FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 14. april 2011 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 10553

II — De relevante retsregler ..... I - 10555

A — EU-ret ..... I - 10555

B — Nationale bestemmelser ..... I - 10556

III — Den administrative procedure ..... I - 10557

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande ..... I - 10559

V — Parternes væsentligste argumenter ..... I - 10560

A — Den portugisiske lovgivning ..... I - 10560

B — EU-retten ..... I - 10562

VI — Retlig vurdering ..... I - 10565

A — Anvendelse af artikel 49 EF ..... I - 10565

1. Bestemmelser, der finder tidsmæssig anvendelse ..... I - 10566

2. Det materielle anvendelsesområde ..... I - 10567

a) Unionens og dens medlemsstaters kompetencer på sundhedsområdet ..... I - 10567

b) Kvalificering af den omtvistede nationale ordning ..... I - 10569

B — Restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser ..... I - 10571

1. Mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat ..... I - 10572

1 — Originalsprog: tysk.
Processprog: portugisisk.

2. Krav om en forudgående tilladelse til »højtspecialiserede« lægebehandlinger ..... I - 10574

3. Ingen mulighed for godtgørelse af »øvrige« lægebehandlinger ..... I - 10576

C — Restriktionens begrundelse ..... I - 10578

1. Begrundelse i forbindelse med de »højtspecialiserede« lægebehandlinger I - 10578

a) Opretholdelse af den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning ..... I - 10580

i) Legitim begrundelse ..... I - 10580

ii) Krav til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten ..... I - 10584

— Generelt ..... I - 10584

— Specifikke krav i retspraksis ..... I - 10584

— Proportionalitet ..... I - 10586

b) Kontrol af kvaliteten af sundhedsydelser udført i udlandet ..... I - 10588

c) Foreløbig konklusion ..... I - 10589

2. Begrundelse i forbindelse med »øvrige« lægebehandlinger ..... I - 10591

a) Opretholdelse af den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning ..... I - 10591

i) Legitim begrundelse ..... I - 10591

ii) Proportionalitet ..... I - 10591

b) Kontrol af kvaliteten af sundhedsydelser udført i udlandet ..... I - 10593

c) Foreløbig konklusion ..... I - 10593

D — Endelig konklusion ..... I - 10593

VII — Sagens omkostninger ..... I - 10594

VIII — Forslag til afgørelse ..... I - 10594

I — Indledning

1. Den foreliggende sag ligger i forlængelse af en lang række sager, hvor Domstolen har påvist de EU-retlige grænser for medlemsstaternes begrænsninger af den grænseoverskridende brug af sundhedsydelser på det europæiske indre marked. Ved udøvelsen af de beføjelser, som Domstolen har fået overdraget til at fortolke EU-retten, i dette tilfælde de primærretlige bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser, har Domstolen med tiden udviklet en omfattende retspraksis, som er blevet yderligere forfinet med hver anmodning om en præjudiciel afgørelse, som medlemsstaternes retter har indgivet til den. Ikke mindst takket være den omfattende retspraksis på dette område kunne unionsborgernes ret til en så uhindret brug som muligt af grænseoverskridende sundhedsydelser, der generelt er kendt under begrebet »patienters mobilitet« [2], antage klare konturer. Domstolen har hidtil i en vis henseende spillet en foregangsrolle ved gennemførelsen af den ret, der nu er anerkendt i artikel 35 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [3], hvorefter enhver har ret til at få adgang til forebyggende sundhedsydelser og til at modtage lægehjælp. Retspraksis har nemlig medført, at begrænsninger i form af nationale ordninger, som var til hinder for oprettelsen af et indre marked for sundhedsydelser, kunne fjernes trods EU-lovgivers passivitet. Der er i den forbindelse opstået en række vigtige principper om betingelserne for, at patienter i henhold til bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser kan modtage lægebehandling i en anden medlemsstat og få udgifterne til denne behandling refunderet under de nationale sygeforsikringsordninger, som de er tilknyttet.

2. De principper, der er udviklet i denne retspraksis, kan i mellemtiden betragtes som en del af de gældende EU-bestemmelser, som EU-lovgiver vil skulle tage hensyn til ved udarbejdelsen af et fremtidigt »direktiv om patientrettigheder i forbindelse med

2 — Jf. generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 15.12.2005, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, punkt 1.

3 — Artikel 35 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har følgende ordlyd: »Enhver har ret til at få adgang til forebyggende sundhedsydelser og til at modtage lægehjælp på de betingelser, der er fastsat ved medlemsstaternes lovgivning og praksis. Der skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Unionens politikker og aktiviteter.«

grænseoverskridende sundhedsydelser« [4]. De traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt mod en række medlemsstater, og som hidtil er ført til dom af 15. juni 2010 (Kommissionen mod Spanien), af 5. oktober 2010 (Kommissionen mod Frankrig) og af 27. januar 2011 (Kommissionen mod Luxembourg), vidner om EU's bestræbelse på en konsekvent gennemførelse af retten i unionsborgernes interesse.

3. I den foreliggende sag har Kommissionen i medfør af artikel 226 EF [5] anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den ikke i den nationale ret har foreskrevet mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning (EØF) nr. 1408/71 [6], eller underlægger muligheden for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter en forudgående tilladelse.

4. Det centrale i den foreliggende sag er det spørgsmål, om den af Kommissionen anfægtede ordning i lovdekret nr. 177/92, hvis indhold skal undersøges i detaljer, retligt kan betragtes som en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 EF, for så vidt som den opstiller krav om en forudgående tilladelse fra de kompetente myndigheder til brug af lægelige ydelser i udlandet. Såfremt dette besvares bekræftende i lyset af Domstolens praksis, rejser der sig det yderligere spørgsmål, om denne restriktion i givet fald kan være begrundet i tvingende almene hensyn, idet det

4 — Dette synes indtil videre at være tilfældet. I sit forslag af 2.7.2008 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser, KOM(2008) 414 endelig, tilkendegiver Kommissionen, at der med det planlagte direktiv skal indføres en ordning, »der bygger på principperne om fri bevægelighed og de principper, der ligger til grund for Domstolens afgørelser«. En tilsvarende henvisning til Domstolens praksis findes i sjette betragtning til dette direktivforslag. Heri hedder det, at Domstolen allerede har behandlet en række spørgsmål vedrørende grænseoverskridende sundhedsydelser, navnlig godtgørelse af sundhedsydelser leveret i en anden medlemsstat end den, i hvilken modtageren af sundhedsydelserne er bosat. Da sundhedsydelser ikke er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT L 376, s. 36), er det vigtigt »at behandle disse spørgsmål i en specifik fællesskabsretsakt for at opnå en mere overordnet og effektiv anvendelse af de principper, som EF-Domstolen har udviklet i sin praksis«. Rådets førstebehandlingsholdning nr. 14/2010, der blev vedtaget den 13.9.2010, med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser (2010/C 275 E/01) (EUT C 275 E, s. 1) indeholder en lang række henvisninger til Domstolens praksis. I henhold til ottende betragtning har dette direktiv bl.a. til formål »at fastsætte regler for at lette adgangen til sikre grænseoverskridende sundhedsydelser af høj kvalitet i Unionen, at sikre patientmobilitet i overensstemmelse med de principper, som Domstolen har fastslået, og at fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne om sundhedsydelser«.

5 — Da Kommissionens søgsmål er baseret på artikel 226 EF, og det gøres gældende, at den sagsøgte medlemsstat har tilsidesat EF-traktatens bestemmelser, skal der i dette forslag til afgørelse henvises til den forud for Lissabontraktatens ikrafttræden gældende EU-ret.

6 — Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366).

er af betydning for den retlige vurdering, at der i hovedsagen udelukkende er tale om ambulante behandlinger.

II — De relevante retsregler

A — *EU-ret* [7]

5. Artikel 49, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

6. Artikel 152, stk. 5, første punktum, EF har følgende ordlyd:

»Fællesskabets indsats på folkesundhedsområdet respekterer fuldt ud medlemsstaternes ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling.«

7. Artikel 22 i forordning nr. 1408/71 bestemmer:

»1. En arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, som opfylder de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser for ret til ydelser, i givet fald ved iagttagelse af bestemmelserne i artikel 18, og:

[…]

c) som af den kompetente institution får tilladelse til at rejse til en anden medlemsstat for der at få den efter hans tilstand fornødne behandling,

har ret til:

i) naturalydelser, der for den kompetente institutions regning ydes af opholds- eller

7 — I overensstemmelse med de i TEU og TEUF anvendte betegnelser anvendes begrebet »EU-ret« som fællesbegreb for fællesskabsretten og unionsretten. For så vidt som det i det følgende kommer an på enkelte primærretlige bestemmelser, anføres de bestemmelser, som finder tidsmæssig anvendelse.

bopælsstedets institution efter den lovgivning, der gælder for denne institution, som om han var forsikret dér, dog således at det tidsrum, for hvilket disse ydelser kan udredes, afhænger af den kompetente stats lovgivning

2. […] Den i stk. 1, litra c), krævede tilladelse kan ikke nægtes, når den pågældende behandling er opført under de ydelser, der er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, hvor vedkommende er bosat, og såfremt denne behandling under hensyn til den pågældendes aktuelle helbredstilstand og udsigterne for sygdommens udvikling ikke kan ydes inden for den frist, der normalt er nødvendig for at opnå denne behandling i den medlemsstat, hvor han er bosat.

[…]«

B — *Nationale bestemmelser*

8. Lovdekret nr. 177/92 af 13. august 1992 regulerer enkelte aspekter i forbindelse med sundhedsydelser, som modtages i udlandet af forsikrede under Portugals nationale sundhedssystem (SNS). I henhold til bestemmelserne i lovdekretet påhviler det det generaldirektorat, der er ansvarligt for hospitalerne, at koordinere enhver henvisning til lægebehandling i udlandet.

9. Anvendelsesområdet for lovdekretet er defineret i artikel 1, som bestemmer følgende:

»(1) Dette lovdekret fastsætter bestemmelser for højtspecialiseret lægebehandling i udlandet, der ikke kan udføres på det nationale område i mangel af tekniske eller personelle midler.

(2) Brugere af denne behandling er forsikrede under det nationale sundhedssystem.

(3) Anmodninger om henvisninger til udlandet fra private institutioner falder uden for anvendelsesområdet for dette lovdekret.«

10. Lovdekretets artikel 2 fastsætter betingelserne for en fuldstændig godtgørelse af lægeudgifter (fastsat i artikel 6):

»Følgende betingelser er nødvendige for tildelingen af de i artikel 6 fastsatte fordele:

a) Der skal foreligge en udførlig, positiv lægeerklæring, som skal være udarbejdet af den behandlende læge og bekræftet af den kompetente tjenestegrenschef.

b) Den pågældende erklæring skal bekræftes af den medicinske direktør på det hospital, hvor patienten er blevet behandlet.

c) Der skal foreligge en godkendelse fra hospitalsgeneraldirektøren, på grundlag af en udtalelse fra den tekniske tjeneste.«

11. Artikel 4 bestemmer følgende med hensyn til hospitalsgeneraldirektørens beslutningskompetence:

»Det påhviler hospitalsgeneraldirektøren at afgive udtalelse om den lægebehandling i udlandet, som de interesserede har ansøgt om i henhold til de i artikel 2 fastsatte betingelser.«

14. På grundlag af de oplysninger, Kommissionen var i besiddelse af, tilsendte den den 18. oktober 2006 Den Portugisiske Republik en åbningsskrivelse, hvori den anførte, at denne havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, som fortolket ved Domstolens praksis, idet den i henhold til de gældende bestemmelser i lovdekret nr. 177/92 af 13. august 1992 underlægger godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse, som kun meddeles under meget restriktive betingelser. Endvidere opfordrede Kommissionen de portugisiske myndigheder til i givet fald at fremsætte bemærkninger hertil inden for en frist på to måneder i henhold til artikel 226 EF.

III — Den administrative procedure

12. Den 12. juli 2002 fremsendte Kommissionens Generaldirektorat for Det Indre Marked medlemsstaterne et spørgeskema, som vedrørte foreneligheden af den nationale lovgivning og praksis med Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af reglerne om det indre marked på området for sundhedsydelser. De portugisiske myndigheder besvarede Kommissionens anmodning om oplysninger vedrørende den portugisiske lovgivning ved skrivelse af 17. januar 2003.

13. Den 28. juli 2003 offentliggjorde Kommissionen en »rapport om anvendelsen af reglerne om det indre marked på sundhedstjenester — medlemsstaternes gennemførelse af Domstolens retspraksis« [8].

15. I deres svarskrivelse af 12. januar 2007 erklærede de portugisiske myndigheder, at der er »vanskeligt at forestille sig, at sundhedsydelser kunne være undergivet reglerne om det indre marked«, og at en medlemsstat har ret til at fastsætte ved lov, at godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter underlægges en forudgående tilladelse.

16. Den 29. juni 2007 fremsendte Kommissionen en begrundet udtalelse til de portugisiske myndigheder, hvori den meddelte disse, at svarskrivelsen af 12. januar 2007 ikke indeholdt nye aspekter, der generelt kunne rejse tvivl om Domstolens faste praksis. Kommissionen anførte igen, at Den Portugisiske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, som fortolket ved

8 — SEK(2003) 900.

