

Uppsats för tillämpade studier 20 poäng
Juris Kandidatprogrammet
Juridiska Institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Sjukvårdsshopping

– om ”konsumtion” av sjukvård inom EU

Författare: Jenny Nyman
Handledare: Thomas Erhag
Datum: 2003-06-10

Några förkortningar

ECB	Europeiska Central Banken
ECR	European Court Reports
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapens Domstol
EGF	Fördraget om Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapernas officiella Tidning
EU	Europeiska Unionen
REG	Rättsfallssamling från Europeiska Gemenskapernas domstol och förstainstansrätt.
Rfo	Rådets förordning
ÄIP	Ännu Inte Publicerad

Innehållsförteckning

1. Inledning	4
1.1 <i>Introduktion</i>	4
1.2 <i>Syfte och metod</i>	4
2. Det socialrättsliga området och den fria rörligheten	5
2.1 <i>Inledning</i>	5
2.2 <i>EG: s socialpolitik och folkhälsan</i>	5
2.3 <i>Den gemensamma marknaden och de fyra friheterna</i>	6
2.3.1 Fri rörlighet för varor	7
2.3.1.1 Kvantitativa handelshinder och åtgärder med motsvarande verkan.....	7
2.3.1.2 Cassis de Dijon och Keck, icke diskriminerande regler och produktrelaterade regler	8
2.3.2 Fri rörlighet för personer	9
2.3.2.1 Arbetstagare	9
2.3.2.2 Frihet att tillhandahålla tjänster.....	10
2.3.2.3 Frihet att motta tjänster	12
2.3.3 Undantag från den fria rörligheten	12
2.3.3.1 Inledning.....	12
2.3.3.2 Undantagen i EGF till den fria rörligheten.....	13
2.3.3.3 Tvingande hänsyn och trängande allmänintresse.....	13
2.3.4 Domstolens universella angreppssätt	14
2.4 <i>Social trygghet vs. fri rörlighet</i>	14
2.5 <i>Samordning av de nationella systemen för social trygghet</i>	15
2.5.1 Inledning.....	15
2.5.2 Grundläggande principer.....	16
2.5.3 Förordningens materiella och personella tillämpningsområde	16
2.6 <i>Sammanfattning</i>	17
3. Sjukvård.....	18
3.1 <i>Inledning</i>	18
3.2 <i>Kort beskrivning av de olika nationella sjukförsäkringarnas uppbyggnad</i>	19
3.2.1 Två grundläggande modeller- många nationella varianter.....	19
3.3 <i>Betydelsen av rfo 1408/71 och rfo 574/72 på sjukvårdsområdet</i>	20
3.3.1 Inledning.....	20
3.3.1.1 Två grundläggande principer	20
3.3.1.2 Arbetsökande, anställda och arbetslösa	20
3.3.2 Artikel 22 rfo 1408/71	21
3.3.2.1 Akut vård.....	21
3.3.2.2 Vård till vilken tillstånd givits.....	22
3.3.3 Sammanfattning	23
4. EG-domstolens rättspraxis angående fri rörlighet för patienter	24
4.1 <i>Inledning</i>	24
4.1.1 Decker och Kohll	24
4.1.1.1 Nationell lag	24
4.1.1.2 Bakgrunden	25
4.1.1.3 Tillämpningen av principen om fri rörlighet inom området för social trygghet	25

4.1.1.4	Betydelsen av förordning nr 1408/71	26
4.1.1.5	Tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet för varor och tjänster...	26
4.1.1.6	Rättfärdigande av de nationella bestämmelserna	27
4.1.1.7	Kommentarer	29
4.1.2	Smits och Peerbooms	30
4.1.2.1	Nationell lagstiftning.....	30
4.1.2.2	Målen vid den nationella domstolen	30
4.1.2.3	Tolkningsfrågorna	31
4.1.2.4	Tillämpning på sjukhusvård av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster	31
4.1.2.5	De begränsande verkningarna av de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.....	31
4.1.2.6	Kravet på förhandstillstånd	32
4.1.2.7	Villkoret att den planerade behandlingen skall vara sedvanlig.....	32
4.1.2.8	Villkoret att den planerade behandlingen skall vara nödvändig	33
4.1.2.9	Kommentarer.....	33
4.1.3	Vanbraekel	34
4.1.3.1	Fakta i målet	34
4.1.3.2	Domstolens dom.....	34
4.1.3.3	Kommentarer.....	35
4.1.4	Müller-Fauré och Van Riet	35
4.1.4.1	Den nationella lagstiftningen om obligatorisk sjukförsäkring	35
4.1.4.2	Bakgrund till de två tvisterna vid den nationella domstolen	35
4.1.4.3	Kan kravet på förhandstillstånd tillåtas när det som den försäkrade kräver inom ett system för vårdförmåner är läkarvård som inte kräver inläggning på sjukhus?	36
4.1.4.4	Det förtydligande som har begärts av den nationella domstolen av begreppet ”i tid” i punkt 103 i domen i målet Smits och Peerbooms	37
4.1.4.5	Kommentarer.....	38
4.2	<i>Sammanfattning av EG-domstolens rättspraxis</i>	38
5.	Analys	38
5.1	<i>Varor</i>	38
5.2	<i>Tjänster</i>	39
5.2.1	För- och nackdelar med Decker och Kohll proceduren	40
5.2.2	För- och nackdelar med förhandstillstånd.....	42
5.3	<i>Social trygghet vs. fri rörlighet</i>	42
	Käll- och litteraturförteckning	44

1. Inledning

1.1 Introduktion

Det finns en potentiell konflikt mellan intresset att främja rätten till fri rörlighet för varor och tjänster, och intresset att bevara systemen för social trygghet inom Unionen. Samordningen av de sociala trygghetssystemen inom Unionen är en förutsättning för att fri rörlighet skall kunna förverkligas. Om personer som flyttar inom Unionen inte kunde få tillgång till sociala trygghetsförmåner skulle det kunna avhålla dem från att utnyttja rätten till fri rörlighet. I friheten att fritt röra sig inom Unionen skulle kunna intolkas rätten för personer, som är i behov av sociala trygghetsförmåner, att åka till andra medlemsstater *i syfte* att erhålla sociala trygghetsförmåner. Samtidigt skulle en allt för vid tolkning av den fria rörligheten kunna äventyra finansieringen och infrastrukturen i systemen för social trygghet inom Unionen. Att tillåta personer att helt fritt röra sig inom Unionen *i syfte* att erhålla sociala trygghetsförmåner skulle i värsta fall kunna leda till en kollaps av de sociala trygghetssystemen.¹

Denna uppsats har till syfte att undersöka i vilken utsträckning reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget ger individer bosatta inom Unionen rätten att erhålla sjukvård i andra medlemsstater än den de är bosatta i även om nationell lagstiftning inte ger dem den rätten. I *Costa mot E.N.E.L* fastslog EG-domstolen att om nationell rätt inte överensstämmer med EG-rätten har EG-rätten företräde. Domstolen konstaterade att när Romfördraget trädde i kraft skapade det, till skillnad från vanliga internationella fördrag, en egen rättsordning som blivit en integrerad del av medlemsstaternas rättsordning och vars regler de nationella domstolarna var, och är, skyldiga att tillämpa. Vidare framhöll domstolen att medlemsstaterna har inskränkt sina suveräna rättigheter, i och för sig på begränsade områden, och skapat en rättsordning som förpliktar inte bara deras medborgare och utan även dem själva. Därför ansåg inte domstolen att det vore möjligt att en ensidig, senare vidtagen nationell åtgärd skulle gå före denna nya rättsordning som medlemsstaterna anslutit sig till, detta skulle leda till diskriminering p.g.a. nationalitet och äventyra den rättsliga grunden för Gemenskapen.² I *Internationale Handelsgesellschaft* slog domstolen fast att EG-rätten har företräde framför alla former av nationell rätt, även nationella författningar och grundlagar.³ Det är därför det är möjligt att överhuvudtaget föra en diskussion om nationell rätts eventuella överensstämmelse med EG-rätten och det är därför möjligheten finns att pröva en nationell rättsregels "Eurokompatibilitet".

1.2 Syfte och metod

Den fråga som denna uppsats strävar efter att besvara är frågan om det är det möjligt för personer som är bosatta i ett EU-land att åka till ett annat EU-land och där erhålla vård eller köpa mediciner eller andra sjukvårdsprodukter och sedan få det ersatt av den nationella sjukförsäkringen.

För att få klarhet i denna fråga är det nödvändigt att klargöra om det strider mot de grundläggande EG-rättsliga rättigheterna till fri rörlighet för varor och tjänster att ha nationella regler som uppställer krav på att personer som vill åka till ett annat EU-land för att där erhålla vård eller köpa mediciner eller andra sjukvårdsprodukter skall ha ett förhandstillstånd från den nationella sjukförsäkringskassan. Frågan är om det därvid spelar någon roll om förmånen tillhandahålls inom ramen för ett socialförsäkringssystem som är

¹ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 1-2.

² Mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L*.

³ Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, p. 3.

baserat på en nationell sjukförsäkring eller en obligatorisk socialförsäkring, och om det spelar någon roll om det är ett naturaförmånsbaserat system eller ett ersättningsbaserat system.

Ytterligare en fråga som måste besvaras är om det spelar någon roll om det rör sig om sjukvård, sjukhusvård eller mediciner.

Slutligen, är det eftersträvansvärt med en total fri rörlighet inom området för social trygghet? Vad är fördelarna/nackdelarna med att tillämpa reglerna om fri rörlighet inom området för social trygghet?

Jag har studerat rfo 1408/71⁴ och rfo 574/72⁵ och bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för att klargöra vilken rätt dessa ger den enskilda individen att fritt röra sig inom Unionen i syfte att erhålla vård. Därutöver har jag studerat EG-domstolens praxis på området för att utröna hur domstolen har tolkat fördragets bestämmelser om fri rörlighet och hur domstolen har hanterat konflikten som uppstår mellan den fria rörligheten och social trygghet. Slutligen har jag även studerat doktrin.

2. Det socialrättsliga området och den fria rörligheten

2.1 Inledning

När Gemenskapen grundades var avsikten att skapa en inre marknad med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, i den mån de utgjorde produktionsfaktorer. Avsikten var inte att skapa en fri rörlighet för icke-ekonomiskt aktiva personer. Rätten till likabehandling erkändes bara när det gällde arbets- och inkomstrelaterade frågor. Under årens lopp har denna ekonomiska frihet utvecklats till att omfatta även icke-ekonomiskt aktiva personer, och rätten till likabehandling har utvecklats till att omfatta t.ex. rätten att få tillgång till olika socialrättsliga förmåner.⁶

2.2 EG: s socialpolitik och folkhälsan

I Romfördraget fanns bara ett fåtal bestämmelser om socialpolitik. Dessa bestämmelser återfanns bland bestämmelserna om den fria rörligheten för arbetstagare och den etableringsfriheten. Genom Maastrichtfördraget fogades protokollet om socialpolitik till Fördraget om Europeiska unionen. Till detta protokoll fogades ett avtal om socialpolitik, Storbritannien valde dock att stå utanför detta avtal. Genom Amsterdamfördraget integrerades protokollet om socialpolitik i EG-fördraget. Detta innebär att socialpolitiken nu faller inom Gemenskapens kompetens. Det socialrättsliga området behandlas i artiklarna 136-145 EGF.⁷

I artikel 136 påminns om att socialpolitiken faller under både Gemenskapens och medlemsstaternas befogenheter och att Gemenskapens viktigaste roll är att stödja och komplettera medlemsstaternas agerande. Enligt artikel 137 skall Gemenskapen understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet inom området för social trygghet och socialt skydd för arbetstagarna, genom att anta direktiv. Medlemsstaterna har dock genom att åberopa subsidiaritetsprincipen i artikel 5 EGF i princip behållit kompetensen på detta område själva. Observera att subsidiaritetsprincipen inte har till syfte att dela upp kompetensen mellan

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen.

⁵ Rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen.

⁶ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 21.

⁷ Erhag, s. 157-160.

Gemenskapen och medlemsstaterna utan principen gäller när de har gemensam kompetens.⁸ Lägg även märke till att rådet, enligt artikel 137, skall besluta enhälligt inom området för social trygghet.

När det gäller folkhälsan har Gemenskapens institutioner enligt artikel 152 EGF vissa befogenheter. Denna artikel ger dock inte Gemenskapen rätt att lägga sig i den interna organisationen av de nationella sjukvårdssystemen, eftersom det i artikel 152.5 stadgas att Gemenskapen, när den handlar på folkhälsoområdet, fullt ut skall respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård.

2.3 Den gemensamma marknaden och de fyra friheterna

Den gemensamma marknaden skall upprättas bl.a. genom en gemensam tullunion med en gemensam handelspolitik och genom den inre marknaden med de fyra friheterna. Upprättandet av den gemensamma marknaden syftar till en ekonomisk integration som skall uppnås genom att de olika nationella marknaderna skall omvandlas till en samlad marknad. Den gemensamma politiken skall baseras på principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens. Kännetecknande för den gemensamma marknaden är avskaffandet av handelshinder mellan medlemsstaterna och fri rörlighet inom Unionen för varor, tjänster personer och kapital.⁹ Genom att upprätta den inre marknaden skall Gemenskapen bl.a. främja en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, se artikel 2 EGF.

Gemensamt för de fyra friheterna är principen om icke-diskriminering även kallad likabehandlingsprincipen. I artikel 12 EGF stadgas att all diskriminering p.g.a. nationalitet skall vara förbjuden. Inte bara direkt diskriminerande regler utan även indirekt och icke-diskriminerande regler träffas av diskrimineringsförbudet i artikel 12. Förbudet mot direkt diskriminerande regler innebär att utländska varor, personer och tjänster inte får behandlas annorlunda än inhemska direkt p.g.a. de förstnämndas nationalitet. Indirekt diskriminerande regler är regler som formellt är likabehandlande men som i praktiken slår hårdare mot utländska varor, personer eller tjänster, t.ex. språkkrav eller bosättningskrav. Icke-diskriminerande regler är regler som inte diskriminerar mot utländska varor, produkter eller tjänster men som kan ha en samhandelshindrande effekt.¹⁰ I *Kraus* uttryckte domstolen det som så att "... en sådan åtgärd, även om den tillämpas utan diskriminering med avseende på nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för gemenskapens medborgare ... att utöva de grundläggande friheter som garanteras genom fördraget".¹¹ Omvänd diskriminering faller dock utanför fördragets tillämpningsområde. I rent nationella situationer kan personer bosatta inom Unionen inte åberopa gemenskapsrätten och därmed inte heller diskrimineringsförbudet i artikel 12. För att gemenskapsrätten skall bli tillämplig krävs ett gränsöverskridande element. Det är alltså inte förbjudet att behandla landets egna medborgare sämre än utländska medborgare. Inte heller är det förbjudet att behandla inhemska produkter sämre än utländska produkter.¹²

Enligt artikel 12 gäller förbudet mot diskriminering inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget. Det sistnämnda uttrycket syftar särskilt på andra bestämmelser i fördraget, där tillämpningen av det allmänna diskrimineringsförbudet preciseras närmare i förhållande till särskilda situationer.¹³ Detta gäller bl.a. bestämmelserna om de fyra friheterna¹⁴.

⁸ General report s. 23-24.

⁹ Bernitz, s. 175 och Erhag, s. 176.

¹⁰ Bernitz, s. 184 och Mei, s. 69-82.

¹¹ Mål C-19/92 *Kraus*, p. 32.

¹² Bernitz, s. 246.

¹³ Mål 186/87 *Cowan*, p. 14.

Notera att diskrimineringsförbjudet bara gäller offentligt vidtagna åtgärder. Om privata rättssubjekt diskriminerar mot utländska varor bedöms det utifrån konkurrensreglerna. Notera också att fördragsreglerna om den fria rörligheten och likabehandlingsprincipen i artikel 12 har direkt effekt, vilket innebär att de kan åberopas av privata rättssubjekt gentemot staten.¹⁵

2.3.1 Fri rörlighet för varor

Varubegreppet definieras inte i EGF. Det har därför varit upp till EG-domstolen att definiera begreppet. Domstolen har ansett att den fria rörligheten för varor omfattar alla produkter som kan värderas i pengar och som i den egenskapen omfattas av handel.¹⁶ T.o.m. avfall, återvinningsbart eller ej, omfattas av denna definition.¹⁷ När varor tillhandahålls i samband med tillhandahållandet av en tjänst måste varan tillhandahållas fristående från tjänsten för att anses som en vara och inte en tjänst. T.ex. reklam eller biljetter för en tjänst anses som en tjänst och de hamnar därför under de bestämmelser i EGF som reglerar tillhandahållandet av tjänster.¹⁸ Domstolen ansåg i *Decker* att "... de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i fråga om social trygghet, och som kan påverka saluföringen av sjukvårdsprodukter och ha ett indirekt inflytande på importmöjligheterna, omfattas av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor".¹⁹ Sjukvårdsprodukter och mediciner omfattas således av den fria rörligheten för varor, trots att de hänför sig till området för social trygghet.

Offentligt vidtagna åtgärder kan hindra samhandeln på olika sätt. Normalt delas de olika typerna av handelshinder upp i två kategorier; *fiskala handelshinder*, t.ex. tullar, skatter och andra monetära pålagor och *kvantitativa handelshinder*, bl.a. kvoter och införselbud. Fiskala handelshinder behandlas i artiklarna 25 och 90 EGF och kvantitativa handelshinder behandlas i artiklarna 28-30 EGF.²⁰ I detta sammanhang är det framförallt artiklarna 28 och 30 som är intressanta. Jag tänker därför inte behandla de övriga artiklarna närmare.

2.3.1.1 Kvantitativa handelshinder och åtgärder med motsvarande verkan

I artikel 28 EGF stadgas det att kvantitativa handelshinder samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Domstolen har definierat kvantitativa handelshinder som "åtgärder som leder till fullständiga eller delvisa inskränkningar av, beroende på omständigheterna, import eller export eller varor i transit".²¹ Exempel är renodlade införselbud, kvotsystem eller krav på importlicenser.²² I *Dassonville* definierades åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner som "[a]lla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen".²³ Beviskravet för den person som skall visa att åtgärden strider mot EG-rätten är extremt låg. Ett faktiskt hinder måste ej påvisas, utan det räcker att visa att det finns en möjlighet att åtgärden i fråga skulle kunna hindra samhandeln.²⁴

¹⁴ Varor (art. 28 EGF), tjänster (art. 49 EGF), arbetstagare (art. 40 EGF) och etableringar (art. 43 EGF).

¹⁵ Bernitz, s. 105 och 177.

¹⁶ Mål 7/68 *Kommissionen mot Italien*, p. 1.

¹⁷ Mål C-2/90 *Kommissionen mot Belgien*, p. 28.

¹⁸ General report s. 111 och Steiner och Woods, s. 136.

¹⁹ Mål 120/95 *Decker*, p. 24.

²⁰ Bernitz, s. 183.

