

TILLSTÅND TILL OCH ERSÄTTNING FÖR SJUKVÅRD UTOMLANDS

ett typfall

Källa: ERT 2003 s 323-336 (Europarättslig Tidskrift)

Publiceras med författarens tillstånd

Lotta Vahlne Westerhäll, Professor i offentlig rätt vid Handelshögskolan, Göteborgs universitet.

Tillstånd till och ersättning för sjukvård utomlands är något som ofta debatteras i media. Svenska staten har länge ställt sig negativ till att ge sådant tillstånd och att betala för utlandsvård, trots att EG-rätten på området innehåller flera möjligheter härtill.

Jag kommer nedan att diskutera ett typfall om en person, som ansöker om att få ersättning för utlandsvård. I den hittillsvarande rättstillämpningen har i fall där man sökt tillstånd om att få vård och behandling utomlands på svensk bekostnad, då vården av ett eller annat skäl inte har kunnat ges i Sverige inom rimlig tid, sådant tillstånd inte givits. Det finns fog att diskutera om Sverige följer EG-rätten på området. Typfallet nedan får illustrera de EG-rättsliga möjligheterna.

TILLSTÅND TILL OCH ERSÄTTNING FÖR SJUKVÅRD UTOMLANDS.....	1
1 TYPFALLET.....	1
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER.....	1
2.1 Rätten till fri rörlighet för personer inom EU.....	2
2.1.1 Rörlighetsreglerna.....	2
2.1.2 Social trygghet i form av sjukvård.....	2
2.1.2.1 Bakgrund.....	2
2.1.2.2 Rättighetsproblematiken.....	3
2.1.2.3 "Vården" enligt art 22.....	5
2.1.3 Tillstånd till och ersättning för sjukvård utomlands enligt art 22 i typfallet.....	6
2.1.3.1 Möjligheterna till sjukvård enligt svensk rätt.....	6
2.1.3.2 Möjligheterna till sjukvård med hjälp av EG-rättsliga regler.....	7
2.2 Rätten till fri rörlighet av tjänster inom EU.....	7
2.2.1 Förhandstillståndet- en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.....	7
2.2.2 Ersättning för sjukvård utomlands utifrån kravet på fri rörlighet för medicinska tjänster i typfallet.....	9

1 TYPFALLET

Karl Persson har diagnosen polycystnjure och är i stort behov av njurtransplantation. Han tillhör Jehovas Vittnen och vill av religiösa skäl att operationen sker utan blodtillförsel. I Sverige har han inte kunnat erbjudas operation utan blodtillförsel. Sådana operationer utförs i och för sig i Sverige, men ingen vårdgivare vill utföra en sådan på Karl Persson, eftersom han samtidigt har en speciell koagulationsrubbnig, som försvårar operationen. Han har dock blivit erbjuden vård i England, där man är villig att trots ifrågavarande komplikation utföra operationen utan blodtillförsel.

Svensk försäkringskassa har avslagit hans ansökan om tillstånd att få operationen utförd i England med ersättning från det svenska försäkringssystemet med motiveringen att villkoren i art 22 EEG-förordningen nr 1408/71 inte är uppfyllda.

2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

De rättsliga frågor som uppkommer i ett fall som Karl Perssons följer två faror, dels den som kan hänföras till den fria rörligheten av personer, dels den som kan hänföras till den fria rörligheten av

Whiplash Info

Tomas Alsbro

tjänster. Jag berör först personrörligheten och därtill hörande frågor, därefter tjänsterörligheten och därtill hörande frågor.

2.1 Rätten till fri rörlighet för personer inom EU

2.1.1 Rörlighetsreglerna

Arbetstagare och deras familjemedlemmar har rätt till fri rörlighet inom EU i enlighet med EEG-förordningen nr 1612/68 och egenföretagare direkt enligt Romfördraget. Förordningen nr 1408/71 innehåller regler om möjligheterna för dessa personer att erhålla social trygghet. I den sociala tryggheten ingår sjukvård (art 4 i nämnda förordning). När det gäller möjligheterna att erhålla sjukvård är personkretsen utvidgad sedan sju år tillbaka. I art 22a, som införts genom EEG-förordningen nr 3095/95 av den 22 december 1995 (EGT L 335, s 1), föreskrivs nämligen att "utan hinder av vad som sägs i artikel 2 i denna förordning gäller art. 22.1 a och 22.1 c också för personer som är medborgare i en medlemsstat, och som är försäkrade i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat, samt för familjemedlemmar som är bosatta tillsammans med dem". Till följd av denna ändring krävs det följaktligen inte längre att den försäkrade svenske medborgaren är arbetstagare eller familjemedlem till en arbetstagare för att kunna åberopa bestämmelserna i art 22. Det är tillräckligt att vara försäkrad, oavsett av vilken anledning. Förordningen är följaktligen tillämplig inte enbart på migrerande svenskar och deras familjemedlemmar, utan också på i Sverige bofasta svenskar och deras familjemedlemmar som förflyttar sig till annat EU-land av andra skäl än att utföra ett arbete eller en tjänst.

