CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 14 april 2011[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 10553

II — Rechtskader ..... I - 10555

A — Recht van de Unie ..... I - 10555

B — Nationaal recht ..... I - 10556

III — Precontentieuze procedure ..... I - 10557

IV — Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen ..... I - 10559

V — Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 10560

A — Portugese wettelijke bepalingen ..... I - 10560

B — Het recht van de Unie ..... I - 10562

VI — Juridische beoordeling ..... I - 10565

A — Toepasselijkheid van artikel 49 EG ..... I - 10566

1. Temporeel toepasselijk recht ..... I - 10567

2. Materiële werkingssfeer ..... I - 10567

a) De bevoegdheden van de Unie en haar lidstaten op het gebied van het gezondheidsbeleid ..... I - 10567

b) Strekking van de litigieuze nationale regeling ..... I - 10569

B — Beperking van het vrij verrichten van diensten ..... I - 10571

1. Mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat ..... I - 10572

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2. Vereiste van voorafgaande toestemming voor „hoogspecialistische" medische behandelingen ..... I - 10574

3. Ontbrekende vergoedingsmogelijkheid bij „overige" medische behandelingen ..... I - 10576

C — Rechtvaardiging van de beperking ..... I - 10578

1. Rechtvaardiging in het geval van „hoogspecialistische" medische behandelingen ..... I - 10578

a) Handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel ..... I - 10580

i) Legitieme rechtvaardigingsgrond ..... I - 10580

ii) Eisen aan een met het recht van de Unie in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure ..... I - 10584

— Algemeen ..... I - 10584

— Specifieke eisen in de rechtspraak ..... I - 10584

— Evenredigheid ..... I - 10586

b) Controle van de kwaliteit van de in het buitenland verrichte diensten voor gezondheidszorg ..... I - 10588

c) Tussenconclusie ..... I - 10589

2. Rechtvaardiging in het geval van „overige" medische behandelingen ..... I - 10591

a) Handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel ..... I - 10591

i) Legitieme rechtvaardigingsgrond ..... I - 10591

ii) Evenredigheid ..... I - 10591

b) Controle van de kwaliteit van de in het buitenland verrichte diensten voor gezondheidszorg ..... I - 10593

c) Tussenconclusie ..... I - 10593

D — Eindconclusie ..... I - 10593

VII — Kosten ..... I - 10594

VIII — Conclusie ..... I - 10594

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak sluit aan op een lange lijst van zaken waarin het Hof duidelijk maakt waar de Unierechtelijke grenzen liggen van door de lidstaten aangebrachte beperkingen op de grensoverschrijdende gebruikmaking van prestaties op het gebied van de gezondheidszorg op de Europese interne markt. Ter uitoefening van de hem toegekende bevoegdheden tot uitlegging van het recht van de Unie, in casu de bepalingen van het primaire recht betreffende het vrij verrichten van diensten, heeft het Hof in de loop der tijd een omvangrijke rechtspraak ontwikkeld, die met ieder hem door de gerechten van de lidstaten voorgelegd verzoek om een prejudiciële beslissing verder is verfijnd. Niet in de laatste plaats dankzij de omvangrijke rechtspraak op dit gebied kon het recht van de burgers van de Unie op een zo veel mogelijk ongehinderde gebruikmaking van grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg, algemeen bekend onder het begrip „mobiliteit van patiënten" [2], duidelijke contouren krijgen. Tot dusver heeft het Hof in zekere zin een voortrekkersrol gespeeld bij de verwezenlijking van het thans in artikel 35 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [3] erkende recht van eenieder op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging. De rechtspraak heeft namelijk bewerkstelligd dat beperkingen in de vorm van nationale regelingen die de totstandbrenging van een interne markt voor gezondheidszorg in de weg stonden, ondanks de passiviteit van de Uniewetgever konden worden verminderd. Het Hof heeft in die arresten enkele belangrijke beginselen geformuleerd ter zake van de omstandigheden waarin de patiënten krachtens de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten een medische behandeling in een andere lidstaat kunnen ondergaan en de voor deze behandeling gemaakte kosten vergoed kunnen krijgen van de nationale ziektekostenverzekering waarbij zij zijn aangesloten.

2. De in deze rechtspraak ontwikkelde beginselen kunnen inmiddels worden aangemerkt als onderdeel van het acquis communautaire, waarmee de Uniewetgever bij de uitwerking van een toekomstige „richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg"

2 — Vergelijk de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 15 december 2005 in de zaak Watts (C-372/04, Jurispr. 2006, blz. I-4325, punt 1).

3 — Artikel 35 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt: „Eenieder heeft recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder de door de nationale wettelijke bepalingen en praktijken gestelde voorwaarden. Bij de bepaling en de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie wordt een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekerd."

rekening zal moeten houden. [4] De niet-nakomingsberoepen die de Commissie tegen een reeks lidstaten heeft ingesteld en die tot dusver hebben geleid tot de arresten van 15 juni 2010 (Commissie/Spanje), van 5 oktober 2010 (Commissie/Frankrijk) en van 27 januari 2011 (Commissie/Luxemburg), getuigen van het streven van de Unie naar consequente rechtshandhaving in het belang van de burgers van de Unie.

3. In de onderhavige zaak heeft de Europese Commissie het Hof krachtens artikel 226 EG [5] verzocht vast te stellen, dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen doordat zij in haar nationale recht niet voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat onder andere dan de in verordening (EEG) nr. 1408/71 [6] voorziene voorwaarden, althans de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen afhankelijk maakt van de verlening van voorafgaande toestemming.

4. Centraal in de onderhavige zaak staat de vraag, of de door de Commissie aangevochten regeling in decreto-lei nr. 177/92, waarvan de inhoud gedetailleerd moet worden onderzocht, rechtens als een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG kan worden gekwalificeerd voor zover zij voorziet in het vereiste van voorafgaande toestemming door de bevoegde autoriteiten voor de gebruikmaking van medische prestaties in het buitenland. Indien dit in het licht van de rechtspraak van het Hof bevestigend moet worden beantwoord, dient zich vervolgens de vraag aan of deze beperking eventueel uit hoofde van dwingende vereisten

4 — Dit lijkt tot dusver het geval te zijn. In haar voorstel van 2 juli 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM(2008) 414 def., spreekt de Commissie het voornemen uit, met de ontwerprichtlijn een regeling in te voeren „die op de beginselen van het vrij verkeer en de uitgangspunten van de beslissingen van het Hof is gebaseerd". Een overeenkomstige verwijzing naar de rechtspraak van het Hof is te vinden in punt 6 van de considerans van dit richtlijnsvoorstel. Daar staat dat het Hof zich reeds heeft uitgesproken over bepaalde vraagstukken in verband met de grensoverschrijdende gezondheidszorg, zoals de vergoeding van de kosten van gezondheidszorg die wordt verstrekt in een andere lidstaat dan die waar de ontvanger van de zorg woonachtig is. Omdat de gezondheidszorg van het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376, blz. 36) is uitgesloten, is het belangrijk „deze vraagstukken in een specifiek communautair rechtsinstrument te behandelen, met het oog op een algemenere en doeltreffendere toepassing van de door het Hof in afzonderlijke zaken ontwikkelde beginselen". Het op 13 september 2010 in eerste lezing aangenomen standpunt nr. 14/2010 van de Raad met het oog op de vaststelling van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (2010/C 275 E/01) (PB C 275 E, blz. 1) bevat talrijke verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof. Volgens punt 8 van de considerans beoogt deze richtlijn onder meer „de vaststelling van voorschriften om de toegang tot veilige en hoogwaardige grensoverschrijdende gezondheidszorg in de Unie te bevorderen en de mobiliteit van patiënten, overeenkomstig de door het Hof vastgelegde beginselen te waarborgen en samenwerking op het gebied van de gezondheidszorg tussen de lidstaten te bevorderen".

5 — Omdat het beroep van de Commissie op artikel 226 EG is gebaseerd en de verwerende lidstaat schending van de bepalingen van het EG-Verdrag wordt verweten, heeft de conclusie betrekking op het Unierechtelijke kader vóór inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

6 — Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2).

van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd, waarbij het voor de rechtsvragen van belang is dat het in het hoofdgeding uitsluitend om ambulante behandelingen gaat.

II — Rechtskader

A — *Recht van de Unie* [7]

5. Artikel 49, lid 1, EG luidt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht."

6. Artikel 152, lid 5, eerste zin, EG luidt:

„Bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid worden de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geëerbiedigd."

7. Artikel 22 van verordening nr. 1408/71 bepaalt:

„(1) De werknemer of zelfstandige die aan de door de wettelijke regeling van de bevoegde staat gestelde voorwaarden voor het recht op prestaties voldoet, eventueel met inachtneming van artikel 18, en

[...]

c) die van het bevoegde orgaan toestemming heeft ontvangen om zich naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven teneinde aldaar een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan,

heeft recht op:

i) verstrekkingen, welke voor rekening van het bevoegde orgaan door het orgaan van

7 — In aansluiting op de in het VEU en in het VWEU gehanteerde omschrijving wordt het begrip „recht van de Unie" als verzamelbegrip voor gemeenschapsrecht en recht van de Unie gebruikt. Voor zover het hierna individuele bepalingen van primair recht betreft, worden de ratione temporis geldende voorschriften aangehaald.

de woon- of verblijfplaats worden verleend, volgens de door dit orgaan toegepaste wettelijke regeling, alsof deze werknemer of zelfstandige bij laatstbedoeld orgaan was aangesloten; het tijdvak gedurende hetwelk de verstrekkingen worden verleend, wordt evenwel bepaald door de wettelijke regeling van de bevoegde staat;

[...]

(2) De op grond van lid 1, sub c, vereiste toestemming mag niet worden geweigerd wanneer de desbetreffende behandeling behoort tot de prestaties waarin de wettelijke regeling van de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokkene woont voorziet, en bedoelde 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.

[...]"

B — *Nationaal recht*

8. Het decreto-lei nr. 177/92 van 13 augustus 1992 regelt enkele aspecten in verband met de gezondheidszorg van verzekerden van het nationale gezondheidsstelsel van Portugal (SNS) in het buitenland. Volgens de bepalingen van het decreto-lei berust de coördinatie van verwijzingen voor medische behandeling in het buitenland bij het inzake ziekenhuisaangelegenheden bevoegde directoraat-generaal.

9. Artikel 1 definieert de werkingssfeer van het decreto-lei als volgt:

„(1) Het onderhavige decreto-lei regelt de hoogspecialistische medische verzorging in het buitenland, die vanwege het ontbreken van technische middelen of personeel niet in eigen land kan worden verleend.

(2) Deze verzorging komt toe aan de verzekerden van het nationale gezondheidsstelsel.

(3) Verzoeken om verwijzing naar het buitenland door particuliere instellingen vallen niet onder het toepassingsgebied van dit decreto-lei."

10. Artikel 2 van het decreto-lei stelt de voorwaarden voor een volledige vergoeding van ziektekosten (in artikel 6 vastgelegd) vast:

„De volgende voorwaarden zijn van toepassing op de toekenning van de in artikel 6 voorziene vergoedingen:

a) het voorhanden zijn van een uitvoerig positief medisch rapport, opgesteld door de behandelende arts en bevestigd door het bevoegde diensthoofd;

b) de bevestiging van dat rapport door de medisch directeur van het ziekenhuis waar de patiënt is behandeld;

c) de toestemming van de directeur-generaal Ziekenhuizen, op basis van een standpunt van de technische dienst."

11. Artikel 4 bepaalt met betrekking tot de beslissingsbevoegdheid van de directeur-generaal Ziekenhuizen het volgende:

„De directeur-generaal Ziekenhuizen beslist over de door de belanghebbende verzochte medische verzorging in het buitenland overeenkomstig de in artikel 2 vastgelegde voorwaarden."

III — Precontentieuze procedure

12. Op 12 juli 2002 zond het directoraat-generaal Interne markt van de Commissie de lidstaten een vragenlijst toe over de verenigbaarheid van de nationale wettelijke bepalingen en praktijken met de rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing van de regels van de interne markt ter zake van prestaties op het gebied van de gezondheidszorg. Op 17 januari 2003 beantwoordden de Portugese autoriteiten het verzoek om inlichtingen van de Commissie voor zover het de Portugese wettelijke bepalingen betrof.

13. Op 28 juli 2003 heeft de Commissie een „rapport betreffende de toepassing van de internemarktregels op gezondheidsdiensten — uitvoering van de rechtspraak van het Hof door de lidstaten" [8] uitgebracht.

14. Op basis van de haar ter beschikking staande informatie richtte de Commissie op 18 oktober 2006 een aanmaning aan de Portugese Republiek, waarin werd beklemtoond dat zij haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG zoals uitgelegd door het Hof heeft geschonden doordat zij overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 van 13 augustus 1992 de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming die alleen onder zeer strikte voorwaarden wordt verleend. Voorts verzocht de Commissie de Portugese autoriteiten, zo nodig, binnen twee maanden krachtens artikel 226 EG hieromtrent een standpunt in te nemen.

15. Bij schrijven van 12 januari 2007 verklaarden de Portugese autoriteiten dat het „moeilijk voorstelbaar is, dat de regels van de interne markt van toepassing zijn op prestaties op het gebied van de gezondheidszorg", en dat een lidstaat bevoegd is wettelijk vast te leggen dat de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling afhankelijk wordt gesteld van de verlening van een voorafgaande toestemming.

16. Op 29 juni 2007 richtte de Commissie een met redenen omkleed advies aan de Portugese autoriteiten, waarin zij hen mededeelde dat het schrijven van 12 januari 2007 geen dusdanig nieuwe aspecten bevatte dat daarmee de vaste rechtspraak van het Hof in z'n geheel in twijfel kon worden getrokken. De Commissie stelde zich nogmaals op het standpunt dat de Portugese Republiek haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG zoals uitgelegd door het Hof heeft geschonden door

8 — SEC(2003) 900.

de bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 van 13 augustus 1992 in stand te hebben gelaten, die de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in een andere lidstaat afhankelijk maken van de verlening van een voorafgaande toestemming. Zij verzocht de Portugese autoriteiten binnen twee maanden de nodige maatregelen ter uitvoering van dit advies te treffen.

17. Bij brief van 4 september 2007 antwoordden de Portugese autoriteiten dat het decreto-lei nr. 177/92 niet in de weg stond aan de toepassing van het recht van de Unie betreffende de toegang van Portugese onderdanen tot prestaties op het gebied van de gezondheidszorg binnen de Europese Unie of zelfs de fundamentele vrijheden van de burgers van de Unie, zoals die in het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie zijn verankerd.

18. Op 12 februari 2008 deelden de Portugese autoriteiten de Commissie hun voornemen mede, de financiële uitwerking op het gezondheidsstelsel te onderzoeken, wat minstens een maand tijd zou vergen, temeer daar de samenstelling van de regering was gewijzigd.

