

ARTIKELN

Het vrij verkeer van patiënten en artikel 13 Zorgverzekeringswet

Het VGZ-arrest van de Hoge Raad beschouwd in het licht van de EU-rechtspraak*

*Prof. mr. J.W. van de Gronden***

1. Inleiding

De vergoeding van de kosten van zorg ontvangen in een andere lidstaat heeft aanleiding gegeven tot veel discussies en de nodige procedures in Nederland.¹ In hoeverre verplicht het Unierecht tot vergoeding van deze kosten? Op 10 november 2023 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen over deze kwestie.² Dit arrest spitst zich toe op de vraag of artikel 13 Zorgverzekeringswet (Zvw) in overeenstemming is met het EU-recht. Deze bepaling heeft betrekking op de situatie waarin een verzekerde zorg af moet nemen van een aanbieder waarmee zijn verzekeraar van tevoren een contract heeft gesloten; er is dan sprake van zorg in natura en desbetreffende verzekerde heeft dan een naturapolis afgesloten. Bij een restitutiepolis is een verzekerde in de regel niet gebonden bij de keuze van de zorgverrichter. Als een verzekerde met een naturapolis zich richt tot een aanbieder bij wie zijn verzekeraar geen zorg van tevoren heeft ingekocht, dan dient deze verzekeraar slechts een bepaald percentage van de behandelingskosten te vergoeden volgens artikel 13 Zvw. Indien deze aanbieder zich bevindt in een andere lidstaat van de EU, rijst de vraag of het slechts gedeeltelijk vergoeden van deze kosten in overeenstemming is met het Europese recht.

In zijn arrest in de VGZ-zaak heeft de Hoge Raad antwoord op deze vraag gegeven. Gezien het principiële karakter van dit antwoord, staat in het onderhavige artikel dit arrest centraal. Ingegaan wordt op de vraag hoe de argumentatie van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 13 Zvw zich verhoudt tot de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) over het vrije verkeer van patiënten. Daartoe wordt hieronder kort aangegeven welke beslissing de Hoge Raad heeft genomen in de VGZ-zaak. Daarna wordt de argumentatie van het VGZ-arrest

* Dr. J. Veenbrink wordt hartelijk dankgezegd voor zijn waardevol commentaar.

** Johan van de Gronden is hoogleraar Europees recht en verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Staat en recht van de Radboud Universiteit.

1 Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (*Stichting Momentum GGZ Diagnostiek en Behandelcentrum*); HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR2019:853 (*Conductore*) en HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789 (*VGZ en MENZIS t. Vrije Artsenkeuze*).

2 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528 (*VGZ*).

Prof. mr. J.W. van de Gronden

geanalyseerd in het licht van de vaste rechtspraak van het HvJ EU, waarbij uiteraard ook aandacht wordt besteed aan de toepasselijke regelingen van Unierecht. Afgesloten wordt met enige conclusies.

2. De beslissing van de Hoge Raad in de VGZ-zaak

De zaak VGZ had betrekking op een patiënt die een bepaalde heupoperatie had ondergaan in België. VGZ had 80% van het gemiddeld door deze verzekeraar met Nederlandse zorgaanbieders voor het desbetreffende type heupoperatie gecontracteerde bedrag vergoed. Volgens de betrokken patiënt was dit in strijd met een aantal Unierechtelijke bepalingen, te weten Verordening 883/2004³ (hierna: Coördinatieverordening), artikel 56 VWEU (dat beperkingen van het vrije verkeer van diensten verbiedt) en Richtlijn 2011/24⁴ (hierna: Patiëntenrichtlijn) De Hoge Raad maakte in zijn arrest korte metten met deze stelling door alle aangevoerde cassatiemiddelen af te wijzen.

De Hoge Raad werd bij het wijzen van zijn arrest ermee geconfronteerd dat het Unierecht voor het grensoverschrijdende patiëntenverkeer ingewikkeld in elkaar zit, omdat er, *grosso modo*, twee regelgevingscomplexen zijn.⁵ Het eerste wordt gevormd door de Coördinatieverordening, die als doel heeft het faciliteren van het vrije verkeer van personen. Het tweede is gebaseerd op de Patiëntenrichtlijn, die de rechtspraak van het HvJ EU over artikel 56 VWEU nader uitwerkt en als vertrekpunt het vrije verkeer van diensten neemt. In beide complexen neemt het vereiste om toestemming te krijgen voor het ontvangen van zorg in een andere lidstaat met het oog op de onkostenvergoeding een belangrijke plaats in.⁶ Voor Nederland speelt dit vereiste in artikel 13 Zvw geen (prominente) rol, hetgeen de regels voor grensoverschrijdende zorg nog ingewikkelder maakt. Hieronder wordt eerst ingegaan op de wijze waarop de Coördinatieverordening is toegepast en daarna komt aan de orde hoe is omgegaan met de Patiëntenrichtlijn en artikel 56 VWEU.

