FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 14 april 2011 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 10553

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 10555

A — Unionslagstiftningen ..... I - 10555

B — Nationell lagstiftning ..... I - 10556

III — Det administrativa förfarandet ..... I - 10557

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden ..... I - 10559

V — Parternas huvudsakliga argument ..... I - 10560

A — De portugisiska lagbestämmelserna ..... I - 10560

B — Unionslagstiftningen ..... I - 10562

VI — Rättslig bedömning ..... I - 10565

A — Huruvida artikel 49 EG är tillämplig ..... I - 10565

1. Tillämpliga bestämmelser ..... I - 10566

2. Materiellt tillämpningsområde ..... I - 10567

a) Unionens och medlemsstaternas behörighet i fråga om hälso- och sjukvårdspolitik ..... I - 10567

b) Omfattningen av den omtvistade nationella bestämmelsen ..... I - 10569

B — Inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster ..... I - 10571

1. Möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus ..... I - 10572

1 — Originalspråk i förslaget till avgörande: tyska. Rättegångsspråk: portugisiska.

2. Krav på förhandstillstånd för ”högspecialiserad” medicinsk behandling I - 10574

3. Avsaknad av rätt till ersättning i fråga om ”övrig” medicinsk behandling I - 10576

C — Huruvida inskränkningen är motiverad ..... I - 10578

1. Rättfärdigande i fråga om ”högspecialiserad” medicinsk behandling ..... I - 10578

a) Säkerställandet av den ekonomiska jämvikten i de sociala trygghetssystemen ..... I - 10580

i) Legitim grund för rättfärdigande ..... I - 10580

ii) Krav på att tillståndsförfarandet är förenligt med unionsrätten I - 10584

— Allmänt ..... I - 10584

— Speciella krav i rättspraxis ..... I - 10584

— Proportionalitet ..... I - 10586

b) Kvalitetskontroll av de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i utlandet ..... I - 10588

c) Slutsatser i denna del ..... I - 10589

2. Rättfärdigande i fråga om ”övrig” medicinsk behandling ..... I - 10591

a) Säkerställandet av den ekonomiska jämvikten i de sociala trygghetssystemen ..... I - 10591

i) Legitim rättfärdigandegrund ..... I - 10591

ii) Proportionalitet ..... I - 10591

b) Kontroll av kvaliteten av de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i utlandet ..... I - 10593

c) Slutsats i denna del ..... I - 10593

D — Avslutande slutsatser ..... I - 10593

VII — Rättegångskostnader ..... I - 10594

VIII — Förslag till avgörande ..... I - 10594

I — Inledning

1. Förevarande mål har anknytning till ett stort antal mål i vilka domstolen har fastställt de unionsrättsliga gränserna för de inskränkningar av gränsöverskridande utnyttjande av vård på den europeiska inre marknaden som medlemsstaterna får föreskriva. Under iakttagande av sin behörighet att tolka unionsrätten, i detta fall de primärrättsliga bestämmelserna avseende friheten att tillhandahålla tjänster, har domstolen under tidens gång utvecklat en omfattande rättspraxis som har vidareutvecklats för varje begäran om förhandsavgörande som de nationella domstolarna har hänskjutit till domstolen. Inte minst tack vare denna omfattande rättspraxis på detta område har unionsmedborgarnas rätt att i så stor utsträckning som möjligt obehindrat utnyttja gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster, som allmänt betecknas som patientrörlighet, [2] kunnat preciseras i allt högre grad. Domstolen har i vissa hänseenden haft en ledande roll vid förverkligandet av den rätt till tillgång till förebyggande hälsovård och till medicinsk vård för var och en som numera är erkänd i artikel 35 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. [3] Denna rättspraxis har nämligen medfört att inskränkningar i form av nationella bestämmelser som utgjorde hinder mot upprättandet av en inre marknad för hälso- och sjukvårdstjänster kunde avskaffas trots unionslagstiftarens passivitet. Genom denna rättspraxis har domstolen utvecklat ett antal viktiga principer som avser de villkor enligt vilka patienter, i enlighet med de bestämmelser som reglerar friheten att tillhandahålla tjänster, har rätt till medicinsk vård i en annan medlemsstat och ska få ersättning för behandlingen från det nationella sjukförsäkringssystem som de tillhör.

2. De principer som fastställts i denna rättspraxis kan numera anses utgöra en del av det unionsrättsliga regelverk som unionslagstiftaren ska beakta vid utarbetandet av ett framtida ”direktiv om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och

2 — Se generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 15 december 2005 i mål C-372/04, Watts (REG 2006, s. I-4325), punkt 1.

3 — I artikel 35 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna föreskrivs följande: ”Var och en har rätt till tillgång till förebyggande hälsovård och till medicinsk vård på de villkor som fastställs i nationell lagstiftning och praxis. En hög nivå av skydd för människors hälsa ska säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder.”

sjukvård” [4]. De fördragsbrottsförfaranden som kommissionen har inlett mot en rad medlemsstater har hittills lett fram till domen av den 15 juni 2010 i målet kommissionen mot Spanien, domen av den 5 oktober 2010 i målet kommissionen mot Frankrike och domen av den 27 januari 2011 i målet kommissionen mot Luxemburg. Dessa förfaranden bär vittnesmål om att det i unionsmedborgarnas intresse inom unionen eftersträvas en konsekvent tillämpning av denna rätt.

3. I förevarande mål har Europeiska kommissionen väckt talan enligt artikel 226 EG [5] och yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte i nationell lagstiftning föreskriva en möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning (EEG) nr 1408/71 [6], eller genom att som villkor för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställa krav på förhandstillstånd.

4. Den huvudsakliga frågan i förevarande mål är huruvida de bestämmelser i Decreto-Lei nr 177/92 (nedan kallat lagdekret nr 177/92) som kommissionen har riktat invändningar mot, och vars innehåll jag genomgripande ska analysera, i rättsligt hänseende kan anses utgöra en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG, eftersom det vid utnyttjande av medicinsk behandling utomlands där uppställs krav på förhandstillstånd från de behöriga myndigheterna. För det fall denna fråga mot bakgrund av domstolens rättspraxis ska besvaras jakande, uppkommer vidare frågan huruvida denna begränsning eventuellt kan motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, varvid det är av betydelse för den rättsliga

4 — Detta synes hittills ha varit fallet. I förslaget av den 2 juli 2008 till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård, KOM(2008) 414 slutlig, angav kommissionen att den genom det planerade direktivet avsåg att införa en mekanism ”som grundas på principerna om fri rörlighet och de principer som ligger till grund för domstolens beslut”. En motsvarande hänvisning till domstolens rättspraxis finns i skäl 6 i detta förslag till direktiv. Där anges att domstolen redan har behandlat en del frågor som rör gränsöverskridande hälso- och sjukvård, särskilt kostnadsersättning för vård som ges i en annan medlemsstat än den där vårdmottagaren är bosatt. Eftersom hälso- och sjukvård undantogs från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EC av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, s. 36) är det viktigt att ”denna fråga behandlas i en särskild gemenskapsrättsakt för att åstadkomma en mer allmän och effektiv tillämpning av de principer som domstolen utarbetat utifrån de enskilda fallen”. Rådets ståndpunkt nr 14/2010 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård (2010/C 275 E/01) (EUT C 275 E, s. 1), som antogs den 13 september 2010 vid första behandlingen, innehåller talrika hänvisningar till domstolens rättspraxis. Enligt skäl 8 syftar detta direktiv bland annat till ”att fastställa bestämmelser som gör det lättare att få tillgång till säker, högkvalitativ gränsöverskridande hälso- och sjukvård i unionen och att garantera patienterna rörlighet i överensstämmelse med de principer som fastslagits av domstolen samt till att främja vårdsamarbete mellan medlemsstaterna”.

5 — Då kommissionens talan grundar sig på artikel 226 EG och avser åsidosättande från medlemsstatens sida av bestämmelser i EG-fördraget, utgörs den rättsliga ramen för detta förslag till avgörande av dessa bestämmelser i deras lydelse innan Lissabonfördraget trädde i kraft.

6 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57).

bedömningen att det i detta mål enbart är fråga om behandling genom en annan inrättning än ett sjukhus.

6. I artikel 152.5 första meningen EG föreskrivs följande:

”När gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård.”

II — Tillämpliga bestämmelser

7. Enligt artikel 22 i förordning nr 1408/71 gäller följande:

A — *Unionslagstiftningen* [7]

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

5. I artikel 49.1 EG stadgas följande:

…

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

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

har rätt till följande förmåner:

i) Vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen

7 — Mot bakgrund av de benämningar som används i FEU och FEUF kommer begreppet unionsrätt att användas som ett gemensamt begrepp för gemenskapsrätt och unionsrätt. I den mån det i det följande hänvisas till enskilda primärrättsliga bestämmelser är det den vid varje tid (*ratione temporis*) gällande lydelsen som avses.

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

2. … Tillstånd enligt punkt 1 c får inte vägras, om vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt och om han i den staten inte kan få vård inom den tid som, med beaktande av hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga.

…"

B — *Nationell lagstiftning*

8. I lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992 regleras vissa aspekter som har samband med hälso- och sjukvård utomlands för försäkringstagarna inom det nationella portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet (SNS). Enligt bestämmelserna i lagdekretet ankommer det på det generaldirektorat som är ansvarigt för sjukhusen att koordinera varje remiss för läkarbehandling utomlands.

9. I artikel 1 fastställs tillämpningsområdet för lagdekretet, genom att det föreskrivs följande:

"1) I förevarande lagdekret regleras högspecialiserad medicinsk vård i utlandet som i brist på tekniska hjälpmedel eller personal inte kan tillhandahållas inom landet.

2) Försäkringstagare inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet kan åtnjuta sådan vård.

3) En begäran om remiss till utlandet från en privat inrättning omfattas inte av tillämpningsområdet för detta lagdekret."

10. I artikel 2 i lagdekretet föreskrivs villkoren för fullständig ersättning för sjukvårdskostnader (regleras i artikel 6):

"Följande villkor är nödvändiga för tilldelningen av de fördelar som föreskrivs i artikel 6:

a) En uttömmande tillstyrkande läkarrapport som har avfattats av den behandlande läkaren vilken är styrkt av den behöriga avdelningschefen.

b) En bekräftelse av denna rapport genom den medicinska direktören för sjukhuset i vilket patienten har behandlats.

c) Ett tillstyrkande genom generaldirektören som ansvarar för sjukhus mot bakgrund av ett yttrande från den tekniska avdelningen."

11. Vad avser den befogenhet att fatta beslut som generaldirektören med ansvar för sjukhus har föreskrivs följande i artikel 4:

"Det ankommer på generaldirektören som ansvarar för sjukhus att i enlighet med de villkor som föreskrivs i artikel 2 yttra sig i fråga om den medicinska vård i utlandet som har begärts."

III — Det administrativa förfarandet

12. Den 12 juli 2002 översände kommissionens generaldirektorat för den inre marknaden en enkät till medlemsstaterna som rörde förenligheten av nationella lagbestämmelser och praxis med domstolens rättspraxis beträffande tillämpligheten av reglerna för den inre marknaden inom hälso- och sjukvårdsområdet. De portugisiska myndigheterna besvarade kommissionens förfrågan beträffande den portugisiska lagstiftningen med skrivelse av den 17 januari 2003.

13. Den 28 juli 2003 offentliggjorde kommissionen en "Rapport om tillämpningen av inre marknadens regler på hälso- och sjukvården Medlemsstaternas tillämpning av domstolens rättspraxis" [8].

8 — SEK(2003) 900.

14. Mot bakgrund av den tillgängliga informationen skickade kommissionen den 18 oktober 2006 en formell underrättelse till Republiken Portugal i vilken den gjorde gällande att Portugal hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom den tolkas av domstolen, genom att i de tillämpliga bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992 som villkor för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställa krav på förhandstillstånd som enbart beviljas på mycket restriktiva villkor. Vidare anmodade kommissionen de portugisiska myndigheterna att i förekommande fall yttra sig inom en frist på två månader i enlighet med artikel 226 EG.

15. I sin svarsskrivelse av den 12 januari 2007 uppgav de portugisiska myndigheterna att det "är svårt att tänka sig att hälso- och sjukvårdstjänster skulle kunna omfattas av reglerna för den inre marknaden" och att en medlemsstat är behörig att i lag fastställa att det för ersättning för kostnader för sjukvård som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställs krav på att förhandstillstånd meddelas.

16. Den 29 juni 2007 skickade kommissionen ett motiverat yttrande till de portugisiska myndigheterna i vilket den meddelade att svarsskrivelsen av den 12 januari 2007 inte innehöll några nya synpunkter som sammantaget kunde föranleda tvivel vad avser domstolens fasta rättspraxis. Kommissionen gjorde på nytt gällande att Republiken Portugal därigenom hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom den tolkas av domstolen, genom att bibehålla

de bestämmelser i lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992 enligt vilka det uppställs krav på förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus. Kommissionen anmodade den portugisiska regeringen att inom två månader vidta nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter det motiverade yttrandet.

17. Genom skrivelse av den 4 september 2007 svarade de portugisiska myndigheterna att lagdekret nr 177/92 inte strider mot unionslagstiftningen beträffande portugisiska medborgares tillgång till hälso- och sjukvårdstjänster inom Europeiska unionen eller rentav mot unionsmedborgarnas grundläggande friheter som är förankrade i fördraget om upprättandet av Europeiska unionen.

18. Den 12 februari 2008 meddelade de portugisiska myndigheterna kommissionen att de avsåg att undersöka de ekonomiska effekterna på hälso- och sjukvårdssystemet, för vilket det åtminstone skulle krävas en månad, eftersom regeringens sammansättning hade ändrats.

19. Den 18 juni 2008 anmodade kommissionen de portugisiska myndigheterna att lämna uppgifter om de planerade ändringarna i lagdekret nr 177/92 för att få den situation som stred mot unionsrätten att upphöra snarast.

