



DOMSTOLENS DOM

19. desember 2008*

(Trygd – fri bevegelighet for tjenester – nasjonale helseforsikringsystemer – sykehusbehandlingskostnader pådratt i en annen EØS-stat – eksperimentell og utprøvende behandling)

I forente saker E-11/07 og E-1/08,

ANMODNINGER til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett og Oslo tingrett i saker som står for disse mellom

Olga Rindal (Sak E-11/07),

Therese Slinning v/hjelpeverge Olav Slinning (Sak E-1/08)

og

Staten v/Dispensasjons- og klagenemnda for behandling i utlandet

vedrørende tolkningen av reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS, særlig tolkningen av EØS-avtalen artikkel 36 og 37, og av artikkel 22 i rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet, som tilpasset EØS-avtalen ved avtalens protokoll 1, avsier

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: norsk.

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Thorgeir Örlygsson og Henrik Bull, dommere,

justissekretær: Skúli Magnússon,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innleggene fremmet av:

- Therese Slinning, saksøker i sak E-1/08, representert ved Jan Gunnar Ness og Katrine Hellum Øren, advokater, Oslo,
- Staten, representert ved Ketil Bøe Moen, advokat, Regjeringsadvokaten,
- Danmarks regjering, representert ved Jonas Bering Liisberg, Head of Department, og Bolette Weis Fogh, Deputy Head of Department, Ministry of Foreign Affairs,
- Islands regjering, representert ved Sesselja Sigurðardóttir, First Secretary and Legal Officer, Ministry for Foreign Affairs,
- Nederlands regjering, representert ved Corinna Wissels, Head of the European Law Division, og Caroline ten Dam, European Law Division, Legal Affairs Department, Ministry of Foreign Affairs,
- Polens regjering, representert ved Mikolaj Dowgielewicz, Secretary of State, Secretary of the Committee for European Integration,
- Det forente kongerikes regjering, representert ved Zoë Bryanston-Cross, European Litigation, Treasury Solicitors, og Jason Coppel, Barrister,
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Ólafur Jóhannes Einarsson, Senior Officer, og Lorna Young, Officer, Department of Legal & Executive Affairs, og
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Viktor Kreuzschitz, Legal Adviser, og Nicola Yerrell, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra den ankende part i sak E-11/07, representert ved Ola J. Strømsmoen, advokat, ankemotparten i sak E-11/07 og saksøkte i sak

E-1/08 (dvs. staten) representert ved Ketil Bøe Moen, Danmarks regjering representert ved Bolette Weis Fogh, Islands regjering representert ved Sesselja Sigurðardóttir, EFTAs overvåkningsorgan representert ved Ólafur Jóhannes Einarsson, og Kommisjonen for De europeiske fellesskap representert ved Nicola Yerrell, i rettsmøte den 17. september 2008,

slik

Dom

- 1 Ved brev av 14. desember 2007, mottatt og registrert ved EFTA-domstolen 19. desember 2007 som sak E-11/07, har Borgarting lagmannsrett anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak som står for lagmannsretten, mellom Olga Rindal og staten v/ Dispensasjons- og klagenemnda for behandling i utlandet.
- 2 Ved brev av 16. januar 2008, mottatt og registrert ved EFTA-domstolen 21. januar 2008 som sak E-1/08, har Oslo tingrett anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak som står for tingretten, mellom Therese Slinning og staten v/ Dispensasjons- og klagenemnda for behandling i utlandet. Fra og med 9. april ble nemndas navn endret til "Klagenemnda for behandling i utlandet". Nemnda vil heretter omtales som "Klagenemnda".
- 3 Ved beslutning av 18. februar 2008 vedtok EFTA-domstolen i samsvar med artikkel 39 i rettergangsordningen og etter å ha mottatt innlegg fra partene å forene de to sakene med hensyn til den muntlige og skriftlige saksbehandlingen.
- 4 Den ankende part i sak E-11/07 og saksøkeren i sak E-1/08 krever begge refusjon fra staten (ankemotpart i sak E-11/07 og saksøkt i sak E-1/08, heretter "saksøkte") av utgiftene til medisinsk behandling i en annen EØS-stat.

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 5 Artikkel 36 nr. 1 i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter "EØS-avtalen") lyder som følger:

1. 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.

6 Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet (heretter "forordning 1408/71") er omhandlet i nr. 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen. Forordningen er tilpasset EØS-avtalen ved avtalens protokoll 1 og tilpasningene i vedlegg VI.

7 Forordning 1408/71 artikkel 22 nr. 1 lyder som følger:

1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som oppfyller vilkårene for rett til ytelser etter den kompetente stats lovgivning, etter at det eventuelt er tatt hensyn til bestemmelsene i artikkel 18 og:

a) ...

b) ...

c) som får tillatelse av den kompetente institusjon til å reise til en annen medlemsstats territorium for der å motta hensiktsmessig behandling for sin tilstand,

skal ha rett til:

i) naturalytelser gitt av institusjonen på oppholds- eller bostedet for den kompetente institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender, som om vedkommende var trygdet der; tidsrommet det skal gis ytelser for, skal imidlertid reguleres av den kompetente stats lovgivning,

ii) kontantytelser gitt av den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på oppholds- eller bostedet kan likevel ytelsene gis av sistnevnte institusjon for førstnevnte institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.

8 Forordning 1408/71 artikkel 22 nr. 2 annet ledd lyder som følger:

Tillatelsen som kreves i henhold til nr. 1 bokstav c), kan ikke nektes når den aktuelle behandling er oppført blant de ytelser som er fastsatt i lovgivningen i den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt og dersom det, etter at det er tatt hensyn til vedkommendes aktuelle helsetilstand og sykdommens mulige utvikling, ikke kan gis behandling innen den frist som vanligvis gjelder for å oppnå den aktuelle behandling i bostedsstaten.

Nasjonal rett

9 I Norge er vilkårene for dekning av utgiftene til medisinsk behandling i utlandet regulert av lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

§ 2–1 og av forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om dispensasjons- og klagenemnd, som endret ved forskrift 7. juli 2004 nr. 1121 (heretter ”prioriteringsforskriften”). I 2004 ble det foretatt visse endringer i pasientrettighetsloven og i prioriteringsforskriften. Disse endringene gjelder bare i forhold til faktum i sak E-1/08, men ifølge Borgarting lagmannsrett og sakens parter er de relevante bestemmelsene i sak E-11/07 identiske i sitt innhold. Av den grunn er bare de endrede bestemmelsene som gjelder for sak E-1/08, gjengitt.

- 10 Pasientrettighetsloven § 2–1 annet, fjerde og femte ledd lyder som følger:

§ 2–1 Rett til nødvendig helsehjelp

...

Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Retten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt. Spesialisthelsetjenesten skal fastsette en frist for når faglig forsvarlighet krever at en pasient som har en slik rettighet, senest skal få nødvendig helsehjelp.

...

Dersom det regionale helseforetaket ikke har sørget for at en pasient som har en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, får den nødvendige helsehjelpen innen det tidspunktet som er fastsatt i medhold av annet ledd, har pasienten rett til å motta nødvendig helsehjelp uten opphold, om nødvendig fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket.

Dersom det regionale helseforetaket ikke kan yte helsehjelp til en pasient som har rett til nødvendig helsehjelp, fordi det ikke finnes et adekvat tilbud i riket, har pasienten rett til nødvendig helsehjelp fra tjenesteyter utenfor riket innen den frist som er fastsatt etter annet ledd.

...

- 11 Vilkåret om forventet nytte, jf. § 2-1 annet ledd i nevnte lov, er presisert i prioriteringsforskriften § 2 tredje ledd:

Med forventet nytte av helsehjelpen menes at det foreligger god dokumentasjon for at aktiv medisinsk behandling kan bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten behandling eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av behandlingen.

- 12 Ifølge forarbeidene skal dette forstås slik at retten til nødvendig helsehjelp ikke omfatter eksperimentell eller utprøvende behandling.

- 13 Ifølge statens svar på skriftlige spørsmål stilt av EFTA-domstolen kan imidlertid spesialhelsetjenesten også tilby eksperimentell og utprøvende behandling til pasienter, forutsatt at behandlingen overholder forsvarlighetskravet. I dette ligger det at behandlingen må anses som forsvarlig etter en vurdering som omfatter faktorer som medisinsk erfaring, spesialistens eget kompetansenivå i forhold til den aktuelle behandlingen, pasientens helsetilstand, tilgangen til alternative behandlingsmuligheter samt risikonivået knyttet til behandlingen.

II Faktum og saksgang

Rindal-saken (sak E-11/07)

- 14 Den ankende part i sak E-11/07, Olga Rindal, fikk diagnosen kronisk nakkeslengsyndrom etter å ha vært utsatt for en bilulykke i 1987. Fra 1989 begynte hun også å være plaget av store ryggsmertesmerter. Fra 1. april 1999 har hun vært 100 % uføretrygdet. På tross av ulike behandlingstiltak, inkludert en ryggoperasjon i mai 1999, har ryggsmertene ikke blitt borte. Den avsluttende spesialistvurderingen i 2000 konkluderte med at ytterligere kirurgisk behandling ikke var indisert, gitt den høye risiko ved en teoretisk mulig operasjon for denne pasienten. Rindal fikk derfor ikke tilbud om ytterligere operasjoner. I stedet fikk hun fortsatt behandling som hun tidligere hadde fått, uten at det hadde gitt tilfredsstillende resultat over tid.
- 15 I mars 2001 ble Rindal henvist av sin behandlende lege til Dr. Montazems private klinikk i Tyskland, hvor hun fikk kirurgisk behandling i juli og september 2001. Operasjonene bestod i at nakken ble stivet helt av, og at nedre del av ryggen ble avstivet, ved hjelp av titanplater. Rindal mener at begge operasjoner har forbedret hennes helsetilstand.
- 16 Den 28. august 2002 stadfestet Klagenemnda et vedtak truffet av Rikstrygdeverket om å avslå hennes søknad om dekning av utgiftene ved operasjonene, til sammen NOK 316 814. Det ble lagt avgjørende vekt på at det fantes kompetanse til å undersøke og behandle denne type nakke- og ryggskader i Norge, og vilkårene for dekning av behandling i utlandet ble derfor ikke ansett for å være oppfylt.
- 17 Rindal anla sak for Oslo tingrett og hevdet bl.a. at vedtaket var i strid med EØS-retten. Tingretten ga staten medhold i dom av 17. februar 2006. Tingretten var enig i Klagenemndas vedtak og uttalte bl.a. at selv om avstivning av nakken var en type operasjon som også ble utført i nokså stort omfang i Norge, ble den ikke utført på de indikasjoner som Rindal hadde. Oslo tingrett avviste også Rindals anførsel om at vedtaket var i strid med EØS-retten. Med hensyn til nakkeoperasjonen fremholdt tingretten særlig at det forelå svak dokumentasjon og at metoden ikke kunne anses for å være sedvanlig i internasjonale legekretser anvendt på Rindals indikasjoner. Når det gjaldt ryggoperasjonen, kom Oslo

tingrett til at Rindal ikke hadde krav på en ny operasjon i Norge på det aktuelle tidspunkt, og at det dermed heller ikke forelå rett til dekning av utgiftene ved operasjonen i utlandet.

- 18 Rindal anket denne dommen til Borgarting lagmannsrett. Borgarting lagmannsrett besluttet 19. februar 2007 å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Ved brev av 14. desember 2007 stilte lagmannsretten følgende spørsmål:

1. Er det forenlig med EØS-avtalen art. 36 og 37 og Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 art. 22 å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten?

2. Har det betydning for svaret på spørsmål nr. 1 om behandlingsmetoden som sådan er internasjonalt anerkjent og dokumentert, men der dette kun gjelder ved andre medisinske indikasjoner enn dem som den aktuelle pasienten har?

3. Er det forenlig med EØS-avtalen art. 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode?

Har det betydning for svaret på spørsmål nr. 3 om avslag kan gis selv om behandlingstilbudet i utlandet anses som mulig mer avansert enn behandlingstilbudet i hjemstaten?

4. Har det betydning for svarene på spørsmålene over om

a) hjemstaten rent faktisk ikke tilbyr den aktuelle behandlingen mottatt i utlandet?

b) den aktuelle pasienten rent faktisk ikke har blitt tilbudt den aktuelle behandlingen i hjemstaten selv om tilbudet finnes der?

c) pasienten har blitt vurdert i hjemstaten, men ikke gitt tilbud om videre operativ behandling fordi pasienten ikke anses å ha dokumentert nytte av behandlingen?

d) behandlingen gitt i utlandet faktisk medførte bedring av den aktuelle pasientens helsetilstand?

Slinning-saken (sak E-1/08)

- 19 Saksøker i sak E-1/08, Therese Slinning, fikk en alvorlig hjerneskade i en trafikkulykke i mars 2002. Det ble først antatt at hun ikke ville overleve, og det ble derfor i første omgang ikke ansett som hensiktsmessig å tilby henne rehabilitering på et spesialisert sykehus.
- 20 Fra september 2002 til mai 2004 bodde Slinning for det meste på et sykehjem hovedsakelig innrettet mot eldre. I oktober 2003 oppholdt hun seg i fire uker som pasient ved Sunnaas sykehus, som er Norges største spesialiserte sykehus for rehabilitering og fysikalsk medisin. Dette oppholdet hadde primært som formål å vurdere Slinnings videre behandlingsopplegg. I mai 2004 flyttet hun til Stigenga bo- og rehabiliteringssenter. Partene i saken for den nasjonale domstol har ulikt syn på innholdet i og omfanget av den behandling Slinning har fått i Norge, særlig på hvorvidt hun har fått et tilstrekkelig rehabiliteringstilbud.
- 21 Fra 15. mars 2005 til 9. mai 2005 gjennomgikk Slinning et behandlingsopplegg ved Hammel Neurocenter i Danmark, som hun betalte DKK 390 000 for. På behandlingstidspunktet ble rehabiliteringsopplegget ved Hammel ikke tilbudt i Norge. Ifølge det skriftlige innlegg fra Danmarks regjering har alle pasienter rett til å bli henvist til denne rehabiliteringstjenesten dersom de oppfyller vilkårene med hensyn til indikasjon. I løpet av 2006–2007 ble flere elementer av det danske behandlingsopplegget søkt etablert i Norge som utprøvede behandling.
- 22 Slinnings søknad om dekning av utgifter ved Hammel Neurocenter fra desember 2004 ble avslått av Kontoret for sykehusbehandling ved Ullevål universitetssykehus ved vedtak av 15. mars 2005. Etter klage ble vedtaket stadfestet av Klagenemnda 28. september 2005. Klagenemndas vedtak har dobbelt grunnlag. For det første uttalte nemnda at det fantes et adekvat behandlingstilbud i Norge selv om den anså behandlingen som ble tilbudt ved Hammel Neurocenter for å være mer omfattende og intens enn behandlingstilbudet ved Sunnaas sykehus. Nemnda la til grunn at behandlingstilbudet i Norge som hovedregel skal benyttes selv om det kan være utviklet et mulig mer avansert behandlingstilbud i utlandet. For det annet fant Klagenemnda at behandlingen ved Hammel var eksperimentell/utprøvede, og at den ikke kunne sies å være vitenskapelig dokumentert. Etter Klagenemndas syn omfattet retten til behandling i utlandet ikke eksperimentell/utprøvede behandling.
- 23 Slinning gikk til sak mot staten representert ved Klagenemnda. Den 30. april 2007 besluttet Oslo tingrett å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Ved brev av 16. januar 2008 stilte tingretten følgende spørsmål:

1. Er det forenlig med EØS-avtalen art. 36 og 37 og Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 art. 22 å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet

som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten?

2. Har det betydning for svaret på spørsmål nr. 1 om den aktuelle behandlingsformen må anses å være implementert i hjemstaten eller vurderes implementert i hjemstaten for fremtiden?

3. Er det forenlig med EØS-avtalen art. 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode?

Har det betydning for svaret på dette spørsmålet at

a) avslag kan gis selv om behandlingstilbudet i utlandet anses som mulig mer avansert enn behandlingstilbudet i hjemstaten?

b) pasienten, dersom vedkommende velger å motta behandling i utlandet fremfor et adekvat tilbud i hjemstaten, ikke får dekket kostnadene til behandling i utlandet i samme utstrekning som det behandlingen i hjemstaten ville ha kostet?

4. Har det betydning for svarene på spørsmålene over om

a) den aktuelle pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist rent faktisk ikke har mottatt et tilbud i hjemstaten som kan anses som adekvat behandling?

b) behandlingen gitt i utlandet faktisk medførte bedring av den aktuelle pasientens helsetilstand?

III Rettens bemerkninger

Første og andre spørsmål: vilkåret om at behandlingen ikke må anses som eksperimentell eller utprøvende behandling

- 24 Det første spørsmålet går ut på om det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 og forordning 1408/71 artikkel 22 å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende behandling, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten.
- 25 Videre spør den foreleggende domstol i sak E-11/07 med sitt andre spørsmål om det har betydning for svaret på første spørsmål at behandlingsmetoden som sådan

er internasjonalt anerkjent og dokumentert, men der dette kun gjelder ved andre medisinske indikasjoner enn dem som den aktuelle pasienten har.

- 26 Den foreleggende domstol i sak E-1/08 spør med sitt andre spørsmål om det har betydning for svaret på første spørsmål om den aktuelle behandlingsformen må anses å være implementert i hjemstaten eller vurderes implementert i hjemstaten for fremtiden.
- 27 EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å behandle disse spørsmålene samlet og vil bruke betegnelsen ”anerkjent behandling” på behandling som er internasjonalt anerkjent og dokumentert.

Argumenter fremmet for EFTA-domstolen

- 28 Rindal anfører at det er i strid med EØS-retten å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende behandling, så lenge hjemstaten tilbyr den samme behandlingen med dekning av kostnadene i samsvar med hjemstatens vanlige vilkår for medisinsk behandling. Hun anfører at det ikke er av betydning om pasienten har rett til en spesifikk behandling etter nasjonal rett eller om det er opp til helsemyndighetenes skjønn hvilken behandling som skal tilbys. Rindal anfører videre at den behandlingen hun mottok ikke kan anses som eksperimentell, og at den ble gjennomført i Norge ved flere anledninger fra 2001 til 2005 på nakkeslengskadepasienter.
- 29 Slinning anfører at kravet i norsk rett om at helsehjelpen utføres etter akseptert metode må tolkes slik at det innebærer at metoden må være anerkjent i internasjonal legevitenskap. Slinning påpeker at behandlingen hun fikk ved Hammel dekkes av trygdesystemet i Danmark. Hun hevder at den er innført i Norge, at norske praktiserende leger anerkjenner og støtter den og at forskjellene mellom metodene som brukes ved Sunnaas sykehus, og metodene som brukes ved Hammel, er av kvantitativ snarere enn kvalitativ art. Det er hevdet at et avslag basert på argumentet om at behandlingen gitt i Danmark var eksperimentell, innebærer en favorisering av innenlandske helseforetak når samme behandling faktisk gis i hjemstaten.
- 30 Saksøkte hevder at selv om eksperimentell eller utprøvende behandling kan bli tilbudt i visse tilfeller, finnes det ingen rett til slik behandling i hjemstaten. Etter saksøktes syn følger det av dette at et avslag på dekning av behandlingen i utlandet ikke innebærer noen restriksjon på friheten til å yte tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36. Det er anført at utelukkelsen av eksperimentell og utprøvende behandling fra definisjonen av nødvendig helsehjelp bygger på ikke-diskriminerende og objektive kriterier som er kjent på forhånd, og at det finnes prosedyrer for forvaltningsklage og domstolskontroll som sikrer rettssikkerheten.

Det minnes om at vurderingen av om en behandling er tilstrekkelig utprøvd og anerkjent foretas på bakgrunn av internasjonal medisin, slik EF-domstolen krevde i sak C-157/99 *Smits og Peerbooms*, Sml. 2001 s. I-5473, heretter ”*Smits og Peerbooms*”. Saksøkte anfører at anerkjennelse i internasjonal medisin ikke alene innebærer noen rett til behandling i henhold til norsk lovgivning, og at det heller ikke er tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene i *Smits og Peerbooms*.

- 31 Når det gjelder andre spørsmål i sak E-11/07 anfører saksøkte at det ikke er behandlingen som sådan som må vurderes for å avgjøre om en behandlingsmetode er internasjonalt anerkjent og dokumentert, men anvendelsen av denne på den relevante pasientkategori.
- 32 Angående andre spørsmål i sak E-1/08 mener saksøkte at det ikke betyr noe om en behandling er innført i hjemstaten, eller vurderes innført, så lenge den fortsatt utgjør eksperimentell eller utprøvende behandling. Det å utlede en plikt til å dekke eksperimentell og utprøvende behandling i utlandet fra den omstendighet at behandlingen tilbys i hjemstaten når det finnes tilgjengelige ressurser og for eksempel et behov for forskning og utvikling på området, ville medføre en risiko for å måtte dekke kostnader for behandling som til syvende og sist aldri blir anerkjent i internasjonal medisin. Det vil i sin tur medføre en risiko for at nødvendig forskning og utprøving aldri blir igangsatt på grunn av etisk og økonomisk bekymring for at staten måtte dekke tilsvarende ikke-ankjent behandling i alle EØS-stater.
- 33 Danmarks regjering anfører at det er opp til EØS-statene å avgjøre hvilke helsetjenester de vil tilby sine borgere, at EØS-retten ikke kan kreve at en EØS-stat utvider listen over de helsetjenester den tilbyr, og følgelig at det faktisk at en medisinsk behandling er dekket av andre lands systemer er irrelevant. Den omstendighet at en stat tilbyr en eksperimentell eller utprøvende behandling, medfører ikke i seg selv at den faktisk er dekket av hjemstatens forsikringsordning og at alle borgere med tilsvarende behov har krav på slik behandling, ettersom behandlingen gjerne bare iverksettes overfor et begrenset antall pasienter og kan bli stanset når som helst, av medisinske, budsjettmessige eller andre grunner.
- 34 Islands regjering anfører at det er forenlig med EØS-retten å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet som i henhold til internasjonal legevitenskap må anses som eksperimentell eller utprøvende behandling, når det ikke er noen rett til slik behandling i hjemstaten. Skulle det imidlertid finnes en rett til eksperimentell behandling i hjemstaten, slik at man kunne få kostnadene til behandlingen delvis dekket av staten, vil det ikke kunne rettferdiggjøres å avslå en søknad om dekning av kostnadene på det grunnlag alene.

- 35 Nederlands regjering understreker at det er opp til den enkelte EØS-stat å fastsette vilkårene for rett til ytelser. Det avgjørende poeng er at listen over ytelser må settes opp i henhold til objektive, ikke-diskriminerende og etterprøvbare kriterier. Vilåret om at behandlingen skal være tilstrekkelig utprøvd og anerkjent i internasjonal legevitenskap tilfredsstillende disse kravene.
- 36 Polens regjering hevder at det ikke kan utledes av EØS-retten noen plikt for en EØS-stat til å utvide katalogen over helsetjenester dekket av medlemsstatens offentlige sykeforsikringssystem, og at det er uten betydning hvorvidt en viss tjeneste er finansiert med offentlige midler i en annen EØS-stat. Det påpekes at EF-domstolen konsekvent har anerkjent dette prinsippet og viktigheten av å fremme sykeforsikringssystemers økonomiske likevekt, så lenge listen over tjenester som faller utenfor, er basert på nøytrale kriterier, dvs. uten å gjøre forskjell ut fra tjenestenes opprinnelse.
- 37 Det forente kongerikets regjering anfører at en generell utelukkelse av utprøvende og eksperimentell behandling fra kostnadsdekning ikke utgjør en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 36 eller 37, ettersom denne utelukkelsen er ikke-diskriminerende og gjelder behandling i utlandet på samme måte som behandling i hjemlandet. Selv om man skulle betrakte dette som en restriksjon, kan den rettferdiggjøres i slike målsetninger som å unngå faren for å undergrave trygdesystemets økonomiske likevekt, sørge for et balansert helse- og sykehustilbud og opprettholde behandlingsskapitet og medisinsk kompetanse på det nasjonale territorium.
- 38 EFTAs overvåkningsorgan (ESA) anfører at det står en EØS-stat fritt å nekte å dekke eksperimentell behandling som del av sitt trygdesystem, og at EØS-retten ikke krever at staten refunderer kostnadene til slik behandling utelukkende fordi den er mottatt i utlandet. Ved avgjørelsen av om en spesifikk eksperimentell behandling skal dekkes, må EØS-staten imidlertid overholde kravene til objektivitet og inkludere internasjonal legevitenskap i vurderingen.
- 39 Kommisjonen anfører at det i prinsippet ikke er uforenlig med EØS-retten for en EØS-stat å utelukke visse produkter eller typer av helse- eller sykehustjenester fra refusjon under sitt trygdesystem, så lenge kriteriene som brukes for å avgjøre hvilke behandlinger som dekkes av det nasjonale system, er objektive, ikke-diskriminerende og kjent på forhånd, slik at man unngår en vilkårlig skjønnsutøvelse. Det tilføyes at for å sikre overensstemmelse med EØS-retten, må eksperimentell behandling ikke forstås slik at behandlinger som er tilstrekkelig utprøvd og anerkjent av internasjonal legevitenskap, er omfattet.

Rettenns bemerkninger

- 40 Første og annet spørsmål fra de foreleggende domstoler er begge basert på to forutsetninger. Den første forutsetningen er at de aktuelle behandlingene etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende. Denne forutsetningen er bestridt mellom partene. Den andre forutsetningen er at det etter norsk rett ikke foreligger noen rett til eksperimentell eller utprøvende behandling. I så henseende har EFTA-domstolen merket seg at pasientrettighetsloven § 2–1 og prioriteringsforskriften § 2 gir pasienter innenfor det norske trygdesystemet rett til ”nødvendig helsehjelp” gitt at pasienten kan ha forventet nytte av behandlingen. Det er ubestridt at denne retten, slik den vanligvis forstås, ikke innebærer en rett til behandling som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende.
- 41 Første spørsmål viser både til EØS-avtalen artikkel 36 og 37 og til forordning 1408/71 artikkel 22. Det er imidlertid uklart om det ble søkt om tillatelse i henhold til forordningens artikkel 22, og under enhver omstendighet later det til at slik tillatelse hverken var gitt eller nektet før henholdsvis den ankende part og saksøker dro til en annen EØS-stat for å motta den aktuelle behandlingen. På denne bakgrunn finner domstolen det hensiktsmessig å vurdere den problemstillingen som er reist i første spørsmål, bare i forhold til EØS-avtalen artikkel 36 og 37. Domstolen bemerker likevel at ettersom forordningen innebærer samordning snarere enn harmonisering av trygdesystemene, vil artikkel 22 tillate en EØS-stat å nekte forhåndstillatelse til å motta behandling utenlands som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, i tilfeller der EØS-avtalen artikkel 36, i henhold til EFTA-domstolens bemerkninger nedenfor, vil tillate en stat å avslå dekning av utgiftene til slik behandling.
- 42 Medisinske tjenester som ytes mot betaling, faller inn under anvendelsesområdet for bestemmelsene om friheten til å yte tjenester, jf. bl.a. sak C-374/04 *Watts*, Sml. 2006 s. I-4325, heretter ”*Watts*”, avsnitt 86–87. Dette gjelder også for eksperimentell og utprøvende behandling. Følgelig må det vurderes om en rett til dekning kan følge av EØS-avtalen artikkel 36 og 37.
- 43 EØS-retten begrenser ikke EØS-statenes kompetanse til å organisere sine trygdesystemer. I mangel av harmonisering på EØS-nivå tilkommer det hver EØS-stats lovgiver å fastsette vilkårene for trygdeytelser. Når de utøver denne kompetansen, må imidlertid EØS-statene overholde EØS-retten, særlig bestemmelsene om friheten til å yte tjenester. Disse bestemmelsene forbyr avtalepartene å innføre eller opprettholde restriksjoner som ikke kan rettfærdiggjøres, på utøvelsen av denne friheten innen helsesektoren, sml. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 44 til 46, og *Watts*, avsnitt 92.

- 44 EØS-avtalen Artikkel 36 forbyr anvendelsen av enhver nasjonal regel som har til virkning å gjøre tjenesteytelse mellom EØS-statene vanskeligere enn tjenesteytelse utelukkende innen en EØS-stat, jf. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 61, og *Watts*, avsnitt 94. Dette gjelder ikke bare regler som regulerer retten til å søke behandling i utlandet som sådan, men også regler om refusjon fra nasjonale trygdevesen av kostnader ved behandling gitt i utlandet, se i så henseende *Smits og Peerbooms*, avsnitt 60–69.
- 45 Det er ikke klart fra saksdokumentene i hvilken grad de norske reglene om retten til refusjon av kostnader ved behandling i utlandet fungerer som et system med forhåndstillatelse. Et slik system vil innebære en tilleggsbyrde sammenlignet med fremgangsmåten for å få behandling ved norske institusjoner. Under rettsmøtet hevdet saksøkte at forhåndstillatelse bare kreves når det finnes en anerkjent behandling for pasienten i Norge, men den ikke kan tilbys pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist. Pasienter som det ikke finnes anerkjent behandling for i Norge, kan dra rett til et sykehus etter eget valg i utlandet, uten at det er formelt nødvendig å få fastslått mangelen på behandlingstilbud på forhånd, og så i ettertid inngi søknad om refusjon av behandlingstkostnadene.
- 46 Det tilkommer de nasjonale domstoler å ta stilling til om det norske systemet fungerer på den måten som er blitt beskrevet, og om de aktuelle sakene gjelder situasjoner der det ikke fantes noen anerkjent behandling for pasientene i Norge. Hvis dette finnes å være tilfellet, kan EFTA-domstolen ikke se at det følger noen ekstra byrde av at behandlingen fant sted i utlandet. I en slik situasjon kan EFTA-domstolen ikke se noen restriksjon på tjenestenes frie bevegelighet når pasienter nektes refusjon av kostnadene ved behandling i utlandet i henhold til regler som blir anvendt på samme måte på behandling i Norge og som utelukker eksperimentell eller utprøvende behandling fra dekning.
- 47 I denne sammenhengen bemerker imidlertid domstolen at det under behandlingen av sakene er blitt fastslått at den norske spesialisthelsetjenesten også kan tilby eksperimentelle eller utprøvende behandlinger i form av forskningsprosjekter eller fra sak til sak i unntakstilfeller. Ethvert system som gjør det vanskeligere å få refusjon av kostnadene ved slik behandling i utlandet enn å få behandlingen gratis fra innenlandske sykehus som er del av trygdesystemet, utgjøre en restriksjon på tjenestenes frie bevegelighet. Imidlertid bemerker domstolen at det ikke i seg selv ligger noen restriksjon i at retningslinjer for når slik behandling kan gis er basert på faglige forsvarlighetsstandarder, jf. avsnitt 13 ovenfor.
- 48 For å sikre at reglene og standardene nevnt i avsnitt 46 og 47 ovenfor virkelig anvendes på en måte som ikke diskriminerer tilbydere av helsetjenester etablert i andre EØS-stater, må reglene og standardene være basert på objektive, ikke-diskriminerende kriterier, sml. sak 238/82 *Duphar*, Sml. 1984 s. 523, avsnitt 20–

21. Videre må kriteriene være kjent på forhånd, slik at de legger en ramme for nasjonale myndigheters skjønnsutøvelse som gjør at skjønnnet ikke utøves vilkårlig. Et slik administrativt opplegg må likeledes være basert på et saksbehandlings-system som sikrer at søknader om tillatelse blir behandlet objektivt og upartisk innen rimelig tid. Videre må avslag på tillatelse kunne gjøres til gjenstand for rettslig overprøving, sml. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 90, og *Watts*, avsnitt 115–116.
- 49 Det må tas i betraktning at eksperimentell og utprøvende behandling etter sin natur rører ved grensene for eksisterende kunnskap. Til oppfyllelse av kravet om at kriteriene må være kjent på forhånd må det følgelig anses tilstrekkelig at retningslinjer for når slik behandling kan gis er basert på faglige forsvarlighets-standarder.
- 50 I *Smits og Peerbooms* måtte EF-domstolen ta stilling til et vilkår om at den foreslåtte behandlingen måtte anses som sedvanlig innen den aktuelle profesjon. EF-domstolen uttalte at bare en tolkning som tar utgangspunkt i det som er tilstrekkelig utprøvd og anerkjent i internasjonal legevitenskap, kan anses å oppfylle kravene til at vedtaket må være objektivt og uavhengig av etablerings-stedet til dem som tilbyr behandlingen, se *Smits og Peerbooms*, avsnitt 94–97. Av samme grunn må også faglige forsvarlighetsstandarder anvendt på eksperimentell og utprøvende behandling ta utgangspunkt i internasjonal legevitenskap.
- 51 EF-domstolen uttalte videre i *Smits og Peerbooms*, avsnitt 98, at der en medlems-stat bestemmer at medisinsk behandling eller sykehusbehandling må være tilstrekkelig utprøvd og anerkjent før kostnadene ved behandlingen dekkes av trygdesystemet, må de nasjonale myndigheter som i forbindelse med tillatelsen skal avgjøre om en sykehusbehandling i en annen medlemsstat oppfyller dette kriteriet, ta i betraktning all relevant informasjon som foreligger i saken, herunder særlig faglitteratur og vitenskapelige undersøkelser, spesialisters autoriserte uttalelser og hvorvidt den foreslåtte behandlingen er, eller ikke er, dekket av trygdesystemet i den EØS-stat der behandlingen gis. Men i motsetning til hva som har vært anført av saksøker i sak E-1/08, innebærer den omstendighet at behandlingen er dekket av sykeforsikringssystemet i den EØS-staten der behandlingen gis, eller at godkjente spesialister støtter at behandlingen gis pasienten, ikke i seg selv at nasjonale myndigheter er forhindret fra å anse behandlingen for å være eksperimentell eller utprøvende etter internasjonal medisin.
- 52 Det tilligger den nasjonale domstol å vurdere om vilkårene for å få behandling dekket av trygdesystemet, det være seg ved sykehus innenlands eller utenlands, tilfredsstillende disse kriteriene. I så fall er vilkårene som sådanne forenlige med EØS-avtalen artikkel 36 og 37.

- 53 Hvorvidt en behandling må anses som eksperimentell eller utprøvende eller ikke med hensyn til en bestemt helsetilstand, er et spørsmål om faktum som, dersom det er omstridt, må gjøres til gjenstand for bevisføring og -bedømmelse for de nasjonale domstolene. I så henseende er det uten betydning at behandlingsmetoden som sådan er internasjonalt anerkjent og dokumentert, når dette bare gjelder ved andre medisinske indikasjoner enn dem som den aktuelle pasienten har (jf. annet spørsmål i sak E-11/07).
- 54 Hvis de nasjonale domstoler kommer til at en anerkjent behandling var tilgjengelig i Norge, og at retten til refusjon av utgiftene til behandling i utlandet dermed avhenger av at det er gjennomført administrative prosedyrer som ikke ville ha kommet til anvendelse dersom pasientene hadde fått behandling i Norge, vil disse prosedyrene gjøre tjenesteytelse mellom EØS-statene vanskeligere enn tjenesteytelse bare innen en EØS-stat. Slike administrative prosedyrer vil innebære en restriksjon på tjenestenes frie bevegelighet. Slik er det selv om vilkårene for å få forhåndstillatelse er de samme som for å få behandling uten vederlag ved norske sykehus.
- 55 Målsetningen om å sikre en tilstrekkelig og varig adgang til et balansert tilbud av kvalitativt god sykehusbehandling i vedkommende stat, og ønsket om å ha kontroll med kostnadene og forhindre sløsing med økonomiske, tekniske og menneskelige ressurser, er målsetninger som kan rettferdiggjøre restriksjoner på sykehustjenester, sml. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 78–80, og sak C-385/99 *Müller-Fauré og van Riet*, Sml. 2003 s. I-4509, heretter ”*Müller-Fauré og van Riet*”, avsnitt 77–81. Formålet om å opprettholde en balansert helse- og sykehustilbud som er tilgjengelig for alle, er uløselig knyttet sammen med finansieringsmåten for trygdesystemet og kontroll med utgiftene. Følgelig utgjør også risikoen for alvorlig å undergrave trygdesystemets økonomiske likevekt et hensyn av allmenn interesse som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelighet for tjenester for så vidt som dette kan ha konsekvenser for det generelle nivået på vernet av folkehelsen.
- 56 Etersom dekning av kostnadene ved én enkelt behandling utført i en annen EØS-stat aldri kan ha betydelig innvirkning på finansieringen av trygdesystemet i hjemstaten, må man ha en generell tilnærming til konsekvensene av fri bevegelighet for helserelaterte tjenester, sml. *Müller-Fauré og van Riet*, avsnitt 71–74.
- 57 EF-domstolen kom i *Smits og Peerbooms*, avsnitt 80, og *Müller-Fauré og van Riet*, avsnitt 81 til den konklusjon at et system med forhåndstillatelse for refusjon av kostnadene ved anerkjent behandling i utlandet syntes å være en nødvendig og rimelig måte å nå målsetningene nevnt i avsnitt 55 ovenfor på.

- 58 Disse overveielserne er også relevante med hensyn til eksperimentell og utprøvende behandling som ytes som beskrevet i avsnitt 47 ovenfor, hvis de nasjonale domstoler skulle komme til at det faktisk er vanskeligere å få refusjon av kostnader ved slik behandling i utlandet enn å få behandlingen uten vederlag ved innenlandske sykehus. Det kunne ha negative følger for oppnåelsen av målsetningene nevnt ovenfor hvis det faktisk at kostnadene ved slik behandling i hjemstatens sykehus bæres som del av trygdesystemet, ville innebære at enhver pasient som ikke ble tilbudt slik behandling, kunne søke slik behandling i utlandet og få refundert kostnadene. Selv om denne særskilte eksperimentelle eller utprøvende behandlingen også ble utført i pasientens hjemstat, kunne en rett for pasienter som ikke er blitt valgt ut til å delta i eksperimentet eller den utprøvende behandlingen, til å få samme behandling i utlandet og så få refundert utgiftene, føre til tilbakeholdenhet med å yte eksperimentell og utprøvende behandling og således alvorlig undergrave medisinsk forskning.
- 59 Som en følge av dette, og i forhold til annet spørsmål i sak E-1/08, må det konstateres at det ikke kan ha betydning at behandlingsmetoden må anses å være implementert i en hjemstat som bare tilbyr den i form av forskningsprosjekter eller fra sak til sak i unntakstilfeller. Det kan heller ikke ha betydning at hjemstaten vurderer å implementere behandlingen i fremtiden.
- 60 I den utstrekning det foreligger en restriksjon på den frie bevegelse for tjenester, i form av et krav om forhåndstillatelse for refusjon av kostnader ved behandling i utlandet, er det nødvendig å vurdere om vilkårene for å få refusjon kan rettferdiggjøres, sml. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 82 og 97. Imidlertid følger det av det som er sagt i avsnitt 43 ovenfor, at EØS-retten i prinsippet ikke kan ha som virkning å kreve at en EØS-stat utvider tilbudet av helsetjenester som betales av statens trygdesystem. Også i denne sammenhengen er følgelig vilkår som tilfredsstillende kravene oppstilt i avsnitt 48–51 ovenfor forenelige med EØS-retten. Det faktisk at en viss type medisinsk behandling er dekket, eller ikke dekket, av sykeforsikringsordningene i andre EØS-stater er irrelevant i denne henseende, sml. *Smits og Peerbooms*, avsnitt 87.
- 61 På grunnlag av det ovenstående er svaret på første og annet spørsmål i sakene E-11/07 og E-1/08 at det kan være forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å nekte dekning av utgifter til behandling utenlands som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten. For det første vil dette være tilfellet dersom systemet for refusjon av kostnadene ved behandling i utlandet ikke legger større byrde på dem som mottar behandling i utlandet, enn på dem som mottar behandling i sykehus som inngår i trygdesystemet i hjemstaten. For det andre vil dette være tilfellet dersom enhver slik større byrde bare er et resultat av at nødvendige og rimelige

midler brukes for å oppnå målsetninger som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelse for sykehus tjenester.

- 62 Videre må svaret på annet spørsmål i sak E-11/07 være at det er uten betydning for svaret på første spørsmål at behandlingsmetoden som sådan er internasjonalt anerkjent og dokumentert ved andre medisinske indikasjoner enn dem som den aktuelle pasienten har.
- 63 Endelig må svaret på annet spørsmål i sak E-1/08 være at det er uten betydning for svaret på første spørsmål at behandlingsmetoden må anses å være implementert i en hjemstat som bare tilbyr den i form av forskningsprosjekter eller fra sak til sak i unntakstilfeller. Det har heller ingen betydning at hjemstaten vurderer å implementere behandlingen i fremtiden.

Tredje spørsmål: vilkåret om at behandlingen i utlandet er nødvendig (tredje spørsmål fra de foreleggende domstoler)

- 64 Det tredje spørsmålet fra de foreleggende domstolene går ut på om det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode. De nasjonale domstolene spør særlig om dekning av slike utgifter kan avslås selv om behandlingstilbudet i utlandet anses som mulig mer avansert enn behandlingstilbudet i hjemstaten (tredje spørsmål annet avsnitt i sak E-11/07; tredje spørsmål bokstav a i sak E-1/08). Med tredje spørsmål bokstav b i sak E-1/08 ønsker den foreleggende domstolen videre å få vite om det er av betydning for svaret på det tredje spørsmålet at pasienten, dersom vedkommende har valgt å motta behandling i utlandet fremfor et adekvat tilbud i hjemstaten, ikke får dekket kostnadene til behandling i utlandet i samme utstrekning som det behandlingen i hjemlandet ville ha kostet. Spørsmålet må ses på bakgrunn av at behandlingen som Slinning mottok ved Hammel, tydeligvis var mer kostbar enn det alternative behandlingstilbudet i Norge.

Argumenter fremmet for EFTA-domstolen

- 65 Slinning anfører at EØS-avtalen artikkel 36 og 37 er til hinder for en bestemmelse som innebærer at hjemstatens behandlingstilbud som hovedregel må benyttes så fremt denne, i henhold til akseptert internasjonal metode, er adekvat. Slinning hevder at saksøkte ikke har godtgjort at det finnes grunner som kan rettferdiggjøre en slik restriksjon. Det hevdes at saksøkte hverken har vist at overkapasitet i norske rehabiliteringsinstitusjoner er et problem, eller at et stort antall hodeskadepasienter ville søke behandling i utlandet og dermed bringe det offentlige helsevesen i fare. Det er føyd til at dette gjelder med desto større grunn dersom behandlingen i utlandet anses som mer avansert enn behandlingstilbudet i hjemstaten.

- 66 Rindal anfører at hjemstaten bare kan avslå dekning av behandling i utlandet dersom pasienten innen en forsvarlig frist tilbys behandling i hjemstaten som er like avansert og som gir samme virkning som behandlingen i utlandet. Rindal tilføyer at behandlingen i utlandet er mer avansert dersom den gir bedre utsikter til forbedring av pasientens helsetilstand sammenlignet med behandlingen hjemme.
- 67 Saksøkte, Polens regjering, Det forente kongerikets regjering, ESA og Kommisjonen anfører at en nasjonal regel som utelukker en rett til behandling i utlandet hvis adekvat behandling kan tilbys innen en medisinsk forsvarlig frist i hjemstaten, er forenlig med EØS-retten selv om behandlingen i utlandet er mer avansert.
- 68 Saksøkte hevder at det er opp til EØS-statene å fastsette vilkårene for rett til ytelse fra deres nasjonale trygdesystemer, uavhengig av om den aktuelle medisinske behandlingen gis i andre stater. Av dette følger det at hvis den aktuelle behandlingsformen ikke er tilgjengelig i hjemstaten, er det ingen forpliktelse til å dekke denne behandlingen i utlandet, ettersom dette ville innebære å tvinge hjemstaten til å utvide det medisinske tjenestetilbudet som dekkes av det nasjonale systemet. Denne oppfatningen deles i det vesentlige av Polens regjering og av ESA.
- 69 Saksøkte anfører videre at hvis det skulle være noen restriksjon, så vil den være rettfærdiggjort av legitime hensyn av allmenn interesse; særlig å utvikle og opprettholde et balansert helsevesen som er åpent for alle deler av befolkningen, med den nødvendige kompetanse og erfaring.
- 70 Det forente kongerikets regjering anser en presumpsjon for innenlandsk behandling, selv om behandling i utlandet er mer avansert, for å utgjøre et hinder for den frie bevegelighet for tjenester. En slik restriksjon kan imidlertid rettfærdiggjøres på grunnlag knyttet til trygdesystemets økonomiske likevekt, opprettholdelse av et balansert helse- og sykehusvesen åpent for alle og opprettholdelse av behandlingsskapasitet og medisinsk kompetanse på det nasjonale territorium.
- 71 Islands regjering hevder at en nasjonal regel som krever at pasienten skal benytte seg av tilgjengelig medisinsk kompetanse i hjemstaten, kan anses som en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester. Det hevdes imidlertid at kravet kan rettfærdiggjøres av behovet for å opprettholde og videreutvikle en balansert helsetjeneste med tilstrekkelig medisinsk kompetanse og erfaring, forutsatt at behandlingen i hjemstaten kan anses å være like virkningsfull.
- 72 Kommisjonen gir i det vesentlige uttrykk for tilsvarende oppfatninger som Den islandske regjering. Under hensyntagen til avtalepartenes legitime formål om å opprettholde en balansert nasjonal helsetjeneste anså Kommisjonen det under den

muntlige forhandlingen for ikke å være helt klart hvorvidt behandling i hjemstaten kan gis prioritet fremfor behandling i utlandet som er mer virkningsfull.

Rettens bemerkninger

- 73 De foreleggende domstolene spesifiserer ikke hvorvidt det tredje spørsmålet bygger på den forutsetning at behandlingene som ble mottatt i utlandet, må anses som anerkjente behandlinger for de aktuelle lidelsene eller ikke.
- 74 I svaret på de to første spørsmålene har EFTA-domstolen allerede tatt for seg anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 36 og 37 på en situasjon der behandlingene som er mottatt i utlandet, er eksperimentelle eller utprøvende, og der det finnes en anerkjent behandling i Norge, men denne ikke kan tilbys den aktuelle pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist, jf. avsnitt 46 og 48 flg. I forhold til det tredje spørsmålet gjenstår bare å peke på at begrunnelsen for å starte eksperimentelle eller utprøvende behandlingen gjerne er en antagelse om at behandlingen kan være mer avansert enn den anerkjente behandlingen. Muligheten for at den eksperimentelle eller utprøvende behandlingen kan være mer avansert enn den alternative, anerkjente behandlingen kan følgelig ikke endre EFTA-domstolens konklusjoner med hensyn til de to første spørsmålene.
- 75 I det følgende vil EFTA-domstolen basere svarene på den forutsetning at behandlingene det gjelder er anerkjente behandlinger. Spørsmålene fra de foreleggende domstolene gjør det nødvendig å skille mellom to situasjoner. For det første kan det være at behandlingen som er mottatt i utlandet, ikke er mer avansert enn behandlingen som tilbys i hjemstaten. I så fall synes det som om formålet med å dra utenlands må være å få behandling raskere enn hva tilfellet ville være i hjemstaten. For det andre kan det være at behandlingen i utlandet er mer avansert – eller mulig mer avansert – enn behandlingstilbudet i hjemstaten. Hvis det er tilfellet, synes formålet med å dra utenlands heller å være å motta en behandling som er mer avansert enn den behandlingen som pasienten ellers ville ha fått.
- 76 Nasjonale regler som gjør en rett for pasienter til å få dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet betinget av at den behandlingen som pasientene har krav på, ikke har blitt ytt i hjemstaten innenfor en medisinsk forsvarlig frist, er regler som etter sin natur bare får anvendelse på pasienter som ønsker å dra utenlands, og legger en ekstra byrde på disse pasientene sammenlignet med dem som mottar sin behandling i hjemstaten. Således utgjør slike regler en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester, jf. avsnitt 44 ovenfor, og må rettfærdiggjøres som nødvendige og rimelige for å nå mål som ivaretar tvingende allmenne hensyn.
- 77 I det følgende vil domstolen først ta for seg situasjonen der behandlingen mottatt i utlandet ikke er mer avansert enn behandlingen tilbudt i hjemstaten.

- 78 I en situasjon der etterspørselen etter sykehusbehandling er stadig økende, og tilbudet nødvendigvis er begrenset av budsjettmessige krav, er nasjonale myndigheter berettiget, når de finner det nødvendig, til å innføre et system med ventelister for å forvalte behandlingstilbudet og til å prioritere på grunnlag av tilgjengelige ressurser og kapasitet. Hvis pasienter i en situasjon der behandlingen er tilgjengelig i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist, kunne søke seg til behandling i utlandet for trygdesystemets regning i hjemstaten, simpelthen fordi behandlingen er tilgjengelig raskere i utlandet, kunne den resulterende pasientvandringen ha lett for å sette hjemstatens planlegnings- og rasjonaliseringstiltak i helsesektoren på spill når det gjelder å unngå problemer knyttet til overkapasitet ved sykehus, ubalanse i det medisinske pleietilbudet ved sykehus og logistisk samt økonomisk sløsing, sml. *Watts*, avsnitt 67 og 71.
- 79 I *Müller-Fauré og van Riet*, avsnitt 92, fastslo EF-domstolen at en nektelse av å gi forhåndstillatelse som ikke er basert på frykt for sløsing som følge av overkapasitet ved sykehus, men som uten at det er tatt hensyn til de konkrete omstendigheter knyttet til pasientens sykdomstilstand kun er basert på at det på nasjonalt territorium er ventelister for den aktuelle sykehusbehandlingen, ikke kan utgjøre en gyldig begrunnet restriksjon på den frie bevegelse for tjenester. Nektelse av å gi forhåndstillatelse kan altså ikke baseres utelukkende på at det er ventelister i hjemstaten, uten at det tas hensyn til de konkrete omstendigheter ved pasientens sykdomstilstand, sml. *Watts*, avsnitt 63.
- 80 Slinning har gjort gjeldende at det ikke er bevis for at overkapasitet ved norske rehabiliteringssykehus er et problem, ei heller at et stort antall hodeskadepasienter ville forsøke å få behandling i andre EØS-stater og dermed sette den offentlige helsetjenesten på spill. EFTA-domstolen bemerker imidlertid at hvis pasienter kunne få refusjon for behandling i utlandet som de i alle fall ville ha mottatt i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist satt under hensyntagen til pasientens særskilte tilstand, kunne dette sette hjemstatens planlegnings- og rasjonaliserings-tiltak i helsesektoren på spill, selv om det ikke er noen overkapasitet med hensyn til den aktuelle behandlingen. Slik er det fordi enhver planlegning nødvendigvis må baseres på visse antagelser om de ressurser og den kapasitet som samlet sett er tilgjengelig, og med hensyn til disponeringen av disse ressursene og denne kapasiteten innenfor systemet som et hele. Selv på områder der det ikke er noen overkapasitet, ville en fri rett til å få refusjon for behandling i utlandet som pasienten har søkt seg til simpelthen for å få behandling raskere enn hva hans eller hennes medisinske tilstand gjør påkrevet, ta ressurser fra andre områder, ettersom det ville være behov for å disponere midler til – innenfor en gitt periode – å betale for flere behandlinger enn medisinsk nødvendig.

- 81 Etter dette vil EFTA-domstolen ta for seg det tredje spørsmålet fra de foreleggende domstolene under den forutsetning at behandlingen i utlandet er mer avansert – eller mulig mer avansert – enn behandlingstilbudet i hjemstaten.
- 82 Som påpekt i avsnitt 60 ovenfor, kan EØS-retten i prinsippet ikke ha som virkning å kreve at en EØS-stat utvider tilbudet av helsetjenester som betales av statens trygdesystem. Gitt behovet for å prioritere innenfor de samlede tilgjengelige ressursene, kan EØS-statene følgelig beslutte – også når de etterstreber et helsevesen av høy kvalitet – at visse behandlinger ikke kan tilbys av det nasjonale helsevesenet, forutsatt at utelukkelsen av disse behandlingene tilfredsstillende de EØS-rettslige kravene oppstilt i avsnitt 48 ovenfor.
- 83 Men der det ikke er gjort noen slike avgrensninger, og en pasient tilfredsstillende de vilkår for rett til behandling som gjelder innenfor trygdesystemet i vedkommendes hjemstat, kan prioritering av hjemstatens behandlingstilbud – som i det foreliggende tilfellet – ikke rettferdiggjøres med mindre hjemstaten selv kan yte samme eller like virkningsfull behandling som i utlandet innen en medisinsk forsvarlig frist, sml. *Smits og Peerboms*, avsnitt 103–104. Motsetningsvis kan hjemstaten rettferdiggjøre prioritering av sitt eget behandlingstilbud hvis den tilbyr samme eller like virkningsfull behandling og yter den innen en medisinsk forsvarlig frist.
- 84 I så henseende kan det ikke være avgjørende at behandlingen i utlandet anses som ”mulig” mer avansert, dvs. som behandling som kanskje (eller kanskje ikke) er mer virkningsfull enn behandlingen som ytes av hjemstaten. Når det i henhold til internasjonal legevitenskap er fastslått at behandlingen i utlandet virkelig er mer virkningsfull, kan staten ikke lenger rettferdiggjøre prioritering av sitt eget behandlingstilbud.
- 85 Svarene på begge avsnitt i det tredje spørsmålet i sak E-11/07 og første avsnitt samt annet avsnitt bokstav a i det tredje spørsmålet i sak E-1/08 er følgelig at det kan være forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat – i betydningen like virkningsfullt – medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode.
- 86 Etter dette vil EFTA-domstolen drøfte tredje spørsmål bokstav b i sak E-1/08. EFTA-domstolen bemerker, for det første, at når refusjon baseres på alminnelige prinsipper om fri bevegelighet, er enhver refusjon for behandling mottatt i utlandet begrenset til kostnadene for den behandlingen som pasienten ville ha mottatt i hjemstaten, sml. *Müller-Fauré og van Riet*, avsnitt 98. For det andre følger det av det som er blitt lagt til grunn ovenfor, at hvis refusjon for sykehusbehandling i en annen EØS-stat ble lovlig nektet fordi pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist

kunne ha fått adekvat behandling i hjemstaten, har hjemstaten ingen forpliktelse til å dekke noen kostnader for behandlingen som pasienten mottok i en annen EØS-stat.

- 87 Svaret på tredje spørsmål bokstav b i sak E-1/08 må følgelig være at det er uten betydning at pasienten, dersom vedkommende velger å motta behandling i utlandet fremfor et adekvat tilbud i hjemstaten, ikke får dekket kostnadene til behandling i utlandet i samme utstrekning som det behandlingen i hjemlandet ville ha kostet.

Fjerde spørsmål i sak E-11/07 og sak E-1/08: innledning

- 88 Med det fjerde spørsmålet bokstav a til d i sak E-11/07 og det fjerde spørsmålet bokstav a og b i sak E-1/08 spør de foreleggende domstolene om en rekke faktiske omstendigheter er av betydning for svarene på ”spørsmålene over”. Basert på den sammenheng spørsmålene står i, forstår EFTA-domstolen henvisningen til ”spørsmålene over” som en henvisning til det første spørsmålet og til første avsnitt av det tredje spørsmålet i sak E-11/07 og E-1/08.

Fjerde spørsmål bokstav a i sak E-11/07: ikke-eksisterende behandlingstilbud i hjemstaten

- 89 Det fjerde spørsmålet bokstav a i sak E-11/07 dreier seg om hvorvidt det har betydning at hjemstaten rent faktisk ikke tilbyr den aktuelle behandlingen mottatt i utlandet. EFTA-domstolen forstår spørsmålet slik at det gjelder en situasjon der tilbud om denne behandlingen ikke gis til noen i hjemstaten.
- 90 Det følger av svaret på første spørsmål ovenfor – og av forutsetningene som det spørsmålet er basert på, nemlig at den aktuelle behandlingen er eksperimentell eller utprøvende og at det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten – at det er uten betydning for svaret på det spørsmålet at denne behandlingen ikke tilbys i hjemstaten.
- 91 I forhold til første avsnitt av det tredje spørsmålet forstår EFTA-domstolen videre det fjerde spørsmålet bokstav a slik at det vises til en situasjon der hjemstaten, som ikke tilbyr den behandlingen som ble mottatt i utlandet, likevel tilbyr en annen, anerkjent behandling som anses adekvat for den aktuelle pasienten, og slik at denne behandlingen tilbys innen en medisinsk forsvarlig frist. I så tilfelle følger det av svaret på tredje spørsmål ovenfor at det er uten betydning for svaret på det spørsmålet at den behandlingen som ble mottatt i utlandet, ikke tilbys i hjemstaten. Dette gjelder også selv om behandlingen som ble mottatt i utlandet, er en anerkjent behandling.

- 92 Således må svaret på fjerde spørsmål bokstav a være at det er uten betydning for svarene på det første spørsmålet og første avsnitt av det tredje spørsmålet at hjemstaten rent faktisk ikke tilbyr den aktuelle behandlingen mottatt i utlandet.
- 93 Når det gjelder en situasjon der hjemstaten hverken tilbyr behandlingen som ble mottatt i utlandet eller en annen, anerkjent behandling som er adekvat for den aktuelle pasienten, viser EFTA-domstolen til svaret nedenfor på fjerde spørsmål bokstav a i sak E-1/08.

Fjerde spørsmål bokstav b i sak E-11/07: pasienten er rent faktisk ikke blitt tilbudt eksisterende behandling

- 94 Det fjerde spørsmålet bokstav b i sak E-11/07 dreier seg om hvorvidt det har betydning at den aktuelle pasienten rent faktisk ikke har blitt tilbudt den aktuelle behandlingen i hjemstaten selv om tilbudet finnes der. EFTA-domstolen forstår det slik at dette spørsmålet hviler på den forutsetning at pasienten – i motsetning til i situasjonen under fjerde spørsmål bokstav c nedenfor – ikke har blitt vurdert i hjemstaten med henblikk på den aktuelle behandlingen.
- 95 Det følger av svaret på første spørsmål ovenfor – og av forutsetningene som det spørsmålet er basert på – at det er uten betydning for svaret på det første spørsmålet at pasienten ikke ble vurdert i hjemstaten med henblikk på den eksperimentelle eller utprøvende behandlingen som hun mottok i utlandet. Videre følger det også av svaret på det tredje spørsmålet at det er uten betydning for svaret på det spørsmålet at pasienten ikke ble vurdert i hjemstaten med henblikk på behandlingen mottatt i utlandet når hjemstaten faktisk tilbød henne en annen, anerkjent behandling innen en medisinsk forsvarlig frist, og denne behandlingen er like virkningsfull for pasienten. Dette gjelder selv om behandlingen mottatt i utlandet er en anerkjent behandling.
- 96 Således må svaret på det fjerde spørsmålet bokstav b være at det er uten betydning for svarene på det første spørsmålet og første avsnitt av det tredje spørsmålet at den aktuelle pasienten i hjemstaten rent faktisk ikke er blitt tilbudt den aktuelle behandlingen – fordi pasienten aldri ble vurdert med henblikk på denne behandlingen – selv om tilbudet finnes i hjemstaten.

Fjerde spørsmål bokstav c i sak E-11/07: individuelt begrunnet avslag på behandling i hjemstaten

- 97 Det fjerde spørsmålet bokstav b i sak E-11/07 dreier seg om hvorvidt det har betydning at pasienten har blitt vurdert i hjemstaten, men ikke gitt tilbud om videre operativ behandling fordi pasienten ikke anses å ha dokumentert nytte av behandlingen.

- 98 Et slikt avslag på å yte en særskilt form for behandling, basert på medisinske hensyn som gjør seg gjeldende i det individuelle tilfellet, kan ikke ha noen innvirkning på hvorvidt det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til behandling i utlandet som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten. Ei heller kan dette ha noen innvirkning på hvorvidt det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode.
- 99 Således må svaret på det fjerde spørsmålet bokstav c være at det er uten betydning for svarene på det første spørsmålet og første avsnitt av det tredje spørsmålet at pasienten har blitt vurdert i hjemstaten, men ikke gitt tilbud om videre operativ behandling fordi pasienten ikke anses å ha dokumentert nytte av behandlingen.

Fjerde spørsmål bokstav a i sak E-1/08: intet tilbud om adekvat behandling i hjemstaten

- 100 Det fjerde spørsmålet bokstav a i sak E-1/08 dreier seg om hvorvidt det har betydning at den aktuelle pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist ikke har mottatt et tilbud i hjemstaten som kan anses som adekvat behandling.
- 101 Det følger av svaret på første spørsmål ovenfor – og av forutsetningene som det spørsmålet er basert på – at dette er uten betydning for svaret på det spørsmålet. For så vidt det tredje spørsmålet dreier seg om eksperimentell eller utprøvende behandling i utlandet, gjelder det samme med hensyn til første avsnitt av det spørsmålet.
- 102 Så langt første avsnitt av tredje spørsmål gjelder for anerkjent behandling synes imidlertid fjerde spørsmål bokstav a å knytte seg til to situasjoner som det må skjelnes mellom. For det første kan det være at man faktisk har en rett til å få det aktuelle behandlingstilbudet etter trygdesystemet i hjemstaten, men at hjemstaten ikke har kunnet gi pasienten dette tilbudet innen en medisinsk forsvarlig frist. For det andre kan situasjonen være at hjemstaten har besluttet – for eksempel av hensyn til mangel på ressurser innenfor det nasjonale trygdesystemet – ikke å tilby noen tilsvarende behandling til denne pasientgruppen.
- 103 Når det gjelder den første situasjonen, følger det av avsnitt 83 ovenfor at dersom hjemstaten ikke har kunnet overholde en plikt etter sin egen trygdlovgivning til innen en medisinsk forsvarlig frist å yte adekvat behandling til den aktuelle pasienten ved et av hjemstatens egne sykehus, ville det utgjøre en ikke rettfærdiggjort restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester å avslå dekning for utgifter til den samme eller like virkningsfull behandling i utlandet.

- 104 Når det gjelder den andre situasjonen, bemerker EFTA-domstolen at fjerde spørsmål bokstav a vil være hypotetisk i forhold til et nasjonalt helsesystem som i alle tilfeller, og om nødvendig i utlandet, tilbyr sine pasienter en adekvat, anerkjent behandling vurdert etter internasjonal metode innen en medisinsk forsvarlig frist. Hvorvidt det norske systemet er slik, ligger det imidlertid til den nasjonale domstolen å vurdere.
- 105 Dersom den nasjonale domstolen kommer til at det norske systemet ikke er slik at det gjør det fjerde spørsmålet bokstav a hypotetisk, tilføyer EFTA-domstolen følgende: Som det er pekt på i avsnitt 82 ovenfor, kan EØS-retten i prinsippet ikke ha som virkning å kreve at en EØS-stat utvider tilbudet av helsetjenester som betales av statens trygdesystem. Følgelig kan en EØS-stat – selv når den etterstreber et helsesystem av høy kvalitet – beslutte at visse behandlinger, selv om de er anerkjente, ikke kan tilbys under det nasjonale systemet, forutsatt at utelukkelsen av disse behandlingene tilfredsstiller de EØS-rettslige kravene som er oppstilt i avsnitt 48 ovenfor. Slik må det være selv om hjemstaten ikke har noe adekvat alternativ til den mer avanserte behandlingen som tilbys i utlandet.
- 106 Følgelig er svaret på det fjerde spørsmålet bokstav a i sak E-1/08 at det kan ha betydning for svaret på første avsnitt av det tredje spørsmålet at pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist rent faktisk ikke har mottatt et tilbud om adekvat behandling i hjemstaten. Dette er tilfellet når hjemstaten avslår dekning for utgifter til behandling i utlandet i en situasjon der hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist ikke har kunnet overholde en plikt etter sin egen trygdelovgivning til å yte slik behandling til pasienten ved et av hjemstatenes egne sykehus.

Fjerde spørsmål bokstav d i sak E-11/07 og bokstav b i sak E-1/08: bedring av pasientens helsetilstand

- 107 Med det fjerde spørsmålet bokstav d i sak E-11/07 og bokstav b i sak E-1/08 spør det foreleggende domstolene hvorvidt det har betydning at behandlingen gitt i utlandet faktisk medførte bedring av den aktuelle pasientens helsetilstand.
- 108 At en behandling gitt i et konkret tilfelle var vellykket, betyr ikke at behandlingen ikke lenger kan anses som eksperimentell eller utprøvende. Selv der den vellykkede behandlingen var en anerkjent behandling, betyr dette ikke at en stat er forhindret fra å prioritere andre, anerkjente behandlinger som er adekvate for den aktuelle pasienten, og som staten kan yte innen en medisinsk forsvarlig frist. Og ei heller forhindrer dette staten fra å beslutte – gitt behovet for å prioritere innenfor de samlede ressurser som er tilgjengelige – at den ikke kan tilby denne behandlingen selv om det kan være at det ikke finnes noe tilsvarende alternativ.
- 109 Således må svaret på det fjerde spørsmålet bokstav d i sak E-11/07 og bokstav b i sak E-1/08 være at det er uten betydning for svarene på det første spørsmålet og

første avsnitt av det tredje spørsmålet at behandlingen gitt i utlandet faktisk medførte bedring av den aktuelle pasientens helsetilstand.

IV Saksomkostninger

- 110 Omkostningene som er påløpt for regjeringene i Danmark, Island, Nederland, Polen og Det forente kongerike, samt for EFTAs overvåkingsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, som har fremmet innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsene for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av sakene som står for Borgarting lagmannsrett og Oslo tingrett, ligger det til disse domstolene å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene i de sakene.

På dette grunnlaget avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålene forelagt av Borgarting lagmannsrett og Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Det kan være forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å nekte dekning av utgifter til behandling utenlands som etter internasjonal medisin må anses som eksperimentell eller utprøvende, når det ikke foreligger rett til slik behandling i hjemstaten. For det første vil dette være tilfellet dersom systemet for refusjon av kostnadene ved behandling i utlandet ikke legger større byrder på dem som mottar behandling i utlandet, enn på dem som mottar behandling i sykehus som inngår i trygde-systemet i hjemstaten. For det andre vil dette være tilfellet dersom enhver slik større byrde bare er et resultat av at nødvendige og rimelige midler brukes for å oppnå målsetninger som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelse for sykehustjenester.**
- 2. Det er uten betydning at behandlingsmetoden som sådan er internasjonalt anerkjent og dokumentert ved andre medisinske indikasjoner enn dem som den aktuelle pasienten har.**

Det er uten betydning for svaret på første spørsmål at behandlingsmetoden må anses å være implementert i en hjemstat som bare tilbyr den i form av forskningsprosjekter eller fra sak til sak i unntakstilfeller. Det har heller ingen betydning at hjemstaten vurderer å implementere behandlingen i fremtiden.

- 3. Det kan være forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 og 37 å avslå dekning av utgifter til sykehusbehandling i utlandet dersom pasienten i hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist kan få et adekvat medisinsk tilbud vurdert etter akseptert internasjonal metode.**

Det er uten betydning for svaret på tredje spørsmål at pasienten, dersom vedkommende velger å motta behandling i utlandet fremfor et adekvat tilbud i hjemstaten, ikke får dekket kostnadene til behandling i utlandet i samme utstrekning som det behandlingen i hjemlandet ville ha kostet.

4. **Det er uten betydning for svarene på det første spørsmålet og første avsnitt av det tredje spørsmålet at**
- **hjemstaten rent faktisk ikke tilbyr den aktuelle behandlingen mottatt i utlandet;**
 - **den aktuelle pasienten i hjemstaten rent faktisk ikke er blitt tilbudt den aktuelle behandlingen – fordi pasienten aldri ble vurdert med henblikk på denne behandlingen – selv om tilbudet finnes i hjemstaten;**
 - **pasienten har blitt vurdert i hjemstaten, men ikke gitt tilbud om videre operativ behandling fordi pasienten ikke anses å ha dokumentert nytte av behandlingen;**
 - **behandlingen gitt i utlandet faktisk medførte bedring av den aktuelle pasientens helsetilstand.**

Det kan imidlertid ha betydning for svaret på første avsnitt av det tredje spørsmålet at pasienten innen en medisinsk forsvarlig frist rent faktisk ikke har mottatt et tilbud om adekvat behandling i hjemstaten. Dette er tilfellet når hjemstaten avslår dekning for utgifter til behandling i utlandet i en situasjon der hjemstaten innen en medisinsk forsvarlig frist ikke har kunnet overholde en plikt etter sin egen trygdelovgivning til å yte slik behandling til pasienten ved et av hjemstatenes egne sykehus.

Carl Baudenbacher

Thorgeir Örlygsson

Henrik Bull

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 19. desember 2008.

Skúli Magnússon
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President