Domstolens praksis, idet den havde opretholdt de bestemmelser i lovdekret nr. 177/92 af 13. august 1992, som underlægger godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse. Kommissionen opfordrede de portugisiske myndigheder til inden for en frist på to måneder at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse.

17. Ved skrivelse af 4. september 2007 svarede de portugisiske myndigheder, at lovdekret nr. 177/92 ikke var til hinder for at anvende EU-lovgivningen vedrørende de portugisiske statsborgeres adgang til sundhedsydelser inden for Den Europæiske Union eller unionsborgernes grundlæggende friheder, som de er forankret i traktaten om oprettelse af Den Europæiske Union.

18. Den 12. februar 2008 meddelte de portugisiske myndigheder Kommissionen, at de havde til hensigt at undersøge de økonomiske virkninger for sundhedssystemet, hvilket mindst ville kræve en måned, især da regeringens sammensætning var blevet ændret.

19. Den 18. juni 2008 anmodede Kommissionen de portugisiske myndigheder om at give den oplysninger om de planlagte ændringer af lovdekret nr. 177/92 med henblik på snart at få bragt situationen, der var i strid med EU-retten, til ophør.

20. Ved skrivelse af 24. juli 2008 bekræftede de portugisiske myndigheder den opfattelse, de allerede havde givet udtryk for i deres svarskrivelse af 4. september 2007, nemlig at lovdekret nr. 177/92 ikke er i strid med EU-retten.

21. Den 15. april 2009 fremsendte Kommissionen en supplerende begrundet udtalelse til de portugisiske myndigheder for af hensyn til gennemsigtigheden og retssikkerheden at præcisere rækkevidden af den tilsidesættelse af EU-retten, som den havde gjort gældende. Kommissionen anførte hertil, at Den Portugisiske Republik efter dens opfattelse havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, som fortolket ved Domstolens praksis, idet den hverken i lovdekret nr. 177/92 eller i en anden national retsakt har foreskrevet mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i udlandet, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71.

22. Ved skrivelse af 15. maj 2009 besvarede de portugisiske myndigheder den supplerende begrundede udtalelse med, at godtgørelsen af lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat er fastsat i lovdekret nr. 177/92. Endvidere erklærede de, at den portugisiske lovgivning heller ikke udelukker godtgørelse af lægeudgifter, hvis der er tale om en speciallægebehandling, såfremt proceduren med

forudgående bekræftelse af det lægelige behov for en behandling i udlandet overholdes.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

23. Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 9. juli 2009 har Kommissionen anlagt denne sag, hvori der er nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den ikke i lovdekret nr. 177/92 af 13. august 1992, der fastsætter betingelserne for godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet, eller i nogen anden national lovbestemmelse, har foreskrevet mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning (EØF) nr. 1408/71, eller, i det omfang dette lovdekret tillader godtgørelse for ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, underlægger denne godtgørelse en forudgående tilladelse.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24. I svarskriftet, som blev indgivet den 2. oktober 2009, har den portugisiske regering nedlagt påstand om frifindelse samt om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25. Den skriftlige forhandling blev afsluttet med replikken af 16. november 2009 og duplikken af 4. februar 2010.

26. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 17. november 2009 fik Kongeriget Spanien tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Den Portugisiske Republiks påstande.

27. Parternes repræsentanter samt Kongeriget Spaniens regering afgav mundtlige indlæg under retsmødet den 9. februar 2011.

28. Ved skriftligt indlæg af 24. marts 2011 har Kommissionen delvist frafaldet sit søgsmål og omformuleret sine påstande, således at den nu påstår, at:

— Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den ikke i lovdekret nr. 177/92 af 13. august 1992, der fastsætter betingelserne for godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet, eller i nogen anden national lovbestemmelse, har foreskrevet mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen

under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning (EØF) nr. 1408/71, eller i det omfang dette lovdekret foreskriver en sådan godtgørelsesmulighed, underlægger denne godtgørelse en forudgående tillladelse (med undtagelse af godtgørelse af omkostninger til visse lægelige ydelser, der, selv om de ydes i en lægepraksis, kræver anvendelse af tungt udstyr, der er opstillet i forsikringsmedlemsstaten, og som støttes af denne, og som er udtømmende opregnet i den nationale lovgivning, således f.eks. et scintillationskamera med eller uden koincidensdetektor for positronemission, emissionstomograf eller positronkamera, kernemagnetisk resonanstomograf eller spektrometisk udstyr til klinisk brug, en scanner til medicinsk brug, trykkammer og en cyklotron til medicinsk brug).

— Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

29. Den portugisiske regering har ved skriftligt indlæg af 6. april 2011 omformuleret sine påstande således, at den nu påstår:

— Afvisning.

— Såfremt den antages til realitetsbehandling, fastslås under alle omstændigheder, at Kommissionen til dels frafalder sine påstande.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Parternes væsentligste argumenter

A — *Den portugisiske lovgivning*

30. *Kommissionen* har udtrykt visse vanskeligheder ved at forstå den portugisiske regerings standpunkt, især da oplysningerne med hensyn til godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter er tvetydige eller endog selvmodsigende.

31. På grundlag af den portugisiske regerings svar på spørgeskemaet fra Generaldirektoratet for Det Indre Marked med hensyn til foreneligheden af den nationale lovgivning med Domstolens praksis har Kommissionen konkluderet, at lovdekret nr. 177/92 er den nationale lovgivningsakt, som indeholder de gældende bestemmelser for godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i udlandet.

32. Kommissionen har imidlertid peget på, at de portugisiske myndigheder anførte i deres svarskrivelse på den begrundede udtalelse, at det f.eks. ikke er formålet med lovdekret nr. 177/92 at underlægge godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i udlandet en forudgående tilladelse, og at der ikke findes nogen anden bestemmelse i portugisisk ret, som fastsætter dette. Kommissionen har anført, at den har sluttet heraf, at den portugisiske retsorden ikke foreskriver mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71.

33. Kommissionen har peget på, at de portugisiske myndigheder imidlertid anførte i deres svarskrivelse på den supplerende begrundede udtalelse, at adgangen til sundhedsydelser i en anden medlemsstat er underlagt en procedure, hvor det lægelige behov skal bekræftes, hvilket tyder på, at der i Portugal findes en ordning med forudgående tilladelse til godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat.

34. Endelig har Kommissionen anført, at de portugisiske myndigheder udtrykkeligt erkendte i deres svarskrift, at der ikke findes nogen mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71.

35. Den *portugisiske regering* har bestridt de påståede tvetydigheder eller selvmodsigelser i redegørelsen for de bestemmelser, der er gældende i Portugal.

36. Den portugisiske regering har anført, at der i henhold til den portugisiske retsorden findes to muligheder for adgang til sundhedsydelser i udlandet, dels på grundlag af forordning nr. 1408/71, navnlig artikel 22 heri, og dels lovdekret nr. 177/92, som fastsætter bestemmelser for »højtspecialiseret lægebehandling i udlandet, der ikke kan udføres på det nationale område«.

37. Den portugisiske regering har anført, at lovdekret nr. 177/92 er tænkt som et instrument i forbindelse med hospitalsindlæggelse. Lægebehandling i udlandet er derfor mulig, såfremt det portugisiske sundhedssystem ikke råder over de nødvendige midler til at behandle de personer, der er tilsluttet denne ordning. Denne løsning har til formål at stille de sundhedsydelser til rådighed, som den syge har behov for, med en garanti for kvalitet og medicinsk effektivitet.

38. En behandling i udlandet er underlagt visse betingelser, som er fastsat i lovdekret nr. 177/92. I henhold hertil skal ansøgningerne om højtspecialiseret lægebehandling indgives af hospitalerne under det nationale sundhedssystem, idet ansøgningerne skal vedlægges en udførlig lægeerklæring, som skal være bekræftet af den kompetente tjenestegrenschef samt af den medicinske direktør (artikel 2, stk. 1 og 2). Det påhviler sundhedsdirektøren at træffe endelig afgørelse. Endvidere skal lægeerklæringen indeholde en

række oplysninger om patientens sundhedstilstand og behandlingen samt de steder i udlandet, hvor patienten skal opereres eller behandles. Såfremt betingelserne i lovgivningen er opfyldt, har patienten ret til fuld godtgørelse af udgifterne, herunder patientens og en ledsagers rejse- og opholdsudgifter. Udbetalingen finder sted via den kliniske enhed, der er ansvarlig for proceduren med forudgående bekræftelse (artikel 6).

39. Den portugisiske regering er af den opfattelse, at der ikke skal sondres mellem udgifter til behandling på og uden for hospitaler. Højtspecialiseret lægebehandling i udlandet i form af et institutionelt samarbejde kan nemlig omfatte begge former for behandlinger. Endvidere drager den portugisiske regering en parallel mellem proceduren med godkendelse af det lægelige behov for en behandling i udlandet og proceduren med henvisning til en speciallæge.

40. Endvidere har den anført, at det lægelige samarbejde, der er fastsat i lovdekret nr. 177/92, opfylder kravene i det nationale sundhedssystem, der i henhold til de forfatningsmæssige bestemmelser er kendetegnet ved sin universelle, generelle og selvstændige karakter og desuden er offentligt finansieret.

B — *EU-retten*

41. *Kommissionen* er af den opfattelse, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, som fortolket ved Domstolens praksis. Det er i henhold til denne praksis åbenbart, at artikel 49 EF finder anvendelse i tilfælde, hvor en patient modtager lægeydelser mod vederlag i en medlemsstat, der ikke er vedkommendes bopælsstat. I Portugal er der ikke i lovdekret nr. 177/92, der fastsætter betingelserne for godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet, specifikke regler for godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71, eller i det omfang lovdekretet har sådanne bestemmelser, er godtgørelsen af disse ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter i overensstemmelse med de portugisiske myndigheders fortolkning underlagt en forudgående tilladelse under restriktive betingelser.

42. Selv hvis det erkendes, at en ordning, der underlægger godtgørelsen af lægeudgifter en forudgående tilladelse, kan være berettiget trods Domstolens praksis, er det Kommissionens opfattelse, at betingelserne for meddelelse af en sådan tilladelse er restriktive og dermed i strid med EU-retten.

43. Med hensyn til de argumenter, som den portugisiske regering har fremført for at begrunde restriktionen i tvingende hensyn, nemlig det nationale sundhedssystems økonomiske bæredygtighed og sikringen af adgangen til almene sundhedsydelser, har

Kommissionen anført, at kravet om forudgående tilladelse hverken kan begrundes i hensynet til den offentlige sundhed eller på grundlag af en alvorlig risiko for den økonomiske ligevægt i de sociale sikringsordninger. Derudover har Kommissionen gjort gældende, at de portugisiske myndigheder hverken har fremført argumenter eller beviser for, at der er en reel risiko for en forstyrrelse af den økonomiske ligevægt i det portugisiske sundhedssystem som følge af godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i udlandet.

44. Den *portugisiske regering* har anført, at der ikke findes nogen bestemmelse i traktaten, som giver unionsborgerne ret til at kræve godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet eller giver dem mulighed for en uindskrænket udøvelse af en sådan ret, uden at den reguleres af en mekanisme med forudgående tilladelse.

45. Efter den portugisiske regerings opfattelse er det foreliggende traktatbrudssøgsmål et forsøg fra Kommissionens side på retligt at gennemtvinge en løsning, som ikke kun savner ethvert retligt grundlag, men også er blevet afvist af medlemsstaterne, de ansvarlige for udformningen af de sociale sikringsordninger og sundhedssystemet. Den er forundret over Kommissionens fremgangsmåde i betragtning af den på nuværende tidspunkt igangværende lovgivningsprocedure, som har til formål at fastsætte medlemsstaternes rettigheder og pligter på dette område. Det fremgår af 23. betragtning til direktiv 123/2006, at kun en lovgivningsmæssig løsning, som indeholder tilstrækkeligt klare retningslinjer, kan begrunde en retsafgørelse. Da den er overbevist om, at en dom afsagt af Domstolen vil medføre en uønsket overlapning af retlige og politiske beslutningsprocesser, har den anmodet Domstolen om at udsætte behandlingen af sagen i henhold til procesreglementets artikel 82a, stk. 1, litra a).

46. Efter den portugisiske regerings opfattelse er Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af artikel 49 EF på grænseoverskridende sundhedsydelser kendetegnet ved to elementer, nemlig den specifikke processuelle ramme og dens mangel på retssikkerhed og -klarhed. Alle Domstolens domme er afsagt inden for rammerne af præjudicielle sager i henhold til artikel 234 EF, hvilket er til hinder for, at de løsninger, der er fundet i de pågældende sager, kan overføres til hovedsagen.

47. Selv om en forudgående tilladelse under visse omstændigheder kan udgøre en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, er artikel 49 EF ifølge Domstolens praksis ikke til hinder for en sådan tilladelse, såfremt den er baseret på objektive kriterier, der ligeledes skal være opfyldt som betingelser for godtgørelse af lægeudgifter afholdt på det nationale område.

48. Derudover underlægger ligeledes artikel 22 i forordning nr. 1408/71 udførelsen af grænseoverskridende sundhedsydelser en

forudgående tilladelse. I øvrigt skal artikel 49 EF bringes i overensstemmelse med de andre af traktatens bestemmelser. I denne henseende har den portugisiske regering henvist til artikel 152, stk. 5, EF, som indeholder et kompetenceforbehold til fordel for medlemsstaterne, og hvis effektive anvendelse udelukker enhver anvendelse af andre af traktatens bestemmelser, som udhuler den nationale beslutningstagers beføjelser med hensyn til organisation, finansiering og udformning af modellen for det nationale sundhedssystem.