20. Genom skrivelse av den 24 juli 2008 bekräftade de portugisiska myndigheterna den uppfattning som de redan hade förespråkat i sin svarsskrivelse av den 4 september 2007, det vill säga att lagdekret nr 177/92 inte stred mot unionsrätten.

21. Den 15 april 2009 tillställde kommissionen de portugisiska myndigheterna ett kompletterande motiverat yttrande för att av hänsyn till öppenheten och rättssäkerheten närmare utveckla det kritiserade åsidosättandet av unionsrätten. Kommissionen påpekade i yttrandet att Republiken Portugal enligt dess mening sålunda hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom den tolkas av domstolen, genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva en möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71.

22. Genom skrivelse av den 15 maj 2009 uppgav de portugisiska myndigheterna som svar på det kompletterande motiverade yttrandet att det i lagdekret nr 177/92 föreskrivs en möjlighet att erhålla kostnadsersättning för kostnader som tillhandahålls i en annan medlemsstat. Vidare uppgav de att det inte heller är uteslutet att erhålla ersättning för vårdförmåner enligt de portugisiska lagbestämmelserna om det är fråga om en specialistbehandling, i den mån förfarandet för styrkande på förhand av att det av medicinska skäl är

nödvändigt med en behandling utomlands har beaktats.

24. Den portugisiska regeringen har i sitt svaromål, som inkom den 2 oktober 2009, yrkat att talan ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

25. Det skriftliga förfarandet avslutades med en replik av den 16 november 2009 och en duplik av den 4 februari 2010.

23. Genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 9 juli 2009 har kommissionen väckt talan i förevarande mål och yrkat att domstolen ska

26. Genom beslut av domstolens ordförande av den 17 november 2009 har Konungariket Spanien fått tillåtelse att intervenera till stöd för Republiken Portugals yrkanden.

— fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992, i vilken fastställs villkoren för ersättning för vårdkostnader som uppkommer i utlandet, eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva möjligheten att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning (EEG) nr 1408/71, eller, för det fall nämnda lagdekret gör det möjligt att få ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus, genom att som villkor för ersättning uppställa krav på förhandstillstånd, och

— förplikta Republiken Portugal att ersätta rättegångskostnaderna.

27. Vid förhandlingen i målet den 9 februari 2011 hördes parternas ombud samt Konungariket Spaniens regering.

28. I handling av den 24 mars 2011 förklarade kommissionen att den delvis återkallade sin talan och omformulerade sina yrkanden. Kommissionen yrkar numera att domstolen ska

— fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte, vare sig i lagdekret nr 177/92 av den 13 augusti 1992, i vilken fastställs villkoren för ersättning för vårdkostnader som uppkommer i utlandet, eller i någon annan nationell lagstiftning, föreskriva möjligheten att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än

ett sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning (EEG) nr 1408/71, eller, för det fall nämnda lagdekret gör det möjligt att få ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus, genom att som villkor för ersättning uppställa krav på förhandstillstånd (med undantag för ersättning av kostnader för vissa medicinska behandlingar som, trots att de tillhandahålls på en läkarmottagning, kräver användning av tung utrustning som tillhandahålls och subventioneras av anslutningsstaten och som uttömmande räknas upp i nationell lagstiftning. Sådan utrustning kan vara en gammakamera med eller utan koincidensdetektor för positronemission, emissionstomografi eller positronkamera, en apparat för kärnmagnetisk resonanstomografi eller spektrometri för kliniskt bruk, en skanner för medicinskt bruk, tryckkammare och en cyklotron för medicinskt bruk),

— förplikta Republiken Portugal att ersätta rättegångskostnaderna.

29. Genom inlaga av den 6 april 2011 omformulerade Republiken Portugal sina yrkanden och yrkar hädanefter att domstolen ska

— ogilla talan såsom ogrundad,

— för det fall domstolen bifaller talan, fastställa att kommissionen under alla omständigheter har återkallat delar av sin talan,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Parternas huvudsakliga argument

A — *De portugisiska lagbestämmelserna*

30. *Kommissionen* har vissa svårigheter att förstå den portugisiska regeringens ståndpunkt, i synnerhet som informationen avseende ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus är tvetydiga eller till och med motstridiga.

31. Av den portugisiska regeringens svar på enkäten från generaldirektoratet för den inre marknaden avseende de nationella lagbestämmelsernas förenlighet med domstolens rättspraxis har kommissionen dragit slutsatsen att lagdekret nr 177/92 är den nationella lag som innehåller de bestämmelser som är tillämpliga på ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls utomlands genom en annan inrättning än ett sjukhus.

32. Kommissionen påpekar emellertid att de portugisiska myndigheterna i sin svarsskrivelse till det motiverade yttrandet har förklarat att det inte utgör ett av syftena med lagdekret nr 177/92 att som villkor för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls utomlands genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställa krav på förhandstillstånd och att det inte förelåg någon annan portugisisk lagbestämmelse enligt vilken detta krävdes. Kommissionen har uppgett att den mot denna bakgrund har dragit slutsatsen att det inom portugisisk rätt inte föreskrivs någon möjlighet till ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls utomlands genom en annan inrättning än ett sjukhus utom enligt de villkor som föreskrivs i förordning (EEG) nr 1408/71.

33. Kommissionen har framhållit att de portugisiska myndigheterna i sin svarsskrivelse till det kompletterande motiverade yttrandet emellertid har uppgett att tillgången till hälso- och sjukvårdstjänster i en annan medlemsstat är underkastade ett förfarande i vilket det måste styrkas att behandlingen är nödvändig av medicinska skäl, vilket tyder på att det i Portugal föreligger ett system enligt vilket det uppställs krav på förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus.

34. Slutligen har kommissionen uppgett att de portugisiska myndigheterna i sitt svaromål uttryckligen har medgett att det inte föreligger någon möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus utom enligt de villkor som föreskrivs i förordning nr 1408/71.

35. Den *portugisiska regeringen* bestrider att det föreligger en sådan påstådd tvetydighet, respektive sådana motsägelser vad avser redogörelsen för de tillämpliga nationella bestämmelserna.

36. Den portugisiska regeringen har uppgett att det enligt portugisisk lagstiftning föreligger två möjligheter att få tillgång till hälso- och sjukvård i utlandet, nämligen dels genom förordning nr 1408/71, framför allt i artikel 22, dels genom lagdekret nr 177/92, i vilket ”högspecialiserad medicinsk vård i utlandet som i brist på tekniska hjälpmedel eller personal inte kan tillhandahållas inom landet” regleras.

37. Den portugisiska regeringen har uppgett att lagdekret nr 177/92 är tänkt att utgöra ett instrument för sjukhusvård. Det är följaktligen möjligt att erhålla läkarbehandling i utlandet i den utsträckning som det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet inte förfogar över de nödvändiga medlen för att behandla de personer som är anslutna till detta system. Denna lösning syftar till att ge dem som är sjuka den hälso- och sjukvård som de behöver med garanterad kvalitet och medicinsk effektivitet.

38. En behandling i utlandet är underkastad vissa villkor som fastställs i lagdekret nr 177/92. Enligt nämnda lag ska ansökningar om högspecialiserad medicinsk vård göras av sjukhusen i det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, varvid det till en ansökan måste bifogas en utförlig läkarrapport, som ska vara styrkt av den behöriga avdelningschefen samt av den medicinska direktören (artikel 2.1 och 2.2). Det slutgiltiga beslutet ankommer på hälsodirektören. Vidare måste

läkarrapporten innehålla en rad uppgifter beträffande patientens hälsotillstånd och behandlingen, samt de orter i utlandet där patienten ska opereras respektive behandlas. I den mån de lagstadgade villkoren är uppfyllda har patienten rätt till ersättning för samtliga kostnader, inklusive ditresan och uppehåll för patienten samt en medföljande person. Betalningen sker genom den aktuella medicinska enhet som är ansvarig för förfarandet med förhandstillstånd (artikel 6).

39. Den portugisiska regeringen anser att det inte ska göras någon åtskillnad mellan behandlingskostnader inom och utanför sjukhus. Högspecialiserad medicinsk vård i utlandet i form av ett samarbete mellan olika institutioner kan nämligen omfatta båda typerna av behandling. Dessutom drar den portugisiska regeringen paralleller mellan förfarandet för att styrka att en behandling i utlandet är nödvändig av medicinska skäl och förfarandet för remittering till en specialistläkare.

40. Vidare har nämnda regering påpekat att det medicinska samarbete som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 motsvarar de krav som uppställs i det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, som i enlighet med de författningsrättsliga kraven kännetecknas av sin universella, allmänna och självständiga karaktär och dessutom är statligt finansierat.

B — *Unionslagstiftningen*

41. *Kommissionen* anser att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, såsom den har tolkats av domstolen. Enligt denna rättspraxis är artikel 49 EG tillämplig i den situation där en patient erhåller medicinska tjänster mot betalning i en annan medlemsstat än där denne har sin hemvist. I Portugal föreskrivs i lagdekret nr 177/92, i vilket villkoren för ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet är fastställda, emellertid inte uttryckligen någon ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus utom enligt de villkor som föreskrivs i förordning nr 1408/71, eller genom att det i dessa lagbestämmelser, enligt den tolkning som de portugisiska myndigheterna har förespråkat som villkor för ersättning, uppställs inskränkande krav på förhandstillstånd för ersättning av dessa kostnader för behandling som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus.

42. Kommissionen anser att även om det medgavs att ett system, enligt vilket det som villkor för ersättning för vårdkostnader uppställs krav på förhandstillstånd, trots domstolens praxis kan anses motiverat, så är villkoren för att meddela ett sådant tillstånd restriktiva och strider sålunda mot unionsrätten.

43. Vad avser de argument som den portugisiska regeringen har anfört för att det ska föreligga en motivering av tvingande skäl, nämligen finansieringen av det nationella

hälso- och sjukvårdssystemet samt säkerställandet av tillgången till allmän hälso- och sjukvård, har kommissionen gjort gällande att kravet på förhandstillstånd varken kan anses motiverat av hänsyn till folkhälsan eller på grund av att det föreligger en allvarlig risk för den ekonomiska jämvikten inom systemen för social trygghet. Dessutom har kommissionen gjort gällande att de portugisiska myndigheterna varken har redogjort för eller bevisat att det föreligger en faktisk risk för att den ekonomiska jämvikten i det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet skulle kunna rubbas på grund av ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat.

44. Den *portugisiska regeringen* har gjort gällande att det inte finns några fördragsbestämmelser som ger unionsmedborgare rätt att kräva ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet eller som ger dessa en oinskränkt möjlighet att utöva en sådan rättighet utan att detta regleras genom en mekanism för förhandstillstånd.

45. Den portugisiska regeringen anser att detta mål om fördragsbrott utgör ett försök från kommissionen att på rättslig nivå tvinga fram en lösning som helt saknar rättslig grund och inte heller har godtagits av medlemsstaterna, som är de organ som är behöriga att utforma de sociala trygghetssystemen och hälso- och sjukvårdssystemet. Nämnda regering har uttryckt sin förvåning vad gäller kommissionens tillvägagångssätt med tanke på att det för närvarande pågår ett lagstiftningsförfarande i syfte att fastställa rättigheter och skyldigheter för medlemsstaterna inom detta område. Av skäl 23 i direktiv 2006/123 framgår att enbart en lagstiftningslösning som innehåller tillräckligt klara krav kan motivera ett rättsligt beslut. Den portugisiska regeringen yrkar att domstolen ska låta målet vila enligt artikel 82a.1 a i rättegångsreglerna, eftersom den är övertygad om att en dom skulle innebära en oönskad överlappning av de rättsliga och politiska beslutsprocesserna.

46. Den portugisiska regeringen anser att två moment är kännetecknande för domstolens rättspraxis beträffande tillämpligheten av artikel 49 EG på gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster, nämligen den speciella processuella ramen och att det saknas ett klart och tydligt rättsläge. Samtliga av domstolens domar har meddelats i samband med ett förfarande för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, vilket utgör hinder mot att dessa lösningar tillämpas på förevarande mål.

47. Även om ett förhandstillstånd eventuellt skulle kunna anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster så utgör artikel 49 EG enligt domstolens rättspraxis inte hinder mot ett sådant tillstånd. De krav som uppställs är nämligen objektiva och måste vara uppfyllda för att ersättning ska utgå för vårdkostnader för behandlingar som utförs inom landet.

48. Dessutom uppställs även enligt artikel 22 i förordning nr 1408/71 som villkor för tillhandahållandet av gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster krav på att det meddelas

förhandstillstånd. För övrigt måste artikel 49 EG tolkas i överensstämmelse med de andra fördragsbestämmelserna. I detta avseende har den portugisiska regeringen hänvisat till artikel 152.5 EG, enligt vilken medlemsstaterna förbehålls en exklusiv behörighet på detta område och vars effektiva tillämpning innebär att varje form av tillämpning av andra fördragsbestämmelser som urholkar de nationella beslutsfattarnas behörighet vad avser organiseringen, finansieringen och utformningen av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet är utesluten.

49. Den portugisiska regeringen föreslår inte några ändringar av rättspraxis, utan uppmanar domstolen att upprätta en praktisk konkordans mellan artikel 49 EG och artikel 152.5 EG genom att artikel 49 EG måste träda tillbaka av tvingande skäl av allmänintresse. Nämnda regering har åberopat flera grunder som enligt domstolens praxis anses vara legitima, bland annat att det är nödvändigt att säkerställa den ekonomiska jämvikten i systemen för social trygghet och hälso- och sjukvård.

