van de *rule of reason*. Zo zijn doelstellingen van sociaal beleid ook als zodanig erkend.

564 Bijv. zaak C-385/99, Müller-Fauré, r.o. 85; zaak C-372/04, Watts, r.o. 116 en zaak C-56/01, Inizan, r.o. 57.

565 Sijmons en Van den Ende 2008, p. 55.

Hieronder kunnen vallen aspecten betreffende betaalbaarheid, toegankelijkheid en beschikbaarheid van de zorg.⁵⁶⁶ In dit verband is ook de reeds aangehaalde uitspraak van het CBB over de maximumtariefvoorschriften voor orthodontisten van belang (LJN BG7876). Het CBB overwoog daarin ten overvloede dat, ook al zou het vrij verkeer door deze tariefvoorschriften zijn geschonden, deze (eventuele) schending gerechtvaardigd kan worden door overwegingen betreffende de betaalbaarheid en de toegankelijkheid van de zorg (r.o. 5.2.4). Het verdient al met al aanbeveling om tariefvoorschriften voor DBC's in overeenstemming met deze belangen vorm te geven en om tevens de na te streven doelen op transparante wijze vast te leggen.

Dit brengt ons op het volgende. Voor de toets aan het proportionaliteitsvereiste is het van groot belang dat de nationale zorgmaatregelen die het vrij verkeer beperken, worden vastgesteld op grond van deugdelijke procedures, zo volgt uit de rechtspraak van het Hof. Bevoegde autoriteiten als de Minister van VWS en de NZa moeten bij de vaststelling van tarieven derhalve de eisen van objectiviteit, transparantie, kenbaarheid vooraf en non-discriminatie in acht nemen. Hoe beter de procedurele en institutionele inbedding van tariefvoorschriften is geregeld, hoe groter de kans dat deze voorschriften in overeenstemming zijn met het Europese recht.

Verder beziet het Hof bij de toets van een nationale maatregel aan het proportionaliteitsvereiste of de aan de orde zijnde doelstelling niet met minder vergaande maatregelen kan worden gerealiseerd. Dit impliceert dat bij de vaststelling van een tariefvoorschrift steeds de vraag moet worden gesteld in hoeverre het voorschrift noodzakelijk is in het licht van de nagestreefde doelstelling (van bijvoorbeeld betaalbaarheid en beschikbaarheid). Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat de Nederlandse overheid nauwgezet dient na te gaan in hoeverre bepaalde verrichtingen die thans nog tot het A-segment behoren, niet zouden moeten worden ondergebracht in het B-segment, waar het beginsel van vrije tarieven geldt. Vanuit dit perspectief is het positief te waarderen dat de Nederlandse overheid ernaar streeft steeds meer behandelingen over te hevelen naar het B-segment. Zeker indien de markt in de zorg zich steeds meer ontwikkelt in Nederland, wint de DBC-systematiek aan proportionaliteit door dit overhevelen.

Van belang in dit verband is dat het Nederlandse zorgstelsel anno 2009 nog steeds in transitie is. De marktwerking wordt geleidelijk ingevoerd en daarom zal er behoefte bestaan aan bepaalde reguleringsmaatregelen, zoals tariefvoorschriften. Deze maatregelen worden noodzakelijk geacht om op verantwoorde wijze marktwerking in de zorg te introduceren. Tariefvoorschriften (en andere vormen van regulering) zijn echter in Europeesrechtelijke termen vaak belemmeringen

566 Vgl. recentelijk zaak C-141/07, Commissie/Duistland, r.o. 60, waarin het Hof spreekt over het in stand houden van een evenwichtige en voor iedereen toegankelijke verzorging voor zover deze bijdraagt tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming.

van het vrij verkeer. Hun houdbaarheid is daarmee afhankelijk van de toepassing van de excepties en het proportionaliteitsvereiste.

Dit betekent dat de autoriteiten enige durf moeten hebben om de tariefvoorschriften vast te stellen en om aan te nemen dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Deze durf vindt voldoende houvast in het Europese recht, indien de nagestreefde belangen op duidelijke wijze worden vastgelegd in de regelgeving, de hiervoor genoemde procedurele waarborgen worden gerespecteerd en bepaalde overbodige tariefvoorschriften (en andere maatregelen) over boord worden gezet. In de literatuur is erop gewezen dat de introductie van marktwerking in de zorg een cyclisch wetgevingsproces is: stap voor stap wordt concurrentie geïntroduceerd waarbij voortdurend wordt geëvalueerd en maatregelen worden bijgesteld.⁵⁶⁷ Soms zijn bepaalde beperkende maatregelen nodig om problemen te voorkomen. De marktwerking wordt als het ware schoksgewijs ingevoerd. Europeesrechtelijk gezien moeten deze schokken worden opgevangen door een prudente toepassing van de excepties en het proportionaliteitsvereiste. Zo kunnen prijsbeheersingsmaatregelen die overwogen worden voor het B-segment voor het geval de grens van bepaalde budgettaire kaders worden overschreden, geoorloofd zijn op grond van het Gemeenschapsrecht. Het is daarbij uiteraard van belang dat aangetoond kan worden dat deze maatregelen noodzakelijk zijn met het oog op bepaalde legitieme belangen.

Vanuit Europeesrechtelijk perspectief staat derhalve het interveniëren in ziekenhuismarkten met voorschriften betreffende DBC's en tarieven gelijk aan het balanceren tussen aan de ene kant de goede werking van de interne markt en aan de andere kant het realiseren van doelstellingen van algemeen belang. Voor de EG-rechtelijke houdbaarheid van deze interventies is het van groot belang dat de overheid zich hiervan bewust is en ernaar handelt.

Hiervoor is opgemerkt dat de prestatieomschrijvingen uit de DBC-systematiek wellicht ook het vrij verkeer beperken. Ook voor deze beperkingen geldt naar onze mening dat met kracht van argument betoogd kan worden dat zij gerechtvaardigd kunnen worden door excepties. Door de prestatieomschrijvingen wordt de transparantie van de prijs- en kostenontwikkeling in de zorg vergroot, hetgeen ten goede komt aan de toegankelijkheid en beschikbaarheid van de zorg. Wat in deze paragraaf evenwel over de proportionaliteit van tariefvoorschriften is gezegd, geldt *mutatis mutandis* ook voor de prestatieomschrijvingen.

567 Sijmons 2006, p. 107.

3 Mededinging en marktwerking in de gezondheidszorg (staatssteunaspecten)

3.1 Inleiding

Behalve de regels voor de interne markt zijn ook de mededingingsregels van belang voor het Nederlandse marktwerkingsbeleid in de gezondheidszorg. De mededingingsbepalingen richten zich primair tot ondernemingen, maar lidstaten, ofwel (decentrale) overheden, mogen evenmin in strijd handelen met de mededingingsbepalingen. Zo mag een overheid ondernemingen er niet toe dwingen verboden kartels te sluiten of misbruik te maken van hun economische machtspositie. Ook mag een overheid ondernemingen niet financieel bevoordelen ten opzichte van andere concurrente ondernemingen. Dit is in strijd met het verbod op staatssteun.

Het verbod op staatssteun (art. 87 EG) speelt bij liberaliseringsprocessen, ofwel het 'openen van overheidsmarkten', een belangrijke rol. Voordelen en zekerheden die instellingen genieten op de 'overheidsmarkt', zijn niet meer vanzelfsprekend als marktwerking op die markt wordt geïntroduceerd. Op dat moment kunnen die instellingen zich namelijk steeds duidelijker manifesteren en kwalificeren als 'gewone' ondernemingen, en de overheid mag 'gewone' ondernemingen niet onvoorwaardelijk bevoordelen, omdat dit in strijd kan zijn met het verbod op staatssteun.

In de gezondheidszorg is nu zo'n liberaliseringsproces aan de gang; zorgverzekeraars en zorgaanbieders worden geleidelijk aan meer (financieel) risicodragend gemaakt ten aanzien van hun activiteiten, dat wil zeggen bij het aanbieden van hun diensten en producten. De politiek spreekt over een markt in transitie en dient vooral in een dergelijke situatie alert te zijn op mogelijke verboden staatssteunaspecten.

Staatssteun komt in velerlei vormen voor. Kern ervan is dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld ten opzichte van concurrente ondernemingen. Deze bevoordeling kan bestaan in het direct toekennen van financiële middelen, maar ook garantieregelingen en bepaalde financieringssystematieken kunnen onder het concept vallen. Het concept staatssteun is belangrijk voor degene die de steun ontvangt, omdat de ondersteuning onmiddellijk dient te worden gestaakt en het reeds ontvangen geld aan de overheid moet worden terugbetaald.

In dit deel van het preadvies wordt ingegaan op de rol die staatssteun speelt bij marktwerking in de gezondheidszorg. De toepassing van de reguliere mededingingsbepalingen (art. 81 EG, kartelverbod en art. 82 EG, misbruik van economische machtspositie) en het concentratietoezicht worden niet behandeld. Over de toepassing hiervan bestaat in Nederland inmiddels een uitgebreide NMa-praktijk en wordt regelmatig gepubliceerd.⁵⁶⁸ In paragraaf 3.2 wordt eerst stil gestaan bij

568 NMa 2008, p 22-23; Essers, Hermans en Sluijs 2008 en Van de Gronden en Stergiou 2008.

het ondernemingsbegrip. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op zogenoemde ‘diensten van algemeen economisch belang’ en ‘openbare dienstverplichtingen’, omdat deze een belangrijke rol kunnen spelen bij het liberaliseren van de zorgmarkt en ook als uitzonderingsmogelijkheid fungeren op het verbod op staatssteun. In paragraaf 3.4 komt het concept staatssteun aan de orde en wordt dit toegepast op zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

3.2 *Ondernemingsbegrip*

De mededingingsbepalingen zijn van toepassing op het handelen van ondernemingen en in het geval van staatssteun op het handelen van overheden die ondernemingen begunstigen. Kan een instelling niet worden gekwalificeerd als een onderneming dan zijn de mededingingsbepalingen niet van toepassing op hun gedragingen, dan wel op een eventuele begunstiging van hen door een lidstaat. Het vaststellen wat een onderneming is, is derhalve van groot belang. Dit geldt te meer in de gezondheidszorg, omdat het *zijn* van onderneming in die sector allerminst vanzelfsprekend is.

In de mededingingsbepalingen wordt het ondernemingsbegrip niet gedefinieerd. Evenmin worden criteria aangereikt om vast te stellen wat een onderneming is. Uit de Europese rechtspraak volgt dat het Hof een functioneel criterium hanteert met betrekking tot het ondernemingsbegrip. In het arrest Höfner (zaak C-41/90) oordeelde het Hof dat het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (r.o. 21). Dus ook een publiekrechtelijke rechtspersoon of een instelling zonder winstoogmerk kan onder het ondernemingsbegrip vallen.

Beslissend is of de betrokken entiteit een economische activiteit uitoefent. In het algemeen zal daar sprake van zijn als kan worden vastgesteld dat er goederen of diensten worden aangeboden op een bepaalde markt.⁵⁶⁹ Van de Gronden duidt deze toets aan als de abstract-economische benadering.⁵⁷⁰ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gekeken of de betrokken entiteit een activiteit verricht die in beginsel door een particuliere onderneming met winstoogmerk kan worden verricht. Een dergelijke grofmazige toets biedt vaak uitkomst. Want zo zal niemand er aan twijfelen dat een bakker, een supermarkt, een warenhuis, een telecombedrijf of een oliemaatschappij economische activiteiten verricht. Deze toets blijkt daarentegen minder goed bruikbaar als de overheid een duidelijke invloed heeft op de betrokken activiteiten, of zélf goederen en diensten op de markt aanbiedt. Dan blijkt het verrichten van economische activiteiten door het Hof een stuk genuanceerder te worden beoordeeld. De zorgsector is nu een toonbeeld van een dergelijke nuance. Nuance ook omdat de activiteiten van zorgverzekeraars en zorgaanbieders in economische zin verschillend van elkaar worden gekwalificeerd.

569 Zaak 118/85, Commissie/Italië, r.o. 7.

570 Van de Gronden 2001, p. 303.

3.2.1 *Toepassing op zorgverzekeraar en zorgverlener*3.2.1.a *Zorgverzekeraar*

Ten aanzien van zorgverzekeraars heeft het Hof duidelijk een aparte lijn in zijn rechtspraak ontwikkeld. Deze is geëvolueerd uit de rechtspraak in sociaalzekerheidszaken waarin het Hof steevast onderzoekt in hoeverre de nationale wetgever ruimte laat voor marktwerking en hoe groot de rol is van het solidariteitsbeginsel. Van de Gronden duidt dit aan als de concreet-juridische toetsingsmethode.⁵⁷¹ Als *baken*arresten hiervan kunnen Poucet en Cisal worden genoemd (respectievelijk zaak C-159/91 en zaak C-218/00).⁵⁷² Deze arresten hebben duidelijk gemaakt dat een uitvoeringsinstelling van een verplichte sociaalzekerheidsverzekering, die is gebaseerd op een grote mate van solidariteit, géén economische activiteiten verricht als die instelling geen beslissingsbevoegdheden heeft met betrekking tot die activiteiten, dan wel daartoe gebonden is aan de overheid.⁵⁷³ Een dergelijke instelling wordt dus niet aangemerkt als een onderneming in de zin van de mededingingsbepalingen.

Een voorbeeld uit de Europese zorgverzekeringsrechtspraak is het arrest AOK (zaak C-264/01). Dit arrest over Duitse ziekenfondsen werd gewezen op een moment dat de Nederlandse regering volop maatregelen trof ter voorbereiding op de stelselwijziging van 2006. In die tijd leefde bij velen de gedachte dat Nederlandse ziekenfondsen – die sterk geleken op de Duitse Krankenkassen – konden worden gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van de mededingingsbepalingen. Zo heeft de NMa in haar vroege bestaan diverse ontheffingsverzoeken van ziekenfondsen beoordeeld op overeenstemming met de Mededingingswet.⁵⁷⁴ Een halfjaar voor de stelselwijziging van 2006 haalde de NMa echter bakzeil door openlijk uit te spreken dat zij ziekenfondsen niet langer als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet beschouwde.⁵⁷⁵ Desondanks betrok de NMa kort hierna in haar oordeel over de fusie tussen de zorgverzekeraars CZ en OZ óók de gevolgen van de concentratie van de ziekenfondsonderdelen van beide partijen, zulks met het oog op de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringwet enkele maanden later.⁵⁷⁶ Het leverde twee-voor-twaalf-averij op bij de Rechtbank Rotterdam (LJN AU9053). In het huidige Zvw-stelsel worden de zorgverzekeraars door

571 Van de Gronden 2001, p. 303.

572 Waarbij Poucet als moeder-arrest figureert en Cisal als bestendiging van de in Poucet uiteengezette lijn.

573 Sluijs 2004, p. 25-27.

574 Bijv. NMa-nr. 590, 1570, 1972, Amicon – Vrijgevestigde fysiotherapeuten en NMa-nr. 882, bezwaar Amicon.

575 Nieuwsbericht NMa van 29 april 2005 en bijv. NMa-nr. 3473 e.a., klachten misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars.

576 NMa-nr. 5052/32, CZ – OZ 1e fasebesluit en NMa-nr. 5052/92, CZ – OZ 2e fasebesluit.

de Commissie evenwel gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van de EG-mededingingsbepalingen, en is de NMa diezelfde mening toegeedaan.⁵⁷⁷

Een ander belangrijk arrest voor de zorgverzekeringssector is het arrest FENIN (zaak T-319/99). Dit arrest kan worden beschouwd als een verbijzondering van de Poucet- en Cisal-rechtspraak. Hierna worden de arresten AOK en FENIN nader toegelicht.

