



Det juridiske fakultet

Retten til å motta helsetjenester på tvers av landegrensene

Er Norges gjennomføring av pasientrettighetsdirektivet forenelig med EØS-retten?

Julianne Mathiassen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3092, 15.12.2022.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema og bakgrunn	1
1.2	De rettslige grunnlagene for oppgaven	3
1.3	Metodiske spørsmål innenfor EØS-retten	5
1.4	Oppgavens avgrensning, problemstillinger og videre fremstilling	6
2	Bakgrunnen for pasientrettighetsdirektivet	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Den frie bevegelse av helsetjenester etter EØS-avtalen art. 36.....	8
2.3	Den frie bevegelse av helsetjenester etter praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen	11
3	Innholdet i pasientrettighetsdirektivet	19
3.1	Innledning.....	19
3.2	Utgangspunktet for medlemsstatenes ansvar	20
3.3	Refusjon av utgifter	23
3.4	Statens mulighet til å begrense refusjon på grunn av tvingende allmenne hensyn ..	24
3.5	Statens mulighet til å begrense refusjon ved krav om forhåndstillatelse	26
4	ESAs kritikk mot den norske gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet.....	30
4.1	Innledning.....	30
4.2	Generelt om inkorporeringen av pasientrettighetsdirektivet i norsk rett.....	31
4.3	Retten til nødvendig helsehjelp som et vilkår for refusjon	32
4.4	Vilkår om forhåndstillatelse i norsk rett.....	38
4.5	Vurderingen av hvorvidt reglene etter norsk trygderett er tilstrekkelig klare	41
4.6	De prosessuelle reglene for å fremsette krav om refusjon og klage.....	47
4.7	Det nye lovforslaget og hvorvidt det avhjelper de feil ESA peker på.....	49
5	Avslutning	50
	Referanseliste	53

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og bakgrunn

Temaet for oppgaven er Norges gjennomføring av direktiv av 9. mars 2011 nr. 24/EU om pasientrettigheter ved helsetjenester over landegrensene (pasientrettighetsdirektivet). Temaet har tilknytning til velferdsretten, helseretten og EØS-retten.

Pasientrettighetsdirektivet kodifiserer EU-domstolens praksis, hvor det er fastslått at den frie bevegelse av tjenester, etter Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUF) art. 56, omfatter helsetjenester.¹ Dette innebærer at norske pasienter i utgangspunktet kan motta helsetjenester i andre EØS-stater, og deretter kreve refusjon fra staten.² En korrekt gjennomføring av direktivet kan være problematisk av hensyn til statens organisering, administrering og finansiering av det norske helsevesenet.

Bakgrunnen for oppgavens tema er søksmålet fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) mot Norge³ og trygdesaken.⁴ I det følgende vil det redegjøres kort for innholdet i ESAs søksmål mot Norge og hvilke paralleller dette har til trygdesaken.

I 2019 besluttet ESA å saksøke Norge ved EFTA-domstolen for brudd på pasientrettighetsdirektivet.⁵ Begrunnelsen for søksmålet er at Norge ikke oppfyller sine forpliktelser etter Europaparlamentets- og rådsforordning om endring av forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeforordninger (trygdeforordningen) art. 20, pasientrettighetsdirektivet og Avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) art. 36.

I forkant av søksmålet var det omfattende brevutvekslinger mellom ESA og Norge, hvor ESA peker på flere betenkeligheter ved den norske gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet.

¹ Pasientrettighetsdirektivet art. 1 nr. 1 jf. blant annet *Kohll C-158/96* avsnitt 29. Betraktning hentet fra ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 44.

² Pasientrettighetsdirektivet art. 7.

³ ESA, *EFTA Surveillance Authority Decision (2019)*.

⁴ Jf. blant annet HR-2021-1453-S.

⁵ ESA, *EFTA Surveillance Authority Decision (2019)*.

Blant annet mener ESA at den norske lovgivningen mangler slik «objectivity, clarity, transparency and precision» som kreves etter pasientrettighetsdirektivet.⁶ Sistnevnte moment tilsier at den norske gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet har mangler på systemnivå. Dette kan innebære at Norge må gjøre omfattende lovendringer for å oppfylle sine EØS-rettslige forpliktelser.

I 2021 kom Arbeids- og inkluderingsdepartementet med et lovforslag om å gjøre endringer i norsk trygderett for å rette opp i manglene ved gjennomføringen av trygdeforordningen og pasientrettighetsdirektivet.⁷ Samtidig har ESA varslet at de ikke kan se at lovforslaget verken besvarer eller løser problemene ved inkorporeringen i norsk rett.⁸ Saken mellom ESA og Norge er ikke endelig avgjort.

ESAs søksmål mot Norge har flere paralleller til trygdesaken. Trygdesaken gjaldt feilpraktisering av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området. Saken illustrerer utfordringene ved norsk gjennomføring og praktisering av EØS-retten, særlig på velferdsrettens område. I ettertid kom spørsmålene om hvordan feil av et slikt omfang kunne skje. I konklusjonen til granskingen av saken fremholdes det:

«En del av forklaringen på at feilen fikk pågå så lenge ligger i at de aktuelle bestemmelsene i folketrygdloven ikke er tilpasset EØS-rettens krav, verken i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel i norsk rett, ved gjennomføringen av trygdeforordningene, eller ved senere lovendringer».⁹

Trygdesaken og granskingen i ettertid illustrerer at deler av norsk trygderett ikke samsvarer med EØS-rettens krav. Det kan være utfordrende å se hvilke av bestemmelsene i velferdsretten som er utslag av EØS-retten, og at EØS-reglene har forrang ovenfor norsk

⁶ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016), avsnitt 39-42.

⁷ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering).

⁸ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 24.

⁹ NOU 2020: 9 Blindsonen, Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området s. 249.

lovgivning. Den samme problemstillingen gjør seg gjeldende ved tolkningen av de bestemmelsene som skal gjennomføre pasientrettighetsdirektivet i norsk rett.

Denne oppgaven tar sikte på å tolke pasientrettighetsdirektivet og identifisere hvilke feil Norge begikk ved gjennomføringen av direktivet. Oppgavens tema har betydning for Norges rolle i EØS, og rettighetene til norske pasienter.

1.2 De rettslige grunnlagene for oppgaven

Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er pasientrettighetsdirektivet. ESAs korrespondanse med norske myndigheter kan tilsi at pasientrettighetsdirektivet ikke er korrekt gjennomført i norsk rett. For å vurdere hvorvidt pasientrettighetsdirektivet er korrekt gjennomført i norsk rett, må de norske reglene som tar sikte på å gjennomføre direktivet tolkes.

Pasientrettighetsdirektivet må tolkes med bakgrunn i direktivets formål, EØS-avtalen art. 36 og EU-domstolens praksis. I det følgende vil det redegjøres kort for pasientrettighetsdirektivets bakgrunn. Deretter vil det gis en oversikt over de norske reglene som tar sikte på å gjennomføre direktivet i norsk rett.

Pasientrettighetsdirektivets formål er regulert i art. 1 nr. 1, hvor det fremgår:

«Dette direktiv fastsetter regler for å lette tilgangen til trygge helsetjenester av høy kvalitet over landegrensene og fremme samarbeid om helsetjenester mellom medlemsstatene, idet det fullt ut respekterer nasjonal myndighet med hensyn til organisering og yting av helsetjenester. Dette direktiv har også som mål å klargjøre forholdet til nåværende ramme for samordning av trygdeordninger, forordning (EF) nr. 883/2004, men hensyn til anvendelse av pasientrettigheter».

Etter ordlyden har direktivet flere formål. For det første skal det bli enklere for pasienter å få tilgang til trygge og kvalitetssikrede helsetjenester over landegrensene. For det andre oppfordrer direktivet medlemsstatene til å samarbeide om helsetjenester. Til sist skal direktivet gjøre det enklere å forstå forholdet mellom den frie flyten av helsetjenester og trygdeforordningen.

Samtidig skal direktivet respektere organiseringen og ytingen av helsetjenester nasjonalt. Dette innebærer at det i utgangspunktet fremdeles er opp til staten selv hvordan helsetjenestene er organisert og hvilke helsetjenester pasienter har rett på å motta. Dette

underbygges av direktivet art. 1 nr. 4, hvor det fremkommer at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning angående helsetjenester som ytes nasjonalt.

Etter direktivets art. 1 nr. 2 får direktivet «anvendelse på de helsetjenester som tilbys pasientene, uansett hvordan de organiseres, ytes eller finansieres». I utgangspunktet gjelder direktivet for alle helsetjenester. Et unntak fra dette er direktivet art. 1 nr. 3 hvor det fremgår at helsetjenester som langtidspleie, organtransplantasjon eller offentlige vaksinasjonsprogrammer faller utenfor direktivets anvendelsesområde.

Videre er pasientrettighetsdirektivet et utslag av prinsippet om fri bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen art. 1 nr. 2 bokstav c og art. 36.¹⁰ Direktivet, og de norske reglene som er et utslag av direktivet, må tolkes med utgangspunkt i prinsippet.

Det følger av EØS-avtalen art. 6 jf. ODA art. 3 punkt 2, at bestemmelsene «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler (...)» i EU-traktaten skal «fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser (...)» fra EU-domstolen. Bestemmelsen innebærer at praksis fra EU-domstolen er en relevant rettskilde fordi EØS-avtalen art. 36 er identisk i sitt materielle innhold med TEUF art. 56. I følge Skoghøy skal praksis fra EU-domstolen tillegges stor vekt.¹¹

Praksis fra EFTA- og EU-domstolen vil derfor være sentrale rettskilder ved tolkningen av direktivet.

Pasientrettighetsdirektivet ble gjennomført i norsk rett i 2015 gjennom en rekke lovbestemmelser og forskrifter. Disse vil være relevante for å vurdere den norske gjennomføringen av direktivet.

Direktivet er gjennomført ved endringer i Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.) § 5-24 a, Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.) § 2-4 a, Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven – hol.) § 11-1 sjette ledd, Lov 3. juni 1983

¹⁰ Jf. blant annet *Kohll C-158/96, Decker C-120/95, Vanbraekel C-368/98, Smits and Peerbooms C-157/99, Müller-Fauré og Van Riet C-385/99, Inizan C-56/01, Leichtle C-8/02, Watts C-372/04, Herrera C-466/04 og Stamatelaki C-444/05* – oversikt hentet fra Eriksson, Norsk lovkommentar til folketrygdloven § 5-24, note nr. 388 avsnitt 3.

¹¹ Skoghøy, *Rettsanvendelse*, (2018) s. 118-119.

nr. 54 om tannhelsetjenesten (tannhelsetjenesteloven – tannhl.) § 5-1 fjerde ledd, Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven – splh.) § 5-2 fjerde ledd, Lov 15 juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven – passkl) § 7, Forskrift 22. november 2010 nr. 1466 om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land (Forskrift om stønad til helsetjenester i EØS) og Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (Prioriteringsforskriften).

1.3 Metodiske spørsmål innenfor EØS-retten

I denne oppgaven vil alminnelig rettsdogmatisk metode i hovedsak benyttes.¹² Dette innebærer at oppgaven skal redegjøre for gjeldende rett. Avslutningsvis vil det foretas en rettspolitisk vurdering.

I det følgende vil det redegjøres for noen metodiske problemstillinger som er relevant ved tolkning av EØS-retten.

Det følger av Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven - EØSl) § 2, at EØS-retten har forrang fremfor norsk lovgivning. Dette forstås som at EØS-avtalen og rettsakter tilknyttet den vil få gjennomslag ved direkte motstrid med norske rettsregler. Dette medfører at pasientrettighetsdirektivet har forrang fremfor alminnelig norsk lov og forskrift jf. oppgavens punkt 1.2.

Videre fremkommer det av presumsjonsprinsippet at en skal forsøke å harmonisere norsk lovgivning med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹³ Dette innebærer at tolkningen av de norske reglene må sammenfattes med de relevante EØS-reglene. For eksempel må rettsanvenderen forsøke å harmonisere pbrl. § 2-1 b med pasientrettighetsdirektivet art. 7 dersom det foreligger motstrid mellom bestemmelsene. Hvis dette ikke lar seg gjøre må reglene etter direktivet legges til grunn.

Prinsippet om direktivkonform tolkning innenfor EØS-retten innebærer at nasjonale domstoler skal tolke pasientrettighetsdirektivet i samsvar med EØS-retten. I norsk rett er det

¹² Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, (2018) s. 25.

¹³ Rt. 2000 s. 1811 på s.1827.

lagt til grunn at dette prinsippet ikke går lenger enn presumsjonsprinsippet.¹⁴ Likevel har det skjedd en utvikling i EU-domstolens praksis som kan tilsi at prinsippet om direktivkonform tolkning går lenger enn presumsjonsprinsippet.¹⁵

Ved tolkningen av EØS-avtalens tjenesteregler må det ses hen til EU-domstolens praksis. Bakgrunnen for dette er EØS-avtalens fortale og art. 6 jf. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) art. 3 punkt 2.

Det følger av EØS-avtalens fortale fjerde ledd at et av formålene ved avtalen «er å opprette et dynamisk og ensartet (...)» EØS. At avtalen er «dynamisk» forstås som at avtalens innhold kan utvikles over tid. Sejersted mfl. mener at formålet med avtalen er at den skal utvikles i tråd med EU-rettens utvikling, på de rettsområder EØS-avtalen omfatter.¹⁶ Dette innebærer at norske domstoler må foreta en dynamisk tolkning av EØS-avtalens tjenesteregler, når det tas stilling til pasientrettighetsdirektivet.

At avtalen skal være «ensartet» tolkes som at det skal strebes etter likhet mellom EØS-avtalen og de tilsvarende bestemmelsene i EU-retten. Dette kalles for homogenitetshensynet. I følge Sejersted mfl. innebærer hensynet til homogenitet at EØS-reglene skal tolkes likt i hele EØS-området og at reglene skal praktiseres likt i EØS som i EU.¹⁷

EØS-avtalens regler om den frie bevegelse av tjenester må derfor tolkes i samsvar med traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUF) art. 56.

1.4 Oppgavens avgrensning, problemstillinger og videre fremstilling

Reglene etter pasientrettighetsdirektivet kan overordnet sett deles inn i tre kategorier. Medlemsstatenes ansvar etter direktivet kapittel 2, refusjon av utgifter etter kapittel 3 og samarbeid om helsetjenester etter kapittel 4. I denne oppgaven vil ikke reglene om medlemsstatenes samarbeid om helsetjenester behandles. Videre følger det av

¹⁴ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1830.

¹⁵ Blant annet *Björnekulla C-371/02* og *Ajos C-441/14*. Argument hentet fra masteroppgaven til Andreas Lunde, *Prinsippet om EØS-konform tolkning og implikasjoner for norsk rettskildelære*, 2022.

¹⁶ Sejersted mfl., *EØS-rett*, (2019) s. 87.

¹⁷ Sejersted mfl., *EØS-rett*, (2019) s. 87.

pasientrettighetsdirektivet art. 2 bokstav m at direktivet får anvendelse med forbehold for trygdeforordningen. Bestemmelsene i trygdeforordningen vil ikke behandles inngående.

Oppgavens tema reiser flere problemstillinger. Den overordnede problemstillingen er hvorvidt pasientrettighetsdirektivet er korrekt gjennomført i norsk rett.

For å besvare problemstillingen må det først foretas en analyse av hvilke rettigheter som kan utledes fra pasientrettighetsdirektivet. Herunder må EØS-avtalens tjenesteregler og EU-domstolens praksis tolkes for å finne bakgrunnen for direktivet. Dette er et viktig grunnlag for å tolke direktivet på korrekt måte. Deretter må det vurderes hvorvidt pasientrettighetsdirektivet er korrekt gjennomført i norsk rett. Dette vil bero på en tolkning av de norske bestemmelsene, og en vurdering av hvorvidt de er forenelige med pasientrettighetsdirektivet. Til sist reiser det nye lovforslaget problemstillingen om de foreslåtte lovendringene avhjelper de feil ESA peker på.