50. Den *spanska regeringen* har i första hand gjort gällande att artikel 49 EG inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att anta positiva införlivandeakter, eftersom direktiv enligt unionsrätten utgör det rättsinstrument som uttryckligen föreskrivs för att skapa sådana positiva införlivandeakter inom de nationella rättsordningarna. Nämnda regering påpekar att direktiv är det medel som uttryckligen föreskrivs i artikel 52 EG för liberaliseringen av den inre marknaden för tjänster. Just detta bekräftar kommissionen för närvarande med sitt förslag till direktiv.[9] Det faktum att Portugal, utöver förfarandet i förordning nr 1408/71, inte har skapat något särskilt förfarande avseende ersättning för vårdkostnader kan inte anses utgöra en underlåtenhet att uppfylla skyldigheterna enligt artikel 49 EG.

51. Vidare har kommissionen inte bevisat att de portugisiska myndigheterna har tillämpat sina bestämmelser i strid med skyldigheterna enligt artikel 49 EG, exempelvis genom att systematiskt vägra att meddela det tillstånd för behandling i utlandet som föreskrivs i systemet.

52. Den spanska regeringen har beträffande frågan huruvida de portugisiska lagbestämmelserna är förenliga med artikel 49 EG påpekat att ett system enligt vilket det uppställs krav på förhandstillstånd inte nödvändigtvis medför en obefogad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Särskilt i samband med hälso- och sjukvårdstjänster på sjukhus föreligger det tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverar ett sådant system. Det vore felaktigt att tillämpa domstolens domar i målen Kohll, Müller-Fauré och van Riet, beträffande tandläkartjänster på samtliga hälso- och sjukvårdstjänster som utförs utanför sjukhus. För fullständighetens skull har den spanska regeringen erinrat om att domstolen

9 — Ovan fotnot 4.

i domen i målet Kohll har fastställt att ”artikel 56 EG ger medlemsstaterna möjlighet att begränsa friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård i den mån det med hänsyn till folkhälsan, och till och med för befolkningens överlevnad, är väsentligt att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet”.

53. Vad avser frågan huruvida den omtvistade bestämmelsen kan anses proportionerlig har den spanska regeringen framhållit att det ska prövas huruvida det portugisiska systemet innebär att det har införts ett administrativt tillståndsförfarande som bygger på objektiva icke-diskriminerande kriterier som berörda personer redan på förhand kände till och av vilka det framgår hur de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning är avgränsat.

VI — Rättslig bedömning

A — *Huruvida artikel 49 EG är tillämplig*

54. Enligt fast rättspraxis och enligt unionens processrättsliga bestämmelser åligger det kommissionen att i ett fördragsbrottsförfarande bevisa det påstådda fördragsbrottet. Kommissionen ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger och får därvid inte uteslutande stödja sig på någon presumtion. [10] En omvänd bevisbörda uppkommer först när kommissionen har tillhandahållit tillräckliga uppgifter för att det ska framgå att ett fördragsbrott har ägt rum. I ett sådant fall ankommer det på medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta detta för att i sin tur bevisa att den har iakttagit unionsrätten. [11]

55. Kommissionen har i sin talan gjort gällande att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG. Den portugisiska regeringen har bestritt detta genom att dels hänvisa till det pågående lagstiftningsförfarandet i syfte att anta ett direktiv om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård, framför allt de överläggningar som för tillfället äger rum i rådet, dels genom att ifrågasätta huruvida de primärrättsliga bestämmelserna som avser friheten att

10 — Se, bland annat, dom av den 25 maj 1982 i mål 96/81, kommissionen mot Nederländerna (REG 1982, s. 1791), punkt 6, av den 22 september 1988 i mål 272/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 4875), punkt 17, av den 26 juni 2003 i mål C-404/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-6695), punkt 26, av den 6 november 2003 i mål C-434/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-13239), punkt 21, av den 29 april 2004 i mål C-194/01, kommissionen mot Österrike (REG 2004, s. I-4579), punkt 34, av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkt 33, av den 6 oktober 2009 i mål C-438/07, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-9517), punkt 49, och av den 29 oktober 2009 i mål C-246/08, kommissionen mot Finland (REG 2009, s. I-10605), punkt 52.

11 — Se dom av den 12 december 1996 i mål C-298/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-6747), punkt 17, och domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 10), punkt 21. Se, för ett liknande resonemang, Burgi, M. i *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (utgiven av H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann), München 2003, 6 §, punkt 45, s. 79, och Schwarze, J., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), andra upplagan, 2009, artikel 226 EG, punkt 27, s. 1755.

tillhandahålla tjänster, särskilt artikel 49 EG, är tillämpliga på gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster. I rättsligt hänseende rör båda argumenten frågan huruvida artikel 49 EG är tidsmässigt och materiellt tillämplig i förevarande mål, vilket jag kommer att behandla nedan.

1. Tillämpliga bestämmelser

56. Vad gäller den portugisiska regeringens första invändning mot förevarande talan ska det främst påpekas att en medlemsstat inte med framgång kan åberopa en rättsakt som ännu inte har trätt i kraft och följaktligen inte kan medföra någon rättslig verkan inom unionsrättsordningen. Tilliten till att ett visst kommissionsförslag till en rättsakt inte kommer att ändras kan objektivt sett inte anses skyddsvärd, eftersom sådana föreslag under lagstiftningsförfarandets gång kan bli föremål för talrika ändringar i rådet och parlamentet. Detta är även anledningen till att de enbart i begränsad utsträckning kan användas som tolkningshjälp.

57. Dessutom ska det erinras om att syftet med förfarandet enligt artikel 226 EG är att fastställa att en medlemsstat har åsidosatt unionsrätten vid en viss relevant tidpunkt. Enligt numera fast rättspraxis ska förekomsten av ett fördragsbrott bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet. Detta är den enda relevanta tidpunkten för att bedöma huruvida det föreligger ett fördragsbrott. [12] Senare ändringar av unionsrätten ska därför inte beaktas, liksom efterföljande reglering genom den aktuella medlemsstaten. [13] Den möjlighet som inte helt kan uteslutas, nämligen att lagstiftningsförfarandet avslutas inom den närmaste framtiden och ett direktiv antas, i vilket tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård exakt regleras, medför inte några ändringar vad avser föremålet för talan och påverkar därför inte förevarande fördragsbrottsförfarande överhuvudtaget.

58. Följaktligen kan den portugisiska regeringens invändning att artikel 49 EG inte kan tillämpas vid prövningen av huruvida det föreligger ett eventuellt åsidosättande av unionsrätten inte godtas.

12 — Se dom av den 1 juni 1995 i mål C-182/94, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-1465), av den 10 september 1996 i mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-3989), av den 16 december 1997 i mål C-316/96, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-7231), punkt 14, av den 11 juni 1998 i de förenade målen C-232/95 och C-233/95, kommissionen mot Grekland (REG 1998, s. I-3343), punkt 38, av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), punkt 22, av den 3 oktober 2002 i mål C-47/01, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-8231), punkt 15, och av den 14 april 2005 i mål C-519/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-3067), punkt 18.

13 — Se även Burgi, M. (ovan fotnot 11), punkt 38, s. 75, Cremer, W., *EUV/EGV-Kommentar* (utgivare Christian Calliess och Matthias Ruffert), tredje upplagan, München 2007, artikel 226 EGV, punkt 33, s. 1991.

2. Materiellt tillämpningsområde

59. Den portugisiska regeringens andra invändning ska tolkas så, att det enligt denna i princip ifrågasätts huruvida de primärrättsliga bestämmelser som avser friheten att tillhandahålla tjänster i sig är materiellt tillämpliga. Som stöd för denna rättsliga bedömning har den hänvisat till artikel 152.5 EG, en bestämmelse enligt vilken medlemsstaterna anförtros ansvaret för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Vidare har den portugisiska regeringen framhållit att det krävs att det föreligger en sekundärrättslig reglering på detta område.

a) Unionens och medlemsstaternas behörighet i fråga om hälso- och sjukvårdspolitik

60. Den portugisiska regeringens ståndpunkt ska godtas vad gäller medlemsstaternas principiella behörighet avseende hälso- och sjukvård. För att uttrycka det förenklat är medlemsstaterna i praktiken i princip fortsatt ”herrar över hälso- och sjukvårdspolitiken”,[14] vilket innebär att unionen inte får motarbeta deras politik. Inom det område som behandlas i artikel 152 EG är unionens behörighet mindre utpräglad än inom andra områden. I materiellt avseende ska den enligt artikel 152.1 andra och tredje styckena enbart ”komplettera” den nationella politiken och enligt artikel 152.2 första stycket i organisatoriskt hänseende enbart ”främja” deras samarbete. Detta principiella företräde för medlemsstaternas politik framför unionens verksamhet inom hälsoskyddsområdet kan anses utgöra ett uttryck för subsidiaritetsprincipen som stadgas i artikel 5 EG. Detta påverkar emellertid inte unionens befogenhet att skapa skyddsnormer på unionsnivå som baserar sig på artikel 95 EG vid harmoniseringen av den nationella hälso- och sjukvårdspolitiken för att motverka begränsningar av de grundläggande friheterna. Kommissionens förslag till direktiv som enligt skäl 8 bland annat syftar till att garantera patientrörlighet och frihet

14 — I skäl 8 i kommissionens förlag till ”direktiv om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård” (ovan fotnot 4) föreskrivs följande: ”Detta direktiv syftar till att fastställa allmänna bestämmelser för en säker, högkvalitativ och effektiv gränsöverskridande hälso- och sjukvård i EU och att garantera patientrörlighet och frihet att tillhandahålla hälso- och sjukvård och en hög hälsoskyddsnivå, samtidigt som medlemsstaternas ansvar för att fastställa sjukförmåner samt organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård och sociala förmåner, särskilt sjukförmåner, respekteras fullt ut.”

att tillhandahålla hälso- och sjukvård baserar sig just på denna behörighetsgrund.

61. Domstolen är medveten om denna komplexa uppdelning av uppgifterna mellan unionen och medlemsstaterna. Såsom den har påpekat i fast rättspraxis inkräktar inte unionsrätten på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. [15] Detta innebär i sin tur att det i avsaknad av harmonisering på unionsnivå ankommer på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma villkoren för beviljande av sociala trygghetsförmåner. [16] I detta samband ska det hänvisas till domen i målet Watts, [17] i vilken domstolen med all tydlighet har erinrat om att unionen enligt artikel 152.5 EG, när den handlar på folkhälsoområdet, fullt ut ska respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård.

62. Såsom domstolen emellertid har uppgett i samma dom är det enligt denna bestämmelse inte uteslutet att medlemsstaterna är skyldiga att anpassa sina nationella system för hälso- och sjukvård och social trygghet i enlighet med andra bestämmelser i fördraget, såsom artikel 49 EG, eller unionsbestämmelser som antagits med stöd av andra bestämmelser i fördraget, såsom artikel 22 i förordning nr 1408/71. [18] Redan i tidigare domar har domstolen betonat att medlemsstaterna vid utövandet av den befogenhet som de har anförtrotts enligt artikel 152.5 EG måste beakta unionsrätten och i synnerhet bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster. [19] I dessa bestämmelser föreskrivs nämligen att medlemsstaterna inte får införa eller bibehålla obefogade inskränkningar i utövandet av dessa friheter inom området för hälso- och sjukvård. [20] Dessutom ska det framhållas att domstolen uttryckligen har uppmanat medlemsstaterna att inte anse att de oundvikliga anpassningar som dessa är skyldiga att genomföra i sina nationella system för social trygghet för att förverkliga de grundläggande friheter som garanteras i fördraget träder deras suveräna behörighet på

15 — Dom av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar m.fl. (REG 1984, s. 523), punkt 16, av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodermare m.fl. (REG 1997, s. I-3395), punkt 27, av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 17, av den 18 mars 2004 i mål C-8/02, Leichtle (REG 2004, s. I-12641), punkt 29, av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts (REG 2006, s. I-4325), punkt 92, och av den 15 juni 2010 i mål C-211/08, kommissionen mot Spanien, punkt 53.

16 — Dom av den 24 april 1980 i mål 110/79, Coonan (REG 1980, s. 1445), punkt 12, av den 4 oktober 1991 i mål C-349/87, Paraschi (REG 1991, s. I-4501), punkt 15, och av den 30 januari 1997 i de förenade målen C-4/95 och C-5/95, Stöber och Piosa Pereira (REG 1997, s. I-511), punkt 36, domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 92, dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré och van Riet (REG 2003, s. I-4509), punkt 100, domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 53, och dom av den 27 januari 2011 i mål C-490/09, kommissionen mot Luxemburg, punkt 32.

17 — Domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 146. Se även domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 75.

18 — Domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 147.

19 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831), punkt 19, av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), punkterna 44–46, domen i målet Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 100, dom av den 23 oktober 2003 i mål C-56/01, Inizan (REG 2003, s. I-12403), punkt 17, domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 92, och domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 53.

20 — Dom av den 5 oktober 2010 i mål C-173/09, Elchinov (REU 2010, s. I-8889), punkt 40, domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 23, dom av den 19 april 2007 i mål C-444/05, Stamatelaki (REG 2007, s. I-3185), punkt 23, och domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 92.

området förnär. [21] Dessutom ska det påpekas att Europeiska unionen kan utöva betydande inflytande på medlemsstaternas hälso- och sjukvårdssystem genom åtgärder som bland annat syftar till att genomföra de grundläggande friheterna. [22]

63. Vid gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster föreligger det så att säga en överlappning mellan unionsrätten och nationell rätt, nämligen genom att det enligt unionsrätten, såsom så ofta, i huvudsak enbart föreskrivs ett bindande mål, nämligen förverkligandet av den fria rörligheten för patienter samt likabehandling av dessa gentemot nationella myndigheter, oberoende av deras medborgarskap, medan medlemsstaternas behörighet fortfarande består, varvid dessa i detta avseende måste hålla sig inom den rättsliga ram som föreskrivs genom primär- och sekundärrätten, eftersom medlemsstaterna, vid utövandet av sin behörighet, inte får åsidosätta unionsrätten. [23] Det ankommer på domstolen att fastställa utsträckningen av den unionsrättsliga ramen för medlemsstaternas behörighet enligt artikel 49 EG. Domstolen har nämligen enligt grundfördragen tilldelats uppgiften att genom tolkning klargöra och precisera innebörden och räckvidden av en unionsrättslig bestämmelse, såsom den ska tolkas och tillämpas från och med sitt ikraftträdande. [24]

64. Följaktligen kan Republiken Portugal inte med framgång åberopa sin behörighet enligt fördraget att organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård inom landets territorium för att undandra sig de skyldigheter som nämnda stat har ålagts enligt unionens övriga primärrätt, framför allt genom bestämmelserna om de grundläggande friheterna.

b) Omfattningen av den omtvistade nationella bestämmelsen

65. Vad avser den ytterligare frågan huruvida de omtvistade nationella bestämmelserna omfattas av det materiella tillämpningsområdet för artikel 49 EG ska det erinras om att

21 — Domarna i målen kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 45, Watts (ovan fotnot 15), punkt 147, och Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 102.