Zaak C-264/01, AOK

In dit arrest stond de kwalificatie van de Duitse ziekenfondsen centraal. Op hen rustte de wettelijke plicht afspraken te maken over de maximale hoogte van de geneesmiddelenkosten die ziekenfondsverzekerden vergoed krijgen. Toen de ziekenfondsen van bepaalde geneesmiddelen de vaste maximumbedragen verlaagden, stelden enkele geneesmiddelenfabrikanten daartegen beroep in. Deze procedures leidden tot het stellen van prejudiciële vragen bij het Hof over de verenigbaarheid van het handelen van de ziekenfondsen met het mededingingsrecht.

Het Hof behandelt alleen de vraag of de ziekenfondsen kunnen worden gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat de ziekenfondsen in het kader van een stelsel van sociale zekerheid uitvoering geven aan een taak van zuiver sociale aard, die berust op het beginsel van solidariteit en ieder winstogmerk mist.

Hoe zag dit socialeziektekostenstelsel er nu uit en wat achtte het Hof zo van belang om tot dit oordeel te komen?

In de eerste plaats zijn de ziekenfondsen wettelijk verplicht hun verzekerden verplichte verstrekkingen te verlenen, die in wezen identiek zijn en niet afhangen van het bedrag van de premies. De ziekenfondsen hebben geen enkele invloed op deze verstrekkingen (r.o. 52). Verder vormen de ziekenfondsen een soort op solidariteit gebaseerde gemeenschap waardoor zij onderling tot een evenwichtige verdeling van kosten en risico's kunnen komen. Zo wordt een compensatie toegepast tussen de ziekenfondsen met de laagste zorgkosten en de ziekenfondsen die grotere risico's verzekeren en in verband daarmee hogere kosten hebben (r.o. 53). Ten slotte concurreren de ziekenfondsen niet met elkaar, noch met particuliere instellingen ter zake van hun belangrijkste taak: de verplichte wettelijke verstrekkingen op het gebied van zorg of geneesmiddelen (r.o. 54).

Uit deze overwegingen trok het Hof de conclusie dat de ziekenfondsen bij de uitvoering van hun taak geen economische activiteiten verrichten. Saillant is wellicht de overweging hierna. Het Hof stelt in r.o. 56 dat de vrijheid waarover de ziekenfondsen beschikken bij de vaststelling van de hoogte van de premie en bij de onderlinge concurrentie om verzekerden aan te trekken, niets afdoet aan deze beoordeling. De Duitse wetgever heeft met betrekking tot de premies een element van concurrentie ingevoerd om in het belang van de goede werking van het Duitse socialezekerheidsstelsel de ziekenfondsen ertoe aan te zetten, hun activiteiten te

577 Resp. Cie-nr. C(2005)1329, Zvw-stelsel, par. 4.2.1 en NMa 2007, rnr. 48.

organiseren volgens de beginselen van goed beheer, namelijk zo efficiënt en goedkoop mogelijk. Dat dit het doel is, verandert niets aan de aard van de activiteiten van de ziekenfondsen. Een opmerkelijke argumentatie toch. Concurrentie om de klant is mogelijk, maar wordt hier opgevat als een instrument om zo efficiënt en goedkoop mogelijk uitvoering te geven aan het wettelijke socialezekerheidsstelsel. Terwijl ook het mededingingsrecht ten doel heeft via eerlijke concurrentie te komen tot een zo efficiënt en effectief mogelijke productie en levering van respectievelijk goederen en diensten.⁵⁷⁸

In het oordeel van het Hof zijn drie argumenten, in een onderlinge verhouding, doorslaggevend. Te weten, het ontbreken van ieder winstoogmerk, en ten aanzien van de zorgaanspraken: de wettelijke vaststelling van het verzekeringspakket en het systeem van risicoverevening.

Over het ontbreken van ieder winstoogmerk zij opgemerkt dat het Hof tot het wijzen van dit arrest, in zijn analyse van het ondernemersbegrip met betrekking tot socialezekerheidsinstellingen, geen bijzondere waarde leek te hechten aan het ontbreken van een winstoogmerk. In het arrest AOK heeft het echter wel degelijk een belangrijke rol gespeeld. Misschien wel omdat vaststond dat prijsconcurrentie op premies mogelijk was.

Wat betreft de zorgaanspraken: deze waren wettelijk vastgelegd en de ziekenfondsen hadden daarop geen enkele invloed, waardoor differentiatie c.q. concurrentie ten aanzien van het aangeboden verzekeringspakket niet mogelijk was. En in zoverre een mate van concurrentie mogelijk is, werd deze sterk gerelativeerd door het gehanteerde – ex post – vereveningssysteem.

Het belangrijkste verschil tussen de Duitse Krankenkassen en de huidige Nederlandse zorgverzekeraars is wellicht de mogelijkheid voor Nederlandse verzekeraars om winst te maken. En als gezegd, worden de Nederlandse zorgverzekeraars in het huidige Zvw-stelsel aangemerkt als ondernemingen in de zin van de mededingingsbepalingen. Kort voor de inwerkingtreding van het nieuwe zorgstelsel oordeelde de Commissie in een beschikking van 3 mei 2005, waarin zij het risicovereveningssysteem tussen zorgverzekeraars goedkeurde in het licht van aangemelde steunmaatregelen, dat de Nederlandse zorgverzekeraars als uitvoerders van de basisverzekering zijn te kwalificeren als ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang (art. 86 lid 2 EG).⁵⁷⁹ In dit verband zij ook gewezen op het arrest BUPA (zaak T-289/03) dat het risicovereveningssysteem tussen Ierse ziektekostenverzekeraars aanging. Ook daarin luidde de slotconclusie dat de verzekeraars *in casu* waren belast met een dienst van algemeen economisch belang welk feit de 'beperking van de mededinging' rechtvaardigde. Het concept diensten van algemeen economisch belang wordt uitgebreid behandeld in paragraaf 3.3.

578 Bijv. overwegingen van de regering bij het invoeren van de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 3-6.

579 Cie-nr. C(2005)1329, Zvw-stelsel, par. 4.2.1.

Zaak T-319/99, FENIN⁵⁸⁰

In dit arrest stond de kwalificatie centraal van 26 beheersorganen van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel. Deze instellingen zouden als inkooporganisaties van medische hulpmiddelen misbruik maken van hun economische machtspositie door bepaalde leveranciers stelselmatig veel te laat te betalen. Bij de beoordeling van de economische aard van de activiteiten neemt het Gerecht als uitgangspunt dat daaronder moet worden verstaan het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Als aanvulling op dit algemene uitgangspunt stelt het Gerecht dat daaronder niet moet worden verstaan *aankoopactiviteiten*, ofwel in dit geval de *inkoopactiviteiten* van het beheersorgaan. Met de Commissie meent het Gerecht dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijs de aard van de aankoopactiviteit bepaalt (r.o. 36). Het Gerecht legt uit dat als een entiteit niet een product aankoopt om goederen en diensten in het kader van een economische activiteit aan te bieden, maar om er in het kader van andere activiteiten gebruik van te maken (bijvoorbeeld een zuiver sociale activiteit) de entiteit niet handelt als onderneming op grond van het feit dat zij koper is op een markt (r.o. 37). Vergelijk het met een consument die producten koopt in een winkel en die ook niet wordt gezien als onderneming.

Uit het arrest FENIN volgt dus dat als een entiteit geen economische activiteiten verricht op haar 'verkoopmarkt' – en op die markt dus géén onderneming is – zij op de 'inkoopmarkt' evenmin kan worden gekwalificeerd als onderneming.

Dit arrest heeft grote betekenis gehad voor de Nederlandse gezondheidszorg, omdat de NMa tot die tijd zorgverzekeraars op de inkoopmarkt van AWBZ-diensten als ondernemingen kwalificeerde, terwijl zij eveneens van oordeel was dat zorgverzekeraars als uitvoerders van de AWBZ-verzekering (hun 'verkoopmarkt') geen economische activiteiten verrichtten.⁵⁸¹ Hoewel de NMa nimmer een mededingingsbeperking in de inkoopcontracten van zorgkantoren heeft vastgesteld, is zij na het wijzen van dit arrest (en nog voor de uitspraak in hoger beroep bij het Hof) op haar standpunt teruggekomen.⁵⁸² Inmiddels worden veel zorgonderdelen uit de AWBZ overgeheveld naar de Zorgverzekeringswet en is de betekenis van het niet-toepasselijk zijn van de mededingingsbepalingen op de AWBZ-inkoopmarkt afgenomen.⁵⁸³

580 De hogere voorziening tegen dit arrest heeft inhoudelijk geen nieuws gebracht (zaak C-205/03P, FENIN). Het Hof bekrachtigde de uitspraak van het Gerecht in slechts drie randnummers.

581 NMa-nr. 181, Zorgkantoren.

582 NMa 2004b en NMa 2007, rnr. 49.

583 Sluijs 2007, p. 40-42.

3.2.1.b *Zorgverlener (ziekenhuis en vrije beroepsbeoefenaar)*

Bij het beoordelen van de activiteiten van zorgaanbieders gaat het Hof minder genuanceerd te werk. Het Hof neemt betrekkelijk eenvoudig aan dat zorgaanbieders ondernemingen zijn, hoewel in het kader van het Europese mededingings-toezicht de kwalificatie van zorgaanbieders – tot op heden – slechts in twee zaken heeft gespeeld. Het betreft de arresten Pavlov en Ambulanz Glöckner (respectievelijk zaak C-180/98 en zaak C-475/99). De Commissie heeft eenmaal een fusie tussen een Duits ziekenhuis en een internationaal opererend zorgconcern onderworpen aan haar concentratietoezicht.⁵⁸⁴ Terwijl de NMa ondubbelzinnig van opvatting is dat ziekenhuizen, ZBC's, zorginstellingen en medisch vrije beroepsbeoefenaren als ondernemingen moeten worden beschouwd.⁵⁸⁵ Hierna worden de arresten Pavlov en Ambulanz Glöckner nader toegelicht.

Zaak C-180/98, Pavlov

In het arrest Pavlov stond de wettelijk verplichte pensioenregeling van medisch specialisten centraal. Pavlov en enkele andere medisch specialisten in een ziekenhuis in Nijmegen stelden zich op het standpunt dat zij in dienstverband werkzaam waren en derhalve niet langer verplicht behoefden deel te nemen in het beroepspensioenfonds voor medisch specialisten. Het pensioenfonds was evenwel een andere mening toegedaan en bleef vasthouden aan de verplichte deelneming van de betrokken medisch specialisten en vaardigde dwangbevelen uit voor de achterstallige premies. Het Hof diende zich uit te spreken over de vragen of (i) het besluit van de overheid om deelneming in een beroepspensioenfonds verplicht te stellen in strijd is met het kartelverbod, (ii) het beroepspensioenfonds kan worden gekwalificeerd als een onderneming in de zin van de mededingingsbepalingen en (iii) de overheid in strijd handelt met de mededingingsregels door aan het pensioenfonds het uitsluitend recht te verlenen de betrokken pensioenregeling te beheren. Het Hof beantwoordt de eerste vraag ontkennend, de tweede vraag bevestigend en de derde vraag ontkennend.

Bij het beantwoorden van de eerste vraag diende het Hof na te gaan of de medisch specialisten, die de overheid verzochten de beroepspensioenregeling verplicht te stellen, ondernemingen zijn. Te dien aanzien oordeelt het Hof dat de verzoekende medisch specialisten, in hun hoedanigheid van zelfstandige deelnemers aan het economisch verkeer, diensten op een markt verrichten *in casu* hun gespecialiseerde medische diensten. Deze artsen ontvangen voor de ten behoeve van hun patiënten verrichtte diensten een beloning van hen, en dragen de aan hun beroepsuitoefening verbonden financiële risico's (r.o. 76). Het Hof trekt hieruit de conclusie dat zelfstandige ('vrijgevestigde') medisch specialisten een economische activiteit uitoefenen en dat zij derhalve zijn te kwalificeren als ondernemingen in de zin van de mededingingsbepalingen. Het Hof voegt er nota bene aan

584 Cie-nr. COMP/M.4010, Fresenius – Helios.

585 NMa 2007, rnr. 46 en 47 en NMa 2004a.

toe dat het feit dat hun diensten complex en technisch van aard zijn én dat de uitoefening van hun beroep aan regels is gebonden, daaraan niet afdoet (r.o. 77).

Zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner

In het arrest *Ambulanz Glöckner* stond het verlenen van ambulancediensten in Duitsland centraal. Medische hulpverleningsorganisaties waren bij wege van wettelijke maatregel belast met zowel urgent ziekenvervoer, zijnde een niet-rendabele dienst ten behoeve van het algemeen belang (openbare eerstehulpdiensten), als niet-urgent ziekenvervoer, dat een rendabele commerciële dienst was ('gewoon' ziekenvervoer). De verwijzende rechter stelde slechts één prejudiciële vraag aan het Hof, te weten is de verlening van een monopolie op ambulancevervoerdiensten voor een afgebakend geografisch gebied verenigbaar met artikel 86 lid 1 EG en de artikelen 81 en 82 EG?

Het Hof onderzoekt eerst of de medische hulpverleningsorganisaties, waaraan de overheid de eerstehulpdienst heeft overgedragen, zijn te kwalificeren als ondernemingen, en of zij bijzondere of uitsluitende rechten hebben. Na verwijzing naar het arrest *Pavlov* overweegt het Hof dat deze medische hulpverleningsorganisaties tegen betaling door de gebruikers diensten verlenen op de markt voor vervoer van spoedgevallen (openbare eerstehulpdiensten) en voor ('gewoon') ziekenvervoer. Die activiteiten werden en worden niet altijd noodzakelijkerwijs verricht door de overheid aangewezen organisaties of door overheidsinstanties zelf. Een dergelijke dienstverlening valt volgens het Hof dan ook aan te merken als een economische activiteit waarop de Europese mededingingsregels van toepassing zijn (r.o. 20). Het Hof overweegt verder dat bepaalde door de medische hulpverleningsorganisaties verrichte diensten als gevolg van de openbare dienstverplichtingen weliswaar minder concurrerend kunnen zijn dan vergelijkbare diensten die worden geleverd door andere ondernemers, die niet door dergelijke verplichtingen gebonden zijn, maar dat dit geen beletsel is om de betrokken activiteiten als economische activiteiten te beschouwen (r.o. 21). Bijgevolg moeten, wat de verlening van zowel diensten voor vervoer van spoedgevallen als voor ziekenvervoer betreft, de betrokken medische hulpverleningsorganisaties worden gekwalificeerd als een onderneming in de zin van de mededingingsregels van het verdrag (r.o. 22).

Nu de betrokken medische hulpverleningsorganisaties bij wege van een wettelijke maatregel waren belast met vervoer voor openbare eerstehulpdiensten en 'gewoon' ziekenvervoer, werden deze ondernemingen aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 86 lid 1 EG. Dit zijn ondernemingen die doorgaans zijn belast met een publieke taak, c.q. dienst van algemeen economisch belang.

3.2.1.c Conclusie

Bij het kwalificeren van ondernemingen wordt op de eerste plaats gekeken of er diensten en producten worden aangeboden op een bepaalde markt. Is hiervan sprake dan wordt de betrokken entiteit als onderneming in de zin van de mededingingsbepalingen beschouwd.

In zoverre sprake is van een sterke overheidsbemoeyenis met de betrokken activiteiten van de desbetreffende instelling, bijvoorbeeld in de sfeer van wettelijke sociale zekerheid, is de analyse genuanceerd.

