Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 18 april 2012 [1]

Mål C-562/10

Europeiska kommissionen
mot

Förbundsrepubliken Tyskland

”Fördragsbrott — Artikel 56 FEUF — Frihet att tillhandahålla tjänster — Särskilt socialt trygghetssystem som täcker risken för vård- och omsorgsbehov — Vårdförmåner till förmån för vårdbehövande — Den vårdbehövandes tillfälliga vistelse i en annan medlemsstat — Nationell lagstiftning om vårdförsäkring i vilken det beträffande de vårdtjänster i hemmet som tillhandahållits i vistelsemedlemsstaten inte föreskrivs någon kostnadsersättning i samma storleksordning som den som gäller för vårdtjänster som tillhandahålls i den medlemsstat där personen är försäkrad”

I – Inledning

1. Efter domstolens avgöranden i målen Molenaar [2] och Chamier-Glisczinski [3] ska nu Förbundsrepubliken Tysklands sociala vårdförsäkring återigen prövas unionsrättsligt. Denna infördes den 1 januari 1995 genom bok XI i Sozialgesetzbuch (den tyska lagsamlingen avseende sociala trygghetslagar, nedan kallad SGB XI) [4] som obligatorisk försäkring och syftar till att täcka risken för vård- och omsorgsbehov. Unionsrättsligt ingår social vårdförsäkring genom vilken försäkringstagare erhåller kontantförmåner och vårdförmåner enligt domstolens rättspraxis i förmåner vid sjukdom. [5]

2. I förevarande fall avses 34 § första stycket punkt 1 SGB XI, enligt vilken rätten till vårdtjänster i hemmet enligt vårdförsäkringen, med vissa begränsade undantag, i princip skjuts upp lika länge som den försäkrade vistas i utlandet.

3. Den praktiska relevansen av denna begränsning är betydande, eftersom tyska försäkringstagare ofta vistas i utlandet vilket kan medföra att de inte erhåller vissa förmåner där, vilka utges inom ramen för den tyska vårdförsäkringen.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Domstolens dom av den 5 mars 1998 i mål C-160/96, Molenaar (REG 1998, s. I-843).

3 — Domstolens dom av den 16 juli 2009 i mål C-208/07, von Chamier-Glisczinski (REG 2009, s. I-6095).

4 — Bok XI i Sozialgesetzbuch (den tyska lagsamlingen avseende sociala trygghetslagar – soziale Pflegeversicherung (social vårdförsäkring)) – artikel 1 i lag av den 26 maj 1994 (BGBl. I, s. 1014), som senast ändrades genom artikel 4 i lag av den 22 december 2011 (BGBl. I, s. 2983).

5 — Se, till exempel, domstolens dom av den 30 juni 2011 i mål C-388/09, da Silva Martins (REU 2011, s. I-5737), punkterna 38 och 42. För fullständighetens skull hänvisas till att den sociala vårdförsäkringen i princip inte omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/24/EU av den 9 mars 2011 om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård (EUT L 88, s. 45), vilket medlemsstaterna ska ha införlivat med sina lagstiftningar senast den 25 oktober 2013. Enligt skäl 14 och artikel 1.3 a i nämnda direktiv gäller direktivet inte för ”tjänster vid långvarigt behov vars syfte är att vara till stöd för personer som behöver hjälp med utförande av rutinmässiga vardagssysslor”. Inte heller i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) är nämnda direktiv tillämpligt i förevarande fall. På grund av den tvåmånadersfrist som angetts i det motiverade yttrande som tillställdes svaranden den 23 januari 2010, ska nämligen rättsläget per den 23 januari 2010 vara avgörande och därför ska det först år 2011 ikraftträdda direktivet inte tillmätas någon betydelse här.

4. Detta är för det första av betydelse med avseende på den tendens som på senare tid har kunnat iakttas vad gäller personer som behöver intensivvård att motivera en stadigvarande vistelse utanför Förbundsrepubliken Tyskland med möjligheten att erhålla bättre vård eller vård till så lågt pris som möjligt. [6]

5. För det andra uppkommer frågan om förmåner som utges inom ramen för den sociala trygghetsförsäkringen kan exporteras [7] till utlandet även när tyska medborgare som på grund av semester eller av yrkesmässiga skäl enbart vistas tillfälligt i utlandet behöver vård.

6. Domstolen har vid flera tillfällen haft anledning att unionsrättsligt ta ställning till lagstiftningen om social trygghetsförsäkring.

7. I målet Molenaar [8] slog domstolen mot bakgrund av den fria rörligheten för arbetstagare och förordning nr 1408/71 fast att det tyska vårdbidraget utgör en kontantförmån som den försäkrade utan tidsbegränsning även måste ha rätt att uppbära utanför Tyskland i en annan medlemsstat. [9] Den tyska lagstiftaren har beaktat denna dom och därmed erkänt att vårdbidrag kan exporteras till andra medlemsstater.

8. Situationen är ur unionsrättsligt perspektiv annorlunda med avseende på vårdtjänster i hemmet. Denna fråga prövades i målet Chamier-Glisczinski [10] som avsåg fullständig vård och omsorg i Österrike. Domstolen besvarade frågan huruvida en tysk försäkringstagare mot bakgrund av artikel 18 EG (nu artikel 21 FEUF) i andra medlemsstater kunde göra gällande vårdtjänster i hemmet på samma sätt som i Tyskland nekande och motiverade detta med att vårdförmåner styrs av lagstiftningen i vistelsemedlemsstaten [11] och att en eventuell sämre behandling av försäkrade i jämförelse med rättsläget i den medlemsstat där personen är försäkrad ska accepteras, eftersom den sociala trygghetslagstiftningen inte har harmoniserats i unionen. [12]

9. I förevarande talan om fördragsbrott rör det sig i motsats till målet Chamier-Glisczinski inte om fullständig vård och omsorg utan om tillhandahållande av vårdtjänster och vårdhjälpmedel vid vård och omsorg i hemmet av en försäkringstagare som bland annat på grund av semester tillfälligt vistas i en annan medlemsstat.

10. Eftersom 34 § första stycket punkt 1 SGB XI i detta avseende utgör hinder mot utnyttjandet av den sociala trygghetsförsäkringen har Europeiska kommissionen gjort gällande att artikel 56 FEUF har åsidosatts.

6 — Om så kallade demenscentrum i Thailand rapporterade nyligen *Spiegel Online* på webbplatsen http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,773044-3,00.html.

7 — Avseende det åskådliggörande begreppet export av förmåner se ”det gemensamma cirkuläret av vårdkassans förbund avseende vårdförsäkringsförmåner vid vistelser i utlandet” av den 13 september 2006, nr 1.2, tillgängligt på webbplatsen http://www.sindbad-mds.de/infomed/sindbad.nsf/002568A2003D5BAE/B6FAF6382466683E00256C72005C0D2C?OpenDocument, samt Bassen, A., ”Export von Sachleistungen der Pflegeversicherung nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache von Chamier-Glisczinski”, NZS 2010, sidan 479 och följande sidor.

8 — Domen i målet Molenaar (ovan fotnot 2), punkterna 36–39.

9 — Se vidare avseende frågan om inbetalning av pensionsförsäkringsavgifter till förmån för tredje man, som en vårdbehövande person har anlitat som assistent i hemmet, domstolens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen C-502/01 och C-31/02, Gaumain-Cerri och Barth (REG 2004, s. I-6483), punkt 36.

10 — Domen i målet Chamier-Glisczinski (ovan fotnot 3), punkterna 24–28, 63–65, 83–88 samt punkt 2 i domslutet.