49. Den portugisiske regering foreslår ikke en ændring af retspraksis, men opfordrer Domstolen til at sikre en »praktisk konkordans« mellem artikel 49 EF og artikel 152, stk. 5, EF, således at artikel 49 EF må vige af tvingende almene hensyn. Den har påberåbt sig en række grunde, der i Domstolens praksis er blevet betragtet som gyldige, herunder nødvendigheden at sikre den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning og sundhedssystemet.

50. Den *spanske regering* har først og fremmest anført, at artikel 49 EF ikke pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at udstede positive gennemførelsesretsakter, især da direktivet er den retsakt, der udtrykkeligt er fastsat i EU-retten med henblik på at tilvejebringe sådanne positive gennemførelsesretsakter i de nationale retsordener. Den har påpeget, at artikel 52 EF udtrykkeligt fastsætter direktivet som et instrument til liberalisering af det indre marked for tjenesteydelser. Netop dette planlægger Kommissionen på nuværende tidspunkt med sit direktivforslag [9]. Den omstændighed, at Portugal ikke har indført en yderligere procedure til godtgørelse af lægeudgifter ved siden at proceduren i forordning nr. 1408/71, kan ikke udgøre en tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til artikel 49 EF.

51. Endvidere har Kommissionen ikke bevist, at de portugisiske myndigheder anvender deres lovgivning under tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til artikel 49 EF, f.eks. ved at de systematisk afslår at give den tilladelse til behandling i udlandet, der er fastsat i ordningen.

52. Hvad angår spørgsmålet, om den portugisiske lovgivning er forenelig med artikel 49 EF, har den spanske regering anført, at en ordning, som fastsætter en forudgående tilladelse, ikke nødvendigvis udgør en uberettiget restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser. Der er tvingende almene hensyn, der begrunder en sådan ordning, navnlig i forbindelse med sundhedsydelser på hospitaler. Det er ikke korrekt at overføre Domstolens praksis i Kohll-dommen og dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet vedrørende tandlægebehandlinger til enhver sundhedsydelse uden for hospitaler. For alle tilfældes skyld har den

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

spanske regering mindet om, at Domstolen fastslog i Kohll-dommen, at »traktatens artikel 56 tillader medlemsstaterne at begrænse den frie udveksling af læge- og hospitalsydelser, i det omfang opretholdelse af behandlingsmuligheder eller en lægelig kompetence på det nationale territorium er væsentlig for den offentlige sundhed eller endog for befolkningens overlevelse«.

53. Med hensyn til proportionaliteten af den omtvistede ordning har den spanske regering anført, at det skal undersøges, om der med den portugisiske ordning indføres en administrativ tilladelsesprocedure, der er baseret på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, som er kendt for de berørte på forhånd, og hvoraf det fremgår, hvor grænserne for de nationale myndigheders skønsbeføjelse ligger.

VI — Retlig vurdering

A — *Anvendelse af artikel 49 EF*

54. Ifølge fast retspraksis og i henhold til de regler, der bestemmer EU's processuelle bestemmelser, påhviler det under en traktatbrudssag Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger. Den skal for Domstolen fremlægge de oplysninger, der er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om det pågældende traktatbrud foreligger, og Kommissionen kan ikke påberåbe sig nogen formodning herom [10]. Den processuelle bevisbyrde vendes først, når Kommissionen har fremført forhold, der er tilstrækkelige til at godtgøre traktatbruddet. I et sådant tilfælde påhviler det medlemsstaten at forsvare sig konkret og detaljeret for på sin side at bevise, at den har overholdt EU-retten [11].

55. Kommissionen har med søgsmålet foreholdt Den Portugisiske Republik, at denne har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF. Den portugisiske regering har bestridt dette, idet den for det første har henvist til den nuværende lovgivningsprocedure — frem for alt til de høringer, der på nuværende tidspunkt finder sted i Rådet — med henblik på vedtagelse af et direktiv om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser og for det andet har rejst tvivl om anvendelsen af de primærretlige bestemmelser om den

10 — Jf. bl.a. dom af 25.5.1982, sag 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1791, præmis 6, af 22.9.1988, sag 272/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 4875, præmis 17, af 26.6.2003, sag C-404/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6695, præmis 26, af 6.11.2003, sag C-434/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 13239, præmis 21, af 29.4.2004, sag C-194/01, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 4579, præmis 34, af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 33, af 6.10.2009, sag C-438/07, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 9517, præmis 49, og af 29.10.2009, sag C-246/08, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 10605, præmis 52.

11 — Jf. dom af 12.12.1996, sag C-298/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6747, præmis 17, dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 21. I denne retning M. Burgi, i: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (udgivet af H.-W. Rengeling, A. Middeke og M. Gellermann), München, 2003, § 6, punkt. 45, s. 79, og J. Schwarze, *EU-Kommentar* (udgivet af Jürgen Schwarze), 2. oplag, 2009, EF-traktatens artikel 226, punkt. 27, s. 1755.

frie udveksling af tjenesteydelser, navnlig artikel 49 EF, i forbindelse med de grænseoverskridende sundhedsydelser. Begge argumenter vedrører i retlig henseende både den tidsmæssige og den materielle anvendelse af artikel 49 EF på den foreliggende tvist, som skal undersøges nedenfor.

1. Bestemmelser, der finder tidsmæssig anvendelse

56. Hvad angår den portugisiske regerings førstnævnte indsigelse mod det foreliggende søgsmål, vil jeg indledningsvis bemærke, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig en retsakt, der endnu ikke er trådt i kraft og derfor endnu ikke har retsvirkninger inden for Unionens retsorden. Forventningen om, at et bestemt kommissionsforslag til en retsakt ikke ændres, kan objektivt set ikke anses for beskyttelsesværdig, især da Rådet og Parlamentet kan fremsætte talrige ændringer hertil under lovgivningsproceduren. Dette er også grunden til, at de er af begrænset fortolkningsmæssig værdi.

57. Bortset herfra skal jeg bemærke, at det er formålet med proceduren i henhold til artikel 226 EF at fastslå medlemsstaternes tilsidesættelser af EU-retten, som har fundet sted på et bestemt, relevant tidspunkt. Ifølge Domstolens nu faste praksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse. Dette er alene det relevante tidspunkt for vurderingen af et traktatbrud [12]. Senere ændringer af EU-retten tages derfor ikke i betragtning, og det samme gælder efterfølgende regulariseringer fra den pågældende medlemsstats side [13]. Den store sandsynlighed for, at lovgivningsproceduren afsluttes inden for en overskuelig fremtid, og der vedtages et direktiv, som specifikt fastsætter bestemmelser for patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser, ændrer derfor intet ved søgsmålets genstand og har derfor ingen indvirkning på det foreliggende traktatbrudssøgsmål.

58. Den portugisiske regerings indsigelse mod anvendelsen af artikel 49 EF med henblik på undersøgelsen af en eventuel tilsidesættelse af EU-retten må derfor afvises.

12 — Jf. dom af 1.6.1995, sag C-182/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1465, af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, af 16.12.1997, sag C-316/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7231, præmis 14, af 11.6.1998, forenede sager C-232/95 og C-233/95, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3343, præmis 38, af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, præmis 22, af 3.10.2002, sag C-47/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 8231, præmis 15, og af 14.4.2005, sag C-519/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3067, præmis 18.

13 — Jf. tillige M. Burgi (nævnt ovenfor i fodnote 11), punkt 38, s. 75; W. Cremer, *EUV/EGV — Kommentar* (udgivet af Christian Calliess og Matthias Ruffert), 3. oplag, München, 2007, EF-traktatens artikel 226, punkt 33, s. 1991.

2. Det materielle anvendelsesområde

59. Den portugisiske regerings anden indsigelse må forstås således, at der dermed i det væsentlige rejses tvivl om den materielle anvendelse af de primærretlige bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser som sådan. Den har til støtte for sin retsopfattelse henvist til artikel 152, stk. 5, EF, en bestemmelse, der overdrager ansvaret for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling til medlemsstaterne. Endvidere har den portugisiske regering henvist til nødvendigheden af sekundærretlige bestemmelser.

a) Unionens og dens medlemsstaters kompetencer på sundhedsområdet

60. Jeg er enig i den portugisiske regerings bemærkninger, for så vidt de vedrører medlemsstaternes principielle kompetence på sundhedsområdet. Medlemsstaterne er i realiteten, forenklet formuleret, fortsat »herrer over sundhedspolitikken« [14], hvilket betyder, at Unionen ikke må handle i strid med deres politik. Inden for det aktivitetsområde, der er afgrænset i artikel 152 EF, er Unionens kompetencer mindre udprægede end på andre områder. Indholdsmæssigt er de ifølge stk. 1, andet og tredje afsnit, begrænset til at være et »supplement« til de nationale politikker og i organisatorisk henseende ifølge stk. 2, første afsnit, til at »fremme« samarbejdet mellem medlemsstaterne. Den omstændighed, at Unionens indsats på sundhedsbeskyttelsesområdet principielt er veget for de nationale politikker, kan betragtes som et udtryk for subsidiaritetsprincippet i artikel 5 EF. Dette berører imidlertid ikke Unionens beføjelse til i forbindelse med harmoniseringen af de nationale sundhedsbeskyttelsespolitikker i henhold til artikel 95 EF at tilvejebringe beskyttelsesstandarder i hele Unionen for at eliminere restriktioner for de grundlæggende friheder. Kommissionens direktivforslag, der ifølge sin ottende betragtning bl.a. har vil formål at sikre patientmobilitet og fri udveksling

14 — Ottende betragtning til Kommissionens forslag til et »direktiv om patientrettigheder i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser«, nævnt ovenfor i fodnote 4, har følgende ordlyd: »Dette direktiv har til formål at skabe en generel ramme for udførelse af sikre og effektive grænseoverskridende sundhedsydelser af høj kvalitet i Fællesskabet og at sikre patientmobilitet, fri udveksling af sundhedsydelser og et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, samtidig med at der fuldt ud tages hensyn til medlemsstaternes ansvar for at fastlægge socialsikringsydelserne inden for sundhed og tilrettelægge og levere sundhedsydelser og medicinsk behandling samt socialsikringsydelser, særlig i forbindelse med sygdom.«

af sundhedsydelser, beror på netop denne bemyndigelse.

61. Domstolen er klar over den komplekse kompetencefordeling mellem Unionen og dens medlemsstater. Som den nemlig har fastslået i sin faste praksis, begrænser EU-retten ikke medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger [15]. Dette betyder på sin side, at det i mangel af en harmonisering på EU-plan tilkommer hver medlemsstat i lovgivningen at fastsætte betingelserne for tildeling af sociale sikringsydelser [16]. I denne forbindelse skal jeg henvise til Watts-dommen [17], hvori Domstolen meget klart bemærkede, at ifølge artikel 152, stk. 5, EF respekterer Unionens indsats medlemsstaternes ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling.

62. Som Domstolen imidlertid fastslog i samme dom, udelukker denne bestemmelse på sin side ikke, at medlemsstaterne i henhold til andre af traktatens bestemmelser, såsom artikel 49 EF, eller EU-retlige foranstaltninger, der er vedtaget på grundlag af andre bestemmelser i traktaten, såsom artikel 22 i forordning nr. 1408/71, har pligt til at tilpasse deres nationale sundhedssystemer og socialsikringsordninger [18]. Allerede i tidligere domme havde Domstolen understreget, at medlemsstaterne skal overholde EU-retten ved udøvelsen af deres kompetence i henhold til artikel 152, stk. 5, EF, bl.a. bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser [19]. Disse bestemmelser indeholder nemlig et forbud for medlemsstaterne mod at indføre eller opretholde uberettigede begrænsninger i udøvelsen af denne frihed i sundhedssektoren [20]. Endvidere skal jeg fremhæve den omstændighed, at Domstolen udtrykkeligt gjorde det klart, at medlemsstaterne ikke må betragte de uundgåelige tilpasninger, som de skal foretage af de nationale sociale sikringsordninger af hensyn til gennemførelsen af de grundlæggende friheder, der er garanteret ved traktaten, som f.eks. indgreb i deres enekompetence

15 — Dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 16, af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodermare m.fl., Sml. I, s. 3395, præmis 27, af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 17, af 18.3.2004, sag C-8/02, Leichtle, Sml. I, s. 12641, præmis 29, af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 92, og af 15.6.2010, sag C-211/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5267, præmis 53.

16 — Dom af 24.4.1980, sag 110/79, Coonan, Sml. s. 1445, præmis 12, af 4.10.1991, sag C-349/87, Paraschi, Sml. I, s. 4501, præmis 15, af 30.1.1997, forenede sager C-4/95 og C-5/95, Stöber og Piosa Pereira, Sml. I, s. 511, præmis 36, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 92, dom af 13.5.2003, sag C-385/99, Müller-Fauré og van Riet, Sml. I, s. 4509, præmis 100, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 53, og dom af 27.1.2011, sag C-490/09, Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 32.

17 — Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 146. Jf. tillige dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 75.

18 — Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 147.