Voor het *verzekeren* van wettelijke gezondheidszorg betekent het dat zorgverzekeraars hetzij géén economische activiteiten verrichten, namelijk als de vergaande mate van solidariteit wezenlijke concurrentie tussen de instellingen niet meer mogelijk maakt, hetzij wél economische activiteiten verrichten en dus als ondernemingen worden aangemerkt. In het laatste geval worden de verzekeraars veelal aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 86 EG, zijnde ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang.⁵⁸⁶

Voor het *aanbieden* van wettelijke gezondheidszorg betekent het dat zorgaanbieders worden gekwalificeerd als ondernemingen, omdat zij naar de huidige opvatting van het Hof diensten tegen vergoeding aanbieden op een bepaalde markt. Tot op heden heeft het Hof het aanbieden van medische diensten nog niet duidelijk beoordeeld in de genuanceerde context van wettelijke regulering die de concurrentiemogelijkheden tussen de zorgaanbieders zou kunnen relativeren. Het arrest Pavlov lijkt op dit punt boekdelen te spreken,⁵⁸⁷ maar daarbij kan de kanttekening worden geplaatst dat in dat arrest de gedragingen van het wettelijk verplichtgestelde pensioenfonds van de medisch specialisten centraal stonden, en dat het niet zozeer ging om gedragingen van enkele of een groep medisch specialisten in hun onderlinge verhouding ten aanzien van hun kernactiviteiten (het aanbieden van zorg).⁵⁸⁸ Mogelijk relativeert die feitelijke situatie het sweeping statement van het Hof.

Over de vraag of het ontbreken van een winstoogmerk de kwalificatie van onderneming kan beïnvloeden, is behalve het arrest AOK, ook het arrest MOTOE (zaak C-49/07) van belang. In dit laatste arrest overweegt het Hof in r.o. 27 dat het feit dat goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, geen beletsel is om de betrokken entiteit als onderneming te kwalificeren, omdat dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wél winst nastreven. *A contrario* kan dus worden beargumenteerd dat als het aanbieden van goederen en diensten niet in potentiële concurrentie met profitondernemingen kan plaatsvinden, de desbetreffende entiteit niet moet worden beschouwd als een onder-

586 Zaak T-289/03, BUPA. Vgl. ook zaak C-244/94, FFSA en zaak C-157/97, Brentjens.

587 Zaak C-180/98, Pavlov, r.o. 77: '...zelfstandige medisch specialisten oefenen dus een economische activiteit uit en zijn derhalve ondernemingen in de zin van de art. 85, 86 en 90 van het Verdrag; daaraan doet niet af dat hun diensten complex en technisch van aard zijn, noch dat de uitoefening van hun beroep aan regels gebonden is.'

588 In zoverre het pensioenfonds de mededinging tussen de medisch specialisten kon beperken, werd deze beperking door het Hof (nota bene) niet *merkbaar* geacht en was deze bijgevolg niet in strijd met art. 81 EG.

neming in de zin van de mededingingsbepalingen.⁵⁸⁹ Voor het huidige Zvw-stelsel, waarin ziekenhuizen (in tegenstelling tot vrije beroepsbeoefenaren) wettelijk nog steeds geen winst aan derden, of anders dan aan zorgdiensten mogen uitkeren, rijst dus de principiële vraag of ziekenhuizen op de Nederlandse markt als ondernemingen moeten worden beschouwd. Cruciaal is of tussen ziekenhuizen potentiële concurrentiemogelijkheden bestaan met profinstellingen. Een aanwijzing dat dit zo is, is in de eerste plaats het feit dat de zorgmarkt wordt geliberaliseerd en dat het winstoogmerk dichter in beeld komt (mogelijk per 2012).⁵⁹⁰ Ook lijken buitenlandse ziekenhuizen, zoals Duitse profitzorgaanbieders, geïnteresseerd om op de Nederlandse zorgmarkt actief te worden en bieden zij op hun thuismarkt zorg aan Nederlandse patiënten aan. Te meer valt dit te verwachten in de grensstreken. Vooralsnog kunnen we er daarom vanuit gaan dat ziekenhuizen ten minste in een potentiële concurrentiepositie met elkaar staan en dat zij daarom kunnen worden gekwalificeerd als onderneming.

In zoverre zorgaanbieders (ziekenhuizen en vrije beroepsbeoefenaren) onder het ondernemingsbegrip vallen, kunnen hun diensten mogelijk nog worden beoordeeld in het licht van een publieke taak. Maar dan moet in de eerste plaats duidelijk zijn dat zorgaanbieders een publieke taak toebedeeld hebben gekregen (zie paragraaf 3.3).

3.3 *DAEB en openbare dienstverplichtingen*

Ondanks dat de Europese verboden ten aanzien van de vrijverkeers- en mededingingsbepalingen een ruime werkingssfeer hebben en gereguleerde marktwerking door de overheid flink in de weg kunnen zitten, bestaat er in het recht geen verbod zonder uitzondering. Zo kunnen lidstaten met een beroep op het concept diensten van algemeen economisch belang, publieke belangen aan de tucht van de economische markt onttrekken. Het begrip ‘diensten van algemeen economisch belang’ wordt steeds vaker in jargon afgekort als DAEB. Ook wij doen dat bij gelegenheid.

Ondernemingen die de overheid heeft belast met een dienst van algemeen economisch belang (hierna dus ook: DAEB-ondernemingen) zijn weliswaar onderworpen aan de mededingingsregels, maar deze zijn slechts van toepassing voor zover daardoor de vervulling van hun bijzondere taak in feite of in rechte niet wordt verhinderd (art. 86 lid 2 EG). Het Hof gebruikt diverse benamingen voor de in artikel 86 lid 2 EG bedoelde diensten,⁵⁹¹ die in belangrijke mate inwisselbaar lijken, zoals: dienst van algemeen belang,⁵⁹² universele dienst,⁵⁹³ of openbare dienst.⁵⁹⁴ Hierna

589 Let op, het moet gaan om een situatie die *kan* plaatsvinden, omdat anders monopolisten geen ondernemingen kunnen zijn.

590 Zie in dit verband ook NZa 2008.

591 Devroe 2000, p. 82-95.

592 Zaak C-320/91, Corbeau, r.o. 19.

593 Zaak C-266/96, Corsica Ferries, r.o. 45 en zaak T-289/03, BUPA, r.o. 130.

594 Zaak C-266/96, Corsica Ferries, r.o. 60.

wordt zo veel mogelijk de term dienst van algemeen economisch belang gehanteerd.

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op dit ingewikkelde concept en de toepassing ervan.⁵⁹⁵

3.3.1 *Concept*

Het concept 'diensten van algemeen economisch belang' wordt benoemd in artikel 16 van het EG-Verdrag, dat luidt:

'Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.'

In het nieuwe verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zal het concept opnieuw worden opgenomen (art. 14).⁵⁹⁶ In dit artikel wordt nadruk gelegd op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de EU en de lidstaten en de rechtsgrondslag op basis waarvan de EU maatregelen kan nemen.

Het begrip diensten van algemeen economisch belang ziet op diensten ten behoeve waarvan de overheid aan de dienstverrichters verplichtingen van algemeen belang heeft opgelegd, door middel van een toevertrouwde taak. Het predikaat 'economisch' heeft geen onderscheidende betekenis. Het kan worden opgevat als een verwijzing naar de activiteit, omdat de betrokken dienstverrichters onder het ondernemingsbegrip vallen ofwel economische activiteiten verrichten.⁵⁹⁷ Kortom, het concept ziet op zowel economische als niet-economische diensten van algemeen belang, waarop de overheid openbare dienstverplichtingen van toepassing verklaart. Dit betekent dat het ook tot de bevoegdheid van de overheid behoort, om de *aard en reikwijdte* van een dienst van algemeen belang af te bakenen. De overheid kan besluiten de diensten zelf uit te voeren of zij kan besluiten deze toe

595 Zie ook uitgebreid over dit concept in de gezondheidszorg, Sauter 2008b.

596 Art. 14 luidt inhoudelijk hetzelfde, maar voegt eraan toe dat het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen de betrokken beginselen en voorwaarden vaststellen, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Verdragen, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.

597 Sluijs 2004, p. 51.

te vertrouwen aan andere entiteiten, die publiek of privaat kunnen zijn en die organisaties met winstoogmerk of non-profitorganisaties kunnen zijn.⁵⁹⁸

Criteria om te bepalen of de toevertrouwde taak een algemeen belang dient, kunnen – in onderlinge samenhang bezien – de volgende zijn: (i) de verplichting tot continuïteit, dat wil zeggen de verplichting om een bepaalde dienst blijvend te verzekeren, ongeacht of daarvoor op de markt voldoende vraag bestaat, en (ii) minimumverplichtingen voor de kwaliteit en frequentie van de geleverde dienst. De Commissie verwoordt het in haar Mededeling inzake Diensten van algemeen belang in Europa (hierna: Mededeling DAB),⁵⁹⁹ in rnr. 14, als volgt: ‘Diensten van algemeen economisch belang verschillen in zoverre van gewone diensten dat overheidsinstanties menen dat in deze diensten moet worden voorzien, ook als de markt daartoe zelf niet voldoende wordt gestimuleerd.’ Als voorbeeld noemt de Commissie de universele dienstverplichting, dat wil zeggen ‘de verplichting om een bepaalde dienst te verstrekken op het gehele grondgebied, tegen betaalbare prijzen en van vergelijkbare kwaliteit, ongeacht de rentabiliteit van individuele activiteiten.’

De uitvoering van dergelijke verplichtingen van algemeen belang kunnen aan alle of enkele exploitanten op een markt worden opgelegd, al dan niet op basis van bijzondere of uitsluitende rechten (rnr. 15 Mededeling DAB).

Lidstaten blijken verder over een grote vrijheid te beschikken om invulling te geven aan het concept DAEB (rnr. 22 Mededeling DAB). Zij kunnen zelf op basis van de specifieke kenmerken van de activiteiten definiëren wat zij als DAEB beschouwen. Dit en hoe de dienst moet worden beheerd, is een kwestie die in de eerste plaats op lokaal niveau wordt beslist. De Commissie dient er uitsluitend op toe te zien dat de gebruikte middelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. De lidstaten kunnen slechts op het maken van duidelijke fouten worden gecontroleerd.

Over de toepassing van de DAEB-uitzondering (art. 86 lid 2 EG) merkt de Commissie in rnr. 22 op dat deze alleen geldt als de taak van openbare dienstverrichting duidelijk is omschreven en als die taak door middel van een overheidsbesluit expliciet is opgelegd (inclusief contracten). Alleen op deze wijze kunnen rechtszekerheid en transparantie tegenover de burgers worden gewaarborgd en kan de Commissie de proportionaliteit van de DAEB-toebedeling beoordelen. Over de proportionaliteit merkt de Commissie in rnr. 23 op dat het beperken van de ‘vrije markt’ niet verder mag gaan dan wat voor een effectieve tenuitvoerlegging van de taak noodzakelijk is. ‘De uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang moet worden gegarandeerd, en de met die dienst belaste ondernemingen moeten in staat worden gesteld de specifieke belasting te dragen en de extra nettokosten voor de taak die hun is toegewezen.’ Daarbij zij opgemerkt dat de Commissie deze controle op evenredigheid, op redelijke en realistische wijze uitvoert, welke uitvoering vatbaar is voor toetsing door het Hof.

598 COM(2007) 725, p. 4.

599 COM(2000) 580.

Het Hof en de Commissie hebben onder meer als diensten van algemeen (economisch) belang aangemerkt: water- en elektriciteitsdistributie, exploitatie van televisiediensten, basispostdiensten, aanvullende pensioenverzekeringen, EHBO-diensten en de Nederlandse wettelijke basiszorgverzekering. Vanwege de dynamische aard van het concept is deze lijst niet limitatief.

Sinds de Mededeling DAB zijn de beginselen inzake diensten van algemeen economisch belang nauwelijks conceptueel gewijzigd. Lange tijd is gedebatteerd over de verantwoordelijkheden van de EU en over het vraagstuk of de EU wel of niet een overkoepelende regeling voor diensten van algemeen belang moest vaststellen. De Europese Raad heeft tijdens de Top van Barcelona van 15 en 16 maart 2002 de Commissie verzocht de beginselen te codificeren in een kaderrichtlijn. In vervolg hierop heeft de Commissie een Groenboek opgesteld en hierna een Witboek inzake diensten van algemeen belang.⁶⁰⁰ Het meest recente sluitstuk over dit onderwerp betreft de mededeling van de Commissie met de titel *Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement*.⁶⁰¹ Uit het Europese debat over DAEB's volgt dat lidstaten gezondheidsdiensten in het algemeen en ziekenhuiszorg in het bijzonder mogelijk als diensten van algemeen economisch belang kunnen aanmerken.⁶⁰²

3.3.2 DAEB-ondernemingen

Voor ondernemingen die de overheid heeft belast met een DAEB geldt een 'lichter' mededingingsregime. Als gezegd zijn deze ondernemingen weliswaar onderworpen aan de mededingingsregels, maar zijn de desbetreffende verbodsbepalingen slechts van toepassing voor zover daardoor de vervulling van hun bijzondere taak in feite of in rechte niet wordt verhinderd (art. 86 lid 2 EG). De 'gewone' mededingingsbepalingen (art. 81 en 82 EG) zijn dus niet zonder meer op hen van toepassing.

3.3.2.a Vereisten

Niet elke onderneming kan worden beschouwd als een onderneming die is belast met een DAEB. In de eerste plaats moet duidelijk zijn dat een bepaalde dienst als DAEB wordt aangemerkt én wat de inhoud van die dienst is.⁶⁰³ De overheid vervult hierin een sleutelrol. Alleen zij kan DAEB's aanwijzen en bepaalt op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan het concept. Het is in deze context dat ondernemingen worden *belast* met een toevertrouwde taak (DAEB).

Het 'belast' zijn behoeft niet expliciet te volgen uit wetgeving of een wettelijke maatregel, maar kan ook geschieden op grond van een overheidsbesluit bijvoorbeeld in de vorm van een publiekrechtelijke concessie.⁶⁰⁴ Wanneer een wettelijk

600 Resp. COM(2003) 270 en COM(2004) 374.

601 COM(2007) 725.

602 COM(2006) 177 en COM(2007) 725.

603 COM(2000) 580, rnr. 8-13.

604 Zaak C-393/92, Almelo, r.o. 47.

voorschrift of een besluit van een bestuursorgaan ontbreekt, kan een toevertrouwde taak ook worden afgeleid uit een ‘conglomeraat’ van regelgeving, overeenkomsten en besluiten. Dit volgt onder meer uit het arrest Commissie tegen Nederland (zaak C-157/94) waarin het Hof in r.o. 40 stelt dat het lidstaten niet kan 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 deze trachten te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die zij de betrokken ondernemingen opleggen. In die zin behoeft ook niet een enkele of een beperkt aantal ondernemingen te zijn belast met een DAEB, maar kan een hele categorie van ondernemingen met een dergelijke dienst zijn belast. Alleen is het feit dat een onderneming is onderworpen aan een algemeen of specifiek overheidstoezicht niet voldoende om deze te kwalificeren als DAEB-onderneming. Evenmin kan een onderneming zich zelf een dergelijke status toekennen.⁶⁰⁵

3.3.2.b Zorgverzekeraar

Of de Nederlandse zorgverzekeraars zijn te kwalificeren als DAEB-ondernemingen kunnen wij kort zijn. In zoverre deze instellingen handelen in het kader van de Zorgverzekeringswet, dat wil zeggen als uitvoerder van de basiszorgverzekering, zijn zij aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 86 lid 2 EG. De Commissie heeft dit vastgesteld in de hiervoor reeds aangehaalde beschikking van 3 mei 2005 inzake de verenigbaarheid van steunmaatregelen in het kader van de Zorgverzekeringswet.⁶⁰⁶ Hoewel de Nederlandse zorgverzekeraars niet in klassieke zin (dat wil zeggen bij wettelijk of bestuursrechtelijk besluit) zijn toevertrouwd met een publieke taak, blijkt de Commissie met verwijzing naar het arrest Almelo bereid het ‘belast zijn’ te accepteren uit een conglomeraat van wettelijke verplichtingen en feitelijke beperkingen. Waarbij in het geval van de Zorgverzekeringswet nota bene een ‘open groep’ van ondernemingen ‘belast is’.⁶⁰⁷ De Commissie noteert dat de Nederlandse regering ervoor heeft gekozen dat meerdere verzekeraars – *in casu alle verzekeraars* (toevoeging *preadviseurs*) – actief kunnen zijn op de markt, waar de risico’s worden verevend in geval de risicoprofielen van de verzekeraars verschillen. En dat bij wet de zorgverzekeraars verplicht worden hun diensten onder bepaalde beperkingen uit te voeren. Het gaat daarbij om de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie ten aanzien van gezondheidsrisico’s, de inhoud en omvang van het (basis)zorgpakket, het specifiek toezicht en de verplichting om landelijk te werken. Onder deze omstandigheden kan uit het samenstel van voorwaarden en beperkingen die de overheid

605 Barents 2003, p. 691.

606 Cie-nr. C(2005)1329, Zvw-stelsel, par. 4.2.1.

607 Vgl. het later gewezen arrest BUPA (zaak T-289/03) en Van de Gronden 2008, p. 20.

oplegt, volgens de Commissie worden afgeleid dat de Nederlandse basiszorgverzekeraars met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast, zoals de Commissie erkende in haar beschikking betreffende het *Ierse risicovereveningssysteem*.⁶⁰⁸

Nu ook het beroep van verzekeraar Azivo tegen de beschikking van 3 mei 2005 op 13 oktober 2008 is doorgehaald, staat de DAEB-kwalificatie voor Nederlandse zorgverzekeraars vooralsnog in rechte vast.