11 — Domen i målet Chamier-Glisczinski (ovan fotnot 3), punkt 65.

12 — Domen i målet Chamier-Glisczinski (ovan fotnot 3), punkterna 84 och 85.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

1. Förordning (EEG) nr 1408/71

11. I artikel 22.1 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen [13] föreskrivs följande vid vistelse utanför den behöriga staten:

”En anställd eller egenföretagare som uppfyller villkoren i den behöriga statens lagstiftning för att få förmåner … och:

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

…

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. …

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

…”

12. Artikel 31 i förordning nr 1408/71 innehåller en jämförbar bestämmelse för ”En pensionärs och/eller hans familjemedlemmars vistelse i en annan medlemsstat än den där de är bosatta”.

13. Artikel 36.1 i förordning nr 1408/71 har följande lydelse:

”Vårdförmåner som utges enligt bestämmelserna i detta kapitel av en medlemsstats institution för en annan medlemsstats institutions räkning skall återbetalas i sin helhet.”

2. Förordning (EG) nr 883/2004

14. Enligt artikel 90 ersätter Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen [14] med verkan från och med den 1 maj 2010 [15] förordning nr 1408/71.

13 — EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57, senast ändrad genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 592/2008 av den 17 juni 2008 (EUT L 177, s. 1).

14 — EGT L 166, s. 1, senast ändrad genom kommissionens förordning (EU) nr 1244/2010 av den 9 december 2010 (EUT L 338, s. 35).

15 — Se artikel 91 i nämnda förordning.

15. I artikel 19.1 i förordning nr 883/2004 föreskrivs följande vid vistelse utanför den behöriga medlemsstaten:

”Om inte annat följer av punkt 2 skall en försäkrad person och dennes familjemedlemmar som vistas i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten ha rätt till de vårdförmåner som av medicinska skäl blir nödvändiga under vistelsen med beaktande av förmånernas karaktär och vistelsens förväntade längd. Dessa förmåner skall för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på vistelseorten i enlighet med den lagstiftning som den tillämpar, som om de berörda personerna vore försäkrade enligt denna lagstiftning.”

16. Artiklarna 27 och 35 i förordning nr 883/2004 motsvarar i allt väsentligt artiklarna 31 och 36 i förordning nr 1408/71.

B – *Nationell rätt*

17. 34 § SGB XI har följande lydelse sedan denna paragraf utvidgats genom stycke 1 a.[16]

”1) Rätten till förmåner skjuts upp

1. så länge den försäkrade vistas i utlandet. Vid tillfällig vistelse i utlandet uppgående till högst sex veckor per kalenderår ska vårdbidraget bibehållas under de villkor som anges i 37 § eller utges proportionerligt i enlighet med 38 §. För vårdtjänster i hemmet gäller detta enbart såvida assistenten som annars tillhandahåller vårdtjänster i hemmet följer med den vårdbehövande under vistelsen i utlandet.

1a) Rätten till vårdbidrag under de villkor som anges i 37 § eller proportionerligt vårdbidrag i enlighet med 38 § skjuts inte upp för vårdbehövande försäkringstagare som vistas i en medlemsstat i Europeiska unionen, i en stat som är part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller Schweiz.

…”

18. Avseende ”Vårdtjänster i hemmet” föreskrivs följande i 36 § första stycket SGB XI:

”Vårdbehövande har vid vård i hemmet rätt till konkret hjälp i form av hemvård [(häusliche Pflegehilfe)] bestående av personlig hjälp för grundläggande behov och hushållshjälp. ... Hemvård ska erbjudas av kompetent vårdpersonal som är anställd antingen av vårdkassan eller av ambulerande vårdinrättningar med vilka vårdkassan har slutit avtal om tillhandahållande av vård [(Versorgungsvertrag)]. Hemvård i form av konkret vård kan även erbjudas av enskilda som slutit … avtal med vårdkassan. ...”

19. I 37 § SGB XI regleras ”Ersättning för vård som den vårdbehövande själv anlitar” (Pflegegeld). I denna paragraf föreskrivs följande:

”1) Vårdbehövande kan i stället för hemvård begära ersättning för vård. För att erhålla nämnda ersättning krävs att den vårdbehövande inom ramen för ersättningen själv ombesörjer tillräcklig personlig hjälp för grundläggande behov och hushållshjälp. ...”

16 — Infört genom artikel 7 i lag av den 22 juni 2011 om samordning av de sociala trygghetssystemen i Europa och om ändring av andra lagar (BGBl. I, s. 1202). För att motivera lagändringen hänvisade Tysklands Bundestag i dokument 17/4978 uttryckligen till domen i målet Molenaar och till att ”ordalydelsen i 34 § SGB XI är förenlig med kraven i EG-rätten”.

20. Enligt 38 § SGB XI kan kombinerade förmåner (Kombinationsleistung) i form av kontantförmåner och vårdförmåner utges. Den vårdbehövande är i princip bunden i sex månader av sitt beslut avseende det förhållande i vilket kontantförmåner och vårdförmåner ska utges. Vid en grundläggande förändring av förhållandena kan emellertid beslutet anpassas till den nya förändrade vårdsituationen enligt 48 § första stycket SGB X,[17] till exempel när behovet av eller tillgången till vårdpersonal förändras.

21. I 40 § SGB XI regleras tillhandahållande av vårdhjälpmedel. I denna paragraf föreskrivs följande:

”1) Vårdbehövande har rätt till vårdhjälpmedel som bidrar till att underlätta vården eller lindra besvären hos vårdbehövande eller göra det möjligt för dem att klara sig själva såvida hjälpmedel inte ska tillhandahållas av sjukförsäkringskassan eller andra behöriga institutioner på grund av sjukdom eller handikapp. Vårdkassan kontrollerar behovet av vårdhjälpmedel under medverkan av vårdpersonal eller hälsovårdsenheter. ...

2) …

3) Vårdkassorna ska i första hand i alla lämpliga fall tillhandahålla tekniska vårdhjälpmedel för utlåning. Vårdhjälpmedel kan beviljas under förutsättning att de vårdbehövande anpassar vårdhjälpmedlen eller själva utbildar sig eller låter vårdpersonalen utbilda sig vad gäller dess användning.

III – Det administrativa förfarandet

22. Förevarande talan om fördragsbrott inleddes med anledning av att en tysk medborgare tillsammans med sin vårdbehövande hustru två månader om året vistades på ett kurhotell i en annan medlemsstat. En utländsk inrättning för ambulerande vård bistod honom med vården av hustrun i utlandet. De var dessutom tvungna att hyra en vårdsäng där. Den sociala trygghetsförsäkringen beviljade enbart ett vårdbidrag som var betydligt mindre än värdet av de vårdtjänster i hemmet som hade kunnat anlitas vid en vistelse i Tyskland. Kostnaderna för hyran av vårdsängen ersattes inte.

23. Kommissionen fick kännedom om detta och begärde genom skrivelse av den 19 september 2007 att Förbundsrepubliken Tyskland skulle lämna ytterligare upplysningar om tillämplig lagstiftning som också tillhandahölls genom skrivelse av den 7 januari 2008. I en ytterligare skrivelse av den 17 oktober 2008 påpekade kommissionen bland annat att lagstiftningen om den sociala trygghetsförsäkringen möjligen strider mot friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på ersättning för kostnader som uppkommer i en annan medlemsstat i samband med ambulerande vård och fastställde en frist på två månader för att inkomma med synpunkter. Förbundsrepubliken inkom med synpunkter den 17 december 2008 och ifrågasatte kommissionens uppfattning och inkom genom andra skrivelser av den 16 juli 2009, samt den 18 september 2009 med ytterligare kommentarer. Genom skrivelse av den 23 november 2009 avgav kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland.