²¹ Bernitz, s. 184, domstolen behandlade definitionen av kvantitativa handelshinder i mål 2/73 *Geddo mot Ente Nazionale Risi*, jag har valt att använda Bernitz översättning.

²² Bernitz, s. 184 och Steiner och Woods, s. 153.

²³ Mål 8/74 *Dassonville*, p. 5.

²⁴ Steiner och Woods, s. 155.

2.3.1.2 *Cassis de Dijon och Keck, icke diskriminerande regler och produktrelaterade regler*

Domstolen utvidgade i *Cassis de Dijon*²⁵ artikel 28 EGF till att även omfatta icke-diskriminerade nationella regler.²⁶

I *Cassis* avsåg sökanden i målet vid den nationella domstolen att importera ett parti Cassis de Dijon, en fruktlikör, från Frankrike och sälja partiet i Tyskland. Den sökande ansökte hos Bundesmonopolverwaltung für Branntwein om tillstånd att importera Cassis de Dijon. Denna ansökan avslogs med motiveringen att produkten inte uppfyllde kraven för att få säljas i Tyskland p.g.a. för låg alkoholhalt. Detta beslut grundade sig på bestämmelser i den nationella lagstiftningen enligt vilka vissa likörer och andra alkoholhaltiga drycker måste innehålla en lägsta alkoholhalt. Enligt dessa bestämmelser fick fruktlikörer som Cassis de Dijon endast säljas om de hade en lägsta alkoholhalt på 25 volymprocent. Cassis de Dijon, som lagligen hade saluförts i Frankrike, hade en alkoholhalt på mellan 15 och 20 volymprocent.²⁷

Sökanden i målet hävdade att de nationella bestämmelserna medförde att alkoholhaltiga produkter från andra medlemsstater inte kunde säljas i Tyskland, och att dessa bestämmelser därför innebar en begränsning av den fria rörligheten för varor och att reglerna utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion och därför stod i strid med bestämmelsen i artikel 28.²⁸

Domstolen ansåg att de tyska reglerna var åtgärder med motsvarande verkan under Dassonville-formulan. Trots att de nationella reglerna var icke-diskriminerande, de gjorde inte skillnad på inhemska och utländska produkter, ansåg domstolen att de kunde ha en samhandelshindrande effekt då det i praktiken träffade utländska produkter hårdare än inhemska. De nationella reglerna var därför inte tillåtna.²⁹

Två principer utvecklades i *Cassis*. Den första principen är *doktrinen om tvingande hänsyn*, denna doktrin går ut på att icke-diskriminerande åtgärder som har en samhandelshindrande effekt kan rättfärdigas av tvingande hänsyn av allmänintresse. Den andra principen som utvecklades i *Cassis* var *principen om ömsesidigt erkännande*, denna princip innebär att en vara som lagligen producerats och marknadsfört i ett land skall godkännas i alla medlemsstater.³⁰

Efter avgörandet i *Cassis* återopade näringsidkare etablerade inom Unionen artikel 28 mot i princip varje regel som begränsade deras kommersiella frihet, även när dessa regler inte var riktade mot varor från andra länder. P.g.a. detta ansåg domstolen att det var nödvändigt att ompröva och förtydliga sin rättspraxis angående vad som skall anses utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner.³¹ I *Keck* undantog domstolen därför försäljningsåtgärder från tillämpningsområdet för artikel 28, eftersom de inte är ägnade att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsstaterna.³² Enligt domstolen kunde de franska regler som var ifrågasatta inför den nationella domstolen visserligen begränsa försäljningsvolymen och därmed också volymen på försäljningen av varor från andra medlemsstater, p.g.a. att näringsidkarna berövades en metod att öka sin

²⁵ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*.

²⁶ Steiner och Woods, s. 157-159.

²⁷ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*, p. 2-4.

²⁸ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*, p. 4.

²⁹ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*, p. 14-15.

³⁰ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*, p. 8 och 14.

³¹ Förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Keck och Mithouard*, p. 14.

³² Steiner och Woods, s.163-164 och Förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, p. 15-17.

försäljning. Domstolen ansåg dock inte att möjligheten att de nationella reglerna begränsade försäljningsvolymen var tillräcklig för att beteckna reglerna i fråga som en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Produktrelaterade regler faller dock fortfarande inom tillämpningsområdet för artikel 28 och utgör åtgärder med motsvarande verkan, även om reglerna är icke-diskriminerande. Produktrelaterade regler är regler som avser t.ex. benämning, form, storlek, vikt, sammansättning, utformning, märkning och förpackning av en vara.³³

2.3.2 Fri rörlighet för personer

Rätten till fri rörlighet har gått från att endast vara en ekonomisk rättighet för arbetstagare och egenföretagare till att bli en personlig rättighet för alla Unionsmedborgare. EG-domstolen har uttalat att den fria rörligheten inte bara är en grundläggande princip inom Unionen, utan det är även en fundamental rättighet.³⁴

Unionsmedborgarskapet regleras i artiklarna 17-22 EGF. Varje medborgare i en medlemsstat är unionsmedborgare. Unionsmedborgare har rätt att fritt resa in, röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium. Den fria rörligheten för alla EU-medborgare har dock begränsningar, medborgaren i fråga måste ha sjukförsäkring och får inte bli beroende av värdlandets socialförsäkringssystem, d.v.s. han måste ha tillräckliga finansiella resurser för att inte bli en börda för den medlemsstat han befinner sig i.³⁵ För att unionsmedborgare skall ha längre gående rättigheter krävs att de är arbetstagare, arbetstagares familjer, arbetssökande, studenter, tjänsteutövare eller tjänstemottagare.³⁶ Även personer bosatta inom EES omfattas av den fria personrörligheten. Personer bosatta inom Unionen men som inte är medborgare i någon av medlemsstaterna omfattas dock inte av den fria personrörligheten.³⁷

2.3.2.1 Arbetstagare

Den fria rörligheten för arbetstagare regleras i artiklarna 39-42 EGF. I artikel 39 stadgas att arbetstagare skall ha rätt att fritt röra sig inom Unionen. Denna fria rörlighet skall innebära att arbetstagare inte får diskrimineras p.g.a. nationalitet när det gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor. I *Bosman* fastslogs att liksom när det gäller den fria varurörligheten är även icke-diskriminerande regler förbjudna.³⁸ Den fria rörligheten för arbetstagare innefattar rätten att arbeta, rätten att fritt förflytta sig inom medlemsstaternas territorium och rätten att uppehålla sig i en medlemsstat för att arbeta där. För att klassas som arbetstagare i fördragets mening måste personen i fråga vara medborgare i en medlemsstat och utföra en effektiv och genuin ekonomisk aktivitet under ledning av en arbetsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat än den i vilken arbetstagaren är medborgare. Arbetstagaren måste därvid erhålla lön för sin arbetsprestation.³⁹

³³ Förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, p. 11-17.

³⁴ Bernitz, s. 227.

³⁵ Rådets direktiv 90/364/EEG om rätt till bosättning, EGT L 180, 13/07/1990 s. 26-27, Rådets direktiv 90/365/EEG om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma EGT L 180, 13/07/1990 s. 28-29 och Rådets direktiv 93/96/EEG rörande studenter rätt till bosättning, EGT L 317, 18/12/1993 s. 59-60, se artikel 1 i respektive direktiv.

³⁶ Bernitz, s. 232.

³⁷ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 53-57.

³⁸ Mål C-415/93 *Bosman*.

³⁹ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 28-36.

2.3.2.2 Frihet att tillhandahålla tjänster

Artiklarna 43-48 EGF om etableringsrätt och artiklarna 49-55 EGF om tjänster reglerar den fria rörligheten för näringsidkare, detta är en del av den fria personrörligheten. Jag kommer här bara att beröra den fria tjänsterörligheten.

Enligt artikel 49 skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster avvecklas för medborgare i medlemsstater som är etablerad i en annan stat inom Gemenskapen än mottagaren av tjänsten. Domstolen slog i *Säger* fast att även när det gäller friheten att tillhandahålla tjänster är icke-diskriminerande nationella regler förbjudna.⁴⁰ I *Kohll* uttalade domstolen att artikel 49 utgör hinder för tillämpning av alla nationella bestämmelser som medför att det blir svårare att utföra tjänster mellan medlemsstater än i en och samma medlemsstat.⁴¹

Tjänstebegreppet definieras i artikel 50. I artikeln stadgas att:

”Med ‘tjänster’ i detta fördrags mening skall anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Med tjänster skall särskilt anses verksamhet

- a) av industriell natur,
- b) av kommersiell natur,
- c) inom hantverk,
- d) inom fria yrken.”

Tjänstebegreppet är i motsats till varubegreppet negativt definierat. Friheten att tillhandahålla tjänster är dock en av de fundamentala friheterna och är jämbördig med de övriga friheterna.⁴²

För att en verksamhet skall anses utgöra en tjänst i fördragets mening krävs det att prestationen utförs mot ersättning, det skall vara en ekonomisk verksamhet.⁴³ Verksamhet som utövas som avlönat arbete eller som tjänster mot betalning skall anses utgöra ekonomisk verksamhet.⁴⁴ En tjänst utövas tillfälligt i en annan medlemsstat än den stat i vilken tjänsteutövaren är etablerad. Domstolen uttalade i *Gebhard* att den tillfälliga karaktären av tjänsten skall bedömas utifrån tjänstens varaktighet, hur ofta den ägt rum, dess regelbundenhet och kontinuitet. Enligt domstolen utesluter tjänstens tillfälliga karaktär inte en möjlighet för den som i fördragets mening tillhandahåller tjänster att i värdmedlemsstaten förse sig med en viss infrastruktur i den mån som detta är nödvändigt för att kunna fullgöra den ifrågavarande tjänsten.⁴⁵

Frågan om sjukvård är en tjänst eller inte i fördragets mening är omtvistad. Många medlemsstater anser inte att sjukvård utgör en tjänst i fördragets mening. Medlemsstaterna grundar denna åsikt bl.a. på domstolens avgörande i *Humbel*. I *Humbel* rörde det sig dock om utbildning och inte om sjukvård. Domstolen uttalade i *Humbel* att enligt artikel 50 första stycket omfattar kapitlet om tjänster endast prestationer som normalt utförs mot ersättning. Domstolen uttalade vidare att, även om begreppet ersättning inte definieras i artikel 49 och följande artiklar i fördraget, kan dess rättsliga omfattning härledas ur bestämmelserna i artikel 50 andra stycket, eftersom ersättningens huvudsakliga egenskap är att den utgör den ekonomiska motprestationen för den berörda prestationen. Dessutom ansåg domstolen att ersättningens belopp skall bestämmas mellan den som tillhandahåller tjänsten och dess mottagare. Domstolen noterade att detta inte är förhållandet i fråga om de kurser som ges

⁴⁰ Mål C-76/90 *Säger*, p. 15.

⁴¹ Mål C-159/96 *Kohll*, p. 33.

⁴² Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 186/87 *Cowan*, p. 12.

⁴³ *Steiner och Woods*, s. 326.

⁴⁴ Förenade målen C-51/96 och C-191/97 *Deliège*, p. 53.

⁴⁵ Mål C-55/94 *Gebhard*, p. 27.

inom ramen för det nationella utbildningssystemet. Denna åsikt grundade domstolen på det faktum att staten genom att skapa och vidmakthålla ett sådant nationellt utbildningssystem inte har för avsikt att utföra verksamhet mot betalning, utan att uppfylla sin uppgift gentemot befolkningen inom kultur- och utbildningsområdena och den sociala sfären. Dessutom finansieras det berörda systemet i allmänhet via den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar.⁴⁶ Många av dessa argument skulle även kunna appliceras på sjukvård. När staten tillhandhåller sjukvård gör den det utan något som helst vinstsyfte och ersättningen erläggs inte av patienten (med undantag för patientavgifter, i vissa system) utan av staten.

Domstolen har bemött medlemsstaternas protester på följande sätt. Domstolen bemötte det av medlemsstaterna åberopade villkoret att verksamheten skall vara vinstdrivande för att den skall kunna utgöra en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 50 i *Society for the Protection of Unborn Children*. I detta rättsfall ansåg domstolen att avbrytande av havandeskap är en medicinsk verksamhet som normalt sker mot betalning och som kan utföras inom ramen för ett fritt yrke. Domstolen ansåg därför att medicinskt avbrytande av havandeskap utgör en tjänst i den mening som avses i artikel 50.⁴⁷

När det gäller argumentet att tjänsten måste betalas av den som mottar den har domstolen bl.a. i *Deliège* ansett att artikel 50 inte kräver att tjänsten betalas av den som mottar den.⁴⁸

Argumentet att betalningen inte skulle utgöra den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga har domstolen bemött i *Smits och Peerbooms*. Domstolen ansåg att utbetalningarna från sjukförsäkringskassorna även om de är schablonmässiga utgör den ekonomiska motprestationen för sjukvården (i det fallet var det fråga om sjukhusvård) och att utbetalningarna otvivelaktigen har karaktären av ersättning för den sjukvårdsinrättning som erhåller utbetalningarna.⁴⁹

I *Kohll* ansåg domstolen att en behandling som har utförts av en i en annan medlemsstat etablerad ortodontist utan samband med infrastrukturen för sjukvård och som har utförts mot ersättning skall anses som en tjänst i den mening som avses i artikel 50, eftersom denna artikel uttryckligen avser verksamhet inom fria yrken. Domstolen ansåg vidare att

”... vissa tjänsters särskilda beskaffenhet inte kan förhindra att de omfattas av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster. Följaktligen medför inte det förhållandet att de ifrågavarande nationella bestämmelserna hänför sig till området för social trygghet att artiklarna 59 och 60 i fördraget [nuvarande artiklarna 49 och 50 EGF] inte är tillämpliga”.⁵⁰

Domstolen har således fastslagit att sjukvård är en tjänst i fördragets mening, den har därvid inte gjort någon skillnad mellan sjukvård, (*Kohll*⁵¹ och *Müller-Fauré och van Riet*⁵²) och sjukhusvård (*Smits och Peerbooms*⁵³). Inte heller har den gjort skillnad på vård som finansieras genom ett system baserat på vårdförmåner, d.v.s. ett system där sjukvård tillhandahålls utan kostnad för patienten (*Smits och Peerbooms* och *Müller-Fauré och van Riet*) och vård som finansieras genom ett ersättningsbaserat sjukförsäkringssystem (*Kohll*). Även sjukvård som tillhandahålls inom ramen för ett sjukförsäkringssystem baserat på en nationell sjukförsäkring anser domstolen utgöra en tjänst i fördragets mening (*Müller-Fauré och van Riet*).

⁴⁶ Mål 263/86 *Humbel*, p. 17-18.

⁴⁷ Mål C-159/90 *Grogan*, p. 18-21.

⁴⁸ De förenade målen C-51/96 och C-191/97, *Deliège*, p. 56.

⁴⁹ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 55-59.

⁵⁰ Mål C-159/96 *Kohll*, p. 20-21.

⁵¹ Mål C-159/96 *Kohll*.

⁵² Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*.

⁵³ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

2.3.2.3 Frihet att motta tjänster

I fördraget ges bara en rätt att tillhandahålla tjänster, domstolen har dock utsträckt denna frihet till att även omfatta friheten att motta tjänster. Friheten att motta en tjänst innebär även att mottagaren av en tjänst har rätt att bege sig till en annan medlemsstat för att där motta tjänsten i fråga. Mottagare av tjänster har rätt att stanna i den stat tjänsten tillhandahålls under hela den tid tjänsten utförs. Turister, personer som får medicinsk behandling och personer som gör studie eller affärsresor skall anses som mottagare av tjänster.⁵⁴

I *Cowan*⁵⁵ utvecklades en vid definition av begreppet tjänstemottagare. En brittisk medborgare, Cowan, hade blivit överfallen vid utgången till en tunnelbanestation, under en kort vistelse i Paris. Cowan yrkade då på att utfå samma statliga ersättning som franska medborgare beviljades i samma situation. Cowan åberopade förbudet mot diskriminering som bl.a. fastställs i artikel 12 i EGF. Domstolen kom fram till att Cowan hade rätt till denna ersättning, trots att den finansierades av allmänna medel, då han var att anse som en tjänstemottagare, eftersom han var turist. Generaladvokaten ansåg dock inte att det fanns någon rätt till ”social turism”, d.v.s. att personer bosatta inom Unionen reser till en annan medlemsstat i syfte att utnyttja förmåner i de olika medlemsstaternas sociala trygghetssystem. Generaladvokaten ansåg inte att detta var ett av målen med EGF.⁵⁶ Detta uttalande kan dock ifrågasättas mot bakgrund av domstolens avgöranden i *Decker* och *Kohll*⁵⁷, genom vilka domstolen har gett unionsmedborgare rätten att fritt resa inom Unionen i syfte att erhålla vård, se dock mer om detta nedan i avsnittet om EG-domstolens praxis.

2.3.3 Undantag från den fria rörligheten

2.3.3.1 Inledning

Trots att alla åtgärder som kan hindra samhandeln förbjuds finns det möjligheter att rättfärdiga nationella regler som strider mot EG-rätten. Samhandelshindrande nationella regler kan motiveras av de undantag som räknas upp i artiklarna 30, 39.3, 46 och 55 EGF och av tvingande hänsyn. Diskriminerande regler kan endast motiveras av något av undantagen i de olika fördragsartiklarna. Icke-diskriminerande regler kan även motiveras av tvingande hänsyn av allmänintresse. Medlemsstaterna har bevisbördan för att något av dessa undantag föreligger i det enskilda fallet. En förutsättning för att medlemsstaterna skall kunna använda något av undantagen är att området medlemsstaterna vill ha undantag på inte harmoniserats, då finns det inte längre någon möjlighet för medlemsstaterna att ha undantag. Anledningen till detta är att Gemenskapen antas ha beaktat skyddsvärda hänsyn när den antog den harmoniserande lagstiftningen.⁵⁸

I artikel 39.4 EGF undantas anställning i offentlig tjänst från tillämpningsområdet för den fria rörligheten för arbetstagare. Dessa anställningar faller alltså utanför tillämpningsområdet för Gemenskapsrätten. För att träffas av denna bestämmelse måste tjänsten dock vara förenad med verklig maktutövning.⁵⁹ I artikel 45 EGF undantas verksamhet som är förenad med, om än endast tillfälligt, utövandet av offentlig makt från tillämpningsområdet för etableringsfriheten. I artikel 55 EGF hänvisas till artikel 45 när det gäller tjänster.

⁵⁴ De förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone*, p. 16 och Steiner och Woods, s. 348-349.

⁵⁵ Mål 186/87 *Cowan*.

⁵⁶ Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 186/87 *Cowan*, p. 39.

⁵⁷ Mål C-120/95 *Decker* och mål C-159/96 *Kohll*.

⁵⁸ Bernitz, s. 190-191.

⁵⁹ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 70-71.