3. De toepassing van de Coördinatieverordening in VGZ-zaak

Op grond van artikel 20 lid 1 Coördinatieverordening dient een verzekerde, indien deze zich begeeft naar een andere lidstaat om daar te worden behandeld, om voorafgaande toestemming te vragen van het bevoegde orgaan van de lidstaat van verzekering/aansluiting. Dit orgaan heeft als enige de bevoegdheid om te beslissen

3 Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *Pb.* 2004 L166/1.

4 Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *Pb.* 2011 L88/45.

5 Zie voor een korte bespreking van deze twee regelgevingscomplexen bijvoorbeeld J.W. van de Gronden & J. Veenbrink, 'EHDS and Free Movement of Patients: What EU Interventions is Needed?', *European Journal of Health Law* 2024, p. 30-34 (<https://brill.com/view/journals/ejhl/ejhl-overview.xml>).

6 Zie L. Hancher & W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 83.

over de toestemming in de zin van artikel 20 lid 2 Coördinatieverordening.⁷ In Nederland zal dat vaak de zorgverzekeraar zijn. Indien toestemming wordt verleend, dan heeft de verzekerde in kwestie recht op behandeling waarbij voor de vergoeding van de kosten de tarieven van de lidstaat van behandeling gelden. Deze kosten komen voor rekening van het bevoegde orgaan (het orgaan van de lidstaat waar de betrokken patiënt is aangesloten).

VGZ had toestemming verleend, maar had de onkostenvergoeding gemaximeerd tot 80% van het tarief dat gemiddeld door deze verzekeraar wordt overeengekomen met zorgaanbieders bij inkoop van de aan de orde zijnde heupoperatie. De claim die namens de patiënt werd ingediend was echter dat het volledige bedrag van de factuur van de Belgische zorgverlener vergoed zou moeten worden. Als toestemming op grond van artikel 20 lid 2 Coördinatieverordening wordt gegeven, gelden, zo was het betoog, de tarieven van het land van behandeling (in casu België). In de procedure was echter onduidelijk gebleven hoe hoog die tarieven waren voor de vergoeding waarop betrokkene recht had volgens het Belgische zorgsysteem. Omdat de betrokken patiënt dit niet had geconcretiseerd, ook nadat de VGZ op dit gebrek aan informatie had gewezen, kon volgens de Hoge Raad niet worden vastgesteld of er een recht op een hogere vergoeding bestond dan uitgekeerd door VGZ.⁸ Om die reden ging het betoog dat artikel 20 lid 2 Coördinatieverordening niet was nageleefd, niet op volgens de Hoge Raad.

Naar mijn mening is het echter maar zeer de vraag of het (alleen) op de weg van de patiënt ligt om vast te stellen welke tarieven voor vergoeding in een andere lidstaat gelden. Het HvJ EU heeft immers geoordeeld dat de organen van de lidstaat van behandeling en de bevoegde organen (van het land van aansluiting) op grond van het beginsel van Unietrouw van artikel 4 lid 3 EU-verdrag moeten samenwerken om zo te verzekeren dat de rechten van de patiënt volledig geëerbiedigd worden.⁹ In onder meer artikel 76 Coördinatieverordening is ook veel aandacht besteed aan de samenwerking tussen deze organen. Uit de beschikbare informatie is niet duidelijk hoe intensief het contact tussen VGZ en haar Belgische evenknie is geweest. Heeft VGZ zelf pogingen ondernomen om te achterhalen welk tarief van toepassing was krachtens het Belgische recht? In het licht van het Unierecht kan betwijfeld worden of VGZ zelf voldoende actief is geweest.

De situatie wordt nog verder gecompliceerd doordat de Hoge Raad er niet op is ingegaan dat VGZ in de procedure bij de rechtbank en het hof aangaf dat zij niet beoogd had toestemming te geven in de zin van artikel 20 Coördinatieverordening.¹⁰ Naar mijn mening had dus ook moeten worden nagegaan of artikel 20 Coördinatieverordening überhaupt wel van toepassing was. Voor de beantwoording van deze vraag biedt artikel 8 lid 3 Patiëntenrichtlijn zelfs de helpende hand. Op grond van

7 G. Berki, *Free Movement of Patients in the EU. A Patient's Perspective*, Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia 2018, p. 101.

8 Zie het VGZ-arrest, r.o. 3.1.2.

9 Zie HvJ EG 25 februari 2003, C-326/00, ECLI:EU:C:2003:101 (*IKA*), r.o. 51.

10 Zie Rb. Gelderland 26 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1162 (*VGZ*), r.o. 4.7 en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3451 (*VGZ*), r.o. 3.10.

Prof. mr. J.W. van de Gronden

deze bepaling moeten de bevoegde autoriteiten van aansluiting bij beoordeling van een aanvraag voor behandeling in een andere lidstaat eerst nagaan of aan de voorwaarden van de Coördinatieverordening is voldaan; en wanneer dit het geval is, moet de toestemming conform deze verordening worden verleend (tenzij de patiënt anderszins verzoekt). Aan de hand van deze bepaling had de Hoge Raad eerst dienen vast te stellen of de verordening van toepassing was om, indien dit het geval was, vervolgens hieraan te toetsen.