24. Som svar på detta yttrande tillkännagav Förbundsrepubliken Tyskland en lagändring avseende bibehållande av vårdbidrag vid vistelse i en annan EU-medlemsstat och vidhöll för övrigt sin rättsliga uppfattning.

IV – Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

25. Genom ansökan av den 30 november 2010, som inkom till domstolens kansli den 29 november 2010, har kommissionen yrkat att domstolen ska

17 — I denna bestämmelse regleras upphävandet av en administrativ rättsakt med varaktig verkan om förhållandena förändras.

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 FEUF genom att

1. i enlighet med ordalydelsen i § 34 första stycket punkt 1 SGB XI begränsa rätten att erhålla vårdbidrag till sex veckor i samband med att en vårdbehövande tillfälligt vistas i en annan EU-medlemsstat,

2. beträffande vårdtjänster som anlitas i samband med att en vårdbehövande tillfälligt vistas i en annan EU-medlemsstat och som tillhandahålls av en vårdgivare som är etablerad i en annan EU-medlemsstat, inte föreskriva en kostnadsersättning i samma storleksordning som den som gäller för vårdtjänster i hemmet som erhålls i Tyskland eller genom att ersättning enligt § 34 första stycket punkt 1 SGB XI är utesluten,

3. inte ersätta kostnaderna för hyra av vårdhjälpmedel i samband med att en vårdbehövande tillfälligt vistas i en annan EU-medlemsstat eller att en kostnadsersättning enligt § 34 första stycket punkt 1 SGB XI är utesluten, trots att sådan hyra ersätts i Tyskland eller vårdhjälpmedel ställs till förfogande och ersättningen inte leder till någon dubbel ersättning eller en ökning av de förmåner som beviljas i Tyskland, samt

— förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

26. Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att talan ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

27. Förbundsrepubliken Tyskland ändrade 34 § SGB XI för att i fortsättningen göra det möjligt att utan tidsbegränsning erhålla vårdbidrag i en annan EU-medlemsstat, varefter kommissionen genom skrivelse av den 2 december 2011 återkallade sin talan såvitt avser yrkandet under punkt 1 och i övriga delar vidhöll sin talan.

28. Förbundsrepubliken Tyskland har ställt sig positiv till att talan har återkallats, men har avseende den del av talan som kvarstår vidhållit sin inställning att talan ska ogillas och rättegångskostnaderna ersättas.

V – Parternas huvudsakliga argument

29. *Kommissionen* har anfört att de bestämmelser om vårdtjänster i hemmet i den mening som avses i 36 § SGB XI och vårdhjälpmedel i den mening som avses i 40 § SBG XI, som är tillämpliga vid tillfällig vistelse i en annan EU-medlemsstat, och som medger betydligt sämre förmåner än vad som är fallet vid vård i Tyskland, inte är förenliga med den i artikel 56 FEUF stadgade friheten att tillhandahålla tjänster. Enligt domstolens rättspraxis är medlemsstaterna vid utövandet av behörigheten att utforma systemen för social trygghet skyldiga att beakta unionsrätten. Enligt artikel 56 FEUF ska samtliga inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster även avskaffas när de utan åtskillnad tillämpas på medborgare i det egna landet och medborgare från andra medlemsstater som tillhandahåller tjänster om de avser att hindra verksamhet som bedrivs av liknande tjänsteleverantörer i utlandet. Den tyska lagstiftningen innebär att det blir svårare att anlita vård från utländska vårdgivare än från motsvarande vårdgivare inom landet. Även när det gäller tillhandahållande av vårdhjälpmedel föreligger en inskränkning på grund av att kostnaderna för hyra av sådana vårdhjälpmedel i utlandet inte heller ersätts medan så sker i Tyskland.

30. Ovannämnda inskränkningar kan inte heller motiveras. De begränsande bestämmelserna går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa kvaliteten på de aktuella tjänsterna eller skyddet för hälsan, eftersom ersättning för kostnader som uppkommit i en annan EU-medlemsstat utesluts enligt dessa bestämmelser, oberoende av varje kvalitetsprövning. Det framgår inte heller att ovannämnda

bestämmelser om skydd för den finansiella balansen i vårdförsäkringen är nödvändiga, eftersom högre belopp ersätts i Tyskland och det inte heller framgår av vilken anledning vårdbehövande som enbart erhåller vårdbidrag i Tyskland skulle byta till kostsammare vårdtjänster i hemmet när de befinner sig i utlandet.

31. De principer som utvecklades i domen i målet Chamier-Glisczinski kan inte överföras på förevarande mål, eftersom den domen för det första inte avser artikel 56 FEUF och för det andra avser stadigvarande byte av bosättningsort.

32. *Förbundsrepubliken Tyskland* har gjort gällande att det med avseende på kostnadsersättningen för ambulerande vård enligt 36 § SGB XI inte föreligger någon inskränkning redan av det skälet att det inte heller i Tyskland föreligger någon rätt till ersättning av kostnader då personer som inte har ingått avtal med vårdkassan anlitas. Den omständigheten att sekundärrättsliga bestämmelser ska beaktas innebär visserligen inte att en medlemsstat befrias från skyldigheten att säkerställa friheten att tillhandahålla tjänster men man får vid en helhetsbedömning inte helt och hållet bortse från socialförsäkringstagares rätt som följer av sekundärrätten. Av det skälet motiverar behörighetsfördelningen mellan medlemsstaterna att vissa tjänster inte ska tillhandahållas i utlandet även om prestationsnivån i vistelsestaten eventuellt är sämre än i den stat där personen är försäkrad.

33. En inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, om en sådan överhuvudtaget föreligger, är emellertid motiverad. Det krävs redan för att skydda folkhälsan bestämmelser som de här aktuella, eftersom dessa syftar till att säkerställa vård på hög nivå. För att säkra kvaliteten krävs en sträng kontroll av vårdinrättningar och avtal sluts enbart med sådana personer eller vårdinrättningar som säkerställer detta. Vårdavtal med utländska vårdgivare föreskrivs inte enligt gällande rätt, eftersom inte enbart de medicinska och paramedicinska tjänsterna utan även den personliga kontakten är ett viktigt kriterium varvid språket och den kulturella bakgrunden hos den person som ska vårdas är av avsevärd betydelse. Åtgärder för att säkra kvaliteten kan inte säkerställas i utlandet.

34. Det är dessutom omöjligt att upprätthålla ett tillräckligt effektivt vårdsystem och organisatoriskt utforma detta om ett stort antal patienter vid vissa reseperioder skulle låta sig behandlas i utlandet och nationella vårdgivare samtidigt skulle vara undersysselsatta. Just denna aspekt har även beaktats i artikel 22 i förordning nr 1408/71.

35. Slutligen skulle även den finansiella balansen i vårdförsäkringen äventyras om vårdtjänster i hemmet skulle kunna exporteras.

36. Domstolens rättspraxis i målet Kohll [18] avseende behandlingskostnader som uppkommer i en annan EU-medlemsstat kan inte överföras på social vårdförsäkring redan på grund av att det inte föreligger någon risk för luckor i vården. Vårdförsäkringen utgör såtillvida ett särskilt fall i förhållande till sjukförsäkringen. Detta bekräftas av domstolens uttalande i målet Chamier-Glisczinsiki, i vilket medlemsstaternas exklusiva behörighet inom hälsovården återigen betonades. I enlighet härmed föreligger ingen skyldighet för den stat där personen är försäkrad att tillhandahålla tjänster som inte ens finns i den stat där den försäkrade är bosatt. Genom att flytta från bosättningsstaten eller genom att byta vistelseort för en längre tid beslutar sig den vårdbehövande för att underkasta sig bestämmelserna i vistelsestaten.

