

## LEZING

# Europeesrechtelijke dimensies van het gezondheidsrecht

## De vooruitziende blik van Leenen (Henk Leenenlezing 2020)\*

Prof. mr. A.C. Hendriks\*\*

### 1. Inleiding

Henk Leenen heeft in meerdere opzichten zijn stempel op het gezondheidsrecht gezet. De contouren daarvan heeft hij verwoord in zijn 'gezondheidsrechtelijke studies', te weten *Rechten van mensen in de gezondheidszorg* (1978) en *Gezondheidszorg en recht* (1981). Deze studies heeft hij vervolgens nader uitgewerkt in zijn *Handboek gezondheidsrecht* (1988). In 1981 definieerde Leenen het gezondheidsrecht als volgt: 'het geheel van rechtsregels, dat rechtstreeks betrekking heeft op de zorg voor de gezondheid en de toepassing van overig burgerlijk, administratief en strafrecht in dat verband'.<sup>1</sup> Tot op de dag van vandaag vormt dit de meest gebruikte definitie van het gezondheidsrecht.<sup>2</sup> Dat geldt ook met betrekking tot het belang dat Leenen toekent aan gronden mensenrechten.<sup>3</sup> Het is om dit alles dat Leenen terecht wordt aangemerkt als de 'founding father' van het gezondheidsrecht, zonder anderen daarmee tekort te willen doen. Voor de VGR is dit reden om iedere twee jaar een lezing te organiseren. Het is voor mij een grote eer die lezing, alweer de negende, in dit bijzondere jaar te mogen houden.

Sinds 1978, de verschijningsdatum van *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, is er veel veranderd in Nederland en de rest van de wereld, ook op juridisch gebied. Zo is er in Nederland een veelheid aan wetgeving geïntroduceerd die kan worden geschaard onder Leenens definitie van gezondheidsrecht. Ook onderging de Grondwet in 1983 een fundamentele herziening, waaronder met betrekking tot het recht op gezondheid, en werden er twaalf protocollen aangenomen die voorzien in een wijziging van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM),<sup>4</sup> kwam de Biogeneeskunde Conventie (1997) tot stand,<sup>5</sup> en werd het Europees Sociaal Handvest (1996) herzien. Binnen de EU kwamen er een Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000), rechtskrachtig sinds het Verdrag van Lissabon (2007), en diverse verordeningen en richtlijnen die direct of minder direct raken aan de gezondheidszorg.

Maar heeft het Europees recht ook het Nederlandse gezondheidsrecht beïnvloed? Of is wellicht sprake van beïnvloeding van het Europees recht door het gezondheidsrecht? Die vraag staat in deze lezing centraal. De eventuele invloed van Europa op het gezondheidsrecht bespreek ik aan de hand van vijf thema's die Leenen behandelt in zijn werk, te weten de rechten van de patiënt, de beroepenwetgeving, de regulering van een aantal bijzondere vormen van

\* Met dank aan Brigit Toebes, Rijksuniversiteit Groningen, voor haar commentaar op een eerdere versie. Deze bijdrage is afgesloten op 29 oktober 2020.

\*\* Aart Hendriks is hoogleraar Gezondheidsrecht, Universiteit Leiden.

1 H.J.J. Leenen, *Gezondheidszorg en recht*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1981, p. 22.

2 Het *Handboek Gezondheidsrecht* (8e druk), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 33 bevat vrijwel dezelfde definitie.

3 H.J.J. Leenen, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1978, p. 17-35.

4 Protocol 6 (1983) tot en met protocol 16 (2013), inclusief protocol 14b (2009).

5 Nederland heeft dit verdrag niet geratificeerd. J.C.J. Dute, 'Buiten de (mensenrechten)orde?', *TvGR* 2015, p. 394-402.

medische zorg, de regulering van genees- en hulpmiddelen en preventie. Het geheel sluit ik af met een conclusie.

## 2. Rechten van de patiënt

Op het terrein van de rechten van de patiënt is op Europees niveau de afgelopen decennia veel gebeurd. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot het recht op zelfbeschikking onder het EVRM, een recht dat volgens Leenen een van de fundamenteën van het gezondheidsrecht vormt. Het Europese Hof (EHRM of Hof) bepaalde in 2002 dat 'the notion of personal autonomy' ten grondslag ligt aan artikel 8 EVRM, het recht inzake privé-, familie- en gezinsleven.<sup>6</sup> Sprak het EHRM aanvankelijk over het beginsel van persoonlijke autonomie, sinds 2006 verwijst het EHRM ook naar het recht op persoonlijke autonomie,<sup>7</sup> overigens zonder duidelijk aan te geven wat het verschil is tussen een beginsel en een recht. Het Hof heeft inmiddels erkend dat 'personal autonomy', wisselend aangeduid met de term 'self-determination', ook aan andere rechten van het EVRM ten grondslag ligt. Anders gezegd, het zelfbeschikkingsrecht geniet juridische bescherming onder verschillende rechten van het EVRM. Geconcludeerd moet worden dat deze uitleg van het EVRM volgt uit de in 1978 geformuleerde visie dat het EVRM een 'living instrument' is en dat het moet worden geïnterpreteerd 'in the light of present-day conditions'.<sup>8</sup>

Dat een behandeling in de regel alleen mag plaatsvinden als de patiënt daarvoor geïnformeerde toestemming heeft gegeven, heeft het Hof in 2004 expliciet erkend.<sup>9</sup> Het Hof heeft tevens bepaald dat aan deze eis kan worden voorbijgegaan indien de

behandeling medisch noodzakelijk is (*therapeutic necessity*),<sup>10</sup> al mag dit laatste volgens het Hof niet te snel worden aangenomen.<sup>11</sup> Niettemin blijkt hieruit dat het zelfbeschikkingsbeginsel niet altijd afdwingbaar is, zelfs niet als de patiënt wilsbekwaam een ingreep weigert op zijn lichamelijke integriteit (vgl. art 11 Gw).