Kortom, de situatie met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 20 Coördinatieverordening is tamelijk onduidelijk. Het is daarbij jammer dat de Hoge Raad noch aan de noodzaak van samenwerking tussen de verschillende instanties in de lidstaten noch aan de plicht voor de verzekeraars om te onderzoeken of voldaan is aan de Coördinatieverordening aandacht heeft besteed. In dit verband moet erop gewezen worden dat een bepaling van een verordening niet mag worden omgezet (overgenomen in nationale wetgeving),¹¹ omdat deze rechtstreeks toepasselijk is.¹² Artikel 13 Zvw kan daarom ook niet als omzetting van artikel 20 Coördinatieverordening worden gezien. Indien derhalve een aanvraag voor een behandeling in een andere lidstaat op deze bepaling uit de verordening is gebaseerd, mag er niet van uitgegaan worden dat voor de beoordeling van deze aanvraag artikel 13 Zvw het relevante wettelijke kader is. De vraag naar de toepasselijkheid van artikel 20 Coördinatieverordening is derhalve van groot belang.

4. De beoordeling gebaseerd op de Patiëntenrichtlijn en artikel 56 VWEU

4.1. De Patiëntenrichtlijn en de rol van artikel 56 VWEU

De betrokken patiënt had een beroep gedaan op zowel de Patiëntenrichtlijn als artikel 56 VWEU. De Hoge Raad wijst erop dat de Patiëntenrichtlijn de voorwaarden voor grensoverschrijdende zorg harmoniseert. Dit heeft geleid tot codificatie van de rechtsspraak van het HvJ EU over deze zorg.¹³ Vervolgens toetst de Hoge Raad alleen aan de richtlijn en niet meer aan artikel 56 VWEU. Deze werkwijze is in lijn met de vaste rechtspraak van het HvJ EU, op grond waarvan, zoals de advocaat-generaal in de VGZ-zaak ook opmerkt,¹⁴ bij harmonisatie het toetsingskader door de richtlijn of verordening in kwestie wordt gevormd en niet meer door de verdragsbepalingen voor het vrije verkeer.¹⁵

De wijze waarop de Hoge Raad de Patiëntenrichtlijn uitlegt, heeft verregaande consequenties voor de hoogte van de kosten die een patiënt met een naturapolis bij zijn verzekeraar kan declareren voor een behandeling van een zorgaanbieder in een andere lidstaat met wie deze verzekeraar van tevoren geen contract heeft gesloten. Er mag van uitgegaan worden dat Nederlandse zorgaanbieders bij verreweg de meeste zorgaanbieders in andere lidstaten van tevoren geen zorg inkopen.

11 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 januari 1978, 94/77, ECLI:EU:C:1978:17 (*Zerbone*).

12 Zie art. 288 tweede alinea VWEU.

13 Zie het VGZ-arrest van de Hoge Raad, r.o. 3.2.6.

14 Zie Concl. A-G 30 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:644 (VGZ), punt 5.57.

15 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 5 oktober 1977, ECLI:EU:C:1977:144 (*Tedeschi*), r.o. 35.

4.2. De problematiek van de horizontale werking en de Patiëntenrichtlijn

In tegenstelling tot verordeningen, dienen richtlijnbevestigingen juist te worden omgezet¹⁶ (overgenomen in nationale wetgeving).¹⁷ Artikel 13 Zvw kan dus gelden als een maatregel die een aantal bepalingen uit de Patiëntenrichtlijn beoogt om te zetten. Met andere woorden, het is de bedoeling dat artikel 13 Zvw 'reflecteert' wat er in die richtlijnbevestigingen is geregeld.

Voorts moet worden opgemerkt dat in geval van te late of onjuiste omzetting richtlijnbevestigingen rechtstreekse werking kunnen krijgen.¹⁸ Het is echter vaste rechtspraak van het HvJ EU dat richtlijnbevestigingen niet uit zichzelf verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen, ook al werken deze bepalingen rechtstreeks.¹⁹ Dit betekent dat dergelijke bepalingen uit een richtlijn geen horizontale werking hebben. In een geschil tussen particulieren kan hierop geen beroep gedaan worden, ook al heeft de omzetting niet of onjuist plaatsgevonden. Op deze problematiek was de advocaat-generaal van de Hoge Raad in de VGZ-zaak uitvoerig ingegaan.²⁰