19 — Dom af 28.4.1998, sag C-120/95, Decker, Sml. I, s. 1831, præmis 19, af 12.7.2001, sag C-157/99, Smits og Peerbooms, Sml. I, s. 5473, præmis 44-46, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 100, dom af 23.10.2003, sag C-56/01, Inizan, Sml. I, s. 12403, præmis 17, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 92, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 53.

20 — Dom af 5.10.2010, sag C-173/09, Elchinov, Sml. I, s. 8889, præmis 40, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 23, dom af 19.4.2007, C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185, præmis 23, og Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 92.

på dette område [21]. Endelig skal det også nævnes, at Den Europæiske Union på grundlag af foranstaltninger, der f.eks. har til formål at gennemføre de grundlæggende friheder, kan udøve betydelig indflydelse på medlemsstaternes sundhedssystemer [22].

63. I forbindelse med de grænseoverskridende sundhedsydelser opstår der så at sige en overlapning mellem EU-ret og national ret, således forstået, at EU-retten, som så ofte, i det væsentlige er begrænset til at fastsætte et bindende mål — nemlig gennemførelse af patienters frie bevægelighed samt deres ligebehandling i forhold til nationale myndigheder, uanset deres nationalitet — mens medlemsstaternes kompetencer fortsat består, idet disse skal passe ind i den normative ramme, som den primære og den afledte ret fastsætter, da medlemsstaterne ikke må tilsidesætte EU-retten ved udøvelsen af deres kompetencer [23]. Udstrækningen af den EU-retlige ramme, som artikel 49 EF sætter for medlemsstaternes udøvelse af kompetence, fastsættes af Domstolen. Den har nemlig i henhold til de stiftende traktater til opgave ved fortolkning at belyse og præcisere betydningen og rækkevidden af en EU-retlig regel, således som den skal forstås og anvendes fra sin ikrafttræden [24].

64. Følgelig kan Den Portugisiske Republik heller ikke påberåbe sig sit oprindelige ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling inden for sit territorium for at unddrage sig de forpligtelser, som Unionens øvrige primære ret, frem for alt bestemmelserne om de grundlæggende friheder, pålægger den.

b) Kvalificering af den omtvistede nationale ordning

65. Hvad angår det yderligere spørgsmål, om den omtvistede nationale ordning er omfattet af det materielle anvendelsesområde for

21 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 45, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 147, samt dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 102.

22 — Jf. f.eks. dom af 11.12.2003, sag C-322/01, DocMorris, Sml. I, s. 14887 — nationalt forbud mod postordresalg af lægemidler, af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389 — vagttjeneste (»Bereitschaftsdienst«), der udføres af en læge på et hospital i forbindelse med beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, Leichtle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 51 — betingelser for dækning af udgifterne i forbindelse med et kurophold i en anden medlemsstat, og dom af 3.10.2000, sag C-411/98, Ferlini, Sml. I, s. 8081, præmis 47 f.

23 — I denne retning S. Van Raepenbusch, »Dossier: l'Europe de la santé — L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arret du 16 mai 2006, Watts, C-372/04«, *Gazette du Palais*, december 2006, s. 8.

24 — Jf. dom af 19.11.2009, sag C-540/07, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 10983, præmis 63.

artikel 49 EF, skal det bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at lægelige ydelser mod vederlag henhører under bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser [25], uden at der herved skal sondres efter, om behandlingen ydes inden for eller uden for hospitalssektoren [26]. Det er ligeledes blevet fastslået, at fri udveksling af tjenesteydelser omfatter frihed for modtagerne af tjenesteydelserne, herunder personer, der skal modtage lægebehandling, til at rejse til en anden medlemsstat for dér at modtage ydelserne, og dette må ikke hindres af restriktioner [27]. Domstolen har endvidere fastslået, at en lægelig ydelse ikke ophører med at være en tjenesteydelse som omhandlet i artikel 49 EF, fordi patienten, efter at have betalt for behandlingen til den udenlandske tjenesteyder, efterfølgende anmoder om refusion i henhold til et nationalt socialsikringssystem [28].

66. Nationale bestemmelser som bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92, der fastsætter betingelserne for både en patients brug af grænseoverskridende sundhedsydelser og for myndighedernes godtgørelse af lægeudgifter inden for rammerne af et nationalt sundhedssystem, er derfor omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 49 EF [29].

67. I øvrigt er — til forskel fra det, der er anført af den portugisiske regering, som i den henseende flere gange fremførte dette argument mod, at de principper, som Domstolen har udviklet, kan overføres til den foreliggende sag — den omstændighed, at Portugals nationale sundhedssystem i modsætning til mange andre medlemsstaters sundhedssystemer ikke finansieres af bidrag fra de forsikrede, men udelukkende af skatter og øvrige

25 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 34, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 47, Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 19, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 86, samt dom af 4.10.1991, sag C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, Sml. I, s. 4685, præmis 18, og Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 29.

26 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 34, dom af 5.10.2010, sag C-512/08, Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 30, Leichtle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 28, Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 19, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 86, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 103, samt dom af 12.7.2001, sag C-368/98, Vanbraekel m.fl., Sml. I, s. 5363, præmis 41, og Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 53.

27 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 35, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 31, Elchinov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 37, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 49, Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 20, og Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 87.

28 — Dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 47, Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 21, samt dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 103.

29 — Jf. Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 60-69, og EFTA-Domstolens dom, forenede sager E-11/07 og C-1/08, Rinsal og Slinning, præmis 44, hvor ikke kun den materielle anvendelse af de primærretlige bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser i EF-traktaten og EØS-aftalen anerkendes, men derudover også de pågældende nationale bestemmelsers begrænsende karakter. Artikel 49, stk. 1, EF svarer i sit indhold til EØS-aftalens artikel 36, stk. 1, som det tilkommer EFTA-Domstolen at fortolke med hensyn til EFTA-/EØS-stater. I overensstemmelse med kravet om en ensartet retspraksis inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde har EFTA-Domstolen anvendt Domstolens ovennævnte retspraksis på denne bestemmelse i aftalen.

offentlige budgetmidler, på ingen måde til hinder for en undersøgelse af, om bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 er forenelige med artikel 49 EF, som fortolket ved Domstolens praksis, for som Domstolen udtrykkeligt erklærede i Watts-dommen [30] specielt med hensyn til et skattefinansieret nationalt sundhedssystem som Det Forenede Kongeriges National Health Service (NHS), finder de primærretlige bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser anvendelse, »uafhængigt af den måde, hvorpå det [pågældende] nationale system [...] fungerer«. Jeg skal bemærke, at den fornyelse, som Watts-dommen var forbundet med, ikke mindst bestod i, at den hidtidige retspraksis vedrørende personers frie bevægelighed inden for rammerne af en primært bidragsfinansieret lovbestemt sygeforsikring blev overført til skattefinansierede nationale sundhedssystemer [31]. Endvidere skal jeg i denne forbindelse henvise til dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet [32], hvori Domstolen udtrykkeligt anførte, at den frie udveksling af tjenesteydelser ikke giver anledning til at sondre mellem, om »sygekassen eller det nationale budget betaler tjenesteyderen direkte«. Den portugisiske regerings modstående argument må derfor forkastes.

68. Artikel 49 EF finder derfor anvendelse.

B — *Restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser*

69. Det skal endvidere undersøges, om bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 EF, hvilket Kommissionen har gjort gældende. Ifølge fast retspraksis er artikel 49 EF til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, som bevirker, at udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat [33].

70. En uberettiget restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser og dermed en tilsidesættelse af EU-retten kan imidlertid først konstateres, når tvistens genstand er tilstrækkeligt belyst. Med henblik herpå skal det undersøges, hvad Kommissionens påstande, som fastlægger tvistens genstand, egentlig vedrører.

71. Det skal hertil bemærkes, at Kommissionen har støttet sit søgsmål på to alternative tilsidesættelser. Kommissionen har i sit søgsmål nærmere bestemt gjort gældende, at Den Portugisiske Republik i sin lovgivning ikke har foreskrevet mulighed for at godtgøre

30 — Nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 90.

31 — I denne retning U. Schneider, »Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG«, *European Law Reporter*, 9/2006, s. 348, R. Schiano »Arrêt »Yvonne Watts««, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2006, s. 461.

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 103.

33 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 33, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 55, Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 25, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 94, Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 61, Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 33, og dom af 5.10.1994, sag C-381/93, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5145, præmis 17.

ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71. Subsidiært har den gjort gældende, at Den Portugisiske Republik har indført et system, som underlægger godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse.

1. Mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat

72. Det fremgår af formuleringen af den første påstand, at den anden del heri (»eller i det omfang dette lovdekret tillader godtgørelse for ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat«) skal forstås som en subsidiær påstand fra Kommissionen i tilfælde af, at Domstolen skulle fastslå, at den relevante portugisiske lovgivning — i modsætning til Kommissionens formodning — absolut foreskriver godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, dvs. også under de betingelser, der ikke er fastsat i forordning nr. 1408/71.

73. Det skal derfor indledningsvis undersøges på grundlag af de oplysninger, som parterne har stillet til rådighed for Domstolen, om den omtvistede nationale ordning i det hele taget foreskriver godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat.

74. I sin stævning [34] har Kommissionen anført, at den på grundlag af de oplysninger, som de portugisiske myndigheder havde fremsendt til den i forbindelse med den administrative procedure, var nået til den antagelse, at den portugisiske lovgivning ikke foreskriver mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat, undtagen under de omstændigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71. Kommissionen har i den forbindelse henvist til de portugisiske myndigheders svarskrivelse af 4. september 2007 på den begrundede udtalelse [35], hvori denne erklærede, at der i den portugisiske retsorden ikke var nogen bestemmelse, der regulerer retten til godtgørelse af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat. Desuden erkendte de portugisiske myndigheder heri, at der i en sådan situation ikke er tale om en godtgørelse af lægeudgifter.

75. Derudover har Kommissionen i stævningen [36] anfægtet de portugisiske myndigheders upræcise oplysninger om formålet med lovdekret nr. 177/92 og anvendelsen af denne lov på ambulante behandlinger, der udføres i en

34 — Jf. stævningens punkt 32 og 33.

35 — Jf. s. 15 i de portugisiske myndigheders svarskrivelse af 4.9.2007 på den begrundede udtalelse.

36 — Jf. stævningens punkt 38.

anden medlemsstat. I denne forbindelse erklærede de portugisiske myndigheder i deres svarskrivelse af 15. maj 2009 på den supplerede begrundede udtalelse, at godtgørelsen af lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat i lovdekret nr. 177/92 er underlagt en forudgående tilladelse. Kommissionen har på grundlag heraf sluttet, at lovdekret nr. 177/92 under alle omstændigheder også må finde anvendelse på ambulante behandlinger.

76. Det foreliggende traktatbrudssøgsmål åbenbarer en vis usikkerhed fra Kommissionens side med hensyn til at gengive det normative indhold af den omtvistede ordning samt de aspekter, der kan medføre en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, så detaljeret som muligt. Dette er overraskende, hvis man tager i betragtning, at den administrative procedure allerede blev påbegyndt i 2006, og at korrespondancen mellem den og de portugisiske myndigheder, hvor spørgsmålet om den portugisiske lovgivnings forenelighed med Domstolens praksis blev drøftet, går tilbage til 2003. Misforståelser og selvmodsigende oplysninger, som læsningen af de skriftlige indlæg åbenbarer, kunne have været undgået, hvis visse relevante aspekter, f.eks. vedrørende anvendelsen af bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 på ambulante behandlinger, allerede var blevet behandlet indgående under den administrative procedure. Jeg tillader mig i denne forbindelse at minde om, at medlemsstaterne i medfør af artikel 10 EF er forpligtet til at lette Kommissionen i gennemførelsen af dens opgave, som i henhold til artikel 211 EF navnlig består i at drage omsorg for gennemførelsen af de bestemmelser, som med hjemmel i traktaten vedtages af institutionerne [37]. Som Domstolen allerede har fastslået, omfatter denne forpligtelse at medvirke loyalt til enhver undersøgelse, der iværksættes af Kommissionen i henhold til artikel 226 EF, og at meddele den alle de oplysninger, som den anmoder om i denne forbindelse [38].

77. Det fremgår af lovdekret nr. 177/92, at denne lov under alle omstændigheder fastsætter betingelserne for godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet, idet intet deri tyder på, at der i loven sondres mellem ambulante behandlinger og hospitalsbehandlinger. Den portugisiske regering synes tilsyneladende også at lægge denne forståelse til grund, da den i sit svarskrift for det første har rejst tvivl om formålet med denne principielle afgrænsning mellem behandlingsformer og for det andet utvetydigt har erklæret, at den portugisiske lovgivning — hvormed udtrykkeligt menes lovdekret nr. 177/92 — giver mulighed for en fuldstændig godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet til både

37 — Jf. bl.a. dom af 13.12.1991, sag C-33/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5987, præmis 18, og af 26.4.2005, sag C-494/01, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 3331, præmis 197.

38 — Jf. bl.a. dom af 11.12.1985, sag 192/84, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3967, præmis 19, af 6.3.2003, sag C-478/01, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 2351, præmis 24, af 13.7.2004, sag C-82/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6635), og dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 198. I denne retning også K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, London, 2006, punkt 5-057, s. 163.

hospitalsbehandlinger og ambulante behandlinger, såfremt de er begrundet i medicinsk henseende [39].

78. Det kan derfor konstateres, at i modsætning til det, Kommissionen har antaget, foreskriver lovdekret nr. 177/92 som den relevante nationale lov absolut principielt mulighed for at godtgøre ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat.