3.3.2.c *Zorgverlener (ziekenhuis en vrije beroepsbeoefenaar)*

De vraag of ziekenhuizen en vrije beroepsbeoefenaren kunnen worden beschouwd als DAEB-ondernemingen is niet gemakkelijk te beantwoorden. Hierover bestaat nog geen Europese rechtspraak noch een beschikkingenpraktijk van de Commissie. De NMa lijkt bij de toepassing van de Nederlandse mededingingsbepalingen ervan uit te gaan dat zorgverleners vooralsnog moeten worden aangemerkt als 'gewone' ondernemingen.⁶⁰⁹

Zorgverleners zijn in hun handelen echter onderworpen aan diverse specifieke wet- en regelgeving. Ten aanzien van ziekenhuizen heeft deze onder meer betrekking op de spreiding, goede bereikbaarheid en kwaliteit van de ziekenhuiszorg. Gewezen kan worden op de WTZi en de Kwaliteitswet zorginstellingen en daarbij behorende beleidsregels. Vrije beroepsbeoefenaren zijn minder aan spreidingsregels gebonden. Voor hen geldt de 'kwaliteitswet' Wet BIG. Verder zijn zorgaanbieders (zowel ziekenhuizen als vrije beroepsbeoefenaren) onderworpen aan tariefregulering op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg.

Deze wet- en regelgeving draagt niet letterlijk DAEB's op aan ziekenhuizen noch aan vrije beroepsbeoefenaren, maar regelt in het algemeen de vereisten waaraan zorgaanbieders moeten voldoen. Anderzijds is duidelijk dat zorgaanbieders niet alle lusten en lasten dragen die behoren bij het doorsnee ondernemen. Voor zorgaanbieders zijn de mogelijkheden van concurrentie op prijs beperkt, moeten zij hun diensten in een streng keurslijf van DBC's aanbieden en is voor zorginstellingen het uitkeren van winst aan derden vooralsnog niet toegestaan. Wat dit laatste punt betreft, lijkt er een discrepantie te bestaan tussen de vrije beroepsbeoefenaren en ziekenhuizen. Vrije beroepsbeoefenaren kunnen namelijk via een eventuele besloten vennootschap (ondernemings-BV) vrijelijk beschikken over de door hen gerealiseerde winsten op hun dienstverleningen, terwijl ziekenhuizen vooralsnog een rechtsvorm dienen te kiezen die geen winstoogmerk heeft. In dit verband is vermeldenswaard de uitspraak van de Raad van State van 19 november 2008 die de mogelijkheden voor de Minister van VWS om nadere eisen te stellen aan de beschikbaarheid van winsten op vastgoed, heeft ingeperkt wegens een gebrek

608 In beroep is deze beschikking door het Gerecht bekrachtigd (zaak T-289/03, BUPA).

609 Illustratief in dit verband zijn de speeches van vertegenwoordigers van de NMa, bijv. die van 9 oktober 2008 van de voorzitter van de Raad van Bestuur.

aan wettelijke grondslag (LJN BG4720). De zogenoemde afstortverplichting van artikel 18 WTZi blijft evenwel onverkort gelden. Of deze verplichting Europees-rechtelijk gezien een houdbare bepaling is, geeft deze uitspraak geen antwoord. Zie hierover verder in paragraaf 3.4.

De Bezwaaradviescommissie oordeelde overigens op de bezwaren van de zorginstellingen tegen de desbetreffende beschikking van 23 juli 2007 ('Beschikking behoud van waarde van onroerende zaken voor de zorg'), dat de minister met deze maatregel het ongestoorde genot van eigendom schendt (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM). Verder deelde de Bezwaaradviescommissie de opvatting van bezwaarmakers dat de maatregel bovendien een beperking inhield van het vrijvestigingsrecht (art. 43 EG) en het recht van vrijkapitaalverkeer (art. 56 EG), waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestond. In de beschikking op bezwaar van 24 april 2008 legde de minister het advies van de Bezwaaradviescommissie evenwel naast zich neer, welke beschikking door de Raad van State dus op 19 november 2008 werd vernietigd.

Gelet op de zogenoemde planningsmogelijkheden van het ziekenhuiszorgaanbod⁶¹⁰ en de beperkte mogelijkheden voor onderlinge concurrentie, betogen wij, anders dan Sijmons en Van den Ende,⁶¹¹ dat ziekenhuizen zijn belast met een DAEB, ondanks dat de overheid niet exact heeft aangegeven óf en welke ziekenhuiszorg zij beschouwt als een dienst van algemeen economisch belang.⁶¹² Deze argumentatie geldt te meer nu op Europees niveau geen harmonisatie van ziekenhuiszorg wordt afgedwongen. Dit in tegenstelling tot DAEB-sectoren zoals energie, post, telecom en water. Feit blijft evenwel dat expliciet belasting met een DAEB de voorkeur verdient. *Mutatis mutandis* geldt dit voor de kwalificatie voor vrije beroepsbeoefenaren, hoewel deze aan minder beperkende overheidsregulering zijn onderworpen.⁶¹³

610 Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.1 onder sub c.

611 Zie Sijmons en Van den Ende 2008, p. 81. Zij wijzen erop dat er geen duidelijke 'constitutieve overheidshandeling' met betrekking tot DAEB's en ziekenhuizen is. Uit de door ons behandelde rechtspraak van het Hof en het Gerecht, en de beschikkingenpraktijk van de Commissie, blijkt echter dat in het Europese recht – met name in de zorg – uit bepaalde nationale wetgeving impliciet het toevertrouwen van een DAEB-missie kan voortvloeien.

612 Noemenswaardig in dit verband zijn de voorstellen voor een Wet normering topinkomens in de semi-publieke sector. Bestuurders van zorginstellingen (*care* en *cure*) worden beschouwd deel uit te maken van de semi-publieke sector. Kan hieruit niet (ook) worden afgeleid dat zorginstellingen diensten van (semi-)publiek belang aanbieden? Saillant is dat vrije beroepsbeoefenaren niet onder de semi-publieke sector worden geschaard, terwijl betoogd kan worden dat juist zij het 'semi-publieke belang-goed' (namelijk zorg) aanbieden. Zie *Kamerstukken II 2007/2008*, 28 479, nr. 36 en de bijlage.

613 De Gans 2003, p. 384. De Gans achtte het in het 'oude' stelsel niet uitgesloten dat ziekenhuizen en vrije beroepsbeoefenaren waren belast met een DAEB, vanwege de zwaar gereguleerde context waarin zorgaanbieders handelden.

3.3.3 *Toepassingsvoorwaarden (art. 86 lid 2 EG)*

Artikel 86 lid 2 EG bepaalt de uitzonderingsmogelijkheden voor een onderneming die is belast met een DAEB. De belangrijkste voorwaarde is dat de toepassing van de EG-Verdragsregels, met name die over de concurrentie, de vervulling van de toevertrouwde taak niet verhindert. De tweede voorwaarde is dat de tussenstaatse handel niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met de belangen van de Gemeenschap. In combinatie maken beide voorwaarden duidelijk dat het beperken van de concurrentie zowel noodzakelijk als evenredig moet zijn. Deze proportionaliteitstoets gaat minder ver dan de wettelijke uitzonderingsmogelijkheid op het kartelverbod (art. 81 lid 3 EG). In die zin dat niet wordt vereist dat een concurrentiebeperkende gedraging er niet toe mag leiden dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de producten of diensten mag worden uitgeschakeld (sub b van lid 3).⁶¹⁴ Uit het arrest Corbeau (r.o. 14) volgt dat het lidstaten op grond van artikel 86 lid 2 EG is toegestaan om aan ondernemingen, die zij belasten met een DAEB, alleenrechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het verdrag kunnen belemmeren, voor zover die beperkingen van de mededinging – of zelfs uitsluiting van elke mededinging – van andere marktdeelnemers noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de houders van die alleenrechten de opgedragen bijzondere taak kunnen vervullen. Volgens dit arrest mag de toegang tot de betrokken markt in zijn geheel worden afgesloten, als dat noodzakelijk is om de vervulling van de betrokken dienst van algemeen economisch belang mogelijk te maken onder ‘economisch aanvaardbare omstandigheden’.⁶¹⁵

De voorwaarde van economisch aanvaardbare omstandigheden heeft niet alleen betrekking op de (veelal, niet-rendabele) DAEB-diensten. Het is dus ook mogelijk de concurrentie te beperken of uit te sluiten ten aanzien van rendabele producten of diensten, maar waarvan de opbrengst wordt gebruikt om de minder of niet-rendabele sectoren te compenseren (interne kruissubsidies).⁶¹⁶ Op deze wijze wordt ‘cherry picking’ door ondernemingen die niet zijn belast met een DAEB voorkomen en wordt verzekerd dat de DAEB kan worden verricht in een situatie waarin het economische evenwicht van de DAEB-onderneming gehandhaafd blijft.⁶¹⁷

Lidstaten dienen te bewijzen dat de concurrentiebeperkingen noodzakelijk zijn voor de vervulling van de DAEB, maar zij behoeven niet aan te tonen dat er geen andere, minder vergaande beperkingen noodzakelijk zijn,⁶¹⁸ zoals dit wel geldt voor de proportionaliteitstoets in het vrij verkeer.⁶¹⁹

614 Zaak C-320/91, Corbeau, r.o. 16. Zie ook Van de Gronden 2008, p. 18.

615 Barents 2003, p. 692.

616 Zaak C-340/99, TNT Traco, r.o. 55 en ook zaak C-320/91, Corbeau, r.o. 16-18.

617 Barents 2003, p. 692.

618 Zaak C-157/94, Commissie/Nederland, r.o. 58.

619 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.2.

3.4 *Staatssteun*

Uit de rechtspraak volgt dat het Europese staatssteunregime een noodzakelijke aanvulling is op de vrijverkeerbepalingen. Zo zal het vrij verkeer van goederen en diensten, en ook de nagestreefde optimale arbeidsverdeling in de EU, worden ondermijnd als lidstaten hun nationale handel en industrie steun kunnen verlenen, die hun een kunstmatige voorsprong verschaft op concurrenten in andere lidstaten. De bepalingen over steunmaatregelen dragen dan ook direct bij tot het in stand houden van een regime van onvervalste concurrentie in de zin van artikel 3 lid 1 sub g EG.⁶²⁰ In deze paragraaf wordt nader ingegaan op dit concept en de toepassing ervan.

3.4.1 *Concept*

Steunmaatregelen zijn een instrument van economische politiek. Te denken valt aan het herstructureren van bepaalde sectoren bijvoorbeeld en vooral die van industriële aard, maar recentelijk ook de bancaire sector. Het verlenen van staatssteun heeft vaak ook betrekking op het ontwikkelen van bepaalde gebieden (regionale steun) en flankerend beleid, zoals milieubescherming.

Steunmaatregelen kunnen zich op verschillende overheidsniveaus en op diverse terreinen voordoen. Het betreft kort gezegd alle kunstmatige voordelen, van welke aard dan ook, die de staat direct of indirect geld kosten, hetzij door daartoe strekkende uitgaven of door het afzien van inkomsten.⁶²¹

Staatssteunverlening heeft als negatief effect dat de concurrentie wordt vervalst, omdat de gesteunde ondernemingen hun producten of diensten op basis van lagere kosten kunnen aanbieden dan hun niet-gesteunde concurrenten.

Op lidstaten rust de verplichting om elk voornemen van een steunmaatregel bij de Commissie aan te melden en zolang deze niet heeft beslist, dit voornemen niet ten uitvoer te leggen (art. 88 lid 3 EG).

Hierna wordt nader ingegaan op de specifieke vereisten van het concept.

3.4.1.a *Vereisten*

Vooraf zij opgemerkt dat voor de kwalificatie staatssteun alleen het potentiële effect bepalend is. De naamgeving, het beoogde doel of de juridische vorm kan daar niet aan afdoen.⁶²²

Het verlenen van staatssteun is op grond van artikel 87 lid 1 EG verboden. Deze bepaling luidt:

620 Barents 2003, p. 696.

621 Barents 2003, p. 697-700 en de daarin vermelde rechtspraak en beschikkingenpraktijk van de Commissie.

622 Bijv. zaak 173/73, Italië/Commissie, r.o. 13 en zaak C-159/01, Nederland/Commissie, r.o. 51.

‘Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de Gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

Op grond van dit artikel is sprake van verboden staatssteun, indien aan de volgende vijf criteria is voldaan:⁶²³

1. De steun wordt verleend door de staat of is met staatsmiddelen bekostigd.
2. De steun verschaft een voordeel aan de onderneming(en) dat zij niet langs normale commerciële weg, via de markt zou(den) hebben verkregen.
3. De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.
4. De steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de Gemeenschappelijke markt.
5. De steun leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

De eerste drie criteria duiden op het verlenen van staatssteun als zodanig. De laatste twee criteria hebben een meer normatief karakter, omdat zij bepalen of de desbetreffende staatssteun moet worden aangemerkt als (verboden) communautaire staatssteun.⁶²⁴ Zij behelzen dan ook in wezen een bevoegdheidsvraag, wat wordt bevestigd door het feit dat strikt genomen alleen staatssteun die voldoet aan alle vijf criteria dient te worden aangemeld bij de Commissie.⁶²⁵

Ad 1. Steunmaatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd

Zowel het begrip ‘steunmaatregel van de staat’ als het begrip ‘staatsmiddelen’ heeft Hof in zijn rechtspraak ruim uitgelegd.

Onder steunmaatregel van de staat wordt door het Hof begrepen *elk besluit van een lidstaat waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking aan ondernemingen stelt of hun voordelen verschaft om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen.*⁶²⁶ Onder dit ruim geformuleerde begrip vallen in ieder geval besluiten van centrale en decentrale over-

623 Hessel 2005, p. 23. Zie ook Hessel en Neven 2001, p. 25 e.v.

624 Ten aanzien van de toepassing van de Europese reguliere mededingingsbepalingen (art. 81 en 82 EG) geldt hetzelfde. Pas als het handelen de mededinging beperkt op de Gemeenschappelijke markt en de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt, zijn deze verbodsnormen van toepassing.

625 Adriaanse 2006, p. 36-38. Wanneer een overheid geen risico wil lopen om verboden steun (onrechtmatig) uit te keren, kan die overheid de steun beter al aanmelden bij de Commissie indien aan de eerste drie criteria is voldaan. Hessel pleit voor een dergelijke aanpak (Hessel 2005, p. 31-33).

626 Zaak 61/79, Denavit Italiana, r.o. 31.

heden. Maar ook besluiten van zelfstandige bestuursorganen en door de overheid gedomineerde ondernemingen kunnen hieronder worden geschaard. En in dat geval is belangrijk of kan worden vastgesteld of de steun met staatsmiddelen is bekostigd.