I den videre fremstilling vil det i oppgavens punkt 2 redegjøres for pasientrettighetsdirektivets bakgrunn. I oppgavens punkt 3 vil det redegjøres for utvalgte bestemmelser i pasientrettighetsdirektivet. Etter dette vil ESAs kritikk mot den norske gjennomføringen av direktivet drøftes i forhold til de norske trygdereglene i oppgavens punkt 4.

2 Bakgrunnen for pasientrettighetsdirektivet

2.1 Innledning

Pasientrettighetsdirektivet regulerer pasienters rett til å motta helsetjenester på tvers av landegrensene innenfor EØS-området.¹⁸ Direktivet har sin bakgrunn i den frie bevegeligheten av tjenester, som følger av EØS-avtalen art. 36 og TEUF art. 56. Dette underbygges av direktivets fortale avsnitt 2, hvor det fremgår at «(...) flertallet av bestemmelsene i dette direktiv har som mål å forbedre (...) den frie bevegelighet for personer og tjenester».

Det er derfor relevant å vurdere om tjenestereglene i EØS-avtalen omfatter helsetjenester etter sin ordlyd, da EØS-avtalen art. 36 og TEUF art. 56 er den rettslige bakgrunnen for direktivet.

¹⁸ Pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 1.

Dersom helsetjenester er omfattet av tjenestereglene er det klart at Norge er forpliktet til å dekke pasienters utgifter til behandling i utlandet. For Norge sin del kan dette være problematisk med tanke på at dette kan gå ut over organiseringen, administreringen og finansieringen av det norske helsevesenet.

Videre er praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen en relevant rettskilde ved tolkningen av pasientrettighetsdirektivet jf. oppgavens punkt 1.2. Dette underbygges av fortalen til pasientrettighetsdirektivet avsnitt 8 hvor det fremgår at

«Noen spørsmål i forbindelse med helsetjenester over landegrensene, særlig refusjon av helsetjenester som ytes i en annen medlemsstat enn den der mottakeren av helsetjenesten er bosatt, er allerede behandlet av Domstolen. Dette direktiv har som formål å oppnå en mer allmenn og effektiv anvendelse av prinsippene som er utviklet av Domstolen på grunnlag av enkelttilfeller».

Domstolspraksisen gir nærmere veiledning til hvilke helsetjenester som er omfattet av tjenestereglene, og hvilke restriksjoner som kan rettferdiggjøres. Dette er relevant for den norske gjennomføringen av direktivet, da det er nærliggende å tro at Norge vil innføre restriksjoner med tanke på at den frie bevegeligheten av helsetjenester vil få innvirkning på det norske helsevesenet.

I det følgende vil det først drøftes hvorvidt helsetjenester er omfattet av EØS-avtalen art. 36 etter bestemmelsens ordlyd i oppgavens punkt 2.2. I oppgavens punkt 2.3 vil det redegjøres for EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis. Formålet med dette kapitlet er å identifisere bakgrunnen for pasientrettighetsdirektivet. Dette er relevant for tolkningen av direktivets innhold.

2.2 Den frie bevegelighet av helsetjenester etter EØS-avtalen art. 36

I det følgende vil det drøftes hvorvidt helsetjenester er å regne som «tjenester» etter EØS-avtalen art 36, og dermed er omfattet av EØS-avtalens materielle virkeområde.

Det følger av EØS-avtalen art. 36 at:

«Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager».

Bestemmelsens ordlyd tolkes som at det ikke er tillatt å fastsette restriksjoner på adgangen til å yte tjenester på EØS-statenes og EU-statenes territorium.

Videre er «tjenester» definert i EØS-avtalen art. 37 første ledd som «tjenester som vanligvis ytes mot betaling, i den utstrekning de ikke kommer inn under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelighet for kapital og personer». Begrepet «tjenester» forstås som en ytelse som leveres mot penger. Vilkåret om betaling kan forstås som at tjenesteyteren ønsker å oppnå profitt.

Videre tilsier ordlyden at tjenestebegrepet er negativt avgrenset i forhold til de øvrige frihetene. Bestemmelsens andre ledd må tolkes med tanke på dette forbeholdet.¹⁹ Etter EU-domstolens praksis kan ikke tjenestereglene betraktes utelukkende som subsidiære regler. I de forente saker C-34-36/95, De Agostini, kunne vare- og tjenestereglene påberopes. Sejersted mfl. fremholder at tjenestereglene «har et selvstendig anvendelsesområde ved midlertidig grenseoverskridende næringsvirksomhet (...)».

I følge Sejersted mfl. kjennetegnes «fri bevegelighet av tjenester» som midlertidig økonomisk aktivitet i eller mot en annen medlemsstat.²⁰ Det er tvilsomt etter EØS-avtalens ordlyd hvorvidt helsetjenester er omfattet av den frie bevegeligheten av tjenester. Dersom dette er tilfellet har staten i utgangspunktet ikke anledning til å innskrenke pasienters rett til å motta helsetjenester på tvers av landegrensene.

Hvorvidt en aktivitet er å betrakte som økonomisk har blitt vurdert av EU-domstolen i en rekke saker.²¹ Overordnet har «økonomisk aktivitet» to elementer. Aktiviteten må dreie seg om tilbud og etterspørsel, og det må foreligge en godtgjørelse.²²

Etter dette må «fri bevegelighet av tjenester» forstås som midlertidig økonomisk aktivitet fra næringsdrivende på tvers av landegrensene innenfor EU- og EØS-statenes område.

Det må videre vurderes hvorvidt helsetjenester er å regne som midlertidig økonomisk aktivitet fra næringsdrivende.

¹⁹ Sejersted mfl., *EØS-rett*, (2019) s. 424.

²⁰ Sejersted mfl., *EØS-rett*, (2019) s. 425.

²¹ Eksempelvis *Jany C-268/99* avsnitt 48 og *Jundt C-281/06* avsnitt 32.

²² Bernard mfl., *The Outer Limits of European Union Law*, (2009) s. 229.

Hvorvidt helsetjenester er av midlertidig karakter er tvilsomt da «helsetjenester» omfatter mange ulike tjenester. Helsetjenester i form av konsultasjoner, undersøkelser og inngrep bærer preg av å være midlertidige. Samtidig finnes det helsetjenester som har et varig preg. Et eksempel på dette er helsetjenester som ytes kontinuerlig ved opphold på institusjon, slik som eldreomsorg. Dette tilsier at ved tolkningen av anvendelsesområdet til EØS-avtalen art. 36 må hver enkelt helsetjeneste vurderes konkret.

Videre må det vurderes om helsetjenester er å regne som økonomisk aktivitet. Det er noe tvilsomt om helsetjenester dreier seg om tilbud og etterspørsel hvor det foreligger en godtgjørelse. Tilbud og etterspørsel betegnes ofte som konkurranse innen salg. At tjenesteyter skal få en godtgjørelse tilsier at tjenesteyter driver med sikte på profitt.

Hva gjelder helsetjenester bør utgangspunktet for slike tjenester være at alle mennesker har rett på helsehjelp.²³ Hovedformålet med å yte helsetjenester bør derfor ikke være å oppnå profitt. Dette taler mot at helsetjenester er å regne som økonomisk aktivitet. Samtidig bærer helsetjenester preg av å være basert på tilbud og etterspørsel i den grad at helsetjenesteytere kan hjelpe pasienter som har behov for eller ønsker å motta en helsetjeneste. Videre følger det av Sak C-157/99 (Smits og Peerbooms), jf. oppgavens punkt 2.3, at det ikke er et vilkår etter TEUF art. 56 at tjenesteyter driver med sikte på profitt.²⁴ Dette taler for at helsetjenester er å regne som økonomisk aktivitet.

Det knytter seg også tvil til hvorvidt helsetjenester regnes som økonomisk aktivitet fra «næringsdrivende».

Den naturlige språklige forståelsen av «næringsdrivende» er personer eller selskaper som driver næringsvirksomhet med sikte på utbytte. Etter en slik forståelse er ikke Norges offentlige helsevesen å regne som næringsdrivende. Likevel er det som nevnt overfor ikke et vilkår at tjenesteyter driver med sikte på utbytte etter EU-domstolens praksis.²⁵ Dette taler for at helsetjenester er å regne som økonomisk aktivitet fra næringsdrivende.

²³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976), art. 12.

²⁴ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 50-52.

²⁵ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 52-58, jf. oppgavens punkt 2.3.

Statenes helsesystemer er forskjellig utarbeidet i de ulike europeiske statene. I mange stater er det vanlig at borgerne har forsikringsordninger, hvor borgerne indirekte betaler selv for helsetjenestene.²⁶ I slike tilfeller er det mer nærliggende å regne helsetjenester som økonomisk aktivitet fra næringsdrivende, enn etter det norske systemet. Likevel blir helsetjenester ytet mot en godtgjørelse også etter den norske modellen. Forskjellen fra de fleste andre europeiske stater er at Norge hovedsakelig dekker pasienters utgifter til helsetjenester, men unntak av pasientens egenandel.²⁷

Etter dette er det ikke opplagt etter ordlyden i EØS-avtalen art. 36 at helsetjenester er omfattet av den frie bevegelse av tjenester. På bakgrunn av EØS-avtalen art. 36 er det derfor uklart for staten at helsetjenester er omfattet av Norges EØS-rettslige forpliktelser, og eventuelt hvilke restriksjoner som kan rettferdiggjøres.

2.3 Den frie bevegelse av helsetjenester etter praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen

I det følgende vil relevante avgjørelser fra EU-domstolen tolkes med sikte på å identifisere på hvilken måte helsetjenester er omfattet av bestemmelsene, og hva som nærmere ligger i retten til å motta helsetjenester på tvers av landegrensene.

De første sakene hvor EU-domstolen fastslo at helsetjenester er en del av EUs indre marked er C-120/95 (Decker) og C-158/96 (Kohll). Det rettslige utgangspunktet i EU-retten var på avgjørelsestidspunktet the Social Security Regulation 1408/71 art. 22. Etter bestemmelsen kan en unionsborger kreve helseutgifter refundert av staten ved medisinske nødstilfeller, eller dersom staten gir borgeren forhåndstillatelse til å motta helsehjelp i utlandet. I de nevnte sakene ble det problematisert hvorvidt vilkåret om forhåndstillatelse utgjorde en restriksjon på den frie flyten av varer og tjenester.

Sak C-120/95 (Decker) gjaldt en borger fra Luxembourg som kjøpte et par briller i Belgia, med resept gitt av en optiker i Luxembourg.²⁸ Decker krevde deretter utgiftene fra kjøpet

²⁶ For eksempel helsesystemet i Luxembourg som redegjøres for i oppgavens punkt. 2.3.

²⁷ Jf. ftrl. § 5-3

²⁸ *Decker* C-120/95 avsnitt 2.

refundert av forsikringsordningen i Luxembourg. Det nasjonale helsefondet nektet, under henvisning til at brillene ble kjøpt uten forhåndstillatelse.²⁹

Decker anførte dermed at kravet om forhåndstillatelse utgjorde en begrensning av den frie flyten av varer etter EU-traktaten art. 30 (nå TEUF art. 28). Retten konkluderte med at de nasjonale reglene utgjorde en restriksjon på den frie flyten av varer. Dette fordi reglene om forhåndstillatelse oppfordret borgerne til å kjøpe brillene sine i Luxembourg, og reglene var dermed egnet til å begrense importen av briller i andre stater.³⁰

Sak C-158/96 (Kohll) gjaldt en borger i Luxembourg som ønsket tillatelse, på vegne av hans mindreårige datter, til å motta kjeveortopedisk behandling i Tyskland. I følge nasjonal rett kunne borgerne motta behandling i utlandet dersom borgeren var forsikret, og behandlingen krevde forhåndstillatelse. Luxembourg avviste Kohlls krav om forhåndstillatelse under henvisning til at behandlingen ikke hastet og at behandlingen kunne bli gitt i hjemstaten.³¹

Retten legger til grunn at kjeveortopedisk behandling utenfor sykehus er en tjeneste etter EU-traktaten art. 60 (nå TEUF art. 56).³² Rettens begrunnelse er at behandlingen ble gitt mot vederlag, og at tjenestebegrepet i traktaten blant annet er definert som «activities of the professions».³³

Statens regler om forhåndsgodkjenning utgjorde dermed en restriksjon av den frie flyten av tjenester. Retten gikk deretter over til å vurdere om restriksjonen kunne rettferdiggjøres etter nasjonal rett.

Luxembourg anførte at den frie flyten av tjenester ikke gjelder absolutt og at staten må kunne ta økonomiske hensyn i betraktning. Herunder mente staten at kravet om forhåndstillatelse utgjorde det eneste effektive, og minst inngripende, virkemiddelet for å regulere kostnadene til helsesystemet.³⁴ Dette førte ikke frem. Retten fremholdt at refusjon av utgifter til behandling gitt i Tyskland var i samsvar med tariffen til Luxembourg (etter

²⁹ *Decker C-120/95* avsnitt 3.

³⁰ *Decker C-120/95* avsnitt 36.

³¹ *Kohll C-158/96* avsnitt 3.

³² *Kohll C-158/96* avsnitt 29.

³³ Jf. nåværende TEUF art. 57 andre ledd bokstav d, tilsvarende EØS-avtalen art. 37 andre ledd bokstav d.

³⁴ *Kohll C-158/96* avsnitt 37.

forsikringsordningen). Refusjonen hadde derfor ikke «significant effect» på finansieringen av trygdeordningen nasjonalt.³⁵

At retten benytter uttrykket «significant effect» kan forstås som at retten tar den nasjonale finansieringen i betraktning. Retten aksepterte i prinsippet anførselen, men den førte ikke frem i realiteten.³⁶ Avgjørelsen gir ikke videre veiledning om hvordan uttrykket skal forstås. Likevel virker det som at retten anerkjenner at det kan være tilfeller hvor nasjonal refusjon av helsetjenester mottatt i utlandet har en slik innvirkning på statens finansiering av helsetjenester nasjonalt, at det kan rettferdiggjøre en restriksjon.

Videre anførte Luxembourg at unntak kunne gjøres av hensyn til folkehelsen.³⁷ Dette fordi den nasjonale ordningen skulle beskytte kvaliteten på helsetjenestene og at forsikringssystemet skulle gi balanserte helsetjenester åpne for alle. Dette førte ikke frem fordi staten ikke kunne bevise at kravet om forhåndstillatelse sikret hensynet til folkehelsen.³⁸

Avgjørelsene Decker og Kohll åpnet EUs indre marked for en fri flyt av helsetjenester. Avgjørelsene illustrerer at kravet om forhåndstillatelse, som gjaldt etter den gjeldende trygdeforordningen, utgjør en restriksjon på den frie bevegelse av tjenester.³⁹ Dette var med på å utvide pasienters rett til å motta helsetjenester utenlands. Begge sakene gjaldt helsetjenester som kan betraktes som lite kostnadsfulle, og ingen av sakene gjaldt sykehusinnleggelse.

Dette reiser spørsmålet om borgere kan motta helsetjenester på sykehus i utlandet på hjemstatens regning, uten statens forhåndsgodkjennelse.

I sak C-368/98 (Vanbraekel) tar domstolen stilling til dette spørsmålet. Saken gjaldt en belgisk borger som fikk ortopedisk kirurgi ved et sykehus i Frankrike.⁴⁰ Det nasjonale helseforsikringsselskapet i Belgia nektet å refundere kostnadene da det ikke ble gitt

³⁵ Kohll C-158/96 avsnitt 42.

³⁶ Bernard, *The Substantive Law of the EU*, 2022 s. 310.

³⁷ Kohll C-158/96 avsnitt 43.

³⁸ Kohll C-158/96 avsnitt 52-53.

³⁹ Det er mulig å sette krav om forhåndstillatelse i enkelte tilfeller etter pasientrettighetsdirektivet art. 8, jf. oppgavens punkt 2.3.5.