22 — Se, till exempel, dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, DocMorris (REG 2003, s. I-14887) – nationellt förbud mot distansförsäljning av läkemedel av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389) – läkares jourtjänstgöring på sjukhus i samband med skyddet för arbetstagares säkerhet och hälsa samt domen i målet Leichtle (ovan fotnot 15), punkt 51 – villkor för ersättning för kurbehandling som har genomförts i en annan medlemsstat och dom av den 3 oktober 2000 i mål C-411/98, Ferlini (REG 2000, s. I-8081), punkterna 47 och 48.

23 — Se, för ett liknande resonemang, Van Raepenbusch, S., ”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 — Se dom av den 19 november 2009 i mål C-540/07, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-12983), punkt 63.

det följer av fast rättspraxis att tillhandahållande av medicinska tjänster mot betalning omfattas av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster, [25] utan att det för den skull görs skillnad mellan vård på sjukhus och vård som utförs utanför sjukhus. [26] Det har även slagits fast att friheten att tillhandahålla tjänster även innebär frihet för mottagare av tjänster, bland andra personer som behöver medicinsk behandling, att bege sig till en annan medlemsstat för att där motta sådana tjänster utan att denna rätt undergrävs genom inskränkningar. [27] Domstolen har vidare slagit fast att tillhandahållande av vård inte upphör att omfattas av begreppet tillhandahållande av tjänst i den mening som avses i artikel 49 EG för att patienten, efter att ha betalat den utländska tjänsteutövaren för den erhållna vården, vänder sig till ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem i syfte att få ersättning för vården. [28]

66. Nationella bestämmelser som de som föreskrivs i lagdekret nr 177/92, i vilka det fastställs villkor både för patienternas utnyttjande av gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster och för ersättning för vårdkostnader från myndigheterna i ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem, omfattas sålunda av det materiella tillämpningsområdet för artikel 49 EG. [29]

67. För övrigt utgör den omständigheten att det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet, till skillnad från i vissa andra medlemsstater, inte finansieras genom avgifter från försäkringstagarna, utan uteslutande genom skatter och andra statliga budgetmedel, i motsats till vad som förespråkats av den portugisiska regeringen, vilken flera gånger har anfört detta argument mot en tillämpning av de av domstolen utvecklade principerna i förevarande mål, inte på något sätt hinder mot en prövning av huruvida bestämmelserna i

25 — Domarna i målen kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 34, kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 47, Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt 19, och Watts (ovan fotnot 15), punkt 86, samt dom av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (REG 1991, s. I-4685; svensk specialutgåva, tillägg, s. 19), punkt 18, och domen i målet Kohll (ovan fotnot 15), punkt 29.

26 — Domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 34, dom av den 5 oktober 2010 i mål C-512/08, kommissionen mot Frankrike (REU 2010, s. I-8833), punkt 30, domarna i målen Leichtle (ovan fotnot 15), punkt 28, Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt19, Watts (ovan fotnot 15), punkt 86, och Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 103, samt dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel m.fl. (REG 2001, s. I-5363), punkt 41, och domen i målet Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 53.

27 — Domarna i målen kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 35, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 31, Elchinov (ovan fotnot 20), punkt 37, kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 49, Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt 20, och Watts (ovan fotnot 15), punkt 87.

28 — Domarna i målen kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 47, Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt 21, och Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 103.

29 — Se domen i målet Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkterna 60–69 och Eftadomstolens dom i de förenade målen E-11/07 och C-1/08, Rinsal och Slinning, punkt 44, varvid det där inte enbart fastställdes att de primärrättsliga bestämmelserna beträffande friheten att tillhandahålla varor i EG- och EES-avtalen var tillämpliga, utan även att de nationella bestämmelserna innebar en inskränkning. Artikel 49.1 EG motsvarar i materiellt hänseende artikel 36.1 i EES-avtalet, för vars tolkning Eftadomstolen är ansvarig (i fråga om Efta/EES-staterna). Eftadomstolen har tillämpat EU-domstolens ovannämnda rättspraxis på dessa avtalsbestämmelser i enlighet med kravet på en enhetlig rättspraxis inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

lagdekret nr 177/92 är förenliga med artikel 49 EG såsom den har tolkats av domstolen. Domstolen har nämligen i den ovannämnda domen i målet Watts [30], särskilt beträffande ett skattefinansierat nationellt hälso- och sjukvårdssystem som National Health Service (NHS) i Förenade kungariket, tydligt och klart uppgett att de primärrättsliga bestämmelserna som avser friheten att tillhandahålla tjänster är tillämpliga ”oberoende av hur det [aktuella] nationella system[et] är uppbyggt”. Jag vill påpeka att den nyhet som domen i målet Watts medförde inte minst utgjordes av att hittillsvarande rättspraxis beträffande fri rörlighet i samband med i första hand avgiftsfinansierade lagstadgade sjukförsäkringar tillämpades på skattefinansierade nationella hälso- och sjukvårdssystem. [31] Vidare ska jag i detta sammanhang hänvisa till domen i målet Müller-Fauré och van Riet, [32] i vilken domstolen uttryckligen har angett att det inte fanns anledning att utifrån det fria tillhandahållandet av tjänster göra någon åtskillnad beroende på om ”vårdgivaren betalas direkt med medel som tas från sjukkassan eller statsbudgeten”. Följaktligen ska den portugisiska regeringens motsatta påstående avfärdas.

68. Sålunda är artikel 49 EG tillämplig.

B — *Inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster*

69. Det ska vidare prövas huruvida, såsom kommissionen har gjort gällande, bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 medför en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG. Enligt fast rättspraxis strider all nationell lagstiftning som innebär att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster inom en medlemsstat mot artikel 49 EG. [33]

70. Det kan emellertid enbart fastställas huruvida det föreligger en omotiverad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster och sålunda ett åsidosättande av unionsrätten när föremålet för tvisten är tillräckligt utrett. I detta avseende ska det utredas vilket som är det egentliga syftet med kommissionens yrkanden, vilket fastställer föremålet för talan.

71. I detta hänseende ska det konstateras att kommissionen grundar sin talan på två alternativa åsidosättanden. Kommissionen har i sin talan konkret gjort gällande att Republiken Portugal inte i nationell lagstiftning har föreskrivit en möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom

30 — Ovan fotnot 15, punkt 90.

31 — Se, för ett liknande resonemang, Schneider, U., ”Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG”, *European Law Reporter*, 9/2006, s. 348; Schiano, R., ”Arrêt ’Yvonne Watts’” *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2/2006, s. 461.

32 — Ovan fotnot 16, punkt 103.

33 — Domarna i målen kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 33, kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 55, Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt 25, Watts (ovan fotnot 15), punkt 94, Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 61, Kohll (ovan fotnot 15), punkt 33, och dom av den 5 oktober 1994 i mål C-381/93, kommissionen mot Frankrike (REG 1994, s. I-5145), punkt 17.

en annan inrättning än ett sjukhus, utom enligt de villkor som föreskrivs i förordning nr 1408/71. Subsidiärt har kommissionen gjort gällande att nämnda medlemsstat har infört ett system i vilket det som villkor för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställs krav på förhandstillstånd.

1. Möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus

72. Av formuleringen i det första yrkandet framgår att den andra delen (”eller, för det fall nämnda lagdekret gör det möjligt att få ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus”) ska tolkas som ett subsidiärt yrkande för det fall domstolen skulle fastställa att de aktuella portugisiska lagbestämmelserna, i motsats till vad kommissionen påstår, trots allt kan anses föreskriva ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus, det vill säga även på villkor som inte föreskrivs i förordning (EEG) nr 1408/71.

73. Det ska sålunda främst med ledning av den information som parterna har ingett till domstolen prövas huruvida det i de omtvistade nationella bestämmelserna överhuvudtaget föreskrivs en rätt till ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus.

74. I sin ansökan [34] har domstolen påpekat att den mot bakgrund av den information som de portugisiska myndigheterna har lämnat i samband med det administrativa förfarandet har dragit slutsatsen att det enligt de portugisiska lagbestämmelserna inte föreskrivs någon möjlighet att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus, utom i de fall som föreskrivs i förordning nr 1408/71. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till de portugisiska myndigheternas svarsskrivelse av den 4 september 2007 till det motiverade yttrandet, [35] i vilken dessa uppgav att det inte förelåg några bestämmelser i portugisisk lagstiftning där det föreskrevs en rätt att erhålla ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus. Dessutom medgav de portugisiska myndigheterna där att vårdkostnader inte ersätts i sådana situationer.

75. Vidare har kommissionen i sin ansökan [36] riktat invändningar mot de ofullständiga uppgifter som de portugisiska myndigheterna har lämnat vad avser syftet med lagdekret nr 177/92 och frågan huruvida denna lag är tillämplig på vård som tillhandahålls i en

34 — Se punkterna 32 och 33 i ansökan.

35 — Se s. 15 i de portugisiska myndigheternas svarsskrivelse av den 4 september 2007 till det motiverade yttrandet.

36 — Se punkt 38 i ansökan.

annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus. I detta sammanhang hade de portugisiska myndigheterna i sin svarsskrivelse av den 15 maj 2009 till det kompletterande motiverade yttrandet uppgett att det för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat enligt lagdekret nr 177/92 uppställs krav på förhandstillstånd. Kommissionen drar av detta slutsatsen att lagdekret nr 177/92 i vart fall även måste vara tillämpligt på behandlingar som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus.

76. I förevarande fördragsbrottsförfarande framgår att det i viss mån uppenbarligen föreligger en osäkerhet från kommissionens sida vad gäller att så detaljerat som möjligt kunna återge det rättsliga innehållet i de omtvistade bestämmelserna samt de aspekter enligt vilka en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster kan vara motiverad. Detta kan anses överraskande med tanke på att det administrativa förfarandet inleddes redan år 2006 och att korrespondensen mellan kommissionen och de portugisiska myndigheterna, i vilken frågan huruvida den portugisiska lagstiftningen är förenlig med domstolens rättspraxis har bedömts, inleddes redan år 2003. De missförstånd och motstridiga uppgifter som framgår vid läsningen av skrivelserna hade kunnat undvikas om vissa relevanta aspekter, exempelvis frågan huruvida bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 är tillämpliga på behandlingar som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus, hade behandlats uttömmande vid det administrativa förfarandet. Jag tillåter mig att i detta sammanhang erinra om att medlemsstaterna, i enlighet med artikel 10 EG, är skyldiga att underlätta för kommissionen att fullgöra dess uppgifter, vilka bland annat enligt artikel 211 EG består i att övervaka tillämpningen av de bestämmelser som antagits av institutionerna med stöd av fördraget. [37] Såsom domstolen redan har fastställt innefattar denna förpliktelse en skyldighet för medlemsstaterna att samarbeta lojalt när det gäller kommissionens undersökningar enligt artikel 226 EG, och att de är skyldiga att tillhandahålla den alla de upplysningar den begär i det sammanhanget. [38]

77. Det framgår av lagdekret nr 177/92 att villkoren för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat i vart fall fastställs i denna lag, varvid det inte finns något som tyder på att det i lagen görs någon åtskillnad mellan behandlingar som tillhandahålls genom sjukhus och de som tillhandahålls genom en annan inrättning. Den portugisiska regeringen förefaller uppenbarligen utgå från denna tolkning, eftersom den i sitt svaromål dels har ifrågasatt syftet med denna principiella åtskillnad mellan olika typer av behandling, dels klart och tydligt har uppgett att de portugisiska lagbestämmelserna, vilket uttryckligen avser lagdekret nr 177/92, möjliggör fullständig ersättning för vårdkostnader för sjukhusvård och behandling genom en annan inrättning

37 — Se, bland annat, dom av den 13 december 1991 i mål C-33/90, kommissionen mot Italien (REG 1991, s. I-5987), punkt 18, och av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland (REG 2005, s. I-3331). punkt 197.

38 — Se, bland annat, dom av den 11 december 1985 i mål 192/84, kommissionen mot Grekland (REG 1985, s. 3967), punkt 19, av den 6 mars 2003 i mål C-478/01, kommissionen mot Luxemburg (REG 2003, s. I-2351), punkt 24, av den 13 juli 2004 i mål C-82/03, kommissionen mot Italien (REG 2004, s. I-6635), punkt 15, och domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 37), punkt 198. Se, för ett liknande resonemang, även Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, London 2006, punkt 5-057, s. 163.

än ett sjukhus i utlandet i den mån detta är motiverat av medicinska skäl. [39]

78. Följaktligen ska det konstateras att det i lagdekret nr 177/92, som är den tillämpliga nationella lagen, till skillnad från vad kommissionen har antagit, visst tillhandahålls en principiell möjlighet till ersättning för vårdkostnader för behandlingar i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus.