Het EHRM is minder ruimhartig met betrekking tot de erkenning van het – wat het Hof noemt – 'right to health', de andere pijler van het gezondheidsrecht volgens Leenen. Het EVRM garandeert dat recht niet, aldus het Hof.<sup>12</sup> Dit valt te begrijpen vanuit de gedachte dat het recht op gezondheid op Europees niveau deels erkenning heeft gevonden onder artikel 11 van het (herziene) ESH.<sup>13</sup> Bovendien verbiedt het ESH, net als het EVRM, discriminatie. Het ECSR heeft op grond daarvan diverse praktijken strijdig verklaard met het ESH, waaronder de ongelijke toegang tot de gezondheidszorg in Tsjechië,<sup>14</sup> de segregatie bij bevallingscentra in Bulgarije,<sup>15</sup> het verbieden van seksuele voorlichting op scholen<sup>16</sup> en de gedwongen sterilisatie van transgenders in Tsjechië alvorens hun geslachtsverandering erkend te kunnen krijgen.<sup>17</sup>

Niettemin heeft het Hof in 2016 overwogen dat 'although the right to health is not as such among

6 EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 2346/02.  
7 EHRM 7 maart 2006, *Evans t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 6339/05.  
8 EHRM 25 april 1978, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 5856/72.  
9 EHRM 9 maart 2004, *Glass t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 61827/00.

10 EHRM 7 oktober 2008, *Bogumil t. Portugal*, nr. 35228/03.  
11 EHRM 10 juni 2010, *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, nr. 302/02 en EHRM 12 juni 2012, *N.B. t. Slowakije*, nr. 29518/10.  
12 EVRM 28 november 2000, *Fiorenza t. Italië* (ontv.besl.), nr. 44393/98; EVRM 11 juli 2010, *Dossi e.a. t. Italië* (ontv.besl.), nr. 26053/07; EVRM 2 mei 2017, *Jurica t. Kroatië*, nr. 30376/13; EVRM 17 maart 2016, *Vasileva t. Bulgarije*, nr. 23796/10, r.o. 63 en EVRM 19 december 2017, *Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal* (GC), nr. 56080/13, r.o. 165.  
13 Zie bijv. ECSR 6 februari 2007, *MFHR t. Griekenland*, nr. 30/2005 en ECSR 4 februari 2013, *FIDH t. Griekenland*, nr. 72/2011.  
14 ECSR 28 oktober 2016, *ERTF t. Tsjechië*, nr. 104/2014.  
15 ECSR 19 april 2019, *ERRC t. Bulgarije*, nr. 151/2017.  
16 ECSR 30 maart 2009, *Interights t. Kroatië*, nr. 45/2007.  
17 ECSR 1 oktober 2018, *Transgender Europe en ILGA-Europe t. Tsjechië*, nr. 117/2015.

the rights guaranteed under the Convention or its Protocols (...) the High Contracting Parties have, parallel to their positive obligations under Article 2 of the Convention, a positive obligation under its Article 8, firstly, to have in place regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' physical integrity and, secondly, to provide victims of medical negligence access to proceedings in which they could, in appropriate cases, obtain compensation for damage'.<sup>18</sup> Anders gezegd, onderdelen van het recht op gezondheid worden wel door het EVRM beschermd. Dat geldt ook met betrekking tot de uitleg van het recht op bewegingsvrijheid (o.a. gedetineerden en onvrijwillig opgenomen personen in een psychiatrische instelling), het recht op adequate zorg en de zorgvuldige omgang met persoonsgegevens van patiënten.

Met betrekking tot dit laatste punt, de geheimhoudingsplicht, het volgende. In Nederland ligt dit recht stevig verankerd in de WGBO, de Wet BIG, de Wkkgz, het Wetboek van Strafrecht en de Algemene Verordening Persoonsgegevens (AVG) – al is dit vaak geformuleerd als plicht voor de behandelaar (beroepsgeheim). De AVG is een EU-verordening. Op grond van de AVG is in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vervangen door de Uitvoeringswet AVG. Hoewel de verschillende wettelijke maatregelen in Nederland niet helemaal op elkaar aansluiten, moet worden geconcludeerd dat in Nederland het beroepsgeheim van artsen mede dankzij Europese invloeden goed is gewaarborgd. In april 2020 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat deze plicht ook geldt voor de directeur van het Pieter Baan Centrum, die gegevens had doorgestuurd aan de medische tuchtrechter.<sup>19</sup>

We zouden in dit kader haast vergeten dat het recht op geheimhouding van medische gegevens ook ligt

18 EHRM 17 maart 2016, *Vasileva t. Bulgarije*, nr. 23796/10.

19 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898.

besloten in artikel 8 EVRM.<sup>20</sup> Dit volgt ook uit het zogeheten Dataprotectieverdrag (1981).<sup>21</sup> In de zaak *Z. t. Finland* haalde het Hof dit Verdrag aan, om vervolgens te overwegen dat 'Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention'.<sup>22</sup> Deze sindsdien standaardoverweging van het Hof geeft aan dat het Hof bijzonder veel gewicht toekent aan de bescherming van medische persoonsgegevens. Dat patiënten ook recht hebben op een kopie van hun medisch dossier bepaalde het Hof in 2009.<sup>23</sup>