19. Op 18 juni 2008 verzocht de Commissie de Portugese autoriteiten, haar informatie te verstrekken omtrent de voorgenomen wijziging van het decreto-lei nr. 177/92 met het oog op een spoedige beëindiging van de met het recht van de Unie strijdige toestand.

20. Bij brief van 24 juli 2008 bekrachtigden de Portugese autoriteiten hun reeds op 4 september 2007 ingenomen standpunt, dat het decreto-lei nr. 177/92 niet in tegenspraak is met het recht van de Unie.

21. Op 15 april 2009 richtte de Commissie een aanvullend met redenen omkleed advies aan de Portugese autoriteiten, om in het belang van de transparantie en de rechtszekerheid de draagwijdte van de door haar aangevochten schending van het recht van de Unie nader uiteen te zetten. De Commissie wees erop, van mening te zijn dat de Portugese Republiek haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG volgens de uitlegging van het Hof heeft geschonden, doordat zij noch in het decreto-lei nr. 177/92 noch in een andere nationale wettelijke maatregel heeft voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in het buitenland in andere dan de in verordening nr. 1408/71 voorziene omstandigheden.

22. Bij brief van 15 mei 2009 antwoordden de Portugese autoriteiten op het aanvullende met redenen omkleed advies dat het decreto-lei nr. 177/92 voorziet in de vergoeding van ziektekosten voor een behandeling in een andere lidstaat. Voorts verklaarden zij dat de Portugese wettelijke bepalingen de vergoeding van ziektekosten ook niet uitsluiten, indien het een specialistische behandeling betreft, mits de procedure van de voorafgaande bevestiging van de medische noodzaak voor

een behandeling in het buitenland in acht wordt genomen.

IV — Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

23. Bij akte neergelegd ter griffie van het Hof op 9 juli 2009 heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld en het Hof verzocht

— vast te stellen dat de Portugese Republiek haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG heeft geschonden, doordat zij in het decreto-lei nr. 177/92 van 13 augustus 1992 tot vaststelling van de voorwaarden voor vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten of in een andere maatregel van nationaal recht niet heeft voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat buiten de in verordening (EEG) nr. 1408/71 voorziene voorwaarden, hetzij, voor het geval het aangevoerde decreto-lei wel voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat, deze vergoeding afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming;

— de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten.

24. In het verweerschrift dat op 2 oktober 2009 ter griffie is neergelegd, verzoekt de Portugese regering het Hof het beroep te verwerpen en de Commissie in de kosten te verwijzen.

25. Met de memorie van repliek van 16 november 2009 en de memorie van dupliek van 4 februari 2010 is de schriftelijke behandeling afgesloten.

26. Bij beschikking van de president van het Hof van 17 november 2009 is het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Portugese Republiek.

27. Ter terechtzitting van 9 februari 2011 hebben partijen en de regering van het Koninkrijk Spanje pleidooi gehouden.

28. Bij akte van 24 maart 2011 heeft de Commissie haar beroep gedeeltelijk ingetrokken en haar vordering zo geherformuleerd dat zij thans verzoekt

— vast te stellen dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, doordat zij in het decreto-lei nr. 177/92 van 13 augustus 1992 tot vaststelling van de voorwaarden voor vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten of in een andere maatregel van nationaal recht niet heeft voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat buiten de in verordening (EEG) nr. 1408/71 voorziene

voorwaarden, hetzij, voor het geval het aangevoerde decreto-lei voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat, deze vergoeding afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming (met uitzondering van de kosten van enkele medische behandelingen die, hoewel zij in een artsenpraktijk worden verricht, de inzet van zware apparatuur vereisen en die in de nationale wettelijke regering limitatief zijn opgesomd, bijvoorbeeld scintillatiecamera met of zonder coïncidentie-detector voor positronemissie, emissietomograaf, positroncamera, voor klinisch gebruik bedoeld apparaat voor beeldvorming of spectrometrie met nucleaire magnetische resonantie, scanner voor medisch gebruik, overdrukkamer, cyclotron voor medisch gebruik);

— de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten.

29. Bij akte van 6 april 2011 heeft de Portugese regering haar verzoek zo geherformuleerd dat zij thans verzoekt

— het beroep af te wijzen;

— voor zover het beroep gegrond is, in elk geval de gedeeltelijke intrekking van het beroep door de Commissie vast te stellen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

V — Voornaamste argumenten van partijen

A — *Portugese wettelijke bepalingen*

30. De *Commissie* geeft te kennen dat zij het standpunt van de Portugese regering niet kan volgen, vooral omdat de informatie betreffende de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen voor verschillende uitleg vatbaar of zelfs tegenstrijdig is.

31. Uit het antwoord van de Portugese regering op de vragenlijst van het directoraat-generaal Interne markt betreffende de verenigbaarheid van de nationale wettelijke bepalingen met de rechtspraak van het Hof heeft de Commissie geconcludeerd dat het decreto-lei nr. 177/92 de nationale wettelijke regeling is die de toepasselijke bepalingen over de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in het buitenland bevat.

32. De Commissie wijst er echter op dat de Portugese autoriteiten in hun antwoord op het met redenen omkleed advies hebben verklaard dat het decreto-lei nr. 177/92 niet beoogt om de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in het buitenland afhankelijk te maken van een voorafgaande toestemming en dat het Portugese recht geen andere regeling heeft die daarin voorziet. De Commissie verklaart daaruit te hebben geconcludeerd dat de Portugese rechtsorde niet voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat in andere dan de in verordening nr. 1408/71 voorziene voorwaarden.

33. De Commissie wijst erop dat de Portugese autoriteiten in hun antwoord op het aanvullende met redenen omkleed advies evenwel hebben verklaard dat de toegang tot prestaties op het gebied van de gezondheidszorg in een andere lidstaat onderworpen is aan een procedure waarin de klinische noodzaak moet worden bevestigd, hetgeen betekent dat Portugal beschikt over een stelsel van voorafgaande toestemming voor de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat.

34. Tot slot verklaart de Commissie dat de Portugese autoriteiten in hun verweerschrift uitdrukkelijk hebben toegegeven dat er geen mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat is buiten de in verordening nr. 1408/71 voorziene voorwaarden om.

35. De *Portugese regering* bestrijdt de vermeende dubbelzinnigheid respectievelijk tegenstrijdigheid van de toelichting op de in Portugal geldende regelingen.

36. De Portugese regering verklaart dat er in de Portugese rechtsorde twee mogelijkheden zijn voor toegang tot prestaties op het gebied van de gezondheidszorg in het buitenland, namelijk verordening nr. 1408/71, met name artikel 22 daarvan, en het decreto-lei nr. 177/92, dat een regeling treft voor „de in het buitenland verstrekte hoogspecialistische medische verzorging, die niet in eigen land kan worden verleend".

37. De Portugese regering verklaart dat het decreto-lei nr. 177/92 als een instrument van de ziekenhuisverzorging is bedoeld. Een medische behandeling in het buitenland is dus mogelijk, voor zover het Portugese gezondheidsstelsel niet over de vereiste middelen beschikt om de bij dit stelsel aangesloten personen te behandelen. Deze oplossing beoogt de zieke de gezondheidszorg ter beschikking te stellen die hij nodig heeft, met een garantie voor kwaliteit en medische efficiëntie.

38. Een behandeling in het buitenland is afhankelijk van bepaalde voorwaarden, die in het decreto-lei nr. 177/92 zijn vastgelegd. Dientengevolge moeten verzoeken om hoogspecialistische medische verzorging door de ziekenhuizen van het nationale gezondheidsstelsel worden ingediend en vergezeld gaan van een uitvoerig medisch rapport, dat door het desbetreffende diensthoofd en door de medisch directeur moet worden bevestigd (artikel 2, leden 1 en 2). De definitieve beslissing rust op de directeur Gezondheid. Voorts moet het medisch rapport informatie bevatten omtrent de gezondheidstoestand van de

patiënt en de behandeling alsmede de plaatsen in het buitenland waar de patiënt geopereerd respectievelijk behandeld moet worden. Indien aan de wettelijke voorwaarden is voldaan, heeft de patiënt recht op volledige vergoeding van de kosten, inclusief kosten voor de heenreis en het verblijf van de patiënt en van een begeleider. Uitbetaling vindt plaats via de desbetreffende medische instelling die verantwoordelijk is voor de procedure van de voorafgaande verklaring (artikel 6).

39. De Portugese regering is van mening dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen kosten voor intramurale en extramurale behandelingen. De hoogspecialistische medische verzorging in het buitenland in de vorm van een institutionele samenwerking kan namelijk beide soorten behandelingen omvatten. Bovendien ziet de Portugese regering een parallel tussen de procedure van een verklaring van de medische noodzaak van een behandeling in het buitenland en de procedure van verwijzing naar een specialist.

40. Voorts wijst zij erop dat de in het decreto-lei nr. 177/92 voorziene medische samenwerking voldoet aan de vereisten van het nationale gezondheidsstelsel, dat zich overeenkomstig de constitutionele regels kenmerkt door zijn universele, algemene en zelfvoorzienende karakter en bovendien van overheidswege wordt gefinancierd.

B — *Het recht van de Unie*

41. De *Commissie* is van mening dat de Portugese Republiek niet heeft voldaan aan haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG zoals uitgelegd door het Hof. Volgens deze rechtspraak is artikel 49 EG van toepassing op de situatie dat een patiënt tegen betaling medische zorg ontvangt in een andere lidstaat dan die waar hij woont. In Portugal voorziet het decreto-lei nr. 177/92, waarin de voorwaarden voor vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten zijn vastgelegd, echter niet uitdrukkelijk in een vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat in andere dan de in verordening nr. 1408/71 voorziene voorwaarden, althans stelt deze regeling, in de uitlegging van de Portugese autoriteiten, de vergoeding van deze ziektekosten voor ambulante behandeling afhankelijk van de verlening van een voorafgaande toestemming onder beperkende voorwaarden.

42. De Commissie is van mening dat, ook indien men erkent dat een stelsel dat de vergoeding van ziektekosten afhankelijk maakt van een voorafgaande toestemming — ondanks de rechtspraak van het Hof — gerechtvaardigd kan zijn, de voorwaarden voor de verlening van die toestemming strikt en dus in tegenspraak met het recht van de Unie zijn.

43. Voor wat betreft de door de Portugese regering aangevoerde argumenten ten gunste van een rechtvaardiging uit hoofde van dwingende vereisten, namelijk de financierbaarheid van het nationale gezondheidsstelsel

en de garantie van toegang tot de algemene gezondheidszorg, stelt de Commissie dat het vereiste van voorafgaande toestemming niet om redenen van volksgezondheid of een ernstig risico voor het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel kan worden gerechtvaardigd. Voorts betoogt de Commissie dat de Portugese autoriteiten het bestaan van een daadwerkelijk risico op verstoring van het financiële evenwicht van het Portugese gezondheidsstelsel, veroorzaakt door de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandelingen in het buitenland, gesteld noch bewezen hebben.

44. De *Portugese regering* zet uiteen dat er geen enkele Verdragsbepaling is die de burgers van de Unie het recht verleent, de vergoeding van ziektekosten voor behandelingen in het buitenland te verlangen of hen de onbeperkte uitoefening van een dergelijk recht toekent, zonder dat daarvoor een regeling met voorafgaande toestemming is getroffen.

45. De Portugese regering ziet in het onderhavige niet-nakomingsberoep een poging van de Commissie, op juridisch niveau een oplossing af te dwingen, die niet alleen elke wettelijke basis ontbeert maar ook is afgewezen door de lidstaten, de houders van de bevoegdheden tot vormgeving van de socialezekerheidsstelsels en van het gezondheidsstelsel. Zij verbaast zich over het handelen van de Commissie gelet op het feit dat er momenteel een wetgevingsprocedure hangende is die beoogt om de rechten en plichten van de lidstaten op dit gebied vast te leggen. Uit punt 23 van de considerans van richtlijn 2006/123 vloeit voort dat alleen een regulerende oplossing die voldoende duidelijkheid en rechtszekerheid verschaft, een rechterlijke beslissing kan rechtvaardigen. Ervan overtuigd dat een arrest van het Hof een ongewenste overlapping van rechterlijke en politieke besluitvorming tot gevolg heeft, verzoekt zij het Hof, de procedure krachtens artikel 82a, lid 1, sub a, van het Reglement voor de procesvoering te schorsen.

46. Volgens de Portugese regering onderscheidt de rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van artikel 49 EG op grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg zich door twee elementen, namelijk het specifieke procedurele kader en het ontbreken van rechtszekerheid en duidelijkheid. Alle arresten van het Hof zijn in het kader van een prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG gewezen, wat belet dat de in die zaken gevonden oplossingen overdraagbaar zijn op het hoofdgeding.

47. Ook wanneer een voorafgaande toestemming in een bepaalde situatie een beperking van het vrij verrichten van diensten zou zijn, staat artikel 49 EG volgens de rechtspraak van het Hof niet aan een dergelijke toestemming in de weg, mits zij afhankelijk is van objectieve criteria die eveneens gelden als voorwaarden waaraan moet worden voldaan bij vergoeding van ziektekosten voor in eigen land uitgevoerde behandelingen.

48. Bovendien stelt ook artikel 22 van verordening nr. 1408/71 de verrichting van grensoverschrijdende prestaties op het gebied van

de gezondheidszorg afhankelijk van de verlening van een voorafgaande toestemming. Voor het overige moet artikel 49 EG in overeenstemming met de andere Verdragsbepalingen worden gebracht. Daartoe verwijst de Portugese regering naar artikel 152, lid 5, EG dat een bevoegdheidsvoorbehoud ten gunste van de lidstaten bevat en waarvan de doeltreffende toepassing de toepassing uitsluit van andere Verdragsbepalingen die afdoen aan de bevoegdheden van de nationale beleidmakers met betrekking tot de organisatie, de financiering en de vormgeving van het model van het nationale gezondheidsstelsel.

49. De Portugese regering stelt geen wijziging van de rechtspraak voor, maar verzoekt het Hof een zodanige praktische overeenstemming tussen artikel 49 EG en artikel 152, lid 5, EG tot stand te brengen dat artikel 49 EG vanwege dwingende vereisten van algemeen belang moet wijken. Zij beroept zich op meerdere gronden die in de rechtspraak van het Hof als gerechtvaardigd worden aangemerkt, zoals de noodzaak om het financiële evenwicht van de stelsels van sociale zekerheid en van de gezondheidszorg te waarborgen.

