DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 27 oktober 2011 *

I mål C-255/09,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 9 juli 2009,

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Traversa och M. França, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Portugal, företrädd av L. Inez Fernandes, M.L. Duarte, A. Veiga Correia och P. Oliveira, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Republiken Finland, företrädd av A. Guimaraes-Purokoski, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: portugisiska.

Konungariket Spanien, företrätt av J.M. Rodríguez Cárcamo, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna J. Malenovský, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, och D. Šváby (referent),

generaladvokat: V. Trstenjak,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 februari 2011,

och efter att den 14 april 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992 om fastställande av villkoren för ersättning av kostnader för sjukvård i utlandet (*Diário da República*

I, serie-A, nr 186, s. 3926) eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i 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, i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 (EGT L 28, 1997, s. 1), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1992/2006 av den 18 december 2006 (EUT L 392, s. 1) (nedan kallad förordning nr 1408/71), eller, för det fall nämnda lagdekret gör det möjligt att få ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus, genom att som villkor för ersättning uppställa krav på att förhandstillstånd beviljats.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

2 I artikel 22.1 i förordning nr 1408/71 föreskrivs följande:

”En anställd eller egenföretagare som uppfyller villkoren i den behöriga statens lagstiftning för att få förmåner, i förekommande fall med beaktande av bestämmelserna i artikel 18, och:

a) vars tillstånd ställer krav på vårdförmåner som av medicinska skäl blir nödvändiga under en vistelse inom en annan medlemsstats territorium, med beaktande av förmånernas karaktär och vistelsens förväntade längd,

eller;

…

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[orten] … 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.

…”

Nationell rätt

3 I lagdekret nr 177/92 regleras hälso- och sjukvård utomlands för försäkringstagarna inom det nationella portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet (nedan kallat NSS).

4 I artikel 1 i nämnda lagdekret föreskrivs följande:

”1. Högspecialiserad medicinsk vård i utlandet som i brist på tekniska hjälpmedel eller personal inte kan tillhandahållas inom landet regleras i förevarande lagdrekret nr 177/92.

2. Detta lagdekret är tillämpligt på försäkringstagare inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet.

3. En begäran om remiss till utlandet från en privat vårdinrättning omfattas inte av tillämpningsområdet för detta lagdekret.”

5 I artikel 2 i lagdekret nr 177/92 fastställs villkoren för fullständig ersättning av de kostnader som avses i artikel 6 i samma lagdekret. Nämnda artikel 2 har följande lydelse:

”Följande villkor ska vara uppfyllda för att de förmåner som föreskrivs i artikel 6 ska beviljas:

a) En uttömmande tillstyrkande läkarrapport ska ha upprättats av den behandlande läkaren och tillstyrkts av den berörda avdelningschefen.

b) Denna rapport ska godkännas av den medicinska direktören vid det sjukhus där patienten har behandlats.

c) Sjukhusets generaldirektör ska lämna ett tillstyrkande beslut med stöd av ett yttrande från den tekniska avdelningen.”

6 Vad avser beslutsbefogenhet och sättet för omhändertagande, föreskrivs följande i artikel 4.1 i lagdekret nr 177/92:

”Det ankommer på sjukhusets generaldirektör att i enlighet med de villkor som föreskrivs i artikel 2 yttra sig i fråga om den medicinska vård i utlandet som har begärts.”

Det administrativa förfarandet

7 Den 12 juli 2002 översände kommissionen en enkät till samtliga medlemsstater som rörde förenligheten av nationella lagbestämmelser och nationell praxis med domstolens praxis beträffande tillämpningen av reglerna för den inre marknaden inom hälso- och sjukvårdsområdet. Republiken Portugal besvarade kommissionens förfrågan och lämnade upplysningar om tillämplig portugisisk lagstiftning, genom skrivelse av den 17 januari 2003.

8 Den 28 juli 2003 publicerade kommissionen en sammanfattning med rubriken ”Nationell tillämpning av domstolens rättspraxis vad gäller ersättning för sjukvårdskostnader som har uppkommit i en annan medlemsstat” [SEK(2003) 900].

9 Mot bakgrund av den tillgängliga informationen skickade kommissionen den 18 oktober 2006 en formell underrättelse till Republiken Portugal. Kommissionen gjorde däri gällande att Republiken Portugal hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att i lagdekret nr 177/92, som villkor för ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus, uppställa krav på förhandstillstånd som enbart beviljas på restriktiva villkor.

10 I sin svarsskrivelse av den 12 januari 2007 uppgav Republiken Portugal att landet hade ”svårt att förstå att hälso- och sjukvårdstjänster kan omfattas av reglerna för den inre marknaden” och att ”portugisiska statens uppfattning, som grundas på den tolkning som Europeiska gemenskapernas domstol vid upprepade tillfällen slagit fast, kunde uppfattas i vid bemärkelse och innebär att det enligt medlemsstatens lagstiftning krävs förhandstillstånd för att kostnader för sjukvård ska ersättas”.