### 2.1. Minderjarige patiënten, ouders en naasten

De rechten van minderjarigen in de zorg heeft Leenen aanvankelijk onder bepaalde deelonderwerpen behandeld. In de meest recente versie van het Handboek is – wat mij betreft gelukkig – een integrale visie op de rechten van de minderjarige opgenomen.<sup>24</sup>

Het Hof heeft aanvankelijk de rechten onderstreept van ouders die zijn bekleed met ouderlijk gezag. Het uit huis plaatsen van een minderjarige zonder de ouders bij zo'n besluit te betrekken is volgens het Hof een schending van artikel 8 EVRM.<sup>25</sup> Niettemin kan vrijheidsontneming bij een vastgestelde psychische stoornis ook bij een minderjarige geïndiceerd – en daarmee rechtens toelaatbaar – zijn.<sup>26</sup>

Tegelijkertijd is het Hof steeds meer waarde gaan toekennen aan het belang van het kind, verdragssta-

20 Zie bijv. EHRM 25 februari 1997, *Z. t. Finland*, nr. 22009/93.

21 Nederland heeft dit verdrag in 1993 geratificeerd.

22 EHRM 25 februari 1997, *Z. t. Finland*, nr. 22009/93, r.o. 95.

23 EHRM 28 april 2009, *K.H. e.a. t. Slowakije*, nr. 32881/04.

24 Leenen 2020 (noot 2), p. 135-142, naast passages over deze rechten bij diverse specifieke onderwerpen.

25 EHRM 17 december 2002, *Venema t. Nederland*, nr. 35731/97.

26 EHRM 12 oktober 2000, *Koniaska t. Verenigd Koninkrijk* (ontv.besl.), nr. 33670/96.

ten daarbij een ruime beleidsvrijheid toelatend.<sup>27</sup> Daarbij verwijst het Hof ook regelmatig naar het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK, 1989).<sup>28</sup> Alleen al vanwege dit laatste is het interessant te weten hoe de Grote Kamer van het Hof zal beslissen over een Tsjechische zaak, over een nationale wet op grond waarvan kinderen moeten worden gevaccineerd.<sup>29</sup>

Ook heeft het Hof benadrukt dat het verkrijgen van toestemming van een minderjarige omgeven moet zijn door waarborgen die in juiste verhouding staan tot het belang van de geneeskundige behandeling.<sup>30</sup> Dit klinkt als een persoonsgerichte wijze van informatieverstrekking aan een minderjarige, iets dat ook dient plaats te vinden volgens de WGBO (art. 7:448 lid 1 en 2 BW). Bij oudere minderjarigen blijft het aan de minderjarige om in te stemmen met een geneeskundige behandeling. Dit laat onverlet dat het Hof van oordeel is dat ouders met gezag in het besluitvormingsproces moeten worden betrokken<sup>31</sup> – een vorm van *shared decision making* die ik niet terugzie in de aangepaste WGBO.

Ouders en andere naasten moeten volgen het EHRM ook worden betrokken bij een onderzoek naar de doodsoorzaak van een familielid.<sup>32</sup> Zo mag een lijk in beginsel niet zonder toestemming van de ex-partner worden opgegraven en worden onderzocht,<sup>33</sup> moet een lijk in beginsel worden teruggeven aan de

familie<sup>34</sup> en kunnen nabestaanden de werkgever aansprakelijk stellen voor het overlijden van een familielid aan kanker.<sup>35</sup> Maar volgens het Hof moeten naasten ook bij leven worden betrokken bij de zorg aan hun kinderen. Zo acht het Hof het van belang dat een moeder als wettelijk vertegenwoordiger wordt betrokken bij het besluit een kind te steriliseren,<sup>36</sup> dat de familie wordt geïnformeerd over de vrijheidsontneming van een meerderjarig kind<sup>37</sup> en dat een vader een klacht kan indienen tegen de verplichte opneming van zijn meerderjarige zoon, zonder dat wordt nagegaan of de vader wel namens zijn zoon handelt.<sup>38</sup> Het Hof neemt in al dit soort zaken aan dat familieleden een eigenstandig recht hebben op informatie, toestemming en klagen. Deze houding verschilt van de Nederlandse regelgeving, al is sinds 1 januari 2020 het inzagerecht van nabestaanden in het dossier van overledenen vergroot via een aanpassing van de WGBO.

### 3. Beroepenwetgeving

Leenen benadrukte van het begin af aan het belang van de deskundigheid en zorgvuldigheid van de beroepsbeoefenaren.<sup>39</sup> De Wet BIG was toen nog een wetsontwerp; de deskundigheid en zorgvuldigheid van beroepsbeoefenaren moest toentertijd juridisch door wetten als de Wet uitoefening geneeskunst (WUG) en de Medische Tuchtwet worden gewaarborgd. Ook beschreef Leenen het systeem van 'kwaliteitsbewaking',<sup>40</sup> een onderwerp dat juridisch op dat moment nog in de kinderschoenen stond. Hoe anders is dit alles in het huidige Hand-

27 Zie bijv. EHRM 23 september 1994, *Hokkanen t. Finland*, nr. 19823/92 en EHRM 13 januari 2009, *Todorova t. Italië*, nr. 33932/06.

28 Zie bijv. EHRM 2 november 2010, *Van den Berg en Sarri t. Nederland* (ontv.besl.), nr. 7239/08.

29 Het betreft de zaak *Vavříčka e.a. t. Tsjechië* (GC), nr. 47621/13. De hoorzitting van de Grote Kamer heeft plaatsgevonden op 1 juli 2020.