De vraag was of artikel 13 Zvw op juiste wijze omzetting had gegeven aan artikel 7 lid 1 Patiëntenrichtlijn, dat het recht op vergoeding van een behandeling ondergaan in een andere lidstaat regelt. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat artikel 7 lid 1 Patiëntenrichtlijn rechtstreekse werking kan krijgen, indien deze bepaling niet of onjuist wordt omgezet.²¹ Jegens overheidsinstanties (dan is er sprake van verticale werking) kan dan een beroep op deze bepaling gedaan worden.²² Naar Unierecht kunnen met een overheidsinstantie gelijk worden gesteld lichamen of entiteiten die onder het gezag of toezicht van de staat staan of die in het kader van een taak van algemeen belang over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikken dan die voortvloeien uit de regels die van toepassing zijn op betrekkingen tussen particulieren.²³ Het is maar de vraag of zorgverzekeraars op grond van deze rechtspraak gelijkgesteld kunnen worden aan overheidsinstanties, gezien de bedrijfsmatige wijze waarop ze zorgverzekeringen met particulieren afsluiten. Indien dat niet het geval is, heeft een geschil tussen een zorgverzekeraar en een verzekerde een horizontaal karakter. Op basis van de vaste rechtspraak van het HvJ EU zou dan moeten worden vastgesteld dat in een dergelijk geschil artikel 7 Patiëntenrichtlijn geen toepassing kan vinden, ook al zou artikel 13 Zvw op onjuiste wijze deze richtlijnbevestiging hebben omgezet. Bij zo'n benadering had de inhoudelijke toetsing aan de Patiëntenrichtlijn achterwege kunnen blijven.

Zelf heb ik overigens betoogd dat, omdat richtlijnbevestigingen wel horizontale werking kunnen krijgen indien zij een uitdrukking vormen van algemene rechtsbegin-

16 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 mei 1991, ECLI:EU:C:1991:224 (*Commissie tegen Duitsland*), r.o. 24.

17 Zie art. 288 VWEU.

18 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*).

19 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Dori*).

20 Zie conclusie in de VGZ-zaak, punt 5.60 t/m 5.65.

21 Zie HvJ EU 28 oktober 2021, C-636/19, ECLI:EU:C:2021:885 (*Yt. CAK*), r.o. 61.

22 Zie r.o. 61 van het arrest *Yt. CAK*.

23 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313, (*Foster*), r.o. 18 en HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (*Farrell*), r.o. 33 en 34.

Prof. mr. J.W. van de Gronden

selen van Unierecht,²⁴ verdedigd zou kunnen worden dat dit ook het geval is bij de Patiëntenrichtlijn die een uitdrukking vormt van de fundamentele vrijheden / de vier vrijheden van het Verdrag betreffende de werking van de EU.²⁵ Uit het arrest *Thelen Technopark*²⁶ kan echter worden afgeleid dat het HvJ EU niet de stap heeft willen zetten dat door de fundamentele vrijheden / de vier vrijheden richtlijnbe-
palingen onder omstandigheden wel horizontale werking kunnen krijgen. Deze route lijkt dus afgesloten.

In zijn arrest in de VGZ-zaak heeft Hoge Raad er niet voor gekozen in te gaan op de problematiek van de horizontale werking. Hierdoor ontkwam de Hoge Raad er niet aan om inhoudelijk te toetsen aan de Patiëntenrichtlijn. Het was wellicht een wat eenvoudiger oplossing geweest om te overwegen dat de verzekerde in kwestie geen beroep op de rechtstreeks werkende bepalingen van de Patiëntenrichtlijn had kunnen doen, omdat deze geen horizontale werking hebben. Dit is evenwel niet gebeurd, wellicht omdat de Hoge Raad zich dan voor de vraag naar richtlijnconforme interpretatie had zien gesteld. Uit arresten zoals *Pfeiffer*²⁷ en *Dominguez*²⁸ volgt immers dat een nationale rechter wetgeving zoveel mogelijk in het licht van EU-richtlijnen moet uitleggen. De Hoge Raad had derhalve, na te hebben overwogen dat rechtstreeks werkende richtlijnbe-
palingen geen horizontale werking kunnen krijgen, dan moeten nagaan of artikel 13 Zvw in het licht van de Patiëntenrichtlijn had moeten worden uitgelegd. Dit had ook weer aanleiding kunnen geven tot complicaties, omdat richtlijnconforme interpretatie niet mag leiden tot *contra legem*-uitlegging van het nationale recht (geen afwijking van de letterlijke bewoordingen van een nationale wettelijke bepaling)²⁹ en tot strijd met rechtsbeginselen,³⁰ zoals rechtszekerheid.³¹

4.3. Artikel 7 Patiëntenrichtlijn en artikel 13 Zvw

De inhoudelijke toetsing van de Hoge Raad heeft zich toegespitst op artikel 7 Patiëntenrichtlijn. Volgens het eerste lid hiervan heeft elke patiënt recht op vergoeding van de kosten van een behandeling ontvangen in een andere lidstaat. Het centrale punt van de door de Hoge Raad uitgevoerde toetsing draait om het vierde lid van artikel 7 Patiëntenrichtlijn. Volgens dit lid heeft een patiënt recht op vergoeding van de kosten ontvangen in een andere lidstaat tot het bedrag dat door de autoriteiten van de lidstaat van aansluiting zou zijn betaald, indien in deze lidstaat de behandeling had plaatsgevonden. Verder mag het terugbetaalde bedrag niet hoger zijn dan de daadwerkelijk gemaakte kosten in de lidstaat van behandeling. De Hoge

24 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*).