37. Slutligen innebär inte heller bestämmelserna om tillhandahållande av vårdhjälpmedel en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, för tillhandahållande av tjänster i utlandet gäller här i stället bestämmelserna i artikel 19.1 i förordning nr 883/2004.

18 — Domstolens dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931).

VI – Rättslig bedömning

38. Efter en inledande diskussion om systematiken i den sociala vårdförsäkringen kommer i det följande inledningsvis föremålet för fördragsbrottsförfarandet och därefter de kriterier som ska tillämpas klargöras. Det ska i anslutning härtill undersökas om det i förevarande fall föreligger ett åsidosättande av de skyldigheter som följer av artikel 56 FEUF. Därefter ska kommissionens yrkande avseende rättegångskostnader prövas.

A – *Huvuddragen i den sociala vårdförsäkringen*

39. Huvuddragen i den sociala vårdförsäkringen vid annan vård än sjukhusvård i den mån dessa är relevanta för förevarande förfarande och avser tillfällig vistelse i utlandet kan sammanfattas på följande sätt.

40. Den sociala vårdförsäkringen i Förbundsrepubliken Tyskland föreskriver olika tjänster för vårdbehövande personer. Dess förteckning över förmåner omfattar vid annan vård än sjukhusvård ett valfritt schablonmässigt ”vårdbidrag” [19] vars storlek beror på graden av vård- och omsorgsbehov eller konkreta vårdtjänster som ”hemvård”. [20] Därutöver kan under vissa omständigheter även vårdhjälpmedel tillhandahållas. [21]

1. Vårdtjänster i hemmet

41. Vårdbehövande har inom ramen för hemvård enligt 36 § SGB XI rätt till personlig hjälp för grundläggande behov och hushållshjälp i form av konkret vård, varvid hemvård ska tillhandahållas av lämpliga vårdgivare som är anslutna till vårdkassan eller av vissa vårdinrättningar med vilka vårdkassan har ingått avtal. Beroende på vilken vårdkategori den vårdbehövande personen tillhör betalas för närvarande ett månatligt belopp för vård om 450–1 550 euro. I januari månad år 2010, som utgör den relevanta tidpunkten enligt den frist som fastställts i det motiverade yttrandet, uppgick beloppen till 440–1 510 euro. Mellan vårdkassan och den vårdbehövande utgår härvid naturaförmåner som vårdkassan direkt fakturerar vårdgivaren.

42. Den rätt till vårdförmåner som följer av 36 § SGB XI skjuts enligt 34 § första stycket första meningen SGB XI i princip upp under den period som den vårdbehövande vistas i utlandet. Vårdtjänster i hemmet kan även bibehållas i utlandet under en period på sex veckor per kalenderår om en vårdare som tillhandahåller vårdförmånen följer med den vårdbehövande personen utomlands. Härvid måste den vårdare som följer med den vårdbehövande till utlandet utgöra vårdpersonal som är berättigad att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i 36 § SGB XI.

2. Vårdbidrag

43. Det är enligt 37 § SGB XI alternativt möjligt att i stället för vårdtjänster i hemmet begära vårdbidrag för att härmed själv ombesörja tillräcklig personlig hjälp för grundläggande behov och hushållshjälp. Detta schablonmässiga vårdbidrag som i sin tur beror på den vårdkategori som den vårdbehövande omfattas av uppgår för närvarande till 235–700 euro och är således betydligt lägre än de taxor som gäller för vårdtjänster i hemmet. Vid den relevanta tidpunkten för det motiverade yttrandet uppgick taxorna till 225–685 euro. Enligt 38 § SGB XI kan vårdförmåner och vårdbidrag även kombineras genom att båda enbart anlitas delvis, varvid personen i fråga i princip alltid är bunden av beslutet under sex månader.

19 — 37 § SGB XI.
20 — 36 § SGB XI.
21 — 40 § SGB XI.

44. Vårdbidraget enligt 37 § SGB XI liksom det proportionella vårdbidraget enligt 38 § SGB XI, som utgör en schablonmässig kostnadsersättning till följd av domen i målet Molenaar och numera uttryckligen, enligt 34 § punkt 1a SGB XI, bibehålls även när den vårdbehövande vistas i en medlemsstat i Europeiska unionen, i en stat som är part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller Schweiz.

3. Vårdhjälpmedel

45. Slutligen har den vårdbehövande dessutom enligt 40 § SGB XI rätt till vårdhjälpmedel som ska bidra till att underlätta vården eller lindra besvären hos vårdbehövande under förutsättning att dessa hjälpmedel inte ska tillhandahållas av andra vårdgivare.

46. Denna rättighet ska också skjutas upp i samband med en vårdbehövandes vistelse i utlandet.

B – *Föremålet för fördragsbrottsförfarandet*

47. Efter att kommissionen delvis återkallat sin talan avser dess anmärkningar för det första de tyska bestämmelserna om kostnadsersättning vid vårdförmåner som vid en vårdbehövandes tillfälliga vistelse i en annan medlemsstat ”tillhandahålls av en vårdgivare som är etablerad i en annan EU-medlemsstat” och för det andra motsvarande bestämmelser om kostnadsersättning för hyra av vårdhjälpmedel.

48. Talan avser således enbart anlitande av tjänster vid försäkringstagarens tillfälliga vistelse i en annan medlemsstat. Det har emellertid inte gjorts gällande att utländska vårdgivare redan av det skälet att de inte har ingått vårdavtal om tillhandahållande av förmåner med vårdkassan i allmänhet är uteslutna från förmånssystemet inom den sociala trygghetsförsäkringen. De kan därför inte heller på det tyska territoriet marknadsföra sina tjänster genom vårdkassan utan enbart själva direkt erbjuda sina tjänster till vårdbehövande som för att täcka de kostnader som uppstår måste betala med sina egna tillgångar och eventuellt begära vårdbidrag.

49. Kommissionen har utvecklat problematiken med de tyska bestämmelserna endast när det gäller friheten att tillhandahålla tjänster och diskuterar inte andra möjliga berörda aspekter, såsom till exempel unionsmedborgarskapet och den fria rörligheten. Denna problematik ska följaktligen inte heller diskuteras närmare, eftersom föremålet för tvisten enligt artikel 38.1 i domstolens rättegångsregler anges i ansökan och domstolen ska inte döma utöver vad som har yrkats (*ultra petita*). [22]

50. Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska i det följande undersökas om och enligt vilka kriterier friheten att tillhandahålla tjänster kan vara relevant för bestämmelserna om medlemsstaternas system för social trygghet.

22 — Domstolens dom av den 15 juni 2010 i mål C-211/08, kommissionen mot Spanien (REU 2010, s. I-5267), punkt 32 och där angiven rättspraxis.

C – De prövningskriterier som ska tillämpas med avseende på friheten att tillhandahålla tjänster

51. Enligt domstolens fasta rättspraxis [23] ska rätten att anlita hälso- och sjukvårdsförmåner i en annan medlemsstat inte enbart prövas mot bakgrund av förordning nr 1408/71 (numera förordning nr 883/2004) [24] utan därutöver ska även de grundläggande friheterna och framför allt friheten att tillhandahålla tjänster beaktas.