2. Krav på förhandstillstånd för ”högspecialiserad” medicinsk behandling

79. Kommissionen har subsidiärt gjort gällande att Republiken Portugal har infört ett system enligt vilket det för ersättning för vårdkostnader för behandlingar i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställs krav på förhandstillstånd. I detta avseende ska det påpekas att domstolen har ansett att redan ett krav på förhandstillstånd för ersättning av kostnader i sig utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster både för patienterna och för vårdgivaren, [40] om det visar sig att ett sådant system avhåller och till och med hindrar patienter från att vända sig till vårdgivare i andra medlemsstater för att erhålla den aktuella behandlingen. [41]

80. Kommissionen har närmare bestämt riktat invändningar mot att Portugal i sin nationella lagstiftning har bibehållit en lagbestämmelse som strider mot unionsrätten. Till skillnad från vad den portugisiska och den spanska regeringen [42] har hävdat är det inte alls absolut nödvändigt att fastställa att det föreligger en konkret förvaltningspraxis som strider mot unionsrätten, det vill säga i förevarande fall en eventuell restriktiv praxis från de portugisiska myndigheternas sida vid meddelandet av tillstånd. Såsom framgår av domstolens praxis beträffande artikel 49 EG ska friheten att tillhandahålla tjänster ges en så vidsträckt tolkning att det är tillräckligt för att en nationell bestämmelse ska anses medföra en inskränkning att den kan innebära att ett utnyttjande av en tjänst som erbjuds i en annan medlemsstat förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt för tjänstemottagaren. [43] Det är i förevarande mål därför tillräckligt att utreda frågan huruvida de omtvistade nationella bestämmelserna skulle kunna ha en avskräckande verkan på potentiella mottagare av tjänster.

39 — Se punkterna 16, 24 och 58 i svaromålet.

40 — Dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473), punkt 16, och av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann (REG 1992, s. I-249; svensk specialutgåva, tillägg, s. 31), punkt 31, samt domen i målet Kohll (ovan fotnot 15), punkt 35. Se Eftadomstolens dom i målet Rinsal och Slinning (ovan fotnot 29), punkterna 44 och 45.

41 — Domen i målen kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 32, Watts (ovan fotnot 15), punkt 98, Leichtle (ovan fotnot 15), punkt 30, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 41 och 44, och Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 69.

42 — Se punkt 21 i den spanska regeringens yttrande.

43 — Se dom av den 8 september 2009 i mål C-42/09, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International (REG 2009, s. I-7633), punkt 51.

81. Det kan enbart genom en undersökning av de relevanta nationella bestämmelserna fastställas huruvida de bestämmelser som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 har en sådan avskräckande effekt på potentiella patienter som krävs för att de ska anses utgöra en inskränkning.

82. I lagdekret nr 177/92 föreskrivs, såsom angetts ovan, villkoren för ersättning för vårdkostnader för behandling som tillhandahålls i utlandet. I denna lag uppställs krav på tillstånd för ersättning av vårdförmåner som tillhandahålls i utlandet, varvid det i detta syfte föreskrivs ett speciellt administrativt förfarande enligt vilket det krävs att olika sjukhusorgan medverkar. En patient som behöver en högspecialiserad behandling i utlandet måste enligt artikel 2 i lagdekretet följaktligen inhämta tillstånd från tre olika organ innan denne kan låta behandla sig i utlandet. Det framgår både av skälen och av artikel 1.1 samt artikel 3.1 a i lagdekretet att det genom tillståndet i huvudsak intygas att det är nödvändigt att den erforderliga behandlingen utförs i samverkan med läkare i utlandet, eftersom den i brist på tekniska medel och personal inte kan utföras inom landet. En begäran om genomförande av högspecialiserad medicinsk vård måste ställas av sjukhusen inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, varvid det till ansökan måste bifogas en utförlig läkarrapport som är styrkt av både den aktuella avdelningschefen och den medicinska direktören.

83. Enligt lagdekret nr 177/92 uppställs sålunda krav på förhandstillstånd för ersättning för kostnader för vårdförmåner som uppkommer i utlandet, varvid patienten vid ett eventuellt avslag i slutändan själv måste bära sina kostnader. Genom de omtvistade bestämmelserna hindras patienten visserligen inte direkt från att vända sig till en tjänsteleverantör i en annan medlemsstat. Emellertid kan risken för ekonomisk förlust ifall kostnaderna för vårdförmånerna inte ersätts av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet i samband med ett avslag redan i sig vara objektivt ägnad att avskräcka potentiella patienter som vill ha läkarvård i utlandet. Stöd för denna uppfattning kan hämtas av domarna i de ovannämnda målen Kohll, Smits och Peerbooms samt Müller-Fauré och van Riet,[44] i vilka domstolen bland annat har fastställt att sådana krav på tillstånd som syftar till att styrka huruvida en behandling utomlands är nödvändig av medicinska skäl har avskräckande verkan. Även förfarandets komplexitet kan framhållas som exempel på ytterligare en avskräckande faktor mot utnyttjandet av gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster, vilket särskilt visar sig av dess utformning i tre steg. Det är inte uteslutet att det kan förekomma avvikande ställningstaganden vad avser frågan huruvida det av medicinska skäl är nödvändigt med en behandling i utlandet.

84. I det skriftliga förfarandet har den portugisiska regeringen visserligen hävdat att det i lagdekret nr 177/92 föreskrivna förfarandet avseende ”förhandstillstånd av medicinska skäl” (”referenciação prévia da necessidade

44 — Se domarna i målen Kohll (ovan fotnot 15), punkterna 33–36, Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkterna 62 och 64, och Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 41 och 42.

clínica") för behandling i utlandet kan jämföras med en remiss till en inhemsk specialistläkare. [45] Detta argument syftar uppenbarligen till att vederlägga förmodan att den omtvistade lagstiftningen skulle kunna motverka tillhandahållandet av tjänster mellan Republiken Portugal och andra medlemsstater jämfört med tillhandahållandet av tjänster inom en medlemsstat. Jag anser att det är tveksamt huruvida detta argument kan godtas, särskilt med tanke på att den portugisiska regeringen inte har lämnat några uppgifter till stöd för detta påstående. Det saknas exempelvis bevis för att det för en remiss till en specialistläkare i Portugal krävs tillstånd från tre olika instanser. Sålunda förutsätter jag att en remiss till en inhemsk specialistläkare är förknippad med en betydligt mindre administrativ arbetsinsats än ett medgivande av behandling i utlandet enligt det omtvistade tillståndsförfarandet. Oberoende av denna bedömning ska det påpekas att denna reglering uttryckligen har samband med gränsöverskridande situationer och uppenbarligen har till syfte att försvåra utnyttjandet av hälso- och sjukvårdstjänster i utlandet för medborgare med hemvist i Portugal.

85. Mot denna bakgrund ska det fastställas att det omtvistade systemet med förhandstillstånd kan få till följd att potentiella patienter avhålls och därmed även hindras från att vända sig till leverantörer av hälso- och sjukvårdstjänster i en annan medlemsstat. Sålunda motverkar den omtvistade nationella lagstiftningen i praktiken tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstaterna jämfört med tillhandahållandet av tjänster inom en medlemsstat. Följaktligen utgör detta en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster både för patienter och för tjänsteleverantören.

3. Avsaknad av rätt till ersättning i fråga om "övrig" medicinsk behandling

86. Kommissionens misstankar, som redan har nämnts ovan, att det eventuellt saknas en rätt till ersättning för vårdkostnader [46] enligt portugisisk rätt synes i sin tur motiverade i en annan kontext. Såsom redan har fastställts i samband med beskrivningen av denna lag så omfattar lagdekret nr 177/92 inte alla former av läkarbehandling. Tvärtom är den begränsad till så kallad "högspecialiserad" medicinsk behandling i utlandet. Följaktligen är det enbart möjligt att erhålla ersättning för kostnader för denna typ av behandling, under förutsättning att ett motsvarande tillstånd har meddelats. Mot bakgrund av att det i brist på motsatta uppgifter från den portugisiska regeringen inte föreligger någon bestämmelse i portugisisk lagstiftning enligt vilken det uttryckligen föreskrivs en rätt till ersättning för vårdkostnader som uppkommer genom "övriga" behandlingar som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus, ska det presumeras att det inte föreligger någon sådan möjlighet enligt portugisisk rätt.

45 — Se punkterna 22 och 23 i svaromålet.

46 — Se punkt 74 i detta förslag till avgörande.

87. För denna presumtion talar förutom syftet med lagstiftningen samt systematiken och ordalydelsen i lagdekret nr 177/92 även de uppgifter som den portugisiska regeringen har lämnat avseende de väsentliga grunddragen i det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet, vilket i huvudsak kännetecknas av att det är självständigt och det uppenbarligen av denna anledning sålunda inte anses att en medicinsk behandling i utlandet har rätt till stöd i samma omfattning som motsvarande inhemska behandlingar. Som ytterligare bevis kan man åberopa den portugisiska regeringens uttalande att Republiken Portugal inte kan säkerställa ersättning för vårdkostnader för behandling i utlandet oberoende av vilken typ av behandling det är fråga om. [47] Det förhållandet att den portugisiska regeringen har bemött kommissionens påstående att det inte finns någon portugisisk lagbestämmelse i vilken det föreskrivs en motsvarande ersättning för vårdkostnader med att hänvisa till lagdekret nr 177/92 kan inte heller åberopas som argument mot den tolkning som har gjorts av de tillämpliga nationella bestämmelserna i detta förslag till avgörande, eftersom nämnda lagdekret, såsom angetts ovan, inte reglerar just ersättning för vårdförmåner i samband med ”övriga” behandlingar som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus.

88. Eftersom ”övriga” medicinska behandlingar som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus utgör hälso- och sjukvårdstjänster omfattas även dessa av friheten att tillhandahålla tjänster. En kategorisk vägran att erkänna en rätt till ersättning för vårdkostnader som uppkommer i samband med sådana behandlingar i utlandet utgör entydigt en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i ovannämnda definition, [48] eftersom detta gör det svårare för patienter med hemvist i Portugal att utnyttja hälso- och sjukvårdstjänster i andra medlemsstater jämfört med samma inhemska hälso- och sjukvårdstjänster. Dessa patienter har nämligen enbart en rätt till ersättning från det nationella hälso- och sjukvårdssystemet om de låter behandla sig inom landet. Såsom redan har påpekats i samband med kravet på tillstånd enligt bestämmelserna i lagdekretet, [49] hindrar en underlåtenhet att ersätta vårdkostnader visserligen inte direkt patienten från att vända sig till en vårdgivare i en annan medlemsstat. Risken för ekonomisk förlust kan emellertid i sig redan vara objektivt ägnad att avhålla potentiella patienter som önskar läkarvård utomlands. [50] I slutändan kommer den inskränkning som nämnda lagstiftning medför till uttryck genom dess verkan.

89. Följaktligen ska avsaknaden av rätt till ersättning för vårdkostnader i fråga om ”övrig” medicinsk behandling även anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

47 — Se punkt 54 i svaromålet.

48 — Se punkt 69 i detta förslag till avgörande.

49 — Se punkt 83 i detta förslag till avgörande.

50 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 41.

C — *Huruvida inskränkningen är motiverad*

90. Efter det att det har fastställts att det föreligger en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster för ”högspecialiserad” respektive ”övrig” medicinsk behandling, ska jag nedan pröva huruvida begränsningen kan anses objektivt motiverad.

91. I detta hänseende måste de båda situationerna strikt avgränsas från varandra. I fråga om ”högspecialiserade” behandlingar uppkommer frågan huruvida den inskränkning som följer av kravet på tillstånd kan anses motiverad. [51] I fråga om ”övrig” medicinsk behandling avser detta i sin tur frågan huruvida den inskränkning som en rätt till ersättning för vårdkostnader medför kan anses motiverad. [52] För en separat prövning talar dels att friheten att tillhandahålla tjänster inte begränsas i samma omfattning i de omtvistade nationella bestämmelserna, dels att de rättsliga kraven på ett rättfärdigande enligt unionsrätten till viss del är olika.

1. Rättfärdigande i fråga om ”högspecialiserad” medicinsk behandling

92. Såsom domstolen ett flertal gånger har fastslagit utgör unionsrätten i princip inte hinder för ett system med förhandstillstånd, men det är likväl nödvändigt att villkoren för beviljande av ett sådant tillstånd är motiverade och uppfyller kravet på proportionalitet. [53] För detta krävs det enligt fast rättspraxis att inskränkningen inte går utöver vad som är objektivt nödvändigt i detta syfte och att resultatet inte kan uppnås genom mindre betungande regler. [54] Vidare måste ett sådant system grunda sig på objektiva, icke-diskriminerande och i förväg kända kriterier, så att det finns gränser för de nationella myndigheternas bedömningsutrymme som förhindrar att detta missbrukas. [55]

93. I rättsmetodiskt avseende ska prövningen av den ”praktiska konkordansen” mellan medlemsstaternas behörighet i fråga om organisation och lagstiftning inom området för hälso- och sjukvård å ena sidan och bestämmelserna om den inre marknaden å andra sidan, som den portugisiska regeringen kräver ska upprättas, äga rum vid bedömningen av huruvida en inskränkning är motiverad. [56] Domstolen har i detta avseende till uppgift att försöka bringa det intresse som försäkringstagarna inom ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem har av att utnyttja den inre marknadens fördelar som är förknippade med friheten att tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster i överensstämmelse med

51 — Se punkt 85 i detta förslag till avgörande.

52 — Se punkt 89 i detta förslag till avgörande.

53 — Domarna i målen Elchinov (ovan fotnot 20), punkt 44, och Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 82.

54 — Domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 106.

55 — Se domarna i målen Elchinov (ovan fotnot 20), punkt 44, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 83–85, och Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkterna 82 och 90.