Bakgrunden till art 22 är att ge en möjlighet för nu nämnda personkategorier att erhålla adekvat sjukvård i en annan medlemsstat, dvs regeln ingår bland "de åtgärder som syftar till att ge en arbetstagare (person) som är medborgare i en av gemenskapens medlemsstater möjlighet att, oavsett vid vilken nationell institution hon/han är försäkrad eller var hon/han är bosatt, dra nytta av de vårdförmåner som utges i varje annan medlemsstat". Detta framgår både av domen Pierik I (117/77), vars prejudikatvärde delvis satts ur spel p g a en ändring av art 22.2, men som fortfarande har stor relevans när det gäller de delar som står i art 22.1, och av senare tillkomna domar såsom Decker (C-120/95), Kohll (C158/96) och Geraets-Smits (C-157/99).

2.1.2 Social trygghet i form av sjukvård

2.1.2.1 Bakgrund

Förordningen nr 1408/71 om migrerande arbetstagares rätt till social trygghet innehåller regler om sjukvårdförmåner. Dessa förmåner återfinns inom den större grupp som rör ersättningar vid sjukdom och moderskap (avd III kap 1 art 18-36). Art 22 handlar om både vårdförmåner och kontantförmåner. Här är vårdförmånerna aktuella. De utges i tre olika situationer, nämligen vid akut sjukvård (art 22.1a), vid flyttning under pågående sjukfall (art 22.1b) och vid behov av vård i annan medlemsstat. Av dessa tre situationer är det den sistnämnda som är av intresse i Karl Perssons fall. I denna situation har en försäkrad, som uppfyller villkoren för förmåner enligt den behöriga statens lagstiftning och som efter tillstånd från den behöriga institutionen beger sig till en annan medlemsstat för att där få den vård som hennes/hans hälsotillstånd kräver, rätt till vårdförmåner.

Det finns följaktligen regler om tillståndsgivning av den behöriga institutionen. Till detta tillståndsrättsliga betydelse avser jag att återkomma nedan i min diskussion om fri rörlighet av tjänster. Som framhållits kan tillstånd enligt art 22.1 c att bege sig till en annan stat för att få medicinsk vård/behandling beviljas alla personer som omfattas av förordningen nr 1408/71. Tillstånd får inte förvägras någon om den medicinska vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat där personen är bosatt samt hon/han i den staten inte kan få vård inom den tid som, med beaktande av hennes/hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga. Tillstånd torde inte heller få vägras om den vård som kan erhållas i den andra staten är mer lämplig eller verksam i relation till personens hälsotillstånd än den som kan fås i bosättningsstaten. Den sistnämnda passusen framgår inte av ordalydelsen i art 22 utan av EG-

Whiplash Info

Tomas Alsbro

domstolens tillämpning av artikeln. Även till denna avser jag att återkomma nedan.

För det fall att behandlingen inte ingår bland de förmåner som utges enligt den lagstiftning som tillämpas i bosättningsstaten finns ingen skyldighet för bosättningsstaten att ge tillstånd till utlandsvård, vilket i och för sig inte innebär att en e contrario-tolkning nödvändigtvis måste göras utan en ex analogia-tolkning kan mycket väl göras. Detta ställningstagande beror på statens integrationsvänlighet. Om däremot behandlingen ingår bland de omfattade förmånerna men den av ett eller annat skäl rent faktiskt inte finns att tillgå vid den aktuella tidpunkten, gäller att tillstånd kan vägras endast om behandlingen kan erbjudas vid ett senare tillfälle och denna väntetid, med beaktande av den sökandes hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, är normal för bosättningsstatens vård i fråga. Generellt gäller att bosättningsstaten inte får vägra tillstånd av den anledningen att man tycker att vården är för kostsam i den andra staten. Ekonomiska orsaker är ingen grund till att vägra tillstånd.

Detta jämte möjligheterna till överprövning gör att den enskildes rätt till vårdförmåner har karaktären av en *rättighet i legal bemärkelse*. Den enskilde är berättigad både till förmåner som kan utgå enligt den lagstiftning som den vårdande institutionen tillämpar och till förmåner som den behöriga institutionen kan utge. Bakgrunden till denna rättighet skall analyseras mer ingående i det följande.

2.1.2.2 Rättighetsproblematiken

Hur förhåller sig denna rättighetsreglering till den inhemska svenska rätten på hällo- och sjukvårdens område?

I Sverige torde i det närmaste enighet råda om att den enskilde inte har någon rätt till hälso- och sjukvård. Ett annat sätt att uttrycka detta är att den enskilde inte har rätt att få patientstatus. Såsom patient, dvs om den enskilde fått patientstatus, har hon/hån dock vissa rättigheter såsom rätt till sekretesskydd, rätt att ta del av sin journal och rätt att få ersättning vid felbehandling. Men någon rätt till vård anses inte föreligga. Hälso- och sjukvårdslagen (HSL) anses vara en skyldighetslagstiftning, dvs landstingen och kommunerna har skyldighet att tillhandahålla en god hälso- och sjukvård, men den enskilde har inte någon motsvarande rättighet till densamma.