50. De *Spaanse regering* zet in de eerste plaats uiteen dat artikel 49 EG de lidstaten niet verplicht om positieve uitvoeringsbesluiten vast te stellen, temeer daar de richtlijn het uitdrukkelijk in het recht van de Unie voorziene rechtsinstrument is om dergelijke positieve uitvoeringsbesluiten binnen de nationale rechtsordes tot stand te brengen. Zij wijst erop dat artikel 52 EG uitdrukkelijk de richtlijn voorziet als middel voor de liberalisering van de interne markt voor het verrichten van diensten. Juist dat beoogt de Commissie momenteel met haar richtlijnvoorstel.[9] Het feit dat Portugal niet heeft voorzien in een aanvullende procedure voor vergoeding van ziektekosten naast die van verordening nr. 1408/71, kan niet worden aangemerkt als een schending van de verplichtingen krachtens artikel 49 EG.

51. Bovendien heeft de Commissie niet aangetoond dat de Portugese autoriteiten bij de toepassing van hun wettelijke bepalingen de verplichtingen krachtens artikel 49 EG schenden, bijvoorbeeld door systematisch de in het stelsel voorziene toestemming voor behandeling in het buitenland te weigeren.

52. Wat de verenigbaarheid van de Portugese wettelijke bepalingen met artikel 49 EG betreft, wijst de Spaanse regering erop dat een stelsel dat voorziet in een voorafgaande toestemming niet noodzakelijk een ongerechtvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten betekent. Er zijn dwingende vereisten van algemeen belang die een dergelijk stelsel rechtvaardigen, met name in het kader van intramurale prestaties op het gebied van de gezondheidszorg. Het zou onjuist zijn om de rechtspraak van het Hof in de arresten Kohll en Müller-Fauré en Van Riet met betrekking tot tandheelkundige zorg van toepassing te verklaren op alle extramurale prestaties op het gebied van de gezondheidszorg. Voorts herinnert de Spaanse regering eraan dat het Hof in het arrest Kohll heeft

9 — Aangehaald in voetnoot 4.

gepreciseerd dat „de lidstaten op grond van artikel 56 EG het vrij verrichten van diensten door artsen en ziekenhuizen mogen beperken, voor zover de instandhouding van een bepaalde verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op nationaal grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking".

53. Met betrekking tot de evenredigheid van de litigieuze regeling wijst de Spaanse regering erop dat getoetst zou moeten worden of het Portugese stelsel een administratieve toestemmingsprocedure hanteert die op objectieve en niet-discriminerende criteria berust, waarvan de belanghebbenden van tevoren op de hoogte zijn en die duidelijk maken waar de grenzen van de beslissingsvrijheid van de nationale autoriteiten liggen.

VI — Juridische beoordeling

A — *Toepasselijkheid van artikel 49 EG*

54. Volgens vaste rechtspraak staat het aan de Commissie om in het kader van een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG het gestelde verzuim aan te tonen. Zij dient het Hof de gegevens te verschaffen die het nodig heeft om te kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van een verzuim, en zij kan zich daarbij niet baseren op een of ander vermoeden. [10] Tot een omkering van de processuele bewijslast komt het pas, wanneer de Commissie voldoende bewijs heeft overgelegd, waaruit blijkt dat sprake is van een inbreuk op het Verdrag. In die situatie dient de lidstaat zich substantieel en in detail te verweren en aan te tonen dat het recht van de Unie niet wordt geschonden. [11]

55. De Commissie verwijt de Portugese Republiek, haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG te hebben geschonden. De Portugese regering bestrijdt dit door ten eerste te verwijzen naar de huidige wetgevingsprocedure gericht op vaststelling van een richtlijn betreffende de toepassing van patiëntenrechten bij de grensoverschrijdende gezondheidszorg — met name naar de momenteel in de Raad plaatsvindende consultaties — en ten tweede door de toepassing van de bepalingen van het primaire recht betreffende het vrij

10 — Vergelijk onder meer arresten van 25 mei 1982, Commissie/Nederland (96/81, Jurispr. blz. 1791, punt 6); 22 september 1988, Commissie/Griekenland (272/86, Jurispr. blz. 4875, punt 17); 26 juni 2003, Commissie/Spanje (C-404/00, Jurispr. blz. I-6695, punt 26); 6 november 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-434/01, Jurispr. blz. I-13239, punt 21); 29 april 2004, Commissie/Oostenrijk (C-194/01, Jurispr. blz. I-4579, punt 34); 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 33); 6 oktober 2009, Commissie/Zweden (C-438/07, Jurispr. blz. I-9517, punt 49), en 29 oktober 2009, Commissie/Finland (C-246/08, Jurispr. blz. I-10605, punt 52).

11 — Vergelijk arrest van 12 december 1996, Commissie/Duitsland (C-298/95, Jurispr. blz. I-6747, punt 17), en arrest Commissie/Griekenland (hierboven aangehaald in voetnoot 10, punt 21). In die zin Burgi, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (uitg. H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann), München, 2003, § 6, punt 45, blz. 79 en Schwarze, J., *EU-Kommentar* (uitg. Jürgen Schwarze), 2e druk, 2009, artikel 226 EG-Verdrag, punt 27, blz. 1755.

verrichten van diensten, in het bijzonder artikel 49 EG, op grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg in twijfel te trekken. Beide argumenten hebben in juridisch opzicht betrekking op de temporele en materiële toepasselijkheid van artikel 49 EG op het onderhavige geding, die hierna nader zal worden onderzocht.

1. Temporeel toepasselijk recht

56. Betreffende het eerste verweer van de Portugese regering tegen het onderhavige beroep moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat een lidstaat zich niet met succes kan beroepen op een wetgevingshandeling die nog niet van kracht is en dus binnen de communautaire rechtsorde nog geen rechtsgevolgen heeft. Het vertrouwen op het ongewijzigd voortbestaan van een bepaald Commissievoorstel voor een wetgevingshandeling verdient objectief beschouwd geen bescherming, temeer daar Raad en Parlement gedurende de wetgevingsprocedure talrijke wijzigingen kunnen aanbrengen op dergelijke voorstellen. Om die reden kunnen ze slechts tot op zekere hoogte als leidraad dienen.

57. Afgezien daarvan wordt erop gewezen dat de procedure krachtens artikel 226 EG tot doel heeft om schendingen van het recht van de Unie door de lidstaten vast te stellen, die op een bepaald, relevant tijdstip hebben plaatsgevonden. Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt het bestaan van een niet-nakoming beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn. Dit is voor de beoordeling van een niet-nakoming het enige relevante tijdstip. [12] Met latere wijzigingen van het recht van de Unie wordt dus net zo min rekening gehouden als met latere regularisering door de betrokken lidstaat. [13] De niet uit te sluiten waarschijnlijkheid dat de wetgevingsprocedure binnen afzienbare tijd met succes wordt afgesloten en een richtlijn wordt vastgesteld die de toepassing van de rechten van patiënten bij de grensoverschrijdende gezondheidszorg precies regelt, verandert dus niets aan het voorwerp van het beroep en heeft dus geen enkel gevolg voor de onderhavige niet-nakomingsprocedure.

58. Het verweer van de Portugese regering dat artikel 49 EG niet kan worden toegepast voor de doelstelling van de toetsing van een eventuele schending van het recht van de Unie moet dus worden afgewezen.

12 — Vergelijk arresten van 1 juni 1995, Commissie/Italië (C-182/94, Jurispr. blz. I-1465); 10 september 1996, Commissie/Duitsland (C-61/94, Jurispr. blz. I-3989); 16 december 1997, Commissie/Italië (C-316/96, Jurispr. blz. I-7231, punt 14); 11 juni 1998, Commissie/Griekenland (C-232/95 en C-233/95, Jurispr. blz. I-3343, punt 38); 9 maart 2000, Commissie/België (C-355/98, Jurispr. blz. I-1221, punt 22); 3 oktober 2002, Commissie/Spanje (C-47/01, Jurispr. blz. I-8231, punt 15), en 14 april 2005, Commissie/Luxemburg (C-519/03, Jurispr. blz. I-3067, punt 18).

13 — Vergelijk ook Burgi, M., t.a.p. (voetnoot 11), punt 38, blz. 75; Cremer, W., *EUV/EGV-Kommentar* (uitg. Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3e druk, München, 2007, artikel 226 EG-Verdrag, punt 33, blz. 1991.

2. Materiële werkingssfeer

59. Het tweede argument van de Portugese regering moet zo worden verstaan, dat daarmee in feite de materiële toepasselijkheid van de bepalingen van het primaire recht betreffende het vrij verrichten van diensten als zodanig in twijfel wordt getrokken. Ter onderbouwing van haar rechtsopvatting verwijst zij naar artikel 152, lid 5, EG, een bepaling die de verantwoordelijkheid voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging bij de lidstaten legt. Voorts wijst de Portugese regering op de noodzaak van een regeling van afgeleid recht op dit gebied.

a) De bevoegdheden van de Unie en haar lidstaten op het gebied van het gezondheidsbeleid

60. Met de opmerkingen van de Portugese regering kan worden ingestemd voor zover zij betrekking hebben op de principiële bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de gezondheidszorg. Inderdaad blijven de lidstaten, kort gezegd, in principe „de baas over het gezondheidsbeleid" [14], wat betekent dat de Unie niet in strijd met hun beleid mag handelen. Op het door artikel 152 EG afgebakende werkterrein zijn de bevoegdheden van de Unie minder geprononceerd dan op andere terreinen. Volgens lid 1, punten 2 en 3, zijn ze inhoudelijk beperkt tot „aanvulling" van het beleid van de lidstaten en in organisatorisch opzicht, volgens lid 2, sub 1, tot „bevordering" van hun samenwerking. Deze principiële terughoudendheid bij de activiteiten van de Unie op het gebied van de gezondheidszorg ten faveure van het beleid van de lidstaten kan worden gezien als een uitdrukking van het in artikel 5 EG verankerde subsidiariteitsbeginsel. Dit doet echter geen afbreuk aan de bevoegdheid van de Unie, in het kader van de op artikel 95 EG gebaseerde harmonisatie van het nationale gezondheidszorgbeleid in de gehele EU, beschermingsnormen tot stand te brengen om beperkingen van de fundamentele vrijheden weg te nemen. Het richtlijnvoorstel van de Commissie, dat volgens punt 8 van zijn considerans onder meer de mobiliteit van patiënten en het vrij verkeer van de diensten

14 — Punt 8 van de considerans van het Commissievoorstel voor een „richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg" (hierboven aangehaald in voetnoot 4) luidt: „Deze richtlijn is bedoeld om een algemeen kader voor de verlening van veilige, hoogwaardige en efficiënte grensoverschrijdende gezondheidszorg in de Gemeenschap tot stand te brengen en patiëntenmobiliteit en de vrijheid om gezondheidszorg te verlenen, alsmede een hoog niveau van bescherming van de gezondheid, te waarborgen, met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de vaststelling van de socialezekerheidsvoorzieningen in verband met gezondheid en voor de organisatie en verstrekking van gezondheidszorg en geneeskundige verzorging, alsmede socialezekerheidsvoorzieningen, in het bijzonder in verband met ziekte."

voor gezondheidszorg wil waarborgen, berust juist op deze machtigingsgrondslag.

61. Het Hof is zich bewust van de complexe taakverdeling tussen de Unie en haar lidstaten. Volgens vaste rechtspraak laat het recht van de Unie de bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsels in te richten, onverlet. [15] Bij gebreke van harmonisatie op het niveau van de Europese Unie staat het elke lidstaat vrij, in zijn wettelijke bepalingen de voorwaarden voor de verlening van prestaties van sociale zekerheid te regelen. [16] In dit verband wordt verwezen naar het arrest Watts [17], waar het Hof in alle duidelijkheid eraan herinnert dat volgens artikel 152, lid 5, EG bij het optreden van de Unie op het gebied van de volksgezondheid, de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd.

62. In hetzelfde arrest verklaart het Hof dat deze bepaling evenwel niet uitsluit dat de lidstaten op grond van andere Verdragsbepalingen, zoals artikel 49 EG, of op grond van krachtens andere Verdragsbepalingen vastgestelde maatregelen van de Unie, zoals artikel 22 van verordening nr. 1408/71, verplicht zijn, hun nationale socialezekerheidsstelsels aan te passen. [18] Reeds in eerdere arresten heeft het Hof benadrukt, dat de lidstaten bij de uitoefening van de hun in artikel 152, lid 5, EG toegekende bevoegdheid het recht van de Unie, inzonderheid de bepalingen van het vrij verrichten van diensten, moeten eerbiedigen. [19] Deze verbieden de lidstaten, ongerechtvaardigde beperkingen van de uitoefening van deze vrijheden op het gebied van de gezondheidszorg in te voeren of te handhaven. [20] Bovendien wordt er met nadruk op gewezen dat het Hof de lidstaten uitdrukkelijk heeft aangespoord om de onvermijdelijke aanpassingen, die zij in het belang van de verwezenlijking van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden in de nationale socialezekerheidsstelsels moeten uitvoeren, niet te zien als een aantasting van hun soevereine bevoegdheid

15 — Arresten van 7 februari 1984, Duphar e.a. (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 16); 17 juni 1997, Sodermare e.a. (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 27); 28 april 1998, Kohll (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punt 17); 18 maart 2004, Leichtle (C-8/02, Jurispr. blz. I-12641, punt 29); 16 mei 2006, Watts (C-372/04, Jurispr. blz. I-4325, punt 92), en 15 juni 2010, Commissie/Spanje (C-211/08, Jurispr. blz. I-5267, punt 53).

16 — Arresten van 24 april 1980, Coonan (110/79, Jurispr. blz. 1445, punt 12); 4 oktober 1991, Paraschi (C-349/87, Jurispr. blz. I-4501, punt 15), en 30 januari 1997, Stöber en Piosa Pereira (C-4/95 en C-5/95, Jurispr. blz. I-511, punt 36); arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 92); arrest van 13 mei 2003, Müller-Fauré en Van Riet (C-385/99, Jurispr. blz. I-4509, punt 100); arrest Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 53), en arrest van 27 januari 2011, Commissie/Luxemburg (C-490/09, Jurispr. blz. I-247, punt 32).

17 — Arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 146). Zie ook arrest Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 75).

18 — Arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 147).

19 — Arresten van 28 april 1998, Decker (C-120/95, Jurispr. blz. I-1831, punt 19), en 12 juli 2001, Smits en Peerbooms (C-157/99, Jurispr. blz. I-5473, punten 44-46); arrest Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 100); arrest van 23 oktober 2003, Inizan (C-56/01, Jurispr. blz. I-12403, punt 17), en arresten Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 92), en Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 53).