⁴⁰ Vanbraekel C-368/98 avsnitt 11.

forhåndstillatelse. Tillatelsen ble ikke gitt fordi borgeren ikke hadde fremlagt dokumentasjon fra en lege som praktiserte nasjonalt.⁴¹

Det følger av avgjørelsen at en rekke stater motsatte seg at helsetjenester er omfattet av traktaten med den begrunnelse at helsetjenester ikke er økonomisk aktivitet.⁴² Retten legger til grunn at «medical activities» er omfattet av traktatens tjenesteregler. Herunder ser ikke domstolen et behov for å skille mellom tjenester gitt i og utenfor sykehus.⁴³

Spesielt ved denne saken var at beløpet som skulle refunderes etter det belgiske systemet var høyere enn refusjonsbeløpet i Frankrike.⁴⁴ Dette reiste spørsmålet om hvilket beløp borgeren hadde rett til å få refundert, herunder om borgeren hadde rett til å kreve ekstra refusjon for å dekke forskjellen mellom de to forsikringssystemene.

Retten vurderer derfor om en nasjonal lovgivning, som ikke sikrer borgeren samme rett til refusjon til behandling i utlandet som i hjemlandet, utgjør en restriksjon av den frie flyten av tjenester.⁴⁵ Retten konkluderte det med at en slik ordning utgjør en restriksjon.⁴⁶

Deretter vurderes det om restriksjonen kan rettferdiggjøres. I denne saken kom retten til at hensynet til folkehelsen ikke kunne begrunne at restriksjonen var rettferdig. Likt som i Kohl kunne det hevdes at refunderingen fra Belgia ville ha «significant effect» på den belgiske forsikringsordningen.⁴⁷ Dette førte ikke frem da Belgia ikke ville refundere et større beløp i denne saken enn dersom behandlingen ble gitt i hjemlandet, ettersom behandlingen i Frankrike uansett var billigere.

Etter dette kan det legges til grunn at også helsetjenester gitt på sykehus kan omfattes av EU-traktatens regler om den frie flyten av tjenester. Videre viser avgjørelsen at en borger har rett

⁴¹ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 12.

⁴² *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 39.

⁴³ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 41.

⁴⁴ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 35.

⁴⁵ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 43.

⁴⁶ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 45.

⁴⁷ *Vanbraekel* C-368/98 avsnitt 52.

til å få refundert det beløp som de ville ha fått dersom de mottok den samme behandlingen i hjemlandet.

Det kan videre reises spørsmål om en pasient kan kreve refusjon for å motta helsetjenester i utlandet, som ikke er regnet som vanlige helsetjenester i hjemstaten.

Sak C-157/99 (Smits og Peerbooms) gjaldt to nederlandske borgere som mottok helsetjenester i utlandet, som hjemlandet ikke regnet som vanlige helsetjenester.

Smits led av Parkinsons sykdom og mottok helsehjelp i Tyskland. Hun ble nektet refusjon fra den nederlandske forsikringsordningen fordi behandlingen ikke ble regnet som vanlig. Videre ble nektelsen begrunnet med at det fantes tilsvarende behandlingsmåter i Nederland.⁴⁸

Peerbooms havnet i koma etter en trafikkulykke og ble flyttet til en klinikk i Østerrike. Klinikken ga Peerbooms terapi ved hjelp av nevrostimulering. I Nederland ble behandlingen betraktet som eksperimentell, og personer over 25 år fikk ikke benytte seg av behandlingen. Dersom Peerbooms hadde vært i Nederland ville han ikke fått behandlingen. Peerbooms ble nektet refusjon under henvisning til at behandlingen ikke var normal, og subsidiært fordi det fantes tilstrekkelig behandling uten unødig forsinkelse i Nederland.⁴⁹

Retten tok først stilling til hvorvidt helsetjenestene som ble gitt i disse sakene er å regne som en tjeneste etter EU-traktaten art. 59 og 60.⁵⁰

Flere EU-stater skrev skriftlige observasjoner til domstolen hvor det ble argumentert mot at helsetjenester faller innenfor TEUFs virkeområde. Statene hevdet at traktaten ikke omhandler helsetjenester fordi det er et vilkår for tjenester at tjenesteyter driver aktivitet med sikte på profit.⁵¹ Videre ble det anført at helsetjenester ikke er en økonomisk aktivitet fordi pasienten ikke kan bestemme innholdet i tjenesten og prisen de må betale.⁵²

⁴⁸ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 29.

⁴⁹ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 31-38.

⁵⁰ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 49.

⁵¹ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 50.

⁵² *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 51.

Retten konkluderte med at ingen av anførslene førte frem.⁵³ Etter tidligere EU-praksis var det fastsatt at helsetjenester er å regne som tjenester.⁵⁴ Det faktum at helsetjenesten i utlandet ble betalt direkte av pasienten selv, som deretter søker refusjon fra forsikringsordningen i hjemstaten, medførte ikke at helsetjenesten falt utenfor traktatens virkeområde.⁵⁵ Det kan ikke innfortolkes et vilkår etter nåværende TEUF art. 56 at tjenesten blir betalt direkte av tjenestemottakeren.⁵⁶ At tjenesten regnes som økonomisk aktivitet innebærer at tjenesten utføres mot et vederlag. I disse sakene blir vederlag gitt av forsikringsordningen til de aktuelle utenlandske sykehusene, og dette er å regne som en økonomisk aktivitet.⁵⁷

Etter dette kan det legges til grunn at tjenestebegrepet etter TEUF ikke inneholder noe krav om at tjenesteyter driver med sikte på profitt eller at tjenestemottaker selv betaler for tjenesten.

Retten går deretter over til å vurdere om de nasjonale reglene utgjør en restriksjon på den frie flyten av tjenester.⁵⁸ Etter de nasjonale reglene betalte forsikringsordningen direkte for helsetjenestene, som ble utført hos helsetilbydere etter avtale med forsikringsordningen. Nederlandske pasienter måtte dermed velge mellom helsetilbydere som var godkjent av forsikringsordningen.⁵⁹

I tillegg inneholdt de nasjonale reglene et krav om forhåndstillatelse. Vilkårene for å få forhåndstillatelse var at borgeren var medlem av forsikringsordningen, og forsikringen dekket bare helsetjenester regnet som «normal within the professional circles concerned».⁶⁰ Videre måtte behandlingen i utlandet regnes som medisinsk nødvendig, herunder at pasienten ikke kunne motta helsetjenesten i hjemlandet «without due delay».⁶¹

⁵³ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 52.

⁵⁴ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 53-54.

⁵⁵ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 55.

⁵⁶ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 57.

⁵⁷ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 58.

⁵⁸ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 59.

⁵⁹ Bernard, *The Substantive Law of the EU*, 2022 s. 311.

⁶⁰ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 60 og 63.

⁶¹ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 60 og 64.

Retten konkluderte med at de nasjonale reglene utgjorde en restriksjon av den frie flyten av helsetjenester.⁶² Spørsmålet ble dermed om restriksjonene kunne rettferdiggjøres.

Retten kom til at kravet om forhåndstillatelse i disse sakene var «necessary and reasonable».⁶³ Begrunnelsen var at helsetjenester som utføres på sykehus krever særlig planlegging, både med tanke på helsetjenestens art, sykehusenes organisering og statenes økonomi.⁶⁴ Dette tilsier at staten kan innføre restriksjoner på den frie bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen art. 36.

Domstolen fremholdt at regler om forhåndstillatelse kan være tillatt dersom visse prosessuelle regler følges. Reglene må være «easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time and refusals to grant authorisation must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings». Dette tolkes som at stater kan ha regler om forhåndstillatelse dersom reglene er tilgjengelige for pasientene, sikrer en objektiv saksbehandling innen rimelig tid og at et eventuelt avslag kan angripes med rettsmidler.⁶⁵

Hva gjaldt de nasjonale materielle reglene måtte vurderingen av hvorvidt behandlingen er «normal within the professional circles concerned» baseres på internasjonal medisinsk vitenskap.⁶⁶ Videre er «due delay»-vurderingen en subjektiv vurdering.⁶⁷

Avgjørelsen modifierer det tidligere rettspraksis har uttalt om forhåndstillatelser. Etter dette er det tillatt for staten å ha regler om forhåndstillatelse ved helsetjenester som ytes på sykehus dersom det foreligger visse prosessuelle garantier. Et krav om forhåndstillatelse må være nødvendig og rimelig. Herunder vil reguleringer om hvilke helsetjenester en pasient har rett til å motta, måtte vurderes etter internasjonal medisinsk vitenskap og forskning.

Videre kan forhåndstillatelse nektes med den begrunnelse at tilsvarende helsetjeneste finnes i hjemstaten, dersom helsetjenesten kan gis uten unødvendig forsinkelse. I vurderingen av

⁶² *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 69.

⁶³ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 80.

⁶⁴ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 76-79.

⁶⁵ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 90.

⁶⁶ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 97.

⁶⁷ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 104.

hvorvidt det foreligger en unødvendig forsinkelse må det foretas en subjektiv vurdering av pasientens helsetilstand i den konkrete saken.

Det faktum at en rekke medlemsstater gjentatte ganger har anført at helsetjenester ikke er en økonomisk aktivitet, og dermed ikke er omfattet av tjenestereglene, kan betraktes som en misnøye blant statene. Det kan virke som at statene frykter at det nå er satt en presedens for at helsetjenester er omfattet av EU-traktatens tjenesteregler. Dette skyldes nok at regelen kan få store økonomiske konsekvenser for statene. I tillegg vil en fri flyt av helsetjenester kunne medføre administrative utfordringer.

Etter dette er det klart at helsetjenester er omfattet av TEUF art. 56.

EØS-avtalen art. 6 jf. ODA art. 3 punkt 2 innebærer at helsetjenester også er omfattet av EØS-avtalen art 36. Dette underbygges av de forente saker E-11/07 og E-1/08 (Rindal og Slinning), hvor EFTA-domstolen kom med en rådgivende uttalelse til norske domstoler.

Sak E-11/07, Rindal, gjaldt en norsk borger som var plaget med store ryggsmertter som følge av nakkesleng etter en bilulykke. Behandlingen i Norge ga ikke resultater. Rindal ble henvist til Tyskland, hvor hun mottok kirurgisk behandling. Staten ville ikke refundere utgiftene til operasjonene fordi det fantes tilsvarende helsetilbud i Norge.⁶⁸

Sak E-1/08, Slinning, gjaldt en pasient som fikk en alvorlig hjerneskade etter en trafikkulykke. Slinning mottok en form for rehabilitering i Danmark, som ikke gis i Norge. Staten ville ikke refundere utgiftene til behandlingen fordi det fantes et adekvat behandlingstilbud i Norge. Videre ble behandlingen i Danmark ansett som eksperimentell.⁶⁹

Domstolen kom til at avslaget ikke ville utgjøre en restriksjon av EØS-avtalens regler om fri bevegelighet av tjenester, dersom behandlingen i utlandet regnes som eksperimentell, og det ikke foreligger en rett til å motta behandlingen i hjemstaten. Videre kan avslaget være forenelig med EØS-avtalen dersom pasienten kan motta tilsvarende helsetjeneste i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist.⁷⁰

⁶⁸ Rindal og Slinning de forente saker E-11/07 og E-1/08 avsnitt 14-16.

⁶⁹ Rindal og Slinning de forente saker E-11/07 og E-1/08 avsnitt 19-22.

⁷⁰ Konklusjonen i Rindal og Slinning de forente saker E-11/07 og E-1/08

Etter dette må helsetjenester, som ytes både i og utenfor sykehus, regnes å være omfattet av EØS-avtalens tjenesteregler. Hovedregelen er dermed at restriksjoner på den frie flyten av helsetjenester ikke er tillatt. Samtidig finnes det flere unntak som statene kan påberope. Herunder kan staten ha regler om forhåndstillatelser dersom disse reglene anses som nødvendige og rimelige.

EU-domstolens praksis er omfattende, og domstolens uttalelser er tilknyttet spesifikke saker. For å klargjøre rettstilstanden til pasienter som ønsker å motta helsetjenester på tvers av landegrense, vedtok EU pasientrettighetsdirektivet i 2011. EU-domstolens praksis vil være en sentral rettskilde ved tolkningen av direktivet.

3 Innholdet i pasientrettighetsdirektivet

3.1 Innledning

Pasientrettighetsdirektivet regulerer den frie bevegelighet av helsetjenester. Helsetjenester defineres i direktivets art. 3 nr. 1, bokstav a, som «helsetjenester som ytes av helsepersonell til pasienter for å vurdere, bevare eller gjenopprette deres helsetilstand (...)». Hvorvidt en tjeneste er å anse som en helsetjeneste vil sjeldent være tvilsomt. Likevel følger det av EU-domstolens praksis at helsetjenester som regnes som eksperimentelle kan falle utenfor tjenestereglens anvendelsesområde.⁷¹ Hvem som regnes som helsepersonell i henhold til direktivet er definert i art. 3 nr. 1, bokstav f.

Retten til å motta helsetjenester tilkommer pasienter. Det følger av direktivets art. 3 nr. 1, bokstav h, at en pasient er «enhver fysisk person som ønsker å benytte eller benytter helsetjenester i en medlemsstat». Etter ordlyden favner pasientbegrepet vidt. Det kan oppstå tvil om en person er å regne som pasient etter «ønske». Til sammenligning må en person «henvende» seg til helse- og omsorgstjenesten for å regnes som pasient etter norsk rett.⁷²

I det følgende vil EØS-statenes ansvar etter direktivet art. 4 og 5 behandles i oppgavens punkt 3.2. Deretter vil det i oppgavens punkt 3.3 redegjøres for reglene om refusjon etter direktivet art. 7. Til sist vil det redegjøres for statens mulighet til å fastsette restriksjoner på den frie bevegelighet av tjenester i oppgavens punkt 3.4 og 3.5. Herunder medlemsstatenes mulighet

⁷¹ *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 97.

⁷² Pbrl. § 1-3 bokstav a.

til å begrense refusjon på grunn av tvingende allmenne hensyn, og fastsette vilkår om forhåndstillatelse.

3.2 Utgangspunktet for medlemsstatenes ansvar

Etter pasientrettighetsdirektivet opereres det med et skille mellom «behandlingsmedlemsstat» og «trygdemedlemsstat».⁷³

Behandlingsmedlemsstat er definert i direktivets art 3 nr. 1, bokstav d som «medlemstaten på hvis territorium helsetjenesten faktisk ytes til pasienten». Ordlyden forstås som at behandlingsmedlemsstaten er den staten hvor pasienten mottar helsetjenester.

Trygdemedlemsstaten er definert i direktivets art. 3 nr. 1, bokstav c. Det følger av bestemmelsen at trygdemedlemsstaten er den staten som har rett til å gi borgeren forhåndstillatelse etter EUs trygdeforordninger.⁷⁴ Etter bestemmelsens nr. 2, siste setning, fremkommer det at dersom ingen medlemsstat har myndighet etter de nevnte forordningene, skal trygdemedlemsstaten være den staten der «personen som er medlem i trygdeordningen eller har rett til ytelser ved sykdom i henhold til nevnte medlemsstats lovgivning».

Etter ordlyden er trygdemedlemsstaten den staten hvor pasienten har rett på helsehjelp. Som regel er trygdemedlemsstat et synonym for pasientens hjemstat. Denne betraktningen kan problematiseres. For eksempel kan en pasient med oppholdstillatelse i en annen stat ha rett til helsetjenester etter oppholdsstatens lovgivning. I denne oppgaven vil trygdemedlemsstat forstås som pasientens hjemstat.

I det følgende vil det redegjøres for hvilket rettslig ansvar som tilkommer behandlingsmedlemsstaten og trygdemedlemsstaten.

Utgangspunktet for behandlingsmedlemsstatens ansvar følger av direktivets art. 4 nr. 1. Det fremgår av bestemmelsen at helsetjenester over landegrensene «skal» ytes i samsvar med «behandlingsmedlemsstatens lovgivning» jf. bokstav a, «de standarder og retningslinjer for kvalitet og sikkerhet som er fastsatt i behandlingsmedlemsstaten» jf. bokstav b og «Unionens

⁷³ Se pasientrettighetsdirektivet art. 4 og art. 5.