Innan frågan diskuteras vidare måste den innebörd som man ger rättighetsbegreppet närmare analyseras.

Rättighetsbegreppet används tämligen ojämnt på det rättsliga språkets olika områden. Generellt gäller dock att även om rättighetsbegreppet endast används som ett framställningstekniskt hjälpmedel, detta bör användas med omdöme. Vissa krav måste ställas, för att man skall ha rätt att nyttja termen.

Inom förvaltningsrätten förekommer rättighetsbegreppet i viss utsträckning, utan att detta varit föremål för någon heltäckande rättsvetenskaplig analys. Olika författare har i skilda sammanhang dock argumenterat för vissa krav, som måste vara för handen, för att användningen av rättighetsbegreppet i det förvaltningsrättsliga språket skall uppfattas som berättigad. För att man skall kunna tala om en rättighet inom förvaltningsrätten bör denna vara noggrant preciserad i lag både vad gäller innehåll och förutsättningar samt vara utkrävbar, vilket förutsätter möjligheter till överklagande för den enskilde. I något fall har även uppställts krav på viss statlig tillsyn över de organ som handhar förvaltningen.

Om man vänder tillbaka till HSL, kan man göra gällande att det i och för sig hade varit lämpligt att innehållet i begreppet god hälso- och sjukvård hade varit något mer preciserat än vad som är fallet i dagens lagtext. Oberoende härav torde dock det förstnämnda kravet om precisering få anses uppfyllt. Socialstyrelsen utövar tillsyn över hälso- och sjukvården. Däremot brister det i möjligheterna till utkrävbarhet, eftersom det saknas överprövningsmöjligheter (förvaltningsbesvär). I min uppsats Nytt perspektiv på frågan om patienträttigheter¹ gör jag mig dock till tolk för ett annat synsätt. Detta går i korthet ut på följande.

Den svenska sjukförsäkringen omfattar både vårdförmåner (AFL 2 kap) och kontantförmåner (AFL 3 kap). Sjukförsäkringen tillhandahåller inte det faktiska utförandet av vården men väl ersättningen för

¹ I JT 1996-97, s 431 ff

Whiplash Info

Tomas Alsbro

vad vården kostar. Det har varit så av tradition i Sverige, att sjukförsäkringen inte administrerat vården, såsom tidigare exv var fallet i Danmark, där försäkringskassan fritt tillhandahöll läkarvård och sjukhusvård.² Vården har i stället administrerats fristående från försäkringen genom landstingens och nu även kommunernas försorg. Ett undantag har dock tidigare varit den obligatoriska svenska olycksfallsförsäkringen. Inom denna tillhandahölls de faktiska sjukvårdsförmåner av försäkringen.³ I dag tillhandahåller sjukförsäkringen åtskilliga rehabiliteringsförmåner som är att betrakta som, vårdförmåner, vilket visar att tillhandahållandet av faktiska vårdförmåner mycket väl kan administreras av försäkringen. Att hälso- och sjukvården de facto inte handhåfts/handhas av försäkringen, har dock i förarbetena inte uppfattats som något som stridit mot uppfattningen att en vårdsökande har rätt till vård (hon/han är "tillförsäkrad erforderlig sjukvård som kontant sjukhjälp"). Genom att den försäkrade själv betalar avgifter till försäkringen, förskaffar hon/han sig "rätt till hjälpen".

Om nu vårdförmåner, vilket gjorts gällande ovan, uppfattas som rättigheter för migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar, borde detsamma gälla för icke-migrerande försäkrade i Sverige. I annat fall skulle det bli fråga om *omvänd diskriminering*.⁴ Omvänd diskriminering ligger visserligen inte på det EG-rättsliga planet men torde allmänt sett innebära ett starkt incitament att ändra den nationella lagstiftningen. Hur har man i Sverige sett på rättighetsfrågan i en EG-rättslig situation och vilka konsekvenser har man dragit?

Sverige har i bilaga VI till EES-avtalet angett, som en allmän regel för alla fall utom beträffande förmåner vid arbetslöshet, att behörig institution skall vara den försäkringskassa hos vilken personen är försäkrad. Man har härigenom valt en så enkel och praktisk lösning som möjligt, vilket innebär att man går på sjukförsäkringen som kostnadsansvarig.

I Sverige menas följaktligen med institutioner i vistelselandet allmän försäkringskassa på vistelseorten. Merparten av fallen enligt art 22.1c kräver sjukhusvård. Sjukhusen drivs av landstingen. I förarbetena sägs att eftersom tillståndsgivande stat, dvs bosättningsstaten, skall betala vårdkostnaderna, anses det inte innebära några större svårigheter för försäkringskassorna att finna ett sjukhus som är villigt att ge vården,⁵ dvs staten garanterar att sjukvård kan ges. Genom socialförsäkringslösningen har möjligheter till överprövning skapats.

