FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 10 juni 2010[1]

1. I förevarande mål aktualiseras viktiga och svåra rättsliga frågor av såväl processuell som materiell karaktär. Dels frågar Administrativen sad Sofia grad (förvaltningsdomstolen i Sofia) Europeiska unionens domstol huruvida unionsrätten utgör hinder för att en lägre domstol verkställer en dom från den högsta domstolsinstansen när målet har återförvisats, om den lägre domstolen har skäl att anta att domen strider mot unionsrätten. Dels ställer den nationella domstolen en utförlig fråga om ersättning för kostnader för vård som tillhandahållits i en annan medlemsstat på grund av att patienten inte kunde få denna vård i Bulgarien, samtidigt som det konstaterats att det finns alternativ vård som är mindre effektiv men samtidigt mer ingripande.

2. Det kan direkt konstateras att domstolens praxis innehåller svar på dessa båda frågor. På senare år har det emellertid skett betydande förändringar som förklarar varför dessa frågor kommer upp på nytt. Den omständigheten att det relativt nyligen uppkommit en omfattande rättspraxis rörande förhållandet mellan unionsrätten och de nationella domstolarna (bland annat Köbler, Kühne & Heitz och kommissionen mot Italien [2]) kan förklara varför förvaltningsdomstolen i Sofia ifrågasätter giltigheten av den rättspraxis som följer av domstolens dom i målet Rheinmühlen I, [3] vilken meddelades 1974. Anslutningen till unionen av nya stater med annorlunda hälso- och sjukvårdssystem, såväl i organisatoriskt hänseende som beträffande finansiella resurser, väcker frågor om huruvida den rättspraxis som behandlas nedan, som uppkommit och utvecklats före utvidgningen, fortfarande är tillämplig.

3. Dessa förändringar rörande såväl rättspraxis som de faktiska förhållandena i unionen förklarar varför domstolen har beslutat att målet ska prövas av stora avdelningen.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239), av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz (REG 2004, s. I-837), och av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-14637).

3 — Dom av den 16 januari 1974 i mål 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf (REG 1974, s. 33; svensk specialutgåva, volym 2, s. 195).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

Artikel 267 FEUF

”Europeiska unionens domstol ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående

a) tolkningen av fördragen,

b) giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer.

När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen. Om en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat i fråga om en frihetsberövad person, ska domstolen meddela sitt avgörande så snart som möjligt.”

Artikel 56 FEUF

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.”

4. Den sekundärrätt som är tillämplig i förevarande mål inskränker sig i huvudsak till artikel 22 i förordning nr 1408/71,[4] vilken innehåller bestämmelser om vård i en annan medlemsstat än den där personen är försäkrad i socialförsäkringen. Den har följande lydelse:

”*Artikel 22*

1. En anställd eller egenföretagare som uppfyller villkoren i den behöriga statens lagstiftning för att få förmåner, i förekommande fall

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 (EGT L 149, s. 2, ändrad vid flera tillfällen; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57 [svensk rättelse EGT L 323, 1996, s. 38]).

med beaktande av bestämmelserna i artikel 18, och

…

c) som efter tillstånd av den behöriga institutionen beger sig till en annan medlemsstats territorium för att där få den vård som hans hälsotillstånd kräver,

har rätt till följande förmåner:

i) Vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen på vistelse- eller bosättningsorten enligt bestämmelserna i den lagstiftning som den sistnämnda institutionen tillämpar som om han vore försäkrad där. Längden av den period under vilken förmåner utges skall dock bestämmas enligt den behöriga statens lagstiftning.

ii) Kontantförmåner som utges av den behöriga institutionen enligt bestämmelserna i den lagstiftning som denna institution tillämpar. Efter överenskommelse mellan den behöriga institutionen och institutionen på vistelse- eller bosättningsorten, kan dock sådana förmåner utges av den sistnämnda institutionen för den förstnämndas räkning enligt bestämmelserna i den behöriga statens lagstiftning.

1a. Administrativa kommissionen skall fastställa en förteckning över vårdförmåner som av praktiska skäl först måste vara föremål för en överenskommelse mellan den berörda personen och den vårdgivande institutionen för att förmånerna skall kunna utges under en vistelse i en annan medlemsstat.

2. Tillstånd enligt punkt 1 b får vägras bara om det är klarlagt att en flyttning skulle vara skadlig för personens hälsotillstånd eller försvåra läkarvården.

Tillstånd enligt punkt 1 c får 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.

…”

B — *Den nationella lagstiftningen*

5. I artikel 224 i Administrativno-protsesualen kodeks (förvaltningsprocesslagen) (nedan kallad APK) regleras rättsverkningarna i lägre instanser av den bulgariska högsta förvaltningsdomstolens domar:

”Artikel 224

Högsta förvaltningsdomstolens anvisningar om tolkning och tillämpning av rätten är bindande [för lägre instans] vid förnyad prövning i målet.”

6. Enligt artikel 36.1 i sjukförsäkringslagen har den som är obligatoriskt försäkrad ”rätt att helt eller delvis få ersättning för kostnader för vård utomlands endast om han eller hon har fått ett förhandstillstånd från Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa ”(nationell sjukförsäkringskassa, nedan kallad kassan).

7. Föreskrifter om grundskyddet i den obligatoriska försäkringen finns i artikel 45 i ovannämnda lag. Den har följande lydelse:

”Artikel 45

1. Den nationella sjukförsäkringskassan ersätter följande typer av sjukvård:

…

3. Sjukvård på och utanför sjukhus för diagnostisering och behandling vid sjukdom.

…

5. Akut sjukvård.

2. … Den sjukvård som avses i första stycket ska med undantag av vad som föreskrivs i nr 10 ingå i ett grundpaket som garanteras genom [kassans] budget. Grundpaketet fastställs genom en förordning som antas av hälsoministern.”

8. Den förordning som nämns i lagen är förordning nr 40 från 2004 om fastställande av grundpaketet med vårdförmåner som garanteras genom kassans budget. I förordningens

enda artikel föreskrivs att ”grundpaketet för sjukvård omfattar förmåner som utifrån typ och omfattning följer av bilagorna 1–10”.

9. I bilaga 5 till nämnda förordning finns en ”förteckning över standardvårdplaner” som innehåller följande:

”133. Kirurgisk behandling av glaukom.

134. Ögonoperationer med laserteknik eller kryoterapi.

135. Operationer kring ögat.

136. Övriga ögonoperationer.

…

258. Högteknologisk strålbehandling av onkologiska och icke-onkologiska sjukdomar.”

II — Bakgrund

10. Georgi Ivanov Elchinov, som är bosatt i Bulgarien och sjukförsäkrad genom den bulgariska sjukförsäkringskassan, fick en diagnos som innebar att han lider av en elakartad onkologisk sjukdom i höger öga. Hans läkare ordinerade honom en behandling med applikatorer eller protonterapi.

11. Den 9 mars 2007 ansökte Elchinov med stöd av artikel 22 i förordning nr 1408/71 om att kassan skulle utfärda en E 112-blankett (en handling genom vilken medicinsk behandling utomlands godkänns), för att han skulle kunna få den ordinerade behandlingen vid en specialistklinik för ögonsjukdomar i Berlin bekostad av den bulgariska sjukförsäkringen. Han motiverade sin ansökan med att han inte kunde få den ordinerade behandlingen i bosättningslandet, där han enbart erbjöds en alternativ behandling som innebar att hela det sjuka ögat opererades bort (enukleation).

12. På grund av sitt allvarliga sjukdomstillstånd åkte Elchinov den 15 mars akut till den tyska kliniken, där den ordinerade behandlingen genomfördes innan han fått svar på sin ansökan från kassan. Efter att ha inhämtat ett utlåtande från hälsoministeriet, där det bekräftades att den ordinerade behandlingen inte tillhandahölls i Bulgarien, beslutade kassan den 18 april, det vill säga några veckor efter behandlingen, att avslå Elchinovs ansökan.

13. Elchinov överklagade detta beslut till Administrativen sad Sofia grad, som den 13 augusti samma år meddelade dom och

biföll Elchinovs överklagande. Nämnda domstol upphävde det överklagade beslutet och återförvisade ärendet till kassan för att den skulle utfärda en E 112-blankett. Administrativen sad Sofia grad förpliktade också kassan att ersätta rättegångskostnaderna. I domen fastslog domstolen att kassan hade gjort en felaktig tolkning av artikel 22 i förordning nr 1408/71 och drog slutsatsen att förmånen i fråga anges i den bulgariska lagstiftningen. Enligt Administrativen sad Sofia grad är det tillräckligt att det hänvisas till behandlingen i lagstiftningen för att bestämmelsen i fråga ska tillämpas, även om behandlingen i praktiken inte kan tillhandahållas. Därför borde behandlingen utomlands ha godkänts.

14. Kassan överklagade denna dom till Varchoven administrativen Sad (högsta förvaltningsdomstolen). Genom dom av den 4 april 2008 upphävde Varchoven administrativen sad den dom som meddelats av Administrativen sad Sofia grad och återförvisade målet till en annan sammansättning för ny prövning. Högsta förvaltningsdomstolen slog direkt fast att Administrativen sad Sofia grad hade gjort en felaktig tolkning av artikel 22 i förordning nr 1408/71, med hänvisning till att den omständigheten att den omtvistade behandlingen inte kan tillhandahållas i Bulgarien, trots att det hänvisas till den i den nationella lagstiftningen, innebär att det ska presumeras att den inte ingår i de lagstadgade förmånerna.

15. I samband med den förnyade prövningen vid Administrativen sad Sofia grad begärde Elchinov att en tolkningsfråga skulle hänskjutas till Europeiska unionens domstol.

III — Tolkningsfrågan och förfarandet vid domstolen

16. Begäran om förhandsavgörande från Administrativen sad Sofia grad inkom till domstolens kansli den 14 maj 2009. Där ställer den hänskjutande domstolen följande frågor:

”1) Ska artikel 22.2 andra stycket i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 … tolkas så att, om den konkreta vård som avses i en begäran om utfärdande av en E 112-blankett inte kan erhållas vid en bulgarisk sjukvårdsinrättning, så ska det presumeras att denna vård inte ska finansieras genom den nationella sjukförsäkringskassans (NZOK) eller hälsoministeriets budget och, omvänt, att om denna vård finansieras genom NZOK:s eller hälsoministeriets budget, så ska det presumeras att den kan erhållas vid en bulgarisk vårdinrättning?