52. Det är således tänkbart att unionsmedborgare på grund av de grundläggande friheterna inom hälso- och sjukvårdsområdet måste beviljas förmåner som går utöver de som föreskrivs i sekundärrätten på området för social trygghet, konkret förordning nr 1408/71 och den förordning som har trätt i stället för förordning nr 1408/71. [25]

53. Denna uppfattning har kritiserats i doktrinen. Det har huvudsakligen anförts att en direkt tillämpning av de grundläggande friheterna genom de sekundärrättsliga bestämmelserna som måste utgöra det främsta prövningskriteriet för försäkringstagarens rättigheter inte är möjlig, eftersom det balanserade systemet för samordning av systemen för social trygghet i annat fall skulle komma ur balans och en konflikt avseende medlemsstaternas lagstiftningskompetens skulle uppkomma. Primärrätten kan enbart tillämpas om en sekundärrättslig bestämmelse är ogiltig. [26]

54. Denna kritik i doktrinen har emellertid inte föranlett något paradigmskifte hos domstolen som dock är medveten om de förgrenade behörigheterna på hälso- och sjukvårdsområdet och den spänning mellan medlemsstaternas suveränitet som detta innebär dels vad gäller organiseringen av hälso- och sjukvården, [27] dels de grundläggande friheterna, och har i fast rättspraxis slagit fast att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för social trygghet. I avsaknad av harmonisering på unionsnivå ankommer det följaktligen fortfarande på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma villkoren för beviljande av sociala trygghetsförmåner. Medlemsstaterna är vid utövandet av denna befogenhet och allmänt vid organisering av hälso- och sjukvård emellertid skyldiga att iaktta unionsrätten, i synnerhet bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster, [28] fri rörlighet för varor [29] och etableringsfrihet. [30]

55. Detta innebär konkret att de grundläggande friheterna ska beaktas inom hälso- och sjukvårdsområdet, men att de inte påverkar medlemsstatens behörighet att själv bedöma på vilken nivå den vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås. [31] Friheten att tillhandahålla tjänster ger således ingen grundläggande [32] rättighet till en viss utformning av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet eller till ett tillhandahållande av en viss katalog av förmåner.

23 — Se bland annat domstolens dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83 (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473), punkt 16, av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831), punkt 27, domen i målet Kohll (ovan fotnot 18), punkt 20, och domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 22), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

24 — Avseende medlemsstaternas möjlighet att bevilja ett längre gående socialt skydd, se domen i målet Chamier-Glisczinski (ovan fotnot 3), punkt 56.

25 — Se bland annat domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel m.fl. (REG 2001, s. I-5363), punkterna 42, 45 och 51–53. I denna dom slog domstolen med avseende på frågan i vilken omfattning försäkringstagaren ska få ersättning för de kostnader som uppkommer i samband med en behandling på sjukhus i en annan EU-medlemsstat fast att ”den omständigheten att en socialförsäkringstagare omfattas av en mindre förmånlig ersättningsnivå när han undergår en behandling på sjukhus i en annan medlemsstat än när han undergår samma behandling i den medlemsstat där han är försäkrad” utgör ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster.

26 — En kort översikt av de diskussioner som förts i doktrinen återfinns hos Bassen, s. 480 (ovan fotnot 7), framför allt fotnoterna 12 och 13.

27 — Se artikel 168.7 FEUF.

28 — Se bland annat domstolens dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts (REG 2006, s. I-4325), punkt 92 och där angiven rättspraxis, och domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 22), punkt 53.

29 — Se i detta avseende i samband med leverans av läkemedel domstolens dom av den 11 september 2008 i mål C-141/07, kommissionen mot Tyskland (REG 2008, s. I-6935), punkterna 22–26 och där angiven rättspraxis.

30 — Se i detta avseende domstolens dom av den 19 maj 2009 i de förenade målen C-171/07 och C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (REG 2009, s. I-4171), punkt 18 och där angiven rättspraxis.

31 — Domen i de förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes (ovan fotnot 30), punkt 19 och där angiven rättspraxis.

32 — Friheten att tillhandahålla tjänster kan i det enskilda fallet följaktligen kräva att kostnaderna för en behandling i utlandet även ska betalas när det sociala trygghetssystemet i hemlandet uttryckligen avfärdar en rätt till ersättning för kostnaderna av vissa behandlingar i utlandet. Se i detta avseende domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C-444/05, Stamatelaki (REG 2007, s. I-3185).

56. Efter att de särskilda prövningskriterierna för friheten att tillhandahålla tjänster fastställts med avseende på förmåner på området för hälso- och sjukvård ska det i det följande prövas om de tyska bestämmelserna, enligt vilka en export av vårdförmåner för försäkringsförmåner som utges inom ramen för vårdförsäkringen enbart kan ske i begränsad omfattning, strider mot artikel 56 FEUF.

D – *Huruvida begränsningen av exporten av vårdförmåner inom ramen för den sociala trygghetsförsäkringen utgör ett åsidosättande av artikel 56 FEUF*

1. Gränsöverskridande situation vid begränsad export av vårdförmåner inom ramen för den sociala trygghetsförsäkringen

57. Friheten att tillhandahålla tjänster är tillämplig i förevarande fall. Förevarande mål skiljer sig i detta avseende från målet Chamier-Glisczinski [33] där en nationell situation förelåg med avseende på de aktuella förmånerna, eftersom de berörda parterna vistades stadigvarande i Österrike och erhöll de förmåner som tillhandahölls där.

58. I förevarande fall rör det sig däremot om en förmånstagare som tillfälligt vistas i en annan EU-medlemsstat, det vill säga om ett fall där tjänsteleverantören och mottagaren av tjänsten har hemvist i olika medlemsstater. Friheten att tillhandahålla tjänster omfattar inte enbart gränsöverskridande tjänster utan förflyttning, utan ska även skydda den mottagare som, i likhet med förevarande fall, beger sig till en annan medlemsstat för att anlita en viss tjänst där, alltså framför allt även friheten för en försäkringstagare med hemvist i en annan medlemsstat att bege sig till en annan medlemsstat som turist och där erhålla hälso- och sjukvårdsförmåner av en vårdgivare med hemvist i denna stat, när detta är nödvändigt på grund av hans hälsotillstånd. [34]

59. Hälso- och sjukvårdstjänster undantas för övrigt inte heller från skyddsområdet för artikel 56 FEUF enbart av det skälet att tjänstemottagaren, efter att ha betalat den utländska vårdgivaren för den erhållna tjänsten, vänder sig till ett nationellt hälso- och sjukvårdsorgan i syfte att få ersättning för vårdkostnaden. [35]

2. Huruvida det föreligger en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster genom den begränsade exporten av vårdtjänster inom ramen för den sociala trygghetsförsäkringen

60. Enligt fast rättspraxis utgör artikel 56 FEUF hinder mot tillämpning av nationell lagstiftning som innebär att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster inom en medlemsstat. [36]

33 — Se punkterna 75–77 i domen.

34 — Se i detta avseende domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 22), punkterna 47–52 och där angiven rättspraxis.

35 — Se i detta avseende bland annat domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 22), punkt 47 och där angiven rättspraxis.

36 — Domen i målet Kohll (ovan fotnot 18), punkt 33, dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), punkt 61, och domen i målet Stamatelaki (ovan fotnot 32), punkt 25 och där angiven rättspraxis.

a) Vårdtjänster vid vård i hemmet mot bakgrund av artikel 56 FEUF

61. Det ska för det första prövas om det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster inom en medlemsstat när Förbundsrepubliken Tyskland beträffande vårdtjänster som anlitas i samband med en tillfällig vistelse i en annan medlemsstat och som tillhandahålls av en vårdgivare som är etablerad i en annan medlemsstat, inte föreskriver en kostnadsersättning i samma storleksordning som den som gäller för vårdtjänster som erhålls i Tyskland eller genom att ersättning enligt § 34 första stycket punkt 1 SGB XI är utesluten. Om detta är fallet uppkommer för det andra frågan om en sådan inskränkning eventuellt är motiverad.

i) Huruvida det föreligger en inskränkning

62. Den tyska medborgaren som är ansluten till systemet för vårdförsäkring och som efterfrågar vårdtjänster har följande rättsliga ställning enligt SGB XI med avseende på beviljande av förmåner i en annan EU-medlemsstat.