30 EHRM 1 februari 2011, *Yazgül Yılmaz t. Turkije*, nr. 36369/06.

31 EHRM 30 oktober 2012, p. en S. t. Polen, nr. 57375/08.

32 EHRM 14 maart 2002, *Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 46477/99 en EHRM 3 juni 2003, *Pantea t. Roemenië*, nr. 33343/96.

33 EHRM 20 september 2018, *Solska en Rybicka t. Polen*, nr. 30491/17 en 31083/173.

34 EHRM 6 juni 2013, *Sabanchiyeva e.a. t. Rusland*, nr. 38450/05.

35 EHRM 11 maart 2014, *Howald Moor e.a. t. Zwitserland*, nr. 52067/10 en 41072/11.

36 EHRM 12 juni 2012, N.B. t. Slowakije, nr. 29518/10.

37 EHRM 11 oktober 2011, *Gorobet t. Moldavië*, nr. 30951/10.

38 EHRM 10 januari 2019, *Čutura t. Kroatië*, nr. 55942/15.

39 Leenen 1981 (noot 1), p. 60-95.

40 Idem, p. 233-245.

boek, waarin 'Kwaliteit van zorg' bijna honderd pagina's van het boek beslaat.<sup>41</sup>

In het kader van de beroepenwetgeving is het allereerst van belang dat het EU-recht het vrije verkeer van personen en diensten op het gebied van de gezondheidszorg tracht bevorderen. Daarbij kan worden gewezen op de Richtlijn (2005/36/EG) betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (2005), een nadien gewijzigd document. Als gevolg van deze richtlijn zijn de opleidingen van artsen en diverse andere (para)medische beroepen binnen de EU geharmoniseerd, met als gevolg dat deze beroepsbeoefenaren met de betreffende titels zich eenvoudig in andere lidstaten kunnen vestigen om hun vak daar uit te oefenen. Later is aan deze richtlijn wel toegevoegd (2013/55/EU) dat een beroepsbeoefenaar dient te beschikken over een verklaring waaruit de kennis van de taal blijkt, om de patiëntveiligheid te kunnen waarborgen.<sup>42</sup> Dit heeft in Nederland geleid tot een aanpassing van de Wet BIG (art. 6 lid f). De toename van grensoverschrijdend verkeer door beroepsbeoefenaren resulteert ook in de mogelijkheid dat beroepsbeoefenaren met een tucht- of andere juridische maatregel zich zonder problemen vestigen in een andere lidstaat. Om hier tegen op te treden heeft de Nederlandse wetgever in de Wet BIG imperatief bepaald dat buitenlandse maatregelen in de regel door Nederland worden overgenomen (art. 7 en 7a Wet BIG; Richtlijn 2005/36/EG).<sup>43</sup> Om uitspraken over disfunctioneren tijdig op te merken hebben EU-lidstaten ook afgesproken om elkaar te informeren via het zogenoemde IMI-systeem (informatie-systeem voor de interne markt). Aldus kan worden getracht te voorkomen dat slecht functionerende beroepsbeoefenaren zich in een andere lidstaat kunnen vestigen om hun werkzaamheden daar voort te zetten.

41 Leenen 2020 (noot 2), p. 451-548.

42 Daartoe is aan art. 7 lid 2 een nieuw onderdeel toegevoegd (f).

43 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3414 en ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3816.

De kwaliteit van zorg is ook op het niveau van de Raad van Europa een punt van aandacht. Hier ligt volgens het EHRM een duidelijke verantwoordelijkheid bij de overheid. Zo dienen overheden, op grond van het recht op leven, ziekenhuizen te verplichten om regels op te stellen om het leven van patiënten te beschermen en om het overlijden in een ziekenhuis of elders in de gezondheidszorg te onderzoeken.<sup>44</sup> Deze verplichting geldt zowel voor staats- als particuliere ziekenhuizen, aldus het Hof.<sup>45</sup> Het onderzoek naar de doodsoorzaak moet tevens een mogelijkheid bieden de verantwoordelijke daarop aan te spreken en de nabestaanden compensatie te bieden.<sup>46</sup> In het verlengde van dit laatste verplicht het EVRM tot het bieden van mogelijkheden aan slachtoffers om toegang te krijgen tot procedures ter verkrijging van schadevergoeding na een medische gebeurtenis.<sup>47</sup>

Tuchtrecht is in veel landen een middel om de kwaliteit van de beroepsuitoefening te waarborgen. Maar moeten beroepsbeoefenaren altijd aan een dergelijk systeem meewerken? En zijn tuchtrechtelijke uitspraken wel aan te merken als uitspraken over burgerrechtelijke verplichtingen of strafrechtelijke vervolging in de zin van artikel 6 EVRM? Om op deze laatste vraag antwoord te geven: ja, tuchtrechtelijke uitspraken die betrekking hebben op de continuering van de beroepsuitoefening vallen binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM.<sup>48</sup> Dat wil niet zeggen dat een tuchtrechtelijke en strafrechtelijke procedure niet gelijktijdig mogen plaatsvinden; beide procedures hebben andere doelen.<sup>49</sup> Zittingen van de tuchtrechter

44 EHRM 26 oktober 1999, *Erikson t. Italië* (ontv.besl.), nr. 37900/97.

45 EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië* (GC), nr. 32967/96.

46 Zie bijv. EHRM 17 maart 2016, *Vasileva t. Bulgarije*, nr. 23796/10.

47 Zie bijv. EHRM 5 oktober 2006, *Trocellier t. Frankrijk* (ontv.besl.), nr. 75725/01.

48 EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*, nr. 6878/75 en 7238/75 en EHRM 18 februari 2010, *Baccichetti t. Frankrijk*, nr. 22584/06.