Onder staatsmiddelen verstaat het Hof *alle geldelijke middelen die de openbare sector daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen al dan niet permanent deel uitmaken van het vermogen van die sector. Dit wil zeggen dat de bedragen die overeenkomen met de betrokken maatregel niet permanent in het bezit van de schatkist behoeven te zijn. Het feit dat zij constant onder openbaar toezicht, en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteit staan, volstaat om de bedragen als staatsmiddelen aan te merken.*⁶²⁷ Binnen deze omschrijving van staatsmiddelen valt ook het budgetteren van zorgaanbieders.

Ad 2. Niet-marktconform voordeel voor de begunstigde(n)

Ook ten aanzien van het tweede vereiste geldt een ruime uitleg door het Hof. Steunverlening kan zeer diverse vormen aannemen en op indirecte en ‘verkapte’ wijze plaatsvinden. Te denken valt aan subsidiëring, leningen in de vorm van een lage rente, een lange doorlooptijd of voordelige aflossingscondities, kredietgaranties, vrijstellingen van sociale premies en belastingen, afzetgaranties en de verkoop tegen lagere prijzen of schenking van gebouwen en grond.⁶²⁸

Van belang is dat een niet-marktconform voordeel wordt verschaft. En om te bepalen of daarvan sprake is, wordt in de eerste plaats gekeken naar het effect van de maatregel en wordt het voordeel getoetst aan het zogenoemde ‘market economy investor principle’. Dit principe houdt in dat nagegaan moet worden of een particuliere investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met het steunverlenende overheidsorgaan, in vergelijkbare omstandigheden dezelfde maatregel zou hebben kunnen nemen, mede gelet op de ten tijde van de maatregel beschikbare informatie en de te verwachten evolutie.⁶²⁹

Het *market economy investor principle* zou niet gelden als overheden DAEB-ondernemingen compenseert voor hun desbetreffende taak. Immers, de prijs voor een DAEB zou volgens de particuliere marktprincipes waarschijnlijk op een onwenselijke hoogte tot stand komen. Financiële compensatie voor DAEB’s blijkt dan ook onder stringente voorwaarden niet te worden gekwalificeerd als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG. Dit werd duidelijk met het arrest Altmark (zaak C-280/00) waarin het Hof vier cumulatieve voorwaarden formuleerde die financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen buiten toepassing van het staatssteunverbod verklaarde. Het Hof stelt in de eerste plaats dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk moet zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en dat die verplichtingen duidelijk moeten zijn beschre-

627 Zaak C-83/98, Ladbroke Racing, r.o. 50.

628 Barents 2003, p. 698 en Adriaanse 2006, p. 23.

629 Adriaanse 2006, p. 24.

ven (r.o. 89). In de tweede plaats moeten de parameters ook op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld (r.o. 90). In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, daarbij rekening houdend met de opbrengsten van een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen (r.o. 92). In de vierde plaats moet – wanneer niet is gekozen voor een openbare aanbesteding – de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren. Daarbij ook weer rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen (r.o. 93).⁶³⁰

Ad 3. Selectiviteit

In het derde criterium wordt het zogenoemde selectiviteitsvereiste tot uitdrukking gebracht, waarmee steunmaatregelen worden onderscheiden van algemene begunstigende maatregelen die van overheidswege worden genomen. Aan het selectiviteitsvereiste wordt al snel voldaan. Van selectiviteit is bijvoorbeeld sprake als een specifiek type onderneming of een hele categorie van ondernemingen wordt begunstigd. De omvang van het aantal ondernemingen of het feit dat de maatregel een gehele economische sector betreft, doet aan de toepassing het Europese staatssteunregime niet af. Ook wordt aan het selectiviteitsvereiste voldaan als een algemene regeling discretionaire ruimte laat aan de uitvoerende instantie, dan wel dat toepassing van de maatregel alleen plaats kan vinden op verzoek van de betrokken onderneming.⁶³¹

Ad 4/5. Dreigende concurrentievervalsing en tussenstaatse handel

Voor de toepassing van deze voorwaarden is in beginsel een analyse van de effecten van de steunverlening vereist. Omdat staatssteun per definitie een concurrentievoordeel geeft, is de analyse van de effecten beperkter dan die wordt verlangd bij de toepassing van het kartelverbod (art. 81 EG) en het misbruikverbod van een economische machtspositie (art. 82 EG). Voor de toepassing van deze twee voorwaarden geldt derhalve geen merkbaarheidsvereiste, maakt het niet uit of het om grote of kleine ondernemingen gaat, dan wel om veel of weinig steun.⁶³² De Commissie behoeft slechts vast te stellen dat een maatregel de mededinging kan vervalsen en de tussenstaatse handel kan beïnvloeden. Bewijs van daadwerkelijke vervalsing van de mededinging of deelneming aan de tussenstaatse handel is dus niet vereist. Dit neemt echter niet weg dat de Commissie in haar beschik-

630 Deze op de casus toegespitste criteria zijn in de Europese rechtspraak meermalen herhaald. Bijv. zaak C-34/01, Enirisorce, zaak T-289/03, BUPA en zaak T-309/04, TV2/Danmark.

631 Barents 2003, p. 700-701 en Adriaanse 2006, p. 25-28.

632 Barents 2003, p. 701.

kingen verplicht is om deugdelijk te motiveren – dat wil zeggen door de concrete omstandigheden van de zaak weer te geven – waarom de concurrentie wordt of kan worden vervalst, en de tussenstaatse handel ongunstig wordt of kan worden beïnvloed.

3.4.1.b Uitzonderingen

Niet alle steunmaatregelen van lidstaten zijn verboden. Ten eerste noemt artikel 87 lid 2 EG enkele (per se-)uitzonderingen. Het betreft steun van sociale aard aan individuele verbruikers en steun in verband met (natuur)rampen of andere buitengewone gebeurtenissen. De Commissie heeft bij deze uitzonderingen geen beoordelingsvrijheid.

Ten tweede worden in artikel 87 lid 3 EG mogelijk verenigbare steunmaatregelen genoemd. Hierbij heeft de Commissie wel een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. De Commissie toetst in dergelijke gevallen of de steun noodzakelijk is om de doelstelling te bereiken, en of de steun proportioneel is in duur, intensiteit en reikwijdte om dit doel te bereiken. Vooral de onder artikel 87 lid 3 onder c EG genoemde categorie – dat wil zeggen: maatregelen die ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid óf die van regionale economieën vergemakkelijken – wordt door de Commissie regelmatig toegepast.

Ten derde heeft de Commissie bepaalde soorten steunmaatregelen vrijgesteld van voorafgaande melding. Deze zogenoemde groepsvrijstellingen zijn uitgewerkt in de Verordening voor *de-minimis*steun en de *Algemene groepsvrijstellingsverordening*.⁶³³ In de Verordening *de-minimis*steun is bepaald dat steun met een bepaalde geringe omvang slechts een beperkt effect heeft op het tussenstaatse handelsverkeer en daarom niet voldoet aan alle vereisten van artikel 87 lid 1 EG. Sinds 1 januari 2007 bedraagt het plafond voor *de-minimis*steun € 200.000 over een periode van drie belastingjaren. Met de *Algemene groepsvrijstellingsverordening* zijn de tot dan toe geldende vrijstellingen tot een geheel gebundeld en gestroomlijnd. Het betrof de verordeningen inzake MKB-steun, steun voor onderzoek en ontwikkeling aan het MKB, werkgelegenheidssteun, opleidingssteun en regionale steun. De *Algemene groepsvrijstellingsverordening* is op 29 augustus 2008 in werking getreden.

Ten slotte kan het 'belast zijn met een DAEB' een uitzonderingsgrond zijn (ex art. 86 lid 2 EG) voor het verkrijgen van staatssteun. Compensatie van DAEB's valt buiten het toepassingsbereik van artikel 87 lid 1 EG als deze voldoet aan de hiervoor genoemde vier criteria uit het arrest Altmark (zaak C-280/00).

3.4.2 Toepassing op zorgverzekeraar en zorgverlener

Aan de hand van de hiervoor uiteengezette vereisten wordt hierna nagegaan of staatssteun een rol kan spelen bij het reguleren van de gezondheidszorg.

633 Resp. Verordening (EG) nr. 1998/2006, Pb EG 2007, L 379/5 en Verordening (EG) nr. 800/2008, Pb EG 2008, L 214/3.

3.4.2.a *Zorgverzekeraar*

Bij de hervorming van het Nederlandse ziektekostenverzekeringstelsel (Zvw) zijn heel concreet vragen over staatssteun naar voren gebracht. De Nederlandse regering signaleerde twee mogelijke steunaspecten in het nieuwe stelsel. In de eerste plaats ten aanzien van het risicovereveningssysteem, omdat hiermee betalingen aan de zorgverzekeraars worden gedaan met als doel hun afzonderlijke risicoprofielen te neutraliseren. En ten tweede zou het ziekenfondsen, bij wijze van eenmalige maatregel, toegestaan worden om hun wettelijke reserves te behouden na hun transformatie tot gewone particuliere verzekeraars, op voorwaarde dat zij geen winst zouden uitkeren tot tien jaar na de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet. Hoewel de Nederlandse regering van mening was dat beide maatregelen voldeden aan de voorwaarden van het arrest Altmark (en dus geen staatssteun vormde ex artikel 87 lid 1 EG), heeft zij met oog op rechtszekerheid de maatregelen bij de Commissie aangemeld.⁶³⁴

Ten aanzien van het risicovereveningssysteem stelt de Commissie vast dat de door het College voor Zorgverzekeringen toegekende compensaties uit het Zorgverzekeringsfonds, als staatsmiddelen moeten worden beschouwd. Het Zorgverzekeringsfonds wordt namelijk gefinancierd uit wettelijk verplichte bijdragen, die worden beheerd en verdeeld overeenkomstig de bepalingen van de Zorgverzekeringswet. Vervolgens stelt de Commissie vast dat het risicovereveningssysteem een maatregel is die een bepaalde groep ondernemingen compenseert voor de kosten die zij onder normale marktomstandigheden zelf zouden moeten dragen. Normaal gesproken verhogen verzekeraars hun premies of weigeren zij bepaalde klanten teneinde hun risicoprofielen financieel af te dekken. Ten slotte meent de Commissie dat de maatregel de relatieve positie versterkt van de Nederlandse verzekeraars, waarvan een aantal deel uitmaakt van multinationale ondernemingen, ten opzichte van die van hun concurrenten in andere lidstaten. Bijgevolg verstoort het risicovereveningssysteem de mededinging en beïnvloedt de maatregel het handelsverkeer ongunstig.⁶³⁵

Ten aanzien van het behoud van reserves door de ziekenfondsen stelt de Commissie vast dat de wettelijke reserves van de ziekenfondsen gedeeltelijk met staatsmiddelen waren gefinancierd (evident een kapitaalinjectie van € 160 miljoen in 1992) en gedeeltelijk uit de redelijke (van overheidswege begrensde) winstmarge over hun activiteiten. De Commissie stelt vervolgens ook hierbij vast dat er sprake is van voordeel en selectiviteit, en verstoring van de mededinging en beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer.⁶³⁶

De Commissie oordeelde dat de maatregelen niet voldeden aan de Altmark-criteria. Desalniettemin sauveert de Commissie het risicovereveningssysteem, omdat het voldoet aan de voorwaarden van artikel 86 lid 2 EG. En viel de maatregel

634 Melding van 17 november 2004, N 541/2004 en N 542/2004.

635 Cie-nr. C(2005)1329, Zvw-stelsel, par. 3.2.

636 Cie-nr. C(2005)1329, Zvw-stelsel, par. 3.3.

over het behoud van reserves onder de uitzondering van artikel 87 lid 3 onder c EG. Het beroep van Azivo tegen deze beschikking is op 13 oktober 2008 bij het Gerecht van Eerste Aanleg doorgehaald. Op 12 februari 2008 oordeelde het Gerecht in het arrest BUPA (zaak T-289/03) dat het risicovereveningssysteem tussen Ierse ziektekostenverzekeraars voldeed aan de Altmark-criteria en bevestigde daarmee het standpunt van de Commissie.⁶³⁷ Los van de vraag of het Nederlandse systeem wel of niet in het licht van het arrest Altmark had moeten worden beoordeeld, is saillant dat het Nederlandse vereveningssysteem zowel ex ante als ex post verevent en daarmee de concurrentiemogelijkheden verder beperkt dan het Ierse – ex ante – systeem. De ex post verevening wordt echter afgebouwd.⁶³⁸ Gelet echter op de marginale beoordeling van het risicovereveningssysteem door het Gerecht in het arrest BUPA – waarin aan een open groep van ondernemingen DAEB-verplichtingen werden opgedragen –⁶³⁹ zou het Gerecht ook het Nederlandse risicovereveningssysteem wellicht sauveren.

Hoewel de Nederlandse regering gelukkig was met de uitkomst van de Commissie-beschikking, zou een principiële oordeel over de vraag of het Nederlandse risicovereveningssysteem al dan niet onder de reikwijdte van het staatssteunverbod (art. 87 EG) valt, – beleidsmatig gezien, ons inziens – de voorkeur genieten. Thans moet elke wijziging of bijstelling aan het systeem aan de Commissie ter goedkeuring worden voorgelegd, wat niet onmiddellijk zou gelden als in rechte zou zijn geoordeeld dat het Nederlandse risicovereveningssysteem niet onder de reikwijdte van het staatssteunverbod valt. In dat geval ligt het initiatief om eventuele wijzigingen te toetsen aan de staatssteunregels eerder bij de Commissie, die vervolgens deze via een zogenoemde inbreukprocedure voor rechte kan brengen. Het beroep tegen de beschikking van 13 oktober 2008 had uitdrukkelijk ook kunnen leiden tot verdere verfijning van de Altmark-rechtspraak gelet op de verschillen met het Ierse risicovereveningssysteem, bijvoorbeeld wat betreft de (nog geldende) ex post verevening in het Zvw-stelsel.

3.4.2.b *Zorgverlener (instellingen)*

Ten aanzien van Nederlandse zorgverleners bestaat nog geen staatssteunprecedente. Vooraf moet daarom de vraag worden gesteld welke maatregelen eventueel in aanmerking komen voor de staatssteuntoets.

Een in het oog springende maatregel is die van vergoeding van de kapitaallasten (rente en afschrijving van gebouwen). In 2007 is veel commotie ontstaan over de

637 Uitgebreid over dit arrest en de ruimhartige toepassing van de Altmark-criteria in de zorg(verzekerings)sector, zie Arnon en Sluijs 2008.

638 In het voorjaar 2009 informeert de Minister van VWS de Tweede Kamer over de stappen die kunnen worden gezet in die afbouw (*Kamerstukken II 2008/2009*, 29 689, nr. 222).

639 Van de Gronden 2008, p. 20. Ook in het arrest TV2/Danmark (zaak T-309/04) leidt het Gerecht uit algemene wettelijke verplichtingen een opgedragen taak van algemeen economisch belang af.

door de Minister van VWS afgekondigde maatregel om zorginstellingen volledig financieel risicodragend te maken ten aanzien van hun kapitaallasten. Dit heeft geleid tot het zogenoemde Rapport van de Commissie Havermans, die onder meer een kader heeft voorgesteld voor een nadeelcompensatieregeling.⁶⁴⁰ Hoewel betoogd kan worden dat nadeelcompensatie in strikte zin geen bevoordeling en derhalve geen staatssteun kan omvatten, dient daar vanuit het Europese recht evenmin twijfel over te bestaan.⁶⁴¹ Vaststaat dat de voorgestelde nadeelcompensatieregeling generiek van aard is en aangenomen mag worden dat de regeling volgens transparante en objectieve criteria wordt toegepast. Eurosceptici zouden bovendien kunnen beweren dat indien een nadeelcompensatieregeling al wordt gekwalificeerd als een steunmaatregel, dit helemaal zou moeten gelden voor de 'oude' kapitaallastenregeling. En wie zou dat nu willen bevestigen? Welnu, de overheidsgarantie voor bouwinvesteringen van zorginstellingen en de kapitaallastenvergoeding zijn nooit aangemeld bij de Commissie, en ten principale rijst de vraag of deze bouwinvesteringen niet binnen het domein van normaal ondernemerschap vallen, waarvoor de zorginstelling hun eigen risico moeten inschatten en hun handelen dienovereenkomstig moeten aanpassen. In wezen bestaat er geen verschil met de maatregel over risicoverevening van zorgprofielen van zorgverzekeraars. Tenzij bijvoorbeeld zorginstellingen niet worden beschouwd als ondernemingen, omdat het concept staatssteun dan sowieso niet van toepassing is. Vooralsnog worden zorginstellingen echter wel als onderneming gekwalificeerd en rijst dus de vraag of de maatregelen voor bouwinvesteringen 'markconform' zijn (en waren). Toegegeven zij dat het een strikte benadering en toepassing is van het Europese staatssteunregime.