20 — Arrest van 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, Jurispr. blz. I-8889, punt 40); arrest Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 23); arrest van 19 april 2007, Stamatelaki (C-444/05, Jurispr. blz. I-3185, punt 23), en arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 92).

op het desbetreffende gebied. [21] Tot slot mag niet onvermeld blijven dat de Europese Unie door maatregelen, die bijvoorbeeld de uitoefening van de fundamentele vrijheden dienen, een aanzienlijke invloed op de gezondheidsstelsels van de lidstaten kan uitoefenen. [22]

63. Op het gebied van de grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg is er bij wijze van spreken een kruising tussen het recht van de Unie en het nationale recht, en wel zodanig dat het recht van de Unie zich, zoals zo vaak, voornamelijk beperkt tot het vastleggen van een bindend doel — namelijk de verwezenlijking van het vrije verkeer van personen voor patiënten alsmede hun gelijke behandeling tegenover nationale autoriteiten, ongeacht hun nationaliteit —, terwijl de bevoegdheden van de lidstaten gehandhaafd blijven, waarbij zij zich in zoverre moeten voegen in het rechtskader, vastgelegd door het primaire en het afgeleide recht, dat de lidstaten bij de uitoefening van hun bevoegdheden het recht van de Unie niet mogen schenden. [23] Hoe ver het Unierechtelijke kader reikt, dat artikel 49 EG rond de uitoefening van de bevoegdheden van de lidstaten plaatst, bepaalt het Hof. De uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 234 EG verleende bevoegdheid geeft aan een voorschrift van Unierecht, verklaart en preciseert de betekenis en strekking van dit voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast. [24]

64. Dit betekent dat de Portugese Republiek zich dus niet met succes kan beroepen op haar originaire bevoegdheid tot organisatie van het gezondheidswezen en de geneeskundige verzorging op haar grondgebied, om zich te onttrekken aan de verplichtingen die haar door het overige primaire Unierecht worden opgelegd, met name de bepalingen betreffende de fundamentele vrijheden.

b) Strekking van de litigieuze nationale regeling

65. Voor wat betreft de vraag of de litigieuze nationale regeling binnen de materiële werkingssfeer van artikel 49 EG valt, wordt eraan

21 — Arresten Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 45), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 147) alsmede Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 102).

22 — Vergelijk bijvoorbeeld de arresten van 11 december 2003, DocMorris (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887) — nationaal verbod op postorderverkoop van geneesmiddelen, en 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389) — wachtdienst van een arts in een ziekenhuis in verband met de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers; arrest Leichtle (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 51) — voorwaarden voor de vergoeding van de kosten van een thermale kuur in een andere lidstaat, en arrest van 3 oktober 2000, Ferlini (C-411/98, Jurispr. blz. I-8081, punten 47 e.v.).

23 — In die zin Van Raepenbusch, S., „Dossier: l'Europe de la santé — L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04", *Gazette du Palais*, december 2006, blz. 8.

24 — Vergelijk arrest van 19 november 2009, Commissie/Italië (C-540/07, Jurispr. blz. I-10983, punt 63).

herinnerd dat volgens vaste rechtspraak tegen vergoeding verleende medische zorg binnen de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten valt [25], zonder dat een onderscheid moet worden gemaakt naargelang het gaat om verzorging in een ziekenhuis of daarbuiten. [26] Zoals het Hof voorts heeft geoordeeld, omvat de vrijheid van dienstverrichting de vrijheid van de ontvanger van de dienst, met name degene die een medische behandeling moet ondergaan, om zich met het oog daarop naar een andere lidstaat te begeven, zonder door beperkingen te worden belemmerd. [27] Voorts heeft het Hof geoordeeld dat een medische verstrekking niet de hoedanigheid van dienstverrichting in de zin van artikel 49 EG verliest doordat de patiënt, na de buitenlandse dienstverrichter voor de behandeling te hebben betaald, vervolgens verzoekt om terugbetaling van deze behandeling door een nationaal gezondheidsstelsel. [28]

66. Nationale bepalingen zoals vervat in het decreto-lei nr. 177/92, die de voorwaarden zowel voor gebruikmaking van grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg door een patiënt als voor vergoeding van ziektekosten door de autoriteiten van een nationaal stelsel van preventieve gezondheidszorg vastleggen, vallen dus binnen de materiële werkingssfeer van artikel 49 EG. [29]

67. Overigens — in tegenstelling tot hetgeen wordt betoogd door de Portugese regering, die meermaals dit argument heeft aangevoerd dat de door het Hof ontwikkelde beginselen niet op de onderhavige zaak overdraagbaar zijn — staat de omstandigheid dat het nationale gezondheidsstelsel van Portugal in tegenstelling tot de gezondheidsstelsels van verschillende andere lidstaten niet door bijdragen van de verzekerden, maar uitsluitend door belastingen en andere begrotingsgelden van de staat wordt gefinancierd, volstrekt niet in de weg aan een toetsing van de verenigbaarheid van de bepalingen van het

25 — Arresten Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 34), Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 47), Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 19), en Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 86); arrest van 4 oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Jurispr. blz. I-4685, punt 18), en arrest Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 29).

26 — Arrest Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 34); arrest van 5 oktober 2010, Commissie/Frankrijk (C-512/08, Jurispr. blz. I-8833, punt 30); arresten Leichtle (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 28), Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 19), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 86), en Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 103); arrest van 12 juli 2001, Vanbraekel e.a. (C-368/98, Jurispr. blz. I-5363, punt 41), alsmede arrest Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 53).

27 — Arresten Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 35), Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 31), Elchinov (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 37), Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 49), Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 20) en Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 87).

28 — Arresten Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 47), Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 21) alsmede Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 103).

29 — Vergelijk arrest Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punten 60-69) en arrest van het EVA-Hof, Rinsal en Slinning (E-11/07 en C-1/08, punt 44), waarbij niet alleen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van het primaire recht betreffende het vrij verrichten van diensten in het EG-Verdrag en de EER-Overeenkomst, maar bovendien ook het beperkende karakter van de betrokken nationale bepalingen wordt bevestigd. Artikel 49, lid 1, EG komt inhoudelijk overeen met artikel 36, lid 1, EER-Overeenkomst, voor de uitlegging waarvan het EVA-Hof (met het oog op de EVA/EER-landen) bevoegd is. Overeenkomstig het vereiste van homogene rechtspraak binnen de Europese Economische Ruimte heeft het EVA-Hof de hierboven genoemde rechtspraak van het Hof op deze specifieke bepaling van de Overeenkomst toegepast.

decreto-lei nr. 177/92 aan artikel 49 EG zoals uitgelegd door het Hof, want zoals het Hof in het arrest Watts [30] met name met betrekking tot een met belastinggeld gefinancierd nationaal gezondheidsstelsel zoals de National Health Service (NHS) van het Verenigd Koninkrijk ondubbelzinnig heeft verklaard, zijn de bepalingen van het primaire recht betreffende het vrij verrichten van diensten van toepassing „ongeacht de wijze van functioneren van het [desbetreffende] nationale stelsel". Ik wil erop wijzen dat de vernieuwing van het arrest Watts niet in de laatste plaats lag in de overdracht van de geldende rechtspraak betreffende het vrij verkeer in het kader van een primair met premiegeld gefinancierde wettelijke ziektekostenverzekering naar met belastinggeld gefinancierde nationale gezondheidsstelsels. [31] Bovendien wordt in dit verband verwezen naar het arrest Müller-Fauré en Van Riet [32], waarin het Hof uitdrukkelijk verklaart dat er vanuit het oogpunt van de vrijheid van dienstverrichting geen onderscheid kan worden gemaakt al naargelang „de behandelaar rechtstreeks door het ziekenfonds of uit de staatskas wordt betaald". Het tegengestelde argument van de Portugese regering moet dus worden afgewezen.

68. Artikel 49 EG is dus van toepassing.

B — *Beperking van het vrij verrichten van diensten*

69. Voorts moet worden onderzocht of de in het decreto-lei nr. 177/92 vervatte regeling, zoals de Commissie betoogt, een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG vormt. Volgens vaste rechtspraak verzet artikel 49 EG zich tegen elke nationale regeling die het moeilijker maakt, diensten tussen lidstaten dan binnen een enkele lidstaat te verrichten. [33]

70. De vaststelling van een ongerechtvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten en dus een schending van het recht van de Unie kan echter pas plaatsvinden wanneer het voorwerp van het geding voldoende duidelijk is. Te dien einde moet worden onderzocht waarop het verzoek van de Commissie, dat het voorwerp van het geding vastlegt, eigenlijk gericht is.

71. Dienaangaande moet worden geconstateerd dat de Commissie haar beroep op twee alternatieve schendingen baseert. In haar beroep verwijt de Commissie de Portugese Republiek met name, in haar wettelijke bepalingen niet te voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante

30 — Hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 90.

31 — In die zin Schneider, U., „Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG", *European Law Reporter*, nr. 9, 2006, blz. 348; Schiano, R., „Arrêt ‚Yvonne Watts'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nr. 2, 2006, blz. 461.

32 — Hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 103.

33 — Arresten Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 33), Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15 aangehaald, 55), Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 25), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 94), Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 61), en Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 33), en arrest van 5 oktober 1994, Commissie/Frankrijk (C-381/93, Jurispr. blz. I-5145, punt 17).

behandeling in een andere lidstaat, buiten de in verordening nr. 1408/71 voorziene voorwaarden om. Subsidiair verwijt zij haar, een stelsel te hebben ingevoerd dat de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming.

1. Mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat

72. Uit de formulering van de eerste vordering vloeit voort dat het tweede deel daarvan („hetzij, voor het geval het aangevoerde decreto-lei wel voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat") als een subsidiaire vordering van de Commissie moet worden aangemerkt voor het geval dat het Hof vaststelt dat de relevante Portugese wettelijke bepalingen — in tegenspraak met het vermoeden van de Commissie — de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat wel degelijk voorschrijven, dus ook onder voorwaarden die niet in verordening nr. 1408/71 zijn voorzien.

73. Allereerst moet dus aan de hand van de door partijen aan het Hof ter beschikking gestelde informatie worden onderzocht of de litigieuze nationale regeling de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat eigenlijk wel voorschrijft.

74. In haar verzoekschrift [34] wijst de Commissie erop dat zij op grond van de informatie die haar in het kader van de precontentieuze procedure door de Portugese autoriteiten is verstrekt, tot het vermoeden is gekomen dat de Portugese wettelijke bepalingen niet voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat in andere dan de in verordening nr. 1408/71 voorziene voorwaarden. De Commissie verwijst bovendien naar het antwoord van de Portugese autoriteiten van 4 september 2007 op het met redenen omkleed advies [35], waarin deze verklaarden dat er in de Portugese rechtsorde geen bepaling is die het recht op vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat regelt. Bovendien gaven de Portugese autoriteiten daarin aan dat in een dergelijke casuspositie geen vergoeding van ziektekosten plaatsvindt.

75. Bovendien bekritiseert de Commissie in haar verzoekschrift [36] de onnauwkeurige informatie van de Portugese autoriteiten betreffende de normatieve doelstelling van het decreto-lei nr. 177/92 en de toepasselijkheid van deze wet op ambulante behandelingen die in een andere lidstaat worden uitgevoerd. In dit

34 — Vergelijk punten 32 en 33 van het verzoekschrift.

35 — Vergelijk blz. 15 van het antwoord van de Portugese autoriteiten van 4 september 2007 op het met redenen omkleed advies.

36 — Vergelijk punt 38 van het verzoekschrift.

verband hebben de Portugese autoriteiten in hun antwoord van 15 mei 2009 op het aanvullende met redenen omkleed advies verklaard dat de vergoeding van ziektekosten voor een behandeling in een andere lidstaat in het decreto-lei nr. 177/92 afhankelijk wordt gesteld van de verlening van een voorafgaande toestemming. De Commissie concludeert daaruit dat het decreto-lei nr. 177/92 in elk geval ook op ambulante behandelingen van toepassing is.

76. De onderhavige niet-nakomingsprocedure toont een bepaalde onzekerheid bij de Commissie, de normatieve inhoud van de litigieuze regeling alsook de aspecten die zich lenen als motivering voor een beperking van het vrij verrichten van diensten zo gedetailleerd mogelijk weer te geven. Dit is verrassend wanneer men bedenkt dat de precontentieuze procedure reeds in het jaar 2006 aanving en dat de correspondentie tussen haar en de Portugese autoriteiten, in welk kader de vraag betreffende de verenigbaarheid van de Portugese wettelijke bepalingen met de rechtspraak van het Hof gesteld werd, reeds uit het jaar 2003 stamt. Misverstanden en tegenstrijdige informatie, die naar voren komen uit de lezing van de memories, hadden vermeden kunnen worden, wanneer bepaalde relevante aspecten, bijvoorbeeld betreffende de toepasselijkheid van de bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 op ambulante behandelingen, reeds in de precontentieuze procedure grondig uiteengezet zouden zijn. Ik wil er in dit verband aan herinneren dat de lidstaten krachtens artikel 10 EG gehouden zijn, de vervulling van de taak van de Commissie te vergemakkelijken, die er volgens artikel 211 EG met name in bestaat, toe te zien op de toepassing van de bepalingen welke de instellingen op basis van het Verdrag vaststellen. [37] Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, betekent deze verplichting dat de lidstaten te goeder trouw moeten meewerken aan ieder door de Commissie krachtens artikel 226 EG verricht onderzoek en haar alle daartoe gevraagde informatie moeten verstrekken. [38]

77. Uit het decreto-lei nr. 177/92 vloeit voort dat deze wet in ieder geval de voorwaarden voor de vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten vastlegt, waarbij niets in deze wet erop wijst dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen ambulante behandelingen en ziekenhuisbehandelingen. Hiervan schijnt kennelijk ook de Portugese regering uit te gaan, omdat zij in haar verweerschrift in de eerste plaats vraagtekens plaatst bij de zin van deze principiële afgrenzing tussen behandelingswijzen en in de tweede plaats ondubbelzinnig verklaart dat de Portugese wettelijke bepalingen — waarmee uitdrukkelijk het decreto-lei nr. 177/92 is bedoeld — de volledige vergoeding van de in het buitenland gemaakte ziektekosten voor ziekenhuisbehandelingen alsmede ambulante behandelingen

37 — Vergelijk onder meer arresten van 13 december 1991, Commissie/Italië (C-33/90, Jurispr. blz. I-5987, punt 18), en 26 april 2005, Commissie/Ierland (C-494/01, Jurispr. blz. I-3331, punt 197).

38 — Vergelijk onder meer arresten van 11 december 1985, Commissie/Griekenland (192/84, Jurispr. blz. 3967, punt 19); 6 maart 2003, Commissie/Luxemburg (C-478/01, Jurispr. blz. I-2351, punt 24), en 13 juli 2004, Commissie/Italië (C-82/03, Jurispr. blz. I-6635, punt 15), en arrest Commissie/Ierland (hierboven aangehaald in voetnoot 37, punt 198). In die zin ook Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e druk, Londen, 2006, punt 5-057, blz. 163.

mogelijk maken, voor zover deze in medisch opzicht onderbouwd zijn. [39]

78. Dit betekent dat moet worden geconstateerd dat het decreto-lei nr. 177/92 als de relevante nationale wet, anders dan de Commissie veronderstelt, in ieder geval voorziet in de principiële mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat.