Att låta sjukförsäkringen och inte landstingen bära kostnadsansvaret till följd av förordningen nr 1408/71 kan i och för sig sägas vara en avvikelse från principen att landstingen finansierar sjukvård i Sverige. Argumenten för en "sjukförsäkringslösning" har ansetts väga över även med beaktande av denna omständighet. En "landstingslösning" skulle, menade man, ha medfört flera svårlösta problem och krävt en större organisatorisk förändring. Avsaknaden av överprövningsmöjligheter torde varit det största hindret för att välja en landstingslösning. Lagstiftaren valde inte heller att följa den linjen.

Svensk rätt måste anpassa sig till förordningen nr 1408/71 liksom EEG-förordningen nr 574/72, som är en tillämpningsförordning till förordningen nr 1408/71, vilka förutsätter att det i varje medlemsstat finns en nationell ordning för prövning av rätt till olika förmåner och att frågor om sådan rätt skall kunna komma under EG-domstolens prövning. En prövning av försäkringskassas beslut i tillståndsfrågan medför inte några komplikationer med avseende på den formella hanteringen. Beslutsordningen är formaliserad och besluten kan överprövas. Frågor om tolkningen av rätten till vårdförmåner enligt förordningen nr 1408/71 kan utan problem komma under domstolsprövning.

Denna lösning av problematiken är synnerligen intressant. En legal rätt till vårdförmåner i den ovan anförda bemärkelsen föreligger följaktligen enligt art 22. Något annat hade inte varit möjligt. Nationell svensk rätt har varit tvungen att koordinera sin lagstiftning så att den uppfyller de krav som förordningen nr 1408/71 ställer. I och med "socialförsäkringslösningen" har man från svensk sida

² Se SOU 1944:15, s 160.

³ Se SOU 1944:15, s 161

⁴ Se L Westerhäll, Social trygghet och migration, Kommentar till förordningen 1408/71, Nerenius & Santerus Förlag 1995, s 86; se vidare D Pickup, Reverse Discrimination and Freedom of Movement of Workers, CML Rev 1986, s 135.

⁵ Se prop 1994/95:88 om ersättning från sjukförsäkringen för vissa vårdförmåner till landsting och kommuner i internationella förhållanden m m, s 20. G Se min ovan anförda uppsats

Whiplash Info

Tomas Alsbro

uppfattat att svensk rätt härvidlag står i överensstämmelse med EG-rätten. Man har dock aldrig i förarbetena närmare utrett denna fråga utan framställt "sjukförsäkringslösningen" som den tekniskt lämpligaste lösningen utan att tydliggöra de materiellrättsliga konsekvenser denna medför. Valet av "sjukförsäkringslösningen" har en långt större betydelse än vad lagstiftaren velat ange. "Lösningen" bygger egentligen på tankegångar uttryckta i 1944 års förarbeten.⁶

Den svenska "sjukförsäkringslösningen" innebär enligt mitt förmenande ett accepterande av rätten till vårdförmåner enligt AFL 2 kap. Det innebär att frågan om man kan härleda några patienträttigheter från HSL inte är relevant (och egentligen aldrig har varit det). Svaret på frågan om förefintligheten av legala patienträttigheter står sålunda att finna i AFL. Detta kan tyckas böra gälla generellt för hela patientkollektivet och inte endast för patienter som använder den fria rörligheten över EU-staternas nationsgränser. Denna slutsats har man dock ej dragit.

2.1.2.3 "Vården " enligt art 22

Tidigare stadgades i art 22.2 att tillstånd "får inte vägras, om vården inte kan ges den berörda personen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt". EG-domstolen gjorde då den tolkningen att det enligt art 22 var förbjudet att vägra tillstånd i det fall då den vård som gavs i den medlemsstat där den berörda personen var bosatt var mindre effektiv än den vård som hon/han kunde få i en annan medlemsstat. Med ordet "vården" i art 22.2 andra stycket avsågs varje lämplig behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda personen led av. Förpliktelsen att bevilja tillstånd ansågs omfatta både det fall där den vård som gavs i en annan medlemsstat var effektivare än den som den berörda personen kunde få där hon/han var bosatt och det fall då vården i fråga inte kunde ges där.

Som framgått ovan stadgar art 22.2 andra stycket nu att tillstånd inte får vägras, om vården är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat där personen är bosatt och om hon/han i den staten inte kan få vård inom den tid som, med beaktande av hennes/hans aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp, där är normal för vården i fråga. Detta innebär att medlemsstaterna kan välja hur de vill besluta i övriga situationer som kan tänkas uppstå.

Några ändringar i art 22.1 c har dock inte skett. Det betyder att den tolkning som gjorts av denna del av artikeln i Pierik I och II fortfarande gäller. Vad innebär då detta?

I Pierik I sägs att inom ramen för de allmänna målen i fördraget ingår art 22 i förordningen bland de åtgärder som syftar till att ge en arbetstagare (försäkrad) som är medborgare i en av gemenskapens medlemsstater möjlighet att, oavsett vid vilken nationell institution hon/han är försäkrad eller var hon/han är bosatt, dra nytta av de vårdförmåner som utges i varje annan medlemsstat. Av orden "den vård som hans hälsotillstånd kräver" i art 22.1c framgår att de vårdförmåner, för vilka personen i enlighet med denna bestämmelse beviljas tillstånd att bege sig till en annan medlemsstat, omfattar all vård som kan säkerställa en effektiv behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda personen lider av.⁷ Detta måste fortsättningsvis gälla även om andra momentet i artikeln ändrats.