2.3.3.2 Undantagen i EGF till den fria rörligheten

De undantag till förbudet i artikel 28 EGF som räknas upp i artikel 30 EGF är allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historisk eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. En nationell regel kan endast rättfärdigas med undantagen i artikel 30 om regeln är nödvändig för att uppnå det eftersträvade resultatet och regeln får ej vara mer ingripande än vad som är absolut nödvändigt.⁶⁰ Enligt artikel 30 andra stycket får de nationella åtgärderna inte ”utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna”. Vid första anblicken kan artikel 30 se ut att vara en oerhörd bred undantagsregel, men artikel 30 har tillämpats restriktivt och artikel 28 har tillämpats extensivt.⁶¹

I artikel 39.3 EGF ges undantag till den fria rörligheten för arbetstagare. Undantagen som räknas upp i denna artikel är allmän ordning, allmän säkerhet och allmän hälsa. I artikel 46 EGF ges undantag till den fria etableringsrätten och i artikel 55 EGF hänvisas till artikel 46, när det gäller tjänster. Undantagen som räknas upp i denna artikel är allmän ordning, allmän säkerhet och allmän hälsa. Rådet har med stöd av artikel 46.2 antagit direktiv 64/221⁶² för att ge substans åt de vagt formulerade undantagen i artikel 46.

De undantag som domstolen ansett kunna motivera en inskränkning i den fria rörligheten på sjukvårdsområdet är baserade på undantaget om allmän hälsa i artikel 46, även kallat folkhälsan i den svenska översättningen. Domstolen har ansett att en samhandelshindrande åtgärd skulle kunna vara berättigad på sjukvårdsområdet om den är ämnad att säkerställa en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla i, den mån den bidrar till att upprätthålla en hög hälsoskyddsnivå⁶³. Domstolen har även ansett att artikel 46 ger medlemsstaterna möjlighet att begränsa friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård i den mån det med hänsyn till folkhälsan, och till och med för befolkningens överlevnad, är väsentligt att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet.⁶⁴

2.3.3.3 Tvingande hänsyn och trängande allmänintresse

Icke-diskriminerande åtgärder som tack vare *Cassis* faller under artikel 28 EGF kan rättfärdigas med doktrinen om tvingande hänsyn. I *Cassis* ansåg domstolen att effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd var exempel på tvingande hänsyn.⁶⁵ Ytterligare exempel på tvingande hänsyn är skydd för skapande kulturell verksamhet, sparande på offentliga resurser, förbättrande av arbetsförhållanden, värnande av medias mångfald, biologisk mångfald, miljöhänsyn och skyddande av den ekonomiska balansen i de sociala trygghets- och socialförsäkringssystemen.⁶⁶ Denna grund för undantag är mycket vidare än artikel 30 EGF och uppräkningsen är inte uttömmande.

⁶⁰ Detta är ett uttryck för proportionalitetsprincipen som också finns stadgad i artikel 5 EGF.

⁶¹ Steiner och Woods, s. 171-172.

⁶² Rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. EGT P 56, 04/04/1964 s. 850-857.

⁶³ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 50.

⁶⁴ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 51.

⁶⁵ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG*, p. 8.

⁶⁶ Bernitz, s. 199.

I *Säger* ansåg domstolen att på tjänsteområdet kan samhandelshindrande regler som är icke-diskriminerande, rättfärdigas utifrån trängande allmänintresse.⁶⁷ Domstolen uttalade i *Gebhard* att åtgärder som hindrar handeln, eller gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna, kan vara berättigade om de uppfyller fyra förutsättningar.

”De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.”⁶⁸

Lägg märke till att de fyra förutsättningarna enligt domstolen gäller alla de grundläggande friheterna. Detta innebär att för att vara rättfärdigad krävs att nationella regler uppfyller dessa förutsättningar, även när det inte gäller tjänster. Begreppet trängande hänsyn av allmänintresse motsvarar varuområdets *Cassis-doktrin*.⁶⁹ Domstolen använder dock uttrycket tvingande hänsyn av allmänintresse även när det rör sig om undantag till artikel 49 EGF.

Det tvingande hänsyn av allmänintresse som aktualiserats när det gäller sjukvård är att risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas. Detta etablerades av domstolen i *Decker* och *Kohll*.⁷⁰

2.3.4 Domstolens universella angreppssätt

När domstolen skall undersöka om en nationell regel överensstämmer med EG-rätten, undersöker den först om det förekommer någon direkt- eller indirekt diskriminering. Om en direkt- eller indirekt diskriminering föreligger i det enskilda fallet undersöker domstolen om de nationella reglerna kan rättfärdigas under undantagen i EGF. Om en direkt eller indirekt diskriminering inte kan visas går domstolen vidare och undersöker om de nationella reglerna, även om de är icke-diskriminerande, har en samhandelshindrande effekt. Har de nationella reglerna det går domstolen vidare och undersöker om de nationella reglerna kan rättfärdigas med något av undantagen i EGF eller tvingande hänsyn.⁷¹

2.4 Social trygghet vs. fri rörlighet

Domstolen har ansett att gemenskapsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. I *Decker* uttalade domstolen att:

”I avsaknad av harmonisering på gemenskapsnivå, så är det upp till varje medlemsstats lagstiftare att bestämma, i första hand, villkoren för rätten eller skyldigheten att ha en socialförsäkring, och i andra hand villkoren för att bevilja socialstöd.”⁷²

Trots det faktum att medlemsstaterna är fria att själva bestämma villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet och villkoren som ger rätt till förmåner har domstolen uttalat att det faktum att nationella regler faller inom området för social trygghet inte kan utesluta tillämpningen av artiklarna 28 eller 49 och 50 EGF. Gemenskapsrätt minskar inte den rättighet medlemsstaterna har att själva organisera sina socialförsäkringssystem men medlemsstaterna måste ändå följa gemenskapsrätten när de

⁶⁷ Mål C-76/90 *Säger*, p. 15.

⁶⁸ Mål C-55/94 *Gebhard*, p. 37.

⁶⁹ Bernitz, s. 212-213.

⁷⁰ Mål C-120/95 *Decker*, p. 39 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 41.

⁷¹ Erhag, s. 185.

⁷² Mål C-120/95 *Decker*, p. 21-22.

utnyttjar den rätten. Domstolen anser inte att området för social trygghet kan vara opåverkat av den fria rörligheten.⁷³ Generaladvokat Tesauro uttryckte det som så att:

”Jag vill redan nu tillägga att domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken ’gemenskapsrätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själva utforma sina sociala trygghetssystem’... inte alls innebär att sektorn för social trygghet utgör en liten ö som är oemottaglig för inverkan från gemenskapsrätten och följaktligen att alla nationella bestämmelser som hör till detta område befinner sig utanför tillämpningsområdet för denna rätt.”⁷⁴

Trots att medlemsstaterna är fria att organisera sina sociala trygghetssystem som de vill måste de ta hänsyn till den fria rörligheten när de utövar denna rättighet. Detta innebär bl.a. att de nationella reglerna inte får medföra diskriminering p.g.a. nationalitet och att nationella regler som reglerar området för social trygghet kan ogiltigförklaras eller åsidosättas genom fördragets bestämmelser om fri rörlighet.

2.5 Samordning av de nationella systemen för social trygghet

2.5.1 Inledning

Som tidigare sagts har Gemenskapen aldrig ifrågasatt medlemsstaternas rätt att organisera, administrera och finansiera sina system för social trygghet. Medlemsstaterna har aldrig haft för avsikt att harmonisera de nationella systemen för social trygghet, inte heller har de övervägt att etablera ett gemensamt system för social trygghet.⁷⁵ Medlemsstaterna har dock ansett att det är viktigt att samordna de nationella systemen för social trygghet för att främja den fria personrörligheten. Om medborgare i Unionen skall kunna arbeta i ett annat land än i sitt ursprungsland är det viktigt att migrerande arbetstagare har samma rättigheter som medborgarna i det land de flyttar till. Detta gäller inte minst på hälso- och sjukvårdsområdet.⁷⁶ Utan dessa rättigheter blir den fria rörligheten omöjlig att omsätta i praktiken. Medlemsstaterna har därför antagit lagstiftning på gemenskapsnivå för att samordna de sociala trygghetssystemen.

Koordineringen av systemen för social trygghet inom EU har sina rötter inte i fördragets avdelning om sociala bestämmelser utan i artikel 42 EGF som ingår i bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare. I artikel 42 stadgas att:

”Rådet skall enligt artikel 251 besluta om sådana åtgärder inom den sociala trygghetens område som är nödvändiga för att genomföra fri rörlighet för arbetstagare och därvid särskilt införa ett system som tillförsäkrar migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar att

- a) alla perioder som beaktas enligt lagstiftningen i de olika länderna läggs samman för förvärvande och bibehållande av rätten till förmåner och för beräkningen av förmånernas storlek,
- b) förmånerna betalas ut till personer bosatta inom medlemsstaternas territorier.

Rådet skall besluta enhälligt under hela förfarandet enligt artikel 251.”

Rådet har med stöd av artikel 42 antagit rfo 1408/71 och rfo 574/72. Den första förordningen reglerar migrerande arbetstagares rättigheter och den senare innehåller regler om hur den första förordningen skall tillämpas. Dessa förordningar syftar till att samordna/koordinera de nationella sociala trygghetssystemen, inte till att harmonisera dem. Koordinering ändrar inte

⁷³ Mål C-120/95 *Decker* (varor), p. 23-25 och mål C-158/96 *Kohll* (tjänster), p. 17-21.

⁷⁴ Generaladvokaten Tesaurus förslag till avgörande i målen C-120/95 *Decker* och C-158/96 *Kohll*, p. 17.

⁷⁵ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 62.

⁷⁶ Vahlne Westerhäll, s. 435.

nationell lagstiftning utan den syftar endast till att undanröja element i nationell lagstiftning som kan ha en samhandelshindrande effekt. Varje land behåller sitt system för social trygghet. Harmonisering syftar till att ändra nationell lagstiftning för att få en konvergens mellan de olika nationella rättsystemen.⁷⁷

Eftersom rfo 1408/71 och rfo 574/72 baseras på artikel 42 EGF måste bestämmelserna i förordningarna tolkas mot bakgrund av målet i artiklarna 39-42 EGF att uppnå en fri rörlighet för arbetstagare.⁷⁸

2.5.2 Grundläggande principer

De två förordningarna är baserade på fyra grundläggande principer. Den första principen är *likabehandlingsprincipen*. Lagstiftaren har velat understryka vikten av likabehandling mellan individer oavsett deras nationalitet. I artikel 3 rfo 1408/71 stadgas att:

”Om något annat inte följer av de särskilda bestämmelserna i denna förordning har personer, som är bosatta inom en medlemsstats territorium och för vilka denna förordning gäller, samma skyldigheter och rättigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare.”

Detta är ett uttryck för den tidigare nämnda icke-diskriminerings principen i artikel 12 EGF.

Den andra principen är *principen om en tillämplig lagstiftning*. Migrerande arbetstagare skall bara vara försäkrade genom socialförsäkringen i ett land inom EU. Artiklarna 13 -17 rfo 1408/71 innehåller regler om vilken nationell lagstiftning som är tillämplig. Huvudregeln är att arbetstagaren är försäkrad i det land där arbetet utförs, även om arbetstagaren bor i ett annat EU-land. Den stat vars lagstiftning är tillämplig benämns den behöriga staten. I den behöriga staten skall skatter och avgifter betalas. Lagstiftningen i den behöriga staten bestämmer vilka personer som är försäkrade och i vilka fall de är försäkrade.⁷⁹

Den tredje principen är *sammanläggningsprincipen*. När det gäller sjukvård stadgas i artikel 18 rfo 1408/71 om sammanläggning av försäkrings-, anställnings- eller bosättningsperioder. Om ett lands lagstiftning kräver att försäkrings-, anställnings- eller bosättningsperioder har fullgjorts för att någon skall få, bibehålla eller återfå en rätt till förmåner, skall den behöriga institutionen i en medlemsstat beakta försäkrings- anställnings- eller bosättningsperioder som har fullgjorts enligt en annan medlemsstats lagstiftning såsom perioder som har fullgjorts enligt den egna lagstiftningen.

Den fjärde principen är *exportabilitetsprincipen*. Denna princip kommer till uttryck i artikel 42 b EGF och artikel 10 rfo 1408/71. Den innebär att en person som förvärvat en rätt till en social trygghetsförmån skall få denna förmån utbetald även om personen bosätter sig i en medlemsstat. Rätten att exportera förmåner omfattar kontantförmåner till följd av arbetsskada, invaliditet, ålderdom och dödsfall. För förmåner till följd av sjukdom och arbetslöshet finns begränsade möjligheter att åtnjuta förmåner i ett annat land än det land där personen är försäkrad.⁸⁰

2.5.3 Förordningens materiella och personella tillämpningsområde

Enligt artikel 4.1 rfo 1408/71 gäller rfo 1408/71 all lagstiftning om följande grenar av social trygghet; förmåner vid sjukdom och moderskap, förmåner vid invaliditet, förmåner vid

⁷⁷ Erhag, s. 76.

⁷⁸ Martin, Guild, s. 39.

⁷⁹ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll s. 281.

⁸⁰ Erhag, s. 250.

ålderdom, förmåner till efterlevande, förmåner vid olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar, dödsfallsersättningar, förmåner vid arbetslöshet och familjeförmåner. Enligt artikel 4.2 rfo 1408/71 gäller rfo 1408/71 alla allmänna och särskilda system för social trygghet, oavsett om de bygger på avgiftsplikt eller inte.

Anställda, egenföretagare, studerande, familjemedlemmar och efterlevande omfattas enligt artikel 2 rfo 1408/71 av rfo 1408/71.

Anställd eller *egenföretagare* är den som enligt artikel 1 a rfo 1408/71 är försäkrad under ett system för social trygghet för arbetstagare eller egenföretagare. I bilaga 1 till rfo 1408/71 definieras vilka som är att anse som anställda eller egenföretagare i de olika medlemsstaterna. Anställda och egenföretagare måste vara medborgare i en medlemsstat, statslösa eller flyktingar för att omfattas av förordningen, detta krav uppställs inte när det gäller familjemedlemmar och efterlevande.⁸¹

Studerande är enligt artikel 1 c a rfo 1408/71 en person som inte är anställd eller egenföretagare eller dennes familjemedlem eller efterlevande i förordningens mening och som studerar eller genomgår en yrkesutbildning som leder till ett kompetensbevis som är officiellt erkänt av en medlemsstats myndigheter. Den studerande måste också vara försäkrad enligt ett allmänt system för social trygghet eller ett särskilt system för social trygghet som gäller för studerande.⁸²

Familjemedlemmar är enligt artikel 1 f rfo 1408/71 den som definieras eller erkänns som familjemedlem eller som betecknas som medlem av hushållet i den lagstiftning enligt vilken förmåner utges. Familjemedlemmar har enligt Mei en självständig rätt att erhålla förmåner, trots att denna rätt ursprungligen bara utgjorde en härledd rättighet. De har dock inte rätt till sådana förmåner som bara arbetstagare har rätt till, t.ex. arbetslöshetsunderstöd.⁸³

Efterlevande slutligen är enligt artikel 1 g rfo 1408/71 en person som definieras eller erkänns som sådan av den lagstiftning enligt vilken förmånerna utges.

Personer bosatta inom Unionen men som inte är medborgare i någon av medlemsstaterna omfattas inte av rfo 1408/71 vilket har kritiserats eftersom dessa personer, om de arbetar inom Unionen, betalar avgifter och skatter som bidrar till finansieringen av de sociala trygghetssystemen inom Unionen.

2.6 Sammanfattning

Domstolen har slagit fast att mediciner och sjukvårdsprodukter är varor i fördragets mening, liksom att sjukvård är en tjänst i fördragets mening. Det faktum att dessa varor och tjänster tillhandahålls inom ramen för de nationella systemen för social trygghet ändrar inte det faktum dessa varor och tjänster omfattas av den fria rörligheten. Medlemsstaterna får därför inte vidta nationella åtgärder som diskriminerar utländska produkter eller tjänster när de utnyttjar rätten att organisera sina socialförsäkringssystem.

För att underlätta den fria rörligheten för arbetstagare har rådet antagit rfo 1408/71. Denna förordning har sin grund i artikel 42 EGF och inte i fördragets bestämmelser om social trygghet. Syftet är alltså inte att ge Unionsmedborgare sociala rättigheter utan att underlätta den fria rörligheten.

⁸¹ Erhag, s. 254.

⁸² Se även rådets förordning (EG) nr 307/1999 av den 8 februari 1999 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71, till att även omfatta studerande.

⁸³ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 66.

3. Sjukvård

3.1 Inledning

Frågan om personer som är bosatta inom EU skall få lov att åka till ett annat land inom EU för att där erhålla sjukvård och sedan få ersättning från sjukförsäkringen i Sverige är mycket kontroversiell. Omfattande kritik har riktats mot de begränsade möjligheter, som ges i rfo 1408/71, rfo 574/72 och i nationella rättsregler, att erhålla vård i ett annat medlemsland på bekostnad av den nationella sjukförsäkringskassan. Möjlighet att erhålla vård utanför bosättningsstaten finns bara i ett begränsat antal fall. Individer som är bosatta inom EU har rätt att få akutvård om de vid en tillfällig vistelse i ett annat medlemsland behöver akutvård, de har också rätt att få sjukvård i en annan medlemsstat om de har fått tillstånd av den nationella sjukförsäkringskassan.⁸⁴ Möjligheterna att erhålla ett sådant tillstånd är mycket begränsade.

Omfattande kritik har riktats mot det krav på förhandstillstånd som uppställs i nationella bestämmelser och i rfo 1408/71. Denna kritik beror framförallt på två saker. *För det första* anses att reglerna inte tar tillräckligt mycket hänsyn till patienterna. Många personer som bor i gränsregioner har inte rätt att vända sig till ett sjukhus som ligger väldigt nära, fast på fel sida gränsen d.v.s. i ett annat medlemsland, och där erhålla vård. Dessa individer tvingas i stället att åka långa sträckor, inom riket, för att få vård. Kritik har även riktats mot det faktum att det i många länder finns långa väntelistor. Patienterna måste vänta för att få vård, trots det faktum att de i en annan medlemsstat hade kunnat få vård med en gång, eller i alla fall mycket tidigare än om de måste vänta på vård i hemlandet. Under väntetiden kan deras medicinska tillstånd försämrats väsentligt. *För det andra* anses att de nuvarande reglerna som rör gränsöverskridande vård (cross-border medical care) hindrar ett effektivt utnyttjande av de existerande vårdinrättningarna inom EU. I vissa medlemsstater finns det ett underskott av olika typer av vård och i andra finns det ett överskott av samma typ av vård. Detta skulle kunna balanseras om medlemsstaterna i ett större antal fall beviljade tillstånd till vård i ett annat medlemsland.⁸⁵

Medlemsstaternas motargument har sin upprinnelse i *territorialitetsprincipen*. Enligt denna princip är rätten till sociala trygghetsförmåner förbehållen de som bor eller arbetar inom statens territorium oavsett nationalitet. Principen ger dock även de som bor eller arbetar inom en stats territorium skyldigheten att betala skatter och avgifter för att finansiera de sociala trygghetssystemen. Staten kan inte kräva att personer som bor utanför staten skall bidra till finansieringen av de sociala trygghetssystemen, därför har dessa personer inte heller rätt att åtnjuta sociala trygghetsförmåner. Dessutom innebär principen att dessa personer måste konsumera de sociala trygghetsförmånerna inom den stat i vilka de är försäkrade.⁸⁶ Anledningarna till att medlemsstaterna tillämpar territorialitetsprincipen är enligt Mei tre. *För det första* vill medlemsstaterna kunna garantera kvaliteten på de tillhandahållna förmånerna, genom att bl.a. ha minimikrav på utbildningen för läkare, sjuksköterskor och apotekare. *För det andra* är medlemsstaterna rädda för att om patienterna skulle få rätt att själva välja var de vill få vård kanske de skulle välja att få vård som inte omfattas av sjukförsäkringen i hemlandet, eller vård som är mycket dyrare än vården som är ersättningsgill enligt den nationella sjukförsäkringen. *För det tredje* måste vård erhållas i hemlandet för att skydda

⁸⁴ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll, s. 277-278.