25 Zie J.W. van de Gronden, 'Grensoverschrijdende patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?', *TvGR* 2013, p. 12.

26 HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*).

27 HvJ EGU 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).

28 HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

29 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*).

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*).

31 Zie hierover S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 70-74.

Raad stelde, in navolging van zijn advocaat-generaal,³² dat de vergoeding van de kosten van de behandeling in België voor de patiënt hetzelfde was als deze een vergelijkbare behandeling in Nederland had ondergaan,³³ te weten 80% van de gemiddelde 'Nederlandse contracteerkosten' van VGZ. Voor zowel de behandeling van een niet-gecontracteerde zorgverlener in een andere lidstaat als van een niet-gecontracteerde zorgverlener in Nederland geldt dat VGZ 80% van deze kosten vergoedt. Er is daarom volgens de Hoge Raad geen strijd met artikel 7 lid 4 Patiëntenrichtlijn,³⁴ ook omdat volgens het zogenoemde hinderpaalcriterium uit de Zvw geen feitelijke verhindering voor behandeling in België bestaat.³⁵ Volgens dit criterium mag de korting die toegepast wordt op niet-gecontracteerde zorg niet zo hoog zijn dat daardoor een belemmering ontstaat voor de toegankelijkheid van deze niet-gecontracteerde zorg voor de verzekerde in kwestie.³⁶

Het punt is echter dat, zoals reeds is opgemerkt, in de praktijk Nederlandse zorgverzekeraars veel minder zorg inkopen bij aanbieders in een andere lidstaat dan bij aanbieders die in Nederland hun diensten aanbieden. In het verleden heeft het HvJ EU in de zaken *Smits-Peerbooms* en *Müller-Fauré*, die in Nederland speelden, uitdrukkelijk overwogen dat in een systeem waarbij patiënten voor gecontracteerde zorg geen toestemming nodig hebben maar voor niet-gecontracteerde zorg wel, ervan weerhouden worden zorgdiensten in een andere lidstaat te ontvangen, juist vanwege het terughoudende zorginkoopbeleid bij buitenlandse aanbieders.³⁷ Hierdoor wordt het voor verzekerden met een naturapolis afgesloten bij een Nederlandse verzekeraar lastiger om een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan dan in eigen land. Naar mijn mening is in dergelijke omstandigheden sprake van indirecte discriminatie, aangezien het voor in andere lidstaten opererende aanbieders lastiger is om een contract te sluiten met een Nederlandse zorgverzekeraar dan voor in Nederland actieve aanbieders. De Hoge Raad stelt echter dat de redenering uit arresten als *Smits-Peerbooms* en *Müller-Fauré* niet opgaat, omdat deze arresten betrekking hadden op het oude Nederlandse ziekenfondssysteem; de huidige Nederlandse Zvw 'is van geheel andere aard'.³⁸ In het oude Nederlandse systeem werd niet-gecontracteerde buitenlandse zorg niet vergoed, tenzij er van tevoren toestemming was verleend. Dat is waar, maar in het oude Nederlandse ziekenfondssysteem moest ook van tevoren toestemming worden verleend indien een patiënt zich wendde tot een niet-gecontracteerde zorgverlener in Nederland: in rechtsoverweging 20 van *Smits-Peerbooms* en rechtsoverweging 15 van *Müller-Fauré* wordt over dit ziekenfondssysteem vermeld dat bij niet-gecontracteerde buitenlandse behandeling toestemming van het ziekenfonds nodig was en bij niet-ge-

32 Zie de Conclusie in de VGZ-zaak, punt 5.84 t/m 5.106.

33 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.5.

34 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.10.

35 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.11.

36 Zie het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Stichting Momentum GGZ Diagnostiek en Behandelcentrum*, r.o. 3.5.6. Dit criterium leidde de Hoge Raad af uit de wetsgeschiedenis: *Kamerstukken II 2003/04*, 29763, nr. 3, p. 30-31.

37 Zie HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits-Peerbooms*), r.o. 66-69 en HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré*), r.o. 43 en 44.

38 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.12.

Prof. mr. J.W. van de Gronden

contracteerde buitenlandse behandeling van de minister. Hier zie ik een opvallende overeenkomst met de huidige Zvw: rehtens wordt in beide stelsels binnenlandse en buitenlandse niet-gecontracteerde zorg op dezelfde wijze behandeld, maar dient ervan uitgegaan te worden dat de kans (veel) groter is dat met Nederlandse aanbieders een contract gesloten is dan met aanbieders uit andere lidstaten. Waarom leidde dit in het oude Nederlandse zorgsysteem wel tot indirecte discriminatie en in het nieuwe Nederlandse zorgsysteem niet? Dit wordt mijns inziens niet duidelijk uit de overwegingen van de Hoge Raad. Betoogd zou kunnen worden dat vanwege het hinderpaalcriterium een patiënt in het nieuwe systeem 'slechts' (in dit geval) 20% van de behandelingskosten zelf hoeft te betalen. Voor veel mensen is dit echter een aanzienlijk bedrag bij medische verrichtingen zoals heupoperaties. In het arrest *W.O.* heeft het HvJ EU zelfs overwogen dat een patiënt recht heeft op het bedrag van de vergoeding indien de behandeling had plaatsgevonden op het grondgebied van de lidstaat van aansluiting.³⁹ Aan dit uitgangspunt wordt afbreuk gedaan indien er gekort wordt op de ontvangen vergoeding.