⁷⁴ Jf. forordning (EF) nr. 883/2004, (EF) nr. 987/2009, (EF) nr. 859/2003 eller (EF) nr. 1231/2010.

regelverk for sikkerhetsstandarder» etter bokstav c. Videre skal det tas hensyn «til prinsippene om universalitet, tilgang til tjenester av høy kvalitet, rettferdighet og solidaritet».

Ordlyden tilsier at det er opp til behandlingsmedlemstaten selv å bestemme hvilke helsetjenester som tilbys på statens territorium. Dette henger sammen med at staten må kunne ha mulighet til å organisere sine helsetjenester slik de ønsker, sett i sammenheng med statens økonomi og kvaliteten på helsetjenestene. Det faktum at helsetjenestene skal ytes i samsvar med behandlingsmedlemstatens lovgivning kan innebære at staten forskjellsbehandler egne og utenlandske borgere.

Samtidig følger det forutsetningsvis av tjenestereguleringene⁷⁵ og hensynet til rettferdighet at forskjellsbehandling ikke er tillatt. Dette underbygges av bestemmelsens nr. 3, hvor det fremgår at prinsippet «om likebehandling med hensyn til nasjonalitet får anvendelse på pasienter fra andre medlemsstater». En EØS-borger har derfor rett på de samme helsetjenestene som statens pasienter tilbys ved like tilfeller.

Likevel kan det gjøres unntak fra prinsippet om likebehandling etter bestemmelsens nr. 3, andre setning. Det overordnede vilkåret er at behandlingsmedlemsstaten kan forskjellsbehandle pasientene dersom dette er «begrunnet ut fra tvingende allmenne hensyn (...)». Bestemmelsen lister opp flere eksempler på dette, slik som ønsket om å kontrollere kostnader. Det fremkommer av ordlyden «hensyn som (...)», at listen ikke er uttømmende.

Videre følger det av bestemmelsens nr. 3, tredje setning at «Slike tiltak skal begrenses til det som er nødvendig og rimelig og må ikke føre til vilkårlig forskjellsbehandling, og de skal gjøres offentlig tilgjengelige på forhånd». Hvorvidt et tiltak er nødvendig og rimelig, beror på en konkret helhetsvurdering av behovet for tiltaket i forhold til likebehandlingsprinsippet. Dette henger sammen med vurderingen av om tiltaket fører til vilkårlig forskjellsbehandling. Dersom et tiltak er urimelig, vil det ofte foreligge vilkårlig forskjellsbehandling. Til sist må tiltakene bli offentlig tilgjengelige før de settes i verk. Dette vil kunne bidra til økt forutberegnelighet for utenlandske pasienter.

Bestemmelsens nr. 2 oppstiller en rekke plikter for behandlingsmedlemsstaten jf. ordlyden «skal sikre». Behandlingsmedlemsstaten skal blant annet sørge for at pasienten mottar

⁷⁵ Jf. «den fire flyten av tjenester» etter TEUF art. 56 og EØS-avtalen art 36.

relevante opplysninger om kvalitets- og sikkerhetsstandarder, det skal finnes åpne klageordninger for pasienter som har lidt skade på grunn av helsetjenestene de mottar, personvernet skal ivaretas og pasienten har rett til kopi av sin pasientjournal.

Utgangspunktet for trygdemedlemsstatens ansvar er direktivet art. 5. Det følger av direktivet art. 5 bokstav b at trygdemedlemsstaten skal sikre at «det finnes ordninger for på anmodning å gi pasienter opplysninger om deres rettigheter i denne medlemsstaten med hensyn til mottak av helsetjenester over landegrensene (...)». Etter ordlyden er det trygdemedlemsstatens ansvar å sikre at pasienter får informasjon om hvilke rettigheter en har, når pasienten ønsker å motta helsetjenester over landegrensene.

Videre følger det av bestemmelsens bokstav b at når «det opplyses om helsetjenester over landegrensene, skal det skilles klart mellom hvilke rettigheter pasienter har i henhold til dette direktiv, og hvilke rettigheter som følger av forordning (EF) nr. 883/2004». En pasient kan i mange tilfeller kreve refusjon fra trygdemedlemsstaten etter pasientrettighetsdirektivet og trygdeforordningen. At det skal skilles «klart» mellom de ulike rettighetene tilsier at hjemstaten har en plikt til å gjøre det tydelig for pasienten hvilke rettigheter som følger av de to regelsettene.

Det fremkommer av direktivet art. 5 bokstav c at «dersom en pasient har mottatt helsetjenester over landegrensene og det er nødvendig med medisinsk oppfølging, skal det gis tilgang til samme medisinske oppfølging som om helsetjenesten hadde blitt ytt på pasientens territorium». Etter ordlyden er det trygdemedlemsstatens ansvar å sikre pasienten medisinsk oppfølging i tilfeller hvor dette er nødvendig. At oppfølgingen må være «nødvendig» forstås som at pasienten må ha et medisinsk behov. For eksempel må pasienten få tilbud om rehabilitering etter en operasjon dersom oppfølgingen har betydning for pasientens helsetilstand.

Videre følger det av bestemmelsens bokstav d at «pasienter som ønsker å benytte eller som allerede benytter helsetjenester over landegrensene, (...) i det minste har en kopi av, pasientjournalen (...)». Plikten skal utøves etter reglene om vern av personopplysninger, herunder «særlig direktiv 95/46/EF og 2002/58/EF». Plikten henger sammen med behandlingsmedlemsstatens tilsvarende ansvar etter direktivet art. 4. Dette innebærer at en pasient som mottar helsetjenester på tvers av landegrensene skal kunne ha med seg sin

pasientjournal til utlandet, og de utenlandske helsetjenestene skal journalføres slik at trygdemedlemsstaten kan drive oppfølging.

Etter direktivet art. 5 bokstav a «skal» trygdemedlemsstaten sikre at «utgiftene til helsetjenester over landegrensene refunderes i samsvar med kapitel III». Det vil redegjøres nærmere for denne plikten i oppgavens punkt. 3.3.

3.3 Refusjon av utgifter

Hovedregelen for refundering av utgifter for helsetjenester over landegrensene følger av direktivet art. 7 nr. 1. Det fremkommer av bestemmelsen at trygdemedlemsstaten skal sikre «at påløpte utgifter for et medlem i trygdeordningen som mottar helsetjenester over landegrensene, blir refundert dersom den aktuelle helsetjenesten er blant de ytelser medlemmet i trygdeordningen har krav på i trygdemedlemsstaten».

Ordlyden tolkes som at en pasient som mottar helsetjenester over landegrensene har krav på refusjon fra sin hjemstat, dersom pasienten har rett til å motta helsetjenesten i hjemstaten. Dette utgangspunktet henger sammen med EU-domstolens praksis, som har fastslått at den frie flyten av tjenester omfatter helsetjenester, jf. oppgavens punkt. 2.3.

Unntak fra dette utgangspunktet fremkommer av direktivet art. 7 nr. 2. Mest aktuelt er bestemmelsens bokstav b, som er nevnt i Forskrift om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land § 1.⁷⁶ Dette unntaket vil behandles i oppgavens punkt 4.2.

Trygdemedlemstatens refusjonsplikt reiser spørsmålet om hvilket beløp som skal refunderes. Dette er særlig aktuelt dersom kostnadene til helsetjenestene som mottas i utlandet er annerledes enn kostnadene til tilsvarende helsetjenester som mottas i hjemstaten.

Det følger av direktivet art. 7 nr. 4, første setning, at utgiftene «til helsetjenester over landegrensene skal refunderes (...) av trygdemedlemsstaten opp til det utgiftsnivået som trygdemedlemsstaten ville ha dekket dersom disse helsetjenestene hadde blitt ytt på dens territorium, uten at de faktiske utgiftene til den mottatte helsetjenesten overskrides».

Bestemmelsen forstås som at trygdemedlemsstaten skal refundere det utgiftsnivået som pasienten ville fått dekket dersom pasienten mottok helsetjenesten i hjemstaten. Samtidig skal

⁷⁶ FOR-2010-11-22-1466

ikke de faktiske utgiftene overskride utgiftene til det den mottatte helsetjenesten. Dette skyldes at pasienten ikke skal tjene penger på å motta helsehjelp i utlandet.⁷⁷

For eksempel koster en operasjon NOK 500 000 i Norge, NOK 700 000 i Danmark og NOK 300 000 i Sverige. På grunn av lang ventetid ønsker den norske pasienten, Peder, å gjennomføre operasjonen i utlandet. Dersom Peder drar til Danmark vil han få NOK 500 000 refundert fra den norske trygdeordningen. Peder må da betale det resterende beløpet selv. Hvis Peder drar til Sverige vil han få NOK 300 000 dekket.

Videre fremkommer det av bestemmelsens nr. 6 at medlemsstatene skal «ha en åpen ordning for beregning» av utgiftene. At ordningen skal være «åpen» tilsier at statens innbyggere skal få innsyn i hvordan utgiftene beregnes.

Som utgangspunkt skal trygdemedlemsstaten refundere utgiftene til helsetjenester mottatt i utlandet dersom pasienten har rett på helsetjenesten i hjemstaten.⁷⁸ Utgiftene som skal refunderes tilsvarer det helsetjenesten i hjemstaten koster. Likevel har mange stater et behov for å regulere dette nærmere, både av økonomiske og administrative hensyn. Det følger av EU-domstolens praksis at restriksjoner på den frie flyten av helsetjenester kan være tillatt på nærmere vilkår, jf. oppgavens punkt 2.3. I det følgende vil det redegjøres for unntakene fra direktivets utgangspunkt.

3.4 Statens mulighet til å begrense refusjon på grunn av tvingende allmenne hensyn

Det følger av pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 9 og 10 at trygdemedlemsstaten kan begrense anvendelsen av refusjonsreglene hvis det foreligger «tvingende allmenne hensyn».

Det er tvilsomt hvordan «tvingende allmenne hensyn» skal forstås. Etter ordlyden er samfunnsmessige og økonomiske hensyn å regne som «allmenne». At hensynet skal være «tvingende» tolkes som at hensynet må gjelde viktige samfunnsstrukturer, eller noens liv eller helse. Det følger av sakene C-158/96 (Kohll) og C-368/98 (Vanbraekel) at det skal mye til å rettferdiggjøre restriksjoner ut fra allmenne hensyn. Dette tilsier at ordlyden må tolkes strengt.

⁷⁷ Trygdemedlemsstaten kan bestemme at ytterlige utgifter skal refunderes i henhold til pasientrettighetsdirektivet art. 7 femte og fjerde ledd, andre og tredje setning.

⁷⁸ Pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 1.

Direktivet art. 7 nr. 9, oppstiller to eksempler på tvingende allmenne hensyn. Herunder krav til planlegging for «å sikre tilstrekkelig og varig tilgang til et balansert utvalg av behandlinger av høy kvalitet» i hjemstaten, og økonomiske hensyn for å unngå «enhver sløsing med økonomiske, tekniske og menneskelige ressurser».

Det følger av formuleringen «for eksempel» at listen ikke er uttømmende. Likevel vil nok de nevnte hensynene være mest aktuelle for statene å benytte. Dette underbygges ved at hensynene har blitt påberopt ovenfor EU-domstolen.⁷⁹

Videre følger det av direktivets art. 7 nr. 1, at beslutninger om å begrense trygdemedlemstatens refusjon, «skal begrenses til det som er nødvendig og rimelig, og må ikke føre til vilkårlig forskjellsbehandling eller utgjøre en uberettiget hindring for (...) fri bevegelse for personer og tjenester».

Ordlyden tolkes som at det ikke er tilstrekkelig at restriksjonen er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Det må også vurderes om beslutninger er nødvendig og rimelig. Dette vil bero på en konkret helhetsvurdering.

Bestemmelsen tilsier at trygdemedlemsstaten ikke kan vedta lover som i realiteten medfører at det blir tilnærmet umulig for pasienter å motta helsetjenester på tvers av landegrensene. Likevel har trygdemedlemstaten en mulighet til å foreta modifikasjoner når dette er begrunnet i allmenne tvingende hensyn, samt at beslutningen ikke går utover det som er nødvendig og rimelig.

Kommisjonen skal få underretning om beslutninger om å begrense refusjon jf. bestemmelsen nr. 11, siste setning. Dette gjør at kommisjonen kan føre kontroll med hvorvidt beslutningene er i samsvar med direktivet. For Norge sin del er det ESA som fører kontroll på gjennomføringen av EØS-retten. Direktivet kan her forstås som at ESA skal få underretning dersom Norge beslutter å begrense pasienters rett til refusjon.

Det kan være utfordrende for trygdemedlemsstaten å vurdere hvorvidt refusjon kan begrenses etter reglene i pasientrettighetsdirektivet. Dette illustreres ved EU-domstolens avgjørelse, sak C-368/98 (Vanbraekel), hvor staten ikke ble hørt i sine anførsler om at restriksjonene var

⁷⁹ Jf. oppgavens punkt 2.3.

rettferdige.⁸⁰ For de fleste stater vil det muligens være mer praktisk å innføre regler om forhåndstillatelse for å føre kontroll med trygdeordningens utgifter.

3.5 Statens mulighet til å begrense refusjon ved krav om forhåndstillatelse

Det rettslige utgangspunktet for reglene om forhåndstillatelse er direktivet art 8.

Det følger av bestemmelsen nr. 1, første setning at trygdemedlemsstaten «kan innføre en ordning for forhåndstillatelse i forbindelse med refusjon av utgifter til helsetjenester over landegrensene, i samsvar med denne artikkel og artikkel 9». Ordlyden «kan» tilsier at det er opp til statens skjønn å vurdere om en slik ordning skal innføres. Ordningen vil ikke kunne overskride de regler som er fastsatt i bestemmelsen og direktivet art. 9.

Videre følger det av bestemmelsen nr. 1, andre setning, at ordningene om forhåndstillatelse og beslutninger om avslag på slik tillatelse «skal begrenses til det som er nødvendig og stå i forhold til målet som skal nås, og må ikke føre til vilkårlig forskjellsbehandling eller utgjøre en uberettiget hindring for fri bevegelighet for pasienter». Ordlyden forstås som at ordningen om forhåndstillatelse, og beslutninger tilknyttet dette, må begrenses til det som til enhver tid er nødvendig og rimelig.

EU-domstolens praksis tilsier at vilkårene for å sette forhåndstillatelse bør tolkes strengt.⁸¹ Bestemmelsen sammenholdt med EU-domstolens praksis tolkes som at trygdemedlemsstaten kan fastsette regler om forhåndstillatelse når dette kan begrunnes som nødvendig og rimelig. Trygdemedlemsstaten kan ikke innføre regler om forhåndstillatelse som i realiteten hindrer pasienter i å motta behandling i utlandet. Videre må hjemstaten foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om forhåndstillatelse kan nektes.

EU-domstolens sak C-157/99 (Smits og Peerbooms) kan illustrere dette. Nederlandske regler om forhåndstillatelse inneholdt blant annet et vilkår om at forhåndstillatelse kunne nektes dersom helsetjenesten kunne gis i hjemstaten «without due delay».⁸² Domstolen aksepterte

⁸⁰ Se oppgavens punkt 2.3.

⁸¹ Jf. oppgavens punkt 2.3.

⁸² *Smits and Peerbooms* C-157/99 avsnitt 104.

dette vilkåret for forhåndstillatelse da det ble regnet som nødvendig og rimelig. Likevel måtte det foretas en subjektiv vurdering av pasienten i det konkrete tilfellet.⁸³

Det følger av direktivet art. 8 nr. 2 at helsetjenester «som kan være underlagt forhåndstillatelse, skal begrenses til helsetjenester som (...)». Det fremkommer av ordlyden at bestemmelsen opplister de helsetjenestene som kan være underlagt et krav om forhåndstillatelse. De helsetjenestene som ikke er omfattet av denne bestemmelsen, eller de øvrige unntakene i art. 1 nr. 3, kan ikke underlegges et krav om forhåndstillatelse.