2) Ska uttrycket 'inte kan få sådan vård inom den medlemsstats territorium där han är bosatt' i artikel 22.2 andra stycket i förordning (EEG) nr 1408/71 tolkas så att det avser fall där den vård som erbjuds i den medlemsstat där den försäkrade är bosatt, som vård sett är långt mindre effektiv men samtidigt mer ingripande än den vård som erbjuds i en annan medlemsstat, eller avser uttrycket endast fall där den berörda personen inte kan få vård i tid?

3) Är den nationella domstolen, mot bakgrund av principen om processuell autonomi, skyldig att beakta sådana bindande anvisningar som den har fått av en domstol i högre instans i samband med att dess avgörande har upphävts och målet har återförvisats för ny prövning, när det finns anledning att anta att dessa anvisningar strider mot gemenskapsrätten?

4) Är det, om den berörda vården inte kan erhållas i den medlemsstat i vilken den sjukförsäkrade är bosatt, tillräckligt för att denna medlemsstat ska vara skyldig att ge tillstånd för vård i en annan medlemsstat enligt artikel 22.1 c i förordning (EEG) nr 1408/71 att den berörda typen av vård omfattas av de förmåner som utges enligt lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten även om den konkreta behandlingsmetoden inte nämns?

5) Utgör artikel 49 EG och artikel 22 i förordning (EEG) nr 1408/71 hinder för en nationell bestämmelse som artikel 36.1 i sjukförsäkringslagen, enligt vilken obligatoriskt försäkrade personer helt eller delvis har rätt till ersättning för kostnader för vård utomlands endast om de har fått ett förhandstillstånd som rör denna vård?

6) Ska den nationella domstolen förplikta den behöriga institutionen i den stat i vilken den berörde är sjukförsäkrad att utfärda handlingen avseende vård utomlands (E 112-blankett) när den anser att beslutet att inte utfärda en sådan handling är rättsstridigt, om ansökan om handlingen gjordes innan vården utomlands erhölls och vården var avslutad vid tidpunkten för domstolsavgörandet?

7) För det fall föregående fråga ska besvaras jakande och den nationella domstolen anser att beslutet att inte utfärda

tillståndet för vård utomlands är rättsstridigt, hur ska då den sjukförsäkrades kostnader för vården ersättas?

a) Ska kostnaden ersättas direkt av den stat i vilken den berörda personen är försäkrad eller av den stat i vilken vården erhölls, efter uppvisande av tillståndet för vård utomlands?

b) I vilken utsträckning ska kostnaderna ersättas för det fall de förmåner som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat i vilken den berörda personen är bosatt skiljer sig från de förmåner som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat i vilken vården erhölls, med hänsyn till artikel 49 EG enligt vilken inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster är förbjudna?”

17. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Förenade kungarikets regering, den bulgariska, den tjeckiska, den spanska, den finländska och den grekiska regeringen samt kommissionen har inkommit med yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i stadgan för domstolen. Eftersom varken parterna i målet vid den nationella domstolen, de ovannämnda staterna eller kommissionen har framställt någon begäran om muntlig förhandling var målet färdigt för detta förslag till avgörande när det skriftliga förfarandet hade avslutats.

IV — Huruvida anvisningarna från högsta förvaltningsdomstolen måste följas

18. Som framgår ovan skiljer sig den tredje av de sju frågorna från den hänskjutande domstolen avsevärt från de övriga. Denna fråga är av processuell karaktär och handlar inte om prövningen i sak. Skulle den besvaras jakande kan de övriga frågorna av nedan angivna skäl inte tas upp till sakprövning. Det är därför lämpligt att börja med att pröva denna processuella fråga.

19. Den tredje frågan handlar således om huruvida en bulgarisk processuell bestämmelse är förenlig med unionsrätten och domstolens praxis i denna fråga. Närmare bestämt undrar den hänskjutande domstolen huruvida en nationell domstol är skyldig att tillämpa en nationell bestämmelse som artikel 224 APK, enligt vilken domstolen ska beakta sådana bindande anvisningar som den har fått av en domstol i högre instans i samband med att dess avgörande har upphävts, när det finns anledning att anta att dessa anvisningar strider mot unionsrätten. Vad den hänskjutande domstolen begär, vilket framgår nedan, är en prövning av den praxis som följer av domstolens dom i målet Rheinmühlen I från 1974

och närmare bestämt dess tillämpning på en förfarandeordning som det bulgariska förvaltningsprocessrättsliga systemet. Mot bakgrund av att det under de 36 år som gått har skett en betydande utveckling när det gäller de nationella domstolarnas tillämpning av unionsrätten, finns det med anledning av den hänskjutande domstolens begäran anledning att fråga sig hur den praxis som följer av domen i målet Rheinmühlen I ska tolkas i dag.

A — *Praxis enligt domen i målet Rheinmühlen I, omständigheterna kring den och dess tillämpning i förevarande mål*

20. I domen i det ovannämnda målet Rheinmühlen I slog domstolen fast att ”en nationell rättsregel, enligt vilken domstolar som inte dömer i sista instans är bundna av en högre instans rättsliga bedömning, inte kan frånta dessa domstolar möjligheten att till EG-domstolen hänskjuta frågor om tolkningen av den gemenskapsrätt som berörs av den rättsliga bedömningen”.[5] Detta klargörande innebar ett starkt stöd för unionsrättens normativa betydelse och den kunde därigenom sedan göras gällande mot domar i högre instans vars rättspraxis var bindande för domstolar i lägre instans. Även om det i domen enbart fastslås att domstolar i lägre instans ska ha möjlighet att hänskjuta tolkningsfrågor, så säger det sig självt att sådana frågor ställs för att eventuellt kunna bortse från anvisningarna i den högre domstolens dom. Domstolen medgav endast undantag från denna regel om de frågor som underinstansen ställde ”var i sak identiska med frågor som redan ställts av domstolen i sista instans”.[6]

21. Genom domen i målet Rheinmühlen I infördes således ett slags decentraliserad unionsrättslig kontroll, dock inte av lagstiftning utan av domstolsavgöranden. Den innebar nämligen att en domstol vars avgörande upphävts av högre instans kunde åberopa denna rättspraxis och om målet återförvisats bortse från detta upphävande om det enligt domstolens bedömning stred mot unionsrätten. I valet mellan att beakta de nationella domstolarnas autonomi och den möjlighet som nu uppkom att stärka unionsrättens företräde, prioriterades det sistnämnda alternativet.[7]

22. En automatisk tillämpning av Rheinmühlen I skulle innebära att den tredje frågan besvarades nekande och då kan de

5 — Domen i det ovannämnda målet Rheinmühlen I, punkt 4.

6 — Ibidem.

7 — Så tolkades domen redan från början, vilket framgår av kommentarerna från den tiden i Bebr, G., *Europarecht*, 1974, s. 354, Winter, A., *Common Market Law Review*, 1974, s. 210, Hartley, T., ”Article 177 EEC: appeals against an order to refer”, *European Law Review*, 1975, s. 48.

övriga frågorna besvaras direkt. Domen i målet Rheinmühlen I präglas emellertid i hög utsträckning av processuella och historiska omständigheter som skiljer sig avsevärt från dem i förevarande mål. En så att säga enkelriktad tolkning som bara är inriktad på företrädet medför en risk att denna skillnad inte beaktas.

B — *De nationella domstolarna i sista instans och omdefinieringen av deras ställning vid tillämpningen av unionsrätten och av deras ansvar vid denna tillämpning*

23. Unionsrättens tillväxt och det ansvar som lagts på de nationella domstolarna att tolka och tillämpa denna rätt, har gjort att de högsta instanserna i medlemsstaterna har kommit att få en nyckelroll i samarbetet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna. Om det dessutom beaktas att det efter de successiva ändringarna i fördragen inte existerar och inte finns några planer på att införa någon möjlighet att överklaga nationella domstolars avgöranden direkt till EU-domstolen, är det uppenbart att de högre instanserna i medlemsstaterna har en viktig roll när det gäller att kontrollera att unionsrätten tillämpas på rätt sätt. Denna tilldelning av befogenheter till de högsta nationella domstolarna har skett samtidigt som deras skyldighet att se till att unionsrätten tillämpas korrekt har ökat, liksom även deras skyldighet att skydda de rättigheter som medborgarna har enligt unionsrätten.

24. Enligt min uppfattning är det så domen i målet Köbler [8] bör tolkas. Där fastställde domstolen att medlemsstaterna har ett skadeståndsansvar på grund av domstolsavgöranden, vilket även gäller de medlemsstater där det tidigare inte hade funnits något sådant ansvar. [9] Parallellt med denna utveckling övervann domstolen på initiativ av kommissionen i målet kommissionen mot Italien det långvariga motståndet hos dem båda mot att väcka respektive pröva talan om fördragsbrott mot medlemsstater som bygger på domar i de nationella domstolarna. [10] Såväl i målet Köbler som i målet kommissionen mot Italien siktade domstolen in sig på domstolarna i högsta instans och pekade ut dem som de centrala aktörerna som har ansvar både för att iaktta unionsrätten och se till att den iakttas. [11] Det är vid tillämpningen av dessa rättsmedel också av särskild betydelse huruvida domstolarna har hänskjutit en tolkningsfråga

8 — Domen i det ovannämnda målet Köbler.

9 — Se härvidlag generaladvokaten Légers analys i hans förslag till avgörande i målet Köbler, beträffande rötterna till statens ansvar för domstolsavgöranden i medlemsstaterna (punkterna 77–86).

10 — Dom av den 9 december 2003 i mål C-129/00 (REG 2003, s. I-4637).

11 — Domen i det ovannämnda målet Köbler, punkterna 34 och 35. Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 32.

till domstolen eller inte, samt hur domen i målet CILFIT [12] eventuellt har tillämpats.

25. Vidare bör det påpekas att medlemsstaterna har utarbetat garantier som bidrar till att domstolarna i högsta instans inte kommer undan med att meddela avgöranden utan att involvera EU-domstolen. Författningsdomstolarna i flera medlemsstater har i det här avseendet, om än med olika styrka, ändrat inriktningen på möjligheten att väcka direkt talan för att skydda de grundläggande rättigheterna, först i Förbundsrepubliken Tyskland, [13] därefter i Österrike [14] och Spanien [15] och nyligen i Tjeckien [16] och Slovakien. [17] I vissa medlemsstater finns således kontrollmekanismer för det växande ansvaret för de högsta instanserna inte bara vid EU-domstolen, utan även vid deras egna författningsdomstolar, vilka i allt högre grad beaktar unionsrätten då de prövar konstitutionella frågor.