Een andere kwestie ten aanzien van zorginstellingen die mogelijk staatssteunrechtelijke aspecten in zich draagt, is de zogenoemde afstortverplichting van artikel 18 WTZi. Eveneens in 2007 heeft een felle discussie gewoed over de zogenoemde vermogensklem. Dit betrof een nadere invulling van de Minister van VWS, die het kort gezegd niet mogelijk maakte om winst op vastgoed vrijelijk te besteden binnen de statutaire doelstellingen van de instellingen. De zorginstellingen hebben met succes deze beleidsregel van de minister aangevallen. De Raad van State oordeelde op 19 november 2008 dat het beoogde doel van de minister reeds een wettelijke grondslag bezat (LJN BG4720). Artikel 18 WTZi bepaalt immers dat als een zorginstelling gebouwen of terreinen, of delen daarvan, niet meer voor de instelling wil gebruiken, het College sanering zorginstellingen, per geval kan bepalen dat de opbrengsten bestemd blijven voor de gezondheidszorg en derhalve niet ter vrije beschikking staan van de instelling.⁶⁴² Indien nu een instelling in de toekomst een deel van haar vastgoed niet meer gebruikt voor de

640 *Kamerstukken II 2008/2009, 29 248, nr. 63 en de bijlage.*

641 Een besef dat interdepartementaal ook bestaat, zie ICER 2007.

642 Voor academische ziekenhuizen bestaat een soortgelijke bepaling (art. 2.13 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek).

zorg en dit vervolgens op de markt aanbiedt, en het College sanering zorginstellingen *niet* zou verplichten tot afstorting, dan zou ten principale kunnen worden betoogd dat er sprake is van een steunmaatregel, net zoals destijds de maatregel over het behoud van reserves bij ziekenfondsen.

Bij het verlenen van steun aan zorginstellingen verdient bijzondere aandacht het aspect van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In zoverre de markt van de verleende zorg lokaal en/of regionaal dient te worden afgebakend, is niet uitgesloten dat – met uitzondering van grensregio's – eventuele steun geen tussenstaats effect heeft, en om die reden niet in strijd wordt geacht met artikel 87 lid 1 EG.⁶⁴³ Anderzijds zou een tussenstaats effect aannemelijk zijn als wordt verondersteld dat ziekenhuizen via een keten met elkaar in een concurrentiële verbinding staan, en ook het feit dat patiënten vrij zijn zorg over de grens af te nemen, welk laatste feit te meer geldt wanneer de voorgestelde Richtlijn voor patiëntenmobiliteit wordt aangenomen.

3.4.3 DAEB en openbare dienstverplichtingen

Een belangrijke mogelijkheid om de 'spelers' in de zorg eventueel te steunen met staatsmiddelen, is deze actoren te belasten met een dienst van algemeen economisch belang. Dit geldt vooral voor de zorgverleners, omdat voor zorgverzekeraars inmiddels vaststaat dat zij als uitvoerders van de basisverzekering reeds worden aangemerkt als DAEB-onderneming.

In de voorgaande paragrafen is op diverse plekken betoogd dat uit een conglomeraat van regelgeving kan worden afgeleid dat ziekenhuizen zijn belast met een DAEB. Ook de Commissie gaat er vanuit dat ziekenhuisdiensten dienovereenkomstig kunnen worden gekwalificeerd door de lidstaten.⁶⁴⁴ En uit de Commissie-beschikking 2005/842/EG van 28 november 2005⁶⁴⁵ volgt dat eventuele compensatiebedragen zijn vrijgesteld van de aanmeldingsplicht indien aan de steun een officieel besluit ten grondslag ligt dat de aard, de strekking en de duur van de opgelegde openbare dienstverplichtingen nader bepaalt en aangeeft welke de betrokken ondernemingen zijn (art. 4). Volgens artikel 5 van deze beschikking mogen de compensatiebedragen niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de desbetreffende opbrengsten alsmede met een redelijke winst. Verder volgt uit artikel 6 dat de lidstaten de terugbetaling van eventuele *overcompensatie* verlangen. Hieruit kan worden afgeleid dat compensatie voor verlies, waar tegenover géén openbare dienstverplichtingen staan, verboden is en dat de betrokken bedragen door de staat moeten worden teruggevorderd van de DAEB-onderneming. Deze abstracte criteria zijn geformuleerd naar aanleiding van het arrest Altmark (zaak C-280/00) en ook het arrest BUPA (zaak T-289/03)

643 Bijv. Cie-nr. C(2007)5635, Steun voor Bataviawerf.

644 COM(2006) 177 en COM(2007) 725.

645 Pb EG 2005, L 312/67.

bevestigt dat staatssteun in de vorm van compensatie voor openbare dienstverplichtingen geoorloofd is en niet behoef te worden aangemeld. Het arrest BUPA onderstreept ook de stelling dat het cruciaal is dat de overheid de DAEB's en de daaraan verbonden verplichtingen om deze te verrichten, duidelijk omschrijft. Daarbij is democratische legitimatie de norm. Dat betekent dat het publieke belang én de proportionele wijze waarop de bescherming daarvan is vormgegeven, democratisch moeten zijn vastgelegd. In zoverre hiervan sprake is, kan de Commissie nog slechts controleren of de betrokken lidstaat een 'kennelijke beoordelingsfout' heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie en uitvoering van het DAEB-concept. Op de lidstaat rust evenwel uitdrukkelijk de bewijslast aan te tonen dat aan de minimale voorwaarden van het concept wordt voldaan.⁶⁴⁶

Het Europese recht legt op voorhand, en dat geldt te meer in de situatie dat er geen sprake is van harmonisatie, lidstaten geen strohalm in de weg om hun nationale publieke belangen te beschermen tegen de tucht van de economische marktbepalingen. Wel dienen lidstaten in dat geval vooraf kenbaar te maken op welke wijze zij deze belangen willen beschermen (borgen).

In het kader van het Nederlandse zorgbeleid rijst nu de vraag of het borgen van het zorgaanbod goed is vormgegeven. Volgens de NMa – die een op Europese leest geschoeid mededingingstoezicht toepast – is het allermint duidelijk dat zorgaanbieders, in het bijzonder ziekenhuizen en AWBZ-instellingen, zijn belast met een DAEB.⁶⁴⁷ Er bestaan argumenten om deze opvatting te relativieren, maar vaststaat dat een duidelijke en wettelijke toebedeling van publieke belangen aan zorgverleners nog immer ontbreekt.⁶⁴⁸

Een dergelijke toebedeling is van groot belang op het moment dat zorginstellingen in financiële problemen geraken. Weliswaar heeft de NZa een beleidsregel inzake *Steunverlening aan instellingen met financiële problemen* (beleidsregel CI-982/CA-174), maar de vraag rijst of de toepassing daarvan – zonder de aangeboden zorg als DAEB te kwalificeren – in een concreet geval niet in strijd zou zijn met het Europese staatssteunregime. Hoewel de NZa volgens deze generieke beleidsregel alléén steun zal verlenen als de continuïteit van de zorg in gevaar komt, dan nog moet naar onze mening vaststaan dat de desbetreffende zorg niet een 'gewoon' product of dienst is. Als de continuïteit van de banketbakker om de hoek in gevaar komt, zal deze ook niet met overheidssteun in stand kunnen worden gehouden. De in de beleidsregel opgenomen instellingen bieden één voor één belangrijke zorg aan, maar voorshands staat niet vast dat bijvoorbeeld radiotherapeutische centra en huisartsendienstenstructuren zorg in de zin van een openbare dienstverrichting (publieke zorg) verrichten.

646 Arnon en Sluijs 2008, p. 210.

647 Zie speech van 9 oktober 2008 van de voorzitter van de Raad van Bestuur NMa.

648 Een mogelijke uitzondering hierop is de 45-minuteneis voor aanrijtijden van spoedeisende hulpinstellingen.

Aan een jurist moet niet worden gevraagd waar nu de scheidslijn ligt tussen publieke en niet-publieke zorg. Maar betoogd kan worden dat voor bijvoorbeeld ziekenhuiszorg de grens bij het B-segment ligt. Deze zorg is onderworpen aan vrije prijsonderhandelingen, wat impliceert dat er voldoende aanbod van voorhanden is. Bij het definiëren van de publieke zorg, is het verstandig geen open criterium daarvoor te hanteren. Dit kan mogelijk leiden tot willekeur bij het uiteindelijk bepalen van de inhoud en omvang van die zorg.

Een verwijzing en vergelijking met de bancaire sector is op deze plek nog interessant. De kredietcrisis leidde tot snelle ingrepen van overheden in de nationale bancaire sector. Bij de Commissie is met succes bepleit dat bij het uitblijven van staatssteun aan de banken het financiële evenwicht van de gehele samenleving in gevaar dreigde te komen. Banken bleken ineens deel uit te maken van een veelomvattend en publiek systeem. Voor ziekenhuizen zou hetzelfde kunnen worden betoogd als zij (allemaal of een groot aantal van hen) door de tucht van de markt in ernstige financiële problemen zouden geraken en zouden failleren. Het failliet dreigen gaan van een enkel ziekenhuis, zoals het Slotervaart in 2006 en de IJsselmeerziekenhuizen in 2008, zou echter niet zonder meer met het geven van staatsmiddelen mogen worden voorkomen. Overigens is dat ook niet altijd nodig; het Slotervaartziekenhuis blijkt in private handen nog steeds goed in de praktijk te functioneren. De IJsselmeerziekenhuizen hebben evenwel op 18 december 2008 bij de NZa een steunaanvraag van € 29,5 miljoen ingediend. En in het kader van die eventuele steunverlening maakte de Minister van VWS letterlijk de vergelijking met de steun aan de bancaire sector en sprak over een ‘systeemziekenhuis’.⁶⁴⁹ Een vergelijking die ons inziens alleen zou kunnen opgaan als voor *alle* ziekenhuiszorg – ook electieve en niet-spoedeisende zorg – geldt dat de continuïteit daarvan regionaal gegarandeerd dient te zijn. Duidelijker zou zijn te spreken van ‘systeemverrichtingen’ in plaats van systeemziekenhuizen. De NZa heeft op 16 januari 2009 in een voorgenomen besluit de aanvraag afgewezen, maar ook reparabel geacht. Ten overvloede wijst de NZa erop dat ‘als de Minister van VWS conform de in de beleidsmaatregel geboden mogelijkheid de NZa verzoekt om de steun wel te verlenen (onder afwijking van de voorwaarden in de beleidsregel), en de NZa dit verzoek honoreert, naar alle waarschijnlijkheid sprake is van meldingsplichtige staatssteun.’ Deze opmerking impliceert enerzijds dat de betrokken beleidsregel ‘staatssteun-proof’ zou zijn, dat wil zeggen voldoet aan het *market economy investor principle* of wellicht aan de Altmark-criteria. Anderzijds lijkt de NZa ook uit te gaan van een mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Bij besluit van 2 februari 2009 keurde de NZa een aangepast steunverzoek om € 18 miljoen goed en verbond hieraan enkele voorwaarden. Bijvoorbeeld wordt de steun in drie tranches uitgekeerd; de eerste tranche van € 6 miljoen per direct, de volgende twee tranches respectievelijk na 2,5 en 5 jaar. Bij de toekenning van de tweede en derde tranche toetst de NZa opnieuw of aan de voorwaarden van

649 Kamerstukken II 2008/2009, 27 295, nr. 117.

balanssteun is voldaan. Mochten de ziekenhuizen in staat zijn het negatieve eigen vermogen sneller weg te werken, dan kunnen de tweede en derde tranche dus lager uitvallen. Ook dienen de IJsselmeerziekenhuizen te waarborgen dat er een financiële scheiding komt tussen de locatie Lelystad en de overige locaties, Emmeloord en Dronten, zodat verzekerd is dat de steun alleen daar terecht komt waar de continuïteit van de zorg noodzakelijk is. Mochten de ziekenhuizen hier niet aan kunnen voldoen dan zullen zij de locatie Emmeloord afstoten.⁶⁵⁰

Ten slotte maakte de NZa met dit besluit tevens bekend dat zij op korte termijn het beleid voor steunverlening zal herijken. Dit op verzoek van de Minister van VWS die de NZa heeft gevraagd de verhouding tussen publieke en private verantwoordelijkheid bij discontinuïteit van noodzakelijke zorg te concretiseren. Hierbij rijst de principiële vraag of een dergelijke concretisering niet óók nog door het parlement zou behoren te worden goedgekeurd. Het parlement is immers bij uitstek het orgaan dat de grens tussen publieke en private belangen trekt. In de Wet marktordening gezondheidszorg is evenwel verankerd dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het *algemeen consumentenbelang* voorop stelt (art. 3), en Europeesrechtelijk gezien is de NZa evenzeer als een overheidsorgaan te kwalificeren. In die zin zou een dergelijke borging van publieke belangen de Europeesrechtelijke toets van 'belasten met' kunnen doorstaan (zie paragraaf 3.3.2). Hoe het ook zij, om duidelijkheid te geven aan zowel zorgverleners als hun contractspartijen, de verzekeraars, doet de overheid er goed aan de eventuele DAEB's of openbare dienstverplichtingen van zorgverleners vast te leggen. Dit kan belangrijke twijfels wegnemen over de reikwijdte van het mededingingstoezicht. Zolang de overheid geen duidelijk DAEB-beleid voert, lopen zorgverleners het risico dat zij als 'gewone' ondernemingen worden beschouwd en dat 'gewone' mededingingsregels op hen van toepassing zijn en niet de bijzondere uitzondering van artikel 86 lid 2 EG. Hiermee ontnemt de overheid wellicht de kansen die deze exceptie haar biedt om greep te behouden op haar nationale gezondheidszorgbeleid.

650 Ten tijde van het ter perse gaan van het preadvies was niet bekend of belanghebbenden bezwaar tegen dit besluit hadden aangetekend.

4 Conclusies

In dit preadvies heeft de volgende vraag centraal gestaan. Welke consequenties heeft het EG-recht betreffende de interne markt en de mededinging voor de nationale regulering van zorgmarkten? Deze consequenties zijn bezien zowel vanuit het *zorg verzekeren* als het *zorg verlenen*.

4.1 Interne markt

Op welke wijze hebben de regels voor de interne markt effect op de nationale regelgeving inzake de zorg? Sinds de bekende arresten Smits & Peerbooms en Müller-Fauré is duidelijk dat het Europese recht het Nederlandse zorgstelsel beïnvloedt. In Nederland wordt een op de marktgeoriënteerd zorgstelsel nagestreefd. Het ligt dan ook voor de hand te veronderstellen dat het EG-recht voor de interne markt (en de mededinging) een belangrijke rol speelt, aangezien dit recht 'spelregels voor de markt' bevat.