Att så är fallet framgår av den under förra året meddelade domen i GeraetsSmits (C-157/99). I den framhöll domstolen att tillstånd kan vägras *enbart* om den enskilde i tid kan få en identisk eller lika effektiv behandling inom det egna vårdsystemet ("*only if the same or equally effective treatment can be obtained without undue delay*"). Skrivningen tycks här tyda på att i alla andra situationer måste tillstånd ges. Är vården effektivare i det andra landet, dvs kan bosättningslandet endast tillhandahålla mindre effektiv vård än mottagarlandet, skulle då följden bli att tillstånd måste ges. Ytterligare precisering av vad som ligger i "vården" måste dock ske av Gemenskapsdomstolen för att klarhet härvidlag skall kunna uppnås.

Vad gäller intentionerna bakom art 22 torde följande fortfarande gälla. Genom att införa en bestämmelse av det innehåll som art 22 har, har gemenskapslagstiftaren på ett otvetydigt sätt visat att förverkligandet av en enda marknad också har inneburit, att en fri rörlighet även för sjuka personer bör eftersträvas. Lagstiftaren har alltså velat öppna marknaden för hälso- och sjukvård, så att vederbörande kan få den vård hon/han behöver. Det innebär att det torde vara en gemensapsrättslig strävan att

⁶ Se min ovan anförda uppsats.

⁷ Pierik 1 (117/77 para 15).

Whiplash Info

Tomas Alsbro

medlemsstaterna skall bevilja tillstånd till all vård som kan säkerställa en effektiv behandling av den sjukdom eller åkomma som den berörda personen lider av och möjliggöra återgång i arbete. Detta innebär att den styrpolitiska integrationsstråvan från gemenskapslagstiftaren är tänkt att verka i tillståndsgivande riktning.

2.1.3 Tillstånd till och ersättning för sjukvård utomlands enligt art 22 i typfallet

2.1.3.1 Möjligheterna till sjukvård enligt svensk rätt

Som utgångspunkt för resonemanget om sjukvård utomlands enligt art 22 skall först i korthet diskuteras Karl Perssons möjligheter till sjukvård enligt svensk rätt. Ovan har framkommit att HSL är en skyldighetslag med vårdgivaren som adressat och att denna lag av naturliga skäl inte kan tillhandahålla några legala rättigheter för den enskilda vårdtagaren, i detta fall Karl Persson. Med detta har man låtit sig nöja i den rättsliga doktrinen och debatten, och slutsatsen har blivit att någon legal rätt till medicinsk vård och behandling inte ansetts finnas. Att denna slutsats kan diskuteras har framkommit ovan. Den "socialförsäkringslösning" som den svenska staten accepterat i en migrationssituation är ett exempel härpå. Även om man inte accepterar att en i Sverige boende person, Karl Persson, som gör anspråk på svensk sjukvård kan hävda rättigheter enligt sjukvårdsförsäkringen, dvs en "inhemsk socialförsäkringslösning", framstår det som iögonfallande att personen i en migrationssituation får sådana rättigheter till skillnad från den icke migrerande.

Om man nu går på den linjen att Karl Persson inte har en legal rätt till vård, borde han som en följd av sin livshotande sjukdom ändå ha erhållit vård och behandling. Han tillhör den mest prioriterade gruppen av patienter, men problemet är att vården rent faktiskt inte kan utföras i Sverige. Som framkommit ovan görs njurtransplantationer utan blodtillförsel i Sverige men inte på patienter med den komplikation som Karl Persson har.

Socialstyrelsen har gjort vissa uttalanden om sjukvårdsbehandling av Jehovas Vittnen, såsom uttalandena den 17 februari 1993 och den 21 september 1993, vilka i och för sig inte är av bindande karaktär, eftersom de inte ingår i Socialstyrelsens föreskrifter. De anses ändå idag accepterade vid behandling av patienter tillhöriga Jehovas Vittnen. Landstingsförbundets cirkulär, AC 35/82 - sjukvård utomlands, är inte heller ett bindande dokument men rekommendationen i cirkuläret är enligt uppgift från Landstingsförbundet fortfarande aktuell. Rekommendationen innebär att, om specialistvård inte kan utföras vid svenskt sjukhus, denna skall beviljas utomlands, om vården kan förväntas ge avsett resultat, rädda patientens liv samt rimliga krav på medicinsk säkerhet, personalens kompetens och hygieniska förhållanden är uppfyllda.