26. Följaktligen måste även en annan utveckling av rättspraxis framhållas, vilken vid en första anblick inte förefaller följa samma linje som den ovan redovisade, men vars resultat ändå överensstämmer med denna. I sin dom i målet Kühne & Heitz [18] fastslog domstolen att ett nationellt förvaltningsbeslut som har fastställts genom en dom i högsta instans vars tolkning av unionsrätten senare visar sig felaktig till följd av en dom i EU-domstolen inte behöver prövas på nytt. Därmed ges företräde åt unionens rättssäkerhetsprincip, som skyddar den nationella domens rättskraft. [19] I linje med detta tog domstolen i domen i målet Kapferer ytterligare ett steg och tillämpade detta resonemang på ett rättskraftigt avgörande som hade meddelats i en underinstans. [20] I det sistnämnda fallet uttryckte sig domstolen mycket tydligt då den fastslog att ”en nationell domstol [inte] är … skyldig

12 — Dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT (REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513). Beträffande tillämpningen av denna rättspraxis i samband med skadeståndsansvar och domstolars åsidosättande, se domen i det ovannämnda målet Köbler, punkt 35, respektive dom av den 12 november 2009 i mål C-154/08, kommissionen mot Spanien (ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkterna 64 och 65.

13 — Federala författningsdomstolens dom av den 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339, vilken senare bekräftades i dom av den 31 maj 1990, BVerfGE 82, 159.

14 — Författningsdomstolens dom av den 11 december 1995, B 2300/95 WBl 1996, 24.

15 — Författningsdomstolens dom 58/2004, vilken senare bekräftades genom dom 194/2006.

16 — Författningsdomstolens beslut av den 30 juni 2008, IV. ÚS 154/08 och av den 24 juli 2008, III. ÚS 2738/07, vilka senare bekräftades genom dom av den 8 januari 2009, II. ÚS 1009/08.

17 — Författningsdomstolens beslut av den 29 maj 2007, III. ÚS 151/07 och av den 3 juli 2008, IV. ÚS 206/08.

18 — Se nämnda dom.

19 — Domstolen fastslog emellertid att unionsrätten inte hindrar att beslutet återkallas om följande fyra villkor är uppfyllda: a) Förvaltningsorganet har enligt nationell rätt behörighet att ändra beslutet. b) Beslutet i fråga har blivit slutligt som en följd av en dom från en nationell domstol som avgör målet i sista instans. c) Nämnda dom grundas, med hänsyn till rättspraxis från domstolen som meddelats efter denna dom, på en felaktig tolkning av gemenskapsrätten som gjorts utan att domstolen erhållit en begäran om förhandsavgörande i enlighet med föreskrifterna i artikel 234 tredje stycket EG. c) Den berörda parten vände sig till förvaltningsorganet så snart han fått kännedom om denna rättspraxis från domstolen.

20 — Dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer (REG 2006, s. I-2585).

enligt [unions]rätten att underlåta att tillämpa nationella processregler som leder till att avgöranden vinner laga kraft, även om ett sådant beslut skulle kunna avhjälpa ett åsidosättande av gemenskapsrätten". [21] Med tiden har denna rättspraxis bekräftats, exempelvis i målen i-21, Kempter och Fallimento Olimpiclub. [22] Undantag från denna rättspraxis förefaller endast medges när den unionslagstiftning vars företräde åberopats har antagits med stöd av en för unionen exklusiv behörighet. [23]

27. Sammanfattningsvis visar denna rättspraxis att unionens principer om rättssäkerhet och processuell autonomi i vissa fall kan uppställa villkor för unionsrättens företräde. Denna tolkning kan förefalla strida mot den rättspraxis som följer av domar som dem i målet Köbler och i målet kommissionen mot Italien, men i själva verket handlar det bara om den andra sidan av samma mynt. I och med att domstolarna i högsta instans börjar ta direkt ansvar för de avgöranden som strider mot unionsrätten, minskar behovet av att offra rättssäkerheten och de nationella domstolarnas autonomi för att säkerställa unionsrättens effektivitet. I synnerhet förefaller det inte lika nödvändigt att en underinstans har möjlighet att frångå den nationella hierarkiska organisationen för att värna om unionsrättens effektivitet. Bland annat kan nu den som tillerkänts rättigheter av underinstansen väcka talan om skadeståndsansvar på grund av domstolsavgörande (Köbler) och om den nationella rätten medger det kan även ett beslut som fastställts genom en rättsstridig dom prövas på nytt på eget initiativ (ex officio) (Kühne & Heitz). Även ett fördragsbrottsförfarande kan nu skydda en part som har drabbats av en felaktig tolkning av unionsrätten från den högre domstolens sida (kommissionen mot Italien), framför allt i de fall då medlemsstaterna har bestämmelser om extraordinära rättsmedel för att upphäva lagakraftvunna domar som domstolen förklarar rättsstridiga inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande. [24]

28. I och med att en högre nationell domstol måste ta ansvar gentemot den enskilde genom de rättsmedel som unionsrätten föreskriver, är det inte längre någon mening med att en underinstans som måste tillämpa det lagakraftvunna avgörande som den högre domstolen har meddelat och som kanske strider mot unionsrätten, får behålla sin

21 — Ibidem, punkt 21.

22 — Dom av den 19 september 2006 i de förenade målen C-392/04 och C-422/04, i-21 Germany och Arcor (REG 2006, s. I-8559), av den 12 februari 2008 i mål C-2/06, Willy Kempter (REG 2008, s. I-411), och av den 3 september 2009 i mål C-2/08, Fallimento Olimpiclub (REG 2009, s. I-7501).

23 — Dom av den 18 juli 2007 i mål C-119/05, Lucchini (REG 2007, s. I-6199).

24 — Se Alemanno, A., "La responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza", i Spitaleri, F., *Il risarcimento dei danni causati da sentenze definitive, i L'incidenza del Diritto Comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, Milano, 2009, s. 65–72.

möjlighet att bortse från det även om den nationella lagstiftningen inte medger det. Enligt min uppfattning återfår de nationella domstolarnas autonomi, särskilt beträffande så känsliga aspekter som dem som har berörts ovan, sitt existensberättigande när unionsrättens effektivitet på ett avgörande sätt börjar erhålla skydd på andra vägar.

29. I det här avseendet förtjänar slutligen domstolens ökade arbetsbörda att beaktas. Det faktum att ett stort antal tolkningsfrågor inkommer till domstolen och att det skapats brådskande förfaranden som ska ge snabba svar, ökar kanske än mer behovet av att EU-domstolen delar vissa funktioner med de nationella domstolarna. Skapandet av unionsrättsliga rättsmedel vid de nationella domstolarna, som staternas skadeståndsansvar och principerna om effektivitet och likvärdighet, stärker och främjar EU-domstolens och de nationella domstolarnas gemensamma arbete. Ökningen av antalet medlemsstater och det ökade antalet direktkontakter mellan medborgarna och unionsrätten gör å andra sidan att det blir allt mindre realistiskt att kräva att EU-domstolen ensam ska påta sig uppgiften att tolka unionsrätten. [25] Domen i målet Rheinmühlen I, som var en produkt av sin tid och avhängig av ett visst sammanhang, kan eventuellt paradoxalt nog komma att försämra snarare än att skydda unionsrättens effektivitet. Detta gäller inte minst med tanke på att Elchinov i förevarande mål kan använda sig av andra rättsmedel i de nationella domstolarna, rättsmedel som han för övrigt är garanterad genom unionsrätten.

30. Förevarande mål visar särskilt att det nu finns effektiva processvägar för ett anspråk som Elchinovs som skiljer sig från dem som följer av domen i målet Rheinmühlen I. Om Administrativen sad Sofia grad, efter det att högsta förvaltningsdomstolen återförvisat målet till denna domstol, avslår Elchinovs överklagande, har han möjlighet att väcka skadeståndstalan mot medlemsstaten på grund av åsidosättande av unionsrätten. Den nationella domstol som prövar en sådan talan får begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att klargöra huruvida det skett en felaktig rättstillämpning i den mening som

25 — Se härvidlag generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener, föredraget den 10 juli 1997 (REG 1997, s. I-6495), punkt 40 och följande punkter, samt generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-461/03, Gaston-Schul, föredraget den 30 juni 2005 (REG 2005, s. I-10513), punkterna 80–87.

avses i dess praxis. [26] Om domstolen finner att unionsrätten har åsidosatts meddelar den nationella domstolen dom och utdömer ersättning till klaganden, kort sagt på liknande sätt som om man hade utgått från domen i målet Rheinmühlen I. Om domstolarna inte gör en effektiv prövning av skadeståndstalan återstår avslutningsvis alltid det alternativa rättsmedlet fördragsbrottstalan, som den enskilde genom klagomål kan begära att kommissionen ska väcka. [27]

31. Till skillnad från situationen på 1970-talet kan unionsrätten i dag sägas ha uppnått en sådan mognadsgrad att dess effektivitet kan säkerställas i de nationella domstolarna utan att det krävs ett sådant starkt ingrepp i de nationella domstolarnas autonomi som det som utan tvekan följer av domen i målet Rheinmühlen I. Därför förefaller tiden nu vara inne för att ompröva den domen.

32. Emellertid måste det medges att det förslag jag lägger fram för domstolen har ett visst pris. Berövar man domstolarna de befogenheter som följer av domen i målet Rheinmühlen I kan det innebära att de inte kan erbjuda den enskilde någon omedelbar lösning. Denne tvingas då i stället väcka skadeståndstalan, en dyr och långdragen process som ibland kan få en negativ utgång. Denna brist skiljer sig emellertid inte så mycket från den som drabbar en person som tvistar i ett rent nationellt mål där en domstol i högsta instans med tillämpning av den nationella rätten meddelar en felaktig dom som vållar skada. Under sådana förhållanden tvingas den som inte omfattas av unionsrätten att väcka ansvarstalan, på samma sätt som Elchinov skulle tvingas göra för att göra gällande de rättigheter som unionen föreskriver. När domstolen väl har fastställt att företrädesprincipens krav ibland kan få vika för rättssäkerhetsprincipen, förefaller mig mitt förslag till lösning mer förenligt inte bara med dagens rättspraxis utan otvivelaktigt även med de olika medlemsstaternas

26 — Se bland annat dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357), punkt 35, av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 31, av den 26 mars 1996 i mål C-392/93, British Telecommunications (REG 1996, s. I-1631), punkt 38, av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Lomas (REG 1996, s. I-2553), punkt 24, av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94 och C-188/94–C-190/94, Dillenkofer m.fl. (REG 1996, s. I-4845), punkt 20, och av den 2 april 1998 i mål C-127/95, Norbrook Laboratories (REG 1998, s. I-1531), punkt 106.