63. För en period på sex veckor kan den vårdbehövande för det första enligt 34 § första stycket punkt 1 SGB XI fortsätta att anlita vårdtjänster av en lämplig vårdare som följer med vederbörande. Det ska härvid röra sig om en person som har de kvalifikationer som anges i 36 § SGB XI, det vill säga i allmänhet om utbildad vårdgivare inom en tysk vårdinrättning.[37] Det kommer såtillvida inte i fråga att anlita tjänster av utländska aktörer.

64. För vårdtjänster som en försäkringstagare i en annan EU-medlemsstat anlitar av vårdgivare i denna medlemsstat kan vederbörande således inte erhålla en ”kostnadsersättning i samma storleksordning som den som gäller för vårdtjänster som erhålls i Tyskland” enligt SGB XI. Det står visserligen försäkringstagaren fritt att anlita utländsk vård men denna erhåller inte ersättning enligt de taxor som gäller för tyska vårdförmåner, eftersom den utländska vårdgivaren inte är ansluten till det tyska vårdförsäkringssystemet genom ett vårdavtal. För att täcka kostnaderna kan den person som är försäkrad enligt vårdförsäkringen emellertid göra gällande vårdbidrag (som är lägre i förhållande till de taxor som gäller för vårdförmåner) i den mån som vederbörande har valt att erhålla detta.

65. Denna omständighet talar vid en första anblick för att det föreligger en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på vårdtjänster i en annan EU-medlemsstat. Om man nämligen enbart beaktar bestämmelserna i SGB XI talar inledningsvis allt för att tyska vårdbehövande i en annan EU-medlemsstat inte har så stora ekonomiska resurser vid efterfrågan av vårdtjänster som i Tyskland där han omfattas av vårdförsäkringens system för vårdförmåner och dess i förhållande till vårdbidraget högre taxor. Det förefaller således som att det är svårare att anlita tjänster i en annan EU-medlemsstat och att gränsen för en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster har uppnåtts.

66. De faktiska och de rättsliga omständigheterna är emellertid mer komplicerade än vad som synes vara fallet vid en separat betraktelse av bestämmelserna i SGB XI. Det ska nämligen, såsom Förbundsregeringen vid flera tillfällen påpekat, beaktas att personer som behöver särskild vård i en annan medlemsstat eventuellt också kan anlita vårdförmåner enligt systemet för social trygghetsförsäkring i vistelsestaten. En rätt till dessa fanns eller finns enligt artikel 22 i förordning nr 1408/71 eller artikel 19.1 i förordning nr 883/2004, närmare bestämt ”för den behöriga institutionens räkning” i den medlemsstat där den vårdbehövande är försäkrad. Den vårdbehövande kan såvitt detta är möjligt enligt lagstiftningen i vistelsestaten inom denna ram även anlita tjänster av vårdgivare i den staten.

37 — I praktiken torde denna variant med avseende på de höga kostnader som en sådan medföljande vårdare förorsakar och som inte fullständigt täcks, utan enbart får ersättas inom ramen för de taxor som fastställts av vårdkassan, vara sällsynt.

67. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det inte garanteras att tyska vårdbehövande i en annan EU-medlemsstat ersätts för kostnaderna för en vårdtjänst, till exempel vård i hemmet som utförs av en vårdare, i samma storleksordning som skulle vara fallet i Tyskland enligt de taxor som gäller för vårdtjänster i hemmet och som anges i SGB XI, men detta kan inte heller uteslutas. Tre situationer kan förekomma, beroende på utformningen av förmånsförteckningen i det utländska systemet för social trygghetsförsäkring. För det första kan den vårdbehövande i utlandet vid efterfrågan av vårdtjänster där försättas i en mindre förmånlig ställning i ekonomiskt hänseende jämfört med i Tyskland, om de i en annan EU-medlemsstat enbart erhåller vårdbidrag och inte erhåller förmåner för vård i hemmet enligt det utländska sociala skyddsnätet. Det är för det andra emellertid även möjligt att den vårdbehövande med hänsyn till en eventuellt generösare utformning av de sociala trygghetsförmånerna i utlandet vid anlitande av vårdtjänster befinner sig i en förmånligare ställning i ekonomiskt hänseende än i Tyskland. Den tredje situationen är att samspelet mellan befintliga rättigheter till förmåner medför att vårdbehövande i utlandet befinner sig i exakt samma situation i ekonomiskt hänseende som i Tyskland.

68. Slutligen beror det således på samspelet mellan den tyska och den utländska lagstiftningen om social trygghetsförsäkring om den tyska medborgare som behöver särskild vård i en annan EU-medlemsstat skulle ha det svårare vid anlitande av tjänster som tillhandahålls i den medlemsstaten, vilket skulle innebära att dessa blir mindre attraktiva för honom [38] än de som tillhandahålls på den tyska marknaden för vårdtjänster. Frågan om huruvida det föreligger en inskränkning kan således inte besvaras absolut. Omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande.

69. Följaktligen kan det inledningsvis konstateras att kommissionen på denna punkt inte klart och framför allt inte sammanhängande och i detalj prövat samspelet mellan olika nationella sociala trygghetslagstiftningar med avseende på bestämmelserna i SGB XI.

70. Enligt fast rättspraxis åligger det emellertid kommissionen att också bevisa det påstådda fördragsbrottet. Kommissionen ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger. Kommissionen får därvid inte stödja sig på någon presumtion. [39] Mot den bakgrunden åligger det kommissionen att framföra tillräckliga omständigheter av vilka överträdelsen framgår. När detta har skett ankommer det på den svarande medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta de fakta som presenterats och konsekvenserna därav. [40]

71. Kommissionen har i förevarande fall inte uppfyllt sin bevisbörda, varför talan redan av det skälet inte kan vinna bifall såvitt avser yrkandet under punkt 2.

ii) Andrahandsyrkandet: Eventuella grunder för motivering

72. I den mån domstolen, med avsteg från ovannämnda bedömning, skulle slå fast att det föreligger en inskränkning, uppkommer därefter frågan om det föreligger grunder för motivering, vilket jag i det följande kortfattat kommer att pröva.

38 — Se domstolens dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37.

39 — Dom av den 29 oktober 2009 i mål C-246/08, kommissionen mot Finland (REG 2009, s. I-10605), punkt 52, av den 6 oktober 2009 i mål C-438/07, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-9517), punkt 49, och av den 6 december 2007 i mål C-401/06, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-10609), punkt 27.

40 — Se bland annat dom av den 22 september 1988 i mål 272/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 4875), punkt 21.

73. En eventuell inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på vårdtjänster i hemmet, för vilka, enligt SGB XI, enbart vårdbidrag ska utges vid tillhandahållande i en annan EU-medlemsstat, kan motiveras med hänsyn till skyddet för folkhälsan [41] som ingår bland de tvingande skäl av allmänintresse som med beaktande av proportionalitetsprincipen kan motivera en begränsning av utövandet av de grundläggande friheterna. [42]

74. Efter nyss gjorda hänvisning till det utrymme för skönsmässig bedömning som varje medlemsstat har när det gäller att bestämma vilket hälso- och sjukvårdssystem som ska tillämpas, ska det nu prövas hur det tyska vårdförsäkringssystemet förhåller sig till skyddet för en försäkringstagares hälsa. Det ska därefter undersökas om lagstiftarens beslut att tillämpa olika kriterier för vårdtjänster beroende på om de tillhandahålls av en avtalspart till vårdkassan eller av fristående anbudsgivare är proportionerligt.