4.1.1 Zorg verzekeren

Uit de analyse die wij hebben uitgevoerd, volgt dat hetgeen voor de ziekenfondsen gold krachtens de arresten Smits & Peerbooms en Müller-Fauré ook van toepassing is op de private zorgverzekeraars. Zij moeten derhalve *extramurale* zorg, die wordt genoten in een andere lidstaat, vergoeden en mogen met betrekking tot deze zorg geen stelsel van voorafgaande toestemming hanteren. Ziekenfondsen mochten voor *intramurale* zorg, die werd genoten in een andere lidstaat, wel voorafgaande toestemming eisen voordat werd overgegaan tot vergoeding van die zorg. Deze toestemming mocht worden geweigerd als er geen wachtlijst voor de noodzakelijke zorg bestond, waarbij de noodzakelijkheid diende te worden beoordeeld aan de hand van internationale criteria. Het is echter, zo hebben wij betoogd, niet op voorhand duidelijk of private verzekeraars thans ook de vergoeding van kosten van buitenlandse ziekenhuisbehandelingen kunnen weigeren. De mogelijkheid van ziekenfondsen om dit te doen in het oude Nederlandse zorgstelsel was gebaseerd op het planningsargument volgens de systematiek van de rechtspraak van het Hof. Het is onduidelijk in hoeverre dit argument nog opgaat in het nieuwe zorgstelsel.

Voor private verzekeraars is dit een belangrijke vraag. Als zij geen eisen meer kunnen stellen aan het vergoeden van de kosten van buitenlandse ziekenhuiszorg, komt hun beleid betreffende naturapolissen en restrictieve restitutiepolissen onder druk te staan. Als gezegd is hun vrijheid op dit terrein reeds beperkt ten aanzien van extramurale zorg. Brokkelt deze vrijheid ook verder af voor intramurale zorg?

De mogelijkheden om de vergoeding van kosten van buitenlandse intramurale zorg te weigeren, neemt toe naar mate het gewicht van het planningsargument toeneemt in het Nederlandse zorgstelsel. Daarom bevelen wij de overheid aan te overwegen welke regierol zij wil spelen op het terrein van de ziekenhuiszorg. Ten

aanzien van welke ziekenhuisdiensten is zij van mening dat deze dermate belangrijk zijn dat deze aangeboden dienen te worden in Nederland en in verschillende verzorgingsgebieden in Nederland? Zij kan echter expliciet deze diensten aanwijzen en eveneens beslissen dat deze diensten door (bepaalde) ziekenhuizen in Nederland moeten worden aangeboden, en daarbij eventueel enige taken delegeren aan private partijen als zorgverzekeraars. Ten aanzien van deze ziekenhuisdiensten mogen verzekeraars dan afspraken met ziekenhuizen maken, die ertoe kunnen leiden dat patiënten de zorg in kwestie niet gemakkelijk in een andere lidstaat kunnen afnemen. Het betreft hier immers zorg die van overheidswege gepland dient te worden. De consequentie van dit beleid is dat het grensoverschrijdend verkeer van ziekenhuisdiensten – die in de ogen van de overheid niet gepland behoeven te worden – dan vrij is. De naturopolissen en restrictieve restitutiepouwen mogen het ‘vrij verkeer’ van die zorg niet belemmeren.

Deze aanbeveling is gebaseerd op onze analyse van de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer. De Commissie heeft evenwel een voorstel voor een Richtlijn voor patiëntenmobiliteit binnen de EU ingediend. Een van de belangrijkste veranderingen die dit voorstel brengt, is dat slechts in uitzonderingsgevallen de vergoeding van de kosten van ziekenhuisbehandelingen ondergaan in andere lidstaten kunnen worden geweigerd. Indien het richtlijnvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen, wordt het voor zorgverzekeraars erg lastig om hun verzekerden te beletten om ziekenhuisbehandelingen over de grens te ondergaan. Het maakt dan niet veel meer uit of de behandelingen in kwestie onderhevig zijn aan nationale planning of niet. Alleen indien deze planning op ernstige wijze zou worden doorkruist door de uitstroom van patiënten naar het buitenland, zijn de lidstaat en hun zorgautoriteiten (zoals zorgverzekeraars) nog gerechtigd te weigeren om de kosten van buitenlandse behandelingen te vergoeden.

Er bestaan grote verschillen tussen de ziekenhuisstelsels van de lidstaten en de Commissie heeft bij het opstellen van haar voorstel hieraan weinig aandacht besteed. Het verdient daarom aanbeveling om deze verschillen alsnog goed te onderzoeken, voordat het (Europese) recht van patiënten op intramurale zorg wordt uitgebreid. Voor Nederland komt daar nog bij dat het richtlijnvoorstel het beleid van de zorgverzekeraars met betrekking tot naturopolissen en restitutiepouwen met restricties nog verder inperkt dan de rechtspraak van het Hof inzake het vrij verkeer thans al doet. Voor de Nederlandse onderhandelaars kan dit een stimulans zijn om hetgeen in het richtlijnvoorstel is bepaald over intramurale zorg ter discussie te stellen.

4.1.2 *Zorg verlenen*

Tot nu toe zijn in de rechtspraak van het Hof vooral vragen over het verzekeren van grensoverschrijdende zorg aan de orde geweest. Dit wil echter niet zeggen dat nationale regulering van zorgverlening, zou ontsnappen aan de invloed van het Europese recht. Aan de hand van het voorbeeld van de tariefsystematiek voor DBC's voor ziekenhuiszorg, is aangetoond dat de verdragsbepalingen voor het vrij verkeer in dit verband ook relevant zijn. Europeesrechtelijk bezien bevatten

dergelijke voorschriften beperkingen van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Het voorbeeld geeft aan dat de Nederlandse overheid zich ervan bewust moet zijn dat relatief snel voorschriften die zij stelt aan het verlenen van zorg, leiden tot beperkingen van het vrij verkeer in termen van het EG-recht. Hun houdbaarheid hangt daarmee af van de beantwoording van de vraag of zij onder een exceptie vallen. Aangegeven is dat in het algemeen een beroep op een exceptie kansrijk is, omdat het Hof in zijn rechtspraak zorg als een van de gewichtigste belangen ziet. Hierbij speelt het proportionaliteitsvereiste een cruciale rol. Nationale maatregelen die het vrij verkeer beperken, zijn alleen geoorloofd indien zij op evenredige wijze een doelstelling van algemeen belang nastreven. Omdat op grond van artikel 152 lid 5 EG de organisatie en de verlening van de zorg tot de bevoegdheden van de lidstaten behoren, past het Hof dit proportionaliteitsvereiste terughoudend toe op nationale zorgmaatregelen. Dit geeft lidstaten enige vrijheid om het verlenen van zorg te reguleren. Wij hebben daarom betoogd dat de kans groot is dat de nationale tariefstructuur voor DBC's kan worden gerechtvaardigd door excepties die gelden in het kader van de communautaire regels voor het vrij verkeer. Van belang is dan wel dat de nationale regels in kwestie worden vormgegeven in overeenstemming met de criteria die verband houden met de excepties van het vrij verkeer. Dit betekent onder meer dat de procedurele en institutionele inbedding goed moet worden geregeld: de eisen van objectiviteit, transparantie, kenbaarheid vooraf en non-discriminatie dienen in acht te worden genomen.

Verder speelt bij de nationale regulering van het verlenen van zorg de problematiek van het planningsargument. Het financieel evenwicht van sociale zekerheidsstelsels kan een reden zijn om het vrij verkeer te beperken. Ook hier is het dus van belang dat de overheid nagaat welke regierol zij nog behoort te vervullen in het Nederlandse zorgstelsel dat in toenemende mate wordt gekenmerkt door marktwerking. Ook met het oog op nationale voorschriften zoals die met betrekking tot de tarieven en de DBC's voor ziekenhuiszorg, zou zij moeten nagaan welke ziekenhuisdiensten gepland moeten worden gezien het belang dat deze diensten hebben voor de samenleving.

4.2 *Mededinging*

Onze analyse van het Europese mededingingsrecht bevestigt het belang van het aanwijzen van bepaalde zorgdiensten als speciale taak. Bij de bespreking van dit recht is eveneens een onderscheid gemaakt tussen zorg verzekeren en zorg verlenen. Voor de toepassing van de Europese mededingingsregels is het van belang dat de betrokken entiteiten ondernemingen zijn in de zin van de artikelen 81, 82 en 87 EG. Gebleken is dat zowel de zorgverzekeraars in het huidige Zvw-stelsel en als de zorginstellingen, zoals ziekenhuizen, onder het begrip onderneming vallen. Vervolgens zijn de Europese regels van staatssteun op hen toegepast (en is aan de andere bepalingen van het mededingingsrecht geen aandacht meer besteed). Veel van de geldstromen van de overheid richting zorgverzekeraars en zieken-

huizen kunnen worden aangemerkt als staatssteun. Dit levert meteen een probleem op, omdat op grond van artikel 87 EG staatssteun die de concurrentie op de Gemeenschappelijke markt verstoort, verboden is.

Indien echter activiteiten worden gefinancierd die verband houden met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen dan wel diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86 lid 2 EG, bestaat de kans dat artikel 87 EG niet is geschonden. De activiteiten moeten in dat geval wel als zodanig zijn aangewezen door de overheid. Verder moet voldaan zijn aan de criteria die zijn ontwikkeld in de rechtspraak.

Naar onze mening betekent dit dat, wil de overheid bij het verlenen van steun aan zorgverzekeraars en ziekenhuizen niet op Europeesrechtelijke problemen stuiten, zij haar financieringsbeleid vorm moet geven in overeenstemming met deze criteria. Indien de overheid dit niet doet, is zij overgeleverd aan de welwillendheid van de Instellingen van de EG. Indien deze bereid zijn om in de kluwen van Nederlandse zorgreggeving openbare dienstverplichtingen en diensten van algemeen economisch belang te ontdekken, zullen de nationale steunmaatregelen geoorloofd zijn. Illustratief is de beschikking die de Commissie heeft genomen ten aanzien van het Nederlandse systeem van risicoverevening. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief werd enige creativiteit van de Commissie gevergd om dit systeem onder de reikwijdte van artikel 86 lid 2 EG te brengen. Een vergelijkbare creativiteit voor het Ierse zorgsysteem treft men aan in het arrest BUPA, waar het Gerecht op bijna onnavolgbare wijze het Ierse systeem van risicoverevening sauverde in het licht van de Altmark-benadering. De Nederlandse overheid kan vervelende verrassingen vermijden door zorgactiviteiten die zij zou willen financieren, expliciet te kwalificeren als diensten van algemeen economisch belang of openbare dienstverplichtingen. In dit verband hebben wij – naar aanleiding van de recente ontwikkelingen in de bancaire sector ('systeembanken') – gesteld dat dergelijke kwalificaties van essentiële zorgactiviteiten ertoe leiden dat er 'systeemverrichtingen' ontstaan in de gezondheidszorg. Verder moet de overheid deze speciale diensten zo vormgeven dat voldaan kan worden aan de criteria die gelden in verband met artikel 86 lid 2 EG en de rechtspraak van het Hof betreffende de Altmark-benadering.

4.3 *Slotbeschouwingen*

Gelet op de reikwijdte en potentiële impact van de communautaire marktbepalingen pleiten wij ervoor dat de overheid een actief DAEB-beleid gaat voeren in de zorg. De overheid zou expliciet bepaalde zorgdiensten, bijvoorbeeld op het terrein van ziekenhuisbehandelingen, als DAEB-taak moeten kwalificeren. Alleen hierdoor kan ook in de toekomst met succes een beroep worden gedaan op excepties die voorhanden zijn in (i) het vrij verkeer, (ii) vastgelegd zijn in artikel 86 lid 2 EG en/of (iii) ontwikkeld zijn in de Altmark-rechtspraak. Het hoeft geen betoog dat dit een positief effect heeft op de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse regulering van het verzekeren én verlenen van de zorg.

Deze werkwijze kan worden aangeduid als ‘gericht borgen’: in de nationale regelgeving wordt uitdrukkelijk vastgelegd welke doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd, waarbij proportionele middelen worden ingezet.⁶⁵¹ Dit is evident een delicaat proces, waarbij enige lef evenwel niet zou moeten worden geschuwd. Het Nederlandse zorgstelsel is in transitie en daardoor zullen veel overgangsmatregelen in Europeesrechtelijke termen aanleiding geven tot beperkingen van het vrij verkeer en de mededinging. Ook na de transitiefase zullen evenwel beperkende nationale voorschriften wenselijk worden geacht, omdat de Nederlandse overheid voor de zorgsector hecht aan een systeem van geregeleerde marktwerking. Dit brengt vanzelf met zich dat een beroep op de excepties uit het vrij verkeer en het mededingingsrecht onafwendbaar is. Wij pleiten ervoor dat de overheid met enige durf de toepassing van deze excepties zal benaderen. Het verdient geen voorkeur dat de nationale wetgever zich laat leiden door het ‘paradigma van Europa proof’. Dit suggereert een angstige omgang met het Europese recht, waarbij dit recht vooral als spelbreker wordt gezien. Gestreefd wordt immers naar 100% zekerheid, hetgeen niet gegeven kan worden met betrekking tot complexe vraagstukken betreffende de toepassing van het Europese recht op nationaal zorgbeleid. Beter is te streven naar regelgeving die ‘Europa compatible’ is.⁶⁵² In dat geval worden de EG-rechtelijke criteria in nationale wetgeving zo ingepast dat het algemeen belang duidelijk en op proportionele wijze wordt vastgelegd, waarbij echter tevens wordt geaccepteerd dat 100% zekerheid niet bestaat. Bij deze benadering wordt ervan uitgegaan dat de eisen van het Europese recht goed passen bij het nationale zorgbeleid en dat deze eisen ertoe leiden dat de kwaliteit van het nationale gezondheidsrecht toeneemt.

4.4 *Standpunten preadviseurs*

1. De ‘oude’ Europese zorgarresten hebben ook voor het huidige Zvw-stelsel grote betekenis. Regulering van geliberaliseerde zorg is alleen mogelijk als het de planning van ‘publieke’ zorg dient.
2. Liberalisering en regulering van gezondheidszorg zijn met elkaar verenigbaar, mits de overheid een actief DAEB-beleid voert. Dat wil zeggen dat de overheid duidelijk is over de omvang en inhoud van het publieke belang in de zorg. Op deze wijze moderniseert de overheid haar regierol in de zorg.
3. Zonder een deugdelijk DAEB-beleid is het risico groot dat de restrictieve restitutiepolis en de naturapolis op gespannen voet staan met de regels van het Europese vrij verkeer.

651 Sluijs 2004, p. 188.

652 Van de Gronden 2008, p. 55.

4. Het Richtlijnvoorstel patiëntenmobiliteit leidt in zijn huidige vorm tot vergaande liberalisering van intramurale zorgdiensten. De 'materiële' impact van het voorstel dreigt voorbij te gaan aan de subsidiariteit die onder meer besloten ligt in artikel 152 lid 5 EG, in welk artikel wordt bepaald dat de organisatie en verlening van zorg tot de bevoegdheden van lidstaten behoort.
5. Zorgaanbieders zijn geen systeeminstellingen, zoals banken. Staatssteun kan alleen 'veilig' worden verstrekt ten behoeve van systeemverrichtingen, dan wel ter compensatie van zorg die een publiek belang vertegenwoordigt, c.q. die kan worden gekwalificeerd als een dienst van algemeen economisch belang.