2. Krav om en forudgående tilladelse til »højtspecialiserede« lægebehandlinger

79. Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at Den Portugisiske Republik har indført en ordning, som underlægger godtgørelsen af ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse. I denne henseende skal det bemærkes, at Domstolen har anset allerede alene kravet om en forhåndstilladelse til godtgørelsen af udgifter som en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser både for patienterne og for tjenesteyderen [40], hvis det viste sig, at en sådan ordning afholdt patienterne fra eller endog forhindrede dem i at rette henvendelse til personer, der tilbyder lægelige ydelser, og som er etableret i en anden medlemsstat, med henblik på at modtage de pågældende behandlinger [41].

80. Kommissionen har nærmere bestemt anfægtet, at der inden for den portugisiske retsorden opretholdes lovbestemmelser, der er i strid med EU-retten. I modsætning til det, den portugisiske og den spanske regering [42] har anført, er det med henblik på vurderingen af den begrænsende virkning af en national ordning under ingen omstændigheder tvingende nødvendigt at fastslå, at der foreligger en konkret administrativ praksis, der er i strid med EU-retten, dvs. i den foreliggende sag en eventuel restriktiv praksis fra de portugisiske myndigheders side ved meddelelsen af tilladelser. Som det kan udledes af Domstolens praksis vedrørende artikel 49 EF, fortolkes rækkevidden af den frie udveksling af tjenesteydelser så bredt, at det er tilstrækkeligt til at anerkende, at en national ordning har begrænsende virkning, hvis den kan udelukke, indebære ulemper for eller gøre modtagerens brug af en ydelse udbudt i en anden medlemsstat mindre tiltrækkende [43]. I forbindelse med den foreliggende sag er det derfor tilstrækkeligt alene at undersøge, om den omtvistede nationale ordning kan have afskrækkende virkninger for potentielle modtagere af tjenesteydelser.

39 — Jf. punkt 16, 24 og 58 i svarskriftet.

40 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 16, af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 31, og Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 35. Jf. EFTA-Domstolens dom i Rinsal og Slinning-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 44 og 45.

41 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 32, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 98, Leichtle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 30, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 41 og 44, samt Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 69.

42 — Jf. punkt 21 i den spanske regerings skriftlige indlæg.

43 — Jf. dom af 8.9.2009, sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International, Sml. I, s. 7633, præmis 51.

81. Om bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 har en sådan afskrækkende virkning for potentielle patienter for at opfylde betingelserne for begrebet restriktion, kan alene fastslås ved at undersøge de relevante nationale bestemmelser.

82. Lovdekret nr. 177/92 fastsætter som nævnt betingelserne for godtgørelse af lægeudgifter afholdt i udlandet. Det underlægger godtgørelsen af lægeudgifter afholdt i udlandet et krav om tilladelse, idet der med henblik herpå er fastsat en speciel administrativ procedure, som foreskriver forskellige hospitalsinstansers inddragelse. I henhold hertil skal en patient, der behøver en højtspecialiseret behandling i udlandet, i henhold til lovdekretets artikel 2 indhente tilladelse fra tre forskellige instanser, inden vedkommende lader sig behandle i udlandet. Det fremgår både af betragtningerne til og artikel 1, stk. 1, samt artikel 3, stk. 1, litra a), i lovdekretet, at det med tilladelsen i det væsentlige bekræftes, at det er nødvendigt at få foretaget den fornødne behandling inden for rammerne af det lægelige samarbejde i udlandet, da den ikke kan foretages på det nationale område i mangel af tekniske eller personelle midler. Ansøgningerne om udførelse af højtspecialiseret lægebehandling skal indgives af hospitalerne under det nationale sundhedssystem, idet ansøgningerne skal vedlægges en udførlig lægeerklæring, som skal være bekræftet både af den kompetente tjenestegrenschef og af den medicinske direktør.

83. Lovdekret nr. 177/92 underlægger således godtgørelsen af lægeudgifter afholdt i udlandet en forudgående tilladelse, idet dette medfører, såfremt der gives afslag på en tilladelse, at patienten i sidste instans selv må afholde sine lægeudgifter. Den omtvistede ordning forhindrer ganske vist ikke umiddelbart patienterne i at rette henvendelse til en tjenesteyder i en anden medlemsstat. Imidlertid er udsigten til et økonomisk tab i tilfælde af en negativ administrativ afgørelse, hvorefter lægeudgifterne ikke kan godtgøres af det nationale sundhedssystem, i sig selv objektivt egnet til at afholde potentielle patienter fra at søge lægebehandling i udlandet. Denne opfattelse støttes i Kohll-dommen, Smits og Peerbooms-dommen samt dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet[44], hvori Domstolen bl.a. bekræftede den afskrækkende virkning af sådanne krav om tilladelse, der har til formål at bekræfte det lægelige behov for en behandling i udlandet. Som en yderligere afskrækkende faktor for brugen af grænseoverskridende sundhedsydelser kan anføres kompleksiteten af denne tilladelsesprocedure, som navnlig ses af, at den består af tre trin. Muligheden for, at de enkelte instanser kan afgive divergerende udtalelser med hensyn til det lægelige behov for en behandling i udlandet, kan ikke udelukkes.

84. Under den skriftlige forhandling gjorde den portugisiske regering ganske vist gældende, at den procedure med »forudgående bekræftelse af det lægelige behov« (»referenciação prévia da necessidade clínica«) for en

44 — Jf. Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 33-36, Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 62 og 64, samt dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 41 og 42.

behandling i udlandet, der er fastsat i lovdekret nr. 177/92, kan sammenlignes med en henvisning til en speciallæge på det nationale område [45]. Dette argument tager åbenbart sigte på at afkræfte den antagelse, at den omtvistede ordning kunne gøre udveksling af tjenesteydelser mellem Den Portugisiske Republik og andre EU-medlemsstater vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat. Jeg anser det for tvivlsomt, om dette argument er korrekt, især da den portugisiske regering ikke har fremført noget, der kunne støtte denne påstand. Der mangler eksempelvis beviser for, at henvisningen til en speciallæge i Portugal kræver, at der indhentes en godkendelse fra tre forskellige instanser. Det må derfor antages, at en henvisning til en speciallæge på det nationale område er forbundet med en langt mindre administrativ byrde end en henvisning til udlandet i forbindelse med den omtvistede tilladelsesprocedure. Uanset disse betragtninger bemærkes, at denne ordning udtrykkeligt er knyttet til grænseoverskridende forhold og åbenbart tager sigte på at gøre det vanskeligere for borgere bosat i Portugal at modtage sundhedsydelser i udlandet.

85. Det må derfor fastslås, at den omtvistede ordning med forudgående tilladelse kan afholde potentielle patienter fra og dermed også forhindre dem i at rette henvendelse til personer, der tilbyder sundhedsydelser i en anden medlemsstat. Dermed bevirker den omtvistede nationale ordning, at udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat. Den udgør derfor en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser både for disse patienter og for tjenesteyderne.

3. Ingen mulighed for godtgørelse af »øvrige« lægebehandlinger

86. Kommissionens allerede nævnte formodning om, at der muligvis ikke er mulighed for godtgørelse af lægeudgifter [46] efter portugisisk ret, synes berettiget i en anden forbindelse. Som allerede konstateret i forbindelse med beskrivelsen af denne lov omfatter lovdekret nr. 177/92 ikke alle former for lægebehandlinger. Den er derimod udelukkende begrænset til såkaldte »højtspecialiserede« lægebehandlinger i udlandet. Der gives derfor kun mulighed for at få godtgjort udgifterne i forbindelse med denne type behandlinger — forudsat at der gives tilladelse. På baggrund af, at der i mangel af oplysninger om det modsatte fra den portugisiske regering ikke findes nogen bestemmelse i Den Portugisiske Republiks retsorden, som udtrykkeligt fastsætter et krav på godtgørelse af »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i udlandet, må det antages, at denne mulighed heller ikke er foreskrevet i portugisisk ret.

45 — Jf. punkt 22 og 23 i svarskriftet.

46 — Jf. punkt 74 i dette forslag til afgørelse.

87. For denne antagelse taler foruden formålet med og opbygningen og ordlyden af lovdekret nr. 177/92 også den portugisiske regerings bemærkninger vedrørende de grundlæggende elementer i det portugisiske sundhedssystem, som i det væsentlige er kendetegnet ved sin selvstændighed og åbenbart derfor ikke betragter en lægebehandling i udlandet godtgørelsesberettiget i samme udstrækning som tilsvarende behandlinger på det nationale område. Endvidere kan anføres den portugisiske regerings erklæring om, at Den Portugisiske Republik ikke kan sikre godtgørelse af udgifterne i forbindelse med enhver form for behandlinger i udlandet [47]. Den omstændighed, at den portugisiske regering under henvisning til lovdekret nr. 177/92 anfægter Kommissionens påstand om, at der ikke findes nogen bestemmelse i den portugisiske retsordnen, som foreskriver en sådan godtgørelse af lægeudgifter, kan heller ikke anføres som argument mod den forståelse af den nationale lovgivning, der er gengivet i dette forslag til afgørelse, da lovdekret nr. 177/92 som nævnt netop ikke regulerer godtgørelsen af »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter.

88. På grundlag af deres karakter som sundhedsydelser er »øvrige« ambulante lægebehandlinger i udlandet ligeledes beskyttet af den frie udveksling af tjenesteydelser. Den kategoriske manglende anerkendelse af et krav på godtgørelse af lægeudgifter, der afholdes i forbindelse med sådanne behandlinger i udlandet, udgør entydigt en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser ifølge ovennævnte definition [48], da den gør det vanskeligere for patienter bosat i Portugal at modtage sundhedsydelser i andre medlemsstater, end hvis de vil gøre brug af de samme sundhedsydelser på det nationale område. Kun hvis de lod sig behandle på det nationale område, ville de nemlig have krav på godtgørelse af udgifterne fra det nationale sundhedssystem. Som allerede anført i forbindelse med kravet om tilladelse efter bestemmelserne i lovdekretet [49] forhindrer en afvisning af at godtgøre lægeudgifterne ganske vist ikke umiddelbart patienterne i at rette henvendelse til en tjenesteyder i en anden medlemsstat. Alligevel er udsigten til et økonomisk tab i sig selv objektivt egnet til at afholde potentielle patienter fra at søge lægebehandling i udlandet [50]. Den begrænsende karakter af denne ordning kommer i sidste instans til udtryk i dens virkning.

89. Den manglende mulighed for godtgørelse af lægeudgifter i forbindelse med »øvrige« lægebehandlinger må derfor ligeledes betragtes som en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

47 — Jf. punkt 54 i svarskriftet.

48 — Jf. punkt 69 i dette forslag til afgørelse.

49 — Jf. punkt 83 i dette forslag til afgørelse.

50 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 41.

C — *Restriktionens begrundelse*

90. Efter at der med hensyn til både »højtspecialiserede« og »øvrige« lægebehandlinger er konstateret en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, skal det undersøges nedenfor, om restriktionen i begge tilfælde er objektivt begrundet.

91. Med henblik herpå skal der foretages en klar afgrænsning mellem de to situationer. I forbindelse med de »højtspecialiserede« behandlinger rejser der sig spørgsmålet om begrundelsen for den restriktion, der følger af kravet om tilladelse [51]. Det, der skal undersøges i forbindelse med de »øvrige« lægebehandlinger, er begrundelsen for den restriktion, der følger af den manglende mulighed for godtgørelse af lægeudgifter [52]. For en særskilt undersøgelse af begrundelsen taler for det første den forskellige intensitet, hvormed hver af de omtvistede nationale ordninger udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, og for det andet den omstændighed, at de retlige krav til en begrundelse i henhold til EU-retten til dels er forskellige.

1. Begrundelse i forbindelse med de »højtspecialiserede« lægebehandlinger

92. Som Domstolen gentagne gange har udtalt, er EU-retten i princippet ikke til hinder for en ordning med forhåndstilladelser, men det er nødvendigt, at de betingelser, der fastsættes for meddelelse af en sådan tilladelse, er berettigede og opfylder kravet om proportionalitet [53]. I den henseende kræves det ifølge fast retspraksis, at restriktionen ikke overskrider, hvad der er objektivt nødvendigt med henblik på dette formål, og at samme resultat ikke kan nås ved hjælp af mindre indgribende regler [54]. En sådan ordning skal desuden være baseret på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som er kendt på forhånd, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke anvendes vilkårligt [55].

93. Begrundelsesniveauet er i retsmetodisk henseende det punkt, hvor den af den portugisiske regering krævede »praktiske konkordans« skal opretholdes mellem medlemsstaternes organisations- og reguleringsmæssige suverænitet på sundhedsområdet på den ene side og reglerne om det indre marked på den anden side [56]. Det påhviler i den forbindelse Domstolen så vidt muligt at forene den interesse, som de forsikrede under et nationalt sundhedssystem har i at kunne udnytte fordelene ved det indre marked på grundlag af

51 — Jf. punkt 85 i dette forslag til afgørelse.

52 — Jf. punkt 89 i dette forslag til afgørelse.

53 — Elchinov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44, samt Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 82.

54 — Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 106.

55 — Jf. Elchinov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 83-85, samt Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 82 og 90.