Regeringsformens (RF) fri- och rättighetskatalog i 2 kap innefattande bl a ett konstitutionellt skydd för religiös integritet ger Karl Persson en starkare ställning än vad HSL ger trots att lagen under senare år kommit att innehålla regler som är betydligt mer patientfokuserade än tidigare. Så har patienter bl a tilldelats ett större inflytande på valet av behandlingsmetod. Denna nya reglering i HSL i kombination med RF:s regler torde ge Karl Persson en stark ställning som kravställare på vården och dess innehåll. Om hans ställning kan anses innefatta en legal rättighet ligger häri, att den svenska vårdgivaren måste kunna uppfylla den. Man kan inte hänvisa exempelvis till bristande ekonomiska resurser (jfr socialt bistånd jämlikt socialtjänstlagen). Så torde man inte heller kunna hänvisa till bristande medicinsk expertis, om sådan finns att tillgå någon annanstans. HSL kräver inte att vården måste ges i Sverige.

På grund av oklarheter rörande överprövningsmöjligheterna vågar jag mig dock inte på att rubricera kravet som en legal rättighet. Men även om man utgår från vården som en vårdgivarens skyldighet och inte som vårdtagarens rättighet, torde man kunna förfäktas, att det är gällande svensk rätt att, p g a RF:s bestämmelser om religiös integritet och på den patientfokuserade inriktning som HSL kommit att erhålla, Jehovas Vittnen får utlandsvård, om sådan vård inte kan ges i Sverige.

Jag övergår nu till frågan om utlandsvård enligt EG-rättsliga regler.

Whiplash Info

Tomas Alsbro

2.1.3.2 Möjligheterna till sjukvård med hjälp av EG-rättsliga regler

Karl Persson har ansökt om tillstånd till och ersättning för medicinsk vård och behandling i England och hänvisat till art 22 i förordningen nr 1408/71. Han har av svensk försäkringskassa fått avslag med motiveringen att vård kan erbjudas honom i Sverige inom skäligen tid. Den vård som erbjuds är njurtransplantation innefattande blodtillförsel. Hänsyn till hans religiösa integritet har alltså inte tagits.

Enligt art 22 är det bosättningslandets lagstiftning som skall tillämpas, dvs i detta fall svensk rätt. Denna har diskuterats ovan. Även om man, som jag valt att göra, inte går på "den legala rättighetslinjen" framgår av Socialstyrelsens ovan anförda yttranden⁸ att medlemmar i Jehovas Vittnen har ett stort inflytande på val av behandlingsåtgärd, ett inflytande som på grund av reglerna om religiös integritet i RF torde vara avsevärt större än för patienter i gemmen. Att helt bortse från detta inflytande i en EG-rättslig situation där denna pekar ut svensk rätt som tillämplig synes inte vara adekvat.

Hur tolkas då vårdbegreppet enligt EG-rättsliga regler? Ovan har framkommit i domen Geraets-Smits (C-157/99) att behörig institution kan vägra tillstånd "only if the same or equally effective treatment can be obtained without undue delay". Men den vård som erbjuds Karl Persson i Sverige är inte samma som den som erbjuds honom i England. I Sverige erbjuds han njurtransplantation med blodtillförsel och i England njurtransplantation utan blodtillförsel. Båda metoderna anses utgöra vetenskap och beprövad erfarenhet och båda är i sig effektiva. I Karl Perssons fall är transplantation utan blodtillförsel dock "mycket effektivare", eftersom den är den enda som står till buds i hans fall. Metoden får jämföras med en säker död som det andra alternativet. Framhållas bör också att njurtransplantationer utan blodtillförsel i sig ingår i det svenska vårdutbudet (se ovan).

Sammanfattningsvis kan således göras gällande att villkoret "the same or equally effective treatment" inte är uppfyllt för att tillstånd skall kunna vägras. Endast om så vore fallet och behandlingen kunde ges inom rimlig tid, har svensk försäkringskassa rätt att vägra tillstånd. Med ledning av domen Geraets-Smits (C-157/99) ger en e contrario-tolkning vid handen att då dessa villkor inte är uppfyllda, tillstånd skall ges. Följaktligen bör tillstånd ges till Karl Persson att få vård i England på svensk försäkrings bekostnad.

2.2 Rätten till fri rörlighet av tjänster inom EU

2.2.1 Förhandstillståndet- en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster

I detta avsnitt skall undersökas om art 49 i Romfördraget skall tolkas så att bestämmelser enligt vilka betalningsansvar för ersättningsgilla tjänster förutsätter tillstånd från den försäkrades organ för social trygghet om tjänster utförs i en annan medlemsstat än den stat där den försäkrade är bosatt strider mot den fria rörligheten av tjänster.

Det är obestritt att medicinsk verksamhet utgör tjänster⁹ och att friheten att tillhandahålla tjänster även innebär frihet för mottagare av tjänster att bege sig till en annan medlemsstat för att där motta tjänsten i fråga. Turister, personer som får medicinsk behandling och personer som gör studie- eller affärsresor anses som mottagare av tjänster.

Vad händer med art 22 i förordningen när en svensk medborgare drar fördel av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster genom att förflytta sig till annat EU-land för att få sjukvård, som är anpassad till hennes/hans hälsotillstånd? En inskränkande effekt på tillhandahållande av tjänster torde bli följden.