Van groot belang daarbij is dat het HvJ EU in het arrest *Watts*⁴⁰ zich uitgelaten heeft over de benchmark voor het vergelijken van de vergoedingen die worden verstrekt voor binnenlandse en buitenlandse behandelingen.⁴¹ Hier is voor de beantwoording van de vraag naar deze benchmark overwogen dat gekeken moet worden naar het niveau van de vergoedingen dat zou gelden bij de behandeling door aanbieders die onder het binnenlandse zorgstelsel in kwestie vallen.⁴² Naar mijn mening zijn dat voor de Zvw de gecontracteerde zorgaanbieders, omdat het hun taak is om 'de prestaties waarop de verzekerde uit hoofde van de wetgeving van de lidstaat van aansluiting recht heeft' (zoals art. 7 lid 1 Patiëntenrichtlijn het verwoordt) te verlenen.⁴³ De kans bestaat overigens dat het HvJ EU in de zaak *AF*,⁴⁴ die thans aanhangig is, meer licht werpt op de vraag hoe hoog de vergoedingen op grond van artikel 7 Patiëntenrichtlijn dienen te zijn.

Het einde van het arrest van de Hoge Raad in de zaak VGZ bevat nog een uitsmijter. Hier wordt gesteld dat, ook al zou er een belemmering van het vrije verkeer van diensten zijn doordat buitenlandse aanbieders feitelijk minder contracteren met Nederlandse zorgaanbieders, dit dan gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang en dat tevens is voldaan aan het evenredigheidsbegin-

39 Zie HvJ EU 23 september 2020, ECLI:EU:C:2020:745 (*WO*), r.o. 68. Vergelijk ook T.K. Hervey & J.V. McHale, *European Union Health Law. Themes and Implications*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 197.

40 HvJ EG 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*).

41 Zie ook J.W. van de Gronden, 'De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw in het licht van het EU-recht', 28 september 2020, p. 24 en 25, beschikbaar op www.handhavingvrijgeartsenkeuze.nl/wp-content/uploads/2020/10/Onderzoek-Wijziging-artikel-13-Zvw.pdf.

42 Zie het arrest *Watts*, r.o. 100.

43 Vergelijk ook A.P. van der Mei, 'De Patiëntenrichtlijn en het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel', *SEW* 2016, p. 58; E. Steyger, 'Toepassing van het VWEU in het zorgstelsel: van zorgen verzekerd', *TvGR* 2015, p. 405 en 406 en G. Davies, *Advice: Article 13 of the proposed Dutch health insurance law: compatibility with European Union Law*, Amsterdam, 6 oktober 2014, p. 8.

44 Deze zaak staat ingeschreven als zaak C-489/23 (*AF*).

sel.⁴⁵ De verwijzing naar mogelijke belemmeringen van het vrije dienstenverkeer en de dwingende vereisten van algemeen belang is opmerkelijk. Wordt hier een toetsing uitgevoerd aan artikel 56 VWEU (dat gaat over het vrije verkeer van diensten)? Zoals de Hoge Raad zelf al had opgemerkt echter, is het vrije patiëntenverkeer voorwerp van harmonisatie. Dit betekent dat op grond van de vaste rechtspraak van het HvJ EU⁴⁶ er niet meer getoetst dient te worden aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer maar aan de richtlijn, hetgeen ook uiteengezet is door de advocaat-generaal van de Hoge Raad.⁴⁷

De verwijzing naar de belemmeringen van het vrije verkeer en de dwingende vereisten van algemeen belang kan dus geen betrekking hebben op artikel 56 VWEU en op de excepties die van toepassing zijn op het in deze verdragsbepaling vervatte verbod. Ik neem aan dat de Hoge Raad hier in wezen toepassing gegeven heeft aan het negende lid van artikel 7 Patiëntenrichtlijn. Daar wordt gesteld dat de lidstaten de toepassing van de terugbetalingsregeling voor grensoverschrijdende zorg mogen beperken vanwege dwingende redenen van algemeen belang, zoals de eisen inzake planning waarmee de toegang tot de zorg verzekerd wordt of waardoor de zorgkosten worden beheerst. Deze passage zou kunnen worden beschouwd als een uitzondering die in de Patiëntenrichtlijn zelf besloten ligt. Het probleem is echter dat het elfde lid van artikel 7 uitdrukkelijk opmerkt dat de in het negende lid vermelde maatregelen beperkt moeten zijn tot hetgeen noodzakelijk en evenredig is, terwijl er geen sprake mag zijn van 'willekeurige discriminatie' of van een 'ongerechtvaardigde belemmering'. Het is opmerkelijk dat bij het begrip 'willekeurige discriminatie' geen onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie wordt gemaakt. Naar mijn mening is daarom de kans groot dat onder dit begrip ook indirecte discriminatie valt. Deze 'generieke' verwijzing naar het discriminatieverbod (zonder onderscheid te maken tussen directe en indirecte vormen ervan) staat niet op zichzelf, maar komt ook voor in artikel 9 en 10 Dienstenrichtlijn;⁴⁸ in deze richtlijn wordt zelfs expliciet zowel directe als indirecte discriminatie niet toegestaan in onder meer artikel 14, artikel 15 lid 3 en artikel 16. Hierboven is al uiteengezet dat het vereiste dat een zorgaanbieder een contract met een verzekeraar heeft, waarschijnlijk leidt tot indirecte discriminatie. Het is daarmee zeer onzeker of het Nederlandse contracteervereiste voldoet aan de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 7 lid 9 Patiëntenrichtlijn.