56 — Jf. M. Cousins, »Patient Mobility and National Health Systems«, *Kluwer Law International*, 2007, s. 190.

den frie udveksling af sundhedsydelser, og medlemsstaternes vilje til at opretholde deres sundhedssystemers økonomiske stabilitet for fortsat at kunne sikre de forsikrede sundhedsydelser af høj kvalitet [57].

94. En restriktion for de grundlæggende friheder kan imidlertid kun retfærdiggøres, hvis der er en legitim begrundelse herfor. Domstolen anerkender i sin praksis vedrørende de grænseoverskridende sundhedsydelser en række skrevne og dommerskabte begrundelser. Domstolen har imidlertid ikke hidtil taget stilling til det spørgsmål, om et tilfælde som det foreliggende, hvor restriktionen for den frie udveksling af tjenesteydelser beror på anvendelsen af en — for så vidt som den udelukkende stiller krav om tilladelse i forbindelse med lægebehandlinger i udlandet — diskriminerende national ordning, i det hele taget kan begrundes. Det bemærkes i denne forbindelse, at tvingende almene hensyn ifølge traditionel retspraksis ikke kan fremføres til at begrunde restriktioner for de grundlæggende friheder, som finder anvendelse på diskriminerende måde [58]. Det er derfor tvivlsomt, om Domstolen i det hele taget må behandle de begrundelser, som den portugisiske regering har fremført til støtte for restriktionen for den frie udveksling af tjenesteydelser. På den anden side findes der i Domstolens nyere praksis entydige indicier på, at tvingende almene hensyn på visse områder også kan anvendes til at begrunde diskriminerende restriktioner for de grundlæggende friheder, idet proportionalitetsprincippet naturligvis altid skal overholdes [59]. I den foreliggende sag er det imidlertid efter min opfattelse ikke nødvendigt at besvare det spørgsmål endeligt, om den diskriminerende restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, der er omhandlet i den foreliggende sag, principielt kan begrundes i tvingende almene hensyn, især da en sådan begrundelse altid forudsætter, at

57 — Jf. R. Schiano (nævnt ovenfor i fodnote 31), som er af den opfattelse, at Domstolen i forbindelse med enhver sag har til opgave at opretholde en passende ligevægt mellem de to modstridende interesser. I samme retning også S. Van Raepenbusch (nævnt ovenfor i fodnote 23), s. 8, som er af den opfattelse, at domstolene har den vanskelige opgave at forene på den ene side kravene i forbindelse med personers frie bevægelighed og på den anden side nødvendigheden af at opretholde den økonomiske ligevægt i de nationale sundhedssystemer af hensyn til adgangen til almene sundhedsydelser.

58 — Principielt dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37. Jf. vedrørende diskriminerende restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser dom af 6.10.2009, sag C-153/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 9735, præmis 36, af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 36 f., og af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 19. Vedrørende princippet om, at restriktioner for etableringsfriheden på grundlag af nationalitet ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn, jf. dom af 16.12.2010, sag C-89/09, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 12941, præmis 50 f., af 1.6.2010, forenede sager C-570/07 og C-571/07, Blanco Pérez og Chao Gómez, præmis 61 f., af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 25 f., og af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 44 f.

59 — Dette er eksempelvis tilfælde i forbindelse med nationale miljøforanstaltninger med diskriminerende karakter. Jf. i den henseende punkt 82 ff. i mit forslag til afgørelse af 16.12.2010 i sag C-28/09, Kommissionen mod Østrig.

proportionalitetsprincippet overholdes. Som jeg vil påvise i forbindelse med min undersøgelse, er denne betingelse ikke opfyldt her.

a) Opretholdelse af den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning

i) Legitim begrundelse

95. Den portugisiske regering har som begrundelse for en restriktion for denne grundlæggende frihed først og fremmest anført, at det er nødvendigt at opretholde den økonomiske ligevægt i den nationale sociale sikringsordning. Den har gjort gældende, at artikel 64, stk. 2, litra c), i den portugisiske forfatning forpligter staten til at opbygge et nationalt sundhedssystem, som i vidt omfang tilbyder befolkningen vederlagsfrie tjenesteydelser. Systemets vederlagsfrihed gør det nødvendigt at finansiere det over skatteindtægterne og det offentlige budget. Finansieringen af det nationale sundhedssystem er det offentliges vigtigste og samtidig dyreste opgave. Efter den portugisiske regerings opfattelse [60] er finansieringen af det nationale sundhedssystem over offentlige midler til hinder for at godtgøre lægeudgifter, der er afholdt som følge af behandlinger i udlandet. Endvidere er dette system kendetegnet ved sin selvstændige karakter og sin omfattende forsikringsdækning. Dette systems struktur, der er foreskrevet i den portugisiske forfatningsret, fastsætter nødvendigvis grænser for patienternes adgang til lægebehandling i udlandet samt godtgørelse af lægeudgifter.

96. Over for den portugisiske regerings argument kan det anføres, at formål af rent økonomisk art ifølge Domstolens praksis ikke kan begrunde en begrænsning af det grundlæggende princip om fri udveksling af tjenesteydelser. På den anden side kan dette argument ikke uden videre afvises med denne begrundelse, især da Domstolen ikke har udelukket, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som under visse omstændigheder kan berettige en sådan begrænsning [61]. Domstolen henviste således for nylig i sin dom af 5. oktober 2010 i sagen Kommissionen mod Frankrig til sin hidtidige praksis, hvorefter tvingende hensyn til planlægningen kan begrunde et krav om en forhåndstilladelse som en betingelse for, at den kompetente institution påtager sig at dække udgifterne til en påtænkt behandling i en anden medlemsstat [62].

60 — Jf. punkt 20 i svarskriftet.

61 — Jf. Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 41, Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 72, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 73, samt Stamatelaki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 30.

62 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 33, med henvisning til Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 76-81, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 76-81, samt Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 108-110.

97. Sådanne betragtninger, som er anført vedrørende lægelige ydelser udført på hospitaler, kan imidlertid ikke overføres til den situation, der er kernen i den foreliggende sag. Det fremgår nemlig af en analyse af retspraksis, at Domstolen udelukkende har tilladt en påberåbelse af dette tvingende hensyn i de situationer, hvor der var tale om sundhedsydelser i hospitalssektoren, men ikke i den ambulante sektor [63]. Jeg vil redegøre nærmere for dette aspekt nedenfor.

98. Ved vurderingen af denne begrundelse sondrer Domstolen nemlig altid mellem lægelige ydelser udført på hospitaler og ambulant, idet den alene med hensyn til førstnævnte anerkender et behov for planlægning i medlemsstaterne. Efter Domstolens opfattelse tilgodeser denne planlægning i almindelighed forskellige hensyn. Den forfølger for det første formålet om at sikre, at der på den pågældende medlemsstats område er en tilstrækkelig og vedvarende adgang til et afbalanceret udbud af gode hospitalsydelser. For det andet er den udtryk for en vilje til at sikre styring af omkostninger og til i videst muligt omfang at undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer [64]. Medlemsstaternes planlægning i denne henseende vedrører forskellige aspekter, f.eks. antallet af hospitaler, deres geografiske spredning, deres indretning, det udstyr, som de er forsynet med, samt arten af de lægelige ydelser, som de skal tilbyde. Domstolen er af den opfattelse, at det krav, hvorefter den nationale sociale sikringsordnings godtgørelse af udgifter forbundet med hospitalsbehandling ydet i en anden medlemsstat er betinget af en forhåndstilladelse, under denne dobbelte synsvinkel kan forekomme at være en foranstaltning, der både er nødvendig og rimelig [65].

99. Det er imidlertid åbenbart, at disse betragtninger ikke kan overføres til behandlinger uden for hospitaler, især da denne type

63 — Jf. dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 72-92, hvori Domstolen foretager en særskilt undersøgelse med hensyn til hospitalsydelser og ydelser, der ikke er hospitalsydelser. Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 34, hvori Domstolen har præciseret, at tvingende hensyn til planlægningen for at undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer kan udgøre begrundelser, såfremt der er tale om lægelige ydelser udført på hospitaler. Jf. punkt 94 i generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 25.2.2010 i sagen Kommissionen mod Spanien, dom nævnt ovenfor i fodnote 15.

64 — Elchinov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 43, samt dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 80. U. Becker og C. Walser, »Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr — von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU«, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, s. 450, har heraf udledt, at brugen af ambulante ydelser principielt ikke længere må underlægges en forhåndstilladelse. K.-J. Bieback, »Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen — zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04«, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 7/2006, s. 242, forstår Domstolens praksis således, at en forhåndstilladelse til at modtage grænseoverskridende ydelser udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF, som ikke kan accepteres i forbindelse med ambulante ydelser, men dog i forbindelse med hospitalsydelser, da sundhedsplanlægningen og forsyningssikkerheden skal beskyttes i denne henseende.

65 — Jf. Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 62 og 64.

sundhedsydelser udføres af den praktiserede læge selv i dennes praksis, således at spørgsmålet om statslig planlægning i reglen ikke rejser sig.

100. Den portugisiske regerings betænkeligheder med hensyn til, at det kan være vanskeligt at foretage en entydig afgrænsning mellem hospitalsydelser og ydelser, der ikke er hospitalsydelser [66], kan ganske vist i princippet støttes, og Domstolen har også selv i sin praksis gjort opmærksom på denne vanskelighed [67]. Det kan i realiteten ikke udelukkes, at visse lægelige ydelser, der udføres i hospitalsregi, også vil kunne udføres på en klinik, i et lægecenter eller af en læge i dennes praksis, således at en afgrænsning i det enkelte tilfælde kan vise sig at være vanskelig [68]. For så vidt angår det foreliggende traktatbrudssøgsmål er afgrænsningsspørgsmålet imidlertid fuldstændig irrelevant, da det for det første — til forskel fra andre af Domstolen behandlede sager — ikke er en afgrænsning af det enkelte tilfælde, der er afgørende, og bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 for det andet ifølge den portugisiske regerings oplysninger finder anvendelse uden forskel på begge former for behandling.

101. Domstolen behøver derfor ikke — til forskel fra dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, som vedrørte tvingende hensyn til planlægningen som følge af anvendelsen af tungt udstyr [69] — at undersøge spørgsmålet, om visse ambulante behandlinger på grund af deres bekostelighed muligvis kunne sidestilles med lægelige ydelser udført på hospitaler. For så vidt angår det foreliggende traktatbrudssøgsmål er det tilstrækkeligt at minde om, at Domstolen i den pågældende dom i sidste instans gav afkald på at foretage en afgrænsning mellem de to former for lægebehandling på grund af de særlige omstændigheder, der er forbundet med anvendelsen af tungt udstyr. Domstolen støttede i den forbindelse opfattelsen hos den franske regering, som havde påberåbt sig den meget høje udgift til dette udstyr og dermed tvingende hensyn til planlægningen. Som Domstolen med rette har erkendt, kan anvendelsen af tungt udstyr, som er udtømmende opregnet — uanset om det skal installeres og anvendes inden for eller uden for en hospitalsinstitution — gøres til genstand for en statslig planlægningspolitik. Domstolen var i den forbindelse af den opfattelse, at denne planlægningspolitik både angår disse apparaters antal og geografiske fordeling og er nødvendig for både at bidrage til at sikre et udbud af avanceret behandling i hele medlemsstaten og så vidt muligt at undgå spild af ressourcer. Selv om disse betragtninger ganske givet var korrekte i den ovennævnte sag, foreligger der ikke en sammenlignelig situation i den foreliggende sag, da der ikke er noget, der taler herfor. Dette betyder ganske vist ikke, at mange af de ambulante behandlinger, der er omfattet af lovdekretets anvendelsesområde, under visse omstændigheder kan opfylde betingelserne for en sidestilling i ovennævnte forstand. De faktiske omstændigheder i sagen, som er

66 — Jf. punkt 34 i svarskriftet.

67 — Jf. dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 76-80.

68 — Jf. dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 75, samt punkt 67 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 15.7.2010 i sagen Kommissionen mod Frankrig, dom nævnt ovenfor i fodnote 26.

69 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 34-37.

fremført for Domstolen, giver imidlertid ikke mulighed for en sådan konklusion.

102. I betragtning af, at genstanden for traktatbrudssøgsmålet udelukkende er de ambulante behandlinger, der udføres i udlandet, kan Den Portugisiske Republik ikke påberåbe sig eventuelle tvingende hensyn til planlægningen eller endog en risiko for den økonomiske ligevægt i det nationale sundhedssystem for at begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser ved at underlægge godtgørelsen af lægeudgifter en forudgående tilladelse.

103. Bortset herfra har den portugisiske regering, hvilket Kommissionen med rette har gjort gældende [70], ikke hidtil bevist, at der faktisk består en sådan risiko. Som allerede anført ovenfor [71], bærer den i forbindelse med denne traktatbrudssag bevisbyrden for at godtgøre, at der foreligger en begrundelse. Denne bevisbyrde har den portugisiske regering ikke løftet. Det af den anførte antal forsikrede, som i den seneste tid har fået godtgjort lægeudgifter [72], synes objektivt set ikke urimeligt højt, og den har heller ikke f.eks. påstået, at antallet af forsikrede, som er rejst til udlandet og har ansøgt om godtgørelse, er så betydeligt, at det kunne indebære et indgreb i det portugisiske sundhedssystems økonomiske ligevægt, hvorved det overordnede niveau for beskyttelsen af folkesundheden kunne lide skade.