49 EHRM 13 oktober 2020, *Faller t. Frankrijk en Steinmetz t. Frankrijk* (ontv.besl.), nr. 59389/16 en 59389/16.

moeten volgens het EHRM in beginsel openbaar zijn.<sup>50</sup> Dat resulteerde in Nederland in een wijziging van de procesregels. De tuchtrechtelijke procedure mag evenmin excessief formalistisch zijn.<sup>51</sup> Dit mede gelet op de omstandigheid dat een claim voor aansprakelijkstelling aan termijnen is gebonden. Is tuchtrecht volgens het Hof aldus een toegestane wijze van beoordelen van de kwaliteit van het beroepsmatig handelen van een medische beroepsbeoefenaar, het gaat het Hof te ver als artsen volgens voor de beroepsgroep geldende regels geen kritiek op elkaar mogen leveren.<sup>52</sup> Een dergelijk verbod staat ook in de weg aan het vragen om een second opinion. Maar dat beklagden in het tuchtrecht moeten meewerken aan de procedure volgt uit het systeem van het kwaliteitssysteem, dat doel is van het tuchtrecht.

#### 4. Bijzondere vormen van medische zorg

Leenen stond van het begin af aan stil bij vragen rond abortus en euthanasie, handelingen waarbij volgens Leenen geen medische situatie aan de orde was.<sup>53</sup> Dat de rol van artsen bij abortus en euthanasie in de loop der jaren danig is veranderd,<sup>54</sup> is mede beïnvloed door Europese ontwikkelingen – en de ruimte die het Europese recht laat voor deze handelingen.

##### 4.1. Abortus

Leenen behandelde het onderwerp abortus in de voorlopers van zijn Handboek nog wat beknopt. Deze keuze is achteraf bezien niet geheel helder, omdat abortus reeds toen een onderwerp was

waarover werd gedebatteerd. Leenen werd naar eigen zeggen over dit onderwerp aan het denken gezet toen een aantal vrouwelijke studenten met opgestroopte truien met de tekst 'baas in eigen buik' op college kwam.<sup>55</sup> Toen bleek dit onderwerp toch ingewikkelder dan gedacht. Uitgaande van de progressieve beschermwaardigheid van het ongeboren leven en zijn opvatting over zelfbeschikking concludeerde Leenen dat vrouwen tot een bepaalde periode in de zwangerschap zelf mogen beslissen of zij hun vrucht eventueel willen laten verwijderen.

Het Hof was terughoudender met betrekking tot de toelaatbaarheid van abortus; in zijn eerste uitspraken stelde het Hof zich op het standpunt dat abortus op gespannen voet staat met het EVRM.<sup>56</sup> Vanaf 2007 heeft het Hof duidelijk aangegeven dat verzoeken om abortus binnen de grenzen van de nationale wetgeving moeten worden gerespecteerd.<sup>57</sup> Daar komt bij dat alle verdragsstaten abortus in mindere of meerdere mate, binnen een bepaalde termijn, toestaan.<sup>58</sup> In het verlengde hiervan benadrukt het Hof het belang van een heldere en spoedige procedure om te kunnen bepalen of vrouwen daadwerkelijk in aanmerking komen voor abortus dan wel het recht hebben om naar een ander land te gaan voor een abortus.<sup>59</sup> Indien verloskundigen omwille van godsdienstige redenen niet wensen mee te werken aan abortus is dat volgens het Hof iets voor de verdragsstaten om over te beslissen; het weigeren van een baan aan deze verloskundigen is volgens het Hof niet strijdig met het EVRM.<sup>60</sup> In de Nederlandse situatie is dit anders, omdat het weigeren van een functie aan een

50 EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*, nr. 6878/75 en 7238/75 en EHRM 26 september 1995, *Diennet t. Frankrijk*, nr. 18160/91.

51 EHRM 16 februari 2010, *Lazăr t. Roemenië*, nr. 32146/05.

52 EHRM 16 december 2008, *Frankowicz t. Polen*, nr. 53025/99.

53 Leenen 1978 (noot 3), p. 109 en 217 en Leenen 1981 (noot 1), p. 97.

54 Zie bijv. Leenen 2020 (noot 1), p. 369-378 resp. p. 402-436.

55 H.J.J. Leenen, *Met het oog op gezondheid en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 31.

56 Zie bijv. EHRM 12 juli 1977, *Brüggemann en Scheuten t. Duitsland*, nr. 6959/75.

57 EHRM 20 maart 2007, *Tysięc t. Polen*, nr. 5410/03.

58 Zie evenwel de recente verscherping van de Poolse abortuswetgeving.

59 EHRM 16 december 2010, *A., B. en C. t. Ierland (GC)*, nr. 25579/05 en EHRM 30 oktober 2012, *P. en S. t. Polen*, nr. 57375/08.

60 EHRM 12 maart 2020, *Grimmark t. Zweden (ontv.besl.)*, nr. 43726/17, en EHRM 12 maart 2020, *Steen t. Zweden (ontv.besl.)*, nr. 62309/17.

persoon vanwege zijn godsdienst al snel strijdig is met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

#### 4.2. Euthanasie

Zoals bekend is Leenen de laatste jaren van zijn arbeidzame leven zeer betrokken geweest bij het onderwerp euthanasie en hulp bij zelfdoding. Leenen was er pleitbezorger voor dat deze vormen van levensbeëindiging wettelijk werden geregeld en dat de betrokken artsen niet hoefden te vrezen voor strafrechtelijke vervolging indien zij zorgvuldig hadden gehandeld. Dit is uiteindelijk gebeurd via de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (WtI, 2002) – ongeveer gelijktijdig met het emeritaat van Leenen.