11 Mot bakgrund av de erhållna svaren skickade kommissionen den 29 juni 2007 ett motiverat yttrande till Republiken Portugal, i vilket kommissionen meddelade att Portugals svarsskrivelse inte innehöll några nya synpunkter som kunde föranleda tvivel vad avser de grundläggande principerna i domstolens fasta rättspraxis. Kommissionen anmodade samma medlemsstat att inom två månader vidta nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet.

12 I sitt svar på nämnda motiverade yttrande, daterat den 4 september 2007, anförde Republiken Portugal att ”lagdekret nr 177/92 inte utgör hinder för att tillämpa gemenskapslagstiftningen beträffande portugisiska medborgares tillgång till hälso- och sjukvårdstjänster inom Europeiska unionen eller beträffande unionsmedborgarnas grundläggande friheter som är fastställda i fördraget om Europeiska unionen”.

13 Den 12 februari 2008 meddelade Republiken Portugal kommissionen att den avsåg ”fortsätta en intern undersökning av systemets ekonomiska effekter”, vilket krävde åtminstone ytterligare en månads arbete eftersom regeringens sammansättning nyligen hade ändrats.

14 Efter en påminnelse från kommissionen den 18 juni 2008 upprepade Republiken Portugal sitt svar på det motiverade yttrandet genom skrivelse av den 24 juli 2008.

15 Den 15 april 2009 tillställde kommissionen Republiken Portugal ett kompletterande motiverat yttrande för att precisera det åsidosättande av gemenskapsrätten som lagts Portugal till last. Kommissionen anser däri att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom den tolkas i domstolens praxis, genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva någon möjlighet att erhålla ersättning för kostnader för sjukvård i en annan medlemsstat som inte tillhandahålls på sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71.

16 Genom skrivelse av den 15 maj 2009 svarade Republiken Portugal på det kompletterande motiverade yttrandet att ”i lagdekret nr 177/92 föreskrivs en möjlighet för personer försäkrade enligt NSS att erhålla ersättning för kostnader för behandling i utlandet”. Vidare uppgav nämnda medlemsstat att ”det enligt portugisisk lagstiftning inte är uteslutet för försäkringstagare enligt NSS att erhålla ersättning för vårdkostnader i utlandet, även i form av kostnader för specialistbehandling, under förutsättning att förfarandet med förhandstillstånd av att det föreligger ett medicinskt behov har iakttagits”.

17 Kommissionen lät sig inte övertygas av dessa förklaringar och beslutade därför att väcka förevarande talan.

Förfarandet vid domstolen

18 Genom beslut av domstolens ordförande av den 17 november 2009 tilläts Konungariket Spanien och Republiken Finland att intervenera till stöd för Republiken Portugals yrkanden. Republiken Finland har emellertid inte inkommit med något yttrande och har inte heller deltagit i förhandlingen.

19 Vid förhandlingen ombads kommissionen av domstolen att förklara vilka slutsatser institutionen drog av domen av den 5 oktober 2010 i mål C-512/08, kommissionen mot Frankrike (REU 2010, s. I-8833), och vilken påverkan domen har på förevarande mål. Kommissionen svarade att den delvis återkallade sin talan med stöd av artikel 78 i domstolens rättegångsregler.

20 I handling av den 24 mars 2011 bekräftade kommissionen att den delvis återkallade sin talan och preciserade samtidigt att talan nu endast avser frågan hur sådana kostnader ska bedömas som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, med undantag för bedömningen av vissa medicinska tjänster som, trots att de tillhandahålls på en läkarmottagning, kräver användning av tung och kostsam utrustning vilken uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning. Sådan utrustning kan vara en gammakamera med eller utan koincidensdetektor för positronemission, emissionstomografi eller positronkamera, en apparat för kärnmagnetisk resonanstomografi eller spektrometri för kliniskt bruk, en skanner för medicinskt bruk, tryckkammare och en cyklotron för medicinskt bruk.

Prövning av talan

Parternas argument

Den portugisiska lagstiftningen

21 Kommissionen har anfört att den har vissa svårigheter att förstå Republiken Portugals ståndpunkt, eftersom den information som lämnats avseende ersättning för kostnader för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus är tvetydig eller till och med motstridig.

22 Republiken Portugals svar på den enkät som gjordes av generaldirektoratet för den inre marknaden, om huruvida den nationella lagstiftningen var förenlig med domstolens praxis, föranledde kommissionen att dra slutsatsen att lagdekret nr 177/92 var en nationell lagstiftningsakt som innehöll tillämpliga bestämmelser för ersättning av kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus.

23 Kommissionen har emellertid betonat att medlemsstaten i sitt svar på det motiverade yttrandet anförde att det i den portugisiska rättsordningen avseende tillgång till hälsovård inte finns några bestämmelser vari det föreskrivs ett krav på förhandstillstånd för ersättning av kostnader för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, i de fall en person som är försäkrad enligt NSS vänder sig till en privat vårdgivare inom landet eller i en annan medlemsstat, och att ersättning i dessa fall inte medges enligt NSS för kostnader för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus. Av detta drog kommissionen slutsatsen att det i den portugisiska rättsordningen inte finns någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, förutom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71.