Een andere voorwaarde waarnaar deze bepaling verwijst, is het evenredigheidsvereiste. Het meest opmerkelijk aan de uitsmijter van de Hoge Raad is de opmerking dat aan dit vereiste zou zijn voldaan, zonder dat hiervoor argumenten zijn gegeven. Deze stelling is derhalve niet onderbouwd en volledig in het midden blijft welke afweging is gemaakt.

45 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.12.

46 Zie bijvoorbeeld het reeds aangehaalde arrest *Tedeschi*.

47 Zie de conclusie van de A-G in de VGZ-zaak, r.o. 5.55 t/m 5.59.

48 Zie hierover de annotatie van S. Tans bij HvJ EU 22 september 2020, C-724/18 en C-727/18, ECLI: EU:C:2020:251 (*Cali Apartments*), *SEW* 2021, p. 426 en 427.

Prof. mr. J.W. van de Gronden

In dit verband moet voorts gewezen worden op het reeds aangehaalde arrest *Y t. CAK*. In rechtsoverwegingen 59 en 61 van dit arrest merkt het HvJ EU op dat in Nederland aan een verzekerde de kosten van een behandeling ondergaan in een andere lidstaat moeten worden terugbetaald krachtens artikel 7 lid 1 Patiëntenrichtlijn, omdat in de nationale wetgeving geen gebruik is gemaakt van de door artikel 8 Patiëntenrichtlijn geboden mogelijkheid om voor bepaalde behandelingen een toestemmingsvereiste in te voeren. In dit arrest wordt geen melding gemaakt van andere uitzonderingen, zoals artikel 7 lid 9 en lid 11 Patiëntenrichtlijn, waarop een lidstaat een beroep zou kunnen doen. Dit is geen gunstig precedent voor de stelling dat naast artikel 8 er ook uitzonderingen zouden zijn opgenomen in artikel 7 Patiëntenrichtlijn.

Een belangrijk onderdeel van de redenering van de Hoge Raad⁴⁹ is de dubbele beperking die de Patiëntenrichtlijn heeft gesteld aan de vergoeding van de kosten die verband houden met in een andere lidstaat ontvangen zorg: de tarieven van de lidstaat van behandeling zijn bepalend en het terugbetaalde bedrag mag niet hoger zijn dan de feitelijk gemaakte kosten. Hierbij wordt verwezen naar het arrest *Veselibas ministrija* van het HvJ EU.⁵⁰ Daaraan koppelt de Hoge Raad het uitgangspunt dat verzekerden niet aangemoedigd mogen worden om een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan.⁵¹ Van het vergoeden van de kosten van niet-gecontracteerde zorg ontvangen in een andere lidstaat tot het niveau van de kosten van de in Nederland gecontracteerde zorg zou een dergelijke stimulans uit kunnen gaan. Hier kan tegenin worden gebracht dat, indien de vergoeding van de kosten van de behandeling door de gecontracteerde Nederlandse aanbieder en de vergoeding van de kosten van de behandeling door de niet-gecontracteerde buitenlandse aanbieder even hoog zijn, de beslissing voor de patiënt in kwestie voor een van beide behandelingen financieel gezien neutraal is; er bestaat dan geen financiële stimulans om niet-gecontracteerde zorg in een andere lidstaat te ontvangen.⁵²

Daarnaast gaat mijns inziens de overweging met betrekking tot het niet stimuleren van het ontvangen van zorg in een andere lidstaat voorbij aan de systematiek van de Patiëntenrichtlijn. In deze richtlijn is voorzien in een instrument waarmee de kosten van grensoverschrijdende zorg kunnen worden beteugeld. Dit instrument is echter niet opgenomen in artikel 7, maar in artikel 8 van de richtlijn.⁵³ Op grond van deze bepaling mogen lidstaten de vergoeding van kosten van in andere lidstaten ondergane zorg afhankelijk maken van een systeem van voorafgaande toestemming en zo doelstellingen van kostenbeheersing nastreven. Een dergelijk systeem kan onder meer worden ingevoerd indien dit noodzakelijk is om de toegang tot zorg die gepland moet worden te garanderen. Het is evenwel niet verplicht

49 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.9.