Till en början måste konstateras att det endast är för att vända sig till någon som tillhandahåller tjänster och som är etablerad i en annan medlemsstat som det finns anledning att ha tillståndet i fråga, vilket innebär, om än indirekt, en skillnad i behandling av de försäkrade på grund av var tjänsten

⁸ Se även Hovrättens för Västra Sverige dom 1996-02-17 mål T 386/93 samt HSN 199305-18 mål nr 586/92:22

⁹ Se nu nedan Geraets-Smits (C-157/99) där detta mycket tydligt framhålls

Whiplash Info

Tomas Alsbro

tillhandahållits. Dessutom är det endast försäkrade som har fått sjukvård i en annan medlemsstat, trots att de inte hade erforderligt tillstånd, som vägras ersättning, vilket innebär en skillnad i behandling av dessa försäkrade beroende på om de har valt att få de tillhandahållna tjänsterna av aktörer som är etablerade inom landet eller i en annan medlemsstat.

Generaladvokaten Tesauo i målen Decker (C-120/95) och Kohll (C158/96) argumenterade på följande sätt:

"Under dessa förhållanden är det fullkomligt uppenbart att bestämmelserna i fråga, just för att de låter ersättning för kostnader som uppkommit i en annan medlemsstat vara beroende av ett förhandstillstånd, och just för att de vägrar ersättning för ifrågavarande kostnader om de försäkrade inte har detta tillstånd, är en extremt avskräckande faktor och, på grund härav, medför en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Det är för övrigt obestriddigt att ett sådant förhållande oundvikligen är ämnat att ha negativa återverkningar på dem som tillhandahåller tjänster och inte är etablerade i staten i fråga. De sistnämnda kan i själva verket, med undantag för de sällsynta fall då tillstånd har beviljats, endast erbjuda tjänster som inte är ersättningsgilla.

Slutligen innehåller den omstridda nationella bestämmelsen, och av samma skäl art. 22 i förordningen, inskränkningar som grundar sig, om än indirekt, på den ort där den som tillhandahåller tjänster är etablerad. Dessa bestämmelser inskränker i själva verket inte oväsentligt vårdtagarnas (tjänstemottagarnas) möjlighet att fritt välja sjukvård och att (även) vända sig till dem som tillhandahåller tjänster och är etablerade i andra medlemsstater och utgör på grund härav ett hinder för dessa sistnämndas verksamhet över gränserna. Det rör sig om hinder som uppenbart står i strid med art. 59 (nuv. art. 49) i fördraget."¹⁰

Det finns dock tillåtliga hinder för utövande av de grundläggande friheterna. Om det finns regler som hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna som garanteras av fördraget, kan dessa regler ändå uppfattas som förenliga med gemenskapsrätten om fyra förutsättningar är uppfyllda.

Den första förutsättningen är att en dylik regel inte är tillämplig på ett diskriminerande sätt, den andra att den skall framstå som motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse, den tredje att den skall vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och den fjärde att den inte skall gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Hur förhåller sig tillståndskravet i art 22 till dessa förutsättningar?

Är tillståndskravet direkt diskriminerande eller inte? Någon diskriminering på grund av nationalitet är det inte fråga om och inte heller föreskrivs ett särskilt system för dem som tillhandahåller tjänster, som är etablerade i en annan medlemsstat. Med hänsyn till att vården är avhängig av val av läkare eller sjukhusstruktur, är det dock uppenbart, att en skillnad i behandling mellan försäkrade beror på den ort där den som tillhandahåller tjänster är etablerad. Tillstandsregeln kan alltså bli indirekt diskriminerande.

Av rättspraxis beträffande tjänster följer att det får lov att finnas bestämmelser om villkor för etablering, om det är berättigat ur ett allmänintresse. Generaladvokat Tesauo framhöll i målen Decker (C-120/95) och Kohll (C-158/96) att det är omöjligt att vidhålla att de försäkrades hälsa inte är tillräckligt skyddad, om de erhåller hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat.

När det gäller intresset av skydd av den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet i fråga, kan detta intresse rättfärdigas när ett ekonomiskt syfte inte är ett syfte i sig men av vikt för funktionen av det system som avses eller rör intressen som är väsentliga för staten.¹¹ Samtliga regeringar i målet Kohll (C158/96) har menat att tillståndskravet (och på detta byggande inhemska bestämmelser) var nödvändigt. Kommissionen har dock menat att det måste föreligga en *verklig och faktisk risk* för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet rubbas, för att det skall finnas skäl för de nationella myndigheterna att avslå ett förhandstillstånd. Domstolen fann i målet Kohll (C-158/96) att

¹⁰ Para 43

¹¹ Se exv Richardson C-137/94.

Whiplash Info

Tomas Alsbro

inget av de yttranden som inkommit från medlemsstaterna visade att de omtvistade nationella bestämmelserna var nödvändiga för att säkerställa en läkaroch sjukhusvård som var väl avvägd och tillgänglig för alla. Bestämmelserna ansågs inte oundgängliga för att upprätthålla en väsentlig vårdkapacitet eller sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet.