24 Kommissionen har påpekat att Republiken Portugal dock, som svar på det kompletterande motiverade yttrandet, förklarat att ”tillgång till hälsovård i en annan medlemsstat är underkastat ett förfarande … för godkännande av att det föreligger ett tvingande medicinskt behov”, vilket synes påvisa att det i Portugal finns ett system med förhandstillstånd för ersättning av kostnader för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus när patienten vänt sig till en privat vårdgivare i en annan medlemsstat.

25 I sitt svaromål har Republiken Portugal, enligt kommissionen, slutligen uttryckligen medgett att det inte fanns någon möjlighet till ersättning av kostnader för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71.

26 Republiken Portugal har bestritt påståendena att förklaringarna av gällande lagstiftning i Portugal skulle vara tvetydiga eller motstridiga. Nämnda medlemsstat har i detta avseende anfört att det i den portugisiska rättsordningen finns två möjligheter att få tillgång till vård i utlandet. Dessa föreskrivs dels i förordning nr 1408/71, i synnerhet i artikel 22, dels i lagdekret nr 177/92, som reglerar ”högspecialiserad medicinsk vård som inte kan tillhandahållas inom landet”.

27 Lagdekret nr 177/92 borde tolkas i enlighet med NSS:s funktionssätt och lagdekretet innehåller tillämpningsföreskrifter för lagen om grunderna för hälsovård, det vill säga lag nr 48/90, av den 24 augusti 1990. I bestämmelse XXXV.2, föreskrivs att ”[e]ndast i undantagsfall då det är omöjligt att garantera behandling i Portugal enligt erfordrade säkerhetsnormer och om det finns möjlighet till vård i utlandet, står det nationella hälsosystemet för kostnaden för nämnda behandling”.

28 Lagdekret nr 177/92 utformades som ett redskap för sjukhusadministration. Medicinsk behandling i utlandet är möjlig när det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet, enligt den kapacitet som finns i sjukhusvårdsnätverket (offentligt eller privat), inte kan erbjuda en behandlingslösning för en patient som är ansluten till systemet. Lösningen syftar till att ge patienten den vård han eller hon behöver med en garanti för medicinsk kvalitet och effektivitet.

29 En behandling i utlandet är underkastad vissa villkor som fastställs i lagdekret nr 177/92. Ansökningar om högspecialiserad medicinsk vård i utlandet ska göras av sjukhusen i det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, varvid det till ansökan ska bifogas en utförlig läkarrapport, som ska vara styrkt av den berörda avdelningschefen samt av den medicinska direktören (artikel 2.1 och 2.2). Det slutgiltiga beslutet ankommer på hälsodirektören. Vidare måste läkarrapporten innehålla en rad uppgifter beträffande patientens hälsotillstånd och förklara behandlingen samt de

orter i utlandet där patienten ska opereras eller behandlas. Under förutsättning att de lagstadgade villkoren är uppfyllda har patienten rätt till ersättning för samtliga kostnader, inklusive resa och uppehåll för patienten samt en medföljande person. Betalningen sker genom den aktuella medicinska enhet som är behörig för förfarandet med förhandstillstånd (artikel 6).

30 Republiken Portugal har understrukit att det inte ska göras någon åtskillnad mellan behandling inom och utom sjukhus. Med hänvisning till kriteriet avseende arten av den inrättning inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet som är ansvarig för att upprätta det medicinska intyget, är det fråga om sjukhusvård. Om man däremot använder sig av kriteriet avseende den erfordrade behandlingen, rör det sig om ”högspecialiserad medicinsk vård” som tillhandahålls av sjukhus eller vårdenheten i utlandet, vilket skulle kunna täcka såväl typiska tjänster vid ett sjukhus (till exempel kirurgiska ingrepp) som eventuella medicinska vårdåtgärder som inte omfattas av denna snäva definition av sjukhusvård (besök hos specialistläkare).

31 Nämnda medlemsstat har tillagt att förfarandet för att intyga att det föreligger medicinskt tvingande behov av behandling i utlandet kan jämföras med förfarandet med remiss till en specialistläkare.

32 Systemet med vård i utlandet, såsom detta föreskrivs i lagdekret nr 177/92, motsvarar de krav eller strukturella val som hänger samman med NSS:s funktion. NSS inrättades för att genomföra artikel 64 i den portugisiska konstitutionen. I artikel 64.2 häri preciseras att rätten till hälsoskydd säkerställs ”genom en nationell hälsovårdstjänst som är universell och allmän. Tjänsten ska sträva efter att vara kostnadsfri varvid medborgarnas ekonomiska och sociala situation ska beaktas.”

Unionsrätten

33 Kommissionen har gjort gällande att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom denna tolkats av domstolen. Enligt nämnda rättspraxis är artikel 49 EG tillämplig när en patient åtnjuter vård mot ersättning i en annan medlemsstat än den han eller hon är bosatt i. I lagdekret nr 177/92, om fastställande av villkoren för ersättning för vårdkostnader som uppstått i utlandet, föreskrivs inte någon ersättning av kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, utom enligt de villkor som föreskrivs i förordning nr 1408/71, eller så krävs det att ett förhandstillstånd beviljats enligt restriktiva villkor för att sådana kostnader ska ersättas.