– Territoriell strategi för att säkerställa vårdkassans höga kvalitet

75. Enligt uppgifter från Förbundsrepubliken Tyskland [43] kan försäkringstagare i utlandet för närvarande inte erhålla vårdtjänster av vårdinrättningar som med vårdkassan har ingått ett vårdavtal om tillhandahållande av vård i hemmet och som kan tillhandahålla vårdtjänster i hemmet, vilket innebär att försäkringstagare i utlandet inte kan erhålla vårdtjänster som tillhandahålls av vårdkassan. [44]

76. Det tyska systemets struktur ska godtas särskilt som det enligt artikel 168.7 FEUF står varje medlemsstat fritt att på eget ansvar utforma sitt hälsovårdssystem. Medlemsstaten beslutar i princip själv om var och i vilken storleksordning rättigheter ska tillerkännas. Det föreligger ingen unionsrättslig skyldighet för en medlemsstat att i alla andra medlemsstater tillhandahålla ett självständigt system för vårdförmåner för de personer som är anslutna till dess system för vårdförsäkring. Domstolen har i domen i målet Chamier-Glisczinski [45] uttryckligen slagit fast att systemen för social trygghet inte har harmoniserats i unionen utan enbart har samordnats och att framför allt en försäkrad persons flyttning till en annan medlemsstat inte behöver ha ”neutrala konsekvenser” vad avser social trygghet utan kan ha för- och nackdelar för den försäkrade.

– Huruvida denna strategi är proportionerlig mot bakgrund av att det vid vårdbidrag och vårdförmåner rör sig om alternativ

77. Den territorialitetsprincip för vårdförmåner som den tyska lagstiftaren har tillämpat när det gäller vårdförsäkringen förklaras bland annat av att den höga kvaliteten på dess vårdtjänster, som kräver en ständig kontroll, till följd av kontrollåtgärdernas komplexitet och med hänsyn till att de yrken som utövas inom vården inte har harmoniserats i Europa, inte kan uppnås till rimlig kostnad i unionen. [46]

41 — Se i detta avseende artikel 62 FEUF jämförd med artikel 52 FEUF och domen i målet Kohll (ovan fotnot 18), punkt 51 och där angiven rättspraxis.

42 — Se i detta avseende domen i de förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes (ovan fotnot 30), punkterna 25–28 och där angiven rättspraxis.

43 — Se punkt 45 i svaromålet.

44 — Bortsett från den situation där försäkringstagarens vårdare följer med, vilken i praktiken helt saknar betydelse, se 34 § första stycket punkt 1 SGB XI.

45 — Se punkterna 84 och 85.

46 — Se i detta avseende sidorna 15–17 i Förbundsrepubliken Tysklands svaromål.

78. Eftersom förmånsförteckningen i den sociala vårdförsäkringen för det första föreskriver vårdtjänster i hemmet som i princip inte kan exporteras till utlandet, och för det andra ett vårdbidrag som försäkringstagaren i princip kan utnyttja inom och utom landet, är det sociala trygghetsförsäkringssystemet för det första ändamålsenligt och nödvändigt för att hålla den höga kvalitet som eftersträvas inom landet och leder för det andra inte till ett oproportionerligt missgynnande av de försäkringstagare som, oavsett orsak, med hjälp av vårdbidraget själva organiserar sin vård utanför det sociala trygghetssystemet.

79. Undanhållande av vårdförmåner i en annan EU-medlemsstat utgör en inneboende del av systemet och leder inte till ett oproportionerligt missgynnande vid utlandsvistelser i en annan EU-medlemsstat.

80. Försäkringstagaren kan nämligen inte heller i Tyskland göra gällande ”en kostnadsersättning i samma storleksordning som den som gäller för vårdtjänster som erhålls i Tyskland” för att ha erhållit en vårdtjänst av en vårdinrättning som försäkringstagaren själv har valt ut och som inte är ansluten till vårdkassan. Om försäkringstagaren väljer att anlita vård utanför systemet med vårdförmåner som enligt vårdförsäkringen för närvarande enbart är förbehållet honom i Tyskland, så sker detta såväl i Tyskland som i utlandet, på egen risk, och vederbörande kan enbart täcka sitt vårdbehov med vårdbidraget. Vad som är avgörande är följaktligen den vårdbehövandes beslut om vårdförsäkringens system som har en fast organisation och omfattas av en sträng kvalitets- och kontrollstandard [47] ska tillämpas när det gäller vård i hemmet eller om vården i stor utsträckning [48] ska organiseras på eget ansvar utanför detta system med utnyttjande av det vårdbidrag som utges. Om försäkringstagaren beslutar sig för sistnämnda måste vederbörande såväl i Tyskland som i utlandet nöja sig med (det lägre) vårdbidraget.

81. Den dualistiska uppbyggnaden av förmånssystemet för social trygghetsförsäkring vilken för det första innebär att enbart systeminterna vårdförmåner inom landet tillhandahålls, och för det andra att ett schablonmässigt vårdbidrag utges, kan inte heller ifrågasättas mot bakgrund av domstolens rättspraxis.

82. Av domen i målet Vanbraekel framgår mot bakgrund av vad som anförts ovan inte att det finns något unionsrättsligt krav att vid tillfälliga utlandsvistelser betala utländska vårdgivare enligt de taxor som gäller för vårdförmåner inom ramen för den sociala trygghetsförsäkringen. Domstolen slog i denna dom visserligen fast att ”den omständigheten att en socialförsäkringstagare omfattas av en mindre förmånlig ersättningsnivå när han undergår en behandling på sjukhus i en annan medlemsstat än när han undergår *samma behandling* i den medlemsstat där han är försäkrad” [49] kan betraktas som ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster, men det räcker att hänvisa till att det i domen i målet Vanbraekel utgås från att det rör sig om ”samma behandling”, det vill säga om en identisk förmån i de båda staterna. Det kan med avseende på vårdförmånssystemet för den sociala vårdförsäkringen jämfört med de förmåner som tillhandahålls av fria aktörer som inte är anslutna till systemet inte vara fråga om sistnämnda, eftersom fristående vårdgivare inte omfattas av den stränga kvalitets- och kontrollstandard som är kännetecknande för den sociala trygghetsförsäkringen, som Förbundsrepubliken Tysklands regering obestridligen har betecknat som ett ”unikt system i Europa”. [50]

83. Det strider inte heller mot bakgrund av punkt 2 i domslutet i domstolens dom i målet Chamier-Glisczinski mot unionsrätten att det i den tyska lagstiftningen i detta avseende inte föreskrivs någon export av vårdförmåner. Det skulle dessutom vara svårt att förstå om personer som behöver intensivvård som är bosatta i en annan EU-medlemsstat skulle vägras en sådan export av vårdförmåner när den skulle tillerkännas via friheten att tillhandahålla tjänster vid tillfälliga vistelser.

47 — Angående detaljer, se bland annat meddelandet från Förbundsrepubliken Tysklands regering av den 17 december 2008, sidorna 3–7, som bifogats ansökan som bilaga 4. Vårdinrättningarnas kvalitetsstandard som kommer i fråga för ingåendet av ett vårdavtal framgår av 71 § och 72 § SGB XI.