2. Vereiste van voorafgaande toestemming voor „hoogspecialistische" medische behandelingen

79. Subsidiair verwijt de Commissie de Portugese Republiek, een stelsel te hebben ingevoerd dat de vergoeding van ziektekosten voor ambulante behandeling in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming. In dit verband moet erop worden gewezen dat het Hof alleen al het vereiste van een voorafgaande toestemming voor de vergoeding van kosten heeft aangemerkt als een belemmering van het vrij verrichten van diensten, zowel voor de patiënten als voor de dienstverstrekkers [40], indien duidelijk was dat een dergelijk stelsel de patiënten afschrikt zo niet belet, om zich tot verstrekkers van medische zorg in een andere lidstaat te wenden om de desbetreffende behandeling te ontvangen. [41]

80. De Commissie heeft met name bezwaar tegen de handhaving binnen de Portugese rechtsorde van een wettelijke regeling die in strijd is met het recht van de Unie. In tegenspraak met het standpunt van de Portugese en de Spaanse regering [42], hoeft voor de beoordeling van de beperkende werking van een nationale regeling in geen geval dwingend te worden vastgesteld dat sprake is van een concrete bestuurspraktijk in strijd met het recht van de Unie, dat wil in de onderhavige zaak zeggen een eventueel restrictieve praktijk van de Portugese autoriteiten bij de verlening van toestemming. Zoals voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof inzake artikel 49 EG, wordt de betekenis van het vrij verrichten van diensten zo ruim uitgelegd dat het voor het erkennen van een beperkende werking van een nationale regeling reeds voldoende is, indien de laatste geschikt is, het gebruik van een in een andere lidstaat aangeboden dienst door de dienstontvanger te verhinderen, te beletten of minder aantrekkelijk te maken. [43] Derhalve is het voor de onderhavige procedure voldoende om enkel de vraag te onderzoeken of de litigieuze nationale regelingen voor potentiële dienstontvangers afschrikkend kunnen zijn.

39 — Vergelijk punten 16, 24 en 58 van het verweerschrift.

40 — Arresten van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punt 16), en 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 31), en arrest Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 35). Zie arrest van het EVA-Hof Rinsal en Slinning (hierboven aangehaald in voetnoot 29, punten 44 en 45).

41 — Arresten Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 32), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 98), Leichtle (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 30), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 41 en 44) alsmede Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 69).

42 — Vergelijk punt 21 van de memorie van de Spaanse regering.

43 — Vergelijk arrest van 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International (C-42/09, Jurispr. blz. I-7633, punt 51).

81. Of de in het decreto-lei nr. 177/92 vervatte regelingen een dermate afschrikkende werking op potentiële patiënten hebben dat zij voldoen aan de eisen van het beperkingsbegrip, kan uitsluitend door een onderzoek van de relevante nationale bepalingen worden vastgesteld.

82. Het decreto-lei nr. 177/92 legt, zoals reeds uiteengezet, de voorwaarden vast voor de vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten. Het maakt de vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten afhankelijk van een voorafgaande toestemming en roept hiertoe een speciale administratieve procedure in het leven, die de medewerking van verschillende ziekenhuisinstanties voorschrijft. Ingevolge die procedure moet de patiënt die een hoogspecialistische behandeling in het buitenland moet ondergaan, alvorens zich in het buitenland te laten behandelen, krachtens artikel 2 van het decreto-lei de toestemming van drie verschillende instanties zien te verkrijgen. Zowel uit de considerans als uit artikel 1, lid 1, alsook artikel 3, lid 1, sub a, van het decreto-lei vloeit voort dat met de toestemming in feite wordt bevestigd dat het uitvoeren van de benodigde behandeling in het kader van medische samenwerking in het buitenland noodzakelijk is, omdat deze vanwege het ontbreken van technische middelen of personeel niet in eigen land kan plaatsvinden. Het verzoek om uitvoering van hoogspecialistische medische verzorging moet door een ziekenhuis van het nationale gezondheidsstelsel worden ingediend, waarbij het verzoek vergezeld moet gaan van een uitvoerig rapport van de arts, dat zowel door het betrokken diensthoofd als door de medisch directeur moet worden bevestigd.

83. Het decreto-lei nr. 177/92 maakt dus de vergoeding van in het buitenland gemaakte ziektekosten afhankelijk van een voorafgaande toestemming, hetgeen er uiteindelijk toe leidt dat de patiënt in geval van een weigering zijn ziektekosten zelf moet dragen. De litigieuze regeling belet patiënten weliswaar niet rechtstreeks, zich tot een dienstverrichter in een andere lidstaat te wenden. Toch kan het vooruitzicht op financieel verlies in het geval van een met een negatief bestuursbesluit gepaard gaande niet-overname van de ziektekosten door het nationale gezondheidsstelsel, op zich reeds, objectief gezien, potentiële patiënten die een medische behandeling in het buitenland wensen, afschrikken. Deze opvatting wordt bevestigd in de arresten Kohll, Smits en Peerbooms alsmede Müller-Fauré en Van Riet [44], waar het Hof onder andere de afschrikkende werking bevestigt van dergelijke toestemmingseisen, die beogen de medische noodzaak van een behandeling in het buitenland te bevestigen. Een verdere afschrikkende factor voor grensoverschrijdende gebruikmaking van prestaties op het gebied van de gezondheidszorg is de complexiteit van deze toestemmingsprocedure, die zich met name uit in het feit dat zij in drie fasen is ingedeeld. De mogelijkheid van onderling afwijkende adviezen van de afzonderlijke instanties ten aanzien van de medische noodzaak van een behandeling in het buitenland is niet uit te sluiten.

84. Tijdens de schriftelijke procedure heeft de Portugese regering weliswaar gesteld dat de in het decreto-lei nr. 177/92 voorgeschreven procedure betreffende „voorafgaande bevestiging van een klinische noodzaak"

44 — Vergelijk arresten Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punten 33-36), Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punten 62 en 64) alsmede Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 41 en 42).

(„referenciação prévia da necessidade clínica") voor een behandeling in het buitenland vergelijkbaar is met een verwijzing naar een specialist in eigen land [45], maar dit argument is kennelijk bedoeld om het vermoeden te ontkrachten, dat de litigieuze regeling de verrichting van diensten tussen de Portugese Republiek en andere lidstaten van de Unie moeilijker zou kunnen maken dan de verrichting van diensten binnen een lidstaat. Ik betwijfel de juistheid van dit argument, temeer daar de Portugese regering niets heeft aangevoerd dat deze bewering kan ondersteunen. Zo is bijvoorbeeld niet aangetoond dat voor verwijzing naar een specialist in Portugal, toestemming van drie verschillende instanties moet worden verkregen. Derhalve moet worden aangenomen dat een verwijzing naar een specialist in eigen land met veel minder administratieve rompslomp gepaard gaat dan een verwijzing naar het buitenland in het kader van de litigieuze toestemmingsprocedure. Ondanks deze overwegingen moet erop worden gewezen dat deze regeling uitdrukkelijk aansluit op grensoverschrijdende situaties en duidelijk beoogt, de gebruikmaking van prestaties op het gebied van de gezondheidszorg in het buitenland voor in Portugal woonachtige burgers te bemoeilijken.

85. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het litigieuze stelsel van voorafgaande toestemming potentiële patiënten ervan kan afschrikken en dus ook beletten, zich tot verrichters van prestaties op het gebied van de gezondheidszorg in een andere lidstaat te wenden. De litigieuze nationale regeling bemoeilijkt dus de verrichting van diensten tussen lidstaten in vergelijking met de verrichting van diensten in een lidstaat zelf. Dit is dus zowel voor deze patiënten als voor de dienstverrichter een belemmering van het vrij verrichten van diensten.

3. Ontbrekende vergoedingsmogelijkheid bij „overige" medische behandelingen

86. Het hierboven reeds besproken vermoeden van de Commissie met betrekking tot een in het Portugese recht mogelijk ontbrekende vergoedingsmogelijkheid van ziektekosten [46], lijkt ook op andere gronden weer gerechtvaardigd. Zoals reeds is vastgesteld in het kader van de beschrijving van deze wet, omvat het decreto-lei nr. 177/92 niet alle soorten medische behandelingen. Veelmeer beperkt het zich uitsluitend tot zogenaamde „hoogspecialistische" medische behandelingen in het buitenland. Alleen voor dergelijke behandelingen wordt dus — afhankelijk van de verlening van toestemming daarvoor — een kostenvergoeding in het vooruitzicht gesteld. Tegen de achtergrond dat er — gezien het ontbreken van tegenovergestelde informatie van de kant van de Portugese regering — in de rechtsorde van de Portugese Republiek geen bepalingen zijn die uitdrukkelijk recht geven op vergoeding van ziektekosten die in het kader van „overige" ambulante behandelingen in het buitenland worden gemaakt, moet ervan worden uitgegaan dat het Portugese recht ook niet voorziet in deze mogelijkheid.

45 — Vergelijk punten 22 en 23 van het verweerschrift.

46 — Zie punt 74 van deze conclusie.

87. Vóór dit vermoeden spreken behalve de normatieve doelstelling, de opzet en de bewoordingen van het decreto-lei nr. 177/92 ook de opmerkingen van de Portugese regering met betrekking tot de wezenlijke hoofdlijnen van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidszorg, dat zich in wezen door zijn autonomie onderscheidt en kennelijk om die reden een medische behandeling in het buitenland niet in dezelfde mate wenst te stimuleren als vergelijkbare behandelingen in eigen land. Als verdere aanwijzing wordt de verklaring van de Portugese regering aangehaald, dat de Portugese Republiek niet kan waarborgen de kosten van elke willekeurige behandeling in het buitenland te vergoeden. [47] De omstandigheid dat de Portugese regering onder verwijzing naar het decreto-lei nr. 177/92 de bewering van de Commissie bestrijdt dat er in de Portugese rechtsorde geen wettelijke bepaling is die voorziet in een passende vergoeding van ziektekosten, kan evenmin als argument tegen het in deze conclusie beschreven begrip van het nationale rechtskader worden aangevoerd, aangezien het decreto-lei nr. 177/92, zoals reeds beschreven, juist geen regeling treft voor de vergoeding van ziektekosten die in het kader van „overige" ambulante behandelingen worden gemaakt.

88. Op grond van hun karakter als diensten op het gebied van gezondheidszorg vallen „overige" ambulante medische behandelingen in het buitenland eveneens onder de bescherming van het vrij verrichten van diensten. De categorische niet-erkenning van het recht op vergoeding van ziektekosten die in het kader van dergelijke behandelingen in het buitenland worden gemaakt, betekent ondubbelzinnig een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van de hierboven genoemde definitie [48], omdat zij het voor de in Portugal woonachtige patiënten moeilijker maakt om van gezondheidszorg in andere lidstaten gebruik te maken, dan wanneer zij gebruik zouden maken van dezelfde gezondheidszorg in eigen land. Want alleen indien zij zich in eigen land laten behandelen, hebben zij ook recht op een kostenvergoeding door de nationale gezondheidsdienst. Zoals reeds in verband met het toestemmingsvereiste krachtens de bepalingen van het decreto-lei is aangevoerd [49], belet een niet-overname van de ziektekosten patiënten weliswaar niet rechtstreeks om zich tot een dienstverrichter in een andere lidstaat te wenden. Toch kan het vooruitzicht op een financieel verlies op zich reeds potentiële patiënten die een medische behandeling in het buitenland wensen, afschrikken [50]. Het beperkende karakter van deze regeling komt ten slotte in haar werking tot uitdrukking.

89. De ontbrekende vergoedingsmogelijkheid van ziektekosten in het geval van „overige" medische behandelingen moet dus eveneens als een beperking van het vrij verrichten van diensten worden gezien.

47 — Vergelijk punt 54 van het verweerschrift.

48 — Zie punt 69 van deze conclusie.

49 — Zie punt 83 van deze conclusie.

50 — Vergelijk arrest Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 41).

C — *Rechtvaardiging van de beperking*

90. Aangezien voor „hoogspecialistische" en voor „overige" medische behandelingen een beperking van het vrij verrichten van diensten is vastgesteld, moet hierna worden onderzocht of de beperking steeds objectief gerechtvaardigd is.

91. Te dien einde moeten beide casusposities strikt van elkaar worden gescheiden. In het geval van „hoogspecialistische" behandelingen rijst de vraag naar de rechtvaardiging van de beperking die uit het vereiste van toestemming voortvloeit. [51] In het geval van „overige" medische behandelingen moet de rechtvaardiging van de beperking voortvloeiend uit de ontbrekende vergoedingsmogelijkheid van ziektekosten [52] worden onderzocht. Ten gunste van een gescheiden onderzoek naar de rechtvaardiging spreekt ten eerste het verschil in intensiteit waarmee beide litigieuze nationale regelingen het vrij verrichten van diensten beperken en ten tweede de omstandigheid dat de eisen die het recht aan een Unierechtelijke rechtvaardiging stelt, deels verschillend zijn.

1. Rechtvaardiging in het geval van „hoogspecialistische" medische behandelingen

92. Zoals het Hof veelvuldig heeft verklaard, verzet het gemeenschapsrecht zich in beginsel niet tegen een stelsel van voorafgaande toestemming, maar is het niettemin noodzakelijk dat de voorwaarden waaronder die toestemming wordt verleend gerechtvaardigd zijn en voldoen aan het evenredigheidsvereiste. [53] Bovendien is het volgens vaste rechtspraak vereist dat de beperking niet verder gaat dan hetgeen daartoe objectief noodzakelijk is en dat hetzelfde resultaat niet door minder beperkende maatregelingen kan worden bereikt. [54] Een dergelijk stelsel moet voorts in elk geval gebaseerd zijn op objectieve criteria die niet-discriminatoir en vooraf bekend zijn, zodat grenzen worden gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en op die manier willekeur wordt voorkomen. [55]

93. Vanuit het oogpunt van de rechtsmethodiek is het punt in het onderzoek waarop de door de Portugese regering verlangde „praktische concordantie" tussen de organisatie- en regelingssoevereiniteit van de lidstaten op het gebied van de preventieve gezondheidszorg enerzijds en de regels van de interne markt anderzijds tot stand moet worden gebracht, dat van het niveau van de rechtvaardigingsgronden. [56] Het Hof heeft daarbij de taak, het belang dat de verzekerden van een nationale gezondheidsdienst hebben bij het benutten van de voordelen van de interne markt uit het oogpunt van het vrij verrichten van diensten voor gezondheidszorg, indien mogelijk in overeenstemming te brengen met de

51 — Zie punt 85 van deze conclusie.