34 Det portugisiska systemet avseende vård i en annan medlemsstat som inte tillhandahållits på sjukhus kan enligt kommissionen inte motiveras av vare sig folkhälsoskäl eller en påstådd allvarlig risk för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet ska rubbas.

35 Republiken Portugal har gjort gällande att det inte finns några fördragsbestämmelser som ger unionsmedborgare rätt att kräva ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet eller som gör det möjligt för dem att oinskränkt utöva en sådan rättighet, utan att detta regleras genom en mekanism med förhandstillstånd.

36 Samma medlemsstat anser att domstolens praxis avseende tillämpligheten av artikel 49 EG på gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster kännetecknas av bristande rättssäkerhet. Nämnda rättspraxis har dessutom utvecklats i samband med förfaranden för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, vilket utgör hinder mot att dessa lösningar tillämpas på förevarande mål.

37 I artikel 22 i förordning nr 1408/71 uppställs dessutom, som villkor för tillhandahållandet av gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster, krav på att det meddelas förhandstillstånd. Även om ett förhandstillstånd eventuellt skulle kunna anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster så utgör artikel 49 EG inte hinder mot ett sådant tillstånd. De krav avseende tillståndet som uppställs är nämligen objektiva, och de måste vara uppfyllda för att ersättning ska utgå för vårdkostnader för behandlingar som utförs inom landet.

38 Republiken Portugal har för övrigt betonat att artikel 49 EG måste tolkas i överensstämmelse med de andra fördragsbestämmelserna. Nämnda medlemsstat har härvid anfört att artikel 152.5 EG ger medlemsstaterna en behörighet vars ändamålsenliga verkan innebär att all tillämpning av andra fördragsbestämmelser som urholkar de nationella beslutsfattarnas behörighet vad avser organisation, finansiering och utformning av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet är utesluten.

39 Enligt Republiken Portugal motiveras kravet på förhandstillstånd av nödvändigheten att säkerställa den ekonomiska jämvikten i systemet för social trygghet.

40 Konungariket Spanien har påpekat att artikel 49 EG inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att anta positiva införlivandeakter, eftersom europeiska direktiv enligt unionsrätten utgör det rättsinstrument som uttryckligen föreskrivs för att ställa krav på sådana rättsakter inom de nationella rättsordningarna. Enligt nämnda medlemsstat är europeiska direktiv det medel som uttryckligen föreskrivs i artikel 52 EG för liberaliseringen av den inre marknaden för tjänster.

41 Vidare har kommissionen inte visat att Republiken Portugal har tillämpat sina bestämmelser i strid med skyldigheterna i artikel 49 EG, exempelvis genom att systematiskt vägra att meddela det tillstånd som krävs enligt systemet för behandling i utlandet.

42 Vad gäller frågan huruvida den portugisiska lagstiftningen är förenlig med artikel 49 EG, har Konungariket Spanien påpekat att ett system med förhandstillstånd inte nödvändigtvis medför en obefogad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Särskilt vad gäller hälso- och sjukvårdstjänster på sjukhus föreligger det tvingande skäl av allmänintresse som motiverar ett sådant system.

43 Vad avser frågan huruvida den omtvistade lagstiftningen kan anses proportionerlig, har Konungariket Spanien framhållit att det ska prövas huruvida det administrativa tillståndsförfarande som införs genom det portugisiska systemet bygger på objektiva icke-diskriminerande kriterier som berörda personer redan på förhand kände till och av vilka det framgår hur de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning är avgränsat.

Domstolens bedömning

44 Sedan kommissionen återkallat sin talan på så sätt som framgår av punkt 20 i denna dom, anser kommissionen att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71 eller, för det fall nämnda lagdekret gör det möjligt att få ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, genom att uppställa krav på att förhandstillstånd beviljats som villkor för ersättning.

45 Med hänvisning till bland annat artikel 152.5 EG har Republiken Portugal i första hand bestritt att artikel 49 EG är tillämplig på området för gränsöverskridande hälsovård.

46 Det följer av fast rättspraxis att tillhandahållande av medicinska tjänster mot betalning omfattas av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster (se, bland annat, dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll, REG 1998, s. I-1931, punkt 29, och av den 5 oktober 2010 i mål C-173/09, Elchinov, REU 2010, s. I-8889, punkt 36), utan att det för den skull görs skillnad mellan vård på sjukhus och vård som tillhandahålls utanför sjukhusen (dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel m.fl., REG 2001, s. I-5363, punkt 41, av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré och van Riet, REG 2003, s. I-4509, punkt 38, av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts, REG 2006, s. I-4325, punkt 86, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 30).

47 Det är visserligen fastslaget att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för social trygghet. I avsaknad av harmonisering på unionsnivå ankommer det följaktligen på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma villkoren för beviljande av sociala trygghetsförmåner (se dom av den 27 januari 2011 i mål C-490/09, kommissionen mot Luxemburg, REU 2011, s. I-247, punkt 32 och där angiven rättspraxis). I artikel 152.5 EG anges dessutom att när unionen handlar på folkhälsoområdet ska den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård (se domen i det ovannämnda målet Watts, punkt 146).