48 — Följaktligen omfattas enligt 37 § tredje stycket SGB XI även de personer som erhåller vårdbidrag av en regelbunden rådgivning och kvalitetskontroll av en godkänd vårdinrättning.

49 — Domen i målet Vanbraekel m.fl. (ovan fotnot 25), punkt 45 (min kursivering).

50 — Se meddelande från Förbundsrepubliken Tysklands regering av den 17 december 2008 (ovan fotnot 47), s. 3.

Om en unionsmedborgare beslutar sig för att tillfälligt eller stadigvarande flytta hemvistet till en annan medlemsstat så måste vederbörande vid erhållandet av förmåner liksom de fördelar som detta kan innebära även acceptera motsvarande nackdelar som följer av samspelet mellan samordnade icke harmoniserade system för social trygghet.

84. Mot bakgrund av vad som anförts ovan är det tyska systemet som syftar till att uppnå en kvalitativt hög standard för vårdtjänster under ständig kontroll och att tillhandahålla särskild kvalificerad personal motiverat, i vart fall av hälsoskyddsskäl. Det kan säkerställa målet att tillhandahålla vårdbehövande vård av god kvalitet genom att de högre taxorna för förmåner enbart tillämpas för sådana tjänsteleverantörer som helt och hållet underkastar sig vårdkassans program för kvalitetssäkring. Systemet kan inte heller ifrågasättas med avseende på behovet av ett sådant system, särskilt som den nationella lagstiftaren inom hälsoskyddsområdet ska tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på den kvalitetsnivå som eftersträvas. Det ska i detta sammanhang *mutatis mutandis* hänvisas till de ovan i fotnoterna 29 och 30 nämnda apotekarmålen. Systemet är även ändamålsenligt, eftersom det bland annat i förhållande till ett tvingande system för vårdförmåner inom vårdkassan möjliggör större flexibilitet för vårdbehövande som fritt kan efterfråga förmåner utanför systemet för vårdförmåner och härför även erhålla vårdbidrag.

85. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan konstateras att det inte föreligger någon otillåten inskränkning och således inget åsidosättande av artikel 56 FEUF och kommissionens talan ska således inte bifallas såvitt avser yrkandet under punkt 2.

86. I det följande ska talan prövas såvitt avser yrkandet under punkt 3.

b) Hyra av vårdhjälpmedel i samband med tillfällig vistelse mot bakgrund av artikel 56 FEUF

87. Det ska först och främst prövas huruvida den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland inte ersätter kostnaderna för hyra av vårdhjälpmedel i samband med att en vårdbehövande tillfälligt vistas i en annan EU-medlemsstat eller att en kostnadsersättning enligt § 34 första stycket punkt 1 SGB XI är utesluten, trots att sådana vårdhjälpmedel ersätts i Tyskland eller ställs till förfogande och ersättningen inte leder till dubbel ersättning eller en ökning av de förmåner som beviljas i Tyskland, utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. För det andra uppkommer frågan om en sådan inskränkning är motiverad.

i) Huruvida det föreligger en inskränkning

88. Tillhandahållande av vårdhjälpmedel ska också betecknas som vårdförmån och följaktligen bedömas enligt samma kriterier som angetts ovan avseende vårdtjänster.

89. Den tyska lagstiftarens grundläggande beslut vad gäller den sociala trygghetsförsäkringen är klart och tydligt. I en annan EU-medlemsstat ska vårdbidrag utges, inom landet ska antigen vårdbidrag eller vårdförmåner erhållas, det sistnämnda gäller även för vårdhjälpmedel under sträng kvalitetskontroll [51] som ger vårdförmåner en särskild prägel i Tyskland. Detta gäller även för vårdhjälpmedel utan skillnad för tyska och utländska vårdgivare. Dessutom kan försäkringstagare, såsom angetts ovan, erhålla vårdförmåner i en annan EU-medlemsstat, såvida detta föreskrivs i vistelsestatens lagstiftning, enligt förordning nr 1408/71 och förordning nr 883/2004 enligt dess lagstiftning och för den behöriga institutionens räkning.

51 — Ett formellt förfarande under vårdkassans medverkan föreskrivs i 40 § första stycket SGB XI.

90. Därmed uppkommer frågan om en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster för hyra av vårdhjälpmedel i en annan EU-medlemsstat överhuvudtaget föreligger på samma villkor som när det gäller erhållande av vårdtjänster. På frågan huruvida vårdbehövande som erhåller tyskt vårdbidrag i en annan EU-medlemsstat i förhållande till vad som gäller i Tyskland befinner sig i en bättre eller sämre situation när det gäller hyra av vårdhjälpmedel kan inte något generellt svar ges här, utan detta svar beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Detsamma gäller för frågan om det föreligger en inskränkning och även här kan kommissionen kritiseras för att dess argumentation inte är utförlig, eftersom samtliga tänkbara situationer inte har underkastats en exakt bedömning.

91. En inskränkning skulle kunna antas föreligga om 40 § SGB XI helt och hållet skulle utesluta utländska leverantörer av vårdhjälpmedel och enbart produkter som tillhandahålls av inhemska leverantörer skulle kunna användas. Detta har emellertid varken anförts av kommissionen eller är föremål för förevarande talan. Det finns inte heller stöd för detta i 40 § SGB XI.

92. Eftersom kommissionen följaktligen inte har uppfyllt sin bevisbörda, ska talan inte bifallas såvitt avser yrkandet under punkt 3.

ii) I andra hand: Eventuella grunder för motivering

93. I den mån domstolen, med avsteg från ovannämnda bedömning, skulle slå fast att det föreligger en inskränkning, uppkommer därefter frågan om det föreligger grunder för rättfärdigande, vilket jag i det följande kortfattat kommer att pröva.

94. Det kan även vad gäller vårdhjälpmedel hänvisas till domen i målet Chamier-Glisczinski i vilken domstolen med hänvisning till att den sociala trygghetsförsäkringen inte hade harmoniserats slog fast att det inte föreligger någon rätt till export av vårdförmåner och anförde att det tyska systemet för vårdhjälpmedel, om det överhuvudtaget skulle betraktas som inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, är motiverat i enlighet med vad som anförts ovan.

95. Följaktligen ska talan inte heller bifallas såvitt avser yrkandet under punkt 3, eftersom det inte kan fastställas att artikel 56 FEUF har åsidosatts.

E – *Sammanfattning och rättegångskostnaderna*

96. Eftersom talan inte ska bifallas på något av de yrkanden som kommissionen har framfört ska talan ogillas.

97. Det förefaller emellertid inte rimligt att ålägga kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader i enlighet med vad som yrkats. Om kommissionen nämligen hade vidhållit sin talan såvitt avser yrkandet under punkt 1, så hade dess talan vunnit bifall, eftersom bestämmelsen i 34 § SGB XI beträffande vårdbidraget vid den aktuella tidpunkten för det motiverade yttrandet ännu inte var förenlig med domen i målet Molenaar och såtillvida ett åsidosättande av artikel 56 FEUF kunde anses föreligga om vårdbidrag inte utgavs till en annan medlemsstat.

98. Enligt artikel 69.5 i rättegångsreglerna förefaller det följaktligen rimligt att ålägga kommissionen att ersätta två tredjedelar och Förbundsrepubliken Tyskland en tredjedel av rättegångskostnaderna.

VII – Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta två tredjedelar av Förbundsrepubliken Tysklands rättegångskostnader och bära två tredjedelar av sina rättegångskostnader. Förbundsrepubliken Tyskland ska ersätta en tredjedel av kommissionens rättegångskostnader och bära en tredjedel av sina egna rättegångskostnader.