104. Efter min opfattelse har den portugisiske regering i sine bemærkninger vedrørende den formodede risiko for sit nationale sundhedssystems økonomiske bæredygtighed desuden undladt at tage hensyn til en række synspunkter i forbindelse med patientmobiliteten, som Domstolen med rette henviste til i dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet [73], og som må anses for at være af betydning, da den uafhængigt af, om lægeudgifterne eventuelt kan godtgøres, indvirker på patientens beslutning om at lade sig behandle i udlandet. De taler imod den bekymring, der implicit er givet udtryk for med hensyn til, at patienter først og fremmest vil modtage sundhedsydelser i udlandet. Disse synspunkter vedrører på den ene side selve typen af behandling. Almindeligvis ydes den ambulante behandling i nærheden af patientens bopæl i et kulturelt miljø, som denne kender, og som gør det muligt for vedkommende at etablere et tillidsforhold til den behandlende læge. Dette medfører nødvendigvis, at patienters krydsning af grænser — bortset fra i akutte tilfælde — fortrinsvis udfolder sig i grænseregionerne eller med henblik på behandling for bestemte sygdomme. For det andet må man ikke se bort

70 — Jf. replikkens punkt 21.

71 — Jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

72 — I duplikkens punkt 16 har den portugisiske regering fastsat antallet af forsikrede, der i perioden 2006-2008 modtog lægebehandling i et andet europæisk land og fik godtgjort lægeudgifterne, til 1 275, idet disse behandlinger hovedsagelig fandt sted i Spanien, Tyskland, Frankrig, Det Forenede Kongerige og Schweiz.

73 — Nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 95 og 96.

fra de aspekter, der sædvanligvis kan være til hinder for patientmobiliteten, f.eks. de uundgåelige sproglige barrierer, den geografiske afstand, udgifter til opholdet i udlandet og manglen på oplysninger om karakteren af de behandlinger, de ydes dér. Det påhvilede den portugisiske regering også at tage disse aspekter i betragtning som led i en risikoanalyse. I stedet synes den at lægge ikke nærmere dokumenterede formodninger til grund.

105. Af ovennævnte grunde er jeg af den opfattelse, at den portugisiske regerings bestræbelser på at opretholde den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning ikke udgør en legitim begrundelse.

ii) Krav til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten

— Generelt

106. Såfremt Domstolen i modsætning til hidtidig praksis og trods de efter min opfattelse utilstrækkelige beviser for den af den portugisiske regering hævede risiko for den økonomiske ligevægt i den portugisiske sociale sikringsordning skulle nå til den konklusion, at der foreligger en legitim begrundelse, skal den omtvistede nationale ordning ligeledes opfylde de krav, som Domstolen har opstillet til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten, såvel som det krav om proportionalitet, som er anført i punkt 92 i dette forslag til afgørelse.

107. Kommissionen betvivler, at tilladelsesproceduren i henhold til lovdekret nr. 177/92 opfylder disse krav. Desuden anser den de betingelser, som denne lov knytter til meddelelsen af en tilladelse, for at være for strenge og uforholdsmæssige i forhold til det tilsigtede formål [74].

— Specifikke krav i retspraksis

108. Domstolen har udviklet specifikke kriterier, som muliggør en vurdering af spørgsmålet, om nationale betingelser for meddelelse af en tilladelse til en behandling i udlandet, som godtgørelsen af lægeudgifter i sidste instans er afhængig af, er i overensstemmelse med EU-retten. Med henblik på systematikken i undersøgelsen kan det udledes af retspraksis, at disse krav til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten,

74 — Jf. replikkens punkt 13.

ganske vist er nært knyttet til undersøgelsen af proportionaliteten af en national foranstaltning, men alligevel udgør et selvstændigt punkt i forbindelse med vurderingen af, om en restriktion for en grundlæggende frihed er begrundet [75]. Undersøgelsen af, om disse krav overholdes, erstatter derfor ikke undersøgelsen af proportionaliteten, men supplerer den. Jeg vil derfor nedenfor behandle begge punkter hver for sig.

109. For at en ordning med forhåndstilladelse er begrundet, skønt den bryder med den frie udveksling af tjenesteydelser, må den ifølge fast retspraksis i alle tilfælde bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som er kendt på forhånd, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke bliver vilkårlig. En sådan ordning med tilladelse skal endvidere være baseret på et proceduremæssigt system, som er let tilgængeligt og egnet til at sikre de berørte, at deres ansøgning bliver behandlet objektivt og upartisk inden for en rimelig frist, idet eventuelle afslag på tilladelser desuden skal kunne anfægtes under et søgsmål [76].

110. Lovdekret nr. 177/92 giver de kompetente instanser beføjelse til at afgøre, om der er et »lægeligt behov« for behandling i udlandet. Loven har til formål at sikre en hurtig afgørelse fra de kompetente myndigheders side, hvilket fremgår af, at artikel 4, stk. 3, foreskriver, at de interesserede straks skal underrettes om afgørelsen og de trufne foranstaltninger. Fristen for underretning udgør i henhold artikel 4, stk. 4, i reglen 15 dage, som i påtrængende tilfælde nedsættes til fem dage i henhold til artikel 5, stk. 1. Der er således ingen betænkeligheder med hensyn til, om fristerne for behandlingen af en ansøgning om henvisning til udlandet er rimelige. Der er i artikel 4, stk. 5, fastsat mulighed for, at det portugisiske sundhedsministerium kan efterprøve myndighedernes afgørelse, hvilket der principielt ikke skal gøres indsigelse imod, såfremt ansøgeren fortsat har mulighed for at anlægge sag til prøvelse af denne afgørelse.

111. Der er imidlertid tvivl med hensyn til foreneligheden af bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92, for så vidt som det ikke fremgår entydigt af bestemmelserne i denne lov, hvilke kriterier de kompetente instanser må basere deres afgørelse om patientens ansøgning om henvisning til udlandet. Der er åbenbart ikke fastsat kriterier for meddelelse af eller afslag på den forudgående tilladelse. Der mangler således objektive kriterier, som kunne lægge en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse og forhindre, at denne beslutningskompetence bliver vilkårlig. I mangel af klare kriterier kan det være umuligt for en patient at forudse, hvilken afgørelse de nationale instanser, der har beslutningskompetence, vil træffe. Mangelen på juridiske rammer

75 — Jf. dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 85, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 116, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 43, og Elchinov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44.

76 — Dom af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir, Sml. I, s. 1271, præmis 38, Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 90, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 85, Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 116, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 43. Jf. EFTA-Domstolens dom i Rinsal og Slinning-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 48.

vil desuden formentlig gøre det vanskeligt at foretage en domstolsprøvelse af afgørelserne om afslag på tilladelse [77].

112. Det er eksempelvis tvivlsomt, om den — i mangel af tekniske og personelle midler — manglende mulighed for at udføre højtspecialiseret lægebehandling på det nationale område i det hele taget kan betragtes som en lovgivningsmæssig betingelse for en henvisning til udlandet, især da loven som nævnt lovteknisk set i det hele taget først finder anvendelse på grundlag af dette kriterium. Skulle der i den forbindelse faktisk være tale om en betingelse, står det alligevel åbent, hvilken skønsmargen den enkelte instans råder over, og om den i forbindelse med afgørelsen eventuelt er bundet af bestemte bestemmelser (f.eks. omkostningseffektivitet, behandlingens kvalitet osv.). Loven indeholder ingen oplysninger herom.

113. I øvrigt har den portugisiske regering ikke fremlagt noget, der kunne afkræfte den tvivl, der er givet udtryk for her med hensyn til gennemsigtigheden af beslutningsprocesserne i henhold til lovdekret nr. 177/92 og domstolsprøvelsen af udtalelserne på grundlag heraf. Den portugisiske regering har i sine bemærkninger begrænset sig til at gengive indholdet af de forskellige lovbestemmelser uden at redegøre nærmere for processen i forbindelse med vedtagelsen af disse afgørelser.

114. Efter min opfattelse opfylder de omtvistede bestemmelser i lovdekret nr. 177/92 ikke de ovennævnte krav, som Domstolen i sin praksis har opstillet til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten.

— Proportionalitet

115. Forudsættes det, at en sådan begrundelse er legitim, skal det endvidere undersøges, om kravet om en forudgående tilladelse til en henvisning til udlandet med henblik på lægebehandling er *egnet* og *nødvendig* til at opretholde den økonomiske ligevægt i det portugisiske sundhedssystem. Ifølge Domstolens praksis er en foranstaltning egnet til at nå det tilsigtede formål, hvis den reelt opfylder hensynet om at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde [78]. En foranstaltning er endvidere nødvendig, når den blandt flere foranstaltninger, der er egnede til at opnå

77 — Jf. parallellerne til Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 118, hvori Domstolen anfægtede, at det i de omtvistede regler ikke var præciseret, hvilke kriterier der var gældende for meddelelse af eller afslag på den forhåndstilladelse, der var nødvendig for at få refunderet de udgifter til behandling, der var udført inden for rammerne af en anden medlemsstats hospitalssektor.

78 — Jf. dom af 11.3.2010, sag C-384/08, Attanasio Group, Sml. I, s. 2055, præmis 51, og af 17.11.2009, sag C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, Sml. I, s. 10821, præmis 42.

formålet, er den mindst bebyrdende for den berørte interesse eller retlige gode [79]. Endelig skal en sådan foranstaltning være *rimelig*, dvs. den må ikke være uforholdsmæssig i forhold til det tilsigtede formål. Der foreligger derfor en urimelig restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis den pågældende nationale foranstaltning trods sit bidrag til at opnå det i almene hensyn begrundede mål medfører et urimeligt stort indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser.

116. I modsætning til den spanske regerings opfattelse [80] påhviler det ikke f.eks. Kommissionen, men den sagsøgte medlemsstat at godtgøre og bevise, at den anfægtede foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet [81].

117. Det fastslås i denne forbindelse, at den portugisiske regering ikke hidtil har fremsat en begrundelse med hensyn til, om en efterprøvelse fra statens side af de enkelte ansøgninger med hensyn til, om den ønskede højtspecialiserede lægebehandling også kan udføres på det nationale område, er egnet til at opretholde den økonomiske ligevægt i det portugisiske sundhedssystem. Det er navnlig uklart, hvorfra en sådan risiko for dette system kunne stamme. Den portugisiske regering har ikke forklaret, om denne risiko skyldes højere behandlingsudgifter eller en eventuel risiko for misbrug fra ikke anerkendte behandlingscentres side. Den portugisiske regering har end mindre udtalt sig om alternative foranstaltninger til at imødegå sådanne risici.

118. Selv hvis kravet om en forudgående tilladelse er egnet og nødvendigt for at opretholde den økonomiske ligevægt i det portugisiske sundhedssystem, er det imidlertid tvivlsomt, om det i sin konkrete lovgivningsmæssige udformning kan anses for rimeligt, især da den administrative procedure i henhold til lovdekret nr. 177/92 foreskriver, at der skal indhentes tilladelse fra tre forskellige instanser. Dette øger i vidt omfang ansøgerens uvished om udfaldet af proceduren, som allerede skyldes, at lovdekret nr. 177/92 ikke fastsætter afgørelseskriterierne for meddelelse af eller afslag på de enkelte tilladelser. Det er navnlig uklart, om de berørte instanser er bundet af en positiv udtalelse fra den behandlende læge, og under hvilke omstændigheder de må fravige denne. Efter min opfattelse overskrider den fastsatte tilladelsesprocedure derfor, hvad der er nødvendigt for at nå det tilsigtede formål.

119. Den omtvistede ordning er derfor ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

79 — Dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder, Sml. s. 2237, præmis 21.

80 — Jf. punkt 34 i den spanske regerings skriftlige indlæg.

81 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 44.

b) Kontrol af kvaliteten af sundhedsydelser udført i udlandet

120. Den portugisiske regering har endvidere gjort gældende, at kravet om forudgående tilladelse er nødvendigt for at sikre kvaliteten af de ydelser, der udføres via det nationale sundhedssystem eller på dettes vegne. Dette argument må retligt forstås således, at den portugisiske regering dermed påberåber sig beskyttelsen af den offentlige sundhed som omhandlet i artikel 55 EF sammenholdt med artikel 46, stk. 1, EF.

121. Kommissionen er af den opfattelse, at et afslag på godtgørelse af lægeudgifter med den begrundelse, at de sundhedsydelser, der udføres i en anden medlemsstat, ikke har samme kvalitet som ydelser udført i Portugal, beror på et subjektivt, åbenbart uforholdsmæssigt og diskriminerende kriterium.

122. Til den portugisiske regerings argumenter skal det indledningsvis bemærkes, at medlemsstaterne ganske vist har adgang til at begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser af hensyn til beskyttelsen af den offentlige sundhed. Denne adgang giver dem dog ikke hjemmel til at undtage den offentlige sundhed, forstået som erhvervssektor og med henblik på den frie udveksling af tjenesteydelser, fra anvendelsesområdet for det grundlæggende princip om fri bevægelighed [82].