Etter direktivet art. 8 nr. 2, bokstav a, kan helsetjenester som krever særlig planlegging underlegges et krav om forhåndstillatelse dersom «den berørte pasienten innlegges på sykehus minst én natt» eller dersom helsetjenesten «krever bruk av høyt spesialisert og kostnadskrevende medisinsk infrastruktur eller medisinsk utstyr». Hvorvidt en pasient må legges inn på sykehus minst én natt vil nok i de fleste tilfeller være enkelt å vurdere. Mer tvilsomt er hva som regnes som «høyt spesialisert» og «kostnadskrevende» infrastruktur eller utstyr. Ordlyden tilsier at infrastrukturen eller utstyret må være ytterlige spesialisert og kostnadskrevende, enn det som er normalt.

I Sak C-157/99 (Smits og Peerbooms) vurderte retten hvilke helsetjenester som regnes som «normal within the professional circles concerned». Retten kom til at vurderingen må baseres på internasjonal medisinsk vitenskap.⁸⁴ Dette tilsier at det ikke er tilstrekkelig at et krav om forhåndstillatelse er begrunnet med at helsetjenesten krever høyt spesialisert og kostnadskrevende medisinsk infrastruktur i hjemstaten. For at vilkåret skal være oppfylt må helsetjenesten være anerkjent som særlig spesialisert og kostnadskrevende etter internasjonal medisinsk vitenskap.

Etter bestemmelsens nr. 2, bokstav b, kan helsetjenester som «omfatter behandlinger som utgjør en særlig risiko for pasienten eller befolkningen (...)» underlegges et krav om forhåndstillatelse. En «særlig risiko» forstås som en særlig medisinsk risiko. For eksempel kan det tenkes at hjemstaten vil føre kontroll med helsetjenester som kan føre til skade eller død, men tanke på en eventuell pasientskadeerstatning.

⁸³ *Smits and Peerbooms C-157/99* avsnitt 104.

⁸⁴ *Smits and Peerbooms C-157/99* avsnitt 97.

Også her tilsier EU-domstolens uttalelse i sak C-157/99 (Smits og Peerbooms) avsnitt 97 at det må ses hen til internasjonal medisinsk vitenskap. Dette kan innebære at dersom en behandling er risikabel å utføre i hjemstaten, men tryggere i utlandet, kan ikke behandlingen underlegges et krav om forhåndstillatelse. Dette kan være tilfellet dersom en stat mangler nyere medisinsk utstyr eller kompetanse til å utføre behandlingen.

Videre følger det av bestemmelsens nr. 2, bokstav c, at helsetjenester kan være underlagt forhåndstillatelse dersom den «ytes av en helsetjenesteyter som, ut fra en vurdering i hvert enkelt tilfelle, kan gi grunn til alvorlig og særlig bekymring når det gjelder behandlingens kvalitet eller sikkerhet (...)». Bestemmelsen retter seg mot kravet til helsetjenesteytere. Det vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om helsetjenesteyteren kan gi grunn til alvorlig og særlig bekymring.

Ordlyden «kan» tilsier at trygdemedlemsstaten ikke må være alvorlig og særlig bekymret. Det er tilstrekkelig at vurderingen tilsier at behandlingen ikke sikkert har den kvalitet og sikkerhet som kreves. Samtidig må staten ha noen holdepunkter for å anta at tjenesteyteren kan gi grunnlag for alvorlig og særlig bekymring. Hvis ikke vil man risikere at forhåndstillatelsen ikke er nødvendig og rimelig i tråd med bestemmelsens nr. 1.

Etter dette kan tre typer helsetjenester underlegges et vilkår om forhåndstillatelse. For det første kan helsetjenester som krever særlig planlegging underlegges en ordning om forhåndstillatelse. For det andre kan ordningen gjelde for behandlinger som utgjør en særlig risiko for pasienten eller befolkningen for øvrig. For det tredje kan ordningen gjelde helsetjenester som ytes av en tjenesteyter som kan gi grunn til alvorlig og særlig bekymring hva gjelder behandlingens kvalitet og sikkerhet.

Samtidig er det viktig å ikke miste av syne at utgangspunktet etter reglene om den frie flyten av tjenester, er at staten ikke kan fastsette restriksjoner. Dersom den nasjonale rett skal inneholde krav om forhåndstillatelse krever dette særlig begrunnelse, og det må kunne legges til grunn at ordningen om forhåndstillatelse gjelder for de helsetjenester som er omfattet av direktivets art. 8 nr. 2.

For stater som har en ordning om forhåndstillatelse kan det videre stilles spørsmål ved hvordan forespørsler om forhåndstillatelse skal behandles.

Det følger av direktivet art. 8 nr. 3, at ved forespørsel om forhåndstillatelse «skal trygdemedlemsstaten vurdere om vilkårene i forordning (EF) nr. 883/2004 er oppfylt». På dette punkt er pasientrettighetsdirektivet sammenfallende med trygdeforordningen. Videre følger det av bestemmelsen at dersom vilkårene etter forordningen er oppfylt «skal forhåndstillatelse gis i samsvar med nevnte forordning med mindre pasienten anmoder om noe annet». Ordlyden tilsier at utgangspunktet er at forhåndstillatelse gis etter reglene i trygdeforordningen, men pasienten kan kreve at forhåndstillatelse skal vurderes etter reglene i pasientrettighetsdirektivet.

Det vil trolig være vanskelig for en pasient å orientere seg i regelverket, og vurdere hvilken løsning som er best etter trygdeforordningen og pasientrettighetsdirektivet. Det er derfor viktig at trygdemedlemsstaten har et tydelig regelverk for forhåndstillatelser. Dette underbygges av direktivet art. 5 bokstav b og art. 9.

Det følger av direktivet art. 8 nr. 6 på hvilke grunnlag trygdemedlemstaten kan avslå å gi forhåndstillatelse. Mest praktisk er nr. 6 bokstav d, hvor det fremkommer at helsetjenesten «kan ytes på medlemsstatens territorium innen en frist som er medisinsk forsvarlig, idet det tas hensyn til hver berørt pasients nåværende helsetilstand og sykdommens sannsynlige forløp». Forhåndstillatelse kan nektes dersom helsetjenesten kan ytes i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist. Det må foretas en konkret vurdering av pasienten i hvert enkelt tilfelle.

Dette må ses i sammenheng med direktivet art 8 nr. 5, hvor det fremkommer at hjemstaten ikke kan «avslå å gi forhåndstillatelse dersom pasienten har rett til helsetjenesten i samsvar med art 7, og dersom denne helsetjenesten ikke kan ytes på medlemsstatens territorium innen en frist som er medisinsk forsvarlig, på grunnlag av en objektiv medisinsk vurdering av pasientens helsetilstand (...)». En pasient som har rett til å motta en helsetjeneste i hjemstaten kan motta helsetjenesten i utlandet, dersom tilsvarende behandling ikke kan gis i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist.

4 ESAs kritikk mot den norske gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet

4.1 Innledning

Både før og etter at ESA reiste sak mot Norge har overvåkningsorganet rettet kritikk mot flere deler av norsk trygderett. Denne delen av oppgaven tar sikte på å redegjøre for innholdet i ESAs kritikk og Norges svar på dette. Videre vil de norske trygderettsreglene tolkes med sikte på å finne ut om pasientrettighetsdirektivet er forenelig med EØS-retten.

ESAs brev til Norge angående den norske gjennomføringen av direktivet er relevant på flere måter. For det første tar brevene sikte på å klargjøre hvordan Norge korrekt kan gjennomføre pasientrettighetsdirektivet i norsk rett. Dette har videre betydning for den norske lovgivningen, synliggjøring av Norges EØS-rettslige forpliktelser og rettighetene til norske pasienter. For det andre kan brevene benyttes til å identifisere hvilke feil ESA vil gjøre gjeldende for EFTA-domstolen dersom søksmålet blir behandlet der. Dette kan medføre at Norge vil rette opp i feilene for å unngå en sak for EFTA-domstolen.

Norges svarbrev til ESA er skrevet av Helse- og omsorgsdepartementet.⁸⁵ I dette kapitlet vil «departementet» brukes som et synonym for Helse- og omsorgsdepartementet.

ESA har overordnet sett påpekt fem feil ved den norske gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet og trygdeforordningen, i relasjon til EØS-avtalen art. 36.⁸⁶ I det følgende vil det gis en oversikt over hvordan pasientrettighetsdirektivet er inkorporert i norsk rett i oppgavens punkt 4.2. Videre vil det redegjøres for ESAs anførsler angående nødvendighetsvurderingen etter pbrl. § 2-1 b i oppgavens punkt 4.3. I oppgavens punkt 4.4 vil det drøftes hvorvidt vilkårene om forhåndstillatelse etter norsk rett er i samsvar med pasientrettighetsdirektivet. I oppgavens punkt 4.5 vil det vurderes om det norske regelverket er tilstrekkelig klart etter EØS-rettens krav. Hvorvidt de prosessuelle reglene i norsk rett gir

⁸⁵ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022).

⁸⁶ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016), avsnitt 39-42.

pasienter mulighet til å fremsette krav om refusjon og klage vil behandles i oppgavens punkt 4.6.

Det faktum at pasienter ikke har rett på full refusjon etter norsk rett, i henhold til trygdeforordningen art. 20 andre ledd, vil ikke behandles inngående i denne oppgaven.⁸⁷

På bakgrunn av ESAs søksmål mot Norge foreligger det nå et lovforslag som tar sikte på å gjøre endringer i norsk trygderett.⁸⁸ Til sist vil det vurderes om lovforslaget kan medføre at Norge oppfyller sine EØS-rettslige forpliktelser etter pasientrettighetsdirektivet.

4.2 Generelt om inkorporeringen av pasientrettighetsdirektivet i norsk rett

Pasientrettighetsdirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom folketrygdloven § 5-24 a, pasient- og brukerrettighetsloven § 2-4 a, helse- og omsorgstjenesteloven § 11-1 sjette ledd, tannhelsetjenesteloven 5-1 fjerde ledd, spesialisthelsetjenesteloven § 5-2 fjerde ledd og pasientskadeloven § 7.

Det følger av folketrygdloven § 5-24 a, første ledd, at det «ytes stønad til dekning av utgifter til helsetjenester som medlemmet har hatt i et annet EØS-land etter regler fastsatt av departementet i forskrift».

Forskrift om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land⁸⁹ er gitt med hjemmel i de overnevnte bestemmelsene (heretter omtalt som forskriften). Forskriften gir en nærmere regulering av de norske kravene til pasienter som ønsker å motta helsetjenester på tvers av landegrensene innad EØS-området.

Det følger av forskriften § 1, første ledd, at forskriften gjelder «stønad til dekning av utgifter til helsehjelp mottatt i et annet land innenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (...). Forskriften gjelder også for stønad til dekning av utgifter til helsehjelp i Norge etter Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/24/EU artikkel 7 nr. 2 bokstav b».

⁸⁷ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2204 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 57-60.

⁸⁸ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering).

⁸⁹ FOR-2010-11-22-1466.

Ordlyden tolkes som at forskriften tar sikte på å gjennomføre pasientrettighetsdirektivet. Herunder skal forskriften dekke unntaket fra hovedregelen i pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 1, hvor utgangspunktet er at trygdemedlemsstaten skal refundere utgifter til helsetjenester som pasienten har krav på i trygdemedlemsstaten.⁹⁰

Det følger av direktivet art. 7 nr. 2 bokstav b at:

«Dersom helsetjenestene som ytes i samsvar med dette direktiv, ikke er underlagt krav om forhåndstillatelse, ikke tilbys i samsvar med avdeling III kapittel 1 i forordning (EF) nr. 883/2004 og tilbys på den medlemsstats territorium som i samsvar med nevnte forordning og forordning (EF) nr. 987/2009 i siste instans er ansvarlig for å refundere utgiftene, skal denne medlemsstat påta seg utgiftene. (...)».

Ordlyden forstås som at trygdemedlemsstaten plikter å refundere pasientens utgifter til helsetjenester over landegrensene når helsetjenesten ikke er underlagt krav om forhåndstillatelse, ikke tilbys etter trygdeforordningen og er i samsvar med gjennomføringsforordningen.

Dette underbygges av direktivets fortale avsnitt 29, hvor det fremgår at det «bør kreves at også pasienter som ønsker å benytte helsetjenester i en annen medlemsstat i andre tilfeller enn dem som er fastsatt i forordning (EF) nr. 883/2004, bør kunne dra fordel av prinsippene om fri bevegelighet for pasienter og tjenester og fritt varebytte i samsvar med TEUV og dette direktiv». I utgangspunktet må en pasient kreve refusjon etter trygdeordningen eller pasientrettighetsdirektivet. Bestemmelsen innebærer at dersom pasienten ikke har rett på refusjon etter trygdeforordningen, er staten pliktig til å refundere utgiftene dersom helsetjenesten er omfattet av pasientrettighetsdirektivet.

4.3 Retten til nødvendig helsehjelp som et vilkår for refusjon

Det fremgår av pasientrettighetsdirektivet art. 7 at en pasient har rett på refusjon etter direktivet når den aktuelle helsetjenesten tilsvarer helsehjelpen pasienten har rett på i Norge.⁹¹ Bestemmelsen er forsøkt gjennomført i norsk rett ved pbrl. § 2-4 a bokstav a jf. forskriften §§ 2 og 3.

⁹⁰ Se oppgavens punkt 3.3.

⁹¹ Jf. tolkningen av pasientrettighetsdirektivet art. 7 i oppgavens punkt 3.3.

Det må vurderes i hvilke tilfeller en pasient har rett på helsehjelp i Norge, for å vurdere om pasienten har rett til å motta helsehjelp i utlandet. Det rettslige grunnlaget for å vurdere om en pasient har rett til å motta helsetjenester er pbrl. § 2-1 b andre ledd. I sin korrespondanse med Norge konkluderte ESA med at pbrl. § 2-1 b andre ledd utgjør et brudd på pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 6, art. 7 nr. 9-11, art. 8 nr. 1, art. 8 nr. 3-5 og art. 9 nr. 1.⁹²

I Norges svar kommenterer ikke Helse- og omsorgsdepartementet vurderingen etter pbrl. § 2-1 b andre ledd eksplisitt. I stedet vises det til pbrl. § 2-1 b fjerde og femte ledd jf. § 2-4 a andre ledd bokstav a. Departementet mener at reglene har et videre anvendelsesområde enn pasientrettighetsdirektivet, da pasienter har rett på full refusjon av utgiftene til helsetjenesten, reise og opphold etter disse reglene.⁹³ Etter Norges syn foreligger det derfor ikke et brudd på pasientrettighetsdirektivet.

I den videre fremstilling vil pbrl. §§ 2-4 a bokstav a med tilhørende forskrift og 2-1 b andre ledd tolkes med sikte på å vurdere hvorvidt bestemmelsene er forenelig med pasientrettighetsdirektivet art 7. Hvorvidt direktivet art. 8 er korrekt gjennomført i norsk rett vil behandles i oppgavens punkt 4.3.

Det fremkommer av pbrl. § 2-4 a første ledd at en pasient «har rett til å få utgifter til helsehjelp som mottas i et annet EØS-land, helt eller delvis dekket» i to tilfeller. Bokstav a gjelder dekning «etter folketrygdloven § 5-24 a med forskrifter som gjennomfører pasientrettighetsdirektivet i norsk rett. Dette gjelder når den aktuelle helsehjelpen tilsvare helsehjelp som pasienten hadde fått tilbud om i den offentlige helse- og omsorgstjenesten i Norge». Bokstav b gjelder dekning «etter rådsforordning (EF) nr. 883/2004 og 987/2009». En pasient kan dermed ha rett på refusjon etter to regelsett. Refusjon etter trygdeforordningen vil ikke behandles nærmere.

Det er klart at pasientrettighetsdirektivet også operer med et skille mellom refusjon etter direktivet og trygdeforordningen. Samtidig følger det av direktivet art. 5, bokstav b, siste setning at det skal «skilles klart» mellom hvilke rettigheter pasienten har etter direktivet og

⁹² ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 54.

⁹³ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 1.1.3.

hvilke rettigheter som følger av trygdeforordningen.⁹⁴ Det kan argumenteres for at de norske reglene burde ha et tydeligere skille mellom de to regelsettene, og synliggjøre forskjellene mellom dem.