48 Medlemsstaterna är vid utövandet av denna befogenhet emellertid skyldiga att iaktta unionsrätten, bland annat bestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster (se, bland annat, dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms, REG 2001, s. I-5473, punkterna 44–46, domarna i de ovannämnda målen Müller-Fauré och van Riet, punkt 100, Watts, punkt 92, Elchinov, punkt 40, dom av den 15 juni 2010 i mål C-211/08, kommission mot Spanien, REU 2010, s. I-5267, punkt 53, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, punkt 32).

49 Domstolen har redan fastställt att artikel 152.5 EG inte utesluter att medlemsstaterna har en skyldighet enligt andra bestämmelser i fördraget, såsom artikel 49 EG, att anpassa sina nationella system för social trygghet, utan att det för den skull kan anses att deras suveräna befogenhet på området träds förnär (se domarna i de ovannämnda målen Watts, punkt 147, och kommissionen mot Luxemburg, punkt 45).

50 Vad beträffar argumentet om det portugisiska nationella hälsosystemets art, erinrar domstolen om att den omständigheten att en nationell lagstiftning omfattar området för social trygghet och att den, i fråga om sjukförsäkring, närmare bestämt innehåller föreskrifter om vårdförmåner snarare än om förmåner i form av ersättning, inte kan undanta dessa medicinska behandlingar från tillämpningsområdet för denna grundläggande frihet (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Müller-Fauré och van Riet, punkt 103, Watts, punkt 89, kommissionen mot Spanien, punkt 47, samt kommissionen mot Luxemburg, punkt 36).

51 Medicinska tjänster upphör dessutom inte att omfattas av begreppet tillhandahållande av tjänst i den mening som avses i artikel 49 EG på grund av att patienten, efter att ha betalat den utländska vårdgivaren för den erhållna vården, vänder sig till ett nationellt hälso- och sjukvårdsorgan i syfte att få ersättning för vårdkostnaden (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 47).

52 Artikel 49 EG är följaktligen tillämplig på gränsöverskridande vård.

53 Det ska mot denna bakgrund prövas huruvida den omtvistade portugisiska lagstiftningen utgör ett åsidosättande av artikel 49 EG.

54 Enligt fast rättspraxis utgör artikel 49 EG hinder mot tillämpning av nationell lagstiftning som innebär att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster inom en medlemsstat (se, bland annat, dom av den 19 april 2007 i mål C-444/05, Stamatelaki, REG 2007, s. I-3185, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

55 Vid denna prövning kommer domstolen först att klargöra det system som föreskrivs i den portugisiska lagstiftningen vad gäller ersättning av kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus.

56 Det är utrett att – utöver de fall som avses i förordning nr 1408/71, vilka inte är aktuella i förevarande fall – lagdekret nr 177/92 utgör den enda portugisiska lagstiftning som är tillämplig såvitt avser ersättning för vård i utlandet.

57 Det ska härvid påpekas att det i artikel 1 i lagdekret nr 177/92 föreskrivs att dekretet reglerar ”[h]ögspecialiserad medicinsk vård i utlandet som i brist på tekniska hjälpmedel eller personal inte kan tillhandahållas inom landet”.

58 I artikel 2 i lagdekret nr 177/92 föreskrivs vidare att ersättning utgår, under vissa föreskrivna villkor, för kostnader som uppstått i utlandet för ”högspecialiserad” sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus när denna behandling inte kan ges i Portugal. Den portugisiska regeringen har vid förhandlingen slutligen medgett att frånsett de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71, finns det ingen möjlighet till ersättning av kostnader för sjukvård i utlandet som inte tillhandahållits på sjukhus, annat än i de fall som anges i lagdekret nr 177/92.

59 Med beaktande av att kommissionen delvis återkallat sin talan kommer domstolen under dessa omständigheter först att pröva situationen med ”högspecialiserad” behandling, som inte ställer krav på användning av tung och kostsam utrustning vilken uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning. I en sådan situation krävs enligt lagdekret nr 177/92 att förhandstillstånd har beviljats för att vårdkostnaderna ska ersättas (vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte är ”tung”, vilken avses i lagdekret nr 177/92). Därefter kommer domstolen att pröva situationen med vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte avses i lagdekret nr 177/92. I denna sistnämnda situation finns det enligt portugisisk rätt ingen möjlighet till ersättning (vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte är ”tung”, vilken inte avses i lagdekret nr 177/92). Dessa två situationer motsvarar de två alternativa anmärkningar som kommissionen framställt.

Vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte är ”tung”, vilken avses i lagdekret nr 177/92

60 Domstolen har tidigare slagit fast att redan kravet på förhandstillstånd för att den behöriga institutionen, i enlighet med de bestämmelser om ersättning som gäller i den behöriga institutionens medlemsstat, ska utge ersättning för planerad vård i en annan medlemsstat utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster för såväl patienterna som vårdgivaren, då ett sådant system avhåller, och till och med hindrar, patienterna från att vända sig till vårdgivare i en annan medlemsstat i syfte att erhålla den aktuella vården (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Kohll, punkt 35, Smits och Peerbooms, punkt 69, Müller-Fauré och van Riet, punkterna 41, 44 och 103, Watts, punkt 98, samt kommissionen mot Frankrike, punkt 32).