50 HvJ 29 oktober 2020, C-243/19, ECLI:EU:C:2020:872 (*Veselibas ministrija*).

51 Zie het arrest van de Hoge Raad in de VGZ-zaak, r.o. 3.2.10.

52 Zie G. Davies, *Advice: Article 13 of the proposed Dutch health insurance law: compatibility with European Union Law*, Amsterdam, 6 oktober 2014, p. 14.

53 Vergelijk in dit verband C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 317.

om het instrument van artikel 8 in het nationale recht op te nemen en Nederland heeft daarvan afgezien,⁵⁴ zoals het HvJ EU uitdrukkelijk heeft opgemerkt in arrest *Y t. CAK*.⁵⁵ Dit verklaart ook mijns inziens de discussies en de geschillen die gerezen zijn over de verenigbaarheid van artikel 13 Zvw met de Patiëntenrichtlijn.

5. Conclusies: hoe nu verder?

Naar mijn mening schuurt de argumentatie die de Hoge Raad ten aanzien van artikel 13 Zvw heeft gehanteerd in zijn VGZ-arrest op een aantal onderdelen met de vaste rechtspraak van het HvJ EU over het vrije verkeer van patiënten. Een in het oog springend punt houdt verband met de problematiek van indirecte discriminatie. Waarom leidden de beperkingen van toegang tot zorgaanbieders in het oude Nederlandse zorg-in-naturasysteem (ziekenfondsstelsel) tot indirecte discriminatie en is dat niet het geval bij de beperkingen die voortvloeien uit het huidige systeem van artikel 13 Zvw? Bij de beoordeling van beide systemen moet er rekening mee worden gehouden dat buitenlandse zorgaanbieders beduidend minder vaak worden gecontracteerd dan binnenlandse aanbieders door nationale verzekeraars. Al met al is mijns inziens het oordeel over de verenigbaarheid van artikel 13 Zvw met de Patiëntenrichtlijn omgeven met de nodige onzekerheid. Aan deze onzekerheid kan een einde gemaakt worden indien er prejudiciële vragen aan het HvJ EU worden gesteld.

Uit de internetconsultatie over het wetsvoorstel *Bevorderen zorgcontractering*⁵⁶ blijkt dat de wetgever overweegt om artikel 13 Zvw aan te passen. Uit het ter inzage gelegde wetsvoorstel volgt dat niet overwogen wordt om een systeem van voorafgaande toestemming in te voeren voor bepaalde zorgbehandelingen ontvangen in andere lidstaten. Er wordt, met andere woorden, niet nagegaan of gebruik zou kunnen worden gemaakt van de (in de vorige paragraaf besproken) mogelijkheden van artikel 8 Patiëntenrichtlijn. De bedoeling is zelfs om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, waaronder zorg ontvangen in andere lidstaten, te verlagen. Indien dit voornemen uitgevoerd wordt, neemt de kans op nieuwe procedures gebaseerd op de Patiëntenrichtlijn toe, omdat het dan nog lastiger wordt om de kosten voor buitenlandse behandelingen vergoed te krijgen dan thans het geval is. Daarnaast kunnen verzekerden ertoe worden aangezet om meer dan thans het geval is gebruik te maken van het mechanisme van voorafgaande toestemming van artikel 20 Coördinatieverordening. Wanneer een dergelijke toestemming gegeven wordt, moeten de kosten van de behandeling gegeven in een andere lidstaat vergoed worden in overeenstemming met de tarieven van de lidstaat, waar deze behandeling plaatsvindt. Dit kan gunstig zijn voor een patiënt, indien op deze wijze

54 Naast Nederland hebben slechts Tsjechië, Estland, Finland en Litouwen dat ook niet gedaan. G. Berki, *Free Movement of Patients in the EU. A Patient's Perspective*, Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia 2018, p. 119.

55 Zie het arrest *Y t. CAK*, r.o. 59.

56 Dit wetsvoorstel kan worden geraadpleegd op de volgende website: www.internetconsultatie.nl/zorgcontractering/b1.

Prof. mr. J.W. van de Gronden

wel de volledige kosten van de buitenlandse behandeling vergoed worden (dit hangt onder meer af van de hoogte van de buitenlandse tarieven).

Is het gezien de ingewikkelde juridische discussies geen tijd om serieus te overwegen om alsnog gebruik te maken van de door artikel 8 Patiëntenrichtlijn geboden mogelijkheden? In artikel 13 Zvw zou dan kunnen worden opgenomen voor welke zorg ontvangen in een andere lidstaat voorafgaande toestemming vereist is met het oog op de vergoeding van de kosten hiervan. Daarmee worden de regels voor de vergoeding van grensoverschrijdende zorg transparanter en overzichtelijker dan ze nu zijn. Dat zou zeker geen kwaad kunnen.