27 — Ett exempel på ett mål med en situation som liknar Elchinovs, se mål C-211/08, kommissionen mot Spanien (i vilket dom ännu ej har meddelats). Det är ett mål om fördragsbrott som uppstod till följd av ett klagomål från en fransk medborgare, herr Chollet, bosatt i Spanien och ansluten till det spanska systemet för social trygghet. Klagomålet motiverades med att den behöriga spanska institutionen, efter att han hade varit inlagd på sjukhus i samband med en vistelse i Frankrike, hade avslagit hans ansökan om ersättning för den procentandel av vårdkostnaderna som institutionen på vistelseorten hade ålagt honom att betala enligt den franska lagstiftningen (”ticket modérateur”).

nationella rättsliga arkitektur, vars utformning och jämvikt inte bör rubbas i onödan.

33. Det kan vidare invändas att undantag från företrädesprincipen enligt domstolens praxis endast får göras när en nationell dom har vunnit laga kraft, vilket var fallet i mål som Kühne & Heitz och Kapferer men inte i förevarande mål. Detta argument är emellertid bara meningsfullt om rättskraften betraktas ur ett rent formellt perspektiv, vilket inte är förenligt med det synsätt som domstolen har anlagt i sin praxis på senare tid. Som framgår av ovannämnda domar, såväl i målet Kühne & Heinz som i målen Kapferer, Willy Kempter, i-21 Germany och Arcor och, på senare tid, Fallimento Olimpiclub, är domstolens bedömning av om ett nationellt domstolsavgörande är rättskraftigt i hög grad beroende av de närmare omständigheterna i varje enskilt mål. Såsom generaladvokaten Mazák påpekade i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Fallimento Olimpiclub, återspeglar denna praxis den balans som måste uppnås i varje enskilt fall, mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheterna. [28] Det är just ett sådant synsätt, där hänsyn tas till de nationella särdragen, som domen i målet Rheinmühlen I inte medger. Den innebär att underinstansen ska avstå från att tillämpa ett domstolsavgörande från högsta instans som den är direkt bunden av, och ger inget utrymme för att beakta faktorer som stabiliteten i de rättsliga förhållandena, domars rättskraft och rättssäkerheten. [29] Den rättskraft som föreskrivs i en nationell rättsordning och dess förhållande till unionsrätten bör således underkastas en ingående bedömning där hänsyn tas till varje medlemsstats processuella autonomi.

34. För att återgå till omständigheterna i förevarande mål, så finns det inget rättsmedel mot en dom meddelad av högsta förvaltningsdomstolen i Bulgarien. Högsta förvaltningsdomstolen kan emellertid återförvisa ett mål till lägre instans för ny prövning, vilken dock endast får avse faktiska omständigheter. Det råder inget tvivel om att högsta förvaltningsdomstolen har avgjort målet slutgiltigt beträffande de rättsliga aspekterna och att någon ny prövning inte kan ske, inte ens genom att tillgripa det extraordinära rättsmedlet att väcka talan vid författningsdomstolen. [30] Dessutom, vilket framgår av kommentarerna från specialister inom detta område, är högsta förvaltningsdomstolens rättsliga bedömning

28 — Förslag till avgörande föredraget den 24 mars 2009, punkt 54.

29 — Detta är samma synsätt, inriktat på de konkreta omständigheterna i respektive rättsordning, som domstolen har tillämpat i sin praxis rörande prövning av unionsrätten ex officio. Se härvidlag dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och van Veen (REG 1995, s. I-4705), av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), och av den 25 november 2008 i mål C-455/06, Heemskerk och Schaap (REG 2008, s. I-8763).

30 — Den bulgariska författningsdomstolen (artikel 149 i den bulgariska konstitutionen) prövar inte talan som väckts direkt av enskilda för att skydda grundläggande rättigheter.

i målet bindande för den i framtiden, för det fall underinstansens dom än en gång skulle överklagas till högsta förvaltningsdomstolen. [31] När högsta förvaltningsdomstolen meddelade sin dom 2008 kan domen således sägas ha vunnit materiell rättskraft, men inte formell. Dess innehåll blev således orubbligt och enligt den bulgariska processrätten har de däri förekommande rättsliga bedömningarna samma stabilitet som en lagakraftvunnnen dom. Jag anser att det är tillräckligt att ett avgörande som det i förevarande mål inte kan överklagas beträffande de rättsliga grunderna för att det ska uppstå en rättslig stabilitet som förtjänar ett särskilt skydd.

35. Avslutningsvis skulle det kanske kunna hävdas att detta förslag inte är helt förenligt med domstolens avgörande i målet Cartesio. [32] Det bör emellertid påpekas att det målet handlade om en annan problematik och dessutom rörde ett helt annat processkede än förevarande mål. Som bekant preciserade domstolen genom domen i målet Cartesio innehållet i domen i målet Rheinmühlen II [33] beträffande möjligheterna att väcka talan mot beslut om hänskjutande av tolkningsfrågor. [34] Det bör erinras om att domstolen i domen i målet Rheinmühlen II, som meddelades bara några veckor efter domen i målet Rheinmühlen I och rörde samma nationella tvist, fastslog att artikel 267 FEUF (då artikel 177 EEG) inte utgör hinder för att en underrätts beslut att hänskjuta en tolkningsfråga ”fortsätter att omfattas av de ordinära rättsmedel som föreskrivs i den nationella rätten”. Däremot preciserade domstolen denna slutsats i domen i målet Cartesio, samtidigt som den hänvisade till praxis enligt Rheinmühlen-målen, och fastslog att den behörighet att vända sig till domstolen som artikel 267 FEUF ger ”sätts i fråga, om den domstol som prövar överklagandet, genom att ändra beslutet att begära förhandsavgörande, genom att undanröja det och genom att förelägga den domstol som fattat detta beslut att återuppta det vilandeförklarade förfarandet, kan hindra den hänskjutande domstolen att använda sig av den möjlighet att vända sig till EG-domstolen som den ges enligt EG-fördraget”. [35] Därefter fortsatte domstolen resonemanget och fastslår avslutningsvis att det ankommer på underrätten att ”beakta följderna av ett avgörande som meddelas efter ett överklagande av beslutet att begära förhandsavgörande och, i synnerhet, att avgöra om dess begäran om förhandsavgörande ska vidhållas, om den ska ändras eller om den ska återkallas”. [36]

36. Framför allt är det uppenbart att problematiken runt en avsaknad av möjligheten att överklaga beslut om att begära

31 — Penchev, K., Todorov, I., Angelov, G., i Yordanov, B., Administrativnoprotsesualen kosekс – Komentar, Parvo izdanie, Sofia 2006, CHl. 24, al. 2.

32 — Dom av den 16 december 2008 i mål C-210/06, Cartesio (REG 2008, s. I-9641).

33 — Dom av den 12 februari 1974 i mål 146/73, Rheinmühlen II (REG 1974, s. 139).

34 — Se härvidlag Alonso García, R., ”Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nr 30, 2009, s. 209–211, och Barbato, J.-C., ”Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi”, *Revue Trimestrielle de Droit européen*, nr 2, 2009, s. 280 ff.

35 — Domen i det ovannämnda målet Cartesio, punkt 95.

36 — Ibidem, punkt 96.

förhandsavgörande och dess eventuella konsekvenser uppstod under andra omständigheter än i förevarande mål. Referensramarna skiljer sig åt avsevärt i dessa fall. Målet Cartesio handlade om vad som skulle kunna kallas den uppåtgående fasen i en tvist, det vill säga den naturliga utvecklingen från det att målet anhängiggörs i underrätten och fram till dess att det avslutas med en dom som inte kan överklagas. Förevarande mål handlar däremot om vad som skulle kunna kallas den – eventuella – nedåtgående fasen av en tvist, det vill säga tvistens avslutande skede när en slutlig dom har meddelats och målet har återförvisats till underrätten för att den ska följa ett rättsligt avgörande vars innehåll inte kan angripas.

37. Det förslag som här framförs innebär slutligen inte att domen i målet Rheinmühlen I måste förlora hela sitt existensberättigande. Tvärtom menar jag att denna rättspraxis förblir fullt giltig om det under den uppåtgående fasen av en tvist uppkommer hinder som gör att en underrätt måste bortse från anvisningar från en högre domstol. Typsituationen är när ett beslut om att begära förhandsavgörande överklagas, som i målet Cartesio. I en sådan situation är det berättigat att hålla fast vid domen i målet Rheinmühlen I och det är ingen tillfällighet att den domen nämns och återges i punkt 94 i domen i målet Cartesio. I sådana fall, i den uppåtgående fasen av en tvist där unionsrätten tillämpas, bör Rheinmühlen I fungera som ett verktyg för underrätten, som i detta skede enligt domstolens rättspraxis åtnjuter ett särskilt starkt skydd. [37]

38. Av ovan redovisade skäl föreslår jag således att domstolen fastslår att unionsrätten ska tolkas så att den inte utgör hinder för att en underrätt, såsom Administrativen sad Sofia grad i förevarande mål, i ett förfarande där denna redan har meddelat en första dom, enligt den nationella lagstiftningen är skyldig att, när målet har återförvisats, tillämpa anvisningarna i en dom om upphävande av underrättens dom som har meddelats av en domstol i högre instans i samma förfarande.

39. Om domstolen följer detta förslag saknar de övriga tolkningsfrågorna rörande målet i sak betydelse, eftersom de förutsätter att den hänskjutande domstolen inte nödvändigtvis behöver följa den bulgariska högsta förvaltningsdomstolens avgörande. Logiskt sett bör då domstolen avvisa begäran om förhandsavgörande med avseende på dessa

37 — Detta skiljer sig däremot från en situation där domen i målet Rheinmühlen I tillämpas när ett nytt förfarande inleds som inte berörs av den formella rättskraften hos den högre domstolens dom. Så var fallet i det nyligen avgjorda målet ERG m.fl. (dom av den 9 mars 2010 i mål C-378/08, REU 2010, s. I-1919), där domstolen hänvisade till nämnda dom, men i en situation där parterna hade väckt ny talan mot andra förvaltningsbeslut än dem som överklagats i det mål som tidigare hade avgjorts rättskraftigt.

tolkningsfrågor i enlighet med domstolens egen praxis. [38]

40. För det fall domstolen inte följer detta förslag bör de sex återstående frågorna rörande sakfrågan prövas. Som nämnts handlar dessa frågor om de gränsöverskridande medicinska tjänster som Elchinov har erhållit.