Het EHRM was veel terughoudender met betrekking tot euthanasie – of beter gezegd: hulp bij zelfdoding – als een geaccepteerde vorm van zelfgekozen levensbeëindiging. Dit had alleszins te maken met de omstandigheid dat het recht op leven een van de belangrijkste rechten van het EVRM is en euthanasie en hulp bij zelfdoding in de grote meerderheid van Europese landen verboden is.<sup>61</sup>

De terughoudende houding van het Hof sprak duidelijk uit de eerder aangehaalde zaak *Pretty*.<sup>62</sup> Hier overwoog het Hof dat het recht op leven niet kan worden uitgelegd als een recht om te sterven. Ook anderszins wees het Hof het verzoek van klagster af om haar man niet strafrechtelijk te vervolgen bij levensbeëindigend handelen. In latere uitspraken liet het Hof meer ruimte voor verdragsstaten om levenseindevragen op een eigen wijze te reguleren,<sup>63</sup> mits verenigbaar met artikel 2 EVRM.<sup>64</sup> In het kader van dat laatste oordeelde het Hof dat het staken van de behandeling van een patiënt die niet meer wils-

bekwaam is verenigbaar kan zijn met het EVRM, mits de besluitvormingsprocedure aan strenge eisen voldoet.<sup>65</sup> Bij dit alles gaat het Hof er als regel van uit dat alleen volwassen personen die ‘mentally competent’ zijn kunnen verzoeken om levensbeëindigend handelen, in de zin van het weigeren van een behandeling<sup>66</sup> of – in landen waarin dat is toegestaan – het actief beëindigen van het leven. Anders gezegd, gedurende de afgelopen achttien jaar heeft het EHRM een iets minder afwijzende houding ingenomen tegenover hulp bij zelfdoding en, naar we moeten aannemen, euthanasie.<sup>67</sup> Niet gezegd kan worden dat het Europese recht voor Nederland heeft gegolden als bron van inspiratie voor de Nederlandse WtI.<sup>68</sup> Volgens het EHRM blijft de verplichting bestaan de verenigbaarheid met het recht op leven te waarborgen, een van de vragen die spelen bij voorstellen om minderjarigen een zelfstandig recht op euthanasie toe te kennen en het initiatiefvoorstel van Wet toetsing levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek, dat sinds deze zomer voorligt in de Tweede Kamer. Onduidelijk is of de eis van ‘mentally competent’ eraan in de weg staat dat personen in Nederland op basis van een wilsverklaring kunnen verzoeken om euthanasie.

## 5. Genees- en hulpmiddelen

In 1981 ging Leenen ook in op de regulering van geneesmiddelen en hulpmiddelen. Dat deed hij in het onderdeel curatieve zorg.<sup>69</sup> In de meest recente druk van het Handboek worden deze onderwerpen besproken in het deel kwaliteit van zorg, en beste-

61 Zie evenwel A.C. Hendriks, ‘Euthanasie in Zuid-Europa’, *NJB* 2020, p. 1735-1739.

62 EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 2346/02.

63 EHRM 20 januari 2011, *Haas t. Zwitserland*, nr. 31322/07, en EHRM 14 mei 2013, *Gross t. Zwitserland*, nr. 67810/10.

64 EHRM 28 juni 2017, *Gard e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (ontv.besl.), nr. 39793/17.

65 EHRM 5 juni 2015, *Lambert e.a. t. Frankrijk* (GC), nr. 46043/14.

66 EHRM 10 juni 2010, *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, nr. 302/02.

67 Het Hof heeft tot op heden geen uitspraak gedaan over een euthanasiezaak.

68 A.C. Hendriks, ‘Recht op leven en recht op een zelfgekozen dood: een toetsing van de Nederlandse Euthanasiewet aan het EVRM’, *NTM/NJCM-Bull.* 2014, p. 168-191 en N. Rozemond, ‘Het mensenrechtelijke tekort van het Nederlandse euthanasierecht’, *NTM/NJCM-Bull.* 2020, p. 365-376.

69 Leenen 1981 (noot 1), p. 174-181.

den de auteurs daar tweemaal zoveel ruimte aan deze thema's.<sup>70</sup> Dit laatste heeft niet alleen te maken met het toegenomen belang dat toekomt aan de veiligheid en kwaliteit van geneesmiddelen en hulpmiddelen, maar ook met de Europese regulering van deze onderwerpen. Als gevolg van diverse richtlijnen en verordeningen<sup>71</sup> zijn de regulering van geneesmiddelen en die van hulpmiddelen ingrijpend gewijzigd. Hoewel er ook onderwerpen zijn die primair nationaal zijn geregeld, waaronder het onderhavige thema<sup>72</sup> – kan niet anders dan worden geconcludeerd dat het recht inzake geneesmiddelen en hulpmiddelen, vastgelegd in de Geneesmiddelenwet en de Wet op de medische hulpmiddelen, grotendeels op Europese leest is gestoeld (zie de Verordening betreffende medische hulpmiddelen (MDR) en de Verordening betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek (IVDR)). Voor het overige verwijs ik naar het preadvies van dit jaar.