⁸⁵ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll, s. 278.

⁸⁶ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 5-6.

infrastrukturen i sjukvårdssystemen. Medlemsstaterna måste kunna planera t.ex. hur många sjukhussängar och allmänläkare som skall finnas inom nationens territorium, för att undvika över- eller underkapacitet. Överkapacitet leder till onödigt slöseri medan underkapacitet leder till problem med väntelistor.⁸⁷

3.2 Kort beskrivning av de olika nationella sjukförsäkringarnas uppbyggnad

3.2.1 Två grundläggande modeller- många nationella varianter

De sociala trygghetssystemen skiljer sig åt mellan de femton EU-länderna. De sociala trygghetssystemen avspeglar varje medlemsstats historia, traditioner, sociala framsteg och kulturarv. Sjukförsäkringen inom EU är uppbyggd enligt två olika modeller, men det finns stora nationella skillnader inom ramen för de nationella systemen och de båda modellerna har ofta inslag av varandra. De två olika modellerna kallas Bismarck-modellen och Beveridge-modellen.⁸⁸

Bismarck-modellen kännetecknas av en obligatorisk socialförsäkring (compulsory social insurance) för både arbetstagare och arbetsgivare. I denna modell finansieras socialförsäkringen genom inkomstbaserade egen- och socialavgifter, med ett visst stöd från staten och även förmånerna är inkomstbaserade. Sjukförsäkringen ingår som en beståndsdel i socialförsäkringen. I de länder som har använt sig av denna modell omfattas försäkringstagarna av olika försäkringar beroende på yrkestillhörighet. I början omfattades bara inkomsttagare av försäkringen men senare har detta utsträckts till att omfatta hela befolkningen, förutom i Tyskland och Nederländerna där vissa grupper måste skaffa privatförsäkring. De länder som har en obligatorisk socialförsäkring är Belgien, Frankrike, Luxemburg, Österrike, Tyskland och Nederländerna.⁸⁹

I de länder som har ett system med tvingande socialförsäkring finns det två system för att ta hand om sjukvårdskostnader. I en grupp av länder, bestående av Belgien, Luxemburg och Frankrike får den försäkrade personen lägga ut pengar för behandlingen för att sedan få en återbetalning av kostnaden för sjukvård från sin försäkringskassa. Den försäkrade personen kan fritt välja vårdinrättning, det finns inget remissystem. Den andra gruppen som består av Österrike, Tyskland och Nederländerna tillhandahåller naturaförmåner (benefits in kind). I dessa länder får den försäkrade personen den vård han behöver utan att betala någon kostnad under förutsättning att han vänder sig till en vårdgivare/vårdinrättning som godkänts av systemet. Detta godkännande baseras på ett avtal mellan försäkringsgivaren och den person/inrättning som tillhandahåller vården. I dessa länder refererar allmänläkare patienterna till specialister.⁹⁰

Beveridge-modellen kännetecknas av ett universellt system där samtliga medborgare omfattas av en nationell sjukförsäkring (national health service) oavsett om den försäkrade personen förvärvsarbetar eller ej. Detta system är i större utsträckning finansierat av skatter än systemet med en obligatorisk socialförsäkring. Ett av syftena med att ha en försäkring som omfattar alla är att utjämna skillnaderna mellan rika och fattiga. I denna modell är sambandet mellan inbetalda avgifter och förmåner som utges inte så starkt, utan alla har rätt till enhetliga förmåner oberoende av inkomst. De länder som har en nationell sjukförsäkring är Storbritannien, Irland, Spanien, Italien, Portugal, Grekland, Danmark, Finland och Sverige.

⁸⁷ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 227-228.

⁸⁸ General report, s. 16-18 och Erhag, s. 64-68.

⁸⁹ General report, s. 16-18 och Erhag, s. 64-68.

⁹⁰ General report, s. 16-18.

De nordiska länderna har decentraliserade system, det är staten som står för sjukförsäkringen men den handhas av regionala organ.⁹¹

I de länder som har nationellt sjukförsäkringssystem är det samma organisation som levererar sjukvården och som garanterar tillgången till vården. Det är staten som tillfredsställer individens behov av vård genom att garantera att han får tillgång till sjukvård. Normalt sett behöver individen inte lägga ut pengar för vården med undantag för vissa patientavgifter. Storbritannien, Irland, Danmark, Finland, Sverige, Norge och Portugal finansierar sina sjukförsäkringssystem genom skatter.⁹²

Alla medlemsstater har reglerat priserna på medicinsk behandling och medicinska produkter och begränsat de förmåner som de försäkrade har rätt att erhålla på bekostnad av den sjukförsäkringskassa personen är ansluten till. Huvudsakligen täcks de grundläggande medicinska behandlingarna medan t.ex. plastikkirurgi, tandvård och terapi ofta är exkluderade. När det gäller mediciner och medicinska produkter finns det ofta listor på mediciner och medicinska produkter som ersätts eller som inte ersätts.⁹³

3.3 Betydelsen av rfo 1408/71 och rfo 574/72 på sjukvårdsområdet

3.3.1 Inledning

Länge ansåg medlemsstaterna att rfo 1408/71 uteslutande reglerade tillgången till sjukvård inom Unionen, de ansåg att sjukvård föll utanför tillämpningsområdet för den fria varu- och tjänsterörligheten (vilket många av dem för övrigt gör även idag). Domstolen har dock ansett att så inte är fallet. I detta avsnitt har jag för avsikt att klargöra när personer bosatta inom Unionen har rätt att erhålla vård enligt rfo 1408/71. Domstolens rättspraxis på området har inte ogiltigförklarat rfo 1408/71, den utgör numer ett av två möjliga sätt att erhålla vård i en annan medlemsstat än den stat den i vilken den vård sökande personen är bosatt.

3.3.1.1 Två grundläggande principer

I artikel 18-36 rfo 1408/71 regleras sjukvård. När det gäller vårdförmåner (benefits in kind) t.ex. medicinsk behandling och mediciner, finns det två huvudprinciper. *För det första* skall kostnaderna som huvudregel betalas av den så kallade behöriga institutionen.⁹⁴ Enligt artikel 36 skall den stat som tillhandahåller vården ersättas fullt ut av den behöriga institutionen. Denna ersättning skall fastställas antingen efter styrkande av verkliga kostnader eller på grundval av schablonbelopp. *För det andra* skall vården tillhandahållas i enlighet med lagstiftningen i den tillhandahållande staten som om förmånstagaren var försäkrad där. Den behöriga institutionen måste betala för alla förmåner som inkluderas i den tillhandahållande statens försäkringspaket. Det spelar med andra ord ingen roll om förmånen ingår i den behöriga statens försäkringspaket. Det spelar inte heller någon roll om kostnaden för de medicinska förmånerna är högre i den tillhandahållande staten än i den behöriga staten, den behöriga institutionen måste ändå stå för alla kostnader.⁹⁵

3.3.1.2 Arbetssökande, anställda och arbetslösa

⁹¹ General report, s. 16-18 och Erhag, s. 64-68.

⁹² General report, s. 16-18.

⁹³ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 225.

⁹⁴ Begreppet behörig institution definieras i artikel 1 o rfo 1408/71.

⁹⁵ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 237-239.

Artikel 39 EGF ger alla unionsmedborgare rätten att röra sig och att stanna under en rimlig tidsperiod på andra medlemsstaters territorium för att söka arbete. Under denna tidsperiod ger artikel 25 rfo 1408/71 arbetssökande rätten att kräva förmåner i enlighet med lagstiftningen i värdlandet på bekostnad av den behöriga institutionen. För att arbetssökanden skall ha rätt att erhålla sjukvård måste den arbetssökande var helt arbetslös och ha rätt till arbetslöshetsförmåner i den behöriga staten och ha utnyttjat rätten att exportera dessa förmåner enligt artikel 69 rfo 1408/71. Denna rätt består under tre månader.⁹⁶

Enligt artikel 13 rfo 1408/71 är i princip anställda som erhållit arbete i ett land försäkrade i den staten. De kan då åberopa likabehandlingsprincipen i artikel 3 rfo 1408/71 för att erhålla vård under samma förutsättningar som värdlandets egna medborgare. Enligt artikel 18 rfo 1408/71 har dessa arbetstagare rätt att lägga ihop försäkrings- eller anställningsperioder om detta behövs för att de skall kunna erhålla förmåner. Utöver detta utgör denna situation en helt intern angelägenhet, inget samarbete krävs mellan sjukförsäkringsinstitutioner i olika medlemsstater för att dessa arbetstagare skall ha rätt att erhålla sjukvård i den medlemsstat i vilken de är bosatta.⁹⁷

Anställda som bor i en annan stat än den de arbetar i har rätt att erhålla vård i den stat de bor i som om de vore anställda där, se artikel 19 rfo 1408/71.

Gränsarbetare har rätt att få vård i både den stat där de arbetar och den stat där de är försäkrade, artikel 20 rfo 1408/71. Gränsarbetare är enligt artikel 1 b rfo 1408/71, ”en anställd eller egenföretagare som är verksam inom en medlemsstats territorium och som är bosatt inom en annan medlemsstats territorium, dit han som regel återvänder dagligen eller åtminstone en gång i veckan”.

Anställda som blir arbetslösa kan ha rätt att vara bosatta i värdlandet. Arbetstagare som har varit anställda i max ett år har rätt att bo i värdlandet under tiden deras anställning varar, om de har arbetat i mer än ett år har de rätt att bo i värdlandet i fem år, har arbetstagaren arbetat i värdlandet i fem år eller mer har de rätt att bo i värdlandet permanent.⁹⁸ Så länge de arbetslösa individerna bor kvar i värdlandet har de rätt att erhålla sjukvård. Även denna kategori av personer kan åberopa likabehandlingsprincipen i artikel 3 rfo 1408/71 för att erhålla sjukvård i bosättningslandet på bekostnad av den behöriga institutionen.⁹⁹

3.3.2 Artikel 22 rfo 1408/71

Personer som inte är ekonomiskt aktiva i den stat i vilken de önskar erhålla vård har bara rätt att få vård i ett annat medlemsland i ett begränsat antal situationer. De har enligt artikel 22 rfo 1408/71 rätt till vård om de vid en tillfällig vistelse i ett annat land behöver akut vård eller om de har fått förhandstillstånd från försäkringskassan i sitt hemland.

Anställda, egenföretagare och deras familjer omfattas av artikel 22 enligt artikel 22.1. Enligt artikel 22 a rfo 1408/71, omfattas även medborgare i en medlemsstat, som är försäkrade i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat, och familjemedlemmar som är bosatta tillsammans med dem.

3.3.2.1 Akut vård

Alla försäkrade personer ”vars hälsotillstånd kräver omedelbara förmåner under en vistelse i en annan medlemsstats territorium” har rätt att få akutvård, se artikel 22.1 a rfo 1408/71. De har rätt att få vård som inte kan uppskjutas utan att det riskerar deras liv eller hälsa. När faran

⁹⁶ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 240-241.

⁹⁷ Mei Free Movement of Persons within the European Community, s. 241-242.

⁹⁸ Mei Free Movement of Persons within the European Community, s. 31-32.

⁹⁹ Mei Free Movement of Persons within the European Community, s. 243.

är över kan dock den tillhandahållande staten skicka tillbaka patienten till sitt boplatningsland.¹⁰⁰

3.3.2.2 *Vård till vilken tillstånd givits*

Enligt artikel 22.1 c rfo 1408/71 har försäkrade personer rätt att få vård i en annan medlemsstat om de fått tillstånd av den behöriga institutionen. I detta fall rör det sig om personer som vill åka till en annan stat *för att* erhålla vård där.

Tillstånd kan beviljas alla som omfattas av rfo 1408/71 och i alla fall då behandlingen är effektiv för sjukdomen personen lider av.¹⁰¹ Tillstånd får dock inte vägras om vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt och om han i den staten inte kan få vård inom den tid som, med beaktande av hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga, se artikel 22.2 rfo 1408/71. Om behandlingen inte är en förmån som utges på boplatningsorten behöver tillstånd inte ges, inte heller om vården kan ges inom en för vårdlandet i fråga normal tid. I ett land där kötiderna normalt är långa kan detta innebära att patienter får vänta en mycket lång tid innan de får vård.

Boplatningsstaten måste dock inte i övriga fall, d.v.s. i fall som inte räknas upp i artikel 22.2, ge tillstånd för vård i en annan medlemsstat, det finns ingen rättighet att erhålla tillstånd i dessa fall. Syftet med artikel 22.2 är endast att ange de omständigheter under vilka den nationella institutionen inte kan vägra att bevilja en sökande tillstånd. Det bör däremot tilläggas att denna bestämmelse inte alls avser att begränsa de fall då ett sådant tillstånd kan beviljas i enlighet med artikel 22.1 c.¹⁰²

Det finns inskränkningar i tillståndskravet som gäller för vissa typer av behandlingar som t.ex. njurdialys eller syrgasbehandling om det rör sig om en person som omfattas av artikel 22, om behandlingen måste ges omedelbart och detta "... ingår inom ramen för en pågående och kontinuerlig dialys- eller syrgasbehandling och om vistelsen är föranledd av annat än behovet av medicinsk vård".¹⁰³

För att få vård måste förmånstagaren kunna uppvisa blankett E112 för den vårdgivande institutionen. Denna blankett skall ange vilken behandling som godkänts, vilket sjukhus patienten har rätt att få vård på och uppgift om den längsta period under vilken dessa förmåner får fortsätta att utges. Detta intyg skall utfärdas av den behöriga institutionen. Detta intyg kan på begäran av personen utfärdas efter hans avresa om det på grund av force majeure inte kan utfärdas dessförinnan.¹⁰⁴ Institutionen som får denna blankett är skyldig att utge de berörda vården.¹⁰⁵

I alla medlemsstater måste ansökan göras av en doktor (den behandlande läkaren). När tillstånd beviljas skiljer sig dock från stat till stat.¹⁰⁶

Artikel 22.2 fick sin nuvarande formulering efter två EG-domstols domar, *Pierik I* och *Pierik II*. Fallen rörde en holländsk medborgare som arbetade, levde och var försäkrad i

¹⁰⁰ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll s. 283, se också formulär E111.

¹⁰¹ I mål 117/77 *Pierik I*, p. 15 uttalade domstolen att: "Av orden 'den vård som hans hälsotillstånd kräver' i artikel 22.1 c framgår det att de vårdförmåner för vilka arbetstagaren i enlighet med denna bestämmelse beviljas tillstånd att bege sig till en annan medlemsstat, omfattar all vård som kan säkerställa en effektiv behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda personen lider av."

¹⁰² Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 31.

¹⁰³ Beslut nr 163.

¹⁰⁴ Rfo 1408/71, artikel 22.2 och rfo 574/72, artikel 22.

¹⁰⁵ Mål 182/78 *Pierik II*, p. 15.

¹⁰⁶ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll, s. 284, fotnot 27.

Nederländerna. Den nationella sjukförsäkringsinstitutionen vägrade att ersätta arbetstagaren, som enligt nederländsk lagstiftning var berättigad till invaliditetsförmåner, för de kostnader som denne hade haft då hon genomgått en kurbehandling i Tyskland. Den ovannämnda sjukförsäkringsinstitutionen motiverade avslaget med att kurbehandling inte återfanns bland de typer av behandlingar som ersattes enligt den Nederländska sjukförsäkringen.¹⁰⁷

I artikel 22.2 föreskrevs att tillstånd ”får inte vägras, om vården inte kan ges den berörda personen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt”. Domstolen ansåg i *Pierik I* att med artikeln angavs inte att det bara var behandlingar som omfattades av den nationella sjukförsäkringen som den behöriga institutionen var tvungen att bevilja tillstånd för. Enligt domstolen omfattade skyldigheten att bevilja tillstånd dels det fall att den vård som ges i en annan medlemsstat är effektivare än den som personen kan få i den medlemsstat där han är bosatt, dels det fall där den vården inte kan ges inom den medlemsstat där han är bosatt.¹⁰⁸

Efter det att domstolen besvarat frågorna som ställdes i *Pierik I* ansåg inte den nationella domstolen att den på grundval av denna dom kunde anse alla rättsliga frågor klargjorda. Den ställde därför ett antal nya frågor.¹⁰⁹ Domstolen fastslog i *Pierik II* att:

”Villkoren för tillämpning av artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 1408/71 är uppfyllda när den behöriga institutionen finner att den ifrågakommande vården utgör en nödvändig och effektiv behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda personen lider av. Den behöriga institutionen får i ett sådant fall inte vägra att ge det tillstånd som avses i sistnämnda bestämmelse och som krävs enligt punkt 1 c i samma artikel.”¹¹⁰

För patienterna var detta väldigt bra. I princip skulle de fortfarande få vård i sitt hemland, men om bättre eller andra typer av behandlingar erbjöds i en annan medlemsstat hade patienterna en rätt att erhålla förhandstillstånd från sin nationella sjukförsäkringskassa. Domstolen hade erkänt en fri rörlighet för patienter. Medlemsstaterna ansåg att detta var problematiskt eftersom patienterna kunde erhålla vård utomlands som inte inkluderades i det inhemska ”sjukförsäkringspaketet” och för att vården som erhållits utomlands kunde vara dyrare än den skulle ha varit om den tillhandahållits i hemlandet. Medlemsstaterna beförde också att patienter skulle resa till andra medlemsstater för att där erhålla vård i sådan stor utsträckning att det hade kunnat leda till problem med över och underkapacitet i både den tillhandahållande staten och den behöriga staten. Efter detta valde medlemsstaterna att ändra artikel 22.2. Medlemsstaterna inskränkte tillfällena när de var *tvungna* att ge tillstånd.¹¹¹ Medlemsstaterna klargjorde att de inte ville att reglerna om fri rörlighet skulle tillämpas inom området för social trygghet. Sedan dess har dock Gemenskapen tilldelats viss kompetens inom det socialrättsliga området.