56 — Se Cousins, M.,”Patient Mobility and National Health Systems”, *Kluwer Law International*, 2007, s. 190.

medlemsstaternas intresse av att bibehålla den ekonomiska stabiliteten inom sina hälso- och sjukvårdssystem för att även i fortsättningen kunna erbjuda försäkringstagarna hälso- och sjukvårdstjänster av hög kvalitet. [57]

94. En begränsning av de grundläggande friheterna kan emellertid först anses motiverad om det föreligger en legitim grund för rättfärdigande. Domstolen har i sin rättspraxis beträffande gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster erkänt en rad lagreglerade samt i rättspraxis utvecklade grunder för rättfärdigande. Domstolen har emellertid hittills inte tagit ställning till frågan huruvida en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster överhuvudtaget kan rättfärdigas i en situation som den här aktuella – i vilken begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster är en följd av tillämpningen av en diskriminerande nationell lagstiftning – i den mån den uteslutande uppställer krav på tillstånd för medicinska behandlingar i utlandet. I detta sammanhang ska det påpekas att tvingande skäl av allmänintresse enligt traditionell rättspraxis inte kan åberopas för att motivera diskriminerande begränsningar av grundläggande friheter. [58] Det är sålunda osäkert huruvida domstolen överhuvudtaget är behörig att behandla de rättfärdigandegrunder som den portugisiska regeringen har åberopat för att motivera en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. Å andra sidan föreligger det enligt domstolens senaste praxis entydiga indicier för att tvingande skäl av allmänintresse inom vissa områden kan åberopas för att motivera diskriminerande begränsningar av grundläggande friheter, varvid proportionalitetsprincipen naturligtvis alltid måste beaktas. [59] I förevarande fall anser jag emellertid inte att det är nödvändigt att besvara frågan huruvida det i princip är möjligt att motivera den aktuella diskriminerande begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster av tvingande skäl av allmänintresse, eftersom det i fråga om en sådan motivering alltid krävs att proportionalitetsprincipen

57 — Se Schiano, R. (ovan fotnot 31), som anser att det ankommer på domstolen att i varje mål upprätta en skälig jämvikt mellan dessa båda motstridiga intressen. Se, för ett liknande resonemang, även Van Raepenbusch, S. (ovan fotnot 23), s. 8, som framhåller att på domstolen ankommer den svåra uppgiften att bringa kraven på fri rörlighet för personer och behovet att i den allmänna hälso- och sjukvårdens intresse bibehålla den ekonomiska jämvikten i de nationella hälso- och sjukvårdssystemen i överensstämmelse.

58 — Grundläggande i detta avseende är dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37. Se, avseende diskriminerande begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster, dom av den 6 oktober 2009 i mål C-153/08, kommissionen mot Spanien (REG 2009, s. I-9735), punkt 36, av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkterna 36 och 37, och av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-721), punkt 19. Avseende principen att begränsningar av etableringsprincipen som grundar sig på medborgarskap inte kan motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, se dom av den 16 december 2010 i mål C-89/09, kommissionen mot Frankrike (REU 2010, s. I-12941), punkterna 50 och 51, av den 1 juni 2010 i de förenade målen C-570/07 och C-571/07, Blanco Pérez och Chao Gómez (REU 2010, s. I-4629), punkterna 61 och 62, av den 19 maj 2009 i de förenade målen C-171/07 och C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (REG 2009, s. I-4171), punkterna 25 och 26, och av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), punkterna 44 och 45.

59 — Detta är till exempel fallet vad avser nationella miljöskyddsåtgärder av diskriminerande karaktär. Se, i detta avseende, mitt förslag till avgörande av den 16 december 2010 i det anhängiga målet C-28/09, kommissionen mot Österrike, punkt 82 och följande punkter.

iakttas. Såsom jag kommer att visa i samband med min prövning är detta krav inte uppfyllt i förevarande fall.

a) Säkerställandet av den ekonomiska jämvikten i de sociala trygghetssystemen

i) Legitim grund för rättfärdigande

95. Den portugisiska regeringen har för att motivera en begränsning av denna grundläggande frihet i första hand gjort gällande att det är nödvändigt att upprätthålla den ekonomiska jämvikten inom det nationella systemet för social trygghet. Den har hävdat att staten enligt artikel 64.2 c i den portugisiska konstitutionen är skyldig att bygga upp ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem som erbjuder befolkningen omfattande tjänster utan vederlag. Eftersom systemet inte är avgiftsbaserat, måste det finansieras genom skatteintäkter och genom statsbudgeten. Finansieringen av det nationella systemet är den viktigaste och samtidigt mest kostsamma uppgiften för staten. Enligt den portugisiska regeringens uppfattning [60] utgör finansieringen av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet med offentliga medel hinder mot att ersätta kostnader för vårdförmåner som har uppstått till följd av behandlingar i utlandet. Dessutom kännetecknas detta system av sin självständiga karaktär och sitt omfattande försäkringsskydd. Hälso- och sjukvårdssystemets uppbyggnad som föreskrivs enligt portugisisk grundlag medför automatiskt att patienternas tillgång till läkarvård i utlandet samt ersättningen för vårdkostnader begränsas.

96. Mot den portugisiska regeringens argument kan man invända att rent ekonomiska grunder enligt domstolens rättspraxis inte kan motivera en begränsning av den grundläggande principen om frihet att tillhandahålla tjänster. Detta argument kan dock inte utan vidare underkännas med tanke på att domstolen har slagit fast att det inte kan uteslutas att risken för att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet allvarligt rubbas kan utgöra ett tvingande hänsyn av allmänintresse som i vissa fall kan motivera en sådan inskränkning. [61] Sålunda har domstolen nyligen i sin dom av den 5 oktober 2010 i målet kommissionen mot Frankrike erinrat om sin hittillsvarande rättspraxis, enligt vilken behov av planering kan motivera ett krav på förhandstillstånd för att den behöriga institutionen ska ersätta utgifter för tilltänkt vård i en annan medlemsstat. [62]

60 — Se punkt 20 i svaromålet.

61 — Se domarna i målen Kohll (ovan fotnot 15), punkt 41, Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 72, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 73, och Stamatelaki (ovan fotnot 20), punkt 30.

62 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 33, med hänvisning till domarna i målen Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkterna 76–81, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 76–81, och Watts (ovan fotnot 15), punkterna 108–110.

97. Emellertid kan dessa överväganden, som hänför sig till medicinska tjänster som tillhandahålls på sjukhus, inte tillämpas på den situation som är central i förevarande mål. En analys av rättspraxis visar nämligen att domstolen uteslutande har godtagit att dessa tvingande skäl åberopas i situationer där det var fråga om hälso- och sjukvårdstjänster som utförs på sjukhus och inte sådana tjänster som tillhandhålls genom en annan inrättning än ett sjukhus. Jag ska behandla denna aspekt närmare nedan. [63]

98. Domstolen skiljer vid prövningen av dessa grunder för rättfärdigande nämligen alltid mellan medicinska tjänster som utförs på sjukhus och sådana som utförs genom en annan inrättning, varvid den enbart har erkänt att medlemsstaterna har ett behov av planering i fråga om den första kategorin. Enligt domstolens uppfattning ska en sådan planering i allmänhet tillgodose många behov. Genom nämnda planering eftersträvas för det första målet att inom den berörda statens territorium säkerställa att det finns ett tillräckligt omfattande och ständigt tillgängligt, väl avvägt, utbud av sjukhusvård av god kvalitet. Planeringen i fråga är för det andra uttryck för en vilja att säkerställa en kontroll över kostnaderna och i möjligaste mån undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser. [64] Medlemsstaternas planering hänför sig till olika aspekter, exempelvis antalet sjukhusanläggningar, deras geografiska fördelning, hur de är inrättade och vilken utrustning som de är försedda med, liksom karaktären på de vårdtjänster som de erbjuder. Domstolen anser att, i detta dubbla perspektiv, kravet på ett förhandstillstånd för att det nationella hälso- och sjukvårdssystemet ska utge ekonomisk ersättning för tilltänkt sjukhusvård i en annan medlemsstat förefaller kunna vara ett både nödvändigt och rimligt krav. [65]

99. Det är emellertid uppenbart att dessa bedömningar inte kan tillämpas på behandlingar som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus, eftersom dessa typer

63 — Se domen i målet Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 72–92, i vilken domstolen företog en annan prövning i fråga om tjänster som utförs på sjukhus i förhållande till tjänster som inte utförs på sjukhus. Se domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 34, i vilken domstolen klargjorde att ett behov av planering för att undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser, kan utgöra grund för rättfärdigande i den mån det är fråga om medicinska tjänster som utförs på sjukhus. Se punkt 94 i generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande av den 25 februari 2010 i målet kommissionen mot Spanien (dom ovan fotnot 15).

64 — Domarna i målen Elchinov (ovan fotnot 20), punkt 43, och Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 80. Becker, U./Walser, C., "Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, s. 450, har av dessa uttalanden dragit slutsatsen att det i princip inte längre får uppställas krav på förhandstillstånd vid utnyttjandet av tjänster som utförs av en annan inrättning än ett sjukhus. Bieback, K.-J., "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, tolkar domstolens rättspraxis så, att krav på förhandstillstånd vid ett gränsöverskridande utnyttjande av tjänster utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG som inte är tillåten vid utnyttjande av tjänster som tillhandahålls genom en annan inrättning än ett sjukhus men förmodligen vid utnyttjande av tjänster som tillhandahålls på sjukhus, eftersom planeringen av och säkerheten inom vården ska skyddas i fråga om sistnämnda tjänster.

65 — Se domen i målet Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkterna 62 och 64.

av hälso- och sjukvårdstjänster utförs av en praktiserande läkare i dennes läkarpraktik, vilket innebär att frågan om statlig planering i regel inte uppkommer.

100. Den portugisiska regeringens tvivel avseende svårigheten att företa en entydig avgränsning mellan tjänster som tillhandahålls på eller utanför sjukhus [66] kan visserligen i princip godtas, eftersom domstolen i sin rättspraxis själv har hänvisat till denna svårighet. [67] Det kan i själva verket inte uteslutas att vissa medicinska tjänster som tillhandahålls på ett sjukhus även skulle kunna utföras på en vårdcentral, ett hälsocentrum eller på en allmänläkares praktik, med följd att det är svårt att företa en avgränsning i det enskilda fallet. [68] I förevarande fördragsbrottsförfarande saknar avgränsningsfrågan emellertid helt betydelse, eftersom det för det första, till skillnad från i andra mål som domstolen har avgjort, inte är fråga om en avgränsning i ett enskilt fall och för det andra eftersom bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 i enlighet med den portugisiska regeringens uppgifter utan åtskillnad är tillämpliga på båda typerna av behandling.

101. Till skillnad från i domen i målet kommissionen mot Frankrike, i vilken det var fråga om behov av planering av användningen av tung medicinsk utrustning, [69] krävs det sålunda inte att domstolen utreder frågan huruvida vissa behandlingar som tillhandahålls av en annan inrättning än ett sjukhus på grund av den arbetsinsats som krävs eventuellt kan jämställas med sjukvård som tillhandahålls på sjukhus. I förevarande mål är det tillräckligt att erinra om att domstolen i nämnda dom på grund av de särskilda omständigheter som föreligger i samband med användningen av tung medicinsk utrustning i slutändan avstod från att företa en avgränsning mellan de båda typerna av sjukvård. Domstolen följde i detta avseende den franska regeringen, vilken hade åberopat de höga kostnaderna för dessa apparater och sålunda behovet av planering. Såsom domstolen med rätta har fastställt måste användning av tung medicinsk utrustning, oberoende av var – på eller utanför sjukhus – den installeras och används, kunna bli föremål för en nationell planeringspolitik. Domstolen ansåg att denna politik avsåg både mängden och den geografiska fördelningen av sådana apparater och att den både var nödvändig för att säkerställa ett utbud av avancerad sjukhusvård inom hela det nationella territoriet och för att i möjligaste mån undvika allt slöseri med resurser. Även om denna bedömning var riktig i ovannämnda dom så finns det inte några omständigheter som talar för att det föreligger en liknande situation i förevarande mål. Detta betyder visserligen inte att vissa av de behandlingar som tillhandahålls av en annan inrättning än ett sjukhus, och som lagdekretet är tillämpligt på, teoretiskt sett skulle kunna uppfylla villkoren för ett likställande i den mening som avses ovan. Mot bakgrund av de uppgifter som har lämnats till domstolen kan det emellertid inte

66 — Se punkt 34 i svaromålet.

67 — Se domen i målet Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkterna 76–80.

68 — Se domen i målet Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 75, samt punkt 67 i generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 15 juli 2010 i målet kommissionen mot Frankrike (dom ovan fotnot 26).

69 — Se domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkterna 34–37.

dras någon liknande slutsats i förevarande mål.

102. Med beaktande av att enbart behandlingar som tillhandahålls i utlandet av en annan inrättning än ett sjukhus är föremål för fördragsbrottsförfarandet, kan den portugisiska regeringen inte med framgång åberopa eventuella behov av planering eller rentav att det föreligger en risk för den ekonomiska jämvikten inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet för att inskränka friheten att tillhandahålla tjänster genom att uppställa krav på inhämtande av förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader.

103. Dessutom har den portugisiska regeringen, som kommissionen med rätta har gjort gällande, [70] intill denna dag inte bevisat att det faktiskt föreligger en sådan risk. Såsom redan inledningsvis nämnts [71] har den portugisiska regeringen i förevarande fördragsbrottsförfarande bevisbördan för att inskränkningen kan motiveras. Den portugisiska regeringen har inte uppfyllt denna bevisbörda. Vid en objektiv betraktelse förefaller inte det antal försäkringstagare som enligt dess uppgifter har erhållit ersättning för vårdkostnader på senare tid [72] vara oskäligt högt. Inte heller har nämnda regering exempelvis påstått att det antal försäkringstagare som beger sig utomlands och begär ersättning är så betydande att det skulle medföra att den ekonomiska jämvikten inom det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet rubbas, varvid den sammantagna nivån av det offentliga hälsoskyddet skulle kunna äventyras.