61 I förevarande fall krävs enligt lagdekret nr 177/92 ett förhandstillstånd i tre delar för att ersättning för vårdkostnader som uppstått i utlandet ska utgå. I enlighet med artikel 2 i lagdekretet krävs för ersättning nämligen en detaljerad tillstyrkande läkarrapport som har upprättats av den behandlande läkaren. Denna rapport ska sedan

tillstyrkas av sjukhusets medicinska direktör, och därefter krävs ett tillstyrkande beslut av sjukhusets generaldirektör.

62 Även om den omtvistade lagstiftningen inte direkt hindrar de berörda patienterna från att vända sig till en vårdgivare i en annan medlemsstat, så är det uppenbart att utsikten att lida en ekonomisk förlust på grund av att det nationella hälso- och sjukvårdssystemet inte täcker kostnaderna till följd av ett negativt administrativt beslut i sig är avskräckande för nämnda patienter (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Kohll, punkt 35, Smits och Peerbooms, punkt 69, samt Müller-Fauré och van Riet, punkt 44). Tillståndsförfarandets komplicerade karaktär – förfarandet består av tre etapper – utgör ytterligare en faktor som avhåller patienter från att anlita vårdgivare i andra medlemsstater.

63 Enligt lagdekret nr 177/92 medges ersättning för vård i utlandet enbart i det undantagsfall då det portugisiska hälsovårdssystemet inte har någon behandlingslösning för en patient som är ansluten till systemet. Villkoret är av sådan art att det i hög grad kan begränsa de fall då tillstånd kan erhållas (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkt 64, samt Müller-Fauré och van Riet, punkt 42).

64 Den portugisiska regeringen har anfört att förfarandet med ”förhandsintyg om att det föreligger ett tvingande medicinskt behov” (referenciação prévia da necessidade clínica) av en behandling i utlandet, vilket föreskrivs i lagdekret nr 177/92, motsvarar förfarandet med remiss av patienten till en specialistläkare inom landet. Domstolen kan inte godta detta argument.

65 Enligt de uppgifter som den portugisiska regeringen har lämnat i sina inlagor till domstolen, är tillgången till behandling av specialistläkare inom landet, vilken garanteras genom NSS, nämligen enbart beroende av ett intyg från den behandlande läkaren om att det föreligger ett medicinskt tvingande behov av sådan behandling. Något krav på förhandstillstånd i tre delar, motsvarande det som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 för ersättning av vårdkostnader som uppstått i en annan medlemsstat, föreskrivs emellertid inte.

66 Dessutom är det mycket restriktiva villkor som omtalas i punkt 63 i denna dom per definition inte tillämpligt på vård som tillhandahålls i Portugal.

67 Den restriktiva karaktär som är utmärkande för det tillståndsförfarande som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 ändras inte heller av att försäkringstagare enligt det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, som använder sig av hälsovård som tillhandahålls utanför NSS av vårdgivare inom landet, betalar denna vård i sin helhet.

68 Med tillämpning av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 54 ska ersättningsvillkoren för tilltänkt vård i en annan medlemsstat inte jämföras med de villkor enligt vilka patienter ersätts enligt nationell rätt för sjukhusvård vid lokala vårdinrättningar i privat regi. Jämförelsen ska i stället avse de villkor under vilka dessa tjänster tillhandahålls enligt detta system inom ramen för den egna sjukhusorganisationen (domen i det ovannämnda målet Watts, punkt 100).

69 Republiken Portugal saknar vidare stöd för sin ståndpunkt att artikel 22 i förordning nr 1408/71 fastställer principen att det krävs förhandstillstånd för all behandling som utförs i en annan medlemsstat.

70 Domstolen har redan fastställt att det förhållandet att en nationell åtgärd eventuellt kan vara förenlig med en bestämmelse i sekundärrätten, i detta fall artikel 22 i förordning nr 1408/71, inte hindrar att åtgärden omfattas av bestämmelserna i fördraget. Syftet med artikel 22.1 i förordning nr 1408/71 är att ge den försäkrade, som har fått den behöriga institutionens tillstånd att bege sig till en annan medlemsstat för att där få den vård som hans hälsotillstånd kräver, möjlighet att få sjukvårdsförmåner, som utges för den behöriga institutionens räkning men enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den stat där tjänsterna utförs, bland annat om en överflyttning blir nödvändig med hänsyn till den berördes hälsotillstånd, och detta utan att den försäkrade orsakas ytterligare kostnader. Däremot kan det konstateras att artikel 22 i förordning nr 1408/71, tolkad mot bakgrund av dess ändamål, inte har till syfte att reglera kostnader som har uppkommit i samband med vård som har utförts i en annan medlemsstat och därför inte heller på något sätt hindrar att medlemsstaterna ersätter kostnaderna enligt gällande taxor i den behöriga staten, inte ens när förhandstillstånd saknas (domen i det ovannämnda målet Kohll, punkterna 25–27).

71 Under dessa omständigheter ska det aktuella förhandstillståndet anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som föreskrivs i artikel 49 EG.