3.3.3 Sammanfattning

Artikel 22 rfo 1408/71 reglerar möjligheterna att på den behöriga institutionens bekostnad få vård utomlands efter det att patienten i fråga erhållit förhandstillstånd. Om patienten erhåller förhandstillstånd får den berörda patienten vård i den tillhandahållande staten som om han vore försäkrad i den sistnämnda staten. Patienten behöver inte stå för några kostnader själv, hela kostnaden för vården ersätts direkt till den tillhandahållande institutionen och patienten har rätt att erhålla vård som inte inkluderas i det nationella sjukförsäkringspaketet. Det finns dock ingen absolut rätt att erhålla ett sådant förhandstillstånd.

¹⁰⁷ Mål 117/77 *Pierik I*, p. 2.

¹⁰⁸ Mål 117/77 *Pierik I*, p. 22.

¹⁰⁹ Mål 182/78 *Pierik II*, p. 2.

¹¹⁰ Mål 182/78 *Pierik II*, p. 13.

¹¹¹ Mei, Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll, s. 286.

4. EG-domstolens rättspraxis angående fri rörlighet för patienter

4.1 Inledning

Domstolen har upprepade gånger behövt ta ställning till om kravet på förhandstillstånd i artikel 22 rfo 1408/71 och i olika nationella lagregler i de olika medlemsstaterna, är ett hinder för den fria rörligheten. I samtliga refererade rättsfall har det rört sig om krav på förhandsavgörande från de nationella domstolarna.

Förhandsavgörande regleras i artikel 234 EGF. Där sägs att EG-domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande angående tolkningen av bl.a. EGF och giltigheten och tolkningen av rättsakter som har beslutats av Gemenskapens institutioner och av ECB. När en fråga om tolkningen eller giltigheten uppkommer i en nationell rättstvist får den nationella domstolen, om den anser att den behöver ett förhandsavgörande i frågan för att kunna döma i saken, begära ett förhandsavgörande. Om domstolen är sista instans skall den nationella domstolen begära ett förhandsavgörande, om det behövs för att de skall kunna meddela en dom. Domstolen har dock uttalat att denna skyldighet kan bortfalla t.ex. om den fråga som uppkommit i det nationella målet är i princip likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall.¹¹²

Domstolen har uttalat att artikel 234 grundar sig på en behörighetsuppdelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen. EG-domstolen är inte behörig att avgöra om de ställda frågorna är relevanta. Inte heller är EG-domstolen behörig att avgöra om de gemenskapsrättsliga föreskrifter och begrepp som den nationella domstolen begär en tolkning av faktiskt är tillämpliga i det enskilda fallet. Det är istället upp till den nationella domstolen att avgöra detta.¹¹³

Den nationella domstolen måste klargöra den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs eller åtminstone förklara de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor, eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen. Den nationella domstolen måste också ange skälen till att den frågar sig hur gemenskapsrätten skall tolkas och till att den anser det nödvändigt att ställa tolkningsfrågor till domstolen.¹¹⁴

4.1.1 Decker och Kohll

Den 28 april 1998 meddelade EG-domstolen sina domar i fallen *Decker* och *Kohll*. Dessa fall är mycket omtalade och anses vara revolutionerande inom området för social trygghet.

4.1.1.1 Nationell lag

I både *Decker* och *Kohll* rörde det sig om vårdtagare från Luxemburg. I de nationella lagreglerna föreskrevs att, med undantag för akut behandling vid sjukdom eller olycksfall som inträffat utomlands, fick luxemburgska medborgare inte söka vård utomlands eller vända sig till utomlands belägna behandlingshem eller inrättningar, som tillhandahöll hjälpmedel, om de inte hade erhållit ett tillstånd från det behöriga organet för social trygghet. Vidare angavs i de nationella lagreglerna att tillstånd inte kunde ges för tjänster som inte var ersättningsgilla enligt nationella bestämmelser. Det föreskrevs också att tillstånd beviljades först efter en

¹¹² Förenade målen 28-30/62 *Da Costa en Schaake*.

¹¹³ Mål 117/77 *Pierik I*, p. 6-7.

¹¹⁴ Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 21.

medicinsk kontroll och efter att en läkare som var etablerad i Luxemburg hade ingivit en skriftlig ansökan. Denna ansökan skulle innehålla uppgifter om den läkare eller det sjukhus som den försäkrade hade blivit rådd att uppsöka samt de omständigheter som medförde att behandlingen inte kunde utföras i Luxemburg.¹¹⁵

4.1.1.2 Bakgrunden

I *Decker* rörde det sig om en tvist mellan den luxemburgske medborgaren Nicolas Decker och den inhemska sjukkassan angående en ansökan om ersättning för ett par glasögon med korrektionsglas som hade köpts hos en optiker i Belgien på recept från en ögonläkare som var etablerad i Luxemburg. Deckers ansökan avslogs p.g.a. att glasögonen hade inköpts utomlands utan förhandstillstånd från sjukkassan.¹¹⁶

I *Kohll* rörde det sig om en tvist mellan den luxemburgske medborgaren Raymond Kohll och den inhemska sjukkassan, till vilken Raymond Kohll var ansluten. Tvisten rörde ansökan, som gjorts av en luxemburgsk läkare, om tillstånd för Raymond Kohlls minderåriga dotter att genomgå en behandling hos en ortodontist i Tyskland. Kohlls ansökan avslogs med motiveringen att det inte fanns något akut behov av den påtänkta behandlingen och att behandlingen kunde utföras i Luxemburg.¹¹⁷

Både *Decker* och *Kohll* överklagade sjukkassornas beslut och de luxemburgska domstolarna valde att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. De nationella domstolarna undrade om de nationella reglerna om förhandstillstånd överensstämde med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för varor (artikel 28 EGF - *Decker*) och tjänster (artikel 49 EGF - *Kohll*).¹¹⁸

I båda fallen var domstolen först tvungen att reda ut om de nationella bestämmelserna som avser ersättning för vård omfattades av artiklarna 28 eller 49 trots att de nationella bestämmelserna rörde området för social trygghet, eftersom ett antal medlemsstater invände att bestämmelserna om fri rörlighet inte var tillämpliga på detta område.

4.1.1.3 Tillämpningen av principen om fri rörlighet inom området för social trygghet

Domstolen fastslog att gemenskapsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. Vidare slog domstolen fast att om det inte förekommer någon harmonisering på gemenskapsnivå ankommer det på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet dels villkoren som ger rätt till förmåner. Ändock ansåg domstolen att medlemsstaterna skulle beakta gemenskapsrätten vid utövandet av denna behörighet.¹¹⁹

I *Decker* ansåg EG-domstolen att de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i fråga om social trygghet kan påverka saluföringen av sjukvårdsprodukter och ha ett indirekt inflytande på importmöjligheterna och därför omfattas de av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor. I *Kohll* konstaterade domstolen att vissa tjänsters särskilda beskaffenhet inte kan förhindra att de omfattas av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster. Det förhållandet att de nationella bestämmelserna hänförde sig till området för social trygghet medförde inte att artiklarna 28 eller 49 EGF inte var tillämpliga.¹²⁰

Därefter gick domstolen in på betydelsen av förordning nr 1408/71.

¹¹⁵ Mål C-120/95 *Decker*, p. 8 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 6-7.

¹¹⁶ Mål C-120/95 *Decker*, p. 2-3.

¹¹⁷ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 2-3.

¹¹⁸ Mål C-120/95 *Decker*, p. 16 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 10.

¹¹⁹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 21-23 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 17-19.

¹²⁰ Mål C-120/95 *Decker*, p. 24-25 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 20-21.

4.1.1.4 Betydelsen av förordning nr 1408/71

I båda fallen ansåg den luxemburgska regeringen att artikel 22 i förordning nr 1408/71 innehöll principen att det krävs förhandstillstånd för all behandling som utförs i en annan medlemsstat. Den ansåg också att om giltigheten av de nationella bestämmelserna ifrågasattes skulle detta innebära att giltigheten av motsvarande bestämmelse i förordning nr 1408/71 ifrågasattes.¹²¹ Domstolen uttalade sig dock inte om giltigheten av artikel 22. Domstolen ansåg att möjligheten att få vård enligt artikel 22 bara var ett sätt att få vård, det fanns andra möjligheter att erhålla vård, därför inskränkte inte artikel 22 möjligheterna att fritt erhålla vård. Artikel 22 var endast ett sätt att erhålla vård.

Domstolen konstaterade att det förhållandet att en nationell åtgärd, i detta fall kravet på förhandstillstånd, eventuellt kan vara förenlig med en bestämmelse i sekundärrätten, i detta fall artikel 22, inte förhindrar att åtgärden omfattas av bestämmelserna i fördraget.¹²² Domstolen ansåg att syftet med artikel 22 var att ge den försäkrade, som fått förhandstillstånd, möjlighet att få sjukvårdsförmåner, som utges för den behöriga institutionens räkning men enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den stat där tjänsterna utförs, utan att den försäkrade orsakas ytterligare kostnader. Domstolen ansåg dock inte att artikel 22 hade till syfte att reglera kostnader för sjukvårdsprodukter som har inköpts i en annan medlemsstat¹²³ eller att reglera kostnader som har uppkommit i samband med vård som har utförts i en annan medlemsstat.¹²⁴ Enligt domstolen hindrar därför artikel 22 inte heller på något sätt att medlemsstaterna ersätter kostnaderna enligt gällande taxor i den behöriga staten, inte ens när förhandstillstånd saknas.¹²⁵

Domstolen övergick därefter till frågan om de nationella bestämmelserna var förenliga med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster.

4.1.1.5 Tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet för varor och tjänster

Domstolen undersökte om bestämmelser om förhandstillstånd kunde utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom Gemenskapen.¹²⁶

I *Decker* argumenterade några medlemsstater för att reglerna om förhandstillstånd inte hade till syfte eller fick till effekt att hindra den fria rörligheten utan endast fastställde villkoren för ersättning för sjukvårdskostnader. Reglerna förbjöd inte import av glasögon, de påverkade inte möjligheterna att köpa glasögon utanför Luxemburg och inte heller hindrade bestämmelserna luxemburgska optiker att importera glasögon och korrektionsglas från andra medlemsstater.¹²⁷

I *Kohll* argumenterade de intervenerande medlemsstaterna på ett liknande sätt. De ansåg att de nationella bestämmelserna varken hade till syfte eller till verkan att inskränka friheten att tillhandahålla tjänster, de var begränsade till att fastställa villkoren för ersättning för sjukvårdskostnader.¹²⁸ Domstolen avfärdade dessa argument.

I *Decker* konstaterade domstolen att de nationella bestämmelserna utgjorde ett incitament för dem som är försäkrade enligt det luxemburgska systemet att köpa och låta montera sina

¹²¹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 26 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 22.

¹²² Mål C-120/95 *Decker*, p. 27 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 25.

¹²³ I mål C-120/95 *Decker*.

¹²⁴ I mål C-158/96 *Kohll*.

¹²⁵ Mål C-120/95 *Decker*, p. 28-29 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 26-27.

¹²⁶ Mål C-120/95 *Decker*, p. 31.

¹²⁷ Mål C-120/95 *Decker*, p. 33.

¹²⁸ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 32.

glasögon hos optiker som är etablerade i Luxemburg hellre än hos optiker i andra medlemsstater. Även om de nationella bestämmelserna inte berövade de försäkrade möjligheten att köpa sjukvårdsprodukter i en annan medlemsstat, förhöll det sig ändå så att ersättningen för kostnader som uppkommit i en annan medlemsstat var beroende av ett förhandstillstånd och att försäkrade som inte har erhållit tillstånd nekades ersättning. Kostnader som uppkommit i den stat där den försäkrade är ansluten till ett system för social trygghet var dock inte beroende av något sådant tillstånd. Sådana bestämmelser ansåg domstolen vara ett hinder för den fria rörligheten eftersom de nationella reglerna kunde komma att begränsa importen av monterade glasögon från andra medlemsstater.¹²⁹

I *Kohll* argumenterade domstolen på samma sätt som i *Decker*. Domstolen menade att även om reglerna om förhandstillstånd inte berövade de försäkrade möjligheten att vända sig till en person som tillhandahåller tjänster i en annan medlemsstat var ersättningen för kostnader som har uppkommit i denna stat beroende av ett förhandstillstånd. Kostnader som uppkommit i den stat där den försäkrade är ansluten till ett system för social trygghet var dock inte beroende av något sådant tillstånd. De nationella reglerna utgjorde därför såväl för läkarna som för deras patienter, ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.¹³⁰

Domstolen övergick därefter till att undersöka om det gick att rättfärdiga kravet på förhandstillstånd.

4.1.1.6 Rättfärdigande av de nationella bestämmelserna

1. Allmän hälsa

I båda fallen ansåg medlemsstaterna att det fanns möjligheter att rättfärdiga de nationella reglerna. Medlemsstaterna började med att påpeka att enligt artiklarna 30, 46 och 55 i EG-fördraget har medlemsstaterna möjlighet att av hänsyn till folkhälsan begränsa friheten att tillhandahålla tjänster.¹³¹

I *Decker* ansåg medlemsstaterna att de försäkrades rätt till vård av en viss kvalitet utgjorde ett sådant skäl för bestämmelserna om förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 30, eftersom syftet är att skydda människors hälsa. De menade att glasögon skall tillhandahållas av personer som har ett lagstadgat tillstånd att utöva yrket. Medlemsstaterna ansåg också att om tjänsterna utförs i en annan stat blir det mycket svårt, till och med omöjligt, att kontrollera att de utförs på ett tillfredsställande sätt. I *Kohll* menade medlemsstaterna att kvaliteten på vård som tillhandahölls av läkare i andra medlemsstater bara kunde kontrolleras genom kravet på förhandstillstånd.¹³²

På detta svarade domstolen att det för dessa kategorier av personer (d.v.s. läkare, tandläkare och optiker) finns det direktiv som behandlar villkoren för att få tillträde till och utöva läkar-, tandläkar- och optikerverksamhet.¹³³

I *Decker* ansåg domstolen att det faktum att det finns direktiv som behandlar villkoren för att få tillträde till och utöva optikerverksamhet innebar att det vid inköp av ett par glasögon hos en optiker som var etablerad i en annan medlemsstat gavs samma garantier som gavs vid försäljning av ett par glasögon hos en optiker som var etablerad inom det nationella territoriet. Domstolen framhöll också att i målet vid den nationella domstolen hade glasögonen inköpts

¹²⁹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 34-36.

¹³⁰ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 34-35.

¹³¹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 41 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 45.

¹³² Mål C-120/95 *Decker*, p. 41 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 37-38.

¹³³ Mål C-120/95 *Decker*, p. 42 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 47.

på recept från en ögonläkare. Direktiven och receptet sammantaget ansåg domstolen räckte som garanti för att folkhälsan skyddades.¹³⁴

I *Kohll* resonerade domstolen på samma sätt och konstaterade att när det rör friheten att tillhandahålla tjänster skulle läkare och tandläkare som är etablerade i andra medlemsstater tillerkännas garantier motsvarande de garantier som de läkare och tandläkare tillerkänts som var etablerade inom det nationella territoriet.¹³⁵

I båda fallen kom domstolen fram till att regler om förhandstillstånd inte kan motiveras av hänsyn till folkhälsan, för att skydda kvaliteten på sjukvårdsprodukter respektive den sjukvård som tillhandahålls i andra medlemsstater.¹³⁶

2. Den ekonomiska balansen i systemen för social trygghet

Kostnaderna för mediciner, sjukvårdsprodukter och sjukvård skiljer sig mycket i de olika medlemsstaterna. Om medlemsstaterna och/eller deras sjukförsäkringsinstitutioner skulle behöva betala för alla sjukvårdsförmåner som erhållits i andra medlemsstater skulle kostnaderna för hälso- och sjukvården kunna öka och detta skulle kunna påverka budgetbalansen i systemet för social trygghet. De representerade medlemsstaterna ansåg att kravet på förhandstillstånd var det enda effektiva och det minst ingripande sättet att kontrollera hälso- och sjukvårdskostnaderna och att bibehålla budgetbalansen i systemet för social trygghet.¹³⁷

I *Decker* gjorde Nicolas Decker gällande att ersättningen för hans inköp skulle belasta sjukvårdens budget lika mycket i båda fallen, eftersom sjukvården i Luxemburg endast ersatte montering och korrektionsglas till ett schablonbelopp. Schablonbeloppet fastställdes oberoende av de faktiska kostnaderna. I *Kohll* ansåg Raymond Kohll att budgeten för det luxemburgska organet för social trygghet belastades lika mycket oavsett om han vände sig till en luxemburgsk ortodontist eller till en ortodontist i en annan medlemsstat, eftersom han hade begärt att sjukvårdskostnaderna skulle ersättas enligt den taxa som tillämpades i Luxemburg.¹³⁸

Domstolen började med att konstatera att målsättningar av rent ekonomisk natur inte kan motivera en inskränkning av den grundläggande principen om fri rörlighet för varor. Det kunde dock inte uteslutas att risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas kan vara tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera ett liknande hinder.¹³⁹ Kommissionen ansåg därvid att "... det måste föreligga en verklig och faktisk risk för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet rubbas för att det skall finnas skäl för de nationella myndigheterna att avslå ett förhandstillstånd".¹⁴⁰

I *Decker* kom domstolen fram till att, vilket den luxemburgska regeringen hade medgivit, schablonersättningen för glasögon och korrektionsglas som inköpts i andra medlemsstater inte påverkade finansieringen eller balansen i systemet för social trygghet. I *Kohll* ansåg domstolen att ersättningen för tandvård som har utförts i andra medlemsstater enligt taxorna i den stat där den försäkrade är ansluten till ett system för social trygghet inte har någon avgörande betydelse för finansieringen av detta system.¹⁴¹

3. Säkerställande av en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla

¹³⁴ Mål C-120/95 *Decker*, p. 43 och 44.

¹³⁵ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 48.

¹³⁶ Mål C-120/95 *Decker*, p. 45 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 49.

¹³⁷ Mål C-120/95 *Decker*, p. 37 och Mål C-158/96 *Kohll*, p. 37.

¹³⁸ Mål C-120/95 *Decker*, p. 38 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 38.

¹³⁹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 39 och Mål C-158/96 *Kohll*, p. 41.

¹⁴⁰ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 39.

¹⁴¹ Mål C-120/95 *Decker*, p. 40 och mål C-158/96 *Kohll*, p. 42.

I *Kohll* argumenterade medlemsstaterna för att reglerna om förhandstillstånd var nödvändiga för att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla.

Domstolen ansåg att det fanns anledning att anse att denna målsättning,

”... även om den är oupplösligt förbunden med sättet att finansiera systemet för social trygghet, också kan innefattas i undantaget på grund av hänsyn till folkhälsan enligt artikel 56 [nuvarande artikel 46] i fördraget, i den mån målsättningen bidrar till att säkerställa en hög nivå vad avser hälsoskyddet”.¹⁴²

Domstolen konstaterade att artikel 46 i fördraget

”ger medlemsstaterna möjlighet att begränsa friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård i den mån det med hänsyn till folkhälsan, och till och med för befolkningens överlevnad, är väsentligt att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet”.¹⁴³

Ingen av dem som yttrade sig i målet gjorde dock gällande att de ifrågavarande nationella bestämmelserna var oundgängliga för att upprätthålla en väsentlig vårdkapacitet eller sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet.¹⁴⁴ Därför prövade domstolen inte detta argument.