Is het EVRM voor het onderwerp genees- en hulpmiddelen dan niet van belang? Ja zeker, al heeft het Hof erkend dat de regulering van deze onderwerpen in grote mate door de EU plaatsvindt.<sup>73</sup> Het Hof maakt in navolging van de EU ook onderscheid tussen geneesmiddelen en voedingssupplementen.<sup>74</sup> Het Hof laat de verdragsstaten veel ruimte om zelf te bepalen of genees- en hulpmiddelen geheel of deels

worden vergoed.<sup>75</sup> Als de nationale wet evenwel bepaalt dat patiënten een geneesmiddel kosteloos kunnen krijgen, dan moet dat ook gebeuren.<sup>76</sup> Het Hof verschaft de verdragsstaten een ruime mate van beleidsvrijheid om zelf te bepalen of patiënten toegang kunnen krijgen tot nog niet toegelaten geneesmiddelen.<sup>77</sup>

## 6. Preventie

Dat preventie onderdeel uitmaakt van het gezondheidsrecht zal niemand ontkennen, zeker niet gelet op de huidige COVID-19-pandemie. Het verbaast daarom niet dat Leenen van het begin af aan ook aandacht besteedde aan het voorkomen van gezondheidsschade, via de onderwerpen immunisatie en bevolkingsonderzoek.<sup>78</sup> In het huidige Handboek beslaat het onderwerp preventie ruim driemaal zoveel pagina's, met aparte aandacht voor publieke gezondheid en infectieziekten.<sup>79</sup> Dat hangt natuurlijk mede samen met de invoering van de Wet publieke gezondheid (Wpg, 2008). Terecht wordt hierover in het Handboek opgemerkt dat de Wpg werd ingevoerd in navolging van de in het kader van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) herziene Internationale Gezondheidsregeling (IGR, 2005).

Anders dan in het Statuut van de WHO bevat het EVRM geen verplichting voor de verdragsstaten om preventiemaatregelen te nemen. Dat sluit aan bij de hierboven aangehaalde opvatting dat dit verdrag niet het recht op gezondheid omvat. Wel is het verdragsstaten volgens het EVRM toegestaan om bepaalde rechten te beperken ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten of anderszins omwille van de volksgezondheid. Dit is overigens doorgaans alleen toegestaan mits voorzien bij

70 Leenen 2020 (noot 2), p. 524-541.

71 Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan Richtlijn 65/65/EEG, Richtlijn 2001/83/EG (zoals sindsdien gewijzigd), Verordening (EEG) 2309/93, Verordening (EG) 726/2004, Richtlijn 90/935/EEG, Richtlijn 93/43/EEG, Richtlijn 98/79/EG, Richtlijn 2007/47/EG, Verordening (EU) 2017/745 en Verordening (EU) 2017/746.

72 M.E. de Bruin, 'Medische hulpmiddelen en gunstbevoen', in: *Medische hulpmiddelen: eindelijk goed geregeld?* (Preadvies VGR), Den Haag: Sdu 2020, p. 125-175 (p. 127).

73 EHRM 15 november 1996, *Cantoni t. Frankrijk* (GC), nr. 17862/91.

74 EHRM 19 januari 2010, *Stephan Bock t. Duitsland* (ontv.besl.), nr. 22051/07.

75 21 maart 2002, *Nitecki t. Polen* (ontv.besl.), nr. 65653/01.

76 EHRM 8 oktober 2019, *Fedulov t. Rusland*, nr. 53068/08.

77 EHRM 13 november 2012, *Hristozov e.a. t. Bulgarije*, nr. 47039/11 en 358/12.

78 Leenen 1981 (noot 1), p. 224-232.

79 Leenen 2020 (noot 2) p.581-605.



wet en gesteld dat de inperking proportioneel is. Daarbij kan onder andere worden gedacht aan het beperken van de bewegingsvrijheid via quarantaine<sup>80</sup> en aan andere beperkende maatregelen.<sup>81</sup> Een wettelijke basis en proportionaliteit zijn ook voorwaarden bij het beperken van het personenverkeer ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten, waarvan het EHRM aanneemt dat dit soms instrumenteel is.<sup>82</sup> Anders gezegd, door het beperken van vormen van zelfbeschikking kunnen gezondheidsdoelen soms beter worden bereikt.<sup>83</sup> Maar – actueel vanwege de huidige coronacrisis – mag de overheid burgers ook verplichten zich te laten vaccineren tegen COVID-19? En mogen anderen vragen om een vaccinatiebewijs?

Het EU-recht bepaalt evenmin dat de lidstaten zijn gehouden om preventieve maatregelen te nemen ter bescherming van de gezondheid. Niettemin suggereert de EU in haar verdragen en andere officiële documenten dat het bevorderen van een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid door de EU wordt verzekerd (art. 168 VWEU). Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie stelt daarnaast dat eenieder recht heeft op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging (art. 35 Handvest). Maar het VWEU zegt nadrukkelijk dat het optreden van de EU een *aanvulling* vormt op het nationale beleid (art. 168 VWEU). Deze subsidiaire rol wordt bevestigd door het Handvest; toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging geldt op 'door de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden' (art. 35 Handvest). Anders gezegd, op welke preventieve activiteiten precies aanspraak bestaat beslissen de lidstaten zelf, al bestaat hierover steeds meer afstemming tussen de lidstaten.