52 — Zie punt 89 van deze conclusie.

53 — Arresten Elchinov (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 44) alsmede Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 82).

54 — Arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 106).

55 — Vergelijk arresten Elchinov (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 44), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 83-85) alsmede Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punten 82 en 90).

56 — Vergelijk Cousins, M., „Patient Mobility and National Health Systems", uitg. Kluwer Law International, 2007, blz. 190.

wens van de lidstaten, de financiële stabiliteit van hun gezondheidsdiensten te behouden om voor de verzekerden de continuïteit van hoogkwalitatieve gezondheidszorg te kunnen blijven waarborgen. [57]

94. Een beperking van de fundamentele vrijheden kan evenwel pas worden gerechtvaardigd, wanneer hiervoor een legitieme rechtvaardigingsgrond bestaat. Het Hof erkent in zijn rechtspraak betreffende de grensoverschrijdende prestaties op het gebied van de gezondheidszorg een aantal geschreven en in de rechtspraak ontwikkelde rechtvaardigingsgronden. Tot dusver heeft het Hof zich echter niet uitgesproken over de vraag of in een constellatie als de onderhavige, waar de beperking van het vrij verrichten van diensten het gevolg is van de toepassing van een discriminerende nationale regeling — daar zij uitsluitend voor medische behandelingen in het buitenland in een toestemmingsvereiste voorziet —, eigenlijk wel gerechtvaardigd kan worden. In dit verband wordt eraan herinnerd dat dwingende vereisten van algemeen belang volgens de traditionele rechtspraak niet ter rechtvaardiging van op discriminerende wijze toegepaste beperkingen van fundamentele vrijheden kunnen worden aangevoerd. [58] Het valt dus hoe dan ook te betwijfelen of het Hof zich kan buigen over de rechtvaardigingsgronden waarop de Portugese regering zich ter beperking van het vrij verrichten van diensten beroept. Anderzijds zijn er in de nieuwere rechtspraak van het Hof duidelijke aanwijzingen te vinden dat dwingende vereisten van algemeen belang op bepaalde gebieden ook kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van discriminerende beperkingen van de fundamentele vrijheden, waarbij vanzelfsprekend steeds rekening moet worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel. [59] In de onderhavige procedure hoeft de vraag of deze discriminerende beperking van het vrij verrichten van diensten in beginsel kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende vereisten van algemeen belang, mijns inziens echter niet concludent te worden beantwoord, temeer daar een dergelijke rechtvaardiging steeds

57 — Vergelijk Schiano, R., t.a.p. (voetnoot 31), die van mening is dat het Hof bij elke zaak geroepen is tot herstel van een passend evenwicht tussen de beide tegenstrijdige belangen. Vergelijk ook Van Raepenbusch, S., t.a.p. (voetnoot 23), blz. 8, volgens wie op het Hof de moeilijke taak rust, enerzijds de vereisten van het vrij verkeer van personen en anderzijds de noodzaak, het financiële evenwicht van de nationale gezondheidsdiensten in het belang van de algemene gezondheidszorg te behouden, met elkaar in overeenstemming te brengen.

58 — Basisarrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37). Vergelijk betreffende discriminerende beperkingen van het vrij verrichten van diensten: arresten van 6 oktober 2009, Commissie/Spanje (C-153/08, Jurispr. blz. I-9735, punt 36); 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punten 36 e.v.), en 16 januari 2003, Commissie/Italië (C-388/01, Jurispr. blz. I-721, punt 19). Betreffende het beginsel dat op nationaliteit gebaseerde beperkingen van de vrijheid van vestiging niet door dwingende vereisten van algemeen belang kunnen worden gerechtvaardigd, vergelijk arresten van 16 december 2010, Commissie/Frankrijk (C-89/09, Jurispr. blz. I-12941, punten 50 e.v.); 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez (C-570/07 en C-571/07, Jurispr. blz. I-4629, punten 61 e.v.); 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 en C-172/07, Jurispr. blz. I-4171, punten 25 e.v.), en 10 maart 2009 (Hartlauer, C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punten 44 e.v.).

59 — Dit is bijvoorbeeld het geval op het gebied van nationale milieubeschermingsmaatregelen met een discriminerend karakter. Vergelijk mijn conclusie van 16 december 2010 in de nog aanhangige zaak Commissie/Oostenrijk (C-28/09, punten 82 e.v.).

veronderstelt dat het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen. Zoals ik in mijn onderzoek zal aantonen, wordt hier niet aan deze voorwaarde voldaan.

zich door zijn autonome karakter en zijn omvangrijke dekking. De in het Portugese constitutionele recht voorgeschreven opzet van dit stelsel leidt er onvermijdelijk toe dat aan de toegang van patiënten tot medische zorg in het buitenland en de vergoeding van ziektekosten beperkingen worden gesteld.

a) Handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel

i) Legitieme rechtvaardigingsgrond

95. De Portugese regering voert ter rechtvaardiging van een beperking van deze fundamentele vrijheid in eerste instantie de noodzaak aan, het financiële evenwicht van het nationale socialezekerheidsstelsel in stand te houden. Zij stelt dat artikel 64, lid 2, sub c, van de Portugese grondwet de staat ertoe verplicht, een nationaal stelsel van preventieve gezondheidszorg tot stand te brengen dat de bevolking zo veel mogelijk gratis diensten aanbiedt. Omdat het stelsel gratis is, moet het uit belastingen en andere begrotingsgelden van de staat worden gefinancierd. De financiering van het nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg is de belangrijkste en tegelijkertijd duurste taak van de staat. Volgens de Portugese regering [60] verbiedt de financiering van het nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg via overheidsmiddelen een overname van ziektekosten die als gevolg van behandelingen in het buitenland zijn gemaakt. Bovendien onderscheidt dit stelsel

96. Tegen het argument van de Portugese regering moet worden ingebracht dat zuiver economische doelstellingen volgens de rechtspraak van het Hof geen rechtvaardiging vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten. Anderzijds kan dit argument niet zonder meer met deze motivering worden afgewezen, temeer daar het Hof niet heeft uitgesloten dat het risico van ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingend vereiste van algemeen belang kan vormen, waardoor een dergelijke beperking in een bepaalde situatie gerechtvaardigd kan zijn. [61] Zo heeft het Hof onlangs in zijn arrest van 5 oktober 2010, Commissie/Frankrijk, herinnerd aan zijn rechtspraak, volgens welke dwingende vereisten van planning kunnen rechtvaardigen, de kostenovername van in een andere lidstaat voorziene behandelingen afhankelijk te maken van het vereiste van een voorafgaande toestemming van het bevoegde orgaan. [62]

60 — Vergelijk punt 20 van het verweerschrift.

61 — Vergelijk arresten Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 41), Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 72), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 73) alsmede Stamatelaki (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 30).

62 — Arrest Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 33), met verwijzing naar de arresten Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punten 76-81), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 76-81) alsmede Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punten 108-110).

97. Toch zijn deze overwegingen, die betrekking hebben op intramuraal verrichte medische prestaties, niet van toepassing op de casuspositie die in het onderhavige geding centraal staat. Analyse van de rechtspraak maakt namelijk duidelijk dat het Hof een beroep op dit dwingende vereiste uitsluitend heeft toegestaan in gevallen waar het diensten voor gezondheidszorg in de intramurale maar niet in de extramurale sector betrof. [63] Ik zal dit aspect hierna nader toelichten.

98. Het Hof onderscheidt bij de toetsing van deze rechtvaardigingsgrond namelijk steeds tussen intramurale en extramurale medische zorg, waarbij het Hof alleen voor eerstgenoemde een noodzaak van planning door de lidstaten erkent. Volgens het Hof berust deze planning in het algemeen op verschillende ambities. In de eerste plaats moet deze planning ervoor zorgen dat de ziekenhuizen op het grondgebied van de betrokken lidstaat een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg bieden. In de tweede plaats berust zij op het streven, de kosten te beheersen en verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden. [64] Deze planning door de lidstaten heeft betrekking op diverse aspecten, zoals bijvoorbeeld het aantal infrastructuren voor ziekenhuizen, hun geografische spreiding, hun inrichting en de uitrusting waarover zij beschikken, of zelfs de aard van de medische diensten die zij kunnen aanbieden. Vanuit die twee perspectieven lijkt, aldus het Hof, het vereiste op grond waarvan verzorging in een ziekenhuis in een andere lidstaat slechts door het nationale stelsel wordt vergoed indien daarvoor voorafgaande toestemming is verleend, zowel een noodzakelijke als een redelijke maatregel. [65]

99. Toch is het duidelijk dat deze overwegingen niet van toepassing kunnen zijn op extramurale behandelingen, temeer daar deze

63 — Vergelijk arrest Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 72-92), waar het Hof een verschillende toetsing met betrekking tot intramurale zorg en extramurale zorg verricht. Zie arrest Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 34), waar het Hof duidelijk maakt dat dwingende vereisten van planning om verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden, rechtvaardigingsgronden kunnen vormen voor zover het daarbij om in ziekenhuizen verrichte medische prestaties gaat. Zie punt 94 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 25 februari 2010 in de zaak Commissie/Spanje (arrest hierboven aangehaald in voetnoot 15).

64 — Arresten Elchinov (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 43) alsmede Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 80). Becker, U./Walser, C., „Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr — von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, blz. 450, concluderen dat gebruikmaking van ambulante prestaties in principe niet meer van een voorafgaande toestemming afhankelijk gemaakt mogen worden. Bieback, K.-J., „Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen — zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04", *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, nr. 7, 2006, blz. 242, interpreteert de rechtspraak van het Hof zo, dat een voorafgaande toestemming van het recht op grensoverschrijdende prestaties een belemmering van het vrij verrichten van diensten krachtens artikel 49 EG vormt, die niet is toegestaan bij het recht op ambulante prestaties, maar wel bij het recht op ziekenhuisbehandelingen, omdat bij ziekenhuisbehandelingen de planning van voorzieningen en de voorzieningszekerheid moet worden gewaarborgd.

65 — Vergelijk arrest Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punten 62 en 64).

vorm van gezondheidszorg door een gevestigde arts in zijn praktijk zelf wordt verleend, zodat de kwestie van planning door de staat doorgaans niet aan de orde is.

100. In beginsel kan worden ingestemd met de bezwaren van de Portugese regering dat het moeilijk is een eenduidige afgrenzing te maken tussen ziekenhuisbehandelingen en extramurale zorg [66], daar het Hof immers in zijn rechtspraak zelf op dit probleem heeft gewezen. [67] Inderdaad is niet uit te sluiten dat bepaalde medische prestaties die in een ziekenhuis worden verricht, ook in een kliniek, een gezondheidscentrum of in de praktijk van een huisarts kunnen worden verricht, met als gevolg, dat een afgrenzing in individuele gevallen soms moeilijk te maken is. [68] Ten behoeve van de onderhavige niet-nakomingsprocedure is de afgrenzingskwestie echter volstrekt irrelevant, ten eerste omdat het — anders dan in andere zaken waar het Hof een beslissing heeft gegeven — niet op een op individuele gevallen betrekking hebbende afgrenzing aankomt en ten tweede omdat volgens de informatie van de Portugese regering de bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 zonder onderscheid op beide soorten behandelingen van toepassing zijn.

101. Dienovereenkomstig hoeft het Hof — anders dan in het arrest Commissie/Frankrijk, waar het ging om dwingende vereisten van planning, resulterend uit het gebruik van zware medische apparatuur [69] — zich niet in te laten met een onderzoek naar de vraag of bepaalde ambulante behandelingen vanwege de daarmee verbonden kosten mogelijk gelijk kunnen worden gesteld aan in ziekenhuizen verrichte medische prestaties. Ten behoeve van de onderhavige procedure is het voldoende om eraan te herinneren dat het Hof in dat arrest op grond van de bijzondere omstandigheden die gepaard gaan met het gebruik van zware medische apparatuur, uiteindelijk heeft afgezien van een afgrenzing tussen beide soorten medische behandelingen. Het Hof heeft daarbij de mening van de Franse regering gevolgd, die zich beriep op de hoge kosten van deze apparaten en dus op dwingende vereisten van planning. Zoals het Hof terecht heeft geoordeeld, kan het gebruik van limitatief opgesomde zware medische apparatuur — ongeacht of deze bestemd is om te worden geïnstalleerd of gebruikt in een ziekenhuisomgeving — voorwerp van het planningsbeleid van een staat zijn. Het Hof was bovendien van mening dat dit planningsbeleid zowel betrekking heeft op het aantal toestellen als op de geografische verdeling ervan en noodzakelijk is om zowel op het gehele nationale grondgebied een aanbod van geavanceerde behandelingen te garanderen alsook om iedere verspilling van middelen zo veel mogelijk te vermijden. Zo juist als deze overwegingen in de hierboven genoemde zaak mogen zijn, een vergelijkbare casuspositie is in de onderhavige zaak niet aan de orde, nu aanknopingspunten daarvoor ontbreken. Dit betekent niet dat enkele binnen de werkingssfeer van het decreto-lei vallende ambulante behandelingen onder bepaalde omstandigheden kunnen voldoen aan de voorwaarden voor gelijkstelling in de hierboven genoemde

66 — Vergelijk punt 34 van het verweerschrift.

67 — Vergelijk arrest Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 76-80).

68 — Vergelijk arrest Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 75) alsmede punt 67 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 15 juli 2010 in de zaak Commissie/Frankrijk (arrest hierboven aangehaald in voetnoot 26).

69 — Vergelijk arrest Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punten 34-37).

zin. Toch leiden de feiten, zoals die aan het Hof zijn voorgelegd, niet tot een dergelijke conclusie.

102. Gelet op het feit dat het voorwerp van het niet-nakomingsberoep uitsluitend bestaat in ambulante behandelingen die in het buitenland worden verricht, kan de Portugese Republiek zich niet met succes beroepen op eventuele dwingende vereisten van planning of zelfs op een risico voor het financiële evenwicht van het nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg om het vrij verrichten van diensten te beperken op een wijze die de vergoeding van ziektekosten afhankelijk maakt van de verkrijging van een voorafgaande toestemming.

103. Afgezien daarvan heeft de Portugese regering, zoals de Commissie terecht betoogt [70], tot op heden niet aangetoond dat een dergelijk risico daadwerkelijk bestaat. Zoals hierboven reeds is vermeld [71], rust op haar in het kader van de onderhavige niet-nakomingsprocedure de stelplicht en de bewijslast voor het bestaan van een rechtvaardiging. Aan deze stelplicht en bewijslast heeft de Portugese regering niet voldaan. Het door haar genoemde aantal verzekerden dat in het meest recente verleden een vergoeding van zijn ziektekosten heeft ontvangen [72], lijkt objectief gezien niet buitensporig hoog, en zij heeft ook niet beweerd dat het aantal verzekerden dat naar het buitenland gaat en een vergoeding vraagt, zo aanzienlijk is dat daardoor het financiële evenwicht van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidszorg wordt aangetast, met als gevolg dat het algehele niveau van de bescherming van de volksgezondheid wordt bedreigd.