104. Enligt min mening har den portugisiska regeringen i fråga om den påstådda risken för finansieringen av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet vidare underlåtit att i sitt resonemang behandla vissa omständigheter som har samband med patientmobiliteten, till vilka domstolen med rätta har hänvisat i domen i målet Müller-Fauré och van Riet, [73] vilka kan anses betydelsefulla, eftersom de oberoende av en eventuell rätt till ersättning för vårdkostnader påverkar patientens beslut att låta sig behandlas i utlandet. Dessa omständigheter talar mot de indirekta farhågor för att patienter i första hand skulle utnyttja hälso- och sjukvårdstjänster i utlandet som nämnda regering har gett uttryck. Nämnda omständigheter rör för det första typen av vård i sig. I allmänhet tillhandahålls vård som utförs av en annan inrättning än ett sjukhus i närheten av patientens bostadsort, i en kulturmiljö som patienten känner och som ger denne möjlighet att bygga upp en förtrolig relation med den läkare som utför behandlingen. Detta medför nödvändigtvis att patienter, med undantag för nödfall, framför allt i gränsområden eller vid behandling av speciella sjukdomar beger sig utomlands för

70 — Se punkt 21 i repliken.

71 — Se punkt 54 i detta förslag till avgörande.

72 — I punkt 16 i sin duplik anger den portugisiska regeringen att antalet försäkringstagare som erhöll sjukvård i en annan medlemsstat åren 2006–2008 och vilka erhöll ersättning för kostnaderna för vårdförmånerna uppgick till 1 275, varvid dessa behandlingar till övervägande del ägde rum i Spanien, Tyskland, Frankrike, Förenade kungariket och Schweiz.

73 — Ovan fotnot 16, punkterna 95 och 96.

behandling. För det andra måste man beakta sådana aspekter som i allmänhet motverkar patientmobiliteten, som till exempel oundvikliga språkliga hinder, avstånd, kostnader för utlandsuppehållet samt avsaknad av information om vilken typ av vård som tillhandahålls i utlandet. Den portugisiska regeringen borde ha beaktat dessa aspekter i samband med en analys av riskerna. I stället förefaller den ha utgått från antaganden som inte har styrkts.

105. Av ovannämnda skäl anser jag att de farhågor som den portugisiska regeringen har gett uttryck för beträffande säkerställandet av den ekonomiska jämvikten inom det sociala trygghetssystemet inte utgör någon legitim grund för rättfärdigande.

ii) Krav på att tillståndsförfarandet är förenligt med unionsrätten

— Allmänt

106. Om domstolen, tvärtemot sin hittillsvarande rättspraxis och trots att det enligt min uppfattning inte finns tillräckliga bevis för att det föreligger en sådan risk för den ekonomiska jämvikten inom det portugisiska systemet för social trygghet som den portugisiska regeringen har påstått, skulle finna att det föreligger en legitim rättfärdigandegrund så måste den omtvistade nationella lagstiftningen dessutom uppfylla både de krav som domstolen har uppställt avseende ett unionsrättskonformt tillståndsförfarande och kravet på proportionalitet, till vilket jag har hänvisat i punkt 92 i detta förslag till avgörande.

107. Kommissionen anser att det är osäkert huruvida det tillståndsförfarande som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 uppfyller dessa krav. Dessutom anser den att de villkor som uppställs i denna lag för beviljande av ett sådant tillstånd är orimligt stränga och oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet. [74]

— Speciella krav i rättspraxis

108. Domstolen har utvecklat särskilda kriterier som ska tillämpas för att avgöra huruvida de villkor för att bevilja tillstånd för en behandling i utlandet som föreskrivs i nationell lagstiftning, av vilket tillstånd ersättning för vårdkostnader i slutändan är beroende, är förenliga med unionsrätten. Vad avser prövningens systematik framgår det av rättspraxis att dessa krav på att tillståndsförfarandet är förenligt med unionsrätten visserligen har ett

74 — Se punkt 13 i repliken.

nära samband med proportionalitetsprövningen av en nationell åtgärd men samtidigt utgör ett självständigt prövningsmoment i samband med bedömningen av huruvida en begränsning av de grundläggande friheterna kan anses motiverad. [75] Prövningen huruvida dessa krav är uppfyllda ersätter inte utan kompletterar sålunda proportionalitetsprövningen. Av denna anledning ska jag nedan behandla de båda prövningsmomenten separat.

109. För att ett krav på föregående myndighetstillstånd enligt fast rättspraxis ska kunna anses motiverat trots att friheten att tillhandahålla tjänster därigenom inskränks måste det dessutom grunda sig på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, detta för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant tillståndssystem ska på samma sätt administreras enligt ett förfarande som är lättillgängligt och ägnat att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist och objektivt och opartiskt. Eventuella avslag ska dessutom kunna överprövas genom talan vid domstol. [76]

110. Enligt lagdekret nr 177/92 föreskrivs en rätt för de behöriga myndigheterna att besluta huruvida det av medicinska skäl är nödvändigt med sjukvård i utlandet. Lagens syfte är att de behöriga myndigheterna ska kunna fatta ett snabbt beslut, vilket framgår av att det i artikel 4.3 föreskrivs att intressenterna ska underrättas om beslutet och om de åtgärder som har beslutats utan oskäligt uppehåll. Fristen för denna underrättelse uppgår enligt artikel 4.4 i regel till femton dagar som enligt artikel 5.1 i brådskande fall kan kortas ned till fem dagar. Det föreligger sålunda inte någon osäkerhet vad gäller fristerna för handläggningen av en ansökan om remiss för behandling i utlandet. I artikel 4.5 föreskrivs en möjlighet för patienten att låta myndigheternas beslut prövas av det portugisiska hälsoministeriet, vilken i princip inte medför några betänkligheter under förutsättning att den sökande har möjlighet att överklaga detta beslut till domstol.

111. Det råder emellertid osäkerhet vad avser frågan huruvida bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 är förenliga med unionsrätten i det avseendet att det inte entydigt framgår av bestämmelserna i denna lag på vilka kriterier de behöriga myndigheterna får grunda beslutet om patientens begäran om remittering till utlandet. Det föreligger uppenbarligen inte några kriterier för att meddela eller avslå förhandstillstånd. Det saknas följaktligen objektiva bedömningskriterier för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra ett godtycklig utövande av denna beslutandebehörighet. I avsaknad av klara kriterier är det omöjligt för en patient att förutse vilket beslut de behöriga nationella myndigheterna kommer att fatta. Denna brist på rättslig reglering torde

75 — Se domarna i målen Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 85, Watts (ovan fotnot 15), punkt 116, kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 15), punkt 43, och Elchinov (ovan fotnot 20), punkt 44.

76 — Dom av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir (REG 2001, s. I-1271), punkt 38, och dornarna i målen Smits och Peerbooms (ovan fotnot 19), punkt 90, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 85, Watts (ovan fotnot 15), punkt 116, och kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 43. Se Eftadomstolens dom i målet Rinsal och Slinning (ovan fotnot 29), punkt 48.

för övrigt göra det svårt att överpröva beslut att inte bevilja tillstånd. [77]

112. Det är exempelvis osäkert huruvida det överhuvudtaget ska anses utgöra ett lagstadgat krav för en remiss till utlandet att det inte föreligger någon möjlighet att tillhandahålla högspecialiserad sjukvård inom landet i avsaknad av tekniska hjälpmedel eller personal, med tanke på att detta kännetecken, såsom angetts ovan, har som regelteknisk funktion att lagen överhuvudtaget blir tillämplig. Om detta faktiskt skulle utgöra ett villkor så är det oklart vilket utrymme för skönsmässig bedömning den aktuella myndigheten har och huruvida den eventuellt är bunden av vissa villkor (till exempel lägsta kostnad och behandlingens kvalitet). Lagen innehåller inte några föreskrifter i detta avseende.

113. För övrigt har den portugisiska regeringen inte lämnat några uppgifter som skulle kunna vederlägga de tvivel som har angetts här beträffande insynen i den beslutsprocess som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 och beträffande möjligheten att vid domstol låta pröva de ställningstaganden som processen medför. Den portugisiska regeringen har i sin ståndpunkt enbart återgett innehållet i de respektive lagbestämmelserna utan att närmare redogöra för den process genom vilken dessa beslut fattas.

114. Enligt min mening uppfyller de omtvistade bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 inte de ovannämnda krav som domstolen har uppställt i sin praxis på ett tillståndsförfarande som är förenligt med unionsrätten.

— Proportionalitet

115. För att en sådan rättfärdigandegrund ska anses legitim ska det vidare prövas huruvida kravet på förhandstillstånd för en remiss till utlandet för läkarvård är *ägnat* att och *nödvändigt* för att säkerställa den ekonomiska jämvikten inom det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet. Enligt domstolens rättspraxis är en åtgärd ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den på allvar svarar mot önskan att uppnå detta på ett sammanhängande och systematiskt sätt. [78] En åtgärd är vidare nödvändig om den bland flera åtgärder som är lämpliga för att uppnå det eftersträvade målet är den som

77 — Se de liknande omständigheterna i domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 118, i vilken domstolen kritiserade att det i de omtvistade lagbestämmelserna inte angavs enligt vilka kriterier förhandstillstånd för ersättning av kostnaden för sjukhusvård i en annan medlemsstat ska beviljas.

78 — Se dom av den 11 mars 2010 i mål C-384/08, Attanasio Group (REU 2010, s. I-2055), punkt 51, och av den 17 november 2009 i mål C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri (REG 2009, s. I-10821), punkt 42.

är minst betungande för det berörda intresset eller det rättsliga intresset. [79] Slutligen ska en sådan åtgärd vara *skälig*, det vill säga den får inte vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det föreligger följaktligen en oskälig inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster om den nationella åtgärden trots att den bidrar till att uppnå det allmännyttiga ändamålet skulle medföra ett orimligt stort ingrepp i friheten att tillhandahålla tjänster.

116. Tvärtemot vad den spanska regeringen har gjort gällande, [80] ankommer det exempelvis inte på kommissionen utan på den svarande medlemsstaten att bevisa att den åtgärd mot vilken det har riktats invändning är förenlig med proportionalitetsprincipen. [81]

117. Det ska i detta avseende konstateras att den portugisiska regeringen hittills inte har motiverat i vilket avseende en statlig prövning av de enskilda ansökningarna rörande huruvida den begärda högspecialiserade läkarvården även kan genomföras inom landet är ägnad att säkerställa den ekonomiska jämvikten inom det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet. Det är i synnerhet osäkert varifrån en sådan risk skulle kunna härröra. Den portugisiska regeringen har inte uppgivit huruvida denna risk skulle utgöras av högre behandlingskostnader eller av en eventuell risk för missbruk genom ej godkända behandlingscentra. Än mindre har nämnda regering yttrat sig avseende alternativa åtgärder för att avvärja sådana risker.

118. Även om kravet på förhandstillstånd ansågs lämpligt och nödvändigt är det tveksamt huruvida det i sin konkreta lagstadgade utformning kan anses skäligt, eftersom det i det administrativa förfarande som föreskrivs i lagdekret nr 177/92 krävs inhämtande av tillstånd från tre olika instanser. Därmed ökar den osäkerhet vad gäller utgången i förfarandet som redan föreligger för sökanden genom att det i lagdekret nr 177/92 inte har fastställts några kriterier för att meddela eller avslå enskilda tillstånd. Det är särskilt osäkert i vilken utsträckning de aktuella organen är bundna av en rekommendation från den behandlande läkaren och under vilka omständigheter de får avvika från denna. Jag anser därför att det föreskrivna tillståndsförfarandet går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

119. Följaktligen är de omtvistade lagbestämmelserna inte förenliga med proportionalitetsprincipen.

79 — Dom av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schräder (REG 1989, s. 2237; svensk specialutgåva, volym 10, s. 97), punkt 21.

80 — Se punkt 34 i den spanska regeringens yttrande.

81 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 44.

b) Kvalitetskontroll av de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i utlandet

120. Den portugisiska regeringen har vidare gjort gällande att kravet på förhandstillstånd är nödvändigt för att säkerställa kvaliteten av de tjänster som tillhandahålls genom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet eller för dess räkning. Detta argument ska i rättsligt avseende tolkas så, att nämnda regering åberopar skyddet för folkhälsan i den mening som avses i artikel 55 EG jämförd med artikel 46.1 EG.

121. Kommissionen anser att ett eventuellt avslag på en ansökan om ersättning för vårdkostnader med motiveringen att de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i en annan medlemsstat inte uppvisar samma kvalitet som de som tillhandahålls i Portugal skulle grunda sig på subjektiva, uppenbart oskäliga och diskriminerande kriterier.

122. Som svar på den portugisiska regeringens argument ska det inledningsvis påpekas att medlemsstaterna visserligen kan inskränka friheten att tillhandahålla tjänster på grund av skyddet för folkhälsan. Denna möjlighet ger dem dock inte rätt att avskärma sektorn för folkhälsan, såsom ekonomisk sektor och med utgångspunkt i friheten att tillhandahålla tjänster, från den grundläggande principen om fri rörlighet. [82]

123. Dessutom vill jag påpeka att detta argument redan gjordes gällande i domen i målet Kohll, där domstolen med rätta avvisade det med hänvisning till att kraven på kvalifikationer för läkare i andra medlemsstater genom tillnärmningen inom den Europeiska unionen kan anses vara likvärdiga. Den luxemburgska regeringen hade i detta mål anfört att kravet på förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader var nödvändigt för att garantera sjukvårdens kvalitet, som inte kan kontrolleras för dem som beger sig till en annan medlemsstat förrän vid ansökan om tillstånd. [83] Domstolen godtog emellertid inte detta argument, eftersom villkoren för att få tillträde till och utöva verksamhet som läkare och tandläkare, såsom den fastställde, har behandlats i flera direktiv om samordning och harmonisering, vilket innebär att läkare och tandläkare som är etablerade i andra medlemsstater ska anses vara lika kvalificerade i samband med friheten att tillhandahålla tjänster. Följaktligen beslutade domstolen att sådana bestämmelser som de som gällde i Luxemburg, enligt vilka det uppställdes krav på förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader, inte genom att åberopa hänsyn till

82 — Se dom av den 7 maj 1986 i mål 131/85, Gül (REG 1986, s. 1573; svensk specialutgåva, volym 8, s. 569), punkt 17, och domen i målet Kohll (ovan fotnot 15), punkt 46.