Volksgezondheid, in het bijzonder preventie, vormt onder het EU-recht naast doel een rechtvaardiging om in het kader van de EU toegekende rechten te beperken, waaronder het recht om vrij te reizen tussen de EU-lidstaten (art. 21 lid 1 VWEU), nader uitgewerkt in Richtlijn 2004/38/EG betreffende het vrije verkeer van burgers van de EU en hun familieleden. Volgens deze richtlijn is het lidstaten toegestaan beperkende maatregelen te nemen om redenen van volksgezondheid, dat wil zeggen 'potentieel epidemische ziekten zoals gedefinieerd in de relevante instrumenten van de Wereldgezondheidsorganisatie, en andere infectieziekten of besmettelijke parasitaire ziekten' (art. 29 lid 1 Richtlijn 2004/38). Zoals bekend hebben diverse lidstaten, waaronder Nederland, van deze mogelijkheid in het kader van de coronabestrijding gebruik gemaakt. Bij het nemen van dergelijke maatregelen gericht op het beperken van het personenvervoer moeten lidstaten wel met elkaar samenwerken<sup>84</sup> en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie respecteren.

## 7. Conclusies

Leenen gaf al veertig jaar geleden een nog immer bruikbare definitie van het gezondheidsrecht, met aandacht voor de grond- en mensenrechten. Belangrijker, zijn eerste 'studies' geven een uitstekend tijdsbeeld over de stand van zaken met betrekking tot gezondheidsrechtelijke vragen, waaronder in relatie tot Europa. Leenen was in 1986 ook een van de eerste gezondheidsjuristen die nader keek naar de Europese ontwikkelingen van het gezondheidsrecht.<sup>85</sup> Dat deed hij in een tijdperk waarin de rechtspraak van het Hof over het EVRM

80 EHRM 8 januari 2009, *Kuimov t. Rusland*, nr. 32147/04.

81 EHRM 25 januari 2005, *Enhorn t. Zweden*, nr. 56529/00.

82 EHRM 10 maart 2011, *Kiyutin t. Rusland*, nr. 2700/10, r.o. 68.

83 B.C.A. Toebes, *Recht in tijden van chronische ziekten* (oratie Groningen), Groningen: Faculteit der Rechtsgeleerdheid 2019.

84 Covid-19 Richtsnoeren voor grensbeheermaatregelen tot bescherming van de gezondheid en tot waarborging van de beschikbaarheid van goederen en essentiële diensten 2020/C 86 I/01.

85 H.J.J. Leenen, G. Pinet & A.V. Prims, *Trends in health legislation in Europe*, Parijs: Masson 1986. Zie eerder H.D.C. Roscam Abbing, *International organizations in Europe and the right to health care*, Deventer: Kluwer 1979.

nog tot ontwikkeling moest komen, de EU nieuwe bevoegdheden zou krijgen en het (gezondheids)recht ook anderszins op Europees en wereldniveau nader vorm moest krijgen.

Uit bovenstaande schets blijkt dat het Europees recht onmiskenbaar van invloed is geweest op diverse door Leenen beschreven thema's. Dit geldt niet overal in dezelfde mate. Zo is de invloed van Europa met betrekking tot preventie relatief beperkt geweest, gaat er vanuit Europa meer invloed uit op onderwerpen als de rechten van de patiënt en de beroepenwetgeving, en is de invloed van Europa het grootst met betrekking tot de regulering van genees- en hulpmiddelen. Omgekeerd zijn gezondheidsrechtelijke begrippen, waaronder informed consent, ook onderdeel van de Europese normen geworden.

Leenen en zijn opvolgers hebben er in de handboeken voor gekozen om per onderwerp aan te geven wat de invloed van Europa is. Dat is goed verdedigbaar. Geheel consequent gebeurt dat overigens niet. Zo worden de relevante Europese normen niet altijd aangehaald, wordt niet altijd duidelijk of Europese regels integraal moeten worden toegepast en worden verschillen tussen Europese en nationale regels niet altijd geproblematiseerd. Bij wijze van voorbeeld verwijs ik naar de rol van naasten en overledenen en de eis van het EHRM dat levensbeëindiging vraagt om wilsbekwaamheid in relatie tot de Wtl. Evenmin is altijd duidelijk in hoeverre landen als Nederland een hoger niveau van bescherming mogen bieden dan Europees is voorgeschreven. Ik voeg daar direct aan toe deze lacunes ook in andere boeken vallen waar te nemen.

Niet onvermeld mag blijven dat de Nederlandse ontwikkelingen op het terrein van het gezondheidsrecht niet zelden vooruitlopen op de Europese rechtsopvattingen. Daarbij denk ik aan onze wetgeving op het terrein van euthanasie. Tegelijkertijd zien we dat sommige zaken niet alleen op nationaal niveau kunnen worden gerealiseerd. Denk daarbij aan het reguleren van screening. Het bevorderen van kwaliteit, zowel van hulpverleners als van producten, kan Nederland evenmin in zijn eentje garan-

deren. Europese samenwerking is een voorwaarde om de kwaliteit en veiligheid van zorg te waarborgen. En de COVID-19-pandemie doet ons allen nadenken over de noodzaak en rechtvaardiging van preventie-ingrepen en de inbreuken die op vrijheden kunnen worden gemaakt.

Het is daarom goed dat wij ons bij alle aspecten van het gezondheidsrecht rekenschap geven van de Europese dimensies, en ons afvragen of het is toegestaan om van Europese regels af te wijken. Dit advies geldt geenszins exclusief voor de auteurs van het Handboek, maar voor ons allen. Want gezondheidsrecht is nauw gelieerd aan de Europees erkende (mensen)rechten en moet ook anderszins in de pas lopen met hogere normen. Het is geweldig dat Leenen dit ruim veertig jaar geleden doorzag, een andere reden waarom we hem grote dank verschuldigd zijn.