104. Naar mijn mening gaat de Portugese regering in haar betoog betreffende het vermeende risico voor de financierbaarheid van haar nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg voorbij aan de aspecten die verband houden met de mobiliteit van patiënten, waarop het Hof in het arrest Müller-Fauré en Van Riet [73] terecht heeft gewezen en die belangrijk moeten worden geacht, omdat ze onafhankelijk van een eventuele vergoedingsmogelijkheid van ziektekosten mede van invloed zijn op de beslissing van de patiënt om zich in het buitenland te laten behandelen. Ze pleiten tegen de onbewust tot uiting komende zorg, dat patiënten primair in het buitenland gebruik zouden gaan maken van gezondheidszorg. In de eerste plaats hebben deze aspecten betrekking op de aard van de zorg zelf. In het algemeen wordt ambulante zorg dicht bij de woonplaats van de patiënt verstrekt, in een culturele omgeving die hem bekend is en waarbinnen hij met de behandelende arts een vertrouwensrelatie kan opbouwen. Dit heeft onvermijdelijk tot gevolg dat grensoverschrijdend verkeer van patiënten — afgezien van spoedgevallen

70 — Vergelijk punt 21 van de memorie van repliek.

71 — Zie punt 54 van deze conclusie.

72 — In punt 16 van haar memorie van dupliek raamt de Portugese regering het aantal verzekerden dat in de jaren 2006 tot 2008 een medische behandeling in het buitenland in Europa heeft ondergaan en een vergoeding van hun ziektekosten heeft ontvangen op 1275, waarbij deze behandelingen voornamelijk in Spanje, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland plaatsvonden.

73 — Hierboven aangehaald in voetnoot 16, punten 95 en 96.

— vooral voorkomt in de grensregio's of voor de behandeling van specifieke klachten. In de tweede plaats mag niet worden vergeten dat bepaalde aspecten doorgaans een belemmerende uitwerking hebben op de mobiliteit van patiënten, zoals de onvermijdelijke taalbarrières, de geografische afstand, de kosten voor verblijf in het buitenland en het gebrek aan informatie over de aard van de aldaar aangeboden zorg. De Portugese regering had in het kader van een risicoanalyse rekening moeten houden met deze aspecten. In plaats daarvan lijkt zij van niet nader onderbouwde vermoedens uit te gaan.

105. Om de hierboven genoemde redenen ben ik van mening dat de door de Portugese regering geuite zorgen om de handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel geen legitieme rechtvaardigingsgrond vormen.

ii) Eisen aan een met het recht van de Unie in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure

— Algemeen

106. Mocht het Hof in tegenspraak met zijn tot nu toe gewezen rechtspraak en ondanks het naar mijn mening ontoereikende bewijs voor het door de Portugese regering beweerde risico voor het financiële evenwicht van het Portugese socialezekerheidsstelsel, tot de conclusie komen dat er een legitieme rechtvaardigingsgrond is, dan moet de litigieuze nationale regeling bovendien niet alleen voldoen aan de eisen die het Hof voor een met het recht van de Unie in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure heeft geformuleerd, maar ook aan de eis van evenredigheid, waarop in punt 90 van deze conclusie is gewezen.

107. De Commissie betwijfelt of de in het decreto-lei nr. 177/92 voorziene toestemmingsprocedure voldoet aan deze eisen. Bovendien acht zij de voorwaarden die deze wet aan de verlening van toestemming verbindt, bovenmatig streng en onevenredig ten opzichte van het nagestreefde doel. [74]

— Specifieke eisen in de rechtspraak

108. Het Hof heeft specifieke criteria ontwikkeld om te kunnen beoordelen of nationale voorwaarden voor de verlening van toestemming voor een behandeling in het buitenland, waarvan uiteindelijk de vergoeding van ziektekosten afhankelijk is, in overeenstemming zijn met het recht van de Unie. Met het oog op de toetsingssystematiek kan uit de rechtspraak worden geconcludeerd dat deze eisen van een met het recht van de Unie

74 — Vergelijk punt 13 van de memorie van repliek.

in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure weliswaar in nauw verband staan met de toetsing van de evenredigheid van een nationale maatregel, en toch een autonoom onderzoekspunt zijn in het kader van de beoordeling van de rechtvaardiging van een beperking van fundamentele rechten. [75] De toetsing of aan deze eisen is voldaan, is dus geen vervanging van de evenredigheidstoetsing, maar een aanvulling daarop. Om die reden zal ik hierna beide onderzoekspunten apart behandelen.

109. Wil een stelsel van voorafgaande toestemming gerechtvaardigd zijn, ook al derogeert het aan een dergelijke fundamentele vrijheid, dan moet het volgens vaste rechtspraak in elk geval gebaseerd zijn op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, opdat een grens wordt gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en willekeur wordt voorkomen. Een dergelijk stelsel van toestemming moet bovendien berusten op gemakkelijk toegankelijke procedures, die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen bovendien in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist. [76]

110. Het decreto-lei nr. 177/92 verleent de verantwoordelijke instanties de bevoegdheid om over de „klinische noodzaak" van medische zorg in het buitenland te beslissen. De wet voorziet in een snelle beslissing van de bevoegde autoriteiten, wat blijkt uit het feit dat artikel 4, lid 3, voorschrijft dat belanghebbenden onverwijld in kennis moeten worden gesteld van de beslissing en de voorgeschreven maatregelen. De kennisgevingstermijn bedraagt krachtens artikel 4, lid 4, doorgaans vijftien dagen, die in een dringende situatie krachtens artikel 5, lid 1, tot vijf dagen wordt verkort. Er zijn dus geen bezwaren ten aanzien van de redelijkheid van de termijnen voor verwerking van een verzoek tot verwijzing naar het buitenland. Artikel 4, lid 5, voorziet in de mogelijkheid om de door de autoriteiten genomen beslissing te laten toetsen door het Portugese ministerie van Gezondheid, wat in beginsel niet bezwaarlijk is, voor zover voor de verzoeker de mogelijkheid openstaat om tegen deze beslissing in beroep te gaan.

111. Er zijn echter twijfels ten aanzien van de verenigbaarheid van de bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 op het punt dat niet ondubbelzinnig uit de bepalingen van deze wet blijkt op welke criteria de bevoegde instanties hun beslissing op het verzoek van de patiënt om verwijzing naar het buitenland mogen baseren. Criteria voor verlening of afwijzing van de voorafgaande toestemming zijn duidelijk niet voorhanden. Er zijn dus geen objectieve maatstaven die een grens stellen aan de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en die willekeur bij de uitoefening van deze beslissingsbevoegdheid kunnen voorkomen. Vanwege het ontbreken van duidelijke criteria is het voor patiënten onmogelijk, de beslissing van de beslissingsbevoegde nationale instanties te voorzien. Doordat dit

75 — Vergelijk arresten Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 85), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 116), Commissie/Spanje (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 43) en Elchinov (hierboven aangehaald in voetnoot 20, punt 44).

76 — Arrest van 20 februari 2001, Analir (C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 38), en arresten Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 90), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 85), Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 116) en Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 43). Zie arrest van het EVA-Hof, Rinsal en Slinning (hierboven aangehaald in voetnoot 29, punt 48).

rechtskader ontbreekt, wordt ook de beoordeling van weigeringsbeslissingen door de rechter bemoeilijkt. [77]

112. Het valt bijvoorbeeld te betwijfelen of de onmogelijkheid om een hoogspecialistische medische verzorging in eigen land te verlenen omdat het aan technische middelen of personeel ontbreekt, eigenlijk wel kan worden aangemerkt als wettelijke voorwaarde voor een verwijzing naar het buitenland, temeer daar dit kenmerk, zoals reeds uiteengezet, regelingstechnisch de toepassing van de wet eigenlijk pas mogelijk maakt. Mocht het daarbij inderdaad om een voorwaarde gaan, wordt evenwel niet opgelost welke beoordelingsruimte de desbetreffende instantie heeft en of zij bij haar beslissing eventueel aan bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld lage kosten, kwaliteit van de behandeling, enzovoort) is gebonden. De wet geeft daarover geen informatie.

113. Overigens heeft de Portugese regering niets aangevoerd, dat de hier geuite twijfels over de transparantie van de in het decreto-lei nr. 177/92 voorziene beslissingsprocessen en over de rechterlijke toetsbaarheid van de daaruit voortvloeiende conclusies kan ontkrachten. In haar opmerkingen beperkt de Portugese regering zich ertoe, de inhoud van de relevante wettelijke bepalingen te beschrijven, zonder een nadere toelichting te geven op het proces van totstandkoming van deze beslissingen.

114. Mijns inziens voldoen de litigieuze bepalingen van het decreto-lei nr. 177/92 niet aan de hierboven genoemde eisen die het Hof in zijn rechtspraak heeft gesteld aan een met het recht van de Unie in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure.

— Evenredigheid

115. Uitgaande van de rechtmatigheid van een dergelijke rechtvaardigingsgrond, moet verder worden onderzocht of het vereiste van een voorafgaande toestemming voor een verwijzing naar het buitenland ten behoeve van een medische behandeling *geschikt* en *noodzakelijk* is om het financiële evenwicht van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidzorg te beschermen. Volgens de rechtspraak van het Hof is een maatregel geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren, wanneer hij de verwezenlijking ervan werkelijk coherent en systematisch nastreeft. [78] Een maatregel is voorts noodzakelijk wanneer hij, onder de maatregelen die geschikt zijn om het nagestreefde

77 — Vergelijk de parallellen met het arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 118), waar het Hof een afkeurend oordeel gaf omdat de litigieuze regeling niet voorzag in de criteria voor de verlening of weigering van de voorafgaande toestemming die vereist was voor de overname van de kosten van behandeling in een ziekenhuis in een andere lidstaat.

78 — Vergelijk arresten van 11 maart 2010, Attanasio Group (C-384/08, Jurispr. blz. I-2055, punt 51), en 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Jurispr. blz. I-10821, punt 42).

doel te verwezenlijken, het betrokken belang of rechtsgoed het minst belast.[79] Tot slot moet een dergelijke maatregel *evenredig* zijn, wat betekent dat hij niet onevenredig mag zijn tot het nagestreefde doel. Van een onevenredige beperking van het vrij verrichten van diensten is dus sprake wanneer de betrokken nationale maatregel, ondanks zijn bijdrage aan het verwezenlijken van het in het algemeen belang gelegen doel, tot een bovenmatig zware beperking van het vrij verrichten van diensten leidt.

116. Anders dan de Spaanse regering stelt[80], is echter niet de Commissie maar de aangeklaagde lidstaat gehouden om te stellen en te bewijzen dat de aangevochten maatregel in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.[81]

117. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de Portugese regering tot op heden niet heeft gemotiveerd, in hoeverre een toetsing van overheidswege van individuele verzoeken waarbij wordt bekeken of de aangevraagde hoogspecialistische medische behandeling ook in eigen land kan worden uitgevoerd, geschikt is om het financiële evenwicht van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidszorg te beschermen. Het is met name onduidelijk waarin een dergelijk risico voor dit stelsel zou bestaan. De Portugese regering heeft niet toegelicht of dit risico bestaat in hogere behandelingskosten of een eventueel gevaar voor misbruik door niet erkende behandelingscentra. De Portugese regering heeft zich al helemaal niet uitgesproken over alternatieve maatregelen ter bescherming tegen dergelijke risico's.

118. Maar ook wanneer het vereiste van voorafgaande toestemming geschikt en noodzakelijk zou zijn om het financiële evenwicht van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidszorg te beschermen, is het twijfelachtig of het in zijn concrete wettelijke vormgeving nog als evenredig kan worden aangemerkt, temeer daar de in het decreto-lei nr. 177/92 voorziene administratieve procedure de verkrijging van toestemming van drie verschillende instanties voorschrijft. Dit betekent een vergroting van de onzekerheid van de aanvrager over de uitkomst van de procedure, die reeds voortvloeit uit het feit dat het decreto-lei nr. 177/92 niet de beslissingscriteria vastlegt voor de verlening respectievelijk weigering van de individuele toestemmingen. Onduidelijk is vooral in hoeverre de betrokken instanties gebonden zijn aan een positief advies van de behandelende arts en onder welke omstandigheden zij daarvan mogen afwijken. Mijns inziens gaat de voorziene toestemmingsprocedure dus verder dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken.

119. De litigieuze regeling is dus niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.

79 — Arrest van 11 juli 1989, Schräder (265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 21).

80 — Vergelijk punt 34 van de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering.

81 — Vergelijk arrest Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 44).

b) Controle van de kwaliteit van de in het buitenland verrichte diensten voor gezondheidszorg

120. De Portugese regering voert voorts aan, dat het vereiste van voorafgaande toestemming noodzakelijk is om de kwaliteit van de door het nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg of in diens naam verrichte prestaties te waarborgen. Dit argument moet rechtens zo worden uitgelegd dat de Portugese regering zich dus beroept op bescherming van de volksgezondheid in de zin van artikel 55 EG juncto artikel 46, lid 1, EG.

121. De Commissie is van mening dat de weigering om ziektekosten te vergoeden op grond dat de in een andere lidstaat verrichte diensten voor gezondheidszorg niet dezelfde kwaliteit als de in Portugal verrichte diensten hebben, op een subjectief, kennelijk onevenredig en discriminerend criterium is gebaseerd.

122. Op het argument van de Portugese regering moet in eerste instantie worden geantwoord dat de lidstaten bevoegd zijn het vrij verrichten van diensten om redenen van bescherming van volksgezondheid te beperken. Deze bevoegdheid is echter niet gegeven om de sector van de volksgezondheid als economische sector en vanuit het oogpunt van het vrij verrichten van diensten, aan het fundamentele beginsel van vrij verkeer te onttrekken. [82]

123. Bovendien wil ik erop wijzen dat dit argument reeds in de zaak Kohll is aangevoerd en door het Hof onder verwijzing naar de kwalificatie-eisen voor artsen in andere lidstaten — die als gevolg van de harmonisatie-inspanningen binnen de Europese Unie als vergelijkbaar hoog moeten worden aangemerkt — terecht is afgewezen. Zo had de Luxemburgse regering in die zaak aangevoerd dat het vereiste van voorafgaande toestemming voor de vergoeding van ziektekosten noodzakelijk is om de kwaliteit van de medische hulp te garanderen, wat voor degenen die zich daartoe naar een andere lidstaat begeven slechts kan worden gecontroleerd op het moment van het verzoek om toestemming. [83] Het Hof wilde dit argument echter niet volgen, omdat de voorwaarden voor de toegang tot en de uitoefening van het beroep van arts en van tandarts volgens het Hof onderwerp zijn van diverse coördinatie- of harmonisatierichtlijnen, wat betekent dat artsen en tandartsen in andere lidstaten voor het vrij verrichten van diensten geacht moeten worden alleszins gelijkwaardige waarborgen te bieden als artsen en tandartsen die op het nationale grondgebied zijn gevestigd. Het Hof concludeerde dan ook dat bewaking van de kwaliteit van de in andere lidstaten verleende medische hulp geen rechtvaardiging uit volksgezondheidsoogpunt kan opleveren voor een regeling als

82 — Vergelijk arrest van 7 mei 1986, Gül (131/85, Jurispr. blz. 1573, punt 17), en arrest Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 46).