V — Prövning i sak

41. För att det ska vara möjligt att ge ett användbart svar måste de frågor som Administrativen sad Sofia grad har ställt behandlas i en annan ordning. För det första ska det prövas huruvida det bulgariska systemet med förhandstillstånd för vård utomlands är förenligt med fördragen och med artikel 22 i förordning nr 1408/71. För det andra ska det prövas huruvida villkoren i artikel 22 är uppfyllda. Särskild uppmärksamhet ska då ägnas graden av precision i den bulgariska lagstiftningen beträffande ersättningen för vården, följderna av att denna behandling inte går att få i Bulgarien samt möjligheten att erbjuda en alternativ behandling som är mindre effektiv men mer ingripande. För det tredje ska det undersökas vilket ersättningssystem som är tillämpligt om Elchinov uppfyller villkoren för att få ersättning för den vård som han erhållit i Tyskland. Avslutningsvis ska det klarläggas vilka befogenheter den nationella domstolen har för det fall det fastställs att klaganden har rätt till sådan ersättning.

A — *Förhandstillstånd som villkor för att få ersättning för kostnader för sjukvård utomlands (den femte frågan)*

42. Genom sin femte fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för ett system med förhandstillstånd för att få vård i en annan medlemsstat. Eftersom Elchinov fick vård i Tyskland *efter* att han hade ansökt om tillstånd men *innan* något tillstånd beviljats, är frågan huruvida ett system som det som föreskrivs i artikel 36 i den bulgariska sjukförsäkringslagen är förenligt med artikel 56 FEUF och med förordning nr 1408/71.

43. De stater som har inkommit med yttranden har delvis intagit samma ståndpunkt. Alla är överens om att medlemsstaterna enligt domstolens praxis får införa system med förhandstillstånd för vård utomlands som

38 — Se bland annat dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 21, av den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards (REG 1983, s. 171), punkt 19, och av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105), punkt 25.

kräver sjukhusvistelse. Medan Spanien och Bulgarien har hävdat att det bulgariska systemet, som helt utesluter all ersättning om tillstånd inte har sökts, inte strider mot unionsrätten, har emellertid kommissionen och den tjeckiska och den polska regeringen dragit en annan slutsats.

44. Svaret på denna fråga framgår utan vidare av domstolens praxis.

45. I sina domar i målen Decker och Kohll [39] slog domstolen fast att nationella bestämmelser enligt vilka ”ersättningen för kostnader som har uppkommit i [en annan] stat är beroende av ett förhandstillstånd och … försäkrade som inte har erhållit tillstånd nekas ersättning” innebär ett hinder för den fria rörligheten, eftersom de ”avhåller … de försäkrade från att vända sig till personer som tillhandahåller sjukvård i en annan medlemsstat”. [40] Efter att ha prövat de anförda skälen slog domstolen fast att ett system med förhandstillstånd inte kunde anses motiverat vare sig på grund av hänsyn till folkhälsan enligt artiklarna 52 och 62 FEUF eller mot bakgrund av tvingande skäl av allmänintresse.

46. Denna betydelsefulla slutsats, vilken bekräftade en utveckling som fanns latent redan i de två domarna i målen Pierik, [41] innehöll två viktiga preciseringar. Dels bekräftade den i enlighet med generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande [42] att artikel 22 i förordning nr 1408/71 kan tolkas mot bakgrund av fördragen, eller att dessa var tillämpliga när ovannämnda förordning inte kunde åberopas. [43] Dels visade den, som en följd av ovanstående, att sjukvården, såväl den offentliga som den privata, är en ekonomisk verksamhet som till fullo omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet. [44]

47. Det bör emellertid beaktas att båda domarna avsåg vård som inte krävde sjukhusvistelse utan endast behandling i öppenvården, vars organisation och kostnad inte är jämförbar med vad som krävs vid en vistelse på en vårdinrättning. Det var just på grund av detta sistnämnda övervägande som domstolen i sina domar i målen Smits-Peerbooms

39 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831), och av den 28 april 1998 i mål C-158/96 (REG 1998, s. I-1931).

40 — Domen i målet Decker, punkterna 35 och 36, och domen i målet Kohll, punkterna 34 och 35.

41 — Dom av den 16 mars 1978 i mål 117/77, Pierik (REG 1978, s. 825; svensk specialutgåva, volym 4, s. 85), och av den 31 maj 1979 i mål 182/78, Pierik (REG 1979, s. 1977; svensk specialutgåva, volym 4, s. 453).

42 — Punkterna 17–24 och punkt 32 i de förslag till avgörande som föredrogs samtidigt den 16 september 1997 i de ovannämnda målen Decker och Kohll.

43 — Domarna i de ovannämnda målen Decker, punkterna 22–25, och Kohll, punkterna 20 och 21.

44 — Domen i målet Kohll, punkterna 31–35. Denna precisering förebådades av domstolen redan i dess dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 483), men den tillämpades inte på sjukvårdssektorn förrän i domen i målet Kohll.

och Müller-Fauré, [45] vilka meddelades kort efter domarna i målen Decker och Kohll, slog fast att ”vårdtjänster som tillhandahålls vid en sjukhusinrättning obestridligen har vissa särdrag, i jämförelse med de tjänster som en läkare utför i sin praktik eller i patientens hem”. [46] Därefter preciserade domstolen dessa särdrag och angav att den här typen av inrättningar kräver planering och man därför måste ha kännedom om ”antalet sjukhusanläggningar, deras geografiska fördelning, hur de är inrättade och vilken utrustning som de är försedda med, liksom karaktären av de vårdtjänster som de erbjuder”. [47] Till följd av detta fastslog domstolen att unionsrätten ”i princip” inte utgör hinder för ett system med förhandstillstånd för den som vill ha sjukhusvård i en annan medlemsstat. [48]

48. Samma resultat nådde domstolen i domen i målet Vanbraekel, [49] men här tillkom en viktig faktor jämfört med de tidigare avgörandena: om en ansökan har avslagits och det senare har fastställts att detta avslag stred mot artikel 22 i förordning nr 1408/71, har sökanden rätt att kräva ersättning i enlighet med denna bestämmelse. [50] I sådana fall har sökanden rätt att erhålla ersättning direkt från den institution där han eller hon är försäkrad i sitt bosättningsland.

49. Mot bakgrund av detta bör en bestämmelse som artikel 36.1 i den bulgariska sjukförsäkringslagen tillämpas med beaktande av domstolens tolkning av artikel 56 FEUF och artikel 22 i förordning nr 1408/71. Detta innebär att kravet på förhandstillstånd för att få sjukhusvård i en annan medlemsstat ”i princip” inte är oförenligt med unionsrätten. Som framgår av domarna i målen Smits-Peerbooms och Müller-Fauré innebär detta emellertid inte att ovannämnda bestämmelse i den bulgariska lagen inte kan ifrågasättas. Om det i bulgarisk lag skulle införas en så sträng ordning att det blir omöjligt eller mindre attraktivt att fritt tillhandahålla tjänster, skulle det enligt den angivna rättspraxisen vara oförenligt med unionsrätten.

50. Med tanke på den omtvistade bestämmelsens lydelse, vilken är något tvetydig, förefaller det inte föreligga någon sådan oförenlighet.

45 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), och av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré (REG 2003, s. I-4509).

46 — Domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkt 76, och Müller-Fauré, punkt 77.

47 — Ibidem.

48 — Domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkt 82, och Müller-Fauré, punkt 83.

49 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel (REG 2001, s. I-5363).

50 — Domen i målet Vanbraekel, punkt 34. Se härvidlag även dom av den 18 mars 2004 i mål C-8/02, Leichtle (REG 2004, s. I-2641), punkt 55, samt generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i samma mål, punkt 41.

51. Enligt nämnda artikel 36.1 har den som är obligatoriskt försäkrad rätt att ”helt eller delvis få ersättning för kostnader för vård utomlands enbart om han eller hon har fått ett förhandstillstånd från [kassan]”. Såsom kommissionen och Elchinov har påpekat skulle bestämmelsen visserligen kunna tolkas som ett strikt förbud mot utbetalning av ersättning, på förhand eller i efterhand, om tillstånd inte har sökts. Bestämmelsen skulle emellertid också kunna tolkas på ett mer nyanserat sätt, nämligen så att ersättning endast kan utbetalas om tillstånd har inhämtats i förväg *och villkoren i artikel 22.2 i förordning nr 1408/71 är uppfyllda.* Om bestämmelsen uppfattas som en härledning från artikel 22 i nämnda förordning borde den också tolkas så att det inte längre behövs något tillstånd om den behöriga institutionen eller en domstol har fastslagit att avslaget på ansökan om tillstånd inte var välgrundat.

nr 1408/71 ska tolkas så att de inte utgör hinder för lagstiftning som artikel 36.1 i den bulgariska sjukförsäkringslagen, i den mån det enligt denna krävs förhandstillstånd för sjukhusvård i en annan medlemsstat, och under förutsättning att lagstiftningen i fråga inte hindrar att den som ansökt om tillstånd begär ersättning i efterhand om den behöriga institutionen själv eller en domstol slår fast att beslutet att avslå ansökan var ogrundat.

B — *Uppfyllelsen av villkoren i artikel 22.2 i förordning nr 1408/71*

52. Som bekant ankommer det enbart på den hänskjutande domstolen och inte på EU-domstolen att tolka de nationella bestämmelserna. Däremot ankommer det på EU-domstolen att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla uppgifter som krävs för att de nationella bestämmelserna ska kunna tillämpas korrekt mot bakgrund av unionsrätten. Under dessa förhållanden menar jag att artikel 56 FEUF och artikel 22.2 i förordning

53. Den hänskjutande domstolen har ställt flera frågor om tolkningen av artikel 22.2 i förordning nr 1408/71, i vilken det anges vilka villkor som ska vara uppfyllda för att man ska få rätt till tillstånd för sjukhusvård i en annan medlemsstat. Även här finns svaren på de olika frågorna i domstolens praxis, grundad enbart på tillämpningen av nämnda förordning, varvid FEUF bara behöver användas som tolkningshjälpmedel.

1. Huruvida vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt (den fjärde frågan)

54. Den hänskjutande domstolen är osäker på räckvidden av artikel 22.2 i förordning nr 1408/71, i vilken det i andra stycket anges att tillstånd för vård i en annan medlemsstat ”inte [får] vägras, om vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt”. Denna osäkerhet har uppkommit till följd av den bulgariska lagstiftarens val att använda sig av en uttömmande förteckning över vilka behandlingar som täcks av den försäkring som Elchinov är ansluten till, samtidigt som det där bara finns en allmän beskrivning av den behandling som han har ordinerats.

55. Även här har medlemsstaterna intagit olika ståndpunkter, även om samtliga har hävdat att de är behöriga att avgöra vilka specifika förmåner som de som omfattas av socialförsäkringen har tillgång till. Utifrån denna gemensamma ståndpunkt har den tjeckiska och den finländska regeringen framhållit vikten av att ett sådant system med en förteckning som det som finns i Bulgarien inte är diskriminerande. Konungariket Spanien har å sin sida betonat att det är viktigt att kategorierna är tillräckligt specifika så att de inte ger upphov till rättsosäkerhet. Den polska regeringen har förespråkat en restriktiv tolkning av artikel 22.2, medan den grekiska regeringen och kommissionen har förordat en vidare tolkning av bestämmelsen och menar att de bulgariska bestämmelserna måste tillämpas så att de inte är till men för den som erhåller vården.

56. Domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms och Müller-Fauré liksom domarna i målen Inizan och Watts [51] visade klart att domstolen var oroad över hur vissa medlemsstater tillämpade systemet med förhandstillstånd för vård i andra medlemsstater. I detta avseende slog domstolen i de ovannämnda målen fast att ett system med föregående myndighetstillstånd inte innebär att de nationella myndigheterna kan agera på ett skönsmässigt sätt som innebär att unionens bestämmelser fråntas all ändamålsenlig verkan. Därefter fastslog domstolen att ett system med föregående myndighetstillstånd som det som tillämpas för att få sjukhusvård i en annan medlemsstat måste ”grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning begränsas och inte kan användas godtyckligt”. [52]

51 — Dom av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan (REG 2003, s. I-12403), och av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts (REG 2006, s. I-4325).

52 — Domen i målet Smits och Peerbooms, punkt 90, domen i målet Müller-Fauré, punkt 85, domen i målet Inizan, punkt 57, och domen i målet Watts, punkt 116.

57. I målet Smits och Peerbooms innehöll den omtvistade nederländska bestämmelsen inte någon förteckning över förmåner utan en allmän regel, enligt vilken ersättning för medicinsk behandling beviljades om behandlingen kunde betraktas som ”sedvanlig i de berörda yrkeskretsarna”. Domstolen slog fast att en sådan vag bestämmelse i själva verket riskerade att gynna inhemska tillhandahållare av vård framför sådana som är etablerade i andra medlemsstater. [53] I domen i målet Watts framhöll domstolen också att ett system som det brittiska, i vilket det inte anges enligt vilka kriterier som förhandstillstånd för ersättning av kostnaden för sjukhusvård i en annan medlemsstat ska beviljas, knappast är förenligt med unionsrätten. [54]

58. Till skillnad från ovannämnda fall tillämpas i det bulgariska systemet en förteckning där de behandlingar som omfattas av den obligatoriska försäkringen tas upp på ett uttömmande och uteslutande sätt. Den hänskjutande domstolens frågor rör således inte ett skönsmässigt system. Det är avsett att vara objektivt, öppet och icke-diskriminerande, men det väcker frågor om hur det ska tolkas.

59. I bilaga 5 till förordning nr 40 med tillämpningsföreskrifter för lagen finns en ”förteckning över standardvårdplaner” som omfattas av den obligatoriska försäkringen. Där ingår ”kirurgisk behandling av glaukom”, ”ögonoperationer med laserteknik eller kryoterapi”, ”operationer kring ögat”, ”övriga ögonoperationer” samt ”högteknologisk strålbehandling av onkologiska och icke-onkologiska sjukdomar”. Med utgångspunkt i denna grupp av ögonbehandlingar frågar den hänskjutande domstolen om en behandling som innebär att tumören bestrålas med protonpartiklar för att sedan tas bort är en förmån som omfattas av någon av de punkter som räknas upp i bilaga 5.

60. I likhet med vad kommissionen har påpekat måste ett nationellt system med uttömmande förteckningar som ibland enbart innehåller allmänna beskrivningar av behandlingarna, vara enhetligt och definitionen av behandlingarna måste tolkas i enlighet med lydelsen. Om det bulgariska systemet syftar till att på ett uttömmande och synnerligen specifikt sätt definiera alla behandlingar som den obligatoriska försäkringen omfattar, kan med andra ord införandet av en förmån som beskrivs i allmänna ordalag, exempelvis ”högteknologisk strålbehandling av onkologiska och icke-onkologiska sjukdomar” som anges i punkt 258 i bilaga 5 till förordningen med tillämpningsföreskrifter, inte medge en tolkning som berövar den dess innehåll. Detta innebär inte att ovannämnda punkt 258 måste ges en vid tolkning, såsom den grekiska regeringen har hävdat. Det handlar i stället om att denna punkt måste tolkas mot bakgrund av det yttersta målet med såväl den

53 — Domen i det ovannämnda målet Smits och Peerbooms, punkt 96.

54 — Domen i det ovannämnda målet Watts, punkt 118.

bulgariska lagstiftningen som unionsrätten. Vad gäller domstolens tolkning av den sistnämnda, måste nämnda punkt 258, för att de i domstolens praxis så flitigt omnämnda principerna om objektivitet, öppenhet och ickediskriminering ska vara uppfyllda, förstås på det sätt som anges nedan.

61. En tolkning av detta slag bör vidare bygga på vissa tekniska parametrar som även om de inte är rättsliga bör innefatta den rättsliga bedömning som unionsrätten påbjuder. Såsom kommissionen har påpekat i sitt yttrande fastslog domstolen i domen i målet Smits och Peerbooms att de nationella myndigheterna när de ska pröva om en behandling är ”tillräckligt beprövad och erkänd” i den medicinska praktiken, måste beakta alla relevanta föreliggande omständigheter, bland annat facklitteratur och vetenskapliga studier samt sakkunnigutlåtanden. [55]

62. I förevarande mål handlar det inte om att pröva huruvida behandlingen är ”tillräckligt beprövad och erkänd”, såsom föreskrevs i de nederländska bestämmelserna i målet Smits och Peerbooms, utan huruvida den är ”högteknologisk”. Naturligtvis ankommer det på den hänskjutande domstolen att definiera detta uttryck, men då den gör det bör den ta hänsyn till vissa riktlinjer som tidigare har angetts i rättspraxis. Då den prövar huruvida en behandling är högteknologisk eller inte bör den enligt nämnda praxis från EU-domstolen iaktta försiktighet, eftersom det kan finnas högteknologiska metoder som är så komplicerade att de inte är vanligt förekommande i medicinsk praxis. För att dra en gräns mellan vanligt förekommande och annan ”högteknologisk” behandling kan behandlingens experimentella karaktär användas som kriterium. Om den ordinerade behandlingen kräver användning av ”högteknologiska” metoder omfattas dessa bara av artikel 22 i förordning nr 1408/71 om de inte är av experimentell karaktär. När det avgörs huruvida de är av sådan karaktär bör i enlighet med domen i målet Smits och Peerbooms alla relevanta föreliggande omständigheter beaktas, bland annat facklitteratur och vetenskapliga studier samt sakkunnigutlåtanden.

63. Med hjälp av dessa tolkningskriterier ankommer det på den hänskjutande domstolen att fastställa den exakta räckvidden av de omtvistade bestämmelserna. Det ankommer också på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den högteknologiska behandling som använts i det här fallet är av experimentell karaktär eller inte. Denna bedömning ska emellertid ske i överensstämmelse med de unionsrättsliga normer som

55 — Domen i målet Smits och Peerbooms, punkt 98.

här har förespråkats. Det innebär att artikel 22.2 i förordning nr 1408/71 ska tolkas så att den inte utgör hinder för ett system som det som föreskrivs i bilaga 5 till förordning nr 40 från 2004, förutsatt att detta utifrån objektiva, icke-diskriminerande och på förhand kända kriterier gör det möjligt att få reda på vilka behandlingar som ingår i det. När det i nationell rätt används ett system med en förteckning och en behandling beskrivs i allmänna ordalag med hänvisning till ”högteknologiska” metoder, ska den hänskjutande domstolen, för att inte den rättighet som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 1408/71 ska berövas sitt innehåll, bedöma huruvida den erhållna behandlingen är av experimentell karaktär eller inte, mot bakgrund av alla relevanta föreliggande omständigheter, bland annat facklitteratur och vetenskapliga studier samt sakkunnigutlåtanden.

2. Huruvida det kan presumeras att en viss typ av vård inte omfattas om den inte finansieras genom socialförsäkringssystemets budget (den första frågan)

64. Genom sin första tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida unionsrätten medger att det antas att en viss behandling inte omfattas av socialförsäkringssystemet om den inte finansieras genom systemets budget, även om den är reglerad i den nationella lagstiftningen. Denna fråga aktualiserar en viktig aspekt som ännu inte har utvecklats i domstolens praxis, nämligen den situation då det inte finns tillräckliga resurser för att tillhandahålla de garanterade medicinska behandlingarna och huruvida det är förenligt med friheten att tillhandahålla tjänster.

65. Med undantag av Bulgarien och Förenade kungariket är alla medlemsstater som har inkommit med yttranden i målet samt kommissionen eniga om att en sådan presumtion saknar stöd i artikel 22 i förordning nr 1408/71. De menar att en sådan tolkning skulle urholka den rätt som varje patient har att erhålla sjukhusvård i en annan medlemsstat och att tillämpningen av förordningen skulle överlåtas på de olika nationella myndigheterna (och vara beroende av de resurser som finns tillgängliga). Bulgarien och Förenade kungariket har däremot gjort gällande att presumtionen är förenlig med tillgången till resurser i varje enskild medlemsstat, vilket gynnar eller missgynnar alla patienter på samma sätt, oavsett om de vill utnyttja den fria rörligheten eller inte.

66. Av de frågor som har ställts i förevarande mål är detta den enda som inte har något konkret svar i domstolens praxis. Svaret på den

kan emellertid härledas från de ovannämnda domarna och från domstolens praxis inom området frihet att tillhandahålla tjänster.