83 — Domen i målet Kohll (ovan fotnot 15), punkt 43.

folkhälsan kan motiveras med att kvaliteten på den sjukvård som tillhandahålls i andra medlemsstater måste säkerställas. [84]

har gjort gällande avseende eventuella kvalitetsskillnader mellan medicinska tjänster i enskilda medlemsstater inte godtas.

125. Sålunda kan det inte vara motiverat att under åberopande av skyddet för folkhälsan uppställa krav på förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader med anledning av att det krävs en kontroll av kvaliteten av de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i utlandet.

124. Samma skäl måste gälla i förevarande mål. Den viktigaste rättsakten avseende ömsesidigt erkännande av yrkeskvalifikationer för läkare är Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer, [85] som har ersatt det tidigare gällande rådets direktiv 93/16/EEG av den 5 april 1993 om underlättande av läkares fria rörlighet och ömsesidigt erkännande av deras utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis. [86] Enligt skäl 19 i detta direktiv syftar det till att underlätta den fria rörligheten och det ömsesidiga erkännandet av bevis på formella kvalifikationer för en rad yrkesgrupper (däribland medicinska yrkesgrupper som läkare, sjuksköterska med ansvar för allmän hälso- och sjukvård, tandläkare, veterinär, barnmorska, farmaceut) genom upprättandet av en ordning för automatiskt erkännande av bevis på formella kvalifikationer på grundval av en samordning av minimikraven för utbildningarna. Mot bakgrund av dessa jämförbara utbildningsvillkor för medlemmar i medicinska yrkesgrupper kan de tvivel som den portugisiska regeringen

c) Slutsatser i denna del

126. Mot denna bakgrund drar jag slutsatsen att det i förevarande fall föreligger en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster vad avser ”högspecialiserad” medicinsk behandling som inte är objektivt motiverad. Den portugisiska regeringen har varken angett några legitima rättfärdigandegrunder eller bevisat att det föreligger en konkret risk för den ekonomiska jämvikten i dess nationella system för social trygghet. Sålunda är det inte nödvändigt att pröva huruvida den omtvistade åtgärden är förenlig med proportionalitetsprincipen. Även om domstolen skulle anse att det föreligger en legitim grund för rättfärdigande så uppfyller bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 inte de krav som domstolen har uppställt för att ett tillståndsförfarande ska anses förenligt med unionsrätten.

84 — Domen i målet Kohll (ovan fotnot 15), punkterna 47–49.

85 — EUT L 255, s. 22.

86 — EGT L 165, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 102.

127. För fullständighetens skull ska jag i detta sammanhang enbart kortfattat behandla den parallell som den portugisiska regeringen har dragit till bestämmelserna i förordning nr 1408/71. Enligt min mening kan nämnda regering inte med framgång åberopa det förhållandet att det i bestämmelsen i artikel 22.1 c i förordning nr 1408/71 föreskrivs ett krav på tillstånd för att likaledes uppställa krav på tillstånd för hälso- och sjukvårdstjänster som omfattas av artikel 49 EG. Såsom har framgått vid den muntliga förhandlingen har den nämligen förbisett att artikel 22 i förordning nr 1408/71 har ett annat materiellt tillämpningsområde. Den senare ger försäkringstagaren en rätt till vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen på vistelse- eller bosättningsorten enligt bestämmelserna i den lagstiftning som den sistnämnda institutionen tillämpar som om den berörda personen var försäkrad där. [87] I detta avseende är bestämmelserna om ersättning som gäller i den medlemsstat där tjänsten utförs avgörande. [88] De eventuella skillnader i kostnader mellan olika medlemsstater samt de ekonomiska följder som detta medför motiverar i princip ett krav på förhandstillstånd. Detta gäller emellertid just inte i fråga om artikel 49 EG, eftersom det i denna bestämmelse enbart föreskrivs en rätt till ersättning för kostnader enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den medlemsstat där patienten har sin hemvist. [89] Om försäkringstagaren sålunda har fått bära högre kostnader i den medlemsstat där tjänsten utfördes, kan denne endast kräva ersättning i enlighet med den taxa som den behöriga institutionen i försäkringsstaten tillämpar. [90] Dessutom ska det erinras om att domstolen i domen i målet Müller-Fauré och van Riet [91] och senast i domen i målet kommissionen mot Luxemburg [92] har angett att de medlemsstater som har infört system med naturaförmåner, till och med ett nationellt sjukvårdssystem, ska införa mekanismer för ersättning i efterhand av kostnader avseende vård som har tillhandahållits i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten redan i samband med tillämpningen av förordning nr 1408/71. Följaktligen ska den portugisiska regeringens motsatta påståenden tillbakavisas emedan de saknar grund.

128. Sammanfattningsvis ska det fastställas att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att i lagdekret nr 177/92 som villkor för ersättning för vårdkostnader för så kallad ”högspecialiserad” behandling som tillhandahålls i utlandet genom en annan inrättning än ett sjukhus uppställa krav på förhandstillstånd.

87 — Se domarna i målen Watts (ovan fotnot 15), punkt 48, och Inizan (ovan fotnot 19), punkt 19.

88 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 27.

89 — Se domen i målet Watts (ovan fotnot 15), punkt 48. Se, för ett liknande resonemang, Schneider, U. (ovan fotnot 31), s. 349.

90 — Se, för ett liknande resonemang, Bieback, K.J. (ovan fotnot 64), s. 245.

91 — Domen i målet Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 105.

92 — Domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 46.

2. Rättfärdigande i fråga om ”övrig” medicinsk behandling

129. Den portugisiska regeringen har inte uttryckligen tagit ställning beträffande den inskränkning som följer av att det saknas möjlighet till ersättning för vårdkostnader som uppkommer i fråga om ”övriga” medicinska tjänster. Dess yttrande berör i huvudsak syftet med bestämmelserna i lagdekret nr 177/92 samt några av de huvudsakliga grunddragen i det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet. Samtidigt framgår det av den portugisiska regeringens yttranden att denna medlemsstat inte är beredd att generellt ersätta kostnaderna för behandlingar i utlandet. [93] Denna hållning grundar sig på samma argument som den har anfört vad gäller bestämmelserna i lagdekret nr 177/92. Av detta kan man sluta sig till att ovannämnda grunder för rättfärdigande även har gjorts gällande i samband med ”övrig” medicinsk behandling.

a) Säkerställandet av den ekonomiska jämvikten i de sociala trygghetssystemen

i) Legitim rättfärdigandegrund

130. Mitt resonemang avseende frågan huruvida farhågor beträffande säkerställandet av den ekonomiska jämvikten inom det sociala trygghetssystemet i samband med gränsöverskridande hälso- och sjukvårdstjänster genom en annan inrättning än ett sjukhus överhuvudtaget kan utgöra en legitim rättfärdigandegrund [94] gäller i motsvarande mån. Det kan inte heller i fråga om ”övrig” behandling genom en annan inrättning än ett sjukhus anses föreligga något behov av planering från medlemsstatens sida, för att, såsom domstolen har uttryckt det i sin rättspraxis, ”undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser”. Dessutom har den portugisiska regeringen intill denna dag inte styrkt att den ekonomiska jämvikten inom det sociala trygghetssystemet faktiskt äventyras. Även i detta sammanhang anser jag att de farhågor som den portugisiska regeringen har gjort gällande beträffande säkerställandet av den ekonomiska jämvikten inom systemet för social trygghet inte kan anses utgöra en legitim rättfärdigandegrund.

ii) Proportionalitet

131. För det fall domstolen i strid med sin hittillsvarande rättspraxis och bevisläget skulle finna att det föreligger en legitim rättfärdigandegrund, måste även proportionalitetsprincipen, till vars villkor jag har hänvisat i punkt 115 i detta förslag till avgörande, subsidiärt beaktas vad gäller det kategoriska nekandet att ersätta kostnader för vårdförmåner som uppkommer i samband med ”övrig” behandling genom en annan inrättning än ett sjukhus.

93 — Se punkt 87 i detta förslag till avgörande.

94 — Se punkterna 95–105 i detta förslag till avgörande.

132. Den portugisiska regeringen har inte lämnat några uppgifter för att stödja tesen att ett nekande att ersätta kostnaderna för de aktuella vårdförmånerna kan bidra till att den ekonomiska jämvikten inom det nationella systemet för social trygghet säkerställs. En saklig diskussion om huruvida denna lagstiftning är lämplig kan inte i sig uteslutande ersättas med en hänvisning till att detta system är självständigt och skattefinansierat samt till risken att kostnader som uppkommer i samband med behandlingar i privata inrättningar även ska behöva ersättas.

133. Även om man skulle utgå från att ett nekande av all slags ersättning för vårdkostnader skulle kunna bidra till kostnadsbesparingar och sålunda i princip vara ägnat att säkerställa den ekonomiska jämvikten inom det nationella systemet för social trygghet, så är det osäkert huruvida en sådan åtgärd skulle uppfylla kraven på nödvändighet och skälighet. Enligt fast rättspraxis kan ”ett system med föregående myndighetstillstånd inte innebär[a] att de nationella myndigheterna kan agera på ett sådant skönsmässigt sätt att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, särskilt de som rör en grundläggande frihet … fråntas all ändamålsenlig verkan”.[95] För vårdkostnader som uppkommer i samband med ”övrig” behandling genom en annan inrättning än ett sjukhus föreligger det emellertid, till skillnad från vid ”högspecialiserad” behandling, inte ens någon möjlighet till ersättning. Republiken Portugal tillämpar i slutändan en av de mest ingripande åtgärderna överhuvudtaget genom vilken friheten att tillhandahålla tjänster begränsas mer långtgående än genom det lagstadgade kravet på förhandstillstånd. Denna åtgärd fråntar den grundläggande friheten dess praktiska verkan i det avseendet att försäkringstagare inom det portugisiska hälso- och sjukvårdssystemet i princip knappt kan utnyttja hälso- och sjukvårdstjänster från andra medlemsstater, eftersom de kan anses vara medvetna om att de måste bära de sammanlagda kostnaderna själva. Med tanke på den storlek som dessa kostnader har och försäkringstagarnas finansiella resurser torde ett utnyttjande av friheten att tillhandahålla tjänster under dessa omständigheter vara nästintill illusoriskt.[96] Med tanke på det faktum att det finns mindre betungande åtgärder som är lämpliga när det gäller att uppnå det eftersträvade målet att säkerställa den ekonomiska jämvikten inom det nationella systemet för social trygghet så kan ett kategoriskt nekande av ersättning inte anses nödvändigt. Inte heller kan det anses skäligt, eftersom det just undergräver friheten att tillhandahålla tjänster för att skydda det nationella systemet för social trygghet mot en inte närmare styrkt risk.

134. Sålunda är de omtvistade lagbestämmelserna inte förenliga med proportionalitetsprincipen.

95 — Se domarna i målen Smits och Peerbooms (ovan fotnot 16), punkt 90, Müller-Fauré och van Riet (ovan fotnot 16), punkt 84, och Watts (ovan fotnot 15), punkt 132.

96 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 16), punkt 41, i vilken domstolen med rätta har fastställt att utsikten att ersättning nekas ”avhåller” försäkringstagarna från att utnyttja friheten att tillhandahålla tjänster eller till och med ”hindrar” dem från att utnyttja denna grundläggande frihet.

b) Kontroll av kvaliteten av de hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls i utlandet

135. Vad gäller grunden för rättfärdigande av att det är nödvändigt att säkerställa kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls genom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet eller för dess räkning, hänvisar jag till ovanstående resonemang [97] som gäller i motsvarande mån. Mot bakgrund av domstolens entydiga rättspraxis, i vilken den i detta avseende har utgått från att det föreligger likvärdiga utbildningsvillkor för medlemmar inom medicinska yrkesgrupper och därmed i slutändan likvärdiga kvalitetskrav vid behandlingen av patienterna, kan de farhågor som har kommit till uttryck avseende kvaliteten av behandlingen av patienter med hemvist i Portugal inte anses utgöra en legitim grund för att motivera en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.

c) Slutsats i denna del

136. Följaktligen drar jag även i fråga om sådan ”övrig” medicinsk behandling som inte omfattas av tillämpningsområdet för lagdekret nr 177/92 slutsatsen att det föreligger en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som inte är objektivt motiverad. Det ska sålunda fastställas att Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att inte i nationell lagstiftning föreskriva en möjlighet till ersättning för vårdkostnader för ”övrig” behandling i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus.

D — *Avslutande slutsatser*

137. Mot bakgrund av ovannämnda resonemang anser jag att kommissionens talan är välgrundad. Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att i nationell lagstiftning uppställa krav på att det meddelas förhandstillstånd för att ersättning ska utgå för vårdkostnader för ”högspecialiserad” behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus, [98] medan nämnda medlemsstat inte överhuvudtaget föreskriver någon sådan möjlighet till ersättning för ”övrig” behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus. [99]

97 — Se punkterna 120–125 i detta förslag till avgörande.

98 — Se punkt 128 i detta förslag till avgörande.

99 — Se punkt 136 i detta förslag till avgörande.

VII — Rättegångskostnader

138. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna för förfaranden om fördragsbrott ska den tappande parten efter ansökan förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har yrkat att Republiken Portugal ska ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Portugal har tappat målet ska kommissionens yrkande bifallas.

VIII — Förslag till avgörande

139. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1) Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att i nationell lagstiftning uppställa krav på att det meddelas förhandstillstånd för att ersättning ska utgå för vårdkostnader för ”högspecialiserad” behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus och genom att inte överhuvudtaget föreskriva någon sådan möjlighet till ersättning för ”övrig” behandling som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom en annan inrättning än ett sjukhus.

2) Republiken Portugal ska ersätta rättegångskostnaderna.