72 Eftersom förekomsten av en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster kan konstateras, ska det prövas huruvida den omtvistade portugisiska lagstiftningen kan motiveras av tvingande hänsyn och, om så är fallet, i enlighet med fast rättspraxis försäkra sig om att den inte går utöver vad som är objektivt nödvändigt i detta syfte och att resultatet inte kan uppnås genom mindre inskränkande regler (se dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, punkterna 27 och 29, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741, av den 26 februari 1991 i mål C-180/89, kommissionen mot Italien, REG 1991, s. I-709, punkterna 17 och 18, och av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath, REG 1992, s. I-3351, punkterna 30 och 31, svensk specialutgåva, volym 12, s. 101).

— Bibehållande av den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet

73 Domstolen har i detta avseende slagit fast att det inte kan uteslutas att risken för att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet allvarligt rubbas kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en inskränkning i principen om frihet att tillhandahålla tjänster (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

74 Domstolen har medgett att kravet på förhandstillstånd, under vissa förutsättningar, kan motiveras av sådana hänsyn vad gäller vård på sjukhus (se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Smits och Peerbooms, punkterna 76–81, Müller-Fauré och van Riet, punkterna 76–81, samt Watts, punkterna 108–110), samt vad gäller sjukvård som, även om den kan tillhandahållas utanför sjukhus, förutsätter användning av tung och kostsam utrustning vilken uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 34–42).

75 Vad gäller vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte är ”tung”, vilken avses i lagdekret nr 177/92, konstaterar domstolen emellertid att den portugisiska regeringen inte har åberopat några specifika omständigheter till stöd för påståendet att de försäkrade personernas frihet att utan förhandstillstånd bege sig till en annan medlemsstat än den där den sjukkassa som de försäkrade personerna tillhör är etablerad, för att där erhålla nämnda vård, allvarligt skulle kunna rubba den ekonomiska balansen i NSS.

76 Det framgår inte av handlingarna i målet vid domstolen att ett avskaffande av kravet på förhandstillstånd för denna typ av vård skulle leda till att patienter – trots språkbarriären, det geografiska avståndet och kostnaderna för vistelsen i utlandet – söker sig utomlands i en sådan omfattning att den ekonomiska balansen i det portugisiska systemet för social trygghet allvarligt skulle rubbas, och att den övergripande

skyddsnivån för folkhälsan skulle vara hotad, vilket skulle kunna motivera hindret för den grundläggande principen om fritt tillhandahållande av tjänster.

77 Dessutom tillhandahålls vård i allmänhet i närheten av patientens bostadsort, i en kulturmiljö som patienten känner till och som ger denne möjlighet att bygga upp en förtrolig relation med den läkare som utför behandlingen. Bortsett från akutfall är det i första hand patienter i gränsområden som beger sig till utlandet eller patienter som lider av särskilda sjukdomstillstånd (domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré och van Riet, punkt 96).

78 Dessa olika omständigheter synes kunna begränsa den eventuella ekonomiska inverkan på NSS som ett avskaffande av kravet på förhandstillstånd när det gäller vård som tillhandahålls vid en utländsk läkarpraktik skulle medföra.

79 Domstolen erinrar under alla förhållanden om att det ankommer på medlemsstaterna själva att bestämma hur omfattande sjukförsäkringen för de försäkrade personerna ska vara. När dessa saknar förhandstillstånd och ändå, i syfte att erhålla vård, beger sig till en annan medlemsstat än den stat i vilken den sjukkassa som de tillhör är etablerad, kan de således endast hävda att kostnaderna för denna vård ska ersättas i den omfattning som garanteras av sjukförsäkringssystemet i den medlemsstat där de är sjukförsäkrade (domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré och van Riet, punkt 98).

— Kontroll av kvalitén på de hälsovårdstjänster som tillhandahållits i utlandet

80 Vad gäller Republiken Portugals argument att kravet på förhandstillstånd är nödvändigt för att garantera kvalitén på de tillhandahållna tjänsterna, erinrar domstolen om följande. Även om medlemsstaterna har möjlighet att begränsa friheten att

tillhandahålla tjänster för att skydda folkhälsan, ger denna möjlighet dem dock inte rätt att avskärma sektorn för folkhälsan, såsom ekonomisk sektor och med utgångspunkt i friheten att tillhandahålla tjänster, från den grundläggande principen om fri rörlighet (domen i det ovannämnda målet Kohll, punkterna 45 och 46).

81 Vad gäller tjänster som inte tillhandahålls på sjukhus har domstolen redan fastställt att villkoren för tillträde till och utövande av därmed sammanhängande verksamhet har behandlats i flera direktiv om samordning och harmonisering. Kravet på förhandstillstånd kan således inte motiveras av hänsyn till kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls utomlands (domen i det ovannämnda målet Kohll, punkt 49).

82 Att kontrollera kvalitén på den vård som tillhandahålls i en annan medlemsstat är inte någon förutsättning för förhandstillstånd enligt lagdekret nr 177/92, däremot att nämnda vård inte kan tillhandahållas i Portugal.