67. Enligt domstolens fasta praxis utgör artikel 56 FEUF hinder för tillämpning av varje nationell reglering som medför att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster enbart internt inom en medlemsstat. [56] Förordning nr 1408/71, vars syfte är att få den fria rörligheten att fungera inom området social trygghet, har samma mål och den utgör därför hinder för alla tolkningar av artikel 22 som innebär att personer i andra medlemsstater som tillhandahåller tjänster hamnar i en sämre situation än dem i bosättningsstaten. [57] Mot bakgrund av detta är det nödvändigt att behandla alla nationella förfaringssätt eller bestämmelser som direkt eller indirekt gynnar inhemska tillhandahållare av tjänster framför utländska med stor försiktighet. Den presumtion som högsta förvaltningsdomstolen i Bulgarien gjorde då den tillämpade artikel 22 i förordning nr 1408/71 bör uppenbarligen betraktas som en begränsning i detta avseende.

68. Trots denna tolknings restriktiva karaktär måste det emellertid prövas om den ifrågasatta presumtionen medger något ytterligare utrymme som gör att den kan ha stöd i förordningen i fråga. I detta avseende har Bulgarien endast upprepat att den ordinerade behandlingen inte omfattas av dess lagstiftning utan att därvid ifrågasätta möjligheten att presumtionen kan vålla skada. Förenade kungariket har å sin sida gjort gällande att protonterapi, på grund av den höga kostnad som den medför och dess komplicerade karaktär, motiverar en tolkning som den som högsta förvaltningsdomstolen i Bulgarien har gjort. Denna tolkning utgår från att den finansiella stabiliteten i socialförsäkringssystemen skulle hotas om patienter fick tillstånd att söka så avancerad och kostsam vård i en annan medlemsstat.

69. Dessa argument är inte övertygande.

70. För det första bör det påpekas att den omtvistade presumtionen inte har något uttryckligt stöd i artikel 22 i förordning nr 1408/71 eller någon annan del av förordningen. Det handlar således om ett undantag från en rätt som klart och tydligt föreskrivs i unionsrätten. Om det dessutom, såsom påpekats i punkt 67 i detta förslag till avgörande, beaktas att åtgärden gynnar personer i Bulgarien

56 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-381/93, kommissionen mot Frankrike (REG 1994, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-223), punkt 17, samt domarna i de ovannämnda målen Kohll, punkt 33, Smits och Peerbooms, punkt 61, och Watts, punkt 94.

57 — Se första och andra skälen till förordning nr 1408/71.

som tillhandahåller tjänster framför personer i andra medlemsstater, bör alla tolkningar som innefattar en presumtion som den här omtvistade uteslutas på förhand.

71. För det andra är argumentet att en presumtion av den här typen hotar kassans finansiella stabilitet lika svagt. Såsom alla stater som har inkommit med yttranden i målet har påpekat, bör det beaktas att det är de som är behöriga att avgöra vilka behandlingar som ska kräva tillstånd för att dessa ska få erhållas i andra medlemsstater. [58] Det innebär att det är de som har ansvar för att på ett objektivt, öppet och icke-diskriminerande sätt ange vilka tjänster som omfattas av deras socialförsäkringssystem. Om de tillgängliga budgetmedlen i en medlemsstat inte räcker för att bekosta en behandling som protonterapi, får den staten besluta att inte föra in den i förteckningen över behandlingar som ersätts. Om den hänskjutande domstolen i förevarande mål skulle komma fram till att den ordinerade behandlingen omfattas av den bulgariska lagstiftningen (vilket sakkunnigutlåtandena i de nationella instanserna tyder på), skulle ett tillhandahållande av denna behandling i en annan medlemsstat vara en följd av ett beslut som de bulgariska myndigheterna valt att fatta. Unionsrätten skulle inte under några förhållanden utöka de behandlingar som omfattas av det nationella socialförsäkringssystemet.

72. För det tredje måste ett effektivitetsargument beaktas. Ett system som det bulgariska, som gör anspråk på att ha en sofistikerad förteckning över behandlingar som täcks av kassan, kan bara genom det faktum att det ingår i unionen dra fördel av kunskaperna och tekniken i andra medlemsstater som förfogar över de tekniska resurser som Bulgarien eftersträvar. Om en medlemsstat önskar ligga i framkanten när det gäller medicinska behandlingar (vilket naturligtvis tar sin tid), innebär unionsrätten att dess medborgare kan få sådan behandling i andra medlemsstater som den förstnämnda staten vill kunna erbjuda inom landet, även om den i nuläget inte klarar av det. Om en medlemsstat har reglerat en viss behandling i sin nationella lagstiftning strider det inte bara mot reglerna för den inre marknaden om den försöker förhindra att behandlingen erhålls i en annan medlemsstat. Det bidrar även till att splittra upp sjukvårdssektorn, som är en sektor som kräver samarbete och utbyte av resurser, kunskaper och yrkeskompetens. Med ett sådant synsätt som det som har förespråkats av den bulgariska regeringen försvagas inte bara systemets effektivitet för medborgarna inom

58 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen Decker, punkterna 21–24, Kohll, punkterna 17–20, Smits och Peerbooms, punkterna 53–58, Vanbraekel, punkterna 40–44, Müller-Fauré, punkterna 38–43, Inizan, punkterna 16–18, och Watts, punkterna 90–92.

medlemsstaten i fråga utan även effektiviteten hos hela sjukvårdssektorn i Europa. Om sjukvården däremot samordnas ökar effektiviteten, kvaliteten och kunskaperna i de olika medlemsstaternas sjukvårdssektorer.

73. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 1408/71 ska tolkas så att den utgör hinder för en presumtion om att vård som det hänvisas till i den nationella lagstiftningen men som inte finansieras genom budgeten, inte omfattas av detta system.

3. Möjligheten att i bosättningslandet erbjuda alternativ vård som är mindre effektiv men samtidigt mer ingripande (den andra frågan)

74. Genom sin andra fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i hur det andra villkoret i artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 1408/71 ska tolkas. Enligt denna bestämmelse är den behöriga myndigheten skyldig att bevilja tillstånd ”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”. Den hänskjutande domstolen frågar huruvida denna bestämmelse medger att en medlemsstat nekar tillstånd om det finns motsvarande behandlingar som är mindre effektiva men samtidigt mer ingripande inom dess territorium. Närmare bestämt ska det prövas huruvida en behandling som innebär att hela det sjuka ögat opereras bort är ett likvärdigt alternativ till protonterapi.

75. Även beträffande detta har de medlemsstater som inkommit med yttranden intagit olika ståndpunkter. Tjeckien, Polen, Finland, Grekland och kommissionen har förespråkat ett flexibelt synsätt, där hänsyn tas till omständigheterna kring varje enskild patient då det prövas huruvida det finns alternativa behandlingar i bosättningsstaten som kan erbjudas i tid. Bulgarien, Spanien och Förenade kungariket har däremot förordat en restriktiv tolkning av artikel 22 i förordning nr 1408/71 och menar att tillstånd bara ska beviljas om ingen av de tillgängliga behandlingarna, inte heller de alternativa, kan tillhandahållas i tid i bosättningslandet.

76. Det bör till att börja med erinras om att domstolen redan har uttalat sig i denna fråga i domen i målet Pierik, där den fastställde att nämnda villkor i förordning nr 1408/71 är uppfyllt ”när den behöriga institutionen finner att den ifrågavarande vården utgör en nödvändig och effektiv behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda

personen lider av”.[59] Denna dom korrigerades visserligen senare av gemenskapslagstiftaren, som införde en tidsdimension i artikel 22.2 andra stycket i den ovannämnda förordningen.[60] Precis som i målet Pierik har domstolen emellertid än en gång, särskilt från och med de tidigare nämnda domarna i målen Smits och Peerbooms och Müller-Fauré, begränsat räckvidden av den tidsmässiga faktorn.

77. I dessa domar, vilka visserligen rörde fall där artikel 56 FEUF tillämpades direkt, och inte förordning nr 1408/71, fastställde domstolen att en nationell myndighet bara får neka tillstånd att undergå behandling i en annan medlemsstat ”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”.[61] Denna rättspraxis befästes i målen Inizan[62] och Watts,[63] i vilka förordning nr 1408/71 var tillämpliga, vilket innebar att tolkningen av fördraget och av sekundärrätten jämställdes i rättspraxis. Slutsatsen är att endast nationella behandlingar som i hög grad är likvärdiga kan motivera ett avslag på tillstånd att få behandling i en annan medlemsstat.

78. I nämnda domar angav domstolen även vilka kriterier som bör beaktas då graden av likvärdighet prövas. Vid bedömningen av om en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid i bosättningsstaten är den behöriga myndigheten skyldig att ta hänsyn till ”samtliga omständigheter i det enskilda fallet och därvid vederbörligen 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”.[64]

79. Därefter ankommer det på den hänskjutande domstolen att tillämpa de angivna kriterierna i förevarande mål. För att sammanfatta det som hittills sagts ska domstolen för det första pröva huruvida den ordinerade behandlingen kan tillhandahållas i tid i bosättningsstaten. Om så inte är fallet ska domstolen ta hänsyn till om det finns alternativa behandlingar i bosättningsstaten. I detta fall finns det att döma av de uppgifter som föreligger i målet endast en sådan: att hela det sjuka ögat opereras bort. Den hänskjutande domstolen ska då pröva huruvida den alternativa behandlingen är likvärdig mot bakgrund av de kriterier som domstolen har angett i

59 — Domarna i de ovannämnda målen Pierik, punkt 13.

60 — Rådets förordning (EEG) nr 2793/81 av den 17 september 1981 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda eller deras familjer flyttar inom gemenskapen och förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 275, s. 1).

61 — Domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkt 103, och Müller-Fauré, punkt 89.

62 — Se ovannämnda dom, punkt 45.

63 — Se ovannämnda dom, punkt 61.

64 — Domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkt 104, Müller-Fauré, punkt 90, Inizan, punkt 46, och Watts, punkt 62.

domarna i målet Smits och Peerbooms och de efterföljande mål som har nämnts.

80. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den andra frågan så att artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 1408/71 ska tolkas så att tillstånd att få behandling i en annan medlemsstat endast får nekas när en identisk behandling eller en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning till vilken den försäkrade personens sjukförsäkringskassa är ansluten via avtal.