Hof van Justitie EG

- Zaak 120/73, Lorenz, Jur. 1973, p. 1471
 Zaak 127/73, BRT, Jur. 1974, p. 51
 Zaak 173/73, Italië/Commissie, Jur. 1974, p. 709
 Zaak 8/74, Dassonville, Jur. 1974, p. 837
 Zaak 36/74, Walrave en Koch, Jur. 1974, p. 1405
 Zaak 104/75, De Peijper, Jur. 1976, p. 613
 Zaak 82/77, Van Tiggele, Jur. 1978, p. 25
 Zaak 120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, p. 649
 Zaak 52/79, Debauve, Jur. 1980, p. 833
 Zaak 61/79, Denkavit Italiana, Jur. 1980, p. 1205
 Zaak 181/82, Roussel, Jur. 1983, p. 3849
 Zaak 84/82, Duitsland/Commissie, Jur. 1984, p. 1451
 Zaak 118/85, Commissie/Italië, Jur. 1987, p. 2599
 Zaak 311/85, Vlaamse reisbureaus, Jur. 1987, p. 3801
 Zaak 65/86, Süllhofer, Jur. 1988, p. 5249
 Zaak C-249/88, Commissie/België, Jur. 1991, p. I-1275
 Zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jur. 1991, p. I-1979
 Zaak C-47/90, Delhaize, Jur. 1992, p. I-3669
 Zaak C-76/90, Säger, Jur. 1991, p. I-4221
 Zaak C-159/90, Grogan, Jur. 1991, p. I-4685
 Zaak C-159/91, Poucet en Pistre, Jur. 1993, p. I-637
 Zaak C-320/91, Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533
 Zaak C-275/92, Schindler, Jur. 1994, p. I-1039
 Zaak C-393/92, Gemeente Almelo, Jur. 1994, p. I-1477
 Zaak C-384/93, Alpine Investments, Jur. 1995, p. I-1141
 Zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, p. I-4921
 Zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, p. I-4165
 Zaak C-157/94, Commissie/Nederland, Jur. 1997, p. I-5699
 Zaak C-238/94, Garcia, Jur. 1996, p. I-1673
 Zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4013
 Zaak C-70/95, Sodemare, Jur. 1997, p. I-3395
 Zaak C-120/95, Decker, Jur. 1998, p. I-1831
 Zaak C-51/96, Deliège, Jur. 2000, p. I-2549
 Zaak C-108/96, Mac Quen, Jur. 2001, p. I-837
 Zaak C-158/96, Kohll, Jur. 1998, p. I-1931
 Zaak C-176/96, Lehtonen, Jur. 2000, p. I-2681
 Zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075
 Zaak C-266/96, Corsica Ferries France, Jur. 1998, p. I-3949
 Zaak C-350/96, Clean Car Autoservice, Jur. 1998, p. I-2521
 Zaak C-157/97, Brentjens' Handelonderneming, Jur. 1999, p. I-6025
 Zaak C-212/97, Centros, Jur. 1999, p. I-1459
 Zaak C-241/97, Skandia, Jur. 1999, p. I-1879

- Zaak C-83/98P, *Ladbroke Racing*, Jur. 2000, p. I-3271
Zaak C-108/98, *RI.SAN.*, Jur. 1999, p. I-5219
Zaak C-180/98, *Pavlov*, Jur. 2000, p. I-6451
Zaak C-206/98, *Commissie/België*, Jur. 2000, p. I-3509
Zaak C-281/98, *Angonese*, Jur. 2000, p. I-4139
Zaak C-368/98, *Vanbraekel*, Jur. 2001, p. I-5363
Zaak C-411/98, *Ferlini*, Jur. 2000, p. I-8081
Zaak C-109/99, *ABBOI*, Jur. 2000, p. I-7247
Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473
Zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577
Zaak C-340/99, *TNT Traco*, Jur. 2001, p. I-4109
Zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, Jur. 2003, p. I-4509
Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089
Zaak C-159/00, *Sapod*, Jur. 2002, p. I-5031
Zaak C-218/00, *Cisal*, Jur. 2002, p. I-691
Zaak C-280/00, *Altmark*, Jur. 2003, p. I-7747
Zaak C-325/00, *Commissie/Duitsland*, Jur. 2002, p. I-9977
Zaak C-355/00, *Freskot*, Jur. 2003, p. I-5263
Zaak C-34/01, *Enirisorse*, Jur. 2003, p. I-14243
Zaak C-56/01, *Inizan*, Jur. 2003, p. I-12403
Zaak C-159/01, *Nederland/Commissie*, Jur. 2004, p. I-4461
Zaak C-167/01, *Inspire Art*, Jur. 2003, p. I-10155
Zaak C-264/01, *AOK-Bundesverband*, Jur. 2004, p. I-2493
Zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Jur. 2003, p. I-14887
Zaak C-8/02, *Leichtle*, Jur. 2004, p. I-2641
Zaak C-442/02, *Caixa-Bank*, Jur. 2004, p. I-8961
Zaak C-205/03P, *FENIN*, Jur. 2006, p. I-6295
Zaak C-145/03, *Keller*, Jur. 2005, p. I-2529
Zaak C-193/03, *Bosch*, Jur. 2004, p. I-9911
Zaak C-507/03, *Commissie/Ierland*, Jur. 2007, p. I-9777
Zaak C-94/04, *Cipolla*, Jur. 2006, p. I-11421
Zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325
Zaak C-466/04, *Herrera*, Jur. 2006, p. I-5341
Zaak C-444/05, *Stamatelaki*, Jur. 2007, p. I-3185
Zaak C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering/
Vlaamse regering*, 01-04-2008, n.n.g.
Zaak C-49/07, *MOTOE*, 01-07-2008, n.n.g.
Zaak C-141/07, *Commissie/Duitsland*, 11-09-2008, n.n.g.

Conclusie A-G

Zaak C-531/06, Commissie/Italië, conclusie A-G Bot, 16-12-2008, n.n.g.
 Zaak C-169/07, Hartlauer, conclusie A-G Bot, 09-11-2008, n.n.g.
 Zaak C-171/07, Apothekerkammer des Saarlandes, conclusie A-G Bot, 16-12-2008, n.n.g.
 Zaak C-208/07, Chamier-Glisczinski, conclusie A-G Mengozzi, 09-11-2008, n.n.g.

Gerecht van Eerste Aanleg EG

Zaak T-319/99, FENIN, Jur. 2003, p. II-357
 Zaak T-289/03, BUPA, Jur. 2005, p. II-741
 Zaak T-309/04, TV 2/Danmark, 22-10-2008, n.n.g.

Commissiebeschikkingen

Cie-nr. COMP/M.4010, Fresenius – Helios, 08-12-2005
 Cie-nr. C(2005)1329, Steunmaatregelen Zvw-stelsel, 03-05-2005
 Cie-nr. C(2007)5635, Steun voor Bataviawerf, 28-11-2007

NMa-beschikkingen

Nr. 181, Zorgkantoren, 10-03-2000
 Nr. 590, 1570, 1972, Amicon – Vrijgevestigde fysiotherapeuten, 15-12-2000
 Nr. 882, bezwaar Amicon, 13-12-2000
 Nr. 3473 e.a., klachten misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars, 26-05-2005
 Nr. 5052/32, CZ – OZ, 1e fasebesluit, 07-07-2005
 Nr. 5052/92, CZ – OZ, 2e fasebesluit, 28-10-2005

Nederlandse Rechters

AF3205, Erfgenamen Jansen/VGZ, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19-11-2002
 AU9053, CZ/OZ/RvB NMa, Rechtbank Rotterdam, 07-12-2005
 BD8764 en BD8765, gemeente Dordrecht/bijstandsgerechtigden, Centrale Raad van Beroep, 22-07-2008
 BG4720, diverse zorginstellingen/Minister van VWS, Raad van State, 19-11-2008
 BG7876, NMT e.a./NZa, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18-12-2008

Aangehaalde literatuur

Adriaanse 2006

P.C. Adriaanse, *Handhaving van het EG-recht in situaties van onrechtmatige staats-steun* (diss. VU-Amsterdam), Deventer: Kluwer 2006.

Algera 2008

W.T. Algera, 'Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, uitzonderingen daargelaten' *M&M* 2008, p. 144-152.

Algera en Sluijs 2007

W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', *SEW* 2007, p. 177-190.

Arnon en Sluijs 2008

K.E. Arnon en J.J.M. Sluijs, 'Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking', *NTER* 2008, p. 206-213.

Barents 2003

R. Barents, 'Het mededingingsbeleid in de EG', in: P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans en C.W.A. Timmermans (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 645-734.

Barnard 2006

C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Barnard 2007

C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2007.

COM(2000) 580

Commissie, Mededeling *Diensten van algemeen belang in Europa*, COM(2000) 580, ook in Pb EG 2001, C 17/4.

COM(2003) 270

Commissie, Groenboek *Diensten van algemeen belang*, COM(2003) 270.

COM(2004) 374

Commissie, Mededeling *Witboek over diensten van algemeen belang*, COM(2004) 374.

COM(2006) 177

Commissie, Mededeling *Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie*, COM(2006) 177.

COM(2007) 725

Commissie, Mededeling *Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement*, COM(2007) 725.

COM(2008) 414

Commissie, Voorstel *Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg*, COM(2008) 414.

COM(2008) 415

Commissie, Mededeling *Een communautair kader voor de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg*, COM(2008) 415.

Dawes 2006

A. Dawes, 'Bonjour Herr Doctor: National Healthcare Systems, the Internal Market and Cross-border Medical Care within the European Union', *Legal Issues of Economic Integration* 2006, p. 167-182.

Devroe 2000

W. Devroe, 'Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken?', *SEW* 2000, p. 82-95.

Drijber en De Groot 2002

B.J. Drijber en G.R.J. de Groot, 'Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het Gemeenschapsrecht en het internationale recht', *advies landsadvocaat*, Den Haag: 4 december 2000

Essers, Hermans en Sluijs 2008

M.J.J.M. Essers, H.E.G.M. Hermans en J.J.M. Sluijs (red.), *Aanbesteden & mededinging in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.

De Gans 2003

M.T. de Gans, 'Staatssteun in de gezondheidszorg', *TvGR* 2003, p. 362-386.

Van de Gronden 2001

J.W. van de Gronden, 'EG-recht en maatschappelijk middenveld', *SEW* 2001, p. 302-313.

Van de Gronden 2003

J.W. van de Gronden, 'Vrij verkeer en zorgverzekeringen: medisch toerisme in Europa?', *Verkeersrecht* 2003, p. 69-75.

Van de Gronden 2004

J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: Kluwer 2004.

Van de Gronden 2006

J.W. 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', *Legal Issues of Economic Integration* 2006, p. 105-137.

Van de Gronden 2008

J.W. van de Gronden, *Hervormingen in een dienstbaar Europa. Over diensten, uitdagingen en Europees recht* (oratie), Deventer: Kluwer 2008.

Van de Gronden 2009

J.W. van de Gronden, 'Cross-Border Health Care in the EU and the Organization of the National Health Care Systems of the Member States: The Dynamics Resulting from the European Court of Justice's Decisions on Free Movement and Competition Law', *Wisconsin International Law Review* 2009 (forthcoming).

Van de Gronden en Stergiou 2008

J.W. van de Gronden en H.M. Stergiou, 'Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?', in: RVZ, *Schaal en zorg – Achtergrondstudies*, Den Haag: RVZ 2008, p. 143-202.

Hamilton 2008

G.J. Hamilton, *Hoofdlijnen zorgverzekering. Zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, Deventer: Kluwer 2008.

Hartkamp 2008

A.S. Hartkamp, *Vermogensrecht algemeen deel 1. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Hatzopoulos 2002a

V.G. Hatzopoulos, 'Killing national Health and Insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms', *Common Market Law Review* 2002, p. 683-729.

Hatzopoulos 2002b

V.G. Hatzopoulos, 'Do the Rules on Internal Market Affect National Health Care Systems?', in: M. McKee, E. Mossialos en R. Baeten, *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel: Peter Lang, 2002, p. 123-158.

Hermans 2008

H.E.G.M. Hermans, 'Prestatiebekostiging', in: M.J.J.M. Essers, H.E.G.M. Hermans en J.J.M. Sluijs (red.), *Aanbesteden & mededinging in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008, p. 95-103.

Hervey en McHale 2004

T.K. Hervey en J.V. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Hessel en Neven 2001

B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Hessel 2005

B. Hessel, *Staatssteun op het grensolak van het bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht – Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden, preadvies VAR*, Den Haag: Boom 2005.

Van Houten en Van de Gronden 2004

I.A. van Houten en J.W. van de Gronden, 'De nieuwe Nederlandse Zorgverzekeringswet en het EG-recht', *SMA* 2004, p. 513-527.

Hubben 2002

J.H. Hubben, 'Sturingsperikelen in de zorg', in: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen (red.), *Het Stelsel voorbij?*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 31-49.

ICER 2007

Interdepartementale Commissie Europees Recht, *Handreiking Nadeelcompensatie en staatssteun*, Den Haag: 2007.

Kadelbach 2002

S. Kadelbach, 'European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration', in: C. Joerges en R. Dehousse (ed.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 167-206.

Mei 2003

A.P. Mei, 'Cross-Border Access to Health Care within the European Union: Recent Developments in Law and Policy', *European Journal of Health Law* 2003, p. 369-380.

Mortelmans 2002

K.J.M. Mortelmans, 'The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule', *Common Market Law Review* 2002, p. 1303-1346.

Mortelmans 2003

K.J.M. Mortelmans, 'De werking van de interne markt: de vrijheden' in: P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans en C.W.A. Timmermans (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 487-643.

Mortelmans 2007

K.J.M. Mortelmans, 'Het Gemeenschapsrecht en het regelende privaatrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europees recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 17-43.

NMa 2004a

Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector*.

NMa 2004b

Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Visiedocument AWBZ-zorgmarkten*.

NMa 2007

Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Richtsnoeren voor de zorgsector*.

NMa 2008

Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Jaarverslag 2007*.

NZa 2008

Nederlandse Zorgautoriteit, *Advies Experiment met winstoogmerk in de ziekenhuiszorg, private winst voor het publieke belang*.

Oliver en Roth 2004

P. Oliver en W.-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *Common Market Law Review* 2004, p. 407-441.

Roscam Abbing 1993

H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap, preadvies VGR*, Utrecht: VGR 1993.

Sauter 2008a

W. Sauter, *The proposed patient mobility Directive and the reform of cross-border health-care in the EU* (TILEC Discussion Paper, DP 2008-034), Tilburg: 2008.

Sauter 2008b

W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008, p. 4-12.

Sijmons 2006

J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss. RUG), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Sijmons en Van den Ende 2008

J.G. Sijmons en T.A.M. van den Ende, *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg – De juridische herpositionering van de zorginstelling*, preadvies VHR, Deventer: Kluwer 2008.

Sluijs 2004

J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen* (diss. VU-Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004.

Sluijs 2007

J.J.M. Sluijs, 'FENIN bevestigd', *NTER* 2007, p. 40-42.

Steyger 2002

E. Steyger, 'National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily)', *Legal Issues of Economic Integration* 2002, p. 97-107.

Steyger 2004

E. Steyger, 'The proposed Dutch Health Insurance System in the light of European law', in: A. den Exter, *Competitive Social Health Insurance Yearbook 2004*, Rotterdam: Erasmus University Press 2004, p. 20-27.

Stöger 2006

K. Stöger, 'The Freedom of Establishment and the Market Access of Hospital Operators', *European Business Law Review* 2006, p. 1545-1558.

De Vries 2006

S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies* (diss. UU), Groningen: Europa Law Publishing 2006.

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2008)

(1968 tm 2003 indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 – 28 23 322, e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via Sdu Klantenservice te Den Haag, tel. 070 – 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl.)

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG *
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*
- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporcken en H.F. Visser-'t Hooft.*

- Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.
- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies; Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht:
J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*
- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*

- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg. Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.
- WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.
- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht. Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.
- Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
 - De (dubbel)rol van de arts
 - Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.
- Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.*
- 2003 T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.
- De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
 - Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.
- 2004 E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.*
- Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
 - Het beroepsgeheim en derdenbelangen
 - Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?
- ISBN: 978-90-12-09999-8 (Sdu)

- 2005 W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.*
– Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
– Infectieziekten, dwang en drang
ISBN: 978-90-12-10757-0 (Sdu)
- 2006 J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.
– De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
– Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen
ISBN: 978-90-12-11313-7 (Sdu)
- 2007 P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis: Gezondheidsrecht: betekenis en positie.
– Het gewicht van het gezondheidsrecht
– De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht
– Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd gemakkelijke relatie.
ISBN: 978-90-12-12028-9 (Sdu)
- 2008 J.H.H.M. Dorscheidt en A.C. de Die: De toekomst van de Wet BIG.
– Taakherschikking en verantwoordelijkheidsverdeling
– Gewaarborgde kwaliteit
ISBN: 978-90-12-38014-0 (Sdu)

* niet meer voorradig