Genom avgörandet i Kohll C-158/96 har dock frågan om fri rörlighet av medicinska tjänster inte till alla delar besvarats. I Kohll gällde tvisten ersättning enligt en schablontaxa, som var densamma som den i den behöriga staten. Av detta rättsfall kan man därför endast utläsa att man har rätt till den ersättning som vården skulle ha kostat i den behöriga staten. Huruvida den faktiska vårdkostnaden i den behandlande staten kan ersättas prövades aldrig. Vidare framhölls i Kohl! att det i det fallet var fråga om behandling utan samband med infrastrukturen för sjukvård. Något mer hade man inte anledning att ta ställning till. Man kan av domen inte utläsa om principen om fri rörlighet av tjänster får stå tillbaka först när landets hälso- och sjukvård fullständigt skulle falla ihop och kaos skulle bli följden av ett borttagande av förhandstillståndet. Detta blir domstolens sak att ta ställning till i nya mål.

Ett sådant mål är Geraets-Smits (C-157/99), även om inte heller denna dom besvarar "alla" frågor.¹² Domstolen slår fast att medlemsstaterna är suveräna att utforma sina egna sociala trygghetssystem. Länder som har ett inslag av marknad, dvs den vårdsökande har en valmöjlighet, får inte diskriminera utländska vårdaktörer. Vidare slås i domen ännu en gång fast att vård såsom sjukhusvård är en tjänst. Den svenska regeringen hade försökt hävda att sjukhus-tjänster inte är någon ekonomisk verksamhet som utförs mot ersättning, eftersom merparten finansieras med skatter. Detta argument godtogs inte. Vård är en tjänst oavsett vem som betalar och när.

Domstolen framhöll vidare att kravet på förhandstillstånd i art 22 är diskriminerande, eftersom det avhåller människor från att anlita vårdaktörer i andra länder. Det utgör ett hinder för friheten att tillhandahålla varor och tjänster. Detta gäller både för vårdaktörer och för deras mottagare. Men domstolen gick dock med på att ett förhandstillstånd i vissa lägen var befogat för att den ekonomiska balansen i de sociala trygghetssystemen inte skulle rubbas. Detta innebär dock inte att den behöriga staten har rätt att på ett godtyckligt sätt hindra den försäkrade att söka vård utomlands. Skälen att hindra vederbörande måste vara objektivt grundade, icke diskriminerande och kända på förhand. Som framhållits ovan kan tillstånd vägras enbart om den enskilde i tid kan få en identisk eller lika effektiv behandling inom det egna vård- och rehabiliteringssystemet. Vad som menas med "i tid" eller "utan otillbörligt dröjsmål" har domstolen ännu inte besvarat.¹³

Det händer mycket sällan att allmän försäkringskassa efter samråd med landstinget skickar en sjuk person utomlands för att vårdköerna är för långa eller för att vården är bättre i ett annat land. Genom att domstolen nu slagit fast att försäkringskassan endast har rätt att vägra att ge förhandstillstånd om man i Sverige har samma eller lika effektiv vård, vilken kan tillhandahållas utan otillbörligt dröjsmål, betyder det att den försäkrade bör få förhandstillstånd för att erhålla vård som är bättre i ett annat land. Att säkerställandet av den svenska hälso- och sjukvården skulle äventyras av att vårdkostnaderna för utomlands erhållen vård som en enskild vårdsökande därstädes erhållit ersätts av svensk försäkringskassa, är högst osannolikt med den i ett europeiskt perspektiv relativt välfungerande svenska sjukvårdsverksamheten. Det finns inget i nuläget som tyder på att det kan bli fråga om ett svenskt vårdsökande utomlands av en sådan omfattning att fara skulle vara för handen vad gäller upprätthållandet av en god nivå på svenska vårdinsatser.

2.2.2 Ersättning för sjukvård utomlands utifrån kravet på fri rörlighet för medicinska tjänster i typfallet

Att den engelska vårdgivaren, som erbjudit sig att operera Karl Persson, tillhandahåller medicinska tjänster som faller under regleringen i art 49 i Romfördraget är uppenbart. Att tillståndskravet i art 22 i förordningen nr 1408/71 kan hindra den fria rörligheten av tjänster är också klart. Men EG-domstolen har gått med på att behålla tillståndskravet för att den ekonomiska balansen i de nationella sociala trygghetssystemen inte skall rubbas (Geraets-Smits /C157/99/), dock enbart under förutsättning att tillståndskravet inte godtyckligt hindrar den försäkrade att söka vård utomlands. Det innebär i Karl

¹² Se även Vanbraekel C-368/98.

¹³ Jfr länsrättens i Blekinge dom 010907 mål nr 978-00.

Whiplash Info

Tomas Alsbro

Perssons fall att svensk försäkringskassa (svenska staten) måste ha objektiva skäl för varför han inte skall få vård i England. Dessa skäl måste vara kända på förhand och icke diskriminerande.

Jag menar att Karl Persson torde ha goda chanser att få en eventuell utlandsvård ersatt av det svenska socialförsäkringssystemet, eftersom ett upprätthållande av tillståndskravet skulle hindra den fria rörligheten av tjänster och det i ett fall som detta torde vara svårt att anföra objektiva grundade hinder som skulle leda till att tillståndskravet ändå kunde upprätthållas.