83. Det följer av domstolens fasta praxis i ovannämnda mål att när den behöriga institutionen har avslagit en ansökan om tillstånd som gjorts på grundval av artikel 22 i förordning nr 1408/71 och det senare, antingen av den behöriga institutionen själv eller genom ett domstolsavgörande, fastställs att detta avslag var ogrundat, har socialförsäkringstagaren ”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”. [65] I enlighet med vad som anförts i punkterna 48–52 i detta förslag till avgörande har Elchinov rätt att ansöka om ersättning direkt utan att behöva ansöka om tillstånd, om en nationell myndighet har slagit fast att hans anspråk är berättigade.

C — *Hur den sjukförsäkrades kostnader ska ersättas (den sjunde frågan)*

81. Genom sin sjunde fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i hur den sjukförsäkrades kostnader ska ersättas av sjukförsäkringen om beslutet att inte utfärda tillstånd anses rättsstridigt.

82. På denna punkt har såväl Elchinov som de medlemsstater som har inkommit med yttranden och kommissionen hävdat att domstolens praxis i målen Vanbraekel, Inizan och Watts är tillämplig.

84. Beträffande frågan om vilket belopp han är berättigad till följer det också av domstolens fasta praxis att artikel 22 i förordning nr 1408/71 inte syftar till att reglera de kostnader som uppkommit med anledning av tillhandahållande av vård i en annan medlemsstat. [66] Domstolen har emellertid också slagit fast att ersättningens storlek är en fråga som faller inom tillämpningsområdet för fördragen, närmare bestämt artikel 56 FEUF. I domen i målet Vanbraekel slog domstolen fast att den omständigheten att ersättningsnivån är mindre förmånlig när en försäkringstagare undergår en behandling på sjukhus i en annan medlemsstat än när han undergår samma

65 — Domen i det ovannämnda målet Vanbraekel, punkt 34.
66 — Domen i det ovannämnda målet Vanbraekel, punkt 36.

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”.[67] Följaktligen är bosättningsstaten i enlighet med artikel 56 FEUF skyldig att ersätta kostnader för sjukhusvård som tillhandahållits i en annan medlemsstat enligt de gällande regler och taxor (i bosättningsstaten eller den stat där behandlingen tillhandahålls) som är mest förmånliga för försäkringstagaren.[68]

85. Detta resultat skiljer sig uppenbart från det som erhålls om man får sjukhusvård i en annan medlemsstat och det inte sker enligt förfarandet som föreskrivs i artikel 22.2 i förordning nr 1408/71. I det fallet har den försäkrade bara rätt till sådan ersättning som garanteras av sjukförsäkringssystemet i den medlemsstat där han är försäkrad.[69] Så är emellertid inte fallet med Elchinov, eftersom han omfattades av förfarandet i nämnda artikel 22 och det är med stöd av denna artikel som han har väckt talan i domstol i sitt hemland.

86. Således föreslår jag att domstolen besvarar den sjunde tolkningsfrågan så att artikel 22.2 i förordning nr 1408/71 inte har till syfte att reglera de kostnader som uppkommer till följd av att sjukvård tillhandahålls i en annan medlemsstat. Artikel 56 FEUF ska emellertid tolkas så att en medlemsstat, under omständigheter som de nu aktuella, ska ersätta kostnaderna för sjukhusvård i en annan medlemsstat enligt de gällande regler och taxor som är mest förmånliga för försäkringstagaren.

D — *Den nationella domstolens behörighet att garantera de rättigheter som föreskrivs i artikel 22.1 c i förordning nr 1408/71 (den sjätte frågan)*

87. Avslutningsvis vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilket förfarande som ska tillämpas för det fall det fastställs att

67 — Domen i det ovannämnda målet Vanbraekel, punkt 45.

68 — Domstolen har formulerat det på följande sätt: ”Syftet med artikel 22… är att ge personer rätt till vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen på vistelseorten enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls, som om den berörde omfattades av denna institution. Tillämpligheten av artikel 22 … utesluter inte att den berörda personen samtidigt kan ha rätt enligt artikel 49 EG att få vård i en annan medlemsstat enligt andra ersättningsvillkor än dem som avses i nämnda artikel 22” (domen i det ovannämnda målet Watts, punkt 48).

69 — Domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré, punkt 106. Beträffande skillnaderna i ersättningssystem beroende på vilka bestämmelser som är tillämpliga, fördraget direkt eller förfarandet i förordning nr 1408/71, se generaladvokaten Tesauros ovannämnda förslag till avgörande i målen Decker och Kohll, punkterna 26–34.

beslutet att inte bevilja tillstånd för Elchinov är rättsstridigt. Närmare bestämt vill den hänskjutande domstolen veta om den, för det fall den skulle döma till klagandens fördel, kan förplikta myndigheten att utfärda tillståndet.

88. Till att börja med bör det än en gång erinras om att domstolen i domen i målet Vanbraekel slog fast att en försäkrad som har fått sin rätt att få tillstånd fastställd i efterhand ”kan få ersättning direkt från den behöriga institutionen”.[70] Det innebär att den hänskjutande domstolen i enlighet med artikel 22 i förordning nr 1408/71, tolkad mot bakgrund av artikel 56 FEUF, inte bara kan kräva att tillstånd utfärdas utan även att ersättningen betalas ut direkt, för att återställa det omtvistade rättsliga förhållandet.

89. Såsom den grekiska regeringen och kommissionen har påpekat ankommer det emellertid på den nationella domstolen att avgöra denna fråga, med tillämpning av de processuella förfaranden som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.[71] Om förfarandet för verkställighet av den dom som den hänskjutande domstolen eventuellt meddelar är förenligt med unionens principer om effektivitet och likvärdighet, ska domstolen använda sig av dessa förfaranden. Om denna domstol enligt den nationella rätten är behörig att förordna att ett tillstånd som det här omtvistade ska utfärdas, vore det märkligt om den inte vore behörig att förplikta kassan att betala ut ersättningen. I så fall ankommer det på domstolen att mot bakgrund av EU-domstolens praxis pröva huruvida denna skillnad i behandling är förenlig med effektivitetsprincipen.[72]

90. Således föreslår jag att domstolen vid behov besvarar den sjätte tolkningsfrågan så att det i enlighet med unionens princip om processuell autonomi ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra vilka processuella förfaranden enligt den nationella lagstiftningen som är lämpliga för att säkerställa verkställigheten av underrättens dom. För detta ändamål ska den hänskjutande domstolen tillämpa nationell rätt mot bakgrund av unionens principer om effektivitet och likvärdighet.

70 — Domen i det ovannämnda målet Vanbraekel, punkt 34.

71 — Se bland annat dom av den 21 februari 1991 i de förenade målen C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen och Zuckerfabrik Soest (REG 1991, s. I-415; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-19), punkterna 26 och 27, av den 9 november 1995 i mål C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (I) (REG 1995, s. I-3761), punkt 39, av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, ABNA m.fl. (REG 2005, s. I-10423), punkt 104, av den 16 maj 2000 i mål C-78/98, Preston m.fl. (REG 2000, s. I-3201), punkt 31, av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), punkt 67, och av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 79.

72 — Se bland annat domar av den 12 november 1981 i mål 543/79, Birke mot kommissionen och rådet (REG 1981, s. 2669), punkt 28, och mål 799/79, Bruckner mot kommissionen och rådet (REG 1981, s. 2697), punkt 19, dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 66, av den 14 september 1999 i mål C-310/97 P, kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (REG 1999, s. I-5363), punkt 59, och domen i det ovannämnda målet Köbler, punkt 57.

VI — Förslag till avgörande

91. Mot bakgrund av ovanstående överväganden och i enlighet med den ordningsföljd som använts i detta förslag till avgörande föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Administrativen sad Sofia grad har ställt på följande vis:

Unionsrätten ska tolkas så att den inte utgör hinder för att en underrätt, såsom Administrativen sad Sofia grad i förevarande mål, i ett förfarande där denna redan har meddelat en första dom, enligt den nationella lagstiftningen är skyldig att, när målet har återförvisats, tillämpa anvisningarna i en dom om upphävande av underrättens dom som har meddelats av en domstol i högre instans i samma förfarande.

92. Om domstolen inte följer detta förslag till svar på den tredje tolkningsfrågan föreslår jag att den besvarar de övriga frågorna på följande sätt:

”1) Artikel 56 FEUF och artikel 22 i 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 ska tolkas så att de inte utgör hinder för lagstiftning såsom artikel 36.1 i den bulgariska sjukförsäkringslagen, i den mån det enligt denna krävs förhandstillstånd för sjukhusvård i en annan medlemsstat, och under förutsättning att lagstiftningen i fråga inte hindrar att den som ansökt om tillstånd begär ersättning i efterhand om den behöriga institutionen själv eller en domstol slår fast att beslutet att avslå ansökan var ogrundat.

2) Artikel 22.2 i förordning nr 1408/71 ska tolkas så att

— den inte utgör hinder för ett system som det som föreskrivs i bilaga 5 till förordning nr 40 från 2004, förutsatt att detta utifrån objektiva, icke-diskriminerande och på förhand kända kriterier gör det möjligt att få reda på vilka behandlingar som ingår i det. När det i nationell rätt används ett system med en förteckning och en behandling beskrivs i allmänna ordalag med hänvisning till 'högteknologiska' metoder, bör den hänskjutande domstolen, för att inte den rättighet som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 1408/71 ska berövas sitt innehåll, bedöma huruvida den erhållna behandlingen är av experimentell karaktär eller inte, mot bakgrund av alla relevanta föreliggande omständigheter, bland annat facklitteratur och vetenskapliga studier samt sakkunnigutlåtanden,

— den utgör hinder för en presumtion om att vård som det hänvisas till i den nationella lagstiftningen men som inte finansieras genom budgeten inte omfattas av nämnda system,

— tillstånd att få behandling i en annan medlemsstat endast får nekas när en identisk behandling eller en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning till vilken den försäkrade personens sjukförsäkringskassa är ansluten via avtal.

3) Artikel 22.2 i förordning nr 1408/71 har inte till syfte att reglera de kostnader som uppkommer till följd av att sjukvård tillhandahålls i en annan medlemsstat. Artikel 56 FEUF ska emellertid tolkas så att en medlemsstat, under

omständigheter som de nu aktuella, ska ersätta kostnaderna för sjukhusvård i en annan medlemsstat enligt de gällande regler och taxor som är mest förmånliga för försäkringstagaren.

4) I enlighet med unionens princip om processuell autonomi ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra vilka processuella förfaranden enligt den nationella lagstiftningen som är lämpliga för att säkerställa verkställigheten av underrättens dom. För detta ändamål ska den hänskjutande domstolen tillämpa nationell rätt mot bakgrund av unionens principer om effektivitet och likvärdighet."