123. Endvidere vil jeg gerne gøre opmærksom på, at dette argument allerede blev fremført i Kohll-sagen og med rette forkastet af Domstolen under henvisning til kvalifikationskravene til læger i andre medlemsstater — der som følge af harmoniseringsbestræbelserne inden for Den Europæiske Union må anses for at være på samme niveau. Den luxembourgske regering havde således anført i den pågældende sag, at kravet om forhåndstilladelse for godtgørelse af udgifter til lægebehandling er nødvendigt for at sikre kvaliteten af de lægelige ydelser, som for så vidt angår personer, der rejser til en anden medlemsstat, kun kan kontrolleres på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om tilladelse [83]. Domstolen forkastede imidlertid dette argument med den begrundelse, at betingelserne for adgang til og udøvelse af virksomhed som læge og tandlæge var blevet reguleret i flere samordnings- eller harmoniseringsdirektiver, hvilket medførte, at læger og tandlæger, der var etableret i andre medlemsstater, i enhver henseende måtte antages at frembyde tilsvarende garantier, for så vidt angik den frie udveksling af tjenesteydelser. Domstolen fastslog følgelig, at en bestemmelse som den, der var gældende i Luxembourg, og som opstillede kravet om forhåndstilladelse for godtgørelse af udgifter til lægebehandling, ikke kunne begrundes med, at det af hensyn til

82 — Jf. dom af 7.5.1986, sag 131/85, Gül, Sml. s. 1573, præmis 17, og Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 46.

83 — Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 43.

den offentlige sundhed er nødvendigt at sikre kvaliteten af de tjenesteydelser, der udføres i andre medlemsstater [84].

124. De samme betragtninger må gælde for den foreliggende sag. Som vigtigste retsakt på området for gensidig anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer for læger kan anføres Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7. september 2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer [85], som har erstattet Rådets hidtidige direktiv 93/16/EØF af 5. april 1993 om fremme af den frie bevægelighed for læger og gensidig anerkendelse af deres eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser [86]. Dette direktiv tilsigter ifølge sin 19. betragtning at lette den frie bevægelighed og den gensidige anerkendelse af uddannelsesbeviser for en række erhvervsgrupper (herunder sundhedspersoner som læger, sygeplejersker med ansvar for den almene sundheds- og sygepleje, tandlæger, dyrlæger, jordemødre, farmaceuter), ved at der indføres automatisk anerkendelse af uddannelsesbeviser, hvor minimumsuddannelseskravene er harmoniseret. De betænkeligheder, som den portugisiske regering har givet udtryk for med hensyn til eventuelle kvalitetsforskelle mellem lægelige tjenesteydelser i enkelte medlemsstater, må i betragtning af de sammenlignelige betingelser for sundhedspersoners uddannelse afvises som ubegrundede.

125. Kravet om en forudgående tilladelse til godtgørelse af lægeudgifter kan derfor ikke begrundes med, at det af hensyn til den offentlige sundhed er nødvendigt at kontrollere kvaliteten af sundhedsydelser udført i udlandet.

c) Foreløbig konklusion

126. På baggrund heraf når jeg til den konklusion, at der i den foreliggende sag med hensyn til »højtspecialiserede« lægebehandlinger er tale om en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, der ikke er objektivt begrundet. Den portugisiske regering har hverken fremført legitime begrundelser herfor eller godtgjort, at der foreligger en konkret risiko for den økonomiske ligevægt i dens nationale sociale sikringsordning. Dermed er det i princippet ikke nødvendigt at undersøge, om den omtvistede foranstaltning er forenelig med proportionalitetsprincippet. Selv om Domstolen skulle anse dette for at være en legitim begrundelse, opfylder bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92 ikke de krav, som Domstolen har stillet til en tilladelsesprocedure, der er i overensstemmelse med EU-retten.

84 — Kohll-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 47-49.

85 — EUT L 255, s. 22.

86 — EFT L 165, s. 1.

127. For fuldstændighedens skyld skal jeg i denne forbindelse også kort komme ind på den parallel, som den portugisiske regering har draget til bestemmelserne i forordning nr. 1408/71. Efter min opfattelse kan den ikke gøre gældende, at bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1408/71 foreskriver et krav om tilladelse for ligeledes at opstille et krav om tilladelse til sundhedsydelser, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 49 EF. Som det klart fremgik under retsmødet, tager den nemlig ikke i betragtning, at artikel 22 i forordning nr. 1408/71 har en anden genstand. Denne bestemmelse tildeler den forsikrede en ret til naturalydelser, der for den kompetente institutions regning ydes af opholdsstedets institution efter lovgivningen i den stat, hvori ydelserne udredes, som om vedkommende var forsikret dér [87]. I den forbindelse er den ordning for dækning af udgifter, der er gældende i den stat, hvori ydelserne udredes, relevant [88]. De eventuelle udgiftsforskelle fra medlemsstat til medlemsstat samt de heraf følgende økonomiske konsekvenser for den ansvarlige for udgifterne begrunder i princippet kravet om en forudgående tilladelse. Dette gælder imidlertid netop ikke i forbindelse med artikel 49 EF, da denne bestemmelse alene giver ret til godtgørelse af udgifterne i overensstemmelse med lovgivningen i patientens bopælsmedlemsstat [89]. Har den forsikrede således måttet afholde højere udgifter i den stat, hvori ydelserne udredes, kan vedkommende efter denne bestemmelse kun kræve dem godtgjort til de satser, der anvendes af den udgiftsansvarlige i forsikringsstaten [90]. Bortset herfra skal jeg erindre om, at Domstolen i dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet [91] og senest i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg [92] fastslog, at de medlemsstater, der havde indført en ordning med naturalydelser eller endog en national sundhedstjeneste, allerede i forbindelse med selve gennemførelsen af forordning nr. 1408/71, var forpligtet til at fastsætte mekanismer til efterfølgende godtgørelse af udgifter til behandlinger ydet i en anden medlemsstat end den kompetente medlemsstat. Den portugisiske regerings argumenter om det modsatte må derfor afvises.

128. Sammenfattende kan det konstateres, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den i lovdekret nr. 177/92 underlægger godtgørelse af såkaldte »højtspecialiserede« ikkehospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse.

87 — Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 48, og Inizan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 19.

88 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 27.

89 — Jf. Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 48. I denne retning U. Schneider, nævnt ovenfor i fodnote 31, s. 349.

90 — I denne retning K. J. Bieback, nævnt ovenfor i fodnote 64, s. 245.

91 — Dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 105.

92 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 46.

2. Begrundelse i forbindelse med »øvrige« lægebehandlinger

129. Den portugisiske regering har ikke udtrykkeligt taget stilling til den restriktion, der fremkommer som følge af den manglende mulighed for godtgørelse af lægeudgifter, som afholdes i forbindelse med »øvrige« lægebehandlinger. Dens bemærkninger vedrører i det væsentlige formålet med lovdekret nr. 177/92 samt en række grundlæggende elementer i det portugisiske sundhedssystem. Alligevel kan det udledes af den portugisiske regerings indlæg, at Den Portugisiske Republik ikke er rede til generelt at godtgøre udgifterne til behandlinger i udlandet [93]. Den begrunder sin holdning med de samme argumenter, der ligger til grund for bestemmelserne i lovdekret nr. 177/92. Det kan heraf sluttes, at de ovennævnte begrundelser også fremføres i forbindelse med de »øvrige« lægebehandlinger.

a) Opretholdelse af den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning

i) Legitim begrundelse

130. Mine bemærkninger vedrørende spørgsmålet, om bestræbelserne på at opretholde den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning i det hele taget kan udgøre en legitim begrundelse i forbindelse med grænseoverskridende ambulante sundhedsydelser [94], gælder ligeledes i denne forbindelse. Med hensyn til »øvrige« ambulante behandlinger synes der nemlig heller ikke at være et behov for planlægning i medlemsstaterne for — som Domstolen har udtrykt det i sin praksis — »at undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer«. Desuden har den portugisiske regering ikke hidtil bevist, at der faktisk består en risiko for den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt. I denne sammenhæng er jeg ligeledes af den opfattelse, at den portugisiske regerings bestræbelser på at opretholde den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning ikke kan betragtes som en legitim begrundelse.

ii) Proportionalitet

131. Såfremt Domstolen i modsætning til sin hidtidige praksis og beviserne skulle antage, at der foreligger en legitim begrundelse, må den kategoriske manglende mulighed for godtgørelse af »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter subsidiært vurderes på grundlag af proportionalitetsprincippet, hvis betingelser jeg har henvist til i punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

93 — Jf. punkt 87 i dette forslag til afgørelse.

94 — Jf. punkt 95-105 i dette forslag til afgørelse.

132. Den portugisiske regering har ikke anført noget til støtte for det argument, at den manglende mulighed for godtgørelse af de pågældende lægeudgifter er egnet til at bidrage til at opretholde den økonomiske ligevægt i den nationale sociale sikringsordning. En simpel henvisning til denne ordnings selvstændighed og skattefinansiering samt til risikoen for også at skulle godtgøre udgifter, der opstår i forbindelse med behandlinger på private behandlingssteder, kan ikke erstatte en relevant argumentation vedrørende egnetheden af denne ordning.

133. Men selv om man antog, at afvisningen af enhver godtgørelse af lægeudgifter kan bidrage til omkostningsbesparelser og dermed principielt vil være egnet til at opretholde den økonomiske ligevægt i den nationale sociale sikringsordning, er det tvivlsomt, om en sådan foranstaltning opfylder kravene om nødvendighed og rimelighed. Det fremgår af Domstolens faste retspraksis, at »en ordning med forhåndstilladelse ikke kan legitimere en skønsmæssig adfærd fra de nationale myndigheders side, som kan føre til, at fællesskabsbestemmelserne, og navnlig bestemmelserne om en grundlæggende frihedsrettighed som den i hovedsagen omhandlede, berøves deres effektive virkning« [95]. Med hensyn til »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter er der imidlertid, i modsætning til hvad der gælder for »højtspecialiserede« behandlinger, end ikke engang udsigt til en godtgørelse. Den portugisiske regering anvender i sidste instans en af de allermest indgribende foranstaltninger, der indebærer en endnu større restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser end det lovbestemte krav om en forudgående tilladelse. Denne foranstaltning berøver den grundlæggende frihed dens effektive virkning, for så vidt som forsikrede under det portugisiske sundhedssystem formentlig ikke vil gøre brug af sundhedsydelser fra andre medlemsstater, da de vil være klar over, at de selv skal afholde alle udgifterne. Afhængigt af størrelsen af disse udgifter og de forsikredes økonomiske kapacitet bliver udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser ligefrem illusorisk under sådanne omstændigheder [96]. I betragtning af, at der findes mindre indgribende foranstaltninger, som er egnet til at nå det tilsigtede formål om at opretholde den økonomiske ligevægt i den nationale sociale sikringsordning, må det kategoriske afslag på godtgørelse af udgifter anses for ikke at være nødvendigt. Det er heller ikke rimeligt, da det ligefrem underminerer den frie udveksling af tjenesteydelser for at beskytte den nationale sociale sikringsordning mod en ikke nærmere dokumenteret risiko.

134. Den omtvistede ordning er derfor ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

95 — Jf. Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 90, dommen i sagen Müller-Fauré og van Riet, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 84, samt Watts-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 132.

96 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 41, hvori Domstolen med rette fastslog, at udsigten til, at udgifterne ikke bliver godtgjort, »afholder« de forsikrede fra at udøve den frie udveksling af tjenesteydelser eller endog »forhindrer« dem i at udøve denne grundlæggende frihed.

b) Kontrol af kvaliteten af sundhedsydelser udført i udlandet

135. Med hensyn til begrundelsen vedrørende nødvendigheden af at sikre kvaliteten af de ydelser, der udføres via det nationale sundhedssystem eller på dettes vegne, henviser jeg til ovenstående bemærkninger [97], der i den henseende gælder på samme måde. I betragtning af Domstolens klare praksis, der for så vidt tager udgangspunkt i sammenlignelige betingelser for sundhedspersoners uddannelse og dermed i sidste instans i sammenlignelige kvalitetsstandarder i behandlingen af patienter, kan bestræbelserne på at sikre behandlingskvaliteten for patienter bosat i Portugal ikke anses for at være et legitimt hensyn, der begrunder restriktionen for den frie udveksling af tjenesteydelser.

c) Foreløbig konklusion

136. Jeg når derfor også med hensyn til de »øvrige« lægebehandlinger, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for lovdekret nr. 177/92, til den konklusion, at der foreligger en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, der ikke er objektivt begrundet. Det kan derfor konstateres, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den i sin retsorden ikke foreskriver mulighed for at godtgøre »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat.

D — *Endelig konklusion*

137. På grundlag af ovenstående finder jeg, at Kommissionens søgsmål er begrundet. Den portugisiske regering har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den efter bestemmelserne i sin nationale retsorden underlægger godtgørelse af »højtspecialiserede« ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse [98], mens den slet ikke foreskriver mulighed for en sådan godtgørelse af »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat [99].

97 — Jf. punkt 120-125 i dette forslag til afgørelse.

98 — Jf. punkt 128 i dette forslag til afgørelse.

99 — Jf. punkt 136 i dette forslag til afgørelse.

VII — Sagens omkostninger

138. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det i traktatbrudssager den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt en sådan påstand, og da Den Portugisiske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

VIII — Forslag til afgørelse

139. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den efter bestemmelserne i sin nationale retsorden underlægger godtgørelse af »højtspecialiserede« ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat en forudgående tilladelse og slet ikke foreskriver mulighed for en sådan godtgørelse af »øvrige«, ikke-hospitalsrelaterede lægeudgifter afholdt i en anden medlemsstat.

2) Den Portugisiske Republik betaler sagens omkostninger.«