Domstolen fastslog alltså att vid en behandling som utförts av en läkare på dennes mottagning, och som finansieras genom ett ersättningsbaserat sjukförsäkringssystem, var det inte motiverat att hindra friheten att tillhandahålla tjänster genom att kräva förhandstillstånd från sjukförsäkringskassan.

I de två fallen utgjorde fördragsartiklarna om den fria rörligheten hinder för nationella regler om krav på förhandstillstånd.

4.1.1.7 Kommentarer

Det skall anmärkas att i både *Decker* och *Kohll* rörde det sig om sociala trygghetssystem som baseras på en obligatorisk sjukförsäkring. Systemen är vidare ersättningsbaserade. I ett ersättningsbaserat system får patienten vända sig till vilken sjukvårdsinrättning han vill för att sedan få en del av kostnaden ersatt av den nationella sjukkassan, patienten får lägga ut pengarna för att sedan få en återbetalning. I *Kohll* rörde det sig dessutom om vård som tillhandahölls hos en läkare på dennes mottagning och inte om sjukhusvård. Under dessa förutsättningar var det inte rättfärdigat att ha kvar kravet på förhandstillstånd.

Jag anser att det är märkligt att EG-domstolen inte uttalade sig om giltigheten av artikel 22 i rfo 1408/71 eftersom domstolen har möjligheten att annullera sekundär lagstiftning som strider mot primärrätten. Domstolen har dock oftast valt att inte ogiltigförklara sekundärrätten utan den har valt att neutralisera denna genom att tillämpa primärrätten d.v.s. fördragsartiklarna.¹⁴⁵ I detta fall leder det dock till oklarheter och att det nu inom Unionen existerar två procedurer för att erhålla ersättning för vård som erhållits utomlands.

Det finns en procedur enligt artikel 22 enligt vilket vårdtagaren har rätt att erhålla vård efter att ha erhållit förhandstillstånd av den behöriga institutionen i hemlandet. Om vårdtagaren väljer denna procedur får han vård som om han vore försäkrad i den vårdgivande nationen. Den andra proceduren är den som skapades i *Decker* och *Kohll*. Om en patient på eget initiativ utan att ha erhållit förhandstillstånd, fått vård i en annan medlemsstat, har han rätt att erhålla en återbetalning från sin sjukförsäkringskassa. Patienten är dock tvungen att

¹⁴² Mål C-158/96 *Kohll*, p. 50.

¹⁴³ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 51.

¹⁴⁴ Mål C-158/96 *Kohll*, p. 52.

¹⁴⁵ General report, s. 135, mål 24/75 *Petroni*, mål C-41/84 *Pinna* och mål C-443/93 *Vougioukas*.

själv lägga ut hela kostnaden för vården. Denna ersättning beräknas utifrån taxorna i bosättnings-/hemlandet och inte utifrån taxorna i den stat där behandlingen utförts, vilket är fallet om förhandstillstånd erhållits. Om vården är dyrare utomlands än i hemlandet tvingas patienten stå för mellanskillnaden själv. Detta kan avskräcka patienter från att åka utomlands för att där erhålla vård eftersom inte alla människor har en möjlighet att lägga ut de stora summor vården kan kosta i förhand. Inte heller kan alla patienter själva betala mellanskillnaden.

Jag skulle vilja framhålla att det egentligen inte var så revolutionerande att domstolen tillämpade reglerna om den fria rörligheten inom området för social trygghet. Domstolen har gång på gång utsträckt tillämpningsområdet för de grundläggande reglerna om fri rörlighet. Avgörandena i *Decker* och *Kohll* skulle kunna ses som en naturlig utveckling av domstolens tidigare rättspraxis inom området för den fria rörligheten. Mei anser t.o.m. att det är anmärkningsvärt att domstolen inte redan tidigare prövat reglerna om förhandstillstånd mot den fria rörligheten.¹⁴⁶

4.1.2 *Smits och Peerbooms*

4.1.2.1 *Nationell lagstiftning*

Nederländerna har ett system med förmåner in natura enligt vilket de försäkrade inte har rätt till återbetalning av utgifter för medicinsk vård, utan till själva vården, vilken utförs gratis. Detta grundas på ett avtalssystem mellan sjukförsäkringskassorna och personer som tillhandahåller hälso- och sjukvård.¹⁴⁷

4.1.2.2 *Målen vid den nationella domstolen*

I målet *Smits* hade den nederländska försäkringskassan nekat B.S.M. Smits, som led av Parkinsons sjukdom, ersättning för kostnaden för en kategoriell och tvärfacklig behandling som hon utan förhandstillstånd hade genomgått vid en tysk klinik. Skälen för avslaget var att den kategoriella kliniska metoden inte ansågs vara sedvanlig i de berörda yrkeskretsarna och att den därmed inte utgjorde en ersättningsgill förmån, och att tillfredsställande och lämplig vård fanns att tillgå i Nederländerna vid en avtalsbunden sjukvårdsinrättning, varför behandlingen i Tyskland inte var nödvändig.¹⁴⁸

I målet *Peerbooms* nekade försäkringskassan H.T.M. Peerbooms, som hade fallit i koma till följd av en trafikolycka, ersättning för en behandling som han hade genomgått vid en klinik i Österrike, bestående i en speciell intensiv neurostimulationsterapi. I Nederländerna användes denna teknik endast experimentellt vid två medicinska centra och patienter som var mer än 25 år gamla togs inte emot. Peerbooms, som var född år 1961, hade inte fått tillgång till sådan terapi om han hade stannat i Nederländerna. Avslaget grundades i första hand på det faktum att denna typ av vård, med tanke på neurostimulationsbehandlingens experimentella karaktär och bristen på vetenskapliga bevis för dess effektivitet, inte ansågs sedvanlig i de berörda yrkeskretsarna, och att den därför inte utgjorde en ersättningsgill förmån. I andra hand grundades avslaget på att den behandling han hade genomgått i Österrike inte var nödvändig eftersom tillfredsställande och lämplig vård fanns att tillgå i Nederländerna vid en avtalsbunden vårdinrättning.¹⁴⁹ Lite intressant är att Peerbooms vaknade ur sin koma.

¹⁴⁶ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 279.

¹⁴⁷ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 3.

¹⁴⁸ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 25-29.

¹⁴⁹ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 31-39.

4.1.2.3 Tolkningsfrågorna

Genom sina två tolkningsfrågor ville den hänskjutande domstolen ha klarhet i om artiklarna 49 och 50 i fördraget skulle tolkas så att de utgjorde hinder för tillämpningen av regler i den nationella lagstiftningen, enligt vilka det är en förutsättning för att vård utförd vid en sjukvårdsinrättning i en annan medlemsstat skall ersättas att det inhämtas förhandstillstånd från den sjukförsäkringskassa som personen är ansluten till. Detta förhandstillstånd beviljas enbart om två villkor är uppfyllda. För det första måste den planerade behandlingen ingå bland de förmåner som ersätts enligt sjukförsäkringssystemet, vilket förutsätter att den nämnda behandlingen kan betraktas som sedvanlig i de berörda yrkeskretsarna. För det andra krävs det att behandlingen utomlands är nödvändig med hänsyn till den berördes hälsotillstånd, vilket förutsätter att lämplig vård inte kan ges i tid av en avtalsbunden person som tillhandahåller vård i hemlandet.¹⁵⁰

4.1.2.4 Tillämpning på sjukhusvård av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster

Domstolen godtog inte den ståndpunkt som intogs av majoriteten av medlemsstaterna, vilka gjorde gällande att sjukförsäkringssystem som införts för att endast tillhandahålla vårdförmåner inte omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 49 och 50 EGF. Domstolen konstaterade att medicinsk verksamhet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 50, utan att det i detta avseende skall göras skillnad mellan vård på sjukhus och vård som utförs utanför sjukhusen. Argumentet att sjukhusförmåner som tillhandahålls inom ramen för ett sjukförsäkringssystem som föreskriver förmåner in natura inte kan betecknas som tjänster i den mening som avses i artikel 50 tillbakavisades av domstolen. Domstolen konstaterade att de medicinska behandlingar som var i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilka utförts i andra medlemsstater än den där personen är försäkrad verkligen ledde till att patienten betalade direkt till de inrättningar som tillhandahållit vården. Domstolen ansåg inte att en medicinsk tjänst som tillhandahålls i en medlemsstat och som ersätts av patienten kan upphöra att omfattas av tillämpningsområdet för friheten att tillhandahålla tjänster enbart av den anledningen att ansökan om återbetalning för vården i fråga sker enligt sjukförsäkringslagstiftningen i en annan medlemsstat, i vilken det huvudsakligen stadgas om förmåner in natura. Vidare slog domstolen fast att den omständigheten att en sjukhusbehandling finansieras direkt av sjukförsäkringskassorna på grund av avtal och förutbestämda taxor under alla omständigheter inte medför att en sådan behandling inte omfattas av den fria tjänsterörligheten.¹⁵¹

Därefter övergick domstolen till att pröva om bestämmelserna i fråga i målet vid den nationella domstolen innebar en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster.

4.1.2.5 De begränsande verkningarna av de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen

Domstolen slog fast att de nederländska bestämmelserna avhåller, och till och med hindrar socialförsäkringstagarna från att vända sig till personer som tillhandahåller sjukvård i andra medlemsstater än den där socialförsäkringstagarna är försäkrade. Reglerna utgör således,

¹⁵⁰ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 43.

¹⁵¹ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 47-59.

såväl för de försäkrade som för dem som tillhandahåller vård, ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.¹⁵²

Därefter övergick domstolen till att pröva om den nationella regleringen kunde vara objektivt motiverad när det gäller sjukhusvård. Domstolen prövade om kravet på förhandstillstånd kunde motiveras av tvingande hänsyn av allmänintresse eller med undantaget på grund av hänsyn till folkhälsan, d.v.s. allmän hälsa, enligt artikel 46 i EG-fördraget. De undantag som kan komma i fråga är tre. Det första undantaget är risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas, vilket utgör ett tvingande hänsyn. Det andra undantaget är målsättningen att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla, vilket utgör ett undantag enligt artikel 46, baserat på undantaget om allmän hälsa. Det tredje undantaget är nödvändigheten att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet, om det behövs med hänsyn till folkhälsan och till och med för befolkningens överlevnad. Även detta undantag grundas på artikel 46.

4.1.2.6 *Kravet på förhandstillstånd*

Domstolen slog fast att kravet på förhandstillstånd som uppställs i den nationella lagstiftningen för att en försäkrad skall få ersättning för kostnader på grund av vård som givits i en annan medlemsstat av en icke avtalsbunden vårdinrättning var både nödvändigt och rimligt. För det första därför att "... antalet sjukhusanläggningar, deras geografiska fördelning, hur de är inrättade och vilken utrustning som de är försedda med, liksom karaktären på de vårdtjänster som de erbjuder, måste kunna planeras".¹⁵³ För det andra ger denna planering, inom ramen för ett avtalsbaserat system som det nederländska,

"... uttryck för en vilja att inom landets territorium säkerställa ett tillräckligt och varaktigt utbud av sjukhusvård av god kvalitet, samtidigt som man eftersträvar att kontrollera kostnaderna och i möjligaste mån undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser. Ett sådant slöseri skulle nämligen vara desto mer skadligt eftersom sjukhusvårdssektorn obestriddligen medför avsevärda kostnader och skall tillfredsställa ökande behov, medan de finansiella resurser som kan avsättas för hälso- och sjukvård inte är obegränsade, oavsett vilken finansieringsmetod som används."¹⁵⁴

Domstolen valde sedan att granska om villkoren för beviljande av ett sådant tillstånd var motiverade med hänsyn till ovannämnda tvingande intressen (overriding considerations)¹⁵⁵ och om de uppfyllde kravet på proportionalitet.

4.1.2.7 *Villkoret att den planerade behandlingen skall vara sedvanlig*

Domstolen konstaterade att det är upp till varje medlemsstat att fastställa vilka villkor som skall gälla för rätten till förmåner. Detta gäller även när det är fråga om att avgöra vilka behandlingar som är ersättningsgilla enligt systemet för social trygghet i den berörda medlemsstaten. Domstolen ansåg att gemenskapsrätten i princip inte kan medföra att en medlemsstat tvingas utsträcka förteckningen över medicinska förmåner som ersätts genom dess system för social trygghet, och domstolen ansåg därvid att omständigheten att en medicinsk behandling omfattas av sjukförsäkringssystemen i andra medlemsstater saknar

¹⁵² Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 60-71.

¹⁵³ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 76.

¹⁵⁴ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 79.

¹⁵⁵ Min översättning. I detta begrepp inkluderas tvingande hänsyn och undantaget i artikel 46 angående folkhälsan.

betydelse. Detta eftersom domstolen i *Duphar*¹⁵⁶ inte ansett att det var oförenligt med gemenskapsrätten att en medlemsstat upprättar uttömmande förteckningar som innebär att vissa läkemedel undantas från kostnadsersättningen enligt systemet för social trygghet. Medlemsstaten får trots detta inte åsidosätta gemenskapsrätten vid tillämpningen av de nationella rättsreglerna. Domstolen ansåg att kravet att behandlingen skall vara av sedvanlig karaktär skall tolkas på ett sådant sätt att ansökan om tillstånd inte kan avslås med motiveringen att behandlingen inte är sedvanlig, när det framgår att behandlingen är tillräckligt beprövad och erkänd av den internationella medicinska vetenskapen. Detta villkor måste dock vara objektivt och tillämpligt utan åtskillnad på behandlingar inom och utom landet. Om villkoret att behandlingen skall vara sedvanlig tolkas på så sätt kan detta krav anses vara försvarbart med hänsyn till nödvändigheten att inom det nationella territoriet upprätthålla ett utbud av sjukhusvård som är tillräckligt, väl avvägt och permanent och att säkerställa den finansiella stabiliteten i sjukförsäkringssystemet.¹⁵⁷

4.1.2.8 Villkoret att den planerade behandlingen skall vara nödvändig

Enligt domstolen kan villkoret att behandlingen skall vara nödvändig som föreskrivs i de nationella bestämmelserna i fråga vara berättigat med hänsyn till artikel 49 i fördraget. För att villkoret skall vara berättigat krävs att det tolkas så, att tillstånd att undergå en behandling i en annan medlemsstat kan avslås med den motiveringen enbart när en identisk behandling eller en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning med vilken den försäkrade personens sjukförsäkringskassa har ingått ett avtal. När de nationella myndigheterna bedömer om en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning som har ingått ett avtal med den sjukförsäkringskassa som den försäkrade personen är ansluten till, skall myndigheten framförallt ta hänsyn till den försäkrade personens hälsotillstånd, inte till vilken väntetid som är sedvanlig i landet. Domstolen ansåg att ett sådant villkor kan möjliggöra att det inom det nationella territoriet upprätthålls ett tillräckligt, väl avvägt och permanent utbud av sjukhusvård av god kvalitet samt att den finansiella stabiliteten i sjukförsäkringssystemet säkerställs. Om vården inte kan utföras av en avtalsbunden inrättning i tid får inte den inhemska sjukvårdsinrättningar med vilka den försäkrade personens sjukförsäkringskassa inte har ingått något avtal få företräde, till nackdel för sjukvårdsinrättningar belägna i andra medlemsstater.¹⁵⁸

Domstolen slog således fast att hindret för en av fördragets grundläggande friheter kunde motiveras av tvingande intressen när det gällde sjukhusvård. Domstolen gjorde därvid inte någon åtskillnad mellan ersättningssystem och system som endast medför rätt till vårdförmåner.

4.1.2.9 Kommentarer

Domstolen anser att sjukhusvård är en tjänst i fördragets mening, även om den tillhandahålls inom ramen för ett sjukförsäkringssystem som är baserat på att naturaförmåner utges. Dock är kravet på förhandstillstånd i princip motiverat när det gäller sluten vård, oavsett om det är ett ersättningsbaserat eller ett naturaförmånsbaserat system. För att kunna erhålla sjukhusvård i en annan medlemsstat måste den ifrågavarande patienten vända sig till sin sjukförsäkringskassa och erhålla tillstånd i enlighet med reglerna i artikel 22 r.o. 1408/71. Domstolen ansåg att kravet på förhandstillstånd kunde vara motiverat av tvingande intressen om förutsättningarna för att bevilja ett sådant tillstånd också var motiverade av tvingande

¹⁵⁶ Mål 238/82 *Duphar*.

¹⁵⁷ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 83-98.

¹⁵⁸ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 99-107.

intressen. Kriterierna för att bevilja ett förhandstillstånd måste dock vara objektiva och kända på förhand. I detta rättsfall ansåg domstolen att det gick att motivera de nationella reglerna som uppställde krav på förhandstillstånd. Det är dock självklart så att medlemsstaterna inte får använda kravet på förhandstillstånd för att diskriminera mot utländska vårdgivare. Jag vill även framhålla att det normalt sett är svårt att dra alltför generella slutsatser av domstolens avgöranden, eftersom avgörandena är begränsade till de i det ifrågasvarande fallet angivna förutsättningarna.

4.1.3 *Vanbraekel*

4.1.3.1 *Fakta i målet*

I *Vanbraekel* hade en belgisk kvinna, Jeanne Descamps, som led av artros i båda knäna ansökt om tillstånd att genomgå ett kirurgiskt ingrepp i Frankrike, hos den belgiska sjukkassan till vilken hon var ansluten. Jeanne Descamps ansökan om tillstånd avslogs, eftersom den var otillräckligt motiverad på grund av att hon inte hade ingett något yttrande från en läkare som var verksam vid ett nationellt universitetssjukhus. Efter det att Jeanne Descamps hade genomgått det kirurgiska ingreppet i Frankrike, trots att hon saknade tillstånd, väckte hon talan vid nationell domstol för att från den belgiska sjukkassan erhålla återbetalning av kostnaderna för vården. Jeanne Descamps avled medan målet pågick, hennes arvingar, d.v.s. hennes make Abdon Vanbraekel och hans barn, trädde i hennes ställe. En nationell domstol fastslog slutligen att kravet på ett yttrande av en belgisk universitetsprofessor för att få förhandstillstånd var oskäligt. Domstolen kom fram till att den belgiska sjukkassan skulle ersätta kostnaderna för Jeanne Descamps sjukhusvård. Den nationella domstolen ville i EG-domstolen endast få klargjort storleken på det belopp som skulle ersättas. Den undrade om kostnaderna för sjukhusvården skall återbetalas enligt systemet i den stat där den behöriga institutionen är belägen eller enligt systemet i den stat där sjukhusvården utfördes. Den nationella försäkringskassan ville bara utge ersättning enligt den lägre franska taxan, familjen Vanbraekel ville dock ha ersättning enligt den högre belgiska taxan.¹⁵⁹

4.1.3.2 *Domstolens dom*

För att svara på frågan gick domstolen först in på bestämmelserna i rfo 1408/71. Domstolen konstaterade att enligt artikel 22 rfo 1408/71 har den försäkrade rätt till vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen på vistelseorten enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den stat där förmånerna utges, som om socialförsäkringstagaren vore försäkrad där. Detta under förutsättning att han fått tillstånd från den behöriga institutionen. Domstolen ansåg att när en socialförsäkringstagares ansökan om tillstånd har avslagits av den behöriga institutionen och det senare har fastställts att detta avslag inte var välgrundat, ”har denne socialförsäkringstagare rätt att på den behöriga institutionens bekostnad direkt erhålla återbetalning av ett belopp motsvarande det som normalt skulle ha ersatts om tillståndet hade utfärdats korrekt från början”.¹⁶⁰ Domstolen prövade om detta innebar att familjen Vanbraekel kunde erhålla en kompletterande återbetalning som motsvarar mellanskillnaden mellan den högre belgiska ersättningen och den lägre franska ersättningen.