Etter pbrl. § 2-4 a bokstav a har pasienten rett på refusjon etter pasientrettighetsdirektivet når den aktuelle helsehjelpen tilsvarer helsehjelpen pasienten har rett på i Norge. Ordlyden tolkes som at det må vurderes hvorvidt en pasient har rett på å motta helsetjenesten i Norge, for å kunne legge til grunn hvorvidt pasienten har rett til å motta tilsvarende helsetjeneste i utlandet. Dette er i utgangspunktet forenelig med pasientrettighetsdirektivet art. 7, første ledd, jf. oppgavens punkt 3.3. Videre er bestemmelsen en inkorporasjonsbestemmelse av pasientrettighetsdirektivet. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land, heretter omtalt som forskriften.

Det følger av forskriften § 2 første ledd at stønad «ytes bare for helsehjelp som medlemmet ville fått stønad eller bidrag til etter folketrygdloven eller fått bekostet i den offentlige helse- og omsorgstjenesten dersom den aktuelle helsehjelpen var mottatt i Norge». Bestemmelsens ordlyd tolkes som at pasienten har rett til stønad dersom pasienten har rett til å motta helsetjenesten i Norge. Dette samsvarer i utgangspunktet med ordlyden i pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 1.

Ved vurderingen om en pasient har rett til å motta en helsetjeneste i Norges offentlige helse- og omsorgstjeneste må vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven være oppfylt.

Forskriften § 2 første ledd kan tolkes som at en pasient ikke har rett på stønad dersom den aktuelle helsetjenesten ikke tilbys i Norge. Dette underbygges av pbrl. § 2-4 a tredje ledd, hvor det fremkommer at utgifter «til helsehjelp som er besluttet ikke innført i Norge, dekkes ikke, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 4-4». Det følger av sphl. § 4-4 første ledd at det er de regionale helseforetakene som skal beslutte hvilke helsetjenester som kan tilbys i spesialisthelsetjenesten. Bestemmelsen forstås som at en norsk pasient ikke har rett til å motta helsetjenester i utlandet dersom helsetjenesten ikke tilbys pasienten i Norge.

Også forskriften § 3 tilsier at pasienter ikke har rett til å motta helsetjenester over landegrensene som ikke tilbys i Norge. Det følger av bestemmelsen at stønad «ytes til

⁹⁴ Jf. Oppgavens punkt. 3.

dekning av utgifter ved helsehjelp som tilsvarer helsetjenester som» det gis stønad til i norsk rett. At det kan ytes stønad til tilsvarende helsetjenester kan innebære at norske pasienter i noen tilfeller har rett på å motta helsetjenester i et annet EØS-land, som ikke tilbys i Norge. Likevel følger det av norsk trygderettspraksis at i vurderingen om en helsetjeneste er «tilsvarende» de helsetjenester som tilbys i Norge, tolkes «tilsvarende» strengt.

Et eksempel på dette er trygderettens sak TRR-2019-1374. Saken gjaldt en pasient som led av nakkesmerter og hodepine i 18 år som følge av en arbeidsulykke. Da pasienten ikke fikk behandling i Norge som hjalp mot smertene, reiste han til et annet EØS-land. Pasienten mottok helsetjenester i form av stående MR og atlastterapi.

Trygderetten bemerker at «Siden stående MR og atlastterapi ikke dekkes etter folketrygdloven §§ 5-5- og § 5-9, kan den ankende part ikke få stønad til dekning av utgiftene etter § 5-24 a, jf. forskrift om stønad til utgifter til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land § 2». Det kunne hevdes at stående MR er tilsvarende liggende MR, og at behandlingen derfor kunne dekkes etter forskriften § 3. Likevel ble kravet avvist etter forskriften § 2 fordi helsetjenestene ikke tilbys i Norge. Etter dette kan det legges til grunn at de norske trygdereglene ikke gir pasienter rett på refusjon for behandling som ikke tilbys i Norge.

Hvorvidt en pasient har rett på å motta en helsetjeneste i Norge, og dermed også i en annen EØS-stat, vurderes etter pbrl. § 2-1 b. Det følger av bestemmelsens andre ledd, at en pasient «har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra spesialisthelsetjenesten». Ordlyden forstås som at pasienten må ha et medisinsk behov for å motta helsetjenesten. Hvilke helsetjenester som er nødvendige må bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle da pasienters medisinske behov er forskjellige.

Det fremkommer av Prop.118 L (2012-2013) at pbrl. § 2-1 b inneholder en kost/nyttevurdering. I denne vurderingen må spesialisthelsetjenesten vurdere og beslutte hva slags helsehjelp som skal gis, ut fra de ressurser som foreligger. Videre fremholdes det at:

«Det ligger i kravet til «nødvendig helsehjelp» at det også må foreligge et rimelig forhold mellom kostnadene ved utredning eller behandling og den forbedring av pasientens helsetilstand den eventuelle helsehjelpen forventes å gi. Det innebærer at helsehjelpen skal være dokumentert effektiv, og det skal foreligge vitenskaplig dokumentasjon for at pasientens tilstand kan forbedres som følge av behandling i

spesialisthelsetjenesten. Det skal videre være et rimelig forhold mellom kostnadene og den forbedring av pasientens helsetilstand behandling forventes å gi». [sic!]⁹⁵

I denne kost/nytte-vurderingen må kostnadene ved helsetjenesten vurderes opp mot hvilken forbedring av pasientens helsetilstand som forventes. Dette innebærer at en pasient ikke alltid har rett til å motta helsehjelp, selv om pasienten har et medisinsk behov for helsehjelpen.

ESA mener at nødvendighetsvurderingen kan begrense pasienters rett til å motta helsetjenester i utlandet i stor grad. Det er derfor viktig at regelen er klar og inneholder presise definisjoner. Videre påpeker ESA at

«the EFTA Court have specified that when it has been established according to international medicine that the treatment abroad is indeed more effective than in the home State for a patient, who (...) fulfils the criteria for entitlement to treatment, the home State may no longer justify prioritising its own offer of treatment. Such treatment, which may not exist in Norway, but is considered to be more effective in international medicine, must be taken into account in the cost/benefit assessment under the necessity test». ⁹⁶[sic!]

Uttalelsen tolkes som at hvilke helsetjenester som er anerkjent i internasjonal medisinsk vitenskap er et moment i kost/nytte-vurderingen. Dette innebærer at en pasient har rett til å motta en helsetjeneste i utlandet, som ikke tilbys i Norge, dersom helsetjenesten regnes som effektiv og er internasjonalt medisinsk anerkjent. Videre må dette fremgå klart av lovens ordlyd.

Et eksempel på dette er saken til Kjell Hartvig Kristiansen. I 2014 fikk Kristiansen diagnosen lungekreft med spredning til skjelettet. Det fantes ikke behandling i Norge, og Kristiansen ble sendt hjem. Kristiansen dro derfor til Tyskland hvor han mottok «regional

⁹⁵ Prop.118 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet mm.) s. 102.

⁹⁶ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 49.

cellegiftbehandling», noe som reddet livet hans. Han betalte NOK 800 000 for behandlingen. Søknaden om refusjon fra Helseøkonomiforvaltningen (HELFO) endte med avslag.⁹⁷

På HELFO sine nettsider står det at «Forutsetningen for å få utgiftene refundert er at helsehjelpen tilsvarer den helsehjelpen det offentlige ville ha dekket i Norge. Med andre ord vil ikke en pasient få dekket behandling som han eller hun ikke kan få i Norge».⁹⁸ Denne praksisen gjaldt før og etter inkorporeringen av pasientrettighetsdirektivet. På dette punkt er HELFOs praksis stridende med EØS-retten.

Forutsatt at Kristiansen mottok behandlingen i Tyskland etter inkorporeringen av pasientrettighetsdirektivet skulle HELFO foretatt en annen vurdering. Etter EØS-retten må HELFO vurdere om Kristiansen har et medisinsk behov for behandlingen, og om behandlingen i Tyskland er internasjonalt anerkjent og kan gi resultater i forhold til Kristiansens helsetilstand. Dersom dette er tilfelle har Kristiansen rett på refusjon, uavhengig av hvorvidt tilsvarende behandling tilbys i Norge.

Etter dette kan det legges til grunn at pbrl. §§ 2-4 a bokstav a og 2-1 b andre ledd, og forskriften §§ 2 og 3, ikke er forenelig med pasientrettighetsdirektivet art. 7.

For Norge sin del kan det være problematisk å legge til grunn at norske pasienter har rett til å motta helsetjenester i utlandet som ikke tilbys i Norge. Det vil blant annet kunne gå ut over finansieringen av det norske helsevesenet dersom pasienter har rett til å motta helsetjenester i utlandet som ikke tilbys i Norge, med den begrunnelse at helsetjenesten er mer effektiv i utlandet.

Samtidig tilsier sak C-158/96 (Kohll) at det skal mye til å rettferdiggjøre en restriksjon på den frie bevegelighet av helsetjenester når dette er begrunnet i økonomiske hensyn. EU-domstolen la til grunn at restriksjonen må ha «significant effect» på finansieringen av trygdeordningen nasjonalt.⁹⁹ Hvis EFTA-domstolen konkluderer med at de norske trygderettsreglene utgjør en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenester, må Norge bevise at det vil ha «significant

⁹⁷ Camilla Ondrckova, «Kjell brukte sparepengene sine på kreftbehandling i utlandet», *Drammen Tiende*, 03.08.15 (artikkel).

⁹⁸ HELFO, «Refusjon av utgifter til spesialisthelsetjenester i andre EU/EØS-land», 16.03.21.

⁹⁹ *Kohll C-158/96* avsnitt 42.

effect» på finansieringen av det norske helsevesenet dersom staten refunderer beløp til helsetjenester mottatt i utlandet som ikke tilbys i Norge.

Videre anfører departementet at pbrl. § 2-1 b fjerde og femte ledd jf. § 2-4 a andre ledd bokstav a har et videre anvendelsesområde enn pasientrettighetsdirektivet, da pasienter har rett på full refusjon av utgiftene til helsetjenesten, reise og opphold etter disse reglene.¹⁰⁰ Det foreligger derfor ikke et brudd på pasientrettighetsdirektivet etter departementets syn.

Likevel kan det hevdes at de norske reglene som tar sikte på å gjennomføre pasientrettighetsdirektivet må være forenelig med direktivet, og EØS-retten forøvrig. Dette henger sammen med kravene til reglens klarhet og prosessuelle garantier. Disse spørsmålene vil behandles i oppgavens punkt 4.5 og 4.6.

4.4 Vilkår om forhåndstillatelse i norsk rett

Som fremholdt ovenfor mener ESA at de nevnte reglene i pasient- og brukerrettighetsloven også utgjør et brudd på pasientrettighetsdirektivet art. 8.¹⁰¹ Direktivet art. 8 oppstiller nærmere vilkår for at en stat kan ha regler om forhåndstillatelse, jf. oppgavens punkt 3.5.

Departementet skriver i sitt svarbrev at norsk rett ikke inneholder et krav om forhåndstillatelse for at pasienter kan motta helsetjenester i en annen EØS-stat.¹⁰² Således foreligger det ikke et brudd på pasientrettighetsdirektivet.

I det følgende vil de norske reglene om forhåndstillatelse drøftes med sikte på å vurdere om disse er forenelige med pasientrettighetsdirektivet art. 8.

Det fremkommer av forskriften § 9a at en «pasient som er vurdert til å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b andre ledd, jf. § 2-2, kan søke forhåndstilsagn fra HELFO om (...)». Det legges til grunn den samme

¹⁰⁰ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 1.1.3.

¹⁰¹ EFTA Surveillance Authority, «Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2204 and Article 36 EEA», Document No: 1256687, avsnitt 57-60.

¹⁰² Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 1.3.2.

forståelsen for «nødvendig helsehjelp» som i oppgavens punkt 4.2. Ordlyden «kan» tolkes som at pasienten ikke plikter å søke om forhåndstilsagn fra HELFO. Pasienten kan derfor få refusjon gjennom søknad etter at pasienten har mottatt helsetjenesten i utlandet. Samtidig kan det være praktisk for pasienten å få avklart på forhånd hvorvidt refusjon blir gitt, slik at pasienten bedre kan forutse sin rettsstilling og økonomiske situasjon.

Det følger av pbrl. § 2-1 b andre ledd, første setning, at en pasient «har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten». Hvilke spesialisthelsetjenester som tilbys følger av sphl. § 2-1a første ledd. Et eksempel på en spesialisthelsetjeneste er sykehustjenester jf. sphl. § 2-1a første ledd nr. 1. Videre plikter spesialisthelsetjenesten å «fastsette en frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp» i løpet av vurderingsperioden etter pbrl. § 2-1b andre ledd, andre setning jf. pbrl. § 2-2 første ledd.

Dette tilsier at en pasient kan søke forhåndstilsagn fra HELFO når pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og det er fastsatt en frist for når pasienten skal få helsehjelpen.

Det virker som at forskriften § 9a gjennomfører pasientrettighetsdirektivet art. 8 nr. 2 bokstav a.¹⁰³ Det følger av direktivet art. 8 nr. 5 at myndighetene ikke kan avstå fra å gi forhåndstillatelse dersom pasienten har rett til å motta helsetjenesten og at helsetjenesten ikke kan ytes i hjemstaten «innen en frist som er medisinsk forsvarlig». Det synes som at bestemmelsen er gjennomført gjennom forskriften § 9a ved henvisningen til pbrl. § 2-2 første ledd. Likevel bør det komme tydeligere frem av lovens ordlyd at pasienten ikke vil få forhåndstillatelse dersom helsetjenesten kan ytes i Norge innen den medisinske forsvarlige fristen som spesialisthelsetjenesten plikter å opplyse pasienten om.

Videre følger det av pasientrettighetsdirektivet art. 8 nr. 3 at dersom «et medlem i trygdeordningen anmoder om forhåndstillatelse for å motta helsetjenester over landegrensene, skal trygdemedlemsstaten vurdere om vilkårene fastsatt i forordning (EF) nr. 883/2004 er oppfylt. Dersom disse vilkårene er oppfylt, skal forhåndstillatelse gis i samsvar med nevnte forordning med mindre pasienten anmoder noe annet».

¹⁰³ Se oppgavens punkt 3.5.

I utgangspunktet skal HELFO derfor vurdere om vilkårene etter trygdeforordningen er oppfylt. Dersom pasienten ber om å motta forhåndstillatelse etter pasientrettighetsdirektivet plikter HELFO å vurdere om vilkårene etter direktivet er oppfylt. Dette fremgår ikke eksplisitt av ordlyden i forskriften § 9a.

Videre kan en pasient søke om forhåndstillatelse fra HELFO om to spørsmål etter forskriften § 9a første ledd. Etter bestemmelsen nr. 1 kan pasienten søke forhåndstillatelse om «pasienten har krav på stønad til utgifter for slik helsehjelp som pasienten vurderer å motta i et annet EØS-land». Ordlyden tolkes som at pasienten kan søke om forhåndstillatelse om hvorvidt pasienten har rett på nødvendig helsehjelp i et annet EØS-land. Dette er i tråd med pasientrettighetsdirektivet art 8 nr. 1.

Videre følger det av bestemmelsen nr. 2 at pasienten kan søke forhåndstillatelse om «den høyeste stønad som vil ytes for denne helsehjelpen». Etter ordlyden må forhåndstillatelsen informere pasienten om det høyeste beløpet som kan bli refundert. Det fremkommer av pasientrettighetsdirektivet art. 9 nr. 5 at pasienten kan motta «en skriftlig bekreftelse på det beløp som skal refunderes på grunnlag av et overslag». Etter direktivet skal ikke en forhåndstillatelse inneholde hvilket beløp som skal refunderes, med mindre pasienten forespør dette. Likevel kan det virke forutberegnelig for pasienten å vite hvor stort beløp pasienten har rett på å få refundert.

Samtidig kan det skje en forverring av pasientens helsetilstand når pasienten mottar behandlingen i utlandet, eller at helsetjenesten medfører komplikasjoner. Forskriften § 9a første ledd nr. 2 må derfor ikke forstås som at pasienten ikke har rett på å få refundert et større beløp enn det som fremgår av forhåndstillatelsen. Selv om det foreligger en forhåndstillatelse bør HELFO benytte beregningsmåten i direktivet art. 7 nr. 4 for å fastsette hvilke utgifter en pasient har rett på å få refundert.

I utgangspunktet synes pasientrettighetsdirektivet art. 8 å være korrekt gjennomført i norsk rett i den grad at forskriften § 9 ikke er direkte stridende med direktivets ordlyd. Samtidig bør vilkåret om at helsetjenesten kan ytes i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist komme tydeligere frem av ordlyden i forskriften § 9 a. Også det faktum at HELFO plikter å vurdere vilkårene etter pasientrettighetsdirektivet bør fremgå av forskriftens ordlyd.

Likevel kan det hevdes at Norge ikke trenger å forholde seg til direktivets regler om forhåndstillatelse, da det ikke er et vilkår om forhåndstillatelse i norsk rett jf. ordlyden «kan» i

forskriften § 9 a. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt de norske reglene om forhåndstillatelse må oppfylle direktivets vilkår når søknad om forhåndstillatelse i norsk rett er frivillig.

Samtidig vil et eventuelt avslag på søknad om forhåndstillatelse gi pasienten inntrykk av at utgiftene til helsetjenesten ikke vil bli refundert. Dette kan igjen føre til at pasienten ikke lenger ønsker å motta helsetjenesten i en annen EØS-stat. HELFOs praksis om forhåndstillatelse kan derfor indirekte medføre en restriksjon på den frie bevegelse av helsetjenester. Dette tilsier at de norske reglene om forhåndstillatelse må samsvare med pasientrettighetsdirektivet, selv om søknad om forhåndstillatelse er frivillig i norsk rett.

4.5 Vurderingen av hvorvidt reglene etter norsk trygderett er tilstrekkelig klare

Videre mener ESA at den norske lovgivningen mangler slik «objectivity, clarity, transparency and precision» som kreves etter pasientrettighetsdirektivet.¹⁰⁴ Dette omtales som kravet om «legal certainty», heretter kalt klarhetskravet.

Klarhetskravet har sin bakgrunn i EFTA-domstolens praksis hvor det fremholdes at «(...) the rules and standards must be based on objective, non-discriminatory criteria (...), the criteria must be known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities` discretion, so that this discretion is not used arbitrarily».¹⁰⁵ Dette forstås som at de norske reglene som utgjør en restriksjon på den frie bevegelse av helsetjenester må være basert på objektive vilkår som ikke innebærer diskriminering. Videre må vilkårene være kjent på forhånd. I dette ligger et krav om forutberegnelighet for statens borgere. Reglene skal hindre at myndighetenes skjønnsutøvelse brukes vilkårlig.

ESA fremholder at dersom nasjonale regler utgjør en restriksjon på den frie bevegelse av helsetjenester, må reglene tilfredsstille klarhetskravet.¹⁰⁶ ESA anfører at flere deler av norsk

¹⁰⁴ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 39-42.

¹⁰⁵ *Rindal og Slinning* de forente saker E-11/07 og E-1/08 avsnitt 48.

¹⁰⁶ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 79.

trygderett ikke oppfyller klarhetskravet.¹⁰⁷ Dette forstås som at den norske lovgivningen har mangler på systemnivå.

Hva gjelder klarhetskravet hevder departementet at det ikke er i strid med EØS-retten å ha flere muligheter for refusjon enn det som følger av EØS-retten. I denne sammenheng påpeker departementet at HELFO er instruert om å informere pasienter om alternative regler å søke refusjon etter, i de tilfellene pasientene får avslag.¹⁰⁸

I det følgende vil det drøftes hvorvidt bestemmelsene i norsk trygderett som tar sikte på å gjennomføre pasientrettighetsdirektivet og EØS-avtalen art. 36 oppfyller klarhetskravet.

For det første mener ESA at klarhetskravet ikke er oppfylt i forhold til nødvendighetsvurderingen etter pbrl. § 2-1 b andre ledd jf. drøftelsen i oppgavens punkt 4.3.¹⁰⁹

Det kan derfor hevdes at det må komme klart frem av nødvendighetsvurderingen etter pasient- og brukerrettighetsloven at pasienten har rett på helsetjenester som er anerkjent i internasjonal medisinsk vitenskap. Dette innebærer at i kost/nytte-vurderingen må det ses hen til helsetjenester som tilbys i andre EØS-stater, selv om de ikke tilbys i Norge. Dersom utenlandske helsetjenester er regnet som mer effektive enn tilsvarende behandlinger i Norge kan pasienten ha krav på å motta helsetjenesten i utlandet.

Dette må fremgå klart av lovens ordlyd. En klar ordlyd vil hindre at helsemyndighetenes skjønnsutøvelse kan brukes vilkårlig, og reglene vil bidra til økt forutberegnelighet for pasientene.

¹⁰⁷ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 115.

¹⁰⁸ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022), punkt 3.

¹⁰⁹ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 82.

I dag er deler av ESAs forslag inntatt i prioriteringsforskriften § 3. Dette bidrar til å klargjøre pasienters rettstilstand.

Prioriteringsforskriften § 3 ble kritisert av ESA i 2016.¹¹⁰ ESA fremholdt de samme argumentene som i relasjon til nødvendighetsvurderingen etter pbrl. § 2-1 b, herunder at det må foretas en konkret vurdering av hver enkelt pasient og at pasienten har rett til å motta behandling i utlandet som er anerkjent etter internasjonal medisinsk vitenskap.¹¹¹

I 2018 ble prioriteringsforskriften endret. Prioriteringsforskriften § 3 første ledd har nå en tredje setning, hvor det fremgår at «Vurderingen av pasientens nytte av behandlingen skal være individuell og ta utgangspunkt i internasjonal medisinsk vitenskap». Bestemmelsens ordlyd er klar og vil sikre at Norge på en bedre måte oppfyller sine EØS-rettslige forpliktelser. Den samme formuleringen bør inntas i pbrl. § 2-1 b andre ledd.

Samtidig uttalte ESA i relasjon til prioriteringsforskriften § 3 at «EEA law requires EEA States to consider whether equally effective treatment can be obtained by the individual patient in the home State without undue delay (...)».¹¹² Det fremgår ikke av ordlyden i prioriteringsforskriften § 3 at kost/nytte-vurderingen skal inneholde en vurdering av når pasienten har krav på behandling.

Det kan hevdes at selv om prioriteringsforskriften § 3 i stor grad oppfyller Norges EØS-rettslige forpliktelser, bør en lignende formulering inntas i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette skyldes at det kan være vanskelig for pasientene å orientere seg i et regelverk bestående av flere lover, forskrifter, forordninger og direktiver. Ved å innta formuleringen i pasient- og

¹¹⁰ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 65 tredje setning og avsnitt 70 andre setning.

¹¹¹ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 65 tredje setning og avsnitt 70 andre setning.

¹¹² ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 71.

brugerrettighetsloven kan det bli enklere for norske pasienter å gjøre sine rettigheter gjeldende.

For det andre anfører ESA at Norge ikke sikrer at en pasient har rett på full refusjon, dersom det er klart at pasienten ikke kan motta helsetjenesten i Norge innen en medisinsk forsvarlig frist, og at pasienten har rett på refusjon etter trygdeforordningen, men av en eller annen grunn ikke mottok refusjon. ESA peker på at det er Forskrift om stønad til helsetjenester i EØS § 7 andre ledd som ikke oppfyller klarhetskravet, og at bestemmelsen er i strid med pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 6, nr. 9-11, art. 8 nr. 1, 3-5 og art. 9 nr. 1.¹¹³

Det følger av forskriften § 7 første ledd at for «helsehjelp som tilsvarende helsetjenester som det gis stønad til etter folketrygdloven § 5-6, § 5-6a, § 5-9, § 5-10 og § 5-10a, ytes stønad med inntil samme beløp som stønad ytes med for tilsvarende helsehjelp i Norge». De nevnte bestemmelsene i folketrygdloven regulerer rett til stønad ved behandling hos tannlege, tannpleier, kiropraktor, logoped og ortopedist.

Ordlyden forstås som at staten plikter å yte stønad som ikke overstiger det beløpet pasienten ville fått refundert, dersom de nevnte helsetjenestene ble mottatt i Norge. Samtidig tilsier ordlyden at staten har en mulighet til å gi mindre stønad jf. «inntil samme beløp». En slik forståelse av ordlyden vil ikke være forenelig med pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 3 og 4.

Videre følger det av bestemmelsens andre ledd, første setning, at helsehjelp «som tilsvarende helsetjenester som det gis stønad til etter folketrygdloven § 5-4, § 5-5, § 5-7, § 5-8 og § 5-12, og spesialisthelsetjenester som nevnt i forskriften § 3 første ledd bokstav d, utgjør stønaden de faktiske utgifter med mindre beløpet overstiger de antatte kostnadene det offentlige ville blitt belastet dersom helsehjelpen var mottatt i Norge».

Bestemmelsene i folketrygdloven regulerer retten til stønad ved behandling hos lege, private laboratorier og røntgeninstitutter, psykolog, fysioterapeut og jordmor. Videre omfattes spesialisthelsetjenester som følger av spesialisthelsetjenesteloven, slik som behandling på sykehus. Ordlyden tolkes som at pasienten skal få full refusjon fra staten, men mindre beløpet

¹¹³ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, (2016) avsnitt 83.

overstiger det helsetjenesten ville ha kostet dersom tjenesten ble mottatt i Norge. Dette underbygges av forskriften § 7 syvende ledd. Dette er i samsvar med pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 3 og 4. Den samme forståelsen legges til grunn ved tolkningen av forskriften § 7 tredje til femte ledd.

Pasientrettighetsdirektivet legger opp til at trygdemedlemsstaten skal fastsette «hvilke helsetjenester et medlem i trygdeordningen har rett til å få refundert utgiftene til samt dekningsgraden av disse utgiftene, uavhengig av hvor helsetjenestene ytes» jf. art. 7 nr. 3.

Ordlyden forstås som at staten ikke kan ha ulike dekningsgrader for helsetjenester som mottas i hjemstaten og i utlandet. Dette underbygges av direktivet art. 7 nr. 4 hvor det fremgår at staten skal refundere «opp til det utgiftsnivået som trygdemedlemsstaten ville ha dekket dersom disse helsetjenestene hadde blitt ytt på dens territorium».¹¹⁴

Etter dette kan det legges til grunn at forskriften § 7 ikke strider med ordlyden etter pasientrettighetsdirektivet art. 7. Samtidig inneholder ikke forskriften § 7 et vilkår om at pasienten har rett på refusjon til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land dersom helsetjenesten ikke kan ytes i Norge innen en medisinsk forsvarlig frist. Dette tilsier at klarhetskravet ikke er oppfylt i relasjon til forskriften § 7.

Det kan videre stilles spørsmål ved hvorvidt de norske reglene sikrer pasientrettighetsdirektivets administrative krav for beregning av utgifter.

Det fremkommer av forskriften § 10 andre ledd, første setning, at «krav om stønad settes frem for Helseøkonomiforvaltningen (HELFO)». Det er dermed HELFO som avgjør hvorvidt en pasient har rett til stønad eller ikke. Det er imidlertid usikkert hvordan HELFO skal vurdere og behandle kravene som fremsettes. Pasientrettighetsdirektivet art. 5 bokstav b jf. art. 9 stiller krav til administrative fremgangsmåter for blant annet refusjon av utgifter til helsetjenester. Mangelen på lovregulering av HELFOs virksomhet kan tilsa at direktivets bestemmelser ikke er tilstrekkelig gjennomført i norsk rett.

Selv om HELFO avgjør hvorvidt en pasient har rett på refusjon, er det Helse- og omsorgsdepartementet som foretar beregningen av utgiftene, selv om dette ikke følger av

¹¹⁴ Se oppgavens punkt. 3.3.

forskriften.¹¹⁵ Det må dermed vurderes hvorvidt Helse- og omsorgsdepartementet kan regnes som en «ordning» som oppfyller pasientrettighetsdirektivets krav.

Det fremkommer av direktivet art. 7 nr. 6 at med «hensyn til nr. 4 skal medlemsstatene ha en åpen ordning for beregning av utgiftene (...)».¹¹⁶ Det må dermed vurderes Helse- og omsorgsdepartementet oppfyller direktivets krav til objektivitet og forutberegnelighet, og om ordningen «anvendes på relevant (lokalt, regionalt eller nasjonalt) administrativt plan».

Helse- og omsorgsdepartementet er omfattet av Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offl) § 2 første ledd bokstav a. Lovens hovedregel er at departementets saksdokumenter er åpne for innsyn jf. offl. § 3 jf. § 4. Dette tilsier at departementet utgjør «en åpen ordning for beregning av utgiftene». Da departementet er et forvaltningsorgan i medhold av Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl) § 1, stilles det krav til organets objektivitet. Dette kan illustreres ved fvl. § 25 siste ledd og den ulovfestede læren om myndighetsmisbruk. Det må dermed legges til grunn at departementet opptrer objektivt. Ordningen anvendes på nasjonal administrativ plan, og dette er tillatt etter direktivet.

Etter dette legges det til grunn at Helse- og omsorgsdepartementet oppfyller vilkårene i pasientrettighetsdirektivet art. 7 nr. 6. Samtidig kan det hevdes at HELFOs virksomhet burde lovreguleres i den grad det stilles krav til hvordan HELFO skal behandle refusjonskrav etter direktivet art. 5 bokstav b jf. art. 9.

For det tredje har ESA kritisert klarhetskravet i relasjon til EØS-avtalen art. 36 og trygdeforordningen. Selv om denne oppgaven ikke tar sikte på å behandle trygdeforordningen, er det interessant å se hva ESA uttaler generelt om det norske rettssystemet i forhold til pasienters rett til å motta helsetjenester over landegrensene i relasjon til EØS-avtalen art. 36. ESA fremholder at

«by maintaining a system for seeking access to in-patient treatment in other EEA States in which it is very difficult for the competent institutions and bodies to apply the correct rules correctly, and which makes it impossible or excessively difficult for patients to identify,

¹¹⁵ For eksempel: Helsedirektoratet, «Takster for tannbehandling» [nettdokument], 1. mars. 2022.

¹¹⁶ Se oppgavens punkt. 3.3.

understand, and effectively enforce their rights under EEA law, Norway had created a state of ambiguity and lack of legal certainty (...).¹¹⁷

ESA mener dermed at de norske reglene er tvetydige og ikke oppfyller klarhetskravet fordi reglene er av en slik art at det er vanskelig for statens institusjoner å bruke de relevante reglene på korrekt måte. Dette fører også til at det blir umulig eller svært vanskelig for pasienter å forstå regelverket. Det vil dermed være en restriksjon på den frie bevegelsen av tjenester dersom det er svært vanskelig for pasienter å gjøre sine rettigheter gjeldende etter pasientrettighetsdirektivet.

4.6 De prosessuelle reglene for å fremsette krav om refusjon og klage

Til sist mener ESA at de norske klageorganene og HELFO er forhindret eller frarådet fra å bruke «a legal test» etter EØS-avtalen art. 36.¹¹⁸ Dette innebærer at klageorganene og HELFO ikke bruker kravet i praksis, noe som medfører at det blir svært vanskelig for pasienter å gjøre sine rettigheter gjeldende ovenfor disse organene.¹¹⁹ Den «legal test» som ESA omtaler i denne sammenheng gjelder om klageorganene og HELFO har myndighet til å vurdere om bestemmelsene etter trygdeforordningen og EØS-avtalen art. 36 er oppfylt.¹²⁰

ESA viser i denne sammenhengen til en avgjørelse fra trygderetten, TRR-2014-2387. Saken gjaldt en mann som søkte om refusjon av utgifter til planlagt ablasjonsbehandling i et annet EØS-land etter EUs rådeforordning 1408/71 art. 22 nr. 1 bokstav c jf. EØS-avtalen.

Trygderetten kom til at de ikke har rettslig kompetanse til å behandle klagesaker av denne type krav. Begrunnelsen for dette var at pasienten ikke gjorde gjeldende en rettighet som er omfattet av folketrygdloven § 1-3, og dermed er det ikke adgang til trygderettsbehandling etter trygderettsloven § 1. Det ble også vist til EØS-avtalen art. 36 jf.

¹¹⁷ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 115.

¹¹⁸ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 115.

¹¹⁹ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 115.

¹²⁰ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 96.

pasientrettighetsdirektivet og folketrygdloven § 5-24 a, der ankeadgang til trygderetten er avskåret.

Saken illustrerer at det er problematisk at de norske reglene som regulerer pasienters rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater opererer med flere regelsett og klageinstanser med ulik kompetanse. Det kan hevdes at EØS-loven § 2 innebærer at alle norske klageorganer, trygderetten og HELFO er forpliktet til å vurdere EØS-avtalen art. 36 som rettslig grunnlag, og herunder både de relevante forordninger for pasienters rettigheter og pasientrettighetsdirektivet.

Trygderettens resultat i TRR-2014-2387 vil stille seg annerledes dersom det blir vedtatt å innta trygdeforordningen i folketrygdloven § 1-3, jf. oppgavens punkt 4.7. Samtidig vil ikke trygderetten ha kompetanse til å anvende pasientrettighetsdirektivet da direktivet ikke er foreslått inntatt i folketrygdloven § 1-3.

Departementet mener at det ikke er i strid med EØS-retten at de norske klageorganene og HEFLO har ulik kompetanse. Det fremholdes at den prosessuelle strukturen er ikke til hinder for at klageorganene kan anvende relevant EØS-rett.¹²¹

Departementet ser at ESA viser til flere avgjørelser fra trygderetten hvor retten ikke bruker EØS-reglene i saker hvor pasienter krever refusjon fra helsetjenester mottatt i andre EØS-stater. Likevel finner departementet det vanskelig å kommentere dette fordi ESA ikke har forklart hva som er feil med sakene.¹²² Departementet fremholder at det ikke er noe i norsk rett som forhindrer klageorganene i å anvende EØS-retten.¹²³

Likevel kommer det klart frem av trygderettens avgjørelse at retten ikke mener de har kompetanse til å behandle pasienters refusjonskrav etter EØS-avtalen art. 36 og

¹²¹ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 2.3.

¹²² Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 2.2 sjette avsnitt.

¹²³ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 2.2 siste avsnitt.

pasientrettighetsdirektivet. Dersom departementet mener at trygderetten har slik kompetanse bør dette inntas i folketrygdloven § 1-3.

4.7 Det nye lovforslaget og hvorvidt det avhjelper de feil ESA peker på

Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) heretter omtalt som lovforslaget, tar sikte på å endre flere lover i trygdelovgivningen, herunder folketrygdloven og pasient- og brukerrettighetsloven.¹²⁴ Lovforslaget tar sikte på å synliggjøre Norges folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering. Trygdekoordinering defineres som «mellomstatlig regulering av trygderettslige utfordringer som oppstår som følge av at en person har bodd og/eller arbeidet i mer enn en stat».¹²⁵ Bakgrunnen for lovforslaget er trygdesaken og ESAs korrespondanse med Norge i anledning dette.¹²⁶

ESA mener at deres bekymringer angående gjennomføringen av pasienters rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater forblir uløst ved lovforslaget.¹²⁷ I det følgende vil de deler av lovforslaget som knytter seg til den frie bevegelse av helsetjenester kommenteres. Deretter vil det vurderes hvorvidt lovforslaget tar sikte på å løse noen av problemene med norsk trygderett som ESA fremholder.

I anledning stønad ved helsetjenester over landegrensene etter ftrl. § 5-24 bemerkes det i lovforslaget at «Siden direktivet ikke innebærer koordinering av trygdeordninger, gis det ingen nærmere omtale av denne stønadsordningen her».¹²⁸ Samtidig foreslås det å innta en ny

¹²⁴ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) s. 5.

¹²⁵ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) s. 7.

¹²⁶ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) punkt 2.

¹²⁷ ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, (2022) avsnitt 24.

¹²⁸ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) s. 17.

bestemmelse i pasient- og brukerrettighetsloven, som kan ha betydning for pasientrettighetsdirektivets stilling i norsk rett.

Departementene¹²⁹ foreslår å innta en ny § 1-4 i pasient og brukerrettighetsloven, som skal lyde:

«Kongen kan i forskrift gjennomføre bilaterale avtaler med andre land om trygdekoordinering. Bestemmelsene som er gitt i eller i medhold av denne loven, skal tolkes og anvendes i samsvar med forpliktelser som følger av bilaterale avtaler som nevnt i første ledd og forordninger og avtaler som nevnt i folketrygdloven §§ 1-3 og 1-3 a».¹³⁰

Ordlyden forstås som at bestemmelsen først og fremst er en henvisningsbestemmelse til de relevante forskriftene som gjennomfører Norges bilaterale avtaler. Videre skal bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven tolkes og anvendes i samsvar med Norges forpliktelser etter avtaler og forordninger etter ftrl. §§ 1-3 og 1-3 a.

I ftrl. § 1-3 vil departementene innta en rekke forordninger i lovteksten, og i ftrl. § 1-3 a foreslås det å innta andre folkerettslige forpliktelser. Dette vil kunne synliggjøre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Likevel er ikke pasientrettighetsdirektivet inntatt i bestemmelsene. Det blir derfor ikke klarere i norsk rett hvordan pasientrettighetsdirektivet stiller seg i forhold til trygdeforordningen. Det kan hevdes at trygdeforordningen løftes frem i lovforslaget, og ikke pasientrettighetsdirektivet, fordi myndighetene ønsker at pasienten skal søke om refusjon etter forordningen.

5 Avslutning

Etter dette kan det legges til grunn at norsk trygderett ikke er forenelig med pasientrettighetsdirektivet på flere områder.

¹²⁹ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) s. 6.

¹³⁰ Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering) s. 151.

Det følger av oppgavens punkt 4.3 at nødvendighetsvurderingen etter pbrl. § 2-1 b andre ledd innebærer en restriksjon på den frie bevegelse av helsetjenester. Dette skyldes at bestemmelsen og norsk praksis ikke gir pasienter rett til å motta helsetjenester i utlandet som ikke tilbys i det norske helsevesenet. Pasientrettighetsdirektivet art. 7, sammenholdt med EU-domstolens praksis, innebærer at den frie bevegelse av helsetjenester omfatter alle helsetjenester som er å regne som «normal within the professional circles concerned».¹³¹ Vurderingen av hvilke helsetjenester som er å regne som «normal» må baseres på internasjonal medisinsk vitenskap.¹³²

Etter dette må norske myndigheter vurdere om en pasient har rett på andre helsetjenester enn de som tilbys i Norge når det vurderes hvorvidt en pasient har rett på nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1 b andre ledd. Dersom pasienten har et medisinsk behov for en helsetjeneste som ikke kan ytes i Norge innen en medisinsk forsvarlig frist, har pasienten rett til å motta helsetjenesten i en annen EØS-stat.

Videre foreligger det flere mangler ved forskriften § 9a om forhåndstillatelse jf. oppgavens punkt 4.4. Selv om det ikke er et krav om forhåndstillatelse etter norsk rett, kan reglene indirekte medføre en restriksjon. Dette skyldes at pasienter kan få inntrykk av at de ikke vil få refundert utgiftene til helsetjenester mottatt i utlandet dersom de får avslag på søknad om forhåndstillatelse. Slikt sett bør de norske reglene om forhåndstillatelse inneholde de samme vilkår som pasientrettighetsdirektivet art. 8 oppstiller.

Dette innebærer at det bør komme klarere frem av ordlyden i forskriften § 9a at en pasient har rett på forhåndstillatelse dersom pasienten har rett til å motta helsetjenesten og at helsetjenesten ikke kan ytes i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist.¹³³

Den viktigste betraktningen er at de norske trygdereglene ikke er tilstrekkelig klare, og at dette medfører at pasienter har en begrenset mulighet til å gjøre sine rettigheter gjeldende ovenfor myndighetene og rettssystemet. Dette har flere paralleller til trygdesaken.¹³⁴

¹³¹ *Smits and Peerbooms C-157/99* avsnitt 97.

¹³² *Smits and Peerbooms C-157/99* avsnitt 97.

¹³³ Se pasientrettighetsdirektivet art. 8.

¹³⁴ Eksempelvis HR-2021-1453-S

Trygdesaken illustrerer at dersom en forordning, eller et direktiv, blir inkorporert på feil måte vil det kunne få store ringvirkninger. Hvis det foreligger feil ved den norske gjennomføringen av EØS-rettslige forpliktelser kan dette føre til at norske myndigheter og rettssystemet praktiserer reglene feil.¹³⁵ Det blir da etablert en praksis som kan være vanskelig å endre. Dette får konsekvenser for borgerne som ikke får mulighet til å gjøre sine rettigheter gjeldende.

Det kan argumenteres for at en endring av ordlyden i de enkelte bestemmelser som ESA peker på ikke er nok for å sikre at Norge oppfyller sine EØS-rettslige forpliktelser. Regelverket for refusjon av utgifter til helsehjelp mottatt i en annen EØS-stat er omfattende, uoversiktlig og lite forutberegnelig. Dette kan i seg selv medføre en restriksjon på den frie bevegelse av helsetjenester da norske pasienter ikke vet innholdet i sine rettigheter eller hvordan disse rettighetene kan gjøres gjeldende.

I Norges svar til ESA virker det som at Helse- og omsorgsdepartementet er tilbakeholdne med å ta innover seg at pasienters rett til å motta helsetjenester i andre EØS-stater ikke er korrekt gjennomført i norsk rett.¹³⁶ Dette kan ha flere begrunnelser. For det første kan det antas at Norge ønsker kontroll på den frie bevegelse av helsetjenester av hensyn til finansieringen, organiseringen og administreringen av det norske helsevesenet. For det andre er det nærliggende å tro at Norge ikke vil innrømme feil med tanke på en eventuell sak for EFTA-domstolen. For det tredje kan det være vanskelig å se nøyaktig hva ESA mener må endres i norsk rett for at Norges EØS-rettslige forpliktelser er oppfylt.

Samtidig følger det av drøftelsen ovenfor at det har skjedd enkelte lovendringer etter gjennomføringen av pasientrettighetsdirektivet og ESAs søksmål mot Norge. Blant annet er vilkåret om eksperimentell behandling inntatt i prioriteringsforskriften § 3. Dette kan forstås som at Norge er villige til å foreta lovendringer for å oppfylle sine EØS-rettslige forpliktelser.

¹³⁵ For eksempel HR-2021-1453-S avsnitt 191.

¹³⁶ Helse - og omsorgsdepartementet, *Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States*, (2022) punkt 2.2

Referanseliste

Norske lover

Lov 3. juni 1983 nr. 54 om tannhelsetjenesten

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter

Lov 15 juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Internasjonale traktater, avtaler og konvensjoner

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976).

Konsolidert utgave av Traktaten om den Europeiske Union (TEU), hentet fra Hamre, Inger og Fredrik Sejersted, *EU- og EØS-relevante tekster*, 6. utgave, Senter for Europarett: Universitetet i Oslo: Universitetsforlaget 2012.

Konsolidert utgave av Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUF), hentet fra Hamre, Inger og Fredrik Sejersted, *EU- og EØS-relevante tekster*, 6. utgave, Senter for Europarett: Universitetet i Oslo: Universitetsforlaget 2012.

Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen), hentet fra Hamre, Inger og Fredrik Sejersted, *EU- og EØS-relevante tekster*, 6. utgave, Senter for Europarett: Universitetet i Oslo: Universitetsforlaget 2012.

Avtale mellom EFTA-statene om Opprettelsen av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA), hentet fra Hamre, Inger og Fredrik Sejersted, *EU- og EØS-relevante tekster*, 6. utgave, Senter for Europarett: Universitetet i Oslo: Universitetsforlaget 2012.

Norske forskrifter

Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd.

Forskrift 22. november 2010 nr. 1466 om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land.

Norske lovforarbeider

NOU 2020: 9 Blindsonen, Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.

Prop. 71 L (2021-2022) Endringer i folketrygdloven mv. (synliggjøring av folkerettslige forpliktelser til trygdekoordinering).

Norske rettsavgjørelser

Rt. 2000 s. 1811 P.

HR-2021-1453-S.

TRR-2014-2387.

TRR-2019-1374.

Uttalelser fra organer og institusjoner

ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning criteria for access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004, Directive 2011/24 and Article 36 EEA*, 3. februar 2016, Brussel. Dokumentnummer: 772442.

ESA, *EFTA Surveillance Authority Decision*, 18. desember 2019. Dokumentnummer: 1095594.

ESA, *Supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States from Norway – breach of Regulation 883/2004 and Article 36 EEA*, 18. mai 2022, Brussel. Dokumentnummer: 1256687.

Helse- og omsorgsdepartementet, «Response to supplementary letter of formal notice to Norway concerning access to in-patient treatment in other EEA States», 8. juli 2022.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 28. april 1998, *Kohll C-158/96*.

Dom av 28. april 1998, *Decker C-120/95*.

Dom av 12. juli 2001, *Vanbraekel C-368/98*.

Dom av 12. juli 2001, *Smits and Peerbooms C-157/99*.

Dom av 20. november 2001, *Jany C-268/99*.

Dom av 13. mai 2003, *Müller-Fauré og Van Riet C-385/99*.

Dom av 23. oktober 2003, *Inizan C-56/01*.

Dom av 18. mars 2004, *Leichtle C-8/02*.

Dom av 29. april 2004, *Björnekulla C-371/02*.

Dom av 16. mai 2006, *Watts C-372/04*.

Dom av 15. juni 2006, *Herrera C-466/04*.

Dom av 19. april 2007, *Stamatelaki* C-444/05.

Dom av 18. desember 2007, *Jundt* C-281/06.

Dom av 19. april 2016, *Ajos* C-441/14.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Rådgivende uttalelse av 19. desember 2008, *Rindal og Slinning* de forente saker E-11/07 og E-1/08.

Forordninger og direktiver

Rådets forordning (EF) nr. 859/2003 af 14. maj 2003 om utvidelse af bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72 til at omfatte tredjelandsstatsborgere, der ikke allerede er dekket af disse bestemmelser udelukkende på grund af deres nationalitet

Europaparlamentets- og Rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger.

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeordninger.

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1231/2010 af 24. november 2010 om utvidelse af forordning (EF) nr. 883/2004 og forordning (EF) nr. 987/2009 til at omfatte tredjelandsstatsborgere, der ikke allerede er omfattet af disse forordninger udelukkende på grund af deres nationalitet.

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/24/EU av 9. mars 2011 om anvendelse av pasientrettigheter ved helsetjenester over landegrensene.

Litteratur

Bernard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 7. utgave, Oxford university press 2022.

Bernard, Catherine, og Okeoghene Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2009.

Lunde, Andreas, *Prinsippet om EØS-konform tolkning og implikasjoner for norsk rettskildelære*, masteroppgave UiO 2022.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2019.

Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2018.

Perny Marie Stokka Eriksson, Norsk lovkommentar til folketrygdloven § 5-24, note nr. 388, sist revidert 28. april 2022, (lest 3. oktober 2022).

Artikler

Camilla Ondrckova, «Kjell brukte sparepengene sine på kreftbehandling i utlandet», Drammen Tiende, 3. august 2015, <https://www.dt.no/nyhet/lier/kjell-brukte-sparepengene-sine-pa-kreftbehandling-i-utlandet/s/5-57-145653>, (lest 7. desember 2022).

HELFO, «Refusjon av utgifter til spesialisthelsetjenester i andre EU/EØS-land», 16. mars 2021, <https://www.helfo.no/regelverk-og-takster/refusjon-av-utgifter-til-spesialisthelsetjenester-i-andre-eu-eos-land/refusjon-av-utgifter-til-spesialisthelsetjenester-i-andre-eu-eos-land>, (lest 7. desember 2022).

Helsedirektoratet, «Takster for tannbehandling» [nettdokument].

Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 1. mars 2022), <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/kapittel-5-stonad-ved-helsetjenester/takster-for-tannbehandling->, (lest 3. november 2022).