83 — Arrest Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 43).

de in Luxemburg geldende, die voorziet in het vereiste van voorafgaande toestemming voor de vergoeding van ziektekosten. [84]

124. Dezelfde overwegingen zijn van toepassing op de onderhavige zaak. Als belangrijkste wetgevingshandeling op het gebied van de onderlinge erkenning van beroepskwalificaties van artsen kan richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties [85] worden aangehaald, die de tot dan geldende richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrije verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, certificaten en andere titels [86] heeft vervangen. Deze richtlijn beoogt volgens punt 19 van haar considerans om het vrije verkeer en de onderlinge erkenning van de opleidingstitels voor een reeks beroepsgroepen (waaronder medische beroepsgroepen als artsen, verantwoordelijk algemeen ziekenverplegers, tandartsen, dierenartsen, verloskundigen, apothekers) in die zin te vergemakkelijken, dat een regeling met automatische erkenning van opleidingstitels op basis van coördinatie van minimumopleidingseisen wordt ingevoerd. De bezwaren die de Portugese regering heeft aangevoerd met betrekking tot eventuele kwaliteitsverschillen van medische prestaties in individuele lidstaten, moeten gelet op vergelijkbare opleidingsvoorwaarden voor leden van medische beroepsgroepen, als ongegrond worden verworpen.

125. Het vereiste van voorafgaande toestemming voor vergoeding van ziektekosten kan dus niet worden gerechtvaardigd met een beroep op redenen ter bescherming van de volksgezondheid die erin gelegen zijn dat de kwaliteit van in het buitenland verleende medische zorg moet worden gecontroleerd.

c) Tussenconclusie

126. Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat in de onderhavige zaak met betrekking tot „hoogspecialistische" medische behandelingen sprake is van een beperking van het vrij verrichten van diensten die niet objectief te rechtvaardigen is. De Portugese regering heeft geen legitieme rechtvaardigingsgronden aangevoerd en evenmin het bewijs geleverd dat sprake is van een concreet risico voor het financiële evenwicht van het nationale socialezekerheidsstelsel. Een toetsing van de verenigbaarheid van de litigieuze maatregel met het evenredigheidsbeginsel is dus in principe overbodig. Maar ook indien het Hof daarin een legitieme rechtvaardigingsgrond zou zien, voldoet de regeling van het decreto-lei nr. 177/92 niet aan de eisen die het Hof aan een met het recht van de Unie in overeenstemming zijnde toestemmingsprocedure heeft gesteld.

84 — Arrest Kohll (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punten 47-49).

85 — PB L 255, blz. 22.

86 — PB L 165, blz. 1.

127. Omwille van de volledigheid wil ik in dit verband nog kort ingaan op de door de Portugese regering gemaakte vergelijking met de bepalingen van verordening nr. 1408/71. Mijns inziens kan zij zich niet met succes beroepen op de omstandigheid dat de regeling van artikel 22, lid 1, sub c, van verordening nr. 1408/71 voorziet in een toestemmingsvereiste om ook voor prestaties op het gebied van de gezondheidszorg die onder het toepassingsgebied van artikel 49 EG vallen, een toestemmingsvereiste in te stellen. Zoals in het kader van de mondelinge behandeling duidelijk is geworden, gaat zij er in haar overwegingen namelijk aan voorbij dat artikel 22 van verordening nr. 1408/71 een ander onderwerp heeft. Laatstgenoemde verleent de verzekerde een recht op verstrekkingen die voor rekening van het bevoegde orgaan worden verleend door het orgaan van de verblijfstaat volgens de wettelijke regeling van de lidstaat waar de verstrekkingen worden verleend, alsof de betrokkene onder laatstgenoemd orgaan valt. [87] Dit gebeurt op basis van de in de lidstaat waar de verstrekkingen worden verleend geldende dekkingsregeling. [88] De eventuele kostenverschillen van de ene lidstaat ten opzichte van de andere alsmede de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen voor het bevoegde orgaan zijn in beginsel een rechtvaardiging van het vereiste van voorafgaande toestemming. Dit geldt echter juist niet in het geval van artikel 49 EG, omdat deze bepaling uitsluitend een recht op kostenvergoeding verleent volgens de wettelijke regeling van de lidstaat waar de patiënt woonachtig is. [89] Indien dus de verzekerde in de lidstaat waar de verstrekkingen worden verleend hogere kosten heeft moeten dragen, kan hij die volgens deze bepaling uitsluitend laten vergoeden volgens de tarieven van het bevoegde orgaan in de staat waar de verzekering is gesloten. [90] Afgezien daarvan wordt eraan herinnerd dat het Hof in het arrest Müller-Fauré en Van Riet [91] en onlangs in het arrest Commissie/Luxemburg [92] heeft verklaard dat de lidstaten die een naturastelsel, of zelfs een nationale gezondheidsdienst in het leven hebben geroepen, in het kader van de toepassing van verordening nr. 1408/71 een regeling moeten vaststellen voor de vergoeding achteraf van in een andere dan de bevoegde lidstaat verstrekte behandelingen. De tegengestelde opvatting van de Portugese regering moet dus worden verworpen.

128. Resumerend moet worden vastgesteld dat de Portugese Republiek haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG heeft geschonden, doordat zij in het decreto-lei nr. 177/92 de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor zogenaamde „hoogspecialistische" ambulante behandelingen in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming.

87 — Arresten Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 48) en Inizan (hierboven aangehaald in voetnoot 19, punt 19)

88 — Arrest Commissie/Frankrijk (hierboven aangehaald in voetnoot 26, punt 27).

89 — Vergelijk arrest Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 48). In die zin Schneider, U. (t.a.p. voetnoot 31), blz. 349.

90 — In die zin Bieback, K. J. (t.a.p. voetnoot 64, blz. 245).

91 — Arrest Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 105).

92 — Arrest Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 46).

2. Rechtvaardiging in het geval van „overige" medische behandelingen

129. De Portugese regering neemt geen uitdrukkelijk standpunt in ten aanzien van de beperking die het gevolg is van de ontbrekende vergoedingsmogelijkheid van ziektekosten die bij „overige" medische behandelingen worden gemaakt. Haar opmerkingen hebben met name betrekking op het beoogde doel van het decreto-lei nr. 177/92 en op de belangrijkste hoofdlijnen van het Portugese stelsel van preventieve gezondheidszorg. Uit de verklaringen van de Portugese regering kan echter worden geconcludeerd dat de Portugese Republiek niet bereid is in het algemeen de kosten voor behandelingen in het buitenland voor haar rekening te nemen.[93] Zij motiveert haar positie met de argumenten die ook ten grondslag liggen aan de regeling in het decreto-lei nr. 177/92. Daaruit moet worden geconcludeerd dat zij de hierboven genoemde rechtvaardigingsgronden ook in verband met „overige" medische behandelingen aanvoert.

a) Handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel

i) Legitieme rechtvaardigingsgrond

130. Mijn opmerkingen met betrekking tot de vraag of de bezorgdheid over de handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel bij grensoverschrijdende ambulante gezondheidszorg eigenlijk wel een legitieme rechtvaardigingsgrond kan vormen,[94] zijn hier overeenkomstig van toepassing. Ook met het oog op „overige" ambulante behandelingen is er namelijk geen noodzaak voor planning door de lidstaten, om — zoals het Hof in zijn rechtspraak formuleert — „verspilling van financiële en technische middelen en personeel te vermijden". Bovendien heeft de Portugese regering tot op heden niet aangetoond dat er daadwerkelijk een risico is voor het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. Ook in deze context ben ik van mening dat de door de Portugese regering geuite bezorgdheid om de handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel niet als een legitieme rechtvaardigingsgrond kan worden aangemerkt.

ii) Evenredigheid

131. Subsidiair, voor zover het Hof in tegenspraak met zijn tot op heden gewezen rechtspraak en het geleverde bewijs een legitieme rechtvaardigingsgrond zou aannemen, moet ook de categorische niet-vergoeding van ziektekosten die in het kader van „overige" ambulante behandelingen worden gemaakt, getoetst worden aan het evenredigheidsbeginsel, waarvan ik in punt 115 van deze conclusie de voorwaarden heb vermeld.

93 — Zie punt 87 van deze conclusie.

94 — Zie punten 95 tot en met 105 van deze conclusie.

132. De Portugese regering heeft niets aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat niet-vergoeding van de bewuste ziektekosten kan bijdragen aan de handhaving van het financiële evenwicht van het nationale socialezekerheidsstelsel. Enkel de verwijzing naar de autonomie en financiering van dit stelsel door belastingen en naar het risico, ook kosten te moeten vergoeden die in het kader van behandelingen in particuliere instellingen worden gemaakt, kan een inhoudelijke argumentatie omtrent de geschiktheid van deze regeling niet vervangen.

133. Maar ook indien men ervan uitgaat dat de weigering om ziektekosten te vergoeden kan bijdragen aan kostenbesparingen en dus in beginsel geschikt is om het financiële evenwicht van het nationale socialezekerheidsstelsel te handhaven, valt te betwijfelen of een dergelijke maatregel voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid en redelijkheid. Volgens vaste rechtspraak „[kan] een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid zoals die welke in casu in geding is, van hun nuttig effect worden beroofd". [95] Voor ziektekosten die in het kader van „overige" ambulante behandelingen worden gemaakt, is er echter, anders dan bij „hoogspecialistische" behandelingen, niet eens het vooruitzicht op een vergoeding. De Portugese Republiek maakt ten slotte gebruik van een van de meest beperkende maatregelen, die het vrij verrichten van diensten nog sterker beperkt dan het wettelijke vereiste van een voorafgaande toestemming. Deze maatregel ontneemt de fundamentele vrijheid haar praktische effectiviteit, aangezien verzekerden van het Portugese gezondheidsstelsel waarschijnlijk nauwelijks gebruik zullen maken van gezondheidszorg uit andere lidstaten, omdat zij weten dat zij de kosten daarvan geheel voor eigen rekening zullen moeten nemen. Afhankelijk van de hoogte van deze kosten en de financiële situatie van de verzekerden kan de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting onder dergelijke omstandigheden praktisch illusoir worden. [96] Gelet op het feit dat er minder beperkende maatregelen zijn die geschikt zijn om het nagestreefde doel van handhaving van het financiële evenwicht van het nationale socialezekerheidsstelsel te bereiken, moet de categorische weigering van kostenvergoeding als niet noodzakelijk worden aangemerkt. Zij is ook niet evenredig, omdat zij het vrij verrichten van diensten praktisch ondergraaft om het nationale socialezekerheidsstelsel te beschermen tegen een niet nader aangetoond risico.

134. De litigieuze regeling is dus niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.

95 — Vergelijk arresten Smits en Peerbooms (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 90), Müller-Fauré en Van Riet (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 84) alsmede Watts (hierboven aangehaald in voetnoot 15, punt 132).

96 — Vergelijk arrest Commissie/Luxemburg (hierboven aangehaald in voetnoot 16, punt 41), waar het Hof toepasselijk heeft vastgesteld dat het vooruitzicht van ontbrekende kostenvergoeding verzekerden afschrikt om gebruik te maken van de vrijheid van dienstverrichting of zelfs de uitoefening van deze fundamentele vrijheid belet.

b) Controle van de kwaliteit van de in het buitenland verrichte diensten voor gezondheidszorg

135. Aangaande de rechtvaardigingsgrond betreffende de noodzaak, de kwaliteit van de door het nationale stelsel van preventieve gezondheidszorg of in diens naam verrichte prestaties te waarborgen, verwijs ik naar de bovenstaande argumenten [97], die in dit opzicht van overeenkomstige toepassing zijn. Gelet op de duidelijke rechtspraak van het Hof, die in dit opzicht uitgaat van vergelijkbare opleidingseisen voor leden van medische beroepsgroepen en dus uiteindelijk van vergelijkbare kwaliteitsnormen bij de behandeling van patiënten, kan in de geuite bezorgdheid over de kwaliteit van de behandeling van in Portugal woonachtige patiënten geen legitieme reden worden gezien die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt.

c) Tussenconclusie

136. Ik kom dus ook met betrekking tot „overige" medische behandelingen die niet binnen de werkingssfeer van het decreto-lei nr. 177/92 vallen, tot het resultaat dat sprake is van een beperking van het vrij verrichten van diensten die niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Vastgesteld moet dus worden dat de Portugese Republiek haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG heeft geschonden, doordat zij in haar rechtsorde niet voorziet in de mogelijkheid van vergoeding van ziektekosten voor „overige" ambulante behandelingen in een andere lidstaat.

D — *Eindconclusie*

137. Met het oog op de bovenstaande overwegingen ben ik van mening dat het beroep van de Commissie gegrond is. De Portugese Republiek heeft haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG geschonden, doordat zij volgens de bepalingen van haar nationale rechtsorde de vergoeding van ziektekosten voor „hoogspecialistische" ambulante behandelingen in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming [98], terwijl zij al helemaal niet voorziet in de mogelijkheid van een dergelijke kostenvergoeding voor „overige" ambulante behandelingen in een andere lidstaat. [99]

97 — Zie punten 120 tot en met 125 van deze conclusie.

98 — Zie punt 128 van deze conclusie.

99 — Zie punt 136 van deze conclusie.

VII — Kosten

138. Met betrekking tot de kosten bepaalt artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, indien dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in die zin heeft geconcludeerd en de Portugese Republiek in het ongelijk is gesteld, moet deze laatste in de kosten worden verwezen.

VIII — Conclusie

139. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging om te beslissen als volgt:

„1) De Portugese Republiek heeft haar verplichtingen krachtens artikel 49 EG geschonden, doordat zij volgens de bepalingen van haar nationale rechtsorde de vergoeding van ziektekosten voor ‚hoogspecialistische' ambulante behandelingen in een andere lidstaat afhankelijk maakt van de verlening van een voorafgaande toestemming en al helemaal niet voorziet in de mogelijkheid van een dergelijke kostenvergoeding voor ‚overige' ambulante behandelingen in een andere lidstaat.

2) De Portugese Republiek wordt verwezen in de kosten."