Domstolen ansåg inte att artikel 22 har till syfte att reglera medlemsstaternas återbetalning av kostnader som har uppkommit i samband med vård som har utförts i en annan

¹⁵⁹ Mål C-368/98 *Vanbraekel* p. 11-19.

¹⁶⁰ Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 34.

medlemsstat. Artikel 22 hindrar inte hindrar en kompletterande återbetalning men inte heller föreskriver denna bestämmelse en sådan kompletterande återbetalning.¹⁶¹ Sedan prövade domstolen om artikel 49 EGF kunde ge patienter en rättighet att få en kompletterande utbetalning. Domstolen ansåg att det otvivelaktigt var så att den omständigheten

”... att en socialförsäkringstagare omfattas av en mindre förmånlig ersättningsnivå när han undergår en behandling på sjukhus i en annan medlemsstat än när han undergår samma behandling i den medlemsstat där han är försäkrad kan avskräcka och till och med hindra denne försäkringstagare från att vända sig till personer som tillhandahåller vårdtjänster i andra medlemsstater och utgör, såväl för denne försäkringstagare som för dem som tillhandahåller vårdtjänster, ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster”.¹⁶²

Domstolen undersökte om det kunde vara objektivt motiverat att ersätta vård som erhållits utomlands med en lägre summa pengar än om vården erhållits inom landet. Enligt domstolen var det dock inte motiverat vare sig av tvingande hänsyn av allmänintresse eller av artikel 46 EGF. Enligt domstolen gav artikel 49 Jeanne Descamps rätt att få en kompletterande återbetalning.¹⁶³

4.1.3.3 Kommentarer

Det är möjligt att erhålla ”förhandstillstånd” i efterhand, om beslutet att avslå ansökan om förhandstillstånd varit felaktigt. När det gäller summan pengar som skall ersättas har den försäkrade rätt att erhålla en lika stor återbetalning som om behandlingen erhållits inom landet. I detta fall liksom i *Decker och Kohll*¹⁶⁴ rörde det sig om ett ersättningsbaserat sjukförsäkringssystem.

4.1.4 Müller-Fauré och Van Riet

4.1.4.1 Den nationella lagstiftningen om obligatorisk sjukförsäkring

Liksom i *Smits och Peerbooms*¹⁶⁵ rörde det sig om tillåtligheten av vissa nederländska bestämmelser. Det nederländska systemet omfattar endast vårdförmåner, vilket innebär att de försäkrade inte har rätt till ersättning för de kostnader som uppkommer på grund av sjukdom, rätten avser i stället gratis sjukvård. Vidare ingår försäkringskassan avtal med vårdgivare, om patienten vänder sig till icke-avtalsbundna vårdgivare får de stå för kostnaden själva, oberoende av om vårdgivaren är etablerad inom eller utom riket. Patienten kan dock erhålla ett förhandstillstånd för vård inom eller utom riket hos en icke avtalsbunden vårdgivare.¹⁶⁶

4.1.4.2 Bakgrund till de två tvisterna vid den nationella domstolen

I målet *Müller-Fauré* hade V. G. Müller-Fauré som var missnöjd med de holländska tandläkarna, under en semesterresa, vänt sig till en tandläkare i Tyskland, utan att först ha inhämtat tillstånd från sin försäkringskassa. Efter återkomsten från sin semester begärde Müller-Fauré återbetalning av kostnaderna för behandlingarna hon erhållit i Tyskland. De flesta av de behandlingar som utfördes i Tyskland omfattades inte av den obligatoriska sjukförsäkringen och de var således inte ersättningsgilla. Hade Müller-Fauré begärt

¹⁶¹ Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 35-37.

¹⁶² Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 45.

¹⁶³ Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 46-50.

¹⁶⁴ Mål C-120/95 *Decker* och mål C-158/96 *Kohll*.

¹⁶⁵ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

¹⁶⁶ Generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål c-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 9-14 och 46.

förhandstillstånd hade hon vetat om att inte alla dessa behandlingar var ersättningsgilla. Ersättning för de behandlingar som var ersättningsgilla vägrades eftersom det inte var fråga om en akut behandling i den mening som avses i artikel 22 i rfo 1408/71.¹⁶⁷

I målet *van Riet* begärde E.E.M. van Riets tillstånd att låta utföra en artroskopi i Belgien, eftersom ett sådant ingrepp kunde utföras mycket tidigare där än i Nederländerna. Denna begäran avslogs p.g.a. att behandlingen kunde utföras i Nederländerna. Under tiden, utan att invänta svar, hade van Riet låtit utföra en artroskopi och en förkortning av armbågsbenet vid en idrottsmedicinsk klinik i Belgien. Hon överklagade beslutet att inte meddela förhandstillstånd till sjukkasserådets överklagandenämnd. Nämnden ansåg att avslaget på begäran om ersättning av kostnaderna var korrekt eftersom nämnden ansåg att det var möjligt att få den nödvändiga medicinska vården i Nederländerna inom rimlig tid, och att det inte var fråga om en brådskande behandling i den mening som avses i artikel 22.¹⁶⁸

4.1.4.3 Kan kravet på förhandstillstånd tillåtas när det som den försäkrade kräver inom ett system för vårdförmåner är läkarvård som inte kräver inläggning på sjukhus?

Domstolen ansåg att kravet att de försäkrade skall inhämta ett tillstånd från försäkringskassan för att hävda sin rätt till förmånen att besöka en läkare i en annan medlemsstat utgjorde ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.¹⁶⁹

Domstolen övergick därefter till att undersöka om det fanns sakliga skäl för den nationella lagstiftningen. För rättfärdigande av de nationella reglerna åberopades tre argument. Först att skydda folkhälsan, eftersom avtalssystemet är ägnat att säkerställa en väl avvägd läkar- och sjukhusvård med kvalitet, som är tillgänglig för alla. Sedan att säkerställa ekonomisk balans i det sociala trygghetssystemet, eftersom ett sådant system även ger förvaltningsmyndigheterna möjlighet att kontrollera utgifterna. Slutligen det faktum att det nederländska sjukförsäkringssystemet är baserat på att de försäkrade garanteras naturaförmåner.¹⁷⁰

Domstolen var av den åsikten att ett avskaffande av kravet på förhandstillstånd för öppenvård inte skulle leda till att patienter skulle söka sig utomlands i en sådan omfattning att den ekonomiska balansen i det nederländska socialförsäkringssystemet allvarligt skulle rubbas, och att därmed den övergripande skyddsnivån för folkhälsan skulle vara hotad. Den ansåg att en rad omständigheter som t.ex. språkbarriären, det geografiska avståndet, kostnaderna för vistelsen i utlandet och avsaknaden av upplysningar om de vårdformer som tillhandahålls avhåller patienter från att söka vård utomlands. Domstolen ansåg därför inte att den omständighet att kravet på förhandstillstånd avskaffas kommer att leda till en ”massutvandring” av patienter. Domstolen påminde vidare om det faktum att eftersom det är upp till medlemsstaterna själva att bestämma hur omfattande sjukförsäkringen för de försäkrade personerna skall vara kan de försäkrade individerna när de trots att de saknar förhandstillstånd beger sig till en annan medlemsstat, i syfte att erhålla vård, bara hävda att kostnaderna för denna vård skall ersättas i den omfattning som garanteras av sjukförsäkringssystemet i den medlemsstat där de är sjukförsäkrade.¹⁷¹

Inte heller ansåg domstolen att kravet på förhandstillstånd var berättigat med hänsyn tagen till de väsentliga särdragen i det nederländska sjukförsäkringssystemet. För det första ansåg domstolen att vid tillämpningen av rfo 1408/71 skall de medlemsstater som har infört system med naturaförmåner, och till och med de medlemsstater som har ett nationellt

¹⁶⁷ Generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål c-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 2-4.

¹⁶⁸ Generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål c-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 5-6.

¹⁶⁹ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 44.

¹⁷⁰ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 66.

¹⁷¹ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 95 och 98.

sjukvårdssystem, införa mekanismer för ersättning i efterhand för kostnader avseende vård som har tillhandahållits i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten. Detta gäller till exempel i de fall när enligt artikel 34 rfo 574/72 formkraven inte har kunnat uppfyllas under den tid som den berörda personen har vistats i sistnämnda stat, eller när den behöriga medlemsstaten i enlighet med artikel 22.1 c i rfo 1408/71 har givit tillstånd till vård i utlandet. För det andra kan försäkrade personer, som utan förhandstillstånd beger sig till en annan medlemsstat än den stat i vilken den sjukförsäkrade personens sjukförsäkringssystem är etablerad, endast hävda att kostnaderna för denna vård skall ersättas i den omfattning som den garanteras av sjukförsäkringssystemet i den medlemsstat där de är sjukförsäkrade, d.v.s. om vården är ersättningsgill i hemlandet. Utöver detta gäller villkoren för beviljande av tillstånd för förmånerna i den mån de varken är diskriminerande eller hindrar den fria rörligheten för personer. Detta gäller bl.a. kravet att en allmänläkare skall anlitas innan en specialist konsulteras. För det tredje ansåg domstolen att det inte finns något som hindrar att en behörig medlemsstat, i vilken det finns ett system med naturaförmåner, fastställer de ersättningsbelopp som patienter som erhållit vård i en annan medlemsstat kan kräva. Detta under förutsättning att dessa belopp grundas på objektiva, icke-diskriminerande och öppna kriterier.¹⁷²

Domstolen konkluderade att artiklarna 49 och 50 EGF utgör hinder för nationella lagregler som innehåller krav på förhandstillstånd från den nationella sjukförsäkringskassa till vilken den försäkrade personen är ansluten, för att kostnader för vård som tillhandahållits i en annan medlemsstat av en person eller en inrättning med vilken sjukförsäkringskassan inte har slutit avtal skall ersättas.¹⁷³

4.1.4.4 Det förtydligande som har begärts av den nationella domstolen av begreppet ”i tid” i punkt 103 i domen i målet Smits och Peerbooms

Den nationella domstolen hade även ombett domstolen att tolka begreppet ”i tid” i punkt 103 i domen i målet *Smits och Peerbooms*. I punkt 103 uttalade domstolen att villkoret att behandlingen skall vara nödvändig som föreskrivs i de nationella bestämmelserna i kan vara berättigat med hänsyn till artikel 49 EGF, under förutsättning att villkoret tolkas så, att förhandstillstånd endast kan nekas med den motiveringen när en identisk behandling eller en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning med vilken den försäkrade personens sjukförsäkringskassa har ingått ett avtal.¹⁷⁴ Domstolen ansåg i *Müller-Fauré och van Riet* att vid bedömningen av om en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas ”i tid” vid en inrättning som har ingått ett avtal med den sjukförsäkringskassa som den försäkrade personen tillhör, är de nationella myndigheterna skyldiga att ta hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Den nationella domstolen skall

”därvid ... beakta inte enbart patientens hälsotillstånd, och i förekommande fall hur svåra smärtor patienten har eller hur gravt handikappad denne är - vilket till exempel skulle kunna omöjliggöra utövande av yrkesverksamhet eller göra detta oerhört svårt - vid tidpunkten när tillstånd söks, utan också dennes sjukdomshistoria”¹⁷⁵

Med andra ord ansåg domstolen att bedömningen skall ske från en strikt medicinsk utgångspunkt, oberoende av hur lång väntetiden är för att erhålla den nödvändiga behandlingen.

¹⁷² Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 105-107.

¹⁷³ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 109.

¹⁷⁴ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 103.

¹⁷⁵ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 90.

4.1.4.5 Kommentarer

Domstolen ansåg inte att kravet på förhandstillstånd är motiverat när det gällde öppenvård i ett system med naturaförmåner heller. Domstolen utvecklade således *Decker* och *Kohll*¹⁷⁶ principen till att även omfatta naturaförmånsbaserade system. Detta var föga överraskande eftersom domstolen, när den i *Smits och Peerbooms*¹⁷⁷ ansåg att kravet på förhandstillstånd i princip var berättigat talade om de mycket speciella särdrag som sjukhusvård har. Dessa särdrag föreligger inte i samma utsträckning när det gäller öppenvård, inte ens om sjukvården tillhandahålls inom ramen för ett naturaförmånsbaserat system.

Klargörandet av begreppet ”i tid” innebär att endast medicinska skäl kan användas för att neka patienten förhandstillstånd. Detta kan jämföras med artikel 22.2 rfo 1408/71 där det säg att tillstånd inte får nekas om vården inte kan tillhandahållas inom den tid som med beaktande av hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga. Mei ansåg redan efter avgörandet i *Smits och Peerbooms* att begreppet ”i tid” kunde användas som ett påtryckningsmedel gentemot medlemsstaterna för att kunna övervinna problemet med väntelistor, vilket hon inte anser att patienterna kan göra med artikel 22.¹⁷⁸ Frågan är om det verkligen var domstolens avsikt att utvidga fallen när tillstånd måste ges.

4.2 Sammanfattning av EG-domstolens rättspraxis

I *Kohll*¹⁷⁹ fastslog domstolen att vid en behandling som utförts av en läkare på dennes mottagning, och som finansieras genom ett ersättningsbaserat sjukförsäkringssystem, var det inte motiverat att hindra friheten att tillhandahålla tjänster genom att ställa upp ett krav på förhandstillstånd från sjukförsäkringsskassan. I domen i målet *Decker*¹⁸⁰ fastslog domstolen att i ett ersättningsbaserat sjukförsäkringssystem var det inte motiverat att hindra friheten att tillhandahålla varor genom att ställa upp ett krav på förhandstillstånd. I domen i målet *Smits och Peerbooms*¹⁸¹, där domstolen granskade vård som tillhandahölls på ett sjukhus och som finansierades genom ett system baserat på vårdförmåner, slog domstolen däremot fast att hindret för en av fördragets grundläggande friheter kunde motiveras av tvingande hänsyn av allmänt intresse. Domstolen gjorde därvid inte någon åtskillnad mellan ersättningsssystem och system som endast medför rätt till vårdförmåner. Slutligen har domstolen, i *Müller-Fauré och van Riet*¹⁸², slagit fast att kravet på förhandstillstånd inte var motiverat för sjukvård som tillhandahålls utanför ett sjukhus inom ramen för ett sjukförsäkringssystem som är baserat på naturaförmåner.

5. Analys

5.1 Varor

Som synes har domstolen och medlemsstaterna framförallt inriktat sig på den fria tjänsterörligheten. Vad innebar då egentligen *Decker*¹⁸³ för den fria varurörligheten?

¹⁷⁶ Mål C-120/95 *Decker* och mål C-158/96 *Kohll*.

¹⁷⁷ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

¹⁷⁸ Mei, Free Movement of Persons within the European Community, s. 305.

¹⁷⁹ Mål C-158/96 *Kohll*.

¹⁸⁰ Mål C-120/95 *Decker*.

¹⁸¹ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

¹⁸² Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*.

¹⁸³ Mål C-120/95 *Decker*.

Mediciner och medicinska produkter är varor i fördragets mening, de omfattas därför av den fria varurörligheten. Patienten behöver inte förhandstillstånd för att åka till en annan medlemsstat och inhandla mediciner och medicinska produkter som är ersättningsgilla enligt den nationella sjukförsäkringen. Om motsvarande varor är dyrare än medicinerna eller de medicinska produkterna i hemlandet har den försäkrade personen dock bara rätt att erhålla en återbetalning som motsvarar vad varan skulle ha kostat i hemlandet.

Det är fortfarande oklart om detta gäller i ett naturaförmånsbaserat system, i *Decker* rörde det sig om ett ersättningsbaserat system. Frågan är om det, när det gäller varor, spelar någon roll vilken typ av system det rör sig om och om det skulle vara möjligt att motivera ett krav på förhandstillstånd med tvingande hänsyn eller folkhälsan i ett naturabaserat system eller i ett system som är baserat på en nationell sjukförsäkring. Domstolen har inte när det gäller sjukvård, d.v.s. tjänster, gjort någon åtskillnad mellan de olika medlemsstaterna beroende på hur det har valt att organisera sina system för social trygghet. Jag anser därför inte att det är troligt att domstolen kommer att göra någon åtskillnad mellan de olika medlemsstaterna när det gäller den fria varurörligheten heller.

Domstolen har i *Duphar* uttalat att medlemsstaterna har rätt att ha listor på inkluderade eller exkluderade mediciner så länge

”... urvalet av de läkemedel som inte bekostas av försäkringsorganet sker utan särbehandling med hänsyn till produkternas ursprung och enligt objektiva och kontrollerbara kriterier, som t.ex. att det på marknaden förekommer andra, billigare produkter med samma terapeutiska verkan ... eller att det med hänsyn till skyddet av folkhälsan är motiverat att av läkemedelsterapeutiska skäl inte utge någon kostnadsersättning för produkterna, samt under förutsättning att det är möjligt att ändra förteckningarna närhelst detta krävs för att de fastställda kriterierna skall vara uppfyllda”.¹⁸⁴

Detta innebär att enligt *Decker* och *Kohll* proceduren behöver medlemsstaterna inte ersätta mediciner som ej är ersättningsgilla enligt den nationella sjukförsäkringen.

Patienten kan även begära förhandstillstånd från den nationella sjukförsäkringskassan och då ersätts kostnaden för varan enligt den taxa som gäller i förvärvslandet. Patienten har dock ingen ovillkorlig rättighet att erhålla ett sådant tillstånd.