83 Härav följer att kravet på förhandstillstånd för att de aktuella vårdkostnaderna ska ersättas inte kan motiveras av hälsoskyddshänsyn som är hänförliga till nödvändigheten av att kvalitén kontrolleras på de hälsovårdstjänster som tillhandahållits i utlandet.

— Kännetecknande egenskaper hos NSS

84 Enligt Republiken Portugal motiveras förfarandet med förhandstillstånd av NSS:s speciella organisation och funktion. Bland annat saknas en mekanism för ersättning av vårdkostnader, och det finns en skyldighet att uppsöka allmänläkare innan man kan konsultera en specialistläkare.

85 Domstolen gör följande bedömning. Vid tillämpningen av förordning nr 1408/71 ska de medlemsstater som har infört system med vårdförmåner, till och med ett nationellt sjukvårdssystem, införa mekanismer för ersättning i efterhand för kostnader avseende vård som har tillhandahållits i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten (domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré och van Riet, punkt 105).

86 Likaså kan villkoren för beviljande av förmåner, i den mån de varken är diskriminerande eller hindrar den fria rörligheten för personer, göras gällande när vård tillhandahålls i en annan medlemsstat än den där personen är sjukförsäkrad. Detta gäller bland annat kravet att en allmänläkare ska anlitas innan en specialist konsulteras (domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré och van Riet, punkt 106).

87 Domstolen har slutligen betonat att det inte finns något som hindrar att den behöriga medlemsstaten, i vilken det finns ett system med vårdförmåner, fastställer de ersättningsbelopp som patienter som erhållit vård i en annan medlemsstat kan kräva, såvitt dessa belopp grundas på objektiva, icke-diskriminerande och öppna kriterier (domen i det ovannämnda målet Müller-Fauré och van Riet, punkt 107).

88 NSS:s kännetecknande egenskaper utgör inte någon grund för att motivera det krav på förhandstillstånd som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 och som ska vara uppfyllt innan ersättning kan utgå för hälsovård som tillhandahållits utanför sjukhus i en annan medlemsstat.

89 Härav följer att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att i lagdekret nr 177/92 uppställa krav på att förhandstillstånd ska ha beviljats för att ersättning ska kunna utgå för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för ”högspecialiserad medicinsk vård” som inte tillhandahållits

på sjukhus och som inte kräver användning av sådan tung och kostsam utrustning som uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning.

Vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte är ”tung”, vilken inte avses i lagdekret nr 177/92

90 Lagdekret nr 177/92 reglerar endast högspecialiserad vård i utlandet. För vård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte avses i lagdekret nr 177/92, utom i de fall som stadgas i förordning nr 1408/71, föreskrivs i portugisisk rätt följaktligen inga ersättningsmöjligheter. Republiken Portugal medgav för övrigt vid förhandlingen att det inte föreskrivs någon ersättning alls för sådana kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus, såsom till exempel besök hos allmänläkare eller tandläkare.

91 Republiken Portugal har inte anfört några särskilda argument till stöd för att denna avsaknad av ersättning skulle vara förenlig med artikel 49 EG, såsom domstolen tolkat denna bestämmelse.

92 De skäl som domstolen angett rörande den restriktivitet som präglar kravet på förhandstillstånd, och rörande det faktum att det inte finns några sakliga skäl för detta krav, kan under alla omständigheter i ännu högre grad tillämpas när det gäller sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus och för vilken det inte föreskrivs någon möjlighet till ersättning.

93 Domstolen fastställer därför att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71, inte föreskriva någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahållits på sjukhus och som inte avses i lagdekret nr 177/92.

94 Av samtliga ovan anförda omständigheter följer att kommissionens talan ska bifallas.

95 Republiken Portugal har följaktligen underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71, inte föreskriva någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte kräver användning av sådan tung och kostsam utrustning som uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning, eller, såvitt avser lagdekret nr 177/92, medge ersättning för sådan vård men uppställa krav på förhandstillstånd för att ersättning ska beviljas.

Rättegångskostnader

96 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Om särskilda omständigheter motiverar det, kan domstolen enligt artikel 69.3 besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad. Republiken Portugal har tappat målet men har under hela förfarandet orsakats kostnader för att bemöta anmärkningar som kommissionen sedan återkallat efter förhandlingen. Under dessa omständigheter ska kommissionen och Republiken Portugal bära sina respektive kostnader.

97 Enligt artikel 69.4 första stycket i samma regler ska Konungariket Spanien och Republiken Finland, vilka intervenerat i målet, bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att, utom i de fall som föreskrivs i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjmedlemmar flyttar inom gemenskapen, i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1992/2006 av den 18 december 2006, inte föreskriva någon möjlighet till ersättning för kostnader som uppstått i en annan medlemsstat för sjukvård som inte tillhandahålls på sjukhus och som inte kräver användning av sådan tung och kostsam utrustning som uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning, eller, såvitt avser lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992 om fastställande av villkoren för ersättning av kostnader för sjukvård i utlandet, medge ersättning för sådan vård men uppställa krav på förhandstillstånd för att ersättning ska beviljas.**

2) **Republiken Portugal och Europeiska kommissionen ska bära sina rättegångskostnader.**

3) **Konungariket Spanien och Republiken Finland ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter