FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 18 maj 2000 [1]

1. Arrondissementsrechtbank Roermond (Nederländerna) har vid detta tillfälle med stöd av artikel 177 i fördraget (nu artikel 234 EG) ställt två tolkningsfrågor till domstolen i syfte att lösa två vid den domstolen anhängiggjorda tvister. Den vill ha klarhet i om artiklarna 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och 60 i EG-fördraget (nu artikel 50 EG) utgör hinder för en nationell bestämmelse om obligatorisk sjukförsäkring, som kräver att förmånstagarna skall inhämta tillstånd från sin sjukförsäkringskassa för att göra anspråk på förmåner från en person eller sjukvårdsinrättning, som är etablerad i samma medlemsstat eller i utlandet, som inte har ingått avtal med sjukförsäkringskassan, och annars kan tvingas att utan rätt till ersättning betala de uppkomna kostnaderna.

I — Den nationella lagstiftningen om obligatorisk sjukförsäkring

2. Enligt vad som framgår av handlingarna i målet täcks arbetstagare i Nederländerna, vars inkomster inte överskrider ett bestämt belopp [2] och därmed jämställda personer, av en obligatorisk sjukförsäkring enligt lagen om sjukförsäkringskassor (Ziekenfondswet), som omfattar den ordinarie sjukvården. [3]

3. Enligt artikel 5.1 i denna lag skall de som omfattas av dess tillämpningsområde ansluta sig till en sjukförsäkringskassa som är verksam i den kommun där de bor. [4] Sjukförsäkringskassan är skyldig att registrera dem som förmånstagare. Systemet omfattar endast naturaförmåner, vilket innebär att de försäkrade inte har rätt till ersättning för de kostnader som uppkommer på grund av sjukdom, utan rätt till gratis sjukvård.

4. Sjukvården omfattar enligt föreskrifterna i artikel 3 i kunglig kungörelse av den 4 januari 1966 om förmåner (Verstrekkingenbesluit), ändrat genom kunglig kungörelse av den 16 december 1997, bland annat förmåner som tillhandahålls av primärvårds- och specialistläkare "i den

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Den nederländska regeringen har upplyst om att gränsen år 1997 var 60 750 NLG.

3 — Vård, som exempelvis på grund av sin långvarighet eller höga kostnad betraktas som extraordinär, som inte kan bekostas av de enskilda och inte heller på ett tillfredsställande sätt täcks av privata försäkringsbolag, omfattas av den allmänna lagen om särskilda sjukvårdskostnader (Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten).

4 — Enligt de uppgifter som den nederländska regeringen lämnade vid sammanträdet finns det totalt 30 sjukförsäkringskassor i landet.

omfattning som är sedvanlig i de berörda yrkeskretsarna". Det avgörande är härvidlag vad som anses sedvanligt i yrkeskretsar i Nederländerna. I allmänhet erkänns inte en behandling som sedvanlig när den inte utförs eller rekommenderas på grund av att den inte i tillräcklig omfattning har prövats i internationell eller nationell vetenskaplig forskning. Det väsentliga är att klargöra i vilken mån en behandling anses som en lämplig yrkesmässig metod och, om den bygger på en giltig vetenskaplig grund, erkänns som förmån i den mening som avses i lagen om sjukförsäkringskassor.

5. Artikel 9 i lagen om sjukförsäkringskassor reglerar utövningen av rätten till vård och föreskriver i relevanta delar:

"1. En försäkrad person som gör anspråk på en förmån skall ... ansöka om denna hos en person eller sjukvårdsinrättning med vilken den sjukförsäkringskassa vartill sökanden är ansluten har ingått avtal ...

2. En försäkrad person får välja mellan de i punkt 1 nämnda personerna och sjukvårdsinrättningarna, såvida något annat inte följer av 5 stycket och av bestämmelserna om ambulanstransporter ...

...

4. Utan hinder av vad som föreskrivs i punkterna 1 och 2 får en sjukförsäkringskassa ge en försäkrad person tillstånd att i syfte att göra anspråk på en förmån ansöka hos en annan person eller sjukvårdsinrättning i Nederländerna, om det är nödvändigt för den medicinska behandlingen. Ministern kan bestämma i vilka fall och under vilka omständigheter en försäkrad person får göra anspråk på en förmån genom att vända sig till personer eller sjukvårdsinrättningar utanför Nederländerna."

6. Detta krav på förhandstillstånd anges i artikel 1 i föreskrifter av den 30 juni 1988 [5] om sjukvård i utlandet enligt sjukförsäkringsreglerna (Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering) som har följande lydelse:

"En sjukförsäkringskassa får ge en försäkrad person tillstånd att i syfte att göra anspråk på en förmån vända sig till en person eller sjukvårdsinrättning utanför Nederländerna i fall då sjukförsäkringskassan finner att det är nödvändigt för den

5 — *Staatscourant* 1988, nr 123.

medicinska behandlingen av den försäkrade personen." [6]

7. För att kunna erbjuda de försäkrade naturaförmåner skall sjukförsäkringskassorna, enligt artikel 44.1 i den lag som reglerar verksamheten, ingå avtal med personer och inrättningar som tillhandahåller en eller flera typer av vård. Tredje stycket i samma artikel anger delvis innehållet i avtalet, det vill säga arten och omfattningen av parternas skyldigheter och rättigheter, vilken typ av vård som skall erbjudas, dess kvalitet, effektivitet och pris samt kontrollen av att avtalet följs. Om personen eller inrättningen inte följer de överenskomna villkoren kan sjukförsäkringskassan säga upp avtalet.

Dessa avtal tar dock inte upp finansieringen av sjukvården, som, i fråga om vård som bedrivs i Nederländerna, regleras i lagen om finansiering av hälso- och sjukvård (Wet tarieven gezondheidszorg), medan sjukförsäkringskassorna har rätt att förhandla med personer och sjukvårdsinrättningar i fråga om vård som ges i utlandet.

Sjukförsäkringskassorna har stor frihet att ingå avtal såväl med personer som med sjukvårdsinrättningar. De åläggs dock två begränsningar, nämligen att på begäran av en sjukvårdsinrättning belägen i den region där sjukförsäkringskassan är behörig eller till vilken den lokala befolkningen regelmässigt vänder sig, ingå avtal med denna, och att endast ingå avtal med personer som är kompetenta att ge den aktuella vården och med auktoriserade sjukvårdsinrättningar.

8. Enligt vad den nationella domstolen har förklarat i sitt beslut om hänskjutande har Centrale Raad van Beroep i sin rättspraxis slagit fast att när tillstånd till att den försäkrade erhåller behandling i utlandet på sjukförsäkringskassans bekostnad nekas, måste det först konstateras om denna, enligt kriteriet "sedvanlig i yrkeskretsar", kan anses som en förmån enligt den nationella lagstiftningen. [7]

6 — Särskilda villkor har inte fastställts för att försäkrade skall få vård av personer eller inrättningar som är etablerade i utlandet, med vilka sjukförsäkringskassorna inte har ingått avtal om att tillhandahålla förmåner. En försäkrad som under dessa förhållanden vill få sjukvård måste inhämta förhandstillstånd från sin sjukförsäkringskassa, på samma sätt som om han vill få sjukvård av en person eller en sjukvårdsinrättning som är etablerad i Nederländerna, och med vilken sjukförsäkringskassan inte heller har ingått avtal om tillhandahållande av förmåner.

7 — I en dom av den 23 maj 1995 beslutade sagda domstol att tillstånd att få sjukvård i utlandet, på grund av artikel 9.4 i lagen om försäkringskassor, inte ges när vården inte kan anses som en förmån i den mening som avses i de nämnda bestämmelserna. I detta fall betraktades inte som förmån en behandling av experimentell karaktär i New York som inte kunde anses vara "sedvanlig i yrkeskretsar". I en annan dom av den 19 december 1997 gav samma domstol sjukkassan rätt, av det skälet att den omtvistade behandlingen, som undergicks i Tyskland vilade på en vetenskaplig grundval som (ännu) inte var tillfredsställande och vilken enligt då rådande uppfattning i Nederländerna ansågs vara experimentell.

Under förutsättning att sedvanlighetskriteriet är uppfyllt, undersöks därefter om tillståndet kan medges enligt artikel 9.4 i lagen om sjukförsäkringskassor, jämförd med artikel 1 i föreskrifter om sjukvård i utlandet enligt sjukförsäkringsreglerna. I detta avseende används kriteriet "är nödvändig för den medicinska behandlingen av den berörde", och det kontrolleras om den vård som givits i utlandet, med beaktande av de metoder som är tillgängliga i Nederländerna, är nödvändig ur medicinsk synvinkel.

II — Bakgrunden till tvisten mellan B. S. M. Geraets-Smits och Stichting Ziekenfonds

9. B.S.M. Geraets-Smits, sökande i en av de två tvisterna, född den 6 juni 1928 och med Parkinsons sjukdom sedan många år, ansökte den 5 september 1996 hos Stichting Ziekenfonds, som är svarande, om ersättning för en räkning som hon hade betalat till Elena-Kliniken i Kassel (Tyskland). Kliniken är specialiserad på kategoriell och tvärfacklig behandling av Parkinsons sjukdom. Patienternas vistelse varar mellan tre och sex veckor, då läkare genomför undersökning och behandling för att utreda vilken medicinering som är lämpligast. Vid kliniken får patienten dessutom sjukgymnastik och arbetsterapeutisk behandling samt psykosocialt stöd.

10. Genom beslut av den 30 september 1996, som bekräftades genom beslut av den 28 oktober 1996, meddelade svaranden sökanden att hon enligt lagen om sjukförsäkringskassor inte kunde beviljas ersättning. Skälet till avslaget var att tillräcklig och lämplig behandling för Parkinsons sjukdom fanns att tillgå i Nederländerna, varför den kategoriella kliniska behandling som erbjuds vid Elena-Kliniken inte var nödvändig.

11. Sökanden, som inte godtog beslutet, begärde att sjukförsäkringskassornas råd (Ziekenfondsraad) skulle yttra sig. Dess överklagandenämnd (Commissie voor Beroepszaken) avgav den 7 april 1997 ett yttrande, i vilket den ansåg att såväl beslutet som skälen för detta var korrekta. Sökanden överklagade beslutet till Rechtbank och anförde att den kategoriella kliniska behandlingen i Tyskland är avsevärt mer effektiv än det fragmentariska angreppssättet i Nederländerna.

12. Den 25 september 1997, vid den första muntliga förberedelsen i målet, ingavs en skrivelse daterad den 11 samma månad, upprättad av den behandlande neurologen, vari denne uppgav att det förelåg tillräckligt starka skäl för att tillstyrka behandlingen på den tyska kliniken. Rechtbank förordnade därefter en sakkunnig neurolog som avgav utlåtande i februari följande år, där han slog fast att det varken fanns kliniska eller vetenskapliga bevis för att det kategoriella kliniska angreppssättet skulle vara bättre och att det därmed inte finns

någon objektiv medicinsk indikation som motiverade behandlingen på den tyska kliniken.

III — Bakgrunden till tvisten mellan H. T. M. Peerbooms och Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen

13. H. T. M. Peerbooms, sökanden i den andra tvisten, född den 8 april 1961, föll i koma till följd av en trafikolycka den 10 december 1996. Sökandens behandlande neurolog begärde den 24 februari 1997 att Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, som är svarande, skulle ersätta kostnaderna för hans behandling vid universitetskliniken i Innsbruck (Österrike).

Denna enhet tillämpar en speciell intensiv neurostimulationsterapi, som i Nederländerna endast används experimentellt vid ett rehabiliteringscenter i Tilburg och ett i Utrecht. Sökanden nekades av båda dessa behandling eftersom de inom ramen för experimenten inte tog emot patienter som var mer än 25 år gamla. Han skulle därför överföras till rehabiliteringscentret i Hoensbroeck, där den nämnda behandlingen inte utförs. Han skrevs den 22 februari 1997[8] i vegetativt tillstånd in vid kliniken i Innsbruck. Genom behandlingen vaknade han ur sin koma och återfick fullt medvetande. Den 20 juni 1997 skrevs han ut och överfördes till rehabiliteringskliniken i Hoensbroeck för fortsatt konvalescens.

14. Sedan förtroendeläkaren hade hörts avslogs neurologens begäran genom ett beslut av den 26 februari 1997, eftersom det var möjligt för patienten att få adekvat vård vid en sjukvårdsinrättning som hade avtal med hans sjukförsäkringskassa och att det, om så inte var fallet, skulle vara möjligt att vända sig till en inrättning utan avtal i Nederländerna. Neurologen lämnade in en ny utförligare ansökan som på nytt avslogs den 5 mars samma år. Det överklagande som ingavs avslogs som ogrundat. Sjukförsäkringskassan vidhöll — i enighet med överklagandenämnden och efter att ha hört förtroendeläkaren — ståndpunkten att behandlingen av patienter i koma i Innsbruck, enligt dagens medicinska rön, inte var mer effektiv än den behandling som erbjöds i Nederländerna och att det därför inte var nödvändigt att resa till Österrike för att få vård.

15. Sökanden överklagade detta beslut. Även Arrondissementsrechtbank förordnade en sakkunnig i detta mål, som avgav

8 — Det vill säga två dagar innan neurologen hos sjukförsäkringskassan ansökte om tillstånd för patienten att vårdas vid nämnda center.

sitt utlåtande den 12 maj 1998. Enligt dennes uppfattning fanns det, förutom vid centren i Tilburg och Utrecht, där han inte hade tagits in eftersom han hade passerat den övre åldersgränsen, inte någon lämplig och adekvat behandling för sökanden i Nederländerna som var jämförbar med den som gavs i Innsbruck. Behandlingen vid rehabiliteringscentret i Hoensbroeck skulle inte ha varit adekvat. Neurologen vid sjukförsäkringskassan besvarade detta utlåtande och betonade behandlingens experimentella karaktär och att den ännu inte var vetenskapligt erkänd. Tillfrågad på denna punkt avgav den sakkunnige ett tilläggsutlåtande den 31 augusti 1998, där han vidhöll sina inledande slutsatser.

IV — Tolkningsfrågorna

16. För att lösa dessa två tvister har Arrondissementsrechtbank Roermond ställt följande två tolkningsfrågor:

"1) a) Skall artiklarna 59 och 60 i EG-fördraget tolkas så, att de utgör hinder för tillämpningen av en bestämmelse som i likhet med artikel 9.4 i Ziekenfondswet (lag om sjukförsäkring) jämförd med artikel 1 i Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering (föreskrifter om behandling i utlandet enligt sjukförsäkringsreglerna) innebär att en person som är ansluten till en sjukförsäkringskassa skall inhämta förhandstillstånd från sjukförsäkringskassan innan han vänder sig till en person eller en inrättning utanför Nederländerna för att där göra anspråk på förmåner?

b) Hur skall fråga 1 a besvaras om ansökan om sådant förhandstillstånd avslås, eller om tillstånd inte beviljas, av det skälet att den omtvistade behandling som erbjuds i en annan medlemsstat inte betraktas som 'sedvanlig i yrkeskretsar' och därmed inte anses vara en förmån i den mening som avses i artikel 8 i Ziekenfondswet? Förhåller det sig annorlunda om hänsyn endast tas till uppfattningen i nederländska yrkeskretsar och spelar det någon roll om det är nationella eller internationella vetenskapliga kriterier som tillämpas? Om så är fallet, i vilket hänseende? Är det även av betydelse att ersättningen för behandlingen i fråga utgår enligt lagstiftningen om social trygghet i den andra medlemsstaten?

c) Hur skall fråga 1 a besvaras om behandlingen i utlandet betraktas som sedvanlig behandling och därmed anses vara en förmån, men ansökan om tillstånd avslås av det skälet att lämplig

vård kan fås i tid vid en nederländsk sjukvårdsinrättning, varför behandling i utlandet inte är nödvändig för den medicinska behandlingen?

2) Om tillståndskravet utgör hinder för friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 59 och 60 i EG-fördraget, är då de överordnade hänsyn av allmänt intresse som åberopats av svarandena (bl.a. i skrivelsen av den 14 juni 1998) tillräckliga för att hindret skall kunna anses vara befogat?"

V — Gemenskapslagstiftningen

17. I artikel 59 i EG-fördraget föreskrivs följande: "Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen gradvis avvecklas under övergångstiden för medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

..."

18. Artikel 60 i EG-fördraget lyder: "Som 'tjänster' i detta fördrags mening skall anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Med tjänster skall särskilt avses verksamhet

...

d) inom fria yrken.

..."

19. Artikel 22 i förordning (EEG) nr 1408/71,[9] som bland annat reglerar anställdas eller egenföretagares, eller deras familjemedlemmars, behov av att resa till

9 — Rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 om ändring och uppdatering av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, samt av förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 28, 1997, s. 1).

en annan medlemsstat för att få lämplig vård, föreskriver i relevanta delar:

"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

...

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

har rätt till följande förmåner,

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

...

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.

..."

VI — Domstolens nuvarande rättspraxis om friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på ersättning av sjukvårdskostnader som uppkommit i en annan medlemsstat

20. Den 28 april 1998 avkunnade domstolen domar i målen Decker [10] respektive Kohll. [11] Båda har kommenterats livligt i doktrinen [12] och när de avkunnades förekom farhågor för att de skulle medföra oöverblickbara ekonomiska skador för de

10 — C-120/95 (REG 1998, s. I-1831).

11 — C-158/96 (REG 1998, s. I-1931).

12 — Hittills har över 40 författare kommenterat dessa två domar.

nationella socialförsäkringssystemen. [13] Jag kommer inte att gå närmare in på domen i målet Decker, eftersom den avsåg köp av glasögon och därför föll inom området för fri rörlighet för varor. [14]

21. Domen i målet Kohll avsåg däremot tillhandahållande av tjänster över nationsgränserna. Tolkningsfrågorna hade ställts av Cour de cassation (Luxemburg) för att avgöra Raymond Kohlls överklagande av hans sjukförsäkringskassas beslut att neka hans dotter att genomgå en behandling hos en ortodontist i Tyskland, på grund av att behandlingen inte var brådskande och att den kunde genomföras i Luxemburg.

22. Beträffande tillämpningen av friheten att tillhandahålla tjänster på en behandling som har utförts av en i en annan medlemsstat etablerad ortodontist utan samband med infrastrukturen för sjukvård ansåg domstolen att prestationen, eftersom den utfördes mot ersättning, skulle anses som en tjänst i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, vilken uttryckligen avser verksamhet inom fria yrken.

23. I fråga om de begränsande effekterna noterade domstolen att de luxemburgska bestämmelserna inte berövade de försäkrade möjligheten att vända sig till en person som tillhandahöll tjänster i en annan medlemsstat, utan gjorde ersättningen för kostnader som hade uppkommit i denna stat beroende av ett förhandstillstånd, medan kostnader som hade uppkommit i den stat där den försäkrade var ansluten till ett system för social trygghet inte var beroende av något sådant tillstånd. Följaktligen förklarade domstolen att sådana bestämmelser avhöll de försäkrade från att vända sig till personer som tillhandahöll sjukvård i en annan medlemsstat och utgjorde, såväl för läkarna som för deras patienter, ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster. [15]

24. Ett antal skäl anfördes för att berättiga bestämmelserna, nämligen behovet av att inte rubba den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet och av att skydda folkhälsan, vilket omfattade beho-

13 — Nourissat, C.: "Quand Panacée rejoint Europe ou comment la Cour de justice consacre la liberté des soins dans la Communauté", *La Semaine Juridique*, edition générale 1999 II 10002, anser: "La paire de lunettes de Nicolas Decker et le traitmement orthodontique de Aline Kohll sont appelés à entrer dans la mythologie judiciaire communautaiere aux côtés de la facture d'électricité de M. Costa ou de la liqueur de cassis de Dijon"; Gosseries, Ph.: *Journal des Tribunaux du Travail*, 1999 s. 446—449, särskilt s. 446, förklarar: "Les deux arrêts du 28 avril 1998 de la C.J.C.E. ... ont eu l'effet d'une 'bombe' dans l'organisation des régimes de l'assurance soins de santé des Etats membres de l'Union européenne. Certains ont dit que la C.J.C.E., par ces deux arrêts, a provoqué une belle panique chez tous les gestionnaires d'organismes sociaux de sécurité sociale dans les Etats membres de l'Union ..."

14 — I domen gjorde domstolen tolkningen att artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken ett organ för social trygghet i en medlemsstat nekar en försäkrad schablonersättning för ett par glasögon med korrektionsglas som köpts av en optiker etablerad i en annan medlemsstat, på grund av att förhandstillstånd krävs för köp av alla slags sjukvårdsprodukter.

15 — Rättspraxis fastslagen genom 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, volym 12, s. 31), punkt 31.

vet av att garantera kvaliteten på medicinska prestationer och av att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla.

25. I fråga om det förra ansåg domstolen att en ersättning av de tandvårdskostnader som uppkommit i en annan medlemsstat, enligt den taxa som tillämpas i Luxemburg, inte skulle påverka finansieringen av systemet för social trygghet i någon betydande omfattning, eftersom budgeten för det luxemburgska organet för social trygghet skulle belastas lika mycket oavsett om den försäkrade vände sig till en luxemburgsk ortodontist eller till en ortodontist i en annan medlemsstat.

26. Beträffande skyddet för folkhälsan erinrade domstolen i punkterna 45 och 46 i domen och att även om medlemsstaterna har möjlighet att av hänsyn till folkhälsan begränsa friheten att tillhandahålla tjänster, ger denna möjlighet dem dock inte rätt att avskärma sektorn för folkhälsan, såsom ekonomisk sektor och med utgångspunkt i friheten att tillhandahålla tjänster, från den grundläggande principen om fri rörlighet. [16] Domstolen ansåg under alla omständigheter att läkare och tandläkare som är etablerade i andra medlemsstater vad beträffar friheten att tillhandahålla tjänster skall tillerkännas garantier motsvarande dem som de läkare och tandläkare tillerkänns som är etablerade inom det nationella territoriet, eftersom kraven för etablering och utövning av läkar- och tandläkarverksamhet har varit föremål för ett antal samordnande och harmoniserande direktiv. [17] Domstolen ansåg även att sådana bestämmelser som de luxemburgska inte kunde motiveras av hänsyn till folkhälsan, för att skydda kvaliteten på den sjukvård som tillhandahålls i andra medlemsstater.

Domstolen medgav därefter att målsättningen att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla, även om den är oupplösligt förbunden med sättet att finansiera systemet för social trygghet, också kan innefattas i undantaget på grund av hänsyn till folkhälsan enligt artikel 56 i fördraget (nu artikel 46 EG i ändrad lydelse), i den mån målsättningen bidrar till att säkerställa en hög nivå vad avser hälsoskyddet. I detta avseende förklarade domstolen att nämnda artikel 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.

16 — Dom av den 7 maj 1986 i mål 131/85, Gül (REG 1986, s. 1573; svensk specialutgåva, volym 8, s. 569), punkt 17.

17 — Domstolen nämner rådets direktiv 78/686/EEG av den 25 juli 1978 om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis för tandläkare inklusive åtgärder för att underlätta det faktiska utövandet av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (EGT L 233, s. 1; svensk specialutgåva, område 16, volym 1, s. 33), rådets direktiv 78/687/EEG av den 25 juli 1978 om samordning av bestämmelserna i lagar och andra författningar om verksamhet som tandläkare (EGT L 233, s. 10; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 6) och 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 (EGT L 165, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 102).

Mot bakgrund av att det visade sig att bestämmelserna inte var motiverade för att uppnå dessa två mål ansåg domstolen att de inte var berättigade av hänsyn till folkhälsan.

VII — Förfarandet vid domstolen

27. Majoriteten av de författare som har kommenterat domarna i målen Decker respektive Kohll är positiva till det resultat som domstolen kom fram till, [18] som faller inom ramen för dess rättspraxis inom området för fri rörlighet för varor och tjänster. [19] Men dessa två domar lämnade en mängd frågor obesvarade, eftersom det inte klargjordes om denna rättspraxis även är tillämplig på sjukvård som tillhandahålls på sjukhus [20] eller om dess räckvidd begränsades till system för social trygghet som, i likhet med det luxemburgska, betalar i patientens ställe eller, helt eller delvis, ersätter denne för den läkar- och sjukhusvård han får [21], eller om den tvärtom utsträcker sig till system som det nederländska som är utformat för att tillhandahålla de försäkrade sjukvård *in natura*. [22] Detta är precis vad domstolen har att ta ställning till när den avkunnar dom i det mål jag granskar. [23]

18 — En avvikande uppfattning har dock González Vaqué, L.: "Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la seguridad social: la sentencia Decker", *Revista de derecho comunitario europeo*, 1999, s. 129—139, särskilt s. 139, som emellertid förklarar att denna rättspraxis innehåller tillräckliga uppgifter för att möjliggöra en avgränsning av dess eventuella (negativa) effekter på kort och medellång sikt för ekonomin inom denna känsliga sektor.

19 — Mavridis, P.: "Libéralisation des soins de santé: un premier diagnostic", *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, nr 3, s. 145—196, särskilt s. 195, menar: "... la jurisprudence d'hier sur les articles 30 et 59-60 contenait déjà celle d'aujourd'hui. Les arrêts Kohll et Decker ne sont donc ni 'big bang', ni révolution, ni explosion, ni autre catastrophe naturelle. Ils étaient tout simplement annoncés depuis longtemps". Lhernould, J.Ph.: "Une caisse de sécurité est-elle tenue de rembourser les frais médicaux engagés par un assuré dans un autre Etat Membre?", *Revue de droit sanitaire et social*, 1998, s. 616—623, särskilt s. 622, anser att en positiv aspekt av dessa två domar är att de satt igång en motkraft mot medlemsstaternas vana att nästan systematiskt vägra att ge tillstånd till försäkrade att på sin sjukförsäkringskassas bekostnad erhålla sjukvård i en annan medlemsstat; Giesen, R., *Common market Law review*, 1999, s. 841—850, särskilt s. 850, uttalar sitt gillande av båda domarna, trots den förvåning de, särskilt i Tyskland, väckte när de avkunnades.

20 — Cabral, P.: "Cross-Border medical care in the European Union - bringing down a first wall", *European Law Review*, 1999, s. 387—395, särskilt s. 395, anser att denna utvidgning framgår indirekt av domarna.

21 — Bosscher, A.: "La seguridad social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior", *Los sistemas de seguridad social y el Mercado único europeo*, Madrid 1993, s. 23—33, särskilt s. 32, ansåg att en obegränsad rätt att bege sig till en annan medlemsstat för att få sjukvård på den behöriga medlemsstatens bekostnad skulle stå i missförhållande till de ekonomiska ramarna för organen för social trygghet i de olika medlemsstaterna.

22 — Dessa frågor berörs av van der Mei, A.P.: "Cross-Border Access to Medical Care within the European Union — Some Reflections on the Judgments in *Decker* and *Kohll*", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, s. 277—297, särskilt s. 293: "But what are the implications of the judgments? For which types of 'foreign' treatment are patients entitled to be reimbursed? In which cases can Member States refuse to pay the 'medical bill'? Do Member States have the right to protect themselves against a possible large influx of patients coming from abroad?" Någon författare, som Bonomo, A. i *Giustizia Civile*, 1998, I, s. 2391—2401, särskilt s. 2401, anser att förverkligandet av den gemensamma marknaden inte kan samexistera med nationella bestämmelser som är så restriktiva att de ålägger kravet på ett förhandstillstånd för att ersätta de sjukvårdskostnader som uppkommit i en annan medlemsstat och på ett oberättigat sätt hämmar de sjukas fria rörlighet i gemenskapen.

23 — Såsom Thill, M. förklarade: "'Decker' et 'Kohll' ou la libre circulation des patients à l'intérieur de l'Union européenne et ses limites", *Feuillet de liaison de la Conférence Saint-Yves*, 1999, nr 92/93, s. 57—89, särskilt s. 84.

28. Förutom Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, som är den sjukförsäkringskassa mot vilken H. T. M. Peerbooms har väckt talan vid Arrondissementsrechtbank Roermond, och kommissionen, har 10 av de 15 medlemsstaterna inom den tidsfrist som föreskrivs för detta i artikel 20 i stadgarna för Europeiska gemenskapernas domstol inkommit med yttrande i detta förfarande: [24] Belgien, Danmark, Tyskland, Frankrike, Irland, Nederländerna, Portugal, Finland, Sverige och Förenade kungariket. Till dessa kommer två stater som ingår i det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet: Island och Norge. Denna omständighet är ett gott bevis för den laddning frågan har och det intresse med vilket domstolens avgörande emotses.

29. Vid sammanträdet, som ägde rum den 4 april 2000, infann sig företrädarna för de två sjukförsäkringskassorna som är svarande i tvisterna vid den nationella domstolen, representanter för de danska, tyska, franska, irländska, nederländska, österrikiska, finska, svenska, brittiska och isländska regeringarna samt för kommissionen.

30. Stichting Ziekenfonds VGZ, den sjukförsäkringskassa mot vilken B. S. M. Geraets-Smits har väckt talan, anser att medlemsstaterna har befogenhet att utforma sina system för social trygghet och att bestämmelserna i fördraget inte kan utgöra hinder för att ett av dessa system bygger på avtal som sjukförsäkringskassorna ingår med personer och sjukvårdsinrättningar, vilka ensamma har rätt att tillhandahålla de försäkrade vård. Med utgångspunkt från denna förutsättning kan inte heller de begränsningar som kännetecknar ett system som den nederländska obligatoriska sjukförsäkringen, som endast tillhandahåller naturaförmåner, vara oförenliga med fördraget.

Om domstolen skulle vara av en annan uppfattning har Stichting Ziekenfonds VGZ anfört att de villkor som gäller för medgivandet av tillstånd att vända sig till en person som inte har ingått avtal inte är diskriminerande och framhållit de skillnader som föreligger mellan den obligatoriska nederländska sjukförsäkringen och den luxemburgska, varför den rättspraxis som slogs fast i domen i målet Kohll inte kan tillämpas på den förstnämnda.

31. Den sjukförsäkringskassa mot vilken H. T. M. Peerbooms har väckt talan har påpekat att den nederländska lagstiftningen har utformat sjukvården som ett utbud av förmåner begränsat till sådana som anses som sedvanliga i läkarkretsar, som bygger

24 — Detta engagemang är inte förvånande med tanke på åsikter som den som uttryckts av Mavridis, P. i "Libéralisation des soins de santé: un premier diagnostic", *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, nr 3, s. 145—196, särskilt s. 171, som slår fast att fördelen med domarna i målen Kohll respektive Decker är att de försäkrade har tillerkänts en direkt rättighet, som är oberoende av den nationella lagstiftningen och av förordning nr 1408/71, som innebär att de nu kan bege sig till en annan medlemsstat för att köpa sjukvårdsprodukter och få den sjukvård som deras hälsotillstånd kräver och begära att deras kostnader ersätts enligt taxorna i den stat där den försäkrade är ansluten till ett system för social trygghet. Om sjukförsäkringskassan skulle neka de försäkrade ersättning för kostnaderna, påminner han sina läsare om domstolens rättspraxis i målen Brasserie du pêcheur och Factortame om principen att staten är ersättningsskyldig för de skador som vållas enskilda till följd av brott mot gemenskapsrätten.

på behandlingar med vetenskapligt visad effektivitet, och att det i detta avseende inte har någon betydelse om en förmån, som inte anses som en sådan i Nederländerna, täcks i någon annan medlemsstat. De avtal som ingås mellan sjukförsäkringskassor och personer och sjukvårdsinrättningar reglerar kostnaderna och kvaliteten på vården, och garanterar att den ekonomiska balansen i systemet upprätthålls genom att fastställa en budgetram, att begränsa kapaciteten och finansieringen, som regleras i lag. Den har förklarat att det för närvarande, för att ge en försäkrad tillstånd att bege sig till utlandet för att få sjukvård, inte är avgörande att klargöra om vården kan ges i Nederländerna i tid, utan att konstatera om vården kan erbjudas av en person eller sjukvårdsinrättning med vilken avtal har ingåtts, oberoende av i vilken stat de är etablerade. För sjukvård som tillhandahålls av någon som inte har ingått avtal krävs däremot fortfarande förhandstillstånd.

Svaranden har meddelat att vissa försök med sjukvård, såväl sjukhus- som öppenvård, över nationsgränserna har gjorts i Euroregionerna Rhen-Waal och Maas-Rhen, och att inga massiva flöden av patienter har noterats till vare sig Belgien eller Tyskland. [25]

25 — Just dessa försök nämns av van der Mei, A.P. a.a., s. 278—279: "... in a number of border regions health insurers and health providers have concluded agreements which are aimed at giving patients the right to obtain care 'on the other side of the border'."

32. Jag kommer inte separat att redovisa de synpunkter som har uttryckts av staterna i deras yttranden, utan inskränker mig till att sammanfatta dem, eftersom de till stor del sammanfaller.

Att döma av deras yttranden delar staterna upp sig i två huvudgrupper. De som ingår i den första, nämligen Belgien, Frankrike och Österrike, anser att sjukvård som erbjuds inom ramen för ett allmänt system för social trygghet är en tjänst i den mening som avses i artikel 60 i fördraget. De stater som ingår i den andra gruppen, som består av Tyskland, Irland, Nederländerna, Förenade kungariket, Danmark, Sverige, Finland och Island, anser däremot att den sjukvård som tillhandahålls genom ett system för social trygghet som är baserat på naturaförmåner, inte utgör en tjänst i nämnda bestämmelses mening. Vare sig Portugal eller Norge har uttalat sig på denna punkt.

Oenigheten mellan staterna slutar här, eftersom samtliga menar att kravet på ett förhandstillstånd från institutionen i den medlemsstat där den försäkrade är ansluten för att få vård i en annan medlemsstat är berättigat, även om det utgör ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.

33. Vid slutet av det skriftliga förfarandet frågade domstolen den nederländska regeringen om den hade ändrat den nationella lagstiftningen för att anpassa den till den rättspraxis som slagits fast genom de ovannämnda domarna i målen Decker respektive Kohll. Enligt vad regeringen har förklarat i sitt svar kräver denna rättspraxis inte någon ändring av bestämmelserna i lagen om sjukförsäkringskassor som reglerar tecknandet av avtal mellan sjukförsäkringskassorna, å ena sidan, och de personer och sjukvårdsinrättningar som tillhandahåller sjukvård, å andra sidan. Den har tillagt att man, innan händelserna i målen B. S. M. Geraets-Smits respektive H. T. M. Peerbooms ägde rum, hade startat några projekt för att utveckla tillhandahållandet av förmåner över gränserna, men att de nämnda domarna hade bidragit till att öka antalet avtal som ingicks med sjukvårdsinrättningar etablerade i andra medlemsstater.

Vid sammanträdet meddelade Stichting Ziekenfonds VGZ att förhandlingar, i syfte att ingå avtal om att tillhandahålla dess försäkrade förmåner, hade inletts med personer och sjukvårdsinrättningar i andra medlemsstater. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, för sin del, har förklarat att avtal i samma syfte redan har ingåtts, med både personer och sjukvårdsinrättningar i Belgien och i Tyskland.

34. Kommissionen anser inledningsvis att såväl kriteriet för vad som är sedvanligt inom läkarkretsar som kriteriet för huruvida behandlingen är nödvändig, som tillämpas i den nederländska lagstiftningen, överensstämmer med artikel 22 i förordning nr 1408/71 och att medlemsstaten vid tillämpningen av det förstnämnda åtnjuter en omfattande befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar när den beslutar vilka förmåner som täcks av ett system för social trygghet. Emellertid skall gemenskapsrätten respekteras när dessa kriterier tillämpas i praktiken.

Kommissionen anser sig kunna identifiera vissa moment i den nederländska rättsordningen som ger vid handen att villkoren för att medge tillstånd att få sjukvård i utlandet skiljer sig från dem som gäller för att få vård i Nederländerna, varför kravet på tillstånd skulle kunna utgöra ett särskilt hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.

VIII — Behandling av tolkningsfrågorna

A — *Den sjukvård som avses i den nederländska obligatoriska sjukförsäkringen och begreppet tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget*

35. Genom de ställda tolkningsfrågorna, som enligt min uppfattning bör granskas i ett sammanhang, vill den nationella dom-

stolen få klarhet i om artiklarna 59 och 60 i EG-fördraget utgör hinder för bestämmelser om sjukförsäkring som, i likhet med de omtvistade i tvisten vid den nationella domstolen, genom avtal vilka ingås mellan sjukförsäkringskassorna och personer eller sjukvårdsinrättningar utformar ett naturasystem som ålägger de försäkrade att inhämta tillstånd från sin sjukförsäkringskassa när de har för avsikt att vända sig till en person eller sjukvårdsinrättning utan avtal inom landet eller i utlandet, för att göra anspråk på förmåner.

36. För att besvara den sålunda omformulerade frågan måste det först klargöras om den läkar- och sjukhusvård som organiseras genom det nederländska sjukförsäkringssystemet faller inom tillämpningsområdet för friheten att tillhandahålla tjänster. Det är fråga om att fastställa om de förmåner som de försäkrade enligt lagen om sjukförsäkringskassor har rätt till utgör tjänster i den mening som avses i artikel 60, varken mer eller mindre.

I punkt II.3 i sitt beslut om hänskjutande har Arrondissementsrechtbank förklarat sig utgå från att de behandlingar som i Tyskland respektive Österrike har erbjudits de två sökandena i tvisterna vid den nationella domstolen utgör tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget. Jag saknar tillräckliga uppgifter för att kunna uttala mig om detta, men jag anser inte att det är avgörande för att kunna besvara de ställda tolkningsfrågorna. Om behandlingarna är sådana tjänster har de båda patienternas frihet att bege sig till en annan medlemsstat för att motta tjänsterna inte begränsats. De har inte heller klagat på att de behandlats sämre än medborgarna i dessa länder.[26] I den mån de åberopar artikel 60 i fördraget för att kräva att deras sjukförsäkringskassa skall svara för de kostnader som uppkommit, förefaller det mig dock nödvändigt att utreda om deras rättsliga förhållande till detta organ ger dem rätt att erhålla tjänster i den mening som avses i fördraget.

37. Jag vill klargöra att följande analys konkret avser sjukvård som uteslutande består i naturaförmåner som tillhandahålls inom ramen för ett system för social trygghet som det omtvistade, och som inte rymmer någon möjlighet att ersätta försäkringens förmånstagare för de kostnader de haft för att få denna vård. Jag finner det nödvändigt att göra detta inledande klargörande för att undvika missförstånd, eftersom domstolen vid flera tillfällen entydigt har slagit fast att vissa sjukvårdsprestationer skall anses utgöra tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, och att de som beger sig till en annan

26 — Enligt vad som har visats i det vid domstolen anhängiggjorda mål C-411/98, Ferlini (EGT C 20, 1999, s. 18) måste de som i Luxemburg behöver sjukvård och som inte är anslutna till det nationella systemet för social trygghet betala betydligt mer än dem som är anslutna. Förhandlingsrapporten i detta mål uppger att vid tidpunkten för händelserna (1989), debiterades de som var anslutna till det luxemburgska systemet för social trygghet 36 859 LUF för en förlossning, medan de som inte var försäkrade fick betala 59 306 LUF (det vill säga 71,43 procent mer) för samma förmån, vid samma sjukhus. Generaladvokat Cosmas ansåg i det förslag till avgörande som han föredrog i målet den 21 september 1999, att denna skillnad i behandling står i strid med artikel 7.2 i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33).

medlemsstat för att få sjukvård är mottagare av tjänster.

Exempel på denna rättspraxis finns, förutom i punkt 29 i den ovannämnda domen i målet Kohll om behandling hos en ortodontist, i domen i målet Society for the Protection of Unborn Children Ireland [27] där det slogs fast att medicinskt avbrytande av havandeskap som genomförs i överensstämmelse med lagen i den medlemsstat där det utförs, utgör en tjänst i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, och i domen i målet Luisi och Carbone [28] där tolkningen gjordes att friheten att tillhandahålla tjänster även innebär frihet för mottagare av tjänster att bege sig till en annan medlemsstat för att där mottaga en tjänst utan att hindras av restriktioner, och detta gäller även med avseende på betalningar samt att personer som får medicinsk behandling skall anses som mottagare av tjänster.

I samtliga dessa fall betonade domstolen att prestationen antingen hade utförts mot ersättning, som i det första av de två fallen, eller, som i det andra, att avbrytande av havandeskap är en medicinsk verksamhet som normalt sker mot betalning och som kan utföras inom ramen för ett fritt yrke. I det tredje fallet hade en italiensk medborgare, bland annat i syfte att få sjukvård i Tyskland, fört ut valuta till ett belopp som överskred det belopp som var tillåtet enligt den italienska lagstiftningen om överföringar av utländsk valuta och därför bötfällts.

38. Enligt artikel 60 första stycket i fördraget avses med tjänster prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Dessa tjänster omfattar särskilt tjänster som utförs inom ramen för ett fritt yrke och enligt domstolens tolkning kan inte vissa tjänsters särskilda beskaffenhet förhindra att de omfattas av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster. [29]

Det råder ingen tvekan om att läkaryrket traditionellt har varit ett fritt yrke, även om det idag inte längre uteslutande är fallet, eftersom många läkare arbetar som anställda inom systemen för social trygghet i vissa av medlemsstaterna, medan andra kombinerar sådan yrkesverksamhet med privat praktiserande.

39. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis att gemenskapsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. [30]

27 — Dom av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90 (REG 1991, s. I-4685), punkt 21.

28 — Punkt 16 (ovan fotnot 14).

29 — Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva 1981, s. 265), punkterna 8 och 10, och i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 20.

30 — Dom av den 7 februari 1984 i mål C-238/82, Duphar m.fl. (REG 1984, s. 523), punkt 16, av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemare m.fl. (REG 1997, s. I-3395), punkt 27, och i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 17.

40. Med stöd av denna behörighet har Nederländerna utformat ett obligatoriskt sjukförsäkringssystem till vilket personer vars inkomster inte överskrider ett visst belopp är anslutna och som förvaltas av sjukförsäkringskassorna, organ som är separata juridiska personer. Finansieringen garanteras genom avgifter från de försäkrade och från arbetsgivarna och genom ett årligt statligt bidrag, som belastar statsbudgeten, till den allmänna sjukförsäkringskassan. Sjukförsäkringskassorna ansvarar för att ingå avtal med personer och sjukvårdsinrättningar som är specialiserade på att tillhandahålla de försäkrade sjukvård.

41. Till skillnad från vad som var fallet i målet Kohll avseende systemet för social trygghet i Luxemburg, ett land där de försäkrade helt fritt kan välja primärvårds- eller specialistläkare och betala sin läkarräkning, varpå sjukförsäkringskassan antingen återbetalar en del till dem eller, i fråga om sjukhusvård, för förmånstagarens räkning betalar direkt till sjukvårdsinrättningen, är vården inom ramen för det obligatoriska sjukförsäkringssystemet i Nederländerna gratis för de försäkrade. [31] För att få de förmåner de behöver skall de dock vända sig till en av de personer eller sjukvårdsinrättningar som tecknat avtal om sjukvård eftersom de, om de beslutar att vända sig till läkare utan avtal, måste betala de kostnader som uppkommer utan att ha rätt till återbetalning.

42. Denna grundläggande skillnad har medfört att jag, mot bakgrund av att mottagaren av tjänsten inte tar emot den mot betalning, frågar mig om den sjukvård som erbjuds av personer och sjukvårdsinrättningar under dessa förhållanden kan anses utgöra tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget.

43. Domstolen har visserligen, i domen i målet Bond van Adverteerders, [32] förklarat att artikel 60 i fördraget inte kräver att tjänsten betalas av den som mottar den.

Jag anser dock att det inom det system för social trygghet som jag granskar inte bara är fråga om att det som inte betalas av den som tar emot behandlingsåtgärden betalas till personen eller sjukvårdsinrättningen av tredje man (i detta fall sjukförsäkringskassan).

44. I praktiken, [33] tycks det som att det för att beräkna det bidrag som sjukförsäk-

31 — Det kan konstateras att den är gratis under i stort sett alla förutsättningar, men att vissa förmåner dock kan vara beroende av att förmånstagarna betalar en andel. Det föreskrivs dock att denna egenandel inte behöver vara lika stor för alla försäkrade personer.

32 — Dom av den 26 april 1988 i mål 352/85 (REG 1988, s. 2085; svensk specialutgåva, volym 9, s. 449), punkt 16.

33 — Uppgifterna om beräkningen av avgifterna är hämtade från broschyren "Wat is het CTG [College Tarieven Gezondheidszorg]", Utrecht, januari 2000, särskilt avsnitt 5. "Hoe komen budgetten en tarieven tot stand (Rekenvoorbeeld A: ziekenhuisbudget) och (Rekenvoorbeeld B: Tarief voor huisartsbezoek)". En del av denna broschyr har publicerats på engelska, under titeln "What is the National Health Tariffs Authority", av COTG, Utrecht 1995.

ringskassorna betalar till sjukvårdsinrättningarna, för det första är nödvändigt att fastställa en budget för varje center för att veta vilka kostnader som är tillåtna [34] och därefter fastställa kompletterande taxor [35] samt vårdtaxan, [36] som är den taxa som tillämpas för en dags sjukhusvistelse för en patient, men som inte återspeglar den verkliga kostnaden. Taxorna har till uppgift att finansiera de enskilda sjukvårdsinrättningarnas budget, som justeras årligen, på så sätt att om inkomsterna inte överskrider kostnaderna, minskas vårdtaxan för kommande tid, respektive ökas om kostnaderna har överskridit inkomsterna.

45. De taxor som sjukförsäkringskassorna varje år överenskommer med personer som tillhandahåller vård skiljer sig beroende på specialitet och består inte i ett belopp som betalas per vårdåtgärd. De beräknas med hjälp av en aritmetisk formel genom vilken ett belopp, som representerar medelinkomsten, [37] läggs till ett annat belopp som representerar kostnaden, även den genomsnittlig, för att driva en mottagning [38] och resultatet delas med en faktor som representerar arbetsbördan (för exempelvis en primärvårdsläkare beräknas antal patienter vara 2 350 om året och för en barnmorska utgår man från antal förlossningar per år). Denna beräkning resulterar i att en primärvårdsläkare, under år 2000, från den sjukförsäkringskassa som han har ingått avtal med mottar ett belopp på 133 NLG för varje försäkrad som har valt att behandlas på hans mottagning, så kallad betalningstaxa, [39] oberoende av antalet patienter som tas emot, av att vissa har behov av behandling vid fler tillfällen än andra och av att vissa inte behöver vård under hela året. [40]

46. Inom det obligatoriska sjukförsäkringssystemet ingår försäkringskassorna avtal

34 — Budgeten beräknas med utgångspunkt från fyra faktorer: Kostnaderna för infrastruktur, driftskostnaderna, som är fasta oberoende av i vilken omfattning anläggningarna utnyttjas, halvfasta kostnader som grundas på kapaciteten i fråga om bäddplatser och specialistenheter, och rörliga kostnader, som beror på verksamhetsvolymen vid varje sjukhus.

35 — Detta är taxor på nationell nivå för vissa av sjukhusens verksamheter. De är omkring 1 600 till antalet och avser alla slags behandlingar: Operationer, diagnostik, provtagning, etc.

36 — Denna skiljer sig mellan olika sjukhus och varierar mycket från en sjukvårdsinrättning till en annan. Den bestäms på följande sätt med utgångspunkt från sjukhusets budget: Intäkterna från de kompletterande taxorna dras från budgeten och det erhållna beloppet delas med antalet sjukhusdagar, vilket är det antal dagar en patient utnyttjar en sjukhussäng. Den verkliga kostnaden för en sjukhusdag reflekteras inte, utan taxan används för att balansera finansieringen av de enskilda sjukhusen. I det exempel som återges i den ovannämnda broschyren var det beräknade antalet sjukhusdagar för sjukhus X 115 000, vilket tillämpat på en budget omfattande 104 940 000 NLG, och ett beräknat belopp på 36 355 000 NLG i inkomster från den kompletterande taxan, resulterar i en vårdtaxa på 596 NLG.

37 — Som omfattar lön, semesterersättning, försäkringar, bonus, premier och pensionsplaner. Lönen bestäms med utgångspunkt från för tjänstemän gällande löneskalor, som justeras årligen.

38 — Det finns allmänna riktlinjer för beräkning av driftskostnaderna för den utrustning som krävs för varje specialistgrupp. Här beaktas kostnader för lokal, bil, löner till anställda, telefon och materiel, med hänsyn till täckningsområde etc. De anpassas efter de behov som uppstår, exempelvis datorisering av mottagningarna.

39 — Denna taxa ökas till 157 NLG för varje försäkrad över 64 år.

40 — Systemet för ersättning till personer som har ingått avtal och som erbjuder vård inom ramen för den obligatoriska sjukvårdsförsäkringen skiljer sig avsevärt från det system som gäller för privatpatienter, där det inte finns någon betalningstaxa, utan ersättning sker per besök.

med fristående sjukvårdsinrättningar och personer, i vilka de på förhand träffar en överenskommelse om innehållet, kvaliteten på förmånerna och det ekonomiska bidraget, som för personer som erbjuder vård består i att ett fast schablonbelopp betalas och för varje sjukhus i att en vårdtaxa betalas, som snarare är avsedd att finansiera enheten, än att betala sjukhusvistelsens verkliga kostnad.

Sett ur detta perspektiv närmar det sig mycket de system som gäller i vissa medlemsstater, där institutionerna för social trygghet utrustar sig med egna faciliteter och direkt anställd personal [41] med förutbestämd arbetstid och lön. Enligt min uppfattning skiljer de sig tydligt från andra system, som det luxemburgska, [42] som var föremål för tvisten i målet Kohll och som jag beskrivit ovan. I sistnämnda system avser förhållandet mellan den försäkrade och den person som erbjuder vård, vilket domstolen bekräftade, tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, [43] men jag är likväl övertygad om att ett förhållande avseende tillhandahållande av tjänster inte är för handen i det system jag granskar, eftersom det ersättningsmoment som krävs enligt artikel 60 i fördraget saknas. [44]

47. Något liknande gäller för de nationella utbildningssystemen, vilka domstolen har haft anledning att uttala sig om med anledning av principen om fritt tillhandahållande av tjänster. Således slog domstolen i domen i målet Humbel [45] fast att enligt artikel 60 första stycket i EEG-fördraget omfattar kapitlet om tjänster endast "prestationer som normalt utförs mot ersättning" och att, även om begreppet ersättning inte definieras i artiklarna 59 och följande artiklar i fördraget kan dess rättsliga omfattning härledas ur bestämmelserna i artikel 60 andra stycket, eftersom ersättningens huvudsakliga egenskap är att den utgör den ekonomiska motprestationen för den berörda prestationen, vars belopp bestäms mellan den som tillhandahåller tjänsten och dess mottagare. Domstolen noterade att detta inte är förhållandet i fråga om de kurser som ges inom ramen för det nationella utbildningssystemet, dels eftersom staten genom att skapa och vidmakthålla ett sådant nationellt utbildningssystem inte har för avsikt att utföra verksamhet mot betalning, utan att uppfylla sin uppgift gentemot befolkningen inom kultur- och utbildningsområdena och den

41 — Denna personal har tjänstemanna- eller tjänstemannaliknande status och deras förhållande till organen för social trygghet är i vissa fall offentligrättsligt reglerat.

42 — De franska och belgiska systemen fungerar enligt samma principer.

43 — Denna bedömning kan utsträckas till att omfatta sjukhusvård, eftersom denna, även om det inte är den försäkrade som betalar räkningen, betalas per vårdåtgärd med utgångspunkt från kostnaden för förmånerna.

44 — För en utförlig granskning av gällande rättsliga system för social trygghet i de olika medlemsstaterna, se Langer, R.: "Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen — Reformbedarf für die Verordnung 1408/71?", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 11/1999, s. 537—542, särskilt s. 537—539. Författaren skiljer mellan "sogenannte reine Versicherungsmodelle", dit hon räknar de luxemburgska, belgiska och franska systemen, "staatliche Gesundheitssysteme", dit hon räknar systemen i de flesta medlemsstaterna, och "sogennanten Mischsysteme", dit hon räknar de tyska, österrikiska och nederländska systemen.

45 — Dom av den 27 september 1988 i mål 263/86 (REG 1988, s. 5365), punkterna 15—19.

sociala sfären, och dels att det berörda systemet i allmänhet finansieras via den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar.

I domen i målet Wirth [46] ansåg domstolen att dessa synpunkter även var giltiga avseende kurser som gavs vid ett institut för högre utbildning som väsentligen finansierades med allmänna medel. Domstolen betonade dock att även om de flesta enheter för högre utbildning finansieras på detta sätt, så finns det även de som främst bekostas med privata medel, särskilt av studenterna och deras föräldrar, och som drivs i vinstsyfte. När sådana enheter ger kurser utgör dessa tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, eftersom avsikten är att tillhandahålla en tjänst mot betalning.

48. Domstolen har inom det konkurrensrättsliga området i domen i målet Poucet och Pistre [47] uttalat sig om organen för social trygghet. Där förklarade domstolen, efter att ha erinrat om att begreppet företag inom detta område omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering, [48] att de organ som medverkar vid förvaltningen av det allmänna systemet för social trygghet emellertid fyller en funktion av uteslutande social karaktär. Denna verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte. De utbetalade förmånerna är förmåner som är fastlagda i lag och som är oberoende av avgifternas storlek.

49. Mot bakgrund av de särdrag hos det obligatoriska sjukförsäkringssystemet i Nederländerna som jag har beskrivit, anser jag att de vårdförmåner *in natura* som detta tillhandahåller de försäkrade saknar ett betalningsmoment och därför inte är tjänster i den mening som avses i artikel 60 i EG-fördraget.

Eftersom de inte utgör tjänster skall den fråga som ställts av Arrondissementsrechtbank Roermond besvaras så, att artikel 59 i fördraget inte utgör hinder för att sjukförsäkringskassorna i en medlemsstat ålägger de försäkrade att begära tillstånd för att ta emot vårdförmåner från en enhet med vilken de inte ingått avtal, oberoende av om sjukvårdsenheten är belägen i Nederländerna eller i en annan medlemsstat.

46 — Dom av den 7 december 1993 i mål C-109/92 (REG 1993, s. I-6447), punkterna 16 och 17.

47 — Dom av den 17 februari 1993 i de förenade målen C-159/91 och C-160/91 (REG 1993, s. I-637; svensk specialutgåva, volym 4, s. 27), punkterna 17 och 18.

48 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 21.

50. Jag skall emellertid, för det fall att domstolen inte skulle dela min bedömning, utan anse att det är fråga om tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, nedan granska de begränsande effekter för friheten att tillhandahålla tjänster som kan följa av skyldigheten att inhämta förhandstillstånd från sjukförsäkringskassan.

B — *De begränsande effekterna av bestämmelserna i den obligatoriska sjukvårdsförsäkringen på friheten att tillhandahålla tjänster*

51. Utgör det en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster att artikel 9.4 i lagen om sjukförsäkringskassor, jämförd med artikel 1 i föreskrifter om sjukvård i utlandet enligt sjukförsäkringsreglerna, villkorar möjligheten att vända sig till en person eller en inrättning i utlandet, som inte har ingått avtal, med ett förhandstillstånd från sjukförsäkringskassan?

Jag kommer att inbegripa de delfrågor som Arrondissementsrechtbank har uttryckt i punkterna b) och c) i sin första tolkningsfråga, nämligen avseende betydelsen av kriteriet "sedvanlig i läkarkretsar" för att bestämma om en viss vårdförmån täcks av försäkringen, den betydelse det kan ha att samma åtgärd i en annan medlemsstat täcks av motsvarande system för social trygghet samt tillämpningen av kriteriet beträffande huruvida behandlingen är nödvändig då en försäkrad nekas tillstånd att bege sig till utlandet för att få vård på grund av att lämplig vård kan fås av en person eller sjukvårdsinrättning i Nederländerna, när behandlingen täcks av försäkringen.

52. Jag anser att svaret, när frågan formuleras på detta sätt, skall vara jakande. Skyldigheten att begära och få detta tillstånd utgör nämligen i praktiken en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom den försvårar och gör det mindre lockande för försäkrade att bege sig till en annan medlemsstat för att få sjukvård.

53. I detta avseende har domstolen förklarat att artikel 59 i EG-fördraget, med tanke på den inre marknaden och för att uppnå dess syften, utgör hinder för tillämpning av varje nationell reglering som medför att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster enbart internt inom en medlemsstat.[49] Även om den omtvistade nederländska lagstiftningen inte berövar de för-

49 — Dom av den 5 oktober 1994 i målet C-381/93, kommissionen mot Frankrike (REG 1994, s. I-5145), punkt 17, och domen i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 33.

säkrade möjligheten att erhålla tjänster i en annan medlemsstat, förhåller det sig trots allt så att detta kräver ett tillstånd som beviljas på mycket strikta villkor. Följaktligen avhåller sådana bestämmelser de försäkrade från att vända sig till personer som tillhandahåller sjukvård i en annan medlemsstat och utgör, såväl för läkarna som för deras patienter, ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster. [50]

54. Det är nu fråga om att, mot bakgrund av domstolens rättspraxis, avgöra om detta hinder är motiverat eller ej.

C — *Berättigandet av kravet på förhandstillstånd för att göra anspråk på förmåner i en annan medlemsstat*

55. Skyldigheten att avveckla inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster har av domstolen tolkats som ett förbud mot all diskriminering av den som tillhandahåller tjänster på grund av dennes nationalitet eller omständigheten att han är etablerad i en annan medlemsstat än den i vilken tjänsten skall utföras. [51] Principen om likabehandling, som artiklarna 52 och 59 i fördraget är ett särskilt uttryck för, förbjuder nämligen inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet, utan även alla former av dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat. [52]

56. Domstolen har i detta avseende förklarat att nationella regler, som inte utan åtskillnad är tillämpliga på tjänster oavsett deras ursprung och som därmed är diskriminerande, endast är förenliga med gemenskapsrätten om de kan hänföras till en uttrycklig undantagsbestämmelse. [53] Enligt artikel 66 i EG-fördraget (nu artikel 55 EG) är artiklarna 55—58 i kapitlet om etableringsrätten tillämpliga på friheten att tillhandahålla tjänster. I artikel 56 anges, som undantag från dessa båda friheter, åtgärder i nationella bestämmelser som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Hänsyn av ekonomisk art kan inte anses utgöra sådana hänsyn till allmän

50 — Domen i målet Luisi och Carbone samt Bachmann (ovan fotnot 14), punkterna 16 respektive 31, och domen i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 35.

51 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, Van Binsbergen (REG 1974, s. 1299), punkt 25. Se även dom av den 18 januari 1979 i de förenade målen 110/78 och 111/78, Van Wesemael m.fl. (REG 1979, s. 35), punkt 27 och i målet Webb (ovan fotnot 29), punkt 14.

52 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva 1989, s. 269), punkt 8, och av den 3 juni 1992 i mål C-360/89, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-3401), punkt 11.

53 — Domen i målet Bond van Adverteerders m.fl. (ovan fotnot 32), punkt 32, och dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925), punkt 24.

ordning som avses i artikel 56 i fördraget. [54]

57. Av formuleringarna i Arrondissementsrechtbanks beslut om hänskjutande drar jag slutsatsen att den anser att de nederländska sjukförsäkringskassornas tillämpning av kriteriet "sedvanlig i läkarkretsar" och av kriteriet "nödvändig för den medicinska behandlingen" vid behandlingen av ansökningar om behandling i utlandet, som har bekräftats av rättspraxis från Centrale Raad van Beroep, utgör en diskriminering grundad på tjänsteleverantörens etableringsort.

58. Kommissionen å sin sida anser att det första kriteriet, som endast omfattar de nationella läkarnas uppfattning, gynnar personer och sjukvårdsinrättningar som är etablerade i Nederländerna. Det är fråga om ett neutralt kriterium som tillämpas lika på nationella och utländska tjänsteleverantörer, men som i praktiken missgynnar dem från andra medlemsstater. Det andra kriteriet tillämpas enligt dess uppfattning olika beroende på om den person eller inrättning utan avtal som tillhandahåller vården är etablerad i Nederländerna eller i utlandet, eftersom den nationella lagstiftningen, enligt kommissionen, kräver att det måste konstateras om en nederländsk sjukvårdsinrättning utan avtal kan erbjuda vården innan den försäkrade kan vända sig till en utländsk sjukvårdsinrättning utan avtal. Det utgör därför en på etableringsorten grundad formell diskriminering.

Enligt kommissionen förenas de båda kriterierna i kravet på förhandstillstånd, och karaktären av formell diskriminering hos det senare dominerar. Därför föreslår kommissionen att kravet på förhandstillstånd skall anses utgöra en formellt diskriminerande åtgärd, som endast kan berättigas med stöd av något av de undantag som anges i artikel 56 i fördraget, det vill säga hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.

59. Jag delar inte denna bedömning. Kriteriet vad som är "sedvanligt i läkarkretsar", som fastställs på objektiva medicinska grunder och oberoende av den plats på vilken behandlingen tillhandahålls, används för att bestämma vilka förmåner som täcks av det obligatoriska sjukförsäkringssystemet. Även om endast nationella läkares synpunkter beaktas när dessa beslut fattas, måste hänsyn tas till inflytandet av utländska specialisters kunnande, genom deras bidrag till läkarvetenskapen vid internationella konferenser och i facklitteraturen.

För att besluta vilka förmåner som skall täckas av sjukförsäkringen beaktas dess-

54 — Domen i målet Bond van Adverteerders m.fl. (ovan fotnot 32), punkt 34.

utom inte bara vad som är tekniskt möjligt inom det medicinska området, utan även vad som är ekonomiskt försvarbart. Således varierar såväl de förmåner som täcks, som deras omfattning, och de behandlingar som används vid olika sjukdomstillstånd avsevärt från en medlemsstat till en annan, vilket har visats i de två vid Arrondissementsrechtbank Roermond anhängiggjorda målen. [55] Decentraliseringen av institutionerna för social trygghet, som tidigare var nationella, medför också skillnader beroende på budgetmedlen hos de olika organen på lokal nivå. [56] Därför kan inte en viss behandling som inte omfattas av ett sjukförsäkringssystem omvandlas till en förmån som omfattas av detta på grund av att någon har lyckats få behandlingen vid en sjukvårdsinrättning, inom landet eller utomlands, som inte har ingått avtal. [57]

60. Domstolen har gjort tolkningen att gemenskapsrätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själva utforma sina sociala trygghetssystem, [58] och att det i avsaknad av en harmonisering på gemenskapsnivå ankommer på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet [59] och dels villkoren som ger rätt till förmåner [60], såvida det i detta avseende inte förekommer någon diskriminering mellan egna medborgare och medborgare i andra medlemsstater. [61]

Jag anser inte att kriteriet "sedvanlig i läkarkretsar", som används av sjukförsäkringskassorna för att bestämma vilka förmåner som skall täckas av den obligatoriska sjukförsäkringen, är diskriminerande, eftersom det inte innebär att endast förmåner som är tillgängliga i Nederländerna inkluderas och inte i högre grad eller i samtliga fall missgynnar vårdgivare som är etablerade i andra medlemsstater. Gemenskapsrätten kan under alla omständigheter inte på sin nuvarande utvecklingsnivå ålägga en medlemsstat att i det som täcks

55 — Som exempel på skillnaderna kan jag nämna det spanska allmänna systemet för social trygghet som i fråga om stomatologi och odontologi, både avseende kostnad och lokaler, från sitt täckningsområde undantar fyllningar (utom för barn under 14 år), rotbehandlingar, tandproteser, i käkbenet förankrade implantat och tandregleringar.

56 — Således tycks den andalusiska hälsovårdsmyndigheten vara det första allmänna hälsovårdsorganet som inbegrep könsbyte bland sina förmåner.

57 — Som ett exempel på dessa skillnader i fråga om täckning skulle Raymond Kohlls dotter ha kunnat få tandregleringen utförd hos en privatpraktiserande specialist i Spanien och begärt ersättning i Luxemburg, medan en person som är försäkrad i det spanska systemet för social trygghet inte kan få behandlingen utförd någonstans om han inte själv svarar för kostnaden.

58 — Domen i målet Duphar m.fl. och i målet Sodemare m.fl. (ovan fotnot 30), punkt 16 respektive 27.

59 — Dom av den 24 april 1980 i mål 110/79, Coonan (REG 1980, s. 1445), punkt 12 och av den 4 oktober 1991 i mål C-349/87, Paraschi (REG 1991, s. I-4501), punkt 15 och i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 18.

60 — Dom 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 och i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 18.

61 — Dom av den 24 april 1980 i målet Coonan (ovan fotnot 59), punkt 12, av den 18 maj 1989 i mål 368/87, Hartman Troiani (REG 1989, s. 1333), punkt 21, av den 21 februari 1991 i mål C-245/88, Daalmeijer (REG 1991, s. I-555), punkt 15, av den 20 oktober 1993 i mål C-297/92, Baglieri (REG 1993, s. I-5211), punkt 13 och av den 30 januari 1997 i mål C-340/94, De Jaeck (REG 1997, s. I-461), punkt 36.

av den obligatoriska sjukförsäkringen inkludera samtliga förmåner och behandlingar som täcks av sjukförsäkringar i de övriga medlemsstaterna.

Av samma skäl anser jag att det i detta avseende saknar betydelse att en förmån täcks av sjukförsäkringssystemet i en annan medlemsstat och faller utanför detta i en annan.

61. I fråga om kriteriet "nödvändig för den medicinska behandlingen" av den försäkrade, kommer jag inte, såsom kommissionen, genom läsningen av artikel 9.4 i lagen om sjukförsäkringskassor, jämförd med artikel 1 i föreskrifter om sjukvård i utlandet enligt sjukförsäkringsreglerna, fram till att det tillämpas olika beroende på om den som förmån betecknade behandlingen erbjuds vid en sjukvårdsinrättning utan avtal i Nederländerna eller i utlandet. I båda fallen utgörs det enda villkoret av att sjukförsäkringskassan lämnar tillstånd.

Det måste dock framhållas att den nationella domstolen tar upp ett annat fall, nämligen att en försäkrad inte beviljas tillstånd att i utlandet få en behandling som betecknas som förmån, på grund av att det finns en vårdgivare som har ingått avtal i Nederländerna som kan erbjuda behandlingen i tid. Denna aspekt av frågan saknar betydelse om domstolen beaktar att sjukvården inom ramen för den obligatoriska sjukförsäkringen i Nederländerna inte utgör en tjänst i den mening som avses i artikel 60 i fördraget. Jag skall dock för alla eventualiteter granska den i samband med mina överväganden angående skälen att berättiga kravet på förhandstillstånd.

62. Enligt min uppfattning diskriminerar inte de nederländska bestämmelserna om obligatorisk sjukförsäkring, genom att kräva att den försäkrade inhämtar tillstånd från sin sjukförsäkringskassa, olika mottagare av tjänster på grund av nationalitet, eftersom de påverkar samtliga personer som önskar bege sig till en annan medlemsstat, och genom att endast skilja mellan vårdgivare som har ingått avtal och sådana som inte har det, oberoende av om de är etablerade i Nederländerna eller i utlandet, diskriminerar de inte heller försäkringstagare på grund av tjänstens ursprung. [62]

62 — Denna situation skiljer sig helt från den som var aktuell i mål C-353/89 och som ledde till domen av den 25 juli 1991, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-4069), där domstolen gjorde tolkningen att det inte var nödvändigt att alla företag i en medlemsstat gynnas i förhållande till utländska företag, utan att det räcker att den införda preferensordningen är till fördel för en av dem i det land som tillhandahåller tjänster. I detta mål kritiserade kommissionen Nederländerna för att ha ålagt rikstäckande programföretag som var etablerade i medlemsstaten att låta ett nederländskt företag producera samtliga eller en del av deras program.

63. Den nationella domstolen förefaller tveka om frånvaron av diskriminering då den konstaterar att avtalen främst ingås med sjukvårdsinrättningar som är etablerade i Nederländerna.

Det bör tilläggas att, mot bakgrund av 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 [63], och av att den nederländska regeringen i punkt 56 i sitt skriftliga yttrande har förklarat att en sjukvårdsinrättning, som är auktoriserad att bedriva verksamhet i en annan medlemsstat, automatiskt är godkänd för att ingå avtal, det inte förefaller finnas något rättsligt hinder för sjukförsäkringskassorna att ingå sådana avtal med personer och sjukvårdsinrättningar som är etablerade i andra medlemsstater. En annan sak är att sjukförsäkringskassorna av sunt förnuft och för att underlätta för de försäkrade att få vård när de är sjuka, eftersträvar att ingå dessa avtal med dem som kan erbjuda vård utan att det krävs långa resor. Det faktum att Nederländerna har ingått avtal med personer och sjukvårdsinrättningar i gränsregionerna i Belgien och Tyskland pekar i denna riktning, samtidigt som det inte innebär alltför stora språksvårigheter.

64. För att återuppta granskningen av kravet på tillstånd, som inte formellt skapar en annan ordning för vårdgivare i andra medlemsstater, bör jag erinra om att domstolen har förklarat att enligt artikel 59 i fördraget skall inte endast all diskriminering på grund av nationalitet avskaffas gentemot personer som tillhandahåller tjänster, utan detsamma gäller för varje inskränkning som är ägnad att förbjuda, eller på annat sätt störa verksamheten för, den som tillhandahåller tjänster och är etablerad i en annan medlemsstat där han rättsenligt tillhandahåller motsvarande tjänster, till och med om inskränkningen är tillämplig utan åtskillnad mellan medborgare i det egna landet som tillhandahåller tjänster och medborgare från andra medlemsstater som tillhandahåller tjänster. [64]

65. I ett sådant fall anser domstolen att friheten att tillhandahålla tjänster, som är en grundläggande princip i fördraget, endast kan begränsas genom bestämmelser som är

1) berättigade av hänsyn till allmänintresset och som gäller för varje person eller företag som utövar dessa aktiviteter på den ifrågavarande statens territorium, i den mån detta intresse inte redan skyddas av regler som gemenskapsmedborgaren är underkastad i den medlemsstat där han är etablerad,

63 — EGT L 165, 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 102.

64 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 12, och av den 5 juni 1997 i mål C-398/95, SETTG (REG 1997, s. I-3098), punkt 16.

2) nödvändiga i syfte att garantera att de intressen som de syftar till att skydda säkerställs, och att

3) samma resultat inte kan uppnås genom andra bestämmelser som innebär mindre inskränkningar. [65]

66. Arrondissementsrechtbank vill få klarhet i om de tvingande hänsyn till allmänintresset som har anförts av svarandena är tillräckliga för att berättiga hindret för friheten att tillhandahålla tjänster.

67. Domstolen har under årens lopp utvecklat en kasuistisk rättspraxis avseende dessa tvingande hänsyn. Jag kan som exempel, och utan avsikt att vara uttömmande, nämna att den har erkänt hänsyn som det upphovsrättsliga skyddet, [66] behovet av att skydda mottagaren av tjänsten som kan motivera att den som tillhandahåller tjänster omfattas av de yrkesbestämmelser som gäller i värdmedlemsstaten, [67] det sociala skyddet för arbetstagare, [68] konsumentskyddet, [69] skyddet för god handelssed, [70] en kulturpolitik som syftar till att bevara ett nationellt radio- och tv-system som borgar för allsidighet, [71] skyddet för god administration av rättvisan, [72] behovet av att säkerställa sambandet i ett skattesystem [73], önskan om att bevara den nationella finanssektorns goda rykte, [74] bevarandet av det nationella historiska och konstnärliga arvet, [75] ökad förståelse för platser och föremål av historiskt värde och bästa möjliga spridning av kunskaper om ett lands konst och kulturarv, [76] risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas. [77]

65 — Dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), punkt 27, av den 26 februari 1991 i mål C-180/89, kommissionen mot Italien (REG 1991, s. I-709), punkterna 17 och 18, av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath (REG 1992, s. I-3351; svensk specialutgåva, volym 12, s. 101), punkterna 29—31.

66 — Dom av den 18 mars 1980 i mål 62/79, Coditel (REG 1980, s. 881; svensk specialutgåva, volym 5, s. 89), punkt 18.

67 — Domen i målet Van Wesemael (ovan fotnot 51), punkt 28.

68 — Domen i målet Webb (ovan fotnot 29), punkt 19, dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, Seco (REG 1982, s. 223; svensk specialutgåva, volym 6, s. 299), punkt 14, av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa (REG 1990, s. I-1417; svensk specialutgåva, volym 10, s. 389), punkt 18, av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. 59), punkt 23 och av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot (REG 1996, s. I-1905), punkt 16.

69 — Dom av den 4 december 1986 i mål 220/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 3663), punkt 20, dom i mål 252/83, kommissionen mot Danmark (REG 1986, s. 3713), punkt 20, dom i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 65), punkt 30, i mål 206/84, kommissionen mot Irland (REG 1986, s. 3817), punkt 20, av den 26 februari 1991 i mål C-198/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-727), punkt 21 och av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi (REG 1997, s. I-3899), punkt 32.

70 — Dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95—C-36/95, De Agostini och TV-Shop (REG 1997, s. I-3843), punkt 53.

71 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. 331), punkterna 23 och 25, av den 25 juli 1991 i mål C-353/89 (ovan fotnot 62), punkt 30 och av den 3 februari 1993 i mål C-148/91, Veronica Omroep Organisatie (REG 1993, s. I-487; svensk specialutgåva, volym 14, s. 17), punkt 15.

72 — Dom av den 12 december 1996 i mål C-3/95, Reisebüro Broede (REG 1996, s. I-6511), punkt 36.

73 — Dom av den 28 januari 1992 i mål C-300/90, kommissionen mot Belgien (REG 1992, s. I-305), punkt 21 och domen i målet Bachmann (ovan fotnot 14), punkt 28 och av den 14 november 1995 i mål C-484/93, Svensson och Gustavsson (REG 1995, s. I-3955), punkt 16.

74 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141), punkt 44.

75 — Dom av den 26 februari 1991 (ovan fotnot 65), punkt 20.

76 — Dom av den 26 februari 1991 i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (REG 1991, s. I-659; svensk specialutgåva, volym 11, s. 43), punkt 17 och i mål C-198/89, kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 69), punkt 21.

77 — Domen i målet Kohll (ovan fotnot 11), punkt 41.

68. De tvingande hänsyn till allmänintresset som har anförts av svarandena är sammanfattningsvis följande:

— Att bevara infrastrukturen och den ekonomiska balansen i avtalssystemet, vilket möjliggör kontroll över sjukvårdskostnader, volym och kvalitet.

— Att sörja för att sjukvården är tillgänglig för alla.

— Att kunna erbjuda ett tillräckligt antal läkare, medicinska faciliteter och sjukhussängar för att åstadkomma en balans och undvika väntelistor (vilket innebär att sjukvård endast är tillgänglig i begränsad omfattning), liksom slöseri med ekonomiska resurser (vilka inom sjukvården är mycket begränsade), varför det är nödvändigt att reglera tillgången till sjukhusen.

— Att begränsa antalet patienter som beger sig till utlandet och undvika en alltför stor tillströmning av utländska patienter, på grund av de störningar detta skulle leda till avseende nyttjandet av sjukhusanläggningarna.

De medlemsstater som har yttrat sig i detta förfarande har, förutom de redan nämnda, som tvingande hänsyn till allmänintresset för att upprätthålla kravet på tillstånd, anfört sjukförsäkringskassornas behov av att kunna kontrollera kostnaderna, respekten för varje stats behörighet att göra prioriteringar inom sjukvården med utgångspunkt från de tillgängliga medlen och befolkningens behov samt respekten för principen om likabehandling av de försäkrade, som skulle rubbas till nackdel för de svagaste som inte har möjlighet att förflytta sig till en annan medlemsstat på grund av de kostnader detta skulle medföra.

69. Alla dessa skäl kan sammanfattas i tre, nämligen behovet av att bevara den ekonomiska balansen inom den obligatoriska sjukförsäkringen, att garantera läkar- och sjukvård som är väl avvägd och lika tillgänglig för samtliga försäkrade, och att garantera den nödvändiga sjukvårdskapaciteten och kompetensen inom det nationella territoriet.

70. Dessa tre skäl har redan prövats av domstolen i domen i målet Kohll, då domstolen konstaterade att risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas kan vara tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera ett förhandstillstånd för att ge en försäkrad person rätt till vård utomlands.[78] Beträffande målsättningen att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård

78 — Ovan fotnot 11, punkt 41.

som är väl avvägd och tillgänglig för alla och upprätthålla en vårdkapacitet och kompetens inom det nationella territoriet förklarade domstolen att de kan innefattas i undantaget på grund av hänsyn till folkhälsan enligt artikel 56 i fördraget, som ger medlemsstaterna möjlighet att begränsa friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård. [79]

71. Det som ifrågasätts är alltså inte om dessa tre skäl är giltiga för att berättiga ett sådant hinder för friheten att tillhandahålla tjänster som det omtvistade tillståndskravet, när, såsom i förevarande mål, det tillämpas lika på nationella vårdgivare och vårdgivare som är etablerade i utlandet, utan behovet av detta krav för att garantera förverkligandet av de mål som eftersträvas och om det överensstämmer med proportionalitetsprincipen.

72. Jag skall försöka belysa dessa frågor. I system som det jag granskar, som medger de försäkrade naturaförmåner, förvaltar sjukförsäkringskassorna sina budgetmedel genom att ingå avtal med personer och sjukvårdsinrättningar, där såväl de avtalade förmånerna som tjänsternas tillgänglighet och det ekonomiska bidrag som kassorna åtar sig att göra, fastställs. På detta sätt garanteras i förväg finansieringen av all sjukvård som de försäkrade kommer att behöva under ett år, såväl i form av öppenvård som sjukhusvård, vilket medför att sjukförsäkringskassorna i princip inte skall behöva göra tilläggsbetalningar.

Under dessa omständigheter utgör kravet på tillstånd, som jag ser det, inte endast en nödvändig och proportionerlig metod för att uppnå målet att bevara den ekonomiska balansen i systemet, utan det enda som står till sjukförsäkringskassornas förfogande för att kontrollera betalningarna till en vårdgivare som inte har ingått avtal om den sjukvård vilken de redan har betalat till de vårdgivare som har ingått avtal, vilket innebär en merkostnad. Det förefaller uppenbart att inom ett system för social trygghet där medlen, personerna och sjukvårdsinrättningarna är bestämda i förväg, bör sjukförsäkringskassorna kunna förlita sig på att den vård som de försäkrade behöver, annat än om de i vissa fall medgivit undantag från detta, kommer att ges av just dessa personer och sjukvårdsinrättningar, oberoende av om de är etablerade inom det nationella territoriet eller i utlandet.

79 — Ibidem, punkterna 50 och 51.

73. Jag vill tillägga att den skillnad som generaladvokaten Tesauro i punkt 59 i sitt förslag till avgörande i målen Decker [80] och Kohll [81] gör, mellan förmåner som tillhandahålls av fria yrkesutövare och sådana som tillhandahålls inom ramen för sjukhusväsendet, inte är relevant i fråga om ett naturalsystem likt det som jag granskar. Om de försäkrade vänder sig till vårdgivare som inte har ingått avtal innebär det enligt min uppfattning under alla omständigheter en merkostnad för försäkringskassan. Därför anser jag att kravet på förhandstillstånd är berättigat.

74. Jag anser att såväl målet att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla, som att upprätthålla en vårdkapacitet och kompetens inom det nationella territoriet, förutom att vara oupplösligt förenat med sättet att finansiera systemet, såsom domstolen förklarade redan i punkterna 50 och 51 i domen i målet Kohll [82], kan inordnas under de hänsyn till folkhälsan, som enligt artikel 56 kan berättiga en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. Men till skillnad från vad som var fallet i det målet, har kravet på tillstånd i detta mål, på grund av det nederländska obligatoriska sjukförsäkringssystemets uppbyggnad baserat på övergripande förhandsavtal med personer och sjukvårdsinrättningar rörande de tekniska resurserna, sjukhuskapacitet och personalresurser, visat sig berättigat för att sjukförsäkringskassorna skall kunna hålla sig informerade om de ytterligare behov av vård som uppkommer för att kunna korrigera de obalanser som spåras.

75. Av ovanstående överväganden följer att en sjukförsäkringskassa har rätt att neka en försäkrad tillstånd att få vård av en vårdgivare i utlandet som inte har ingått avtal, därför att det inom landets gränser finns en person eller en sjukvårdsinrättning med vilken avtal har ingåtts som kan tillhandahålla den nödvändiga vården.

D — *Tillämpningen av artikel 22 i förordning nr 1408/71*

76. Trots att den nationella domstolen inte har tagit upp frågan om tolkningen av artikel 22.1 c i och 22.2 andra stycket i förordning nr 1408/71, bör några rader ägnas denna. Som nämnts tillerkänner denna bestämmelse en anställd eller egenföretagare, som är ansluten till sjukförsäkringssystemet i en medlemsstat och har tillstånd av den behöriga institutionen att bege sig till en annan medlemsstats territorium, rätt att där få den vård som hans hälsotillstånd kräver, på bekostnad av den behöriga institutionen och enligt lagstift-

80 — Ovan fotnot 10.
81 — Ovan fotnot 11.
82 — Ibidem.

ningen i den medlemsstat där tjänsten tillhandahålls. Tillstånd 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 denna stat 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.

77. Denna bestämmelse reglerar de konkreta förutsättningarna för att en försäkrad skall få bege sig till en annan medlemsstat för att få vård enligt lagstiftningen i denna medlemsstat, på bekostnad av den behöriga institutionen. Detta fall skiljer sig väsentligt från det som granskades i målet Kohll, där den försäkrade fick vård i en annan medlemsstat, men den behöriga institutionen endast återbetalade enligt taxan i den medlemsstat där denne var ansluten till sjukförsäkringssystemet.

78. De villkor som ställs av de nederländska sjukförsäkringskassorna för att ge tillstånd till behandling av en person eller sjukvårdsinrättning utan avtal, nämligen att behandlingen anses omfattas av den obligatoriska sjukförsäkringen och att patienten inte i tid kan få den vård som hans hälsotillstånd kräver av en vårdgivare som har ingått avtal, sammanfaller med dem som anges i artikel 22 i förordning nr 1408/71 för att medge behandling i utlandet. Jag noterar även att i det förslag som kommissionen lade fram inför rådet i syfte att förenkla förordning nr 1408/71, [83] ändrar artikel 22 beteckning till artikel 18 och den nuvarande negativa formuleringen "tillstånd får inte vägras" ändras till den mer positiva "tillstånd skall beviljas", men de nuvarande kraven bibehålls, nämligen att det skall röra sig om en täckt förmån och att behandlingen är brådskande. [84]

79. Enligt min uppfattning är det fråga om en bestämmelse som fortsättningsvis är gällande och som skall tillämpas [85] parallellt med domstolens rättspraxis i domarna

83 — Förslag till rådets förordning (EG) om samordning av de sociala trygghetssystemen KOM(1998) 779 (EGT C 38, s. 10).

84 — Den föreslagna texten lyder: "Tillstånd att få lämplig vård utanför den behöriga staten. En person som av den behöriga institutionen fått tillstånd att resa till en annan medlemsstats territorium för att där få lämplig vård för sitt hälsotillstånd skall få de vårdförmåner som för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på vistelseorten enligt bestämmelserna i den lagstiftning som institutionen tillämpar, som om personen var försäkrad enligt denna lagstiftning. Tillstånd skall beviljas om den vård det gäller anges bland de förmåner som föreskrivs i lagstiftningen i den behöriga medlemsstaten eller inom vars territorium den berörda personen är bosatt och om, med beaktande av personens aktuella hälsotillstånd och prognos för sjukdomen, personen inte kan ges denna vård inom den tid som krävs."

85 — Se härtill Cornelissen, R.: "The principle of territoriality and the Community regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)", *Common Market Law Review*, 1996, 33, s. 439—471, särskilt s. 456 och 466.

i målet Decker [86] och i målet Kohll [87] i fråga om ett system för social trygghet såsom det luxemburgska, och som inte kan överföras på systemen i alla andra medlemsstater på grund av de variationer de uppvisar.

Jag vill i detta avseende tillägga att jag finner det beklagligt att de behöriga institutionerna i medlemstaterna tillämpar denna bestämmelse så restriktivt och att de beviljar så få tillstånd per år, när den, under deras kontroll, skulle kunna vara ett ovärderligt redskap för att förkorta de långa väntetider som råder för patienterna i vissa medlemsstater. På detta sätt skulle de kunna få vård i en annan medlemsstat under åberopande av artikel 22 i förordning nr 1408/71, eller genom att direkt åberopa rättspraxis i fallen Decker och Kohll, utan att behöva löpa risken att nekas återbetalning då de återvänder till den medlemsstat där de är bosatta. [88]

80. Fenomenet med så kallad klinisk-social turism, som innebär att patienter med vanligen god ekonomi, söker bättre medicinsk behandling har varit känt sedan långt innan Europeiska unionen bildades. År 1911 installerade sig den tyske författaren Thomas Mann, tillsammans med sin av ohälsa drabbade hustru, på ett sanatorium i Davos i Schweiz. I kontakten med patienter av olika nationaliteter som på jakt efter hälsa sökte sig till anläggningen i det vilda, bergiga landskapet skrev han sitt mästerverk "Bergtagen" (1924), som skildrar detta kringresande för att hitta den bästa medicinska vården. [89] Denna "kliniskt-sociala turism" är ytterligare ett skäl för de behöriga institutionerna att vara något mindre restriktiva i fråga om att ge de försäkrade tillstånd att bege sig till en annan medlemsstat för att få sjukvård, så att principen om likhet mellan samtliga försäkrade avseende tillgång till bästa möjliga sjukvård upprätthålls, utan att den ekonomiska balansen i systemet äventyras. [90]

86 — Ovan fotnot 10.

87 — Ovan fotnot 11.

88 — Van der Mei, a.a. s. 286 och 287, säger i detta avseende: "In all other cases authorisation may be refused. The Regulation thus leaves it largely to the Member States to decide whether or not authorisation is given and in practice, authorisation is indeed usually refused. National laws and regulations limit the number of circumstances in which the health (insurance) institutions may grant authorisation, and within these limits the relevant institutions appear to follow rather strict authorisation policies."

89 — "Där fanns ligghalldamer av olika nationalitet ... monokelbärande sjuttonåringar, en glasögonprydd ung holländare med rosiga drag och en monoman lidelse för att byta frimärken, åtskilliga greker, pomaderade och mandelögda ... Den puckelryggige mexikanaren, som därför att han inte kunde något av de här talade språken fick samma ansiktsuttryck som en döv ..." Mann, T.: "Bergtagen I", Forumbiblioteket nummer 111, Uddevalla 1959, s. 241, översättning av Karin Boye.

90 — Enligt Le Grand, J. i "La asistencia sanitaria y la construcción del mercado único: perspectiva y problemática", *Mercado único europeo y seguridad social*, Madrid, 1993, s. 332 och 333, kan den sociala turismen påverka de stater som förlorar patienter till andra hälsovårdssystem att förbättra sin sjukvård. Författaren påpekar dock att möjligheten att detta verkligen blir fallet kommer att bero på systemet för ersättning av vården: Om det grundas på arvoden till följd av utförda tjänster, består incitamentet i att behandla så många patienter som möjligt, om ersättningen beror på antalet personer som är registrerade hos vårdgivaren, kommer detta att locka till att få relativt friska patienter att registrera sig och att skicka patienter som behöver kostsamma behandlingar till systemen för social trygghet i andra länder, om ersättningen slutligen består i en lön, kommer incitamentet att ligga i att försöka behandla så få patienter som möjligt. Enligt dennes uppfattning kan de två senare situationerna ge upphov till en social turism som drivs på av de personer som tillhandahåller tjänsterna, vilka kommer försöka övertyga sina patienter att vända sig till andra orter, och även till anda medlemsstater, för att få behandling.

IX — Förslag till avgörande

81. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som ställts av Arrondissementsrechtbank Roermond på följande sätt:

1) De vårdförmåner *in natura* som ett system för obligatorisk sjukförsäkring likt det nederländska tillhandahåller de försäkrade saknar ett betalningsmoment och utgör därför inte tjänster i den mening som avses i artikel 60 i EG-fördraget (nu artikel 50 EG). Under detta förhållande utgör inte artikel 59 (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och artikel 60 i fördraget hinder för att sjukförsäkringskassorna i en medlemsstat ålägger de försäkrade att begära tillstånd för att ta emot vårdförmåner från en person eller en sjukvårdsinrättning med vilken de inte har ingått avtal om sjukvård.

2) Om det däremot godtas att dessa prestationer är tjänster i den mening som avses i artikel 60 i fördraget, skulle sagda krav på tillstånd i praktiken utgöra ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster, men skulle anses som en nödvändig och proportionerlig åtgärd för att bevara den ekonomiska balansen inom den obligatoriska sjukförsäkringen, och för att garantera läkar- och sjukvård som är väl avvägd och lika tillgänglig för samtliga försäkrade samt för att garantera nödvändig sjukvårdskapacitet och kompetens inom det nationella territoriet.