5.2 Tjänster

När det gäller tjänster har domstolen fastslagit att sjukvård utgör en tjänst i fördragets mening då sjukvård normalt sett utförs mot ersättning. Domstolen konstaterade i *Müller-Fauré och van Riet* att det inte spelar någon roll om sjukvården tillhandahålls inom ramen för sjukförsäkringssystem som har obligatorisk social försäkring vare sig det rör sig om ett system som liksom det nederländska baseras på att naturaförmåner tillhandahålls och vårdgivaren betalas direkt med medel som tas från sjukkassan eller ett ersättningsbaserat system i vilket patienten skall betala kostnaderna och därefter begära ersättning för dem. Inte heller spelar det någon roll om sjukvården ombesörjs av en nationell hälsovårdsmyndighet och vårdgivaren betalas direkt med medel som tas från statsbudgeten.¹⁸⁵

När det gäller öppenvård finns det efter *Decker* och *Kohll*¹⁸⁶ två procedurer för att erhålla vård i en annan medlemsstat. Enligt *Decker* och *Kohll* proceduren behövs inget förhandstillstånd. Den försäkrade personen har rätt att erhålla en återbetalning av det belopp han eller hon har lagt ut, fast om behandlingen är dyrare än behandlingen i hemlandet har den försäkrade personen bara rätt att erhålla en återbetalning som motsvarar den han hade haft rätt

¹⁸⁴ Mål 238/82 *Duphar*, p. 22.

¹⁸⁵ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 103.

¹⁸⁶ Mål C-120/95 *Decker* och mål C-158/96 *Kohll*.

till om han hade erhållit vården i hemlandet. Icke-inkluderade former av vård behöver försäkringskassan inte ersätta när det gäller *Decker* och *Kohll* proceduren, vilket domstolen uttalade i *Smits och Peerbooms*¹⁸⁷. De behandlingar som inte är ersättningsgilla måste dock liksom när det gäller mediciner uteslutas på objektiva, icke-diskriminerande grunder som måste vara kända på förhand. Eventuella avslag skall dessutom kunna överprövas genom talan vid domstol.¹⁸⁸ Om medlemsstaterna inte var fria att själva bestämma vilka behandlingar som är ersättningsgilla skulle medlemsstaterna kunna tvingas att ersätta behandlingar som de anser vara moraliskt förkastliga t.ex. aborter, dödshjälp, preventivmedelsrådgivning och organdonationer.¹⁸⁹

En andra procedur är den som baseras på bestämmelserna i artikel 22 rfo 1408/71 och som innebär att patienten är tvungen att erhålla förhandstillstånd från den försäkringskassa de är anslutna till. Har förhandstillstånd erhållits har den försäkrade rätt att erhålla de förmåner som den tillhandahållande staten har att erbjuda. Patienten behöver inte stå för några kostnader själv, hela kostnaden för vården ersätts direkt till den tillhandahållande institutionen. Den försäkrade personen har dock inte en absolut rätt att erhålla ett sådant förhandstillstånd.

Extrakostnader som resekostnader och boende kostnader ersätts ofta inte även om förhandstillstånd erhållits, detta kan avhålla patienter från att söka vård utanför hemlandet. Den avhållande effekten kan i viss mån minskas av domen i målet *Vanbraekel*¹⁹⁰ i vilken domstolen kom fram till att om vården är billigare utomlands än i hemlandet har den försäkrade personen rätt att erhålla en återbetalning som motsvarar återbetalning han eller hon hade haft rätt till om vården erhållits i hemlandet, d.v.s. ersättningens skall baseras på hemlandets högre taxor. Observera dock att i *Vanbraekel* rörde det sig om att patienten hade fått ”förhandstillstånd” i efterhand. Frågan är om detta gäller även då inget förhandstillstånd erhållits d.v.s. om patienten väljer att använda *Decker* och *Kohll* proceduren.

När det gäller sjukhusvård d.v.s. slutenvård fastslog domstolen i *Smits och Peerbooms*¹⁹¹ att kravet på förhandstillstånd i princip är berättigat oavsett om det rör sig om ett ersättnings- eller naturaförmånsbaserat system. Dock måste villkoren för beviljande av ett sådant tillstånd vara motiverade med hänsyn till tvingande hänsyn eller folkhälsan.¹⁹²

Decker och *Kohll* proceduren har kanske inte så stor betydelse eftersom den inte omfattar sjukhusvård, vilken utanför gränsregionerna torde vara av störst betydelse eftersom patienter kanske inte är lika benägna att åka utomlands för att erhålla andra typer av vård. Därmed inte sagt att den inte har någon betydelse. Dessutom aktualiseras problemet med vad som utgör öppen och sluten vård. Om patienten inte blir inlagd på sjukhus rör det sig då i alla fall om öppenvård även om behandlingen utförs på ett sjukhus?

När det gäller öppenvård måste sjukförsäkringskassan visa att kravet på förhandstillstånd är motiverat, medan när det gäller slutenvård måste patienten visa att kravet på förhandstillstånd inte är motiverat av tvingande hänsyn eller folkhälsan.

5.2.1 För- och nackdelar med *Decker* och *Kohll* proceduren

Eftersom vissa behandlingar inte är ersättningsgilla kan det vara oklart för patienter vad som gäller. Frågan är om de behandlingar patienten önskar få utförda är ersättningsgilla. Om behandlingarna inte är ersättningsgilla riskerar patienten att behöva stå för hela kostnaden själv. För övrigt kan det vara oerhört svårt att veta hur stor del av ersättningen som i slutändan

¹⁸⁷ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

¹⁸⁸ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 90.

¹⁸⁹ General Report, s. 124.

¹⁹⁰ Mål C-368/98 *Vanbraekel*.

¹⁹¹ Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

¹⁹² Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 83.

måste betalas av patienten själv, d.v.s. vad kommer slutkostnaden att bli för patienten, hur stor blir mellanskillnaden mellan kostnaden för behandlingen i den tillhandahållande staten och den återbetalning som erhålls från hemlandet? I naturaförmånsbaserade systemen måste det vara i princip omöjligt att få reda på detta eftersom det inte finns förutbestämda taxor.

Ytterligare en nackdel är att de nationella sjukförsäkringskassorna tvingas tillämpa bestämmelserna i EG-fördraget. En del av den kritik som riktats mot rfo 1408/71 är att det är svårt att ta reda på vad som gäller för att erhålla vård utomlands. För patienten kan *Decker* och *Kohll* proceduren leda till att det kan vara ännu svårare att veta vad det är som gäller. Det är inte direkt utläsbart i fördragsartiklarna om den fria rörligheten att man som patient har rätt att åka till en annan medlemsstat för att där erhålla vård eller köpa mediciner eller medicinska produkter för att sedan ha rätt att erhålla en återbetalning från den nationella sjukförsäkringskassan. Detta leder till att bara ett välutbildat fåtal vet om att det existerar en möjlighet att erhålla vård enligt *Decker* och *Kohll* proceduren, vilket för övrigt även kan sägas om möjligheten att erhålla vård enligt artikel 22 rfo 1408/71.

En nackdel med *Decker* och *Kohll* proceduren är att den skulle kunna leda till sociala orättvisor. En av anledningarna till att de olika medlemsstaterna har system för social trygghet är att i en renodlad marknadsekonomi finns det individer som inte klarar av att ta hand om sina mest grundläggande behov som t.ex. sjukvård. Staten har därför intervenerat för att garantera att alla individer skall ha lika tillgång till vård oberoende av ekonomisk ställning. Alla medborgare skall bidra till systemen för social trygghet, detta bygger på en grundläggande tanke om solidaritet och omfördelning av rikedomar.¹⁹³ Generaladvokaten ansåg i *Müller-Fauré och van Riet* att om patienter som står på väntelistor för läkarbesök fritt kunde vända sig till marknaden för icke-avtalsbundna tjänster, med rätt att få sina kostnader ersatta, skulle detta helt upphäva den grundläggande principen om de försäkrades lika tillgång till sjukvård. Detta skulle vara till nackdel för dem som väntar på sin tur därför att de saknar ekonomiska resurser eller för att de litar på systemet.¹⁹⁴ Enligt Cabral leder domstolens avgörande i *Decker* och *Kohll* till att den fria rörligheten för vårdtagare bara sträcker sig så långt som den finansiella kapaciteten hos vårdtagaren tillåter. Detta kan leda till att låginkomsttagare inte kan få dyr behandling utomlands. Han undrar hur fri rörlighet för vårdtagare skall kunna garanteras så länge taxorna för ersättning skiljer sig åt mellan de olika medlemsstaterna.¹⁹⁵

En fördel med *Decker* och *Kohll* proceduren är att den har potentialen att förkorta de existerande väntelistor som förekommer inom Unionen. Vård utomlands kan minska problem med väntelistor i det ”sändande” landet men kan även öka problemet i det mottagande landet. Kan då det mottagande landet vägra att ta emot patienter som kommer från ett annat land eller sätta dem på separata väntelistor? När det gäller vård för vilken tillstånd givits ansåg domstolen inte att så var fallet i *Pierik I*¹⁹⁶. När det gäller *Decker* och *Kohll* proceduren är rättsläget oklart. Frågan är om medlemsstaterna kan sätta dessa patienter på separata väntelistor eller om de måste behandlas på samma sätt som landets egna medborgare. Diskriminering p.g.a. nationalitet är förbjuden, detta skulle kunna innebära att det inte vore möjligt att särbehandla medborgare från andra medlemsstater. Frågan är då om det skulle kunna vara möjligt att rättfärdiga den eventuella samhandelshindrande effekt detta skulle kunna få med tvingande hänsyn av allmänintresse eller folkhälsan. Medborgare från andra medlemsstater bidrar inte till finansieringen av det nationella systemet för social trygghet, varför skall de då ha samma rättigheter som de som faktiskt bidrar till finansieringen?¹⁹⁷

¹⁹³ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 3-5.

¹⁹⁴ Generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 55.

¹⁹⁵ Cabral, s. 393 och 395.

¹⁹⁶ Mål 117/77 *Pierik I*.

¹⁹⁷ Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, s. 305-306.

Dessutom kvarstår problemet med finansieringen av sjukvården, kostnaderna skulle kunna öka för att försäkringsinstitutionerna skulle tvingas betala för fler behandlingar om året, vilket enligt mig är ett lite krasst sätt att se på det hela.

5.2.2 För- och nackdelar med förhandstillstånd

Om förhandstillstånd beviljas slipper den försäkrade personen oklarheter om behandlingen är ersättningsgill eller inte. Inte heller behöver den försäkrade personen lägga ut pengar för behandlingen. Han slipper även extrakostnader för själva vården, d.v.s. mellanskillnaden mellan vad vården kostar i den tillhandahållande staten och hemlandet. Extrakostnader för resor och boende uppkommer dock, vilket det gör även om *Decker* och *Kohll* proceduren utnyttjas.

En stor nackdel med denna procedur är att tillstånd i princip aldrig ges eftersom rekvisiten i artikel 22.2 rfo 1408/71 har tolkats snävt av i princip alla medlemsstater. Som rättsläget är idag måste tillstånd ges om vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt och om han i den staten inte kan få vård inom den tid som, med beaktande av hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga. I de flesta länder ges inte tillstånd om inte dessa förutsättningar är uppfyllda. Om det inom den sändande staten existerar långa väntelistor tvingas den vårdsökande personen vänta tiden ut. Tillstånd bör, enligt mig kunna ges i fler fall än vad som görs idag. Jag anser att bedömningen skall ske från en strikt medicinsk utgångspunkt, oberoende av hur lång väntetiden är för att erhålla den nödvändiga behandlingen eftersom ingen bör nekas en livsviktig behandling om den kan ges direkt i ett annat medlemsland.

Jag anser inte att det är helt tillfredsställande att det inom Unionen existerar två parallella procedurer för att åka utomlands och erhålla vård. Det leder till sociala orättvisor och rättsosäkerhet. Något borde göras för att klargöra rättsläget. Frågan är vad.

5.3 Social trygghet vs. fri rörlighet

Är det verkligen lämpligt att applicera reglerna om fri rörlighet på området för social trygghet? I de flesta länder bedrivs inte vård som tillhandahålls inom ramen för de nationella sjukförsäkringssystemen med vinstsyfte, utan syftet är att ge patienter rätt till den grundläggande mänskliga rättighet sjukvård är. Om medlemsstaterna tvingas ersätta vård som utförts i ett annat land skulle det kunna leda till en kollaps av systemen för social trygghet, vilket skulle kunna slå ut principen om social rättvisa och allas lika tillgång till vård och leda till ett samhälle där endast rika personer har möjlighet att erhålla adekvat sjukvård. Domstolen skulle kunna radera allt medlemsstaterna uppnått inom området för social trygghet. Det är därför viktigt att se till helheten och inte bara till det enskilda fallet, systemen som sådana är enligt min mening viktigare.

En viss samordning är nödvändig för att uppnå målet om den fria rörligheten. Frågan är om domstolen inkräktar på medlemstaternas suveräna behörighet att reglera sina system för social trygghet då den tillämpar reglerna om den fria rörligheten på sjukvårdsområdet. Enligt domstolen själv är så inte fallet eftersom

”genomförandet av de grundläggande friheter som säkerställs genom fördraget oundvikligen förpliktar medlemsstaterna att göra vissa förändringar i sina nationella system för social trygghet, utan att det fördenskull kan anses att deras suveräna behörighet på området träds förmär. I detta avseende räcker det att hänvisa till de

ändringar som de har nödgats göra i lagstiftningen avseende social trygghet för att följa förordning nr 1408/71”.¹⁹⁸

Skillnaden mellan *Decker* och *Kohll* proceduren och rfo 1408/71 är att medlemsstaterna frivilligt och enhälligt har kommit överens om att göra vissa ändringar i sina system för social trygghet genom rfo 1408/71 medan domstolen i *Decker* och *Kohll* mot medlemsstaternas vilja utsträcker den fria rörligheten och kringgår bestämmelserna i artikel 22 rfo 1408/71. En bestämmelse som medlemsstaterna inskränkte efter det att domstolen redan i *Pierik I* och *II*¹⁹⁹ erkänt en fri rörlighet för patienter. Notera dock att i artikel 136 EGF sägs att den gemensamma marknadens funktion kommer att främja en harmonisering av de sociala systemen. Frågan är om det inte är det domstolen gör när den tillämpar reglerna om den fria rörligheten inom det socialrättsliga området, d.v.s. låter det följa av den gemensamma marknadens funktion. Det är ganska uppenbart att det socialrättsliga området inte skall vara helt opåverkat av den fria rörligheten. Var går då gränsen mellan den fria rörligheten och social trygghet?

¹⁹⁸ Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 102.

¹⁹⁹ Mål 117/77 *Pierik I* och mål 182/78 *Pierik II*.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Böcker

- Steiner, J. och Woods, L. *Textbook on EC Law*, Blackstone Press, London 2000.
- Bernitz, U. och Kjellgren, A. *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
- Erhag, T. *Fri rörlighet och finansiering av social trygghet, en rättslig studie av EG rättens inverkan på medlemsstaternas uttag av avgifter för finansiering av social trygghet*, Santéus förlag, Stockholm 2002.
- Mei, A.P. *Free Movement of Person within the European Community – Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Oxford 2003.
- Martin, D. och Guild, E. *Free Movement of Persons in the European Union*, Buttersworths, London, Edinburgh 1996.
- Vahlne Westerhäll, L. *Vårdförmåner och migration. Möjligheterna till planerad sjukvård inom EU för personer bosatta i Sverige*. Utdrag ur *Europaperspektiv 1998, Årsbok för Europaforskning inom ekonomi, juridik och statskunskap*, Nerenius och Santéus förlag, Falun 1998, Bernitz, U., Gustavsson, S. och Oxelheim, L. (redaktörer).

Artiklar

- Cabral P. *Cross border medical care in the European Union – bringing down a first wall*, (1999), 24 *European Law Review*, 387.
- Mei, A. P. *Cross border Access to Medical Care within the European Union – Some reflections on the judgements in Decker and Kohll*, (1998), *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 277.

Rapport

- General report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, *Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems*, May 2000, Palm, W., Nickless, J., Lewalle, H. och Coheur, A.

Domstolsavgöranden och beslut

Rättsfall från EG domstolen

- Förenade målen 28-30/62 *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV och Hoechst-Holland NV mot Nederländska skatteförvaltningen* (REG 1963 s. 61).
- Mål 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, (REG 1964 s. 585).
- Mål 7/68 *Europeiska kommissionen mot Italien*, (REG 1968 s. 423).
- Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (REG 1970 s. 1125).
- Mål 2/73 *Riseria Luigi Geddo mot Ente Nazionale Risi*, (REG 1973 s. 865).
- Mål 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville* (REG 1974 s. 837).
- Mål 24/75 *Teresa och Silvana Petroni mot Office national des pensions pour travailleurs salariés* (ONPTS), Bryssel, (REG 1975 s. 1149).

Mål 117/77, Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland mot G. Pierik (REG 1978 s. 825).

Mål 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (REG 1979 s. 649).

Mål 182/78 Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland, Zwolle, mot G. Pierik, Wapenveld (REG 1979 s. 1977).

Mål 238/82 Duphar BV m.fl. mot Nederländska staten (REG 1984 s. 523).

Förenade målen 286/82 och 26/83 Graziana Luisi och Giuseppe Carbone mot Ministero del Tesoro (REG 1984 s. 377).

Mål 41/84 Pietro Pinna mot Caisse d'allocations familiales de la Savoie, (REG 1986 s. 1).

Mål 263/86 Belgiska staten mot René Humbel och Marie-Thérèse Edel, (ECR 1988 s. 5365).

Mål 186/87 Ian William Cowan mot Trésor public (REG 1989 s. 195).

Mål C-2/90 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien (REG 1992 s. I-4431).

Mål C-76/90 Manfred Säger mot Dennemeyer & Co. Ltd. (ECR 1991 s. I-4221).

Mål C-159/90 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd mot Stephen Grogan m.fl., (REG 1991 s. I-4685).

Mål C-19/92 Dieter Kraus mot Land Baden-Württemberg (REG 1993 s. I-1663).

Förenade målen C-267/91 och C-268/91, Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard. (REG 1993 s. I-6097).

Mål C-443/93 Ioannis Vougioukas mot Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA), (REG 1995 s. I-4033).

Mål C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (REG 1995 s. I-4165).

Mål C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de Maladie des Employés Privés (REG 1998, s. I-1831).

Mål C-158/96 Raymond Kohll mot Union des Caisses de Maladie (REG 1998, s. I-1931).

De förenade målen C-51/96 och C-191/97, Christelle Deliège mot Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) och Christelle Deliège mot Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96). (REG 2000, s. I-2549).

Mål C-368/98 Abdon Vanbraekel m.fl. mot Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (REG 2001 s. I-5363).

Mål C-157/99 B.S.M. Smits, gift Geraets mot Stichting Ziekenfonds VGZ och H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, (REG 2001 s. I-5473).

Mål C-385/99, V. G. Müller-Fauré mot Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, och E.E.M. van Riet mot Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, (ÄIP).

Generaladvokatens förslag till dom

Generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i målen C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés och C-158/96 Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie (REG 1998 I-1831).

Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 186/87 Ian William Cowan mot Trésor public (ECR 1989 s. 00195).

Generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål C-385/99 Müller-Fauré och van Riet, (ÄIP).

Beslut

Beslut nr 163 av den 31 maj 1996 om tolkningen av artikel 22.1 a i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 för personer som genomgår dialys- eller syrgasbehandling (96/555/EG).